

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID
FACULTAD DE DERECHO



TESIS DOCTORAL

La asociación para delinquir

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR
PRESENTADA POR

Antonio García-Pablos de Molina

Madrid, 2015

Rd.. 54.405

Facultad de Derecho de Madrid
(Universidad Complutense)

223



BIBLIOTECA
DE DERECHO

LA ASOCIACION PARA DELINQUIR

- Director de la Tesis: Dr. D. José María Rodríguez Devesa, Catedrático de Derecho Penal de la Universidad Complutense.
- Doctorando: Antonio García-Pablos de Molina.

Curso 1974-75

i 37822597

Abreviaturas

A, (Aranzadi), Repertorio de legislación y jurisprudencia; citados por año, tomo y número marginal,= especialmente desde 1936.

Ann. de dir. e proc. pen. (Annali de diritto e procedura penale), cit. por año y pág.

ADP y CP. (Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales) cit. por año y pág.

A.T. (Allgemeiner Teil)

B.T. (Besonderer Teil)

C.L. (Colección legislativa cit. por tomo, año y pag.)

C.P. (Código Penal).

ENC. DEL DIR. (Enciclopedia del Diritto), cit. por año, tomo y página.

ENC. GIUR. IT. (Enciclopedia giuridica italiana) cit.= por año, tomo (parte), página.

ENC.DIR. PEN.IT. (Enciclopedia del Diritto Penale italiano). cit. por año y pág.

FOR. IT. (Foro italiano).cit. por año, tomo y página.

GA (Goldmmer's Archiv für Strafrecht). cit. por año== y pág.

GS (DerGerichtssaal), cit. por año y página.

GIUR. IT. (Giurisprudenza italiana),citada por año, = tomo y pág.

GIUR. PEN. (Giurisprudenza penale)., citada por año y página.

GIUST. PEN. (Giustizia Penale), cit. por año, tomo y= página.

GIUR. SIC (Giurisprudenza siciliana), cit. por año y página.

JZ. (Juristenzeitung), cit. por año y pág.

MDR. (Monatsschrift für deutsches Recht), cit. por año y pág.

N. DIG. IT., (Nuovo Digesto italiano), cit. por año, - tomo y página.

N. ENC. JUR. SEIX (Nueva Enciclopedia Jurídica Seix), = cit. por año, tomo y página.

P. Sp (Parte Speciale)

REV. G. de LJ (Revista general de legislación y jurisprudencia).., cit. por año y pág.

RIV. PEN. (Rivista penale), cit. por año, tomo y pág..

RIV. IT. DIR. PROC. PEN. (Rivista italiana de diritto e procedura penale).., cit. por año y pág.

SC. POS. (Scuola Positiva).., cit. por año y pág.

StGB (Strafgesetzbuch)

ZstW. (Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft).., cit. por año y pág.

INDICE

INDICECAPITULO PRIMERO:ANTECEDENTES HISTORICOS DE LA ASOCIACION PARA DELINQUIR.

- I.- Consideraciones previas (1)
- II.- La asociación para delinquir en -
el C.P. de 1822: cuadrilla de mal
hechores, facciones, corporaciones
ilícitas, y reuniones secretas .. (3)
- A).- Exámen de las diversas figu
 ras delictivas (4)
- B).- La aportación del C.P. de -
 1822 (7)
- III.- Legislación especial en vigor has
ta el C.P. de 1848..... (8)
- A).- Consideraciones previas ... (9)
- B).- La "cuadrilla de malhechores"
 y la Ley de 17 de Abril de
 1821 (10)
- IV.- El C.P. de 1848 y su reforma de -
1850.
- A).- El sistema del C.P. de 1848
 y su significación (13)
- B).- Alcance y relevancia de la
 reforma de 1850 (16)
- V.- El C.P. de 1870.
- A).- Presupuestos ideológicos y=
 constitucionales del mismo. (18)
- B).- Consideraciones de "técnica
 legislativa" (23)

- C).- Un sistema de "nueva planta": su significación (24)
- a).- Reacción "antiformalista": asociación para delinquir (art. 198.2º) y asociaciones irregulares.....(24).
- b).- "Objeto" y "actividad" de delictivos y "disolución" de las asociaciones ilegales: el desfase entre la Constitución, el C.P. y la Ley de Asociaciones .. (25)
- c).- Estructura de los delitos de asociaciones ilícitas, y, en particular, de la asociación para delinquir (27)
- d).- Asociaciones lícitas "ab initio": la inaplicación del artículo 198.2º (29)
- VI.- Exámen de la legislación especial dictada entre 1870 y 1928, así como de otras disposiciones de diversa naturaleza y rango normativo (31)
- VII.- Principales "proyectos" de reformas del C.P. de 1870 (36)
- VIII.- El C.P. de 1928
- A).- La vigencia provisional de los preceptos contenidos en el C.P. de 1870, sobre asociaciones ilícitas (39)
- B).- La rúbrica legal (40)
- IX.- El C.P. de 1932
- A).- Retorno a la normativa del C.P. de 1870 (41)
- B).- Legislación especial dictada bajo la vigencia del C.P. de 1936 (42)
- C).- Una polémica parlamentaria: la Asociación Falange Española(43)

- X.- Legislación especial del llamado ---
"Nuevo Estado".
- A).- Características de la misma .. (44)
- B).- Exámen de dicha normativa (45)

XI.- El C.P. de 1944

- A).- Significado de la nueva rúbrica legal (49)
- B).- Los delitos de "asociaciones ilícitas" y la "asociación para delinquir"..... (51)
- C).- La supresión del inciso: "penados en este Código" (52)
- D).- La "cooperación económica" en favor de determinadas asociaciones (58)
- E).. Particularidades "jurisdiccionales" y "procesales" de la reforma de 1944 (59)
- F).- "Suspensión" y "disolución" de las asociaciones ilícitas (60)
- G).- La "conspiración" para delinquir y la asociación transitoria para cometer el delito de robo (61)
- H).- Principales reformas del C.P. de 1944 (65).
- NOTAS AL CAPITULO PRIMERO..... (68)

CAPITULO SEGUNDO:

EL BIEN JURIDICO PROTEGIDO

- I.- Consideraciones generales (141)
- II.- El bien jurídico protegido en la asociación para delinquir (141)
- A).- Una visión panorámica de conjunto (141)

- B).- Exposición y crítica de las diversas teorías.
- a).- La tutela del recto ejercicio del derecho de asociación, como objeto del interés penal (142)
- 1.- Doctrina española
 - 2.- Doctrina extranjera
 - 3.- Conclusiones
- b).- El "orden público", como objeto preferente de la tutela penal (147)
- 1.- Doctrina francesa
 - 2.- Doctrina italiana
 - 3.- Doctrina española
 - 4.- Doctrina alemana
 - 5.- Conclusiones
- c).- La protección de bienes jurídicos singulares, como objeto de la tutela penal. (158)
- 1.- La tesis de Franchina
 - 2.- Consideraciones críticas.
- d).- La autotutela del poder del Estado, bien jurídico protegido(161)
- 1.- Doctrina alemana
 - 2.- Doctrina española
 - 3.- Doctrina italiana
 - 4.- Conclusiones.
- C).- Toma de postura: el bien jurídico protegido en el nº 2º del artículo 172(164)
- NOTAS AL CAPITULO SEGUNDO (170)

CAPITULO TERCERO:

NATURALEZA JURIDICA DE LA TUTELA PENAL

- A).- Cuestiones generales (191)

- B).- Exposición y crítica de las diversas teorías.
- a).- La asociación para delinquir como delito de "peligro contra el "orden público"..... (191)
 - b).- La asociación para delinquir como delito de "peligro" respecto a otros bienes jurídicos singulares. (192)
 - c).- La asociación para delinquir como delito de "peligro" para una pluralidad de bienes jurídicos heterogéneos (193)
 - d).- La asociación para delinquir como delito mixto, - de "lesión" y de "peligro" (195)
- C).- Toma de postura: la asociación para delinquir, delito de "lesión".
- 1.- Los conceptos de "lesión" y de "peligro" (201)
 - 2.- La estructura del tipo ... (205)
 - 3.- Naturaleza del bien jurídico tutelado (206)
- NOTAS AL CAPITULO TERCERO (208)

CAPITULO CUARTO:

ESTRUCTURA E INTERPRETACION DEL TIPO.

- I.- Consideraciones generales: pluralidad de "tipos penales" y carácter "fragmentario" de los mismos (217)
- II.- Interpretación del "tipo" penal.
 - A).- La fórmula: "se reputan asociaciones ilícitas...", una cuestión de estilo (219)

B).- Los elementos "comunes" a los diversos "tipos": los términos "asociación", "objeto", "cometer" y "delito".

a).- El concepto de "asociación" (221)

- 1- Doctrina española: consideraciones históricas y análisis de las diversas tesis.
- 2- Doctrina y jurisprudencia italianas: concepto amplio y estricto.
- 3- Doctrina alemana: los términos "Vereinigung" y "Verbindung"; polémica sobre la distinción entre "complot" y "banda".
- 4- El término "asociación" y su significado en el nº2º del artículo 172.

b).- Alcance y significado del término "objeto" (242)

- 1- El "objeto" de cometer algún delito, como "objeto social".
- 2- "Objeto" social y "actividad social delictiva".
- 3- La posible ilicitud (por su objeto criminal) de asociaciones lícitas "ab initio" o constituidas con arreglo a Derecho.
- 4- El problema de los objetivos "secundarios" y de los "medios" de la asociación.
- 5- Significado técnico de la exclusiva referencia al "objeto" de la asociación.

- c).- La fórmula "cometer algún delito": -
su interpretación (258)
- d).- Significado de la expresión "algún delito":
- 1.- Grado y momento de determinación del hecho punible.. (263)
 - 2.- La asociación que tiene -- por objeto cometer "faltas"(266)
 - 3.- Naturaleza y número de los delitos programados (269)
 - a'') Supuestos controvertidos: el delito "culposo", el "ocasional" y el "condicionado".
 - b'') La asociación que tiene por objeto cometer un solo delito.
 - 4.- La asociación transitoria - para cometer el delito de - robo (280)
- C).- Exámen de los diversos tipos penales.
- a).- Consideraciones generales (286)
 - b).- El "mero individuo" de la asociación ilícita:
 - 1.- Sistema italiano, alemán - y español (288)
 - 2.- Pertenencia a la asociación y sometimiento a la - voluntad corporativa (289)
 - 3.- El "extraneus" (290)
 - 4.- Afiliación y comportamiento típico (291)
 - 5.- El llamado "socio pasivo". (293)
 - 6.- La caracterización del tipo como "delito permanente" la tesis de Boscarelli..... (294)

- c).- Los "fundadores", "presidentes" y "directores" de asociaciones que tienen por objeto cometer algún delito:
- 1.- El sistema español: sus particularidades (295)
 - 2.- Trascendencia técnica de la distinción "mero individuo"- "directivo"..... (297)
 - a'').- El concepto de "directivo", en los delitos de "rebelión", "sedición", "reuniones no pacíficas", etc..... (297)
 - b'').- El concepto de "directivo" en la jurisprudencia del T.S.: toma de postura (302)
 - c'').- Conclusiones (312)
 - 3.- Presidentes, directores y fundadores: delimitación de los respectivos comportamientos típicos..... (314)
- d).- El "favorecimiento" a la "fundación", "organización" y "actividad" de las asociaciones ilícitas:
- 1.- Consideraciones generales (316)
 - 2.- Ambito de aplicación del nº 2º del artículo 174 (317)
 - 3.- El "favorecimiento", como conducta propia del "extraneus" . (318)
 - 4.- Naturaleza y entidad de la aportación del "favorecedor" .. (319)
- NOTAS AL CAPITULO CUARTO (323)

CAPITULO QUINTO:

PROBLEMATICA DE LA CULPABILIDAD.

- I.- Introducción (373)

II.- El comportamiento doloso:

- A).- Elemento "intelectivo" y elemento "volitivo"..... (373)
- B).- Doctrina jurisprudencial (375)
- C).- Asociación criminal y conspiración para delinquir (376)
- D).- Otros sistemas legales:
 - 1.- Derecho alemán..... (376)
 - 2.- Derecho italiano (378)

III.- La exclusión de la "forma culposa" en los delitos de "asociaciones ilícitas":

- A).- El particular planteamiento del problema en el ordenamiento italiano y en el alemán (381)
- B).- Sistema español:
 - a).- La "fundación", "presidencia" y "dirección de una asociación ilícita, comportamientos esencialmente "dolosos" (383)
 - b).- El "favorecimiento" a la asociación criminal (385)
 - c).- La participación como "mero individuo", comportamiento "doloso" (386)

IV.- El error.

- A).- Consideraciones previas..... (388)
- B).- Hipótesis de error:
 - a).- Error sobre la propia "asociación"..... (389)
 - b).- Error sobre el "objeto" - social:diversos supuestos (389)
 - c).- Error sobre la ejecución del plan delictivo de la asociación (395)

d).- Error sobre la antijuricidad del propio hecho de asociarse (395)

NOTAS AL CAPITULO QUINTO (396)

CAPITULO SEXTO:

EL "ITER CRIMINIS"

I.- Consideraciones generales (411)

II.- Las formas imperfectas de ejecución:

A).- El problema en la doctrina . (411)

- 1.- Doctrina Alemana
- 2.- Doctrina italiana: argumentos a favor y en contra de la admisibilidad de la tentativa.
- 3.- Doctrina española.

B).- Toma de postura:

1.- Las formas imperfectas de ejecución en los delitos de "peligro", de "mera actividad" y de "consumación anticipada" (416)

2.- Exámen del problema a propósito de cada tipo (424)

- a).- Presupuestos
- b).- Los párrafos segundo y cuarto del artículo 174.1º, ley especial.
- c).- Doctrina jurisprudencial

C).- Asociación ilícita y conspiración para delinquir: el problema de las formas imperfectas (431)

- III.- Conspiración para cometer el delito -
de asociación ilícita (432)
- IV.- El "desistimiento" en los delitos de
asociaciones ilícitas.
- a).- Admisibilidad excepcional del
 mismo: sus requisitos (434)
- b).- Asociación ilícita y conspira-
 ción para delinquir: el pro-
 blema del "desistimiento".... (436)
- NOTAS AL CAPITULO SEXTO (438)

CAPITULO SEPTIMO:

PROBLEMAS CONCURSALES

- I.- Introducción (453)
- II.- Concurso de leyes:
- a).- Fundamentación del mismo ... (456)
- b).- Principales supuestos (459)
- 1).- El nº 2º del artícu-
 lo 172 y el nº 4º -=
 del mismo artículo.
- 2).- Los números 3º y 4º=
 del artículo 172.
- 3).- Asociación "criminal",
 asociación "prohibi-
 da" y asociación de-
 clarada "fuera de la=
 ley".
- 4).- El párrafo tercero -=
 del artículo 174.1º.
- 5).- El artículo 172.4º, y
 el artículo 174.1º, -
 párrafo segundo.
- 6).- Párrafos segundo y -=
 cuarto del art. 174.1º
- 7).- Los números 1º y 2º -
 del art. 174 y el nº 4º
 del artículo 175.
- 8).- Asociaciones "prohibi-
 das" y asociaciones -
 "declaradas fuera de=
 la ley".

- 9).- El artículo 173.5º
 10).- El nº 1º del artículo 172.

III.- Concurso de delitos:

- a).- Su fundamentación (473)
 b).- Principales supuestos (475)
- 1).- Participación en una pluralidad de asociaciones: el problema de la participación sucesiva, por diversos títulos, - en una misma asociación.
 - 2).- Participación del asociado en la ejecución del plan delictivo de la empresa criminal.
 - 3).- Favorecimiento excepcional del mero "afiliado".
 - 4).- Los números 2º y 3º de los artículos 175 y 176.
 - 5).- Asociación para cometer el delito de robo y asociación "transitoria" para cometer el delito de robo.

IV.- La asociación para delinquir y los delitos de "reuniones no pacíficas" y de propagandas ilegales: análisis particularizado de los supuestos de concurso:

- a).- Asociación ilícita y reunión no pacífica (483)
- 1).- Reuniones de finalidad "constituyente": la asociación llega o no a establecerse.
 - 2).- Reuniones de carácter "doméstico" o interno.

- 3).- Reuniones que preparan la ejecución del programa asociativo criminal.
- b).- Asociación ilícita y propagandas ilegales..... (489)
- 1).- Propagandas dirigidas a la "constitución" de la a asociación.
 - 2).- Propaganda "interna".
 - 3).- Propaganda, como actividad social delictiva.
- V.- Asociación ilícita y conspiración para delinquir: delimitación y supuestos con cursales (495)
- NOTAS AL CAPITULO SEPTIMO (500)
- CONCLUSIONES (521)
- INDICE BIBLIOGRAFICO (540)

I.-

ANTECEDENTES HISTORICOS DE LA ASOCIACION
PARA DELINQUIR.-

I.- Consideraciones previas

Inicio el exámen de los antecedentes históricos - de la llamada asociación para delinquir o asociación criminal, figura que el Código Penal español contempla en el nº 2º del artículo 172: la asociación que tiene por objeto cometer algún delito.

No cabe duda que el antecedente inmediato de este precepto se encuentra en el artículo 198.2º del Código Penal de 1870, que reputaba ilícita la asociación que tuviera por objeto cometer alguno de los delitos previstos en el mismo. La propia fórmula legal de las asociaciones ilícitas tiene su origen en este Código. Por ello, la presente indagación histórica podría arrancar del citado Código de 1870, prescindiendo de todo precepto anterior a esta fecha. Algún autor, como López - Rey (1) ha mantenido incluso -refiriéndose propiamente a las asociaciones ilícitas, "in genere" (2)- que toda institución ha de contemplarse en su genuino contexto histórico, jurídico y político, razón por la que, a su juicio, no sería lícito señalar antecedentes históricos de aquellas en los Códigos de 1822 y 1848, sino a partir del C.P. de 1870. Dicho planteamiento me parece correcto por lo que se refiere al "sistema" de las asociaciones ilícitas, y especialmente a las asociaciones de carácter "político", pero no conviene a la "asociación para delinquir" en sentido estricto, figura que no aparece condicionada por barreras cronológicas e ideológicas definidas. Por esta razón no voy a partir del=

C.P. de 1870, sino que me referiré, también a asociaciones, grupos y organizaciones criminales contempladas en el C.P. de 1822 y 1848 (3), e incluso a otras manifestaciones de la delincuencia asociada que tradicionalmente han quedado reservadas a una prolija legislación especial, extramuros del Código (4). Porque lo que realmente interesa, desde un punto de vista histórico, no es dejar constancia del origen o evolución de un "precepto", sino analizar la "institución" que le sirve de soporte. Aquel no es más que una "técnica" -- que explica la reacción del ordenamiento jurídico, pero que no debe sobrevalorarse. Más cuando estamos en presencia de un fenómeno real permanente, como es el de la criminalidad asociada, pluriforme, que reviste innumerables formas de aparición a lo largo de la historia: y sobre todo, cuando determinadas "técnicas", -- como pueda serlo el artículo 172.2º, no han llegado a aplicarse efectivamente. La distinción "fenómeno"-"técnica" es importante. Emprender en común, organizadamente, unos planes u objetivos contrarios a las leyes es un hecho tan antiguo como el mismo hombre. Varían, eso sí, sus formas de manifestación que continuamente se transforman. Pero el fenómeno es una constante. Las -- cuadrillas de malhechores, las bandas a que se refiere la legislación española anterior al C.P. de 1822, son genuinas asociaciones para delinquir. Ahora bien, en --
x tondes, como ahora, se pueden acuñar diversas fórmulas, diversos sistemas legales para su represión, en función de criterios y valoraciones siempre cambiantes: se puede castigar por igual a todos cuantos intervienen -- en la empresa delictiva, o distinguir, en la misma, grados de responsabilidad; se puede imponer una pena por -- el mero hecho de formar parte de la organización, o so -- lo si se pone en práctica el programa criminal de ésta; se puede exigir --o no-- un número mínimo variable de --

miembros para reputarla constituida, o incluso tener en cuenta solo aquella que persigue la comisión de determinados o determinados delitos. Técnicas hay muchas: el artículo 172.2º es una más. Un examen comparativo de todas ellas en torno al fenómeno multiforme de la delincuencia común asociada es la meta esencial de esta indagación histórica. De ella espero pueda desprenderse una constatación que justificaría, por sí sola, el planteamiento seguido: los preceptos del Código Penal no han agotado, en ningún momento, la normativa aplicable a las asociaciones criminales. Por el contrario, las manifestaciones más genuinas de la delincuencia organizada han quedado siempre al margen del Código Penal, que ha incorporado las técnicas y directrices de la legislación especial. Por otra parte, creo que solo desde esta perspectiva histórica, puede ofrecerse una explicación satisfactoria a ese hecho insólito y paradójico que es el de la tradicional inaplicación por los tribunales de los preceptos del Código relativos a la asociación criminal.

II.- La asociación para delinquir en el C.P. de 1822: cuadrilla de malhechores, facciones, corporaciones ilícitas y reuniones secretas.

La doctrina española, al señalar los antecedentes históricos de la asociación para delinquir, suele arrancar de los capítulos IV y VII del Título III del C.P. de 1822, esto es de los preceptos relativos a las "facciones", "parcialidades", "confederaciones", "reuniones prohibidas", y "cuadrilla de malhechores", respectivamente (4).

A).- Examen de las diversas figuras delictivas

a) La "cuadrilla de malhechores" figura, sin duda, entre los antecedentes más representativos de la moderna asociación criminal (6). Se trata, para el legislador de 1822, de uno de los delitos "contra la tranquilidad y el orden público", incluido en el capítulo VII del Título III, y bajo la rúbrica: "de las cuadrillas de malhechores, y de los que roban los caudales públicos, o interceptan correos o hacen daños en bienes o efectos pertenecientes al Estado o al común de los pueblos (artículos 338 a 349).

El concepto de "cuadrilla" lo ofrecía el artículo 338: "es cuadrilla de malhechores toda reunión o asociación de cuatro o más personas mancomunadas para cometer juntas o separadamente, pero de común acuerdo, algún delito o delitos contra las personas o contra las propiedades, sean públicas o particulares". Junto a esta especificación de los delitos que ha de tener por objeto la cuadrilla (delitos contra las personas o propiedades), el artículo 339 apunta una segunda característica esencial de la misma: no es necesario que los malhechores lleguen a ejecutar algunos de los delitos propuestos, ya que incurren en responsabilidad criminal por el mero hecho de pertenecer a la cuadrilla, por "tomar parte" en ésta. Por ello las penas que señala el Código, respectivamente a sus "autores", "jefes", "directores" y "promotores" (dos a seis años de obras públicas) y meros miembros (reclusión por igual tiempo) deben entenderse sin perjuicio de las que unos y otros pudieren merecer, además, por razón de los hechos criminales en los que hubieren participado. (7).

b).- Los preceptos relativos a las "facciones", "parcialidades", "confederaciones" y "reuniones prohibidas" (capítulo IV del Título III) (8) se refieren a formas concretas de aparición de la delincuencia asociada y si interesan en este momento es tan sólo -- porque algunas de las técnicas empleadas por el legislador de 1822 -de las que a continuación me ocupo- pueden considerarse precursoras de las actuales.

Esto sucede, por ejemplo, con lo dispuesto en el artículo 315 (9), que castiga a quienes, por diversos móviles, se conciertan entre sí para lograr determinados objetivos contrarios al "orden público". Merece destacarse cómo estas "facciones", al igual que la cuadrilla -y como la asociación para delinquir de épocas posteriores- se configura como delito "autónomo", = esto es: basta con "tomar parte" en la "facción" para incurrir en responsabilidad criminal (10), con la consecuencia inevitable en orden a la penalidad, en el caso de que alguno de los facciosos cometiera cualquier otro hecho delictivo (11).

c).- Distinto es el caso de las corporaciones constituidas sin conocimiento del Gobierno "so color de culto religioso", o el de las "sociedades", "juntas" o "asociaciones" que se otorgaren alguna autoridad pública o representación popular, y confederaciones de unas y otras para entorpecer a la justicia o para cualquier otro objeto contrario a las leyes (artículos 316, 317 y 318, respectivamente). Todas ellas suelen citarse como antecedentes de la asociación ilícita, y sin embargo deben anotarse las características fundamentales que separan aquéllas de ésta.

Respecto a las citadas en primer lugar, el ar

título 316 no hacía alusión alguna a los fines reales de la hermandad, cofradía o corporación, ni a la ilicitud o inmoralidad de los mismos. Lo que realmente se castigaba era el intento de eludir engañosamente el riguroso control del Gobierno, fingiendo el carácter espiritual de la empresa (12).

Lo mismo puede afirmarse de las "sociedades", "juntas" y "corporaciones" previstas en los artículos 317 (13) y 318 (14). La causa fundadora de la ilicitud de tales asociaciones no guardaba relación necesaria con la ilicitud real o presunta de sus fines; resultaba, por el contrario, de la ilicitud de la propia federación (prohibición de federarse) o de actos concretos de desobediencia u oposición a los poderes públicos llevados a cabo por la misma.

d) Por último, deben citarse las "reuniones secretas". (art. 319) (15). Sería incorrecto, prescindir de las mismas partiendo de la actual distinción entre "reunión" y "asociación", porque los difíciles contornos de ambas figuras no empiezan a trazarse en nuestro ordenamiento, a nivel legislativo, más que a partir de la Constitución de 1869, cuando se configuran como derechos individuales. Hasta entonces se entremezclaban y confundían (16).

Tales "reuniones secretas" son las precursoras de las "sociedades" que con este calificativo contempla el C.P. de 1848 (17); basta ahora con apuntar tres semejanzas estructurales entre éstas y la asociación para delinquir. En primer lugar, el establecimiento de un régimen penal diferenciado, según se trate de "meros asistentes" o de personas que desempeñan un papel directivo o de relevancia en la reunión, semejante al-

de las "cuadrillas", "bandas" y "facciones". (directivos-meros partícipes) (18). En segundo lugar, el artículo 319 castiga el "mero hecho" de la reunión, con independencia de los delitos que en la misma puedan cometer los asistentes u organizadores, que recibirían, en su caso, las penas correspondientes de acuerdo con el criterio tradicional del concurso de delitos que se confirma una vez más (19). Por último, la reunión se reputa ilícita si tiene por objeto "cualquier acción contraria a las leyes", fórmula amplia y sin límites, susceptible de un claro paralelismo con la dicción del hoy nº 2º del artículo 172. (las que tienen por objeto "cometer algún delito" (20).

B.- Aportación del C.P. de 1822

El interés, pues, del C.P. de 1822 rebasa su mera significación histórica en cuanto primer Código español. Representa un valioso esfuerzo legislativo de racionalización y sistematización, si bien las técnicas y valoraciones que efectivamente aporta en la lucha contra la denominada "delincuencia asociada" proceden de una prolija legislación especial, cuyos principios se llevaron al nuevo Código, con buena técnica.

a).- Estos delitos, cuyo parentesco con la moderna asociación para delinquir es patente, se emplazan bajo la rúbrica: "delitos contra la seguridad del Estado y el orden público". (Título III) (21).

b).- El legislador estructura -en torno al hecho asociativo u organizativo- una pluralidad de tipos penales, tomando como criterio básico el del diverso grado de participación en la empresa criminal.

c).- Se trata, en todos los casos de delitos=

"autónomos", en el sentido de que la responsabilidad criminal deriva del mero hecho de la participación en la banda o cuadrilla, sin necesidad de que se haya dado principio a la ejecución de alguno de los hechos criminales planeados. De suceder esto, se castigaría por intervenir en la entidad criminal y por los delitos eventualmente cometidos (22).

d) Las penas no guardan relación con la mayor o menor gravedad de los delitos que pudieran planear dichas asociaciones, sino -en abstracto- con la mayor o menor relevancia del papel que en las mismas desempeñara el sujeto activo (23).

e) Por último, el C.P. de 1822 parte de la neta distinción entre "cuadrilla de malhechores" y "conjuración" (24) siendo mérito indiscutible del legislador haber sabido trazar unos límites claros y precisos entre ambas. La conjuración aparece en el Capítulo I de su Título Preliminar; la cuadrilla, entre los delitos contra la seguridad del Estado y el orden público, bajo el Capítulo VII del Título III. La cuadrilla, ha de tener por objeto la comisión de delitos contra personas y propiedades, restricción que no opera, sin embargo, respecto a la conjuración. Esta, puede estar constituida por dos personas, mientras la cuadrilla de malhechores exige un mínimo de cuatro miembros (25). Finalmente, una y otra difieren según el grado de autonomía con que el Código las configura con relación a los delitos que sus miembros pretenden cometer. La cuadrilla de malhechores es un delito, en tal sentido, absolutamente "autónomo"; la conjuración, sin embargo, a parece por completo dependiente del hecho o hechos criminales a los que va dirigida, tanto a efectos de punibilidad como en cuanto a su misma estructura: los deli

tos concertados han de manifestarse, al menos, en grado de tentativa y como tentativa se castigaba.

III.- Legislación especial en vigor hasta el --
C.P. de 1848

A).- Consideraciones previas.

Pero el C.P. de 1822 fue un efímero= paréntesis. Como se ha dicho, hasta la mitad de la cen= turia pasada, estuvo vigente la Novísima Recopilación, con los Fueros y las Partidas de fuentes supletorias - -las últimas preferidas por los Tribunales-, todo ello moderado por el arbitrio judicial, sometido a los cam= bios de presión social y política de una época acciden= tada (27).

Esta legislación, prolija y falta de sistema, que precedió cronológicamente al C.P. de 1822, entró de nuevo en vigor -"de iure"- con la derogación= de éste (29); si bien la vigencia "formal" de nuestro= primer Código no supuso, en modo alguno, solución de - continuidad, y aquella no dejó de aplicarse. Muchas de sus técnicas y directrices, recibidas por el legisla= dor de 1822, adquirieron carta de naturaleza en Códigos posteriores. De ahí su indudable interés histórico, a pesar de las contradicciones e incoherencias propias del caótico sistema legal de la época (29).

A su examen ha de procederse con un= criterio doblemente selectivo. En primer lugar, porque algunas manifestaciones de la delincuencia asociada, - por su temática específica, no interesan fundamental= mente. Es el caso, por ejemplo, de las de indiscutible carácter político, exponentes de crisis más o menos -= circunstanciales de tal naturaleza. En segundo lugar, =

porque, a veces, el legislador ha acudido a "técni--cas" y "valoraciones" singulares, que difieren por --completo de las empleadas respecto a la asociación pa--ra delinquir del C.P. de 1870. Como éste ha de servir de referencia obligada en la selección de anteceden--tes, deben descartarse aquellas que no presentan las--semejanzas indispensables para proceder a la compara--ción de los respectivos sistemas, por más que existan en el terreno fenomenológico. Esto es una exigencia me--todológica, al menos desde el C.P. de 1870. Cito, como ejemplo, el de las asociaciones que se reputan ilícit--tas sin consideración alguna a la licitud o ilicitud -de los fines reales que persiguen. Prescindo, por es--tas razones, del exámen de la legislación especial so--bre "parcialidades", "facciones" y "conjuraciones" (30), Masonería (31), "partidas" (32), "sociedades patrióti--cas" (33), "reuniones políticas" (34), "juntas" (35),="órdenes religiosas" (36) y "sociedades secretas" (37).

B).- La "cuadrilla de malhechores" y la Ley de
17 de Abril de 1821.

Como antecedente de la asociación para delinquir--interesan, ante todo, las "bandas" y "partidas" -esto--es: la "cuadrilla de malhechores del C.P. de 1822-, que fueron las manifestaciones más genuinas de la delin--cuencia asociada de la época; un breve exámen de la a--bundante legislación especial, anterior y posterior a--1822, pone de relieve los estragos de este mal endémi--co (38) así como las medidas que adoptaron los poderes públicos -normalmente con poco éxito- para combatir u--na criminalidad cuyas causas no pasaron desapercibi--das (39). De aquel se desprende, también que existe en nuestras leyes históricas un verdadero tratamiento uni

tario y congruente de las "bandas" y "cuadrillas de malhechores", un patrimonio jurídico cuyas directrices recogió el legislador, muy eficaz, y con vigencia paralela a la de los posteriores Códigos Penales (40). Entre los principales criterios básicos de la misma, cabe destacar: 1. La conceptualización de estos delitos como "delitos contra el orden público y la seguridad interior". 2º La exigencia de un número mínimo de miembros de la cuadrilla, que suele fijarse en cuatro (41); 3º La preocupación por configurar una especial tutela respecto a determinados bienes jurídicos que, por lo general, eran los más afectados por estas organizaciones criminales: la vida, la integridad física y la propiedad (42); 4º La "banda" y la "cuadrilla" se configuran como delitos "autónomos", esto es: el delito se configura por el mero hecho de "tomar parte" en aquellas, sin necesidad de un principio de ejecución de los hechos criminales programados. Si los "malhechores" cometen cualquier otro delito, responden por ambos conceptos: por participar en la banda y por el delito ejecutado; 5º Las penas se establecen con arreglo al grado de participación en la "banda" o "cuadrilla", y no en función de la mayor o menor gravedad de los delitos concretos programados (43). Fundamental al respecto fue la Ley de 17 de Abril de 1821 (44), sobre "el conocimiento y modo de proceder en las causas de conspiración", entre otras razones, por su dilatada, aunque irregular, vigencia, y porque atribuye a la jurisdicción militar el conocimiento de los delitos que castiga (45), los cuales serían juzgados como dice su artículo 2º- "en el consejo de guerra ordinario previsto en la Ley 8ª Título 17 libro XII de la Novísima Recopilación". Según el artículo 8º de esta Ley : "Los saltea

dores de camino, los ladrones en despoblado, y aún -- en poblado, siendo en cuadrilla de cuatro o más, si fueren aprehendidos por la tropa del ejército permanente, o de la Milicia provincial o local, en alguno de los casos de que hablan los artículos 2º y 3º, serán juzgados también militarmente, como en ellos se previene". Dichos casos son: que los malhechores sean aprehendidos "por alguna partida de tropa, así del ejército permanente como de la Milicia provincial, destinada expresamente a su persecución por el Gobierno, o por los jefes militares comisionados al efecto por la competente autoridad" (art. 2º de la Ley); o que "con arma de fuego o blanca, o con cualquiera otro instrumento ofensivo, hicieran resistencia a la tropa que los aprehendiese" (art. 3º).

Derogado el C.P. de 1822, un Decreto de 30 de Agosto de 1836 (46) "restableció" la vigencia de esta Ley, a la que, desde entonces, acudirán los Gobiernos de uno u otro signo, cuando el auge de determinadas formas de criminalidad exigía la adopción de medidas de especial rigor y celeridad. Se ordena, entonces, la "publicación" de aquella, y su "cumplimiento", o, simplemente, se "recuerda" que aún sigue en vigor (47).

El problema se presentó, al promulgarse el Código Penal de 1848, que castigaba el delito de robo, cometido en cuadrilla (48), y -desde la reforma de 1850- la conspiración para delinquir (49). Porque lo cierto es que, por más que se pretendiera desde entonces sobrevalorar el carácter estrictamente "procedimental" de la Ley de 17 de Abril de 1821, no se salvaban así los complejos problemas interpretativos que, en orden a su ámbito de aplicación y alcance respecto al C.P. común, planteaba aquella.

La Jurisprudencia del Tribunal Supremo, resolviendo los conflictos jurisdiccionales planteados entre -- los tribunales ordinarios y los castrenses, fue elaborando, caso a caso, una importante doctrina, en principio favorable a la competencia de los Juzgados de Primera Instancia (50). En tales "decisiones" se resaltó el carácter "procedimental" de la Ley de 17 de Abril de 1821 (51), cuya vigencia se reconoció con posterioridad incluso a la entrada en vigor del C.P. de 1848 - (52); pero, al propio tiempo, se precisaban los pre-- supuestos exigidos para su aplicación con carácter taxativo (53), declarándose la fuerza atrayente de la -- jurisdicción ordinaria, y por lo tanto su competencia, incluso una vez declarado el "estado de sitio" (54) y aunque los malhechores hubieren sido aprehendidos por fuerzas regulares del Ejército (55).

IV.- El Código Penal de 1848 y su Reforma de 1850.

A).- El sistema del C.P. de 1848 y su significación.

El Capítulo IV del Título III del Código Penal de 1848 (56) dedica dos Secciones independientes a las "asociaciones ilícitas": "las sociedades secretas", y "las demás asociaciones ilícitas" (57).

Por "sociedades secretas" entiende el artículo 202: "aquellas cuyos individuos se imponen con juramento o sin él la obligación de ocultar a la autoridad pública el objeto de sus reuniones o su organización interior... o que en la correspondencia con sus - individuos o con otras asociaciones se valen de cifras, jeroglíficos u otros signos misteriosos". Con la pena=

de prisión mayor castigaba el Código a quienes desem--
peñaren mando o presidencia en las mismas, o les pres--
taren sus casas, y con la de destierro a los meros a--
filiados (58). Sólo con relación a estas sociedades e--
ximió de pena el legislador a quienes "se espontanea--
ren ante la autoridad, declarando a ésta lo que supie--
ren del objeto y planes de la asociación" (59).

La Sección segunda se refiere a las "demas asocia--
ciones ilícitas, es decir, aquéllas que se constituye--
ren sin el consentimiento de la autoridad pública, o -
faltaren a las condiciones que ésta les hubiere fija--
do (60). El artículo 206 disponía la disolución de di--
chas asociaciones y una pena pecuniaria para sus direc--
tivos y quienes "prestaren para la asociación las ca--
sas que poseen, administren o habiten". Los meros indi--
viduos, por lo tanto, quedaban impunes.

La rúbrica del Título III ("delitos contra la se--
guridad interior del Estado y el orden público") guar--
da innegable conexión con el pasado inmediato y, en --
concreto, con la legislación especial antes citada que
ve en todos estos delitos un ataque contra la paz pú--
blica, el orden y la seguridad. En éste, como en otros
extremos, el lègislador de 1848 -al igual que el de --
1822- no hizo sino recoger y dar nueva forma a ese ri--
co patrimonio nacional de acreditado arraigo en nues--
tro ordenamiento. Tal vez el único mérito que cabe a--
tribuirle es la sistematización de los delitos de "aso--
ciación ilícitas" que aparecen ahora bajo esta rúbri--
ca común, por primera vez, distinguiéndose acertadamen--
te dos Secciones según la causa fundamentadora de la i--
licitud (61). En la primera Sección se agrupan aque--
llas asociaciones que se reputan ilícitas por el mero--
hecho de ser "secretas" (62). Bajo la segunda Sección--
aquellas otras cuya ilicitud deriva de la falta de a--

aprobación por la autoridad para su constitución o funcionamiento, o de la infracción de las condiciones que aquélla, en cada caso, les hubiere fijado con arreglo al sistema, entonces en vigor, de absoluto control de la vida corporativa y societaria por los poderes públicos (63).

Pero la aportación del Código Penal de 1848 no rebasa ni trasciende el plano de lo sistemático. En definitiva unas y otras asociaciones son las ya contempladas en la legislación en vigor antes y después de 1822; no se introducen nuevas técnicas ni valoraciones. El Código Penal de 1848 sigue apegado al "formalismo" tradicional, muy distante del esquema que pregoniza el Código Penal de 1870. Las "sociedades secretas", por ejemplo, son las "reuniones" y "asociaciones" de este carácter, que tradicionalmente se prohibieron sin consideración a sus fines y objetivos reales. La ilicitud de las mismas descansa ahora, como entonces, en una "presunción de iure". Sólo desde esta concepción formalista se explica la singular causa de exclusión de la pena de sus afiliados que se "espontanearen" ante la autoridad, difícilmente compatible con la estructura y características de la "asociación para delinquir" en su configuración actual (64).

Respecto a las "demás asociaciones ilícitas", el Código de 1848 no se refiere a otras que a las "cofradías", "confederaciones", "ligas", "asociaciones", etc. etc.. es decir, a las diversas manifestaciones de la actividad asociativa, en un intento de reordenar y sistematizar la compleja y contradictoria legislación al respecto. Y cabe dudar incluso del logro de unos objetivos tan modestos, pues parece acreditada la vigencia efectiva de alguna de estas normas con posterioridad a

1848 (65). Pero en todo caso, es evidente que el legislador prescindió de toda valoración del objeto y fines de estas asociaciones "ilícitas". Prueba de ello es el hecho de la impunidad de sus meros "individuos", principio desconocido en la legislación sobre "bandas" y "cuadrillas" de malhechores, y, por supuesto, en la "asociación para delinquir del C.P. de 1870; y también la significativa pena de "disolución", prevista en el artículo 206, que sólo tiene sentido tratándose de asociaciones "constituidas" legalmente, o que, al menos, tengan cierta apariencia de legalidad.

La aportación, por lo tanto, del C.P. de 1848 es muy reducida, aunque desde un punto de vista histórico represente un eslabón en el proceso de formación, lento pero continuo, de la fórmula legal vigente.

B).- Alcance y relevancia de la reforma de 1850

La reforma de 1850, sin embargo, tiene mayor interés, a pesar de su significación netamente política y, como se ha dicho, de su "escasa monta" (66). Y ello es así, porque el legislador, por vez primera, fundamenta de algún modo la "ilicitud" en el "objeto" de la asociación, según se desprende del artículo 210 que con este motivo se introduce. A tenor de lo dispuesto en su primer párrafo, los jefes y afiliados (67) de asociaciones que tuvieran por "objeto" cometer alguno de los "delitos" previstos en los Capítulos I y II del Título III de dicho Código, debían ser castigados como "conspiradores" de tales delitos: y, en los demás casos, -esto es: si la asociación tuviere por objeto la comisión de cualquier otro delito o delitos-, sus -

directivos y meros partícipes incurrirían en las penas establecidas para el autor de aquellos, en grado de "frustración" y de "tentativa", respectivamente (68). Podrá argumentarse -y con razón- que en no pocos supuestos nuestro legislador histórico había equiparado ya el mero partícipe, el asociado y el "conspirador". Es cierto, por otra parte, que la referencia a la tentativa, a la frustración y a la conspiración son más un expediente práctico y hábil para la medición y determinación de la pena que una construcción jurídica de mayores vuelos. Pero, en todo caso, a pesar del alcance limitado de este artículo 210 (70) el hecho de que se acuda al "objeto" de la asociación en referencia a una serie de normas penales, más o menos determinadas ("delito"), para fundamentar su "ilicitud", es, sin duda, el inicio de una nueva etapa y el anuncio de nuevas técnicas y valoraciones: las del C.P. de 1870 (71).

V.- Código Penal de 1870

El nº 2º del artículo 198 reputa asociación ilícita a "aquella que tenga por objeto cometer algún delito penado en este Código". El artículo 199, 1º, establece la pena de prisión correccional en sus grados mínimo y medio y multa de 125 a 1250 para sus "fundadores, directores y presidentes", y el artículo 200, la de arresto mayor, para los "meros individuos" de las mismas. Este artículo 198 nº 2º, del C.P. de 1870 es, sin duda, el antecedente próximo del nº 2º del actual artículo 172 del C.P.: antecedente inmediato e indiscutible, desde luego, si se contempla dicho precepto en el marco sistemático más amplio de la fórmula legal de las asociaciones ilícitas del Código vi-

gente, que procede de la del C.P. de 1870 (72).

A).- Presupuestos ideológicos y constitucionales del mismo.

La rúbrica y emplazamiento del nº 2º del artículo 198, rompen con una tradición ya secular (73). En efecto aquella no hace ahora referencia al "orden público" ni a la "seguridad interior del Estado", como en Códigos anteriores. Para el legislador de 1870 las asociaciones ilícitas (números 1º y 2º del artículo 198) son "delitos cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos individuales garantizados por la Constitución" (74), según reza la del propio Título II, de delitos contra la misma Constitución. Pero no se trata de un giro meramente estilístico, sino de un cambio sustantivo de valoraciones. Su explicación ha de buscarse fuera del Código Penal, en normas de superior rango jerárquico, normas de marcado carácter político: en los pilares del nuevo régimen. Estos son, fundamentalmente, el Decreto de 20 de Noviembre de 1868 (75) y la Constitución de 1869, con el conjunto de normas de diversa naturaleza que integran el nuevo sistema.

Dicho giro esencial produjo un impacto inmediato en el propio ordenamiento penal: la derogación de los artículos 211 y 212 del Código de 1848, todavía en vigor (76).

La Constitución de 1869 (77) consolidó los presupuestos ideológicos del nuevo régimen. El artículo 17 declara el derecho a asociarse "para todos los fines de la vida humana que no sean contrarios a la moral pública". El 19 decreta la "disolución" de "toda -

asociación cuyos individuos delinquieren con los me--
dios que la misma les proporcione", y la de aquellas -
otras "cuyo objeto o cuyos medios comprometan la segu-
ridad del Estado". Estas últimas serían disueltas por=
Ley (78).

En las discusiones a los artículos 16 y 18 del Proyecto de Constitución (de 1869) se perfila la ideolo=
gía que sirvió de pauta al legislador penal de 1870 ==
(79). Tres principios son fundamentales para interpre-
tar la "ratio legis" del artículo 198 del C.P. Primera:
no era intención de los constituyentes el referirse a=
asociaciones concretas y determinadas, de uno y otro -
signo, sino al derecho de asociación, en cuanto dere=
cho "individual" (80). Segunda: se parte de la existencia
de unos derechos individuales pero necesariamente=
limitados (81): el propósito del legislador no es otro
que el de proclamar tales derechos, pero al mismo tiempo
fijar unos límites claros y precisos que hagan via-
ble el ejercicio de los mismos (82). El delito aparece,
ante todo, como "ejercicio abusivo" (83), como infrac-
ción" de aquellos "límites naturales" que enmarcan el=
campo de acción de todo derecho individual y no como -
sanción de ciertas formas concretas y determinadas de=
delincuencia colectiva. Tercera: la Moral y el Derecho
o, por decirlo con los términos que emplean los parla-
mentarios: la "moral pública" (la "moral pública" equi-
vale a "moral universal", no a "moral católica") (84)=
es ese conjunto de "principios fundamentales e inuolta
bles de la sociedad civil" que delimitan el recto ejer-
cicio de todo derecho. Aquellos exigen una eficaz pro-
tección, pero no "preventiva" sino estrictamente "re-
presiva" (85), a través de la norma penal, que es la -
ley "común" por antonomasia (86). El C.P. es el catálo

go de comportamientos contrarios a las bases fundamentales de la convivencia, esto es, a la "moral pública" (87).

El legislador penal quiso plasmar en el Código --y lo hizo con mayor o menor precisión y fortuna-- esta doctrina, y a ella responden los números 1º y 2º --del artículo 198. Era un deber de coherencia. En ningún momento pensó en las "bandas", "cuadrillas", "facciones", "sociedades" y demás formas asociativas criminales de la época, sino en los mandatos y postulados de la Constitución: el ejercicio del derecho individual de asociación no puede atacar los principios básicos de la convivencia ("moral pública"), y los excesos o abusos del mismo han de sancionarse por la "ley común" ("Código Penal"). Por ello se reputan "penalmente" ilícitas las asociaciones contrarias a la "moral pública", así como las que tengan por objeto cometer alguno de los delitos previstos en el propio Código ("ley común") --(88). Que el legislador, con los números 1º y 2º del artículo 198, no pretendió declarar la ilicitud de --ciertas asociaciones ("políticas", "religiosas"...etc) entonces existentes, sino otorgar relevancia penal a --unos límites filosóficos y abstractos del ejercicio --del derecho de asociación, lo confirman, a mi juicio, --dos hechos. En primer lugar, la existencia de una legislación penal especial, extramuros del Código, dictada --con posterioridad a la entrada en vigor de éste (89) --o con anterioridad, pero no modificada ni alterada desde 1870 (90), que efectivamente se aplicó a la hora de reprimir las formas de delincuencia asociada de la época (91). En segundo lugar, el hecho no menos significativo de que la excepcional subsunción de algunas Asociaciones (asociaciones desconocidas en la legislación es-

pecial anterior, pero conocidas ya por el legislador= de 1870) en el n^o 1^o del artículo 198, como contrarias a la "moral pública" tuvo que ser sugerida a los Tribunales a través de una serie de Circulares e Instrucciones de la Autoridad: sin duda porque no hubiera resultado -en otro caso- de una lógica interpretación -- del C.P.. Se procedió, desde luego, con prudencia y -- cautela, pero el mecanismo demuestra que la fórmula le gal no iba dirigida a supuestos concretos -y conocidos de antemano- y que su aplicación a éstos no dejaba de ser problemática.

Esta es, a mi juicio, la causa de todos los pro= blemas interpretativos que plantea el artículo 198 del C.P. (concepto de "moral pública", concurso de leyes - entre los números 1^o y 2^o, etc): el punto de partida - metódicamente incorrecto del legislador penal, preocupa do más de plasmar en el Código unos principios consti= tucionales, abstractos e imprecisos, que de adaptar -- los mismos a las necesidades del momento, con técnicas adecuadas al ordenamiento penal (93), sino sucedió con el término "moral pública", cuyos difíciles contornos= -difíciles ya en las discusiones del Proyecto de Cons= titución- tuvieron que precisar los Tribunales, suplien do así una deficiencia de la que solo fue responsable= el legislador. Especial interés tiene, en este senti= do, el fallo de 28 de Enero de 1884 del Tribunal Supre mo (94) que estima subsistente y válido el concepto -- de "moral pública" a pesar de que la Constitución de - 30 de Junio de 1876 había prescindido ya del mismo (95). En otro plano, (96) merecen considerarse algunas normas y disposiciones, de diferente rango, que aluden a la - "moral pública". Una Circular, por ejemplo, de 16.V. - de 1872 (97) declaró ilícita la Asociación Internacio= nal, advirtiendo debía entenderse comprendida en el n^o

1º del artículo 198 del C.P.. Y otra, del Ministerio de la Gobernación, de 6.IV. 1892, mantiene idéntico -- criterio respecto a asociaciones de inspiración "anarquista" (98). Pero la principal es la de 4.III de ---= 1893 (99), de la Fiscalía del Tribunal Supremo, cuya - doctrina sobre "anarquía" y "colectivismo" -y otros te- mas- debe tenerse en cuenta, a efectos de lo dispues-- to en los números 1º y 2º del citado artículo 198 del- C.P.. Parte dicha Circular de la necesidad de distin-± guir conceptualmente las asociaciones contrarias a la- "moral pública" de las que tienen por objeto cometer = "algún delito", considerando aquel concepto -el de "mo- ral pública"- como de mayor amplitud y alcance. Para - la Fiscalía del Tribunal Supremo, asociaciones contra- la "moral pública" son las contempladas en la senten-- cia de 28.I.1884 ("anarquistas" y "colectivistas"), si bien con una restricción importante: tales sociedades= han de proponerse "realizar esos fines por procedimien- tos de violencia o que no sean mera exposición de ideas o sistemas...". Pero termina con una conclusión poco - congruente: "... acerca de la organización de la fami- lia es lícito pensar como cada cualquiera o pueda, --- siempre que no sea pretexto de exposición de doctrinas contrarias a la moral pública, como lo sería provocar= a su establecimiento sobre bases de la deshonestidad,= del estupro, del adulterio, del incesto, de la plurali- dad matrimonial, del infanticidio, del aborto, de la - corrupción corporal de sus individuos y de la prostitu- ción... Todas las ideas son respetables en el pensa--- miento; lo es su propaganda y para ello su exposición= pública, siempre que no invada las regiones de lo inmo- ral y de lo punible y se mantenga en la esfera de lo - doctrinal, en la de la ciencia y en la de la especula- ción". Parece, pues, que en el campo de las relaciones

matrimoniales y familiares el concepto de "moral pública" se aproxima considerablemente al de "moral sexual".

B).- Consideraciones de "técnica legislativa"

Otra particularidad del C.P. de 1870 radica en la compleja fragmentación que adquieren los respectivos tipos penales, o, más exactamente, la dispersión por el articulado del Código de los elementos de un mismo tipo. Frente a las sencillas fórmulas de Códigos anteriores, el de 1870 obliga al intérprete a agrupar e integrar aquellos, para reconstruir la conducta prohibida. Así, por ejemplo, el artículo 198 declara qué asociaciones (por razones de su "objeto" o "circunstancias") han de reputarse ilícitas. Los artículos 199 y 200, por su parte, describen los comportamientos de participación en aquellas ("fundar", "dirigir", "presidir", participar como "mero individuo") que se castigan, y las penas en cada caso aplicables.

Por primera vez, además, el legislador sustituye la fórmula tradicional ("son" asociaciones ilícitas), por otra más elástica y relativista: se reputan "asociaciones ilícitas. La fórmula: "se reputan", podría ir referida, en principio, tanto al adjetivo "ilícitas", ("se reputan... ilícitas") como al sustantivo "asociaciones" ("se reputan asociaciones..."). El hecho, sin embargo, de que esta nueva redacción se impusiera desde entonces en todos nuestros Códigos - y en la legislación especial (100) pasando desapercibida a los comentaristas de la época, me hace pensar que se trató, simplemente, de un giro estilístico, sin mayores pretensiones.

C).- Un sistema de nueva planta: su significación.

Se ha dicho -y con razón- que el mérito -- fundamental de la Reforma de 1870 consistió en llevar-- al C.P. la protección de los derechos fundamentales -- (101), siendo, por lo tanto, su significación netamente política. El juicio es, sin duda, correcto, siempre que no se desconozcan las innovaciones "técnicas" que-- aporta dicho Código en la configuración de los delitos de "asociaciones ilícitas" (102) y que podrían concretarse en las siguientes:

a).- Reacción contra el "formalismo" del "antiguo régimen": la asociación para delinquir (art. 198.2º) y las asociaciones "irregulares".

Reacción, de "corte liberal" frente al formalismo que caracterizó al viejo régimen, es la primera-- nota esencial del C.P. de 1870. De un sistema de absoluto control y discrecionalidad por los poderes públicos, se pasa con el C.P. de 1870, como dice Groizard,-- a un sistema de libertad y de confianza en el Derecho-- (108). El nº 2º del artículo 198, pieza clave en éste, pone fin al formalismo tradicional que, atento solo a-- la constitución y funcionamiento de las asociaciones -- según los trámites legales o limitaciones impuestas -- por la autoridad, prescindía, en absoluto, de los fi-- nes reales perseguidos por aquellas (104). Con el C.P. de 1870 el juicio de ilicitud se dirige exclusivamente contra el "objeto" social, de modo que solo podrá re-- putarse ilícita aquella asociación cuyo "objeto" sea -- contrario a la ley común o a los postulados de la moral pública (105). En congruencia con estos presupuestos,--

y con excelente técnica, el legislador de 1870 no incluyó entre las asociaciones que estima ilícitas, aquellas que se constituyen o funcionan con infracción de los preceptos y trámites legales al respecto. (las: "de más asociaciones ilícitas" del C.P. de 1848). Precisamente porque la ilicitud de una asociación descansa ahora en la ilicitud de su "objeto" de su constitución o funcionamiento irregular, solo puede derivar responsabilidad para determinadas personas físicas, responsabilidad que no prejuzga en absoluto la ilicitud o ilicitud de la asociación (106) en cuanto "persona jurídica".

b).- "Objeto" criminal y "actividad" ilícita, y "disolución" de las asociaciones ilegales: el desfase entre la normativa constitucional, el Código Penal y la Ley de Asociaciones.

No es fácil explicar, sin embargo, por qué el juicio de ilicitud recae exclusivamente sobre el "objeto" social (107). Se trata de una restricción sin antecedentes. El Decreto de 20 de noviembre de 1868, y la Constitución de 1869 tuvieron en cuenta no solo el "objeto" de una asociación, sino también su "actividad" e incluso su "inspiración" y procedencia. El citado Decreto de 20 de noviembre de 1868, por ejemplo, declaraba ilícitas aquellas corporaciones "cuya inspiración y dirección reside fuera del país... que tiende por su misma naturaleza a erigirse no tanto en asociaciones - como en poderes"; y prohibía éstas: "cualquiera que sea su objeto (108). Lo mismo sucedía con todas aquellas - asociaciones "cuyo objeto" o cuyos "actos" fuesen con-

trarios a la ley común. es decir, a las reglas fundamentales e inviolables de la sociedad civil. (Exposición de Motivos). Un último desfase entre la normativa fundamental -constitucional, en este caso- y la penal, cabe señalar a propósito de la "disolución" = que decretaba la Constitución de 1869 para las asociaciones cuyos miembros delinquieren con los medios que aquellas mismas les proporcionen, y, en términos más amplios, para las asociaciones contrarias a la "seguridad del Estado" (109). El C.P. de 1870, no reputa ilícitas más que a las asociaciones cuyo "objeto" sea contrario a la moral pública, o constitutivo de delito, y ni siquiera respecto a éstas prevé la "disolución" (110).

La Ley de Asociaciones, los diversos Proyectos de Reforma del C.P. de 1870, y la doctrina pusieron de manifiesto esta discordancia. La primera, con su artículo 15, que acuerda la "disolución" de toda asociación cuyos miembros delinquieran valiéndose de los medios que dicha asociación les proporcionen (111). Pero de este modo solo se daba cumplimiento parcial al mandato de la Constitución (art. 19), ya que lo dispuesto en dicho artículo 15 no podría hacerse extensible más que a las entidades constituidas al amparo de la Ley de Asociaciones -no a todas las demás-; tal "disolución", por otra parte -calificada de "pena" por la Ley Fundamental (art. 19)- pasaría a ser ahora una simple "sanción civil", como pueda serlo la "nulidad" o la "inexistencia" del negocio ilícito o con causa inmoral, pero no una "sanción penal". Por ello Saldaña (112), que parte -como él mismo dice- de un concepto "total" de ilicitud más próximo al del Decreto de 20 de Noviembre de 1868 que al del Código Penal

propone una reforma ampliatoria del artículo 198 de este último, a fin de reputar también ilícitas a aquellas asociaciones "cuyos asociados cometieren delitos, valiéndose de los medios que la asociación les proporcione". A juicio de este autor, se trata aquí de "asociaciones ilícitas", en sentido estricto, cuya "disolución" debía preverse en el Código Penal, de acuerdo con lo estipulado en la propia Constitución (113). Otros autores, sin embargo -y es el caso de Groizard- tratan de conseguir una mejor concordancia entre el Código Penal y la Constitución, forzando la interpretación del artículo 198 de aquel, concretamente, del concepto: "objeto". Para Groizard, por ejemplo, una asociación ha de reputarse ilícita no solo por sus "estatutos", "reglamentos" y "declaraciones" ("objeto" en sentido estricto), sino también por sus "actos" y "tendencias" (114).

c).- Estructura de los delitos de asociaciones ilícitas, y, en particular, de la "asociación para delinquir".

Otra peculiaridad del C.P. de 1870, frente al de 1848, reside en la configuración y estructura de los delitos de "asociaciones ilícitas". Ya no hay diferencia -entre asociaciones ilícitas, en cuanto "secretas", y asociaciones ilícitas, por sus fines y objeto (115). El C.P. de 1870, además borra la distinción del C.P. de 1848, introducida en el mismo seno de las "sociedades secretas" por la Reforma de 1850, entre aquellas que tenían por objeto cometer determinados delitos -que se especificaban- y las que perseguían la ejecución de cualquiera otro, los "demás" delitos no mencionados. El Código de 1870 unifica el régimen de

unas y otras asociaciones (116), sin que sea relevante si la asociación era o no era "secreta", ni la clase del delito o delitos planeados por la misma: el tratamiento penal es el mismo.

Con el C.P. de 1870 quiebra el tradicional paralelismo entre la asociación y la "conspiración" (117) y, por lo tanto, también la posibilidad de establecer unas penas para los "directivos" o "meros partícipes" de algún modo proporcionadas a la gravedad de los delitos proyectados por la asociación.

El delito de asociación para delinquir consiste en tomar parte o dirigir una organización que tiene por objeto cometer algún hecho criminal, pero con independencia de que este último llegue o no a ejecutarse y consumarse: porque es la mayor o menor contribución a la empresa delictiva lo que se incrimina, el diverso rol que se desempeña en ésta y no la concreta participación en los delitos que puedan haberse llevado a cabo en cumplimiento de los acuerdos asociativos. Por eso abandona el Código de 1870 el expediente de la conspiración, al que se recurría en el Código de 1848 para fijar las penas de los asociados. Al ganar plena autonomía estructural el delito de asociación ilícita, éste deja de configurarse como "acto preparatorio"; las penas dejan de guardar relación con las de los delitos "programados" y se impone la fórmula del "concurso real" si los asociados -que responden por el mero hecho de serlo llegan a cometer (tentativa, frustración o consumación) alguno o algunos de aquellos delitos.

El C.P. de 1870 incorpora al nº 2º del artículo 198 las técnicas que empleara nuestro legislador histórico a propósito de las "bandas" y "cuadrillas de malhe

chores", rechazando las del C.P. de 1848 y, concretamente, las del artículo 210 de la Reforma de 1850. (so ciedades secretas) (118).

Por último el C.P. de 1870 suprime dos preceptos= del C.P. de 1848, de especial arraigo histórico. En == primer lugar la prohibición expresa de prestar casas o habitaciones a los miembros de una asociación ilícita, (119). En segundo lugar, la polémica institución del - espontaneamiento (120), que realmente tiene razón de - ser respecto a las sociedades "secreta" no es "ilícita" en cuanto "secreta", sino en la medida en que tenga == por "objeto" cometer algún delito, o sea contraria a - la moral pública (121).

d).-Asociaciones lícitas "ab initio": la ina
plicación del artículo 198.2º del C.P. -
por los tribunales.

Más problemático es precisar a qué "aso- caciones" va dirigido el artículo 198 del C.P. de 1870 porque los preceptos "constitucionales" de 1869 que pu dieron servirle de guía o referencia, carecen de la ne cesaria concreción, y no parece tampoco que el legisla dor penal siguiera dicho modelo con absoluta fidelidad. La Constitución se refería, sin duda, a asociaciones vá lidamente constituidas, y prueba de ello es que esta== blece la pena de "disolución", en otro caso innecesa== ria. Asociaciones, ante todo, de índole "política": no la tradicional "banda" o "cuadrilla de malhechores", - ni ninguna otra de las formas contemporáneas de la de lincuencia asociada (122). El C.P. sin embargo, no con signa la pena de "disolución"; castiga, incluso a di== rectivos de "asociaciones que no hubieran llegado a es

tablecerse" (123), y suprime, los requisitos formales que exigía el C.P. de 1848 al concepto de asociación= (124). Si a esto se añade la significativa tardanza - de la Ley de Asociaciones, puede llegarse a la conclu= sión de que el legislador penal de 1870 empleó un con= cepto muy amplio de "asociación", nada técnico ni ri= guroso, más próximo -desde luego- al plano de lo "fác= tico". Del mismo modo que el constituyente, es obvio= que aquél no pensó en asociaciones concretas del momen= to, políticas o religiosas, que eran objeto de regula= ción por una casuística normativa especial. Si el T.S. en esta época, acude a una acepción "civilista", muy - restrictiva (125) del concepto "asociación", es solo - porque la interpretación del artículo 198 del C.P. se= planteó exclusivamente con relación a asociaciones "po= líticas" y "sindicales" ya constituidas al amparo de - un régimen de amplias libertades de modo que cualquier otra interpretación hubiera entrañado un serio peligro para éste (126).

Diversos factores explican la inaplicación del ar= tículo 198, nº 2º del C.P. de 1870 (127) y la preferen= cia de los Tribunales por el nº 2º del artículo 199 -- (128) o por las normas generales sobre autoría y parti= cipación (129), evitando, en todo caso, el concurso de delitos (130). La aplicación del nº 2º del artículo -- 198 no llegó a suscitarse respecto a asociaciones ilícitas "ab initio" -asociaciones criminales en sentido= estricto, de facto sino con relación a asociaciones po= líticas, válidamente constituidas, al amparo del gene= roso régimen de libertad instaurado y de composición - múltiditaria. Justificado era el recelo de los Tribuna= les, que no aplicaron el nº 2º del artículo 198 ni en=

el caso de que los miembros más destacados de tales asociaciones delinquieran en cumplimiento de acuerdos - de la misma (131), si ésta se constituyó con arreglo a Derecho o era lícita "ab initio". A este propósito sirven el concepto "civilista" de "asociación" y el muy restrictivo de "estatutos" que emplea el T.S.

VI.- Exámen de la legislación especial dictada entre 1870 y 1928 y de otras disposiciones de diversa naturaleza y rango normativo.

El C.P. de 1870, fiel a sus premisas liberales, reputa ilícita solo a aquella asociación que tiene por objeto cometer algún delito "penado en este Código". - Se parte, en definitiva, de la idea, ampliamente desarrollada en las discusiones parlamentarias, de que el C.P. es la "ley común", la "norma represiva por antonomasia", única vía legítima para limitar el ejercicio de los derechos individuales. La ilicitud de asociaciones previstas en la legislación especial, o la de aquellas otras que tienen por objeto cometer algún delito de los que no se encuentran tipificados en el propio Código, no puede fundamentarse en el nº 2º del artículo 198 de éste. No obstante, ha de contemplarse la legislación especial, en vigor hasta 1928, sobre asociaciones ilícitas, así como ciertas disposiciones de diverso rango sobre la materia. Unas interesan, al menos porque delimitan el campo de acción del nº 2º del artículo 198 estableciendo el régimen -por lo general más severo- de las asociaciones ilegales no comprendidas en el Código (precisamente las manifestaciones más peligrosas de la criminalidad asociada de la época (132); otras, porque

son auténticas leyes penales que contemplan "delitos" y establecen "penas" desconocidas en el C.P.: no se limitan a prohibir ciertas asociaciones, sino que emplean técnicas y valoraciones "sui generis" (133); la particularidad de otras es de alcance estrictamente "procesal" o "jurisdiccional" (134), mientras que, las citadas en último lugar (Circulares) ofrecen la interpretación "auténtica" de la fórmula legal, o, al menos, las pretensiones de los poderes públicos al respecto - (135).

a).- En cuanto a las asociaciones "anarquistas", "terroristas" y "colectivistas", debe citarse la Ley de 10.VII. 1894 (136) que declara ilícitas y acuerda la disolución de todas las asociaciones que de cualquier forma faciliten la comisión de estos hechos criminales consagrando, de forma expresa, el principio -- del "concurso de delitos" (137). El artículo 1º del R. D. de 25 de Diciembre de 1925 (138) somete el conocimiento de estos delitos a la jurisdicción militar. La Ley de 2 de Septiembre de 1896 (139) autoriza al Gobierno a "suprimir" los centros anarquistas, haciendo salir del Reino a las personas que integraren las asociaciones descritas en el artículo 8º de la Ley de 10 de Julio de 1894 (140). La "suspensión" y "disolución" de ciertas asociaciones se prevé, igualmente, en la llamada Ley de Jurisdicciones, de 23 de Marzo de 1906 (141), para los supuestos contemplados en su artículo 12 (142). Como es lógico, en todos estos casos, las facultades que se otorgan a los poderes públicos se configuran con mayor amplitud que en la Ley de Asociaciones.

b).- Respecto a las asociaciones "separatistas", destaco los Reales Decretos de 18 de Septiembre de 1923

(143), y el de 17 de Marzo de 1926 (144). El primero - de ellos, castiga severamente el "pandillaje" (145), y su artículo 1º declara competente a la jurisdicción mi litar para juzgar a "los que sigan formando partida o= partidas" y a los jefes de las mismas. En el segundo - se tipifican, como infracciones administrativas, una - serie de conductas de desobediencia o resistencia a las órdenes e instrucciones del Gobierno por los directi== vos de Asociaciones públicas o privadas (146), que, en virtud de una cláusula un tanto anómala (147), pueden= convertirse en delitos de los que conoce la jurisdic== ción militar (148).

c).- En cuanto al "bandolerismo", a las "cu drillas de malhechores", baste con recordar que en --- 1875 se declara de nuevo en vigor la Ley de 18 de Abril de 1821 (149), como lo demuestra la reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo cuyos fallos se refieren - continuamente a la misma (150), aceptando su vigencia. Los delitos previstos en su artículo 8º (robo en cua== drilla), dan lugar a continuos conflictos entre la ju= risdicción militar y la ordinaria, que en un principio se resuelven por el Tribunal Supremo a favor de la pri mera (151), bien al amparo de lo dispuesto en el art.= 8º de la propia Ley de 17 de Abril de 1821 (152), bien invocándose el artículo 350, 9º de la Ley Orgánica del Poder Judicial (153) que declara a aquella competente= para conocer de los delitos y faltas comprendidos en - los respectivos bandos militares, criterio de atribu== ción de competencia que se mantuvo (154) incluso tra== tándose de delitos no estrictamente militares (155), y aunque no fueran ejecutados por "facción" ni en despo= blado (156). Paulatinamente, sin embargo, se fué afir= mando el carácter atrayente del fuero ordinario, lo que

dió lugar a una interpretación restrictiva de la Ley de 17 de Abril de 1821; primero, se condiciona la aplicación de la misma a la efectiva perturbación del "orden público" como consecuencia de los hechos enjuiciados, de modo que una vez restablecido dicho equilibrio externo se estima improcedente ya aquella (157); otros fallos del Tribunal Supremo amparan la competencia de los jueces ordinario en el artículo 349, 9º de la Ley Orgánica del Poder Judicial (158), según el cual debían ser juzgados por la jurisdicción ordinaria los reos de robo en cuadrilla; una importante "decisión" del Tribunal Supremo del año 1879 (159), en base a los artículos 21 y 25 de la Compilación sobre Enjuiciamiento Criminal, declaró que la jurisdicción ordinaria debe conocer de todas las causas criminales, a excepción de las reservadas al Senado y a las jurisdicciones de Guerra y de Marina, considerando no ser éste el caso de los delitos de robo en cuadrilla con violencia en las personas "por ser paisanos los acusados y no tratarse de delito militar y porque no se hallan comprendidos entre los que la Ley de 17 de Abril de 1821, y la de 8 de Enero de 1877 atribuyen a la jurisdicción militar"; otra "decisión", de 1821 (160) estimó que el "conocimiento del robo en cuadrilla lo atribuye a la jurisdicción ordinaria en su número 9º el artículo 52 de la Compilación General de las disposiciones vigentes sobre el Enjuiciamiento, en cuyas disposiciones no está comprendida la Ley de 17 de Abril de 1821, ni la R.O. de 15 de Marzo de 1875, que la puso en observancia"., con lo que viene a reputarse derogada aquella. De este modo, será competente la jurisdicción ordinaria, aunque los malhechores o miembros de la banda sean "militares en activo" (161), o

fuesen más de quince o veinte hombres armados (162), o fuesen perseguidos (163) o incluso aprehendidos (164) por fuerzas armadas.

En relación directa con la Ley de 17 de Abril de 1821 se encuentra la de 8 de Enero de 1877 (165), dictando disposiciones para prevenir y castigar el secuestro de personas, ley en cuya génesis jugó un papel decisivo la intervención y propuestas de Casado y Sánchez. La ley establece penas muy severas (166), para quienes ejecutan, promueven o toman parte en los secuestros, siendo competente para juzgar estos delitos los tribunales militares (167), y pudiéndose extender el ámbito local de la ley provincial, en principio previa declaración gubernamental al respecto, a otras provincias (168). No prosperó, sin embargo, la propuesta de Casado y Sánchez en el sentido de facultar al Gobierno para que declarase en vigor la Ley de 17 de Abril de 1821 (169).

Por último, una Circular de 16 de Mayo de 1872 (170) declara ilícita cierta Asociación, como contraria a la moral pública. Su interés trasciende el del caso singular a que va dirigida, porque en ella pueden encontrarse las razones que movieron a los Tribunales a aplicar el nº 1º del artículo 198, en lugar del nº 2º del mismo artículo.

Otras Circulares, ya citadas, de 6 de Abril de 1892, del Ministerio de la Gobernación, y la de 4 de Marzo de 1893 (172), de la Fiscalía del Tribunal Supremo, completan aquellas directrices en torno a la debida interpretación de los números 1º y 2º del artículo 198 del C.P.

VII.- Principales "proyectos" de reforma del -
Código Penal de 1870.

Finalmente, he de hacer mención a los principales Proyectos de reforma del C.P. de 1870 que proliferan (173), sobre todo, desde la Constitución de 30 de Junio de 1876 (174). Me referiré a los de Bugallal (175) Alonso Martínez (176), Silvela (177), Montilla y Adán (178), y Saldaña (179), porque son los que, a mi juicio, presentan particularidades más notables en la regulación de los delitos de asociaciones ilícitas o han influido más en la configuración posterior de la fórmula legal. Propósito fundamental de los mismos fué, ante todo el de conseguir la deseada y necesaria armonía entre la ley de Asociaciones, la Constitución y el Código Penal en orden a la suspensión y disolución de determinadas asociaciones ilícitas (180); y ampliar la sobria redacción de 1870, para fundamentar en el propio Código la ilicitud de otras asociaciones no ilícitas a tenor de lo dispuesto en los números 1 y 2 del artículo 198 (secretas, irregularmente constituidas), o ilícitas pero previstas en la legislación especial (terroristas, anarquistas, etc.).

En cuanto a la rúbrica legal, los citados proyectos conservan, en líneas generales, la del C.P. de 1870, si bien alguno de ellos suprime el predicado "individuales", referido a los derechos garantizados por la Constitución con ocasión de cuyo ejercicio se delinque (181).

Todos estos Proyectos amplían la fórmula legal del C.P. de 1870, toman como punto de partida los números 1º y 2º del artículo 198 (asociaciones contrarias a la moral pública y asociaciones que tienen por objeto come

ter algún delito). El término "moral pública" se conserva solo en el de Montilla y Adán (182) siendo reemplazado por el de "moral cristiana" en los de Bugallal (183) y Silvela (184). Es claro, también junto al propósito de matizar el concepto de "moral", el de considerar "ilícitas" -en cuanto "inmorales" (185)- las asociaciones que persiguen combatir las bases fundamentales del orden social (186), con lo que se pretende incorporar al Código la interpretación jurisprudencial del concepto de "moral pública" (187). El Proyecto de Montilla y Adán exige, además, que aquella pugna con los principios fundamentales del orden social existente se lleve a cabo "mediante hechos violentos" (188), = restricción de notable interés.

Se revisa (189), también, la redacción del nº 2º del artículo 198 (" que tengan por objeto cometer alguno de los delitos previstos en este Código"), para ampliar el alcance de la misma. Los Proyectos de Silvela (190) y Montilla (191), por ejemplo, añaden: " o falta de cualquier clase", abriéndose así paso a una tendencia que culmina en el de 23 de Noviembre de 1927 con la supresión del requisito de que los hechos criminales estuvieran previstos en el propio Código (192). No falta, tampoco, el propósito de declarar ilícita la asociación "cuyos asociados cometieren algún delito valiéndose de los medios que la misma les proporcione" (193), tesis que hará suya posteriormente el legislador de 1928.

Pero tal vez el dato más llamativo de estos Proyectos sea la expresa declaración de ilicitud de aquellas asociaciones "cuyos individuos se impongan con juramento o sin él la obligación de ocultar a la autoridad el objeto de sus reuniones o su organización inte-

rior (194), y el de aquellas otras que "en la correspondencia con sus individuos, o con otras asociaciones se valgan habitualmente de cifras, jeroglíficos o signos misteriosos (195), esto es: se resucitan las "sociedades secretas". Lo mismo podría decirse de la ilicitud de las asociaciones" que se formaren faltando a los que prescriben las leyes (196), pues ambos mandatos suponen una regresión hacia el sistema formalista del C.P. de 1848, contradictorio con el que inspira el C.P. de 1870, en la medida en que se prescinde, en todos estos casos, de la licitud o ilicitud del objeto y fines reales de la asociación concreta.

El Proyecto de Bugallal reputa, ilícitas a aquellas asociaciones "en que la mayoría de sus asociados concurrieren armados o tuviesen a su disposición armas previamente depositadas", precepto que contenía también el Proyecto de Alonso Martínez (197).

Respecto a la suspensión y disolución de determinadas asociaciones, tiene especial interés el Proyecto Silvela, que autoriza aquellas "cuando los delitos cometidos por individuos que constituyan una entidad... sean ejecutados por los medios que la misma les proporcione, en términos que el delito resulte cometido a nombre y bajo el amparo de la representación social" (198), antecedente indiscutible del artículo 44 del C.P. de 1928.

A directrices semejantes responde, el Proyecto de 23 de Noviembre de 1927 (199), al que, por razones expositivas, me refiero a continuación. El nº 1º de su artículo 336 reputa ilícitas las asociaciones que "por sus fines y circunstancias sean contrarias a la moral o tengan por objeto combatir las bases fundamentales del orden social". Más desafortunado, sin duda, es el

casuístico e impreciso nº 2º del propio artículo: "las que tengan por objeto cometer alguno de los delitos o faltas penados en este Código o en este Código o en leyes especiales, hagan la apología de hechos previstos como delitos, inciten expresamente a desobedecer las leyes, o promuevan el odio entre las varias clases sociales, poniendo en peligro el orden público". Las asociaciones que tuvieran ilícitamente armamento a disposición de sus socios (200), y las constituidas con infracción de las normas legales al efecto (201), se reputan también ilícitas en dicho Proyecto. Su artículo 340 recogía, como en el C.P. de 1848, la institución del espontaneamiento (202).

VIII.- El Código Penal de 1928

A).- La vigencia "provisional" de los preceptos contenidos en el C.P. sobre la asociación para delinquir.

Falta en este Código una regulación propia de los delitos de asociaciones ilícitas y por lo tanto, de la asociación para delinquir, pues el legislador se limitó a declarar provisionalmente en vigor los preceptos al respecto contenidos en el C.P. de 1870. En efecto, los artículos 268 y 269 del C.P. de 1928 se remiten a unas leyes especiales (203) (204), que se dictarían en el futuro sobre estos delitos, pero que no llegaron a dictarse: por lo que, a tenor de lo dispuesto en el propio artículo 856 (205), siguieron en vigor los artículos 198 y siguientes del C.P. de 1870. Claro que con determinados retoques, como el de la rúbrica legal, y con las inevitables consecuencias derivadas -

del significado total del Código de 1928, en el que se insertan los preceptos aparentemente idénticos del C.P. de 1870.

B).- La rúbrica legal

La rúbrica del nuevo Título II, por ejemplo, reza ahora así: "delitos contra los poderes públicos y la Constitución", de modo que con la mención de su primer inciso se amplía la de 1870. En la del Capítulo II (206) se introducen, también, una serie de modificaciones. Se suprime el adjetivo: "individuales", referido antes a los "derechos" del ciudadano. Junto a este concepto -el de "derecho"- aparece ahora el de "deber". Por último, en lugar de "derechos garantizados...", la nueva fórmula legal dirá "derechos reconocidos por la Constitución".

Pero el precepto, sin duda, de mayor interés es el que contiene el artículo 44 del Código (207), que autoriza la disolución o suspensión de asociaciones, cuando los individuos que las constituyen "cometieren algún delito con los medios que las mismas les proporcionaren, en términos que resulte cometido a nombre y bajo el amparo de la representación social o en beneficio de la misma entidad". En el Capítulo III del Título III y, a propósito de las medidas de seguridad, los artículos 90, circuns 10ª (208), 92, (209) y 93 (210), completan este sistema de nueva planta.

Los antecedentes legales y doctrinales del mismo son conocidos, pero es una novedad el que se prevea en el propio C.P. la suspensión o disolución de asociaciones ilícitas (211).

Por otra parte, el artículo 36 (212) proclama la-

punibilidad genérica de la conspiración para delinquir, que incorrectamente se conceptúa como "grado de ejecución del delito"; y los artículos 677 (213) y 679 (214) contienen nuevas desviaciones a los principios que inspiraron el Código Penal de 1870. Por ello, la prolongación y anacrónica vigencia de los artículos 198 y siguientes del C.P. de 1870, bajo el imperio del de 192 no puede interpretarse como una vuelta al viejo Régimen; no se trata de una reliquia del superado sistema liberal, sino antes bien de una secuela de la improvisación, de la impaciencia y de la defectuosa técnica legislativa (215).

IX.- El Código Penal de 1932

A diferencia de la Constitución de 1869, la republicana de 9.XII de 1931 tiene escasa repercusión en el régimen de las asociaciones ilícitas (216). Su incidencia en el C.P. se traduce, en la reordenación de que son objeto los delitos cometidos por los funcionarios públicos contra el ejercicio de los derechos individuales. Por lo demás, el constituyente solo mostró preocupación por el ejercicio que de este derecho pudieran hacer las confesiones religiosas (217).

A).- Retorno a la normativa de 1870

El C.P. de 1932 supone un auténtico retorno a la normativa de 1870. Esto da lugar, en primer lugar, a la supresión de los retoques que en esta última introdujera el legislador de 1928. Se elimina de la rúbrica legal del Título II, por ejemplo, la referencia a los "poderes públicos", volviéndose literalmente a la redacción de 1870: "delitos contra la Constitución". Lo mismo sucedió -aunque no sin cierta oposición razonable

de la doctrina (218) con la del Capítulo II, que suprime el término:"deberes", para decir ahora:"delitos cometidos por los particulares con ocasión del ejercicio de los derechos individuales garantizados por la Constitución".

El delito de asociación para delinquir aparece -- previsto en el nº 2º del artículo 185, sin que haya -- de anotarse otras novedades respecto a la fórmula de 1870, que las consistentes en una prudente actualización de las penas pecuniarias (219). Para resaltar esta semejanza baste con advertir como, al igual que en el C.P. de 1870, la conspiración sólo será punible "en los casos en que la ley la pene especialmente (220). El legislador de 1932 deroga, también, los preceptos incorporados en 1928 que equiparaban ciertas huelgas y coligaciones con los delitos de sedición y coacción -- . Y suprime el polémico artículo 44 del C.P. (221) de la Dictadura, de modo que se vuelve a los principios tradicionales de 1870:la "suspensión" y la "disolución" de una entidad criminal se encuentran reguladas en la Ley de Asociaciones o en la legislación especial, pero no en el Código Penal.

B).- Legislación especial dictada bajo la vigencia del C.P. de 1932, hasta 1936.

Con posterioridad a la derogación del C.P. de 1928 se promulgan algunas disposiciones de interés:la Ley de 8.IV de 1932 (222), la de 24.VIII de 1932 (223), la de 28.VII de 1933 (224) y las de 11.X (225) y 22.XI -- (226), ambas de 1934. Estas leyes tienen de común el reglamentar en qué casos procede suspender o disolver ciertas asociaciones (227), excepto la de 22.XI de 1934, y según Cuello Calón (228) porque tales asociaciones=

(terroristas) son contrarias a la moral pública (229), debiéndose sobreentender en dichos casos la "disolu--= ción". La Ley de 24.VIII de 1932, invocando el artícu--= lo 44 de la Constitución Republicana, acuerda la expro--= piación de todas las fincas..."que sean propiedad de --= cuantas personas naturales y jurídicas han intervenido en el pasado complot contra el Régimen (230). Las dos--= Leyes sobre terrorismo, de 11 de octubre y 22 de noviem--= bre de 1934 atribuyen el conocimiento de estos delitos a la jurisdicción ordinaria (231), característica ver--= daderamente insólita en leyes especiales de esta natu--= raleza; y la primera de ellas -la de 11 de octubre- no contiene, como hasta entonces había sido tradición, u--= na cláusula expresa consagrando el concurso de delitos y la doble e independiente penalidad, para el caso en--= que algún miembro de estas asociaciones cometiera, ade--= más, delito o delitos como los perseguidos (232). Por --= último, la desafortunada Ley de 11 de octubre de 1934--= sanciona, indiscriminadamente, con las mismas penas a--= cuantos "formaren parte" de las asociaciones que prohi--= be (233), mandato anómalo y extraño en nuestro ordena--= miento jurídico que siempre ha distinguido entre la gra--= ve responsabilidad de los directivos de aquéllas y la--= más atenuada de quienes... se limitan a participar, co--= mo meros individuos de filas, sin asumir en las mismas funciones de control, dirección o mando.

C).- Una polémica parlamentaria y su solu--= ción en vía jurisdiccional: la Asocia--= ción Falange Española.

En el terreno parlamentario merece destacarse la--= interpelación del Sr. Calvo Sotelo al Presidente del --= Consejo (Sr. Casares Quiroga) y la contestación de és--=

te, respecto a la supuesta declaración gubernativa de ilegalidad contra la asociación Falange Española (234). De las discusiones parlamentarias se desprende que no hubo tal "declaración gubernativa" de ilegalidad, y sí cierta "actividad policial" desplegada contra los miembros de esta asociación cuya legalidad se encontraba entonces "sub iudice" (235). El problema de fondo se abordaría, de modo definitivo, por la sentencia de 8 de junio de 1936, del Tribunal Supremo, fallo de gran valor histórico y político que, al desestimar el recurso del Ministerio Público contra la sentencia absolutoria de la Audiencia Provincial, declaró la no ilicitud de los fines y programas de Falange Española (236).

X.- Legislación especial del "Nuevo Estado".

El C.P. de 1932, estuvo vigente hasta su expresa derogación en 1944 (C.P.: art. 604). Pero, desde 1936, surge una legislación especial paralela (237), de la que se ha dicho "lleva la impronta del nuevo régimen y de las circunstancias históricas de los tiempos posteriores a la guerra española, al mismo tiempo que anuncia las directivas del nuevo Código Penal que estaba al llegar" (238). La suerte de esta legislación, a la que ahora me refiero, va inseparablemente unida a la del C.P. de 1944, que incorpora muchos de sus preceptos. Otros, sin embargo, -y es el caso de los dictados en materia de bandidaje y terrorismo conservan una criticada vigencia simultánea a la del Código Penal que da lugar a enojosos problemas de interpretación.

A).- Rasgos característicos de la misma.

Nota característica de esta normativa es=

su acusada circunstancialidad y excepcionalidad (239), propias del momento en que se dicta y de los delitos=perseguidos. Revela la atención preferente del legislador por el castigo de conductas contrarias al prestigio del Estado y al "orden público" (240). De ahí -su particular severidad, la notable anticipación de -las barreras de protección penal (241), la creación -de una nutrida gama de figuras delictivas no castigadas en el C.P. de 1932 (242) y la atribución de estos hechos a la jurisdicción castrense o a tribunales especiales (243). Sus directrices suponen una quiebra -del sistema que instauró el C.P. de 1870. Se revive,=por ejemplo, la prohibición de las sociedades "secretas", como en el C.P. de 1848 (244) y la ilicitud de=una asociación no deriva -exclusivamente- de su "objeto". Se elaboran catálogos de asociaciones "declara==das fuera de la ley", de asociaciones "prohibidas", -que se reputan también "ilícitas" pero en base a otros criterios (245). El propio concepto de "asociación" -=del C.P. de 1932 (término que la doctrina jurisprudencial había interpretado restrictivamente) queda supera=do ante la aparición de otros menos precisos, que el -legislador emplea como sinónimos de aquel ("grupo", -= "entidad", "organización", "asociación transitoria", -etc.) (240).

B).- Examen particularizado de dicha normativa

a).- De todo este complejo de normas, de diferente rango y significado, cabe señalar un grupo -de ellas, que constituyen el soporte ideológico-políti=co del Nuevo Estado: son las que configuran o regulan=el ejercicio del derecho de asociación (247), en todas sus esferas. Aunque se trata de una normativa esencial

mente "política", no carece de interés para nuestro estudio. En primer lugar, porque en ella hay que buscar los antecedentes próximos de las asociaciones "prohibidas", y de las "declaradas fuera de la ley" a que se refieren el nº 3º del artículo 172 y los diversos números del artículo 173. Pero, ante todo, en el campo del concurso de leyes, para delimitar el ámbito de aplicación del nº 2º del artículo 172 del de toda esta amplia gama de figuras delictivas de innegable semejanza estructural, pero de muy diversa "ratio legis" que incorporará más tarde al C.P. la Reforma de 1944. Porque, a diferencia de las asociaciones del nº 2º del artículo 172, aquellas otras se reputan ilícitas no por su "objeto" delictivo -por sus fines criminales-, sino por una motivación netamente política: por haber integrado el Frente Popular o haberse opuesto al Movimiento Nacional (248). El legislador, como es sabido, las enumera sirviéndose de un catálogo más o menos riguroso (249), las declara expresamente "disueltas" (250) y castiga, por primera vez comportamientos de apoyo económico a las mismas (251).

b).- Mención aparte merece la Ley de 1.III.1940 sobre Masónería y Comunismo (252) que, según su Preámbulo, versa también sobre las "asociaciones secretas de todo orden y las fuerzas internacionales de índole clandestina". Dicha Ley, aparecida con carácter provisional (253) -pese a su dilatada vigencia- (254) contiene las declaraciones más drásticas contra tales sociedades (255) y somete el conocimiento de los delitos que define a tribunales especiales (256). Su mayor interés reside, igualmente, en el área del concurso de leyes, ya que algunos de sus preceptos dan lugar a una

evidente relación de "alternatividad" con los contenidos en el C.P., relación resuelta por el Tribunal Supremo -con un criterio indudablemente benévolo- a favor de estos últimos (257).

c).- Destaco, también, la Ley de 29 de Marzo de 1941 (258), de Seguridad del Estado, que aparece como norma "circunstancial" (259) para suplir deficiencias o lagunas en nuestra legislación, pero que debía aplicarse con preferencia a los propios preceptos en la materia del Código Penal o de las leyes penales especiales (260). Estuvo en vigor hasta su expresa derogación por el Decreto Ley de 18 de Abril de 1947 (261). La Jurisprudencia del Tribunal Supremo da fé de su efectiva aplicación (262). Según dispuso el artículo 604 (263) del Código Penal de 1944, los preceptos materiales y procedimentales de esta Ley no incorporados al Código en 1944 debían subsistir "en todo caso", mandato que se suprime, sin justificación alguna, en el Texto Refundido de 1973 (264). De esta Ley procede el amplio repertorio de figuras de carácter asociativo -- que conoce el Código Penal de 1944 (por ejemplo, los de : "asociación transitoria", "agrupación", "entidad", "organización"; etc), con todas sus consecuencias --- (265), y, también, la punibilidad genérica de la conspiración (266) que volverá a establecerse en la Reforma de 1944 con relación a toda clase de delitos.

d).- Por último, es obligada una referencia a la legislación sobre bandidaje y terrorismo (267), - aunque su interés sea ya secundario, por su derogación (268). Históricamente, además, no se identifica con la asociación para delinquir del actual nº 2º del artículo 172 del Código Penal, ni agota las innumerables ma-

nifestaciones reales del fenómeno criminal organizativo: la "banda" es una asociación para delinquir, desde luego; una de las formas más genuinas de aparición de la delincuencia asociada; pero no puede olvidarse que, tradicionalmente, su castigo y represión ha quedado reservado a una severa legislación especial "ad hoc", extramuros de todos nuestros Códigos Penales, a excepción del de 1822 (269).

Las disposiciones fundamentales sobre bandidaje fueron el Decreto Ley de 18 de Abril de 1947 (270) y el de 21 de Septiembre de 1960 (271) que refundía los preceptos contenidos en aquel y en la Ley de 2 de Marzo de 1943 (272).

Se trata, evidentemente, de una legislación "severa" (273) pero no "excepcional", a juicio del legislador, para quien no se hizo sino adaptar las normas contenidas en la antigua ley de secuestros y explosivos, pero dentro de la "legislación común" (274), para sustituir a la desfasada Ley de Seguridad del Estado.

El problema más acuciante de esta normativa reside en el campo del concurso, siendo de destacar, sobre todo, el criterio de solución del mismo previsto en el Decreto de 21 de Septiembre de 1960, según el cual: "la jurisdicción militar será la competente para conocer de los delitos comprendidos en esta disposición que serán juzgados por procedimiento sumarísimo. Si por las especiales circunstancias de los hechos no revistieren éstos gravedad o características adecuadas para ser calificados con arreglo a este Decreto, y deberían serlo conforme a la legislación común, la jurisdicción militar podrá inhibirse en favor de la ordinaria" (275).

Dicho criterio, desafortunado -a mi modo de ver (276)= vuelve a aparecer, una vez derogado el Decreto, en el artículo 294 bis d) del Código de Justicia Militar, -- con lo que el problema tal vez queda en pie, después - de la Reforma de 15 de Noviembre de 1971 (277). Piezas claves del Decreto son sus artículos 2º (278) y 6º --- (279).

XI.- El Código Penal de 1944

Derogada la legislación especial sobre -- bandidaje y terrorismo; el C.P. de 1944 -con sus reformas parciales de 1963, 1967 y 1971- contiene hoy la normativa básica sobre la asociación criminal.

A).- El significado de la nueva rúbrica== legal.

Llama la atención, en primer lugar, el cambio que se opera con la reforma de 1944 en la "rúbrica legal": en la del Capítulo II y en la de la Sección Primera de éste. El legislador suprime el término "Constitución" -empleando en su lugar el de "Leyes" "Leyes Fundamentales" -y elude cuidadosamente toda referencia a los "derechos individuales" (280), que en su día jugarán un papel decisivo en la aparición de estos delitos. El Título II reza ahora así: "delitos contra la seguridad interior del Estado" (281), innovación cuyo antecedente hay que buscar en la Ley de 29 de Marzo de 1941, y que supone un retorno al sistema de 1848. A tenor -- de la nueva rúbrica, el legislador pretende no tanto - proteger unos derechos reconocidos por la "Ley Fundamental", mediante la sanción del ejercicio abusivo de los mismos (ejercicio contra lo dispuesto en el C.P.), como la salvaguarda del "orden público" y "la seguridad del Estado"; no se trata ya -"prima facie" de delitos=

contra "la Ley Fundamental". Efectivamente, este giro de la rúbrica refleja un cambio significativo que se operó fuera del C.P., en la legislación que sirve de base al Nuevo Estado, parte de la cual ha sido ya exami-
nada en el epígrafe anterior. El C.P. no es ahora ese último y único límite en el ejercicio de todos los de-
rechos individuales que pregonizaba la ideología libe-
ral y racionalista de 1869, sino un límite más; y este
límite funciona, ante todo, como refuerzo de la sanción
que preceptos restrictivos y de rango inferior a la Ley
Fundamental, imponen al ejercicio de ciertos "derechos
de la persona". Al "orden público" se refieren (283) -
la Ley de 30 de Julio de 1959 (282), y la de 2 de Di-
ciembre de 1963, para justificar el conocimiento de to
dos estos delitos por determinada jurisdicción, distin
ta de la ordinaria.

El amplio catálogo de fines sociales que el apar-
tado 3 del artículo I de la Ley de Asociaciones reputa
ilícitos (284) creando una criticable ilicitud "ad hoc",
de contornos indefinidos, es buena prueba de lo dicho.
Con razón afirma recientemente el Tribunal Supremo, en
su sentencia de 15 de Febrero de 1971, (y al aludir a=
la Ley de Asociaciones y Fuero de los Españoles) que...
"el Código Penal no hace sino trasladar al campo de su
peculiar antijuricidad la ilicitud previamente declarada
en el general ámbito normativo" (285).

Si este cambio esencial que experimenta el siste-
ma español -la fórmula de 1870- hubiera debido reservar
se a las asociaciones "políticas" introducidas en 1944,
sin afectar para nada a la asociación para delinquir -=
hasta entonces ajena a los vaivenes políticos naciona-
les, es un problema que ahora no abordaré.

B).- Los delitos de "asociaciones ilícitas" y la "asociación para delinquir".

La creación de nuevas figuras penales de "asociaciones ilícitas" desconocidas por el C.P. de 1932 es la característica más significativa del C.P. de 1944. Esto importa desde luego, a la teoría del concurso de leyes, al hacerse necesaria la adecuada diferenciación entre unas y otras; pero interesa, también, al nº 2º del artículo 172, porque inevitablemente quiebra el esquema del C.P. de 1870, que se basaba en el protagonismo de aquel, -su pieza central-.

El C.P. de 1944 conserva los pilares de la fórmula legal tradicional (los números 1º y 2º del hoy artículo 172), pero incorpora a la misma los números 3º y 4º del artículo 172 (286), los cinco números del artículo 173 y los dos del artículo 174 (287), casi todos ellos procedentes de la Ley de Seguridad del Estado (288). Sin embargo el problema no reside, en sí mismo, en la ampliación de que es objeto la fórmula legal, sino en el modo en que ésta se lleva a cabo. Con la Reforma de 1944 el "objeto" de la asociación -sus fines, planes- dejan de ser la referencia exclusiva del juicio de valoración penal. Una asociación puede ahora reputarse ilícita, sin que sea necesario constatar previamente que su "objeto" es contrario a la "moral" o constitutivo de "delito": como sucede con las asociaciones "prohibidas", las "declaradas fuera de la ley", las que se "constituyen al margen del ordenamiento jurídico", etc; de toda referencia al "objeto social" se prescinde, también, en el nº 4º del artículo 172, por lo que -y no sin razón- algún fallo del Tribunal Supremo ha comparado las asociaciones descritas en dicho -

precepto con las antiguas sociedades "secretas" de --- nuestro Código de 1848 (289). Pero es que, además, el C.P. de 1944 equipara, a todos los efectos, las asociaciones que son ilícitas por razón de su "objeto" (nº 1º y 2º del artículo 172), y las que lo son con independencia de la licitud o ilicitud, en concreto, del mismo (nº 3º y 4º del artículo 172 y artículo 173, entre otros) (290). De ahí el criticado pero inevitable casuismo de la fórmula legal, la inherente contradicción de que adolece y, particularmente, la difícil conexión entre los artículos 172 y 173. Y es que, en vano, puede intentarse la coexistencia en un mismo sistema jurídico de preceptos que provienen de concepciones contrapuestas, como lo son las de la Constitución de 1869 y la Ley de Seguridad del Estado.

Algún autor ha señalado que la incorporación en 1944 de todas estas figuras penales de marcado cariz político, determinó automáticamente la inutilidad de los nº 1º y 2º del artículo 172 -las piezas claves en la fórmula tradicional-, que quedaron convertidos en letra muerta (291). Lo cierto es que, desde entonces, sólo se aplican los preceptos introducidos con la Reforma, cuyo origen "histórico" y "ratio legis" difieren de la tradicional "asociación ilícita" del C.P. de 1870, con el consiguiente perjuicio y desnaturalización de esta última.

C).- La supresión del inciso: "penados en este Código", del art. 172.2º.

Con la Reforma de 1944 se modifica, por primera vez desde 1870, la dicción del nº 2º del artículo 172, y queda suprimido el inciso final: "penados en este Código". Esto es, se elimina la exigencia (292) de que -

el delito perseguido por la asociación se encuentre - descrito en el propio Código Penal.

Los efectos y consecuencias de esta supresión --- -y la razón de ser de la misma- son los dos problemas= que interesa abordar en este momento.

Lo primero es claro. Cabe imaginar tres supues--- tos: 1) Asociación que tiene por objeto la comisión de un hecho previsto y sancionado en el C.P. como delito; 2) Asociación que tiene por objeto actividades sancionadas como delito por una Ley "especial"; 3) Asociaciones que se reputan ilícitas, con independencia del objeto de las mismas, en virtud de lo dispuesto en una norma "ad hoc" de la que resulta tal ilicitud. En los Códigos Penales de 1870 y 1932, sólo las asociaciones= a que se refiere el apartado 1) podían reputarse ilí-- citas. La ilicitud de las del grupo 3) no ofrece pro= blemas, si bien no deriva del C.P. mismo, sino de una norma especial. Con la Reforma de 1944, se borra la -- distinción entre asociaciones de los grupos 1 y 2, siguiendo ambas el mismo régimen; la asociación será ilí cita, a tenor de lo dispuesto en el nº 2º del artículo 172, aunque el delito que tenga por objeto no se encuen tre previsto en el propio C.P. sino en una ley especial.

Este nuevo criterio, desde luego, no tiene nada de excepcional: la ampliación que produce en los respectivos tipos penales es notable, pero otros ordenamientos, como el alemán (293) o el italiano (294), adoptan esta solución que, en sí misma, no es criticable. Ahora bien, lo que no puede es desconocerse el cambio que la Refor ma de 1944 supone, los presupuestos del mismo y los mo tivos que hayan podido determinar al legislador a la - supresión de un inciso que había permanecido invariable

desde 1870. Debe ofrecerse una explicación satisfactoria, porque indudablemente no se trató de un retoque - "estilístico". No lo han entendido así algunos autores. Según Cuello Calón, por ejemplo, "el texto legal no limita aquí su alcance a las asociaciones que tengan por objeto cometer alguno de los delitos penados en el Código, como hacía seguramente por descuido el texto legal de 1932; se refiere a todo género de delitos, a los comprendidos en el C.P., como en las leyes penales especiales (295). En igual sentido se pronuncia Puig Peña, para quien "el nº 2º del artículo concordante del C.P. de 1932 restringía el concepto, sin razón, a los delitos penados en el Código. El Código de 1944 eliminó esta impropiedad y habla de algún delito, sin hacer concreción de ningún género..." (296). Se piensa, por lo tanto, que la restricción suprimida con la Reforma de 1944 era injustificada, producto de un "descuido" u "omisión" del legislador republicano que supo corregir con acierto el de 1944. La opinión expuesta no puedo compartirla. A mi juicio, prescindiendo del acierto o desacierto del nuevo sistema, lo que me parece evidente es que no hay tal "descuido" u "omisión" del legislador, sino una actitud acorde con su ideología que, por cierto, no es la de la República de 1932, sino la Constitución de 1869. Cuello Calón y Puig Peña critican, por injustificadamente limitada, la fórmula del C.P. de 1932, olvidando que el legislador de 1932 no creó la misma, pues no hizo sino reproducir literalmente la de 1870 (297). El "descuido" y la "omisión", por lo tanto, habría que imputarlos a dos legisladores: el de 1870 y el de 1932, lo que es menos verosímil (298). Por otra parte, que el delito proyectado por la asociación se encuentre previsto precisamente en el C.P., no

es una limitación arbitraria o caprichosa, sino un postulado irrenunciable del liberalismo que profesaron -- los constituyentes de 1869 y el legislador de 1932. No es casual que ambos conserven tal requisito --en un momento en que la legislación especial no había adquirido aún el auge que tienen en nuestros días y cuando, además, el Código Penal es el símbolo de la última y única limitación admisible del ejercicio de todo derecho individual (299). El legislador de 1944, por lo tanto, no rectifica ni subsana error u omisión algunos, sino que pone fin a una tradición iniciada en 1870, de corte liberal, movido por las nuevas circunstancias.

No descarto la posibilidad de que el legislador -- de 1870 fuese en un principio, ajeno a la trascendencia práctica de la restricción que imponía el entonces nº= 2º del artículo 198. Es lo más probable, porque no destacó precisamente por su visión de futuro, ni por su realismo (300); y la propia doctrina contemporánea tampoco se percató de aquella. De hecho, sin embargo, entendiendo que ha desempeñado este precepto un papel de relevancia, histórica y políticamente. En efecto, la Ley de 27 de Abril de 1909 (301), tras proclamar el derecho de los patronos y obreros a "coligarse, declararse en huelga y acordar el paro..." (art.1º), reglamenta el ejercicio de tales derechos (302). Su artículo 9º --decisivo-- reconoce el mismo a "las asociaciones legalmente constituidas" (303), y, el 11º deroga el artículo 556 del Código Penal, por el que hasta entonces se castigaba a quienes "se coligaren con el fin de encarcar o abaratar abusivamente el precio del trabajo o regular sus condiciones". Pieza clave en este nuevo sistema sería el artículo 2º de la Ley que sanciona con la pena de arresto mayor o multa de 5 a 125 pesetas a

... "los que para formar, mantener o impedir las coligaciones patronales u obreras, las huelgas de obreros o los paros de patronos, emplearen violencias o amenazas o ejercieren coacciones bastantes para compeler y forzar el ánimo de obreros o patronos en el ejercicio libre y legal de su industria o trabajo, cuando el hecho no constituya delito más grave con arreglo al Código Penal". A mi juicio, la situación era la siguiente: la legalidad en vigor imponía la disolución de todas aquellas asociaciones, incluso legalmente constituidas, que tuvieran por objeto cometer alguno de los delitos previstos en el Código Penal (art. 556, por ejemplo, con relación al nº 2º del artículo 198 del C.P.), a tenor de lo dispuesto, además, en el artículo 15 de la Ley de Asociaciones, lo que hubiera conducido a una situación real muy distinta al régimen de libertad proclamado por la propia Constitución (304). El legislador debía de optar entre dos alternativas: o modificar el nº 2º del artículo 198 del Código Penal y el 15 de la Ley de Asociaciones, o utilizar la vía que aquel mismo ofrecía al exigir que el delito proyectado por la Asociación estuviese previsto en el propio Código: y esto último es lo que hizo. Se derogó el artículo 556 del C.P., tipificando las conductas más graves en éste contenidas en el artículo 2º de una ley especial -la ley de 27 de Abril de 1909-. De este modo, el "delito" ya no se encontraba "penado en este Código"; con lo que las Asociaciones que tuvieran por objeto cometer alguno de los delitos sancionados en el antiguo artículo 556 (nuevo artículo 2º de la Ley de Huelgas) no podrían reputarse ilícitas, ni disolverse. Naturalmente, los poderes públicos no podían renunciar a un mínimo de control para los supuestos más graves, y, por ello, el

artículo 2º de la Ley de 1909 advierte: "cuando el hecho no constituya delito más grave con arreglo al Código Penal", inciso que se tendrá en cuenta reiteradamente por la doctrina jurisprudencial cuando la situación adquiere niveles dramáticos. Pero, de este modo, se evitó una paralización absoluta del movimiento obrero.

Un fallo importante del Tribunal Supremo, el de 5 de Julio de 1922 (305) confirma mi punto de vista: se acudió deliberadamente al expediente que ofrecía el nº 2º del artículo 198. La fórmula legal pudo ser, tal vez, impensada o irreflexiva en sus orígenes, pero supo hacerse uso de la misma cuando las circunstancias lo exigieron.

El fenómeno se repite con los Códigos de 1928 y 1932. Bajo la vigencia del primero, el mecanismo es precisamente el inverso: las conductas antes previstas en la Ley de Huelgas y parte del derogado artículo 556 se incorporan al Código Penal, que había conservado intacto el antiguo nº 2º del artículo 198 del C.P. de 1870 (306). El C.P. de 1932 deroga el artículo 556 del C.P., y el artículo 2 de la Ley de Huelgas paraliza la aplicación del ahora nº 2º del artículo 185 (antiguo 198). Se suprimen la equiparación de ciertos comportamientos con los delitos de sedición y coacción. La Jurisprudencia del Tribunal Supremo, sin embargo, impondrá una interpretación restrictiva del artículo 2º de la Ley de Huelgas: las asociaciones obreras no podrán ser declaradas ilícitas, ni disueltas, pero sus miembros son condenados severamente, por delitos de sedición, atentado (307).

Con el Nuevo Estado florece la legislación especial en materia de asociaciones, pero hasta 1944 sigue vigente el C.P. de 1932 cuyo artículo 185, nº 2º decla

raba ilícita sólo la asociación que tuviera por objeto cometer algún delito "penado en este Código". Entretanto, la ilicitud de aquellas asociaciones (de índole política, en su mayoría) derivaba, prima facie, de dicha legislación especial que acordaba, por supuesto, la disolución de las mismas. El C.P. de 1944 representó un paso decisivo en el proceso de "normalización" por lo que pareció oportuno fundamentar de algún modo la ilicitud de aquellas asociaciones en el nuevo C.P., reconducirla a éste, buscando así un deliberado apoyo en la "ley común" a las cada vez más anacrónicas leyes "especiales". Paradójicamente, sin embargo sucede, que para ello no hubiera sido necesario retocar el nº 2º del artículo 172, ni suprimir el inciso tantas veces aludido. Se olvidó a mi juicio que la Reforma de 1944 da cabida en el Código a una serie de figuras delictivas, desconocidas en 1932, con las que podía ya fundamentarse la ilicitud de aquellas asociaciones en el Código Penal - sin alterar el nº 2º del artículo 172. (por ejemplo: = asociaciones "prohibidas", "declaradas fuera de la Ley", etc.). Esto demuestra, una vez más que el legislador de 1944 implica indebidamente, el nº 2º del artículo 172 con la problemática de las asociaciones ilícitas = de matiz político.

D).- La "cooperación económica" en favor de determinadas asociaciones ilícitas.

La Reforma de 1944 tipifica un nuevo comportamiento, no punible en el C.P. de 1932: la cooperación económica en favor de determinadas asociaciones ilícitas = (art. 174, nº 2º). Este precepto tiene su origen en la Ley de Responsabilidades Políticas, de 9 de febrero de 1939 (308), y se introduce, sin duda, pensando en las asociaciones a que se refiere la Reforma de 1944 (aso-

ciaciones políticas), si bien será necesario plantear= si su mandato tiene validez para todas las demas aso= ciaciones ilícitas de los artículos 172 y 174 del C.P., incluidas las del nº 2º del artículo 172. En su momen= to abordaré este problema.

E).- Particularidades "jurisdiccionales" y "procesales" de la Reforma de 1944, - que afectan a los delitos de asocia= ciones ilícitas".

La Reforma de 1944 presenta algunas particularida des "jurisdiccionales" y "procesales" dignas de men== ción.

La disposición transitoria 2ª de la Ley de Orden= Público de 30 de Julio de 1959 autorizó al Gobierno pa ra revisar y unificar las normas de competencia relati vas a los delitos que afectan al "orden público", cono ciendo entretanto la jurisdicción castrense aquellos o tros cuya competencia se le hubieren atribuido por le= yes "especiales". La Ley de 2 de Diciembre de 1963 de= clara "competencia privativa" del Juzgado de Orden Pú blico los "delitos cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos de la persona reconocidos por las le= yes" (309).

Esta novedad llama la atención. En primer lugar, = porque la Ley de Orden Público de 1959, a diferencia - de la anterior Ley sobre la materia, de 28 de Julio = de 1933, no consideraba contrarios al "orden público"= los "actos realizados con ocasión del ejercicio de los derechos individuales" (310). En segundo lugar, porque, como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 3 de= la citada Ley de 2.XII. 1963, la asociación ilícita ==

del n^o 2^o del artículo 172, recibe por primera vez desde 1870 un peculiar tratamiento jurisdiccional, más -- propio, sin duda, de las asociaciones políticas introducidas en el C.P. por la Reforma de 1944, que de una figura que tradicionalmente respondió a una "ratio legis" distinta (aunque se diga que esta jurisdicción se integra en la "ordinaria").

Desde un punto de vista "procedimental", debe señalarse que las actuaciones en torno a todos los delitos de asociaciones ilícitas se han de ajustar a las "normas del procedimiento de urgencia regulado en el Título III del Libro IV de la Ley de Enjuiciamiento -- Criminal" (311), con algunas particularidades como por ejemplo, la continuación del juicio en "rebeldía" en casos de incomparecencia injustificada (312) y el acuerdo de "prisión incondicional" mientras no se hubiese normalizado completamente la situación alterada por los hechos delictivos (313). Tampoco tiene fácil explicación el sometimiento a este régimen peculiar de las asociaciones de los números 1 y 2 del artículo 172.

F).- "Suspensión" y "disolución" de asociaciones ilícitas.

En el C.P. de 1944 no se encuentra precepto alguno respecto a la suspensión o disolución de la asociación criminal. Sí, -por el contrario- en la abundante legislación penal especial que le precedió, y, por supuesto, en la Ley de Asociaciones y en la Ley de Orden Público, que regulan con particular generosidad las -- facultades de la autoridad gubernativa y de la judicial al respecto (314).

G).- La "conspiración" para delinquir y la asociación transitoria para cometer el delito de "robo".

Por último, de la Reforma de 1944 deben resaltarse dos preceptos que, de un modo u otro inciden en la problemática de la asociación criminal del nº 2º del artículo 172 del C.P.

En primer lugar, la punibilidad de la conspiración que ahora se declara con carácter general en el artículo 3º. En segundo lugar, la introducción del enigmático artículo 513, por el que se reputa ilícita la mera asociación, aun transitoria, de tres o más personas para cometer el delito de robo.

Desde 1870 "conspiración para delinquir" y "asociación ilícita" sólo habrían coexistido en el C.P. bajo el anómalo paréntesis del C.P. de 1928. En los C.P. de 1870 y 1932 la conspiración sólo es punible cuando el legislador así lo establece de modo expreso para determinados delitos. La Reforma de 1944 conserva la figura de la asociación delictiva del 172 nº 2º, tipo cuyas fronteras se extienden y amplian, a la par que formula con carácter genérico el principio de la punibilidad de la conspiración para delinquir, en los mismos términos que lo hiciera el C.P. de 1848. Ilícita debe reputarse la asociación que tenga "por objeto cometer algún delito", incurriendo en las respectivas penas sus miembros y directivos. La conspiración es "punible"... y... existe "cuando dos o más personas se conciertan para la ejecución de un delito y resuelven ejecutarlo".

No es este el lugar oportuno para precisar los límites y contornos entre una y otra figura, (lo que se hará al abordar el problema concursal y al delimitar -

los respectivos tipos). Pero lo evidente es que el legislador parte de la distinción y de la autonomía de ambas. Si declara punible la conspiración para delinquir, siendolo ya el participar o dirigir una asociación de fines delictivos, es, sin duda, porque entendió que sólo así podrían incriminarse unos comportamientos en otro caso atípicos. Es decir: se declara punible la conspiración para hacer posible la sanción de unas conductas no castigadas al amparo de los preceptos reguladores de las asociaciones ilícitas.

De otro modo habría que admitir que el legislador olvidó la existencia de los delitos de asociación ilícita, hipótesis, poco verosímil cuando -como se sabe- los retocó y modificó (ampliación del 172.2º introducción del 174.2º, 172.3º y 4º...etc), o que no tuvo inconveniente en crear relaciones de alternatividad descaradas en el seno del propio Código, error técnico notorio e incompatible con una de las finalidades de la Reforma de 1944: no alterar la unidad y armonía científica del Código (315). De la declaración contenida en el artículo 3º del C.P., introducido con la Reforma de 1944, se desprende, por tanto, como punto de partida obligado para el intérprete que, según la Ley, conspiración para delinquir y asociación ilícita son instituciones distintas, diferenciables al menos aunque sus respectivos contornos no aparezcan trazados con la claridad necesaria.

En cuanto al art. 513, su antecedente se encuentra en la Ley de Seguridad del Estado (316) (art. 54). La inclusión del mismo en el C.P. responde a lo dispuesto en el apartado B. segundo del artículo 2º de la Ley de Bases de 19.VII.1944 (317), debiéndose destacar el ligero retoque que dicho precepto experimentó al adaptarse al Código, así como la suavización de las penas que

aquella establecía (318).

Según dispone el artículo 513, "la mera asociación, aún transitoria, de tres o más personas, para cometer el delito de robo, se estimará comprendida en el n.º 2.º del artículo 172".

El Tribunal Supremo, en reiterada y unánime jurisprudencia, ha establecido una clara doctrina sobre el alcance de este precepto: el artículo 513 sólo se aplica en aquellos casos en que los asociados no lleguen a cometer el proyectado delito de robo. Porque de otro modo, si éste ha llegado a intentarse o frustrarse -o si se ha consumado-, entonces hay que condenar por delito de robo (en grado de tentativa, frustración, o por delito consumado), pero no por asociación para robar. El Tribunal Supremo desde luego, no aprecia el concurso de delitos (asociación en concurso con robo), cuando quienes se asocian para robar consiguen ejecutar los planes criminales (319), es decir, equipara el art. 513, en su tratamiento, al de la conspiración (en este supuesto, conspiración para robar), con todas sus consecuencias (320).

La doctrina científica, sin embargo, ha criticado severamente el artículo 513, estimando, por lo general, desafortuna o innecesaria su incorporación al C.P. (321). Tan sólo algún autor pondera la reducción de penas que supuso, respecto a lo dispuesto en el artículo 54 de la Ley de Seguridad del Estado (322), su antecedente. La oposición más fundamentada puede encontrarse en V. González García. Para este autor, el artículo 513 es superfluo, ya que no es necesario declarar que las asociaciones a que el mismo se refiere deben enten

derse comprendidas en el n^o 2^o del artículo 172, porque lo están aunque no se haga declaración alguna al respecto. Además, V. González García considera desorientador el mandato del artículo 513. A su juicio, contradice los pilares básicos y tradicionales de la distinción entre conspiración y asociación; establece una serie de requisitos (número mínimo de miembros) a la asociación transitoria, que suponen un inexplicable beneficio o prima de impunidad para quienes se asocian al objeto de "robar"; se trata, en definitiva, de un precepto que tuvo su razón de ser en la Ley de Seguridad del Estado, pero no en el C.P. de 1944, al sancionarse ya la conspiración, y menos aún si las penas que ahora se señalan a los asociados para robar son las mismas que corresponden a quienes se asocian para cometer cualquier otro delito (323).

En el lugar oportuno propondré una interpretación detenida del artículo 513. Ahora, al contemplar con criterios fundamentalmente históricos el proceso de formación y evolución de la fórmula legal, sólo interesa poner de relieve la razón de ser de este precepto. Porque debe tenerla. La Reforma de 1944, como es sabido, declara punible, con carácter genérico, la conspiración. La asociación para delinquir -configurada ahora en términos de mayor amplitud, sigue fundamentando la responsabilidad criminal de quienes participan como meros individuos o como directivos o cooperadores económicos-en la misma. Si el legislador introduce este artículo 513, equiparando la "mera asociación aún transitoria de tres o más personas para cometer el delito de "robo" a las asociaciones ilícitas del n^o 2^o del artículo 172, es sin duda alguna, porque lo estimó necesario: bien para fundamentar una incriminación en otro caso no existente (como "asociación ilíci

ta o, incluso, a título de "conspiración" elevada a -- forma de delito autónomo), bien para establecer una penalidad agravada con relación a la que hubiera corres-- pondido sin dicho artículo 513. Porque, desde luego, - la finalidad del artículo 513 no puede ser la de recordar que el "robo" es también un "delito" y que, por lo tanto, la asociación que tenga por objeto cometer "robos", es también "delictiva". Sólo tiene sentido "equiparar", y "homologar" realidades diferentes. Este ha - de ser el punto de partida: de algún modo tenía que -- ser necesario este artículo 513, contando con lo dis-- puesto en los artículos 3 y 4 (conspiración) y 172.2º (asociación para delinquir).

H).- Las principales reformas del C.P. de 1944

Por último, debo mencionar las diversas reformas= del Código Penal, que han afectado desde 1944 a los delitos de asociaciones ilícitas, fundamentalmente, a la asociación para delinquir del nº 2º del artículo 172 - (324). En principio, puede afirmarse que carecen de interés dogmático, porque no hacen sino agravar las pe== nas que establecía la redacción de 1944, o añadir nuevos tipos penales (325). Tal vez la reforma menos polémica sea la de 1963, ya que se limitó a actualizar las penas de contenido económico, sin otras pretensiones== (326). La de 1967 es de alcance muy limitado: afecta - sólo al párrafo cuarto del artículo 174.1º, pero supone un notable endurecimiento...conseguido mediante un= hábil giro procesal. Con la nueva redacción, la rebaja de la pena queda reservada a los "meros partícipes" de las asociaciones (se excluye a los directivos), pero,= en todo caso, es "potestativa", y -como se sabe- el e-

jercicio de las facultades discrecionales no puede ser revisado en casación. El párrafo cuarto, especialmente después de esta Reforma, es desafortunado (327)..

La Reforma de 1971 suprime la pena de "destierro" del citado párrafo cuarto del artículo 174.1º, con lo que se limitan las facultades discrecionales, ahora - del Tribunal "a quo", que hasta entonces podía optar - entre aquella y la privativa de libertad. A la ya amplia y abstracta enumeración de fines ilícitos a que se refería el párrafo tercero del artículo 174.1º, se añaden otros tantos objetivos e idearios especialmente graves (328).

La Ley 42/71, de 15 de Noviembre, por la que se adicionan determinados artículos al Código de Justicia Militar. En su exposición de Motivos se afirma: " la defensa del Estado, en su unidad, integridad territorial, orden institucional y seguridad, en relación con las actividades terroristas que puedan producirse, no de modo episódico e individual, sino como acciones que provienen de grupos u organizaciones con carácter de mayor permanencia, debe encomendarse a la Jurisdicción militar, de conformidad con la misión que a las Fuerzas Armadas de la Nación señala el artículo 37 de la Ley Orgánica. La rapidez y ejemplaridad necesarias para la persecución y sanción de delitos de tanta importancia y trascendencia, obligan a evitar competencias y que dificultarían aquellos propósitos..." El artículo 294 bis d), como señalé, contiene una cláusula que faculta a la jurisdicción militar para resolver los eventuales conflictos de competencia, entre los tribunales ordinarios y los castrenses (329). Este planteamiento, sin embargo, no parece convincente, porque el C.P. reputa-

también ilícitas una serie de asociaciones que persi-
guen fines como los que aquella ley contempla, y evi-
dentemente, no se trata de actos episódicos o indivi-
duales, sino organizados, planificados (330). Respecto
al artículo 294 bis d) reitero mi opinión disconforme.

Por último, la reciente reforma de 1974, solo in-
teresa en la medida en que ha modificado las cuantías=
de las penas pecuniarias previstas en determinados ar-
tículos relacionados con las asociaciones ilícitas ---
(331).

NOTAS AL CAPITULO I.-

- 1.- López Rey y Arrojo, M., Derecho Penal. Parte Especial. Madrid 1935, 1ª Edición, págs. 45 y ss: "Los antecedentes inmediatos de esta Sección... apenas si pueden hallarse en los Códigos del 48 ni del 50, pues estos, como ya sabemos, responden a una concepción constitucional, y más que nada a una realidad política en la que tales derechos, aunque ya conocidos, no tenían la naturaleza y garantía que más tarde se les concedió". Y añade el propio autor: "Respecto a la reunión y asociación, también en el viejo Código y reuniones prohibidas... Sinceramente creemos que más allá del Código citado no cabe señalar antecedentes históricos legales a la Sección que nos ocupa, pues si bien con anterioridad a dicho texto legal, se conocían las asonadas y tumultos y aún ciertas asociaciones delictivas que mencionan los códigos del 48 al 50, ni en ellas ni en los libelos difamatorios cabe hallar precedentes históricos de los derechos individuales que ahora nos ocupan... Prueba también de la distinción entre unos y otros hechos es que el propio Código Penal del 22 distingue entre las Confederaciones asociaciones reuniones y tumultos y asonadas, que siempre ocuparon un espacio en nuestro derecho histórico legal" (op. cit. pág. 46).

- 2.- López Rey, en realidad no se refiere expresamente a la "asociación para delinquir" del nº 2º del artículo 185 (C.P. de 1932) sino a los "delitos de asociaciones ilícitas" comprendidas en la Sección 1ª del Capítulo II de su Título II. Trata más de señalar los antecedentes de la rúbrica legal, y de la Sección, que los de cada una de las figuras delictivas que la integran. Admitido este planteamiento, sus conclusiones son correctas, a mi juicio.

- 3.- La doctrina española retrocede, en forma unánime, hasta el C.P. de 1822, señalando unos u otros preceptos de este Código como antecedentes históricos de las asociaciones ilícitas. Con la excepción de Jiménez Asua, quien se refiere expresamente a la "asociación para delinquir", en sentido estricto nuestros comentaristas suelen dar, a estos efectos, un tratamiento unitario a las "asociaciones ilícitas". Vid: Rodríguez Devesa, Derecho Penal Español, P.E. 1973, pág. 653 (cita los delitos comprendidos en el capítulo IV del Título III del C.P. de 1822); Puig Peña, F. Derecho Penal, Parte Espe-

cial, 1969, II, págs. 76 y ss; Cuello Calón, E., - Derecho Penal conforme al C.P. texto revisado de - 1963, Tomo II. Volumen I págs. 55 y ss. (1967): - señala como antecedentes los artículos 316 y 317 - del C.P. de 1822; Groizard y Gómez de la Serna., - El Código Penal de 1870 concordado y comentado, To mo III, pág. 415 (1911); cita los artículos 316, - 317 y 319 del C.P. de 1822; Para Jiménez Asua, sin embargo, "la noción moderna de asociación o grupo= de gentes para delinquir, precisa su concepto ju= rídico penal en la banda de los artículos 265 y si= guientes del Código francés, en la cuadrilla del - Código español de 1822... (Tratado de Derecho Pe= nal. Tomo VII, pág. 371 1970). Sigue también esta tesis. Nuñez J.M., Enciclopedia Jurídica Omeba, - pág. 850.1954.

- 4.- De hecho, como trataré de resaltar, la estructura= del delito de asociación ilícita -la asociación cri minal- del hoy artículo 172. nº 2 guarda absoluta= semejanza con la de las "facciones", "bandas", --- "cuadrillas de malhechores" conocidas ya que en - nuestra legislación histórica con anterioridad al propia Código Penal de 1822.
- 5.- Inicio este Capítulo con los preceptos contenidos= en el C.P. de 1822 sobre la materia, examinando -- posteriormente diversas leyes especiales, algunas= dictadas con anterioridad a 1822. No sigo, por lo= tanto, un criterio expositivo rigurosamente crono= lógico. Comienzo con el C.P. de 1822 porque es --- nuestro primer Código: en disposiciones cronológi= camente anteriores falta lógicamente un tratamien= to sistemático y unitario de la asociación para de linquir. Por otra parte, el C.P. de 1822 solo fué= un breve paréntesis: no se llegó a aplicar; y sus= preceptos sobre las "cuadrillas de malhechores" -- proceden de la legislación especial a la que me -- refería: ésta fué la que realmente se aplicó antes y después de 1822. El criterio cronológico, por e= llo, creo puede pasar a un segundo plano en aras de una mejor claridad expositiva, sin que ello sea en perjuicio del necesario rigor histórico.
- 6.- En este sentido, Jiménez Asua., Tratado..., cit, VII, pág. 371.
- 7.- Según el artículo 339: "Los autores, jefes, direc= tores o promotores de algunas de estas cuadrillas, aunque no lleguen a cometer otro delito, serán cas tiguados con la pena de dos a seis años de obras pú

blicas. Los demás que, a sabiendas y voluntariamente tomaren partido en la cuadrilla, sufrirán una reclusión de igual tiempo. Estas penas se impondrán siempre a los malhechores de la cuadrilla, sin perjuicio de que unos y otros sean castigados además con las respectivas a cualquier otro delito que cometieren: excepto cuando la ley imponga este delito un aumento determinado de pena por razón de la cuadrilla, en cuyo caso no se aplicarán las disposiciones del presente artículo".

- 8.- Fundamentalmente, los artículos 315, 316, 317, 318 y 319 del C.P. de 1822.
- 9.- Artículo 315: "Los que por emulación, rivalidad, odio, ambición, avaricia o espíritu de venganza o de partido celebraren entre sí algún concierto para armarse o hacer que otros se armen contra algunas personas, o para conseguir por la fuerza que domine alguna facción, o para lograr con igual violencia cualquier otro objeto contra el orden público, serán por este solo hecho obligados a dar fianza de que observarán una conducta pacífica, y los promotores y autores principales del concierto sufrirán además un arresto de cuatro días a tres meses. Si del concierto resultare la perpetración de otro delito, se aplicará además la pena de éste. Si el concierto fuere para causar alguna rebelión o sedición, o si le siguiere alguna tentativa para cualquiera de estos delitos, se aplicará lo dispuesto en el artículo 298".
- 10.- "Serán por este solo hecho ..." (el de "tomar parte" en el concierto) obligados a prestar caución, según el art. 315.
- 11.- Expresamente disponía el artículo 315 que: "si del concierto resultare la perpetración de otro delito, se aplicará además la pena de éste".
- 12.- Artículo 316: "Los que so color de culto religioso formaren hermandades, cofradías u otras corporaciones semejantes sin conocimiento y licencia del Gobierno, serán obligados a disolverlas inmediatamente, y castigados con una multa de uno a treinta duros, o con un arresto de dos días a dos meses".
- 13.- Artículo 317: "Fuera de las corporaciones, juntas o asociaciones establecidas o autorizadas por las leyes, los individuos que sin licencia del Gobierno=

formaren alguna junta o sociedad en clase de corporación, y como tal corporación representaren a las autoridades establecidas, o tuvieren correspondencia con otras juntas o sociedades de igual clase, o ejercieren algún acto público cualquiera, serán también obligados a disolverlas inmediatamente, y sufrirán una multa de dos a cuarenta duros, o un arresto de cuatro días a tres meses. Pero si como tal corporación tomaren para algún acto la voz del pueblo, o se otorgaren alguna autoridad pública, cualquiera que sea, se les aumentará la pena hasta una multa de diez a sesenta duros, y una prisión de tres meses a un año".

- 14.- Artículo 318: "Aún entre las corporaciones, juntas o asociaciones establecidas o autorizadas por las leyes, toda confederación que hicieren unas con otras para oponerse a alguna disposición del Gobierno o de las autoridades, o para impedir, suspender, embarazar o entorpecer la ejecución de alguna ley, reglamento, acto de justicia o servicio legítimo, o para cualquier otro objeto contrario a las leyes, fuera de los casos en que estas permitan suspender la ejecución de las órdenes superiores, será castigado con arreglo al Capítulo VI de esta parte".
- 15.- Artículo 319: "Es delito toda reunión secreta para tramar, preparar o ejecutar alguna acción contraria a las leyes. Los individuos que en cualquiera de estos casos resultare haber entrado voluntariamente y a sabiendas en la reunión, serán castigados por este sólo hecho con un arresto de cuatro días a cuatro meses, o con una multa de dos a sesenta duros. Los jefes, directores y promotores de la reunión sobredicha y, los que a sabiendas y voluntariamente y a sabiendas en la reunión, serán castigados por este sólo hecho con un arresto de cuatro días o cuatro meses, o con una multa de dos a sesenta duros. Los jefes, directores y promotores de la reunión sobredicha y, los que a sabiendas y voluntariamente hubieran prestado para ella su casa o habitación, sufrirán doble pena, todo sin perjuicio de que a unos y otros se les impongan las demás que merezcan por el delito que hubieren cometido".
- 16.- Una regulación, además, formalista e incipiente del fenómeno asociativo es lógico que preste especial atención a las "reuniones", en cuanto hecho externo más representativo de la "actividad social".

- 17.- C.P. 1848, artículo 202.
- 18.- El artículo 319 distingue entre quienes se limitan a "entrar" voluntariamente y a sabiendas en la reunión, y los jefes, directores y promotores de ésta.
- 19.- "...Todo sin perjuicio de que a unos y otros se les impongan las demás que merezcan por el delito que hubieren cometido (art. 319).
- 20.- Precisamente mantengo que la fórmula:"algún delito", del artículo 172.2º vigente, ha de entenderse como sinónima de : "cualquier delito".
- 21.- La rúbrica del Título III era:"De los delitos contra la seguridad interior del Estado y contra la tranquilidad y orden público". Y la del Capítulo VII: "De las cuadrillas de malhechores, y de los que roban los caudales públicos, o interceptan correos o hacen daños en bienes o efectos pertenecientes al Estado o al común de los pueblos".
- 22.- Vid. artículos 315, 319 y 339, ya citados. El mismo criterio establecen los artículos 290 y 308 del propio Código de 1822 para los delitos de rebelión y sedición (art. 290), asonadas y motines (art.308) ...etc.
- 23.- Salvo casos excepcionales, como es del art. 340, no se tiene en cuenta la naturaleza y gravedad del delito o delitos proyectados por quienes se conjuran, reúnen o constituyen la cuadrilla. Los arts. 298 y 349 no son excepción alguna a esta regla: el primero, porque se refiere a la "conjuración", término que no ha de confundirse con el de "cuadrilla" ni con el de "concierto", según se verá después; el segundo, porque el concepto que el mismo utiliza ("cuadrilla") tiene un significado peculiar y distinto al de el mismo término en el artículo 338, -- tratándose en aquél no de un delito "autónomo" sino de un "modo de comisión de determinados delitos" concretamente de algunos de los delitos previstos en los artículos 341 o 344 a 348.
- 24.- El antecedente de la actual "conspiración" no debe buscarse en su sinónimo del Código Penal de 1822, sino en la "conjuración" del citado texto punitivo. Sin embargo, no se da una coincidencia total entre ambas ("conjuración" y "conspiración"), entre otras razones, porque aquella tiene un perfil y ex-

tensión "sui generis" en el Código Penal de 1822 - al hacerse depender de un concepto de tentativa -- más amplio y menos técnico que el que hoy se utiliza. El término "conspiración" ("el que conspirare= directamente y de hecho") aparece en el Código Penal de 1822 sólo a propósito de determinados delitos especialmente graves: delitos contra la Na--= ción (artículos 188 y 189), delitos contra el Rey, la Reina o el Príncipe heredero (artículos 219 a= 222), delitos contra la religión del Estado (artí= culo 227) y, delitos contra el derecho de gentes= (artículos 259 y 262); se trata, en definitiva, - de formas de conjuración elevadas a la categoría= de delito autónomo. El Código Penal de 1822, al - configurar la "conspiración" a modo de delito "sui generis", sigue fiel a una tradición muy arraiga= da en nuestras leyes históricas (véanse, por ejem= plo, el artículo 2 del R.D. de 4.IX 1825 y el ar= tículo 6 del R.D. de 26.IV. 1834, así como el --- preámbulo de la R.O. de 28.IX 1846, que se refie= ren siempre al "delito de conspiración". El artí= culo 248 del Código Penal de 1822 ofrece un nuevo apoyo a esta tesis, al distinguir entre "conjura= ción" y "conspiración directa y de hecho".

- 25.- En otros preceptos del C.P. de 1822 se exige, tam= bién un número mínimo de sujetos activos o miem= bros de la organización delictiva: en el "motín", por ejemplo, se precisan cuarenta personas (art.= 290); cuatro, al menos, para que exista "asonada" (artículo 300), etc. Este "mínimo organizativo" - se entiende implícito en la propia terminología del artículo 339: "jefes, "promotores", "directores",
- 26.- El problema se plantea hoy entre la "conspiración" y la "asociación" en términos semejantes.
- 27.- Antón Oneca, J. El Código Penal de 1848 y D.J. --- Francisco Pacheco, cit, pág. 475.
- 28.- Antón Oneca, J., Historia del C.P. de 1822. Anua= rio de D.P. y Ciencias Penales. 1965. pág. 275: -- "Al hundirse el régimen político que lo trajo al - mundo sucumbió, pues, el apenas nacido (Código Pe= nal de 1822), volviéndo a imperar la situación an= terior; o sea, la Novísima Recopilación, Los Fue= ros, y las Partidas, aunque con clara preferencia= práctica de estas sobre aquellos. Fuentes interpre= tadas, completadas y corregidas por el arbitrio ju= dicial. No obstante las posibilidades ofrecidas a=

éste, no era de esperar que los Tribunales fueran en ningún caso a inspirarse en el Código derogado y execrado, como toda obra del régimen constitucional. El panorama varió con el fallecimiento de Fernando VII. Si hasta el Código del 48 quedaron vigentes las mismas fuentes del antiguo régimen, en cuanto disonaban cada vez más con la sensibilidad de la época, empujaron al arbitrio judicial hacia otros horizontes. Y como era lógico, dada la analogía del ambiente político con el que engendró al Código del 22, se volvieron los ojos hacia él buscando inspiración".

- 29.- "Dos disposiciones legales, el R.D. de 26 de Abril de 1829 y el D. de 19 de Agosto de 1843 son especialmente significativos, porque reflejan con fidelidad la caótica situación española contemporánea. La primera de ellas se refiere, por ejemplo, a la "falta de orden, de conexión y de unidad en la masa del sistema legal... la inobservancia en que el transcurso de los siglos ha hecho caer muchas de las leyes antiguas..., la repugnancia que se encuentra en las disposiciones de otras con las prácticas y usos de los tiempos modernos..., la contradicción que frecuentemente se halla entre leyes que han sido hechas a grandes distancias de tiempos en el largo periodo de quince siglos...útiles y eficaces para la época en que se hicieron...hoy...inopórtunas, perjudiciales e inaplicables" (Decreto del Rey Nuestro Señor D. Fernando VII, Tomo XIV, págs. 157 y 158). Catorce años más tardes, como se desprende del Decreto de 19 de Agosto de 1843, la situación no había experimentado la deseada evolución;" entre las muchas reformas que reclama imperiosamente el pueblo español -dice este Decreto-, la de su legislación es acaso la más importante de todas: así lo siente el país y así lo han conocido cuantos Gobiernos se han sucedido en el poder de muchos años a esta parte; y, sin embargo, preocupa el ánimo de los gobernantes y de los cuerpos colegisladores con las amargas vicisitudes de la guerra civil y la agitación de las cuestiones políticas, poco se han adelantado hasta ahora en la grande obra de la Codificación; atraso lamentable" (Colección de las leyes, decretos y declaraciones de las Cortes. Tomo XXXI, págs. 79 y 80).
- 30.- El concepto de "facción" aparecía ya, por ejemplo, en el artículo 4º del D. 17.IV. 1821. Una vez dero

gado el C.P. de 1822 puede encontrarse en numero-
sas disposiciones, entre otras en la R.O. 24.IX de
1835 (Colección de los decretos de S.M. La Reina -
Isabel II Tomo XXI. pág. 416); R.O. de 1.IV. 1837 -
(Colección de las Leyes, decretos y declaraciones=
de las Cortes, Tomo XXII pág. 132 y ss); R.O. de -
3.VII.1837 (id. Tomo XXIII pág. 22 y ss); ocho Rea
les Ordenes también del año 1837, que se recogen -
en el Tomo XXIII citado: la de 12. del VII (pág. -
134), 8 de XI (pág. 310 y ss), 23.IX (pág. 204 y -
ss), 26.IX (pág. 210 y ss), 30.XI (pág. 344 y ss)
24.XI (pág. 334 y ss), 12.XII (pág. 401 y ss), y -
la del 16.XII (pág. 411 y ss); las de 12.II. 1838=
(Tomo XXIV, págs. 67 y ss); 9.IX. 1838 (id. id. -
pág. 189 y ss); 8.XII.1838 (id. pág. 309 y ss); -
1.IV. 1838 (id. pág. 136 y ss); R.O. 12.VII.1839 -
(id. Tomo XXIV, pág. 384); Ley de 9.IV.1842 (id. -
Tomo XXVIII pág. 167 y ss); Orden de la Regencia -
de 2.I. 1841 (Tomo XXVII pág. 33 y ss).

- 31.- Respecto a la Masonería, Comunería y congregacio-
nes de Francmasones, véase la R.C. de 1.VIII. 1824
y el D. de 26.IV.1834. Con carácter general debe -
consultarse el Ocaso de la Inquisición en los últi
mos años del reinado de Fernando VII. Juntas de Fe,
Juntas Apostólicas, Conspiraciones realistas, de -
Luis Alonso Tejada. Madrid, 1969, pág. 105 y ss.
- 32.- Véase, al respecto, la Orden de 30.V. 1823, al To
mo VII de la Colección de Decretos y resoluciones=
de la Junta Provisional de la Regencia del Reina-
do, pág. 11.
- 33.- Vid. O. de 20.IX 1820 que cita la O. de la Regen-
cia de 14.II.1841. Diversas normas legales se re-
fieren a las "partidas" y "juntas patrióticas". An
te todo el Decreto LIV de 21.X 1820 (Decreto LIV
de 21.X.1820, Colección de Cortes, Tomo VI págs. -
229 y 230. Colección de los decretos y órdenes de
las Cortes ordinarias), que prohíbe las reuniones=
de individuos para discutir en público asuntos po
líticos, "constituídos" y reglamentados por ellos=
mismos bajo nombres de sociedades, confederacio-
nes, juntas patrióticas o cualquiera otro sin au-
toridad pública" (Decía así: "Las Cortes han decre
tado lo siguiente: 1.- No siendo necesarias para el
ejercicio de la libertad de hablar de los asuntos
públicos las reuniones de individuos constituídos
y reglamentados por ellos mismos, bajo nombres de

sociedades, confederaciones, juntas patrióticas o cualquiera otro sin autoridad pública, cesarán -- desde luego con arreglo a las leyes que prohíben estas corporaciones. 2.- Los individuos que en adelante quieran reunirse periódicamente en algún sitio público para discutir asuntos políticos y cooperar a su recíproca ilustración, podrán hacerlo con previo conocimiento de la autoridad superior local, la cual será responsable de los abusos..."). Dos Reales Ordenes de 30.V. 1823, del Ministerio de la Guerra y 25 de Marzo de 1833 (En Decretos y resoluciones de la Junta Provisional, Tomo VII, - pág. 11 y ss; y en el Tomo XXIII, pág. 75 y ss. - respectivamente) hacen lo propio con los "cuerpos" o "partidas" que solían constituirse "bajo el pretexto de defender la justa causa de libertar la -- sagrada persona del Rey"; porque, según dispone la segunda de ellas, "pueden comprometer el sosiego público" e invocando "la sucesión legítima como si ésta necesitara el apoyo de una facción, ... aspiran, por su parte, a innovaciones políticas" (pág. 75). A petición del Ayuntamiento de Madrid (a esta iniciativa del Ayuntamiento de Madrid se refiere una Orden de la Regencia de 14.II.1841. Tomo XXVII, pág. 137), se reiterará, una vez más en 20.IX 1836 la prohibición de todas las "sociedades o tertulias patrióticas". Las Reales Ordenes de 8.II.1842 (sobre las Cofradías que deben suprimirse, Colección de las Leyes, decretos y Declaraciones de las Cortes, Tomo XXVIII pág. 52), 28.VIII. 1843 (Colección de las Leyes... de las Cortes, Tomo XXXI, pág. 113 y 114) y 30.V. 1848 (Colección legislativa de España, Tomo XLIV, pág. 88) seguirán este criterio restrictivo.

- 34.- Véase la R.O. de 25.III.1833. Tomo XVIII, pág. 75 y ss; y la muy importante de 18.XII.1834 (Col. cit. Tomo XIX, pág. 334 y ss).
- 35.- Por ejemplo, la R.O. de 31.V.1837 al Tomo XXII pág. 283 de la Colección de Leyes, decretos y declaraciones...cit; respecto a las "juntas populares" -- vid. Orden del Gobierno de 22.VII.1843. Tomo XXXI, pág.113.
- 36.- Vid. el R.D. 4.VII.1835, respecto a la Compañía de Jesús (Tomo XX, pág. 280); el de 8.III.1836, que -- suprimía las congregaciones religiosas (Decretos de la Reina D^a Isabel II Tomo XXI, pág. 120 y -- ss); la O. de la Regencia de 19.IV.1841, prohibien

do la Sociedad de la Propagación de la Fe (Tomo ~~XXVII~~ XXVII pág. 273 y ss); y la O. del Regente del 18. XI.1841 disponiendo "cesen desde luego todas las cofradías y cualesquiera otras asociaciones religiosas... que no hubiesen obtenido la autorización del Gobierno" (id. pág. 795).

- 37.- Sobre sociedades secretas, se suelen citar como disposiciones reguladoras fundamentales la Real Cédula de 2.VIII de 1824 y la de 26.IV. de 1834. Vid: García Goyena, Código Criminal, cit: pág. 218 Castro Orozco y Ortiz de Zuñiga, Código Penal explicado...II, pág. 115 y ss (1848; no se citan, por lo general otras disposiciones de menor importancia, como por ejemplo: la R.O. de 9.IX 1824, la de 11.III.1824, la de 25.IX 1824 (Colección de Decretos de N^o S. Fernando VII. Tomo IX, pág. 205 y ss); y la Cédula de 8.X.1824 (Tomo IX, pág. 221 y ss).

La primera de todas (Colección, cit. Tomo IX, pág. 120 y ss), "dura y vengativa" a juicio de García Goyena (Código Criminal, cit. pág. 218) prohibía terminantemente todas las Congregaciones de Francmasones y demás sociedades secretas, "cualesquiera que sea su denominación y objeto". (Preámbulo). El artículo 9^o de una R.O. de 9.X. 1824 (Col. cit. IX, pág. 226) establecía la pena de muerte y confiscación de todos sus bienes para los "masones, comuneros y otros sectarios" como "reos de su majestad divina y humana". El R.D. de 26.IV. 1834 (Colección de Decretos de la Reina N^a S^a D^a Isabel II Tomo XIX pág. 230 y ss) contiene el régimen penal de estas sociedades, régimen que García Goyena reputa más benigno que el francés (op. cit. pág. 220).. Su artículo 5^o atribuía a estos hechos a la jurisdicción ordinaria, y el 6^o es claro antecedente del art. 210 del C.P. de 1848 (introducido con la Reforma de 1850).

- 38.- Por ejemplo: Pragmática de 19.IX, 1783 (citada en la R.C. de 22.VIII. 1814: Colección de Decretos de Fernando VII 1814, Tomo I pág. 198 y ss); Instrucción de 29.VI.1784 (id. id); O. de 7.X.1812 (Tomo III pág. 100 y ss); O. 20.I.1814 (id. Tomo V pág. 86 y ss); R.C. 22.VIII.1814 ya citada; R.O. 12.IX. 1818 (id Tomo V, pág. 503, y ss); R.D. 2.XII.1819 (id. Tomo VI, pág. 501 y ss). Mención especial merece la R.C. de 10.VII. 1817 (id. Tomo IV, pág. 349 y ss) por su significación: se sucedían los robos y violencias, siendo consultado el Consejo Real, "por si sería conveniente establecer nuevas

penas"... Según su dictamen, "las leyes comprendi--
das en el Título XVII libro XII de la Novísima Re
copilación... contenían cuantas medidas pudiese ex
cogitar la prudencia que por lo mismo no había ne-
cesidad de nueva ley, y que lo que importaba era a
segurar la observancia de aquéllas". R.O. 29.I. de
1828 (id. Tomo XIII, pág. 11 y ss); R.O. 20.V. 1833
(Tomo XVIII, págs. 121 y ss); R.O. 1.IV. 1837 (Col.
Leyes, Decretos ... de Cortes, Tomo XXII, pág. 130
y ss); Orden de la Regencia Provisional 1.III.1841
(Tomo XXVII, pág. 205 y ss); R.O. 26.II.1844 (Tomo=
XXXII pág. 349 y ss); R.O. 6.VI. 1845 (Tomo XXXIV,
pág. 282 y ss); R.O. 10.VI. 1846 (Colección legis-
lativa de España, Tomo XXXVII, pág. 471 y ss); y -
R.O. 16.III.1847 (Tomo XL, pág. 280). C. 8.III. -=
1849 (Colección Legislativa de España. Tomo XLVI.=
pág. 216 y ss); y la de 14.VII.1849, cuya expresi-
va Exposición de Motivos, transcribo:"En el año de=
1846 se competieron 10 robos en los carruajes pú-=
blicos, 14 en el 1847, incluso los de Cataluña, -=
donde existía la guerra civil, 12 en el de 1848 con
las mismas circunstancias; y con el mayor desagra-
do y disgusto veo que en los seis meses y catorce=
días que van corridos del presente año, se han veri-
ficado 19 robos de carruajes públicos..." (id., To
mo XLVII pág. 437).

- 39.- La R.C. de 22.VIII.1814 hace un examen detallado de
las causas que influían en la formación de estas -
cuadrillas y bandas de malhechores. La Orden de la
Regencia de 1.III.1841 culpará, incluso, a la "apa-
tía de las autoridades...". Pero no se llegó nunca
a desterrar estas formas especialmente graves de la
delincuencia asociada. "A pesar de lo mandado, -di
ce la R.O. de 26.II.1844- el mal sigue en el mismo
estado, porque ni los bandidos desaparecen siquiera
de los caminos más públicos y frecuentados, ni las
propiedades situadas en despoblados se hallan al a
brigo, de la rapacidad y furor de los criminales,=
ni lo que es más grave todavía, las personas dejan
de necesitar a veces, para rescatar la libertad y=
la vida, de sucumbir a humillaciones vergonzosas y
de satisfacer sumas de consideración". se llega a=
hacer responsables de los delitos a las autorida-=
des bajo cuyas demarcaciones se cometan. Por ejem-
plo, R.O. 11.I, 1844 ya citada.

A tal estado de cosas debe su nacimiento la Guar
dia Civil a la que se refieren, entre otras muchas
disposiciones, las R.O. de 6.VI. 1845, 10.VI. 1846
y 16.III.1847 ya citadas.

- 40.- García Goyena advierte cómo la legislación especial dictada con anterioridad a 1822 no perdió su vigencia a pesar del giro brusco que este supuso (Código Criminal español según las leyes y prácticas vigentes..., págs. 217 y 218). En tal sentido, se ha resaltado también que algunos de los preceptos sobre asociaciones ilícitas contenidos en aquella han seguido en vigor incluso con posterioridad a 1848. (apud. Castro y Orozco y Ortiz de Zuñiga. Código Penal explicado para la común inteligencia y fácil aplicación de sus disposiciones, II, pág. 119 y ss (1848).
- 41.- Por ejemplo, en el artículo 8º de la conocida Ley de 17 de Abril de 1821.
- 42.- Criterio que inspira toda nuestra legislación sobre "bandas" y "cuadrillas de malhechores".
- 43.- Vid. notas 31, 38 y 39 (preceptos legales sobre facciones, sociedades secretas y cuadrillas de malhechores, respectivamente, donde se consagran estos principios).
- 44.- Se recoge al Tomo XXVII de la Colección de las Leyes, Decretos y declaraciones de las Cortes, órdenes resoluciones y reglamentos, pág. 885 (correspondiente al año 1841).
- 45.- En cuanto a la jurisdicción competente para conocer todos estos delitos cabe hacer una breve reseña histórica ... Un R.D. de 11.IX.1814 atribuía ya los delitos de "infidencia" y expresión de "ideas subversivas" a la jurisdicción castrense, a las llamadas "comisiones ejecutivas" (Colección cit, Tomo I, pág. 248). Esta orientación es seguida por la Ley de 17.IV.1821 (artículo 2º) ya citada, a cuyo fin una R.O. de 13.I. 1824 (Col. cit. Tomo VIII, pág. 64 y ss) crea, a nivel nacional, dichas "comisiones militares ejecutivas". El R.D. de 26.I.1816 supone un ligero cambio de criterio respecto a los delitos que han de someterse a este régimen extraordinario. (Vid. Col. cit. Tomo X pág. 230 y la R.C. de 4.VIII. 1825 que le cita). Dicho régimen se contempla, fundamentalmente, en la R.O. de 13.I. 1824, cuyo preámbulo alude a la grave alteración de la "tranquilidad pública" provocada por "las cuadrillas armadas que interrumpen el comercio y el tránsito, causando los daños y perjuicios que son notorios"; su artículo 2º declara sujetos a --

las comisiones militares a "los que seduzcan o -- procuren seducir a otros con el objeto de formar= alguna partida" , así como a los ladonres y malhechores que en los caminos y casas de campo sean aprehendidos por cualquier tropa..." (art. 3º). Otra R.O. de 14.VIII.1824 resalta la necesidad de un procedimiento rápido y ejemplar (Decretos de Nª S. Fernando VII, tomo IX, pág. 152). La R.O. de 9.X. 1824 es una norma que se remite a la en primer lugar citada, disponiendo pasen, también, a la jurisdicción castrense "los masones, comuneros y otros sectarios". (id. id., Tomo IX, pág. 224). Interesante es el R.D.19.III.1831 que ordena el restablecimiento de la comisión militar "a la vista de los saludables efectos que produjo lo dispuesto en la R.O. de 20.I.1824 por la brevedad, con que en observancia de las leyes militares instruí la comisión militar los procesos y fijaba la suerte de los reos...". (id.Tomo XVI. pág. 132). Por último el R.D. de 30.VIII.1836 declara en vigor, de nuevo, el D. de 17 de Abril de 1821, "sin= alterar, empero, por ello las facultades que en su caso corresponden a la autoridad militar". (Decretos de Nª Sª Isabel II Tomo XXI, pág. 362). Tampoco debe olvidarse, la R.O. de 26.II.1844, la cual dispone que "los malhechores aprehendidos... serán juzgados por una comisión militar con la brevedad y el rigor de los trámites y las disposiciones de la ley marcial". (Colección de las Leyes, decretos y declaraciones de las Cortes...Tomo XXXII. pág. 349 y ss).

Pueden citarse sin embargo, dos breves paréntesis excepcionales, durante cuyo tiempo conocía estos delitos la jurisdicción ordinaria. De ello da fé la R.C. de 4.VIII.1825 (Decretos de Nª S. Fernando VII, Tomo X, pág. 230 y ss) y el R.D. de 26.IV. de 1834 (Decretos de la Reina Nª Sª Dª Isabel II, Tomo XIX, pág. 232 y ss). La primera de ellas dispone el cese de las comisiones militares, califica de "extraordinario" el régimen legal hasta entonces vigente, haciendo constar claramente la inicial oposición del Consejo Real a su establecimiento: "...y así, aunque a poco tiempo de creadas dichas comisiones me expuso mi Consejo su falta de armonía con el sistema de nuestra legislación y -- aún con los Decretos que yo tenía expedidos...concluyendo con proponer su cesación, no tuve a bien= deferir a sus deseos, por entonces, reservándome para hacerlo cuando las circunstancias lo permitiesen. Por desgracia no ha sido tan corto como yo me prometía". (cit. pág. 231).

- 46.- Según se hace constar en nota que figura a lapágina 885 del Tomo XXVII correspondiente al año --- 1841, de la Colección de las Leyes, Decretos y declaraciones de las Cortes, órdenes resoluciones y reglamentos generales. (imprensa Nacional, 1842),= advirtiéndose que se inserta entonces por ser "ley vigente".
- 47.- Una R.O. de 18.VI.1850, durante la vigencia ya del C.P. de 1848, ordena que "los salteadores de caminos y ladrones en despoblado" sean juzgados mili-
tarmente con arreglo a la "ley de procedimientos"=
de 1821.
Otra R.O. de 12.III.1855 (Col.cit. Tomo LXIV, -
pág. 367 y ss) "recuerda" su vigencia; y otra de -
30.VIII.1855 ordena su "cumplimiento". El Decreto=
de 22.VII.1869 (Col. cit. Tomo CII pág. 264 y ss)
manda su "publicación", que reiterará otra R.O. de
12.III.1875, como remedio para atajar "el permanen-
te estado de conspiración".
Por vía judicial diversas "decisiones" del Tri-
bunal Supremo, resolviendo conflictos de competen-
cia entre la jurisdicción ordinaria y la militar, -
confirman la vigencia y aplicación de la Ley de --
18.IV.1821. Vid, decisión de 22.VI.1854, nº 50, --
(C.L., LXII, págs. 457-458); id. de 3 de Abril de=
1857, nº 13 (C.L. LXXII, págs I y II); id. de 8 de
julio de 1857, nº 27 (C.L. LXXIII págs. I y II).
- 48.- Artículo 425: "El culpable de robo con violencia o=
intimidación en las personas, será castigado con -
la pena de cadena perpetua a la de muerte:...3º --
Cuando se cometiere en despoblado y en cuadrilla,=
si fuere con motivo u ocasión de este delito, se -
causare alguna de las lesiones penadas en el nº 1º
del artículo 334, o el robado fuere detenido bajo=
rescate o por más de un día.4º. En todo caso, el -
jefe de la cuadrilla armada, total o parcialmente.
Hay cuadrilla cuando concurren a un robo más de --
tres malhechores".
- 49.- Artículo 4º.
- 50.- Vid. "decisiones" de 22 de Junio de 1854, 26 de Ju-
nio del mismo año, 3 de Abril de 1857 y 8 de Julio,
también de 1857, todas ellas ya citadas.
- 51.- Decisión de 3 de Abril de 1857, cit.
- 52.- La decisión de 3 de Abril de 1857, atribuye el co-
nocimiento de los delitos enjuiciados a los tribu-
nales ordinarios, reconociendo no obstante la vi-
gencia de la Ley de 17 de Abril de 1821, con los -

siguientes Considerandos:

"Considerando que el Código Penal solo trata de los robos en cuadrilla para agravar la pena, cometidos con esta circunstancia:

Considerando que por regla 57 de la ley provisional para la aplicación de las disposiciones del Código, quedaron en su fuerza y vigor las leyes -- que rigen sobre el procedimiento, en cuanto no fueran opuestas a otras reglas de la misma ley, que ninguna contiene relacionada con el presente caso.

Considerando que por esta razón el conocimiento y modo de proceder en las causas contra salteadores de caminos y ladrones en cuadrilla en poblado y despoblado deben seguir rigiéndose por la Ley vigente de 25 de Abril de 1821..."

- 53.- "Considerando, que, según lo dispuesto en los artículos 2º, 3º y 8º de la Ley de 17 de Abril de 1821, para que los ladrones sean juzgados militarmente -- han de componer cuadrilla de cuatro o más, y ser aprehendidos por fuerza del ejército, destinada expresamente a su persecución por el Gobierno, o por los Jefes comisionados al efecto por la competente Autoridad, o hacer resistencia a la tropa que los aprehendiese..." Decisión de 8 de Julio de 1857, -- que atribuye a la jurisdicción ordinaria la competencia para conocer un delito de asalto a mano armada que, por la noche y en despoblado, cometieron tres sujetos que se entregaron a la Autoridad (Guardia Civil) sin oponer resistencia.
- 54.- La "decisión" de 26 de Junio de 1854, ya citada, -- estima competente a la jurisdicción ordinaria (Juzgado de Primera Instancia de Toro), a pesar de que el Capitán General de Castilla la Vieja había declarado el "estado de sitio" para todo el distrito militar de su mando, publicando el oportuno bando -- a tenor de cuyo artículo 2º los delitos comprendidos en el mismo debían ser juzgados con arreglo a la Ley de 17 de Abril de 1821.
- 55.- La "decisión" de 8 de Julio de 1857 atribuye a la jurisdicción ordinaria el conocimiento de unos hechos acaecidos en despoblado, por la noche, de los que fueron responsables tres personas armadas aprehendidas por la Guardia Civil, al declarar que -- "la Guardia Civil, aunque dependiente del Ministerio de la Guerra, por lo respectivo a su organización, lo es del de la Gobernación en cuanto al servicio, y no debe considerarse bajo este punto de vista como fuerza del ejército, sino como un instituto dependiente de la Autoridad civil".

- 56.- Colección legislativa de España, primer cuatrimestre de 1848, Tomo XLIII, pág. 205 y ss.
- 57.- La rúbrica del Título III rezaba así: "Delitos contra la seguridad interior del Estado y el orden público". Y, la del Capítulo IV: "de las asociaciones ilícitas".
- 58.- Artículo 203 de dicho Código.
- 59.- Artículo 204.- "Se eximirán de las penas señaladas en el artículo anterior, y serán condenados únicamente en la de caución, los individuos de una sociedad secreta, cualquiera que haya sido su categoría, que se expontanearen ante la Autoridad, declarando a ésta lo que supieren del objeto y planes de la asociación.
La Autoridad, al recibir la declaración, no podrá hacerles pregunta alguna acerca de las personas que componen la sociedad".
- 60.- Artículo 205.- "Es también ilícita toda asociación de más de veinte personas que se reúna diariamente, o en días señalados, para tratar de asuntos religiosos, literarios o de cualquiera otra clase, siempre que no se haya formado con el consentimiento de la Autoridad Pública, o se faltare a las condiciones que ésta le hubiere fijado".
- 61.- Apud. García Goyena, op. cit. pág. 238
- 62.- Sobre "sociedades secretas", vid: Aramburu, Instituciones de Derecho Penal español, Oviedo, 1860, --- pág. 197 y ss.; Gómez de la Serna y J.M. Montalbán, Elementos de Derecho Civil y penal de España, 1851, 4ª Edición, III pág. 250 a 254; gráficamente dice Auriolés Montero: "Resulta, pues, que toda sociedad secreta es asociación ilícita, porque está prohibida y penada por Derecho, pero no toda asociación ilícita, porque está prohibida y penada por Derecho, pero no toda asociación ilícita es sociedad secreta, porque puede muy bien ser ilícita y pública a la vez". Instituciones del Derecho Penal de España, - Madrid, 1849, pág. 174.
- 63.- Este precepto puede considerarse como antecedente del hoy artículo 172 nº 4.
- 64.- Me refiero -siempre- a la asociación para delinquir del ordenamiento español, y, concretamente, a la figura que se conoce por la doctrina como "asociación criminal" cuyos antecedentes legales arrancan del artículo 198, nº 2º del C.P. de 1870. El -

legislador español no ha establecido respecto a -- estos delitos causa alguna de exclusión de la pena, a diferencia de lo que ha sido criterio tradicio-- nal para las sociedades "secretas", recogido en el art.204 del C.P. de 1848 (209, reformado). En otros ordenamientos -el alemán por ejemplo- sí prevé el Código la exención de la pena para el mero asociado que colabora con las Autoridades en la forma es-- tablecida en el propio párrafo 129.

- 65.- Es interesante la autorizada opinión de Manuel Or-- tíz de Zuñiga y José Castro Orozco: lo dispuesto - en el artículo 211 del C.P. (1850) debe entenderse sin perjuicio de las restantes obligaciones que im-- ponen leyes históricas aún vigentes a los socios - de las Cofradías. Y se cita la Novísima Recopila-- ción (Código Penal Reformado, pág. 75, nota 1850). Al comentar el art. 205 del C.P. de 1848 hacen la-- misma advertencia igual si faltan esos requisitos-- contenidos en la Novísima Recopilación "cualquier-- asociación de objeto piadoso debe considerarse ilí-- cita". Por último, y con relación a las sociedades secretas, entienden parcialmente en vigor el R.D.-- de 26.IV.1834 (Código Penal explicado para la común inteligencia...cit.II, pág. 115 y ss).
- 66.- En este sentido, Antón Oneca, Derecho Penal I, pág. 63. (1949); Rodríguez Devesa, Derecho Penal Espa-- ñol, Parte General, pág. 93 (1973).
- 67.- Esta equiparación entre "jefe" y "afiliado" (perso-- nas que desempeñan funciones de diversa entidad y-- relevancia en la organización criminal) es, desde-- luego, más propia de la "conspiración para delin-- quir" que de la "asociación" ilícita, pugnando con los criterios tradicionales en la materia, partida-- rios siempre de un tratamiento discriminatorio. La-- te, en definitiva, la idea de que el miembro de es-- tas sociedades "conspira" y de ahí el paralelismo-- que formalmente establece el párrafo primero de -- este artículo 210.
- 68.- Artículo 210: Si constare que una sociedad secreta-- tiene por objeto alguno de los delitos comprendidos en los capítulos I y II de este Título, sufrirán - los jefes y asociados las penas señaladas respecti-- vamente a los conspiradores por los mismos delitos. Cuando tenga por objeto la comisión de cualquiera-- otro delito, la pena será la señalada a los auto-- res de tentativa para los afiliados, y la de deli-- to frustrado para los jefes de las sociedades.

- 69.- Es un principio unánime en nuestra legislación -- histórica sobre las "sociedades secretas". Así, -- por ejemplo, el conocido Edicto de SS. Pio VII, -- mandado publicar por el Consejo Supremo de la General Inquisición, contra los Francmasones (Decreto de Fernando VII cit, Tomo II págs. 4 a 11, -- Orden de 2 de Enero de 1815). La R.C. de 1º.VIII. 1824 califica a los masones, comuneros y demás -- sectarios "enemigos del Altar y los Tronos", que -- se reitera en el severísimo R.D. de 21.VIII.1825. En cuanto a las "bandas" y "cuadrillas de malhe-- chores" el Dº de 22.VII.1869 (Col. cit.Tomo CII,= pág. 265) las considera como "conspiraciones".
- 70.- El artículo 210 se refería exclusivamente a las -- "sociedades secretas" pero no a las demás asocia-- ciones ilícitas".
- 71.- El antecedente próximo de este artículo 210 es, -- sin duda, el artículo 6º del R.D. de 26.IV.1834 que decía así:"Si el objeto de la sociedad secreta, o= el fin de sus reuniones fuere alguno de los deli-- tos de conspiración, rebelión, o subversión del Es-- tado, quedarán sujetos los autores, cómplices y au-- xiliadores de estos delitos a las penas que para -- ellos tienen designadas las leyes (Colección de De-- cretos, cit. Tomo XIX, pág. 232).
- 72.- Rodríguez Devesa advierte que:"de donde arranca la actual regulación es del Código de 1870". (Derecho Penal Español, P.G. 5ª Edición, pág. 653). En es-- te sentido, también, Pellisé Prats, B.:"Los verda-- deros antecedentes de los tipos delictivos que nos ocupan se encuentran en el C.P. de 1870..." (N.E.= J. Seix,III, Barcelona 1951, página 95). Ferrer -- Sama, Comentarios.,cit, III, páginas 116 y 117.
- 73.- El viejo título II del C.P. de 1848 bajo el que se encontraban los delitos de asociaciones ilícitas = (delitos contra la seguridad interior del Estado - y el orden público) se descompone en el de 1870 en dos títulos independientes: el II, al que pasarán= a formar parte estas figuras delictivas, (delitos= contra la Constitución) y un título III (delitos - contra el orden público).
Vid, Rodríguez Devesa, op.cit.P.G. página 96
- 74.- Los delitos de "asociaciones ilícitas" se recogen a hora bajo la Sección 1ª del Capítulo II (TítuloII).

La rúbrica de la Sección es: "Delitos cometidos -- por los particulares con ocasión del ejercicio de los derechos individuales garantizados por la Constitución". La del Capítulo II: "De los delitos cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos= individuales garantizados por la Constitución".

- 75.- Decreto sancionando el derecho de asociación, de -- 20 de Noviembre de 1868. Vid. Colección Legislativa de España, Tomo 100 págs. 712 a 715.
- 76.- La acuerda expresamente el artículo 7º del Decreto.
- 77.- Constitución de 5.VI.1869.
- 78.- Según su artículo 19: "A toda asociación cuyos individuos delinquieren por los medios que la misma -- les proporciones, podrá imponérsele la pena de disolución. La Autoridad Gubernativa podrá suspender la asociación que delinquire, sometiendo incontinenti a los reos al Juez competente. Toda asociación cuyo objeto o cuyos medios comprometan la seguridad del Estado podrá ser disuelta por una ley".
- 79.- He seguido el curso de las citadas discusiones en: Mañas J.Mª, El libro del buen ciudadano (Reperto-- rio del Derecho Político español), Madrid.1869.
- 80.- Aunque algún parlamentario, en apoyo de su tesis, = utilizase ejemplos concretos, lo cierto es que el = Proyecto pretendía fijar, en abstracto, los lími = tes al derecho de asociación, y no reprimir asocia ciones concretas de uno u otro signo. La plurali = dad de opiniones que se manifestaron, pocas veces = coincidentes, revela la intención del legislador, = que -a mi juicio- no descendió de un planteamiento estrictamente "teórico", a nivel de principios, a = cosado por los prejuicios y recelos recíprocos de = los partidos.
- Rios Rosas, por ejemplo, al contestar a Cánovas di = ría: "ese artículo habla genéricamente contra las = sociedades que comprometen la seguridad del Esta = do, contra todas, cualquiera que fuera, no contra = ninguna en particular, no contra ninguna especie = de sociedades en particular. Este artículo protege = más el derecho de asociación..." (op.cit. pág. -- = 678); En la misma idea insiste Godinez de Paz: "La = comisión..., Sr. Serraclara, no se ha creído en el = caso de legislar para una sociedad determinada, pa

ra ninguna sociedad particular: la comisión no podría crear un privilegio odioso ..." (op.cit. pág. 1183 y 1184). Para Cánovas del Castillo las limitaciones de este derecho "no se dirigen a estorbar - o impedir las asociaciones liberales" (op.cit. págs. 642, 643 y 647), sino a hacer posible el ejercicio de aquel. En los sectores republicanos, existió -- siempre el recelo de que estos preceptos se interpretaran contra las asociaciones no católicas, dado el peligro de una fácil constitución) y "moral católica" (Sr. Robert, op.cit..págs.1165 a 1168 y -- 1170).

Sólo excepcionalmente, y siempre por vía de ejemplo, se piensa en alguna asociación concreta, o mejor: en fines delictivos concretos. Así, en asociaciones que tuvieran por objeto "robar" (Sr. Sánchez Ruano, op. cit... página 545), asociaciones constituidas con el fin de "estafar a la caridad pública" (Sr. Godínez de Paz, op. cit... página 1170 -- y ss), asociación -en este último caso- válidamente constituida con arreglo a Derecho, pero cuyos fines reales no coinciden con los declarados (vg: ejemplo citado por el Diputado, Sr. Godínez de Paz, op. cit... pág. 1183).

- 81.- Este es precisamente uno de los temas objeto de más vivos debates: si pueden y deben limitarse en su ejercicio unos derechos considerados "ilegisla--=bles"... "derechos inherentes a la personalidad humana, derecho sin los cuales no hay para el ciudadano dignidad...derechos absolutos, ilegisiabiles, -- porque la ley no los crea, sino los consagra, y -- que, además, son por esencia superiores a todas -- las instituciones y a todos los poderes" (Discurso leído desde la tribuna por el Duque de la Torre, en la apertura de las Cortes Constituyentes de 1869, -- op. cit... pág. 183). Para algunos parlamentarios -- no debía establecerse límite alguno a estos derechos, siendo suficiente la aplicación del Código Penal, (vg: Sr. Figueras, op.cit...pág. 631 y 632), por lo que estimaron insatisfactorio el texto del Proyecto. La mayoría de los diputados, sin embargo, acudiendo y citando los propios postulados del sistema liberal, pusieron de relieve la necesidad de fijar unos límites a estos derechos. Para algún constituyente ello era obvio: "no han de tenese por tales limitaciones...la moral y el derecho" (Sr. Becerra, op.cit... pág. 766). Las discusiones, en más de una ocasión, adquieren ciertos tintes de bizantinismo. Castelar, criticando las excesivas caute-

las de la Constitución -del Proyecto- ironiza: "Si los derechos individuales son ilegislables, como habíamos convenido, ¿por qué los habéis legislado? ...¿qué se diría de una Constitución donde se escribieran estos principios: el hombre tiene derecho a respirar, el hombre tiene derecho a hacer en sus pulmones la combustión de la sangre?..." (op. cit... págs. 589 y ss). Partiendo de la posibilidad de un ejercicio abusivo, y de una postura que se autocalifica de "liberal", Alvarez resume en estos términos el estado de la polémica: "Existen tres escuelas en esta materia... Existe la escuela radical... que considera esos derechos absolutos, ilimitados, cuando nada hay ilimitado en el mundo. Existe la escuela doctrinaria, que contra el ejercicio de estos derechos toman medidas preventivas que los coartan y anulan... Existe la escuela liberal, a la cual me glorío de pertenecer, que no apela a medidas preventivas, recelosas de ninguna especie, dejando el ejercicio libérrimo, pero de manera que si hay abuso con perjuicio de los demás, el abuso sea reprimido..." (op.cit... pág. 1130 y ss).

82.- Una vez proclamada las libertades públicas individuales, era necesario "definirlas" y "determinarlas" por medio de leyes sabias -decía el Duque de la Torre- "... que eviten que, chocando unas con otras por falta de límites fijos, lleguen a confundirse y a perderse..." (op. cit... pág. 177)- porque "...hemos creído que la libertad no consiste precisamente en consignar los derechos, sino en garantizar su ejercicio, en quitar del Gobierno lo arbitrario..." (Sr. Moret: op. cit... pág. 616). - No pasó desapercibido a los parlamentarios la importancia de trazar unos límites claros al ejercicio del derecho de asociación, de especial "trascendencia" (Sr. Olózaga, op. cit... pág. 1127), por ser éste uno de esos derechos respecto a los que cabe imaginar mayores "abusos colectivos" (Sr. Godinez de Paz, op. cit. pág. 1170 a 1172). Que se trata de unos derechos fundamentalmente limitados, no puede discutirse: lo opinable es la extensión y alcance de tales límites, que han de tener en cuenta el modo de organización del Estado -afirma Cánovas del Castillo (op. cit... pág. 642).

83.- Idea presente en todas las discusiones. Vid. op. cit... intervenciones de los Srs.: Alvarez (págs. 1130 y 1132), Robert (págs: 1165, 1167, 1168 y 1170), Sr. Godinez de Paz (pág. 1170 a 1172), Sr. Serraclara (págs: 1176, 1177, 1179 y 1180), etc.

84.- Uno de los temas más vidriosos, más polémicos, fué el del alcance del término "moral pública", sin duda porque incluso al debatirse el problema del derecho de asociación yace siempre, subyace, el problema -distinto conceptualmente pero traído a colación por los parlamentarios- de la libertad de expresión, de la libertad religiosa, de la libertad de conciencia, etc.

Son dos, sobre todo, las cuestiones que se discutieron: primero, si era necesario -o no- hacer constar en la Constitución que la "moral pública" = la "moral", es un límite -el único- del derecho de asociación; segundo: cómo ha de interpretarse el propio concepto de moral pública, si era preciso aclarar o no su sentido, concretarlo.

En cuanto a la primera, se optó por la afirmativa, si bien algún constituyente sugirió la supresión del término "moral pública", por considerar que "los fines humanos son todos morales" (Sr. Palanca, op. cit... pág. 1125), o por entender tal afirmación superflua, ya que los miembros de una asociación con tales fines incurren ya en responsabilidad penal, en cuanto "conspiradores" (Sr. Serra clara, op. cit... págs. 1180, 1185 y 1186). Cualquiera otra postura crítica no tenía otro fundamento que el recelo y la desconfianza por el futuro uso e interpretación que especialmente los poderes públicos, en vía administrativa y por razones políticas, pudieran hacer del mismo (así, por ejemplo, la del Sr. Robert, op. cit... pág. 1173).

Respecto a la segunda cuestión, pueden señalarse dos posturas que aparecen claramente delimitadas en las discusiones parlamentarias: para unos "moral pública" equivale a "moral católica", mientras otros consideran que tienen una acepción más amplia, en el sentido de "moral universal". Los primeros, identifican el término "moral pública" con el de "moral católica", "moral religiosa", "moral verdadera", invocando como argumento "formal", que el concepto de moral "universal" es una "utopía" (Sr. Monterola, op. cit... pág. 720): "¡Para qué apelar a la moral universal teniendo la moral católica!" (Sr. Monescillo, op. cit... pág. 794 y 795). Otros parlamentarios, en nombre de la propia Comisión, se preocuparon de distinguir perfectamente la "moral pública" de la "moral católica", advirtiéndole que la Constitución utiliza aquél término en sentido más amplio, y como sinónimo de moral "universal". El problema se planteó cuando un

Diputado, el Sr. Vinader, propuso con su enmienda= sustituir el término "moral pública" por el de "mo= ral católica". En el fondo latía la delicada cues= tión de la "libertad de cultos" (vid. op. cit... = pág. 1101) y los recelos y temores sobre la inter= pretación que, en el futuro, se diera a este térmi= no. Así, mientras el Sr. Vinader pidió "que conste de una manera expresa, clara y terminante, que las asociaciones católicas no quedan en manera alguna= exceptuadas del derecho que a las demás concede el Proyecto" (op. cit... pág. 1097), el Sr. Robert -- proclama todo lo contrario: las asociaciones "cató= licas" propagan unas ideas que son contrarias a la "moral" (op. cit... pág. 1165 y 1167). (Sobre estas discusiones vid. la intervención de los Srs.: Man= terola, Monescillo, Godinez de Paz, Estrada, Rome= ro Girón, Palanca, Olózaga, Robert, a las páginas= 20, 24, 28, 29 y ss, 31 y ss, 36, 37 y ss., 43 y ss, = respectivamente. Y, la intervención de Castelar, = op. cit... pág. 729, 747 y 748; como la del Sr. Ro= mero Girón, op. cit... pág. 1109 y ss).

- 85.- "Yo no reconozco, como dice el Sr. Olózaga, que el derecho de asociación no tenga límites, no; el de= recho de asociación tiene sus límites y los tiene= en la misma Constitución. Esta dice que no podrán= hacerse leyes de carácter preventivo que tengan -- por objeto los derechos definidos en este primer= título. ¿Pero y leyes de carácter represivo?. Esas sí; ahí está el Código Penal, ahí está el límite= del derecho de asociación" (Intervención del Dipu= tado Sr. Palanca, op. cit... pág. 1129).

Vid sobre el tema: intervención del Sr. Romero - Girón, op. cit... pág. 1109 y ss; id. del Sr. Godi= nez de Paz, op. cit... pág. 1170 y ss).

- 86.- Es, también, tesis unánime entre los constituyen= tes que el límite esencial del ejercicio de todo = derecho ha de venir dado por el Código Penal, en = cuanto que éste representa la Ley "común" por exce= lencia. Es un postulado del propio sistema liberal que no se puso en duda (Por ejemplo, intervencio= nes de los Srs: Romero Girón, Estrada, Serraclara, etc, a las páginas de la obra citada 1109 y ss, -- 1111, y 1185, respectivamente). Algunos parlamenta= rios, aplicando con rigor este principio, llegaron a mantener que no era necesario que la Constitución consignase los límites del derecho individual de = asociación, ya que era bastante con que se aplicara

el Código Penal. Así, por ejemplo, el Diputado Sr. Figueras: "Que se puede pecar, se dice, que se puede delinquir en el ejercicio de los derechos individuales. Ciertamente; pero para eso están los jueces y el Código Penal, y no es menester consignarlo en la Constitución: si en el ejercicio de esos derechos yo ataco la seguridad de otro, ahí está el Código Penal que caerá sobre mí, y vendrá la justicia ordinaria que me encausará. Esto es lo único que podéis hacer en una Constitución liberal y democrática..." (op. cit... pág. 632). "Lo que se necesita es un Código que castigue los delitos que pueden cometerse abusando del ejercicio de esos derechos...", afirmó el Diputado Sr. Robert (op. cit... pág. 1170).

- 87.- "Además, ¿qué ventajas se reportan de que en el apartado cuarto se ponga la cortapisa que no sean contrarios a la moral pública?. Absolutamente ninguna. Todos los actos contrarios a la moral pública están castigados en el Código Penal, todos son ilegítimos; y según el artículo... del proyecto de la Constitución, los delitos que se cometan con ocasión del ejercicio de los derechos individuales= consiguados en el artículo 17, están sometidos a las disposiciones del C.P." (Intervención del Sr. Palanca, op. cit... pág. 1126).

No cabe duda, sin embargo, que el C.P. de 1848 no castigaba todos los actos "contrarios a la moral pública", con independencia del alcance que quisiera otorgarse a este término que, por cierto, aparece en el C.P. de 1870, en el contexto que interesa.

- 88.- De hecho, la fórmula legal mereció un juicio favorable, con algunas excepciones. En el primer sentido, Groizard, op. cit... III, pág. 420 y 421. -- Crítica, desde una perspectiva fundamentalmente política, en Silvela (Revista de Legislación y Jurisprudencia, 1870, Tomo XXXVII, páginas 57 y 68). -- También, Buenaventura Selva, N. (Comentarios al Código Penal reformado. Madrid, 1870, pág. 101).

- 89.- Me refiero a la legislación especial sobre asociaciones de carácter anarquista, terrorista y colectivista que se dictó con posterioridad a la entrada en vigor del C.P. del 1870. Se trata, indudablemente, de asociaciones "ilícitas" pero contempladas

en el Código. No cabe duda que hubiera bastado con aplicar a muchas de éstas el nº 2º del artículo -- 198 (asociaciones que tienen por objeto cometer al gún delito): y, sin embargo, se dictaron leyes especiales "ad hoc", porque realmente el legislador penal de 1870 no pensaba en formas asociativas con cretas.

- 90.- Pienso, por ejemplo, en la legislación sobre bandi daje, y, de modo especial, en el Decreto Ley de 18= de Abril de 1821 de cuya vigencia da fé una Real - Orden de 12 de Marzo de 1875.
- 91.- Vid., respecto al D.L. de 18 de Abril de 1821 las - sentencias de 22 de Junio 2 28 de Diciembre de --- 1875.
- 92.- Concretamente, la Asociación Iⁿternacional, (vid.= Colección Legislativa de Españaⁿ, Tomo CVIII, pág.= 45 a 53), asociaciones de carácter anarquista (apud. Circular de 6 de Abril de 1892), etc.
- 93.- La imprecisión del término "moral pública", por e- ejemplo, es disculpable en un texto eminentemente= programático, pero no en la norma penal. El legis- lador, además, debía haberse planteado la necesidad del nº 1º del artículo 198, dado que el nº 2º decla- raba ilícita a toda asociación que tuviera por obje- to cometer "algún delito". Parte de una distinción, que, en la práctica, no parece fácil de trazar, y - el Código Penal no es el lugar más apropiado para - ensayos de esta naturaleza.
- 94.- Apud. Colección Legislativa, nº 83 (1884).
- 95.- Es de gran interés la doctrina que sienta el cita== do fallo. Según su resultando de hechos probados, - la Asociación Federación del Júcar había celebrado= veintinueve reuniones, y sus miembros ocultaban sus nombres, identificandose por números. A tenor de == los reglamentos de la misma, ésta aetaba "los prin- cipios anárquicos colectivistas, lucha del trabaja- dor contra el capital y de los trabajadores contra= la burguesía". El Tribunal Supremo confirmó el fa== llo condenatorio de la Audiencia, que estimó "con== traria a la moral pública" dicha asociación, en ba- se a la siguiente doctrina: "El concepto de la moral en el terreno legal significa la conformidad de las= acciones del hombre con las leyes naturales y posi-

tivas, en cuyo sentido la moral pública es referen-
te a las acciones que salen de la esfera privada y -
trascienden o afectan a los intereses generales de la
sociedad". Se considera la asociación contraria a -
la "moral pública" -acto seguido- porque contradice=
"el principio más fundamental del orden social, cual
es el de autoridad y propiedad industrial". Y conclu
ye el fallo con el siguiente aserto: "Cualquiera que
sea la libertad que pueda existir para exponer... i-
deas o sistemas más o menos utópicos o simplemente -
contradictorios de las leyes naturales o positivas, =
semejante libertad no implica ni supone la facultad=
de asociarse para conseguir directamente la realiza-
ción de las doctrinas o ideales por otros procedimien
tos más prácticos positivos e inmediatos, estando -
como están prohibidos con sanción penal esta clase -
de asociaciones..."

El artículo 13 de la Constitución entonces en vi-
gor no se refería ya a la "moral pública". El Tribu-
nal Supremo, sin embargo, advirtió que la libertad -
que aquel sancionaba "no puede ser entendida más que
para fines morales"

- 96.- En la doctrina española, el término "moral pública",
aunque en relación con las sociedades "secretas", a
parece ya en Gómez de la Serna y J. Montalbán (Ele-
mentos de Derecho Civil y Penal de España, III, pág.
230).
- 97.- Colección Legislativa de España, Tomo CVIII, pág. 45=
a 53.
- 98.- Boletín de la Revista de Legislación y Jurispruden-
cia, 1892, nº 91. pág. 523 a 525. Se afirma en la mis-
ma que "no existe en nuestro país, públicamente cong-
tituida, asociación alguna que, por su título, o por
los fines de su fundación, pueda ser considerada de=
carácter anarquista, ni por ilícita fuera consentida,
puesto que las asociaciones de esta naturaleza tie-
nen el concepto legal de contrarias a la moral públi-
ca".
- 99.- Apud: Hidalgo, J. (El Código Penal conforme a la Ju-
risprudencia del Tribunal Supremo, I., pág. 532 a 535).
- 100.- El artículo 8º de la Ley de 10 de Julio del 1884 emplea
ya la fórmula: "se reputan"... asociaciones ilícitas.
- 101.- Núñez Barbero, R. (La Reforma Penal de 1870, pág. 69).
- 102.- Según la conocida opinión de Jiménez de Asúa: "Es har

to sabido que el C.P. español que rigió en España -- hasta 1928...fué promulgado en 1870, pero es noto-- rio también que no era más que una reforma del de -- 1850, como éste lo fué, a su vez, del de 1848. En su ma, el C.P. de España data, en puridad, de 1848 y -- lleva, por tanto... años de vida". (La legislación Penal de la República Española, 1ª Edición, 1932, -- pág. 5).

En mi opinión, sin embargo, tal juicio no es váli do respecto a las "asociaciones ilícitas", porque el C.P. de 1870 contiene, desde un punto de vista técni co, una auténtica regulación de "nueva planta" que se aparta totalmente del modelo de 1848: no sólo en lo "sistemático", sino también en los principios y directrices que le informan. La salvedad es necesaria.

- 103.- Groizard, op.cit... 1911, III, págs. 422 y 423.
- 104.- El C.P. de 1870 no declara ilícitas las "sociedades secretas". Se exigirán -eso sí- una serie de trámites y requisitos que garantizan la indispensable publicidad: la infracción de aquellos, sin embargo, no determina la ilicitud de la asociación, sino que da lugar a una serie de responsabilidades penales individuales para sus directivos.
- 105.- A tenor de lo dispuesto en el nº 1º del artículo 198 - y sólo respecto a las asociaciones a que éste se refiere- se utiliza el término "circunstancias": una asociación puede ser contraria a la "moral pública", por sus "circunstancias" (aunque no lo sea por su "objeto").
- 106.- Que el punto de referencia ha de ser solo y precisamente el "objeto" de la asociación, es un principio que ya se formuló en las discusiones al Proyecto de Constitución de 1869. Así, por ejemplo, la intervención del Diputado Sr. Godínez de Paz: "Este derecho lo hemos considerado como uno de los derechos inherentes a la personalidad humana, sin más limitación que su objeto, es decir, que la asociación no sea contraria a la moral pública" (Mañas, cit... pág. 1170).
- 107.- Se trata, en definitiva, de una técnica pero de gran importancia. Desde el C.P. de 1870 es fácil ya precisar los antecedentes legislativos del hoy nº 2º del artículo 172 (igual número del artículo 198 del C.P. del 1870) pudiendo prescindir el intérprete de cualquier figura que no fundamente el juicio de ilicitud penal en el "objeto" de la asociación. Se ex-

plica, así la "ratio legis" de la asociación criminal, con lo que se facilita la solución de los complejos problemas concursales.

- 108.- Artículo 4º: "Se prohíbe a las Asociaciones, cualquiera que sea su objeto, reconocer dependencia, ni someterse a Autoridad establecida en país extranjero".
- 109.- Según el artículo 19 de la Constitución de 1869 --=: A toda asociación cuyos individuos delinquieren por los medios que la misma les proporcione, podrá imponérsele la pena de disolución. La Autoridad Gubernativa podrá suspender la Asociación que delinca, sometiendo "in continenti" a los reos al juez competente. Toda asociación cuyo objeto o cuyos medios comprometieren la seguridad del Estado podrá ser disuelta por una ley".
- 110.- Que el artículo 19 de la Constitución de 1869 calificaba de "pena".
- 111.- "La autoridad judicial será la única competente para decretar la disolución de las asociaciones constituidas con arreglo a esta Ley. Deberá acordarla en las sentencias en que declare ilícita una asociación, -- conforme a las disposiciones del Código Penal, y en las que dicte sobre delitos cometidos en cumplimiento de los acuerdos de la misma. Podrá también decretarla en las sentencias que dicte contra los asociados por delitos cometidos por los medios que la asociación les proporcione, teniendo en cuenta en cada caso la naturaleza y circunstancias del delito, la índole de los medios empleados y la intervención que la asociación haya tenido en el empleo de dichos medios y en los hechos ejecutados".
- 112.- La Reforma del Código Penal. 1920. 2ª Edición comentada, pág. 26 a 37.
- 113.- "No se trata, tan sólo, de que estén constituidas las asociaciones conforme a su ley -licitud administrativa-, ni de que sus actos no sean contrarios a la ley común -licitud moral o social- sino de que los asociados no presten juramento de obediencia y fidelidad a una autoridad propia, como superior a la Autoridad civil. Este es el concepto político-jurídico de licitud, el más importante" (Saldaña, op.cit... = pág. 35).

Distingue Saldaña, por lo tanto, entre asociaciones "ilícitas" y asociaciones "ilegales". Las prime--

ras, son las contrarias a la moral pública, las que tienen por objeto cometer algún delito y aquí reside la particularidad de su tesis- "aquellas cuyos asociados cometieren delitos, valiéndose de los medios que la asociación les proporcione". (op. cit. pág. 35). Ilegales, son aquellas que, en su constitución o funcionamiento, no se ajustan a lo establecido en la Ley de Asociaciones (op.cit. pág. cit.). La distinción tiene importantes consecuencias prácticas, pues solo las asociaciones ilícitas pueden declararse "disueltas" (op.cit. pág.33). El propósito de Saldaña, evidentemente, fué el de paliar el desajuste existente entre el Código Penal, la Ley de Asociaciones y la Constitución. Aquel guardó absoluto silencio sobre las asociaciones cuyos miembros delinquen utilizando los medios que las mismas les proporcionen, cuando la Constitución -primero- la Ley de Asociaciones, la doctrina y algún Proyecto de Reforma del C.P. autorizaban la disolución de tales asociaciones.

Con especial agudeza puso de relieve el autor, hasta que punto los preceptos del C.P. habían quedado desfasados una vez promulgada la Ley de Asociaciones. Entiende, por ejemplo, que es nula la teórica garantía que debían ofrecer los números 1 y 2 del artículo 198 del C.P. por razón de lo dispuesto en el artículo 15 de la Ley de Asociaciones que permite la disolución de aquellas que incluso no tienen fines delictivos, sin incurrir, por ello, en responsabilidad penal el funcionario público que acuerde aquella: "se dan casos de difusión de la responsabilidad individual en la social, que desarticulan la mezquindad del concepto de sociedad ilícita según el Código (op.cit.pág.33 y 34).

114.- El Código Penal de 1870, concordado y comentado.== III, pág. 446.

115.- El "antiguo régimen" era fundamentalmente "formalista". La ilicitud de una asociación -en el C.P. de 1848, por ejemplo -venía dada o por su carácter "secreto" o por su constitución o funcionamiento al margen del ordenamiento jurídico, o con infracción del mismo. Pero el "objeto real" de la asociación es irrelevante. Este es uno de los principios que inspiran el antiguo régimen, con una importante excepción: la legislación sobre bandas y cuadrillas de malhechores.

- 116.- Compárese el nº 2º del artículo 198 de este Código (1870), con el artículo 210 de la Reforma de 1850.
- 117.- Las penas se imponen en función del diverso grado de participación en la asociación, pero sin considerar las previstas para el delito cuya ejecución aquella pretende. El delito de asociación para delinquir gana total autonomía estructural, independizándose claramente del "iter criminis": no es un acto preparatorio respecto al delito proyectado. A diferencia del C.P. de 1848 (Reforma de 1850), las penas se fijan sin acudir al expediente de la conspiración, de la tentativa o de la frustración.
- 118.- Vid. supra, pág. 4, 5, 11 y 12.
- 119.- Por ejemplo, artículo 203 del C.P. de 1848. (209 de la Reforma).
- 120.- Sobre esta polémica institución, vid: Alvarez y Vizmanos, Comentarios al Código Penal II, pág. 51 (1848); Pacheco, J.F. El C.P. concordado y comentado. II, pág. 252 (1881); Auriolés Montero, I. Instituciones del Derecho Penal de España, pág. 173 (1849); Gómez de la Serna y Montalbán, Elementos del Derecho Civil y Penal de España, cit. III, pág. 253 (1851).
- 121.- De hecho, la relevancia del espontaneamiento en materia de asociaciones ilícitas solo volverá a reconocerse -desde 1870- excepcionalmente. Así, en el artículo 52 del C.P. de 1928; en el artículo 8º de la Ley de 1 de Marzo de 1940, a propósito de la Masonería y el Comunismo (circunstancia atenuante); y, por el artículo 60 de la Ley de Seguridad del Estado, de 29 de Marzo de 1941 (aquí, como causa de exención de la pena).
- 122.- Parece, al menos, la hipótesis más razonable, desde el momento en la Constitución proclama un "derecho" público individual y enuncia los límites de tales "derechos" en su ejercicio. Sobre el tema. = vid. supra: nota 74.
- 123.- Artículo 199, 1º párrafo segundo.
- 124.- Vid. artículo 205 C.P. de 1848.
- 125.- Se trata de una característica común a todas las sentencias dictadas en esta materia de asociaciones ilícitas, al amparo de los Códigos Penales de 1870

y de 1932. El Tribunal Supremo no suele utilizar - el término "asociación" -sin más", sino los de: asociación "establecida", asociación "constituida"... etc (porque se parte de un concepto "civilista" de asociación, y como tal solo puede reputarse la que lo es con arreglo a Derecho. A este planteamiento= responde la sentencia de 18 de Marzo de 1889 (C.L. nº 248), según la cual: "No habiendo llegado a fundarse y establecerse ésta, es evidente que no pueden tener aplicación los artículos... del C.P., -- porque es indudable que falta el hecho fundamental del que se deriva la aplicación de los ...artícu= los". Y advierte dicho fallo: "los dos únicos ca= sos en que es justificable la asociación proyecta= da y no constituida, son los comprendidos en el párrafo segundo del nº 1º del artículo 199 y 200 del Código, que se refieren a las asociaciones que re= puta el artículo 198 ilícitas". Pero la jurisperu= dencia a que me refiero exige, además del establecimiento o constitución efectiva de la asociación, un mínimo "organizativo" en ésta, y, al pronunciar= se respecto a su licitud o ilicitud, valora una serie de extremos solo imaginables en la asociación= constituida legalmente. La sentencia, por ejemplo= de 11 de Enero de 1878 (C.L. nº 18) considera im= prescindible el exámen de los "antecedentes de la a= sociación, planes, estatutos...". Y, la de 8 de Oc= tubre de 1884 (C.L. nº 100), el de los "acuerdos = adoptados" y "actividad concreta" de la misma. Es= importante significar, como el primer fallo cita= do, no estimó suficiente para declarar la ilicitud de la asociación contemplada con la afirmación del resultando primero, según el cual dicha asociació= se hallaba "incardinada en otras de carácter más = general, próhibidas por la ley". Y la segunda, tam= poco considera decisivo el relato fáctico, en el= sentido de que la asociación "obedecía los acuer= dos de una asociación ilegal... y apoyaba la huel= ga", por no constar en el propio resultando "de = qué modo" se obedecían aquellos acuerdos y "cómo"= se apoyaba la huelga. Evidentemente, la prueba de= todos estos extremos presupone la existencia "for= mal" de una asociación, regularmente constituida.

- 126.- Los fallos principales sobre "asociaciones ilícitas", dictados al amparo de los C.P. de 1870 y 1928 son= los siguientes: sentencia de 10 de Marzo de 1873 (C. L. nº 140); 14 de Octubre de 1877 (C.L. nº 66); 11=

de Enero de 1878 (C.L. nº 18); 19 de Junio de 1884 (C.L. nº 17); 12 de Julio de 1884 (C.L. nº 43); 8 de Octubre de 1884 (C.L. nº 100); 18 de Marzo de 1889 (C.L. nº 248); 7 de Julio de 1903 (C.L. nº 15); 26 de Septiembre de 1908 (C.L. nº 49); 5 de Julio de 1922 (C.L. nº 11); 20 de Diciembre de 1933 (C.L. nº 155), 7 de Octubre de 1935 (C.L. nº 24) y 8 de Junio de 1936 (Aranzadi, nº marginal 1285).

127.- A pesar de que, según los resultados de hechos -- probados, las respectivas asociaciones perseguían -- unos objetivos que podrían reputarse ilícitos. Por ejemplo: sentencia de 14 de Octubre de 1877, 19 de Junio de 1879, 28 de Enero de 1884, 12 de Julio de 1884, etc, todas citadas en la nota anterior.

128.- El nº 2º del artículo 199 llevaba consigo un tratamiento penal privilegiado, en comparación con el mismo número del artículo 198, porque solo sanciona a los "fundadores", "directores" y "presidentes" -- pero no a los "meros individuos" -- de las asociaciones a que se refiere.

Precisamente por ello, acuden al mismo los tribunales, cuando de hecho procedía haber aplicado -- los números 1º de los artículos 199 y 200 con relación al nº 2º del artículo 198 (por ejemplo, en la sentencia de 12 de Julio de 1884, ya citada). -- Pero esto es excepcional, y solo en el caso de asociaciones muy numerosas. El Tribunal Supremo, por el contrario, mantiene la primacía de criterios == "materiales" sobre los "formales" al enjuiciar la -- licitud o ilicitud de una asociación. Si los fines de ésta son contrarios a la moral pública o constitutivos de delito, se aplican entonces los números 1º o 2º del artículo 198, sin que importe el -- que no se haya constituido con arreglo a Derecho -- (artículo 199.2º). Esta es la doctrina contenida -- en las sentencias, entre otras, de 28 de Enero de 1884 y 7 de Octubre de 1935.

129.- Vid. sentencias de 19 de Junio de 1879, 5 de Julio de 1903 y la de 7 de Octubre de 1935, todas ellas -- ya citadas.

130.- Solo en una ocasión la Audiencia Provincial -- apreció la existencia de una pluralidad de infraccio -- nes, calificando el delito de asociación ilícita -- de "medio necesario" para la comisión de los poste -- riormente ejecutados por los miembros de la enti -- dad criminal. Pero el Tribunal Supremo casó el fa -- llo (sentencia de 19 de Junio de 1879, cit.).

- 131.- Según la importante sentencia de 5 de Julio de --- 1922, del Tribunal Supremo "solo se reputan asociaciones ilícitas las que por su objeto sean contrarias a la moral pública, o aquellas cuyo objeto -- sea alguno de los delitos castigados en el Código, por lo que no están incluidas en esta disposición= las sociedades constituidas legalmente, aunque algunos de los individuos que las constituyen, bien= sean el Presidente o el Secretario, cometan algún= hecho punible, al amparo de la constitución legal= de la asociación". Otro caso de interés se contempla en el fallo de 7 de Julio de 1933, ya citado,= a propósito de una asociación válidamente consti= tuida e inscrita, algunos de cuyos miembros adop= tan un acuerdo delictivo. El Tribunal Supremo confirmó la sentencia del Tribunal "a quo" que enten= día cometido el delito de "coligación" y castiga= ba, como "inductores" a los jefes de la asociación, promotores del acuerdo, y a los restantes procesa= dos, como "autores" de dicho delito de coligación= acordando levantar la suspensión de la sociedad -- "porque los actos castigados no se ejecutaron por= virtud de ningún acuerdo de la sociedad expresada".
- 132.- Legislación especial sobre anarquismo y terrorismo.
- 133.- La particularidad tal vez más significativa de toda esta legislación es que se preceptúa expresamente la "disolución" de las asociaciones en cuestión, y con una amplitud superior a la del artículo 15 - de la Ley de 30 de Junio de 1887, dicha "disolu= ción" es "facultativa" solo en la Ley de 23 de -- Marzo de 1906.
- 134.- Se atribuye a la jurisdicción militar el conoci= miento de los delitos de terrorismo, separatismo y bandidaje. (R.D. de 25. de Diciembre de 1925, R.D. 18 de Septiembre de 1923 y Ley de 18 de Abril de = 1821, respectivamente).
- 135.- Aunque tales Circulares, del Ministerio Público -- (Fiscalía del Tribunal Supremo) y del Ministerio de la Gobernación versan fundamentalmente sobre el -- nº 1º del artículo 198, es decir, sobre la inter= pretación del concepto de "moral pública", y con= creción de las asociaciones que debían entenderse= contrarias a ésta.
- 136.- Boletín de la Revista de Legislación y Jurispruden= cia, nº 97: págs. 273 a 276.

- 137.- Artículo 8º: "Las asociaciones en que de cualquier forma se facilite la comisión de los delitos comprendidos en esta Ley, se reputarán ilícitas y -- serán disueltas, aplicándose, en cuanto a su sus-- pensión, lo dispuesto en la Ley de Asociaciones, = sin perjuicio de las penas en que incurran los in-- dividuos de las mismas asociaciones por los deli-- tos que respectivamente hubieren cometido".
- 138.- Boletín de la Revista de Legislación y Jurispru-- dencia, nº 102: págs. 691 y 692.
- 139.- Boletín de la Revista de Legislación y Jurispru-- dencia, nº 102: pág. 947 y 948.
- 140.- Artículo 4º. Una Ley posterior de 12 de Agosto de 1897, sin limitaciones temporales ni territoria-- les, hará extensibles "las prescripciones de la - Ley de 10 de Julio de 1894 a todas las provincias del Reino, acordando la supresión de los centros= anarquistas y el "extrañamiento" de sus miembros.
- 141.- Ley "para la represión de los delitos contra la - Patria y el Ejército". Boletín de la Revista de - Legislación y Jurisprudencia, nº 128: pág. 632 a= 636.
- 142.- Disponía su artículo 12: "Cuando se hubieren dic-- tado tres autos de procesamiento por delitos de - los definidos en esta Ley y cometidos por medio - de imprenta, el grabado o cualquier otra forma de publicación, o en asociación... podrá la Sala se-- gunda del Tribunal Supremo, a instancia del Fiscal del mismo, y sea cual fuere la jurisdicción que - haya conocido de los procesos, decretar la suspen-- sión de la publicación o asociaciones por un pla-- zo menor se sesenta días... Si se hubieran dicta-- do tres condenas por los expresados delitos, come-- tidos en una misma asociación o publicación, la = propia Sala Segunda del Tribunal Supremo, a ins-- tancia del Fiscal del mismo, y sea cualquiera la= jurisdicción que haya conocido de los procesos, - podrá decretar la disolución o la supresión res-- pectivamente de aquellas.
- 143.- Boletín de la Revista de Legislación y Jurispru-- dencia. 192 nº 185. pág. 377 y 378. Gaceta del día 19 ("Disposiciones y medidas para prevenir y cas-- tigar los delitos cometidos contra la seguridad= y unidad de la Patria").

- 144.- Boletín de la Revista de Legislación y Jurisprudencia. 192 nº 201, págs. 181 y ss.
- 145.- Art. 2º: "Las infracciones que contra lo dispuesto en este Decreto Ley se cometan, se castigarán del modo siguiente: ... Pandillaje, manifestaciones públicas o privadas, referentes a estos delitos: -- tres años de prisión y multa de 1.000 a 10.000 -- pts". El artículo 1º atribuía el conocimiento de estos delitos a los tribunales militares.
- 146.- Artículo 1º: "Cuando los Gobernadores civiles tengan conocimiento de cualquier negativa desobediencia o resistencia activa o pasiva, de quien o --- quienes pertenezcan a los organismos directivos de Asociaciones, oficiales o particulares, a cumplir órdenes o instrucciones del Gobierno o de alguna Autoridad relativa al uso de la lengua española, a la bandera española, himno o emblema nacionales, ejercitarán la facultad que les confiere el artículo 41 del Estatuto Provincial, pudiendo llegar en la cuantía de las multas que impongan hasta 25.000 pts".
- 147.- Artículo 3º: "Independientemente de la sanción gubernativa a que se refieren los artículos anteriores, se considerarán como delito cualquiera de -- las infracciones a que se refieren los tres primeros párrafos del artículo 1º de este Decreto los siguientes casos: ... 3º Cuando obedezcan a acuerdo colectivo..."
- 148.- Art. 7º.
- 149.- R.O. de 12 de Marzo de 1875 (C.L. CXIV., pág. --- 369)). Según dicha Real Orden, la promulgación -- de la Ley de Orden Público había planteado dudas -- respecto a la vigencia de la Ley de 17 de Abril -- de 1821. La R.O. comentada declara a ésta expresa -- mente en vigor "en cuanto a los delitos expresa -- dos en su artículo 8º", esto es, los relativos a -- las cuadrillas de malhechores y bandas. El razona -- miento o justificación que ofrece es el siguiente: -- a la Ley de Orden Público corresponde la sanción -- de los crímenes contra la forma de Gobierno y la -- seguridad interior del Estado, mientras la Ley de -- Bandidaje y Terrorismo de 18 de Abril de 1821 con

tiene una serie de disposiciones para la represión de otros delitos graves contra las personas y propiedades.

Una "decisión" del Tribunal Supremo, dictada en 22 de Junio de 1875 (C.L., X., nº 217, pág. 619 a 621), al resolver en favor de la jurisdicción militar el conflicto de competencias entablado entre ésta y la ordinaria, afirma: "Que corresponde a la Autoridad Militar el conocimiento de las causas por delitos de robo en cuadrilla cuando los malhechores son aprehendidos por la tropa destinada a su persecución, o estos hacen resistencia con armas a la misma, en conformidad al artículo 8º de la Ley de 17 de Abril de 1821, que está en observancia, según se ha declarado por la Real orden de 15 de Marzo de 1875".

La situación legal ha de entenderse inalterada, al menos, hasta la sentencia de 22 de Junio de 1881 (C.L., XXII., nº 297, pág. 805 a 807), y según la cual: "el conocimiento del robo en cuadrilla lo atribuye a la jurisdicción ordinaria en su número 9º el artículo 52 de la Compilación general de las disposiciones vigentes sobre el Enjuiciamiento, en cuyas disposiciones no está comprendida la Ley de 17 de Abril de 1821, ni la Real Orden de 15 de Marzo de 1875, que la puso en observancia".

- 150.- Las principales "decisiones" del Tribunal Supremo, dictadas para resolver los conflictos de competencia entre la jurisdicción ordinaria y la militar con motivo del delito de robo en cuadrilla son las siguientes: de 30 de octubre 1872 (C.L. II, nº 199, pág. 506 a 508); de 9 de Mayo de 1874 (C.L. VIII nº 257, pág. 727 a 731); 22 de Junio de 1875 (C.L. X, nº 217 pág. 619 a 621); 28 de Diciembre de 1875 (C.L., XI, nº 240 pág. 669 a 671); 23 de Febrero de 1876 (C.L, XII, nº 115, pág. 298 a 301); 28 de Julio de 1876 (C.L., XIII, nº 33, pág. 90 a 92); 17 de Octubre de 1876 (C.L., XIII, nº 89, pág. 256 a 261); 17 de Octubre de 1877 (C.L., XV, nº 102, pág. 315 a 317); 10 de Abril de 1878 (C.L., XVI, nº 170, pág. 490 y 491); 3 de Diciembre de 1879, (C.L., XIX, nº 185, pág. 512 a 514); 22 de Junio de 1881 (C.L., XXII, nº 297, pág. 805 a 807); 12 de Febrero de 1883 (C.L, XXVI, Auto nº 64, pág. 181 a 183); 12 de Marzo de 1883 (C.L., XXVI., Auto nº 112, pág. 308 y 309); 8 de Marzo de 1886 (C.L. XXXIV, nº 222, pág. 691 a 695).

- 151.- "Por ejemplo, en las decisiones ya citadas: 30 de --
Octubre de 1872, nº 199; de 28 de Diciembre de 1875,
nº 240; de 22 de Junio de 1875, nº 217; de 23 de --
Febrero de 1876, nº 115; 28 de Julio de 1876, nº 33
y años más tarde, en la de 10 de Abril de 1878, nº=
170.
- 152.- Entre otras, la decisión de 22 de Junio de 1875:"...
Que corresponde a la Autoridad Militar el conocimienu
to de las causas por delitos de robo en cuadrilla -
cuando los malhechores son aprehendidos por la tro-
pa destinada a su persecucion, o éstos hacen resis-
tencia con armas a la misma, en conformidad al artí-
culo 8º de la Ley de 17 de Abril de 1821..."
- 153.- La decisión de 28 de Diciembre de 1875 establece:"-
Que corresponde también a los mismos tribunales ==
castrenses conocer de los delitos y faltas compren-
didos en los bandos que con arreglo a Ordenanza ---
pueden dictar los Generales en Jefe de los Ejérci-
tos y los Almirantes de las escuadras, según el ca-
so 9º del artículo 350 de la Ley sobre organización
del Poder judicial".
- 154.- Incluso con posterioridad a la promulgación de la -
R.O. de 15 de Marzo de 1877, que dispuso volviesen=
a la jurisdicción ordinaria las causas por delitos=
comunes, caracterización que corresponde al delito=
de robo en cuadrilla (argumentación que invocaba, -
para justificar su competencia, el Juzgado de Pri-
mera Instancia de Tafalla, frente al Juzgado de la=
Capitanía General de Navarra, y que fué desestima-
do por el Tribunal Supremo en sentencia de 10 de a-
bril de 1878, nº 170).
- 155.- La sentencia de 22 de Junio de 1875 decide la cues-
tión de competencia en favor de la jurisdicción mi-
litar, a pesar de que el Juzgado ordinario de Ban-
de había argumentado que el bando militar de la Ca-
pitania General de Galicia tenía por objeto la re-
presión de "facciones carlistas" y no de "cuadri-
llas de malhechores comunes", y que, en casos de es-
ta naturaleza, la propia jurisdicción militar solía
inhibirse en favor de la ordinaria (nº 217).
- 156.- Se declara competente a la jurisdicción militar, en
sentencia nº 240, de 28 de Diciembre de 1875, a pe-
sar de la oposición de la jurisdicción ordinaria --
"por no aparecer demostrado que los cinco hombres -
que consumaron el robo compusiesen una partida car-
lista".

- 157.- La sentencia, por ejemplo, de 9 de Mayo de 1874, -- nº 257, declara competente a la jurisdicción ordinaria para conocer de un robo ejecutado por una partida de ladrones, compuesta de diez individuos armados, que ejecutaron el delito por la noche y bajo la vigencia de un bando militar que había declarado en aquella zona el "estado de guerra", porque no -- se había perturbado el "orden público", en el sentido en que debe entenderse este concepto en los artículos 26, 27 y 28 de la Ley de Orden Público de -- 1870. En igual sentido, la de 12 de Febrero de 1881, nº 64.
- 158.- Ley promulgada en 15 de Septiembre de 1870.
- 159.- Sentencia de 3 de Diciembre de 1879, nº 185.
- 160.- Sentencia de 22 de Junio de 1881, nº 297.
- 161.- Sentencia de 17 de Octubre de 1877, nº 102.
Debe tenerse presente que, según lo dispuesto en el artículo 347 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, la jurisdicción militar debían ser competente de las causas criminales por delitos cometidos -- por militares y marinos de todas clases en servicio activo del Ejército o de la Armada".
- 162.- Sentencia de 12 de Febrero de 1883, nº 64.
- 163.- Sentencia de 3 de Diciembre de 1879, nº 185.
- 164.- Sentencia de 22 de Junio de 1881, nº 297.
- 165.- Colección Legislativa, CXVIII. 1887, pág. 18 a 20.
- 166.- Art.2: cadena perpetua a muerte para quienes promoviesen, ejecutasen o participaran en el secuestro -- con actos sin los cuales no hubiera podido realizarse.
- 167.- Art.3º.
- 168.- Artículo 1º: "Tan luego como se verifique el secuestro de una o más personas con objeto de robo, en -- una provincia, se aplicará en ella y en las límites que se consideren en caso análogo, previa declaración del Gobierno, la penalidad y el procedimiento que son objeto de esta Ley".

169.- En la génesis de esta Ley jugaron un papel decisivo dos proposiciones del Sr. Casado Sánchez, la segunda de las cuales fué tomada en consideración parcialmente.

La primera proposición, de 23.V. 1876, pretendió la reforma del artículo 516 del C.P., relativo al bandolerismo. Su artículo 3º sugería se reestableciese la Ley 1ª, título XVII, libro XII de la Novísima Recopilación, en lo que disponía "el encartamiento de los bandidos y secuestradores que dejaren de comparecer ante el Consejo de Guerra en el término de nueve días, pasando el cual serán declarados fuera de la ley y será permitido a toda persona prenderlos, ofenderlos y matarlos sin incurrir en pena alguna".

El propio Sr. Casado retiró su proposición (Véase: Diario de las Sesiones de Cortes, Congreso de los Diputados, Apéndice Tercero al nº 69 26.V.1876, págs. 1 y 2; su defensa, idem. nº 93., 24.VI.1876, páginas= 2361-2368).

La segunda proposición del Sr. Casado y Sánchez - "dictando algunas disposiciones para reprimir el bandolerismo" es de 14.XI. de 1876. Su artículo 1º permite al Gobierno declarar en vigor el D. de 18.IV. - 1821.

Véase el Diario de Sesiones de las Cortes, Congreso de Diputados, cit. Apéndice 7º, al nº 123, pág.1; defensa de la proposición en nº 127, pág. 3549-3551., 20.XI.1876; Dictamen sobre la proposición de ley, en ibidem, apéndice 1º, al nº 137, de 2.XII.1876, páginas 1, 2 y 3.; discusión del mismo, nº 145, en 13.XII. 1876, pág. 3996-3997); el Proyecto de Ley aprobado definitivamente, dictando algunas disposiciones para reprimir el bandolerismo puede verse en, Apéndice 6º al nº 145, 13.XII.1876, pág. 1. La Ley entró en vigor el ocho de Enero de 1877.

170.- C.L., CVIII, pág. 45 a 53.

171.- Boletín de la Revista de Legislación y Jurisprudencia, nº 91., pág. 523 a 525.

172.- Memoria de la Fiscalía del Tribunal Supremo, 1893--1894. También en Hidalgo, J., El Código Penal conforme a la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, I., pág. 532 a 535.

173.- Vid: Rodríguez-Devesa, J.M. Derecho Penal Español. P.G. pág.: 47.

- 174.- Rodríguez-Devesa., J.M. op. cit. pág. 37
- 175.- Proyecto de Código Penal redactado por la Comisión de Códigos y presentado a las Cortes por el señor Ministro de Gracia y Justicia, Madrid 1880 (Imprenta de Fontanet).
- 176.- Presentado a las Cortes el 11 de Abril de 1882. Apéndice 1º al número 79, pág.36.
- 177.- Proyecto de Ley, presentado por el Ministro de Gracia y Justicia, facultando al Gobierno para plan-tear el Código Penal (30 de Diciembre de 1884). Apéndice 1º al nº 54, pág.42-43.
- 178.- Proyecto de Código Penal, Madrid, establecimiento tipográfico de la viuda e hijos de Tello, 1902. Su autor fué Bernaldo de Quirós. No se presentó al Se-nado ni a las Cortes.
- 179.- Ponencia para un proyecto de ley de bases reforman-do el Código Penal, Madrid 1921.
- 180.- Fundamentalmente en los proyectos de Silvela y Saldaña.
- 181.- Por ejemplo, la rúbrica del Capítulo II del Proyec-to de Bugallal, decía: "Delitos cometidos con oca-sión del ejercicio de los derechos garantizados -- por la Constitución"; y, la de la Sección 1ª: "Delitos cometidos por los particulares con ocasión del ejercicio de los derechos garantizados por la Cons-titución". Se suprime, pues, el adjetivo: "indivi-duales".
- 182.- Art. 182.1º: "Se reputan asociaciones ilícitas: las que por sus fines, objeto y circunstancias sean -- contrarias a la moral pública..."
- 183.- Artículo 201.1º: Se reputan asociaciones ilícitas: las que por su objeto y circunstancias sean con-trarias a la moral cristiana..."
- 184.- Artículo 222.1º: "Se reputan asociaciones ilícitas: las que por sus fines, objeto y circunstancias -- sean contrarias a la moral cristiana..."

- 185.- No es clara la relación existente entre el concepto de "moral" (pública o cristiana) y el de: "bases fundamentales del orden social". Formalmente parecen distintos, independientes. Pero sabido es que la jurisprudencia interpretó el término "moral pública" en el sentido de exigencias y principios básicos del orden social, por lo que cabe pensar que no existe tal disyuntiva, y que estos proyectos no hacen sino incorporar la doctrina jurisprudencial.
- 186.- Esta formulación se recoge en el artículo 201.1º del Proyecto de Bugallal, en el nº 1º del artículo 180 de Alonso Martínez y en el artículo 222.1º del Proyecto Silvela (... "o tengan por objeto combatir las bases fundamentales del orden social").
- 187.- Por ejemplo, sentencia del Tribunal Supremo de 28 de Enero de 1884 (... "el principio más fundamental del orden social; cual es el de autoridad y propiedad individual"), ya citada.
- 188.- Artículo 182.1º: "... las que por sus fines, objeto y circunstancias sean contrarias a la moral pública, o tengan por objeto combatir, mediante hechos violentos, las bases del orden social existente".
- 189.- Los Proyectos de Bugallal (art.201.2º) y de Alonso Martínez (art.180.2º) conservaban la misma redacción del nº 2º del artículo 198 del C.P. de 1870.
- 190.- Art. 222, nº 2º.
- 191.- Art. 182.2º
- 192.- Art. 336,2º
- 193.- Es la conocida tesis de Saldaña, para quien estas asociaciones debían reputarse ilícitas, y no simplemente ilegales. Vid. supra. nota 113.
- 194.- Artículo 201.3º del Proyecto de Bugallal; artículo 180.3º del Proyecto Alonso Martínez; art. 222.3º del Silvela; 182.3º del Montilla y Adán.
- 195.- Nº 4º del Artículo 201 del Proyecto Bugallal; artículo 180.4º del Proyecto Alonso Martínez; nº 4º del artículo 222 del Silvela; artículo 182.4º del Proyecto Montilla y Adán: "las que en corresponden

- cia con sus individuos o con otras Asociaciones -- se valgan habitualmente de cifras o signos secretos".
- 196.- Artículo 201, nº 6º del Proyecto Bugallal; artículo 180,6º del Alonso Martínez.
- 197.- Proyecto Bugallal, artículo 201.5º: "Aquellas en -- que la mayoría de sus asociados concurriesen armados o tuviesen a su disposición armas previamente depositadas". Id: Proyecto Alonso Martínez, art, 180, 5º.
- 198.- Artículo 25.2º.
- 199.- Presentado por el Ministro de Justicia Sr. Galo -- Ponte y defendido por Saldaña.
- 200.- Art. 336.3º: "las que tengan a disposición de sus socios, armas previamente depositadas, como no sea -- para dedicarlas a algún ejercicio de los autorizados por el reglamento o estatuto, con arreglo a las leyes".
- 201.- Artículo 336.4º.
- 202.- "Los fundadores, directores, presidentes o individuos de asociaciones ilícitas, quedarán exentos de pena, si antes de haberse incoado procedimiento criminal denuncian a la Autoridad el objeto y régimen de la asociación y revelan sus acuerdos y organización o planes secretos, aunque no manifiesten los nombres de los asociados...".
- 203.- "Los delitos cometidos por los particulares con ocasión del ejercicio de los derechos y deberes reconocidos por la Constitución serán enumerados y penados en la Ley o leyes especiales que al efecto se dicten".
- 204.- "Los delitos cometidos por los funcionarios públicos contra el ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución serán también enumerados en la Ley o leyes especiales que al efecto se dicten y penados como en las mismas se disponga".
- 205.- "Hasta que se dicten y rijan la nueva Constitución y las leyes especiales a que se refieren los artículos 263, 264, 268 y 269 del presente Código, continuarán en vigor y serán de aplicación los artículos -- 165, 167 al 174, 176, 181 al 203 y 204 al 235 del Código que ahora se deroga, con las consiguientes modificaciones".

- 206.- La rúbrica del Capítulo II, era: "De los delitos cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos y deberes reconocidos por la Constitución". La de la Sección 1ª: "Delitos cometidos por los particulares con ocasión del ejercicio de los derechos y deberes reconocidos por la Constitución".
- 207.- El artículo 44 se encontraba en el Capítulo Primero, bajo la rúbrica: "De la responsabilidad criminal".
- 208.- Que cita, entre las medidas de seguridad, la "suspensión" y "disolución" de asociaciones...
- 209.- Artículo 92: "Los Tribunales en sus sentencias, además de las penas correspondientes al delito o falta castigado, podrán acordar a su prudente arbitrio, con la limitación que establece el segundo párrafo del artículo 44 según los casos: 1º La disolución o supresión de las entidades o personas jurídicas, Sociedades, Corporaciones o Empresas, cuando los individuos que las constituyan cometan varios delitos de cualquier clase, o uno castigado con pena grave o que produzca alarma pública, utilizando para ello los medios que las mismas les proporcionen, en términos que resulten realizados al amparo o bajo el nombre o representación, o en beneficio de la entidad social. 2º La suspensión de las entidades o personas jurídicas mencionadas, cuando sus individuos, utilizando los mismos medios, cometieren un delito de menor gravedad, o una falta, sin que en este último caso pueda exceder de dos meses".
- 210.- Artículo 93: "Por los motivos expresados en el artículo anterior; y con igual limitación, podrán acordar los Tribunales, cuando lo consideren conveniente, durante la tramitación de la causa, la suspensión de las entidades o personas jurídicas, Sociedades, Corporaciones o Empresas".
- 211.- Fundamentalmente, el artículo 19 de la Constitución de 1869 a nivel de Ley Fundamental. Doctrinalmente, esta era la tesis de Silvela y de Saldaña. Dichas facultades de los poderes públicos se prevén en el artículo 25.2º del Proyecto Silvela.
- 212.- "Salvo disposición contraria de la Ley, serán punibles los delitos en todos sus grados de ejecución". Estos son: la consumación, la frustración, la tentativa, la conspiración, la proposición y la provocación para delinquir".

- 213.- Artículo 677: "Los que para formar, mantener o impedir las coligaciones patronales u obreras, las huelgas de obreros o los paros de patronos, o con ocasión de unas u otros, emplearen la violencia, fuerza o intimidación para forzar el ánimo de obreros o patronos en el ejercicio legítimo y libre de su trabajo o industria o les obligaren a realizar actos favorables o contrarios a la huelga, les vedaren su admisión en fábricas o la residencia en determinadas poblaciones, o de otro modo contrariaren su libre elección y voluntad, serán castigados con la pena de tres meses a un año de prisión y multa de 1.000 a 2.500 pts., siempre que el hecho no constituya otro delito más grave con arreglo a este Código. En la misma pena incurrirán los que emplearen fuerza, violencia o intimidación para obligar a los patronos u obreros a inscribirse en una asociación determinada o para abandonar la que libremente hayan escogido".
- 214.- Artículo 679: "Los proveedores o directores de paros patronales o huelgas de obreros que las leyes declaran ilícitos serán castigados con la pena de dos meses y un día de prisión a seis meses y multa de 1.000 a 5.000 pts.".
- 215.- En este sentido: Jaramillo García. Novísimo Código Penal comentado y cotejado con el de 1870. Salamanca 1928. Vol. II., III. pág. 26; San Martín Losada, L. El Código Penal de 1928, su estudio y comparación con el de 1870. Madrid, 1928, pág. 26. Anton Oneca J. Los antecedentes del nuevo Código Penal Biblioteca de la Revista de Legislación y Jurisprudencia. Reus, 1929, pág. 28.
- 216.- Su artículo 39 se limita a reiterar el derecho de todos los españoles a "asociarse o sindicarse libremente para los distintos fines de la vida humana, conforme a las leyes del Estado".
- 217.- Como lo demuestra el artículo 26 de la Constitución que dispone que todas las asociaciones religiosas habrían de quedar sometidas a una ley especial, disolviéndose las que impusieran voto especial de obediencia a autoridad distinta de la legítima del Estado, o constituyeran un peligro para su seguridad, mandatos conocidos ya en el ordenamiento español, pero no dirigido hasta entonces específicamente a las órdenes religiosas.

- 218.- Especialmente, López Rey (Derecho Penal. Parte Especial., 1935). Propugnó este autor se hiciera mención expresa de los "deberes" del ciudadano, y no solo de sus "derechos", como lo hacía el Título III de la Constitución, porque "tanto se puede dar lugar a una sanción penal ejerciendo abusivamente un derecho como incumpliendo un deber" (pág.43). Criticó el calificativo de "individuales" de estos derechos (pág.45), y, sobre todo, la falta de sistematica del C.P. describiendo todos estos delitos (id).
- 219.- El artículo 186 del C.P. de 1932 establece una pena de multa de 500 a 5.000 pts., que en el C.P. de 1870 era de 125 a 1.250 pts; el artículo 187.1º, párrafo segundo, establece otra, de 250 a 2.5000 pts, que en el de 1870 era de 125 a 1250 pts.
- 220.- Art. 4º,
- 221.- Concretamente, los artículos 290 (delito de sedición) y 677 (delito de coacción) del C.P. de 1928.
- 222.- Boletín de la Revista de Legislación y Jurisprudencia, 1932, nº 233, pág. 57 a 66.
- 223.- Colección Legislativa, 1932, Ley nº 1259, pág. 622- y 623.
- 224.- Aranzadi, Repertorio Cronológico de Legislación, -- 1933, nº marginal 1111, pág. 702 a 711.
- 225.- Boletín de la Revista de Legislación y Jurisprudencia, 1934.; nº 245, pág. 238 y 239.
- 226.- Boletín de la Revista de Legislación y Jurisprudencia, 1934, nº 245, pág. 614.
- 227.- Artículos 39,41 y 42 de la Ley de 8 de Abril de == 1932; artículo 12 de la de 28 de Julio de 1933, ya= citadas.
- 228.- Derecho Penal, 1936, pág. 61 (3ª Edición, conforme al C.P. de 1932)
- 229.- En este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo - de 20 de Diciembre de 1933, C.L nº 155.

- 230.- Art. 1º
- 231.- Artículo 6º de la Ley de 11 de Octubre del 1934 y 10º de la de 22 de Noviembre del mismo año.
- 232.- Se trata, a mi juicio, de una laguna legal. Nada == permite deducir que el legislador establece el principio de consunción.
- 233.- Artículo 4º: "El que formare parte de una asociación o colectividad organizada o interviniere en una == conspiración que tuviere por objeto cometer los delitos previstos en el artículo 1º, será castigado con la pena de prisión menor". De aquí desprende == Cuello Calón que "es indiferente la actividad des== plegada (como director, presidente o mero asociado) ..." (sup. cit. pág. 61 y 62). El precepto, desde luego es desafortunado.
- 234.- Diario de Sesiones de la Diputación Permanente de Cortes, número 4º, 14 de Mayo de 1936, pág. 8 y 9.
- 235.- Negó el Sr. Casares Quiroga la existencia de tal declaración gubernativa de ilegalidad de Falange Española, afirmando, sin embargo, la sospecha de que == sus miembros delinquían.
- 236.- Dicho fallo tiene gran interés porque el Ministerio Público, al recurrir la sentencia absolutorio de la Audiencia Provincial, denunció la inaplicación del nº 2º del artículo 185; esto es: entendió que la Asociación era ilícita porque "tenía por objeto cometer alguno de los delitos previstos en este Código". Tales delitos, a juicios del Ministerio Fiscal, eran los descritos en los artículos 167, 186 y 187.
Trascribo, a continuación, los considerandos 4º= 5º, 6º y 7º de la mencionada sentencia (ARANZADI, == 1936, nº 1285):

4º CONSIDERANDO: Que por lo que hace a las infracciones legales aducidas al amparo del número primero del artículo 849 de la repetida ley de procedimiento criminal, y situado el problema jurídico penal planteado en el recurso, en el plano de licitud que se atribuye a la entidad "Falange Española de las J.O.N.S." como comprendida en la figura delictiva del número 2º del artículo 185 en relación con los números primeros del 167, 186 y 187, todos del Código penal, queda limitada la litis criminosa propuesta a determinar si la Asociación de referencia, abriga en sus objetividades fundacionales la perpetración de hechos dolosos que pudieran ser jus

ticiables, como comprendidos en aquellos o en alguna otra de las normas sancionadoras estatuidas para la convivencia social.

5º CONSIDERANDO: Que para resolverla es preciso atemperarse a la declaración de hechos probados en la sentencia recurrida, en cuanto hacen referencia exclusivamente a los estatutos porque se rige - "Falange Española de las J.O.N.S." y a su programa político publicado, únicos elementos de juicio de que se dispone, dada la tesis planteada en el recurso: y examinado en su letra y espíritu el contenido de aquellos, y muy especialmente su artículo primero, es de observar que la finalidad que constituye su objeto no envuelve propósito que contradiga norma alguna de carácter punitivo establecida por las leyes sustantivas penales, pues la aspiración a instaurar una estructuración político-social de las características que se mencionan, valiéndose de los medios lícitos que de modo expreso se consignan, es perfectamente legal, como basada en los principios constitucionales, reconocidos en los artículos 34 y 39 de la carta fundamental del Estado Español, que garantiza la libre emisión y difusión de las ideas y facultan para asociarse o sindicarse con entera libertad para los distintos fines de la vida, siempre, claro está, que tales derechos se ejerciten conforme a las leyes que los regulan, como sucede en el presente caso con la entidad de referencia, al haberse dado cumplimiento a lo que prescribe la Ley de Asociaciones de 30 de junio de 1887, solicitando y obteniendo su inscripción en el Registro oficial correspondiente, en el mes de octubre de 1934, sin que aparezca de los referidos hechos comprobados, que no se hubiesen observado las demás formalidades que para su constitución y desenvolvimiento exige dicha disposición legislativa.

6º CONSIDERANDO: Que a idéntica conclusión se llega si se estudia con detenimiento el programa que integra el ideario político-social de dicha Asociación de "Falange Española de las J.O.N.S." dado a la publicidad a fines de 1934 y repartido profusamente por España e insertado total y parcialmente en distintos periódicos, contenido en la hoja impresa, con pie imprenta, que ocupa el folio 6 del sumario, -hechos que se dan como probados en la sentencia combatida- ya que los vocables, frases pensamientos y conceptos que en el mismo se vierten, im-

plican, en lo sustancial, un desarrollo, no modificación, de las objetividades estatutarias de que --ne deja hecho mérito, en concordancia con lo que --éstas disponen en su artículo 58 y disposición final, que relevan el dar cumplimiento a la formalidad establecida en el párrafo tercero del artículo 4º de la vigente Ley de Asociaciones, y en ninguno de los 27 puntos que abarca su exposición programática, muy particularmente los acotados en sus conclusiones por el Ministerio Fiscal, pueden interpretarse en el sentido de que se trate de reemplazar por la fuerza el Gobierno republicano establecido por otro anticonstitucional, puesto que lo mismo la censura o crítica contra la constitución vigente, que los anhelos que se propugnan con respecto a la anulación de ésta, a la formación de un estado nacional sindicalista, y a los demás extremos relacionados con la nación, unidad, imperio, estado, trabajo, tierra, etc., etc., con la aspiración a la revolución nacional para la implantación de ese nuevo orden enunciado, prefiriendo como forma para desenvolver esos principios, un estilo directo, ardiente y combativo, no son por sí sin otros datos que no proporciona la resolución impugnada, reveladores de manifestación alguna que lesionen o pongan en peligro intereses jurídicamente protegidos en la esfera penal, por ser el derecho de crítica, en tal forma ejercicio y los predicados de la transformación político-social a que aspira, de estricta licitud, como expresiones ideológicas que tienen su protección en la órbita de las disposiciones constitucionales ya mencionadas y mucho más si los medios que se formulan para la implantación de ese nuevo régimen estatal, en armonía con los enunciados en el artículo 1º de sus estatutos, para nada hacen invocación, --dado su sentido gramatical, a la fuerza o violencia, ni al apartamiento de la vía legal, que son las notas que dan viabilidad jurídica en el campo punitivo, al delito contra la forma de Gobierno, del artículo 167 del Código Penal, aducido por el recurrente, en relación con el número 2º del 185.

7º CONSIDERANDO: Que si consta de las afirmaciones del Tribunal sentenciador que la Asociación Falange Española de las J.O.N.S. se halla inscrita en debida forma en el Registro oficial correspondiente, sin que aparezca hubiesen dejado de cumplirse las demás formalidades exigidas para su existencia jurídica, que las finalidades que integran sus estatutos y programa son de correcta licitud, como amparadas por la constitución de la Repú-

blica Española, que los medios que estos propugnan para la implantación de lo que constituye su ideología político-social no estriban en el empleo de la fuerza o violencia, ni en ningún otro que se halle fuera de la vía legal, resulta indudable que tales realidades de hecho desvirtúan la figura delictiva invocada en el recurso, en cuanto representan la negación de los elementos esenciales que caracterizan la transgresión prevista en el número segundo del artículo 185, en relación con las demás disposiciones del Código penal alegadas por el recurrente.

- 237.- Comentarios a las últimas disposiciones penales. -- Puig Peña, F. Editorial J. Schmoll. San Sebastián - 1943; Cuello Calón. Apéndice a la segunda edición -- Bosch. Barcelona 1942; El Derecho Penal de la Postguerra, Antón Oneca en: Problemas actuales de Derecho Procesal y Penal. Universidad de Salamanca, 1971, págs. 161 a 174: Legislación española. Luis Gabilán-Plá - "wenceslao D. Alcahud. Librería internacional - Avila (dictada entre 1936 y 1939).
- 238.- Antón Oneca, J. Derecho Penal. P.G. 1949, pág. 69.
- 239.- De "excepcional" califica, por ejemplo, el preámbulo del Decreto de 18 de Abril de 1947 a la Ley de Seguridad del Estado, y es precisamente la superación de estas circunstancias de excepcionalidad la razón invocada por el propio legislador para derogarla. No menos excepcionales son los dos decretos de 1947 y de 1960 sobre bandidaje y terrorismo, aun que ello no haya sido obstáculo para que continuaran en vigor hasta la reforma del C.P. de 15 de Noviembre de 1971.
- 240.- Como dice el Preámbulo de la Ley de Seguridad del Estado.
- 241.- Vid. artículo 59 de la Ley de Seguridad del Estado, que incrimina, con carácter genérico la "conspiración" para cometer cualquiera de los delitos penados en dicha Ley y el artículo 54 de la misma, antecedente del artículo 513 del C.P. de 1944.
- 242.- Entre otras, las previstas en los números 3º y 4º del artículo 172, los cinco números del artículo -- 173, los párrafos tercero y cuarto del artículo --- 174.1º, el número 2º del propio artículo 174, el artículo 513...etc. todos ellos del C.P. de 1944, que procede de la Ley de Seguridad del Estado y cuya punibilidad no hubiera podido fundamentarse con arreglo al C.P. de 1932 (véanse los artículos 28 a 41 de la Ley de Seguridad del Estado).

243.- A la jurisdicción militar se atribuye el conocimiento de los delitos penados por la Ley de Seguridad del Estado. A tribunales especiales, en el caso de la Ley de Responsabilidades políticas y en el de la Masonería y Comunismo.

244.- Según el preámbulo de la Ley de Masonería y Comunismo, quedan prohibidas "las asociaciones secretas de todo orden y las fuerzas internacionales de índole clandestina". Se vuelve, por tanto, al sistema del C.P. de 1848, esto es, se declara ilícita una asociación por el mero hecho de que ésta sea "secreta", sistema que había abandonado de modo tajante el C.P. de 1870.

Obsérvese, sin embargo, como el comunismo y la masonería se habían declarado ya fuera de la Ley con anterioridad (O. de 10 de enero de 1937 y Ley de febrero de 1939).

La O. de 30 de marzo de 1940 que complementa los preceptos de la Ley de Masonería y Comunismo, responde, también al sistema de 1848.

245.- Los catálogos básicos de asociaciones "declaradas fuera de la Ley" y "prohibidas" se encuentran, fundamentalmente, en el artículo 1º de la O. de 10 de enero de 1937 y en el 2º de la Ley de 9 de Febrero de 1939. No ha renunciado a esta técnica imperfecta nuestro C.P., que reputa también ilícitas las asociaciones, entre otras, prohibidas o declaradas fuera de la Ley, pero, a mi juicio, debe resaltarse una interesante evolución de la fórmula legal que tiene de abandonar el prudente pero impracticable sistema de "númerus clausus".

En efecto todos los catálogos de asociaciones ilícitas terminan con una cláusula interpretativa genérica y flexible, la del artículo 1º de la O. de 10 de Enero de 1937 decía así: "Y cualesquiera otras entidades, agrupaciones o partidos filiales o de análoga, significación a los expresados, a juicio de la Junta Técnica del Estado".

La Ley de Responsabilidades Políticas añade a esta relación, ocho asociaciones no previstas en la O. de 9 de Febrero de 1939 (Acción Republicana, Partido Socialista Unificado de Cataluña, Unión de Rabassaires, Acción Catalana Republicana, Partida Catalanista Republicano, Unión Democrática de Cataluña, Estat Catalá y "todas las Logias Masónicas"). Su

artículo 2º precisa: "... y cualesquiera otras entidades.. de análoga significación..., previa declaración oficial de hallarse, como los anteriormente relacionados, fuera de la Ley". En este sentido, - también, lo dispuesto en el artículo 1º de la Ley= de 2.III.1940 sobre Masonería y Comunismo: "El Gobierno podrá añadir a dichas organizaciones las ramas o núcleos auxiliares que juzgue necesario y aplicarles entonces las mismas disposiciones de esta Ley debidamente adaptadas".

No me consta hayan tenido lugar tales "declaraciones oficiales" ni antes ni después del C.P. de 1944 pues como tales no parece deban interpretarse las nuevas figuras de asociaciones ilícitas que introduce la Ley de Seguridad del Estado, ni por supuesto, los fallos judiciales que sólo se pronuncian respecto a la licitud de los fines de cada asociación en concreto.

La situación es clara, hasta el C.P. de 1944: no hay más asociaciones ilícitas, en cuanto declaradas fuera de la Ley, que las taxativamente enumeradas en los catálogos a que he hecho referencia. Pero el número 3º del artículo 173 del Código Penal de 1944, siguiendo lo dispuesto en la Ley de Seguridad del Estado reputa ilícitas- sin más- a las previamente declaradas fuera de la Ley "y cualesquiera otras de tendencias análogas...". No es ya necesaria la "previa declaración oficial, porque basta con la "semejanza", la "analogía" respecto a otras asociaciones ilícitas. De ahí que nuestros Tribunales hayan reputado ilícitas, desde entonces asociaciones que no figuraban en las listas de partidos declarados fuera de la Ley. Se ha pasado así un sistema de "numerus apertus".

Existe, por otra parte, el riesgo de desnaturalización de la fórmula legal, en virtud de un mecanismo que termine por erigir al Juez del caso concreto en auténtico legislador. Las decisiones jurisprudenciales, de hecho, tras un proceso lógico de "generalización" favorecido por razones procesales (doctrina jurisprudencial a efectos de la casación) crean y definen nuevas categorías de asociaciones ilícitas, lo cual no me parece aceptable.

246.- Por ejemplo, el de "asociación transitoria" del artículo 54 de la Ley de Seguridad del Estado.

247.- Aunque no se derogara la Ley de Asociaciones de --- 1887, si pueden comprobarse esenciales restricciones en el ejercicio del derecho de asociación en lo

político, social, sindical, profesional, etc. ---
Vid: José Roldán. Derecho Penal. Parte Especial --
1949, pág. 34 (Antón Oneca) .

248.- El artículo 1º del Decreto de 16 de Septiembre de 1936 declara "fuera de la Ley todos los partidos= y agrupaciones políticas o sociales que integraron el llamado Frente Popular desde la convocatoria== de las elecciones del 16 de Febrero". En su Preámbulo se afirma que la finalidad de esta disposición será la de garantizar las eventuales responsabilidades criminales o civiles que pudieran alcanzar - las personas jurídicas o físicas..." por los daños y perjuicios sufridos por el Estado y por los particulares, con motivo de la absurda resistencia -- sostenida contra el Movimiento Nacional" (Aranzadi Repertorio cronológico de Legislación, 1936, nº -- marginal 1554, pág. 781).

249.- El sistema de "catálogo" se inicia con el Decreto= de 16 de Septiembre de 1936 que "declara fuera de= la Ley" una serie de agrupaciones "como medida básica de saneamiento". (Preámbulo); El de 25 de Septiembre del mismo año (Aranzadi, Repertorio de Legislación, 1936, nº marginal 1593, pág. 796) declara "prohibidas" todas las "actuaciones políticas - y sindicales, obreras y patronales" (artículo 1º)= y encomienda a la jurisdicción militar el riguroso cumplimiento de lo que en el mismo se establece -- (artículo 3º). El Decreto de 21 de Abril de 1938 - (legislación española, cit. dictada del 1º de Fe= brero de 1938 al 1º de Junio del mismo año, pág. - 243 y 244), la orden de 28 de Julio de 1939 (id.== pág. 74) y la de 26 de Enero de 1940 (aranzadi, re= pertorio legislación, 1940, nº 177, pág. 134 y 135) completan el cuadro de restricciones del Decreto - de 16 de Septiembre de 1936.

Otras disposiciones concretan y amplían el catálogo de "asociaciones prohibidas". Así, la Orden - de 6 de Febrero de 1937 (Aranzadi, Repertorio cit. 1937, nº 130, pág. 65) y el Decreto de 19 de Abril de 1937 (Decreto nº 255. Legislación Española, cit., pág. 10 a 12). Mayor interés tiene la Ley de 9 de - Febrero de 1939 (Aranzadi, Repertorio, cit, 1939,= nº 174, págs. 119 a 134), de "responsabilidades po= líticas", especialmente el párrafo segundo de su - artículo 2º ya citado.

- 250.- Por ejemplo: artículo 1º del Decreto de 19 de Abril de 1937, primera disposición que declara "disueltas" todas las asociaciones a que se refiere.
- 251.- El artículo 4º de la Ley de 9 de Febrero de 1939 == castiga a "quienes se significaren públicamente en favor de tales asociaciones o prestaron a éstas una ayuda de naturaleza económica..." aunque no se hubiesen desempeñado puestos directivos o de representación, ni cargos o misiones de confianza, ni se tratase de afiliados a aquellas" (apartado e).
- 252.- Aranzadi, 1940 (Rep. Leg.), número 366, pág. 284 a= 286.
- 253.- "Sin que por ahora se pretenda establecer la norma definitiva y total sobre esta materia...", decía su Preámbulo. La Ley era necesaria, según este, porque "son muy escasas y de reducido alcance las órdenes y disposiciones legales adecuadas para castigar y vencer estas maquinaciones", calificando el Decreto de 19 de Julio de 1934 de "ineficaz por su vaguedad al enunciar el delito o por circunscribirse a un determinado sector".
- Lo que sucede, a mi juicio, es que las asociaciones secretas, en cuanto "secretas" dejaron de ser ilícitas desde el C.P. de 1870, razón por la que no se podían encontrar "adecuadas" normas incriminadoras.
- 254.- Esta Ley ha sido derogada por la Ley de 15 de Noviembre de 1971 de reforma del C.P. (disposición derogatoria2ª).
- 255.- El Preámbulo de la Ley considera todas estas asociaciones como "contrarias al orden social", y el artículo 5º de la misma las estima "prohibidas", in cursan entre las "declaradas fuera de la Ley", y decreta expresamente la "disolución" de aquéllas.
- Sigue, así, el legislador un criterio tradicional en nuestro ordenamiento que ha visto en las sociedades secretas la causa de todos los males nacionales. Veáanse, por ejemplo, la Real Cédula de 1º de Agosto de 1824 (Decretos de Fernando VII, Tomo IX . = págs. 120 y ss); y, el artículo 4º del Decreto de 20 de Noviembre de 1868, en lo que se refiere a las sociedades "internacionales", que obedecen a Autoridad civil distinta de la del Estado.

256.- Artículo 12.

257.- La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha resuelto el conflicto entre la Ley de Masonería y Comunismo y el C.P. en favor de éste último. Como fallo más significativo cito el de 10 de mayo de 1968 (Aranzadi nº 2425). Su tesis, cuya fundamentación paso a exponer, es que no hay relación de "especialidad" entre ambas normas, sino de "alternatividad", relación no autónoma sino "lógica" que ha de resolverse por razones técnicas e incluso de política criminal a favor del C.P.

Según la citada Sentencia fallan los presupuestos de toda relación de especialidad desde el momento en que falta la identidad de la materia prohibida por ambas normas, pues el artículo 4º, por ejemplo, de la Ley de Masonería y Comunismo no tipifica la conducta del mero partícipe -lo que sí hace el C.P. Sería absurdo, según la sentencia comentada, sancionarlo al "partícipe" (artículo 4º de la Ley de Masonería) con arreglo al párrafo tercero del artículo 174 1º del C.P. y al "mero individuo" en base al número 4º del artículo 175 del mismo. Esto equivaldría a "dividir" y "excindir" la norma penal.

En segundo lugar, se invocan principios de "política criminal": el Código, como ley posterior, se adapta mejor a las nuevas circunstancias, que la Ley de Masonería y Comunismo.

El Tribunal Supremo cita, también, el artículo 24 del C.P., en cuanto que las disposiciones en éste contenidas son más benévolas que las de la Ley de Masonería y Comunismo.

Por último estima el Tribunal Supremo que el Código Penal, en cuanto Ley penal "posterior" debilita la vigencia de la Ley de Masonería y Comunismo por el mero hecho de su posterioridad y aunque no la derogue de modo expreso.

258.- Aranzadi Rep. Leg. 1941 nº 693, págs. 412 a 419.

259.- Ley que surge, según su Preámbulo "para suplir de deficiencias de nuestra legislación, superada por las nuevas circunstancias...", singularmente en aquellas formas de la delincuencia, que por sus repercusiones públicas y sociales, hartamente desatendidas en anteriores regímenes, merecen la atención preferente del nuevo Estado.

- 260.- Artículo 68 de la Ley: "Las disposiciones del --- C.P. común así como las de las otras leyes especiales también comunes no serán aplicables en cuanto alteren o contradigan los preceptos de la presente Ley. El artículo 69 disponía: "Mientras no se disponga lo contrario, todos los delitos comprendidos en esta Ley serán juzgados por la jurisdicción militar con arreglo a sus propios procedimientos".
- 261.- Artículo 10º.
- 262.- Como jurisprudencia, cito los fallos de 27 de marzo de 1942 (se aplica el párrafo 3º del artículo 2º) y el de 9 de octubre del mismo año (sobre el artículo 22). No obstante la mayoría de las decisiones judiciales son "autos" que resuelven, caso a caso, el problema de la jurisdicción competente. Consúltense los de 10 de junio de 1943 (Aranzadi, Rep. nº 770), 14 de junio de 1943 (id. nº 774), 16 de noviembre de 1943 (id. 1265), 4 de marzo de 1944 (id. nº 356), 15 de marzo de 1944 (id. nº 366), 21 de mayo de 1945 (id. nº 675), 13 de octubre de 1945 (id. nº 1122), 23 de agosto de 1946 (id. nº 978), 6 de febrero de 1946 (id. nº 170), 21 de noviembre de 1946 (id. nº 1278), 26 de diciembre de 1946 (id. nº 1361), etc.
- 263.- "Los preceptos de leyes penales especiales incorporados al presente Código se aplicarán con arreglo a las disposiciones del mismo, quedando subsistentes aquellos otros que no contradigan ni se opongan a lo establecido en este cuerpo legal, y, en todo caso, mientras no se disponga lo contrario, los de la Ley de Seguridad del Estado no incorporados a este Código, tanto en el aspecto sustantivo como en el de la determinación de la jurisdicción competente".
- 264.- Sin autorización para ello, el nuevo Texto Refundido de 1973 ha suprimido del artículo 604 la mención de la Ley de Seguridad, es decir desde: "y en todo caso..." hasta "incorporados a este Código".
Vid. B.O.E. nº 300 de 15 de Diciembre de 1973.
- 265.- Los artículos 8, 28, 30, 32, 39, 41 y 54 de la Ley se refieren a "partidos", "grupos", "Entidades", "formaciones"...etc. términos que revelan hasta qué punto se ha superado el concepto tradicional de -

"asociación". El artículo 54 tipifica "la mera asociación, aún transitoria, de tres o más personas para cometer el delito de robo", con una penalidad autónoma e independiente de la que corresponde según la propia Ley a las asociaciones ilícitas.

La creación de nuevas figuras delictivas tiene lugar en los artículos 28 a 41, ambos inclusivos, comprendidos en el capítulo IV de la Ley bajo la rúbrica "asociaciones y propagandas ilegales" que pasarán al C.P. de 1944 con las modificaciones que en su momento se señalarán.

- 266.- El artículo 59 de la Ley, con técnica muy criticable, faculta a los Tribunales para castigar la conspiración y la propósición, en los casos en que la Ley no las penare de modo expreso "cuando de ellas resultare daño o peligro atendible para la seguridad del Estado o del orden público". Volviendo al sistema del C.P. de 1848, el artículo 60 de esta Ley declara exentos de responsabilidad criminal a los conspiradores "si antes de su comisión revelaren a la Autoridad gubernativa o judicial el plan y pormenores del delito, con tiempo bastante para evitar su perpetración". Afortunadamente el C.P. de 1944 no recogerá ambos preceptos.
- 267.- Sobre "bandidaje" y "terrorismo" vid.: El bandolerismo en la legislación vigente. Barbero Santos M. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales -- 1970. Enero-Abril, págs. 253 a 286. Del mismo autor: Los delitos de bandolerismo rebelión militar y terrorismo, regulados por el Decreto de 21 de Noviembre de 1960. Problemas actuales de Derecho Penal y Procesal. Universidad de Salamanca, - 1971. pág. 143 a 160.
- 268.- Disposición derogatoria 2ª de la Ley 44/71 de 15 de Noviembre de 1971.
- 269.- La situación actual, sin embargo, es distinta. Una vez derogada la legislación sobre bandidaje este tipo de delincuencia parece que deberá conducirse necesariamente al nº 2º del artículo 172 del Código.
- 270.- Decreto Ley de represión de los delitos de bandidaje y terrorismo. Aranzadi, 1947, nº 568, págs. 773 y 774.

- 271.- Rebelión militar y bandidaje y terrorismo. A====ranzadi, 1960., nº 1314,, pág. 1484 y 1485.
- 272.- Con esta fecha se dictaron dos leyes. La primera modifica los artículos 237 a 242 del Código de Justicia Militar, entre otros. La segunda, - que es la que aquí interesa, equiparó ciertas - conductas al delito de rebelión militar. Vid:A-ranzadi, 1943, nº 422 y 423, respectivamente.
- 273.- "... requieren especiales medidas de represión== cuya gravedad corresponda a la de los crímenes - que se trata de combatir...". Preámbulo del De==creto de 18 de Abril de 1947.
- 274.- "... porque, a los fines punitivos, basta con == las disposiciones de la Legislación común, y con mantener preceptos de especial rigor únicamente= para los más graves formas de delincuencia terro_rista y del bandolerismo, adaptando a las cir==cunstancias actuales los preceptos de las anti==guas leyes de secuestros y explosivos. Preámbulo del Decreto de 18 de Abril de 1947.
- 275.- Artículo 8º.
- 276.- La gravedad "in concreto" de los hechos no pue==de ser, a mi juicio, un criterio válido y prácti-co para la calificación de aquéllos con arreglo= al Código Penal o al Decreto de Bandidaje y Te==rrorismo. Conduce a la falta absoluta de "seguri-dad jurídica", al casuismo, a través de un con==cepto elástico y graduable de la "tipicidad". El-concepto de "gravedad" implica necesariamente un cierto juicio de "referencia": unos mismos hechos pueden ser graves en relación con un determina==do bien jurídico y no graves para otro interés - penal. El Decreto no precisa. En el caso conre==to se ha demostrado la ipracticabilidad de este - criterio, cuando diversos autores llegan a con==clusiones distintas al enjuiciar la gravedad de= unos mismos hechos: los previstos en el apartado 3º del artículo 6º, por ejemplo, son siempre gra-ves, prescindiendo de las circunstancias, para - Rodríguez-Devesa (Derecho Penal. P. 1973, pág. - 272 y 273) mientras Barbero Santos mantiene la- tesis contraria. (El bandolerismo en la legisla-ción vigente, cit. pág. 281).
- Por otra parte, no puede ocultarse que, en == el fondo, el artículo 8º del Decreto resuelve un auténtico "conflicto jurisdiccional" pero con - criterios distintos a los previstos en la Ley de

Conflictos, de 17 de Julio de 1948, ya que es la jurisdiccional militar la que unilateral y discrecionalmente (sin control alguno) resuelve aquel, sin acudir al mecanismo establecido por Ley.

Por último, es contradictorio que la inhibición en favor de la jurisdicción ordinaria sea meramente "potestativa" ("podrá inhibirse") en aquellos casos que, según el propio artículo 80 del Decreto, "debieran" calificarse con arreglo a la legislación común. Esto equivale a subsanar un vicio fundamental de competencia y de calificación ya de antemano: a legalizar una intervención de la jurisdicción militar cuando no es competente para ello. Sobra, entonces, todo lo dicho respecto a la "gravedad" de los hechos, al consagrarse esta norma de absoluta discrecionalidad.

Si se repara, además, en que la atribución de los hechos a una u otra jurisdicción determina el derecho sustantivo aplicable (Rodríguez-Devesa, op.cit. P.E. pág. 787), se comprenderá la trascendencia práctica de estas facultades conferidas a los tribunales castrenses que, en un momento procesal poco apropiado para ello, pueden decidir "a limine" la calificación y sanción de los hechos. Como se ha dicho: "bajo el aparente problema de competencias, se resuelve así unilateralmente, un problema de concurso de leyes". (Rodríguez-Devesa, op.cit. P.E., pág. 788 y 795).

277.- Dice ahora el artículo 294 bis d) del Código de Justicia Militar después de la Reforma de 15 de Noviembre de 1971: "Cuando por razón de las circunstancias de los hechos, cualquiera que sea su entidad, decida la autoridad judicial militar que no se dan las condiciones específicas para su inclusión en los artículos anteriores, se inhibirá en favor de la Jurisdicción ordinaria".

278.- Este artículo 2º es el que equipara una serie de conductas al delito de rebelión militar. Fué derogado por la disposición final 5ª de la Ley de 2 de Diciembre de 1963 (Aranzadi, 1963, nº 2261), que dejó subsistente el resto del articulado. -- Volvió a declararse en vigor por el Decreto nº 198, de 17 de Agosto de 1968 (Aranzadi, 1968, nº 1496).

- 279.- "Los que apartándose ostensiblemente de la convivencia social, o viviendo subrepticionalmente -- en los núcleos urbanos, formaren partidas o grupos de gente armada para dedicarse al merodeo, - el bandidaje o la subversión social, serán castigados:1º Con la pena de muerte: a) el jefe de la partida en todo caso b) Los componentes de la partida que hubiesen colaborado de cualquier modo -- a la comisión de algún delito castigado con pena de muerte en este Decreto. 2º Con la pena de reclusión mayor a muerte, los que hubiesen tomado parte en la comisión de cualquier otro delito -- comprendido en este Decreto.3º Con la reclusión mayor, los demás no incluidos en los números anteriores. II Los que prestaren cualquier auxilio, que no constituya, por sí, complicidad ni encubrimiento, a los componentes de los grupos o partidas a que se refiere el apartado anterior serán castigados con la pena de prisión menor o -- destierro..."
- 280.- "Estas modificaciones vinieron impuestas a los redactores de la Reforma de 1944, por dos consideraciones:primera, porque la concepción política del Nuevo Estado no permitía hablar de derechos individuales, y, segunda, porque desaparecida la Constitución, no creyeron oportuno emplear este término, ni aún en su sentido más lato...". Jaso Roldán, Derecho Penal, cit. 1949 -- P.E., pág.27.
- 281.- La del Capítulo II:"De los delitos cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos de la persona reconocidos por las leyes". La de la Sección Primera:"Delitos cometidos por los particulares con ocasión del ejercicio de los derechos de la persona reconocidos por las leyes".
- 282.- La disposición transitoria 2ª de la Ley de Orden Público, de 30 de Julio de 1959, autorizó al Gobierno para revisar y unificar las normas de competencia relativas a los delitos que afectan al "orden público" conociendo entre tanto la -- jurisdicción castrense de aquellos otros cuya -- competencia le venía atribuida por leyes especiales.
- 283.- El artículo 3º de la Ley de 2 de Diciembre de -- 1963 declara la competencia privativa del Juzgado de Orden Publico respecto a los delitos "cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos de la persona reconocidos por las leyes".

- 284.- Ley nº 311 de 28 de Diciembre de 1964; el apartado 3 de su artículo 1º reputa ilícitos los fines: "contrarios a los Principios Fundamentales del Movimiento y demás Leyes Fundamentales, los sancionados por las leyes penales, los que atenten contra la moral, el orden público y cualesquiera otros que impliquen un peligro para la unidad política y social de España".
- 285.- Aranzadi, 1971, nº 623.
- 286.- Son los dos únicos preceptos en materia de asociaciones ilícitas que no tienen su antecedente inequívoco en la Ley de Seguridad del Estado. El antecedente del nº 3º creo debe buscarse en la legislación especial de la postguerra (asociaciones "prohibidas"). El nº 4º impuesto, tal vez, por el carácter restrictivo de las normas extrapenales, reguladoras del ejercicio del derecho de asociación. Alcanzando la responsabilidad exclusivamente a los directivos de estas asociaciones, era recomendable el criterio seguido por el legislador de 1932, que supo distinguir con rigor plausible las infracciones que determinadas personas físicas pueden cometer, de la licitud o ilicitud de la asociación a que aquellas pertenecen, que es independiente.
- 287.- El nº 1º del artículo 173 proviene del artículo 3º de la Ley de Seguridad del Estado; el nº 2º del artículo 32; el nº 3º, del 35; el 4º, del 41, el nº 5º, del artículo 14; los párrafos tercero y cuarto del artículo 174. 1º tienen su precedente en el artículo 28 de la Ley de Seguridad del Estado; el nº 2º del artículo 174, en el artículo 39; el artículo 513, en el 54...etc.
- 288.- Tan evidente es el origen en la Ley de Seguridad del Estado de la casi totalidad de los preceptos del C.P. de 1944 sobre asociaciones ilícitas, -- que algunos defectos de la fórmula legal solo -- pueden explicarse de este modo: por una incorrecta transcripción literal de aquellos, sin observar debidamente las concordancias. Es el caso, -- por ejemplo, del nº 5º del artículo 173 (artículo 14 de la Ley de Seguridad del Estado) que el legislador se limitó a trasplantar, cuando el --

nº 3º del artículo 172 lo hacía innecesario. --- Distinto es el caso del nº 2º del artículo 174, = pero idéntica la causa. Se utiliza la fórmula: a- sociaciones previstas en el artículo "anterior", que es la dicción del artículo 39 de la Ley de - Seguridad, sin reparar en que tal limitación im- pediría sancionar la cooperación económica en fa- vor de otras asociaciones no previstas en el ar- tículo "anterior", pero más peligrosas, y a las- que, desde luego, no se pensaba haber excluido.= El mismo motivo explica la extraña conexión en- tre los artículos 172 y 173, ya que sólo en este último, y en el 174, se situaron los supuestos - antes previstos en la Ley de Seguridad del Esta- do, y de algún modo, había que mantener una cier- ta unidad en la fórmula legal.

- 289.- Sentencia de 4 de Octubre de 1968. Aranzadi nº - 4001.
- 290.- Los artículos 174.1º y 175.4º castigan respecti- vamente, a los directivos y meros asociados de - todas estas asociaciones, sin discriminar en ab- soluto la causa de la ilicitud de aquellas.
- 291.- Respecto al nº 1º del artículo 172, vid: Ferrer - Sama, Comentarios, III pág. 116 y 117.
- 292.- De "restricción" hablan: Puig Peña, F., Derecho - Penal, P.E., 6ª Edición, pág. 77 y 78; González - García, V., La asociación para cometer el delito de robo, Revista de Legislación y Jurisprudencia 1947, pág. 69.
- 293.- El párrafo 129 del Código Penal alemán utiliza la fórmula "strafbare Handlungen", y no exige == que éstas se encuentren previstas en el propio - Código.
- 294.- En este sentido, Maggiore, Diritto Penale II., I 4ª edición, pág. 358: "delitti s'intende, preveduti del Codice penale, o da leggi speciali".
- 295.- Derecho Penal, P.E., 13ª Edición I, pág. 74.
- 296.- Derecho Penal, P.E., 6ª Edición. pág. 77 y 78.

- 297.- Artículo 198.2º.
- 298.- E incluso al de 1928, que no participaba de la== ideología del legislador de 1870, ya que mantu== vo la fórmula de este último, sin rectificar == la supuesta impropiedad.
- 299.- Una de las opiniones más representativas al res- pecto en Mañas, Libro del buen ciudadano, cit-:= intervencióm de Serraclara en la discusión del - Proyecto de Constitución de 1869 (págs.1185 y == 1186).
- 300.- Sánchez Agesta.L., La historia del Constituciona lismo español., 2ª Edición. Estudios Políticos== Madrid, 1964, pág.363.
- 301.- Conocida como : "Ley de Huelgas".
- 302.- Su artículo 1º consagra el derecho de los patro- nos y de los obreros a "coligarse, declararse == en huelga y acordar el paro..." Los artículos 2º y 3º tipifican una serie de delitos relacionados con el ejercicio abusivo de aquellos derechos. - Se distingue, a efectos de penalidad, entre pro- motores y directores de las huelgas o paros ilí- citos y los meros "ejecutores" de los mismos, se- gún el grado de participación el la Asociación - interesada, intervención en los acuerdos, etc == (art.3º). Los artículos 5º y 6º reglamentan el - mecanismo legal a que han de ajustarse en su e== jercicio estos derechos responsabilizando a los= jefes y promotores de su infracción (art.7º).
- 303.- "Las Asociaciones legalmente constituidas podrán formar o sostener coligaciones, huelgas o paros, con arreglo a lo dispuesto en la presente Ley== ..."
- 304.- Se objetará que los tribunales acudían al artícu lo 556 (delito de coligación) y no al 198.2º == (asociación que tiene por objeto cometer algún = delito) cuando la asociación tenía por objeto la comisión de alguno de los hechos tipificados co- mo delito en el artículo 556. Esto es cierto, pe- ro solo en parte. Y , en todo caso, no es obstá- culo, para que en determinados casos -ciertamen- te excepcionales y rigurosos- estimaran aplicable

también el art. 198.2º. Jurídicamente, podían -- hacerlo. En la sentencia de 14 de Octubre de 1877, ya citada, las actuaciones de instancia se siguie-- ron por delito de "asociación ilícita", aunque - el fallo condenatorio final lo fuese por delito- de "coligación". La sentencia de 19 de Junio de 1879 casa la de la Audiencia, que había condena- do por delito de asociaciónilícita en concurso - con el de coligación estimando el primero "medio necesario" para la comisión del segundo (sentencia ya citada).

Que se acudiera al delito de coligación, ol-- vidando el artículo 198.2º se explica: 1) El artículo 198.2º obliga a castigar también a los me-- ros individuos de las asociaciones, lo que era - excesivo si se tiene en cuenta que éstas conta-- ban con un gran número de miembros, y normalmente se habían constituido con arreglo a derecho, al-- amparo del régimen de libertad entonces existen-- te. El delito de coligación permitía una sele-- ción más racional... sus penas eran benignas, y, sin duda, más flexible su aplicación, desde el - momento en que el delito exigía el coligarse "a-- busivamente":daba pie a una interpretación cir-- cunstanciada, y al arbitrio de los Tribunales. = 2º) Procesalmente, además, el artículo 556 tenía ventajas indudables sobre el 198.2º:aqueel reque-- ría que la coligación "hubiera llegado a ejecu-- tarse", lo que siempre es más fácil de probar -- que la existencia de un "vínculo asociativo". o= la pertenencia al mismo (que ya da lugar a res-- ponsabilidad criminal, aunque no se haya llevado a la práctica ningún otro comportamiento crimi-- nal).

305.- C.L., 1922, nº 11.

306.- Artículos 290 (delito de sedición), 677 y 679 -- (delito de coacción) del C.P. de 1928.

307.- Llamo la atención sobre la Jurisprudencia de --- nuestro Tribunal Supremo, porque podría llegarse a la falsa conclusión de que bajo el C.P. de --- 1932 se da la impunidad asociativa más absoluta-- una vez paralizado el nº 2º del artículo 185 con el artículo 2º de la Ley de Huelgas, derogado ya el antiguo artículo 556 del Código Penal. Esto - no es así. Por el contrario, sucede un hecho ca-- si insólito, y es que, en más de veinte fallos -

el Tribunal Supremo, estimando la tesis del -- Ministerio Fiscal, casa las sentencias absolutorias por este recurridas, declara indebidamente aplicado el artículo 2º de la Ley de Huelgas, y condena por los delitos de atentado o de sedición, basándose precisamente en el propio artículo 2º de la Ley de 27 de Abril de 1909 que -- condicionaba la aplicación de la misma a que = los hechos no merecieran una calificación más -- grave con arreglo al Código Penal.

Véanse las sentencias: de 21 de Mayo de 1934== (C.L., nº 242), las de 24 de Julio, 14 de Agosto, 2 de agosto, 2 de agosto, 8 de agosto (dos== fallos con esta fecha), 10 de agosto, 16 de agosto (dos sentencias), 16 de agosto, 10 de septiembre (dos fallos), 13, 15, 22, 24, 26, 27 (dos sentencias) de Septiembre y 6 de noviembre, todas e-- llas de 1934 (Colección Legislativa, números 1393, 62, 50, 52, 57, 58, 59, 64, 65, 66, 102, 98, 108, 112, 121, 123, 128, 129, 131 y 195, respectivamente). Si se exceptúan, de las citadas, la sentencia de 10 de Septiembre de 1934, y la de 22 de Septiembre del -- mismo año, en todos los demás casos es el Ministerio Fiscal el que recurre, invocando la inde-- bida aplicación del artículo 2º de la Ley de Huelgas, y solicitando una condena por delito de a-- tentado.

Se condena por delito de "sedición", por ejemplo, en la sentencia de 10 de septiembre de 1934;= y por atentado, en unas de diecisiete fallos que corresponden con los siguientes números marginales de la Colección Legislativa: 34, 62, 50, 52, 58, 57, 59, 64, 65, 66, 98, 108, 123, 128, 129, 131, 195, todos ellos del año 1934.

308.- Art. 4º

309.- Art. 3º.

310.- El artículo 2º de la Ley de 28 de Julio de 1933== consideraba como actos que afectan al orden público, entre otros, "los realizados con ocasión del ejercicio de los derechos..."; el artículo 2º de la vigente Ley de Orden Público, declara actos -- contrarios al orden público" los que perturben o intenten perturbar el ejercicio de los derechos reconocidos..."

- 311.- Artículo 9º.1 de la Ley de 24.XII.1963 "El Juzgado y Tribunal que se crean acomodaran su actuación, cuando se trate de los hechos delictivos comprendidos en los apartados a), b) y c) del artículo 3º, a las normas del procedimiento de urgencia regulado en el Título III del libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, cualquiera que sea la pena que pueda llegar a imponerse...".
- 312.- Artículo 9º.1ºb).
- 313.- Artículo 9º.1º a).
- 314.- Fundamentalmente, el artículo 10º de la Ley de Asociaciones, de 24 de Diciembre de 1964, Ley nº 311; y el artículo 16 de la Ley de Orden Público, que conceden a los poderes públicos unas facultades más amplias que las que otorgaban los artículos 15 y 12, respectivamente, de las anteriores leyes de Asociaciones y Orden Público.
- 315.- No alterar la unidad y armonía del Código era uno de los objetivos de la Reforma, según se declara en el Preámbulo.
- 316.- Artículo 54:"La mera asociación, aun transitoria, de tres o más personas para cometer el delito de robo, será penado, con dos a seis años de presidio. Los jefes y promovedores de la agrupación serán castigados con prisión de cuatro a ocho años".
- 317.- "Se incluirán, en su parte pertinente, las definiciones de delito y sanciones a ellas aplicables comprendidas en la Ley de Seguridad del Estado".
- 318.- "En la redacción del C.P. refundido a que se refiere esta Ley, se adaptarán las penas impuestas por la Ley de Seguridad del Estado, de modo que, si fuere necesario, puedan ser disminuidas en un grado, cuando así lo exija la estructura general del cuadro de penas previsto en aquel" (Artículo 2º D. Diecisiete. Cuarto, de la Ley de 19 de Julio de 1944).
- 319.- Es doctrina ya reiterada que se establece, entre otras, en las siguientes sentencias: 15 de Noviembre de 1947 (Aranzadi, nº 1411); de 14 de Febrero de 1948 (Aranzadi, nº 356); 12 de Junio de 1948 (Aranzadi, nº 1026); 2 de Julio de 1948 (A-

ranzadi, nº 1051); 20 de Octubre de 1948 (Aranzadi, nº 1371); 28 de Diciembre de 1948 (Aranzadi, nº 1589); 3 de Febrero de 1949 (Aranzadi, nº 169); 24 de Febrero de 1949 (Aranzadi, nº 196); 24 de Marzo de 1949 (Aranzadi, nº 1175); 15 de Febrero de 1969 (Aranzadi, nº 5306).

- 320.- Algunos fallos del Tribunal Supremo afirman que== la asociación para cometer el delito de robo del artículo 513 del C.P. no es más que una forma de conspiración elevada a delito autónomo. Por ejemplo: sentencias de 14 de Febrero de 1948 (Aranzadi nº 356); 12 de Junio de 1948 (Aranzadi, nº 1026); 20 de Octubre de 1948 (Aranzadi, nº 1371).
- 321.- Rodríguez-Devesa. J.M., Derecho Penal Español, P.E. pág. 415 y 416; Anton Oneca, Derecho Penal P.E. = 1949, pág. 359.
- 322.- Sánchez Tejerina, Derecho Penal Español, P.E. pág. =395 y 396.
- 323.- La asociación para cometer el delito de robo, cit. pág. 61 y ss.
- 324.- Vid: artículo 5º del Decreto de 24 de Enero de == 1963, que reforma los artículos 174 y 176; la Ley= número 3/67, de 8 de Abril de 1967, y el artículo= 6º de la Ley 44/77, de 15 de Noviembre de 1971.
- 325.- La Reforma de mayor interés es, sin duda, la de == 15 de Noviembre de 1971, por cuanto que derogó la= Ley de Responsabilidades Políticas (excepto su artículo 2º), el Decreto de Bandidaje y Terrorismo - de 21 de Septiembre de 1960 y la Ley de Masonería= y Comunismo. Prescindiendo de este positivo y ne= cesario logro, las reformas se han limitado a agra= var las sanciones previstas en el C.P. de 1944 o a crear nuevas figuras delictivas.
- 326.- Según el artículo 5º del Decreto 168/63, de 24 de= Enero, se modifican los artículos 174 y 176, en -= los siguientes términos:
Art. 174: Al final del párrafo tercero de su a= partado primero, se sustituye la palabra "participes" por la de "participantes".
Art. 176: Se suprimen las palabras "que la com= petente", e inmediatamente detrás de negación "no",

que viene a continuación, se coloca el pronombre "se", quedando el resto como está,

Y la cuantía de las multas se modifica así:

Párrafo segundo del nº 2º del artículo 173: la multa es, ahora de 10.000 a 500.000 (artículo 2º del Decreto).

Artículo 174: de 5.000 a 25.000

Artículo 174.nº 1º, párrafo segundo: de 5.000 a 10.000 pts.

Artículo 174.1º, párrafo cuarto: de 5.000 a 25.000 pts.

Artículo 174.2º, párrafo segundo: multa de hasta un millón de pesetas.

De los comentarios sobre la Reforma destaco tres:

Para Díaz Valcárcel, fué acertada. (La revisión del Código Penal y otras leyes penales. 1964. Barcelona, pág. 77). Bueno Arús, advierte que la reforma del último inciso del artículo 176, aunque no lo parezca, no es más que una reforma o "corrección de estilo". (La reforma del C.P. español de 1963. Madrid 1964, pág. 21). Según Rodríguez-Devesa la suspensión a que se refiere el artículo 176 no es la suspensión de las "sesiones" sino la de la propia asociación, por lo que, a su juicio, el Código debía emplear el plural "suspendidas" para mantener la oportuna concordancia (op.cit. P.E. pág. 657, nota 20).

327.- El Preámbulo de la Ley de 8 de Abril de 1967 no es lo suficientemente explícito respecto a las causas y justificación de la reforma. El párrafo cuarto del artículo 174.1º dice ahora:

"Cuando los hechos sancionados en el párrafo anterior carecieren de gravedad, o la asociación no hubiera llegado a constituirse, el Tribunal podrá imponer a los meros participantes la penalidad inferior a un grado o las de destierro y multa de 5.000 a 25.000 pts".

La reforma, por lo tanto, excluye del tratamiento privilegiado a los directivos de la asociación. Y respecto a los meros individuos convierte en discrecional -y no revisable en casación- la aplicación del párrafo cuarto del artículo 174.1º.

Ambas modificaciones parecen desafortunadas y carentes de justificación.

1. En cuanto a la primera, porque es contraria a la ratio legis del propio precepto, e incongruente. En efecto, la finalidad del párrafo cuarto es apreciar la menor gravedad de ciertos supuestos, en

el marco siempre de asociaciones cuyos fines son especialmente graves. Pero el privilegio que dicho párrafo cuarto establece es perfectamente compatible en el comportamiento de un fundador, presidente o director, porque si se interviene como directivo o como mero partícipe es algo irrelevante a los fines que persigue el párrafo cuarto.

Este prevé penas más benignas para el caso de que la asociación no hubiere llegado a constituirse o los hechos no hubieren alcanzado especial gravedad. Y es obvio que ambos requisitos no excluyen del párrafo cuarto al directivo, ni incluyen, por sistema al mero partícipe. En otro caso el comportamiento del directivo es doblemente agravado (se le impone una pena más grave que al mero asociado, y, además, se le excluye del régimen más benévolo del párrafo cuarto) y el del "mero individuo", doblemente atenuado (pena más benigna que la del directivo, y, al mismo tiempo, automáticamente, pasa a disfrutar eventualmente, del privilegio que establece el párrafo cuarto del artículo 174.1º, no siempre justificado). Lógicamente, un directivo debe beneficiarse del régimen que implanta el párrafo cuarto, si la asociación no hubiere llegado a constituirse, o si los hechos no fueren graves. Y un mero individuo puede quedar excluido, si no se dan tales circunstancias, porque la Ley quiere tener en cuenta la menor gravedad objetiva de aquellas, que es independiente de la posición de mayor o menor responsabilidad que se desempeñe en la asociación.

2. El carácter "facultativo" de la rebaja de la pena, incluso para los meros individuos, es una segunda contradicción de la Reforma. Si se parte de la distinción entre hechos "graves" y "menos graves", y entre comportamientos de mayor responsabilidad (los de los directivos) y de mayor responsabilidad (meros individuos) es absurdo que la propia ley que reconoce la distinción y su relevancia permita un tratamiento indiscriminado, y lo autorice, al cerrar el paso al control y revisión por el Tribunal Supremo por el sencillo mecanismo de declarar "discrecional" la calificación de los hechos con arreglo al párrafo 3º o 4º por el tribunal "a quo". Equivale a autorizar que se castiguen como "graves" hechos que no son graves para la propia Ley.

La Reforma pone en entredicho la fundamental distinción "directivo"- "mero partícipe", siendo injustificadamente severa con este último.

A mi juicio, la razón de la Reforma debe buscarse en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Esta, durante los últimos años, venía suavizando el rigor de la Ley, especialmente del párrafo 3º del ar

tículo 174.1º, mediante una generosa aplicación del párrafo 4º, que, hasta 1967, imponía la reducción de la pena tanto para los meros individuos como para los directivos. El Tribunal Supremo condicionó la aplicación de aquél, por ejemplo, al empleo de la "violencia" (sentencias de 16 de Enero de 1960 y de 9 de Octubre de 1965), a la gravedad de los medios concretos empleados no bastando la gravedad abstracta de los fines de la asociación (sentencia de 8 de Febrero de 1966), o a que éstos fueran algunos de los previstos en el artículo 222 del C.P. (analogía con el delito de sedición: sentencia de 9 de Junio de 1965). La Reforma a mi modo de ver, ha querido cerrar el paso a esta jurisprudencia benévola, haciendo "discrecionales" las facultades del Tribunal "a quo". Pero, además, ha tenido que dar el mayor alcance imaginable a dicha "discrecionalidad" para evitar que nuevamente se imponga una interpretación benigna, partiendo ahora no ya del concepto de "gravedad", sino de la distinción "directivo"- "mero participipe".

Llamo la atención, no obstante, sobre la sentencia de 20 de Noviembre de 1970 en donde se afirma que "en casos de notoria discrepancia", y, "por una razón de suprema justicia", el ejercicio de facultades discrecionales puede revisarse en casación.

328.- Según el artículo 6º de la Ley de 15.XI.1971, número 44/71 "razones también de orden técnico han impuesto una revisión detenida y, a consecuencia de ella, algunos leves retoques en los artículos - 17, 173, 251...etc"

El artículo 6º de la misma dispone cómo han de quedar definitivamente redactados los párrafos 3º y 4º del número 1º del artículo 174, y el párrafo 1º del número 2º del mismo artículo. Así:

"Si la asociación tuviere por objeto la subversión violenta, la destrucción de la organización política, social, económica o jurídica del Estado- el ataque a la integridad de sus territorios, la seguridad nacional o el orden institucional, serán castigados con la pena de reclusión menor, los fundadores o Directores y con la de prisión menor, los meros afiliados o participantes".

"Cuando los hechos carecieren de gravedad o la asociación no hubiera llegado a constituirse, el Tribunal podrá imponer a los meros participantes la pena inferior en un grado".

"Los que con su cooperación económica o de cualquier otra clase favorecieren la fundación, organización o actividad de las organizaciones, entidades y formaciones mencionadas en el artículo anterior".

La Reforma supone, por lo tanto, con relación a la de 1963:

a.- Supresión de la pena de "destierro" y multa como opción del juez, en el supuesto previsto en el artículo 174.1º párrafo 4º (ya no se podrá imponer la de destierro y multa sino solo la privativa de libertad).

b.- Se añaden, en el núm. 1º del artículo 174, los términos "el ataque a la integridad de sus territorios, la seguridad nacional o el orden institucional".

c.- Junto con la "cooperación económica" se tipifica en el número 2º del artículo 174 la de "cualquier otra clase".

d.- Se sustituye la referencia a la finalidad de "promover o difundir actividades separatistas" del artículo 173, número 2º- por la más amplia de "atacar la integridad del territorio español", "seguridad nacional" y "orden institucional".

Desaparece el párrafo segundo del número 2º de este artículo 173.

e.- Se modifica el núm. 5º del artículo 173, que ahora diré: "Las formaciones como organización de tipo militar que tengan por fin alguno de los señalados en el número 2º de este artículo o que se hallen prohibidas expresamente por las leyes".

- 329.- Para su crítica, reitero lo ya dicho a propósito del artículo 8º del Decreto de 21 de Septiembre de 1960 que doy por reproducido "mutatis mutandis".
- 330.- Por ejemplo, art. 173.2º; 173.5º; artículo 174.1º, párrafo tercero.
- 331.- Me refiero a la Ley 39/I974, de 28 de Noviembre, que solo interesa a los efectos de las penas pecunias previstas en el nº 1º del artículo 174, en el párrafo segundo del mismo precepto citado, y en el tercero, así como en el nº 2º del artículo 174, segundo párrafo.

CAPITULO II.- EI BIEN JURIDICO PROTEGIDO

I.- Consideraciones generales

El exámen de cualquier tipo penal tiene, metodológicamente, un punto de partida obligado: la doctrina del bien jurídico. Se trata de poner en claro, desde un principio, cual es el objeto de la tutela o protección penal, es decir: el bien o bienes jurídicos que el ordenamiento pretende salvaguardar con la configuración de las respectivas figuras de delito.

Este es el tema que se aborda a continuación: qué bien, bienes, intereses o valores ha querido proteger el legislador español, cuando comina con una pena a quien "funda", "dirige", "preside" o "participa" en una asociación que tiene por objeto cometer algún delito.

No es necesario subrayar la importancia capital del mismo, en orden a la interpretación de los problemas dogmáticos que la asociación para delinquir plantea: constituye un sólido y necesario punto de apoyo, una referencia obligada.

II.- El bien jurídico protegido en la "asociación para delinquir".

A).- Una visión panorámica de conjunto.

La asociación para delinquir se configura en términos muy semejantes en el derecho español, el francés, el italino y el alemán. Un exámen comparado, sin embargo, de las soluciones que se dan a este problema en los mencionados ordenamientos, revela que tradicionalmente -y desde siempre- son tres las tesis que do

minan en la literatura. Una, es ya clásica en la doctrina española, se mantiene en la actualidad de forma casi unánime, pero carece de defensores más allá de nuestras fronteras: con la asociación para delinquir se protege el recto ejercicio del derecho de asociación, la segunda -hoy absolutamente mayoritaria- vé en el "orden público" el objeto de la tutela penal: la asociación para delinquir protege el "orden público", la "tranquilidad" la "paz social". Actualmente, cabe resaltar, sin embargo, cómo tanto en la doctrina alemana como en la italiana se tiende a admitir la naturaleza "pluriofensiva" de este delito, es decir: junto a la protección del "orden público" -bien jurídico primario- el tipo depara una tutela simultánea aunque de segundo orden a otros bienes o intereses jurídicos, también amenazados por el comportamiento antijurídico; por último, y en todos los países, se ha formulado una tercera tesis, de corte institucionalista, que contemplando la asociación criminal como "miniestado", como "institución" esencialmente incompatible y opuesta a éste, estima que el objeto de la tutela pena no es otro que el propio poder o seguridad del Estado: su monopolio jurídico y político en la comunidad nacional.

Me referiré detenidamente a cada una de ellas.

B).- Exposición y crítica de las diversas teorías sobre el bien jurídico protegido por la asociación para delinquir.

a).- La tutela del recto ejercicio del derecho de asociación, como objeto de la tutela penal.

1.- Doctrina española.-

Que los delitos de asociaciones ilícitas

estas protegen el recto ejercicio del derecho de asociación, al castigar el ejercicio abusivo del mismo es una idea tradicional en nuestra literatura, en la que no se distingue -a estos efectos- entre la "asociación para delinquir" propiamente dicha y las demás "asociaciones ilícitas"; se apunta ya en Gómez de la Serna y Montalbán (1), consagrandose en los comentaristas del C.P. de 1870: Aramburu (2), Nuñez de Cepeda (3), Viada (4), y Groizard (5); "partiendo -dice este último- del principio de que del derecho de asociación -como de todos los derechos- se puede abusar, este artículo determina cuales son las asociaciones que, por salir fuera del círculo donde el derecho puede desarrollarse, -deben ser consideradas ilícitas" (6). Dicha tesis no ofrece lugar a dudas en los comentadores del C.P. de 1870 que solo conoció las asociaciones contrarias a la "moral pública" (art. 198.1º) y las que tienen "por objeto cometer algún delito" (art. 198.2º); pero, incluso, con posterioridad a la importante reforma de 1944 -cuando la fórmula legal se "complica" (7) y desnaturaliza, incorporando un amplio y rico catálogo de asociaciones ilícitas desconocidas hasta entonces- sigue manteniéndose por la doctrina y por la jurisprudencia (8), sin que se discrimine entre las asociaciones de índole política, figuras realmente advenedizas, y la asociación para delinquir en sentido estricto: ésta también se caracterizará como uno de los delitos "relativos al derecho de asociación" (9), o "al ejercicio del derecho de asociación" (10); un delito contra la propia "Constitución o contra las Leyes Fundamentales" (11), según ponen de relieve, entre otros, Puig Peña (12), Cuello Calón (13) y Rodríguez Devesa (14). Ferrer Sama (15) advierte que "es en estos artículos donde se encuentra

regulado, desde el punto de vista penal, el derecho de asociación"; y Quintano Ripollés formula con rigor este pensamiento tradicional: "no hay que perder de vista que la verdadera característica jurídica de los delitos que aquí se trata, estriba no tanto en el ataque de un determinado derecho como en el ejercicio abusivo de él" (16).

2.- Doctrina extranjera.

En Italia sin embargo esta concepción es excepcional, sin otro defensor que De Rubeis (17); en la doctrina francesa no me consta que se haya mantenido. La explicación proablemente deba buscarse en el hecho de que, en los respectivos ordenamientos, se distingue con claridad la asociación para delinquir de las asociaciones de cariz político, antinacional, anarquista..., emplazándose incluso estos delitos en lugares distintos del Código, y bajo distintas rúbricas legales; algo semejante sucede en Alemania, en donde la evolución de la fórmula legal sigue en curso muy parecido al de la española. Binding puso de relieve cómo bajo las llamadas "strafbare Verbindungen" se agrupaban una gama absolutamente heterogénea de figuras delictivas, que no tenían en común más que su indebida coincidencia topográfica en el Código (18). Por eso, que estos delitos son "excesos" punibles del derecho de asociación (19), "abusos del derecho de libre asociación" (20) se afirmará por V. Hippel (21) y v. Liszt (22) bajo la antigua redacción de los párrafos 128 (23) y 129 (24) ya derogados, pero no una vez reformado el párrafo 129 (25), y reducida la fórmula alemana a sus perfiles actuales.

3.- Conclusiones.

De todo ello deduzco que -sin olvidar el arraigo histórico de esta tesis en nuestro derecho- la doctrina española mantiene ésta por un comprensible apego a la rúbrica legal del Capítulo II y Sección Primera del Título II, rúbrica que se conserva en el Código de 1944 por verdadera inercia legislativa pero que no responde a las directrices del mismo (26).

La mencionada rúbrica es, a mi juicio, sólo parcialmente convincente, en lo que se refiere a la "asociación para delinquir". En efecto: no cabe duda que mediante el ejercicio abusivo de los derechos individuales se pueden lesionar bienes jurídicos que el ordenamiento penal protege; ahora bien, esto solo explica ciertas características accesorias del comportamiento típico y de la tutela penal, pero no el "objeto" específico de ésta. Una cosa es "cómo" se puede lesionar el bien jurídico (mediante el ejercicio ilícito de ciertos derechos individuales), y otra distinta -más importante, pero que queda sin responder- "cuál" es ese bien o bienes jurídicos cuya tutela interesa.

Los diversos autores y comentaristas se refieren entonces al "recto" y "legítimo" ejercicio del derecho de asociación. ¿Es este punto de vista satisfactorio? A mi entender, no: considero que adolece de cierto "formalismo". ¿Qué es el "recto" y "legítimo" ejercicio de un derecho individual? En el caso, por ejemplo, de la asociación que tiene por objeto cometer asesinatos: ¿puede mantenerse que dicha asociación es ilícita -porque entraña un abusivo e ilegal ejercicio del "derecho de asociación"? Evidentemente, sí; pero, ¿por qué es ilícito y abusivo, en dicho caso, el ejercicio de es

te derecho?: a mi juicio, porque con el mismo se están poniendo en entredicho ciertos bienes jurídicos. En una palabra: lo que el ordenamiento protege no es el "recto" ejercicio de unos derechos individuales,= sino ciertos intereses, bienes y valores cuya necesaria salvaguarda es lo que hace que el ejercicio de - un derecho sea lícito o abusivo. No es, pues, el legítimo ejercicio del derecho de asociación el objeto de la tutela penal, sino otro u otros bienes jurídicos, a cuya protección deben ordenarse todos los derechos individuales. En este sentido, la rúbrica legal es imprecisa e insatisfactoria, porque -en definitiva- "con ocasión" del "ejercicio" del derecho de asociación se puede lesionar cualquier bien jurídico. Es más: "con ocasión" del ejercicio del derecho de asociación precisamente el delito que parece no puede cometerse es el de "asociación para delinquir", si es que éste se configura como "ejercicio abusivo" del propio derecho (27).

Por otra parte, si se considera la estructura del tipo en nuestro C.P. podrá concluirse que la rúbrica es claramente inadecuada. En efecto, el legislador español exige -para que una asociación pueda reputarse ilícita -que el "objeto" de la misma sea constitutivo de "delito": que la asociación tenga por "objeto" cometer algún delito. Quiere esto decir, que no basta con que la "actividad" social sea delictiva: "con ocasión" del ejercicio del derecho de asociación se puede delinquir, y no por ello la asociación habrá de reputarse -necesariamente "ilícita", si no lo era su "objeto" (28). La conexión que pretende establecer la rúbrica legal -entre el "derecho" de asociación y los "delitos" come-

tidos "con ocasión" del ejercicio del mismo es tan exigua y arbitraria, que no puede delimitarse en torno a la misma el objeto específico de la tutela penal (29).

Estas consideraciones creó permiten distinguir, "prima facie", el bien jurídico protegido por el nº 2º del artículo 172, de los tutelados por otros preceptos incorporados al propio artículo 172 con la reforma de 1944: por ejemplo, por el nº 4º (30). Si se entiende por "recto" ejercicio del derecho de asociación, por "legítimo" ejercicio del derecho de asociación, aquel que se ajusta a las normas y disposiciones legales contenidas en la Ley de Asociaciones, sí cabría afirmar, entonces que este es el bien jurídico objeto de protección del artículo 172.4º: pero, no el del nº 2º del mismo artículo. Lo mismo puede advertirse, respecto a otros tipos penales, como el previsto en el nº 4º del artículo 173 (31). La norma penal, en este último persigue reforzar las limitaciones de carácter político introducidas en su día al ejercicio del derecho de asociación. Si por "recto" o "legítimo" ejercicio del derecho de asociación se entiende aquel que se somete a las prescripciones legales, y por "abusivo", el que rebasa determinadas limitaciones (políticas, en este concreto caso), entonces puede afirmarse, también, que el nº 4º del artículo 173 protege el ejercicio conforme a Derecho de aquel. Pero este tampoco es el caso del nº 2º del artículo 172.

b).- El "orden público", como objeto preferente de la tutela penal en el delito de asociación para delinquir.

Con apoyo, también, de las respectivas rúbricas legales (32), la doctrina extranjera dominante entiende=

que el bien jurídico que se tutela con el delito de asociación ilícita, es el "orden público".

Debo llamar la atención, sobre la doctrina francesa y la alemana. La primera, porque mantiene unánimemente esta tesis, a pesar de que en el Code Penal la asociación de malhechores es aquella que atenta contra "personas y propiedades", es decir, contra determinados bienes jurídicos. En cuanto a la segunda, porque, a mayor abundamiento, se afirma también que el "orden público" es el bien jurídico objeto de tutela penal, a propósito de tipos de estructura semejante al de la asociación para delinquir, e incluso más problemáticos.

1.- Doctrina francesa.

Para la doctrina francesa, con el artículo 265 (33) se protege la "paz pública", el "orden público". Esta es la opinión, entre otros, de Garraud (34), Chauveau-Héllie (35), Dalloz (36) que acuden a un razonamiento muy simple (37): la asociación para delinquir no es más que un acto preparatorio (38), amenaza derechos ajenos aún sin inferir un ataque actual a los mismos (39), por lo que no puede ser subsumida en los preceptos que incriminan la tentativa punible (40). Ahora bien, el legislador no la castiga en cuanto actividad "preparatoria", sino como delito "sui generis", como figura autónoma, porque, en todo caso, tales asociaciones "turban" la seguridad pública por el peligro que resulta de ellas y la alarma que extiende" (41); bien entendido que es la propia asociación, "su sola existencia" (42) -la asociación en cuanto tal (43) -la que "lesiona" (44) ya el orden público, prescindiendo del que, de hecho, lleguen o no a ejecutarse los delitos cuya comisión prepara la empresa criminal (45). En

la especial fragilidad del "orden público" se justifica, entonces, la quiebra al principio de no punibilidad de actos meramente preparatorios, que se deroga -- en los delitos de asociación ilícita. Pero, como advierte Garraud (46), el legislador ha de actuar con prudencia, buscando un justo y adecuado término medio: ni dejar desamparado el "orden público", ni incriminar actos o situaciones equívocas, bajo el pretexto de la necesaria defensa de aquel.

La doctrina francesa, por tanto, a diferencia de la italiana o de la alemana, es partidaria de la tesis de que el objeto de la tutela penal es exclusivamente el "orden público" sin que hayan tenido acogida hasta la fecha posturas dualistas o eclécticas (47). Tal vez haya sido Carnot (48) el autor que ha sabido poner de relieve con más éxito donde reside la amenaza para el bien jurídico protegido en el delito previsto en el artículo 265: la peligrosidad -afirma- no resulta del hecho de una intervención plural de delincuentes, sino "de la organización de bandas y asociaciones de malhechores... de esos seres perversos que, haciendo del robo y del pillaje un oficio, convienen en poner en común el producto de sus fechorías".

2.- Doctrina italiana.

En Italia, desde Carrara (49) hasta la más reciente monografía de Patalano (50) sobre la asociación para delinquir, se mantiene que el objeto primordial de la tutela jurídica es el "orden público", si bien debe tenerse en cuenta la amplísima gama de acepciones - que este concepto merece para los autores italianos (51). Si se prescinde de la opinión muy autorizada de Zerbo-glio (52), para quien el "orden público" no es más que -

"una creación arbitraria del legislador" pueden encontrarse cuatro planteamientos diversos. El primero de ellos, sin duda el menos preciso, es el seguido por Caraccioli (53) que entiende por "orden público" el "regolare andamento della vita quotidiana" (54) fórmula que recuerda a la definición que del mismo hacía la Relazione Ministeriales del C.P. de Zanardelli, al reputar contrarios al orden público: "ogni atto che, per la varietà delle offese e per la diffusione di cui è suscettivo, attacca il buon assetto e perturba il regolare andamento del vivere civile, ancorché non sia stata recata alguna lesione inmediata a un diritto privato o pubblico" (55). Una acepción tan amplia del "orden público" sin embargo se ha considerado inservible, pues todo delito -se dice- afectaría necesariamente a dicho bien jurídico; por ello otros autores proponen una interpretación restrictiva, que justificaría la creación, bajo esta rúbrica, de una específica familia de delitos: éste es el planteamiento, por ejemplo, de Cavagnari (56) quien partiendo de la no identificación de los conceptos de "orden público" y "orden jurídico" (57), reserva al ámbito propio del "orden público" determinados efectos "inmediatos" privativos de ciertos delitos... "debidos a las condiciones intrínsecas del hecho cometido, independientemente del peligro remoto o inmediato que aquellos puedan representar" (58). Una tercera tesis podría calificarse de "subjetivista", porque pone en relación el concepto de "orden público" con estados de ánimo y sentimientos de la comunidad: "senso de la sicurezza" (59), "senso di tranquillità" (60), "benessere ed tranquillità" (61), ausencia de "allarme sociale" (62) o de "senso di sfiducia nelle forze protettive della vita sociale" (63). No obstante, entre las tesis "objetivistas" (64), y las últimamente citadas, -

surgen con frecuencia otras eclécticas que tratan de -- combinar ambos criterios: es el caso, por ejemplo, de las de Antolisei (65) y Maggiore (66). Finalmente, y,= como retorno al pensamiento carrariano, parece imponer se en la doctrina italiana una nueva concepción del "or den público" de acuerdo y en consonancia con el signifi cado jurídico del mismo... en la estructura del delito= de asociación ilícita. Levi (67) advierte, en este sen tido, que el artículo 416 (68), del Codice Penale pre== tende asegurar el orden público en cuanto concierne a - la paz interna y a la tranquilidad pública, intensifi== cando, además, la lucha contra toda forma de delincuen cia colectiva, sea cual fuere. Este carácter "dual" del bien jurídico protegido, para los autores a los que me= refiero, es precisamente una de las características --- fundamentales de los delitos contra el "orden público": que la asociación para delinquir es, por lo tanto, un - delito "pluriofensivo" (que amenaza el "orden público", pero también, los demás bienes jurídicos puestos en pe ligro por la eventual puesta en práctica del programa= criminal de la asociación es una opinión ya dominante de fendida por Blasi (69), Rosso (70) Costa (71), Manzini= (72) y Monteleone (73), entre otros.

3.- Doctrina española.

En la doctrina española, la tesis expues ta fue defendida por Alvarez y Vizmanos (74) y Aurióles Montero (75), pero en relación a las sociedades secre tas del C.P. de 1848, delitos cuya singular estructura impide el trasladar tales opiniones al campo de la aso ciación para delinquir (76). Respecto a esta, solo Ya== ñez Román se ha pronunciado a favor del criterio que - vé en el "orden publico" el objeto esencial de la tute

la jurídica, pero distinguiendo dos planos -concreto y abstracto- en ésta: en el plano abstracto, se perseguiría según el autor la protección del orden público "entendido como entidad genérica, distinto de los diversos elementos que lo componen e integran" (77); en el plano concreto, el bien jurídico residiría en "aquellos elementos específicos que, en tanto bienes jurídicos residiría en "aquellos elementos específicos que, en tanto bienes jurídicos en concreto, integran el concepto genérico de orden público y que se ven amenazados por cada uno de los delitos incluidos en el programa delictivo de la asociación"; (78) por lo tanto -- yanez, parte de una postura claramente crítica, pues en definitiva entiende que el "orden público" solo puede lesionarse "in concreto", a través de cada uno de los delitos que integran el programa asociativo.

4.- Doctrina alemana.

Falta en la dogmática alemana una elaboración convincente del tema, aunque haya práctica unanimidad sobre el bien jurídico que protege el parágrafo 129 del StGB: el "orden público". (79). Solo cuatro autores me consta que se hayan pronunciado expresamente sobre este problema: Werner (80), Liszt (81), Binding (82) y Maurach (83); sin que se aborde en otros autores ni en los principales Comentarios: Schönke-Schröder (84), Dreher (85), Lackner (86), Pfeifer (87), Leipziger (88) Dalke (89) Kohlrausch (90), etc. La opinión de los más tan solo podría desprenderse de los epígrafes bajo los que exponen y comentan estas figuras delictivas: "staatsgefährlichen Verbindungen" (91), "Widerstand und Friedensstörungen in Staatsleben" (92), "öffentliche Ordnung und öffentliche Ruhe" (93), "Störung des Volkfriedens" (94)...etc.

Aparece la asociación para delinquir, en la doctrina alemana, como una justificada excepción al principio de la no punibilidad de los actos preparatorios: lo que solo sucede en casos contados, como advierte -Maurach, bien creándose un tipo en la Parte Especial del Código, bien mediante la extensión de las normas generales sobre autoría y participación (95) de modo que entonces (conspiración, bandas, asociaciones) el mero plan, en cuanto tal, deviene delictivo. Coincide Mezger (96) en que tal excepción solo puede concebirse en supuestos de especial "peligrosidad" en la conducta incriminada. A esta peligrosidad se refiere Merkel cuando afirma que "lo que el Estado combate es, ante todo, el peligro que vé en ellas (asociaciones ilícitas) para la actividad del poder público y, por lo tanto, el peligro que entrañan para el orden vigente y para la paz pública" (97), distinguiendo, a tal efecto, Welzel (98) la "efectiva" lesión del bien jurídico "paz pública" de su mera puesta en "peligro" que se dá por el mero hecho de la "constitución" de la banda.

Pero la doctrina al parágrafo 129 no es más explícita, limitándose a acatar, sin más, la rúbrica legal. La Jurisprudencia, incluso, llega a sostener que el bien jurídico protegido por el parágrafo 129 es esencialmente el mismo que tutelaba este precepto con anterioridad a su actual redacción, que proviene de la Reforma de 1951 (99), aunque no falten autores, como Kohlrausch (100) que advierten que la modificación que se ha operado entonces fué fundamental.

Por ello es interesante observar como resuelve la propia doctrina alemana el problema del bien jurídico tutelado por otros tipos penales, de semejante estruc-

tura (101) a la de la asociación para delinquir, como lo son los previstos en los párrafos 49a (102) a 244 y 250 (103) y 49 a (104), relativos a la conspiración para delinquir, bandas para cometer determinados delitos contra la propiedad, y contra la vida, respectivamente. En todos estos casos se afirma que el bien jurídico protegido es el "orden público".

Es opinión unánime, por ejemplo, que el bien jurídico tutelado en el párrafo 49b es, "ante todo", el orden público (105), y, solo en un segundo plano, el bien jurídico "vida", a pesar de que la "mordverbindung" a que dicho párrafo se refiere, ha de tener por objeto cometer crímenes contra la vida, precisamente. Para Mühlmann Bommel (106), Kohlrausch (107), Dreher (108), Lackner (109), Leipziger (110) Dalcke (111), Olshausen (112), Schönke-Schröder (113), Maurach (114), sin embargo, una asociación que persiga tales fines amenaza, en primera línea, el "orden público", y no el bien jurídico "vida".

Más paradójico parecerá, aún, que se mantenga la misma tesis respecto a los delitos previstos en los párrafos 244, 3 y 250.2º, tipos cualificados que exigen y presuponen la efectiva consumación del delito o delitos proyectados por tales bandas ("Raub", "Diebstahl"). No por ello se mantendrá, que el bien jurídico objeto de tutela es la propiedad, o la posesión, sino que la doctrina pone de relieve el peligro que se sigue para la sociedad de la mera existencia de la banda, de la mayor peligrosidad del autor y de la necesidad social de una mayor "seguridad" (115).

A idénticas conclusiones se llega al examinar el problema del bien jurídico en la conspiración, y demás figuras tipificadas en el párrafo 49a), a pesar de que carecen de autonomía estructural y es obligada la refe-

rencia a otros tipos delictivos que las complemen-==
tan: la paz pública, el orden público, sigue conside-
rándose como el bien jurídico fundamentalmente tute-
lado en estos preceptos (116).

Lógica es, por tanto, la postura de la doctri-
na alemana en torno a la asociación criminal del pará-
grafo 129.

5.- Conclusiones.

No es posible un enjuiciamiento unitario==
de este segundo grupo de doctrinas, dada la rica gama de
acepciones que recibe el concepto "orden público" en ==
los diversos autores, y el papel que se atribuye a a==
quel en el tipo.

La aportación de las mismas reside, a mi ==
juicio, en haber puesto de relieve que la existencia de
una asociación que tiene por objeto cometer algún deli-
to entraña una seria amenaza que vá más allá del peli-==
gro o lesión que puedan derivarse para bienes jurídicos
singulares. La asociación que tiene por objeto cometer=
delitos, por ejemplo, contra la propiedad amenaza algo=
más que la propiedad, algo más que los intereses de los
titulares concretos eventualmente puestos en peligro -
por el programa criminal de la organización. Y, por lo
tanto, el objeto específico de la tutela penal ha de -
centrarse en torno a este bien jurídico abstracto.

Sin embargo, la admisión de esta tesis -en=
sus diversas formulaciones- creo encuentra serios obs-
táculos en el ordenamiento español, y en la propia es-==
tructura del delito de asociación ilícita de nuestro Có-
digo.

Históricamente, es cierto que pueden encontrarse - referencias al "orden público" en la legislación especial sobre las bandas y cuadrillas de malhechores (117) entendido este concepto como sinónimo de "tranquilidad" y de "paz interna". Es cierto, pero no puede olvidarse que aquellas son solo algunas manifestaciones de la delincuencia asociada -no la única-; que tradicionalmente -- han quedado reservadas a una legislación "ad hoc", al margen del Código; y, sobre todo, que en éste la rúbrica "orden público" no existe: y no solo ya no existe, - sino que puede constatarse un claro proceso en nuestros Códigos, que se inicia con el 1870 y termina con el de 1944, tendente a deslindar claramente los delitos de asociaciones ilícitas de los delitos contra el "orden público" (118). Por otra parte, en la propia legislación mencionada sobre bandas y cuadrillas de malhechores también pueden encontrarse alusiones a otros conceptos, como pueda ser el de "seguridad interior", "poder del Estado", etc., más precisos y concretos que el propio término "orden público".

Que la asociación para delinquir del artículo 172. 2º sea uno de los delitos previstos en el apartado a) = del artículo 3º de la Ley de 2 de Diciembre de 1963, creadora del Juzgado y del Tribunal de Orden Público, no me parece, tampoco, argumento decisivo en favor de la tesis que comento. Primero, porque es sobrevalorar el alcance de una disposición fundamentalmente "procesal". En segundo lugar, porque la notoria heterogeneidad que se aprecia entre la variada gama de figuras delictivas contenidas en el artículo 3º de la Ley, creo impide extraer tales consecuencias. Por último, porque carece de justificación histórica y técnica el régimen "procesal" y "procedimental" al que desde 1963 ha de someterse la "asocia

ción para delinquir", y no es más que una consecuen-
cia de la indebida identificación de la misma con las a
sociaciones de índole política para los que realmente
está pensada la Ley de 1963 (119).

El concepto de "orden público", además, no me -
parece convincente, por su amplitud y equivocidad (120).
Una acepción lata del mismo -ese "regolare andamento del
vivere sociale" (121)- es inservible; su amplitud impe-
diría ampliar a dicho concepto una de las funciones esen
ciales que se asignan al "bien jurídico", que es la de-
servir de criterio de selección y clasificación de los=
respectivos delitos (122), pues todos -sin excepción- -
producirían tales efectos perturbadores en la vida social
y carecería de viabilidad dicho concepto de "orden pú-
blico" para resaltar aquellos efectos "específicos" co-
munes a determinados hechos criminales (123).

Igualmente rechazable me parece la opinión de -
quienes interpretan el "orden público" a modo de "amena-
za" social, "peligro latente" para la comunidad. El "or
den público" así entendido es solo una ficción, carente
de autonomía conceptual: el estado de amenaza en que po
tencialmente se encuentran determinados bienes jurídi-
cos singulares (124). Las ficciones se prestan a toda -
clase de abusos represivos, y no justifican la necesi-
dad de crear un tipo tan excepcional como lo es la aso-
ciación para delinquir.

Tampoco comparto, por último, las acepciones -=
"subjetivistas" que identifican el "orden público" -==
con ciertos sentimientos o estados de ánimo de la colec-
tividad ("alarma social"). Pugnan con la estructura de=
la asociación para delinquir del C.P. español, que no e

xige se haya perturbado de algún modo la "tranquilidad" pública, ni que los hechos hayan causado "alarma", en el cuerpo social. Una sociedad "secreta" cuya propia existencia se ignora, será ilícita si tiene por objeto cometer algún "delito", aunque no haya producido alarma alguna. Una asociación puede infundir alarma justificada, sin tener por objeto cometer "delito" alguno, y, por lo tanto, no podrá reputarse ilícita. Cabe, incluso, que una asociación persiga la afirmación del orden externo o la lucha contra el delito y que deba reputarse ilícita, al amparo del nº 2º del artículo 172, por más que de hecho refuerce el sentimiento de seguridad de la sociedad. Lo decisivo, pues, es que la asociación tenga o no por objeto cometer algún "delito", y no ciertos sentimientos colectivos que son irrelevantes, por su inherente variabilidad; y, sobre todo, porque el Código prescinde de los mismos.

C).- La protección de bienes jurídicos singulares como objeto de la tutela penal.

1).- La tesis de Franchina.

Para algunos autores, con el delito de "asociación ilícita" se persigue la tutela de aquellos bienes jurídicos singulares contemplados en el programa criminal de la asociación y eventualmente lesionados si éste se lleva a cabo (125). En buena lógica ésta debía ser la tesis de quienes mantienen el carácter estrictamente "preparatorio" de la asociación para delinquir o, niegan la posibilidad de configurar, con plena autonomía, un bien jurídico abstracto distinto de los bienes jurídicos singulares puestos en peligro por la asociación. Sin embargo, solo me consta que un autor, Franchina, haya sido absolutamente fiel y coherente con sus premisas. Por lo general, no se descarta que la asociación para delinquir tutele tales bienes jurídi

cos singulares, pero suele advertirse que, simultaneamente, protege otro de carácter abstracto ("orden público").

2).- Consideraciones críticas

La opinión de Franchina no creo deba ser compartida y encuentra, a mi juicio, serios obstáculos en la estructura del delito de asociación ilícita así como en el propio ordenamiento penal español.

En primer lugar, porque no parece que sea necesario crear tal tutela para unos bienes jurídicos singulares que ya cuentan con protección suficiente en el ordenamiento penal: concretamente, la que otorgan a los mismos las respectivas figuras de delito; carece de sentido una superposición de tutelas sobre los mismos bienes jurídicos (126), especialmente en nuestro Derecho que no selecciona en absoluto la clase de delitos que ha de tener por objeto la asociación para ser reputada ilícita. una segunda tutela podría justificarse con relación a determinados bienes jurídicos particularmente sensibles y valiosos, pero no respecto a todo el ordenamiento penal, sin discriminación alguna (127).

En segundo lugar, porque el tipo (art. = 172.2) se consuna prescindiendo de que exista un principio de ejecución de los hechos criminales programados por la asociación, y, por lo tanto, de la eventual lesión o puesta en peligro de los bienes jurídicos que aquellos tutelan; luego, evidentemente, la asociación para delinquir no protege tales bienes jurídicos, si se configura con independencia de los mismos (128).

Por otra parte, las penas en que incu==

rren los directivos y meros partícipes de una asociación ilegal (artículos 174.1º y 175.4º) se imponen en función de la mayor o menor entidad de la aportación y responsabilidad en aquella, sin considerar la gravedad del delito o delitos proyectados y, por lo tanto, el eventual valor de los bienes jurídicos singularmente amenazados; si el delito de asociación ilícita solo persiguiera la tutela de éstos, no podría explicarse satisfactoriamente tampoco por qué el mero hecho de formar parte de una asociación que tuviera por "objeto" cometer determinados delitos merece en algunos casos (129) una pena más grave que la prevista para los "autores" de estos mismos delitos "consumados" ejecutados: esta desconexión y desproporcionalidad aparente de las penas demuestra que es otro el objeto de protección penal.

La tesis que critico conduce, en definitiva, a borrar los límites entre la asociación criminal y la conspiración para delinquir, inutilizando un importante criterio distintivo entre ambas figuras: el bien jurídico. En efecto, la conspiración va inevitablemente referida a una figura de delito es una "coautoría anticipada" (130) desde el punto de vista de la teoría del "bien jurídico" la finalidad de la "conspiración" no es otra que la de "extender" el alcance de la tutela penal de los respectivos tipos a comportamientos no previstos en los mismos. La asociación para delinquir sin embargo, no es una "coautoría anticipada" ni un "actopreparatorio" respecto a los hechos criminales contemplados en su programa delictivo: su autonomía estructural deriva, precisamente, del bien jurídico que tutela, distinto y diferenciable de los bienes jurídicos singulares y concretos, protegidos en cada uno de los delitos de su programa.

d) La autotutela del poder del Estado, como bien jurídico protegido.

1).- Doctrina alemana.

Tanto en Alemania, como en Italia y España, se ha mantenido que con el delito de asociación ilícita no se persigue la tutela del orden público, fundamentalmente, ni la de otros bienes jurídicos como el recto ejercicio del derecho de asociación, o los puestos en peligro por el programa delictivo de la empresa criminal, sino el propio poder del Estado, su primacía en cuanto institución política y jurídica. Como afirma Göhrs (131): "die Autorität der Staatsgewalt"; hegemonía que se vé comprometida por la existencia de otra institución -la asociación criminal- que le discute el monopolio y la exclusividad en el ejercicio de aquel poder, y que el Estado no puede tolerar. La formulación más representativa de esta tesis es la de Berner (132), que establece un sugerente paralelismo entre la "banda" criminal y el Estado: la banda es un "microestado", con perfecta organización, como la de éste, con idioma y vida propia, sentimiento de patriotismo y de nacionalidad, división del trabajo, etc; es como un Estado dentro del Estado, pero opuesto a éste, que tiende a destruirle, a autoafirmarse frente a él. Precisamente por ello considera Maurach estos delitos como delitos contra el poder del Estado, contra su imperio: por ese premeditado sobrepasarse a las normas penales que caracteriza a las organizaciones y bandas mencionadas (133).

2).- Doctrina española.

A esa primacía de la autoridad civil, del poder del Estado, se refirió, en la doctrina española - Saldaña, quien destaca la importancia del concepto "po-

lítico-jurídico" de licitud (134). "¿Qué son asociaciones ilícitas?", se pregunta el autor y, afirma: Sobre la pobreza del concepto legal se alza el sentido= total jurídico. No se trata solo de que estén constituidas las asociaciones conforme a su ley -licitud ad administrativa-, ni de que sus actos no sean contrarios a la ley común -licitud moral o social- sino de que - sus asociados no presten juramento de obediencia y fi delidad a una autoridad propia, como superior a la au toridad civil. Este es el concepto político jurídico= de licitud, el más importante" (135).

3).- Doctrina italiana.

Mención aparte merece, en la doctrina italiana, la tesis de Patalano, conocido monografista - del tema. Parte el autor de la necesidad de distinguir, contra la tesis dominante en Italia, entre los conceptos de "orden público" y "tranquilidad pública" (136), pues, a su juicio, el C.P. no identifica a ambos, y no puede aceptarse, sin más, en el campo penal la acepción que el concepto "orden público" tiene en el sector "ad ministrativo" (137); si por "orden público" debiera - entenderse "tranquilidad pública" -añade- habría que= exigir la producción de una cierta alarma social para que se diera el tipo de la asociación para delinquir,= como exige el Código Penal a propósito de otros delitos, lo que evidentemente no es el caso del artículo 416 (138) según Patalano, éste protege "un peculiar aspec== to" del orden público, bien jurídico que no es "unico"= sino polivalente, (139), y que exige a que la acción del culpable vaya dirigida "no a éste o aquel bien particu lar sino al mismo orden que el ordenamiento tiende a - realizar con la tutela de estos valores" (140). Para -

Patalano, punto de partida es el papel que desempeña la asociación criminal en el contexto jurídico y político (141), en cuanto "organización" dirigida al "crimen", -datos que la individualizan- (142): en cuanto -"organización" la asociación criminal es una "institución" con capacidad, por lo tanto, para realizar su "propio ordenamiento" (143) y para autoafirmarse frente a otras instituciones, como puedan serlo el mismo Estado (144). Pero sus fines criminales hacen que nazca enfrentándose al propio ordenamiento estatal, como contradicción y negación, como "antítesis" del Estado (145). La asociación criminal se muestra, entonces, -como ordenamiento jurídico, a modo de "permanente agresión" de "estado de guerra" (146) contra el ordenamiento estatal: son incompatibles, se excluyen, desde el momento en que el ordenamiento jurídico general solo existe en la medida en que se realiza a través de los ordenamientos particulares (147). Por ello -concluye Patalano- el artículo 416 persigue la autotutela del ordenamiento estatal frente a cualquier otra organización social que institucionalmente pretenda finalidades antitéticas a los de aquél (148); se trata -dice- de una autotutela "originaria" que explica el que la mera existencia de la asociación lesione ya el bien jurídico protegido, sin necesidad de que se haya dado principio a la ejecución del programa de la entidad criminal (149).

4.- Conclusiones.

Comparto y hago mío el planteamiento central de estas teorías que podrían denominarse "institucionalistas". La asociación criminal, contemplada desde la totalidad del ordenamiento jurídico, es algo más que una pluralidad de personas que persiguen fines contrarios al mismo: es una auténtica "institución", un "an-

tiestado" que tiende a autoafirmarse y a imponerse a -
aquel. Aquí reside la "ratio essendi" de la antijuri-
cidad", y una diferencia fundamental entre la asocia-
ción delictiva y la participación criminal.

La segunda aportación, a mi juicio, de estas teo-
rías radica en haber desligado correctamente el objeto
de la tutela penal, de ciertos sentimientos y estados-
de ánimo de la colectividad, al resaltar que el titular
del bien jurídico no es ésta, sino el propio Estado, y
que la lesión o puesta en peligro de dicho bien jurídi-
co es independiente de la eventual perturbación de la-
tranquilidad pública o de la efectiva alarma despertada,
en su caso, por la asociación (150).

C).- Toma de postura: la "seguridad interior -
del Estado", bien jurídico protegido.

De todo lo dicho hasta ahora se desprende ya mi pos-
tura respecto al bien jurídico protegido.

1.- El delito de asociación ilícita no persigue la
tutela de los bienes jurídicos singulares eventualmen-
te lesionados por la puesta en marcha del programa cri-
minal de aquella. Tales bienes jurídicos se encuentran
ya suficientemente tutelados por el ordenamiento penal.
El objeto propio y específico de protección penal recae
sobre un bien abstracto y diferenciable de antemano de
estos bienes jurídicos concretos y singulares que la a-
sociación criminal pueda amenazar en cada caso.

2.- Un bien jurídico "abstracto", pero no una "abs-
tracción" carente de base real y autonomía, que no jus-
tificaría la creación de un tipo como el nº 2º del ar-
tículo 172, con todas sus particularidades.

Por eso rechazo la tesis dominante, que identifica con el "orden público" el objeto de la tutela penal. Entendido el "orden público" como "amenaza social", como estado de peligro en que se encuentran determinados bienes jurídicos singulares, es claro que no es más que una "abstracción": sería la representación generalizada del peligro existente para determinados bienes jurídicos concretos y singulares. Pero tal "generalización" o "abstracción" privaría de autonomía y de sustantividad al objeto de protección penal, que, en definitiva, seguiría identificándose con los bienes jurídicos singulares. La asociación para delinquir no persigue la tutela de éstos, sino la de un bien distinto, como he dicho ya (151).

3.- Con la asociación para delinquir, el legislador español no pretende proteger la "tranquilidad pública", la "paz externa", contra lo que mantienen algunos partidarios de una interpretación "subjetivista" del "orden público". Se trata de tutelar un bien jurídico que se lesiona por la mera existencia de la asociación criminal, siendo irrelevante el que dicha asociación produzca o no alarma en el cuerpo social, por la misma razón que ni siquiera se exige que aquella llegue a ejecutar su propio programa delictivo: basta con que "tenga por objeto cometer algún delito".

4.- El artículo 172.2º no tutela "estados de ánimo" ni "sentimientos" de la "colectividad", sino valores "objetivos" cuyo titular es el propio "Estado", en cuanto máxima institución política y jurídica: no la colectividad. El Estado, guardián del orden social desempeña su insoslayable misión en virtud del monopolio de su imperio, de su poder supremo. Este poder no puede ser compartido, ni negado, sin que se atente contra la propia esen

cia del Estado, contra su misma seguridad. En el orden social existen una pluralidad de instituciones. = La asociación criminal es una institución más, pero con fines "anitéticos" a los del Estado, incompatible con éste y que tiende a sobreponerse al mismo: es la negación del Estado. La mera existencia de una pluralidad de personas que, organizadamente, persiguen objetivos contrarios a la ley penal, atenta contra el poder del Estado, poder supremo y necesariamente monopolístico, y, en definitiva, contra la propia "seguridad" y "supervivencia" del mismo. Este es el bien jurídico que se protege con el artículo 172.2º. Evidentemente, la lesión o puesta en peligro de este bien jurídico, puede traducirse en una perturbación de la tranquilidad o del orden público: pero ello no es necesario. Si la asociación tiene por objeto cometer algún delito (art. 172.2), la esencia de la institución estatal queda ya dañada, aunque no se produzca tal alarma o trastorno externo: e incluso, aunque dicha asociación cuyos fines coinciden con alguna figura de delito, inspire tranquilidad o refuerce aparentemente el sentimiento de seguridad en la colectividad.

5.- La denominación de este bien jurídico es un problema puramente terminológico. Opto por la de "seguridad del Estado", entendida en el sentido que acabo de exponer. A la "seguridad del Estado", o "seguridad interior del Estado" se refiere reiteradamente la legislación histórica sobre bandas y cuadrillas de malhechores; y, bajo esta rúbrica legal, se encontraban aquellas en el C.P. de 1822, y las "asociaciones ilícitas" en el C.P. de 1848; los delitos citados aparecen hoy, en el C.P. vigente, bajo la misma rúbrica genérica del Título II: "delitos contra la seguridad interior del Estado".

6.- Desde la perspectiva del "bien jurídico", la rúbrica legal es relativamente satisfactoria. La del Título II, entendiendo el término "seguridad interior del Estado" en el sentido expuesto, puede y debe conservarse. Cumple su misión, aunque no se me ocultan las contradicciones e incongruencias de la misma si se examina el contenido de las figuras delictivas que integran sus trece capítulos. No parece justificado, por ejemplo, que el delito de blasfemia, seguido de escándalo (art. 239), sea un delito contra la seguridad interior del Estado", y no lo sea, por ejemplo, la falsificación de la firma o estampilla del Jefe del Estado (art. 269); o, que se incluyan en el Título II algunos de los delitos cometidos por los funcionarios contra el ejercicio de los derechos de los particulares (Sección 2ª del Capítulo II) y no, paradójicamente, el resto de los delitos cometidos por aquellos en el ejercicio de la función pública (Capítulos I a XII del Título VII).

En cuanto a la rúbrica del Capítulo II ("delitos cometidos por los particulares con ocasión del ejercicio de los derechos de la persona reconocidos por las leyes"), reitero lo ya dicho. Es más ajustada a la naturaleza y significado de las asociaciones de carácter político que a la de la asociación para delinquir; y responde, además, a una ideología que no es la de nuestro Código vigente. Pero no veo inconveniente en que se mantenga siempre que conserve el valor interpretativo complementario y accesorio que le corresponde: éste no es otro que la constatación de que ciertos bienes jurídicos no mencionados en dicha rúbrica pueden lesionarse o ponerse en peligro mediante el ejercicio abusi

vo de determinados derechos reconocidos en el ordenamiento.

7.- Un autor español (152), apoyándose precisamente en la dicción de la rúbrica del Título II, propone que el término "delito" del artículo 172.2º se interprete restrictivamente, entendiendo que no ha de tratarse de "cualquier" delito, sino solo de "delitos -- contra la seguridad interior del Estado". Considero -- necesaria una distinción al respecto, porque una cosa es que el bien jurídico tutelado sea la "seguridad interior del Estado", como propugno, y otra distinta -- contra la seguridad interior del Estado". A mi juicio, lo segundo no es correcto. Primero, porque la letra de la ley supone un obstáculo difícil de salvar. En segundo lugar, porque la interpretación restrictiva que se propone es contraria a la "ratio legis" y a la evolución histórica de la propia norma: el legislador, en 1944, suprime el tradicional requisito de que el delito esté previsto en el Código, para fundamentar con arreglo al artículo 172.2º la ilicitud de asociaciones que tuvieren por objeto cometer delitos previstos en la legislación especial; entender por "delito": "delito previsto en el Título "" (delitos contra la seguridad interior del Estado) significa reducir, contra legem, el alcance de un término muy claro, cuando el legislador precisamente trata de potenciar al máximo su campo de acción. En tercer lugar, porque esta interpretación -- puede conducir a resultados injustos, dado el carácter heterogéneo de las figuras que integran el Título II: una asociación que tuviera por objeto cometer el delito previsto en el artículo 205.2º, (153), por ejemplo, sería ilícita por encontrarse dicho delito entre los --

delitos "contra la seguridad interior del Estado"; -- mientras que no podría reputarse ilícita una asociación constituida para cometer asesinatos, porque este delito no es de los contenidos en el Título II del Código. Por último, parece evidente que si el término "delito" merece una interpretación restrictiva, solo puede ser en virtud de mandato expreso del legislador tal y como sucede a propósito de otros tipos semejantes, como pueda ser el previsto en el nº 3º del artículo 166: aquí se distingue, dentro de las reuniones no pacíficas, entre las que lo son porque se celebran con el "fin" de cometer "alguno de los delitos penados en la Ley", y aquellas otras que se reputan igualmente no pacíficas porque, estando celebrándose, se cometiere "alguno de los delitos penados en este Título"; por otra parte parece más congruente con las premisas sentadas al principio de esta exposición, la tesis de que toda asociación que tiene por objeto cometer "algún delito" es decir, "cualquier delito", deba reputarse ilícita: porque la amenaza al bien jurídico protegido no deriva de la clase o gravedad del delito que los asociados puedan ejecutar, sino del hecho de asociarse para cometer un hecho prohibido por la ley, organizadamente. Es este reto al poder del Estado, esta negación de su supremacía, lo que constituye la "ratio essendi" de la norma (154).

NOTAS AL CAPITULO II

- 1.- Elementos del Derecho Civil y Penal de España, III, 4ª Edición, 1851, págs. 250 y 251.
- 2.- Instituciones del Derecho Penal Español, arregladas conforme al C.P. reformado de 30 de Junio de 1850. Oviedo 1860., pág. 196 y 197.
- 3.- Comentarios, jurisprudencia y tablas de penar. Coruña, 1932, págs. 192 a 194.
- 4.- Viada y Vilaseca. Código Penal reformado de 1870. 4ª Edición, II. Madrid. 1890., pág.82.
- 5.- Código Penal de 1870 concordado y comentado. Burgos. 1874 (2ª Edición. 1911), III pág. 422 a == 425.
- 6.- Groizard y Gómez de la Serna, op.cit. pág. 425.
- 7.- Rodríguez Devesa, J. Mª. Derecho Penal Español, == cit. P.E. pág. 653.
- 8.- Por ejemplo, en la sentencia de 26 de Mayo del 1972.
- 9.- Así: Puig Peña, F. Derecho Penal, cit. III pág.= 68; Cuello Calón, E. Derecho Penal cit., P.E. == (13ª Edición), pág.55; Jaso, Derecho Penal cit. - P.E., pág.34.
- 10.- Rodríguez-Devesa, J.Mª. Derecho Penal Español, == cit.P.E. pág. 653; Ferrer Sama, A. Comentarios - cit. III pág. 103 y 104.
- 11.- Indudablemente influyen razones pedagógicas, que obligan a una exposición y tratamiento unitario = de todos estos delitos, a pesar de que la naturaleza y "ratio legis" de los nº 1º y 2º del artículo 172 difiere de la de todas las otras figuras - incorporadas con la reforma de 1944.
- 12.- Derecho Penal, cit.P.E., pág.68.
- 13.- Op. cit., pág.55.
- 14.- Rodríguez-Devesa se remite, por ejemplo, al Fuego de Españoles y a la Ley de Asociaciones, remisión que parece convenir más a las figuras delictivas incorporadas con la reforma de 1944 que a los números 1º y 2º del artículo 172. Vid, op. == cit., P.E. pág. 654.
- 15.- Comentarios, cit, III, pág.103.

- 16.- Compendio de Derecho Penal (adaptado al programa de oposiciones de la Escuela Judicial). Madrid, 1958, II, pág.22.
- 17.- Enciclopedia del Diritto Penale Italiano, Volumen VII, 1907 (a cura di Eurico Pessina): Dell'associazione per delinquere: pág. 1024.
- 18.- Lehrbuch des gemeinen Strafrechts. II, Leipzig (B.T.), pág.899.
- 19.- "Strafbare Überschreitungen des Vereinsrechts", según Liszt: en Lehrbuch, 1932 (24 Edición) , - pág. 644.
- 20.- Werner, se refiere al "Missbrauch des Rechts auf Vereinigungsfreiheit" (Apud: Leipziger Kommentar 1954, Band I, pág. 694).
- 21.- Lehrbuch des Strafrechts. Berlin, 1932, pág. 374.
- 22.- Vid, en el Lehrbuch de este autor, la evolución histórica-legislativa del derecho de asociación en Alemania (op.cit., pág.644).
- 23.- El parágrafo 128, suprimido por la StAG de 25 de Junio de 1968, decía así: "Die Teilnahme an einer Verbindung, deren Dasein, Verfassung oder Zweck vor der Staatsregierung geheimgehalten werden soll, oder in welcher gegen unbekannte Obere Gehorsam oder gegen bekannte Obere Unbedingter Gehorsam versprochen wird, ist an den Mitgliedern mit Gefängnis bis zu sechs Monaten, an den Stiftern und Vorstehern der Verbindung mit Gefängnis von einem Monat bis zu einem Jahre zu bestrafen. Gegen Beamte kann auf Verlust der Fähigkeit zur Bekleidung öffentlicher Ämter auf die Dauer von einem bis zu fünf Jahren erkannt werden".
- 24.- Dice el parágrafo 129 a), introducido por Ley de 30 de Agosto de 1951, y suprimido por la Ley de Asociaciones de 5 de Agosto de 1964: "Hat das Bundesverwaltungsgericht oder das oberste Verwaltungsgericht eines Landes festgestellt, dass eine Vereinigung gemäss Artikel 9 Abs.2 des Grundgesetzes verboten ist, so wird jeder, der die Vereinigung fortführt, den organisatorischen Zusammenhalt auf andere Weise weiter aufrechterhält, sich an ihr als Mitglied beteiligt oder sie sonst unterstützt, mit Gefängnis bestraft soweit nicht in anderen Vorschriften eine schwerere Strafe "

angedroht ist..."

- 25.- Debo exceptuar, no obstante, la tesis de Maurach (Deutsches Strafrecht, 1969, B.T., pág.670) a -- quien en su momento me referiré.
- 26.- Ciertamente, como ya puse de relieve en el Capítulo anterior, para el constituyente español de 1869, el delito aparece como ejercicio abusivo - del derecho de asociación, como ejercicio ilícito de este derecho. Pero esta peculiar óptica no determina el objeto de la tutela penal.
- 27.- Es forzoso distinguir entre el ejercicio "lícito" o "ilícito" del derecho de asociación, y los delitos que "con ocasión" del mismo pueden cometer-- se:delitos que, a su vez, determinan la ilicitud de aquel. Luego la "asociación ilícita" no puede ser uno de esos delitos que se cometen "con ocasión" del ejercicio de este derecho. Con ocasión de ejercer el derecho de asociación se puede "matar", "asesinar" etc... pero no "asociarse ilícitamente".
- 28.- No sucede con la "asociación" lo mismo que con -- las "reuniones" no pacíficas. Una reunión puede estimarse ilícita, aunque su objeto no lo fuera, = si "estando celebrándose, se cometiere alguno de los delitos penados en este Título", como dice -- el número 3º, inciso final, del artículo 166 del C.P. Las asociaciones a que se refiere el nº 2º del artículo 172 solo pueden reputarse ilícitas si tienen por "objeto" cometer algún delito. Si con "ocasión" del funcionamiento de la misma, o de las actividades sociales, alguno de sus miembros delinque, no por ello habrá de estimarse ilícita la asociación: ni incurrirán automáticamente en responsabilidad sus socios y directivos. -- Lo delictivo ha de ser el "programa", el "objeto" social: no la actividad societaria. El que con ocasión de ésta se delinca, carece de relevancia.
- 29.- Conceptualmente es claro que de no existir entre el ejercicio del derecho de asociación y los delitos cometidos "con ocasión" del mismo otro tipo de conexión que la "ocasional" a que se refiere la rúbrica de la Sección y del Capítulo, no -- puede considerarse de ningún modo aquel como objeto de la tutela penal. Todo delito, en definitiva, no es otra cosa que el ejercicio ilegítimo de algún derecho: pero esta acepción tam amplia y gené

rica no permite delimitar cuál es el objeto de la protección penal que otorga un determinado precepto del Código.

- 30.- Por el que han de reputarse ilícitas las asociaciones que se "constituyeren sin haber cumplido los requisitos o trámites exigidos por la Ley".
- 31.- Se reputan ilícitas según este precepto: "las que intentaren la implantación de un régimen basado en la división de los españoles en grupos políticos o de clase, cualesquiera que fueren!"
- 32.- En el C.P. italiano, la asociación ilícita se recoge en el Título Quinto, del Libro II, y bajo la rúbrica: "Dei delitti contro l'ordine pubblico"; en el C.P. francés, bajo la Sección V del Capítulo IV del Libro III siendo la rúbrica de dicho Capítulo IV: "Crimes et delits contra la paix publique"; en el StGB alemán, en el Capítulo VII de la Parte Segunda, bajo la rúbrica: "Verbrechen und Vergehen wider die öffentliche Ordnung".
- 33.- Artículo 265: "Toute association formée, quelle que soit sa durée ou le nombre de ses membres, toute entente établie dans le but de préparer ou de commettre des crimes contre les personnes ou les propriétés, constituent un crime contra la paix publique".
- 34.- Traité théorique et pratique du Droit Pénal Français, 2ª Edición, Paris, 1891. Tomo IV., pág. 78 a 87.
- 35.- Théorie du Code Pénal. 6ª Edición. Paris 1887. Tomo III, págs 280 a 291.
- 36.- Dalloz E., y Sergés Ch., Jurisprudence générale. Codes annotés. Code Pénal. Paris, 1881, pág. 365 y 366.
- 37.- "La loi frappe le seul fait de l'association comme une menace et une atteinte a l'ordre public", dice Garraud (op.cit., pág.80); en este sentido Chauveau-Hélie, op.cit. pág.281.
- 38.- Tesis que mantienen: Garraud, op.cit. pág.78; Chauveau-Hélie, op. cit. pág.280; Carnot, Commentaire sur le Code Pénal. Paris, 1823., Tomo I, pág. 630 a 636.

- 39.- Como advierte Garraud, al referirse a las asociaciones de malhechores: "Ils menacent les droits d'autrui, mais sans leur porter une atteinte actuelle; ils ne renferment donc aucune lésion directe et matérielle, mais ils troublent la sécurité publique par le danger qui en résulte et == l'alarme qu'ils répandent" (op. cit. pag. 78).
- 40.- En este sentido, Carnot., op. cit. pag. 631.
- 41.- Como dice Garraud, op.cit., pag.78. En el mismo== sentido, vid: Dalloz-Vergés, op.cit. pag. 365 (se incrimina no en cuanto acto preparatorio sino == prescindiendo de los delitos que tuvieran por objeto cometer las bandas -: se castiga como hecho - "inmoral" en sí mismo y como contrario a la "paz pública"); Hélie, Faustin. Pratique Criminale == des Cours et Tribunaux. 7ª Edición (por Jean y == François Brouchet). Paris. 1954, pag.209); Garçon, E. Code Penal Annoté (por Rousselet, M. Patin, M. y Ancel, M.), Tomo I, Paris, Recueil Sirey, pag.= 930; Chauveau-Hélie, op.cit. pag.280-281; la misma tesis se mantiene en: Blancue, A. Etudes pratiques sur le Code Penal. 2ª Edición. Paris, 1888, pag. 362 a 375; Vouin, Précis de Droit Pénal Spécial, 1ª Edición, Paris 1953 (Lib. Dalloz), pag.= 504 y 505; Lambert, Traité de Droit Pénal Spécial Editions Plice -Révue 1968, págs. 891 a 899; Go== yet, F. Droit Pénal Spécial (por Rousselet, M., == Arpaillage. P., y Patin J.). Paris. Sirey. 1972. págs. 214 y 215.
- 42.- Chauveau-Hélie, op.cit. pag. 281
- 43.- Garçon, E., op.cit. pag.930; en el mismo sentido: Garraud, op.cit., pag.78 y 79.
- 44.- Chauveau-Hélie, op.cit. pag.281
- 45.- Según mantienen:Dalloz E., op.cit., pag.365 y 366; Chauveau-Hélie: op.cit. pag.281 ;Garraud, op.cit. pag.280; Garçon, E.; op.cit., pag. 930; Hélie, F. op. cit. pag.209.
- 46.- Como afirma Garraud: "Il s'agit donc ici d'une classe de méfait qui offre, plus que toute autre, une grande incertitude dans son organisation et sa répression. En cette matière, la législation doit éviter un double écueil: celui d'ouvrir, sous prétexte de sécurité publique, des procès de tendance,

en incriminant des actes ou des situations équivoques; ou bien celui de ne pas sauvegarder l'ordre public, en laissant impunis certains faits qui compromettent gravement" (op.cit., pág.78 y=79).

- 47.- Aunque algún autor se refiere ya a una función - "preventiva" del tipo, que pudiera ser precursora de futuras posiciones dualistas. Por ejemplo=Garçon, E., op. cit. pág.930.
- 48.- "Les malfaiteurs dont ils s'agit en ce moment ne sont pas ceux qui agissent isolément ou même de concert avec d'autres pour la simple exécution - d'un crime: ce que le projet de loi considéré -- particulièrement ici, ce sont les bandes ou associations de ces êtres pervers, qui faisant un métier du vol du brigandage, sont convenus de mettre en commun le produit de leur méfaits" (op.cit. - pág.631).
- 49.- L'associazione a delinquere secondo l'abolito codice toscano. Enciclopedia giuridica italiana, dirigida por P.S. Mancini, Vol. Parte IV, pág. 1118. Del mismo autor: Programma, VI, 3014 y ss.
- 50.- L'associazione per delinquere, Napoli 1971. Editorial Dott. Eugenio Jovene.
- 51.- Sobre las acepciones de este término en el ordenamiento italiano, vid: Contieri, I delitti contro l'ordine pubblico, Milan 1961; Zerboglio, Delitti contro l'ordine pubblico, en el Trattato, 4ª Edición, Milán 1935 (de Florián); Paladín, Ordine -- pubblico, Nuovissimo Digesto italiano, vol. XII, = 1965, pág.130 y ss; Rosso, en Nuovissimo Digesto italiano, 1965, XII págs. 152 y ss.
- 52.- Instigazione a disobbedire alle leggi. Scritti -- teorico-prattico sulla nuova legislazione penale= Vol. II, 1933., pág.93. Del mismo autor, Vid: Trattato di Diritto Penale (coordinado por Florián), 1935, págs. 1 a 20.
- 53.- Brevi note sulla nozione di ordine pubblico nell' art. 656 c.p., Rivista italiana dir. e. proc. pen. 1962., pág.797 y ss.
- 54.- Para Manzini: "il regolare andamento della vita -- sociale nello Stato" (Trattato., 1962.,VI.,pág. = 147).

- 55.- Relazione ministeriale sul progetto. 1887. nº -- CXIII, pág. 393.
Fórmula semejante utilizará un conocido pasaje de los Trabajos Preparatorios del Código vigente en el que se basará la doctrina italiana dominante para mantener que el artículo 416 protege la "tranquilidad pública"; dice éste así: "il buon assetto ed il regolare andamento del vivere civile, a cui corrispondono, nella colettività, l'opinione ed il senso della tranquillità e della sicurezza" (Lavori preparatori, Vol. V., pág.203).
- 56.- Cavagnari, I. Delitti contro l'ordine pubblico. = Trattato di Diritto Penale, diretta de A. Vallardi. 1891, pág.720 y ss.
- 57.- "L'ordine pubblico non puo confundersi col piú ampio concetto di ordine giuridico". Relazione Ministeriale sul progetto del codice penale, II pág. 203.
- 58.- Como propone Cavagnari, op.cit. pág.720
- 59.- "L'opinione della sicurezza nei consociati", según Barsanti (Rivista Penale, 1887, pág.35); "coscienza della pubblica sicurezza" en Zerboglio (op.cit. pág.58); "senso di sicurezza", para Vanini (Manuale di Diritto Penale italiano P.E. --- 1954. Milán, pág. 141); "senso di orgasma nella coscienza collettiva" es la expresión que emplea De Bella para reflejar negativamente los términos anteriores (op.cit. pág.42).
- 60.- Vid: De Rubeis, delitti contro l'ordine pubblico, Enciclopedia del diritto penale italiano, Vol. -- VII, dirigida por E. Pessina. 1907, pág. 885: el autor compagina dos elementos en el concepto de "orden público"; habla de un "estado de ánimo", pero también de unas "condiciones" de tranquilidad; ésta se amenazaría en la medida en que se perturbara aquel "stato d'animo".
En esta tendencia subjetivista debe citarse -- Contieri, para quien el "orden público" es, ante todo, un "sentimiento colectivo" un "estado o condición del ánimo": un bien jurídico de naturaleza "psíquica", "inmaterial" (vid. Contieri, I delitti contro l'ordine pubblico.., Milán, 1961 - pág. 3).

- 61.- Como dice Salerno, Concorso delittuoso ed associazione a delinquere, Scuola Positiva, 1930.I. pág.52.
- 62.- Para Pisapia, en una "particolare allarme" se encontrará la ratio de la incriminación de todas estas figuras delictivas. Istituzioni di Diritto Penale. 2ª Edición, Padova, 1970, pág.269: A la "alarma social" se refiere, también, De Bella (Il reato di associazinne per delinquere, Bocca 1933, pág.6).
- 63.- Salerno cifra el contenido concreto de la "tranquilidad pública" en la ausencia de un "senso di sfiducia nelle forze protettive della vita sociale". (op.cit. pág. 53); idea que se podría complementar con la frase de Costa: frente a la actuación de las fuerzas colectivamente organizadas para la comisión de delitos" (En:Nuevo Digesto, Associazione per delinquere, cit. 1937, I, pág.1033).
- 64.- A mi juicio, lo es, por ejemplo, la de Santaniello: Manuale di Diritto Penale, 1961, 2ª Edición= pág. 362 ("armonico andamento della vita sociale").
- 65.- Manuale, 2ª Edición, 1966, II., pág. 621 y 622; - para el autor tiene el orden públicos dos aspectos: la armónica y pacífica coexistencia de los ciudadanos bajo la soberanía del Estado y del Derecho (la paz pública) y el sentimiento de paz y tranquilidad que aquellos experimentan, en consecuencia.
- 66.- Diritto Penale, 1953., 4ª Edición, Vol.II., T.I., pág. 353.
- 67.- In tema di associazione per delinquere e di contravvenzione alle leggi sanitarie. Foro italiano 1933., II., pág. 111. Para el autor, el orden público consisten en aquello que concierne a la paz interna y a la tranquilidad pública, siendo objeto de la tutela que confiere el artículo 416= la "lotta contra ogni forma criminosa collettiva, a qualunque delinquenza rivolta".
- 68.- Que tipifica la llamada "associazione per delinquere" en el ordenamiento penal italiano.
- 69.- Giur. p. 1930,II, pág.228. Il reato di associazione a delinquere nel codice cit.:" Perché per-

turba il regolare andamento del vivere civile, -
deffende la minacia a quei beni giuridici al cui
attentato mirano le specie delittou si per cui -
si é costituita l'associazione...". Es, pues, una
postura ecléctica.

- 70.- Para Rosso (op.cit. pág.153) el "orden público"==
miraría a dos aspectos distintos: al bien "paz ==
social", que quedaría "lesionado" por el mero he-
cho de la constitución de la asociación (delito -
de daño); y a "tutti quegli interessi particolari"
en "peligro" ante la eventual ejecución del pro==
grama delictivo (delito de peligro).
- 71.- "El objeto de la tutēla penal en el delito de aso-
ciación para delinquir es el interés de garanti==
zar el orden público considerado in se y per se, =
y en relación al peligro de lesiones específicas=
de carácter delictivo..." (Nuevo Digesto. 1937.I.
pág. 1033).
- 72.- Según Manzini (Trattato..., cit. VI, pág. 169) el
tipo entraña "una effettiva lesione dell'ordine -
pubblico, avvisato in sé stesso, como bene giuri-
dico a se stante, cagionata dall'esistenza d'una=
si fatta criminosa associazione nel seno della ==
società e dell'allarme sociade determinada dalla=
notizia dall'esistenza dell'associazione medesima
...; (ed un "pericolo di lesione per l'ordine pu=
bblico in particolari suoi aspetti, cioè en rela-
zione agli interessi giuridico specifici che for-
mano oggetto dei delitti che l'associazione si pro-
pone di commettere...".
- 73.- En el mismo sentido que Manzini, vid. Natura e li-
miti dell'associazione a delinquere, Giur. Pen. -
1955.II., pág. 433.
- 74.- Op. cit. págs. 147 y 148.
- 75.- Instituciones del Derecho Penal de España, 1849,=
pág. 972.
- 76.- Porque las sociedades "secretas", del C.P. 1848 -
eran ilícitas simplemente por ser "secretas", sin
que se tuviera en cuenta la ilicitud o ilicitud -
de sus objetos y fines no declarados.
- 77.- Yañez, P. Ponencia no publicada, que con el títu-
lo "Reflexiones en torno a las asociaciones para="

delinquir" se presentó el 12 de Marzo de 1971 al Seminario organizado por la Tercera Cátedra de Derecho Penal de la Universidad Complutense, en el curso 1970-1971 sobre las asociaciones ilícitas. Ponencia, cit, pág.19.

- 78.- Ponencia cit, id.id.
- 79.- Solo pueden señalarse algunos autores que disienten de esta opinión mayoritaria, apuntándose a una tesis muy semejante a la que mantiene la doctrina española: Von Hippel (op.cit. pág.374); Von Liszt (op.cit. pág. 643) y Werner (op.cit. pág. - 694). Como antes dije, este parecer carece actualmente de apoyo en la fórmula alemana.
- 80.- En Leipziger Kommentar, cit. Band.I.1954.7ª Edición págs. 694 y ss.
- 81.- Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 24ª Edición - 1922. Págs. 643 y ss.
- 82.- Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts.B.T. Band II, 1905. Leipzig. pág. 899 y ss.
- 83.- Deutsches Strafrecht. B.T. 5ª Edición 1969, pág.= 670 y ss.
- 84.- Kommentar, 16ª Edición. cit. pág.854 a 858.
- 85.- Dreher, E. Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen und= Verordnungen. 33ª Edición 1972. pág. 600 a 603.
- 86.- Lackner-Maassen, Strafgesetzbuch mit Erläuterun= gen. 7ª Edición.1972, pág.358 a 361.
- 87.- Pfeifer. G. Maul, Hund Schulte, B. Kommentar and= Hand der Rechtsprechung des B.G.H. 1969, págs 345= a 347.
- 88.- Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar, 9ª Edición.= 1972. 11ª Entrega, págs. 124 a 129 (por Mösl).
- 89.- Dalcke-Fuhrmann-Schäfner. Strafrecht und Strafver= fahren. 37ª Edición. 1961. pág.160-161.
- 90.- Kohlrausch-Lange. Strafgesetzbuch mit Erläuterun= gen und Nebengesetzben. 43ª Edición. 1961. págs.= 345 a 347.

- 91.- System des Strafrechts. B.T. 1954, pág. 475. Se refiere el autor a la "Teilnahme an Staatsgefährlichen Verbindungen".
- 92.- Sauer, op.cit. pág. 461.
- 93.- Mezger-Blei. Strafrecht.II.B.T. 9ª Edición, 1966 págs. 297 y ss. Como Sauer, tampoco aborda la problemática del bien jurídico protegido.
- 94.- Welzel, Das Deutsche Strafrecht. 11ª Edición. --= 1969. pág.1509; en la 10ª Edición se refería el autor a la "Teilnahme an staatsgefährlichen Verbindungen" (pág.486), término que ha sustituido en su más reciente edición por el de "kriminelle Vereinigungen" (pág.511). Dice el autor que la "innere Friede des Volkes kann nach zwei Richtungen gestört werden...(y, además...) gefährdet werden durch öffentliche Verletzung und durch Bandenbildung" (pág.509, II Edición).
- 95.- Maurach, op.cit. B.T. pág.671.
- 96.- Mezger-Blei, Strafrecht, A.T., 14ª Edición, I, -- pág.248.
- 97.- Derecho Penal,II., pág.165 (traducción al castellano, por P. Dorado. Madrid. La España Moderna).
- 98.- Op.cit. pág.509.
- 99.- Véase la sentencia del Tribunal Supremo alemán -- BGH. 19.5.1954, 6StR 153/54. En ella se señala -- que el bien jurídico protegido por el parágrafo 129, en su actual redacción, no difiere, esencialmente, del que tutelaba el mismo tipo con arreglo a su configuración anterior. Lo que no comparto, = porque entiendo ha sido decisiva su nueva redacción.
- 100.- Comparto la tesis de Kohlrausch, quien advierte -- como aunque el legislador alemán haya conservado la misma rúbrica legal y estructura del Capítulo 7º, no obstante se ha producido una modificación esencial en el nuevo parágrafo 129, que impide toda comparación (op.cit. pág.345).
- 101.- En cuanto a la semejanza existente entre la asociación ilícita y la "Mordverbindung", dicha semejanza

janza no se discute, sino solo cuestiones sistémicas. Se habla, por ejemplo, del "parentesco" existente entre ambos tipos (Olshausen's Kommentar zum Gesetzbuch für das Deutsche Reich, - 12ª Edición, 1942, pág.286); Mösl prefiere aludir a la "relación de especialidad" que une a ambos (op.cit. pág.115); lo que se discute es si el parágrafo 49 b). debía llevarse junto al 129, tesis de Sauer (op.cit. pág.476), Mühlmann Bommel (op.cit. pág.150), Welzel -que de hecho así lo hace- (op.cit. pág.510-511); o si es el parágrafo 129 el que debe situarse en la Parte General, junto al 49b), como propugnan, Jescheck, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 2ª Edición, 1972 pág. 537, Baumann (Strafrecht. A.T. 4ª Edición= 1966, pág.538).

- 102.- Me refiero concretamente, a la "conspiración" (Verabredung):... ebenso wird bestraft, wer eine als Verbrechen mit Strafebedrohte Handlung verabredet".
- 103.- El nº 3º del parágrafo 244 castiga a quien "als Mitglied einer Bande, die sich zur fortgesetzten Begehung von Raub oder Diebstahl verbunden hat, - unter Mitwirkung eines anderen Bandenmitgliedes stiehlt..."; el 2º, del parágrafo 250, es el precepto paralelo:"...zu dem Raube mehrere mitwirken, welche sich zur fortgesetzten Begehung von Raub - oder Diebstahl verbunden haben".
Como se verá ambos tipos difieren esencialmente del parágrafo 129 porque es necesario que se haya llegado a ejecutar el delito por la banda.
- 104.- La llamada "Mordverbindung": "Wer an einer Verbindung teilnimmt, die Verbrechen wider das Leben bezweckt, oder als Mittel für andere Zwecke in Aussicht nimmt...".
- 105.- Maurach, op.cit. B.T. pág.669. Por todos, Leipziger Kommentar, pág. 113:"...nicht in erster Linie der Schutz des Lebens (dient), sondern die Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung".
- 106.- Op.cit. pág.150.
- 107.- op. cit. pág.186.
- 108.- Dreher es aún más rotundo:"...schützt die öffentliche Rechtsordnung, nicht das bedrohte Leben":= op.cit. pág. 288

- 109.- Op. cit. pág. 163. Mantiene la tesis que estimo dominante: "Sie schützt nicht in erster Linie - die Einzelperson, sondern die öffentliche Sicherheit und Ordnung...".
- 110.- Op.cit. pág.113. Vid. nota 103.
- 111.- Op.cit. pág.67.
- 112.- Op. cit. pág.282.
- 113.- Kommentar, cit., pág.408.
- 114.- Op.cit., B.T. pág. 669.
- 115.- Por todos, Schönke Schröder, Kommentar, cit., págs. 1268 y 1297.
- 116.- Sobre el tema, vid, Sauer, W. System des Strafrechts., B.T. Berlin, 1954, pág.489, nota 4.
- 117.- La prolija legislación especial sobre "bandas" y "cuadrillas de malhechores" se refiere continuamente a la "tranquilidad pública", a la "seguridad" de los caminos públicos que se halla comprometida por cuadrillas armadas que interrumpen el comercio y el tránsito, causando los daños y perjuicios que son notorios" (por todas, R.O. Circular de 13 de Enero de 1821. Colección de Decretos, cit. VIII pág. 64.
- 118.- El Título III del Código Penal de 1848 tenía la siguiente rúbrica:"delitos contra la seguridad interior del Estado y el orden público". En el Capítulo IV del mismo se regulaban las "asociaciones ilícitas".
- Sin embargo, el Código Penal de 1870 desdobló dicho Título III en dos títulos independientes: el II, que dirá:"delitos contra la Constitución" y el III,:"delitos contra el orden público". Los delitos de asociaciones ilegales se incluyeron en el Título II, es decir, entre los delitos contra la Constitución.
- El Código Penal de 1932 conservó la sistemática del Código Penal de 1870, con la distinción entre "delitos contra la Constitución" (Título II) entre los que se comprenden las asociaciones ilícitas y los delitos "contra el orden público", deñ Título III. Se confirma, así la orientación que marcara el legislador de 1870.

119.- Dispone el artículo 3º, de la Ley de 2 de Diciembre de 1963, nº 154/63.

Art. 3º.- Dentro de la jurisdicción ordinaria, con sede en Madrid se crea un Tribunal de Orden Público al cual se le confiere competencia privativa en todo el territorio nacional respecto de los demás Juzgados y Tribunales de dicha jurisdicción para juzgar los hechos delictivos siguientes:

a).- Los comprendidos en el título I -contra la seguridad exterior del Estado-; en el Título II, capítulo I -contra el Jefe del Estado, las Cortes, Consejo de Ministros y forma de Gobierno-, Secciones primera y cuarta del capítulo II - con ocasión del ejercicio de los derechos de la persona reconocidos por las Leyes-, capítulo III -rebelión-, capítulo IV -sedición-, capítulo V -disposiciones comunes a los dos anteriores-, capítulo IX -desórdenes públicos- y en su caso - capítulo X -disposición común- y capítulo XI -propagandas ilegales- y en el político o social, los del capítulo I -detenciones ilegales-, capítulo II -sustracción de menores-, capítulo V -allanamiento de morada-, capítulo VI -amenazas y coacciones- y capítulo VII -descubrimiento y revelación de secretos-, todos del libro II del Código Penal.

b).- Aquellos de cuyo conocimiento se inhiba la jurisdicción militar, a tenor del párrafo último del artículo octavo del Decreto 1794/1960, y estén comprendidos en esta Ley.

c).- Los delitos conexos y las faltas incidentales de los delitos mencionados en los dos apartados anteriores.

Este Tribunal conocerá también, en el supuesto a que se contrae el párrafo primero del artículo 43 de la Ley de Orden Público de 30 de julio de 1959 (R. 1055) y con jurisdicción en todo o parte del territorio nacional a que afecte la declaración del estado de excepción a que se refiere, de los hechos delictivos que el artículo 44 de dicha Ley atribuye al Tribunal de Urgencia.

120.- El Código Civil, la Ley de Asociaciones, la de Orden Público, el Código Penal se refieren al "orden público", por lo que no es posible encontrar una acepción unívoca, del mismo en el ordenamiento jurídico español. A mi juicio, falta ésta incluso en el propio Código Penal (vid. artículos 246 a 249; 165 bis b), 511 y 567 a 572). Sobre el problema, en la doctrina española vid. Rodríguez Devesa, op.cit. P.E., pág.591.

- 121.- Caraccioli, op.cit., pág.797.
- 122.- Sobre el concepto de "bien jurídico" y funciones fundamentales que se atribuyen al mismo por la doctrina alemana, vid: Rudolphi, Die verschiedenen Aspekte des Rechtsgutsbegriffs, Festschrift für R. Honig, 1970, pág.151 y ss; Jescheck, Lehrbuch, cit, pág.192 y ss. Welzel, op.cit., 11ª Edición, págs. 1 a 6; Maurach, op.cit. A.T. 4ª Edición, pág.210 a 218; Baumman, op.cit. 5ª Edición, pág.124 a 128; Schmidhäuser, Strafrecht, A. T. 1970, págs. 24 a 26; Marx, M. Zur Definition des Begriffs Rechtsgut, Prolegomena, einer materialen Verbrechenslehre, Köhl, 1972.
- 123.- La necesidad de un concepto restrictivo de "orden público" que tenga por base determinados efectos o consecuencias "específicas" de ciertos delitos se propugna por Cavagnari (Trattato. cit., pág.720).
- 124.- Dada la pluralidad de acepciones de este concepto, inevitablemente equívoco, y con frecuencia cargado de toda clase de prejuicios, entiendo que para precisar cuál es el objeto de la tutela penal es obligado, un exámen de las características de la propia tutela, a cuyo fin creo es decisivo: 1º.- Determinar quien es el titular de dicho bien jurídico; 2º. Tomar postura respecto a la autonomía o dependencia del mismo, respecto a los otros bienes jurídicos concretos, eventualmente amenazados por la puesta en práctica del programa de la asociación; 3º. justificar si, dada la naturaleza del "orden público" y la específica estructura del tipo penal, estamos en presencia de un delito de "lesión" o de "peligro" 4º. Id, sobre si la asociación ilícita es un delito "pluriofensivo" o no.
- 125.- Franchina: Associazione per delinquere e reato continuato. Giurisprudenza Siciliana. 1964., pág. 492 y ss.
- 126.- Para proteger el bien jurídico "vida", por ejemplo, el ordenamiento penal cuenta ya con otros expedientes: basta con aplicar las normas generales sobre autoría y participación, si se han realizado comportamientos ejecutivos respecto al art. 407, o la conspiración para delinquir en cuanto a determinados actos preparatorios que, no obstante, pudieran entenderse amenazan dicho bien jurídico. Por ello

si con la asociación para delinquir no se pretendiera más que tutelar la vida -en el caso de la asociación constituida con el fin de cometer el delito previsto en el art. 407-, entonces no parece justificada, a mi entender, la creación de un tipo tan excepcional que va más allá de la propia incriminación de los actos preparatorios para proteger aquella. Sucede, por el contrario que reputando ilícita la asociación que tiene por objeto cometer el delito tipificado en el art. 407, el legislador ha querido tutelar algo distinto, algo que exige una protección "anticipada".

- 127.- El mismo argumento estimo que es válido para el Derecho italiano y para el alemán. El primero emplea la fórmula "piu delitti" (art. 416), a diferencia de la anterior redacción del artículo 248 del C.P. de Zanardelli que exigía que la asociación tuviera por objeto cometer determinados delitos. La fórmula del párrafo 129 del StGB es aún más amplia: la asociación se reputa ilícita si tiene por objeto ejecutar "acciones punibles" ("strafbare Handlungen").
- 128.- En este sentido, para el derecho italiano, Patalano (op.cit. pág.118 y 119).
- 129.- Lo mismo puede decirse, respecto a los comportamientos previstos en el nº 1º del artículo 174 (fundar, dirigir o presidir una asociación ilícita). Se daría la hipótesis de que la pena señalada para el "autor" de un determinado delito podría ser más benigna que la prevista para quien funda dirige o preside una asociación reputada ilícita precisamente porque tiene por "objeto" cometer ese mismo delito, aunque éste no llegue a ejecutarse.
- 130.- En España se muestra partidario de esta tesis -- Rodríguez Mourullo, G. (Comentarios al Código Penal, cit.I., pág.151).
- 131.- Apud, Binding, op.cit., pág.899. El autor citado critica la tesis de Göhrs.
- 132.- Die Lehre von der Theilnahme an Verbrechen, Berlin 1847, pág. 486.
- 133.- "Das von der Vereinigung geplante Sich-Hinwegsetzen über die Ordnungsnormen des Strafrechts - kennzeichne auch diesen Tatbestand als Gefährdung

der staatlichen Zwangsgewalt". Maurach, op. -+ cit., B.T. 1969, pág. 670.

134.- La Reforma del Código Penal. 2ª Edición, 1920 - pág. 35.

135.- Op.cit. pág.35.

136.- Patalano critica agudamente la equiparación de - los términos "orden público" y "tranquilidad pública" que propugna, a su juicio la doctrina italiana, dominante. Vid: L'associazione per delinquere. cit. pág. 128 y 129.

137.- Op. cit. pág. 138-139. Patalano sigue a Paladín: (Vid. éste, "Ordine Pubblico", Nuovissimo Digesto, 1965, XII, pág.131).

138.- Patalano, op.cit. pág. 135-136. En el mismo sentido, De Bella, op.cit. pág. 42. El autor advierte como los delitos contra el "orden público" - en el ordenamiento italiano exigen la producción de una alarma (delitos de violencia pública) y cita, en sentido contrario a la tesis que mantiene jurisprudencia de la Corte de Casación (pág.= cit, nota 118) que requiere se haya producido - tal alarma para que se dé el delito de asociación para delinquir.

139.- Op.cit. pág.175.

140.- Op.cit. pág.182.

141.- Op. cit. pág. 147. El autor critica a la doctrina italiana dominante, porque en la búsqueda - del bien jurídico protegido por la norma, en lugar de partir del tipo, lo hacen del significado que el término asociación tiene en el Derecho Civil (op. cit. pág.112).

142.- Op. cit. pág. 146.

143.- Op. cit. pág. 152 y ss; y pág. 176.

144.- Op. cit. pág. 156.

145.- Op. cit. pág. 169.

146.- Op. cit. pág. 168, 169 y 171.

- 147.- Capograssi, Note sulla molteplicita degli ordinamenti giuridici. Opere, Vol. IV, 1959, pág. -- 198. Apud. Patalano, op.cit. pág. 179
- 148.+ Patalano, op. cit. pág. 178.
- 149.- Op. cit. pág. 184.
- 150.- De estos presupuestos se deriva una consecuencia importante: la asociación ilícita no se incrimina en cuanto mero acto preparatorio.
- 151.- Esta es una de las diferencias estructurales --- que separan la asociación criminal de la conspiración para delinquir.
- 152.- Bueno Arus, F. Asociaciones que por su objeto o circunstancias son contrarias a la moral pública. (Ponencia no publicada, que se presentó el 16 -- de Octubre de 1970 al Seminario citado., pág. 14 y 15).
- 153.- "Incurrirán en las penas de prisión menor y multa de 5.000 a 50.000 pts:
2º. Los que emplearen amenaza, violencia, dádiva o engaño, con el fin de ganar adeptos para determinada creencia o confesión o para desviarlos de ella".
- 154.- La tesis que mantengo sobre el bien jurídico -- protegido, impone, por lo tanto, una interpretación amplia del término "delito" ("algún delito") del artículo 172.2º.

III.- NATURALEZA JURIDICA DE LA TUTELA PENAL

III.- NATURALEZA JURIDICA DE LA TUTELA PENAL

A).- Cuestiones generales.

Determinado ya el bien jurídico protegido, es decir, el "objeto" de la tutela penal (la seguridad del Estado), interesa ahora examinar su naturaleza y características. Tradicionalmente se distingue entre delitos de "lesión" y delitos de "peligro"; los primeros, incorporan al "tipo" la destrucción del bien jurídico; en los delitos de "peligro", el tipo exige la producción de un resultado concreto consistente en la posibilidad de una lesión para aquel.

¿Es el delito de asociación ilícita un delito de "lesión" o un delito de "peligro"?

Analizo las diversas soluciones que se han dado a este problema para exponer, después, mi punto de vista (1).

B).- Exposición y crítica de las diversas teorías.

a).- La asociación para delinquir como delito de "peligro" contra el "orden público".

Para unos autores, la asociación para delinquir es un delito de "peligro": un delito de peligro contra el "orden público".

El fundamento de la incriminación -dicen- no reside en la efectiva lesión o en el daño inmediato produ-

cido, sino en el peligro que existe para el "orden social", para la "tranquilidad pública", que determina la tipificación de una serie de comportamientos "amenazadores" (2) para aquellos; es la opinión de Napoleodano (3) y de Bella (4), que, por cierto, goza de gran predicamento en la literatura italiana (5).

No comparto esta tesis, una cosa es que la asociación criminal entrañe un peligro para la sociedad, para el orden público, y otra distinta, que se trate de un delito de "peligro". Estos autores parten, a mi juicio, de un concepto amplio de "peligro", que no coincide con la acepción "técnica" de este término. La "amenaza" que pueda representar para la sociedad o el orden público la existencia de una asociación criminal "motiva", sin duda, al legislador, pero no significa necesariamente que el delito sea, de "peligro". Para ello sería indispensable, como se verá, que dicho "peligro" se incorpore al "tipo" y que pueda y debe ser constatado por el juez la producción del mismo en el caso concreto, lo que no sucede a propósito de la asociación para delinquir.

b).- La asociación para delinquir como delito de peligro respecto a los bienes jurídicos amenazados por la eventual ejecución de su programa criminal.

Se ha considerado como "doctrina dominante" en Italia (6), aunque -a mi modo de ver- esto no es exacto (7). Su presupuesto es la identificación de los términos "asociación" y "acuerdo criminal" y la caracterización de aquella como "acto preparatorio"; es la tesis, por ejemplo, de Franchina (8); una variante de la misma se encuentra en Impallomeni (9), quien acude a un forzado paralelismo entre la "asociación para delin---

quir" y el delito de "amenazas": la asociación -dice - este autor- es la "amenaza" de que se cometan los deli- tos por ella programados, y por lo tanto, un "peligro" para los bienes jurídicos respectivos que estos tute-== lan.

Dos objeciones cabe formular contra estas doctri-== nas. La primera, respecto al concepto de "peligro" que utilizan, que tampoco coincide con la acepción jurídi- ca usual del mismo. Reitero a este propósito en lo di- cho en el apartado anterior. La segunda, en base a la- propia estructura del tipo examinado: porque, tanto en el C.P. italiano, como en el español, el fundar, diri- gir o participar en una asociación criminal es ya un - comportamiento típico, se ponga o no se ponga en peli- gro alguno de los bienes jurídicos contemplados en el= programa delictivo de aquella.

c).- La asociación para delinquir, delito= de "peligro" respecto a una pluralidad de bienes jurídicos heterogéneos.

Según otra opinión muy difundida, la asociación pa- ra delinquir es un delito de peligro respecto a bienes jurídicos heterogéneos, porque se trata de un delito= "pluriofensivo". Se distingue, entonces, entre un peli- gro "potencial". En este sentido, Monteleone (10) ad-== vierte que la asociación entraña un "peligro actual" - para el "orden público", pero también y al propio tiem- po, un "peligro p^otencial" para los bienes jurídicos= que resultarían lesionados si se llevara a práctica su programa delictivo: en ambos casos -no obstante- se== ría un delito de "peligro".

Esta tesis ecléctica reúne los inconvenientes de las anteriores, y otros más. Como aquellas, parte de un concepto "sui generis" de "peligro" que no comparto, porque no es el "peligro" incorporado al "tipo" - el peligro "concreto", sino un peligro que se presume por vía de interpretación como inherente al comportamiento típico. En segundo lugar, no explica por qué, tratándose de bienes jurídicos heterogéneos (lo son el "orden público" y los bienes jurídicos "singulares" simultáneamente protegidos, según estos autores) se configura una tutela de la misma clase para unos y otros ("peligro") (11). La distinción entre un peligro "actual" y un peligro "potencial" carece de rigor y no resuelve nada porque el concepto de "peligro" (concreto) no admite tal disyuntiva: o existe el peligro en el caso concreto, o no existe. La "actualidad" o "potencialidad" son criterios inadecuados para la concreción del concepto de "peligro". Boscarelli (12) trata de salvar esta objeción, explicando cómo, a su juicio, se relacionan y engarzan los diversos bienes jurídicos objeto de protección penal: el "orden público" -afirma- solo se "lesiona" si, en el caso concreto, existe el "peligro" de que se ejecuten los hechos criminales en programa: el "peligro", entonces, es un elemento del "tipo", de modo que, si no coinciden cronológicamente la "constitución" de la asociación y la efectiva producción de aquel, la conducta solo sería típica en el segundo momento (13). Para el autor, por lo tanto, la asociación criminal singular, y, en la medida en que existe tal "peligro", es también un delito de "lesión" contra el "orden público".

Ambas premisas me parecen inaceptables. En primer lugar, porque tampoco el C.P. italiano hace depender

la "tipicidad" de la efectiva puesta en peligro de los bienes jurídicos concretos que contempla la asociación en su programa. El que deba tener por objeto la comisión de "delitos" no significa que la conducta de participar, organizar o fundar la misma sea atípica -como pretende el autor- si el juez no constata que, de hecho, se produjo un peligro concreto para los respectivos bienes jurídicos. Pero, en segundo lugar, no solo hace correlativos el "peligro concreto" (de bienes jurídicos singulares) y la "lesión" (del "orden público"), sino que identifica, indebidamente ambos, privando por completo de autonomía al concepto de "orden público". La "lesión" del orden público, para el autor, no es -en definitiva- sino la puesta en peligro concreto de otros bienes jurídicos diferentes que solo nominalmente gozan de relativa autonomía.

d).- La asociación para delinquir como delito "mixto", de "lesión" y de "peligro".

Para la doctrina italiana dominante -siguiendo la tesis formulada por Costa (14)- la asociación para delinquir" es un delito de "lesión efectiva" por la perturbación que ocasiona al orden público, considerado en sí mismo, y es delito de "peligro" respecto a los bienes jurídicos que constituyen el objeto de los varios delitos que la asociación se propone cometer". En este sentido predomina la idea de que, como dice Manzini, la mera constitución de la asociación produce ya un "daño" efectivo al "orden público" en cuanto que "la inclusión en el cuerpo social de un semejante elemento criminoso, disminuye la seguridad pública" (15).

¿Cómo se justifica ahora que la asociación para delinquir entrañe necesariamente una "lesión" del "orden público"? Esto es lo que interesa resaltar, porque los

otros extremos de la tesis expuesta ya han sido su-
ficientemente analizados en epígrafes precedentes (16).

A la citada conclusión se llega, en la doctrina italiana, por tres caminos distintos. Unos autores, como Carrara (17), Barsanti (18) y Siniscalchi (19) - a través de la identificación de "delito formal" (carácter que atribuyen a la asociación para delinquir) = y delito de "lesión"; otros, como Antolisei (20), basándose en la naturaleza del bien jurídico: el orden público, solo sería susceptible de "lesión", no de "peligro"; otros, por último, por un razonamiento de "exclusión": la asociación para delinquir es un delito de "lesión" porque no es un delito de "peligro" -- (concreto) (21).

Ninguno de ellos me parece satisfactorio. Que el delito de asociación ilícita sea delito de "lesión" - (respecto al "orden público) porque el tipo se consuma por el mero hecho de "constituirse" la asociación criminal -según la tesis de Barsanti (22)- equivale a confundir dos cuestiones distintas: la naturaleza de la tutela penal ("lesión" o "peligro") y el momento de "consumación" del delito; se implica indebidamente la problemática de las formas imperfectas con la del bien jurídico. Por otra parte, dado que el tipo describe comportamientos individuales, las premisas no son válidas: el tipo (los diversos tipos no se consuman necesariamente cuando se "constituye" la asociación, sino cuando se "funda", "dirige", "organiza" o "participa" en ésta.

Según Antolisei, constituida la asociación debe entenderse ya "lesionado" el bien jurídico, porque --

"la mera existencia de la asociación suscita inevi-
tablemente una alarma en la población que perturba -
el orden público" (23). Ni las premisas ni sus con-
clusiones me parecen correctas, sin embargo, porque
no toda asociación que tiene por objeto cometer deli-
tos, perturba de hecho la tranquilidad pública: pue-
de no suceder así. Si el objeto de la tutela penal es
la "seguridad pública", cabe que, de hecho, ésta no
quedara afectada, sino incluso reforza, aunque la aso-
ciación deba reputarse ilícita porque tenga por obje-
to cometer delitos. El autor "presume" la existencia
de una "lesión" cuando en el caso concreto puede no -
producirse ni siquiera el "peligro". El concepto de -
"lesión" que emplea Antolisei equivale, en realidad -
al de "peligro abstracto", al que después me referiré.

Por último, Patalano, invoca cinco argumentos en
favor de la tesis de que la asociación es un delito -
de "lesión" para el "orden público". Primero: una a-
sociación ha de reputarse ilícita si tiene por objeto
cometer cualquier delito y por lo tanto, también si -
tiene por objeto cometer delitos de "peligro"; si el
de "asociación ilícita" fuese un delito de "peligro",
-dice el autor citado-, se daría la posibilidad de in-
criminar el "peligro" del "peligro", lo que es inadmi-
sible en el ordenamiento italiano, donde la "tentati-
va" -que exige ya un principio de ejecución- solo pue-
de configurarse respecto a delitos de "lesión" (24).
Segundo: dado que existen tipos penales que incrimi-
nan, de modo autónomo, conductas de "peligro", no tie-
ne sentido establecer una nueva tutela sobre los mis-
mos bienes jurídicos y de la misma naturaleza ("peli-
gro"), por lo que la asociación para delinquir no pue-
de ser un delito de "peligro" (25). Tercero: el que -

el delito de asociación ilícita se consume, sin ne-==
cesidad de que se hayan producido una "lesión" de los
bienes jurídicos amenazados por los "delitti scopo" -,
no quiere decir que sea un "delito de peligro", sino=
todo lo contrario, que el legislador no concede rele-
vancia alguna a tales bienes jurídicos, dejándolos ==
fuera del tipo. Es claro -añade- que el delito de aso-
ciación ilícita se consume por el mero hecho de la ==
constitución de la asociación. es decir: su sola exis-
tencia "lesiona" ya el "orden público" (26). Cuarto:==
si el delito de asociación ilícita fuese un delito de
"peligro", lo sería respecto a los bienes jurídicos a
menazados por el programa criminal de aquella, lo que
equivale a establecer, en una norma específica, una -
tutela tan amplia y genérica que la hacen inadmissi-==
ble (27). Quinto: las penas previstas para directivos
y afiliados de asociaciones ilícitas son, a veces, más
graves que las establecidas por la ley para los auto-
res de algunos delitos "consumados"; si el delito de=
asociación ilícita fuera un delito de "peligro", se -
podría castigar con penas más severas el "peligro" ==
que el "daño" o "lesión" de los mismos bienes jurídi-
cos" (28), lo que es inadmisibile.

Pero si se observa la argumentación de Patalano,=
podría concluirse que, para el autor, el delito de a-
sociación ilícita es un delito de "lesión" contra el=
"orden público" solo porque, a su juicio, no es un de-
lito de "peligro" contra los bienes jurídicos eventual-
mente lesionados con la puesta en práctica del progra-
ma criminal de la asociación. El planteamiento y las=
deducciones no me parecen congruentes. La argumenta-==
ción de Patalano demuestra, a lo sumo, que el delito=
de asociación para delinquir no es un delito de "peli

gro" respecto a los bienes jurídicos singulares amena-
zados por el programa criminal de aquella: pero nada=
más. No demuestra que el bien jurídico deba ser, en=
tonces, el "orden público" ni que la asociación para
delinquir sea un delito de "lesión" respecto a este .
bien jurídico. Patalano, por otra parte compara enti-
dades heterogéneas. Su afirmación, por ejemplo, de -
que si la asociación para delinquir fuese un delito -
de "peligro" se daría la paradoja de castigar con -
una pena más severa el "peligro" que la efectiva "le-
sión" creo es inexacta. En primer lugar, porque el -
autor compara la "lesión" y el "peligro" en abstracto,
prescindiendo de la obligada conexión de estos concep-
tos con los respectivos bienes jurídicos que, por cier-
to deben ser los mismos si se quiere comparar correc-
tamente uno y otro. Nada impide, que un delito de "pé-
ligro" tenga señalada una pena más grave que otro de=
"lesión", si los bienes jurídicos respectivamente tu-
telados no son los mismos, y el primero es de mayor -
valor para el ordenamiento. En segundo lugar, porque=
Patalano es contradictorio respecto a las premisas ==
que el mismo establece; en efecto, para el autor, el
delito de asociación ilícita protege el "orden públi-
co", bien jurídico distinto de los otros bienes singu-
lares contemplados en el programa social: niega, ade-
más, el pretendido carácter "preparatorio" de este de-
lito. Siendo así: ¿Cómo puede compararse -como compa-
ra- el delito de robo cometido individualmente (deli-
to de "lesión" en su razonamiento) con el delito de -
participar o dirigir una asociación que tiene por ob-
jeto cometer delitos de "robo" (delito de "peligro" -
en la hipótesis que maneja y critica)?. Evidentemente,
los términos de la comparación no son coherentes con=
los propios presupuestos de que parte el autor. Si ==

"participar" o "dirigir" una asociación ilícita no es un mero acto preparatorio, y si el bien jurídico que se tutela con este delito no son los singularmente amenazados por la asociación, entonces solo podría afirmarse que: asociarse para "robar" no puede merecer una pena superior a la prevista para el "miembro" de una asociación ilícita, constituida a tal efecto, que, además, ejecuta el delito de robo; y el propio Patalano propugna el criterio del concurso de delitos para estos casos, con lo que no existe la supuesta contradicción que denuncia, sino un defectuoso y equívoco planteamiento de la misma al manejar bienes jurídicos y comportamientos típicos heterogéneos.

C.- Toma de postura

De la exposición precedente, y de la crítica a las diversas teorías sobre la naturaleza del delito de asociación ilícita, se desprende ya mi punto de vista: se trata de un delito de "lesión" (delito de "daño", "Verletzungsdelikt", en las terminologías italiana y alemana, respectivamente) contra la "seguridad del Estado", y no de un delito de "peligro" (concreto), contra éste u otro bien jurídico; "fundar", "dirigir", "presidir" o "participar" en una asociación que "tiene por objeto cometer algún delito"... son comportamientos que incorporan a sus respectivos tipos la "lesión" del bien jurídico mencionado.

Fundamento esta tesis en tres consideraciones: el significado "técnico" de los conceptos "lesión" y "peligro", que ahora especificaré; la estructura del delito de asociación ilícita en el C.P. español, y la propia-

naturaleza del "bien jurídico" protegido.

1.- Los conceptos de "lesión" y "peligro"

Del significado que los términos "lesión" y "peligro", términos ya acuñados en la doctrina, se desprende que el delito de asociación ilícita no es un delito de "peligro" (concreto) sino de "lesión" (29)

Al analizar las diversas teorías sobre el problema en la literatura italiana formulé mi oposición a todas aquellas que caracterizan la asociación para delinquir como delito de "peligro", basándose en que la asociación entraña una "seria amenaza" contra bienes jurídicos más o menos determinados (bienes jurídicos singulares o abstractos); dije entonces -y lo reitero ahora- que dicha "amenaza" no puede entenderse como sinónimo de "peligro": y que estos autores partían de un concepto vulgar de "peligro", de una acepción estadística, pero no homologable. Por "peligro" debe entenderse -entiende la doctrina a la que me referiré- algo distinto.

Desde Binding (30) se distingue entre "delitos de lesión" y delitos de "peligro" (31): delito de "lesión" es aquel que incorpora al "tipo" la destrucción del bien jurídico protegido; delito de "peligro", aquel -! cuyo comportamiento típico exige la comprobación de - que, en el caso concreto, se produjo la probabilidad de dicha lesión ("peligro") (32). La distinción suele matizarse con tres observaciones: a) El "peligro" es un "estado de hecho", una "situación constatable" (33), es decir, un "resultado": el delito de "peligro" es -

un delito de "resultado"; (34) éste consiste, en definitiva, en la efectiva producción de una "probabilidad de lesión" para el bien jurídico (35). No se trata, por lo tanto, de un juicio de valor o de un juicio probabilístico, sino de una constatación del caso concreto: b) el "peligro", en cuanto "resultado" es una "consecuencia de la acción", pero -por ello- tanto es espacial como cronológicamente, algo distinto de la propia acción (36); no cabe hablar de "acciones" en sí mismas peligrosas, como si el "peligro" fuera inherente a la "acción": el "peligro" es un "resultado" de la acción perfectamente diferenciable de ésta: c) por último, el "peligro" es "peligro incorporado al tipo", "peligro típico; el "peligro" efectivamente producido si no es requerido por el tipo, carece de relevancia penal, porque el "peligro" es un "resultado" y el "resultado" debe estar previsto en el "tipo" (37).

Tradicionalmente, por otra parte, se reconoce que no hay más "peligro" que el peligro "concreto" (38). El llamado peligro "abstracto" no es "peligro" para la doctrina "tradicional". Por eso ésta ha negado que el juicio de "peligrosidad" pueda emitirse con arreglo a la teoría de la "adecuación" (31): el peligro requiere la constatación por el juez en el caso concreto, y existe o no existe; la doctrina de la adecuación, por el contrario, implica un juicio "generalizador", basado en las normas de la "experiencia", que obligaría a declarar "peligrosos" comportamientos que, de hecho, no lo fueron pero que "suelen" serlo; o, a afirmar la no peligrosidad de comportamientos que, en el caso concreto, produjeron tal peligro, pero que con arreglo al

criterio de lo "previsible" no "debieran" haberlo -- producido. No en vano, se estima que la "generalización" es incompatible con la naturaleza del "peligro concreto"; que supone un "retroceso", y que terminaría por convertir todos los delitos de "peligro" en delitos de "peligro presunto" o "abstracto" (40).

No se me oculta, sin embargo, que esta orientación tradicional se encuentra en crisis, dada la aceptación que ha merecido el equívoco concepto de -- "peligro abstracto" y las funciones que tiende la -- doctrina más reciente a asignar a este concepto. En efecto, con arreglo a los principios expuestos, la distinción entre "peligro concreto" y "peligro abstracto" es clara, como lo es que el peligro "abstracto" es algo distinto: no es "peligro". En los delitos de "peligro abstracto", el supuesto "peligro" no se halla incorporado al "tipo": opera, tan solo, en el área de las "motivaciones" del legislador (41); éste resuelve "ex lege" cuando una conducta es "peligrosa" para el bien jurídico, sin que sea dada prueba en contrario; el juez no tiene que comprobar si, en el caso concreto, se produjo efectivamente o no dicho peligro; porque éste se presume "ex iure". En los delitos de "peligro" (concreto), el legislador renuncia a la descripción de las características que ha de reunir la acción para ser reputada "peligrosa": el "tipo" delega la constatación en el juez, quien ha de comprobar si, en el caso concreto, se produjo o no el peligro. Pero no se trata de un juicio de valor, basado en las normas de la experiencia, sino de una auténtica "constatación" de hecho, que viene exigida por el propio "tipo" (42).

Esta distinción, no obstante, pierde claridad y sentido en la doctrina alemana más reciente. Primero, porque algunos autores propugnan la "estructura no unitaria" del concepto de "peligro" (43), distinguiendo solamente "grados" (44) en el mismo: y uno de éstos grados -dicen- es el "peligro abstracto"; de este modo, se considera como "peligro" lo que, en buena técnica, no es "peligro". Segundo porque otro sector de la doctrina alemana, con el fin de restringir al máximo las consecuencias inevitables de esta técnica excepcional que es el "peligro abstracto", equipara y aproxima éste al "peligro concreto", hasta dejar en entredicho los propios fundamentos de la distinción; se ha dicho, por ejemplo, que en los delitos de peligro "abstracto" es irrelevante que el sujeto activo suponga -acertadamente, o, por error- que su conducta carece de peligro, porque su propia "culpabilidad se finge" (45); pero, para evitar entonces esta criticable presunción de culpabilidad (46), se introducen, por vía de interpretación, una serie de correctivos a la significación clásica del concepto de "peligro" y de "peligro abstracto", que no me parecen satisfactorias: se afirma, ante todo, que no existen "a priori" delitos de "peligro abstracto" (ni de peligro concreto, en consecuencia), sino que es un simple problema de interpretación de los respectivos tipos (47); algunos autores, incluso, llegan a mantener que en los delitos de "peligro abstracto" la prueba de que, en el caso concreto, no hubo "peligro" para el bien jurídico excluye la antijuricidad (48) por no ser ya necesario conservar en tales casos una tutela excepcional -- (49).

2.- La estructura del "tipo" en el C.P. español

De un exámen del delito de asociación ilícita en el C.P. español se desprende, igualmente, que no es éste un delito de "peligro", en el sentido expuesto. El comportamiento típico consiste en "fundar", "dirigir", "presidir" y "participar" en una asociación que "tiene por objeto cometer algún delito". Evidentemente, el tipo no exige se constate por el juez que, al fundarse, dirigirse, o participar en una asociación criminal, se puso en concreto peligro algún bien jurídico, sea cual fuere éste; basta con llevar a cabo determinados comportamientos en el seno de una asociación "que tiene por objeto cometer algún delito": esto es lo único que debe comprobar el juez. Por lo tanto, siendo el "peligro": "peligro concreto", no cabe hablar de delito de "peligro" allí donde falte una expresa referencia a éste, dirigida al juez, para que indague si, en el caso concreto, se produjo o no se produjo.

El que la asociación, para ser reputada "ilícita" deba "tener por objeto" el cometer "algún delito", no significa que los bienes jurídicos que protegen las respectivas figuras de delito contempladas en el programa de la asociación hayan sido puestos en "peligro" (concreto). Se trata de una simple "técnica legislativa" para objetivar la ilicitud de los fines sociales. Una asociación que tenga por objeto cometer delitos de "asesinato" es ilícita, "porque tiene por objeto" cometer un delito, aunque, en el caso concreto, no se haya puesto en peligro la vida de persona alguna aunque la asociación no hubiere comenzado a desplegar ni a preparar, siquiera, su programa criminal. El juez solo tiene que constatar si existía una asociación, si

esta asociación tenía por objeto cometer algún delito, y si el sujeto participaba en la misma, la dirigía, presidía, etc.

3.- La naturaleza del bien jurídico tutelado

La naturaleza del bien jurídico que este delito == tutela -la seguridad del Estadp-, en el sentido en el que yo lo interpreto, es incompatible con la técnica del "peligro concreto". ¿Cómo puede el juez comprobar si, en el caso concreto, se puso en peligro la seguridad del Estado?. Si el bien jurídico protegido se interpretara, como propugna un sector de la doctrina italiana, en un sentido "subjetivista", como sinónimo de "tranquilidad" o "seguridad pública", cabría tal vez entonces constatar si la existencia de la asociación, o la actividad por ella desplegada, despertó o no un sentimiento de intranquilidad en el cuerpo social; pero descartada esta acepción, ajena a la "ratio legis" de la asociación para delinquir del Derecho Español, resulta inviable la prueba concreta del peligro producido que es inherente a la técnica del peligro (concreto). Existe desde luego una necesaria interdependencia entre la naturaleza del bien jurídico y la clase de tutela destinada a su protección. La seguridad del Estado no admite otras que la del "peligro abstracto" y la de la "lesión": y esta última es la que ha escogido nuestro legislador, porque, como ya anticipé, la existencia de una institución criminal, con fines anti-téticos a los del Estado, es un auténtico reto al poder y a la seguridad de éste, no siendo dada la posibilidad, porque carece de sentido de una prueba en contrario.

Preciso esta afirmación: la asociación ilícita no es un delito de "peligro abstracto", sino de "lesión". En los delitos de peligro "abstracto" puede no darse, de hecho, una "lesión", ni un peligro "concreto" del bien jurídico: porque el legislador presume "ex lege" la peligrosidad de ciertas conductas en base a las normas de la experiencia, que no siempre se confirman. Sin embargo, presidir, dirigir, fundar o participar en una asociación que tiene por objeto cometer algún delito, son comportamientos que entrañan siempre una "lesión" contra la seguridad del Estado. No es que se "presuma" la peligrosidad de aquellos: es que, dado el significado de la asociación criminal, suponen una verdadera "lesión" para el bien jurídico. La institución criminal -su mera existencia- es un reto contra el Estado: pone en entredicho susupremacía y monopolio en el ordenamiento jurídico y político, atacando a las propias bases de la institución estatal. Son absolutamente incompatibles. Por eso el Código configura el delito de asociación ilícita como delito de "lesión": --ninguna otra técnica sería satisfactoria. La del peligro "abstracto" porque no es necesario "presumir" el peligro cuando realmente se "lesiona" ya el bien jurídico protegido. La del "peligro" (concreto), porque el valor inestimable de este bien jurídico y las insoslayables dificultades probatorias dejarían inermes al Estado, frente a graves ataques contra su supremacía: si el delito de asociación ilícita es un delito de "lesión" no es simplemente -como mantiene algún autor italiano- porque no es un delito de "peligro" (concreto).

NOTAS AL CAPITULO III

- 1.- En Alemania, Baumann considera que la asociación ilícita es un delito de "peligro abstracto" (Strafrecht, A. T. 1968, pág. 121). Para González García, V., se trata de un delito de "peligro" (asociación para cometer el delito de robo. Revista General de Legislación y Jurisprudencia. 1947, -- pág. 67). Pero ninguno de estos autores precisan cuál es el bien jurídico objeto de tutela, por lo que no es posible confrontar, y poner a prueba -- las tesis que mantienen.
No me referiré ahora a la doctrina francesa, -- porque considero suficientemente expuestos sus -- puntos de vista con lo dicho a propósito de la -- misma en el problema previo del bien jurídico protegido.
- 2.- De Bella. Il reato di associazione a delinquere, = cit. pág. 42.
- 3.- Il diritto penale romano nelle sue attinenze col diritto penale moderno. Napole, 1878, pág.106.
- 4.- De Bella, op.cit. pág.42
- 5.- A juicio de Patalano (op.cit. pág.136 y 137)
- 6.- Para Patalano esta es la tesis dominante en la literatura italiana (op.cit. pág. 115).
- 7.- Como puede desprenderse de la propia exposición -- del problema en la doctrina italiana que en este -- capítulo abordo.
- 8.- Para el autor, se trata de un delito de "peligro" con relación a aquellos bienes jurídicos contemplados en el programa criminal de la asociación. (op.cit. pág. 492).
- 9.- Impallomeni, Instituzioni de Diritto penale, Torino. 1908. pág. 309 y ss; Vid, el mismo autor (en Rivista Penale. Vol. XXXIX, pág. 323) donde equipara la asociación para delinquir y el delito de amenazas.
- 10.- Monteleone, Natura e limiti dell'associazione a delinquere. Giust. Penale, 1955, II, pág. 433 y 434.
- 11.- Porque estos autores afirman que la asociación para delinquir es un delito de "peligro" tanto que el bien jurídico "orden público" como para los de

más bienes jurídicos singulares eventualmente -- lesionados si se lleva a la práctica el programa delictivo de la asociación. Dada la diferente na turaleza de uno y otros, no creo pueda esgrimirse coherentemente esta tesis, manteniendo un concepto unitario de "peligro".

- 12.- Boscarelli. Associazione per delinquere. Enciclopedia del Diritto. 1958. III.pág. 870-871.
- 13.- Boscarelli, op.cit. pág.872. Como, para el autor, el tipo se consume en el momento en que se produce el peligro, y no en el de la constitución de la asociación o cuando se afilian a la misma sus socios, admite además la posibilidad de que la -- conducta pierda su carácter ejecutivo por falta de la "peligrosidad" que caracteriza el comportamiento típico.
- 14.- Associazione per delinquere. Nuovo Digesto, 1937 I. pág. 1033.
- 15.- Manzini, Trattato, cit. IV, pág. 354 y VI, pág. 181.
- 16.- Ya he criticado en sentido negativo, que la asociación para delinquir pueda considerarse como un "delito de peligro" respecto a los bienes jurídicos a cuya tutela se dirigen los "delitti scopo", así como la desmedida imprecisión del concepto de "orden público". Para que esta teoría no -- reuna los inconvenientes de los dos puntos de -- vista citados --como suele suceder con las doctrinas mixtas debe indagarse como justifican los autores que la defienden la conexión entre el "orden público" y los bienes jurídicos singulares a que acabo de hacer referencia.
- 17.- Carrara, L'associazione a delinquere secondo l'abolito codice toscano. En, Giur. italiana, dirigida por P.S. Mancini, Vol.I. Parte IV. pág. --- 1118.
- 18.- Barsanti, Della desistenza nel reato di associazione mi malfatori, ossia di associazione per -- delinquere. Rivista Penale. Vol. XXI. 1887, pág. 35.

- 19.- Siniscalchi, In tema di associazione per delinquere. Giust. Penale. 1950, II. pág. 29.
- 20.- Manuale di Diritto Penale, P.S. Milan 1966, II -- pág. 597.
- 21.- Por todos, Patalano, op. cit. pág. 116 y ss.
- 22.- Op.cit. pág. 35.
- 23.- Op. cit. pág. 597.
- 24.- Patalano, op. cit. pág. 116. Dice Patalano que en tales supuestos el tipo supondría la incriminación de "il pericolo del pericolo"; la asociación ilícita no sería más que esa "minaccia di minaccia" a que se refería Rocco. (L'oggetto del reato, pág. 332) para describir los casos en que la tutela penal se configurará abusivamente.
- 25.- Patalano, op.cit. pág. 115.
El argumento carece, a mi entender, de toda consistencia, porque se puede configurar simultáneamente varios tipos penales de peligro, es decir, que exijan se amenace en concreto un mismo bien jurídico, siempre que se proteja a éste, contemplándolo desde diversos ángulos.
- 26.- Patalano, op.cit. pág. 118-119.
- 27.- Patalano, op.cit. pág.115
- 28.- Patalano, op.cit. pág. 117.
- 29.- Sobre la polémica delito de "lesión" -delito de "peligro", véase: Finger, A. Lehrbuch des deutschen Strafrechts. I. Berlín, 1904, pág. 105; Wachenfeld, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, - pág. 72, nota 1. Munich, 1914; Köhler, A. Deutsches Strafrecht, A.T. Leipzig. 1917, págs. 180; - y 181; Von Buri, Gefahr und Versuch in der zweiten Auflage des ersten Bandes der Normen 1890. - Der Gerichtssal 44.1891, págs. 321 a 356; Arthur Kaufmann, Unrecht und Schuld beim Delikt der Volltrunkenheit. J.Z. 1963, págs. 425 a 432; Schröder Die Gefährdungsdelikte im Strafrecht. Zeitschrift für die gesampfte Strafrechtswissenschaft. 1969. - Band. 81, págs. 7 a 28; Rottering, Gefahr und Gefährdung im StGB. Gold. Archiv. Band 31, págs. - 266 a 282; Lackner, Das konkrete Gefährdungsdelikt

im Verkehrstrafrecht. 1967; Cramer, Der Vollrauschtatbestand als abstraktes gefährungsdelikt. 1962; Schöder, Abstrakt-konkretes Gefährungsdelikte?. J.Z. 1967, pág. 522 a 525; Hartung, Gemeingefahr. NJW. 1960, págs. 1417 y ss; Binding, Die Normen, 2ª Edición, I, pág. 364; Merkel, A. Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 1889., págs. 41 a 46; Von Hippel Lehrbuch cit. págs. 86 y 87; Frank, Das StGB für das deutsche Reich, pág. 9 y 10; Liszt. Lehrbuch, 24 Edición pág. 126; Sauer, Lehrbuch. A.T. pág. 315; Mezger-Blei, A.T. pág. 96-97; Welzel, Das Deutsche strafrecht, A.T. 5ª Edición, pág. 63; Maurach, A.T. 4ª Edición, pág. 237 a 240; H. Mayer, Strafrecht. 1967, pág. 57; Baumann, Strafrecht, A.T. pág. 121; Stratenwerth. Strafrecht. A.T.I. pág. 80; Schmidhäuser. E. Strafrecht. A.T. 1970= pág. 175 a 177 y Jescheck, Lehrbuch, 2ª Edición página 198.

Algunos autores introducen determinadas variantes, dando lugar a otras clasificaciones. Binding, por ejemplo, distingue entre :delitos de "lesión", delitos de "peligro" (concreto) y delitos de "desobediencia". (Die Normen, 2ª Edición I, pág. 364); Merkel, combinando criterios clasificatorios a mi juicio no homogéneos, contrasta los términos "Verletzung" y "Erfolg" (op. cit., pág. 41); Schmidhäuser introduce la categoría de los "Zieldelikte", en los que una "tendencia subjetiva" a la "lesión" del bien jurídico sustituye a la "objetiva" que caracteriza a los delitos de "peligro concreto" (op.cit, pág. 177)

- 30.- Die Normen, I., pág. 364 (2ª Edición).
- 31.- La distinción, sin embargo, no es rígida. Schmidhäuser considera posible la combinación, en el caso concreto, de ambas clases de delitos (op. cit. pág. 177); y Maurach resalta que las fronteras y contornos de los delitos de "lesión" y de "peligro" son muy elásticos y mudables (op.cit., pág. 23).
- 32.- En este sentido, Mezger-Blei, op.cit., pág. 93 - (1968); los diversos autores ponen de relieve cómo el criterio de la distinción reside en la mayor o menor intensidad del ataque al bien jurídico. (Jescheck, Lehrbuch, cit., pág. 198; Maurach op.cit., pág. 237).

- 33.- Una "situación de hecho" ("Zustand"), según ==
Schröder (Strafgesetzbuch. Vorbem 148, al I: ==
1967).
- 34.- Así lo mantienen, entre otros: Wachenfeld (op.==
cit., pág. 72, nota 1ª); Franck (op.cit., pág. -
10); Mezger-Blei (op.cit., pág. 110); Welzel ==
(op.cit., pág. 63); Schmidhäuser (op.cit., pág.=
176), etc.
- 35.- Liszt, op.cit., pág. 126
- 36.- Como dice Jescheck: "die von der Handlung raum==
zeitlich getrennte Beeinträchtigung des Handlungs
objekts" (op.cit., pág. 198); H. Mayer se refie-
re a la "raum zeitliche Abgranzbarkeit" (op. ==
cit. págs. 44 y 67).
- 37.- Se parte, por lo tanto, de un concepto "estricto"
de "resultado", como sinónimo de "resultado típi-
co", y que excluye cualquier otra modificación -
producida en el mundo externo por la acción de==
lictiva si no se halla prevista en el propio "ti-
po".
A mi juicio, la exposición más clara del pro-
blema se encuentra en H. Mayer (op.cit., pág.44),
para quien el concepto de "resultado" debe reu==
nir tres requisitos: 1). Producción de una modi-
ficación externa en el objeto material de la ac-
ción ("Aussener folg"); 2ª Dicho efecto ha de ==
ser consecuencia de la acción pero distinto de -
la propia acción; 3ª) Ha de incorporarse al "ti-
po".
Vid. Schmidhäuser, (op.cit. pág. 176), donde
el autor expone y critica las dos directrices ==
fundamentales de la doctrina alemana.
- 38.- Binding, op.cit., pág. 364.
- 39.- Schöder, Die Gefährungsdelikte im Strafrecht, -
cit., pág. 9.
- 40.- Schröder, op.cit., págs. 9 y 10.
- 41.- "...die Gefahr ist bei diegen Delikten daher ==
nicht Tatbestands merkmal son dern nur das Motiv
des Gesetzgebers, sie wird von ihm präsumiert".=
(Kaufmann, Unrecht und Schuld beim Delikt der ==
Volltrunkenheit, cit, pág. 431).
- 42.- Schöder, Die Gefährungsdelikte im Strafrecht, -
cit., pág. 16; Kaufmann, Unrecht und Schuld beim

der Volltrunkenheit, cit., pág. 431; Mezger-Blei op.cit., pág. 96; Schmidhäuser, op.cit., pág. 176.

- 43.- Según Schröder, por ejemplo, "los delitos de peligro revelan una estructura muy variada" (op. cit., pág. 7).
- 44.- Para Jescheck (Lehrbuch, cit., pág.198). Los delitos de peligro "abstracto" representan un "grado" u "eslabón" más ("Stufe") dentro de la categoría del "peligro".
- 45.- A esta presunción de "culpabilidad" se refiere Kaufmann (op.cit., pág.432): "Auch die Schuld wird insofern unwiderleglich vermutet oder sogar fingiert..., daher wird der Täter auch dann wegen vorgätlicher...bestraft wenn er sich vergewissert hat, dass Keine Menschen in dem betreffenden Gebäude sind".
- 46.- Kaufmann califica los delitos de peligro "abstracto" de "contradicción" al principio de culpabilidad" (op.cit., pág. 432, nota 27); Vid, en este sentido, Schröder (op.cit., pág. 15); tales juicios emitía también Binding (op.cit., pág. cit)= respecto a los delitos de "mera desobediencia" o delitos de "sospecha".
- 47.- Schröder, op. cit., pág.17
- 48.- Schröder, op.cit., pág.16
- 49.- Jescheck, Lehrbuch, cit, pág.199; Schröder, op. cit. pág.17: aunque el autor, con buen criterio, exige entonces que el bien jurídico protegido sea perfectamente concreto y determinado.
- La doctrina alemana no duda en calificar de "excepcional" la técnica del peligro "abstracto" no ya por la "anticipación de las barreras penales" que implica ("Vorverlegung", según formulación de Schmidhäuser, op.cit., pág. 176), sino por sus consecuencias en orden al principio de "culpabilidad". Se advierte, por ello, la necesidad de un uso prudente y restrictivo de la misma (Schröder, op.cit, pág.7), entendiéndola tan solo en ciertos sectores del ordenamiento penal (fundamentalmente en el llamado

"Nebenstrafrecht") o con relación a determina-==
dos bienes jurídicos cuya tutela chocaría con -
insalvables dificultades de prueba (Schröder, -
op.cit., pág.16)

IV.- ESTRUCTURA E INTERPRETACION DEL TIPO

I.- Consideraciones generales: pluralidad de "tipos penales" y carácter fragmentario de los mismos.

"Se reputan asociaciones ilícitas: las que tienen por objeto cometer algún delito", dispone el artículo 172.2º del C.P. español. Los números 1º del artículo 174, y 4º del artículo 175 establecen las penas en que incurrerán quienes "fundan", "presiden" y "dirigen" tales asociaciones o "participan" en las mismas, como meros "individuos", respectivamente.

La fórmula de nuestro Código requiere dos puntualizaciones. En primer lugar, debe observarse que no existe el delito de "asociación ilícita", sino una pluralidad de tipos penales, una pluralidad de delitos: "fundar", "presidir", "dirigir", "participar"... en una asociación criminal; la asociación, en cuanto tal, no debe identificarse con el tipo, porque en nuestro ordenamiento solo de conductas individuales de personas físicas puede derivarse responsabilidad penal: las personas jurídicas no delinquen; lo que se castiga es el "participar" como mero individuo, el "fundar", "dirigir", o "presidir" una asociación que tiene por objeto cometer algún delito.

En segundo lugar, conviene tener presente la técnica adoptada por el legislador: no es exclusiva de estos delitos (1), pero puede inducir a error. Me refiero al carácter "fragmentario" del tipo, es decir, al hecho de que los diversos elementos de éste (éstos) se encuentran dispersos en el articulado. El tipo no es el nº 2º

del artículo 172: este precepto no contiene más que uno de sus elementos; lo que el C.P. prohíbe es "presidir", "fundar" "dirigir" (artículo 174.1º) o "participar", como mero individuo, (artículo 175.4º) en una asociación "que tenga por objeto cometer algún delito" (artículo 172.2º); el legislador ha empleado una técnica singular que consiste en determinar, primero, qué asociaciones deben "reputarse ilícitas" -- (artículo 172 y 173) y en base a qué criterios (la índole del "objeto", en el caso del artículo 172.2º), estableciendo, después, las formas de participación en dichas asociaciones que prohíbe (de "dirección" o de mera "participación") y las penas que cada una merece (artículo 174.1º y 175.4º, respectivamente). Ello obliga al intérprete a integrar, ordenar y agrupar los elementos de cada tipo, distinguiendo lo que es común a todos ellos (el que la asociación tenga por objeto cometer algún delito), de lo específico de cada tipo ("fundar", "dirigir", "presidir", "participar").

Este es el criterio que seguiré en la exposición que inicio: primero, examinar el alcance e interpretación de los términos "asociación", "objeto", "cometer", "algún delito" que es una referencia común y válida para cada tipo, ya que éstos no son sino "formas de participación" en la empresa criminal: en una asociación que tiene por objeto cometer algún delito; después analizaré cada uno de los verbos ("fundar", "dirigir", "presidir", "participar") con los que se describe el propio núcleo de los respectivos tipos -- penales.

II.- Interpretación del tipo

A).- La fórmula "se reputan" asociaciones ilícitas: una cuestión de "estilo".

Desde el C.P. de 1870 (1') nuestros textos punitivos sustituyen la fórmula clásica "son" asociaciones ilícitas... por otra menos categórica: "se reputan" asociaciones ilícitas(2). Este cambio de redacción ha pasado absolutamente desapercibido.

¿Se trata de un simple giro de "estilo"? A mi juicio, sí; pero interesa resaltar dos posibles interpretaciones. Una es la que ofrece una Orden Circular de 4 de Marzo de 1893 (3), de forma indirecta, al referirse al concepto de "moral pública" ("se reputan" asociaciones contrarias a la moral pública)... para construir en torno al mismo una "ilicitud" específica en el área penal. Esta Circular, en definitiva, contrapone el concepto de "moral pública" del Código Penal y las eventuales acepciones del mismo a nivel "filosófico", "teológico", "moralista"... Asociaciones contrarias a la "moral pública" -precisa- son "para el juez, aunque otra cosa sea para el moralista, religioso o no, o para el filósofo, las que señaló la sentencia de 28 de Enero de 1884 del Tribunal Supremo..."; es decir, tales asociaciones (anarquistas, colectivistas, etc) "se reputan" ilícitas, porque se trata de una valoración estrictamente penal, jurídico penal, que puede no coincidir con juicios emitidos desde otras "instancias". Por lo tanto, "se reputan" asociaciones ilícitas sería como decir: "a efectos penales", son asociaciones ilícitas...

Una segunda interpretación consistiría en referir la fórmula "se reputan" no al adjetivo "ilícitas", sino al propio término o sustantivo "asociaciones". De este modo, se potenciaría un concepto de "asociación" penal, una acepción "sui generis" - del mismo, distinto al de otras ramas del ordenamiento jurídico: derecho civil, derecho administrativo, etc...: toda pluralidad de personas que persiguieran unos fines contrarios a la "moral pública" o "delictivos", constituirían una "asociación" en el sentido del artículo 172 (se reputan "asociaciones" ilícitas), aunque para el resto del ordenamiento no se tratase, como es lógico, de genuinas "asociaciones". En el giro sustancial que supuso el C.P. de 1870 respecto al de 1848 puede encontrarse una base sólida a esta tesis. En efecto el C.P. de 1848 declaraba ilícitas las asociaciones constituidas sin la autorización de los poderes públicos, pero partía de un concepto estricto de "asociación", exigiendo un número mínimo de componentes, la celebración de reuniones periódicas, etc (4); estos requisitos, propios más de una regulación "civil" y "administrativa" del derecho de asociación y de su ejercicio, se suprimen en el C.P. de 1870: no importa, pues, qué es una "asociación" ni cuales son los requisitos de ésta -problema relevante solo para el Derecho Civil o el Administrativo- sino qué es lo que determina su "ilicitud" penal; al Derecho Penal le competen "aquellas que tienen por objeto cometer algún delito, aunque no reúnan los requisitos que exige el ordenamiento jurídico general para que sean consideradas como tales "asociaciones": para el nº 2º del artículo 172, lo son. Es difícil optar por una de estas dos interpretaciones; tal vez no haya base sufi

ciente para ello. Ahora bien, lo que me parece evidente es que la nueva redacción resulta muy oportuna a raíz de la reforma de 1944; en primer lugar, porque con dicha Reforma se "reputan" también ilícitas "formaciones", "grupos", "asociaciones (?) transitorias", etc... esto es, colectividades que superan el concepto estricto de "asociación"; en segundo lugar, porque el nº 4º del artículo 172 "reputa" igualmente ilícitas las asociaciones (?) "que se constituyeren sin haber cumplido los requisitos y trámites exigidos por la Ley", es decir, asociaciones "de facto", que no son genuinas "asociaciones". La fórmula "se reputan" cubre y justifica -en todo caso- la licencia de nuestro legislador del 44.

B).- Interpretación de los "elementos" comunes a los diversos tipos: los conceptos de "asociación, "objeto", "cometer y "delito".

a).- El concepto "asociación".

El término "asociación" según he dicho, es un elemento del tipo" (tipos), pero no el tipo mismo. El Código "reputa" ilícitas ciertas asociaciones, pero la conducta prohibida se realiza por quien "dirige" - "preside"...éstas.

La doctrina de todos los países, sin embargo, concede atención preferente a este término. La polémica es siempre la misma: si existe o no un concepto penal de "asociación" y los requisitos de éste; requisitos que se han ido elaborando, en cada ordenamiento jurídico, en torno a coordenadas diferentes: en España, de la confrontación de los términos "asociación"=

"reunión" y "conspiración"; en Alemania, de la tradicional polémica sobre la distinción entre complot y banda.

1).- El concepto de "asociación" en la doctrina española: "asociación", "reunión" y "conspiración".-

a'').- Consideraciones históricas

El Código Penal de 1848 distinguía entre "sociedades" ("secretas") y "asociaciones ilícitas; pero no se encuentra una delimitación precisa de ambas figuras en sus comentaristas (5). El "formalismo" de dicho Código solo permite deducir que si los vínculos sociales eran "secretos" la asociación o sociedad se reputaría "sociedad secreta" y por lo tanto, "ilícita", reuniera o no los requisitos propios de toda "asociación" exigidos por el mismo (número mínimo de miembros, reuniones periódicas, etc). La doctrina concedió gran importancia al número de socios o afiliados para diferenciar la "asociación" de la "conspiración"; si dieciocho personas se concertan para delinquir, dice Pacheco (6), podrán ser castigados como "conspiradores" pero no como reos de "asociación ilícita", porque ésta exige un mínimo de veinte miembros: no obstante, este cómputo se realizaba con criterios muy flexibles, con el fin de que una simple división en grupos inferiores a aquel número, no impidiese considerarlos miembros de una asociación (7). El concepto de "asociación" se definía siempre en referencia al de "reunión" (8) según Alvarez y Vizmanos: "para que exista una verdadera asociación es menester que las personas que la compongan se reúnan periódicamente, que tengan sus jefes y directores, su organiza

ción, un pensamiento, un objeto determinado y permanente. y, se necesita además, que las personas asociadas excedan de veinte" (9). Pero faltaba aún, en nuestros textos legales, una clara delimitación entre ambas figuras, lo que explica que la doctrina, con frecuencia, las identifique (10).

La Constitución de 1869 distinguió el derecho de "reunión" y el de "asociación" (11) consagrándose legalmente desde entonces la vieja polémica doctrinal, que cobró actualidad: "las manifestaciones o reuniones son accidentales -dice Groizard (12)-, se realizan por un motivo, en una circunstancia y con un objeto transitorio..., no necesitan organización permanente... La asociación, por el contrario, persigue un objeto más importante, y que no puede ser alcanzado -sino a fuerza de tiempo, de trabajos y de esfuerzos.= Pero necesita una organización adecuada y permanente, una ley que regule su vida: ley formada o aceptada -- por los miembros todos los que la constituyen".

El C.P. de 1870 supuso un giro esencial respecto al de 1848, por su "antiformalismo". Desapareció la distinción entre "sociedad" y "asociación", y ésta devino ilícita solo por su "objeto"; no se exigió un número mínimo de miembros, ni ningún otro de los requisitos del C.P. de 1848. Sus directivos incurrirán en responsabilidad penal incluso si la asociación no hubiera llegado a "establecerse". Todo ello da lugar -- a que este concepto experimente una considerable ampliación. Sus contornos, por otra parte, serán ahora más imprecisos, ya que venían trazándose en referencia a los de la "conspiración" que deja de ser punible, en el C.P. de 1870 desapareciendo así un importante punto de apoyo y contraste.

Con la Reforma de 1944 la problemática del concepto de "asociación" vuelve a adquirir gran complejidad, incrementada por la aparición de otras figuras ("formación", "grupo", "asociación transitória") advirtiendo, incluso, un autor (Ferrer Sama) = que el propio concepto de "asociación" ha sido netamente "superado" (13).

La doctrina tiene ahora que delimitarlo respecto de la "conspiración" (14) de nuevo punible, de la "cuadrilla" (15) y de la "participación criminal" (16).

b'').- Concepto amplio y concepto estricto de "asociación".

Una primera tesis parte de un concepto muy amplio de "asociación". Esta se equipara, en definitiva, al "acuerdo genérico" para delinquir; como dice Cuello Calón "...no es necesario que se componga de un número mínimo de miembros, pues el texto legal no exige tal requisito, ni la existencia de estatutos, ni de organización jerárquica, ni que tenga una cierta duración ...: basta el acuerdo entre sus componentes, es decir, = que sea una asociación de hecho" (17). Cuello Calón, = sin embargo, cuando trata de distinguir la "asociación" de la "conspiración" no duda en acudir a un criterio = que no parece se desprenda de la letra de la Ley: exige que la primera vaya dirigida a la comisión de "un número no definido de hechos delictivos"; (18), sin = embargo, predomina en la doctrina española la tesis que vé en la "estabilidad", en la "permanencia", notas = esenciales al concepto de "asociación" (19): no basta, = para estos autores, con la existencia de un "acuerdo = genérico para delinquir".

2).- El concepto de "asociación" en la doctrina italiana, y en la jurisprudencia.

El legislador italiano utiliza el término "asociación" y el de "asociarse" en el artículo 416, y en otros artículos del Código (20). Al igual que el español, tampoco ha querido definir este concepto (21) que para la doctrina tiene un valor clave en la interpretación del artículo 416 (22).

a').- Concepto amplio y concepto estricto de asociación.

También se pueden encontrar en la doctrina italiana dos puntos de vista distintos sobre el concepto de "asociación". Considero dominante el que califico de "restrictivo" que, a mi juicio, viene impuesto por el tenor literal del propio artículo 416 y por el artículo 112. En efecto, el "acuerdo para delinquir" es impune en el Derecho Italiano (art. 112), a no ser que se castigue de modo expreso en la Parte Especial, como sucede con la asociación para delinquir del artículo 416. Esta aparece, pues, como una "excepción" a la impunidad del mero "acuerdo", excepción que solo se justifica en la medida en que la asociación sea un "más" respecto al mero "acuerdo". Por ello, se acude entonces al criterio de la "organización" que encuentra un cierto apoyo en el propio artículo 416, en cuanto que dicho precepto exige que sean un mínimo de tres personas las que han de asociarse para delinquir, y que se trate de la comisión de una pluralidad de hechos criminales ("piu delitti").

Un concepto muy amplio de "asociación"; la "intensa" entre varias personas (24), "la semplice reunio-

ne di consensi" (25); como dice Grispigni (26): "basta el solo acuerdo de voluntades, no siendo necesario ni la reunión material de los asociados, ni la identidad del lugar de residencia de los mismos, ni el recíproco conocimiento de sus miembros; no es necesario siquiera que exista una constitución jerárquica". El acuerdo, -se advierte-, puede ser incluso "tácito" (27), o deducirse de "hechos concluyentes" (28): la idea de la "organización", en último caso, va implícita en el propio "acuerdo" (29). La "asociación" es un "fenómeno fáctico" (30), un hecho y por lo tanto incumbe al juez en el caso concreto decidir si existe o no la "asociación" (31).

La tesis, tal vez, adolece de un defecto en su formulación, pues tal vez, lo único que se quiere resaltar por sus defensores es que el "acuerdo" es suficiente para que se realice el tipo del artículo 416, y que éste no exige la ejecución del programa criminalconcertado. La crítica en este sentido de Vannini (32) Siniscalchi (33) y de Blasi (34) parece certera. Pero es que además, la equivalencia de los términos "acuerdo" y "asociación" de la que esta doctrina parte, es muy cuestionada en el Derecho Italiano (35). Pero la doctrina italiana dominante considera que la "estabilidad" (36), o "permanencia", un mínimo de "duración" (37) y la "estructura jerárquica" (38) son notas esenciales del concepto de "asociación". En realidad, como dice Santoro (39), todos estos requisitos podría resumirse en uno solo: el "vínculo asociativo", la "organización".

La "asociación", -afirma Patalano- (40), no es que "exija" organización, sino que "es" organización. -Tuozzi (41), Ugenti-Sforza (42), Manzini (43), Costa (44), de Bella (45), Bricola (46), Maggiore (47), Franchina (48), Boscarelli (49), Sabatini (50), Vannini (51) y Patalano (52), entre otros, aluden a la necesi-

dad de un "mínimo organizativo", si bien -se advierte- no es necesaria una organización "formal" (53): basta con que sea "relativa" (54), "rudimentaria" (55), "idónea" (56) o "capaz de llevar a cabo el programa criminal" (57) o de "provocar la alarma pública" (58). El problema surge en el momento de determinar el contenido de este requisito de la "organización", que unos autores equiparan con el "estatuto social" (59), otros, con la "disciplina interna" (60) o con la "estructura jerárquica" (61) -- tesis ésta última fuertemente controvertida (62). La formulación más expresiva puede encontrarse, en Boscarelli: la "organización" exige unas reglas de carácter general, destinadas no a un caso concreto o a una serie indefinida de casos, sino a una serie indefinida de casos hipotéticos" (63).

b").- La tesis de Patalano

Puede comprenderse que el panorama doctrina italiano sea propicio a tesis escépticas y soluciones de compromiso. Para Patalano, por ejemplo, el concepto "organización" es muy impreciso (64) y metodológicamente descansa sobre premisas falsas: no se predica como consecuencia de una interpretación dogmática del término "asociación" en el artículo 416, sino a modo de supuesto conceptual, tratando de trasplantar al área penal concepciones civilistas, lo que entraña un razonamiento "tautológico" (65). La objeción no carece de fundamento (66). Patalano prefiere utilizar la fórmula "organización idónea" requisito que se apreciaría caso a caso, considerando la complejidad del programa criminal, el número de miembros de la asociación y la naturaleza del vínculo existente entre éstos (67); de modo que la falta de la debida "conexión" (vínculo asocia-

tivo) llevaría consigo en el caso concreto la inexistencia de una organización idónea -y por lo tanto la de la propia "asociación"-, aunque se hubieran cometido por sus miembros una pluralidad de hechos delictivos (68). La tesis cuenta con apoyo jurisprudencial (69).

c').- Doctrina jurisprudencial

La jurisprudencia italiana sigue una línea -- vacilante; unos fallos se limitan a exigir "la semplice riunione dei consensi" (70), el simple acuerdo incluso tácito (71), por estimar que basta con proyectar el programa criminal (72); otros, sin embargo, resaltan la necesidad de "un vincolo de jerarquía y disciplina entre los socios" (73), "una organizzazione permanente per congrua durata di tempo" (74), una organización, al menos, "rudimentale" (75).

El número mínimo de miembros (tres) viene exigido por el propio artículo 416, y, por lo tanto, -- queda al margen de toda polémica doctrinal.

3.- El concepto de asociación en la doctrina alemana.

El Código Penal alemán utiliza, en su párrafo 129, el término "Vereinigung", si bien tradicionalmente se había empleado otro de acepción más estricta -"Verbindung"- que se conserva aún en determinadas figuras delictivas (76).

La configuración singular de la "Verabredung", la polémica tradicional sobre la distinción entre -- "Komplott" y "Bande" y el concepto de "Vereinigung"= en la Ley de Asociaciones son los tres puntos de apo

yo a los que acuden la doctrina y la jurisprudencia para interpretar el concepto de "Vereinigung" del parágrafo 129.

En efecto, "Verabredung" y "Vereinigung" se distinguen claramente en el Código Penal alemán, porque la primera ha de ir referida a la ejecución de los hechos criminales más graves (Verbrechen), mientras la segunda puede tener por objeto la comisión de cualquier "hecho púnible".; pero este criterio "formal" no explica la diversa naturaleza de ambas figuras (77), ni el por qué de la mayor gravedad de los comportamientos descritos en el parágrafo 129, especialmente en aquellos casos en que se persigue la comisión de simples "faltas", (que no se castigan con relación a la "Verabredung"). Por otra parte, el término "Vereinigung" es de origen relativamente moderno, lo que justifica que su interpretación haya hecho revivir la vieja polémica sobre el complot y la banda, de la que el propio legislador alemán se había hecho eco (78): se trata, en todo caso, de suavizar el alcance que el término "Verbindung" -ya generalizado- tiene en la Ley de Asociaciones (79) poco manejable en el área penal.

-Me refiero, además, a la polémica mencionada (complot-banda), porque los diversos puntos de vista y argumentaciones pueden trasplantarse- como de hecho se han trasplantado- a la distinción "acuerdo-asociación" del derecho italiano que ha influido considerablemente en su correlativa del derecho español ("conspiración"- "asociación").

a').- La distinción entre el "complot" y la "banda".

Es clásica ya en la literatura alemana una vieja polémica que trata de distinguir el "complot" de la "banda". Sintetizo brevemente los cinco criterios fundamentales que han servido para trazar los respectivos contornos de una y otra institución".

Primero: determinación cualitativa de los delitos programados.

Se formula por Franck: "se entiende por complot el concierto para cometer delitos determinados, y por banda, el concierto para la comisión de delitos indeterminados" (80). Lo utilizan, también, Liszt (81), Wachenfeld (82); Meyer-Allfeld (83); y con ciertos matices, Halschner (84), Finger (85) y Feuerbach (86).

Segundo: número de delitos concertados.

Complot es el concierto dirigido a la comisión de un solo delito determinado; la banda persigue ejecutar una serie ("eine Reihe") de delitos, singularmente no determinados. La tesis se mantiene por Gerland (87) y Feuerbach (88), si bien son muchos los autores que admiten el cplot respecto a una pluralidad de hechos delictivos, siempre que sean singularmente determinados: von Hippel (89), Köhler (90) Berner (91) Liszt (92) y Finger (93), entre otros. La postura de A. Köhler (94) y H. Meyer (95) representa una variante dentro de la tesis mencionada: en el complot, el delito de referencia ha de ser determinado mientras la banda puede tener por

objeto la comisión de una cantidad de delitos de una clase determinada ("gewisser Art... in grosserer Zahl") o, incluso, absolutamente indeterminada (überhaupt ungewisse"). No se trata, sin embargo, de una doctrina dominante (96).

Tercero: la gravedad del hecho criminal concertado.

Es la tesis mantenida en solitario por Schütze (97): el complot lo es de delitos de la máxima gravedad -"Verbrechen"-, mientras la banda puede tener por objeto la comisión de toda clase de "asociaciones punibles".

Cuarto: la estructura y significado de la propia "organización" criminal respecto al programa delictivo.

El complot queda agotado una vez que se ejecuta el delito, entonces se consuma, cumple su misión, la banda va dirigida a una actividad criminal repetida y continuada -"wiederholte Verübung" (98), "auf Wiederholung" (99), "fortgesetzte Begehung" (100) - cuyo ejercicio reafirma y revitaliza la propia organización..

Quinto: la "banda" como organización o institución "antiestatal".

El factor "organización" tiene un especial significado político, cuando trasciende a la propia ejecución del delito concertado, y la sobrevive. Gana, entonces, autonomía y sustantividad frente al mismo programa criminal y adquiere relieve propio. La "organización" aparece, en cuanto tal, como "institución" paralela al Estado, como un "microestado",

incompatible con éste por razón de sus fines. La tesis, según se verá, se formula por Berner y Schütze, pero late en todos los autores el diverso papel que en el "complot" y en las "bandas" desempeña el factor "organización". En efecto, salvo en Köhler (101) y Feuerbach (102), para quienes tanto el complot como la banda son formas de "conspirar" ("Verabredung"); mientras que cuando se refiere a las bandas utiliza los términos "Verbindung" (104) o "Vereinigung" (105) que idiomáticamente representan una mayor intensidad de los vínculos de unión entre sus miembros y del aparato organizativo (105').

Según Schütze (106), lo que caracteriza a la organización criminal denominada "banda" es su carácter "profesional" que no comparte el simple complot (106'). Pero es Berner (107) el más agudo monografista del tema. Parte el autor de un neto deslinde entre complot y banda: ésta no es una simple modalidad o subespecie del complot sino algo "distinto y más profundo" (108); "fuente" y "origen" de complots, representa la banda, desde un punto de vista "formal", "el estadio más elevado desde el que se puede realizar el mal" (109); el complot -dice- se agota con la consecución de los objetivos concretos que perseguían los conspiradores; en la medida en que éstos permanezcan unidos con posterioridad a dicho momento se constituyen en banda (110). La banda es "una causa o razón objetiva común" para el futuro, y se caracteriza por su estructura "orgánica" es una "organización" análoga y paralela a la estatal, un "microestado" un "an-

tiestado" -en cuanto "desorganización"- que ha de propagarse terminaría por aniquilar al propio Estado (111).

Llama la atención, por último que no se haya considerado fundamental al concepto de "banda" -en la doctrina dominante- la existencia de un mínimo -de miembros: el aforismo romano "tres faciunt collegium" se rechaza expresamente. (112).

b').- Los conceptos de "Verbindung" y "Vereinigung".

Aunque el término "Verbindung", idiomáticamente, tiene una acepción más restringida que el de "Vereinigung" doctrina y jurisprudencia no han vacilado en servirse del primero, para elaborar el concepto de "Vereinigung", más reciente; ha bastado para ello con negar valor y utilidad a la distinción (113). Por "Verbindung" había entendido la jurisprudencia, "die auf eine gewisse Dauer berechnete, organisatorische Vereinigung einer Anzahl von Personen, die bei Unterordnung des einzelnen unter sich deart in Beziehung stehen, dass sie sich untereinander als ein einheitlicher Verband fühlen" (114), concepto éste que coincide, en lo esencial, con el de "Vereinigung" de la Ley de Asociaciones: "jede Organisation, zu der sich eine Mehrheit natürlicher oder juristischer Personen für längere Zeit zu einem gemeinsamen Zweck freiwilliggeschlossen und einer organisierten Willensbildung unterworfen hat" (115).

De este concepto se desprenden por la doctrina y la jurisprudencia alemanas los principales requisitos del término "Vereinigung": es necesario, ante

todo, la "organización"; pero no una organización - "rígida" y formal ("fest"), sino entendida con cierta flexibilidad (116).; eso sí -se advierte- no basta con un "mero concierto accidental", "de paso" == (117), pues se borrarían entonces las fronteras entre la "Vereinigung" y la "Verabredung", y esta última significa siempre un "menos" (118) respecto a la primera. El contenido de tal "organización" se liga a la idea de "sometimiento" del socio a la voluntad general ("Unterordnung"), a la "disciplina". Inherentes al concepto de "Vereinigung" se consideran también la "permanencia" y "duración" de los vínculos sociales (119).

Algún fallo del Tribunal Supremo Alemán entiende indispensable un número mínimo de miembros, pero tal doctrina no es reiterada ni puede entenderse dominante (120).

En la actualidad sólo un autor, Maurach, re==viviendo la polémica complot traza los límites del=concepto de "Vereinigung" acudiendo al criterio de=la "indeterminación" del programa criminal: la aso=ciación, según este autor, ha de ir dirigida a la =comisión de delitos "indeterminados" (121).

4).- El término "asociación" y su signi
ficado en el nº 2º del artículo ==
172 del Código Penal español.

Coincide la doctrina de todos los países en afirmar que el término "asociación" tiene un valor =fundamental en la exégesis de los respectivos tipos

penales. A mi juicio, sin embargo, se sobrevalora el significado del mismo: el término "asociación" es sólo un elemento, un elemento más de tipo penal pero no el único ni el decisivo. Con los delitos de "asociación ilícita" se castigan formas de participación "en" organizaciones criminales, esto es, diversos comportamientos que discurren en el seno -- de éstas. El concepto de "asociación" sólo explica el marco o soporte de dichas conductas individuales pero no el propio comportamiento "típico". La doctrina dominante, al centrar su atención de modo exclusivo en el concepto de "asociación", ha omitido en mi opinión un exámen detenido del núcleo del tipo. Considero de mauor interés resaltar qué es lo que debe entenderse por "fundar" "presidir", "dirigir" "favorecer" y "participar como socio" que= el solo examen del concepto de "asociación" y los requisitos del mismos, que desempeña una función -secundaria.

Tampoco comparto el presupuesto "metodológico" de la doctrina dominante, pues parte ésta de - un concepto "apriorístico" de "asociación", importado del Derecho Civil o de normas extrapenales, y lo trasplanta al Código Penal, con riesgo de desconocer el significado de este término en el tipo penal que se trata de interpretar. No se puede acudidir al Código Civil ni a la Ley de Asociaciones para interpretar el término "asociación" del no 2o - del artículo 172. Es un contrasentido aplicar a -- las "asociaciones ilícitas" la disciplina de las - "asociaciones constituidas con arreglo a Derecho".

Aunque se trate de fenómenos reales de idéntica -- naturaleza, es muy distinta la perspectiva que ante los mismos adopta cada sector del ordenamiento= jurídico, y la reacción de este. Al político le interesa la asociación en cuanto "institución" hos-- til al Estado. El Derecho Civil reacciona de modo= peculiar: negando personalidad jurídica a aquella, ignorándola en cuanto "colectividad". El Código Pe= nal solo enjuicia comportamientos de personas físicas: obsérvese como no se declaran siquiera "di--= sueltas" estas asociaciones, y cómo el propio hecho de que no hayan llegado a "constitúirse" no es == obstáculo para que se deriven responsabilidades criminales contra algunos de sus miembros. Se parte, = pues, de un concepto distinto de "asociación" y cual sea éste en el nº 2º del artículo 172 es lo que debe examinarse. Quiero decir con esto que tampoco == tiene sentido la polémica sobre la existencia de un concepto "penal" y "sui generis" de "asociación", - porque tal concepto no existe. Un exámen pormenori= zado de nuestro Código permite concluir que el mis= mo término "asociación" se utiliza claramente con - diversas acepciones, según la figura delictiva de - que se trate; y que la función que desempeña en cada tipo penal es, también, distinta.

En el artículo 248 (122), por ejemplo, la "a= sociación" no representa más que el marco "local" - del comportamiento típico: los gritos subversivos v han de proferirse "en" cualquier reunión o asocia= ción; se utiliza ésta en sentido muy amplio, como = sinónimo de lugar "concurrido", y no interesa si == sus fines eran lícitos o ilícitos..., si estaba o - no constituida con arreglo a Derecho y si eran miem

bros de la misma o no quienes profiriesen tales "gritos": es, pues, una simple referencia local, neutra, susceptible de interpretación muy amplia.

Distinto alcance tiene el mismo término en el artículo 265 (123), pues el mismo se refiere a toda clase de asociaciones -también a las constituidas - con arreglo a Derecho- en cuyo "domicilio social",= o incluso fuera del mismo- se encuentran depósitos= de armas. El Código declara "disueltas" tales aso= ciaciones "para todos sus fines" sancionando no solo a los miembros de la "Junta Directiva" de la "Asociación" -bajo determinadas condiciones- sino también a "los empleados de la Entidad" domiciliados - en el "local social".

En el artículo 129, por último, el término "a sociaciones internacionales o extranjeras" es sinónimo de "grupos" y "organismos" (124), acepción, por lo tanto, distinta, pero también muy amplia.

Los cuatro números del artículo 172 se refieren a "asociaciones", concepto en todo caso más == estricto que los de : "grupos", "organizaciones", "entidades", "formaciones", que emplean los artículos= 173 y 174, nº 2º, introducidos con la Reforma de == 1944. El problema es si esta ampliación que opera - la Reforma de 1944 afecta o no al concepto de "asociación" del nº 2º del artículo 172. Puede mantenerse que éste ha quedado automáticamente "superado",= y que por lo tanto, carece de sentido distinguir == entre "asociación", "grupo", "formación"...etc. A - favor de ésta tesis hay dos argumentos, uno "histórico", que es el de la progresiva ampliación de que

es objeto el término "asociación" primero con el Código de 1870 -al suprimirse los requisitos formales que se exigían al mismo por el de 1848 -y,= después, con el de 1944, al incorporarse al texto legal una gama de figuras (asociación "transitoria", "grupo", "formación", etc), que revelan tal propósito. El segundo arumentó se basa en la propia dicción del artículo 173, que equipara expresamente a aquellas a la "asociación", a los efectos de lo dispuesto en el artículo 172: se reputan también, por lo tanto, "asociaciones" ilícitas. Pero no carece de fundamentación el punto de vista contrario, pues es evidente que si el legislador equipara unas y otras figuras es porque parte de la posible distinción entre ellas; esta "homologación" además, nace con la reforma de 1944, se limita a organizaciones de claro matiz político, y no debe afectar, por lo tanto, a la tradicional "asociación para delinquir, que responde a una "ratio legis" diferente, y tiene sus orígenes próximos en el C.P. de 1870. Del artículo 513 del Código Penal, por último puede deducirse (sensu contrario) que la "asociación" del nº 2º del artículo 172 exige una "permanencia" que no precisan las otras figuras mencionadas. De esta segunda tesis resultaría que un "grupo", "formación", "organización", "entidad" etc... que tuviera por objeto cometer algún delito no podría reputarse "asociación" a los efectos del nº 2º del artículo 172.

La polémica me parece superflua, pues entiendo que no es posible distinguir entre "asociación"="grupo", "formación", "entidad", etc. Todas ellas tienen relevancia penal en la medida en que aparecen como "organizaciones" y no es viable delimitar di=

versos "grados" de "organización" con criterios jurídicos.

Respondo, con ello, al problema de si es o no necesario al concepto de "asociación" un mínimo de "organización": la "asociación" es "organización" - y solo en el factor "organización" puede encontrarse la "ratio legis" de los diversos tipos (artículo 174.1º y 2º, y nº 4º del artículo 175, con relación al nº 2º del artículo 172). No se trata solo de - que el artículo 174.1º y concordantes, al referirse a "directores", "presidentes", "fundadores", "favorecedores" "meros individuos"... dejen entrever la existencia de una estructura "organizativa" y "jerárquica" en las "asociaciones" que no se tiene en cuenta, por ejemplo, a propósito de la "conspiración". Esto es cierto, y revela que el factor "organiza-== ción" tiene un significado distinto en una y otra - figura: la "conspiración" puede "estar" más o menos organizada, pero no "es" una "organización"; sirve - al delito o delitos concertados y con la comisión de éstos cumple su fin. Es que la "asociación", en sí misma considerada y con independencia de la ejecu-== ción de su programa es una "organización" criminal, cuyo desvalor trasciende y sobrevive a aquélla.

El factor "organización" explica, ante todo, = por qué ciertos comportamientos individuales, al -== discurrir en el marco asociativo entrañan una amenza para ciertos bienes jurídicos, superior a la que representan cualesquiera otros preparados o ejecutados por unap pluralidad de personas físicas; en una - palabra: justifica, con criterios materiales la necesidad de crear una incriminación de características excepcionales. Entiendo, pues, el término "asociación" como sinónimo del de "organización". Ahora

bien, sólo de un exámen de cada uno de los tipos== delictivos puede concluirse hasta qué punto la existencia de tal estructura organizativa es un "prius=lógico" que condiciona la posibilidad de realizar - el comportamiento típico (estos delitos sancionan - la participación "en" asociaciones ilícitas: sin a-sociación no puede existir delito) y hasta qué pun-to dicha "organización" es producto de una serie de conductas individuales "convergentes". En efecto, - no puede concebirse el comportamiento típico del "me-ro individuo" del "director" o del "presidente" de- una asociación, si ésta no existe. Pero tal "asocia-ción", desde el punto de vista de la conducta del - "fundador", no es sino la meta u objetivo que éste=persigue; y es más, el párrafo segundo del artículo 174.1º castiga a los directores de asociaciones que no han llegado a "constituirse" supuesto en el que el legislador prescinde claramente de la propia e-xistencia "fáctica" de la "organización"; lo mismo=puede afirmarse respecto al párrafo cuarto del artí-culo 174.1º y de uno de los supuestos que contempla= el número 2º del artículo 174: favorecer la "funda-ción" o la "organización" de las asociaciones ilíci-tas.

Aclarado el concepto de "asociación" y el sig-nificado que desempeña en los diversos tipos el fac-tor "organización" -importante, pero no decisivo y, en todo caso, variable y elástico- no considero pue-da encontrarse en el supuesto criterio de la "mayor estabilidad" y "permanencia" de la asociación, las-diferencias que separan ésta de la conspiración. El problema ha de plantearse en otros términos, desde= la perspectiva del comportamiento típico del "cons-pirador" y del "asociado", pues al C.P. no intere==

san "la" asociación y "la" conspiración, en cuanto="organizaciones", sino ciertas conductas "individuales" que discurren en el marco de éstas; el problema no es, por tanto, en qué se distingue la conspiración de la asociación, sino cuáles son los elementos diferenciales entre la conducta del "conspirador" y la del "mero individuo", "fundador", "director"...etc. de una asociación ilícita.

Con los delitos de "asociaciones ilícitas" se sancionan diversas formas y grados de "participación" en la empresa delictiva: el "fundar", "dirigir" "presidir", "favorecer", "participar como mero individuo" en dichas asociaciones. El conspirador, sin embargo no es castigado porque "participa" en la "conspiración" (organización criminal) sino en la medida en que "se concierta (n) la ejecución de un delito y resuelve (n) ejecutarlo": no importa el diverso papel del conspirador en la conspiración, y por eso no se distingue entre "promotores", "jefes", "organizadores" y simples "miembros" de la misma: todos los conspiradores reciben un trato unitario, porque solo se tiene en cuenta un requisito subjetivo no susceptible de graduación.

La conspiración, por el contrario, es una "coautoría anticipada" (125), con todas sus consecuencias; el conspirador ha de concertarse "para" delinquir (elemento subjetivo del injusto), y "resolver" la "ejecución" del delito proyectado y querido: actúa, por lo tanto, con "animus auctoris" (126) respecto a éste. El "mero individuo" de una asociación ilícita, sin embargo, no realiza el comportamiento típico en la medida en que se "afilia" en la misma "para delinquir"=

ni se le exige que "resuelva" ejecutar los delitos -- programados por la asociación: ni dicho elemento subjetivo del injusto, ni el "animus auctoris" son necesarios para el comportamiento típico del mero asociado; es suficiente con que éste sepa que la asociación tiene por objeto cometer algún delito, y no obstan--te, quiera participar y participe en la misma como - mero individuo: el objeto de delinquir es "objeto -- social" -y no propósito individual- porque en nues--tro derecho aparece referico a la asociación; afiliarse "para delinquir" en una asociación de fines "lícitos" es un comportamiento "atípico"; la ejecución o= no ejecución de los delitos programados no afecta al tipo, que se consuma por el mero hecho de actuar co= mo "mero individuo" de una asociación criminal: eventualmente solo dará lugar a un problema concursal.

Pero ahora solo interesa sentar las premisas - para una delimitación posterior entre el comportamiento del "conspirador" y el del "asociado". Esta se a= bordará a propósito de cada uno de los problemas que plantea la teoría de la "participación" criminal, -- "formas imperfectas", "culpabilidad", "concurso", -- etc. (127).

b).- Alcance y significado del término "obje
to".

El término "objeto" es otro de los elementos comunes a los diversos tipos ya que el C.P. castiga -- el "fundar", "dirigir", "presidir" o "participar"...= en una asociación que "tenga por objeto" cometer algún delito.

En nuestro ordenamiento -al igual que en el ale mán- "objeto" significa "objeto social", objeto de la asociación, y no "finalidad" o "propósito de delin== quir" referido a los miembros o afiliados.

A ello me refiero a continuación.

1).- El objeto de "cometer algún delito como -
"objeto social".

Por "objeto" debe entenderse objeto de "la asociación", fines y metas de ésta. Como se ha dicho: "las metas que estatutariamente, de modo expreso e incluso tácito, la asociación se ha propuesto" (128). El "objeto" viene definido por "la voluntad corporativa" (129) y, por lo tanto, sujeto a los mecanismos de formación y expresión de ésta. Pero esta obligada referencia a personas físicas -las competentes en cada caso, con arreglo a las normas legales o estatutarias (130) -no ha de desvirtuar el carácter esencialmente "objetivo" de los "fines sociales". Siguiendo a Köhler, cabe afirmar que: "el carácter colectivo de las decisiones, la pugna entre las diversas facciones (en el seno de la asociación), el anonimato de los impulsos decisivos en su dirección, impiden equiparar los objetivos, fines y direcciones de la sociedad con la finalidad subjetiva, esto es, con la voluntad del socio singular. Aquellos han de entenderse en el sentido de una finalidad objetiva, como resultantes fácticas de las diversas voluntades y tendencias..." (131).

Por lo tanto, el "objeto" de "cometer algún delito" ha de ser finalidad de la asociación desde el punto de vista de su "programa": y no "propósito de delinquir", referido a los socios o miembros de la asociación. La dicción de nuestra fórmula legal no ofrece lugar a dudas, y así lo ha entendido también el Tribunal Supremo español en algunos fallos que contemplan este problema (132). El C.P. alemán sigue un cri

terio muy semejante, aunque es aún más explícito -- que el español (133), y la doctrina es unánime en el sentido ya expuesto (134): "objeto" es "objeto social", "finalidad objetiva" de la asociación. La propia jurisprudencia alemana, por su parte, ha reiterado que carece de relevancia el que el afiliado "apruebe" o no "apruebe" los fines sociales (135) -- porque éstos se configuran con independencia de la aceptación del socio singular.

De aquí se desprenden dos consecuencias importantes. En primer lugar que si la asociación no tuviere por objeto cometer algún delito, el comportamiento de quien se afilia a la misma, la funda, preside o dirige, no es "típico", aunque los hubiere llevado a cabo con el "propósito de delinquir": asociarse "para delinquir" es una conducta atípica si la asociación --prescindiendo del ánimo del socio no tuviere "por objeto" cometer algún delito; en esto se aparta el C.P. español del sistema adoptado por el legislador italiano (136). Quien se afilie "para delinquir" en una asociación de fines y objetivos ilícitos podrá incurrir en responsabilidad criminal, en su caso, pero no al amparo del artículo 175.4º -- con relación al artículo 172.2º.

En segundo lugar dado que el "objeto" de "cometer algún delito" es una referencia a la "asociación" y no al "socio", es obvio que no estamos en presencia de un "elemento subjetivo del injusto", -- con todas sus consecuencias (137). El "tipo" se realiza, por lo tanto, si se toma parte, como mero individuo, (se "funda" , "dirige" o "preside"), en una asociación que "tiene por objeto cometer algún delito", aunque quien se afilie no se afilie "para de--

linquir": el propósito, móvil o intención es "i-rrelevante" si la asociación tenía por "objeto" de linquir. A la problemática de la "culpabilidad" interesa, evidentemente si el socio conocía o no dicho objeto criminal de la asociación.

2.- "Objeto" social y "actividad" social.

El "objeto social" se prevé en los estatutos de la asociación y en los pactos fundacionales y complementarios de la misma. Pero el "objeto social" puede modificarse: expresa o tácitamente. Cabe, -- por ejemplo, un posterior "acuerdo social", que produce una novación del mismo; e incluso, una "acti--vidad social" dirigida al efecto que implique una verdadera mutación del "objeto social". Ahora bien--esto no significa -sin más- que una asociación deba reputarse ilícita si los "acuerdos sociales" son delictivos, o si la "actividad social"- o la de los miembros más cualificados de la asociación delin--quen. Afirmo, exclusivamente, que el "objeto social" puede modificarse, que un "objeto" inicialmente lícito puede transformarse y devenir ilícito: cuando--sucede esto, es un problema distinto.

Nuestro Código reputa ilícitas las asociaciones que tienen "por objeto" cometer algún delito. - Se diferencia netamente del alemán, en el que una asociación se considera ilícita además, si su "acti--vidad" es delictiva (138). De aquí se desprende que si la "actividad social" o el comportamiento de los miembros de la asociación no revelan un cambio del--"objeto" de ésta, la asociación seguirá siendo lici

ta -porque lo es su "objeto", aunque los acuerdos de la asociación sean constitutivos de delito o - sus socios delincan en ejecución de los mismos. Ca be la posibilidad -como he apuntado- que un objeto social inicialmente- lícito devenga ilícito: por - un "acuerdo social" posterior, o por una actividad de los órganos sociales que pongan de relieve dicha transformación de los fines de la asociación; se - trataría, entonces, no de una desviación accidental de éstos sino de una auténtica novación. Pero en - los demás casos, estaremos en presencia de un "a== cuerdo criminal", o de unos "delitos" cometidos == por los órganos de la asociación, que no determi== nan la "ilicitud" de ésta, ya que el "objeto" no - puede entenderse modificado y la asociación solo - puede reputarse ilícita si lo es su "objeto"; los= miembros y directivos de la asociación que no hayan tomado parte en la ejecución de aquellos acuerdos, o en la adopción de los mismos, no incurren en respon= sabilidad criminal: quienes adoptaron o ejecutaron - los acuerdos -o tomaron parte en la comisión de he= chos criminales- responden con arreglo a las normas generales, pero no como directivos o afiliados de - una asociación ilícita, porque la asociación sigue= siendo lícita.

Schafheutle (139), en este sentido, afirma == que deben excluirse del parágrafo 129 del C.P. ale= mán las asociaciones de fines lícitos, cuyos miem== bros cometen delitos "ocasionales", e incluso "dolo= sos". En la doctrina italiana, con un planteamiento diverso, se discute si en el término "delitti" de== ben entenderse comprendidos -o no- los delitos "oca

sionales" y, en general, los cometidos por los órganos de la asociación excediéndose de los fines de ésta (140). A mi juicio, el problema no reside en la interpretación del término "delito" (si son o no son "delitos", en el sentido del artículo 172.2º, los cometidos por los órganos de la asociación desviándose de los fines de ésta), sino en el alcance del término "objeto". Dicho de otro modo: lo decisivo es si tales delitos -dolosos u ocasionales esto es irrelevante- implican una modificación del objeto social y determinan, por tanto, la ilicitud de la propia asociación, o si se trata de meras extralimitaciones que no comprometen ni prejuzgan ésta.

Dos sentencias del Tribunal Supremo Español= abordan el problema: la de 19 de Junio de 1879 --= (141) y la de 5 de Julio de 1922 (142). Su doctrina podría resumirse así: la asociación que persigue fines lícitos y se constituyó con arreglo a Derecho no puede reputarse ilícita por el hecho de que miembros de la misma delincan, aunque sean los miembros más representativos de la asociación e incluso en virtud de los oportunos acuerdos sociales. El Tribunal Supremo distingue, para ello, los "fines abstractos" de la asociación, en cuanto persona jurídica, de los "medios concretos" empleados por sus miembros (143); y la "actividad social" -- congruente con el "objeto" de la empresa, de la que supone un "exceso" (144) o desviación esencial respecto a éste solo imputable a quienes deben responder del mismo, pero que no implica la ilicitud del "objeto social".

Comparto esta tesis, si con ello se afirma que una asociación solo puede reputarse "ilícita" cuando su "objeto" -no su "actividad" o la "actividad" de sus órganos- es delictivo; no la comparto, si lo que se mantiene es que el "objeto" social no puede modificarse y devenir ilícito en ningún caso por la "actividad social" o por "acuerdos sociales" posteriores a la constitución de la sociedad. Rechazo, desde luego, que la licitud inicial de la asociación o su constitución "con arreglo a Derecho" sea una auténtica presunción "de iure" sobre la licitud del "objeto social".

3.- La posible "ilicitud" de asociaciones lícitas "ab initio" (por su objeto) y de asociaciones "constituidas" con arreglo a Derecho.

Los supuestos controvertidos son, por lo tanto, dos y a ellos se han referido algunos autores españoles: las asociaciones lícitas "ab initio", y las que se constituyeron "con arreglo al ordenamiento jurídico". ¿Puede reputarse ilícita, por su objeto una asociación inicialmente lícita?; ¿Puede estimarse ilícita, por su objeto, una asociación que se ha constituido legalmente?. A mi juicio cabe admitir ambas posibilidades: si se ha producido una modificación del "objeto social" en el primer caso; y si los fines que realmente persigue la asociación son delictivos, en el segundo, aunque la asociación goce de una apariencia formal de legalidad.

Ferrer Sama y Quintano Ripollés, sin embargo, mantienen que solo pueden reputarse ilícitas las asocia

ciones ilícitas "ab initio" y, por supuesto, las no constituidas con arreglo a Derecho, las asociaciones "de hecho". Según Quintano, solo interesan las asociaciones ilícitas "ab initio" (145): "la asociación viva, con personalidad jurídica legal, en cuyo seno o por cuyos órganos propios, dé lugar a la comisión de delitos, no tiene por que ser incluida en los -- preceptos de esta Sección, pues no es ilícita. Su -- responsabilidad o la de sus miembros, en su caso, -- ha de ser aquilatada por la definición del delito -- de que se trate..." (146); en este sentido también, Ferrer Sama afirma que si la asociación era inicialmente lícita, no se incurrirá en responsabilidad -- criminal por el hecho de que, después, se ejecuten -- actos ilícitos por medio de la misma (147).

La tesis de estos autores conduce a una interpretación restrictiva del término "asociación", ya que por "asociación" habría que entender -- a los e -- efectos del artículo 172.2º -- solo las asociaciones -- ilícitas "ab initio", y las "no constituidas con arreglo a Derecho". El planteamiento creo que no es correcto. Si el Código reputa ilícitas "las asociaciones que tienen por objeto cometer algún delito", se refiere evidentemente a "todas" las "asociaciones" sin que pueda excluirse ninguna clase de ellas. Si la asociación tiene por objeto cometer algún delito, será ilícita, aunque inicialmente no lo fuera, o -- aunque haya conseguido enmascarar sus fines reales -- constituyéndose con arreglo a Derecho. El problema -- no es pues, el alcance del término "asociación", -- porque "asociaciones" son unas y otras: el problema reside en la interpretación del término "objeto".

A mi juicio, Ferrer Sama y Quintano Ripollés pretenden de este modo fundamentar la impunidad de ciertos supuestos; pero esta impunidad deriva ya - de los presupuestos del comportamiento "típico" o - de las exigencias de la "culpabilidad": no son necesarias para ello las restricciones del concepto de "asociación", que proponen.

En efecto, como afirma Ferrer Sama, si los fi nes de una asociación son lícitos, no puede fundamentarse responsabilidad criminal alguna al amparo del artículo 172.2º, aunque miembros de la asociación delincan. Comparto su opinión: ni estos órganos de la sociedad, ni los demás miembros responden por el delito de asociación ilícita, pues la - asociación no tenía "por objeto" cometer algún deliti to. Se trata de un comportamiento atípico con relacion al nº 2º del artículo 172: no se da uno de los elementos del tipo que éste precepto exige. == Pero lo que no puede mantenerse, a mi modo de ver, es que la impunidad derive, entonces, del carácter inicialmente lícito del objeto social, o de la == constitución en su caso, con arreglo a Derecho == de la asociación. El "objeto" social puede modificarse, transformarse y devenir ilícito -como reconoce la doctrina italiana dominante (148)- sin que sea decisivo ya si tal ilicitud es originaria o deri vada.

A efectos de la "tipicidad" solo importa pre cisar en qué momento se ha producido la "modificación" del objeto social. Todo comportamiento "ante rior" a dicha transformación es "atípico": pero no

porque la asociación fuera inicialmente lícita, - sino porque al no haberse novado el "objeto social" quien se afilió a la asociación se afilió en una asociación que no tenía "por objeto cometer algún delito". La finalidad criminal de la asociación, - como se ha dicho (149) -ha de darse y de existir - en el momento de realizar el sujeto el comporta-== miento típico: "fundar", "dirigir", "presidir", - "participar".

Ahora bien, el que los comportamientos poste-== riores al cambio del objeto social (ilicitud sobrevenida de éste) sean "típicos", no significa -sin- más- que sean ya "punibles". Pueden no ser "culpables", por ejemplo, si el socio que se afilió a una asociación de fines lícitos permanece vinculado a ésta, ignorando justificadamente la transformación de su "objeto social": ignorando que participaba, = por lo tanto, en una asociación que "tiene por objeto cometer algún delito. Pero una vez ^{más} conviene - resaltar que la impunidad no se fundamenta en el - carácter inicialmente lícito de la asociación, sino en los postulados generales de la teoría de la - culpabilidad. Satisfechas tales exigencias de "tipicidad" y de "culpabilidad" carece de sentido - la restricción que proponen Quintano Ripollés y Ferrer Sama en cuanto a las asociaciones inicialmente lícitas.

Tampoco comparto la tesis de Quintano Ripollés, en el sentido de que el artículo 172.2º excluye, - de antemano, a las asociaciones constituidas formal mente con arreglo a Derecho. A mi juicio, no debe=

hacerse depender la licitud o ilicitud del "objeto" social de la constitución o no constitución de la empresa con arreglo a Derecho. Primero, porque un objeto inicialmente lícito que permitió la constitución de la sociedad al amparo del ordenamiento jurídico puede devenir ilícito. Segundo, porque no son términos necesariamente correlativos "personalidad civil" y "licitud penal" del objeto real perseguido: son valoraciones jurídicas distintas. Tercero, porque esta tesis potencia el fraude a la ley penal y entraña un inmerecido privilegio -impunidad- para ciertos comportamientos especialmente nocivos: es una prima para quienes, además de perseguir asociativamente la comisión de hechos criminales, ocultan y enmascaran dichos objetivos, gozando y beneficiándose incluso de una apariencia formal de legalidad. Con arreglo a la tesis que rechazo, una "pandilla" de jóvenes organizados para cometer una serie de "hurtos" de pequeña cuantía no dudaría en reputarse asociación ilícita: si dichos delitos, además, llegaran a ejecutarse, habría que condenar por el de "asociación" en concurso con éstos; y, sin embargo, una sociedad constituida con el fin de cometer asesinatos por encargo, pero enmascarada con la apariencia de una empresa mercantil anónima, no podría reputarse "asociación ilícita". porque se constituyó "formalmente": sus miembros y directivos, solo podrían ser castigados a tenor de la efectiva participación de los mismos en los delitos de asesinato ejecutados, pero no a título de directivos o miembros de una asociación criminal.

La tesis no es convincente. Si la asociación - tiene por objeto cometer algún delito, debe repu-=- tarse ilícita, con independencia de que gozara o - no de esa apariencia de legalidad que supone el ha- berse constituido al amparo del ordenamiento jurí- dico. Los miembros y directivos de una sociedad -= civil o mercantil pueden responder, a tenor de lo= dispuesto en el nº 4º del artículo 172.2º, respec- tivamente, si dicha sociedad tiene "por objeto" co- meter algún delito. Lo que se admite en la litera- tura italiana y en la alemana (150).

4.- El problema de los objetivos "secunda-=- rios" y el de los "medios" e "instrumen- tos" de la asociación.

Al "objeto" social pertenecen, también, los "me- dios" inherentes a los "fines" y metas de la asocia- ción, y los objetivos "intermedios" de ésta. Asocia- ción ilícita no es, por lo tanto, solo aquella cuyo único objeto -o cuya finalidad última- sea la comi- sión de delitos: deberá reputarse igualmente ilícita toda asociación que persiga "medios" criminales= para la consecución de sus "fines", aunque estos úl- timos no fueran en sí mismos delictivos.

En otro sentido se pronuncia Ferrer Sama, para- quien la finalidad de delinquir debe ser "el único= objeto de la asociación, o, al menos el principal" - (151). Entiendo, sin embargo que la ley no distin- gue entre "objeto principal" y "objeto secundario"= ni exige una finalidad exclusivamente criminal. Es= la opinión, también, de Manzini (152) y Patalano -=

(153). La doctrina y la jurisprudencia alemana se han pronunciado igualmente en este sentido: no es necesario que el programa social se agote en la actividad delictiva; basta con que dicho programa - fuese un objetivo secundario -un "Nebenzweck"- a conseguir, o, incluso, con que sirva de "medio" - para el logro de los fines últimos de la asociación (154). Por "objeto" no hay que entender, por lo tanto, objeto "principal", "último" o "exclusivo".

5.- Trascendencia técnica de la referencia exclusiva al "objeto" de la asociación.

La referencia al "objeto" de la asociación (el objeto de cometer algún delito) es clave en la estructura del "tipo", y lleva consigo una serie de implicaciones que deben resaltarse. La asociación se reputa ilícita si lo es su "objeto". Esto significa que se exige un principio de ejecución de la "actividad delictiva" programada. La asociación es ilícita porque contempla en su "programa" la comisión de hechos previstos en la ley penal, aunque éstos no hayan comenzado a "ejecutarse". Desde el punto de vista de los bienes jurídicos singulares (que no son objeto específico de la tutela que el tipo confiere) se produce, desde luego, una anticipación de las barreras de protección penal. La consecuencia de esta técnica legislativa incide en la problemática del "concurso": si se diera un principio de "ejecución" de los delitos programa-

dos, los miembros y directivos de la asociación - que tomaron parte en los mismos responderían como miembros o directivos de una asociación criminal= (artículo 175.4º y 174.1º, con relación al 172.2º) en concurso con los delitos en cada caso cometidos, exigiéndoseles por estos últimos la responsabilidad que proceda con arreglo a las normas generales de la participación criminal. Los títulos de imputación son distintos e independientes.

Algún fallo de la jurisprudencia alemana mantiene que "los hechos criminales contemplados en el programa de la asociación deben de haberse llevado a cabo precisamente mientras el socio pertenecio a aquella: "während der Betätigung des Täters dauern" (155). Dicha tesis, a mi juicio, no es correcta. Ante todo, porque el tipo no exige - la efectiva realización del programa criminal: si éste se lleva a cabo -o no- es algo que no afecta al tipo; en segundo lugar, porque se desnaturaliza éste. En efecto, el delito de asociación ilícita no es un delito de "sospecha": no se trata - de hacer responder a los miembros y directivos de una asociación -de algún modo- por los delitos efectivamente cometidos por los órganos de la sociedad, supliendo con presunciones "de iure" la prueba de la efectiva participación de los mismos en tales delitos. El "bien jurídico tutelado" (la seguridad del propio Estado) y el criterio que el Código sigue al establecer las penas de unos y otros demuestran que es otra la naturaleza y "ratio legis" de este delito; lo que se sanciona es el - diverso grado de participación en una empresa criminal, las aportaciones de mayor o menor entidad a la asociación delictiva: no la "actividad" cri-

minal de ésta, sino la propia entidad, en cuanto="organización".

Por otra parte, aquí reside -desde un punto - de vista procesal y procedimental -la utilidad de este delito. El juez solo ha de constatar la "pertenencia" a la asociación, y el papel, función, jerarquía o atribuciones del encartado en aquella: - en definitiva, la aportación más o menos relevante del individuo a la organización; pero no la intervención o participación del afiliado o directivo - en la ejecución del programa criminal de la organización. Lo segundo solo interesa a efectos de un - eventual concurso de delitos.

Por último, la específica referencia del artículo 172.2º al "objeto", permite diferenciar claramente la asociación criminal de otras asociaciones también ilícitas, y de otros tipos penales aparentemente análogos.

La asociación del artículo 172.2º es ilícita - por su "objeto"; es decir, el juicio de ilicitud - recae exclusivamente en el "programa social" y exige una valoración previa del mismo, caso a caso, - desde el ordenamiento penal. Ilícita no es propiamente la "asociación" sino su "objeto", su "programa". Otras asociaciones, que el Código español reputa igualmente ilícitas, lo son porque se han "declarado fuera de la ley", o porque se han "prohibido" (artículos 173.3º y 172.3º, respectivamente).= No deben identificarse ni confundirse éstas con aquella. Las citadas en último lugar no son ilícitas por su "objeto"; el juez solo ha de comprobar si -

es una de las asociaciones "prohibidas" o "declaradas fuera de la ley", y para ello no es necesario examinar el programa que persiguen en el caso concreto. Pero, por la misma razón, la ilicitud en estos casos no puede fundamentarse en el n.º 2.º del artículo 172: no son ilícitas porque lo sea su "objeto" sino por otras razones. Aunque el objeto de las mismas fuera lícito, serían ilícitas. La doctrina y la jurisprudencia alemanas han puesto de relieve esta diferencia básica entre la asociación "criminal" por su "objeto" y la asociación "ilícita" en cuanto "prohibida". Según Maurach, del párrafo 129 deben excluirse aquellas asociaciones que se prohíben en virtud de un precepto penal autónomo, sin consideración a la licitud o ilicitud del programa de las mismas, es decir, aquellas donde lo prohibido es el propio hecho de asociarse y no se tienen en cuenta los "hechos que lógicamente y cronológicamente siguen al momento de constitución de la asociación" e integran su programa (156). La jurisprudencia sigue también este criterio, salvando el peligroso "círculo vicioso" denunciado por Maurach (157) en el que incurren quienes no distinguen unas asociaciones de otras (158).

La exclusiva referencia al "objeto", por último, ofrece un criterio distintivo más entre las asociaciones previstas en el n.º 2.º del artículo 172, y las contrarias a la moral pública, del n.º 1.º del citado artículo: éstas pueden ser ilícitas por su "objeto" o "circunstancias", mientras que la asociación criminal solo puede reputarse ilícita por razón de su "objeto". El término "circunstancias" solo se ==

menciona a propósito de las contrarias a la "moral pública".

c).- "...cometer algún delito": interpretación de esta fórmula.

El artículo 172.2º de nuestro Código reputa ilícitas las asociaciones que tienen por objeto "cometer algún delito". A una fórmula semejante acuden el legislador italiano ("commettere più delitti") y el alemán ("strafbare Handlungen zu begehen").

El inciso "cometer algún delito" plantea, a mi juicio, dos interrogantes:

Primero: la interpretación del término "cometer". ¿Debe entenderse como sinónimo de "ejecutar"?

Segundo: el sujeto o sujetos a quienes va referido el "objeto de cometer algún delito". ¿Es la propia asociación enjuiciada la que ha de tener por objeto "cometer algún delito"?

El Código Penal francés declara ilícita la asociación que se establece "con el fin de preparar o cometer" determinados hechos criminales (159). Pero, en nuestro Código, falta un precepto semejante, lo que obliga a plantear los dos problemas suscitados.

Deben analizarse los siguientes supuestos:

1).- Asociación que tiene por objeto "preparar" la comisión de delitos, que ejecutan después terceros extraños a la misma (160). Por ejemplo: la asociación que tiene por objeto facilitar datos, medios o instrumentos para que otras personas puedan llevar a cabo sus planes criminales (161).

¿Puede admitirse que esta asociación tiene por objeto "cometer algún delito"?; ¿No es un obstáculo para ello el carácter meramente "preparatorio" de los "objetivos" sociales, con relación a los delitos que, además, "ejecutan" personas ajenas a la propia asociación?

2).- Asociación que tiene por objeto "incitar" a la comisión de delitos a persona o personas que no integran la misma. ¿Tiene esta asociación -- por objeto "cometer algún delito", y debe reputarse ilícita a tenor de lo dispuesto en el artículo 172. 2º? (162).

3).- Asociación que tiene por objeto "auxiliar a los delincuentes para que se aprovechen de los efectos del delito o falta", "ocultar o inutilizar el cuerpo, los efectos o los instrumentos del delito o falta, para impedir su descubrimiento" o "albergar, ocultar o proporcionar la fuga al culpable" en determinados supuestos (163).

¿Tiene esta asociación por objeto "cometer algún delito"? (164).

Evidentemente, la solución de estos tres su puestas depende de cómo se interprete la fórmula -- "cometer algún delito". Si el término "cometer", -- por ejemplo, se interpreta en su acepción restrictiva, como sinónimo de "ejecutar", es obvio que las asociaciones a que me refiero en el apartado 1) no podrán reputarse ilícitas, porque no tienen por objeto "cometer" (ejecutar) algún delito. Si por "cometer algún delito" se entiende que la asociación -- precisamente la asociación, no un tercero ajeno a=

la misma- ha de tener por objeto alguna de las figuras de delito previstas en la Parte Especial del Código, es también obvio que tampoco podrán reputarse ilícitas las asociaciones apuntadas en los apartados 2) y 3), ya que tales asociaciones no ==tendrían por objeto "cometer algún delito" sino =="provocar" a terceras personas a que los cometan, o "encubrir" a los respectivos culpables; en ambos -casos, habría que estar a lo que resultare de las =normas generales sobre participación criminal, pero -desde luego- los directivos y meros afiliados =no responderían al amparo de los artículos 174.1º y 175.4º, con relación al 172.2º (directivos y meros partícipes de una asociación ilícita), porque la -asociación no tendría por objeto "cometer algún delito"; el asociado no responsable de los actos concretos de "complicidad" "provocación" o "encubrimiento" quedaría impune; el que tomare parte en éstos, respondería solo como "complice", "provoca==dor" o "encubridor":pero no por el delito de aso==ciación ilícita.

Cabe, sin embargo, otra solución -a mi juicio la más correcta y acorde con los presupuestos ya -sentados en capítulos anteriores -que es la que ==propugno: la fórmula "que tienen por objeto come==ter algún delito" no ha de interpretarse en el sentido de "ejecutar"...alguno de los "tipos penales=previstos en la Parte Especial" del Código, sino -como sinónimo de que tengan por "objeto" "llevar -a cabo algún hecho o hechos que fundamentan la responsabilidad criminal", con arreglo a cualquiera de los preceptos del Código, tanto de la Parte Espe==

cial como de la General.

Invoco tres argumentos en apoyo de esta tesis:

Primero: el legislador español no ha empleado el concepto "cometer" en el sentido de "ejecutar"= contraponiéndolo al de "preparar", sino en otro más amplio y comprensivo de ambas acepciones; en otros= lugares del Código, los términos "cometer" y "eje= cutar" aparecen incluso contrapuestos (165); en con= secuencia, no importa tanto precisar que ha de en= tenderse por "cometer", como el alcance total de la fórmula "cometer... algún delito". Segundo: el tér= mino "delito" -"algún delito"-, en la terminología= usual de nuestro Código, no es sinónimo de "hecho = consumado del autor previsto en la Parte Especial - (166), sino que equivale al llamado "tipo legal abs= tracto" (167); con Mir Puig entiendo, también que = los términos "delito" y "falta" pueden y deben ha= cerse extensibles -en nuestro Código- a las formas= imperfectas de ejecución (168), "formas de partici= pación" (169) y a los "actos preparatorios punibles" (170). Tercero: el bien jurídico protegido por el = delito de asociación ilícita -la seguridad del Esta= do- aconseja también esta solución; en efecto, la = asociación ilícita persigue la tutela de un bien ju= rídico que se lesiona al emprender, en forma "orga= nizada", una pluralidad de personas objetivos comu= nes contrarios al ordenamiento jurídico. La "ratio= essendi" del tipo reside en el factor "organiza= ción"; éste convierte la mera "pluralidad" de suje= tos activos en algo distinto, en una "institución = criminal"; lo decisivo, por tanto, no es si la aso= ciación "prepara" o "ejecuta" ciertos actos, sino =

si su "objeto" es contrario a la ley penal: su "objeto" unitario y globalmente considerado.

d).- La fórmula "algún delito": su significado.

Me he referido, hasta ahora, a los términos - "asociación", "objeto", y "cometer", analizando por separado el alcance de los mismos; he intentado seguir el orden literal de los conceptos que emplea nuestro Código, para su más llana exégesis. Ahora bien, este método expositivo podría desfigurar el significado de la propia fórmula legal, al socaire de una interpretación estrictamente "gramatical" := que rompería la unidad de aquella; porque no se trata de tres términos "estancos", independientes o autónomos, sino que giran en torno a un inciso fundamental y deben interpretarse en función de éste: "algún delito". Lo decisivo es que la asociación tenga por objeto cometer "algún delito".

Cabe suscitar, a mi juicio, las siguientes == cuestiones:

1.- Alcance del término "delito": grado y momento de "determinación" del hecho punible.

2.- Extensión o no extensión del mismo a las "faltas".

3.- Interpretación del adjetivo "algún": asociaciones que tienen por objeto cometer un solo delito.

4.- Asociaciones para cometer el delito de "robo": artículo 513, con relación al nº 2º del artículo 172.

5.- Determinación de la norma penal y conflictos de calificaciones respecto al objeto de asociación-

Abordo cada una de ellas.

1).- El término "delito": "grado" y "momento de determinación del hecho punible.

La asociación ha de tener por objeto cometer algún "delito". Quiere esto decir, en primer lugar, que los hechos programados por la asociación -no- por sus socios- han de subsumirse en algún precepto del Código. No se trata de "inmoralidad", "peligrosidad", "ilicitud" sin más, sino de objeto "criminal". En el Derecho español, una vez suprimido el inciso "penado en este Código" -con la Reforma de 1944- la incriminación puede derivar de una ley penal "especial" también: no solo del Código (171).

En segundo lugar, esto significa un obligado exámen de los objetivos reales que cada asociación en el caso concreto, persigue. Deben constatarse el "objeto" o "programa" de la asociación y la "norma penal". El problema es importante aunque con frecuencia pasa desapercibido. Basta con observar cómo la doctrina italiana, por ejemplo, cuestiona si la Mafia y la Camorra son asociaciones ilícitas o no (172), prescindiendo de los fines concretos que puedan perseguir, caso a caso, cada una de las innumerables asociaciones de esta naturaleza. A mi juicio, el problema no se plantea correctamente: lo importante no es si la asociación es o no es "mafiosa", sino si tiene por objeto o no cometer "algún -

delito" (173). Una asociación mafiosa sería ilícita si tiene por objeto cometer "delitos", pero no por el hecho de ser "mafiosa"; lo mismo puede decirse de otras asociaciones de diversa índole: "anarquistas", "colectivistas", etc. El nombre de la asociación, los antecedentes o significado de sus miembros, son irrelevantes: importa solo su objeto si es o no es delictivo en cada caso concreto.

La asociación ha de tener por objeto, por lo tanto, la comisión de un hecho punible. Ahora bien ¿qué grado de determinación" cabe exigir respecto a éste? El tema es grave, ya que no exigiendo el tipo un principio de ejecución del programa criminal, se trata siempre de enjuiciar el carácter "delictivo" de "objetivos", "proyectos" y "metas" sociales de significación necesariamente equívocas. Las trabas procesales y dificultades inherentes a la "prueba" de hechos de esta naturaleza son obvias. A esto se añade, además, la amplitud de la fórmula legal de nuestro Código (la asociación puede tener por objeto cualquier delito previsto en el mismo o en una ley penal especial.

En la jurisprudencia y doctrina italianas se afirma que para el delito de asociación ilícita basta con "un acuerdo genérico para cometer delitos, bien que no determinados aún en su especie, ni precisada la forma de consumación de los mismos" (174). Por esta vía ha llegado a concluirse que la diferencia entre la "asociación" y la "participación criminal" estriba en la mayor o menor determinación del "delito" concertado: la primera supone un acuer

do dirigido "a la realización de una serie determinada de delitos", mientras que en la segunda dicho acuerdo persigue la ejecución "de uno o más delitos netamente individualizados" (175). Este planteamiento que, en principio, no parece incorrecto encierra un grave peligro: termina por revelarse al juez de la constatación de que el objeto social, en el caso concreto, es "delictivo" -- con lo que se burla solapadamente una exigencia típica esencial.

Pero conviene precisar más. La asociación ilícita puede entenderse a modo de "acuerdo genérico para delinquir", en el sentido de que no es necesaria una perfecta determinación --a nivel programático-- del bien jurídico singularmente amenazado por el calendario criminal, en lo que se refiere al titular del mismo, o a circunstancias de tiempo, lugar, número y modo de la agresión concreta. Una asociación que, por ejemplo, tiene por objeto "robar", ha de reputarse ilícita porque --tiene por objeto cometer este delito: es irrelevante, al efecto, los objetos o cosas que pretenden sustraerse, el valor de las mismas, la identidad de los perjudicados, el número de robos en proyecto, etc; el programa de la asociación es delictivo, y esto es suficiente. Debe distinguirse, pues, entre una determinación "absoluta" y una determinación "relativa": basta con esta última, --siempre que la indeterminación afecte solo a circunstancias referentes a la "ejecución" del programa

ma, pero no al programa mismo. Cabe admitir, en este sentido, una "determinación sucesiva" (176), una progresiva concreción de aquel, pero dejando siempre a salvo la constatación efectiva, y en el caso concreto, de que los fines sociales son "delictivos"; porque la asociación ha de tener por objeto cometer algún delito, y esta exigencia típica es insoslayable (177). La indeterminación "relativa", que admito, no excusa la prueba de que el objeto esencial de la asociación es "delictivo" (178). En cuanto a éste, no caben grados de concreción: o es delictivo o no lo es. Su determinación condiciona la "tipicidad" del comportamiento de quien participa, funda, dirige o preside la asociación.

2).- La asociación que tiene por objeto cometer "faltas".

¿Debe reputarse ilícita la asociación que tiene por objeto cometer "faltas"?; ¿es "típico" el comportamiento de quien funda, preside, dirige o participa en una asociación constituida para cometer "faltas"? El problema no es otro que el de la interpretación del término "delito", del artículo 172.2º: si se entiende incluidas o no las "faltas" en el mismo.

a).- El problema en la doctrina italiana.

La cuestión se plantea en los mismos términos que en el Código Penal italiano (179), donde la doctrina discute si en el término "più delitti" deben o no entenderse comprendidas las "contravvencioni". Un sector dominante, basándose en un criterio púra

mente gramatical, se pronuncia en sentido negativo: es el caso, por ejemplo, de Sabatini (180), - Costa (181) y Patalano (182). De Rubesis, tan solo invoca argumentos de otra naturaleza, aunque de - escasa consistencia, a mi juicio (183). Lo mismo puede afirmarse respecto a la tesis de Manzini == (184). La opinión contraria se sostiene por Ugen== ti-Sforza, para quien deben reputarse igualmente= ilícitas las asociaciones que tienen por objeto - cometer "faltas" porque, a su juicio, aún admitien= do que los asociados pretendan cometer solo "con- travenciones", nadie puede garantizar que de he== cho no rebasarán la difusa frontera de su progra- ma delictivo, cometiendo verdaderos "delitos" == (185). Por razones distintas, llegaré a la misma= tesis de este autor.

b'').- Toma de postura.

Debe reputarse ilícita, en el C.P. español, = la asociación que tiene por objeto cometer "fal== tas" (186). Creo que hay argumentos históricos, - sistematicos, teológicos, y de política criminal= en favor de esta tesis, que pesan más que el que= pueda resultar de una mera interpretación "grama- tical" del término "delito".

El delito de "asociación ilícita" no es más= que un mecanismo de autotutela del propio Estado= y de su seguridad, frente a todo intento "organi- zado" de perseguir unos objetivos contrarios a == las leyes; la "organización criminal" lesiona el= bien jurídico, y convierte la "mera pluralidad" -

de delincuentes en una "institución" hostil, en un "microestado". Cual sea el delito o delitos - que aquella programa -la naturaleza o gravedad - de éstos- es algo secundario; prueba de ello es que las penas se establecen en función del grado de responsabilidad del socio en la organización (directivos o meros afiliados) sea cual fuere el hecho criminal en proyecto (puede tratarse de cualquier delito, incluso de los previstos en leyes especiales), y que no se exige un principio de ejecución respecto a éstos; lo decisivo es que se pretendan unas metas "ilegales", en oposición a los fines del Estado, y que se persigan "asociativamente", "organizadamente". El término "delito", en el artículo 172.2º, debe interpretarse, por lo tanto, en un sentido amplio, comprensivo de "delito" y "falta": este es el que más se ajusta a la "ratio essendi" del tipo. La mera existencia de una asociación que tiene por objeto cometer "faltas" lesiona el bien jurídico tutelado del mismo modo que lo lesiona la asociación que tiene por objeto cometer "delitos". Se trata, en ambos casos, de una auténtica "institución criminal" de una "organización", que aparece enfrentada al Estado (187). Por otra parte, la distinción entre "delito" y "falta" es puramente "cuantitativa" (188), sus fronteras no pueden trazarse de antemano, en el caso de determinados delitos, con la sola valoración del hecho cometido (189) y sería inviable intentarlo en el de asociación ilícita, desde el momento en que el tipo no exige siquiera un principio de ejecu-

ción. Desde un punto de vista de "política criminal", por último, tampoco parece recomendable excluir del nº 2º del artículo 172 las asociaciones que tienen por objeto cometer "faltas", dado que este precepto -por su estructura- ofrece un arma, especialmente eficaz y practicable contra la delincuencia organizada (190).

3).- Naturaleza y número de delitos programados.

La tercera interrogante que plantea la fórmula española es la interpretación del giro "algún delito". ¿Implica éste una restricción en la clase o número de hechos criminales que han de ser contemplados en el objeto de la asociación/.

Conviene examinar otros modelos.

a").- El sistema francés: crímenes contra "personas" y "propiedades".

El Derecho francés, por ejemplo, reputa ilícita la asociación constituida para cometer crímenes contra "personas" y "propiedades" (192). Es un primer sistema, clásico, seguido por otros Códigos (193), cuya característica más significativa es, fundamentalmente, la restricción o delimitación de los delitos que ha de tener por objeto la asociación para ser reputada ilícita: delitos contra "personas" y "propiedades" (194). Dicho sistema de "catálogo", tiene una explicación "histórica", no es arbitrario: el legislador contempló las "bandas" y "cuadrillas" de malhechores", seleccionando los hechos criminales que, por lo general, éstas llevaban a cabo.

b").- El sistema italiano: "piu delitti".

Un segundo sistema es el seguido por el Codice Penale vigente: es ilícita la asociación que -- tenga por objeto cometer "delitos", "piu delitti"= (195). A diferencia del sistema francés, el legislador italiano no opera ninguna selección "cualitativa" en la clase de hechos criminales que ha de tener por objeto la asociación. Puede tratarse de cualquier delito. Su origen debe explicarse por -- las críticas que mereció el sistema de catálogo -- del C.P. Sardo (196), calificado de "ilógico e inoportuno", ante el temor de que el mismo representara un serio obstáculo para la lucha contra la delincuencia asociada (197). Algún autor, incluso, mantuvo que la razón de ser de aquel -ya superadano fué otra que la de evitar se declarasen ilícitas y criminales inocuas asociaciones de carácter="político" (198). El problema que plantea la fórmula italiana es el alcance del giro "piu delitti".= De la Relazione Ministeriale parece desprenderse -- con meridiana claridad la "ratio legislatoris": -- "...quando un numero considerevole di individui si associa, non gia per commettere questo o quel reato, ma in genere una serie di delinquenze, perfar cuasi, a cosi dire, il mestiere di delinquente..." (199). Según esto, "piu"delitti no significa tanto: varios delitos, varios delitos indeterminados, como: propósito genérico de delinquir profesionalizadamente. El socio, el afiliado, aparece ante todo como "un profesional" que hace de la delincuencia= su "oficio". La doctrina, sin embargo, acude a una

interpretación puramente "cuantitativa" del término "piu"; se afirma, por ejemplo, que la clase o especie de delitos proyectados es irrelevante, porque solo interesa que se proyecte la comisión de "más de un delito" (200); que, si la asociación no tiene por objeto cometer, al menos, dos delitos, decae la tipicidad (201). De ahí que un sector de la doctrina excluya del giro "piu delitti" el delito "continuado" (202). La jurisprudencia ha entendido por "piu delitti": "scopo generico di delinquenza" (203), "propósito de cometer una serie indeterminada de delitos" (204), un "número indeterminado de delitos" (205); en todo caso, doctrina y jurisprudencia han estimado que el inciso "piu delitti" ofrece un claro criterio de distinción entre el "accordo" a que se refiere el artículo 112 y la "associazione": el "accordo" va dirigido a la comisión de un solo delito, perfectamente determinado; mientras la asociación persigue una pluralidad de delitos no determinados --- (206).

c').- El sistema español.

¿A cual de estos sistemas responde la fórmula española? Evidentemente, nuestro Código no sigue las directrices del C.P. francés, porque no limita cualitativamente la clase de delitos que ha de tener por objeto la asociación. Es irrelevante de qué delito se trate, e incluso la "gravidad" del mismo (207). Respecto al número de delitos en proyecto y grado de determinación exigible solo por vía interpretativa puede deducirse el alcance de la fórmula "algún delito". A mi juicio ésta es sinónimo de "cualquier delito". Es decir,

debe reputarse ilícita la asociación que tiene por objeto cometer cualquier delito, sea el que fuere. No se ha querido decir otra cosa, y, por lo tanto, queda sin prejuzgar el tema de si basta un solo delito o son necesarios una pluralidad de hechos criminales en programa; y el grado de determinación de uno u otros en el proyecto delictivo.

El adjetivo "algún", en este sentido, no es un adjetivo "numeral", sino un adjetivo "indeterminado". Se refiere a la "clase" de delitos, no al "número" de éstos. A favor de esta tesis pueden invocarse varios argumentos:

Histórico. El delito de asociación ilícita surge en el C.P. de 1870, como producto de una ideología concreta. Para ésta, el C.P. representa el último límite del ejercicio de todo derecho. Los preceptos del C.P. marcan la frontera. El nº 2º del artículo 198 reputaba ilícita la asociación que tuviera por objeto cometer "algún delito penado en este Código". "Algún delito" significaba, por tanto "cualquier" delito; qué delito o delitos fueran éstos carecía de relevancia: si la asociación tenían por objeto cometer alguno o algunos de ellos, el ejercicio del derecho era abusivo, al infringirse el límite del mismo; el C.P.

Sistemático. Nuestro Código, cuando emplea el adjetivo "algún" o "algunos", suele hacerlo con la acepción que aquí se mantiene: para resaltar la idea de "indeterminación", para poner de relieve un género o una especie, más que como adjetivo "numeral" (208); no se prejuzga, de este -

modo, el número de delito o delitos necesarios.=
Lo que sucede es que, al suprimirse con la reforma de 1944 el inciso "penado en este Código" ("algún delito penado en este Código") perdió claridad y precisión el adjetivo "algún", desvinculado del sustantivo al que se refería. Su significado originario sigue siendo el mismo, si bien ahora hay que ponerlo en relación con cualquier delito previsto tanto en el C.P. como en las leyes penales especiales.

La fórmula o sistema español, así entendido, parece más satisfactorio que otros modelos ya expuestos. El régimen de catálogo tiene solo una justificación histórica, válida aún para aquellos ordenamientos, como el francés, que identifican la asociación para delinquir con las bandas y cuadrillas de malhechores (209), pero no en los demás casos. Las nuevas formas de delincuencia organizada, por otra parte, no hablan en favor del sistema de "catálogo" o de "numerus clausus" que suele quedar desfasado y superado con el consiguiente riesgo -- de impunidad. La naturaleza del bien jurídico protegido apoya también esta tesis: una restricción -- de la clase de delito o delitos contemplados en el programa social tiene sentido solo si éstos fueran el objeto específico de la tutela que pretende establecerse: es lógico que, entonces, se procediera a una razonable selección. Pero el bien jurídico -- protegido "prima facie" por el delito de asociación ilícita no debe identificarse con los bienes -- jurídicos singulares, en cada caso amenazados o le

sionados por aquella: es un bien jurídico independiente y distinto. Si, como mantengo, la "ratio - incriminationis" deriva de la especial temibilidad para el Estado de la empresa criminal, en cuanto - "organización" de fines antitéticos a los de aquel, evidentemente no tiene sentido delimitar o restringir los delitos programados, ya que el acento recae sobre la "organización" delictiva, más que sobre la clase específica de "delitos" que persigue cometer. Por último, la idea de que el régimen de catálogo es una garantía para las asociaciones "políticas", al impedir la aplicación abusiva o arbitraria de los preceptos del Código a estas asociaciones, carece de todo fundamento: si la asociación "política" tiene por objeto "cometer algún delito" no merece privilegio alguno, está incluida en el nº 2º del artículo 172.2º, como cualquier otra; de no ser así, las normas reguladoras del ejercicio del derecho de asociación excluirían, en todo caso, la ilicitud de tales asociaciones (circunstancia 11ª del artículo 8º), que pudiera derivar de cualquier otro precepto (210).

a").- Supuestos controvertidos: el delito "culposo", el "ocasional" y el "condicionado".

La doctrina italiana, y algún autor alemán, plantean a propósito del término "delito" ("piu delitti", "strafbare Handlungen") si en el mismo deben entenderse comprendidos el delito "culposo", el "doloso" cometido ocasionalmente por un miembro de la asociación" y el llamado "delito condicionado",

es decir, aquel cuya ejecución depende de la voluntad de una tercera persona que no es la que se afilia, por ejemplo, a la asociación (211). Creo que dicho planteamiento es incorrecto. En cuanto al delito "condicionado" (212), porque lo único que interesa al tipo de la asociación para delinquir, es si ésta tiene o no por objeto cometer algún delito: de quien pueda depender, en última instancia, que se ejecute o no dicho delito (proceso de formación y expresión de la voluntad social) es irrelevante; como lo es, incluso, que el delito llegue o no a ejecutarse. El socio incurre en responsabilidad criminal (artículo 175.4º, con relación al nº 2º del artículo 172) por el hecho de participar en una asociación que tiene por objeto cometer algún delito, siendo consciente de ello: que conozca, consienta, apruebe o participe en las concretas decisiones delictivas -o en la ejecución de las mismas no importa al tipo.

Respecto a los delitos "culposos", la doctrina italiana (213) y la alemana (214) mantienen únánimemente que no deben entenderse comprendidos en el término "delitti" o "strafbare Handlungen", de los artículos 416 y 129, respectivamente. Lo que no es fácil de comprender. ¿No es contradictorio que los mismos autores que propugnan, por ejemplo, la inclusión de las "faltas" en el término "delito", excluyan, sin embargo, del mismo el "delito "culposo"?; ¿No es "delito", el "delito"-culposo?. A mi juicio, lo que sucede es que el problema se plantea de forma impropia: lo que la doctrina reseñada quiere resaltar es que una a-

sociación no puede "tener por objeto" cometer delitos "culposos", porque el "objeto social" implica un "plan", una "intencionalidad", estructuralmente incompatible con esta clase de delitos (214), pero no afirmar que el delito "culposo" no sea == "delito", en el sentido del artículo 416 del Código Penal o del párrafo 129 del C.P. alemán. Por otra parte, la problemática del "delito culposo" - no interesa a propósito del exámen de los términos legales: "objeto" y "delito" sino en el campo de la "culpabilidad" o del "concurso" de delitos; interesa, por ejemplo, si se puede "participar" culposamente, como mero individuo, en una asociación que tiene por objeto cometer algún delito; interesa, - también, el problema del miembro de una asociación ilícita que, en cuanto tal miembro, comete por imprudencia alguno de los delitos previstos en el -- programa criminal (problemas de "culpabilidad" y - "concurso" de delitos, respectivamente): pero que la asociación pueda tener por objeto cometer "delitos culposos" es una cuestión que no puede abordarse en tales términos. Es un contrasentido.

Carece igualmente de sentido el tema de los - "delitos dolosos cometidos ocasionalmente", tal y como se formula; es decir: si son o no son "delitos". Porque no cabe duda que el delito "culposo". ¿Que quieren decir, entonces, los autores alemanes (215) y los italianos (216) cuando afirman, de forma unánime, lo contrario? Hay que precisar. En el Código Penal alemán, la asociación se reputa ilícita cuando es ilícito su programa o su "actividad" =

Como esta última, en definitiva, es la actividad de sus órganos, parece lógico no deba imputarse a la sociedad el comportamiento delictivo de los miembros de la misma, si es accidental o no guarda relación alguna con el objeto de la asociación. De ahí la restricción que se propone respecto a los delitos culposos y los dolosos cometidos ocasionalmente (217). Pero en el ordenamiento italiano, como en el español, una asociación solo puede reputarse ilícita por su "objeto" (la actividad social solo es relevante, en otro caso, en la medida en que implique o refleje un cambio esencial de aquel); el problema, por lo tanto, no es si los delitos dolosos cometidos ocasionalmente son o no son "delitos" -lo que no ofrece duda alguna- sino: si el delito en cuestión responde o no al "objeto" social, o puede determinar un cambio de éste.

b").- La asociación que tiene por objeto cometer un solo delito.

Pero, sin duda, el tema más delicado es el de las asociaciones que tienen por objeto cometer un solo delito, un delito determinado y concreto ¿Cabe mantener que quien participa, funda, dirige o preside una de estas asociaciones realiza el comportamiento típico; es decir, que participa, funda dirige o preside una asociación que tiene por objeto cometer "algún" delito?. A mi juicio, no. Pero no porque el término "algún" reclame una pluralidad de hechos criminales, sino porque ésta viene exigida por el tipo.

La asociación criminal, como dije, se caracteriza por la "organización". No es una mera "pluralidad de sujetos", sino algo distinto: una "institución"; en esto se distingue, esencialmente, de la "conspiración" y de la "participación" criminal; la conspiración, en cuanto concierto para ejecutar un delito y resolución colectiva para llevarlo a cabo, cede con el principio de ejecución de éste, queda absorbida. La participación gira en torno del delito que comete el autor principal, es accesoria. - La asociación para delinquir es una "institución", = es decir, una organización que "trasciende" y va -- más allá, en cuanto organización, del delito proyectado. No es una organización para cometer un delito determinado, sino una organización para delinquir. = Los conspiradores y los partícipes también se "organizan" y no por ello dan vida a una "organización", a una "asociación". Esta lleva implícita la idea de "trascendencia" de "continuidad", de "institucionalización". No cabe duda que puede nacer del seno -- de una "conspiración", de un "concierto", de una -- "participación accidental", si los conspiradores o partícipes permanecen unidos, y se organizan, concluido el concierto o cometido el delito, para ejecutar otros: pero la estructura de una y otras difiere esencialmente por esta nota de la "trascendencia". De la "trascendencia" inherente a la "institución" criminal -y no del significado gramatical del término "algún delito- se desprende la necesidad de que la organización persiga una pluralidad de hechos criminales indeterminados. Parece, además que otras consideraciones conducen y confirman tal exigencia. En primer lugar, la alusión al "objeto" =

de la asociación, al "objeto social". ¿Puede mantenerse, en rigor, que un solo y determinado delito constituya el "objeto", exclusivo, de una asociación...?. Creo que no, por razones semejantes: El legislador se ha referido en definitiva, al objeto que persigue una "organización", no al de una pluralidad de personas; si el "objeto" se agotara en un solo acto delictivo no sería propiamente "objeto social" (218), ni podría hablarse de "asociación". Cabe una asociación constituida solo para "estafar", es decir, para cometer una pluralidad indeterminada de delitos de "estafa": pero no una "asociación" para cometer un único y determinado delito de estafa. En este último caso, la eventual "organización" sería la propia de toda "conspiración" criminal, pero no la organización "trascendente que caracteriza a la "asociación" ilícita, proyectada para sobrevivir a la ejecución singular de sus actos criminales concretos y determinados. En segundo lugar, no debe olvidarse que el delito de asociación ilícita no exige el principio de ejecución de los hechos delictivos programados. El comportamiento típico consiste en "fundar", "dirigir", "presidir" o "participar" en la organización, no en la actividad ilícita que ésta despliegue. El delito, por lo tanto, supone una derogación de las normas generales sobre la participación criminal, que carecería de fundamento si la supuesta "asociación" tuviera por objeto cometer un solo delito determinado. ¿Por qué no considerar, en estos casos, a los consocios como "conspiradores" -si falta un principio de ejecución del delito concertado- o, si procede, aplicar las normas genéricas sobre participación criminal?. Por otra parte, el miembro o di

rectivo de la asociación que persigue cometer un solo y determinado delito, no puede decirse que participe en la "organización criminal", en la "asociación", sino en la preparación o ejecución de ese concreto hecho delictivo que constituye el único objeto social. Admitir en tales casos la existencia de una verdadera y genuina "asociación" ilícita supondría derogar, sin fundamento alguno la normativa sobre participación criminal: se borrarían además, las fronteras entre la "conspiración", la "asociación" y la "participación", debiéndose aplicar el artículo 172.2º siempre que concurrieran, en la preparación o ejecución del delito, una pluralidad de sujetos. Sin embargo, muy distinta es la "ratio legis" de aquel: solo en la medida en que los partícipes o conspiradores se constituyeran en "organización", se organicen para cometer una pluralidad de delitos no determinados, solo entonces nace algo distinto del mero concierto o concurso voluntario -la "institución criminal"-, que, por lesionar un bien jurídico independiente de los singularmente amenazados (la seguridad del Estado), reclama la creación de un tipo penal autónomo; solo entonces tiene sentido prescindir del principio de ejecución del delito programado, y castigar al socio por el mero hecho de participar en la asociación.

4).- La asociación transitoria para cometer el delito de robo: art. 513 del C.P.

La asociación criminal, por lo dicho, ha de tener por objeto cometer una pluralidad de delitos no determinados. Este principio, sin embargo, sufre

una singular excepción a propósito del delito de "robo" como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 513 del C.P. Según establece dicho precepto: "la mera asociación, aun transitoria, de tres o más personas para cometer el delito de robo, se estimará comprendida en el número segundo del artículo 172".

El alcance y significación del artículo 513 son verdaderamente problemáticos. La doctrina dominante lo considera superfluo, reiterativo e, incluso, perturbador (219), propugnándose su supresión del Código. Se piensa -y no sin fundamento- que, si es ilícita la asociación que tiene por objeto cometer algún "delito" (art. 172.2º), lo será también la que tenga por objeto cometer el de "robo", sin necesidad de que lo afirme, reiterativamente, el artículo 513. A esto se añade otro dato: el legislador no hace sino remitirse al artículo 172.2º, de modo que no se establece particularidad alguna en cuanto a las penas de los directivos y afiliados de una y otras asociaciones. ¿Qué razón de ser tiene, entonces, esta referencia expresa -y exclusiva- al delito de "robo"? Porque, evidentemente, para que el artículo 513 no sea superfluo es imprescindible que se cumpla uno de estos dos requisitos alternativos: que la llamada asociación para cometer el delito de robo no pudiera ser considerada "asociación", en el sentido del artículo 172.2º, en cuyo caso el artículo 513, al equiparar ambas, homologaría la segunda; o que -en su defecto- estableciera un régimen penal específico para los direc-

tivos y meros afiliados de las asociaciones que tienen por objeto cometer el delito de robo: la propia letra del artículo 513 cierra el paso a esta segunda posibilidad (220).

A mi juicio, es imprescindible el exámen de los antecedentes de este precepto. El artículo 54 de la Ley de Seguridad del Estado disponía: "La mera asociación, aún transitoria, de tres o más personas para cometer el delito de robo, será penada con dos a seis años de presidio. Los jefes y promovedores de la agrupación serán castigados con prisión de cuatro a ocho años". El artículo 54 forma parte del Capítulo VIII de la Ley, que lleva por rúbrica: "de los robos a mano armada y secuestros". El legislador parece que no se refería a la asociación criminal, constituida para cometer -en este caso- una pluralidad de robos indeterminados, sino a ciertos supuestos fácticos, no punibles al amparo del C.P. de 1932, entonces en vigor: la asociación ilícita ya se encontraba prevista en el artículo 185.2º del C.P. de 1932, si bien este Código, por ejemplo, no declaraba punible la "conspiración para delinquir". Con el artículo 54 se pretendió fundamentar la punibilidad de quienes, incluso transitoriamente, se asocian o agrupan para robar, para cometer un determinado delito de robo. La "transitoriedad", contrario a lo que pudiera deducirse de una interpretación gramatical del artículo 54, no se refiere a la "asociación", en cuanto entidad organizada, sino al hecho a asociarse y, por lo tanto, a la permanencia del afiliado en aquella (221). Debe observarse, por último, que el propio artículo 54 exige un número de

miembros en estas "asociaciones"; que establece -- el aumento de un tercio de las respectivas penas -- para caso de "reincidencia" o "reiteración"; y, -- que la finalidad de "robar" no aparece tanto como -- objeto de la "asociación" sino más bien referida -- a las tres o más personas que con este fin se aso -- cian. Todo ello es impropio de la disciplina de la asociación criminal, y aproxima la asociación tran -- sitoria para cometer el delito de "robo" a la "cons -- piración", y a la participación criminal. De hecho, así lo ha entendido la jurisprudencia del Tribunal -- Supremo, y creo que acertadamente (221).

Con la Reforma de 1944, el legislador equipara estas asociaciones para robar con la asociación pa -- ra delinquir del artículo 172.2º., a todos los efec -- tos. Para ello, las penas se modifican sustancial -- mente, debiéndose aplicar ahora las previstas para -- directivos (art. 174.1º) y meros partícipes (art. -- 175.4º) de la asociación para delinquir del artícu -- lo 172.2º. Se conserva la alusión al número mínimo -- de tres miembros, que rige excepcionalmente para la asociación del art. 513 (223) y un ligero giro esti -- lístico obliga a referir la "transitoriedad" a la -- propia "asociación". Pero el C.P. de 1944 declaró -- punible la conspiración para delinquir, y por lo -- tanto, también la conspiración para "robar", que no lo era en el C.P. de 1932, con lo que quiebran los -- presupuestos que justificaban el artículo 54 de la -- Ley de Seguridad del Estado: el artículo 513 no cu -- bre lagunas legales y, además, rompe con el régimen especialmente severo que merecieron las asociaciones para robar en aquella Ley (en comparación con las de -- más asociaciones criminales).

La asociación transitoria del artículo 513 - es una figura híbrida: una "conspiración" para cometer el delito de robo que recibe el tratamiento propio de las "asociaciones" criminales; dicho régimen, sin embargo, pugna con la estructura mucho más simple de la llamada "asociación transitoria". En efecto, la aplicación de las penas estableci-=-das para los directivos y meros afiliados de las= demás asociaciones ilícitas en los artículos 174.1º y 175.4º, respectivamente a estos asociados,= es, artificial y arbitraria porque quiebra el tratamiento igualitario que merecen todos aquellos -= que se conciertan para la comisión de un delito y resuelven ejecutarlo (art. 4º); y no deja de ser= incongruente distinguir grados de responsabilidad en la fase preparatoria del delito (directivos y= meros afiliados de la asociación transitoria), -= siendo así que, si éste se llega a ejecutar, res=ponderían todos como "autores" del mismo, en vir= tud del criterio jurisprudencial del "acuerdo pre= vio" (224).

El expediente de la "conspiración", más con= forme con la naturaleza de la asociación transito= ria, permite imponer unas penas proporcionadas a= la gravedad del delito de robo proyectado, lo que debe ponderarse ya que la asociación del artículo= 513 se constituye para cometer un concreto y de= terminado delito de robo, y no una pluralidad in= determinada de delitos de esta clase, como sucede= ría con la genuina asociación criminal... Por o= tra parte, dado que las penas previstas en los artículos 174.1º y 175.4º para directivos y meros afilia= dos a asociaciones ilícitas son independien=

tes de la clase y gravedad de los delitos que aquellas programan, en el caso de la asociación transitoria para cometer el de "robo" ello implicaría -o- podría implicar- un inmerecido privilegio para quienes se asocian con este fin, al debérseles imponer penas inferiores a las que hubieran merecido por el mero hecho de concertarse para robar (225). Esta -- contradicción puede explicarse -y se justifica- tratándose de las "asociaciones" genuinas, ya que el - bien jurídico que con las mismas se tutela no es el singularmente amenazado, en concreto, por el programa social; pero no en el supuesto de la asociación=transitoria que tiene por objeto cometer un determinado delito de robo. No puede olvidarse que el artículo 513 aparece para establecer un régimen especialmente severo, que reclamaban las circunstancias, y= no para privilegiar de algún modo a quienes se asociaren para robar.

Los Tribunales españoles, como dije, aplican el artículo 513 si los asociados no han dado principio a la ejecución del delito de robo: equiparada la asociación transitoria y la conspiración para robar, no estiman, en ningún caso, el concurso de delitos, sino que condenan por el de robo, si éste se ejecuta (226); de aquí resulta que la pena en que incurren los directivos de la asociación transitoria -- para robar -siempre la misma, sea cual fuere el delito concertado (art. 174.1º)- puede ser superior a la prevista para el delito de robo consumado, por lo que el art. 513 funcionaría en tales casos como auténtico factor criminógeno, siendo un verdadero - aliciente para el asociado la efectiva consumación= del robo (227). Esta es una consecuencia más del régimen de las asociaciones transitorias del artículo

513, que en modo alguno debe hacerse extensible a las asociaciones para robar no transitorias: una asociación que tenga por objeto cometer una pluralidad de delitos de robo, no determinados, es ilícita al amparo del nº 2º del artículo 172: si el robo llega a ejecutarse, proceder a condenar por este delito en concurso con el de asociación ilícita. Lo contrario conviene solo a las asociaciones "transitorias", y ello porque no son genuinas asociaciones sino "conspiraciones" para delinquir.

C).- Exámen de los diversos tipos penales

a).- Consideraciones generales

Los diversos tipos penales (artículos 174.1º; 174.2º y 175.4º, con relación al 172.2º) elevan a delito ciertas formas de participación en la empresa criminal. El legislador español castiga a quien "funda", "dirige", "preside", "favorece" o "participa" en una asociación "que tiene por objeto cometer algún delito". He examinado ya el alcance e interpretación de esta fórmula (asociación que tiene por objeto cometer algún delito); para completar la descripción del comportamiento típico, hago lo propio ahora con cada uno de los verbos ("fundar", "dirigir", "presidir", etc) -sustantivos, en el Código- que representan el propio núcleo del mismo.

Fundamentalmente son dos los problemas que se abordarán. El primero, precisar cual es -en cada caso- el comportamiento típico del "fundador", "director", "presidente", "favorecedor" y "mero individuo" de una asociación ilícita.

El segundo, versa sobre el nº 2º del artículo 174 (favorecimiento a la fundación, organización y actividad de asociaciones ilegales): el legislador

refiere expresamente el mismo a las asociaciones - previstas en el artículo 173, por lo que surge el problema del tratamiento que merece quien "con su cooperación económica o de cualquier clase favoreciere la fundación, organización o actividad de las asociaciones..." contempladas en el n.º 2º del artículo 172.2º. descrito de forma "fragmentaria" entre los artículos 172.2º y 175.4º; el artículo 172.2º contiene un elemento común a todos los tipos: la asociación que se "funda", "dirige", "preside", o, en la que se participa como "mero individuo"... ha de tener por objeto cometer algún delito, ha de ser ilícita; pero este inciso no agota el tipo, no es más que el marco del comportamiento típico, ya que se ha de "fundar", "presidir", "dirigir" o "participar"... en una de estas asociaciones; el núcleo de los respectivos tipos reside, precisamente, en estos sustantivos que no son meras "causas personales de modificación de la pena".(228)

Las penas establecidas para el "mero individuo" son claramente más benignas que las de los "fundadores", "presidentes", "directores" y "favorecedores" de la asociación ilícita. Esto no significa, tampoco que se trate de un "tipo privilegiado", de un tipo "especial" privilegiado, ni siquiera de un tipo "base". Todos tienen en común el ser "formas de participación" en la empresa criminal, elevadas a delito. Pero faltan los presupuestos de la "relación de especialidad", y la existencia de un tipo "base" respecto al que pueda hablarse de "tipos cualificados". La "asociación" ilícita no es el "tipo base", sino el marco al que van referi

das las diversas formas de participación. Interve-==
nir, por ejemplo, en la asociación criminal como "me-
ro individuo" es el tipo de estructura más simple, -
pero no el tipo base: baste con considerar que el ==
"cooperador" que favorece a la asociación, y que re-
cibe una pena más severa que los propios directivos,
no pertenece siquiera a aquella, lo que, sin embargo,
se exige del "mero individuo".

El tipo penal ahora examinado plantea dos proble-
mas: cuál es el contenido del comportamiento del "me-
ro individuo", y en qué se diferencia del de los ==
"fundadores", "directores", "presidentes" y "coopera-
dores o "favorecedores".

b).- El "mero individuo" de la asociación ==
, criminal.

1.- Sistema italiano, alemán y español

¿Qué debe entenderse por "mero individuo"? Nue-
stro Código se limita a establecer las penas de "arres-
to mayor" (art. 175.4º para los "meros individuos de-
Asociaciones comprendidas en los números 1º, 2º y 3º=
del artículo 172 y en el 173", pero no concreta en ==
qué consiste el comportamiento típico: es un problema
de interpretación. Las fórmulas seguidas por otros ==
Códigos son muy ilustrativas, aunque difieren de la -
española; el alemán, por ejemplo, pone el acento en=
la participación "activa" del socio en la asociación;
socio -mero individuo- es quien "actúa" como tal, ==
quien "participa" en la asociación como suele hacerlo
un hombre de filas en cualquier sociedad o empresa lí-
cita; el italiano, por su parte, contempla el proble-

ma desde un punto de vista "dinámico": no importa -- tanto el "contenido" del comportamiento propio del socio como el "hecho de asociarse"; lo que se castiga es el incorporarse, el asociarse a la empresa -- criminal, el acceder a la misma. El Código Penal es pañol sigue un sistema similar al italiano: socio -- es -para nuestro Código- el miembro "de" la asociación, el que "pertenece" a la misma, la "integra":= el "afiliado". Nuestro Código, por lo tanto, resalta la idea de "pertenencia" no la de "actividad" = "participación"...etc, lo que debe tenerse en cuenta en el momento de adoptar una postura en la clásica polémica que sostienen autores alemanes e italianos sobre si basta el mero hecho de pertenecer a la asociación, o si es necesario -además- un comportamiento "activo" por parte del afiliado; en el derecho español creo que debe optarse por lo primero:=- basta con "pertenecer" a la empresa criminal. El tipo se consuma en el momento en que se produce -tácita o expresamente- el acuerdo de voluntades entre - el socio y la asociación, acuerdo que determina el ingreso del afiliado en ésta.

2.- Pertenencia a la asociación y sometimiento a la voluntad y disciplina corporativa.

Pero esta "pertenencia" que caracteriza la condición de "mero individuo" no ha de entenderse en sentido "formal" (229): no se trata de una afiliación "formal" (230), sino de unos lazos o vínculos.

"esenciales" entre el individuo y la organización= delictiva (231) que se traducen en un "sometimiento" o subordinación (232) de aquel a ésta: un auténtico= acuerdo de voluntades (233) entre el aspirante y la asociación criminal, del que se deriva una "disci=plina" que el nuevo socio acata. Como se ha puesto= de relieve (234), la inclusión del aspirante en las listas de la asociación, el pago regular de las co= rrespondientes cuotas, la asistencia de aquel a reu= niones en los locales de la asociación pueden ser = indicios de esa "pertenencia", pero no la determi= nan necesariamente: solo caso a caso puede comprobar= se si existen esos vínculos "asociación"- "socio", = propios del "miembro" o "mero individuo" de una aso= ciación criminal; claro que unas veces, será neces= aria una determinada "actividad" para que el "aspiran= te" sea admitido en la "organización"; otras, tal = vez baste con "inscribirse" en la misma; otras, la= pertenencia podrá resultar de "hechos concluyentes"; pero lo decisivo en todo caso es ese "acuerdo de vo= luntades", que supone la "incorporación" a la empre= sa criminal. En ese momento se consume el tipo.

3.- El "extraneus".

De lo dicho se desprende que el "extraneus", = esto es, el tercero ajeno a la asociación, no puede= realizar el tipo del injusto, aunque eventualmente = participe de forma activa "en" la asociación: porque no pertenece a ésta, porque no forma parte "de" la a asociación (235). La idea de la "pertenencia" permite distinguir, de antemano, el comportamiento típico = del "mero individuo", del de "favorecedor" (art. 174. 2º) que contribuye con una aportación de cualquier = índole pero no "integra" la asociación. Por ausencia

de esta "cualidad de socio" resulta obligado admitir que el "empleado" (236), los "administradores" de los fondos sociales (237), los "partícipes ocasionales" (238) los "simpatizantes" (239), los que se encuentran en período de "prueba" (240), entre otros, no pueden realizar el tipo: no son "meros individuos" de la asociación criminal, aunque puedan intervenir o participar en la misma, de algún modo.

4.- Afiliación y comportamiento típico.

Que el comportamiento típico se agote en el mero hecho de la "afiliación" no significa, sin embargo, que cualquier "actividad" que exceda esa mera situación de "asociado" convierta en "directivo" al "mero individuo" activo, al militante que aporta, por ejemplo, su trabajo a la organización, que contribuye con sus cuotas a las necesidades económicas de ésta, o que difunde los objetivos de la asociación o hace proselitismo en favor de la misma. Quiero solo decir con esto que el tipo exige exclusivamente la "pertenencia" a la asociación y que, por lo tanto, se consume cuando se produce ese "acuerdo de voluntades" entre aquella y el aspirante; que no se requiere ninguna "actividad" positiva en favor de la asociación, para reputar "mero individuo" al "afiliado"; en nuestro Código son términos sinónimos. La explicación debe buscarse en el "bien jurídico" tutelado; con el delito de asociación ilícita protege nuestro Código la propia "seguridad del Estado, seguridad que se "lesiona" por la sola existencia de una organización criminal, que se presenta como institución antiestatal; por ello, también, el mero hecho de "formar parte de" aquella -

agota el comportamiento típico. Se comprende entonces que el delito de asociación ilícita no exija un "principio de ejecución" en referencia a los hechos delictivos singulares programados: basta con "formar parte de", "pertenecer" a la asociación, porque es esta "pertenencia" o "adhesión" a la misma el núcleo del injusto.

Por otra parte parece evidente que de ser necesario un cierto comportamiento "activo" en el "afiliado". -es decir, si no bastara la mera "afiliación"- el Código debiera haberlo hecho constar, lo que no es el caso; y corresponde al intérprete aclarar la voluntad de la ley, pero no corregirla ni modificarla. Si el Código no especifica cual es ese comportamiento activo que se supone debe llevar a cabo el "afiliado" para que pueda reputarse "mero individuo", en el sentido del artículo 175, número 4º del Código penal, es evidentemente porque basta la "mera afiliación", sin más: donde la ley no distingue no debe distinguir el intérprete. Problema distinto es si, "de lege ferenda", parece o no satisfactorio este sistema, esto es: distinguir sólo dos formas extremas de participación en la empresa criminal, una que consistiría simplemente en "pertenecer" a la misma, y otra, en ostentar los cargos de máxima responsabilidad: pero es el sistema de nuestro Código. El "afiliado" a una asociación ilícita realiza ya, por este sólo hecho, el tipo del injusto (art. 175.4º con relación al núm. 2º del art. 172); cualquier otro comportamiento que exceda de su condición de simple "afiliado" carece de relevancia penal, siempre que -como se verá posteriormente- por su "situación jerárquica" en la asociación y participación en el ejercicio de "funciones directivas" no merezca

la consideración de "director, "presidente"...-
etc. En apoyo de esta tesis puede invocarse también
el empleo por nuestro legislador del adjetivo "mero"
("mero individuo", "mero partícipe") con el cual pa-
rece pretenderse resaltar que no se exige más que el
hecho de formar parte, aún sin desplegar actividad -
alguna, de la asociación (241). Esta es, en definiti-
va, la conclusión que arroja una interpretación lla-
na y simple del significado semántico de estos tér-
minos en la vida social y en el propio tráfico jurí-
dico del mundo asociativo, lo que no puede perderse-
de vista porque, estructuralmente, en nada se distin-
gue una asociación lícita de una asociación criminal
ni los comportamientos propios de los miembros o di-
rectivos de unas y otras (242).

5.- El llamado "socio pasivo" en la doc-
trina italiana y alemana.

En la doctrina italiana, un sector de la misma-
mantiene que el "mero asociarse" (243) basta para rea-
lizar el comportamiento típico, en cuanto que el he-
cho de la "afiliación" es el acto que determina la -
"cualidad de socio" (244). Sin embargo, en la doctri-
na alemana, se afirma unánimemente que es necesaria -
una determinada actividad en favor de los fines y ob-
jetivos de la asociación (245); no basta -se dice- -
con "estar afiliado", es necesario "actuar como so-
cio" (246). Se trata, claro está, de una actividad -
"orgánica", "interna", que discurre en el seno de la-
asociación, y no necesariamente de una actividad en -
sí misma "criminal" (247), al menos por la razón de -
que el tipo no exige un principio de ejecución de los

delitos que persigue cometer la empresa criminal.=
La doctrina alemana rechaza, en consecuencia, la -
figura del llamado "socio pasivo" (248), es decir,
la de aquel afiliado que se limita a formar parte=
de la asociación sin contribuir, de forma activa,=
a las necesidades, objetivos o actividades de ésta.

6).- La caracterización del tipo como -=
"delito permanente": la tesis de Bos
carelli.

Para terminar, me refiero a dos problemas -=
planteados respecto a la naturaleza de este tipo, -
concretamente a su caracterización como "delito per
manente" y como "delito mixto de acción y de omisión".

No duda la doctrina española (249) y la italia-
na (250) en mantener que este tipo concreto tiene na-
turaleza "permanente": que es un delito "necesariamen-
te permanente" (251), a diferencia de lo que sucede -
con otros tipos penales de asociaciones ilícitas (252),
en el sentido de que "al momento de consumación le -=
sigue un estado antijurídico duradero que puede cesar
con un acto de voluntad de los consocios" (253), o -=
con la "disolución de la asociación" (254). Tal carac-
terización me parece acertada, si bien no puede olvi-
darse que la cesación voluntaria del estado antijurídi-
co, o la disolución de la asociación, dejan a salvo la
tipicidad del comportamiento anterior: el socio, por -
ejemplo, que se aparta de la asociación voluntariamen-
te, solo podrá invocar, eventualmente el arrepentimien-
to espontáneo, pero no el desistimiento ((255).

De una particular interpretación del concepto de=
"delito permanente" deriva, a mi juicio, la tesis de -
Boscarelli (256) para quien este tipo configura un de-

lito "mixto de acción y omisión". Según este autor, para que se realice el tipopenal se exigen dos diversos comportamientos sucesivos: uno, activo (cumplimiento del llamado "acto de asociación"), y otro omisivo (omisión del llamado "acto de receso"). Creo, sin embargo, que carece de relevancia penal este segundo momento, por ser ajeno al tipo, y posterior a la perfecta consumación del mismo. Lo que el legislador prohíbe es participar en la asociación como mero individuo, y no el no abandonarla después de haber participado en la misma. La "permanencia" afecta a la "duración" del ataque -lesión, en este caso- al bien jurídico, pero no a la "consumación" del "tipo" del injusto, que se produce en el momento en que se ha participado como "mero individuo" en la empresa criminal.

Por último, debe resaltarse un importante requisito o "presupuesto" del comportamiento típico: es necesario que la "asociación" haya llegado a "constituirse". En otro caso, solo responden los "fundadores", "directores" y "presidentes", a tenor de lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 174.1º, que no se refiere a los "meros individuos".

c).- Los "fundadores", "directores" y "presidentes" de asociaciones que tienen por objeto cometer algún delito (artículo 174.1º, con relación al nº 2º - del artículo 172).

1).- El sistema español: rasgos diferenciales.

Al igual que otros Códigos (257), distingue tam-

bién el español el comportamiento del "mero individuo" (art. 175.4º) del de los "fundadores", "presidentes" y "directores" de la asociación ilícita (art. 174.1º), considerando la mayor o menor relevancia de las respectivas "aportaciones" a la empresa criminal y el peso específico de unos u otros en ésta.

El nº 1º del artículo 174 contempla las formas de participación en la asociación ilícita de mayor gravedad, los comportamientos de los "directivos" o "cabezas" (258) y, por ello, las penas que establece son más severas que las previstas para los "meros individuos": prisión menor, inhabilitación especial y multa de 10.000 a 75.000 pts. (259).

El catálogo del artículo 174.1º ("fundadores", "directores" y "presidentes"), aunque heterogéneo, = porque se refiere a conductas que suceden en distintos momentos de la vida de la asociación y de diverso contenido -según se verá- ha de entenderse exhaustivo, y no meramente ilustrativo o "ad exemplum" (260).

El sistema español, presenta dos particularidades frente a otros Códigos. En primer lugar, porque equipara a efectos de pena, todas estas actividades = "directivas", mientras que las de carácter "fundacional" suelen recibir un tratamiento específico en el Derecho extranjero (261). En segundo lugar, porque = nuestro Código prescinde, en principio, de la naturaleza de la asociación, de la causa de su ilicitud, al establecer las penas de los "directivos" de ésta: es irrelevante si la asociación es ilícita porque "tiene por objeto cometer algún delito", porque es contraria a la "moral pública", o porque ha sido "prohibida" o =

"declarada fuera de la ley": la pena para sus dirigentes es siempre la misma, sin discriminación (262).

2).- La distinción "mero individuo"-directivo": su trascendencia técnica.

El nº 1º del artículo 174 suscita, fundamentalmente, dos problemas. El primero, precisar la distinción entre el comportamiento típico de estos "directivos" y el de los "meros individuos". En segundo lugar, diferenciar -a su vez- la conducta típica del "fundador", "director" y "presidente".

La distinción entre "mero individuo" y "cabeza" o "directivo" tiene indudable trascendencia en la disciplina de las asociaciones ilícitas (263). No creo, por ello, suficiente con una apelación al significado "lógico y semántico" de los términos "fundador", "mero individuo" (264), etc; ni parece razonable pensar que los "estatutos" de cada asociación resolverán, caso a caso, el problema (265): es necesario una elaboración dogmática del mismo, por compleja y obligadamente circunstanciada que ésta se presente. Para ello, existen dos puntos de partida: el exámen de los criterios que emplea el propio legislador español, en otros pasajes del Código, para atribuir la condición de "directivo" a los partícipes en determinados delitos de estructura análoga a los de "asociaciones ilícitas"; y el análisis casuístico y pormenorizado de la distinción "directivo"- "mero individuo" en la jurisprudencia española.

a').- El concepto de "directivo" en los delitos de "reunión y manifestación no pacífica", "rebelión" "sedición" y otros de carácter "colectivo".

Se trata, ante todo, de justificar si por "directivo" de una asociación ilícita (art. 174.1º) == puede entenderse lo que por "directivo" entiende == nuestro Código a propósito de otros delitos: si las normas "específicas" previstas en los artículos 168, 216, 220, 257.2º último párrafo y 268 bis, pueden hacerse extensibles, de algún modo, al nº 1º del artículo 174, u ofrecen algún criterio válido para una interpretación "sistemática", de este último.

A mi juicio, no.

Según el artículo 168: "... se reputarán directores de la reunión o manifestación los que, por los discursos que pronunciaren, por los impresos que hubieren publicado o repartido, por los lemas, banderas u otros signos que en las mismas hubieren ostentado o por cualesquiera otros hechos, aparecieren como inspiradores de los actos de aquellas".

El criterio que establece el artículo 168 solo tiene sentido respecto a las "reuniones y manifestaciones", pero no para las asociaciones ilícitas; lo tiene para aquellas, como indicaba Groizard (266), - porque "en una reunión o manifestación, donde todo es de momento, todo es accidental, todo eventual, todo imprevisto y nada está organizado, un discurso enérgico, un impreso, una bandera, un lema, puede impresionar los ánimos, ser causa de la resolución que se adopte o del acto que se ejecute. Pero, en una asociación, no...". El razonamiento de Groizard tal vez no sea hoy absolutamente válido, pero sí en la medida en que apunta una diferencia estructural obvia entre la "asociación" y la "reunión". Ante todo=

no parece lógico pensar que pronunciando discursos, lemas, portando banderas o repartiendo impresos, -- pueda "inspirarse" la actividad criminal de una organización; en ésta, precisamente, serían actos más propios de un "militante", de un mero "afiliado". -- que de un "directivo"; en segundo lugar, el hecho -- de que no exista, a propósito de las asociaciones i lícitas, un precepto correlativo al del artículo 168, revela que el legislador ha querido romper con el pa ralelismo que existe entre estas figuras delictivas, negando validez, a propósito de las asociaciones ilí citas, a un criterio establecido para las reuniones -- no pacíficas. Semejantes consideraciones cabe formular, con relación al criterio contenido en el artículo 216 del C.P. (a propósito del delito de sedición: "cuando la rebelión no hubiera llegado a organizarse con jefes conocidos, se reputarán por tales los que -- de hecho dirigieren a los demás o llevaran la voz -- por ellos, o firmaren los recibos u otros escritos ex pedidos a su nombre, o ejercieren otros actos semejantes de dirección o representación". Este precepto, se interprete como simple "presunción" (267) o como "índice de jefatura" (268), lo cierto es que ha sido muy criticado (269), incluso en el ámbito y significación que le son propios, esto es: como norma especial para los delitos de "rebelión" y "sedición". Del artículo -- 220 se desprende que, cuando el legislador ha considera do oportuno acudir a este criterio excepcional, lo -- ha hecho refiriéndose al artículo 216 de forma expres sa. Obsérvese, además, que no se trata siquiera de u na "ley especial" para los delitos de "rebelión" y -- "sedición", sino que lo dispuesto en el mismo vale so

lo en tanto la rebelión o la sedición "no hubieren llegado a organizarse con jefes conocidos". No cabe duda que carece de sentido, en los delitos de asociaciones ilícitas, un precepto que, de hecho, puede conducir a que se repute como "directivo" quien realmente no lo es, o no lo ha sido: si esto es criticable en los de rebelión y sedición, más lo es en aquellos, siquiera, al menos, porque la mayor estabilidad y organización de la empresa criminal no presenta los obstáculos y dificultades de prueba propios de los delitos de rebelión y sedición. Queda por examinar el artículo 263 bis. Según éste: "cuando en la comisión de los delitos colectivos comprendidos en el presente Título no aparecieren los jefes, promotores, organizadores o directores, y no haya precepto especial que atribuya esa condición, se reputarán por tales, en cada caso, el más caracterizado entre los enjuiciados, y, en igualdad de condiciones, el de más edad. La caracterización a que alude el párrafo anterior, se refiere a los que ejercieren actos de representación o dirección y, en su defecto, a la condición, conducta y antecedentes, a juicio de los Tribunales, en relación con la naturaleza y circunstancias del hecho".

Este precepto, el único que integra el Capítulo XIII del Título II, fué adicionado por el Decreto Ley de 22 de Marzo de 1957. Se pretendió con el mismo, según la propia Exposición de Motivos, establecer una presunción genérica para todos los delitos "colectivos" comprendidos en el Título II que no contaran ya con alguna norma específica "adh hoc", a

a fin de que de este modo, no fuera necesario acudir a una interpretación "analógica". Prescindiendo ya de la incoherencia de este planteamiento (270), lo cierto es que solo tres supuestos legales (271) - reúnen los requisitos exigidos para la aplicación de este artículo 268 bis: los delitos de asociaciones i lícitas, la sedición impropia del artículo 223, y los delitos contra la forma de gobierno. Con Rodríguez - Devesa (272) entiendo que, solo puede aplicarse con relación a estos últimos. Cabe invocar tres argumentos en apoyo de esta tesis. El primero, de carácter histórico. El artículo 268 bis tiene su antecedente en el artículo 28., párrafo segundo, de la Ley de Seguridad del Estado (273) -no en el 256 del propio Código, como por error advierte la Exposición de Motivos del Decreto Ley de 22 de Marzo de 1957-; dicho artículo se refería exclusivamente a los jefes y promotores de determinadas "asociaciones" ilícitas; el -- legislador, posteriormente, introdujo en el Código -- un mandato análogo para los delitos de "rebelión" -- (art. 216) y "sedición" (art. 220), pero no para los de "asociaciones ilícitas", a pesar de que son mu--- chos los preceptos relativos a éstas en el Código -- que proceden de la Ley de Seguridad del Estado: lo = que puede interpretarse como propósito deliberado de prescindir de este precepto, de naturaleza evidentemente excepcional. El segundo argumento es lógico-gra matical. El artículo 268 bis se refiere a los delitos "colectivos", o, como precisa la Exposición de Moti-- vos del Decreto Ley que introduce aquel: "delitos de - necesaria ejecución multitudinaria, que requiere una= preparación y dirección singular"; parece, pues, que=

no es la "asociación ilícita" el supuesto previsto en el artículo 268 bis, porque no es éste uno de los delitos que se "comete", o "ejecuta" multitudinariamente; la asociación criminal es, ciertamente, un delito "plurisubjetivo", pero no un delito "colectivo" en el sentido del artículo 268 bis. Una asociación puede planear un delito que luego se "comete" o "ejecuta" multitudinariamente; pero la propia asociación, el asociarse, el participar en la misma como mero individuo, el organizarla, no son "delitos colectivos" o de "ejecución multitudinaria". Por último, la estructura del delito de asociación ilícita pugna con el criterio que impone el artículo 268 bis, pudiéndose se oponer al mismo, por lo tanto, la propia salvedad que aquel contempla: "en relación con la naturaleza y circunstancias del hecho"; en efecto, la presunción que éste establece, tiene un alcance estrictamente "procesal", como se ha señalado (274); se persigue "encontrar" un "jefe" o "promotor", aunque tal jefe o promotor no exista. Dado que los artículos 174.1º y 175.4º prevén las penas en que incurren los "directivos" y "meros individuos", respectivamente, de la asociación criminal, el principio de legalidad impide castigar como "director", "presidente" o "fundador" a quien consta que solo participaba en la asociación como "mero individuo", por más que reúna los indicios a que se refiere el artículo 268 bis; de hecho así lo ha entendido, también, la jurisprudencia del Tribunal Supremo (275).

b').- La distinción "directivo"- "mero individuo" en la jurisprudencia del Tribunal Supremo: exposición y crítica.

La Jurisprudencia del Tribunal Supremo (276), ha=

abordado en innumerables fallos este problema. Este, sin embargo, se plantea en un contexto muy peculiar. Ante todo, porque lo que suele discutirse en casación es si procede aplicar el párrafo ter ce ro del artículo 174.1º o el párrafo cuarto: y no, si los hechos deben subsumirse en el nº 1º del artículo 174. o en el 4º del artículo 175. El objeto del debate no es, aunque parezca lo contrario, el mismo, dado que las modificaciones introducidas -- con las reformas de 1967 y 1971 trasladan el problema de la distinción entre el comportamiento del "directivo" y el del "mero individuo" al de la mayor o menor gravedad de los "hechos" ejecutados. En segundo lugar, porque el carácter meramente facultativo de la rebaja de las penas que prevé el párrafo cuarto del artículo 174.1º para los "meros individuos", permite, de hecho, imponer a éstos -- aún siendo meros individuos-- las mismas penas que a los "directivos", con lo que la distinción entre unos y otros pasa a un segundo plano. Por último, la jurisprudencia es contradictoria: no solo por el inevitable casuismo de la materia, sino porque las mencionadas reformas amplian las facultades -- discrecionales del tribunal "a quo", cerrando el paso a la casación, con lo que se limita la función revisora y unificadora del Tribunal Supremo.

Un fallo muy significativo es el de 30 de -- Octubre de 1967 (277), porque ofrece una completa= visión panorámica de la doctrina jurisprudencial. El problema se plantea en los siguientes términos: "Que la oposición que, a efectos de tipicidad y pe na, valorando la peligrosidad del sujeto activo, -

realizan en el delito de asociación ilegal los -- artículos 174 y 175 del C.P. entre meros participes... y fundadores, organizadores, directores requiere, en defecto de definición directa legal, - determinar su diferencial condición, con arreglo a la realidad práctica y al concepto lógico y semántico de los propios términos, enunciativos de la condición personal, en correlación con la inexistencia de situaciones intermedias; y, así como el sencillo asociado es aquel que voluntariamente se afilia o adscribe a la entidad extralegal, como hombre de filas, conociendo y aceptado los principios que la informan, y, comportándose como miembro disciplinado en actitud pasiva por carecer de mando; el dirigente, al contrario, integrado también en la asociación, concede a la misma su trabajo intelectual o material, de manera relevante y - activa, en dimensión interna o externa, para su -- creación, estructuración o gobierno y propagación, con la realización de los propósitos previstos en mayor o menor medida, uniendo a su dinamismo y entrega, una posición relevante o preferente dentro de la organización, con facultades dispositivas o ejecutivas, propias o delegadas".

Lo más significativo de este fallo es, sin duda, su doctrina: concretamente el hecho de que - en el mismo se dan cita todos los criterios seguidos por el T.S. -no siempre armónicos y coherentes -a propósito de la distinción entre el comportamiento del "directivo" y el del "mero afiliado".

Estos criterios y directrices jurisprudenciales son, en esencia, cuatro:

Primero: "actividad"- "pasividad" en la asociación, como expresión del comportamiento de "directivos" y "meros individuos", respectivamente.

Segundo este planteamiento, el "socio" es -- un mero "afiliado", y su comportamiento típico -que se caracteriza por la "pasividad"- se agota en el mero hecho de afiliarse a la organización criminal; actúa como "directivo" quien lleva a cabo algún comportamiento "activo" en el seno de aquella, por suponer "un más", respecto a la mera "afiliación" -actitud pasiva- propia del simple socio.

En la doctrina de las sentencias, entre otras, de 23 de Enero de 1967, 19 de Noviembre de 1971, 16 de Diciembre de 1971, 16 de Abril de 1958, 30 de Octubre de 1967, 23 de Mayo de 1966, 29 y 30 de Octubre de 1973 y 5 de Marzo del mismo año (278).

Este criterio, a mi juicio, no es válido. Ciertamente la "mera afiliación" basta para realizar el tipo del injusto previsto en el núm. 4º del art. 175 (el "mero individuo" es, sin más, el "afiliado"), pero de aquí no puede desprenderse que quien excede la situación de estricta "pasividad" que caracteriza al simple "afiliado" deba convertir ya a éste en "directivo" ("presidente" o "director"). La propia jurisprudencia ha superado este planteamiento admitiendo, si bien caso a caso y con carácter excepcional, que actúa como "mero individuo" el afiliado que despliega cierta actividad en favor de la asociación, sin limitarse a una actitud puramente pasiva.

Algunos fallos, por ejemplo, no dudan en mantener que el encartado era "mero individuo", aunque -- constara que "su afiliación no fué meramente pasiva" (279); la sentencia de 29 de Abril de 1964, con buen

criterio, se refiere incluso a "los deberes del afiliado" (280), es decir, una serie de comportamientos inherentes a la condición de todo socio y propios de éste; en tal sentido, la de 29 de - Noviembre de 1966 (281) advierte que uno de ellos es el pago de las cuotas sociales que, "por regla general" deriva del mero hecho de asociarse; la= sentencia de 5 de Myo de 1958 (282) apuntó ya es= te criterio más realista y coherente: el socio - "debe limitarse a cotizar y propagar en su ámbi= to propio...". Hay, pues, un ámbito de acción y= actividad propio del "mero individuo", una serie de comportamientos inherentes a tal condición. A título ilustrativo, la jurisprudencia se refiere a éstos: entrega de pequeñas cantidades de dinero con carácter benéfico (283); asistir a reuniones de la asociación, hacer propaganda en favor de = la asociación para captar adeptos y contribuir, = en cuotas, al sostenimiento de la misma (284); = participación activa en labores de captación de= adeptos, propaganda, cotización y asistencia a = actos sociales masivos (285); propaganda y actos sociales en el seno de la empresa criminal (286); aportaciones dinerarias para el sostenimiento de la asociación y, "a lo sumo", ejecución de algu= nas limitadas actividades de captación o proseli= tismo (287); dar cobijo a miembros de la asocia= ción, cotizar para la misma y dar consignas (288); proselitismo, asistencia a reuniones y actos masi= vos (289), etc.; si bien, la propia jurispruden= cia, ha considerado actos propios de un "directi= vo": tomar contacto con miembros de organizaciones

ilícitas extranjeras, a su venida a España (290); tomar parte en reuniones de carácter regional, -- recibir instrucciones y sufragar gastos de juicios y desplazamientos de otros miembros (291); prestar la casa para que tengan lugar en la misma cursi-- llos formativos organizados por la asociación -- (292); cotizar para la asociación y mantener simplemente contactos "orgánicos" (293). La doctrina jurisprudencial más reciente, tiende a sustituir-- este prolijo sistema de catálogo, necesariamente-- casuístico y contradivtorio, por unas directrices y principios generales más flexibles; de este modo, afirman algunos fallos (294) que actúa como "socio" quien se limita a desplegar una actividad "moderada", "no cualificada", y, como "directivo" quien realiza un comportamiento "destacado" o "no table", con relación al que se espera del "mero - individuo".

Segundo: la "peligrosidad" del individuo", como criterio de distinción entre el comportamiento del "mero individuo" y del "directivo".

Es la tesis de la sentencia de 5 de Junio de 1968 (295), entre otras (296), según la cual: "lo que, en realidad, y a fin de cuentas, interesa es medir concretamente la actuación del agente en cada caso, por el grado de peligrosidad que demuestre..."

Tercero: la mayor o menor gravedad de los hechos en concreto ejecutados.

Para otro sector de la doctrina jurisprudencial, actúa como "directivo" quien ejecuta hechos de gravedad "objetiva" (297) e "indudable" (298);

y, como "mero individuo", aquel cuyos comportamientos concretos no revisten dicho "gravidad".

Cuarto: el "status orgánico" en la asociación, y el contenido de las "funciones" que se desempeñan.

Según directrices que pudieran estimarse dominantes, la diferencia entre el "mero individuo" y el "directivo" reside en la posición que uno y otro ocupan en la organización criminal, y la índole de las funciones que ésta les encomienda. Socio y directivo "pertenecen" a la asociación (299), pero solo este último ocupa "una posición destacada" en la empresa criminal, y ejerce determinadas "funciones directivas", de mando, en la misma. El nombre del cargo es irrelevante: lo que decide es el contenido de éste (300), si se ocupa o no una "posición de privilegio" (301), y si se participa en el ejercicio de "funciones directivas" (302). Refiriéndose a los "directivos", precisa así la sentencia de 7 de Julio de 1967: por tal debe entenderse "cualquier persona que dentro de la asociación ilícita efectúa actividades que le constituyan en cabeza de la misma, por sus facultades, decisiones, orientaciones u órdenes hacia los meros afiliados o, en otro sentido del campo de actividad, ostentando jerarquía propia o conjunta, y aunque pueda resultar subordinada a otros, dentro de las respectivas escalas graduales de la organización, y siempre que por su contenido específico -a valorar en cada caso- pueda creerse que posee iniciativa para actividades=

de planificación o ejecución de los acuerdos ==
tendientes a la actuación asociativa..." (303).

No todos estos criterios jurisprudenciales
parecen admisibles.

Respecto al primero de ellos reitero lo ya==
dicho: una cosa es que basta la "mera afiliación" -
-sin más- para realizar el tipo del artículo 175.=
4º, con relación al art. 172, y otra distinta que=
el "mero individuo", para no convertirse en "directivo",
deba limitarse a una actitud exclusivamen=
te "pasiva" que no exceda su condición de simple -
"afiliado". Este seguirá siendo "mero individuo" -
y no "directivo" aunque contribuya activamente a -
la actividad de la asociación, siempre que su posici
ción jerárquica y orgánica en la empresa criminal=
no ocupe los escalones de máxima responsabilidad y
mando. El criterio que examino convertiría en "pres
identes" y, "directores" a "meros individuos" cu-
ya actuación fué destacada (lo que es irrelevante=
en nuestro Código) o crearía una tercera categoría
no prevista en éste (la del mero individuo "acti=
vo"). La actividad del "mero individuo" podrá go=
zar de relevancia en el caso de un eventual concur
so de delitos (el afiliado que delinque) pero caree
ce de ella a efectos de determinar el comportamient
o típico del "mero individuo" que no es otro que=
el del "afiliado"; éste no se "convierte" en "di=
rectivo" por el hecho de su mayor "actividad", si=
no en la medida en que participa en el ejercicio -
de ciertas funciones desde una particular posición
jerárquica en la organización.

La mayor o menor "peligrosidad" del encar--
tado creo que tampoco es criterio válido para dis--
tinguir el comportamiento típico del "directivo"=
y del "mero individuo". La "peligrosidad" solo ==
puede interpretarse de dos modos: como cualidad ==
"personal" del sujeto, con independencia de su po--
sición orgánica y funciones en la empresa crimi--
nal; o, como resultante de un comportamiento con--
creto, de unos hechos ejecutados al servicio de -
la organización criminal. Ninguna de estas dos a--
cepciones es relevante; la primera, porque prescin--
de del grado de pertenencia e incardinación del -
individuo en la asociación, de las funciones que e--
jerce en la misma: pero tratándose entonces de una
cualidad o atributo estrictamente "personal" -y -
no "funcional" u "orgánico"-no puede tenerse en--
cuenta; evidentemente, no hay obstáculo alguno pa--
ra que un sujeto muy "peligroso" actúe como "mero
individuo" en una asociación que tiene por objeto
cometer algún delito; y, viceversa: que otro, de--
sempeñando funciones de "dirección" y alta respon--
sabilidad en la citada asociación, no aparezca co--
mo "peligroso". A la misma conclusión podrá lle--
garse en el segundo supuesto examinado: si la "pe--
ligrosidad" se hace derivar de unos hechos ejecu--
tados como órgano de la sociedad delictiva. En --
primer lugar, porque la condición de "socio" o de
"directivo" es previa a la "actividad" criminal -
desplegada posteriormente por la asociación; son,
ante todo, cualidades "orgánicas" "funcionales",
que revelan la posición y cometidos "en" la asocia

ción:cabe hablar, desde luego, de diversos "pa==
peles" en la organización, aunque ésta tan solo se
haya constituido, sin haber empezado a desplegar -
actividad alguna; en segundo lugar, porque la índo
le o naturaleza de aquella carece en absoluto de -
relevancia para determinar la cualidad de "mero ==
individuo" o de "directivo". Sucede, con frecuen==
cia, todo lo contrario: en la vida asociativa, ==
quien normalmente ejecuta los planes sociales, quien
los lleva a cabo obedeciendo órdenes, es el "mero -
individuo". El "directivo" no desciende al plano ==
concreto de la ejecución de la actividad criminal.

Por la misma razón, la mayor o menor "grave-
dad" de los hechos concretos ejecutados -tercer ==
criterio jurisprudencial- no es decisivo. La "ac==
tividad criminal" de la asociación queda fuera del
comportamiento típico y no puede fundamentar, por=
lo tanto, la distinción entre "meros individuos" y
"cabezas" de aquella; tal distinción es previa e -
independiente. El criterio jurisprudencial que re-
chazo es consecuencia, a mi juicio, de una defec==
tuosa interpretación de los párrafos tercero y cuar
to del artículo 174.1º., en virtud de la cual se a-
plica el párrafo tercero a los "directivos", y el -
cuarto a los "meros partícipes". Creo, sin embargo=
que tal correlación no es correcta, porque no de==
ben entremezclarse cuestiones distintas, como lo ==
son:la gravedad abstracta de los fines que persigue
la asociación, la gravedad concreta de los hechos -
que sus miembros puedan haber ejecutado, y la dis==

tinta posición orgánica que unos y otros ostenten en la organización criminal. Cabe actuar como "mero individuo" de las asociaciones a que se refiere el párrafo tercero del artículo 174.1º, y como, "directivo" de las contempladas en el párrafo cuarto. Lo contrario equivale a infringir el principio "non bis in idem" (304).

Entiendo correcto el criterio "orgánico" -- "funcional" examinado en último lugar, aunque discrepo en algunas aplicaciones concretas del mismo. Por ejemplo: de la tesis jurisprudencial que considera propia del "directivo" la "absoluta dedicación" y entrega a la empresa criminal (305). = A mi modo de ver, tal entrega a la asociación no prejuzga el rango de la misma, ni la posición orgánica y funciones que aquella encomienda al miembro, cuestiones que, en definitiva, son las que importan. Caben actividades "directivas" sin una absoluta dedicación o entrega a la asociación, como caben también comportamientos propios de un "mero individuo" en quien solo vive para la empresa criminal, sin ocupar posiciones de relevancia en la misma.

c").- Conclusiones

Como "conclusiones", se podrían apuntar las siguientes:

El comportamiento típico del "mero individuo" se realiza por el mero hecho de la "afiliación", esto es, por el "acuerdo de voluntades entre la "sociedad" y el "socio" que determina la incorporación del primero a ésta. No se requiere -

en nuestro ordenamiento ninguna actividad más, - que, de existir, solo interesaría, en su caso, a efectos de un eventual concurso de delitos (306).

Los "directores" y "presidentes" también == "pertenecen" a la asociación, forman "parte" de - la misma. Los "fundadores", no necesariamente. Lo característico del comportamiento típico del "fundador" no es la "pertenencia" o "incardinación" - del mismo en la asociación, o su posición "orgá==nica" más o menos destacada en ésta, sino precisamente el ir dirigido a dar vida a la empresa criminal: su carácter constituyente.

La diferencia entre el comportamiento típico del "mero individuo" y el de los "directores" = y "presidentes" no reside tanto en la índole de - la "actividad" que puedan desplegar -por supuesto en el ámbito interno de la asociación- como en la posición "orgánica" y "jerárquica" que ocupan en - la misma de la que resulta el ejercicio de cier==tas "funciones" de la máxima trascendencia por == los últimos. Se trata, por lo tanto, de conceptos "funcionales" y "orgánicos" que exigen un examen - casuístico de la estructura de cada asociación: de los "hechos" ejecutados no puede derivarse, sin - más, la condición de "mero individuo" o de "presidente" y "director".

Nuestro Código, sin embargo, no ha contemplado a propósito de las asociaciones ilícitas "figuras intermedias", como puedan ser las de los "mandos subalternos". El silencio de la ley en este - caso (307) y la -notable diferencia entre las penas previstas para los "meros individuos" y los -

"directores" y "presidentes" obliga a una interpretación restrictiva, reservando la condición= de "directivos" ("presidentes" y "directores")= a los "cabezas" máximos de la asociación (uni=personales o colegiados), y no a cualquier miembro de la misma que puedan desempeñar funciones o actividades de cierta importancia. El esquema de nuestro Código es, sin duda, muy simplista - por desconocer la existencia de estos mandos intermedios que ejercen funciones propias y per=manentes -no siempre delegadas- en virtud del - principio de división del trabajo y de especialización. Pero lo contrario equivaldría a considerar "directivo" al "mero individuo" activo, - lo que va contra la "ratio legis" de la norma.= Los "mandos intermedios" para nuestro Código,= deben asimilarse a los "meros individuos".

3).- Presidentes, fundadores y direc
tores:delimitacion de los respec
tivos comportamientos tipicos.

Más complejo es distinguir el comportamiento típico de los "presidentes" "directores" y -= "fundadores", equiparado a efectos de pena. La - "actividad" que despliega el "fundador" se produce necesariamente con anterioridad a la efectiva -= "constitución" de la empresa criminal. Despues,= puede permanecer vinculado a ésta -por lo gene=ral como ^α"directivo"-, pero la labor fundacional genuina es la que se lleva a cabo antes de "establecerse" (308) la asociación. Los "directores"= y "presidentes" intervienen una vez constituida=

la asociación: antes serán meros "promotores", "organizadores", pero no "directores" ni "presidentes" (309). La distinción del Código es certera y responde a la realidad: no todo "fundador" es "presidente" o "director", ni éstos tienen por qué haber intervenido en la etapa "fundacional". "Orgánicamente" las funciones de "dirección", de "presidencia" y de "fundación" pueden también distinguirse. Las dos primeras implican una actividad dirigida a la asociación ya constituida, contemplada como estructura "organizativa"; la última, es un conjunto de actividades tendentes a convertir una idea, un proyecto, en una organización.

Considero, sin embargo, poco viable trazar los respectivos contornos de las funciones de "presidencia" y "dirección", porque con estos términos el legislador no hace sino referirse a unas "funciones" que en la vida real, -y especialmente en la fenomenología de la criminalidad asociada- aparecen, con frecuencia, entremezcladas. En principio, el concepto "presidir" pone el acento sobre la "representatividad", en el seno de la organización y frente a terceros, de quien ostenta este cargo. El concepto de "director" alude más a las funciones de iniciativa, impulso y control de la marcha de la empresa criminal. El "presidente" es la "cabeza visible" de la asociación: preside ésta, como órgano supremo, y ante terceros la representa. El presidente es, por así decirlo, la "institución": el "director" la "empresa" (310).

d).- El "favorecimiento" a la "fundación", "organización" o "actividad" de ciertas asociaciones (art. 174.2º): atipicidad del mismo respecto a la asociación para delinquir del artículo 172.2º

1).- Consideraciones generales

El artículo 174.2º, introducido con la reforma de 1944, impone a "los que con su cooperación económica o de cualquier clase favorecieren la fundación, organización o actividad de las asociaciones, grupos, organizaciones, entidades y formaciones mencionadas en el artículo anterior" las penas previstas para "fundadores, directores, y presidentes" de las mismas (art. 174: prisión menor, inhabilitación especial y multa de 10.000 a 75.000 pesetas) autorizando el párrafo segundo de dicho artículo 174.2º - elevar la cuantía de la multa hasta 2.000.000 de pesetas, "cuando el caudal del culpable lo permita" - (311).

Este precepto debe insertarse en una línea muy acusada en otros Códigos europeos, cuya evolución se caracteriza por dos constantes: en primer lugar, la tendencia a crear en la Parte Especial "tipos autónomos", que configuran como delito independiente ciertas conductas de favorecimiento y apoyo a las asociaciones ilícitas, con la correlativa derogación respecto a las mismas de las normas contenidas en la Parte General (312); en segundo lugar, = la imposición de penas muy graves, a veces más graves que las previstas para los propios directivos y

afiliados a estas asociaciones, a pesar del carácter "accesorio" de todos estos comportamientos, y sin que sea obstáculo el hecho de que son ejecutados por terceras personas, ajenas a la asociación. (313).

2).- Su ámbito de aplicación.

El problema que plantea el artículo 174.2º deriva de su alusión expresa a las "asociaciones = ... mencionadas en el artículo anterior", es decir, en el artículo 173. ¿Significa esto que el favorecimiento a las asociaciones mencionadas en los artículos 172 y 174 es atípico, para el artículo 174.2º? La respuesta parece que ha de ser necesariamente afirmativa.

La letra de la Ley es clara: el Código se refiere solo a las asociaciones "mencionadas en el artículo anterior", que es el artículo 173. No hay lugar a dudas. Es más, cabe añadir un argumento "sistemático" a esta interpretación: en otro pasaje el legislador utiliza la misma fórmula ("asociaciones comprendidas en el artículo anterior") con idéntico significado, como sucede en el nº 1º del artículo 174. Aquí "artículo anterior" equivale a artículo 173, y por ello, para comprender también otras asociaciones no previstas en dicho artículo 173, se mencionan éstas expresamente (314). Por último, desde un punto de vista "histórico", los antecedentes del hoy artículo 174.2º confirman esta tesis: el artículo 174.2º procede del artículo 39 de la Ley de Seguridad del Estado (315), que hacía referencia a asociaciones de naturaleza estrictamente "política", asociaciones que hoy con-

templa nuestro Código en su artículo 173. De todo ello debe desprenderse que el artículo 174.2º tipifica el favorecimiento prestado a las asociaciones previstas en el artículo 173. En cuanto a las demás asociaciones habrá que estar a lo que resulte de la normativa general sobre participación criminal. Evidentemente, el hecho de que no se puedan incluir en el nº 2º del artículo 174 no significa que tales comportamientos sean impunes.

Sin embargo, esta solución -obligada en nuestro Derecho- no parece satisfactoria. De "lege ferenda" sería conveniente suprimir la referencia al artículo 173, y hacer extensible lo dispuesto en el nº 2º del artículo 174 al favorecimiento prestado a cualquier asociación ilícita incluyendo, por supuesto, a las asociaciones criminales del nº 2º del artículo 172. Razones de muy variada índole lo aconsejan (316).

Sin perjuicio de lo expuesto, me referiré brevemente a los problemas que suscita el artículo 174.2º.

3).- El "favorecimiento" como conducta propia del "extraneus".

El artículo 174.2º configura como delito meras "formas de participación". Quien favorece, por tanto, la fundación, organización o actividad de una asociación ilícita es "autor" del delito previsto en el artículo 174.2º y no "partícipe" del delito de "asociación ilícita". Esta tesis se mantiene en forma unánime en la doctrina alemana respecto a su precepto homónimo (317).

El favorecimiento del artículo 174.2º es una conducta típica reservada al "extraneus". La finalidad que persigue el artículo 174.2º no es otra que la de imponer unas penas especialmente severas a quienes sin pertenecer a la asociación criiminal cooperan a la fundación, organización o ac=tividad de la misma con actos de cualquier clase - pero de cierta relevancia. El precepto tiene, pues, carácter "subsidiario" porque está pensado para = quienes no pueden respnnder criminalmente como "socios" o "directivos" de la asociación: para el "extraneus" (318). En este sentido, Rodríguez Devesa=excluye del artículo 174.2º las aportaciones que a la sociedad realizan sus miembros, estimando que - "el nº 2º del artículo 174 se ha de reservar, por=consiguiente ,para quien apoya financieramente a - la asociación ilegal desde fuera de ella" (319). - Lo que se afirma, también, en la doctrina alemana=co (320).

4).- El comportamiento objetivo del favo-
recedor:naturaleza y entidad de su a
portación a la empresa criminal.

Según dispone el nº 2º del artículo 174, in=curran en las penas correspondientes quienes "con - su cooperación económica o de cualquier clase, fa=vorecieren la fundación, organización o actividad - de las asociaciones... mencionadas en el artículo - anterior. Esto no significa, sin embargo, que "cualquier clase" de apoyo a la asociación realiza el -= tipo penal. El inciso "cualquier clase" se añadió - con la reforma de 1971, para no limitar -como hacía

hasta entonces el Código- la índole o naturaleza de la cooperación a la estrictamente "económica": "cualquier clase" quiere decir que la aportación del "extraneus" puede revestir cualquier "modalidad" (económica, ideológica, proselitista, etc),= pero no prejuzga la entidad y relevancia de la aportación prestada. Esta ha de revestir cierta significación para la empresa criminal. ¿De qué grado?. A mi juicio, los actos de "favorecimiento"... de "cualquier clase" deben ser constitutivos de "complicidad": se trata de ciertos comportamientos= que, de no existir el n.º 2.º del artículo 174, se habrían subsumido en el artículo 16, con relación a lo dispuesto en los artículos 174.1.º y 175.4.º. Llego a esta conclusión basándome en la propia "ratio legis" del artículo 174.2.º. Este precepto pretende establecer unas penas especialmente severas para quienes no respondiendo ya como "directivos" ("fundadores", "presidentes", etc) o "meros individuos" cooperan no obstante en favor de la asociación criminal. Que se trata de unas penas más severas lo demuestra el hecho de que, siendo el comportamiento de los mismos accesorio respecto al de "directivos" y "afiliados" sin embargo puede imponérseles penas más graves que las previstas para éstos: el artículo 174.2.º tiene razón de ser solo en la medida en que implique una agravación de las penas que en otro caso hubieren correspondido a los favorecedores de la asociación, en cuanto "cómplices" (art. 16). Y esto es lo que sucede, según he dicho. La aportación que presta el "favorecedor", por lo tanto, tiene que

ser necesariamente accesoria, adjetiva, no esencial. Si rebasare este estadio, el favorecedor no "cooperaría", por ejemplo, a la "fundación" de la asociación, sino que sería "fundador" de la misma, en cuanto "cooperador necesario" (artículo 14.3º), y habría que aplicar el artículo 174.1º: el nº 2º del artículo 174 no significaría, en otro caso, una agravación específica, que es lo único que justifica al mismo. Pero la aportación del "favorecedor" tampoco puede carecer de relevancia, en cuanto a su límite mínimo. Por tres razones: Primero, - porque la medida de la pena la da precisamente su aportación a la empresa criminal; el favorecedor es un "extraneus", no "pertenece" a la asociación criminal: las penas -muy severas- que se le imponen solo se justifican por la aportación del mismo a a aquella. Sería inadmisibles aplicar el artículo 174.2º a comportamientos de escasa significación, que ni siquiera serían constitutivos de "complicidad", cuando la finalidad de aquel es establecer penas -especialmente graves en sustitución de las señaladas para los cómplices. Segundo: porque las penas -previstas en el artículo 174.2º para los favorecedores son más graves que las de los propios directivos y afiliados, a pesar del carácter accesorio y subordinado del comportamiento de estos participantes. Tercero: porque una acepción tan amplia del concepto de "favorecimiento" terminaría por convertir el artículo 174.2º en un auténtico "cajón de sastre" donde se subsumiría toda conducta no típica para el nº 1º del artículo 174 o el nº 4º del artículo 175 que implicara algún beneficio para la

asociación ilícita, lo que atenta contra la "ratio legis" de la norma, los postulados de la tipicidad penal, la función de garantía que el tipo representa y una derogación no justificada de las normas generales sobre la participación criminal (321).

En un sentido muy semejante se han pronunciado la doctrina y jurisprudencia alemanas. Estas califican las conductas de "favorecimiento", que el parágrafo 129 tipifica, como formas de "Beihilfe" (322) elevadas a delito autónomo. Se afirma que un favorecimiento no "eficaz", o "carente de relevancia" no satisface las exigencias del "tipo" (323), porque éste requiere una conducta "idónea" = "apta", "eficaz" (324), sin perjuicio de que "en concreto" no lo hubiere sido (325). Por último, doctrina y jurisprudencia coinciden en que destinatario del favorecimiento lo ha de ser la propia asociación, y no sus miembros -asociados o directivos- (326), tesis que parece obligada en nuestro derecho dadas las penas en que incurren los "fundadores", "directores", y "presidentes" y "meros individuos" = por una parte, y los favorecedores", de la otra (327).

NOTAS AL CAPITULO IV.

- 1.- Una técnica semejante se ha seguido, por ejemplo, en los delitos de "reuniones y manifestaciones no pacíficas" (artículos 166 y ss), rebelión (art. 214 y ss), sedición (artículos 218 y ss), etc.
- 1.- La modificación se introduce con el artículo -- 198 del Código Penal de 1870. El artículo 202 - del Código Penal de 1848 decía: "Son sociedades secretas..."; y el artículo 205 del mismo cuerpo legal: "Es también ilícita toda asociación".
- 2.- La expresión "se reputan" vuelve a aparecer en el artículo 8º de la Ley de 10 de julio de 1894 referida igualmente a determinadas asociaciones.
- 3.- Apud: Hidalgo, op,cit. I., pág. 533.
- 4.- Código Penal de 1848, artículo 205.
- 5.- Según Pacheco: "aquella palabra -la de "sociedad"- supone más íntimas y estrechas relaciones entre los individuos que las forman; ésta otra, asociación, tiene un carácter más vago y más genérico - (op. cit. II, pág. 256.I.).
- 6.- Op. cit. II pág. 257. 3 .
- 7.- "La asociación dividida con aquel objeto en secciones sería tan criminal y punible como la que existiera y se reuniera en un solo local" (Pacheco op.cit. II, pág. 257.5).
- 8.- Vid. Alvarez y Vizmanos, op. cit.II, pág. 150; -- Pacheco, op. cit. II, págs. 257 y 258, 6.
- 9.- Op. cit. II, pág. 150.
- 10.- Pacheco, op. cit.II, págs. 257 y 258: "No es asociación ilícita cualquier reunión accidental, -- cualquier hecho único de este género, preparado o no preparado, pero que no ha de tener por consecuencia otros, que no ha de ser constante, que no establece ciertas relaciones de confraternidad entre los individuos. Lo que se reduce a una concurrencia sola y aislada, que nadie tiene el intento de repetir, no es una asociación: un meeting electoral, por ejemplo, para valernos de la palabra inglesa... no es objeto de los artículos

que examinamos. La mera reunión no es una asociación y ningún artículo del Código la prohíbe. Sin embargo, aún para estas simples reuniones se suele impetrar el permiso de las autoridades, lo cual sólo prueba cuán arraigadas están en nuestras costumbres las ideas de dependencia que han hecho nuestra vida durante siglos. Más si semejante consentimiento no se pidiera, la verdad es que no podría legitimamente pensarse la reunión con arreglo a estos artículos del Código". Véase, también, Alvarez y Vizmanos, op. cit. II, págs. 151 y 152.

- 11.- Groizard, op. cit. III, pág. 421: "Esta (la asociación) no debe confundirse con la reunión. La Constitución de 1869 y la de 1876 las distinguen. El Código Penal también. La razón vulgar y la razón científica justifican su separación".
- 12.- Groizard, op. cit. III, pág. 421.
- 13.- Ferrer Sama. Comentarios, III, pág. 119; Cuello Calón. Derecho Penal, P.E. 1949, pág. 53 (7ª Edición).
- 14.- Pellisé Prats, Enciclopedia Jurídica Seix, III, pág. 95; González García, op. cit., págs. 55 y 67; Antón Oneca, op. cit. P.G., pág. 404.
- 15.- Quintano Ripollés, Comentarios II, 1946, pág. 60.
- 16.- Quintano Ripollés, Comentarios II 1946, pág. 60.
- 17.- Cuello Calón, Derecho Penal, conforme al C.P. texto refundido de 1944, II, pág. 55 (7ª Edición, 1949).
- 18.- Cuello Calón, op. cit., 1946, pág. 60 (3ª Edición). Obsérvese, sin embargo, que en el momento de hacer el autor tales observaciones, la conspiración no era punible.
- 19.- Antón Oneca apunta como criterios distintivos entre asociación y conspiración la mayor estabilidad de la primera y la necesidad de que el programa delictivo no se limite a la comisión de un solo hecho criminal (op. cit. I pág. 404); en tér-

minos semejantes, Pellisé Prats op. cit. pág. 95; González García, V. op. cit. pág. 67; Jiménez Asúa, Tratado VII pág. 373; Quintano Rippollés (Comentarios, II, 1946, pág. 60), quien exige del concepto de asociación "una cierta consistencia formal y hasta un conato de organización y jerarquía", pues en otro caso no habría asociación sino simple codeincuencia o, incluso, la circunstancia agravante de cuadrilla, que son "verdaderas asociaciones esporádicas".

- 20.- Por ejemplo, los artículos 270 a 274, ambos inclusive, y el artículo 305.
- 21.- En este sentido: Patalano, op.cit., pág. 21.
- 22.- Según afirma el propio Patalano, op,cit. pág.82.
- 23.- Respecto a la jurisprudencia, vid.: "Giustizia Penale 1928, 1492; id. 1930, 429.
- 24.- De Rubeis, Dell'associazione per delinquere, op. cit. pág. 1031, 1032.
- 25.- Puccioni, Il Codice Penale toscano illustrato, V. 1858, pág. 270.
- 26.- Il reato plurisoggettivo Annali di Diritto e procedura penale, 1941, pág. 333.
- 27.- Crivellari, Il codice penale per il regno d'Italia. VII, 1896, pág. 35.
- 28.- Ranieri, Manuale di Diritto penale, II, 1952, pág. 425; Grispigni, op.cit., II, 1947, pág. 234; Costa (op. cit. pág. 1033), exige un mínimo de "organización" como inherente a la "societas sceleris", si bien se presume, a su juicio, por razón de la naturaleza de algunos delitos que sólo pueden cometerse colectivamente.
- 29.- Franchina, Associazione per delinquere e reato continuato. Giur. Sic., 1964, pág. 493.
- 30.- Puccioni, op.cit., pág. 270
- 31.- Vid:Patalano, op. cit., págs. 90 y ss.

- 32.- Manuale, cit. 1954, pág. 143.
- 33.- In tema di associazione per delinquere, Giustizia Penale, 1950 II, pág. 29.
- 34.- Il reato di associazione per delinquere nel Codice vigente... cit. Giur. it. 1930 II, pág. 228 a 230.
- 35.- Uno de los autores que ha criticado con mayor dureza la supuesta equiparación y equivalencia de los conceptos "accordo" y "associazione" en el Derecho italiano es Blasi: Il reato di associazione, cit. pág. 229 y 230.
- 36.- Costa, op. cit. pág. 1033; Manzini, Trattato, cit. VI, pág. 182; Zerboglio, Delitti contro l'ordine pubblico, cit. pág. 54; Maggiore, Manuale cit. pág. 360; Santaniello, op. cit. pág. 366; Ranieri, op. cit. pág. 492.
- 37.- Vannini, op. cit. pág. 143; Bricola, op. cit. pág. 125; De Bella, op. cit. pág. 33.
- 38.- Santoro, op. cit. pág. 192.
- 39.- Santoro, op. cit. pág. 195.
- 40.- Patalano, op. cit. pág. 90 y ss.
- 41.- Corso di Diritto Penale vol. III, 1893, pág. 395.
- 42.- Associazione di malfattori o per delinquere, Digesto Italiano, IV, 1893, pág. 61.
- 43.- Trattato, cit. VI. pág. 183.
- 44.- Associazione per delinquere, cit. Nuovo Digesto - 1937.3. pág. 1033.
- 45.- Il reato di associazione per delinquere, cit. -== 1933 pág. 33.
- 46.- Cospirazione política mediante accordo o associazione, cit. pág. 125.
- 47.- Diritto Penale, cit. I, 1948, pág. 195.
- 48.- Associazione per delinquere e reato continuato, - cit. pág. 493.
Franchina, sin embargo, considera implícita la "organización" en el "acuerdo" y no estima neces

ria -procesalmente- su prueba si resulta éste - acreditado.

- 49.- Associazione per delinquere, cit. Enciclopedia del Diritto, 1958, III pág. 865 y 866. Vid la bibliografía allí citada sobre el problema.
- 50.- Istituzioni di diritto penale, cit. I, 1946, -- pág. 324.
- 51.- Manuale, cit. 1954 pág. 143.
- 52.- Admite Patalano, en principio, la exigencia de un mínimo de "organización" como inherente al concepto de "associazione" (op.cit. págs. 22 a 28, 88, 90 y 91). Ahora bien el autor adopta una postura crítica frente a la "doctrina tradicional" italiana, ya que a juicio del mismo, aquella postula la necesidad de la "organización" basándose en premisas privatistas y, con frecuencia tautológicas, que m responden a la estructura del tipo penal (op. cit. págs. 32, 91 y 93).
- 53.- Manzini, Trattato, cit. VI, pág. 183.
- 54.- Costa, op. cit. pág. 1033.
- 55.- Sabatini, op. cit. pág. 324. Para este autor el concepto de "asociación" no precisa de una organización "regolare": basta con una organización "rudimentale".
El criterio es seguido por una importante corriente jurisprudencial italiana: Vid, apud. Patalano, op. cit. pág. 84, nota 17.
- 56.- Patalano, op. cit. pág. 94.
Vid. la sentencia de 5 de Julio de 1965 que el propio autor cita, en Giust. Pen. 1966, II, pág. 289.
- 57.- Costa, op. cit. pág. 1033.
Patalano justifica este criteri, basándose en el carácter "de relación" o referencia que, a su juicio, tiene la nota de la "idoneidad" (op. cit. pág. 93).
- 58.- Santaniello, op. cit. pág. 143; Vannini, op. cit. pág. 143.
El criterio se mantiene, también, en la senten-

cia de 5 de Marzo de 1954 (Vid. Riv. it. dir. - pen. 1954, pág. 689).

- 59.- Boscarelli, op. cit. pág. 865 y 866.
- 60.- Tuozzi, op. cit. pág. 395; Ugenti Sforzza, op. cit. pág. 61.
- 61.- Santoro, op. cit. pág. 192 y 193.
Según la sentencia de 26 de Abril de 1966 -- (Giust. Pen. 1967, II, pág. 797), al referirse al Código a "jefes", "promotores", "organizados", etc., no puede concebirse una "asociación" sin la presencia de unos jefes reconocidos como tales por los afiliados.
- 62.- Según Costa, no es inherente al concepto de asociación una organización de tipo estatutario o jerárquico; ni necesario que los miembros de la misma se conozcan, que tengan un lugar apropiado para sus reuniones, y que la asociación tenga un período más o menos largo de duración... (op. cit. pág. 1033).
- 63.- Op. cit. págs. 865 y 866.
- 64.- Patalano, op. cit. pág. 32.
- 65.- Según De Bella, por ejemplo, (op. cit. pág. 33) -- "como es inherente al concepto de sociedad una cierta estabilidad así también lo es al concepto de asociación el de organización".
A juicio de Maggiore, la asociación requiere un mínimo de "disciplina" entre los criminales, como sucede con toda sociedad, y también con la "societas scelerum". (op. cit. pág. 195).
En ambos casos, como puede observarse, se parte del concepto privatista de "societas", atribuyéndose -sin más- los requisitos de éste al de "asociación", sin demostrar la obligada identidad entre ambos. El presupuesto es, precisamente, lo que debía demostrarse.
- 66.- El requisito de la "organización"; no puede derivarse del concepto de "sociedad". Metodológicamente considero erróneo tal proceder, y no porque sea necesario buscar el concepto "penal" de "asociación", dejando de lado el civilista, sino porque toda interpretación ajena al "tipo" es inadmisibles. El jurista debe indagar cuál es el sentido del término que emplea el legislador: éste

puede servirse o no de conceptos que tienen una acepción acuñada ya en otros sectores del ordenamiento jurídico; pero, en todo caso, no son admisibles concepciones "apriorísticas", que prescinden de un examen del tipo.

- 67.- Patalano, op. cit. pág. 94, siguiendo la formulación de la sentencia de 5 de Julio de 1965 (Giust. Pen. 1966, II, pág. 289).
- 68.- Patalano, op. cit. pág. 91.
- 69.- Por ejemplo, la sentencia de 2 de Mayo de 1958, en Giust. Pen. 1959, II, pág. 658.
- 70.- Cass. Firenze 10.II.1869: apud, Patalano, op. cit. pág. 24 a 26.
- 71.- Cass. 2.V.1958, en Giust. Pen. 1958, II pág. 658: Apud, Patalano, op. cit. pág. cit.
- 72.- Cass. 14.I.1966, Riv. Pen, 1966, II, pág. 706; apud, Patalano, op. cit. pág. 30.
- 73.- Cass. Napoli, 26.VII.1870. Giust.it. 1870, 1.2. -- 250: Apud, Patalano, op. cit. pág. 24.
- 74.- Cass. 5.III.1898, Riv. Pen. 1898, Vol. XLVII. 488= apud, Patalano, op. cit. pág. 24 a 26.
- 75.- Cass. 12.VI.1967, Giust. Pen. 1968, II, pag. 476.
- 76.- Por ejemplo, en el parágrafo 49 b.
- 77.- Sobre la problemática de la "Verabredungs", vid: Maurach, Die Problematik des Verbrechensverabredung. Juristenzeitung. 1961. El autor, siguiendo la tesis de Dreher (en GA, 1954, pág. 18: Grundsätze und Probleme des 49 a. StGB) exige que concurren en todos los conspiradores el "animus auctoris", (Maurach op.cit. pág. 42)
- 78.- Me refiero a la aportación de Schütze. Deutsches Strafrecht. Lehrbuch. 29ª Edición, 1874, pág. 150.
- 79.- Vid. Schönke Schröder, Kommentar cit. 16ª Edición= pág. 680.

- 80.- Franck, R. Das Strafgesetzbuch für das deutsche Reich. 18ª Edición 1931, pág. 103.
- 81.- Lehrbuch, 24. Edición, pág. 216:"Komplott ist == die Verabredung mehrerer zur Begehung eines oder mehrerer bestimmter Verbrechen. Bande, die auf == Begehung mehrerer noch nicht einzeln bestimmter Verbrechen gerichtete Verbindung".
En el mismo sentido, Listz-Schmidt.I. pág. == 324. (16ª Edición, 1932).
- 82.- Lehrbuch, München, 1914, pág. 193.
- 83.- Lehrbuch, A.T. 1934, pág. 214:según el autor, el complot se refiere siempre a "bestimmte Verbrechen"; la banda, sin embargo, a "unbestimmte Verbrechen".
Del mismo criterio se muestra partidario Geib: Lehrbuch des deutschen Strafrechts.I, pág. 366 == (1861).
- 84.- System des Preussischen Strafrechts. 1858, pág.= 427: a juicio de Halschner, la diferencia entre el complot y la banda radica en que, en esta última, los delitos concertados no se pueden determinar "in singuli".
- 85.- Lehrbuch, I, pág. 364 (1904): el complot persigue la comisión de uno o más "speziell bestimmter Verbrechen"; la banda, la de "eine Mehrheit von generell, aber nicht speziell bestimmten Verbrechen".
En términos semejantes, Köhler (Lehrbuch, 1917, pág. 484), que contrapone los términos "konkrete" y "unbestimmt", para el complot y la banda, respectivamente.
- 86.- Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen == Peinlichen Rechts, 1847 (14ª Edición) pág. 90:"- Das Komplott heisst Bande, wenn dessen Zweck die Verübung mehrerer, einzeln noch unbestimmter Verbrechen einer gewissen Art, oder auch mehrerer Arten, zum Gegenstand hat".
- 87.- Lehrbuch, 1932, pág. 188:"Unter Komplott verstehen wir aber die Verabredung mehrerer zur Begehung eines bestimmten Verbrechens, unter Bandenbildung - die Vereinigung mehrerer zur Verübung von im einzeln noch unbestimmten Verbrechen".

En este sentido, H. Meyer (Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 1875, pág. 237 y 238) y Köhler (Lehrbuch cit. pág. 484).

- 88.- Op. cit. pág. 90.
- 89.- Deutsches Strafrecht.II, pág. 489 (1930):"Kommplott ist die Verabredung...zur Begehung eines oder mehrerer bestimmter Verbrechen...".
- 90.- Deutsches Strafrecht, Lehrbuch. 1917, pág. 494.
- 91.- Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 1898 (18ª Edición), pág. 174-175.
- 92.- Lehrbuch cit., pág. 216; Listz-Schmidt, op. cit. pág. 324.
- 93.- Lehrbuch cit. 1904, pág. 364.
- 94.- Op. cit., pág. 484:"Komplott, das heisst, die Verabredung mehrerer zur Begehung eines oder mehrerer konkreter Delikte; Bande...die verabredung mehrerer zur Verübung von Delikten Gewisser Art in unbestimmter oder in grösserer Zahl".
- 95.- Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 1875, pág. 237 238:"Complott ist die Verabredung zweier oder mehrerer Personen in Beziehung auf die Verübung eines bestimmten Deliktes" (pág. 237); Bande "nennt man die Vereinigung mehrerer Personen zur Verübung einer noch ungewissen Zahl von Delikten überhaupt oder einer gewissen Art".
- 96.- Véase, Feuerbach:op. cit. pág. 90; por todos Geib: Lehrbuch des Deutschen Strafrechts I. 1861, pág.= 366 y literatura allí citada:"dabei ist es überall gleichgültig, von welcher Art oder Galtund die Verbrechen sind, zu deren Verübung die Mitglieder ... der Banden sich verinigen".
- 97.- Deutsches Strafrecht, Lehrbuch, 29ª Edición, 1874, pág. 150.
- 98.- Schütze, op. cit. pág. 150:... "auf wiederholte fortgesetzte Verübung...".
- 99.- Berner, Lehrbuch, cit. pág. 174-175.
- 100.- Von Hippel, Deutsches Strafrecht, cit. pág. 489.
- 101.- Lehrbuch, cit. pág. 484.

- 102.- "Das Complot heisst Bande, wenn..." (Lehrbuch, cit. pág. 90): el autor parte, por lo tanto, de una esencial identidad de naturaleza entre ambas figuras.
- 103.- Excepcionalmente se habla de una "veabredete Verbindung" por Finger, Lehrbuch cit. pág. 364.
- 104.- Califican de "Verbindung" la banda, entre otros: Listz, Lehrbuch cit. pág. 216; Von Hippel, Deutsches Strafrecht, II, cit. pág. 489; Berner, Lehrbuch cit. pág. 174; Geib, Lehrbuch cit, pág. 366.
- 105.- El término "Vereinigung" lo emplean, respecto a la banda, Wachenfeld, Lehrbuch, cit. pág. 193; - Gerland, Lehrbuch, cit. pág. 188; H. Meyer, Lehrbuch, cit, pág. 237; Finger, Lehrbuch, cit. pág. 364; Halschner, System...cit. pág. 427.
- 105.- Welzel, Das deutsche Strafrecht, B.T. IIª Edición, pág. 511. "Vereinigung ist weniger als eine Verbindung...".
- 106.- Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 2ª Edición. = 1874.
- 106.- Es el único autor que me consta mantiene este criterio de la "profesionalidad".-
- 107.- Berner, Die Lehre von der Theilnahme am Verbrechen und die neuen Controversen über Dolus und Culpa", Berlín, 1874, especialmente págs. 248 a 502; El mismo: Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 18ª Edición, 1898, pág. 174-175.
- 108.- Berner, Die Lehre von der Theilnahme...cit. pág. 12.
- 109.- Dice de la banda: "sie ist das höchste Stadium, - welches das Schlechte nach seiner formellen Seite zu erreichen vermag" (Die Lehre...cit. pág.12).
- 110.- Berner, Die Lehre... cit. pág. 11 y 12.
- 111.- Berner, Die Lehre von der Theilnahme...cit. págs. 366 a 370.
- 112.- Véase por todos, Geib. Lehrbuch. cit. pág. 366, y bibliografía que allí reseña el autor; Berner calificará de arbitrario el intento de aplicar=

a las bandas el aforismo romano "tres faciunt collegium" (Die Lehre von der Theilnahme..., = cit. pág. 486, nota 1ª). Hay autores, no obstante, que exigieron un mínimo de tres miembros a la banda; la polémica se trasplantará a la Verbindung y de la Verbindung del parágrafo 49 b. a la Vereinigung del parágrafo 129 del StGB alemán.

- 113.- Toda una polémica, sin sentido, discute en Alemania si coinciden exactamente; no los términos "Vereinigung" y "Verbindung". El problema surgió con la Ley de asociaciones alemana (Vid. - Dreher, Strafgesetzbuch mit...cit. 33ª Edición pág. 288). Hay dos posturas; la de Welzel, más acorde con el sentido idiomático de ambos términos, que considera que "Verbindung ist mehr als Vereinigung" (Deutsches Strafrecht. 11ª Edición, pág. 511); y la que encabeza Schönke - Schröder, siguiendo la doctrina jurisprudencial, que entienden no puede hablarse de una diferenciación objetivos entre ambos: "Der Begriff der Vereinigung entspricht dem des Vereins"...; Auch der an anderer Stelle...verwendete Begriff der Verbindung besagt nichts anderes" (Kommentar, - al parágrafo 49 b., pág. 680). En el mismo sentido, Dreher: "Verbindung ist dasselbe wie Vereinigung" (Strafgesetzbuch mit Erläuterungen... = cit. pág. 288).
- 114.- Sobre el concepto jurisprudencial de "Verbindung" antecedente inmediato del Vereinigung, véase -- especialmente, Wagner, "Aus der Rechtsprechung in Staatsschutzverfahren". Ga. 1963, pág. 237; - Wagner, Aus der Rechtsprechung... (id), en GA - 1966, pág. 299; Dreher, Strafgesetzbuch...cit -- 33ª Edición, págs. 288 y 289 (comentario al parágrafo 49 bis).
- 115.- Sobre el alcance que tiene la Ley de Asociaciones para interpretar el concepto de "Vereinigung" que emplea el Código Penal y completar e integrar su normativa, véase Welzel, Das Deutsche -- Strafrecht, IIª Edición, pág. 511. Respecto al concepto de "Vereinigung", vid Dreher Strafgesetzbuch, cit. comentarios al parágrafo - 85: pág. 454 a 456. El panorama jurisprudencial puede encontrarse en Wagner, Aus der Rechtspre==

chung, cit. GA. 1966, pág. 299.

- 116.- También respecto al contenido del requisito -- de la "organización" se dan dos posturas: la dominante, que defienden, entre otros Maurach y Welzel y la jurisprudencial; Maurach, por ejemplo, dice: "Aus dem vom Gesetz gewählten Ausdruck Vereinigung (statt Verbindung) geht hervor, dass ein fester organisatorischer Zusammenschluss mit einer Art von Über- und Unterordnungsverhältnis nicht gefördert wird und dass auch ein lockerer Zusammenschluss den Tatbestand erfüllen kann" (Deutsches Strafrecht 5ª Edición, pág. -- 671 B.J.); Para Welzel, aunque la "Verbindung" sea un más respecto a la "Vereinigung", ésta --: "verlangt einen gewissen lockeren Zusammenschluss..." (Das Deutsche Strafrecht...cit. pág. 511); Véase, no obstante, en Wagner (Aus der Rechtsprechung...Ga. 1966, pág. 299), donde se cita jurisprudencia del Tribunal Supremo alemán en sentido contrario, es decir, exigiendo una "organización" "fest", rígida y formal, e incluso, una "conciencia" de tal realidad organizativa.
- 117.- Como dirá Maurach: "Keinesfalls kann schon eine - blosse Verabredung mehrerer als Vereinigung... = betrachtet werden" (op. cit. pág. 671); en el -- mismo sentido, Welzel, "Vereinigung ist weniger = als Verbindung, aber doch mehr als eine blosse = Verabredung" (Das Deutsche Strafrecht...cit. pág. 511).
- 118.- Schönke-Schröder, Kommentar: "Das Vorhandesein einer gewissen Organisation unterscheidet die Verbindung von der Verabredung", (pág. 408, al parágrafo 49 b); sobre la conspiración, véase, Maurach, Die Verbrechensverabredung, Juristenzeitung, 1961, págs. 137 a 148.
- 119.- Sobre el concepto de "Vereinigung", Dreher, Strafgesetzbuch...cit. pág. 454 a 456; Schönke-Schröder, Kommentar, pág. 680-681; Wagner, Aus der -- Rechtsprechung. cit. GA. 1966, pág. 299.; Leipziger Kommentar, 9ª Edición, pág. 124 y ss.
- 120.- El problema del número mínimo de miembros se ha planteado tanto en las bandas del nº 3º del parágrafo 244 como a propósito de la asociación para

delinquir, del parágrafo 129; con relación a las "asociaciones ilícitas", desde una reciente sentencia del Tribunal Supremo alemán, que exige más de dos miembros. El tema se ha abordado en estos términos en un comentario de Dreher a la jurisprudencia: "Eine Bande i.S. des 244.3º des StGB. Kann aus zwei Mitgliedern -- bestehen" (NJW. 1970, pág. 1802). Esta es la tesis del autor, quien no obstante reconoce -- que "dass eine Verbindung mehr als zwei Personen haben müsse, hat der BGH in IStE 1/66 v. 9.II.1966 entschieden"; véase, también, Schönke-Schröder, Kommentar y el propio Dreher, -- Strafgesetzbuch...cit. pág. 288.

- 121.- Maurach, op. cit. B.T. pág. 671 (5ª Edición).
- 122.- Artículo 248: "Se impondrán la pena de arresto mayor a los que dieren gritos provocativos de rebelión o sedición en cualquiera reunión o asociación o en lugar público u ostentaren en los mismos sitios lemas o banderas que provocaren directamente a la alteración del orden público".
- 123.- Artículo 265: "Cuando un depósito de armas, municiones o explosivos, fuere habido en el domicilio de una Asociación, serán responsables tanto los empleados de la Entidad que tengan su domicilio en el local social como los miembros de la Junta Directiva de la Asociación, salvo que por unos u otros se justifique plenamente que no tenían conocimiento del depósito. Estas Asociaciones serán disueltas para todos sus fines, tanto si se encontraren dichas armas o explosivos en su domicilio como fuera de él".
- 124.- Artículo 129: "Serán castigados con la pena de prisión mayor los que, con el fin de perjudicar la autoridad del Estado, o comprometer la dignidad o los intereses vitales de España, mantuvieren inteligencia o relación de cualquier género con Gobiernos extranjeros, con sus agentes o con grupos, organismos o asociaciones internacionales o extranjeras. Si el culpable tratase de provocar una guerra o un movimiento rebelde o sedicioso u otros actos de grave hostilidad contra España, será castigado con arreglo a los artículos 12Z, 215 o 217 de este Código, respectivamente".

- 125.- Según la atinada calificación que propone Rodríguez Mourullo.
- 126.- Vid. supra, nota 77.
- 127.- En el segundo capítulo ya se apuntó una diferencia fundamental entre la conspiración y la asociación para delinquir, concretamente en el campo del bien jurídico: la asociación ilícita tutela la "seguridad del Estado", bien jurídico autónomo e independiente de los singulares bienes jurídicos que pueda lesionar, en el caso concreto, la puesta en práctica del programa de cada empresa criminal. La conspiración, en cuanto coautoría anticipada, no supone más que una anticipación de la tutela que cada tipo penal dispensa a sus respectivos bienes jurídicos.
- 128.- Apud, Leipziger Kommentar cit, pág. 125 ("ausdrücklich oder stillschweigend").
- 129.- Dreher, Strafgesetzbuch; cit, pág. 600.
- 130.- La jurisprudencia alemana se refiere concretamente a los "dirigentes", "funcionarios" y "personas con competencia" al respecto. Apud, Wagner (Ausder Rechtsprechung in Staatsschutzverfahren Organisationsdelikte, G.A. 1960, pág. 230).
- 131.- Kohlrausch, Strafgesetzbuch, cit, pág. 346.
- 132.- Sentencias, entre otras, de 16 de Diciembre y de 30 de Noviembre de 1971 (Aranzadi, Rep. Leg. nºs. 5473 y 5273, respectivamente).
- 133.- El parágrafo 129 del C.P. alemán establece una obligación concordancia entre el relativo "deren" - (femenino) y su antecedente el sustantivo "vereinigung" (también femenino).
- 134.- Leipziger Kommentar, pag. 856; Dreher, Strafgesetzbuch, cit., pág. 600; Kohlrausch, Strafgesetzbuch. cit. pág. 346.
- 135.- Apud. Schönke-Schröder, op. cit. pág. 856.
- 136.- En el C.P. italiano, la finalidad de delinquir aparece, sin embargo, referida a las tres o más personas que se asocian. Dice el artículo 416: "Quando tre o più persone si associano allo scopo

di commettere piu delitti...".

- 137.- En sentido contrario: Polaino Navarrete, M. == (Los elementos subjetivos del injusto en el C.P. español -1972, pags. 311 y 312).
- 138.- Según el parágrafo 129 del C.P. alemán, será == castigado el que funda, participa...en una asociación cuyo "objeto" ("Zweck") o cuya "actividad" ("Tätigkeit") van dirigidos a la comisión de acciones punibles. Se tiene en cuenta, por ello, no solo el "objeto" de la asociación, sino también la "actividad social" delictiva de la a sociación.
- 139.- Das Strafrechtsänderungsgesetz, Juristenzeitung, 1951, pág. 619.
- 140.- Por todos, Boscarelli: "Associazione per delinquere, cit, pág. 870. El problema, a mi juicio, se plantea incorrectamente, porque no importa precisar si el delito "culposo", o el "doloso" que == supone una extralimitación respecto al objeto == social es o no es "delito" en el sentido del artículo 416 del C.P. italiano; pero por razones puramente expositivas respetaré el planteamiento de estos autores, abordando el problema cuando analice el alcance del término "algún delito" == del art. 172.2º de nuestro Código.
- 141.- Colección Legislativa, 1879, nº 268.
- 142.- Colección Legislativa, 1922, nº 11.
- 143.- El Tribunal Supremo distinguirá, por ejemplo, entre la licitud abstracta de los fines de la asociación (conseguir un aumento del jornal) y la actividad ilícita y concreta de sus miembros, a quienes condena por el delito de "coligación".
- 144.- Esta fue la tesis de los recurrentes, que prosperó en la sentencia de 1922. La Audiencia había condenado por asociación ilícita a dos altos cargos de un sindicato obrero. El Tribunal Supremo lo hace solo en base al artículo 2º de la Ley de Huelgas.

- 145.- Quintano Ripollés, A. Comentarios al Código Penal, Vol II, pág. 63 (1946).
- 146.- Quintano Ripollés, A. op. cit. pág. cit.
- 147.- Ferrer Sama, Comentarios, cit, III, pág. 118
- 148.- Para Manzini, por ejemplo, no es necesario que el objeto social sea inicialmente ilícito, en el momento de constituirse la asociación; puede devenir ilícito "a modo de degeneración" -- (Trattato, cit, VI, pág. 18), convirtiéndose entonces en delictiva una asociación que no lo fue en un principio.
Esta posibilidad se reconoce, también por Costa (Associazione per delinquere, cit, pág. 1033- - 1034); Santoro, Manuale di Diritto Penale, cit. III, pág. 199; Antolisei, Manuele di Diritto Penale, cit, P.S., II, pág. 631; Patalano (L'associazione per delinquere, cit, págs. 109 y 110)= admite pueda surgir una asociación ilícita del seno de una sociedad legal: de un partido político, de una sociedad comercial, deportiva, etc.
- 149.- Apud, Dreher, Strafgesetzbuch, cit, pág. 600; - Wagner, Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs in Staatsschutzsachen im Jahre 1961, Driz= hofs in Staatsschutzsachen im Jahre 1961, Driz= 1962, pág. 348.
- 150.- Antolisei, op. cit, pág. 629; Manzini, op. cit. pág. 182 (VI); Costa, op. cit. pág. 1033; Sabatini: Istituzione di Diritto Penale, P.S., I, - pág. 324; Leipzigier Kommentar, cit, pág. 125.
- 151.- Comentarios, cit, III, pág. 118.
- 152.- Trattato, cit, VI, pág. 183.
- 153.- L'associazione per delinquere, cit, pág. 110.
- 154.- Köhlrausch-Lange (Strafgesetzbuch mit Erläuterungen und Nebengesetzben. 43ª Edición, pág. -- 346): las metas criminales no tienen por qué -- ser el "último fin" ("Endzweck"), ni el "fin exclusivo" de la asociación; ni el "fin principal", "último", o "actividad exclusiva" de la asociación (Pfeifer, Kommentar, cit, pág. 346); ni el "único", ni el "último" fin de la empresa (Dalcke-Fuhrmann-Schäfner: Strafrecht und Strafverfahren, 37ª Edición, pág. 161.

Respecto a la jurisprudencia alemana: Apud --
Wagner, Aus der Rechtsprechung, cit., G.A. --
1960, pág. 230 y ss., números 16, 18 y 20.

155.- Vid, supra, nota 149.

156.- "Da sind nur solche strafbare Handlungen, die nicht bereits mit dem organisatorischen Zusa--
mmenschluss und seiner Aufrechterhaltung zusa--
mmenfallen, sondern ihm zeitlich und logisch -
nachfolgen"; apud, Dalcke-Fuhrmann-Schäfer, -
Strafrecht und Strafverfahren...cit. pág. 162=
Leipziger, Kommentar, pág. 126; Dreher, "Die -
Straftat darf nicht in der Bildung der Vereini-
gung selbstliegen", Strafgesetzbuch, cit. pág.
cit.

157.- "Eine zur Vermeidung von Kreisschlüssen gebote-
ne Beschränkung folgt indesdaraus, dass die -=
blosse Tatsache des Zusammenschlusses nicht mit
den strafbaren Zielen der Vereinigung gleichge-
setzt werden darf...": Maurach, Deutsches Stra-
frecht, B.T. pág. 671.

158.- Apud: Wagner, Aus der Rechtsprechung, cit. GA.=
1960, pág. 231.

159.- Artículo 265:"Toute association formée, quelle
que soit sa durée ou le nombre de ses membres,
toute entente établie dans le but de préparer=
ou de commettre des crimes contre les personnes
ou les propriétés, constituent un crime contre
la paix publique".

160.- Descarto, como apblemático, el supuesto de la
asociación que "prepara" la comisión de delitos
a ejecutar por sus propios órganos y miembros.=
Dado que la puesta en práctica del programa cri-
minal no es exigido por el tipo, no cabe duda que
dicha asociación tendría por objeto "cometer al-
gún delito". El problema solo se plantea si ==
quien ha de ejecutar el hecho criminal es un -=
tercero ajeno a la asociación. Por otra parte,=
al ser imprescindible que ésta tenga por "obje-
to"... no interesan las colaboraciones "eventua-
les" y "esporádicas" de la asociación a un con-
creto hecho criminal, sino a una pluralidad de=
hechos delictivos:solo el segundo supuesto cabe

plantearse como verdadero "objeto social".

161.- Imagínese el caso de la asociación que tiene por objeto facilitar a sus clientes datos de interés sobre las futuras víctimas (Vid: antecedentes y costumbres de éstas, lugares que frecuentan, itinerarios que siguenetc).

El supuesto interesa, desde luego, en la medida en que tales "objetivos" sociales y la actividad desplegada al efecto no rebasen el marco de los actos meramente "preparatorios". Porque, en otro caso, es obvio que la asociación tendría ya por objeto "cometer" (en el sentido de "ejecutar") algún delito.

Desde otro punto de vista procede una segunda restricción al círculo de casos que podrían incluirse en este supuesto: la aportación de la sociedad, además, no ha de ser de tal entidad que pudiera justificar por sí misma una imputación a título de "autoría", al amparo de lo dispuesto en los n^{os} 1, 2 y 3 del artículo 14, de los respectivos delitos. Me refiero, pues, a los actos "preparatorios" que no excedan la frontera de la "complicidad".

162.- Esto es, una asociación cuyo objeto reúna los requisitos de la "provocación" para delinquir previstos en el último párrafo del artículo 4^o del C.P. ¿Puede afirmarse que dicha asociación tiene por objeto "cometer algún delito"?

El problema no se plantea respecto a la "conspiración" y la "proposición", ya que ambas presuponen una "resolución" criminal previa, y, por lo tanto, la asociación tendría necesariamente por objeto "cometer algún delito".

163.- Los previstos en las circunstancias primera y segunda del artículo 17.

164.- En el caso que planteo, la asociación tiene por objeto llevar a cabo hechos constitutivos de "encubrimiento punible". Por lo tanto, se presupone ya la comisión de un delito -conocido por la asociación, pero en el que los órganos de ésta no intervinieron ni como autores ni como cómplices-. Dicho "objeto de encubrir", ¿es suficiente o debe entenderse que tal asociación no tiene por objeto "cometer algún delito"?

- 165.- En el párrafo segundo del artículo 4º, por ejemplo, a propósito de la "proposición": "La proposición existe cuando el que ha resuelto cometer un delito invita a otra u otras personas a ejecutarlo".
- 166.- Mir Puig, Santiago: Los términos "delito" y "falta" en el Código Penal., Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 1973, pág. 320 (Separata).
- 167.- Mir Puig, op. cit, pág. 349 (Planteamiento y exposición del problema, págs. 320 a 346).
- 168.- Mir Puig, S. op. cit, págs. 351 a 359.
- 169.- Mir Puig, S. op. cit. págs. 359 a 371.
- 170.- Mir Puig, S. op. cit. pág. 371 a 375.
- 171.- Por "preceptos del Código" entiendo, como ya he tratado de fundamentar en páginas anteriores, - no solo los diversos tipos penales de la Parte Especial del mismo, sino cualquiera otro (de su Parte General) que permita incriminar los hechos perseguidos por la asociación.
- 172.- Así se plantea la doctrina dominante el problema de las asociaciones mafiosas: en abstracto, = por el hecho de ser o no "mafiosas" - en sentido afirmativo se pronuncian, por ejemplo, Manzini - Trattato, cit. V. pág. 185; Costa, Associazione per delinquere, cit. N. Digesto 1937, pág. 1034, con una argumentación "política" muy peculiar; Zerboglio, Trattato, Delitti contro l'ordine pubblico, pág. 65; para otros autores, las asociaciones mafiosas, en cuanto mafiosas, no son delictivas en el sentido del artículo 416 del Codice penale: l'associazione per delinquere a la Mafia, Rivista Penale, Vol. I. 1900, Torino, pág. 91; Puglia, Il mafioso non é un assoziato per delinquere. Scuola Positiva, 1930, I, pág. 452; = de Blasi, Il reato di associazione a delinquere nel Codice vigente...cit, Giur. Penale, 1930, II, pág. 227-228; de Rubens, Dell'associazione per delinquere, Enc. del Diritto, penale italiano, = Vol. VII, pág. 1053; Antolisei, Manuale, cit, = P.S. pág. 630. Estos autores suelen invocar dos

razonamientos: 1º, la Mafia es, ante todo, un "estado de ánimo", un "estado psicológico" (De Blasi), despreciativo de la autoridad, que cree en la necesidad de una justicia y una venganza (Costa) que solo pueden conseguirse con las "fuerzas propias", no con la ayuda del Estado (Puglia), pero no una auténtica asociación para delinquir. 2º. Los fines en sí de la Mafia podrán ser inmorales o ilícitos, pero no delictivos, en el sentido del artículo 416.

Ambas tesis prescinden del significado concreto de cada asociación, limitándose a valorar tan sólo el dato de que sean "mafiosas".

- 174.- Apud, Patalano: op. cit., pág. 30 y nota 33.
- 175.- Apud: Patalano, op. cit, pág. 37.
- 176.- En este sentido, Santoro:Manuale...cit, pág. 197.
- 177.- Según Monteleone (Natura e limiti dell'associazione a delinquere, Giustizia Penale, 1955, II, pág. 435 y 436) es indispensable "un mínimo de determinación del programa criminal", a juicio del autor, como exigencia del dolo "específico". En mi opinión tal exigencia deriva de la propia "tipicidad" y no del "dolo", aunque lógicamente incide después en la problemática de la culpabilidad en la medida en que aquella es presupuesto de ésta. Pero, en todo caso, no se trata del "dolo específico", sino del "dolo" porque la asociación ilícita del C.P. español no precisa de elementos subjetivos del injusto, al ir referido el objeto de delinquir a la asociación y no a los miembros de ésta como sucede en el ordenamiento italiano.
- 178.- Vid, Ugenti-Sforza:Associazione di malfattori, o per delinquere, Digesto italiano, IV, 1893-1899. Parte II, nº 55; Patalano, op. cit. págs. 102, - 104, 106, y 107.
- 179.- En el StGB alemán no se presenta el problema, ya que el parágrafo 129 no ha empleado el término "delito" ("Vergehen", "Verbrechen", en sentido más amplio) sino el de "acciones punibles" (strafbare Handlungen) que evidentemente comprende los "crímenes", "los delitos" y las "contravencio

- nes". Por ello, la doctrina y la jurisprudencia no dudan en reputar ilícita las asociaciones que tienen por objeto cometer "faltas" o "contravenciones" (Übertretungen). Vid, Schönke-Schröder, Kommentar, cit, pág. 855.
- 180.- Istituzioni, cit., P.S., I., pág. 325.
- 181.- Associazione per delinquere, cit, pág. 1033 y 1034.
- 182.- L'associazione per delinquere, cit, pág. 100.= El argumento del autor carece de toda fundamentación respecto a las "faltas".
- 183.- Dell'associazione per delinquere, cit. pág. = 1038. Sus argumentos son dos: el silencio del legislador, que impide una interpretación extensiva, vedada en el campo penal; y el hecho de que estas asociaciones, dirigidas a una "mínuscula delincuencia" no son tan peligrosas como las que tienen por objeto cometer delitos.
- 184.- Trattato, cit., VI, pág. 188; y I, nºs 221 y ss.
- 185.- Associazione di malfattori o per delinquere, = cit, nº 55: "eppoi, dato, e non concesso, che i= los chi patti di queste associazioni mirassero= semplicemente a commettere cntravvencioni e non delitti, chi poterbbe garantire che gli associati si mantengano proprio negli stretti limiti de loro programma criminoso, nel momento dell'azione, quando per diverse contingenze possono commettere de viri delitti?".
- 186.- Yañez Román, distinguiendo el plano de "lege lata" del de "legeferenda", y por razones de política criminal, propugna la ilicitud de las asociaciones que tienen por objeto cometer faltas contra la "propiedad". (Reflexiones en torno a las asociaciones para delinquir, Ponencia, cit.= pág. 31).
- 187.- Según De Rubeis, la mera existencia de una asociación de fines "ilícitos" amenaza ya el "orden social" establecido con independencia de que aquellos constituyan "delito" o "falta" (Dell'associazione per delinquere, cit, pág. 1036).

188.- Por todos, Rodríguez Mourullo, G. (Comentarios al Código Penal, cit, pág. 199).

189.- Vid. artículo 587, números 1º, 2º y 3º, con relación a los artículos 505, 1º.; 515, 4º y 516. 3º.; 528, 4º.; y 530; 535, 563 bis.

190.- Más práctico y efectivo, porque basta con constatar que la asociación existente tenía por objeto cometer faltas, y que el sujeto participaba en dicha asociación conociendo sus fines. No es necesario probar la intervención efectiva -- del mismo en las faltas que pudieran haberse -- cometido (participación criminal), ni en los acuerdos concretos -si los hubo- para ejecutar - el programa de la asociación (conspiración).

191.- En primer lugar, el derivado del régimen de las "faltas" en nuestro Código, que declara punibles solo las "consumadas", con excepción de las "frustradas" contra "personas" y "propiedad" -- (art. 5º). Debe observarse sin embargo, que la asociación ilícita no es un acto "preparatorio" y que, por lo tanto, no se incriminaría en estos casos el comportamiento individual preejecutivo dirigido a la comisión de una "falta" sino la participación en una "institución criminal": una actividad "organizada", que lesiona un bien jurídico distinto y, por ello, "cualitativamente" diferente.

En segundo lugar, cabría afirmar que la tesis que propugno aumenta la criticable desproporción de las penas previstas para directivos y meros afiliados respecto a los delitos que -- pretenden cometer. Parece absurdo que el directivo de una asociación que tiene por objeto -- "faltas" contra el régimen de poblaciones merezca la misma pena que el fundador o presidente de otra que tiene por objeto cometer "asesinatos", pero la objeción tampoco es válida, porque el -- Código Prescinde por completo de la clase y gravedad del delito programado al establecer las -- penas en que incurrir los directivos y afiliados. Una desproporción semejante se da también -por esta razón- interpretando el término "delito" -- restrictivamente.

192.- Art. 265: "Toute association formée, quelle que soit sa durée ou le nombre de ses membres, toute entente établie dans le but de préparer ou de --

Commettre des crimes contre les personnes ou les propriétés, constituant un crime contre la paix publique".

- 193.- Por ejemplo: C.P. Sardo, art. 426; C.P. Zanardelli, art. 248; C.P. español de 1822, art. 321.
- 194.- A una "limitación" cualitativa" se refería la Relazione del Guardasigilli (Apud, Patalano, -- op. cit, pág. 103, nota 61). Evidentemente, la fórmula francesa exige, además, que el objeto delictivo de la asociación constituya no meros "delitos", sino "crímenes" (artículo 265 con relación al art. 1º del C.P.).
- 195.- Artículo 416, cit.
- 196.- Ilógico e inoportuno fué considerado el sistema de catálogo del C.P. sardo por Garófalo (Associazione per delinquere, Enciclopedia giuridica italiana, I, IV, pág. 1112).
- 197.- Relazione del Guardasigilli, cit. por Patalano: L'associazione per delinquere, cit, pág. 101.
- 198.- Garófalo, Associazione per delinquere, cit, pág. 1112; Crivellari. Il codice penale per il regno d'Italia, VII, pág. 45 (1896).
- 199.- Apud. Patalano, op. cit, pág. 102 y 103.
- 200.- Costa, Associazione per delinquere, cit, pág. 1034.
- 201.- Boscarelli, Associazione per delinquere, cit, -- pág. 869. Esta tesis se mantiene, entre otros -- por Manzini (Trattato, cit, VI, pág. 177); Sabatini (Istituzioni...cit. P.S. pág. 325).
- 202.- Excluyen del art. 416 las asociaciones que tienen por objeto cometer "delito continuado": Manzini (Trattato, cit, VI, pág. 189); Ranieri, Manuale, cit, II, pág. 426; Antolisei, Manuale, -- cit, P.S. pág. 574.
La tesis contraria se mantiene por Pietroboni - (Il reato continuato nell'associazione per delinquere, Scuola Positiva, I, 1939, pág. 34 y ss); - para el autor, "più" delitti significa "più fatti delittuosi".

- 203.- Tribunal de Roma, sentencia de 31 de Enero -- de 1938. (Annali di diritto e procedura penale 1938, pág. 76 y ss). Apud, Patalano, op. cit. pág. 102 y 103.
- 204.- Apud. Patalano, op. cit, pág. 102.
- 205.- Cassazione 21 de Marzo de 1956. Giustizia Penale, 1957, II, pág. 188 (Apud. Patalano, obra y páginas citadas).
- 206.- Patalano, op. cit, pág. 102.
- 207.- En el sistema alemán, sin embargo, la gravedad de la infracción en proyecto juega un papel decisivo, como criterio diferenciador entre "conspiración" (solo punible respecto a los "Verbrechen", las infracciones más graves) y la "asociación" (punible incluso si tiene por objeto cometer "Ubertretungen", faltas). Para el futuro derecho alemán, vid: Jescheck, Lehrbuch, cit, pág. 37 a 39. En el frances, la asociación ha de tener por objeto cometer "crímenes" contra "personas" o "propiedades".
- 208.- Por ejemplo, los artículos: 124, 141, 166, 178, 198, 214, nº 3º y 4º, 217 nº 1º; 218 nº 5º.
- 209.- Este no es el caso del C.P. español. Las bandas y cuadrillas de malhechores tradicionalmente han -- contado con una legislación especial "ad hoc", -- extramuros del Código. La mayor amplitud del supuesto fáctico de las asociaciones ilícitas del C.P. vigente es obvia. El artículo 172.2º, puede aplicarse a cualquier manifestación actual de la delincuencia organizada, y no solo a las que adaptan formas similares a las históricas bandas y cuadrillas. Es, por lo -- tanto, más practicable y eficaz.
- 210.- Si el objeto de estas asociaciones no es delictivo, falta ya un elemento básico del tipo, y no -- puede proceder el nº 2º del art. 172.
- 211.- Esta terminología es equívoca, porque al "delito condicionado" se refiere también Binding, en un sentido diferente (vid: Das bedingte Verbrechen, - G.A. 1968). Los autores italianos utilizan la misma con relación a aquellos delitos cuya ejecución es independiente de la voluntad del afiliado ya -- que corresponde a la competencia o arbitrio de una tercera persona.

- 212.- Sobre el concepto de "delito condicionado" - y "estado de la doctrina italiana", vid:Boscarelli, Associazione per delinquere, cit, - pág. 870; Patalano, L'associazione per delinquere, cit, pág. 111 y nota 75.
- 213.- Por todos, Patalano, op. cit, pág. 100.
- 214.- Schafheutle, Das Strafrechtsänderungsgesetz, = cit. pág. 619:"Weder Fahrlässigkeitstaten noch gelegentliche vorsätzliche Delikte der Verein=sorgane für die Anwerdung der 129 ausreichen".
- 214'.- Schafheutle contrapone, por ejemplo, la expresión "darauf gerichtet ist...; strafbare Handlungen zu begehen" -que denota una dirección o finalidad social- con la estructura del delito "culposo", incompatible con la misma (Das S==trafrechtsänderungsgesetz, cit, pág. 619).
- 215.- Schafheutle, Das Strafrechtsänderungsgesetz, - cit, pág. 619.
- 216.- Patalano, op. cit, pág. 100.
- 217.- La doctrina italiana, siguiendo este planteamiento que juzgo incorrecto, considera problemáticos, además, una serie de supuestos. Para Boscarelli, por ejemplo, en el término "delitti" - no se comprenden los "delitos que han de ejecutarse en el extranjero" (Associazione per delinquere, cit, pág. 870); se afirma lo contrario - respecto a los delitos "perseguidos a instancia de parte" (De Rubeis, Dell'associazione per delinquere, cit, pág. 1042); y los delitos de "peligro" (Patalano, op. cit, pág. 115). Sobre este problema, en general, vid:De Rubeis, op. - cit, pág. 1023 y ss.
- 218.- La idea de "objeto" de "objeto social", en referencia a una persona jurídica (lícita o ilícita) parece pugnar con la posibilidad de un único acto integrante del mismo ("societas ad hoc"). El "objeto social" es algo así como el "factor común" de un conjunto de metas y proyectos, una abstracción difícil de formular sin otra referencia que un único propósito.

- 219.- De "peregrino e incongruente" califica V. González García el artículo 513 (La asociación para cometer el delito de robo, cit., pág. 61); Antón Oneca, advierte que es un precepto "superfluo" (Derecho Penal, cit, pág. 359); para Rodríguez Devesa, "perturbador" (Derecho Penal Español, P.E. pág. 415 y 416). Comentarios favorables al mismo solo se encuentran en Sánchez Tejerina, y, por lo que se refiere a la reducción de penas que supuso el artículo 513 en relación con su antecedente el artículo 54 de la Ley de Seguridad del Estado (Derecho Penal Español, cit, pág. 395 y 396).
- 220.- Para un sector de la doctrina española, el artículo 513 no es más que una "ley especial", - respecto al nº 2º del artículo 172: si la asociación tiene por objeto cometer precisamente el delito de "robo", entonces es ilícita a tenor de lo dispuesto en el artículo 513 (por ejemplo: Ferrer Sama, Comentarios, cit. III, pág. 118; Cuello Calón, E. Derecho Penal., II., pág. 74, 13ª Edición). La tesis, a mi juicio, podría ser correcta para el artículo 54 de la Ley de Seguridad del Estado que establece un régimen muy singular para la asociación transitoria de tres o más personas con el objeto de cometer el delito de robo; pero no la considero válida ya que el artículo 513 prevé para los directivos y afiliados de estas asociaciones las mismas penas que corresponden a los directivos y afiliados de las demás asociaciones ilícitas, equiparando a todos los efectos unas y otras. En todo caso, la "especialidad" que se invoca no sería la de la asociación que tiene por objeto cometer el delito de "robo", sino la de la asociación "transitoria" de "tres o más personas", constituida para cometer un "determinado" delito de robo (Vid: Puig Peña, cit., IV., pág. 245 y 246). Quintano Ripollés (Comentarios, cit, págs. 59 y 60) prefiere aludir a la "excepcionalidad" -y no a la "especialidad"- del artículo 513.
- 221.- En efecto, el artículo 513 contrapone dos penalidades: la de los "jefes y promovedores" de estas asociaciones, y la que corresponde a la "mera asociación, aun transitoria, de tres o más personas..."; es claro, por tanto, que es-

ta última es la de los meros afiliados, la -- de aquellos que se limitan a asociarse incluso transitoriamente, a la asociación, pero no la de la propia asociación, que, en cuanto persona jurídica, no puede incurrir en responsabilidad criminal.

222.- La jurisprudencia del Tribunal Supremo español mantiene la tesis -que comparto- de que la llamada asociación transitoria para cometer el delito de robo no es más que una "conspiración" elevada a delito autónomo: una "conspiración para robar", y no una genuina "asociación criminal". Cuando se refiere a la misma, por ejemplo, elude deliberadamente el empleo del término "asociación", acudiendo a otros: "sociedades accidentales" (S. 14.II. 1948, Aranzadi nº 356), "mera coincidencia de propósito y decisión" (S. 3.II.1949, A. nº 169; 24.II de 1949, A. nº 196), "simple coincidencia de voluntades y propósitos" (S. 28.XII.1948:A.nº 1589), "mero concurso y mutuo acuerdo de una pluralidad de sujetos" (S.2.VI.1948,A:nº 1026; y 14.II.1948, A:nº 356). De este modo, resalta la "transitoriedad" y "accidentalidad", como notas más destacadas de estas supuestas "asociaciones".

De forma expresa, algún fallo advierte que la asociación transitoria es una "conspiración". Por ejemplo, las sentencias de 14.II.1948., cit. 12.VI.1948 y 20.X de 1948 (Aranzadi, números 356, 1026 y 1371, respectivamente). La de 12.VI. 1948, precisa que lo que, con el artículo 513, se pretende castigar es el "mero hecho de agruparse" para robar: un "acto preparatorio", según la de 3.X.1949 (Aranzadi, nº 1175).

De esta naturaleza de la asociación transitoria extrae el Tribunal Supremo, coherentemente, todas sus consecuencias: si los asociados dan principio a la ejecución del robo, entonces solo puede condenarse por este último delito, y no por robo, en concurso con asociación (Vid, al respecto, supra, Capítulo I., nota 319). Como argumenta la sentencia de 15 de Noviembre de 1947 (Aranzadi, nº 1411): "...seguir otro criterio sería establecer inexplicables diferencias e irritantes desigualdades, porque no tendría justificación que tratándose de robo, en cual--

quiera de sus grados, se sancionase, además en el caso de pluralidad de delinquentes, la asociación de éstos para cometerlo, y, en cambio, no se observará esta misma norma cuando dos o más personas unen sus voluntades para causar la muerte a otra, y ponen en práctica su criminal acuerdo".

- 223.- Uno de los problemas que plantea el artículo 513 es el derivado de esta alusión al número mínimo de tres miembros de que ha de constar la asociación transitoria. Tal exigencia, desde luego es anómala, ya que el nº 2º del artículo 172 no lo requiere respecto a la asociación criminal genuina. ¿Por qué se precisa en la asociación "transitoria" un número mínimo de miembros que ni siquiera es necesario para las demás asociaciones no "transitorias"? - González García (La asociación para cometer el delito de robo, cit, pág. 67 y 68), advierte que tal limitación conduce al siguiente contrasentido: dos personas pueden constituir una "asociación" ilícita (artículo 172.2), pero si la asociación tiene por objeto cometer el delito de "robo", entonces son necesarias tres, lo que se traduce en un inmerecido y no buscado privilegio para estas últimas asociaciones.
- El número mínimo de miembros es más propio de la "conspiración" para delinquir que de la "asociación" criminal, pero la reforma de 1944 se limitó a transcribir el antiguo artículo 54 de la Ley de Seguridad del Estado (en el 53 también se precisa un mínimo de tres miembros en las "cuadrillas" constituidas para cometer robos y secuestros), sin establecer la oportuna correlación y concordancia con lo dispuesto al efecto en el artículo 4º para la "conspiración", con lo que la falta de coincidencia hace aún más complejo el problema: el mero concierto de "dos" o más personas para cometer un delito, seguido de la resolución de ejecutarlo, fundamenta ya la responsabilidad criminal, permitiendo imponer penas incluso superiores a las previstas en el propio artículo 513. ¿Tiene sentido, entonces, crear una norma especial, elevando a delito la "conspiración" para cometer un robo, cuando las penas resultantes serán más benignas, en algunos casos, que las

que hubieran debido aplicarse a tenor de lo --
dispuesto en el artículo 4º?. No fue este, --=
desde luego, el propósito del legislador.

224.- Las penas previstas, para los directivos y me-
ros afiliados, en los artículos 174.1º y 175 -
4º, respectivamente, tienen su razón de ser en
la genuina "asociación" criminal, donde pueden
diferenciarse diversos grados de participación
y responsabilidad, con independencia de la in-
tervención del asociado en la puesta en prácti-
ca del programa delictivo. Pero no es tan fá-
cil ni viable en el caso de la llamada "asocia-
ción transitoria", porque ésta no es una autén-
tica "asociación". Sus miembros están unidos -
por el común designio criminoso que les sitúa-
en pie de igualdad si llega a ejecutarse el de-
lito "concreto" para el que se concertaron. E-
xistiendo un "acuerdo previo", que convertiría
a todos ellos en "autores" del delito después-
cometido, no es coherente distinguir grados de
"responsabilidad" por la supuesta desigual par-
ticipación (directivos y meros afiliados) en -
una "asociación" que no es tal, para equiparar
la responsabilidad de todos una vez que el deli-
to se cometa. La tácita remisión del artículo=
513 a los artículos 174.1º y 175.4º revela la-
inconsecuencia de tratar como "asociación" lo-
que no es más que una "conspiración".

El problema se aborda en la sentencia de 21
de Junio de 1971 (Aranzadi, nº 2928). Contem-
pla el recurso el caso de "tres personas (que)
proyectaron de mutuo acuerdo ponerse en contac-
to con un joyero...y sacarle por la fuerza y -
usando todos los medios que fueran precisos --
cuantas joyas pudiesen, para cuyo fin le cita-
ron en el Hotel expresándole trajese un nutri-
do muestrario de joyas para hacerle en firme -
un pedido de más de un millón de pesetas, aun-
que en realidad, lo que tenían decidido hacer-
...era recibir a la víctima...amordazarle con-
esparadrapos y atarle con sogas que, al efec-
to, habían comprado ya, y, si era preciso, ha-
cer uso de las pistolas que, uno de ellos, por
acuerdo de los tres, vigilaba y guardaba". El-
Tribunal Supremo estimó bien aplicado el artí-
culo 513, confirmando la sentencia recurrida -

que condenaba a dos de los procesados como directivos de una asociación ilícita (fundadores: art. 174.1º) y al tercero, como mero afiliado (artículo 175.4). Según el citado fallo, procede desestimar el recurso: "porque los dos procesados son los que, de mutuo acuerdo, y sin que ninguno de ellos asumiera en concreto la dirección de las operaciones, proyectaron la creación de la asociación para cometer determinado delito de robo, la que, funcionalmente y sin que se destaque ninguna actuación de mando o dirección de alguno de ellos, desarrolló y llevó a la práctica los actos precisos y preparó los necesarios elementos materiales para la realización del delito de robo propuesto..."

A mi juicio, es artificial en este caso distinguir entre fundadores y meros afiliados. Los tres encartados actuaron de común acuerdo en plano de igualdad, y la propia sentencia resalta que ninguno de ellos asumió la dirección de las operaciones. Si, una vez cometido el robo, los tres responderían del mismo como "autores", en virtud de la tesis jurisprudencial del "acuerdo previo", no parece lógico distinguir grados de responsabilidad (directivos, meros afiliados) antes de que el delito se ejecute. Esto implicaría, además, un perjuicio para el supuesto "mero afiliado" y un correlativo privilegio para quienes la sentencia reputa "fundadores".

La aplicación del artículo 513, por último, debe ser muy prudente, como advierte la sentencia de 3.X.1949 (Aranzadi, nº 1175). Ofrece mayores ventajas que el artículo 4º, en orden a la determinación de las penas, pero no deja de ser un instrumento muy tosco e indiscriminado: precisamente porque los artículos 174.1º y 175.4º prescinden, por completo, de la gravedad del delito -en este caso, delito de robo- que los asociados pretendieren cometer, al establecer las penas en que incurrerán unos y otros.

- 225.- Por ejemplo, tres personas conciertan la ejecución de un robo por cuantía superior a 50.000 pts, mediante el empleo de llaves falsas (art. 504.4º, con relación al nº 3º del artículo 505). Si se les considera como "meros

individuos" de una "asociación transitoria" (art. 513), se les impondrá la pena de "arresto mayor" (artículo 175.4º). Sin embargo, si se entiende -- que no son "conspiradores", se les impondrá una pena inferior en uno o dos grados inferior a la prevista en el artículo 505.3º (artículo 52), pena que necesariamente será más benigna (me refiero: en el caso de aplicar el art. 175.4º) si al robo han de concurrir alguna de las circunstancias señaladas en el artículo 506.

226.- Vid. supra, nota 221.

227.- Esto sucede en todos aquellos casos en que las penas previstas, por ejemplo, para los directivos de una asociación transitoria (art. 513, con relación al nº 1º del artículo 174) sean superiores a las establecidas para los autores del delito de robo consumado. Por ejemplo, en el caso de la asociación transitoria para cometer un delito de robo por -- cuantía no superior a 5.000 pesetas (art. 505 nº1º). Como los asociados responden solo por el delito de robo, si éste llega a ejecutarse, les compensa e -- interesa que esto ocurra así, que el robo se ejecute efectivamente. La razón es clara: si son consi-- derados "directivos" de una asociación transitoria, se les impondrá la pena de "prisión menor, inhabilitación especial y multa de 10.000 a 75.000 pesetas" (artículo 174.1º), mientras que si el robo llega a cometerse, entonces serán condenados como "autores" del mismo con la pena de "arresto mayor" (artículo= 505.1º).

228.- En otro sentido, por ejemplo, Yañez Román. Refle-- xiones en torno a las asociaciones para delinquir, = Ponencia cit., pág. 27.

229.- Doctrina dominante en la literatura alemana: "Dabei kommt es nicht auf die formelle Mitgliedschaft". -- Vid: Leipziger Kommentar, cit., pág. 127 (en anotaciones al párrafo 129); Köhlrausch-Lange, Straf-- gesetzbuch., cit., pág. 344 (al párrafo 12811). - Dalcke-Fuhrmann-Schäfer, Strafrecht und Strafverfah-- ren...cit, pág. 160 (al párrafo 128.I); Lackner-- Maassen, Strafgesetzbuch, cit, pág. 241; Maurach, - Deutsches Strafrecht., B.T. pág. 671; Wagner: Aus -- der Rechtsprechung in Staatschutzverfahren...cit., = pág. 237 (GA, 1963).

- 230.- Según Welzel, no es decisiva la expresa admisión del socio por la asociación (Das Deutsche Strafrecht.B.T., 10ª Edición., pág. 486:comentario - que suprime el autor en ediciones posteriores);= no es necesaria, tampoco, un pronunciamiento formal de la asociación, para adquirir la condición de socio:Schönke-Schröder, Kommentar., cit., pág. 856., nº 13.
- 231.- Lo que Sauer denomina "Zugehörigkeit" (pertenencia esencial):System des Strafrechts., B.T. 1954, pág. 475.
- 232.- La doctrina alemana suele emplear el término "Unterordnung" para designar esta relación jerárquica de "dependencia". Por ejemplo:Lackner-Maassen op. cit., pág. 241; Kohlrausch-Lange., op. cit.= pág. 344; Olshausen, op. cit. pág. 566, nota 3;= Sauer., System..., cit., pág. 475; Dreher, Strafgesetzbuch.,cit., pág. 432.
La idea de "disciplina" o sometimiento a la voluntad e instrucciones de la asociación se resalta expresamente en la sentencia de 30 de Octubre de 1967, del Tribunal Supremo español (Aranzadi, nº 4879).
- 233.- Leipziger Kommentar, pág. 127.140:"Eine Willensübersinstimmung zwischen dem Handelnden und der Vereinigung": la Jurisprudencia alemana suele emplear la expresión:"Ernsthafte Einigung" (Apud: Wagner, Aus der Rechtsprechung...cit., GA. 1960=pág. 242).
- 234.- Como advierte la doctrina alemana, "socio" no es quien ostenta formalmente tal condición, sino quien la "posee", quien actúa como socio (Vid: Lackner-Maassen, op. cit, pág. 241, en comentario al párrafo 84); por ello, ciertos comportamientos no tienen, en principio, más que un valor "indiciario", que por sí solos, no acreditan la "pertenencia" del individuo" a la asociación. Suelen citarse, entre otros:la cotización en favor de aquella (Lackner-Maassen., op. cit. pág.= 241:comentario al párrafo 84); asistencia a las reuniones de la asociación (Dreher, Strafgesetzbuch...cit., pág. 450; Wagner, Aus der Rechtspre

chung in Staatsschutzverfahren...cit., GA. 1966., pág. 294, nº 25); suscripción a boletines o revistas de la asociación (Dreher, comentario y exposición de la doctrina jurisprudencial alemana al respecto: Strafgesetzbuch...cit., pág. 450); custodia o difusión de medios de propaganda social (Dreher, op. cit., pág. 450; Wagner, Aus der Rechtsprechung in Staatsschutzverfahren., GA., 1967, pág. 99 número 32).

No obstante, la propia doctrina y jurisprudencia alemanas insisten en que la "pertenencia" del socio a la asociación no ha de entenderse en sentido "formal"; dicha "pertenencia" puede eventualmente acreditarse por cualquiera de los indicios enunciados, siempre que de los mismos resulte la existencia de unos lazos permanentes y esenciales entre el afiliado y la organización ("Zugehörigkeit").

- 235.- El parágrafo 129 del C.P. alemán castiga a quien -- participa en una asociación criminal "als Mitglied", es decir, como "socio", como "miembro" de la misma. Es doctrina unánime que el tipo solo puede realizarlo el "miembro" de la asociación y no un tercero. - Vid: Welzel, Deutsches Strafrecht., B.T., pág. 486 -- (10ª Edición); Schönke-Schröfer, Kommentar., cit., = pág. 856, nº 13.
- 236.- Se trata, en todos estos casos, --según Olshausen-- de unos comportamientos que no son "típicos" porque falta la relación de "inmediación" que caracteriza el "estatus" del socio en la sociedad (Kommentar -- zum Strafgesetzbuch für das deutsche Reich, 12ª Edición., pág. 566., nota nº 3.
- 237.- Apud. Dreher, Strafgesetzbuch...cit., pág. 450., donde se examina la jurisprudencia alemana al respecto.
- 238.- La llamada "einmalige Betätigung". Vid: Wagner (Aus der Rechtsprechung., cit. pág. 236): "Eine einmalige Betätigung begründet noch keine Mitgliedschaft".
- 239.- El problema del "simpatizante" se planteó en Alemania a propósito del llamado "Mitläufer", del mero afiliado a las agrupaciones nazis, que, sin embargo, no llevó a cabo un comportamiento especialmente "activo".

El apartado V del parágrafo 129 del Código Penal alemán, según entiende la doctrina dominante, consagra la "Mitläuferklausel", que autoriza al Juez pa-

ra prescindir de la pena en tales casos (Por todos: Maurach, Deutsches Strafrecht., B.T., pág. 671).

- 240.- Cabría citar una amplia gama de comportamientos semejantes: el "socio honorario", el "invitado", el "aspirante". Falta en todos ellos, al menos en la hipótesis que manejo ahora, la "pertenencia" a la asociación.
- 241.- Artículo 174.1º., párrafos tercero y cuarto; artículo 175, números 2º y 4º.
- 242.- Una exposición de la doctrina jurisprudencial alemana sobre el contenido pormenorizado del comportamiento propio de un "mero individuo", o "socio", -- vid: Wagner. Zur Reform der Organisationsdelikte. MDR. 1966, pág. 187.
- 243.- Doctrina dominante en la literatura italiana. Apud, - Patalano, L'associazioni per delinquere, cit. pág. 82 y 83.
- 244.- El artículo 416 del Codice Penale castiga, desde luego, a quienes "se asocian..."; no significa esto, -- sin embargo, que el comportamiento típico se agote en el mero hecho formal de la afiliación; el propio artículo 416 precisa, en su párrafo segundo, que procede aplicar la pena de reclusión de uno a cinco años... por el solo hecho de participar en la asociación". Quiere ello decir, que la conducta típica consiste en "participar" en la asociación; ahora -- bien, "participar" incluso como mero "afiliado", como suele hacerlo un simple hombre de filas -- sin más -- este solo hecho permite ya considerar punible el comportamiento de quien se ha afiliado.
- 245.- Sauer, System., cit., pág. 475; tal actividad, para -- Kohlrausch-Lange, ha de ser "continuada" (op.cit. -- pág. 344); "duradera", en Ohlshausen (op.cit. pág. 56; nota 3).
- 246.- El parágrafo 129 del Código Penal alemán, con mejor técnica que otros, precisa el comportamiento típico del "mero individuo" de una asociación ilícita: aquél consiste en "participar" en la asociación "como socio". De ahí que la doctrina resalte que no basta -- con la condición de "socio", de "afiliado", sino que es necesario, ante todo, "participar" en la empresa criminal. Sauer, por ejemplo, indica que el término --

"Wbeteiligen" del parágrafo 129 ha de entenderse -- en sentido "material" -no formal-, y como sinónimo de "Verhalten" (comportamiento positivo)^A: System., cit., pág. 475; Welzel equipara aquel con el verbo= "teilnehmen" (tomar parte activa...): Deutsches -- Strafrecht., cit. B.T., pág. 486; Lackner-Maassen em plea la expresiva fórmula "tätig werden" (op.cit., pág. 241); Dalcke-Fürhmann, la de "betätigen", etc. (op.cit. pág. 160). Coinciden los diversos autores= en que el tipo exige algo más que el mero hecho de la afiliación, una determinada "actividad": Dreher= (Strafgesetzbuch...cit., pág. 451. "C: "Aktivität darüberhinaus erforderlich").

- 247.- Me refiero, pues, a una actividad que discurre en el seno de la asociación, una actividad que afecta a la relación "sociedad"- "socio"; no a una "actividad" en sí misma criminal, porque el tipo no exige más que participar en la asociación como "mero individuo", y no un principio de ejecución de los delitos que la organización haya proyectado.
- 248.- En la doctrina alemana, se mantiene igualmente esta tesis: el llamado "socio pasivo" no realiza el comportamiento típico. Por todos: Schönke-Schröder, = Kommentar., cit., pág. 856.
En la doctrina italiana, Patalano (L'associazione per delinquere, pág. 226 y 227) propugna la misma interpretación.
Dreher advierte, en este sentido, que para realizar el comportamiento típico no basta "die blosse Beteiligung", sino que es imprescindible "als Mitglied Betätigen" (Strafgesetzbuch..., cit., pág. 450).
- 249.- V. González García, La asociación para cometer el delito de robo., cit., pág. ; Yañez Román, Reflexiones en torno a las asociaciones para delinquir, Ponencia cit., pág. 30; en este sentido se pronuncia, también, la sentencia de 26 de Mayo de 1972 del Tribunal Supremo (Aranzadi, nº 2759: "...máxime cuando el delito de asociación ilícita es permanente y existe desde la afiliación, que se determina, y continúa mientras no se especifique el cese...").
- 250.- Zerboglio, Trattato., cit (Delitti contro l'ordine pubblico), pág. 59; Leone, Del reato abituale, continuato e permanente. Napoli, 1933, pág. 483; Vannini, = Manuale di Diritto Penale., P.S., pág. 143; Ranieri, - Manuale...cit., II., P.S., pág. 494; Sabatini, Istituzio

- ni...cit,pág. 326 (P.S.,I); Antolisei, Manuale.,cit. P.S.,II.,pág. 629 y 631; Manzini, Trattato.,cit.Vi = p;ag. 191; Costa, Associazione per delinquere,cit. = pág. 1034; Boscarelli, Associazione per delinquere - cit. (E.d.D.), pág. 867.
- 251.- En este sentido, Levi, In tema di associazione per delinquere e di contravvenzione alle leggi sanitarie. Foro italiano. 1933.,II.pág. 110; Manzini lo califica de "delito típicamente permanente". (Trattato cit.,VI.,pág. 191).
- 252.- Por ejemplo, los supuestos comprendidos en el número 2º del artículo 174 pueden ser no permanentes, sino esporádicos, accidentales. En este sentido, para el derecho italiano:Sabatini.Istituzioni.,cit.,pág. 326.
- 253.- Ranieri, Manuale...,cit.,P.S., pág. 494.
- 254.- Antolisei, Manuale.,cit.,pág. 629 (P.S.,II); Levi.,= op.cit., pág. 110; Costa, l'associazione per delinquere, cit.,pág. 1034.
- 255.- Sobre el tema, vid. dos interesantes sentencias de -- 16 de Diciembre de 1971 (Aranzadi, nº 5473) y de 29 de Mayo de 1969 (Auto:Aranzadi, nº 3010).
- La primera, contempla el supuesto de un "mero individuo" que se aparta de la asociación -en el sentido de que no participa activamente en la misma- pero -- que continúa "afiliado". Y sienta dos principios fundamentales:primero, el Tribunal puede enjuiciar las actuaciones de aquel, anteriores al momento en que se retiró de la asociación; segundo, si el individuo permanece "afiliado" no puede invocarse el "arrepentimiento espontáneo", porque falta la "total cesación" del comportamiento que castiga la Ley. Comparto la primera conclusión, si bien entiendo que no es tanto un -- problema de "retroactividad", como de "consumación":= no es que sean también "enjuiciables" hechos anteriores...,sino que habiéndose participado, como mero individuo, en una asociación ilícita, se realizó plenamente el injusto (delito consumado), y carece de relevancia la posterior cesación por el sujeto activo del "estado antijurídico" (delito "permanente"). La distinción entre "afiliación" y "actividad", sin embargo, no me parece correcta. Si el "mero individuo" se aparta de la vida "activa" de la asociación -aunque per--

manezca formalmente vinculado a ésta- puede entenderse que es en virtud de un "arrepentimiento espontáneo". Se da una total cesación del comportamiento típico.

El auto de 29 de Mayo de 1969 plantea el problema de la retroactividad de la ley penal más severa (Decreto de bandidaje y terrorismo respecto al C.P.) en los delitos "permanentes (asociación ilícita). - El Tribunal Supremo, al resolver el conflicto de jurisdicciones se pronuncia en favor de la militar, desestimando los argumentos -a mi juicio totalmente certeros- del Juzgado de Orden Público, en los siguientes términos: "...pues si estos razonamientos pudieran ser adecuados en campo doctrinal, no lo son en el de estricta legalidad en que ha de ser decidido el conflicto si se tiene en cuenta que por razones de seguridad interior del Estado y de paz y sosiego públicos, quiso el legislador sustraer a la jurisdicción ordinaria el conocimiento de esas actividades para ponerlas término atribuyéndole a la castrense con calificación más grave"

256.- Associazione per delinquere, Enc.d.Diritto.III,1958=pág. 867. El autor emplea la categoría "delitos mixtos de acción y omisión" siguiendo a Grispigni (Diritto penale italiano, Milano, 1947,II.,pág. 56).

257.- El C.P. alemán, por ejemplo, distingue entre "Mitglied" (socio), "Rädelsführer" (cabezas o jefes) y "Hintermann" (inspirador, cabeza no visible):y, a su vez, castiga el "fundar", "participar como socio", "hacer propaganda" y "favorecer" la asociación.

El artículo 416 del Codice Penale se refiere a quienes "se asocian", a los que "promueven", "constituyen" y "organizan" la asociación; y, el 417, a los "favorecedores" o "auxiliadores" a los miembros de una asociación ilícita.

El C.P. francés distingue entre los "afiliados" (art. 266) y quienes "favorecen" a los miembros de la asociación criminal (art. 267).

258.- Este es el término que utiliza Quintano Ripollés ("cabezas"), que lo refiere, también, a los "favorecedores" del artículo 174.2º (Curso de Derecho Penal.II.,1946.,pág. 62).

La terminología es admisible, no así la extensión del concepto a los supuestos de "favorecimiento", ya que éste se presta por terceros, ajenos a la empresa criminal.

- 259.- Prueba más del régimen especialmente severo que se establece para estos directivos es el hecho de que son castigados aunque la asociación no hubiere llegado a constituirse (artículo 174.1º, párrafo segundo).
- 260.- La cuestión es de gran interés, porque los términos "fundador", "director", "presidente" no son simples "causas personales de modificación de la pena", sino conceptos con los que se apunta el propio núcleo del comportamiento típico, según dije ("fundar", "dirigir", "presidir"...). Es claro, por ello, que la enumeración no puede ser meramente "ilustrativa". En consecuencia, el "organizador", quien se limita a "organizar" la estructura o actividad interna de la asociación (en el sentido del artículo 174.2º), al no aparecer expresamente mencionado en el artículo 174.1º no es un "directivo", ni puede ser castigado como tal, a no ser que tal función la despliegue como "derivada" de una condición -independiente- de "directivo".
- 261.- En el C.P. alemán, por ejemplo, la tentativa solo es punible respecto a las actividades "fundacionales" (Parágrafo 129).
- 262.- Con dos excepciones: que se trate de una asociación de las previstas en el nº 4º del artículo 172, o de aquellas otras que tienden a la "subversión violenta"... (artículo 174.1º., párrafos tres y cuatro).
- 263.- La condición de "mero individuo" o de "directivo" tiene trascendencia: 1.- A los efectos de lo dispuesto para determinadas asociaciones en los párrafos tres y cuatro del artículo 174.1º; 2.- Porque los "meros individuos" de las asociaciones del artículo 172.4º quedan impunes; 3.- Porque solo los "directivos" de asociaciones que no llegan a constituirse incurrir en responsabilidad criminal (artículo 174.1º., párrafo segundo); 4.- A los efectos de lo dispuesto en los artículos 174.1º y 175.4º.
- 264.- La remisión al significado "semántico" de los términos "fundador", "director", "presidente" no deja de ser una evasiva. Vid. dicho planteamiento en: Groizard (Código Penal de 1870, concordado y comentado. = cit., III., pág. 431 y 432); Sentencia de 30 de Octubre de 1967 (Aranzadi, nº 4879).

- 265.- En sentido contrario, Langle Rubio, Código Penal - de 17 de Junio de 1870. Madrid 1915:página 259 -== y 260, notas 1.
- 266.- Código Penal de 1870...cit.,pág. 432.
- 267.- A mi juicio, no se trata de una interpretación au-== téntica del concepto legal de "jefe", por vía de u- na "presunción de iure" sino de una "extensión" del comportamiento típico, para comprender casos que, - de otro modo, quedaría excluidos.
- 268.- En este sentido, Rodríguez Devesa (Derecho Penal es- pañol.,P.E.,cit.,pág. 719).
- 269.- Rodríguez Devesa,op.cit.,pág. 719
- 270.- No parece correcto configurar una "presunción genéri- ca", una presunción de "iure", especialmente si lo - que se pretende es evitar la "interpretación analógi- ca".
- 271.- Como delitos, en principio "colectivos", del Título= II podrían comprenderse los descritos en los artícu- los:149,150,154,163,167,177,215,219,223,238,257,---= etc.
- 272.- Para el autor, lo dispuesto en el artículo 268. bis= solo es aplicable a los delitos contra la forma de - gobierno (Derecho Penal español,cit.,pág. 586).
- 273.- "A estos efectos, si no constase quienes fueran los= jefes o promotores, serán considerados como tal el - más caracterizado entre los enjuiciados y en igual== dad de circunstancias, el de más edad".
- 274.- Con razón advierte Rodríguez-Devesa (op.cit.,pág. -= 586) que se trata de una "presunción" de alcance "pro- cesal":que no se refiere al "hecho" en sí mismo con- siderado (si es un "jefe" o no lo es), sino al juez. Este debe "encontrar" un "jefe", aunque no lo haya.
- 275.- Algún fallo del T.S.,por ejemplo el de 9 de Junio de= 1969 (Aranzadi, nº 3602), advierte que se condena co- mo "mero individuo", porque no consta que se desple- garan actividades propias de un "directivo".En caso=

de duda, se aplica el artículo 175.4º.

- 276.- La distinción entre "mero individuo" y "directivo" se plantea en la jurisprudencia en el seno de las asociaciones de índole política.
- 277.- Aranzadi, nº 4879.
- 278.- "Socio" es, para la sentencia de 30 de Octubre de 1967, el "hombre de filas":pero el comportamiento típico -dice otra de 16 de Diciembre de 1971 (Aranzadi, nº 5473)- se agota en la mera "afiliación". - En este sentido, un fallo de 19 de Noviembre del mismo año (Aranzadi, nº 5206) no estima el vicio de "quebrantamiento de forma" (descripción insuficiente de los hechos probados, en este caso) por considerar constaba probada la "afiliación" a la asociación ilícita, y no ser necesarios otros extremos. - "directivo", advierte una sentencia de 16 de Abril de 1958 (Aranzadi, nº 1250), es quien no actúa como mero individuo, esto es, quien no se limita a "formar parte de la asociación", a "afiliarse" (sentencia de 23 de Mayo de 1966:aranzadi, nº 2555):quien lleva a cabo una conducta no "circunscrita a la puramente pasiva" (Sentencia de 23 de Enero de 1967:Aranzadi, nº 143).
- 279.- Sentencia de 30.XI.1971 (Ar:nº 5273).
- 280.- Aranzadi nº 2350.
- 281.- Aranzadi nº 5355
- 282.- Aranzadi nº 2806
- 283.- Sentencia de 16.1.1960 (Ar:nº 26).
- 284.- Sentencia de 19.XI.1966 (Ar. nº 5022).
- 285.- Sentencia de 10.XI.1971 (Ar. nº 5206).
- 286.- Sentencia de 10.V.1968 (Ar.nº 2425).
- 287.- Sentencia de 13.III.1968 (Ar. nº 1415). Sentencia de 9.VI.1969 (A: nº 3602).
- 288.- Sentencia del 6.II.1971 (Ar. nº 503).
- 289.- Sentencia de 19.XI.1971 (Ar. nº 5206).

- 290.- Sentencia del 26.IV.1969 (Ar. nº 2250).
- 291.- -Sentencia de 9.VI.1969 (Ar. nº 3602).
- 292.- Sentencia de 20.VI.1971 (Ar. nº 3084).
- 293.- Sentencia de 23.5.1966 (Ar. nº 2555).
- 294.- La sentencia de 26.IV.1969 (Ar. nº 2350) castiga - al inculpado en concepto de dirigente por considerar que el comportamiento que llevo a cabo y "las modalidades de su actuación" no se ajustan al modo habitual de actuar del mero afiliado; porque, según otra sentencia de 12.XI.1966 (Aranzadi nº 4908) sobrepasó "la conducta moderada que corresponde normalmente a un mero partícipe"; porque "se destaca notablemente-" como añade otra 9.X.1965- (Ar. nº 4097). A esta "actuación destacada" que se exige en el directivo se refieren también los fallos de 9.VI.1969 (Ar. nº 3602) y el de 30.VI.1971 (Ar. nº 3084).
- 295.- Aranzadi, nº 2806.
- 296.- Sentencia, por ejemplo, de 30 de Octubre de 1967, - ya citada.
- 297.- Sentencia de Lo de Mayo de 1968 (Ar. nº 2425).
- 298.- Los fallos más significativos, en este sentido son los siguientes: 13 de Marzo de 1968 (Ar. nº 1415); 9 de Junio de 1969 (Ar. nº 3602); 26 de Abril de 1969 (Ar. nº 2350); 30 de Junio de 1971 (Ar. nº 5273); - 12 de Noviembre de 1966 (Ar. nº 4908).
- 299.- Según la sentencia de 30 de Octubre de 1967, ya citada, cuya tesis me parece correcta.
- 300.- Véase: sentencia de 16 de Abril de 1958 (Ar. nº 1250), a propósito de los cargos de "director general", "secretario general" que se consideran como "directivos"; y la de 3 de Noviembre de 1969 (Ar. nº 5221), que hace lo propio respecto al "responsable" de una asociación.
- 301.- En este sentido, sentencia de 5 de Mayo de 1968 (Ar. nº 2806) y de 30 de Octubre de 1967, ya citada (Ar. nº 4879).

302.- A esta "participación en funciones directivas" se refieren numerosos fallos: 7 de Julio de 1967 (Ar. nº 3519); 16 de Abril de 1958 (Ar. nº 1250); 20 de Noviembre de 1970 (Ar. nº 4439); 30 de Octubre de 1967 (Ar. nº 4879).

303.- Aranzadi, nº 3519.

304.- En la doctrina jurisprudencial cabe apreciar dos "etapas". la primera de ellas, se caracteriza por que los diversos fallos establecen una útil distinción entre "gravedad en abstracto" de los "fines" de la asociación, y "gravedad en concreto" de los "hechos" delictivos ejecutados, midiéndose esta última con arreglo al criterio dogmático que ofrece el artículo 224 del C.P.. Un ejemplo de esta corriente jurisprudencial puede encontrarse, por todas, en la sentencia de 9 de Junio de 1965 (Ar. nº 2950). La segunda etapa, posterior a la reforma de 1967, es mucho más severa: atiende exclusivamente a la gravedad "objetiva" y "abstracta" de los "fines sociales", y obliga a subsumir en el párrafo tercero del artículo 174.1º una serie de asociaciones, cuyo catálogo se va perfilando por vía jurisprudencial (por todas; la sentencia de 5 de Junio de 1968, ya citada).

A mi juicio, esta segunda interpretación no es correcta. Primero, porque termina por aplicar automáticamente a los "directivos" el párrafo tercero del artículo 174.1º y a los "meros individuos" el párrafo cuarto: y no es esta la "ratio legis" del citado precepto. A propósito del párrafo tercero, el Código distingue entre "directivos" y "meros individuos" con lo que es evidente que también los "meros individuos" pueden realizar el comportamiento típico descrito en el artículo 174.1º, párrafo tercero, y no solo los "directivos", como entiende un sector jurisprudencial. En segundo lugar, la automática correlación conduce a "agravar" dos veces la pena de los "directivos" y -paralelamente- a "atenuar" también dos veces la de los "meros individuos", lo que es inadmisibile. El párrafo tercero contempla las formas de participación en asociaciones que persiguen programáticamente, es decir, "en abstracto", determinados fines; y distingue, a su vez, el comportamiento de los "directivos" y el de los "meros individuos". El párrafo cuarto, se -

refiere a las mismas asociaciones del párrafo -- anterior -y, por lo tanto, a los "directivos" y "meros individuos" de las mismas-pero concediendo relevancia, excepcionalmente, a la menor gravedad de los hechos ejecutados. La reforma de 1967 impidió hacer extensivo a los cabezas de la asociación el régimen atenuado que establece este párrafo tercero -a mi juicio, sin justificación alguna pero no por ello cabe identificar el comportamiento de los "directivos" con el párrafo tercero ni el de los "meros individuos", con el párrafo tercero, ni el de los "meros individuos" con el párrafo cuarto.

305.- Como mantiene la sentencia de 19 de Noviembre de 1966 (Ar. nº 5022).

306.- Quiere esto decir que dicha "actividad" no convierte al mero "individuo" en "director", por ejemplo, o "presidente", ya que lo decisivo es la posición "jerárquica" u "orgánica" que se desempeña y no la índole de la actividad necesariamente.

El que baste la "afiliación" para realizar el comportamiento típico, sin embargo, no significa que haya que apreciar el concurso de delitos respecto a cualquier otra actividad del mero afiliado en el seno de la asociación. Aunque el problema se abordará en su lugar, apunto ya ahora una serie de comportamientos propios del "socio" (socio activo) que deben entenderse ya sancionados con la pena prevista en el nº 4º del artículo 175: cotización y pago de cuotas, asistencia a reuniones y actos de la asociación, difusión de propaganda, proselitismo y captación de adeptos, ejecución de acuerdos estrictamente corporativos, etc.

307.- Cuando nuestro legislador ha querido referirse a mandos intermedios, es decir, a personas que no son directivos ni meros partícipes o ejecutores lo ha hecho siempre de forma "expresa" (Us, arts. 215 y 219, 2º, a propósito de los delitos de "rebelión" y "sedición").

308.- "Establecerse" -y no "constituirse"-, como decía el artículo 186.1º, párrafo segundo, del C.P. de 1932.

309.- Por ello, considero absurdo lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 174.1º en lo que pueda hacer referencia a los "presidentes" y "directores".

- 310.- Me parece obvio que, cuando el Código se refiere a los "directores" y "presidentes" de asociaciones, no se está refiriendo a quienes lo sean de las "reuniones" o "actos" de la asociación: conferencias, actos masivos, reuniones internas, etc., sino a quienes ostentan tales cargos en la empresa criminal. Lo contrario tal vez podría desprenderse de los números 2º y 3º del artículo 175, pero es una interpretación que contradice todo lo expuesto en páginas anteriores, y que rechazo.
- 311.- La reforma de 1963 elevó a un millón de pesetas la cuantía de la multa a que se refiere el párrafo segundo del propio artículo 174.2º. La reforma de 1971 añade el inciso "o de cualquier clase", para ampliar la índole de la cooperación que ha de prestar el favorecedor, hasta entonces limitada a la estrictamente económica; y suprime la frase "aún encubierta" por considerarla superflua; la reforma de 1974 eleva a 2.000.000 de pesetas la cuantía de la multa mencionada.
- 312.- C.P. italiano, artículo 418: "Cchiunque, fuori dei casi di concorso nel reato o di favoreggiamento, dà rifugio o fornisce il vitto a taluna delle persone che partecipano all'associazione è punito con la reclusione fino a due anni. La pena è aumentata se il rifugio o il vitto sono prestati continuamente. Non è punibile chi commette il fatto in favore di un prossimo congiunto"; Código Penal francés, artículo 267: "Sera puni de la réclusion criminelle á temps de cinq a dix ans quiconque aura sciemment et volontairement favorisé les auteurs des crimes prévus á l'article 265, en leur fournissant des instruments de crime, moyens de correspondance, logement ou lieu de réunion..."; Código Penal alemán, parágrafo 129: "Wer eine Vereinigung gründet, deren Zwecke oder deren Tätigkeit darauf gerichtet sind, strafbaren Handlungen zu begehen = ..., für sie wirbt oder sie unterstützt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren bestraft".
- 313.- Como sucede en el C.P. español, a tenor de lo dispuesto en el nº 2º del artículo 174., ya que quienes, con su cooperación económica o de cualquier clase, favorecen la fundación, organización o actividad de las asociaciones en el mismo menciona-

das,, reciben las penas establecidas para los fundadores, directores y presidentes de tales= asociaciones (art. 174.1º) y, además, la de multa en cuantía que puede alcanzar los dos millones de pesetas.

314.- Dice el nº 1º del artículo 174:"Los fundadores, directores y presidentes de asociaciones que es tuvieren comprendidas en el artículo anterior y en los números 1º,2º y 3º del artículo 172". De aquí se desprende claramente que el "artículo anterior" es el artículo 173, y que el artículo 172 quedaría excluido, de no haberse mencionado de forma expresa.

El criterio interpretativo aludido se confirma, una vez más con lo dispuesto en el artículo= 175.4º:"los meros individuos de asociaciones comprendidas en los números 1º,2º y 3º del artículo 172 y en el 173". Cuando el legislador quiere equiparar las asociaciones previstas en los artículos 172 y 173 lo dice expresamente

315.- Artículo 39 de la Ley de Seguridad del Estado:"- Los que con su cooperación económica, aún encu=bierta, favorecieren la fundación, organización= o actividad de las asociaciones, grupos, organizaciones o entidades a que se refieren los artículos 28,30 y 32 al 36; la reconstitución de las asociaciones, entidades o partidos mencionados - en el artículo 35...cuando el caudal del culpa=ble lo permita, además de las penas señaladas en los artículos citados, podrán los Tribunales imponer una multa de diez mil a doscientas cincuenta mil pesetas, atendidas las circunstancias y consecuencias del hecho".

316.- En contra de la tesis que sostengo, cabe adver=tir:Primero, un argumento "histórico". El artículo 174.2º procede, efectivamente, del artículo - 39 de la L.S.E. La interpretación literal mantenida ("artículo anterior" equivale a "artículo - 173) contradice la "ratio legis" del artículo 39, al excluir del régimen especialmente severo que - éste introduce precisamente las asociaciones de mayor gravedad, a las que el artículo 39 se refería de forma expresa. Por ejemplo, las asociacio-

nes hoy previstas en el párrafo tercero del artículo 174.1º (que eran las mencionadas en el artículo 28 de la L.S.E.). Parece absurdo que no pueda aplicarse el nº 2º del artículo 174 a las asociaciones que tienen por objeto "la subversión violenta, la destrucción de la organización política..." (art. 174.1º., párrafo tercero), y que si haya de aplicarse, por ejemplo, a las constituidas "para atacar en cualquier forma... el orden institucional" (artículo 173.2º), no expresamente mencionadas en la L.S.E., pero incluidas en el artículo 173; Segundo, argumento sistemático: la interpretación sugerida, rompe la armonía de la fórmula legal. La finalidad del artículo 174.2º es, fundamentalmente, elevar a delito autónomo unas formas determinadas de participación, para someterlas a un régimen más severo que el que pudiera resultar de las normas generales del Código. Resulta entonces que, mientras el Código equipara las asociaciones "políticas" y las "comunes" (todas son igualmente ilícitas, y los directivos o meros individuos de unas y otras suelen recibir las mismas penas: artículo 174.1º y artículo 175.4º), de esta interpretación restrictiva se seguiría no solo un régimen diferenciado entre unas y otras (por cierto, solo en lo referente al "favorecimiento"), sino además, en el propio seno de las asociaciones "políticas" habría que distinguir entre las sometidas al régimen del artículo 174.2º y las excluidas del mismo: sin que esta discriminación fuera consecuente con la mayor o menor gravedad o peligrosidad de tales asociaciones: Tercero, argumento "gramatical". El artículo 173 no hace sino declarar comprendidas en el artículo 172 las asociaciones a que el mismo se refiere: "se comprenden en el artículo anterior...". Quiere esto decir que los cinco apartados del artículo 173 son una prolongación de los cuatro contenidos en el artículo 172. Todos ellos proceden de la L.S.E., y, por razones de estilo y claridad, se optó por incluirlos en el artículo 173: pero éste no es independiente ni distinto del 172. No tiene sentido decidir el ámbito de aplicación y alcance del artículo 174.2º con arreglo al criterio del "emplazamiento" en el artículo 172 o 173 de la asociación controvertida.

- 317.- Mantienen que se trata de "formas de participa-
ción" devadas a delito "autónomo" (concretamen-
te, de "Beihilfe"): Lackner-Maasen, Strafgesetz-
buch...cit.,pág. 241; Leipziger Kommentar., pág.
127 (9ª Edición, 2ª entrega); Wagner, Zur Reform
der Organisationsdelikte, MDR (1966), pág. 188: -
para el autor se trata de una "verselbständigte=
Beihilfe".
- 318.- El problema que en su momento plantearé es si, no
obstante, cabe admitir que el "socio" o el "direc-
tivo" de una asociación ilícita respondan, además
como "favorecedores", al amparo del artículo 174.=
2º, y en aquellos casos en los que colaboren a la
asociación con actos que no son inherentes a su -
condición de socios o directivos. Esto interesa -
a la problemática del concurso de delitos.
- 319.- Derecho Penal Español., P.E., pág. 662 (1973).
- 320.- La doctrina alemana mantiene unánimemente que el-
tipo debe ser realizado, en este caso, por el ==
"extraneus". Vid: Dalcke-Führmann-Schäfer, Stra-
recht und Strafverfahren., cit., pág. 260; Pfeifer
Kommentar, cit., pág. 349; Wagner, Zur Reform..., =
cit., pág. 189; Dreher, Strafgesetzbuch und Neben-
gesetze., cit., pág. 451 (comentarios al párrafo=
84), etc.
- 321.- Piénsese, por ejemplo, en el caso del empleado ad-
ministrativo, de la secretaría, que no pueden ser
considerados "meros individuos" siquiera de la a-
sociación, porque no "pertenecen" a la misma: una
interpretación amplia del concepto "cooperación"=
y "favorecimiento" conduciría a aplicar entonces=
el nº 2º del artículo 174, con lo que recibirían=
penas más graves que los propios socios e incluso
directivos de la asociación.
- 322.- Vid. supra, nota 233.
- 323.- Leipziger Kommentar., cit., pág. 128: "Eine Erfolgs-
lose Betätigung genügt...nicht"; Lackner Maasen.,
op.cit. cit., pág. 241; Wagner, Zur Reform...cit.,
pág. 188, etc.
- 324.- Por todos, Leipziger Kommentar., cit., pág. 128: "Doch
muss die Hilfe an sich wirksam...sein".

- 325.- Se distingue entre la idoneidad "objetiva" de la aportación prestada -lo único relevante- y la eficacia que, de hecho, pueda haber tenido tal aportación. Para la jurisprudencia alemana sobre este problema, vid:Wagner, Zur Reform,cit. pág. 187.
- 326.- Vid:Wagner, Zur Reform...cit.pág. 188; en otro sentido, también Wagner, Aus der Rechtsprechung in Staatsschutzverfahren.,GA. 1960.,pág. 228.
- 327.- En otro caso, no podría comprenderse por qué == quien coopera con el "fundador" por ejemplo, pero sin realizar actos propios del fundador (sería entonces castigado también como "fundador") recibe una pena superior y más grave que la de éste. Ni tampoco por qué quien favorece al "mero individuo" -sin ser afiliado a la asociación- es castigado con una pena más severa incluso que la de == los "directivos"de ésta.

V.- PROBLEMATICA DE LA CULPABILIDAD

I.- Introducción

En el campo de la "culpabilidad" tres son, fundamentalmente (1), los problemas que plantea la "asociación para delinquir": los requisitos y contenido del comportamiento "doloso", la posibilidad de una inculminación "culposa" y, por último, la relevancia penal del "error".

Me referiré a cada uno de ellos.

II.- El comportamiento "doloso"

A).- Elementos "intelectivo" y "volitivo": su contenido.

¿Qué debe "saber" y "querer" el "fundador", "director", "presidente" y "mero individuo" para actuar "dolosamente"?

A mi juicio, tres son los datos que ha de comprender el elemento "intelectivo" del dolo:

1.- El sujeto ha de ser consciente de que "participa" en una asociación, de que es "miembro" de la misma - (art. 175.4º); de que está "fundando", "dirigiendo o "presidiendo" una asociación (artículo 174.1º).

2.- Debe conocer, igualmente, que la asociación -- "tiene por objeto cometer algún delito", y que, por lo tanto, es una asociación ilícita".

3.- Debe saber que su conducta es antijurídica, -- porque el ordenamiento "prohibe" la misma.

En cuanto al elemento "volitivo" del dolo, basta con que el sujeto activo "funde", "dirija", "presida" o adquiera la condición de "mero individuo" de una asociación criminal, "voluntariamente"; en el ordenamiento penal español no es necesario más. El elemento "volitivo" del dolo no ha de abarcar los delitos singulares que tenga por objeto cometer la "asociación": basta con que el sujeto "sepa" que la asociación tiene por objeto cometer algún delito y que "quiera" afiliarse a la misma, fundarla, dirigirla o presidirla; no se precisa que se afilie "para delinquir" porque nuestro Código no configura "elemento subjetivo del injusto" alguno; ni que "apruebe" o "quiera" la comisión de los delitos contemplados en el programa asociativo: éstos quedan sustraídos del contenido u objeto del elemento "volitivo" del dolo.

El "objeto de cometer algún delito", como dije, viene referido inequívocamente a la "asociación", no a los fundadores, directores, presidentes o meros afiliados de la misma; en el campo de la "tipicidad" esto significa que "afiliarse", por ejemplo, a una asociación de fines lícitos, pero con "ánimo de delinquir", es un comportamiento "atípico"; y que, es "típico" el comportamiento de quien se afilia a una asociación que tiene por objeto cometer algún delito, aunque el asociado se afiliasse sin intención de delinquir; en el área de la "culpabilidad", el afiliado realiza un comportamiento típicamente antijurídico, pero no "culpable", si desconocía los fines delictivos de la asociación como consecuencia de un error "esencial" e "invencible"; pero, si "conoció" los fi-

nes ilícitos de la asociación, su comportamiento se-
rá "doloso", aunque no los hiciera suyos, ni los apro-
bara o consintiera: basta con que tomara parte en la a-
sociación, voluntariamente, a sabiendas de que ésta -
tenía por objeto cometer algún delito. El elemento "vo-
litivo" del dolo recae sobre el comportamiento típico,
que es el "participar", "dirigir", "fundar", "presi-
dir"... una asociación "que tiene por objeto cometer-
algún delito"; del mismo modo que la realización del-
programa delictivo de la asociación es ajena al "tipo",
el "dolo" no ha de abarcar los hechos criminales que-
aquella planea.

B).- Doctrina jurisprudencial

El problema se planteó en la sentencia de 16 de-
Diciembre de 1971 (2), a propósito de las asociaciones,
ilícitas previstas en el párrafo tercero del artículo=
174.1º; argumentaban los recurrentes que el fallo con-
denatorio del tribunal "a quo" no era ajustado a Dere-
cho, por no constar respecto a los encartados "propósi-
tos individualizados y personales de subversión o des-
trucción"; el Tribunal Supremo, sin embargo, confirmó-
el fallo recurrido estimando -a mi juicio acertadamen-
te- que "basta el mero carácter de participante en la-
asociación y que ésta deba reputarse ilícita de acuer-
do con las previsiones contenidas en el C.P., puesto ==
que el texto legal refiere la finalidad u objeto de ==
subversión violenta o destrucción a la asociación, y -
no en concreto a todos y cada uno de los miembros, bas-
tando la adscripción a alguna de esas entidades con co-
nocimiento de sus fines, para que cuadre el precepto ==
sancionador..." (3).

C).- Asociación criminal y conspiración para delinquir.

Este peculiar contenido del "dolo" en los delitos de asociaciones ilícitas -se podría hablar de un colo "cortado", en el sentido de que se recorta al máximo el objeto del elemento volitivo del mismo- permite distinguir el comportamiento doloso del "mero partícipe", o del "fundador", "director, o "presidente" de tales asociaciones, del comportamiento doloso del "conspirador"; éste se concierta "para" ejecutar un delito- y que, además, "resuelva" ejecutarlo. El "mero individuo", sin embargo, actúa "dolosamente" por el hecho de "participar" en la asociación, sabiendo que ésta tiene por objeto cometer algún delito: aunque no se asocie "para" delinquir, ni apruebe, consienta, o quiera "ejecutar" los hechos criminales que contempla el programa de la asociación; la "finalidad" de delinquir es un "elemento objetivo" del tipo, pero hace referencia exclusivamente a la "asociación"; el mero individuo actúa dolosamente si "sabe" que la asociación persigue tales fines- y, no obstante, quiere participar y participa en la misma (4).

D).- Otros sistemas legales

1).- La fórmula del C.P. alemán

El problema examinado se plantea en términos semejantes en el ordenamiento alemán, con dos solas variantes: en el C.P. alemán, una asociación se reputa ilícita no solo por su "objeto" sino también por su "actividad"; por otra parte, no es necesario que persiga la

comisión de "delitos" en sentido estricto, bastando con que se trate de "acciones punibles". (5). Consecuentemente, se afirma que el "dolo" comprende la "punibilidad de los objetivos o de la actividad de la asociación" (6); la doctrina y la jurisprudencia alemanas, por lo demás, mantienen la tesis antes expuesta con relación al contenido del elemento volitivo - del dolo: conociendo el asociado los fines ilícitos - de la asociación, actúa "dolosamente" si se afilió a la misma, sin que importe en absoluto si aprobó o no aprobó los citados fines criminales, las aspiraciones actividades y métodos de trabajo o lucha de la asociación (7), cuestiones todas ellas que carecen de relevancia (8): como tampoco, si los planes criminales existían desde el momento de la fundación de la asociación o se perfilan en un momento posterior, siempre - que esto fuera conocido por el socio (9). No comparto, sin embargo, la tesis de un sector de la doctrina jurisprudencial alemana, según la cual: "el mero individuo" "debe saber que las acciones punibles se cometen precisamente durante su actuación como socio, contando con el querer de los órganos directivos de la asociación" (10) ya que la punibilidad solo puede fundamentarse "si los miembros de la asociación se hacen culpables de hechos criminales concretos, con arreglo al programa trazado y a la voluntad de los funcionarios responsables de la asociación" (11). Esta interpretación "restrictiva" solo se justifica en el derecho alemán donde la asociación puede ser ilícita también por su "actividad" aunque no lo fuera su "objeto": pero no en el derecho español. La jurisprudencia=

alemana trata de evitar, con esta tesis, que unos - comportamientos delictivos de miembros de una asociación, extralimitándose de los fines y objetos de ésta, puedan afectar a los restantes miembros de la asociación que forman parte de una entidad de "objeto" lícito. En el C.P. español la solución debe ser diferente. La "actividad" delictiva de los órganos sociales es ajena al "tipo", y carece de relevancia siempre que no implique una novación o modificación del "objeto" social, en cuyo caso realizarían un comportamiento típicamente antijurídico y doloso los miembros de la asociación conocedores de dicho cambio de los fines sociales, desde que éste se produjo; pero si la asociación persigue fines lícitos -aunque hayan extralimitaciones delictivas de miembros de la misma- los demás afiliados no realizan siquiera el comportamiento típico, como no lo realizan tampoco los socios que delinquen, ya que la asociación no es una asociación ilícita por su objeto: se trata de un problema - por lo tanto, de "tipicidad", y no de "culpabilidad". Por otra parte, -y contra la que mantiene el sector jurisprudencial comentado- lo que se reprocha con los delitos de asociaciones ilícitas no es la participación real o presunta del socio en los delitos que pueden producirse como consecuencia de la puesta en práctica del programa criminal de la asociación, sino la participación en ésta, la participación en la empresa criminal. Lo demás es irrelevante interesa solo al "concurso de delitos".

2).- El sistema del C.P. italiano

La tesis que propugno cuenta con una justificada y casi unánime oposición en la doctrina italiana, en la que se mantiene que los delitos de asociaciones i-

lícitas exigen un especial "ánimo" en el afiliado -- (el ánimo o propósito de delinquir), configurado éste como "dolo específico" o como "elemento subjetivo" del injusto, según unos u otros autores (12). Se parte, con Manzini (13) de la distinción entre un dolo genérico y de un dolo específico en los delitos de asociaciones ilícitas, para afirmar la necesaria concurrencia de este último: no basta -- advierte el autor citado -- "la voluntad consciente y libre, y la intención de asociarse, sino también el objeto (dolo específico) de asociarse para cometer delitos"; o, como añade Monteleone (14): "para comprobar si se ha actuado dolosamente es necesario constatar si, además del dolo genérico, concurre aquel fin específico criminal, el asociarse para delinquir"; esto, es, un "dolo específico" (15).

Lo más significativo en la doctrina italiana es, sin embargo, el alcance y valor de este "dolo específico" en la estructura del delito de asociación ilícita. Para Manzini, por ejemplo, la finalidad de delinquir que exige el artículo 416 no interesa solo al "dolo" de quienes se asocian, sino que caracteriza la "propia materialidad de la asociación, a modo de dirección objetiva del hecho colectivo" (16). Para otros autores, por el contrario, dicha finalidad no hace referencia al objetivo a que se dirige la asociación, una vez constituida, sino también, y sobre todo, al elemento final, al objeto de delinquir de quienes se asocian (17); de tal modo que se atribuye a ese elemento intencional una doble función: como dato esencial e inherente a la organización criminal, y como

característica del dolo, que cualifica las singulares conductas de participación en aquella (18). A mi juicio, la finalidad de delinquir va referida, en el artículo 416 del Codice Penale, a los socios, y no a la asociación: es un elemento subjetivo del injusto; pero de ello se desprendería una consecuencia inevitable: afiliarse a una asociación lícita, fundarla, dirigirla u organizarla, "con el objeto de cometer delitos" sería un comportamiento típicamente antijurídico. Para evitarlo, la doctrina se vé obligada a atribuir entonces a dicho objeto de delinquir un doble valor, refiriéndolo simultáneamente a la asociación y a los afiliados: como "finalidad objetiva" de la asociación, y como "dolo específico", referido a sus miembros (19).

En el derecho español, como en el alemán (20) - tal construcción no es viable (21): la antijuricidad se configura prescindiendo de toda referencia subjetiva y el objeto de delinquir no es otro que el programa de la asociación, independiente de los propósitos o móviles de sus miembros, fundadores, presidentes o directores (22). Actúa dolosamente, con arreglo a nuestro derecho, quien "funda", "dirige", "preside" o "forma parte de una asociación", sabiendo que ésta tiene por objeto cometer algún delito, y que, por lo tanto, = su conducta es antijurídica. Contra lo que algún autor italiano advierte, no se trata de una "presunción de dolo" (23), sino del peculiar contenido de éste en unos delitos de estructura "sui generis".

III.- La exclusión de la "forma culposa" en los delitos de asociaciones ilícitas.

A).- El particular planteamiento del problema en la doctrina alemana e italiana.

Es doctrina unánime, en el derecho alemán y en el italiano, que la asociación para delinquir no admite la forma "culposa": solo "dolosamente" se puede "fundar", "favorecer", "participar" como socio, en una asociación cuyo objeto o actividad son delictivos (24), aunque baste con el "dolo eventual" (25); "en la medida en que el autor no haya sido consciente -como consecuencia de un error de prohibición- de que los objetivos o actividad de la asociación constituyen acciones punibles, queda excluido el "dolo" -se afirma (26)-, y no siendo punible la realización culposa del tipo, que daría entonces, impune, aunque su error fuera culpable (27). Esta tesis, sin embargo, no puede trasplantarse, sin más, al derecho español, porque tanto en el C.P. alemán como en el italiano la incriminación "culposa" tienen una significación particular: no es punible más que si el legislador lo hace constar expresamente, a propósito de cada figura delictiva en concreto; es decir, la no configuración de la forma "culposa" no deriva de la estructura del tipo o tipos de la asociación para delinquir -tema que no se aborda- sino de la falta, a propósito de los mismos, de un precepto que la incrimina de manera específica, como es obligado en el derecho italiano y en el alemán (28).

Por otra parte, la doctrina italiana no se plantea, en rigor, si es posible -o no- "fundar", "orga-

nizar" o "participar" culposamente en una asociación ilícita, sino si una asociación puede tener por objeto la comisión de delitos "culposos"; es decir, si - en el término "più delitti" del artículo 416 se deben entender comprendidos también los delitos "culposos", cuestión que realmente solo interesa a la "tipicidad" (interpretación del alcance de un elemento "valorativo" del tipo), y no a la "culpabilidad". Evidentemente, aún admitiendo -como hace la doctrina italiana- que la asociación ha de tener por objeto -delitos dolosos, siempre cabría plantear una cuestión posterior: ¿cabe participar "culposamente" en una asociación que tiene por objeto cometer delitos "dolosos"? (29). El tema no se aborda por dos razones apuntadas: porque la incriminación "culposa" es excepcional en el derecho italiano, faltando en el artículo 416 la obligada referencia a la misma; y, porque el artículo 416 configura un "elemento subjetivo del injusto" -dolo específico, según la doctrina italiana- que resulta incompatible con la forma culposa.

B).- Sistema español

Aunque, en nuestro Código, la incriminación "culposa" se configura con arreglo al sistema de las "cláusulas generales" ("no crimen culpae", sino "criminae culposae"), y a pesar de que los delitos de "asociaciones ilícitas" no contienen "elementos subjetivos del injusto", entiendo que no debe admitirse -la posibilidad legal de "fundar", "presidir", "dirigir" o "participar" en una asociación ilícita "imprudentemente".

Como a propósito de otros problemas, procedo al exámen del mismo en cada uno de los tipos por separado.

a).- La "fundación", "dirección" y "presidencia" de una asociación que tiene por objeto cometer algún delito, comportamientos necesariamente "dolosos".

Descarto la posibilidad de una realización "culposa", respecto a los tipos penales parcialmente descritos en el nº 1º del artículo 174: solo "dolosamente" puede responderse por la "fundación", "dirección" o "presidencia" de una asociación que tiene por objeto cometer algún delito. En consecuencia, no cabe configurar en cuanto a los mencionados comportamientos un error esencial pero vencible, que excluya el dolo pero deje subsistente la responsabilidad penal a título de "culpa". La comisión culposa no es punible.

Las actividades "fundacionales", de "dirección" o "presidencia" son necesariamente "dolosas". Se trata, en definitiva, de tipos penales en los que la propia "naturaleza de la acción" (30) exige el "dolo": "re ipsa in se dolus habet". Con esto, no me refiero a una supuesta presunción de dolo (31), como entiende algún autor italiano (32), al criticar el contenido del "elemento intencional" del delito en los tipos de "mera actividad". No es ésta la cuestión, ya que "fundar" una asociación que tiene por objeto cometer algún delito, es un delito de "resultado". Me limito a constatar cómo, incluso desde el esquema causalista

algunos tipos, por su configuración y estructura, - no admiten la forma culposa, aunque ésta no haya sido singular y expresamente excluida por el legislador a propósito de los mismos. La particular amplitud de la incriminación culposa en nuestro Derecho y la ausencia de un elemento subjetivo del injusto en los delitos de asociación ilícita ahora examinados, no son obstáculos insalvables para descartar, por vía de interpretación, aquella. En el tráfico jurídico "lícito", las actividades "fundacionales", de "dirección" o "presidencia" son claramente "intencionales". No se concibe "fundar" o "dirigir", por ejemplo, una asociación o persona jurídica de manera involuntaria, sin pleno conocimiento y aceptación de tales cometidos. "Fundar" una asociación desplegar una labor creadora, de iniciativa y coordinación de esfuerzos, para llevar a la realidad y plasmar una serie de objetivos previamente trazados. La función "directiva" implica igualmente la remodelación de la realidad dada para ajustarla a unos planes y fines, el impulso, el control sobre la marcha de las actividades sociales etc. Lo mismo puede decirse de la "presidencia": no de la presidencia de un "acto concreto" o de una "sesión", sino de la persona jurídica.

No puede ser otra la interpretación de los términos "fundador" "director" y "presidente" en el tráfico jurídico ilícito, porque la estructura de estos comportamientos es idéntica, como lo es su significado, en las asociaciones constituidas con arreglo a Derecho y en las que persiguen fines delictivos: de hecho, esta identidad esencial es la que ha permiti-

do al legislador utilizar los conceptos de "funda-
dor", "director" y "presidente" sin necesidad de pre-
cisar el alcance y sentido de los mismos, ya acuñado
en el tráfico jurídico lícito, y tácitamente incorpo-
rado a los respectivos tipos penales.

b).- El favorecimiento a la "fundación", -
"organización" o "actividad" de una a
sociación ilícita (33).

A una misma conclusión llego respecto a los ti-
pos comprendidos en el nº 2º del artículo 174: solo es
punible la forma "dolosa".

No cabe duda que "culposamente" se puede favore-
cer la "fundación", "organización" o "actividad" de -
una asociación ilícita: culposamente, e incluso sin -
mediar culpa alguna. Sin embargo, el carácter "acceso-
rio" de los comportamientos que se describen en el nú-
mero 2º del artículo 174, con relación a los previstos
en el nº 1º del artículo 174, y una simple comparación
de las penas respectivamente señaladas para unos y o-
tros, impone la exclusión de la forma "culposa" a pro-
pósito de las conductas de "favorecimiento" a que me -
refiero.

En efecto, éstas últimas tienen señaladas unas pe-
nas en principio idénticas a las de los "fundadores",
"presidentes" y "directores" de las asociaciones ilícitas,
y, en su caso, más graves. Sin embargo, son com-
portamientos accesorios: quien "favorece la fundación"
de una asociación ilícita, por ejemplo, realiza una -
conducta subordinada a la del "fundador", no es un "fun-
dador", sino un "favorecedor" a la "fundación". Lo lógi-

co, por lo tanto, es que si la conducta del "fundador" ha de ser "dolosa", haya de serlo también la de quien coopera a la "fundación", dado el carácter accesorio de la misma, y especialmente cuando el Código permite que se le lleguen a imponer penas incluso superiores a las previstas para el propio "fundador".

La solución creo no puede ser otra incluso en aquellos casos en los que le viene impuesto al sujeto activo, por razón de su cargo, profesión u oficio, un deber jurídico que le exige una especial diligencia. Dicho deber jurídico puede fundamentar una responsabilidad penal o administrativa por otros conceptos, pero no puede modificar la naturaleza y estructura de la incriminación contenida en el nº 2º del artículo 174, que es claramente la dolosa (34).

c).- El "mero individuo" de una asociación que tiene por objeto cometer algún delito.

A mi juicio, debe quedar también impune la eventual participación culposa en una asociación que tiene por objeto cometer algún delito. Nuestro Código, como dije, distingue claramente tres formas de participación en la empresa criminal, tomando como criterio para establecer las correspondientes penas, la significación y gravedad objetiva de las mismas: los fundadores, directores y presidentes, por una parte, los que favorecen la fundación, organización y actividad de las asociaciones, por otra, y finalmente, los "meros individuos".== Estos últimos, según se desprende de la simple comparación de las penas, son los que aportan a la empresa ==

criminal una contribución menos relevante. No parece lógico, entonces, que se exija el "dolo" a los comportamientos cualificados de "fundadores", "directores", "presidentes" y "favorecedores" -que son los comportamientos más relevantes, de mayor entidad- y -que baste, sin embargo, la "culpa" en los que carecen de aquella trascendencia. La forma "culposa", en definitiva, conduce a una protección más rigurosa del bien jurídico. Sería contradictorio renunciar a la misma respecto a los comportamientos que entrañan objetivamente una amenaza más seria para aquel, y sancionarla con relación a conductas que, según el propio legislador, son menos peligrosas para el objeto de la tutela penal.

A esto debe añadirse que la conducta típica del "mero individuo" es semejante a la de un "partícipe", y que según la doctrina dominante, la "participación" es fundamentalmente un acto "doloso" (35).

En todo caso, y sin perjuicio de lo dicho, el problema de la forma "culposa" de este "tipo" no es otro que el de la "imprudencia temeraria" (36) o el de la imprudencia simple con infracción de reglamentos, pues no siendo la asociación para delinquir un delito contra "personas y propiedades" (37), ni de "resultado" (38), queda excluida de antemano la posibilidad de configurar la mera imprudencia o negligencia. Es más, en el caso del "mero individuo", la admisión de la forma culposa se planteó siempre en el marco anómalo de los párrafos tercero -o último- del artículo 565 (39), dado que el nº 4º del artículo 175

señala al "mero individuo" la pena de arresto mayor pena ésta del delito "doloso" que es inferior a la prevista para la "imprudencia temeraria" e igual a la de la "imprudencia simple con infracción de reglamentos": se tratará siempre de la pena de multa de 10.000 a 100.000 pesetas, sin que pueda ya distinguirse entre imprudencia temeraria o simple con infracción de reglamentos.

Por las razones antes indicadas, entiendo que solo es punible la forma "dolosa".

IV.- El error (40) :

A).- Consideraciones previas

La particularidad fundamental del "error" en los delitos de asociaciones ilícitas deriva de la ya comentada exclusión de la forma culposa. Como es sabido, el error esencial, pero vencible -sea error sobre el tipo o error de prohibición- excluye el dolo, aunque no la culpa, pues la vencibilidad del error revela ya una falta de la diligencia debida (41). En los delitos de asociaciones ilícitas no es punible la forma culposa; en consecuencia, el error "esencial" -vencible o invencible- excluirá la "culpabilidad" al excluir el "dolo".

El problema se ciñe a precisar cuando estamos en presencia de un error esencial, lo que obliga a distinguir una serie de hipótesis:

B).- Hipótesis de error y relevancia de éste.

a).- Error sobre el propio hecho de la existencia de una "asociación", en la que se participa o a la que se favorece.

Sería el caso, por ejemplo, de quien cree equivocadamente que toma parte en una tertulia de amigos, al asistir a sus periódicas reuniones o contribuir a ciertos gastos, cuando, en realidad, se trata de una auténtica asociación criminal; podría ser, también, el caso de quien cede locales de su propiedad para aquellos se reúnan, ignorando que sirven de sede social a la citada asociación ilícita.

Todos estos son supuestos de error "esencial", ya que éste recae sobre un elemento esencial del delito: la existencia de una "asociación". Es irrelevante si dicho error es vencible o invencible: tratándose de un error "esencial", excluye el "dolo", y, por lo tanto, también la "culpabilidad", dado que estos delitos no admiten la forma culposa (42).

b).- Error sobre el "objeto" de la asociación (43)

Cabe distinguir, a su vez, a pluralidad de supuestos:

1).- El sujeto cree, erróneamente, que la asociación persigue fines "lícitos"; es decir, cree -- que la asociación tiene por objeto una actividad y metas ajustadas a derecho, cuando, en realidad, son delictivas.

En la literatura italiana, el problema se ha planteado en torno a la llamada asociación "goliárdica" (44): grupos de estudiantes que durante el Carna-

val sustraen cosas, con intención de devolverlas a sus dueños pasado el mismo. La doctrina se plantea el problema de quien participa en una de estas agrupaciones creyendo, por error, que se trata de una tal asociación "goliárdica", cuando de hecho se trataba de una auténtica asociación ilícita, que tenía por objeto cometer delitos contra la propiedad; y no se duda en calificar dicho error de "esencial" (45), opinión que comparto, porque incide en un elemento básico del "tipo": los fines criminales de la asociación, que son los que convierten a ésta en una asociación "ilícita".

Un error de esta naturaleza, por lo tanto, excluye el "dolo", y al no ser posible la comisión "culposa", determina la impunidad.

2).- Distinto es el caso del error respecto a la clase, número o entidad de los delitos programados por la asociación. Se trata ahora, de quien participa, dirige, favorece...una asociación, sabiendo que ésta es ilícita, pero creyendo que lo es porque tiene por objeto cometer ciertos delitos, determinado número de ellos, o hechos criminales de mayor o menor entidad, siendo así que la asociación es ilícita, pero porque tiene por objeto cometer otros delitos distintos de los erróneamente imaginados, delitos más o menos graves, distinto número de ellos, etc. (46).

En principio, este error es un error "accidental" (47), si bien deben distinguirse una serie de supuestos:

a).- Error sobre el número de delitos que per sigue cometer la asociación. Dicho error carece de relevancia, porque si la asociación tiene por obje to cometer delitos, no importa ya cuantos sean éstos: quien toma parte en la asociación realiza un com-== portamiento típicamente antijurídico y "doloso", aun que sufra un error respecto al número de hechos cri minales proyectados por aquella. No es un elemento= esencial del tipo, y, por lo tanto, no puede dar lu gar a un error "esencial". No puede olvidarse que,= en definitiva, el afiliado no responde criminalmen te (art. 175.4º) por su supuesta participación en - un determinado número de delitos, sino por tomar -= parte en la asociación criminal, y ésta lo es si -= tiene por objeto cometer "algún delito".

b).- Error sobre la "gravedad" de los hechos -= criminales proyectados: el caso, por ejemplo, de -= quien cree erróneamente que la asociación de la que forma parte tiene por objeto cometer "faltas" con-= tra la propiedad, cuando dicha asociación, en reali dad, tiene por objeto cometer "delitos"; o el de -= quien se afilia a una asociación creyendo, por e== rror, que persigue cometer "delitos" contra la pro piedad de escasa cuantía, cuando la realidad es que la mencionada asociación persigue un vasto plan de grandes dimensiones y trascendencia, aún tratándose de delitos de la misma especie. Este error es, igual mente, un error no "esencial" porque incide sobre e lementos no decisivos del tipo. Tan ilícita es la a sociación que tiene por objeto cometer "faltas" como la que tiene por objeto cometer "delitos" contra la propiedad. El "quantum" de delito o delitos proyec==

tados no afecta en absoluto al comportamiento típico ni a la pena: la misma recibe el "mero individuo" de una y otra asociación. Estos supuestos= de error, además, son especialmente frecuentes en tipos como el de la asociación ilícita, en los -- que basta con la mera "adhesión" a la empresa criminal, cuyo programa se encuentra -en el momento= de la "afiliación"- relativamente "indeterminado"; pero dicho error es irrelevante, subsistiendo la= responsabilidad dolosa (48).

c).- Error sobre la "clase" de delitos que= persigue cometer la asociación.

No cabe ofrecer una solución unitaria a todas las hipótesis imaginables.

Un primer grupo de casos se podría formular así: el sujeto cree erróneamente que la asociación tiene por objeto cometer una serie más o menos determinada de delitos (contra la propiedad, por ejemplo), ignorando que, además, la asociación persigue la comisión de otros delitos (contra la "integridad física", "vida", etc). Este error, a mi juicio, carece también de relevancia penal y deja= a salvo la responsabilidad "dolosa", incluso en el supuesto de que los delitos programados por la a= asociación y conocidos por el afiliado desempeñen - un papel secundario en el programa social. Estos - objetivos de segundo orden hubieran bastado para - calificar de "ilícita" la asociación, y eran conocidos y queridos por el afiliado, por lo que el -= comportamiento de éste es típicamente antijurídico y doloso: la asociación tenía por objeto cometer "al

gún delito" (49).

Más complejo es el caso si no existe coincidencia parcial entre los fines delictivos conocidos por el afiliado y los reales de la asociación, o cuando los de ésta son absolutamente distintos. Lo primero sucede, por ejemplo, cuando el sujeto cree por error que la asociación tiene por objeto cometer "hurto", cuando la asociación persigue cometer delitos de "robo". ¿Puede entenderse que dicho error es un error "esencial"? A mi juicio, no aunque dé lugar a un cambio de imputación, de figura delictiva. (50). Es un error "accidental" que deja a salvo la responsabilidad "dolosa" como antes apunté, la particular estructura del delito de asociación ilícita (basta el mero hecho de formar parte de una organización cuyo programa contempla una pluralidad de hechos criminales aún no determinados) propicia todas estas hipótesis, en las que normalmente se dará, al menos, el dolo "eventual", careciendo de relevancia el error: la calificación de los delitos programados como "hurto" o "robo", por otra parte, exige una valoración de los "medios" de ejecución, lo que solo es posible en un momento posterior al de la consumación del tipo de la asociación para delinquir, pues a éste solo interesa la calificación de los hechos abstractos en "programa". El bien jurídico protegido ofrece un argumento más en favor de la tesis que sustento, pues parece evidente que quien participa en una asociación que tiene por objeto cometer el delito de "robo", creyendo por error que perseguía cometer delitos de "hurto", lesiona

"dolosamente", a pesar de este error, el bien -- jurídico "seguridad del Estado", sin que desempeña un papel decisivo el cambio del título de imputación o de figura de delito: la asociación es en ambos casos ilícita, y el sujeto lo sabía cuando se integró en la misma. No creo que tenga sentido en estos casos plantear el problema de la eventual procedencia de los artículos 19.3 y 50 -- del C.P. por dos razones: porque este precepto queda reservado a los delitos de "resultado" (51), y porque, dada la estructura del tipo, es irrelevante -a efectos de la pena aplicable- cual sea el delito proyectado y cual el realmente ejecutado - (52).

Solo en un grupo de casos, entiendo que la falta de coincidencia entre los fines reales de la asociación y los erróneamente imaginados por el sujeto puede dar lugar a un error esencial, -- con todas sus consecuencias: cuando el conocimiento exacto de los primeros hubieran determinado inequívocamente la no afiliación, esto es, cuando conste que si el sujeto se incorporó a la asociación era porque ésta tenía por objeto la comisión de delitos de determinada especie (solo delitos contra la honestidad, o contra la propiedad), de modo que, en otro caso, no se hubiera adherido a la misma (53). Descartada la posibilidad de una comisión "culposa" por las razones antes indicadas, un error de esta naturaleza, aunque fuera "vencible", determinaría la ausencia de responsabilidad criminal (54).

c).- Carece de relevancia, sin embargo, el error -por así decirlo- sobre el curso causal; esto es: la falsa representación por el sujeto de los delitos posteriormente ejecutados por la asociación criminal. Conocido el "objeto" delictivo de ésta, actúa "dolosamente" quien se afilia a la misma, sin que importe la eventual discordancia entre los fines de la asociación y los hechos criminales después ejecutados. El "dolo" exige el "conocimiento" de los fines de la asociación, de su objeto, y la pertenencia voluntaria a la misma. El asociado responde por formar parte de una asociación que "tiene por objeto cometer algún delito", pero no por su supuesta participación -real o presunta- en la puesta en práctica del programa delictivo de aquella. La ejecución o no ejecución de los delitos "programados" es ajeno al tipo, y, por lo tanto, un error sobre este extremo es puramente "accidental": no incide en el "objeto" y "fines" de la asociación.

d).- Como hipótesis, por último, cabe admitir la posibilidad de un error (esencial) sobre la antijuricidad: el afiliado, por ejemplo, conoce los fines reales de la asociación -fines contrarios a la norma penal- pero cree erróneamente que no son contrarios a derecho, o que concurre en el mismo una causa de justificación (55). Se trata, entonces, de un error "esencial", y, dado que no es admisible -en estos delitos la forma "culposa", determinará la impunidad al excluir el "dolo" (56).

NOTAS AL CAPITULO V

- 1.- La "imputabilidad" no plantea ninguna problemática específica en los delitos de asociaciones ilícitas de nuestro Código, y por eso, no me referiré a ella.

Otra cosa sucede, por ejemplo, en el ordenamiento italiano, porque el Código Penale exige una pluralidad de sujetos activos que han de intervenir, precisamente con el ánimo de delinquir: han de asociarse "para cometer algún delito o delitos". Solo entonces cabe plantear -como hace la doctrina italiana- lo que sucede si alguno de estos sujetos es un inimputable. Sobre el problema, vid: Patalano, l'associazione per delinquere, cit., pág. 61 y ss.

- 2.- Aranzadi, nº 5473.
- 3.- Aunque el recurso contempló exclusivamente el supuesto de las asociaciones a que se refiere el párrafo tercero del artículo 174.1º -y no las del nº 2º del artículo 172- creo que tanto la tesis del Tribunal Supremo como su argumentación, son perfectamente aplicables a estas últimas. En ningún caso nuestro Código ha configurado un elemento subjetivo del injusto, sino que ha referido claramente el objeto o finalidad de delinquir a la asociación, y no a sus miembros.
- 4.- Lo que "quiere" el conspirador, por lo tanto, es "ejecutar" los delitos objeto del concierto; lo que debe "querer" el mero individuo de una asociación, es "participar" en la misma, sabiendo que tiene por objeto cometer algún delito, que es ilícita: pero no es necesario que "quiera" cometer los "delitos" contemplados en el programa de la asociación.
- 5.- Esta peculiar configuración de alguno de los elementos del tipo en el C.P. alemán, en cuanto que han de ser captados por el dolo y son presu^upuestos y objeto de éste, determinan, naturalmente, su contenido. Por lo demás, el problema se plantea en los mismos términos que en el ordenamiento español.

- 6.- Lackner-Maasen., Strafgesetzbuch mit Erläuterungen., cit. pág. 338; otros autores, insisten más en la ilicitud del "programa" que en la de la "actividad" social: vid, Dreher, Strafgesetzbuch, cit, pág. 601.
- 7.- "Hat der Täter die Tatbestandsmerkmale der Vorschriften in seine Vorstellung und seinen Willen aufgenommen, so kommt es für die Schuld nicht darauf an, ob er in übrigen die Ziele, Bestrebungen, Aufgaben oder die Arbeits- und Kampfmittel der Verbindung billigte oder nicht". Apud, Olshausen, Kommentar zum Strafgesetzbuch für das deutsche Reich. cit., pág. 567.
- 8.- Schönke-Schröder, Kommentar, cit., pág. 856.
- 9.- Lüttger, Ist 90 a Abs. 3 StGB verfassungswidrig? GA., 1958, pág. 183.
- 10.- En este sentido, vid: 6StR 92/55, de 7 de Marzo de 1956, apud Pfeifer, Kommentar anhand der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes., cit., pág. 347.
- 11.- 3StR 17/61, de 5 de Julio de 1961, Apud, Pfeifer..., obra y página citados.
- 12.- Sobre el contenido del dolo en los delitos de asociaciones ilícitas, vid: Manzini, Trattato., cit., VI., pág. 183; Maggiore., Diritto Penale, cit, II., I, pág. 363; Vannini, Manuale., cit., pág. 144; Monteleone, Natura e limite dell'associazione a delinquere, cit., pág. 435 y 436; Ranieri, Manuale di Diritto Penale., cit., II., pág. 494; Santoro., Manuale., cit. III., pág. 197 y 199; Costa, Associazione per delinquere., cit., pág. 1034; Boscarelli, L'associazione per delinquere, cit. pág. 869., nota 20; Zerboglio., Trattato..., cit, pág. 71; Santaniello., Manuale di diritto penale., cit., pág. 367; Patalano, L'associazione per delinquere., cit., págs. 79 y 98.
- 13.- Trattato., cit., VI., pág. 195 y ss.
- 14.- Natura e limite dell'associazione a delinquere., cit., Giustizia Penale, 1955, II., pág. 435.

- 15.- En este sentido, Antolisei., Manuale di Diritto penale, II., pág. 631.
- 16.- Op., cit., pág. 183.
- 17.- En este sentido, Patalano, L'associazione per delinquere., cit., pág. 213.
- 18.- Patalano, op. cit., pág. 198.
- 19.- Las formulaciones de los diversos autores varían en el momento de precisar la prelación de estas dos finalidades que se asignan al "objeto de cometer delitos" en la estructura del tipo. Para Manzini, dicha "finalidad de delinquir" hace referencia no solo al "dolo" de quienes se asocian sino que "caracteriza la propia materialidad de la asociación" en cuanto dirección objetiva del hecho colectivo" (Trattato., cit. VI., pág. 183); Según Patalano, sin embargo, aquella no significa tanto el objetivo al que se dirige la actividad social, como el ánimo específico que debe inspirar el comportamiento de quienes se asocian (L'associazione per delinquere., cit., pág. 213).
- 20.- Ningún autor alemán me consta haya mantenido que la finalidad de delinquir haya de ir referida a los miembros de la asociación, a modo de elemento subjetivo del injusto. La letra -y la sintaxis- del parágrafo 129 del StGB no ofrece lugar a dudas.
- 21.- En sentido contrario, Polaino Navarrete: Los elementos subjetivos del injusto en el Código Penal español., cit., páginas 311 y 312.
- 22.- Esto no quiere decir que el "dolo" se presuma -- por el mero hecho de participar en la asociación; es decir, que el afiliarse a una asociación que tenga por objeto cometer determinados delitos -- sustituya o equivalga a la voluntad de cometerlos, según entiende la sentencia de 16 de Diciembre de 1971 del Tribunal Supremo español, ya comentada. == A mi juicio, lo que sucede es que carece de relevancia el que el afiliado quiera o no quiera cometerlos, porque el dolo no ha de comprender este -

extremo, sino simplemente la acción de participar en una asociación que persigue la comisión de hechos delictivos. La "afiliación" no puede acreditar, por otra parte, más que la voluntad de participar en la asociación ilícita, y la identificación genérica con sus fines abstractos, lo que no podría suplir ni homologar la voluntad concreta y aceptación por el socio de la comisión de determinados hechos criminales, no determinados aún en el momento de la afiliación. Estos quedan fuera del tipo y, por lo tanto, no pueden tampoco ser objeto del dolo.

- 23.- Según Paralano (L'associazione per delinquere., = cit., pág. 217 y 218), no puede admitirse que el "dolo", en la asociación para delinquir, surja "ex re ipsa", por el mero hecho de haber querido participar en aquella, conociendo sus fines; para el autor, se identificarían, entonces, indebidamente el elemento psicológico del delito y la simple voluntad de participar en la asociación -- presumiéndose de antemano la existencia de aquel, y siendo imposible de determinar su "objeto" y "límites".

La objeción no es otra que la que ya formulara Bricola, con carácter general, para los llamados "delitos formales", en los que según el mencionado autor "la identificación de la voluntad del hecho con la voluntad de la conducta... conduce erróneamente a la configuración de un elemento psíquico inmanente en la última, y, por ello, prácticamente presunto" (Dolus in re ipsa - Osservazioni in tema di oggetto e di accertamento del dolo. 1960., pág. 83).

- 24.- Por todos, en la literatura alemana: Wagner, Aus der Rechtsprechung in Staatsschutzverfahren, GA - 1963., pág. 236, Nr. 2 y 3.
- 25.- En este sentido: Pfeifer, Kommentar... cit., pág. 347; Dreher, Strafgesetzbuch..., cit., pág. 601; Wagner, Aus der Rechtsprechung..., cit., pág. 236; Lackner-Maassen, Strafgesetzbuch... cit., pág. 338; Leipziger Kommentar, cit., pág. 127, etc.

- 26.- "Nimmt ein Mitglied einer Vereinigung im Sinne des 129 StGB auf Grund eines Verbotsirrtums an, dass die strafbaren Handlungen, auf deren Begehung die Tätigkeit der Vereinigung gerichtet ist, erlaubt seien, so fehlt es für das Vergehen gegen 129 am Vorsatz" (BGH 27.IX.1956 - 6 - StR 23/56).

Véase la misma doctrina, apud Pfeifer, op.cit. pág. 347; Lackner-Maasen, op.cit. pág. 338.

Es doctrina jurisprudencial, igualmente, que falta el dolo cuando el sujeto atribuye a "abusos" y "excesos" de la propaganda la campaña de difamación planificada, en realidad, por la asociación. (OLG Celle 10.IV. 1959- OJs 4/52).

- 27.- Leipziger Kommentar, cit., pág. 127, nº 17: "Erkennt der Täter nicht, dass die in Betracht kommenden Handlungen strafwürdiges Unrecht sind, so befindet er sich im Verbotsirrtum und bleibt straflos, auch wenn der Irrtum y verschuldet ist, da fahrlässige Verwirklichung des Tatbestandes nicht unter Strafe gestellt ist".

- 28.- Según el párrafo segundo del artículo 42 del Codice Penale: "Nessuno può essere punito per un fatto preveduto dalla legge come delitto, se non l'ha commesso con dolo, salvi i casi di delitto preterintenzionale o culposo espressamente preveduti dalla legge".

Para el ordenamiento alemán, vid: Jescheck, Lehrbuch...cit., pág. 429.

- 29.- Es doctrina unánime en la literatura italiana que la asociación ha de tener por objeto la comisión de delitos "dolosos": Costa, Associazione per delinquere, cit., pág. 1034; Manzini, Trattato, cit, pág. 188; VI; Patalano, l'associazione per delinquere, cit., pág. 100; Santoro, Manuale cit., pág. 199; Vannini, Manuale...cit., pág. 143; Ranieri, Manuale...citII., pág. 493; Boscarelli, l'associazione per delinquere, cit., pág. 870.

Patalano argumenta del siguiente modo: "no son punibles las asociaciones que se propongan la comisión de delitos culposos, por la imposibilidad lógica de programar delitos que no pueden formar parte de un plan criminal preestablecido, dado el-

elemento psicológico que les caracteriza" (op.=
cit.,pág. 100).

- 30.- Rodríguez-Devesa, Derecho Penal Español,cit.,P.
G.,pág. 409.
- 31.- Vid, Rodríguez-Devesa, op.cit.,pág. 409, nota 63
- 32.- Vid.,supra, pág. 8 y nota 23.
- 33.- Me refiero, a continuación, al "favorecimiento"=
a la fundación, actividad u organización de una=
asociación ilícita, sin perjuicio de lo expuesto
en su lugar respecto a la no aplicación del artí-
culo 174.2º a las asociaciones del artículo 172.
2º.
- 34.- La legislación española -especialmente la Ley de
Asociaciones- regula la constitución, funciona-
miento y actividad de estas personas jurídicas,=
estableciendo una serie de controles por los que
debe velar la autoridad pública. El C.P., inclu-
so, sanciona al funcionario que, faltando a la o-
bligación de su cargo, dejare maliciosamente de=
promover la persecución y castigo de los delin-
cuentes" (art. 359). Esto puede trasladarse a las
asociaciones ilícitas, "mutatis mutandis". ¿Cabe
mantener que este deber específico -penal o admi-
nistrativo- que pesa sobre el funcionario públi-
co podría fundamentar la posibilidad de una comi-
sión "culposa" del artículo 174.2º, si como con-
secuencia de la infracción del mismo se favorece
la fundación, organización o actividad de una a-
sociación ilegal?. Imagínese el caso del funcio-
nario que, por imprudencia, aprueba los estatu-
tos de una asociación que tiene por objeto come-
ter algún delito, de modo que permite la propia=
constitución "formal" de la misma: o el supuesto=
del Agente de la Autoridad que, sabiendo de unas
reuniones "sospechosas" y periódicas...de una se-
rie de personas, permite imprudentemente el fun-
cionamiento de una asociación ilícita. Entiendo=
que en estos casos tampoco es viable una comisión
culposa del tipo previsto en el artículo 174.2º.
El funcionario público podrá incurrir en una res-
ponsabilidad administrativa, disciplinaria o pe-

nal (si la dejación fue "maliciosa", en el último caso), pero este deber jurídico no modifica la estructura del artículo 174.2º, cuya incriminación solo admite la forma dolosa. El único problema, a mi juicio, es el concursal: si cabe una doble responsabilidad, dolosa por dejación de funciones en concurso con otra, también dolosa, por "favorecimiento". Creo que el problema debe resolverse con la fórmula del concurso ideal, afirmativamente.

35.- Los diversos tipos penales que el legislador ha configurado en torno a la "asociación criminal" no son más que "formas de participación" en la misma elevadas a la categoría de delito.

Es doctrina dominante que la "participación" es un acto eminentemente "doloso" e incluso que "doloso" ha de ser el hecho delictivo base del autor principal, en el que se participa.

En la medida en que los delitos de asociación ilícita son formas de participación criminal, lógicamente serán también hechos dolosos.

Respecto al presupuesto de esta argumentación (carácter doloso de la participación criminal..) vid: Schönke-Schröder, Kommentar cit., pág. 369; = Schmidhäuser, Strafrecht., A.T., 1970., pág. 445 = y 446; Mezger-Blei, A.T., Strafrecht. Ein Studienbuch., 1970., pág. 292; Maurach, Strafrecht., A.T. = cit., pág. 532; Welzel, Dass Deutsche Strafrecht. cit., pág. 99; Baumman, Strafrecht., A.T., 1968., = pág. 542; Stratenwerth., Strafrecht., A.T., 1971., pág. 302 y 303; Jescheck Lehrbuch, cit., pág. 433; Gallas, Materialen, I., pág. 128; Especialmente: - Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft. Hamburg, = 1967., páginas: 528, 530 a 538, 564 y 564, 570 a 572 = y 572 a 574.

El argumento, sin embargo, no es más que análogo porque los diversos tipos penales son = ciertamente "formas de participación" elevadas a delito; ahora bien, no se trata de formas de participación criminal en sentido estricto, ya que falta el comportamiento base o principal de una persona física. Son formas de participación "en la empresa criminal", pero ésta no puede equipararse con aquel hecho principal.

- 36.- Si, con Rodríguez Devesa (Derecho Penal Español. P.G....,cit.,pág. 396) se entiende que "el dolo eventual hay que encuadrarlo en nuestro Código en el concepto de imprudencia temeraria" del artículo 565, párrafo primero", el problema de la admisibilidad de la "forma culposa" queda relativizado. Se planteará, entonces solo respecto aquellos supuestos de "imprudencia temeraria" no constitutivos de "dolo eventual", y los de imprudencia con infracción de reglamentos. Descartar la posibilidad de la forma "culposa" obligaría a dejar a salvo lo dispuesto en el párrafo primero del artículo 565 respecto al "dolo eventual".
- 37.- De lo dispuesto, en los artículos 585.3º y 600 se desprende, sensu contrario, que todo delito es punible cuando se comete por imprudencia temeraria o por imprudencia simple con infracción de reglamentos, y solo si se trata de un delito contra las personas o la propiedad, entonces lo es también si se comete por imprudencia simple y sin infracción de reglamentos.
- 38.- Desde Silvela (El Derecho Penal estudiado en principios y en la legislación vigente en España, II=1879, pág. 159) un sector de nuestra doctrina ha entendido que el artículo 565 solo puede aplicarse a los delitos de "resultado". Esta tesis, seguida por algunos tratadistas y que ha encontrado eco en la doctrina jurisprudencial carece de fundamento (sobre el problema, vid:Rodríguez Devesa) Derecho Penal Español, cit., P.G., pág. 411). No hay ningún obstáculo para reconocer la posibilidad de configurar la forma "culposa" en los llamados delitos de "mera actividad" (por todos:Jescheck, Lehrbuch, cit, pág. 429 y 430), ni cabe tal restricción en el ordenamiento penal español. El problema, sin embargo, no se plantea a propósito del artículo 565 sino en los supuestos legales de imprudencia simple sin infracción de reglamentos, de los artículos 586.3º y 600, porque en éstos ciertamente el Código exige que se "cause" un "mal". De aquí creo debe desprenderse que la forma "culposa" queda descartada en los delitos de "mera actividad", cuando la imprudencia no es "temeraria" o falta una "infracción de reglamentos". En el ca

so de la "asociación para delinquir", por ejemplo, quien se "afilia" a la misma, por mera imprudencia, debe quedar impune, porque el mero hecho de "afiliarse" no "causa un mal" en el sentido de los artículos 586.3º y 600.

- 39.- "Lo dispuesto en los dos primeros párrafos de este artículo no tendrá lugar cuando la pena señalada al delito sea igual o menor que las contenidas en los mismos, en cuyo caso los Tribunales aplicarán la inmediata inferior a la que corresponda en el grado que estimen conveniente".
- 40.- Causalista y finalista llegan a resultados diversos en la teoría del "error". Si se afirma, con los primeros, que el "dolo" -"dolus naturalis"- pertenece al "tipo" (en los delitos dolosos), el error esencial excluirá no solo el dolo, sino también la comisión "imprudente", y la conducta será atípica. Para los causalistas, el dolo ("dolus malus"), junto con la conciencia de la antijuricidad, integra la "culpabilidad", y, por lo tanto, el error esencial excluye el dolo y la culpa si es invencible, pero si es vencible descarta el dolo pero no la culpa. Lo mismo sucede a propósito del error de "prohibición". Para los causalistas, excluye el dolo y la culpa, si es invencible, de modo que tal conducta sería impune por ausencia de "culpabilidad". Los finalistas, sin embargo, admiten, en este caso, la realización del "tipo doloso", ya que la "conciencia de la antijuricidad" -para estos autores- no pertenece al "dolo", si bien niegan la "reprochabilidad" del autor. Si este error fuera "vencible", queda en pie una responsabilidad "culposa", según los causalistas. Para los finalistas, el "tipo doloso" se ha realizado, pero debe atenuarse la responsabilidad penal por la menor "reprochabilidad" del autor. Las diferencias son, pues, sustanciales en aquellos delitos, como los de "asociaciones ilícitas, en los que -por una u otra razón- se entienda descartada la "forma culposa": la doctrina causalista conduce a la impunidad del error de prohibición vencible, mientras los finalistas propugnan una pena "atenuada". Sobre estos problemas, vid: Rodríguez-Devesa, Derecho Penal español, cit. P.G. pág. == 528 y 529; Gimbernat Ordeig, El sistema del Derecho Penal en la actualidad, Separata del Anuario de Ciencia Jurídica, 1, 1971-2, pág. 272).

- 41.- Rodríguez-Devesa, Derecho Penal Español, cit, P.G., pág. 531.
- 42.- La sentencia de 4 de Octubre de 1968 (Aranzadi, nº= 4001) estimó irrelevante el hecho de que se tratara de una auténtica "asociación" o de una "coligación", pues -en definitiva- también ésta última participaría de la ilicitud de la primera, en el caso de autos.
- 43.- Especial atención, merece la sentencia de 9 de Octubre de 1965 (Aranzadi, nº 4097), porque parece == contemplar un supuesto de "error". En efecto, según dicho fallo..." los hechos realizados... por los de más recurrentes, cuyo concepto de la asociación en que ingresaron o que promovieron puede no responder a su verdadera significación y alcance, sino simplemente a un ansia de mejora económica y de mayor justicia social, sin ulterior análisis, carecen en este caso de gravedad, por ser ajenos a la violencia e incluso a la propaganda, en cuanto se limitaron a la mera afiliación o a su gestión preparatoria...". A mi juicio, no se ventila en esta sentencia un problema de error. El Tribunal Supremo no afirma que los encartados tuvieran un concepto falso de los fines de la asociación a la que se afiliaron, sino == que pudieron haberlo tenido, ya que el fallo recurrido no cerró esta posibilidad a juicio del T.S., a == pesar de consignar en los "hechos probados" que "no ingresaron en el partido por juzgarlo peligroso...". De hecho, se aplicó el párrafo cuarto del artículo 174.1º, es decir, se condenó por participar "dolosamente" en una asociación de fines subversivos, pero ponderando la menor gravedad de los hechos ejecutados.
- 44.- Vid, Patalano, L'associazione per delinquere, cit. - pág. 219.
- 45.- En este sentido, Patalano, L'associazione per delinquere, cit, pág. 220.
- 46.- Todos estos supuestos tienen en común el que el error versa sobre los hechos delictivos que integran el == "programa" criminal de la asociación. A diferencia - de los que integran el apartado a'), el sujeto sabe que la asociación es ilícita, porque tiene por objeto cometer algún delito, si bien cree -equivocadamente- que son otros los hechos delictivos programados.

47.- Un conocimiento exacto y preciso de los fines - perseguidos por la asociación ilícita no pueden exigirse del mero "individuo" de la misma, para que su comportamiento se repunte "doloso". Basta, en principio, con que participe en dicha asociación, sabiendo que tiene por objeto "cometer algún delito". Cuales son éstos exactamente no será posible determinar en todos los casos, ni es un elemento esencial del "tipo"; prueba de ello es que las penas que establece nuestro Código -- son las mismas para "fundadores", "directores" - y "presidentes" -por una parte- y para los "me--ros individuos", sea cual fuere el delito o delitos proyectados por la asociación. A esto debe - añadirse que los mencionados delitos se encuen--tran simplemente "en programa", como metas y ob--jetivos de la "asociación" -no de sus miembros-- y que el comportamiento típico consisten en la mera participación (en el caso del socio) en la empresa criminal, y no en la puesta en marcha de - las actividades concretas "delictivas" en proyecto. Decisivo es que la asociación sea "ilícita", y que el sujeto participe... voluntariamente en la misma: secundario, en principio, la precisa identificación de los delitos que determinan la ilicitud del "objeto social". Como norma, creo -- puede mantenerse que actúa dolosamente quien se afilia a una asociación, de forma "voluntaria, sabiendo que tal asociación es "ilícita" y aunque los fines que persiga no coincidan con los erróneamente imaginados por el sujeto que se incorpora a la misma, siempre que la discordancia entre unos y otros no sea inequívocamente decisiva a efectos de la propia afiliación. La figura del "dolo eventual" o del "dolo indeterminado" tienen - gran campo de acción en esta figura delictiva, - para fundamentar una responsabilidad "dolosa".

48.- Normalmente, a título de "dolo eventual".

49.- Respecto a los otros delitos, cuya programación desconoce el sujeto, podría afirmarse -en algunos casos- la responsabilidad dolosa del mismo, en - concepto de "dolo eventual"; pero incluso si esto no pudiere ser así, subsiste la responsabilidad dolosa en cuanto a los demás delitos, lo que es suficiente. En definitiva, el dolo ha de ir - referido al comportamiento típico, y éste no es otro que el de participar en una asociación que tiene por objeto cometer "algún delito".

- 50.- El supuesto que planteo no es el del error de "subsunción", no es que el sujeto crea erróneamente que los fines de la asociación constituyen el delito de "hurto", cuando se trata de delitos de "robo" (valoración equivocada de unos hechos que el sujeto conoce), sino del error sobre estos propios hechos.
- 51.- Rodríguez-Devesa, Derecho Penal Español, P.G. -- cit., pág. 533.
- 52.- Las penas establecidas para quienes, de un modo u otro, participan en la asociación ilícita no guardan relación alguna con la naturaleza y gravedad del delito o delitos proyectados por aquella; solo se tiene en cuenta el mayor o menor grado de participación y responsabilidad en la empresa delictiva en cuanto entidad orgánica. El mero individuo recibe la pena de arresto mayor, tanto si la asociación tiene por objeto cometer delitos de asesinato como de hurto.
- 53.- Lo que deja a salvo se dijo anteriormente respecto a la posible responsabilidad por "dolo eventual", ya que la comisión de delitos incluso de una especie o naturaleza muy concreta y determinada (por ejemplo: solo delitos contra la honestidad), puede implicar el empleo de ciertos medios en sí mismos delictivos, aunque por otro título respecto al cual habría que afirmar la existencia de un "dolo eventual".
- 54.- Sería el caso, por ejemplo, del pirómano que se incorpora a un grupo criminal, creyendo erróneamente que el único objeto de éste no era otro que el de provocar una serie de incendios...; o el del maníaco sexual que se afilia a una asociación ilícita que tiene por objeto cometer hurtos, robos y delitos contra las personas, creyendo, por error, que la finalidad de la misma era exclusivamente la comisión de delitos contra la honestidad.
- 55.- El supuesto que ahora planteo es el del "error de prohibición", claramente diferenciable de la hipótesis ya analizada en el apartado a'). El sujeto sabe cuales son los "fines" reales de la asociación; no hay error alguno respecto a la identidad de tales fines, pero sí respecto a la signifi

cación penal de los mismos. Cree, eróneamente, que su comportamiento -no obstante- no es delictivo, cuando, en realidad, lo es.

- 56.- La hipótesis es más factible en las asociaciones de carácter "político" que en la "asociación -== para delinquir" del nº 2º del artículo 172, si bien, en cuanto hipótesis, no debe descartarse.

VI.- EL "ITER CRIMINIS"

I.- Consideraciones generales

Dos son los problemas que ahora interesan, fundamentalmente:

Primero: la punibilidad de las formas imperfectas de ejecución en el delito de asociación ilícita; esto es: si cabe o no cabe admitir la tentativa y la frustración respecto a los diversos comportamientos= t \acute picos del "mero individuo", "fundador", "director", "presidente" y "favorecedor" de una asociación que tiene por objeto cometer alg \acute un delito.

Segundo: si cabe o no la conspiración en los mismos casos, es decir, la conspiración para "fundar", "presidir", "dirigir", "favorecer" o "afiliarse" a una asociación criminal.

Me referiré a cada uno de ellos por separado.

II.- Las formas imperfectas de ejecución

A).- El problema de las formas imperfectas en la doctrina.

1).- Doctrina alemana

Interés secundario tiene el tema en el ordenamiento alem \acute an, ya que el par \acute grafo 129,3 del StGB declara punible solo la tentativa de "fundar" una asociación criminal, y no la de las otras formas de participaci \acute on en \acute sta. As \acute lo reconoce un \acute animamente la doctrina (1) que, sin embargo ha puesto de relieve

ve cómo, dada la amplitud con que se incriminal o= otros comportamientos en el propio parágrafo citado= (2), de hecho se elevan a delito auténticas "tenta= tivas", (3).

2).- Doctrina italiana

a').- Planteamiento general

En la doctrina italiana se han mantenido todas - las tesis imaginables, fundamentalmente porque no - hay coincidencia sobre cuál es el comportamiento tí - pico (consumado). Para unos autores, la "tentativa" es pun ible (4); para otros, no: porque "no hay"ten - tativa en estas figuras de delito (5) -no puede -= "configurarse" (6)-, o, simplemente, no es "punible" (7). La doctrina dominante, sin embargo, elude plan - teamientos unitarios, y distingue; unos, por ejemplo, la admiten respecto al "mero afiliado" nada más: en - los casos en que "alguno realice un acto de asocia -= ción proponiéndose -sin conseguirlo- el fin de obte - ner la cualidad de miembro" (8); otros autores, por = el contrario, admiten la tentativa solo en los demás supuestos, excluyéndola precisamente en el del "mero individuo". Piensan, ante todo, en la tentativa de - "constituir" una asociación. Costa (9), Sabatini (10) Contieri (11), Manzini (12), del Vico (13) mantienen esta tesis. Un autor, excepcionalmente, admite la po - sibilidad de la tentativa respecto al comportamiento del "organizador" de la empresa criminal (14). Me re - feriré a los argumentos que emplean los diversos au -

tores (15).

b').- Argumentos en favor de la admisión -
de la tentativa.

En favor de la admisión de la tentativa, se mantienen los siguientes:

Uno.- El delito de asociación para delinquir es un delito de "resultado" (de "daño", en la terminología italiana), por lo que, en principio, cabe la tentativa.

El planteamiento está normalmente implícito - en todos los autores, aunque pocos los formulan de forma expresa (16); pero, en realidad, está pensado solo para uno de los tipos: el del "fundador" de las asociaciones ilícitas.

Dos.- Los tipos describen una serie de conductas susceptibles de "fraccionamiento" -una sola de ellas no consuma el injusto por lo que lógica y jurídicamente cabe la tentativa (17). También aquí se piensa en la "constitución" u "organización" de asociaciones ilícitas (18), y no en la conducta del "afiliado". A la misma conclusión llegan otros autores, partiendo - del concepto de "tentativa" en cuanto actos idóneos - e inequívocamente dirigidos a la producción del "resultado" (en este caso, la "constitución" de la asociación); se dará la tentativa -afirman- si, realizados aquellos, la asociación no llega a establecerse - por causas ajenas a la voluntad de los promotores (19); lo decisivo, mantiene un autor, es que se realicen -- actos "ejecutivos" del tipo, prescindiendo de que la-

asociación tenga^o no carácter "preparatorio" respecto a los delitos que pretende cometer, y tales actos se producen si la asociación no llega a constituirse a pesar del comportamiento dirigido a este fin (20).

Tres.- Solo un autor me consta se haya pronunciado a favor de la admisibilidad de la tentativa en el caso del "mero afiliado". Parte éste (21) de la tesis de que el "acto de asociación" ("afiliación"), por sí solo, no consuma el tipo, por lo que cabe admitir la tentativa, a falta de un comportamiento posterior a la afiliación.

c').- Argumentos contra la admisión de la tentativa.

Contra la admisibilidad de la tentativa se ha argumentado:

Uno: La efectiva "constitución" de la asociación es un elemento esencial del "tipo": si la asociación no ha llegado a "constituirse", entonces no cabe hablar de "tentativa" de delito, sino de actos "atípicos", actos "preparatorios" no punibles, inidóneos (22). Algún autor califica éstos de "istigazione non accolta" (23), susceptibles solo de medidas de "seguridad" (24), pero no de "penas" (25). Con este argumento se descarta la tentativa de "organizar", "promover", "constituir" una asociación ilícita (26). Del mismo modo se expresa otro autor respecto al comportamiento típico del socio: el tipo -dice- (27) exige la cualidad de socio, y ésta se posee o no se posee, sin que sea admisible término medio; adqui-

rida la condición de socio, el tipo se consuma; antes de adquirirla, el comportamiento es atípico.

Dos.- El artículo 416 -afirma un sector de - la doctrina- consagra un delito de "consumación anticipada", de modo que comportamientos que, desde - un punto de vista material, serían constitutivos de tentativa, agotan ya el tipo (consumación). Contra- quienes mantenían la "fraccionabilidad" del comportamiento típico, estos otros autores advierten que- basta un solo acto de "organización", "promoción", = "constitución" para que se realice el tipo del in- justo, por lo que quedan descartadas las formas im- perfectas. En todo caso -se ha señalado se da entre los diversos tipos una relación de subsidiariedad - táctica, de suerte que lo que podría calificarse -= "tentativa" de un tipo concreto, basta para enten- der "consumado" otro: la tentativa de "constituir" = una asociación, por ejemplo, integraría el tipo con sumado de "promover" la misma (28).

Tres.- Por último, no falta quien (29) descar- ta la posibilidad de la tentativa por considerar que una vez iniciada la puesta en marcha del programa - delictivo de la asociación, solo arbitrariamente po- dría ya entonces distinguirse la tentativa de la -= consumación, contemplando la totalidad del calenda- rio criminal de aquella.

3).- Doctrina española

En la literatura española, solo un autor se ha referido de forma expresa al problema de las - formas imperfectas en los delitos de asociaciones i-

lícitas, para negar la posibilidad de éstas (30).= Parte de la caracterización de aquéllos como delitos de "resultado cortado o anticipado" en los que actos, desde un punto de vista material, meramente "preparatorios" bastan para consumir el tipo (31). con anterioridad al "establecimiento" de la asociación, la eventual actividad desplegada sería "atípica"; una vez "constituida" aquella, se produciría ya la consumación (32). Para el autor, la tesis favorable a la admisión de las formas imperfectas - solo podría mantenerse partiendo de la base de que los términos "fundador", "director", "presidente", "mero individuo" fueran "elementos constitutivos de títulos de delito diverso", y no simples "causas personales de agravación de la pena", planteamiento que rechaza (33).

B).- Toma de postura

1.- La admisibilidad, en principio, de las formas imperfectas de ejecución en los delitos de "peligro", de "mera actividad" y en los llamados "Vorbereitungstatbestände".

De la exposición anterior se desprende que el rechazo de las formas imperfectas de ejecución suele provenir, bien de una peculiar delimitación del comportamiento típico, bien de postulados previos que no siempre se razonan, como por ejemplo: la inadmisibilidad de la tentativa (34) en determinadas clases de tipos, como los de "peligro", "mera actividad" o los "Vorbereitungstatbestände".

A este segundo extremo me referiré a conti-
nuación; admitiré, a efectos puramente polémicos, -
que los delitos de asociaciones ilícitas pudieran -
calificarse como delitos de "peligro", de "mera ac-
tividad"...etc., para tratar de argumentar, con a-
rreglo a la opinión de sectores de la doctrina ale-
mana que juzgo representativos, que incluso en to-
dos estos delitos no cabe rechazar de antemano la -
posibilidad de formas imperfectas.

á).- Delitos de "peligro".

Domina la idea, en la literatura italiana, de
que no cabe la tentativa en los delitos de peligro -
(35), si se exceptúa la tesis de Vannini que la admi-
te incluso en los de peligro abstracto o presunto y,
con ciertas condiciones, en los de peligro "concre-
to" (36). Se parte, para ello, de la base de que la-
tentativa se incrimina en cuanto "peligro" para el -
bien jurídico, por lo que castigar aquella en los de-
litos de "peligro" equivaldría a incriminar el peli-
gro del peligro "(37), la "tentativa de la tentati-
va" (38); como dice Petrocelli (39), en estos casos-
no cabe admitir término medio entre la consumación y
la atipicidad (40).

Distinto es el planteamiento del problema en-
la literatura alemana. Maurach (41) y Baumann (42) -
por ejemplo, se pronuncian expresamente en favor de-
la admisibilidad de la tentativa en los llamados de-
litos "de peligro"; el primero, cuyo criterio compar-
to, advierte que no hay ningún obstáculo específico-
en estos delitos para configurar la tentativa a la -

que genéricamente se refiere el parágrafo 43 (43)= del Código Penal alemán: son también, al igual que los delitos de "lesión", delitos de "resultado" -- (44); para Baumann, la única particularidad residiría en que la tentativa no haría referencia, como sucede en los delitos de "lesión", a la "actividad" o al "resultado" lesivo, sino a la actividad o al resultado "peligroso", de "peligro" (45). Este autor apunta, incluso, dos supuestos de tentativa en los delitos de "peligro": cuando el "resultado", es to es: el peligro "concreto", no ha llegado a producirse, y cuando se ha iniciado -pero no realizado totalmente- la conducta (46). Desde luego, la admisibilidad de la tentativa en los delitos de -- "peligro" supone un adelantamiento de las barreras de protección penal que no ha pasado desapercibido (47), pero no puede descartarse técnicamente.

b').- La tentativa en los delitos de "mera actividad".

La doctrina española, siguiendo a la italiana, niega, por lo general, la admisibilidad de las formas imperfectas de ejecución en los delitos de mera actividad: Jiménez de Asúa (48), Quintano Rippollés (49), Antón Oneca (50), Del Rosal (51) Puig Peña (52), Rodríguez Devesa (53) Luzón Domingo (54), Olesa Muñido (55) y, Yañez Román (56) se muestran partidarios de esta tesis. Con la excepción de Rodríguez Mourullo (57), que ofrece dos soluciones -- distintas según se trata de "frustración" -inadmisible en los delitos de mera actividad- o de tentati-

va -viable en ciertos casos-, se niegan todas las formas imperfectas en estos delitos, sin más distinciones (58). Esta tesis se fundamenta de tres modos; según Luzón Domingo, "porque todo inicio de auténtica ejecución significa ya la consumación del delito" (59); porque, -como advierte Quintano-, "al no existir sino pura actividad y no contar para nada la causalidad, la premisa activa basta para la consumación" (60); o, usando la argumentación de Antón Oneca (61), porque el "resultado coincide con la acción del sujeto" en estos delitos: "perfecta - la manifestación de voluntad, ésta tiene ya valor - de resultado" (62).

Mención aparte merece la tesis de Rodríguez Mourullo, que hagó mía, quien distingue entre tentativa y frustración en estos delitos, considerando - el criterio de la "fraccionabilidad" o "indivisibilidad" del comportamiento típico: excluye acertadamente la posibilidad de admitir la "frustración" en los delitos de mera actividad, "porque éstos se consuman con la mera actividad o inactividad del autor sin que requieran la verificación de un ulterior evento distinto al comportamiento del agente (63); - pero no así la tentativa, que debe admitirse -a su juicio- respecto a los delitos llamados "plurisub-sistentes" e incluso "unisubsistentes": en los primeros, porque la conducta típica se realiza a través de una serie sucesiva de actos; en los últimos, siempre que sea posible configurar actos de carácter "ejecutivo" que no agoten el tipo (64).

En todo caso, no es un postulado unánime en la doctrina alemana el de la supuesta exclusión de

las formas imperfectas en los delitos de "mera actividad": Von Hippel (65), Baumann (66), Maurach (67), Jescheck (68) admiten expresamente aquellas, aún reconociendo que, de hecho, se presentarán con mayor frecuencia en los delitos de "resultado" (69), porque los delitos de "mera actividad" llegan a la "consumación" en un momento anterior respecto a los de "resultado" (70). Aunque la tesis favorable cuenta con detractores muy significados (71), no se descarta la posibilidad de que el autor haya "iniciado" la ejecución de la "conducta" típica sin realizarla "completamente", lo que sucede cuando la norma penal contempla más que actos singulares, auténticos "procesos" de comportamientos "sucesivos" (72): por decirlo con Jescheck, cuando la puesta en práctica de la acción típica reclama un cierto margen temporal... (73)

c').- Los delitos de "consumación anticipada".

Uno de los argumentos formales más invocados por quienes se oponen a la admisión de la tentativa en los delitos de asociaciones ilícitas es el de la imposibilidad de configurar las formas imperfectas de ejecución respecto a aquellos tipos que elevan a delito actos que, desde un punto de vista material, no son más que "tentativas", o incluso, comportamientos de carácter "preparatorio" ("Versuchsdelikte", - "Vorbereitungstatbestände", etc). Una sentencia del Tribunal Supremo español, la de 6 de Febrero de 1969 (74), expone la siguiente doctrina: cabe admitir la

tentativa respecto a "todos los delitos definidos= como perfectos del libro II que por su condición - técnica no la repudien y salvo que se halle espe=- cialmente penada por la Ley (artículo 55) al des=- cribirse y sancionarse normativamente el mero in=- tento, o hacerlo determinante de la consumación an ticipada, como a su vez dejan de actuar aquellas - disposiciones generales, cuando los mismos tipos - excluyen formas imperfectas de tentativa, estimám= dolas no inculminables, por realizar una regulación uti singuli, que así lo determine excepcionalmente". En este sentido, algún autor español mantiene que - deben descartarse las formas imperfectas a propósi= to de los llamados "delitos de emprendimiento", los que sancionan actos de naturaleza "preparatoria", o incluso tentativas de delito y, en general, los de= "consumación anticipada" (75). Rodríguez Mourullo - precisa más: son razones de "indole material" -dice el autor (76)- las que recomiendan no aplicar las - disposiciones generales contenidas en el artículo - 3º del C.P., pues "formalmente" no habría obstáculo alguno tratándose, como se trata, de tipos "autóno= mos", para admitir las formas imperfectas.

La imposibilidad de admitir las formas imper= fectas en los delitos de consumación anticipada se= afirma -sin más- en la doctrina italiana, aplicándo= se congruentemente a la asociación ilícita, por quie= nes la conceptúan como un "Versuchsdelikt" (77): an= tes de "constituirse" la asociación -dicen- no se pue= de hablar más que de actos "preparatorios" impunes,= después, de delito "consumado". Estos "tipos penales"

no admiten las formas imperfectas (78). El problema, sin embargo, no es tan claro en la doctrina alemana, pues no puede desconocerse que un sector importante de la misma, tal vez no mayoritario desde luego, niega la tentativa de la tentativa, y la tentativa de la actividad preparatoria, pero no así la tentativa de ciertos tipos penales por más que, desde un punto de vista "material", sancionen actos de carácter preparatorio. En efecto, la doctrina dominante niega la posibilidad de incriminar la tentativa respecto a los "Versuchsdelikt", "Vorbereitungstatbestände"...etc:Finger (79), Köhler (80), Henke (81), Lincke (82), Liszt-Schmidt (83), M.E. Mayer (84), Mezger (85), H. Mayer (86), Mezger-Blei (87), Sauer (88), Stratenwerth (89), Baumann (90), Maurach (91), Schmidhäuser (92), Welzel (93), Kohlrausch-Lange (94), Leipziger Kommentar (95), entre otros, mantienen esta tesis. La fundamentación es muy variada: para Maurach, la razón debe buscarse en que "no existe un peligro real" en estos casos para el bien jurídico (96), que queda muy lejano al comportamiento típico; otros autores plantean el problema -lo trasponen- en el campo "conceptual" (97), sin aportar argumentos (98); Welzel y Stratenwerth invocan el principio de que un mismo delito no puede ser sancionado dos veces, lo que sucedería si se castiga la tentativa de un tipo -dicen- que, en definitiva, eleva a delito actos materialmente constitutivos de tentativa (99); pero los autores más representativos de esta dirección doctrinal son Linckey Henke. Para éste último, la

tentativa supone un principio de "ejecución": castigar la tentativa de actos "preparatorios" es conceptualmente inconcebible, ya que respecto a éstos solo cabe, a su vez, la "preparación": no hay "ejecución" de la "preparación", si no quiere desvirtuarse el propio concepto de "tentativa" (100). -- Según Lincke (101), admitir, a su vez, la "preparación" de la "preparación" obligaría a renunciar a todo criterio "objetivo", imponiendo las penas sin otro apoyo que el de la Gesinnung y olvidando la propia esencial y significación del principio de "ejecución".

Puede decirse, por lo tanto, que la doctrina alemana mantiene el principio de que no es punible "la tentativa de la tentativa", ni "la tentativa de la preparación". Ahora bien este dogma se precisa y limita convenientemente. Son muchos los autores que admiten las formas imperfectas de ejecución respecto a aquellos tipos que no se limitan a equiparar, a efectos de punibilidad, la consumación y la tentativa o preparación sino que, efectivamente, crean figuras de delito específicas y autónomas, aunque desde un punto de vista material aparezcan las mismas como actos preparatorios o formas imperfectas de ejecución excepcionalmente sancionadas: me refiero a los "delicta sui generis", a los delitos "selbständig". Es el caso de Finger (102), Allfeld (103), -- Wachenfeld (104), von Hippel (105), Frank (106), -- Olshausen (107), Gerland (108), Seligmann (109) y Merkel (110), entre otros. De esta opinión partici-

pa, también Jescheck (111).

Para estos autores, pues, hay que distinguir entre aquellos tipos que elevan a delito actos meramente "preparatorios", respecto a los que no caben las formas imperfectas (112) y los llamados -en este sentido- "delitos sui generis" que -sí las admiten, por más que desde un punto de vista "material", pudiera parecer que coinciden con los anteriores; es un problema de "interpretación" de cada "tipo penal" (113) que, por lo general, -suele resolverse con criterios puramente "formalistas": desde el momento en que el legislador tipifica ciertas conductas como delito, no importa ya la naturaleza "material" de las mismas, dejan de ser ya entonces actos "preparatorios" o "tentativas" -para convertirse en "tipos autónomos", y de esta autonomía deben extraerse todas sus consecuencias, y, entre otras, la posibilidad de incriminar las formas imperfectas de ejecución. Seligmann (114), Allfeld (115), y Gerland (116) plantean el problema en estos términos.

2).- El planteamiento de las formas imperfectas en los diversos tipos penales relativos a la asociación criminal.

a').- Presupuestos tecnicojurídicos

Para responder si es posible configurar las formas imperfectas, es necesario precisar antes cual es el comportamiento típico, distinguiendo -en nues-

tro Derecho- entre tentativa y frustración.

Ante todo, la admisibilidad de las formas imperfectas no puede hacerse depender del principio de "ejecución" de los delitos singulares que proyecta la asociación criminal, porque tales == delitos son ajenos al tipo.

En segundo lugar, el problema exige un examen caso a caso, de cada uno de los tipos; no es correcto limitarlo al de la "constitución" in tentada o frustrada de la asociación, pues ésta es solo una de las diversas hipótesis legales ("fundar"), pero no la única ("presidir", "dirigir", "favorecer", etc). La "asociación" no es el "tipo", susceptible o no de un principio de "ejecución", sino el marco en el que se desenvuelven los diversos "comportamientos típicos"; en relación con éstos debe plantearse la posibilidad del principio de ejecución.

Por último, debe tenerse presente que el injusto viene dado por un dato "orgánico-funcional": el puesto o condición que se ocupa en la organización criminal; en el caso del "mero individuo", por el mero hecho de la "afiliación", en cuanto que determina la "pertenencia" a aquella; en el de los "directores" y "presidentes", por ocupar" o "detentar" tales cargos, que entrañan la máxima "responsabilidad" y "mando". El problema, pues, no es otro que el de si se puede o no "intentar" adquirir la condición de "mero individuo"

(afiliado), o resultar incluso "frustrado" dicho intento; si cabe "fundar", "dirigir", "presidir" una asociación ilícita en grado de "tentativa" o "frustración".

Conceptualmente no parece que haya reparos. En el caso del "mero individuo" es fácil imaginar hipótesis de tentativa y frustración: el "aspirante", por ejemplo, que con el propósito de incorporarse a la organización criminal trabaja para la misma durante algunos meses en período de "prueba" (tentativa) o resulta posteriormente inadmitido por causas ajenas a su voluntad (frustración). Lo mismo sucede a propósito de los "directores" y "presidentes": piénsese en el destacado mando intermedio de la asociación que emprende una intensa campaña para acceder al máximo cargo, vacante, desplegando una actividad apropiada para este propósito (tentativa), que luego fracasa por causas ajenas a su voluntad (frustración).

Respecto a la "fundación" de la asociación, la hipótesis se encuentra expresamente prevista -- en el Código.

Pero, evidentemente, una vez adquirida la "condición" de "mero individuo", o la de "director", "presidente"... no cabe ya forma imperfecta alguna, porque el tipo queda "consumado": el tipo del "mero individuo" se consume en el momento de la "afiliación", y el "director" o el "presidente" realizan el injusto por el hecho de ocupar tales cargos en -

la asociación, con independencia del ejercicio - o no ejercicio en el caso concreto de las actividades inherentes a los mismos.

Distinto es el caso del "favorecimiento", == ya que se trata, por definición, de "extraños" y - el comportamiento típico no puede tomar como punto de referencia el de la pertenencia a la asociación sino el del acto o aportación a la empresa criminal.

b').- La solución de nuestro Código: los - párrafos segundo y cuarto del artículo 174.1º como "ley especial".

Jurídicamente, sin embargo, nuestro Código - entiendo que relativiza el problema de las formas - imperfectas en los delitos de asociaciones ilícitas al contemplar y establecer una norma específica al respecto que deroga la normativa general: me refiero a los párrafos segundo y cuarto, del artículo 174.º 1º. Aunque tales preceptos no agotan las hipótesis - antes aludidas en su totalidad, por su carácter de ley especial, obliga a excluir las no contempladas - de forma expresa.

El párrafo segundo del artículo 174.1º establece una pena de arresto mayor, suspensión y multa de 10.000 a 100.000 pesetas para los fundadores, directores y presidentes de una asociación que "no == hubiere llegado a constituirse".

Procede este precepto del artículo 199 del - C.P. de 1870, en el que se operó una modificación -

fundamental (117): la no punibilidad del mero individuo en estos casos: solo los "fundadores", "presidentes" y "directores" responden si la asociación no llega a establecerse; los meros "participes" realizan un comportamiento atípico, no una tentativa o una frustración.

Según Groizard contempla este párrafo segundo una norma "ad hoc" en materia de "tentativa", que deroga la del artículo 3º del C.P., razón por la que no cabe admitir formas imperfectas de ejecución en el delito de asociación ilícita (118). Tal afirmación creo es válida, con algunas precisiones.

Uno.- En primer lugar, parece obvio que una asociación puede no llegar a constituirse tanto si el culpable ha realizado "todos los actos que debieran producirse como resultado el delito", como si tan solo se limitó a "dar principio" a la ejecución de aquellos; es decir, este párrafo segundo comprende tanto los supuestos de tentativa como los de frustración.

Dos.- En segundo lugar, el alcance del mismo es más limitado de lo que Groizard afirma; no afecta a todos los tipos del delito de asociación para delinquir (fundar, dirigir, presidir, favorecer, participar como mero individuo), sino solo algunos de ellos.

El párrafo segundo, por ejemplo, no castiga a quienes "participan" en una asociación que no ha

llegado a constituirse ni a quienes, con su cooperación económica o de cualquier clase, favorecen, sin éxito, la fundación de una asociación ilícita; se refier, exclusivamente, a los "fundadores", "directores" y "presidentes": esto es, a aquellas personas que intervienen de modo cualificado en el proceso prefundacional, siempre que la asociación "no hubiere llegado a constituirse". - Ni el "mero individuo" ni el "favorecedor" podrán responder por tentativa de constituir una asociación, ya que tales comportamientos no se hallan expresamente previstos en esta norma especial.

Tres.- Comparando las penas que hubieran procedido -aplicando el régimen general que establece el artículo 52- se llegará a la conclusión de que este párrafo segundo introduce un tratamiento agravatorio: aún admitiendo que puede hablarse de "directores" y de "presidentes" cuando no ha -- llegado a "constituirse" una asociación, lo que no deja de ser un contrasentido.

Por su carácter de ley "especial" el párrafo segundo del artículo 174.1º deroga lo dispuesto en el artículo 3º del C.P. No deben entenderse configurables otras formas imperfectas de ejecución - que las que el contempla y en los términos indicados.

El párrafo cuarto del artículo 174.1º es la norma correlativa a la del párrafo segundo, para aquellas asociaciones que persigan algunos de los - fines a que se refiere el párrafo tercero del mis-

mo artículo 174.1º. Proviene de la Ley de Seguridad del Estado, siendo introducida por la Reforma de 1944 (119). La menciono ahora, en la medida -- en que afecta a la problemática de las formas imperfectas de ejecución, para propugnar su supresión. Es un precepto injusto, que viola los principios más elementales de justicia material y técnica jurídica (120).

c').- Doctrina del Tribunal Supremo

En algunos fallos ha abordado el Tribunal Supremo español la problemática de las formas imperfectas de ejecución (121), el supuesto fáctico ha sido siempre el mismo: el de la asociación que no ha llegado a constituirse.

Nuestro más alto Tribunal ha calificado también como supuesto específico de "tentativa de delito" la hipótesis contemplada en el párrafo segundo del artículo 174.1º (122), precepto que estima en contadas ocasiones (123). Su interpretación es siempre restrictiva, lo que no me parece criticable, ya que con frecuencia, se invoca en los recursos sin justificación alguna con el razonamiento artificioso de que la asociación no se ha constituido "formalmente" o que la "actividad social" fue de mínima importancia. Comparto la tesis jurisprudencial: por "constitución" no hay que entender "constitución formal", con arreglo a Derecho, porque estas asociaciones no pueden nunca aspirar a tal reconocimiento, ni lo pretenden; el mero "fun--

cionamiento de hecho" es ya suficiente, y excluye la tentativa. Constando en los hechos probados que la asociación "funcionaba", no se podrá aplicar -- ya el párrafo segundo del art. 174.1º, alegando -- que la actividad social delictiva fue de escasa -- trascendencia: basta con la constitución de la asociación para que se dé el tipo consumado, pues éste no exige un principio de ejecución de los delitos en programa (124).

Me parece igualmente correcta la doctrina -- que sienta el fallo de 23.I.1967 (125): la aplicación del párrafo segundo del 174.1º presupone la existencia de los requisitos legales previstos en el párrafo tercero del citado artículo 174.1º; si la asociación que no ha llegado a constituirse per seguía alguno de los fines a que éste último se refiere solo podrá aplicarse el párrafo cuarto, pero no el segundo.

C.- Asociación y conspiración para delinquir.

Las formas imperfectas de ejecución ofrecen un nuevo criterio diferencial, entre la asociación ilícita y la conspiración para delinquir. No caben formas imperfectas de ejecución respecto al comportamiento de quien conspira: el intento de "conspirar" no es punible; por el contrario, la tentativa de fundar una asociación que no llega a constituir se es punible en el Derecho Español.

III.- Conspiración para cometer el delito -
de asociación ilícita.

Otro de los problemas que debe abordarse es el siguiente: ¿es punible la conspiración para "fundar", "presidir", "dirigir", "favorecer" o "afiliarse" a una asociación que tiene por objeto cometer algún delito?; por ejemplo: quienes se conciertan para -- "fundar" una asociación ilícita y resuelven constituir la.

La respuesta queda necesariamente condicionada por la que se haya dado a las relaciones entre ambas figuras, asociación y conspiración. Si se identifican, afirmándose como hace algún autor, que no existen criterios materiales que permitan la distinción entre ambas (126); o, si se configura la asociación como una "conspiración de contenido abierto" (127), o una conspiración "sui generis" elevada a figura de delito (128), entonces parece lógico que se niegue la posibilidad de la conspiración, porque del mismo modo que no cabe la tentativa de la tentativa, -- tampoco debe admitirse la conspiración de la conspiración.

Si, por el contrario, se parte de que asociación y conspiración pueden y deben distinguirse -- como propongo --, entonces parece que, en principio, podría -- mantenerse que cabe la "conspiración" para "fundar" -- una asociación, la conspiración para "dirigir", "presidir", "favorecer" o "afiliarse" a la misma. Sin -- embargo, esta tesis afirmativa debe matizarse y corre

girse, partiendo de la estructura de estos delitos de asociaciones ilícitas -delitos que entrañan una notable anticipación de las barreras de protección penal-, de la propia naturaleza de la "conspiración" para delinquir, así como de la solución que nuestro Código adopta respecto a las formas imperfectas de ejecución, que constituyen una referencia obligada -en el momento de plantear el problema que nos ocupa. En efecto, la "conspiración" supone siempre un "menos" respecto a la "tentativa" y la "frustración", en la medida en que basta con un concierto criminal -seguido de la resolución de cometer el delito, pero no exige un "principio de ejecución" de éste. Por lo tanto, no puede admitirse la conspiración en aquellos tipos penales en los que quedan descartadas las "formas imperfectas", la tentativa o la frustración: si no se incrimina lo "más", no puede incriminarse lo "menos". De aquí deben extraerse las consecuencias que derivan de los párrafos segundo y cuarto del artículo 174.1º, cuyo alcance se examinó en su momento: si nuestro Código no admite la tentativa con relación al "mero individuo" o al "favorecedor", evidentemente no cabe "conspirar" para "afiliarse" a una asociación ilícita, ni conspirar para "favorecer" la fundación, organización o actividad de aquella. - En cuanto a los "fundadores", "directores", y "presidentes", creo que tampoco es configurable la "conspiración", aunque por otras consideraciones. Se trata, como dije, de tipos penales de "consumación anticipada", que suponen un adelantamiento excepcional de las barreras protectoras del bien jurídico. La "le-

sión" de éste se "consume" por el mero hecho de ocupar tales cargos en la empresa criminal, aunque no lleguen a desplegar "actividad" alguna una vez designados, elegidos o nombrados para los mismos. Si caben, en ciertos casos, las formas imperfectas, es porque el Código así lo ha dispuesto expresamente: solo por esto. Admitir la conspiración supondría un segundo adelantamiento o anticipación de las barreras de protección penal, sin que la realidad de una amenaza para el bien jurídico lo justificase. La asociación criminal permite incriminar unos comportamientos prescindiendo del "principio de ejecución" de los delitos proyectados: en el campo del "dolo", ni siquiera es necesario que se "quiera" cometer algunos de los hechos criminales de los que programa la organización, pues basta con "saber" que ésta tiene por objeto cometerlos, y con "querer" participar en la misma, dirigirla, favorecerla... Es claro, pues, que con la asociación para delinquir se incriminan comportamientos que no serían punibles a título de "conspiración". No puede admitirse, por lo tanto, esta nueva anticipación de la tutela penal, que ya es suficientemente severa y excepcional.

IV.- El "desestimiento" en los delitos de asociaciones ilícitas.

a).- Admisibilidad excepcional del desestimiento: sus requisitos.

El problema es el siguiente: ¿cabe "desistir" de "fundar", "presidir", "dirigir" o "participar como me

ro individuo" en una asociación que tiene por objeto cometer algún delito?. A mi juicio, sí, pero solo en determinados casos: el "desestimamiento" -en nuestro derecho- es una causa de exclusión de la tipicidad de la tentativa, por lo tanto solo cabe desistir de aquellos delitos que admitan la tentativa punible y en los que solo se haya dado un "principio de ejecución". Aplicado esto a los delitos de asociaciones ilícitas, significa que solo cabe el desistimiento a propósito de los supuestos que se contemplan en los párrafos segundo y cuarto del artículo 174.1º, es decir, de los tipos que admiten la tentativa. En los demás, solo sería viable -en su caso- la circunstancia 9ª del artículo 9º.

Admito, pues, la posibilidad de un "desestimamiento" penalmente relevante respecto a los "promotores" ("fundadores", "presidentes" y "directores" de asociaciones que no han llegado a constituirse, según el Código) de aquellas asociaciones que no han llegado a establecerse. Serán necesarios dos requisitos: que no se trate de asociaciones ya constituidas, y que el promotor se aparte de forma inequívoca del plan fundacional. El problema más discutido en la doctrina es, si en estos casos, debe exigirse a quien desiste un determinado comportamiento, activo y eficaz, que compense su aportación al plan en marcha, o si basta con que se retire pura y simplemente del mismo (129); a mi juicio, es suficiente con que el promotor abandone el concierto fundacional, negando su aportación esperada y haciendo lo posible por anular la que ya prestó. Pero, si no obstante, la asociación llega a "constituirse", creo que esto no de-

be ser obstáculo, en modo alguno, para apreciar el "desistimiento" eficaz; distinto es si éste tiene lugar cuando la asociación ya se había "constituido": entonces carecerá de relevancia penal, porque el "tipo" quedó consumado en un momento anterior.

No admito el "desestimiento" respecto al "mero individuo", ya que una vez que se ha producido el acuerdo de voluntades entre la asociación y el aspirante, del que es reflejo la "afiliación", el tipo ya se ha consumado. "Desistir" es desistir de la "tentativa", y el tipo (mero individuo) no es susceptible de formas imperfectas (130).

La doctrina italiana (131) y la alemana (132) sobre el desistimiento en los delitos de asociaciones ilícitas debe examinarse con cautela, debido a la peculiar configuración del mismo en los citados ordenamientos.

De "lege ferenda" creo sería oportuno por razones de política criminal -establecer expresamente, y a propósito del "mero individuo", al menos, una cláusula que faculte a los tribunales para prescindir de toda pena, si consta que el "afiliado" se partó voluntariamente de la "organización" criminal.

b).- Asociación ilícita y conspiración para delinquir.

El distinto papel que desempeña "el desistimiento" en la asociación criminal y en la conspiración para delinquir ofrece un nuevo criterio diferencial entre ambas figuras. En la primera tiene, según se -

ha visto, un campo de aplicación muy reducido, ca
si excepcional. A propósito de la "conspiración",
sin embargo, lo admite nuestra doctrina, por ana-
logía a lo dispuesto en el artículo 3º para la ten
tativa (133).

NOTAS AL CAPITULO VI.-

- 1.- Por todos, Dreher, Strafgesetzbuch...cit, pág. 601.
- 2.- La doctrina alemana se refiere, concretamente, = al delito de "hacer propaganda" ("werben") en favor de la asociación criminal.
- 3.- "Eine Art der Versuchshandlung wird jedoch auch durch die Strafbarkeit des Werbens erfasst, da es dabei nicht auf den Erfolg ankommt...". Leipziger Kommentar...cit.,pág. 127.
- 4.- Vannini, Manuale.,cit.,pág. 143.
- 5.- Siniscalchi, In tema di associazione per delinquere.,Giust. Pen.,1950.,II,pág. 29 y 30.
- 6.- Maggiore, Diritto Penale.,cit.,Vol.II.,I.,I., - pág. 362.
- 7.- Ranieri, Manuale.,cit.,II.,pág. 493.
- 8.- Boscarelli, Associazione per delinquere.,Enc. - del Dir.,1958.,III, pág. 871.
- 9.- Costa, Associazione per delinquere.,cit. pág. 1034
- 10.- Sabatini, Istituzioni. cit.,I., pág. 326.
- 11.- Contieri, Associazione per delinquere, Foro Penale.,1955.,pág. 438 y 439. El autor solo admite == la tentativa respecto al "promovimiento" de la asociación criminal, excluyendola en las demás hipótesis.
- 12.- Manzini, Trattato.,cit.,VI.,pág. 192.
- 13.- Del Vico, Associazione, propaganda e apologia... cit.,Anali di diritto e procedura penale. 1939., pág. 918.
- 14.- Montalto, G. E possibile il tentativo nelle ipotesi di costituzione e di organizzazione di associazione sovversive?. Rivista Penale, 1936.,pág.= 308.
- 15.- Según Boscarelli (op. cit.,pág. 871.,nota), Manzini admite la tentativa del delito previsto en el artículo 416 del C.P. italiano, y Maggiore la nie

ga. Debe precisarse, sin embargo, que Manzini la admite ciertamente, pero solo respecto a -- "quei fatti che si compiono prima della costituzione dell'associazione, e che sono diretti a crearla" (Trattato, cit., VI., pág. 192); y -- Maggiore la admite, también, respecto a los -- comportamientos dirigidos a la "organización" de la asociación ilícita (Manuale., cit., pág. 61). Llama la atención, sin embargo, que Manzini mantenga la tesis opuesta cuando examina -- las asociaciones de carácter subversivo, tipo de evidente analogía con el previsto en el artículo 416 (vid, Trattato cit., IV, pág. 354 y - 355).

- 16.- Costa, op.cit., pág. 1034.
- 17.- Pero se juzga indispensable -en todo caso- que la asociación no haya llegado a constituirse, - esto es, que no se haya producido el "resultado".
- 18.- En este sentido: Manzini, Trattato...cit., VI, - pág. 192; Del Vico, op.cit., pág. 198; Maggiore Manuale., cit., pág. 61; Montalto, op, cit., pág.= 307.
- 19.- Según Sabatini, si la no constitución de la asociación se debe a la intervención, por ejemplo de la policía, entonces estaríamos en una hipótesis de delito "consumado" (Istituzioni., cit - I, pág. 326).
- 20.- Contieri, Associazione per delinquere., cit. pág. 438 y 439.
- 21.- Boscarelli, op. cit., pág. 871. Para el autor el delito de asociación ilícita es un delito de "peligro concreto", por lo que al "acto de asociación" (afiliación) debe añadirse la producción de hecho de tal "peligro", para que se realice el comportamiento típico.
- 22.- Maggiore, Manuale...cit., pág. 363.
- 23.- Contieri, Associazione per delinquere., cit., pág. 438 y 439. El autor admite, no obstante, la tentativa de "promover" una asociación ilícita.
- 24.- Ranieri, Manuale...cit., II., pág. 493..

- 25.- En nuestro Código, sin embargo, se castigan expresamente a tenor de lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 174.1º.
- 26.- Ranieri, Manuale., cit., II., pá. 493.
- 27.- Sabatini, Istituzione...cit., I, pág. 326: "Tanto meno é possibile il tentativo rispetto ai capi e ai partecipi, perché in quanto abbiano assunto tale qualità il reato é perfetto".
- 28.- En este sentido, Manzini (Trattato., cit., IV., - pág. 354). En sentido contrario, el propio autor en: Trattato., cit., VI., pág. 192.
Montalto, que parte del razonamiento de Manzini, llega sin embargo a otra conclusión: la admisibilidad de la tentativa respecto a la "constitución" y "organización" de las asociaciones ilícitas, por entender que el tipo no se consuma por la realización de un solo acto de constitución o de organización (E possibile il tentativo...?, cit., pág. 307.
- 29.- Siniscalchi, In tema di associazione per delinquere., cit., pág. 29 y 30.
- 30.- Yañez Román. Reflexiones en torno a las asociaciones para delinquir. Ponencia cit., pág. 54 y 55.
- 31.- Reflexiones en torno a las asociaciones para delinquir, cit., pág. 54.
- 32.- Ponencia cit. pág. 55.
- 33.- Reflexiones...cit., pág. 54.
- 34.- En la exposición doctrinal que inicio me refiero exclusivamente a la "tentativa", siempre que no haga constar lo contrario. En el momento de tomar una postura sobre el problema haré la oportuna distinción entre "tentativa" y "frustración".
- 35.- Comentarios al Código Penal., cit., pág. 141.
- 36.- Vannini, Il problema giuridico del tentativo. Milán 1950, pág. 98 a 103.

- 37.- Roccó, A., L'oggetto del reato e della tutela penale, 1912, pág. 332.
- 38.- Petrocelli, B., Il delitto tentato. Padova. - 1955, pág. 27.
- 39.- Petrocelli, Il delitto tentato...cit., pág. 27
- 40.- No es necesario resaltar cómo el concepto de "peligro" se utiliza por estos autores italianos indebidamente, al emplear dos acepciones distintas. El "peligro" que se dice justifica la incriminación de la tentativa no tiene nada que ver con el "peligro" (concreto) que caracteriza los llamados delitos de peligro.
- 41.- Maurach, Deutsches Strafrecht, 4ª Edición, --= 1971, A.T. pág. 504.
- 42.- Baumann, Strafrecht, 5ª Edición, 1968, A.T. --= pág. 493.
- 43.- El parágrafo 43 del Código Penal alemán sanciona la tentativa como resolución de cometer un delito o falta mediante comportamientos que contienen un principio de ejecución de aquéllos - siempre que no hayan llegado a consumarse. La tentativa sólo se castiga como norma general - respecto a los crímenes, mientras la de los delitos ha de encontrarse expresamente tipificada a propósito de cada uno de ellos.
- 44.- Maurach, op. cit. pág. 504: "Keine Problematik enthält der Versuch eines Gefährdungsdelictes. Ebenso wie die Verletzungsverbrechen sind auch die tatbestandsmässigen Gefährdungen Erfolgsdelictes, dem Versuch daher in Vollen Umfang zugänglich".
- 45.- Baumann, op. cit. pág. 493.
- 46.- Baumann, op. cit. pág. 493..
- 47.- Baumann se refiere a una "doppelte Vorverlegung (anticipación) der Strafbarkeit": op. cit., pág. 493.

- 48.- Jiménez de Asúa, Tratado de Derecho Penal, -! Buenos Aires, 1970, Tomo VII, pág. 874 (siguiendo a Cívoli).
- 49.- Quintano-Ripollés, A- voz "delito formal", en Nueva Enciclopedia Jurídica Seix, Vol. VI, Barcelona, 1954, pág. 587: "la consecuencia es = que no quepa en la delincuencia formal la imperfección ejecutiva y sus grados de frustración= y tentativa, dándose tan sólo la disyuntiva de consumación o impunidad". En el mismo sentido, Curso de Derecho Penal, Tomo I, pág. 233, Madrid, 1963 (Editorial Revista de Derecho Privado).
- 50.- Antón Oneca, Derecho Penal, I, Parte General, = Madrid, 1949, pág. 410-411.
- 51.- Del Rosal, J. Tratado de Derecho Penal español, Parte General, Volumen II, pág. 323, refiriéndose a los delitos de "expresión" y de "consumación anticipada"; del mismo autor, Principios de Derecho Penal Español (Lecciones), Parte General, Tomo II, Volumen I, Valladolid, 1948, - págs. 578 a 580.
- 52.- Puig Peña, F. Derecho Penal, Parte General I, = 6ª Edición, 1969, pág. 312.
- 53.- Rodríguez Devesa, J.Mª, Derecho Penal español, Parte General, 3ª Edición, 1973, pág. 309.
- 54.- Luzón Domingo, M., Derecho Penal del Tribunal = Supremo, Parte General, Tomo II, 1964, págs. - 49 y 50.
- 55.- Olesa Muñido, F. Estructura de la Infracción Penal en el Código español vigente, 1971, pág. 67.
- 56.- Yañez Román, P. Ponencia citada, págs. 45 y 50.
- 57.- Rodríguez Mourullo, Comentarios al Código Penal, cit., I, págs. 106, 140 y 141.
- 58.- Véase la acertada distinción que hace Olesa, op. cit., pág. 67.

- 59.- Luzón Domingo, op. cit., pág. 50. El mismo -- argumento se utiliza, aunque no expresamente, para los "Tätigkeitsdelikte" por Allfeld, en Alemania (Lehrbuch, 1934, A.T. pág. 192; y, - en Manzini, Trattato, IV, págs. 354-355.
- 60.- Quintano-Ripollés, Nueva Enciclopedia Jurídica, Seix, "delito formal", Volúmen VI, 1954, = pág. 587; véase en este sentido Manzini obra = y páginas cit. en la nota anterior.
- 61.- Op. cit. págs. 410-411.
- 62.- Como dice Olesa Muñizo, op. cit. pág. 67.
- 63.- Comentarios citados, pag. 106.
- 64.- Op. cit. pág. 141.
- 65.- von Hippel, op. cit., II, págs. 408-409.
- 66.- Baumann, op. cit. pág. 491.
- 67.- Maurach, Deutsches Strafrecht, 4ª Edición, == 1971, A.T. pág. 500.
- 68.- Jescheck, Lehrbuch cit. 2ª Edición, pág. 395.
- 69.- von Hippel, op. cit. II, págs. 408-409.
- 70.- Baumann, J., op. cit. pág. 491: "Im Ergebnis == bedeutet das, dass man bei den Tätigkeitsdelik te eher zur vollendeten Straftat gelangt als - bei den Erfolgsdelikte".
- 71.- Listzt se refiere, en realidad, más a los "Polizeidelikte" que a los "Tätigkeitsdelikte" == (Lehrbuch des deutschen Strafrecht, 24ª Edición, 1922, pág. 205; M.E. Mayer, se refiere, ante - todo, a los "Unterlassungsdelikte" (Lehrbuch - cit., 2ª edición, 1923, pág. 348).
- 72.- Baumann, op. cit. pág. 491: "bei denen die Täti gkeit erst begonnen, aber noch nicht voll dur- chgeführt ist".
- 73.- Jescheck, Lehrbuch cit. pág. 395: "...wenn die = Tätigkeit nicht schon mit ihrer Vornahme volle

ndet ist, sondern einen gewissen Zeitraum - beansprucht".

- 74.- Aranzadi número marginal 790; apud. Rodríguez Mourullo, Comentarios I, pág. 140.
- 75.- Véase: Del Rosal, Tratado cit., vol. II (Parte General) pág. 323.
- 76.- Rodríguez Mourullo, Comentarios, I, pág. 140. Véase, además: Puig Peña, Derecho Penal II, - Parte General, 6ª Edición, pág. 277.
- 77.- Manzini, Trattato, cit., IV, pág. 354-355.
- 78.- Véase: Ranieri, Manuale cit., II, pág. 493; -- Contieri, Associazione per delinquere, Foro - Penale, 1955, pág. 438-439; Maggiore, Manuale cit. pág. 363; Manzini, Trattato, IV, pág. -- 354-355. El argumento de Manzini puede encontrarse también en Finger, A.: Lehrbuch des -- deutschen Strafrechts, 1904, I, pág. 315.
- 79.- Finger A., Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 1904, I, pág. 315: "Versuch ist nicht möglich - bei denjenigen strafbaren Handlungen, bei welchen das Gesetz in jeder Ausserung eines auf -- einen Konkreten, normwidrigen Erfolg gerichteten Willens den Tatbestand vollendeten Verbrechens erblickt, also in den Fällen, in welchen das Gesetz ein vollendetes Verbrechen bereits annimmt, wenn der Entschluss, ein bestimmtes Rechtsgut zu verletzen, durch Handlungen - betätigt wird, die den Anfang der Ausführung - des betreffenden Verbrechens noch nicht entlalten... Diese Fälle sind zu unterscheiden von - deren anderen in welchen das Gesetz die Strafe des vollendeten Verbrechens schon einer Tätigkeit droht, die erst auf Herbeiführung eines in Gesetze bezeichneten Erfolges gerichtet -- ist".
- 80.- Köhler, A., Deutsches Strafrecht, A.T. 1917 -- pág. 478.
- 81.- Henneke, G. Zur Abgrenzung der strafbaren Vorbereitungshandlung beim Hochverrat, ZStW, 66, = 1954, págs. 390 a 407: especialmente pág. 398.

- 82.- Lincke, das Delikt des Hochverrates, 1937, =
pág. 47.
- 83.- Liszt-Schmidt, op. cit., 26ª Edición, 1932, I,
pág. 308.
- 84.- M.E. Mayer, Lehrbuch, cit. 2ª Edición, 1923, -
pág. 349-350 y nota 17.
- 85.- Mezger, E., Lehrbuch...cit., 2ª Edición, 1933=
pág. 378.
- 86.- H. Mayer, Strafrecht., A.T., 1967, pág. 145.
- 87.- Mezger-Blei, Strafrecht, 14ª Edición, A.T. I,
pág. 249 (1970)
- 88.- Sauer, W. Allgemeine Strafrechtslehre, 3ª Edi-
ción, 1955, pág. 117.
- 89.- Stratenwerth, G.; Strafrecht, A.T., Die Straf-
tat, 1971, pág. 173-174.
- 90.- Baumann, J, op. cit. 5ª Edición, 1968, pág. 493.
- 91.- Maurach, R.; op. cit., A.T. 4ª Edición, 1971, -
págs. 490 y 526.
- 92.- Schmidhäuser, E.; Strafrecht, A.T., Lehrbuch, 1970
pág. 472.
- 93.- Welzel, H. ; Das Deutsche Strafrecht, 11ª Edi-
ción, 1969, pág. 195.
- 94.- Kohlrausch-Lange, Strafgesetzbuch, 43ª Edición,
1961, pág. 262 (Comentario al parágrafo 81).
- 95.- Leipziger, Kommentar, Strafgesetzbuch, 9ª Edi-
ción, 2ª entrega, 1970, págs. 20 y 21 (comenta-
rio al parágrafo 43).
- 96.- Maurach, op. cit. pág. 490 (A.T.).
- 97.- Unos autores, como por ejemplo H. Mayer, ponen=
en duda que se pueda admitir "conceptualmente" la
tentativa: ésta no sería, en cualquier caso, puni-
ble (op. cit. pág. 145); Liszt-Schmidt, op. cit.
1932, 26ª Edición, pág. 308).

- 98.- Sauer, op. cit. pág. 117: "Versuch des Versuchs ist straflos; ebenso Versuch blosser Vorbereitungshandlungen, die ausnahmsweise strafbar sind".
- 99.- Welzel, op. cit. pág. 195; la misma argumentación en Mezger, Lehrbuch, cit 2ª Edición 1933, pág. 378; Stratenwerth, op. cit. pág. 184: "Zur zweiten kann die Vorbereitungshandlung dann nicht mehr selbständig strafbar sein, wenn der zugehörige eigentliche Angriff auf die Rechtsordnung stattgefunden hat und seinerseits strafbar ist; sonst würde dasselbe Delikt zweimal bestraft, was etwa auf den Vorwurf an den Täter hinausliefe, das Delikt nicht nur begangen, sondern überdies auch noch vorbereitet zu haben: En este sentido, también, Liszt-Schmidt, Lehrbuch, cit, 26ª Edición, 1932, I, pág. 308.
- 100.- Henneke, op. cit., pág. 398.
- 101.- Lincke, op. cit. pág. 47.
- 102.- Finger, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, cit. 1904, I, pág. 315. Vid, nota 94.
- 103.- Allfeld. Ph., Lehrbuch des deutschen Strafrechts, A.T., 9ª Edición, 1934, pág. 191 (notas 26 y 27 y bibliografía allí citada).
- 104.- Wachenfeld, F., Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, München, 1914, pág. 169-170.
- 105.- Von Hippel, Deutsches Strafrecht, 1930, II, pág. - 407.
- 106.- Frank, R. Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 18ª Edición, Tübingen, 1931, págs. 92-93.
- 107.- Olshausen, J., ^AKommentar zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 11ª Edición, 1927, I, - pág. 177, nº 28 (comentario al parágrafo 43).
- 108.- Gerland, H., Deutsches Strafrecht, 1932, pág. 134.
- 109.- Seligmann, E. Delictum sui generis. Berlin, 1920, pág. 56.

- 110.- Merkel, A. Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 1889, pág. 125.
- 111.- Jescheck, Lehrbuch, cit. 2ª Edición, pág. 395: "Der Versuch ist nicht bei den unselbständigen, wohl aber bei den meisten selbständigen Vorbereitungstatbeständen strafbar...".
- 112.- "Mit der Erhebung der Versuchs -oder Vorbereitungshandlung zum selbständigen Delikt ist jedenfalls die rechtliche Möglichkeit des Versuchs gegeben": Wachenfeld, op. cit. pág. 169-170; == Olshausen, op. cit. pág. 177.
- 113.- Von Hippel, op. cit. pág. 407; el problema de == uando el legislador ha elevado a delito actos == meramente "preparatorios", y cuando ha configurado un delito "sui generis", es un problema más "fáctico" que "jurídico", según Wachenfeld, op. cit. pág. 170; Frank, op. cit. pág. 93.
- 114.- Seligmann, op. cit. pág. 53: "...darum trifft das Gegenargument, es gäbe keinen Versuch des Ver== suches gar nicht zu...". El autor caracteriza == estos tipos penales como "Eigentatbestände".
- 115.- "... aus der selbständigen Bedrohung alle entsprechenden Folgerungen zu ziehen sind": Allfeld op. cit. pág. 191.
- 116.- Gerland, H., op. cit. pág. 134: "Werden Vorbereitungshandlungen als Delikta sui generis unter == Strafe gestellt, so sind aus dieser Verselbständigung alle gesetzlichen Konsequenzen zu ziehen. Mithin ist die Versuchsmöglichkeit bei ihnen == selbständiglich zu bejahen".
- 117.- Y una modificación, de segundo orden: se sustituye el término "establecerse", por el de "constituirse".
- 118.- Groizard, El Código Penal concordado y comentado, 1874, III, pág. 280, 281.
- 119.- Su redacción actual dice así: "Cuando los hechos sancionados en el párrafo anterior carecieren -

de gravedad o la asociación no hubiera llegado a constituirse, el Tribunal podrá imponer a los meros participantes la pena inferior en un grado" (conforme a la Ley 44/1971, de 15 de Noviembre).

- 120.- No es fácil de comprender cómo hechos como los descritos en el párrafo tercero del artículo 174.1º puedan "carecer de gravedad", como dice este párrafo cuarto. Es un contrasentido. Admitiendo que esto pudiera ser así, parece injusto que hechos carentes de gravedad se sancionen con penas como las que señala el párrafo 4º, que legalmente pueden ser las mismas que prevé el párrafo tercero. Concediendo este párrafo cuarto al Tribunal "a quo" facultades discrecionales para aplicar la pena atenuada que el mismo establece para los "meros participantes", o las del párrafo tercero, se da el contrasentido de que se pueden castigar legalmente con la misma pena hechos que para el mismo legislador pueden revestir una muy distinta gravedad. Carece de justificación el que se permita imponer la misma pena a un directivo y a un afiliado; o que pueda ser irrelevante el que se haya o no constituido la asociación.
- 121.- Véase, entre otras, las sentencias del Tribunal Supremo de: 12.V. 1956, 19.X. 1956; 16.I. 1960; 12.XII.1960; 12.V. 1965; 8.II.1966; 23.I. 1967, etc.
- 122.- Sentencia de 12.XII. 1960. También, la de 19.X. 1956. La significación del párrafo segundo del artículo 174.1º se examina en los fallos de 19.X.1956 (Aranzadi, nº 3325) y 12.XII. 1960 (Aranzadi, nº 3709).
- 123.- Se ha aplicado en la sentencia de 12.III.1965 (Aranzadi, nº 904): el recurso fue detenido a los seis días de haber pisado suelo español.
- 124.- Muy significativa es la sentencia de 8.II.1966 (Aranzadi, nº 595: Ponente, Quintano Ripollés): "... y sobre todo, porque el procesado era miem

bro del partido en el que se dice ingresó... lo que es bastante para justificar la figura básica de la asociación ilícita...".

- 125.- Aranzadi, nº 143.
- 126.- Antón Oneca, op. cit. pág. 404.
- 127.- González García, V. La asociación para cometer el delito de robo, cit. pág. 12.
- 128.- Yañez Román, P., Ponencia cit. pág. 27 y ss. - También, sentencia de 20.X. 1948.
- 129.- Véase, por todos, Jescheck, Lehrbuch, cit, págs. 414-415: "Die Schwierigkeit besteht dabei darin= zu bestimmen, was und wieviel jeder Beteiligte= für einen wirksamen Rücktritt tun muss".
- 130.- Welzel, op. cit. pág. 199; Maurách, op. cit. 4ª Edición, A.T. pág. 526.
- 131.- Véase, por ejemplo, Barsanti: "Della desistenza- nel reato di associazione di malfattori, ossia di associazione per delinquere", Rivista Penale, - Vol. XXV, 1887, pág. 35 y ss; también Rubeis. A- quel lamenta el que "la mayor parte de las legis- laciones no tienen en cuenta, en conformidad con la opinión de la doctrina, el desistimiento, pro- ducido éste una vez que se ha consumado, jurídi- camente hablando el delito de asociación para de- linquir, esto es, una vez que se ha violado la - objetividad jurídica"; y propugna su admisión en los delitos "formales", acudiendo a la distin-== ción entre "esaurimento" y "consumazione".
- Aunque traduzco por "desistimiento" el térmi- no "desistenza" que emplea Barsanti, no creo de- ba equipararse el "desistimiento" del Derecho a- lemán (Rücktrittvom Versoch) ni al del Derecho - español. Y no es un problema puramente "termino- lógico". Barsanti insiste en que se trataría de- un desistimiento "una vez consumado el delito de asociación ilícita". A mi juicio esto ya no es - "desistimiento" en sentido técnico (no hay desis- timiento de la "consumación" sino de la "tentati- va"). Lo que Barsanti propugna es la creación de

una "circunstancia atenuante", similar al "arrepentimiento" del Derecho español. La tesis de Barsanti se justifica plenamente en el ordenamiento italiano. La redacción de los artículos 56, párrafos 3º y 4º, 114 y 62, nº6 es tal, que podría quedar sin atenuación alguna el comportamiento de quien se limita a apartarse de la asociación.

- 132.- "Auch bei vollendetem Delikt ist ausnahmsweise ein Rücktritt möglich, so wenn der Vollendungszeitpunkt in dem betreffenden Tatbestand besonders früh liegt, und der Täter den Eintritt des eigentlichen Schandens verhindert, wie z. B. bei den kriminellen Vereinigungen (129.VI. Nº 1)...". Jescheck, Lehrbuch cit, 2ª Edición - pág. 412: "Der Rücktritt vom vollendetem Delikt".

Según el parágrafo 129, 6, Nr. 1: "Das Gericht kann die Strafe nach seinem Ermessen mildern oder von einer Bestrafung nach diesen Vorschriften absehen, wenn der Täter... sich freiwillig und ernsthaft bemüht, das Fortbestehen der Vereinigung oder die Begehung einer ihren Zielen entsprechenden Straftat zu verhindern...".

A mi juicio tampoco se trata aquí de una norma específica sobre "desistimiento" si es que así se quiere traducir el término Rücktritt del parágrafo 46 del StGB. Pero ello se explica por la peculiar configuración de éste en el Derecho alemán como "causa personal de alzamiento de la pena" (Jescheck, Lehrbuch, cit., pág. 413), compatible con el delito "consumado".

- 133.- Sobre el desistimiento en la conspiración; véase por todos Rodríguez Mourullo, Comentarios I- págs. 168-169.

VII.- PROBLEMAS CONCURSALES

I.- Introducción

Al examinar, en el Capítulo I, la evolución -- histórica y antecedentes de la asociación para de-- linquir, quedaron ya apuntados algunos problemas de índole concursal; especialmente los relativos a la asociación criminal, asociaciones de carácter masónico y comunista, y bandas y entidades terroristas.

También resalté, entonces, cómo nuestro Código Penal vigente no contiene -a propósito de las asociaciones ilícitas- ninguna cláusula expresa sobre el - concurso de delitos, para el supuesto muy frecuente- de que el miembro -o el directivo- de las mismas lleve a la práctica el plan criminal de la asociación; a diferencia de lo que sucedía con el artículo 339 del Código Penal de 1822 (1), y, en definitiva, con toda una vasta legislación especial sobre bandas, cuadrillas de malhechores y demás formas y manifestaciones de la delincuencia asociada, a la que ya me he referido, que consagraba expresamente el criterio del -- concurso de delitos (2).

Ahora solo me ocuparé de los problemas concursales que se plantean en el seno del Código Penal en - vigor, sin abordar tampoco los que pudiere suscitar- el reciente Decreto-Ley de 27 de Agosto de 1975, sobre prevención del terrorismo.

Dicha problemática es especialmente compleja de bido a las directrices y técnica muy defectuosa de - la Reforma de 1944 (3), lo que influye inevitablemente en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. No fal

tan, desde luego, fallos jurisprudenciales que abordan rigurosamente el problema concursal (4), si bien el criterio de la "pena justificada" (5) y las limitaciones procesales propias del cauce "casacional" condicionan, a menudo, aquél. Podría decirse en este sentido que una vez considerada "ilícita" una asociación pasa ya a un segundo plano la precisa y concreta subsunción de la misma en los respectivos tipos legales (6).

Es muy significativa, por ejemplo, la sentencia de 9 de Diciembre de 1968 (7); dicho fallo, que aborda el problema de la calificación penal de las llamadas Comisiones Obreras, desestima el recurso declarando que dichas asociaciones son "en todo caso ilícitas en base a lo dispuesto en los números 1º, 2º y 3º del artículo 172 del Código Penal, o cualquiera de los cinco apartados del artículo 173", ya que el catálogo de ilicitudes que este último enuncia no es "exhaustivo" sino "meramente ilustrativo". La "ratio legis" de la Reforma de 1944, inseparable de una legislación de signo marcadamente político y que la precedió es, también, otra coordenada clave del sistema español vigente, que el T.S. tiene que considerar y considera. Un fallo, por ejemplo, de 15 de Febrero de 1971 (8) afirma, en este sentido, que "el Código Penal no hace sino trasladar a su peculiar antijuricidad la ilicitud previamente declarada en la normativa general"; y otra sentencia de 25 de Octubre de 1969 (9) fundamenta la no procedencia del nº 4º del artículo 172 respecto a una asociación que funcionaba al margen del ordenamiento jurídico... dado el marcado cariz "político" de la misma, aplicando

en su lugar otro precepto que establece penas más graves. Todos estos condicionamientos, materiales y procesales explican una serie de fallos que no siempre parecen convincentes; por ejemplo cuando se reputan "prohibidas" (determinadas asociaciones) "al amparo del nº 3º del artículo 173", por el mero hecho de ser declaradas "ilícitas" por vía "jurisdiccional" (10); asociaciones irregulares, que se estiman igualmente prohibidas, a pesar de que el propio Tribunal aplica el nº 4º del artículo 172 (11). La "extraña conexión" (12) entre los artículos 172 y 173, fruto de una defectuosa técnica legislativa, lleva consigo el que los tribunales, "a mayor abundamiento", fundamenten la ilicitud de la asociación del caso concreto en una pluralidad innecesaria de tipos penales, invoquen preceptos que luego no aplican (13) o incluso creen "relaciones de especialidad" no siempre evidentes (14), todo ello en perjuicio de la claridad que exige el tratamiento de un problema suficientemente complejo.

Finalidad esencial de este capítulo es concretar las características específicas de la incriminación contenida en el nº 2º del art. 172, a través de la solución de los supuestos concursales que el mismo plantea respecto a los números 1º, 2º, 3º y 4º del art. 172, los cinco nºs del art. 173 y los párrafos 3º y 4º del art. 174.1º. Distingo, para ello, las hipótesis de "concurso de leyes" de los supuestos de "concurso de delitos".

II.- Concurso de leyes

a).- Fundamentación del mismo

En una serie de casos a los que voy a referirme en el apartado b) el eventual concurso de tipos penales es solo "aparentes" ya que por diversas razones, una norma desplaza a la otra u otras. Tres criterios permiten, a mi juicio, fundamentar esta tesis:

1º).- El carácter alternativo de las respectivas causas de ilicitud. El término "alternatividad" -claro está- lo utilizo aquí en otro sentido, porque no se trata de que unos mismos hechos reciban penalmente distintas valoraciones (15), sino más bien todo lo contrario: los cuatro números del art. 172 y los cinco del art. 173 contienen causas fundadoras de la ilicitud de naturaleza muy diferente, pero el legislador equiparó todas ellas a efectos de pena; es decir, reciben una misma valoración; se podría hablar, por lo tanto, de una relación de alternatividad "al revés".= Me refiero, como es lógico al hecho de que una asociación es ilícita, para nuestro Código, tanto si es contraria a la "moral pública" (art. 172.1º), - como si "tiene por objeto cometer algún delito" - (art. 172.2º), o ha sido "prohibida" por la autoridad competente (art. 172.3º), se constituyó al margen del ordenamiento jurídico (art. 172.4º), etc.= etc.,etc.,; del mismo modo, los "fundadores", "di-

rectores" y "presidentes", por una parte, los "meros individuos" de todas estas asociaciones por otra, reciben, respectivamente, las mismas penas -- prescindiendo de cual sea la causa que fundamenta la ilicitud de aquellas. La consecuencia de esta peculiar técnica legislativa, conocida también en otros ordenamientos (16), se traduce -a mi entender- en el siguiente postulado: parece de relevancia la eventual concurrencia a propósito de una -- misma asociación de una pluralidad de causas de ilicitud de la misma; una de ellas -naturalmente-, -- basta para reputar ilícita a la asociación, pero si coinciden varias, esto carece de relevancia penal: no se acumulan. Como es lógico, esto no prejuzga -cual sea el tipo penal aplicable, sino simplemente permite descartar un hipotético concurso de delitos. Dado que se trata de causas fundadoras -de la ilicitud de distinta naturaleza y "ratio legis", los principios de "especialidad", "consumación", "subsidiariedad", etc., etc., decidirán, en cada caso, la norma penal procedente.

2).- El carácter "exhaustivo" de las formas de participación en la asociación criminal. -- Nuestro Código tipifica solo tres formas de intervenir en la asociación ilícita: como "directivo" - (por utilizar la terminología del legislador: "fundador", "presidente", "director"), como "mero individuo", y como "favorecedor". Quiere esto decir -- que solo puede responderse por uno de estos tres - conceptos que, en principio, parecen excluirse: o se responde como "directivo", o como "mero indi--

viduo" o como "favorecedor", pero no caben formas intermedias ni acumular responsabilidades distintas simultáneamente. Este principio, como luego -indicaré es susceptible de algunas excepciones pero vale como criterio general..

El problema -técnicamente- es distinto, = si se producen en momentos sucesivos comportamientos típicos subsumibles en preceptos diferentes: = por ejemplo, el "fundador" que interviene, después de constituirse la asociación, como "mero indivi=duo" de la misma; o el "mero individuo" que es proclamado "director"; o el "presidente" que es relegado a la condición de mero socio. En estos casos, sin embargo, soy partidario de sancionar exclusivamente el comportamiento más grave: en el primero - de ellos en virtud del principio de los "actos posteriores impunes" o, incluso, de la "consunción", = ya que la ley prohíbe "fundar" una asociación ilícita y parece absurdo suponer que en la pena ya es establecida para esta conducta no se haya incluido y desvalorado, al propio tiempo, el comportamiento - de quien permanece en la asociación una vez constituida ésta; lo normal es que el fundador permanezca en la asociación y lo absurdo es castigarle por que la fundó y no se apartó de la misma una vez = conseguidos sus propósitos. En los otros dos supuestos llego a una conclusión semejante que obliga a - entender comprendido en el desvalor del comportamiento castigado por una pena más grave conductas anteriores o posteriores al mismo de menor relevancia.

3.- Inherencia y actos posteriores impunes. -- Por último entiendo que inherentes al comportamiento típico del mero individuo, "fundador" "director", "presidente" de asociaciones ilícitas son otras == tantas conductas que, eventualmente, podrían subsumirse en algún tipo penal, si bien por razón de dicha "inherencia" deben estimarse consumidos o absorbidos por las penas señaladas, en cada caso, a los diversos partícipes en la empresa criminal. No se trata de un problema abstracto, apriorístico, sino de hechos y fenómenos conexos que exigen un minucioso exámen de las características concretas del caso (17), como sucede siempre en las "relaciones de consunción". Me referiré al problema a propósito de las "reuniones" y propagandas ilegales relacionadas con las asociaciones ilícitas.

b).- Supuestos de "concurso de leyes"

1º).- El nº 2º del art. 172 y el nº 4º del mismo artículo.

Difiere claramente la "ratio legis" de ambos -- preceptos. El nº 2º del artículo 172 se refiere al "objeto" social, a los "fines" de la asociación; el nº 4º considera, solo, su "constitución", conforme al ordenamiento jurídico.

En la práctica se presenta frecuentemente el concurso de leyes entre ambas figuras delictivas, ya -- que por lo general la asociación que persigue fines ilícitos no llega a constituirse con arreglo a las normas legales vigentes -ni lo pretende-, y las aso-

ciaciones irregulares o clandestinas suelen tener por objeto la comisión de algún delito o delitos.= Pero esto no sucede de modo necesario. Cabe imaginar el caso de una asociación cuyo objeto es delictivo que busca y consigue una apariencia de legalidad formal, enmascarando sus fines criminales; su constitución -aún fraudulenta- al amparo de la Ley de Asociaciones o de la legislación mercantil, excluirá entonces la aplicación del nº 4º del artículo 172. Lo contrario acontece con asociaciones de fines lícitos que, no obstante, infringen los "requisitos y trámites legales" en su constitución: -tales asociaciones deben reputarse ilícitas, al amparo del nº 4º del artículo 172, aunque su objeto no sea delictivo.

En definitiva, caben tres soluciones:

a'').- La asociación persigue fines lícitos y ajustados a la moral pública, pero se ha constituido irregularmente: procede aplicar el nº 4º del artículo 172.

b'').- La asociación tiene por objeto cometer algún delito, pero ha conseguido constituirse legalmente, ocultando dichos fines: se aplica al nº 2º, del artículo 172.

c'').- La asociación, de fines delictivos, funciona clandestinamente al margen del ordenamiento jurídico; debe aplicarse el nº 2º del artículo 172 -y no el 4º- careciendo de significación su ilegalidad "formal", lógica y natural consecuencia de una "ilegalidad material" que prevalece sobre aquella:="

al mayor desvalor del injusto tipificado en el nº 2º del artículo 172 se añade, pues, lo dispuesto en el artículo 68 del C.P.

El Tribunal Supremo español ha abordado en varios fallos la interpretación del nº 4º del artículo 172 (18) y su doctrina coincide, en esencia, con la expuesta (19). Sin embargo, en ocasiones aplica el nº 4º del artículo 172 cuando, a mi juicio, debía haberse estimado procedente el nº 2º del mismo artículo por razón de la ilicitud de los fines de la entidad criminal (20); lo que no comparto (21), porque de este modo se da paso a una doctrina muy casuística que, tomando como pauta el peligroso criterio de la "gravedad" o "trascendencia" de los hechos concretos, establece una relación de "subsidiariedad" tácita" entre ambos tipos: el nº 4º se aplica solo a aquellas asociaciones que, por su escasa significación política, no se entienden tipificadas en el nº 2º del artículo 172 y en los artículos 173 y 174, prescindiendo de los "fines" de la asociación (números 1º y 2º del artículo 172), de que hubiera sido o no "prohibida" por la autoridad competente (nº 3º del artículo 172), declarada "fuera de la Ley" o de su significación análoga a las anteriores (artículo 173, nº 3º).

Desde un punto de vista de justicia material no cabe duda, sin embargo, que la doctrina referida --que no comparto-- tiene un aspecto positivo ya que el nº 4º del artículo 172 solo castiga a los "dirigentes" de tales asociaciones; pero no parece que sea ésta la "ratio legis" de la norma citada.

2º.- Números 3º y 4º del artículo 172.

Como en el apartado anterior, caben dos supuestos:

a).- Si la asociación es de las "prohibidas por la Autoridad competente", carece de relevancia... su funcionamiento -lógico- al margen del ordenamiento jurídico; el nº 3º del artículo 172 es "lex consumens" respecto del nº 4º del mismo artículo.

b).- Procede aplicar el nº 4º del artículo 172 a toda asociación constituida de forma irregular, aunque no sea de las "prohibidas" por la Autoridad.

La doctrina jurisprudencial no siempre sigue estas directrices. Así, mientras la sentencia de 14 de Octubre de 1969 (22) revive la conocida polémica de los límites entre el "ilícito penal" y el "ilícito administrativo"; y la de 17 de Octubre de 1968 (23) distingue netamente los contornos respectivos del nº 3º y 4º del artículo 172, la tipificación es, con frecuencia, insatisfactoria, subsumiéndose la misma asociación, según los casos, en una u otra norma (24); en alguna ocasión, incluso, llegan a confundirse e identificarse ambos tipos (25).

3.- Asociación criminal, asociación "prohibida" y asociación "declarada fuera de la Ley.

El concurso es solo "aparente", porque cabe la delimitación de los respectivos tipos.

El nº 2º del artículo 172 declara ilícita las a-

sociaciones que tengan por objeto cometer algún "delito"; el nº 3º del mismo artículo exige, tan solo, que la asociación se haya "prohibido" por la Autoridad; y el nº 3º del artículo 173 se refiere a asociaciones que se han "declarado fuera de la Ley", o son de naturaleza "análoga" a las anteriores. La ilicitud responde, pues, a causas distintas y su alcance es, también, diferente. - No toda asociación que persigue objetivos "criminales" (art. 172) ha de encajar en el nº 3º del artículo 172 o en alguno de los que describe el artículo 173: una asociación que tenga por objeto, por ejemplo, cometer delitos de "estafa" solo podrá tipificarse con arreglo al nº 2º del artículo 172, porque no son estas clases de entidades - las que se "prohiben" o "declaran fuera de la Ley". Respecto a éstas no se presenta problema concursal alguno.

Pero lo mismo sucede o puede suceder con las asociaciones prohibidas y declaradas fuera de la Ley: basta con que la asociación del caso concreto se encuentre recogida en los catálogos de asociaciones de aquel carácter para que se repunte ilícita, aunque no tuviere por objeto cometer algún delito. El tipo no exige esto último y es lógico - porque en otro caso hubiera sido suficiente el nº 2º del artículo 172. La incriminación del nº 3º - del artículo 172 y la de los cinco números del artículo 173 tienen un fundamento distinto al del nº 2º del artículo 172, no es la "finalidad" u "objeto" criminal de la asociación, sino la mera inclu-

sión de ésta en unos catálogos de asociaciones -- prohibidas o la semejanza con éstas.

Es claro que ninguna asociación podrá -- reputarse ilícita, sin embargo, con arreglo al -- nº 2º del artículo 172 por su analogía con otras -- asociaciones que "tuvieren por objeto cometer algún delito".

En la práctica ambas incriminaciones == guardan estrecha relación, porque lo normal es == que la asociación "prohibida" tenga por "objeto"= cometer algún "delito"; lo que no significa --claro está-- que por esta razón se hayan prohibido, -- ni que venga exigida tal finalidad por el nº 3º -- del artículo 172. Considero, por ello, que una eventual concurrencia de ambos tipos, ha de resolverse en favor del nº 3º del artículo 172, care== ciendo de relevancia el que la asociación tenga -- por objeto cometer algún delito, si es de las incursas en el nº 3º del artículo 172. El nº 2º de éste ha de entenderse reservado para aquellas asociaciones que, teniendo por objeto cometer algún delito, no figuran entre las que se han "prohibido" (relación de subsidiariedad tácita).

4.- El párrafo tercero del art. 174.1º

El párrafo tercero del artículo 174.1º se refiere a las asociaciones mencionadas en los números 1º, 2º y 3º del artículo 172 y en el artículo 173., que tuvieren por objeto"... la subversión -- violenta, la destrucción de la organización política, social, económica o jurídica del Estado, el

ataque a la integridad de sus territorios, la seguridad nacional o el orden institucional". Las penas que el mismo establece son notoriamente más graves que las previstas para los miembros y directivos de las restantes asociaciones en el n^o 1^o -- del artículo 174 y el n^o 4^o del artículo 175.

Por lo tanto el párrafo tercero del artículo 174.1^o, es un tipo penal "agravado", por razón de los fines de la asociación, y "ley" especial que desplaza y excluye la aplicación del n^o 4^o del artículo 175 y el 1^o del propio artículo 174, siempre que tales fines de subversión encajen en alguna figura concreta de delito prevista en el ordenamiento penal.

En este sentido, una sentencia de 23 de Enero de 1967 del Tribunal Supremo, fundamenta la aplicación del párrafo tercero mencionado en el artículo 68 del Código Penal (26), como "ley especial", caracterización que había sido discutida e impugnada en el recurso.

No obstante, creo no puede afirmarse, sin más, que el párrafo tercero del artículo 174.1^o es ley "especial" respecto al n^o 2^o del artículo 172. Dos argumentos obligan a hacer esta salvedad. En primer lugar, uno de carácter histórico, y es que dicho párrafo tercero nace con la Reforma de 1944: lógicamente debe referirse tan solo a las asociaciones ilícitas que ésta introduce, y no a las figuras delictivas preexistentes, como las del n^o 2^o

del artículo 172, que son de diversa naturaleza y significación. En segundo lugar, otro puramente dogmático: el término "delito" del n.º 2.º del artículo 172, es mucho más estricto y preciso -- que el catálogo de "fines específicos" que cualifican el ilícito del párrafo tercero del artículo 174.1.º; este no exige, necesariamente, que los fines y objetivos de la entidad criminal sean -- subsumibles en una concreta figura delictiva, y -- que "además" revistan una especial gravedad, sino simplemente que aquella tenga por objeto alguno -- de los que se expresan. Falta, pues, la indispensable "zona común" entre los dos tipos, que caracteriza a toda relación de "especialidad" (27).

Solo si, en el caso concreto, la asociación -- tiene por objeto cometer algún delito (n.º 2.º art. 172), pero sus fines específicos o modos de actuación permiten tipificarla con arreglo al párrafo -- tercero del artículo 174.1.º, deberá entonces aplicarse este último, como "ley especial". De lo dicho puede deducirse que, en casos límite, el precepto examinado conduce a consecuencias difíciles de justificar. Los directivos y meros partícipes -- de las asociaciones que tengan por objeto cometer delitos de la máxima gravedad, pero no subsumibles en el párrafo tercero del artículo 174.1.º -- lo que -- es perfectamente imaginable y posible -- son castigados al amparo del artículo 174.1.º y 175.4.º, con relación al n.º 2.º del artículo 172, con penas mucho --

más benévolas que las previstas para los mismos en el párrafo tercero del artículo 174.1º, a pesar de que los fines de las asociaciones a que este último se refiere pueden no encajar en figuras delictivas concretas, o, en todo caso, revestir una menor gravedad.

Una vez más ha olvidado el legislador, a mi juicio, el nº 2º del artículo 172, sobrevalorando la protección de determinados bienes jurídicos que no tienen por qué considerarse dignos de una más severa tutela.

En definitiva, el párrafo tercero del artículo 174.1º es ley especial respecto al número 3º del artículo 172 y a los cinco números del artículo 173; cuando la asociación concreta tuviere por objeto cometer algún delito (supuesto normal), lo es también con relación al nº 2º del artículo 172; en todo caso la eventual coincidencia en una misma asociación de varios de los fines a que se refiere el catálogo descrito en este párrafo tercero del artículo 174.1º carecería de repercusión a efectos concursales: también en esta figura delictiva se describen alternativamente.

5.- Artículo 172.4º y artículo 174.1º, - párrafo segundo.

Solo aparentemente puede presentarse una hipótesis concursal entre ambas figuras delictivas, de fácil delimitación.

Es cierto que ambas sancionan a los "directivos" de ciertas asociaciones -el comportamiento del "mero individuo" es impune- y que contemplan e inciden sobre la fase "constitutiva" de aquellas.

Debe observarse, sin embargo, que el párrafo segundo del artículo 174.1º versa sobre "asociaciones" (?) que "no hubieran llegado a constituirse", mientras que el nº 4º del artículo 172 presupone la efectiva constitución de la asociación, si bien contra lo dispuesto o al margen de lo ordenado en la normativa legal sobre la materia. Además, el párrafo segundo del artículo 174.1º alcanza solo a las asociaciones mencionadas - en el artículo 173 y en los números 1º, 2º y 3º - del artículo 172, pero no a las descritas en el nº 4º del artículo 172. Es, pues, ley "especial" solo respecto a las primeras.

6.- Párrafo segundo y cuarto del artículo --
174.1º.

Ambas normas se refieren a asociaciones ilícitas que no han llegado a constituirse pero - con arreglo a la primera solo responden entonces - los "presidentes", "directores" y "fundadores", - mientras que la segunda declara también punible = la conducta del "mero afiliado". El párrafo segundo del artículo 174.1º es solo aplicable a las asociaciones "comprendidas en el artículo anterior

y en los n^{os} 1^o, 2^o y 3^o del artículo 172"; el párrafo 4^o, por el contrario, es "ley especial" respecto a las asociaciones previstas en el párrafo 3^o del propio artículo 174.1^o. El concurso, es, pues, aparente.

7.- El artículo 174, n^{os} 1^o y 2^o y el n^o 4^o del artículo 175.

Según se ha visto, las responsabilidades a título de "mero individuo", "director", "presidente"... , en principio, se excluyen recíprocamente (28). Falta por precisar, ahora, cuál es el precepto que prevalece caso de un eventual concurso entre alguna de estas normas.

a'').- Por lo que se refiere al n^o 1^o del art. 174 (concretamente al comportamiento de los "directores" y "presidentes"), y al 4^o del artículo 175, ("meros individuos") la jurisprudencia del Tribunal Supremo parece partidaria de mantener la existencia de una "relación de subsidiariedad tácita". Ahora bien los términos de la misma varían según los fallos: mientras unos afirman que el n^o 4^o del artículo 175 es ley subsidiaria respecto al n^o 1^o del artículo 174, otros afirman precisamente lo contrario. El problema ya se analizó al contemplar la delimitación de los comportamientos del "directivo" y del "mero individuo" en la jurisprudencia española (29).

En la doctrina italiana, sin embargo, parece propugnarse en estos casos la relación de "espe-

cialidad" (30), basándose en el argumento de -- que tanto el "mero individuo" como el "directivo" tienen en común el formar parte de la asociación, siendo la específica responsabilidad del último la que convertiría al 174.1º en ley especial respecto al 175.4º. No tengo inconveniente en aceptar esta tesis.

b'').- En cuanto al nº 2º del artículo 174 parece obvio que, en principio, es ley subsidiaria tácita respecto al nº 1º del artículo 174 -- y al nº 4º del 175; esto es: persigue la incriminación de ciertos comportamientos en tanto y cuanto no vengán ya sancionados en el nº 1º del art. 174 o en el 4º del art. 175.

8.- Asociaciones "prohibidas" y asociaciones "declaradas fuera de la Ley".

El nº 3º del artículo 172 y el nº 3º del artículo 173 se excluyen recíprocamente (concurso de leyes); pero queda por determinar cuando procede la aplicación de un tipo y cuando la del otro.

El problema viene resolviéndose por los Tribunales en favor del nº 3º del artículo 173 que -- por su mayor amplitud permite declarar ilícita una asociación por vía jurisdiccional, sin más exigencias que la analogía o semejanza de la misma -- con otras asociaciones declaradas fuera de la -- Ley (31).

La relación entre ambos preceptos no es fácil de explicar. Proceden de la reforma de 1944, pero --

solo el segundo de ellos tiene su origen en la Ley de Seguridad del Estado. En principio, parece que la intención del legislador fue reconducir al Código Penal la ilicitud de ciertas asociaciones, partidos y grupos que había sido sancionada en una legislación extrapenal "ad hoc":= y en ésta, ciertamente, se utilizan las fórmulas "prohibidas" y "declaradas fuera de la Ley", con relativa (32) autonomía conceptual.

A mi juicio, el nº 3º del artículo 172 no es más que una declaración genérica que se concreta en los cinco números del artículo 173, de modo que la alusión al "artículo anterior" de este último debe suponerse referida al nº 3º del art. == 172, y no al artículo 172 en bloque (33). Algún fallo jurisprudencial así lo ha entendido -y creo que con acierto (34), por varias razones. En primer lugar, por exclusión: porque difícilmente podrán reconducirse a los números 1º, 2º y 4º del == artículo 172 los diversos supuestos legales contemplados en el artículo 173. ^En segundo lugar, - porque -desde un punto de vista histórico- tanto= la "prohibición" como la declaración de que una - entidad o grupo se halla "fuera de la Ley" son == sanciones que aparecen íntimamente unidas y relacionadas. Por último, porque de no ser así, carece de todo sentido el nº 3º del artículo 172; en= efecto, si por "prohibidas por la Autoridad competente" se entiende: asociaciones que fueron en su momento prohibidas, queda automáticamente supera-

do por el nº 3º del artículo 173 (35); y si se interpreta este término en el sentido de una cláusula de "autorización" para declarar ilícitas ciertas asociaciones, sucede lo propio o faltan las directrices indispensables de fondo, forma y procedimiento para su puesta en práctica (36).

Propugno, en consecuencia, la supresión de este nº 3º del artículo 172 que ha quedado rebasado por el mismo número del artículo 173. No tiene sentido en nuestro Derecho la polémica sobre cuales son las asociaciones declaradas fuera de la Ley y cuales las prohibidas -y, en todo caso quien y como puede declarar ilícita una asociación -desde el momento en que el nº 3º del artículo 173 autoriza al juez a hacerlo. No existe en el ordenamiento jurídico español un sistema de catálogo cerrado que exija este examen (37).

9.- El art. 173.5º.

El nº 5º del art. 173, en puridad, no debe plantear problema concursal alguno; es un precepto superfluo. Primero, porque no existen formaciones militares "prohibidas" expresamente por las leyes" (38); en segundo lugar, porque de suceder lo contrario, la ilicitud se fundamentaría simplemente en las leyes que declarasen prohibidas tales asociaciones o -en su caso- en los números 3ºs de los artículos 172 y 173, sin necesidad de acudir a una norma penal específica si con ella

-como sucede con el nº 5º del art. 173- no se establece una penalidad privativa de esta clase de asociaciones. Procede desde luego, la supresión de este precepto.

10.- El nº 1º del artículo 172.

No es fácil imaginar el campo de aplicación que queda reservado a esta figura delictiva después de la reforma de 1944. Históricamente apareció como norma tácitamente subsidiaria respecto al hoy nº 2º del artículo 172; pero con la reforma de 1944 se incorporan una serie de figuras delictivas que limitan al máximo el virtual campo de acción de este nº 1º, del art. 172. Entiendo que sigue siendo ley tácitamente subsidiaria solo respecto al nº 2º del art. 172 -si bien- no creo pueda aplicarse efectivamente más que a propósito de hechos relativos a la moral sexual, no "delictivos" si se emprenden individualmente, pero que fundamentarían la ilicitud de una asociación al formar parte de unas metas que se persiguen de manera organizada.

III.- Concurso de delitos

a).- Fundamentación del mismo

He mantenido que el tipo de la asociación para delinquir no exige que el "mero partícipe", el "directivo" o el "favorecedor" intervengan en la ejecución del programa delictivo. El tipo se consume por el mero hecho de ostentar la condición de "mero individuo", "director", "presidente"...=

de la asociación, aunque no llegaran a cometerse los delitos proyectados por éstos no participan aquellos en los mismos. Esto significa que, en principio, toda conducta delictiva de quienes ya responden como miembro o dirigentes de la asociación criminal puede dar lugar a una hipótesis de concurso de delitos, siempre que aquella no deba reputarse ya comprendida o inherente al comportamiento típico del "mero individuo", "director", "fundador", etc. etc. (inherencia, consunción, hechos posteriores impunes).

Esta tesis del concurso de delitos es dominante en la literatura científica (39) con la excepción de algún autor alemán que propugna la fórmula del "concurso ideal"; y es que, evidentemente (40), responde a la naturaleza y estructura de estas figuras delictivas y a las exigencias de política criminal. En efecto, no puede merecer la misma calificación penal la conducta de quien se limita a afiliarse a una asociación realizando los comportamientos propios de todo "socio" -conducta ya punible al amparo del nº 4º del artículo 175 que la de quien, además, interviene de modo activo en la ejecución de los delitos planeados por la sociedad criminal. El tipo no solo no exige esto último, sino que prescinde en absoluto de la eventual "actividad" delictiva del afiliado, que, por lo tanto, no ha sido desvalorada; si a esto se añade que las penas resultantes de los delitos en cada caso cometidos, pueden ser inferiores a las previstas para quien se limitó a actuar co-

mo socio o directivo sin tomar parte en la ejecución de aquellos, el criterio que propugno -- del concurso de delitos impide el doble absurdo de equiparar penalmente a quien solo actuó como socio sin participación alguna en la posterior actividad delictiva de la asociación con el que además delinquirió, y el que se pueda legalmente primar a éste último con un tratamiento privilegiado si los delitos llegan a ejecutarse.

b).- Supuestos de concurso de delitos.

Pueden señalarse los siguientes:

1º).- Participación simultánea en asociaciones ilícitas.

En el caso de quien interviene como directivo, por ejemplo, de una asociación ilícita y como "mero afiliado" de otra de igual carácter, pero distinta. Evidentemente, debe exigirse, una absoluta independencia y autonomía entre ambas sociedades criminales, lo que no sucede cuando son tales los vínculos de jerarquía, dependencia o cooperación que las une que de la participación en una de ellas se sigue, de modo automático, la pertenencia a la otra (41).

Distintos son los supuestos de participaciones sucesivas -y por distintos títulos- en la asociación criminal; el "mero individuo", por ejemplo, que es promovido al cargo de "director"; o el "director" o "presidente" destituido, que permanece -

después en la asociación como "mero individuo"; o el "fundador" que continúa en la empresa delictiva, una vez constituida ésta. En todos estos casos, sin embargo, he descartado ya el -- concurso de delitos por las razones anteriormente citadas (inherencia, consunción, hechos posteriores impunes, etc).

2º).- Participación en la elaboración y ejecución del programa delictivo de la sociedad criminal.

Me refiero al miembro de una asociación ilícita que participa de algún modo en la elaboración o ejecución del programa criminal. A mi juicio debe apreciarse el concurso de delitos. El socio o el directivo de la asociación responderán al amparo del nº 4º del artículo 175 o del 1º del artículo 174, en concurso con la responsabilidad en que hubieren incurrido con arreglo al grado de participación de los mismos en los delitos cometidos. La responsabilidad inicial, a título de asociación ilícita, no desaparece consumida por la que resulte del delito posteriormente ejecutado -como sucede con la "conspiración"- pues ello sería particularmente arbitrario (42) desde el momento en que las penas previstas para el partícipe o el directivo de la asociación no se han establecido en función de la gravedad del delito que se supone prepararía ésta, sino en base a un abstracto grado de participación en la organización criminal. Esto no significa, claro está, que el miembro de una asociación

- y por el mero hecho de serlo- se hace enton-
ces responsable de los delitos ejecutados por o
tros miembros o incluso por terceros, sin su --
participación en los mismos, lo que entrañaría=
un grave atentado contra el dogma de la respon-
sabilidad por el "hecho" y contra las exigen-==
cias de la "culpabilidad" penal; antes bien, di
cha responsabilidad deberá aquilatarse con la -
normativa del Código sobre participación crimi-
nal que no se vé en absoluto afectada. La tesis
de un sector de la doctrina italiana, partida==
ria del concurso de delitos -sin más- cuando --
los hechos delictivos planeados por la asocia-
ción se lleven a cabo (43) requiere esta preci-
sión: ni el socio responde de los delitos en cu
ya ejecución o preparación no ha intervenido, por
el hecho de pertenecer a la asociación, ni el -
extraño responde como miembro de la misma por=
tomar parte en la ejecución o preparación de --
éstos.

Con estas puntualizaciones necesarias --
propugno el concurso de delitos:

a'').- Si el mero individuo o el directi-
vo de una asociación ilícita "conspira" con o-==
tros para ejecutar el delito o delitos programa-
dos por aquella.

Responde, entonces, por el nº 4º del artí-
culo 175 o el 1º del artículo 174 en concurso --
con "conspiración" del delito cuya ejecución se=
ha resuelto. Con buen criterio se ha resaltado, =

en este sentido, que la asociación es una "fuente de conspiraciones" (44).

b'').- El miembro de una asociación que participa en la ejecución de los delitos programados.

Responde a tenor del nº 4º del artículo 175 o el 1º del artículo 174 en concurso con el delito cometido según su grado de participación en el mismo y distinguiendo según el delito haya llegado a consumarse o no (45).

c'').- El miembro de una asociación ilícita que propone o provoca a un tercero la comisión de algún delito (46).

3.- Favorecimiento económico o de cualquier clase prestado por el miembro de una asociación a ésta.

Se trata, de un supuesto excepcional de concurso de delitos, ya que el nº 2º del art. 174 - está pensado para el extraño a la asociación que de algún modo favorece su "fundación", "organización" o "actividad", y no para el "miembro de la misma" ("fundador", "organizador", "mero individuo"), quien, por el mero hecho de serlo, necesariamente la "favorece" (relación de subsidiariedad tácita, en el primer caso: de "consunción" - o "inherencia", en el segundo).

Cabría admitir, sin embargo, el concurso de delitos a propósito del "mero individuo" de la a-

sociación criminal, que contribuye a la misma con una portación de especial relevancia, perfectamente distinta y diferenciable de la que pueda esperarse del mero socio de aquella. Dado que el comportamiento "típico" del "mero individuo", en nuestro Código, se agota en la pura "afiliación" (no es necesaria conducta activa alguna para que se consume) pero que ésta no convertiría automáticamente al mero individuo en "director" o "presidente", es lógico -- plantear entonces el eventual concurso de delitos. El problema -como todos los que exigen una valoración concreta y circunstanciada- es muy complejo: no puede afirmarse "a priori" -- cuando debe estimarse el concurso de delitos y cuando el de leyes (consunción, inherencia), - pero -como hipótesis excepcional- admito el -- primero también. Ni razones de justicia material ni consideraciones de política criminal - creo puedan oponerse a esta solución.

..
4.- Miembros de la asociación que in-
curren en responsabilidad criminal
a tenor de lo dispuesto en los nú-
meros 2º y 3º del artículo 175 y -
en el artículo 176.

El concurso tiene en estos casos fácil justificación, porque la "ratio legis" de los delitos previstos en los números 2º y 3º del artículo 175 y en el 176 no es otra que el sancionar a

quienes impiden a la Autoridad el ejercicio de ciertas potestades que las leyes le otorgan, o la simple desobediencia a la misma, hechos ajenos y distintos de la responsabilidad en que incurren quienes participan de algún modo en una asociación ilícita.

Son hechos conceptual y jurídicamente distintos que, si concurren, merecen sanción independiente.

5.- Asociación para cometer el delito de "robo". Su problemática.

La asociación para cometer el delito de "robo" no debe plantear problemas concursales específicos, pues carece de peculiaridades que la distingan de las demás asociaciones que el n^o 2^o del artículo 172 reputa ilícitas. Como toda asociación que "tiene por objeto cometer algún delito" se rige con arreglo a los principios antes expuestos (47).

Distinto parece ser el caso de la llamada "a asociación transitoria", de la "mera asociación... de tres o más personas para cometer el delito de "robo", a pesar de que el artículo 513 que la contempla dispone "se estimará comprendida en el número segundo del artículo 172. En efecto, esta última se ^{ha} equiparado por la doctrina jurisprudencial a la "conspiración para delinquir" (48), de modo que si sus miembros llegan a ejecutar el de-

lito de robo a cuyo fin se asociaron "transitoriamente" solo responderán por éste.

La tesis jurisprudencial responde fielmente a la naturaleza de estas mal llamadas "asociaciones", y a los antecedentes y "ratio legis" del art. 513, pero sus resultados no son siempre == satisfactorios.

En efecto, la remisión del artículo 513 al número 2º del nº 2º del artículo 172 es desafortunada, porque desconoce la distinta estructura y tratamiento penal que reciben en nuestro derecho la "conspiración" y la "asociación", intentándose sin éxito someter la primera al régimen peculiar de ésta última. Compárense, por ejemplo, los artículos 52, 174.1º y 175.4º; si el delito de robo no llegó a ejecutarse, el artículo 513 exige acudir a las penas establecidas en el nº 4º del artículo 175 y en el 1º del artículo 174 para los meros individuos y directivos de la asociación descrita en el nº 2º del artículo 172, respectivamente. Pero se olvida que las penas se establecen entonces en función del grado de participación del asociado, a diferencia de lo que sucede con la conspiración para delinquir, en la que los conspiradores se encuentran en un plano de igualdad y las penas se determinan exclusivamente en proporción a la gravedad del delito proyectado, sin más distinciones. La consecuencia es obvia: en el caso de una asociación transitoria de tres personas para robar -delito que no llegan a ejecutar- el juez ha de decidir, sin a-

poyo legal alguno, si procede aplicarles el nº 4º del artículo 175, o el 1º del artículo 174; es decir, si deben ser condenados como "meros partícipes" o como "directivos" de la supuesta asociación (49).

La doctrina jurisprudencial ha experimentado un giro profundo con la sentencia de 21 de junio de 1971 que aplica el nº 1º del artículo 174 a dos de los componentes de la asociación transitoria, y el nº 4º del artículo 175 al tercero de ellos (50).

El problema se plantea en términos semejantes en el caso opuesto, es decir, en el de la asociación "transitoria" para cometer el delito de robo, cuando dicho delito llega a ejecutarse y la asociación cuenta con un número elevado de miembros que permite suponer la diversa participación de éstos y un desigual reparto de papeles, en la misma. Resulta entonces que todos ellos responden por igual, como autores de dicho delito, en virtud de la conocida tesis jurisprudencial del "acuerdo previo", prescindiendo del papel que hubieran desempeñado en la asociación lo que supone una prima para los dirigentes de la misma y un trato de desfavor para los meros a sociados.

Finalmente, el artículo 513 da lugar a un supuesto de gran interés que debe destacarse. Si quienes se asociaron transitoriamente para robar,

ejecutan el delito de robo tipificado en el párrafo primero del artículo 501.5º, reciben entonces una pena inferior que la que hubiera correspondido a los directivos de esta misma asociación si el delito citado no llega a cometerse. Esta inexplicable consecuencia del criterio de la consunción supone un aliciente para la llevada a término del delito proyectado y una prima injustificada para los directivos de estas asociaciones "transitorias".

IV.- La asociación para delinquir y los delitos de reunión no pacífica y propagandas ilegales.

La constitución de toda sociedad -lícita o ilícita- y su propio funcionamiento normal requieren una serie de actividades de promoción, impulsión, organización y difusión. Sin ellas no sería posible la vida asociada.

Examino ahora cómo debe valorar el ordenamiento penal estas actividades conexas con el fenómeno asociativo.

a).- Asociación ilícita y reunión no pacífica

Deben distinguirse, a mi juicio, tres supuestos según la naturaleza y fines de la reunión:

1.- Reunión que tiene por objeto constituir una asociación ilícita.

No cabe duda que dicha reunión debe reputarse "no pacífica", como todas aquellas que se celebran "con el fin de cometer alguno de los delitos penados en la Ley" (art. 166.3º), y lo es el "fundar" una asociación ilícita (art. 174.1º).

Pero de ello no resulta el concurso de delitos, sino el de leyes, porque la reunión celebrada con este exclusivo fin fundacional no es más que un acto "preparatorio", o, incluso, una de las actividades que han de considerarse propias e inherentes a toda labor "fundacional".

A su vez, cabe diferenciar dos supuestos, según que la asociación llegue o no a constituirse:

a'').- Si la asociación llega a establecerse, entiendo que la efectiva constitución de la sociedad criminal consume el previo delito de reunión no pacífica, que no hizo sino preparar aquella (51). Los directores y promovedores de la reunión serán castigados con arreglo al nº 1º del artículo 174, es decir, como fundadores de la asociación. Las penas son ligeramente más graves que las que hubieran correspondido a aquellos por promover o dirigir una reunión ilícita, como puede comprobarse con una simple comparación de los artículos 174.1º y 167 (52), lo que me parece lógico pues en este caso se comete el delito a cuyo fin se celebró la reunión.

Descarto, sin embargo, la solución del concurso de delitos porque, sancionando el nº 1º del

artículo 174 a los "fundadores" de una asociación, es decir, a quienes "fundan" una asociación, deben entenderse comprendidos en dicho término "fundar" todos aquellos comportamientos dirigidos a tal fin, entre otros la celebración de reuniones fundacionales. La Ley prohíbe un resultado, pero no especifica ni determina los medios con que puede conseguirse.

El concurso de leyes entre el nº 1º del artículo 174 y el artículo 167 podía resolverse también en favor del primero invocando la relación de "especialidad". La argumentación, sería la siguiente: reunirse para cometer un delito es un comportamiento tipificado en el artículo 166.3º y las penas previstas para los directores de tales reuniones no pacíficas se establecen en el artículo 167; reunirse, sin embargo, para "fundar" una asociación ilícita y "fundar" dicha asociación, es un delito previsto en el nº 1º del artículo 174 - con relación al nº 2º del artículo 172. Este último tiene señaladas penas más graves, y excluye por razón de su especialidad al artículo 167.

Considero, por último, irrelevante el que el "fundador" de la asociación permanezca o no en ésta, una vez conseguida su constitución. Ciertamente que el fundador es castigado porque "fundó" la sociedad criminal, por este solo hecho perfectamente compatible con cualquier otra aportación posterior del mismo a la asociación. Pero no parece sea lógico exigir de éste se retire al terminar con-

éxito su obra. Me inclino, por el contrario, a calificar su permanencia en la asociación como un "acto posterior impune",

El problema se plantea respecto al mero "asistente" a la reunión fundacional, ya que el -- buen sentido impide se le considere como "fundador" de la asociación constituida. Descartada la aplicación del nº 1º del artículo 174 queda por resolver si procede estimar el nº 4º del artículo 175, o el artículo 169. La tipificación carece de consecuencias prácticas, porque la pena es la misma en ambos casos. A mi juicio, debe aplicarse el primero si los asistentes a la reunión, una vez constituida la asociación, se incorporan a la misma, como afiliados. En otro caso, el -- 169.

b'').- Más complejo es el problema concursal si la asociación no llega a constituirse.

Concurrer, entonces, aunque de modo aparente, el párrafo segundo del artículo 174.1º y los artículos 167 y 169. El primero castiga a los directivos -fundadores, directores y presidentes- de a sociaciones que no hubieren llegado a establecerse: los meros "individuos" quedan impunes. Los ar tículos 167 y 169 sancionan, respectivamente, a los promovedores o directores y meros asistentes de reuniones no pacíficas y lo son, como en este caso, las que se celebran para cometer el delito de "fundar" una asociación ilícita.

El concurso de leyes lo resuelvo a favor - del n^o 1^o del artículo 174, párrafo segundo, y creo pueda justificarse el régimen penal privilegiado que de esta tipificación resulta.

El párrafo segundo del artículo 174.1^o es, a mi entender, ley "especial" respecto a los artículos 167. y 169: un tipo "privilegiado". Y ello, por dos razones. La primera, porque éstos se refieren a la reunión que tiene por objeto cometer cualquier delito, pero no específicamente el de constituir una asociación. La segunda - porque solo el párrafo segundo del art. 174.1^o - contempla el supuesto de que la asociación no - llégue a constituirse, no previsto en la genérica formulación del artículo 166.3^o. Esta última determina el régimen doblemente privilegiado que establece el párrafo segundo (53), no obstante, = paradójico.

2.- Reuniones "domésticas".

Me refiero a toda una rica gama de actividades que tienen en común el discurrir en el ámbito interno de la asociación; reuniones, ante todo, que se celebran en los locales sociales, con asistencia de los miembros de aquella y que constituyen el soporte básico de la propia vida de la entidad.

Es incuestionable, a mi juicio, que reuniones que no excedan este cauce puramente interno, =

no deben dar lugar a problema concursal alguno. Son inherentes a la actividad propia de toda asociación, y, por lo tanto, el desvalor de las mismas está ya comprendido en el desvalor de la asociación que se reputa ilícita. La eventual realización de estos delitos queda consumida -- por las penas que para los directivos y meros a filiados de la asociación disponen los artículos 174.1º y 175.4º, respectivamente, ya que, inherente al comportamiento típico que se espera de todo miembro de la asociación es el participar en estas actividades sociales.

3.- Reuniones dirigidas al planeamiento o ejecución del programa criminal de la asociación.

Se trata ahora de reuniones que no se orientan a la constitución de la entidad criminal ni a dar cauce a la vida "corporativa", sino que preparan o ejecutan el propio calendario criminal de la asociación, su "actividad delictiva".

Las reuniones son, en estos casos, delitos independientes del de asociación porque se identifican con la misma "actividad" delictiva de ésta; se producen una vez consumado el tipo del nº 2º del artículo 172. Los miembros de la asociación responderán, en consecuencia, como directivos o meros partícipes de una sociedad criminal --según los casos-- en concurso con el delito de reunión -

no pacífica de acuerdo con la intervención que - en ésta hubiesen tenido que puede no coincidir - con el rango que ocupen en la asociación; el "director" de la asociación podría responder, en su caso, como mero asistente" a una "reunión no pacífica": y un "mero individuo de aquella, como - "director" de la "reunión".

b.- Asociación ilícita y propaganda ilegal (54).

Cabe, también, distinguir tres supuestos:

1.- Propaganda "constituyente".-

Es la propaganda difundida al objeto= de promover la constitución de una sociedad criminal, tipificable, por lo tanto, en el artículo == 251, pero que merece un tratamiento específico == por su necesaria conexión con el delito de asociación ilícita. En efecto, se trata de una serie de actividades que preceden cronológicamente a la == fundación de la empresa criminal y que van orientadas exclusivamente a este fin.

Distingo, igualmente, dos hipótesis:

a.- Si la asociación llega a constituirse.

Si la asociación llega a constituirse -y par to de la relación de causalidad entre la propagan da ilícita difundida y la constitución de la socie dad criminal (55)-, procede aplicar entonces el nº 1º del artículo 174, que consume la eventual res ponsabilidad derivada del artículo 251.

Los autores de esta clase de propaganda - serán castigados como "fundadores" de la asociación, y no por el delito de "propaganda ilegal", o por éste en concurso con el de asociación ilícita. La razón estriba en las penas que establecen los artículos 251 y 174.1º (56). Este último sanciona la "fundación" de una sociedad criminal, y es claro que en la "actividad" fundacional o de promoción se comprende, desde luego, la "propagandista" ordenada a este fin. Pero también -- es evidente que aquella no se agota en la mera difusión de propaganda, por lo que sería inadmisibles que quien se limita a difundir propaganda para constituir una asociación pudiera ser castigado con una pena más grave que el propio fundador de la asociación efectivamente constituida - (57).

b).- La asociación no llega a establecerse.

La propaganda ilícita difundida con objeto de fundar una asociación que no llega a constituirse plantea un problema de concurso de leyes entre el artículo 251 y el párrafo segundo del artículo 174.1º.

Aquel sanciona la propaganda "in genere". Este, a los "fundadores" de una asociación que no llega a constituirse.

Considero que el párrafo segundo del artículo 174.1º es "ley especial" configurador de un tipo privilegiado, pues, a diferencia del artículo 251=

contempla una clase determinada de propaganda -- (58) -la dirigida a constituir una asociación ilícita- y prevé el supuesto de que la asociación no llegue a constituirse. El artículo 251 es ley "general" (59).

A favor también del párrafo segundo del artículo 174.1º resuelvo el concurso de leyes que pudiera presentarse entre éste y el nº 2º del artículo 174. La gran amplitud con que el nº 2º -- del artículo 174 tipifica el favorecimiento a la fundación de una sociedad criminal mediante una cooperación "de cualquier clase", permitiría, en principio, incluir en el mismo la actividad de difusión y propaganda. Considero, no obstante, - que el párrafo segundo del artículo 174.1º es -- "ley especial" por sancionar precisamente la actividad fundacional intentada y "frustrada" (60).

2.- Propaganda en el ámbito "interno" - de la asociación.

Según dispone nuestro Código, "... por propaganda se entiende la impresión de toda clase de libros, folletos, hojas sueltas, carteles, periódicos y de todo género de publicaciones tipográficas o de otra especie, así como su distribución - o tenencia para ser repartidos, los discursos, la radiodifusión y cualquier otro procedimiento que facilite la publicidad". (61).

Cualquiera de estas actividades da lugar a un delito de propaganda ilegal del artículo 251 del C.P., si tuvieren por fin alguno de los mencionados en los números 1º a 4º del mismo artículo. De hecho así lo ha entendido nuestra jurisprudencia, que, partiendo de la neta distinción= entre los delitos de asociación para delinquir - y de propaganda ilegal condena por ambos deli==tos.

Creo, sin embargo, debe hacerse una segunda restricción al "concurso de delitos" cuando aque^{ll}as actividades propagandistas, aunque se pro==duzcan una vez constituida la sociedad criminal, discurren en el ámbito interno de la misma.

Contra la doctrina de algún fallo del Tribunal Supremo (62) considero no es imaginable una - asociación criminal sin el despliegue de un mínimo de actividades "propagandísticas" de "difusión", que permiten el cnntacto entre sus miembros y su propio fundionamiento. Una propaganda de tal natu^raleza debe entenderse consumida por el desvalor= de la asociación, y solo procederá aplicar las penas que el Código establece para sus miembros y - directivos.

Un ejemplo puede ofrecerlo el párrafo penúltimo del artículo 251.4º que reputa, también, propaganda "el uso de símbolos o emblemas propios de organizaciones declaradas fuera de la Ley". El individuo de una asociación que acuda a las reuⁿⁱones de ésta portando tales distintivos no podrá. -

ser castigado por el delito de asociación para delinquir (artículo 175.4º), en concurso con el de propagandas ilícitas (artículo 251.4º, párrafo penúltimo), sino solamente como "mero participante" de una asociación criminal.

Por la misma razón creo debe excluirse del concurso de delitos la actividad de mero "proselitismo" realizada por los miembros de la asociación difundiendo los fines de ésta para captar adeptos. Entiendo forma parte del comportamiento que puede esperarse de todo asociado, sin perjuicio de que el tipo solo exija la "afiliación": se trata de hechos "posteriores impunes", siempre que guarden la insoslayable dependencia con el rol que desempeña el sujeto en la asociación criminal del caso concreto.

3.- Propaganda ilegal como actividad independiente.

Se trata, en este caso, de una "actividad" ilícita más de las que componen el programa delictivo de la asociación. No dudo en propugnar el concurso de delitos, de modo que los miembros de aquella que hubieren difundido tal propaganda responderán como meros individuos o directivos de la asociación en concurso con el delito previsto en el artículo 251; la "propaganda" aparece entonces no como "propaganda interna", en un nivel corporativo o a lo sumo de captación de adeptos, sino como "actividad social" delictiva, como "me-

dios" para el cumplimiento de los "fines" criminales de la asociación.

Merece destacar, por último, el importante giro experimentado en la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo español, que en la actualidad, aprecia sistemáticamente el concurso de dos delitos de propaganda y asociación.

En efecto, siendo hechos que en la realidad suelen aparecer necesariamente unidos -la existencia de una asociación ilícita y la difusión de propaganda ilegal por sus miembros- los recursos invocan la indebida aplicación del artículo 68 y del 71 del Código Penal, con el propósito de eludir el concurso de delitos (63).

No voy a profundizar en el examen minucioso de la doctrina jurisprudencial. Me limitaré a hacer constar sus directrices y evolución.

En una primera etapa, cabe señalar -como si bien excepcionalmente- el Tribunal Supremo aplica el artículo 71 del C.P., estimando el delito de propaganda ilegal "medio necesario" respecto al de asociación ilícita (64).

La doctrina jurisprudencial más reciente, -por el contrario, aprecia el concurso de delitos (65), basándose en que se trata de "hechos completamente distintos" (66), de delitos que atacan "bienes jurídicos" autónomos (67) e independientes; "... cada uno con su propia intencionalidad, solo específico propio" (68); perfectamente diferenciables "tanto en su origen como en su desarro

llo" (69); la sentencia de 26 de Diciembre de 1966 (70) invoca la naturaleza y estructura de los respectivos tipos: el delito de asociación es un delito "formal" y "pasivo" que se agota con la mera "afiliación" del individuo en la sociedad criminal, mientras que el de propaganda ilegal exige la realización de una serie de conductas "materiales", diversa naturaleza, pues, que permite una sanción independiente y acumulativa.

V.- Asociación ilícita y conspiración para delinquir.

Responsabilidad penal a título de conspiración y de asociación pueden darse con plena independencia, pero pueden también concurrir. Cabe responder solo como conspirador, y no por asociación ilícita. Cabe responder por asociación ilícita y no por conspiración. Cabe una responsabilidad inicial por conspiración que concurre con otra posterior por asociación, que no excluye la primera. Cabe, por último, una responsabilidad por asociación en concurso con otra posterior por conspiración,

Me refiero a los cuatro supuestos:

Uno.- Dos o más personas se conciertan para ejecutar un delito y resuelven ejecutarlo. Responden, exclusivamente, como conspiradores. El problema se presenta cuando existe un número elevado de conspiradores, dotados de perfecta organización,

que pretenden cometer, por ejemplo, una pluralidad de delitos.

En este caso, quienes se concertaron para delinquir responden como "conspiradores", careciendo de relevancia si actuaron o no organizadamente, el número o números de delitos que proyectaron y decidieron ejecutar, o el de personas que componen dicha conspiración. Todos responderán por igual, con las mismas penas, sin que merezca tenerse en cuenta quienes desempeñaron papeles principales y quienes secundarios.

Fundamental es, no obstante, que los conspiradores condicionen la vida de la organización creada a la consecución de sus fines; a la ejecución del delito o delitos concertados.

Dos.- Los conspiradores, una vez ejecutados los delitos concertados, permanecen unidos, y los vínculos iniciales no se disuelven.

Surge, entonces, una nueva responsabilidad por asociación ilícita en concurso con la que proceda, en cada caso, por razón del delito cometido. La conspiración inicial da paso a una asociación ilícita, porque la primitiva "organización" ha sobrevivido y trascendido sus propios fines. La responsabilidad del "conspirador" queda consumida por la "ejecución" del delito concertado, pero ésta concurre con la derivada de la participación como "mero individuo" o como "directivo" en la asociación criminal. Hay concurso de delitos.

Tres.- Una o varias personas promueven la -
constitución de una colectividad organizada, de=
una "organización", que tenga por objeto cometer
algún delito o delitos. Se consigue el efectivo=
funcionamiento de aquella. Unas personas, diri==
gen, organizan, presiden.y controlan su marcha.=
Otras, incluso en un momento posterior se adhie=
ren a la misma, conociendo sus objetivos, limitán=
dose a contribuir con aportaciones de índole eco=
nómico o de otra clase.

Responderán como "fundadores", "directores",
"presidentes" o meros individuos de una asociación
ilícita, pero no como conspiradores.

En efecto, el socio no podría responder como=
"conspirador": no se "concierta" para delinquir,=
sino que se "afilia" a una asociación que tiene -
por objeto cometer algún delito; es más: responde=
rá como "asociado" por su simple pertenencia a la
asociación, aunque no participe en la adopción ==
de ningún acuerdo o "resolución" criminal, supues=
to en el que evidentemente no puede fundamentarse
incriminación alguna a título de "conspirador".

El miembro de la conspiración por el contra=
rio que asiste a sus reuniones, que participa en=
la elaboración de sus planes se ve libre de toda=
responsabilidad en cuanto "conspirador", si no ==
"resuelve" ejecutar el delito a cuyo fin se había
concertado con los restantes conspiradores: no ==
basta con "pertenecer" a la conspiración.

Semejante diferenciación puede hacerse respecto a los "directivos" y "fundadores" de la asociación criminal: responden en cuanto intervienen con tal carácter en la sociedad ilícita, en la "organización" (no en la "actividad criminal" que ésta posteriormente despliegue); el promotor de la conspiración, sin embargo, quienes concibieron el plan criminal, solo responden si -previo concierto- "resuelven" llevarlo a la práctica, "ejecutarlo".

Con los diversos "tipos delictivos" de la asociación para delinquir se incriminan, por lo tanto, comportamientos que no hubieran podido sancionarse en concepto de "conspiración".

Cuatro.- Los miembros de una asociación ilícita -meros individuos o directivos de la misma- se concertan para la ejecución de uno o varios delitos, y resuelven ejecutarlos.

Se da, entonces, un concurso de delitos (asociación ilícita y conspiración del delito concertado).

En la doctrina española esta problemática es objeto de un tratamiento distinto al que acabo de exponer.

No se plantea la distinción del comportamiento típico del "conspirador" y del "asociado" -como conductas individuales sino el de la conspiración y la asociación como formas colectivas de delincuencia, como "organizaciones".

Por lo general, se parte de la posibilidad de distinguir la conspiración de la asociación criminal (71), - advirtiéndose que esta última se caracteriza por su - mayor estabilidad y duración; y, ante todo, porque ha - de perseguir la ejecución de una pluralidad de hechos delictivos no determinados. Se afirma, igualmente, que - entre ambas se presenta un "curso de leyes", concretamente, una relación de "alternatividad" (72), propug-nando un autor (73) la supresión de la "conspiración-para delinquir" dada la latitud con que se configura- el nº 2º del artículo 172 (73).

NOTAS AL CAPITULO VII.-

- 1.- Según García-Goyena, el art. 339 del Código Penal de 1822 era demasiado benigno, "aunque se hizo la saludable reserva de haberse de imponer a los afiliados las distintas penas que mereciesen del delito que hubieran cometido" (op. cit, pág. 218).
- 2.- De esta legislación especial solo he encontrado dos disposiciones en las que falta una cláusula que disponga expresamente el concurso de delitos; son: la R.O. de 11 de Octubre de 1834 y la Ley de 10 de Julio de 1894.
- 3.- El legislador de 1944 quiso contar, ante todo, con un flexible catálogo de ilicitudes que permitiera la incriminación de asociaciones contrarias a los fines del nuevo Estado: un catálogo amplio y, por fuerza, casuístico y reiterativo. Las diversas declaraciones de ilicitud tienen una base poco homogénea al combinar criterios de muy distinta naturaleza y justificación; a esto se añade una cierta incongruencia ideológica y técnica: el sistema de nuestro Código vigente trata de conciliar la ideología liberal del legislador de 1869, conservando los nºs 1º y 2º del hoy art. 172, y las directrices de otro signo inspirados en la Ley de Seguridad del Estado, que incorpora, con la Reforma de 1944, numerosas figuras delictivas a nuestro Código Penal. De todo ello resulta una confusa amalgama de tipos penales, cuya delimitación es harto difícil; algunos de ellos parecen haber quedado automáticamente superados, como es el caso de los números 1º y 2º del art. 172, que gozaban de gran arraigo y tradición en nuestro ordenamiento; otros pueden considerarse como reiteraciones superfluas, cual es el caso del nº 5º del art. 173 o el nº 3º del art. 172; a veces incluso, una defectuosa transcripción al Código de los correlativos preceptos de la Ley de Seguridad del Estado conducen a resultados sin duda distintos a los previstos por el legislador, como

sucede con la impropia restricción del nº 2º del art. 174 que se refiere solo a algunas a sociaciones ilícitas, pero no atodas ni pre-cisamente a las más peligrosas.

4.- Por ejemplo, la Sentencia de 29 de Octubre - de 1973, Ar. nº 3997 (Ponente, Excmo. Sr. D. F. Díaz Palos).

5.- Por ejemplo: la sentencia de 4 de Octubre de 1968 (Ar. nº 4001).

6.- En este sentido pueden citarse, entre otras=dos sentencias muy representativas: la de 23 de Enero de 1967 (Ar. nº 143) y la de 4 de - Octubre de 1968 (A . 4001). La primera de e-llas advierte, por ejemplo que carece de re-levancia si el Tribunal de instancia "a quo" tipi-ficó bien o no la asociación del caso concre-to, cuando el propio recurrente reconoce que ésta podía subsumirse en otro de los nºs del art. 173; el segundo fallo citado, que con-templa un recurso contra sentencia que decla-ró ilícitas las Comisiones Obreras al amparo de lo dispuesto en los nºs 3º de los artícu-los 172 y 173, desestima el mismo por consi-derar que dichas Comisiones Obreras:

a).- ... deben reputarse "asociaciones prohibidas" porque "viviendo como realidades asociativas de hecho, se mantienen en la -clandestinidad maliciosamente sustraidas al ordenamiento vigente en materia de asociacio-nes..." (parece, pues, que se invoca el nº - 4º del art. 172 para justificar la aplica-ción del nº 3º del art. 172).

b).- ... deben reputarse ilícitas en -virtud del nº 3º del art. 173 (las de "analo-ga naturaleza" a las declaradas "fuera de la Ley").

c).- ... son asociaciones "prohibidas", al amparo del nº 3º del art. 172.

d).- --- sería, en todo caso, ilícitas=en cuanto "asociaciones que tienen por objeto

cometer algún delito" (nº 2º del art. 172), por serlo el intento de "derrocar el régimen vigente".

e).- ... son asociaciones "ilícitas"= ... porque la ilicitud penal de organización idéntica a la discutida aparece ya proclamada por esta Sala.

f).- ... el recurso se desestima por último invocando en los tribunales el criterio de la pena justificada".

- 7.- Ar. nº 5259. Este fallo, a propósito también de las Comisiones Obreras advierte que estas "... son delictivas por la irregularidad de su constitución y también frecuentemente por su encuadramiento en los tres primeros apartados del art. 172 y en la enumeración no exhaustiva sino meramente ilustrativa del art. 173".
- 8.- Aranzadi nº 623 (Ponente. Excmo. Sr. D. F. - Díaz Palos).
- 9.- Ar. nº 5179.
- 10.- Sentencia de 17 de Octubre de 1968 (Ar. nº -- 4316).
- 11.- La sentencia, por ejemplo de 15 de Octubre de 1968 (Ar. nº 4286) declara infringido el nº 4º del art. 172, precepto, que sin embargo, no se aplica en dicho fallo, por serlo, con buen criterio.
- 12.- Rodríguez Devesa, Derecho Penal español cit., P.E., pág. 658.
Sobre el problema de la conexión entre los artículos 172 y 173 vid: Ferrer Sama, A., Comentarios... cit., pág. 119; Sánchez Tejerina, op. cit., II, pág. 50; el problema se aborda en la sentencia de 26 de mayo de 1972 (Ar. -- nº 2759).
- 13.- La sentencia de 23 de Enero de 1967, ya citada.
- 14.- Vid, sentencias de 16 de Enero de 1960 (Ar. -- nº 26); y 22 de Diciembre de 1970 (Ar. nº 5546).

- 15.- Sobre el concepto de "relación de alternati-
vidad", vid: Rodríguez-Devesa, op. cit., P.G.
pág. 160.
- 16.- Sobre el problema, Boscarelli, L'associazione=
per delinquere..., cit., Enc. del Dir. 1958, -
III, pág.870 a 872.
- 17.- Rodríguez-Devesa, op. cit., P.G., pág. 159.
- 18.- Fundamentalmente, los que cito: sentencia de 11
de Marzo de 1964 (Aranzadi, nº 1412); id. de --
16 de Febrero de 1967 (Ar. nº 719); id. de 15 -
de Octubre de 1968 (Ar. nº 4286); 17 de Octubre
de 1968. (Ar. nº 4316); id. de 9 de Diciembre -
de 1968 (Ar. nº 5066), id. de 25 de Octubre de=
1969, (A. . nº 5179); 26 de Mayo de 1972 (Ar. nº
2759), 29 de Octubre de 1973 (Ar. nº 3997), etc.
- 19.- La doctrina jurisprudencial puede sintetizarse=
en tres postulados. Primero, el nº 4º del art.=
172 es una "disposición en blanco" que se remi-
te a la normativa legal sobre constitución y --
funcionamiento de las asociaciones (sentencia -
de 26 de Mayo de 1972, Aranzadi, nº 2759); se==
gundo, el nº 4º del artículo 172 "criminaliza"=
un ilícito puramente administrativo (sentencia=
de 14 de Octubre de 1969, Aranzadi, nº 5066); -
tercero, el nº 4º del artículo 172 no exige la=
"ilicitud" de los fines de la asociación, pues=
no entra en el problema de "fondo", sino en el=
meramente "formal" de si se constituyó no de a-
cuerdo con lo dispuesto en la Ley de Asociacio-
nes (sentencia de 17 de Octubre de 1968, Aranza
di, nº 4316).
- 20.- Por ejemplo, sentencia de 23 de Enero de 1967.
- 21.- Sentencia de 25 de Octubre de 1969. (Aranzadi,
nº 5179).
- 22.- Se trataba en dicho fallo de enjuiciar la lega-
lidad del llamado "Sindicato Democrático de Es-
tudiantes de la Universidad de Barcelona". El -
Tribunal "a quo" condenó a sus directivos, como
autores de un delito de asociación ilícita del=

nº 4º del artículo 175. Los recurrentes invocaron, entre otros argumentos, el de que no toda constitución "ilegal" de una asociación da lugar a responsabilidad penal, dada la distinción entre "ilícito" administrativo e "ilícito penal". El Tribunal Supremo, sin embargo, sin embargo, confirma el fallo recurrido, con la siguiente doctrina: "... y cuando esta norma eleva a delito la infracción de preceptos policiales o administrativos, como es el caso contemplado, en tal infracción radica el dolo al quebrantar conscientemente lo establecido para la constitución de la Asociación; abstracción hecha de que el fin perseguido por ésta no sea delictivo, porque lo que el nº 4º del artículo 172 sanciona es precisamente esa constitución ilegal, sin haberse cumplido los requisitos o trámites exigidos por la Ley dice el Código; a diferencia de los números 1º y 2º que contemplan el objeto o fin perseguido; y, de aquí, que al reconocer los mismos recurrentes que constituyeron el mencionado Sindicato sin someterse a la Ley de Asociaciones, han de aceptar lo ilícito penal de su conducta con arreglo al mencionado precepto, que contra lo que se dice en el recurso, crea un delito de tipo formal, en cuanto solo contempla las formalidades observadas para constituir la asociación..." (Aranzadi, nº 5066).

23.-Aranzadi, nº 4316.

24.- La sentencia, por ejemplo, de 16 de Febrero de 1967 (Ar. nº 719) declara ilícitas las Comisiones Obreras de Vizcaya, al amparo del nº 4º del artículo 172. Se condena solo a sus directivos, con arreglo al nº 4º del artículo 175. Otro fallo posterior de 15 de Octubre de 1968 -se trataba también de Comisiones Obreras-, declara infringido este nº 4º del artículo 172, pero, sin embargo, se aplica el nº 3º del artículo 172, es decir, se las reputa ilícitas en cuanto "asociaciones prohibidas". Dos sentencias, de 17 de Octubre de 1968 (Ar. nº 4316) y de 9 de Diciembre de 1968 (Ar. nº 5259) sobre Comisiones Obreras y Comisiones Obreras Standard, respectivamente, vuelven a reputar ilícitas dichas asociaciones al ampa-

ro del nº 4º del artículo I72, no sin advertir que, "con mayor rigor", podrían haberse tipificado bajo el nº 3º de los artículos I72 o I73, como "asociaciones prohibidas". La sentencia de I3 de Enero de I969 aplica el nº 4º del artículo I75, con relación al nº 4º del artículo I72, al dirigente de un Sindicato del Metal (Aranzadi, nº. I5I), calificación que se reitera en la sentencia de I4 de Octubre de I969 (Aranzadi, nº-5066) a propósito de los directivos del Sindicato Democrático de Estudiantes. El fallo de 25 de Octubre de I969 rechaza la calificación que proponían los recurrentes para las llamadas Comisiones Obreras del Munat (nº 4º del artículo I72), aplicando el nº 3º del artículo I73, y el nº Iº del artículo I74 para los directivos de aquellas (A: nº 5I79). Como exponente de la actual doctrina del T.S. al respecto, cito el documentado fallo de IO de Noviembre de I972 (A:, nº 4804, M. Ponente, Excmo. Sr. D. José Hijas Palacios), que resume, con precisión, el panorama jurisprudencial desde I968.

- 25.- Por ejemplo, en la sentencia ya citada, de 23 de Enero de I967.-
- 26.- Sentencia de 23 de Enero de I967, cit.
- 27.- Una asociación, por ejemplo, que de algún modo ataque el "orden institucional" parece debería tipificarse - al amparo de este párrafo tercero del artículo I74. Iº. Sin embargo, es obvio que no todo ataque al "orden institucional" es constitutivo de "delito". Sin perjuicio de que se propugne una interpretación restringida del término "ataque" al "orden institucional", exigiendo - el empleo de medios "violentos", no cabe duda de que - falta entre los dos tipos examinados la necesaria "zona común" que caracteriza a toda relación de "especialidad".
- 28.- Vid. supra, pág. 457.-
- 29.- Me refiero a dos interpretaciones contrapuestas: mientras en unos fallos se mantiene, por ejemplo, que el encartado debe reputarse "directivo", porque no consta - que fuera un "mero individuo" que se limitó a "afiliarse"; otros, afirman que el asociado debe condenarse como "mero individuo" siempre que no resulte probada su especial responsabilidad en la asociación.
- 30.- Por ejemplo, Boscarelli, op. cit., pág. 870 a 872.-

- 31.- El problema se aborda expresamente, a propósito de las Comisiones Obreras, por la Sentencia de Mayo de 1971 (Ar. nº 2386).
- 32.- La fórmula "fuera de la Ley", se emplea, por ejemplo, en el Decreto básico de 16 de Septiembre de 1936 y en la Ley de 9 de Febrero de 1939; la de "prohibidas", en el Decreto de 25 de Septiembre de 1936 y en la Ley de 1 de Marzo de 1940.
- 33.- Entiendo, pues, que el término "prohibidas" se utiliza en un sentido amplio y genérico y que su contenido se integra de los cinco apartados del artículo 173.
- 34.- Como dice, por ejemplo, la sentencia de 26 de Mayo de 1972 (Aranzadi, nº 2759): "... las que tengan por objeto cometer algún delito y las prohibidas por la Autoridad competente, haciéndose un catálogo de ellas en el artículo 173 del propio cuerpo legal, entre las que debe destacarse la del nº 3º referida a asociaciones, organizaciones, partidos políticos y demás entidades declaradas fuera de la Ley y cualesquiera otra de tendencia análoga...".
Igual doctrina, en sentencia de 29 de Febrero de 1972 (Aranzadi, nº 906).
- 35.- Porque, si el término "prohibidas" alude a las que en su día fueron prohibidas, se piensa en un "catálogo cerrado" de asociaciones de tal carácter, catálogo por fuerza poco flexible y acorde con circunstancias siempre cambiantes; mientras que la cláusula analógica del nº 3º del artículo 173 permite al propio juez, en cada momento, resolver sobre la ilicitud de la asociación del caso concreto.
- 36.- Porque si "prohibidas" significa "que en el futuro se prohiban", el nº 3º del artículo 172 es un precepto impracticable, al no constar norma alguna que determine quien es la "autoridad competente" para prohibir asociaciones, ni que la faculte a ello. El nº 3º del artículo 172 dejaría sin resolver cuatro ex-

tremos fundamentales. 1º.- Qué norma autoriza a prohibir una asociación; ni en las Leyes Fundamentales, ni en la Ley de Asociaciones o en la de Orden Público se consagran tales potestades, pues dichas normas solo autorizan o disponen la "disolución" y la "suspensión" de una sociedad ilícita (la primera se reserva a la autoridad judicial). Nada permite deducir que esta norma sea la penal, pues guarda silencio respecto a la "disolución" y "suspensión" de las asociaciones y el Código no es el lugar oportuno para establecer mandatos de tal naturaleza. 2º.- En todo caso, no consta qué autoridad es competente para "prohibir" una asociación. No puede serlo, desde luego, la judicial, que debe limitarse a aplicar la Ley y no a crear derecho arrogándose funciones del legislador, y excediendo indebidamente los límites del caso "concreto". No puede serlo, tampoco, la autoridad gubernativa que, a falta de la necesaria norma legal que la habilite para ello, solo puede "suspender" una asociación. Si la Ley reserva la "disolución" a la judicial, es un contrasentido que pudiera, no obstante, "prohibir" la autoridad gubernativa una asociación: si no se puede lo menos, no se puede lo más. Si solo el poder "legislativo" es competente para "prohibir" asociaciones, sobre el nº 3º. El poder legislativo, claro está, es competente para declarar prohibidas asociaciones y grupos, pero puede también modificar el propio Código. La afirmación del nº 3º del artículo 172 es, por obvia, superflua: 3º.- no consta, tampoco, como se procede a declarar "prohibida" una asociación; 4º.- por último, no se especifica si se trata de una facultad "discrecional", o si solo pueden prohibirse determinadas asociaciones y por determinadas causas legales.

El nº 3º del artículo 173, por el contrario, no plantea problema alguno.

- 37.- Basta con comparar los catálogos de asociaciones declaradas fuera de la Ley, contenidos en la legislación de postguerra, cuya ampliación requería la previa declaración oficial por parte del Gobierno, y el de asociaciones declaradas ilícitas por el poder judicial español, al amparo del nº 3º del artículo 173.

La Jurisprudencia ha declarado ilícitas entre otras a las siguientes asociaciones, por su analogía con las mencionadas en el decreto 108= de la Junta de Defensa de 12 de Septiembre de 1936 y en el artículo 2º, párrafo segundo de la Ley de Responsabilidades Políticas, que sigue en vigor a estos efectos después de derogada la Ley:

Alianza Sindical Obrera (sentencia de 12 de Mayo de 1965. Aranzadi, nº 2346); Comisión Obrera de Guipúzcoa (sentencia de 4 de Octubre de 1968. Aranzadi, nº 4001); Comisión Obrera de Vizcaya (sentencia de 16 de Febrero de 1967, Ar. nº 719); Comisiones Obreras Juveniles (sentencia de 22 de Enero de 1969, Ar. nº 275); Comisiones Obreras (sentencia de 15 de Octubre de 1968, Ar. nº 4286); Comisiones Obreras Standard (sentencia de 9 de Diciembre de 1968, nº 5259); Comisiones Obreras del Munat, (sentencia de 25 de Octubre de 1969, Ar. nº 5179)... etc; Euzkadi Ta Azkatasuna (sentencia de 3 de Abril de 1968, Ar. nº 1719); Federación Ibérica de Juventudes Libertarias (sentencia de 13 de Marzo de 1968, Ar. nº 1415); Federación Universitaria Democrática Española (sentencia de 23 de Mayo de 1966, Ar. nº 2555); Fuerzas Armadas Revolucionarias (sentencia de 4 de Febrero de 1969, Ar. nº 726); Auzko Gaztedi (sentencia de 30 de septiembre de 1970, A. nº 3815); Acción Comunista, (sentencia de 20 de Mayo de 1970, A. nº 2166); Oposición Sindical Obrera, (sentencia de 8 de Junio de 1973, Ar. nº 2645), etc.

38.- Como dice Rodríguez-Devesa, no consta que se hayan prohibido asociaciones de esta naturaleza - op. cit. P.E. pág. 659, nota nº 28.

39.- En la doctrina italiana, la tesis del concurso de delitos es unánime. La mantienen, entre otros, Carrara (L'associazione a delinquere cit.... pág. 1118); Santoro, op. cit. pág. 199; Manzini, V. - op. cit. pág. 193; Ranieri, op. cit. pág. 494; Antolisei, op. cit. pág. 631; Maggiore, op. cit. pág. 362; Siniscalchi, op. cit. pág. 29; Vannini op. cit. pág. 143 y 144; Sabatini, op. cit. pág. 325; Zerboglio, op. cit. pág. 51; De Rubeis, op. cit. pág. 1043; Santoro op. cit. pág. 192; Patala

no, op. cit. pág. 117; Costa, op. cit. ppag. -- 1034...etc.

Su fundamentación, sin embargo, no es unitaria. Punto de partida es el reconocimiento de que el tipo de la asociación para delinquir no exige la ejecución de los delitos programados por ésta. Como dice Patalano...." la stessa formulazione litterale dell'art. 416 che dichiara punibili i partecipi al sodalizio a prescindere dalla realizzazione del programma concordato" (op. cit. pág. 117); el principio se formula -- correctamente por Siniscalchi: "L'escuzione materiale o meno dei delitti in programma avrà il suo peso unicamente sull'accertamento dei singoli delitti commessi soprattutto al fine di determinare la partecipazione materiale e la responsabilidad dei singoli asociati, ma nessuna influencia podrá derivarse sulla configurazione -- giuridica del delitto di asociación per delinquere gia posto in essere nella sua completezza con la semplice asociación de tre o piu persone allo scopo di attuare un programma di delitti". (op. cit. pág. 29).

Para algunos autores, como Manzini, el criterio del concurso de delitos se desprende de la falta de un precepto específico en el Código italiano que regule el supuesto en cuestión, es decir, el del miembro de una sociedad criminal que delinque: a falta de tal precepto dice deberá estarse a las normas generales sobre el concurso de delitos (op. cit. pág. 192).

Y es que en el Derecho Italiano, al igual que en el español, el legislador ha suprimido preceptos históricos que regulaban específicamente los supuestos concursales en los delitos de asociaciones ilícitas (artículo 250 del C.P. italiano de 1889). Según el artículo 416 del Codice penale vigente, los asociados responden por el mero hecho de asociarse: "per ciò solo".

Carrara propugna, también, el concurso de delitos, basándose en la estructura autónoma, independiente, del delito de asociación para delinquir, como delito "a se stante": "...é evidente che l'associazione nom é un tentativo, ne si punisce come conato, ma si pusce bensì come rea

to di per sé stante consumato e perfetto" (op. cit. pág. 118). En este sentido se dirá que el delito se consuma por el "mero acuerdo" (De Rubeis, op. cit. pág. 1043), por el "mero hecho de asociarse" (Zerboglio, op. cit. pág. 51 Siniscalchi, op. cit. pág. 28, etc), de modo que cualquier otro comportamiento ilícito posterior a la consumación del tipo da lugar al concurso de delitos.

Otros autores, como Santoro (op. cit. pág. 192), llegan a la misma conclusión, basándose en que el delito de asociación ilícita es un delito de "condotta", razón por la que no sería necesario que los hechos criminales planeados por la sociedad delictiva lleguen a ejecutarse antes bien, si fuera este el caso, debería apreciarse el concurso de delitos.

Por último, otros autores invocan por analogía, el criterio seguido por el propio Código italiano respecto a la "instigazione" (De Rubeis, op. cit. pág. 1044).

En España, Vicente González García propone el "concurso de delitos" a propósito de la asociación "no transitoria", cuyos miembros cometen el delito de "robo" (op. cit. pág.). En nuestra jurisprudencia el problema no se ha abordado directamente, salvo en el caso muy peculiar de la "asociación transitoria" para cometer el delito de robo. Los tribunales condenan solo por este último, si el robo llega a ejecutarse, basándose en que tal asociación es una forma de "conspiración". En cuanto a las demás asociaciones ilícitas el Tribunal Supremo, en reiterada doctrina, condena a sus miembros, por ejemplo, por este delito en concurso con el de "propaganda ilegal"; pero ya no es el caso que interesa: no es que los socios de una asociación que tenía por objeto difundir "propaganda" ilegal, ejecuten este delito, sino simplemente que los afiliados a una empresa criminal que persigue determinados objetivos ilícitos se sirven de la propaganda para llevarlos a cabo. El delito de propaganda no es el delito propuesto, programado, que después se ejecuta, sino de una actividad ilícita más.

40.- Afirma, Schönke-Schröder: "Wird gemäss dem Zweck der Vereinigung eine strafbare Handlung begangen, so besteht Idealkonkurrenz, soweit der Täter als Mitglied verurteilt wird, in de übrigen Fällen - Realkonkurrenz" (Kommentar, cit., pág. 828). En este sentido se pronuncia también, Leipziger Kommmentar, cit., pág. 128: "Tateinheit kann mit den bezweckten Straftaten bestehen, soweit der Täter als Mitglied verurteilt wird; in den übrigen Fällen besteht in der Regel Tatmehrheit".

En materia concursal hace la doctrina alemana dos precisiones que perfecta validez con relación al Derecho español. La primera es que por "delito", a los efectos de nuestro nº 2º del artículo 172 (parágrafo 129 del Código Penal alemán) no puede entenderse la propia constitución o existencia de una asociación ilícita, en los casos en que ésta es delictiva en si misma.

"Delito" no es la asociación, en cuanto tal (asociaciones "prohibidas", por ejemplo), sino asociaciones punibles tipificadas en la ley penal y que suceden, conceptual y cronológicamente al "hecho" de la asociación (Dreher, op. cit. -- pág. 600; Wagner, op. cit. GA, 1960, ppag. 231).

En segundo lugar se advierte que determinadas formas típicas de participación en la empresa -- criminal (Rädelsführerschaft, Hintermann) suponen un comportamiento que se produce y reitera a lo largo de una prolongada duración, sin que por ello se trate jurídicamente de un "delito continuado". En estos casos hay "unidad de acción". - (Dreher, comentario al parágrafo 84, op. cit. -- pág. 433).

41.- Manzini, V. Trattato., cit. VI, pág. 194; di Blasi. Giur. pen. II, pág. 226 (1930). Santoro, op. cit. pág. 199.

42.- El contrasentido se da en todos aquellos casos - en los que el delito ejecutado tiene previsto una pena menos grave que la que corresponde a los directivos o individuos de asociaciones ilegales por el mero hecho de formar parte de las mismas. El criterio de la "consunción", entonces, sería un absurdo aliciente para la ejecución del plan criminal: una prima sin sentido. Lo que no sucede con las penas señaladas al conspirador, siem-

pre inferiores -en uno o dos grados a la del delito consumado en cuestión (artículo 52)- y proporcionadas a la gravedad de éste.

- 43.- Se reconoce en la doctrina italiana que el concurso de delitos está condicionado a la efectiva participación del miembro de la asociación ilícita en el delito después cometido. Por el mero hecho de formar parte de la sociedad criminal no se puede responder de los delitos que otros socios cometan, aunque sean de los delitos programados por la asociación. Vid: Maggiore - op. cit. pág. 362; Antolisei, op. cit. pág. 631; Ranieri, op. cit. pág. 494; Manzini, op. cit. pág. 193.

Pero alguna formulación es imprecisa; según Santoró, por ejemplo... "si tales delitos llegan a ejecutarse, los asociados deberán responder también por éstos" (op. cit. pág. 192). Vannini (op. cit. pág. 143 y 144) afirma que "... de los delitos cometidos como consecuencia de la asociación, responden todos los asociados en concurso material con el delito de asociación ilícita".

- 44 - "Dagegen darf man die Bande keineswegs als eine Species des Complots auffassen: im Gegentheile erscheint sie nur als die Quelle, aus der sowie ic, einzelne Complotte entspringen...": Berner - op. cit. pág. 494, a propósito del complot y de la banda, problemática paralela a la de la "conspiración" y la "asociación" (Apud, Geib. Lehrbuch des Deutschen Strafrechts. I. pág. 366 y 367).

- 45.- Según Carrara, si los asociados inician la ejecución de un delito, responden por tentativa de éste en concurso con el delito de asociación ilícita (L'associazione a delinquere secondo l'abolito codice toscano, cit. pág. 1118).

- 46.- Quien propone o provoca ha de ser miembro de la asociación, es decir, tiene que haber una responsabilidad previa como "mero individuo" o "directivo" de una sociedad criminal. El provocado, por el contrario, entiendo debe ser un tercero, ajeno a la asociación; y el delito cuya comisión se propone o provoca, no ha de ser precisamente el de afiliarse a la asociación.

- 47.- El artículo 513 no se refiere a todas las asociaciones que tengan por objeto cometer el delito de robo, sino solo a las "transitorias".= Las asociaciones "no transitorias" se rigen == por las normas generales sobre el concurso de delitos.
- 48.- La tesis equiparatoria se mantuvo ya en la primera sentencia del Tribunal Supremo que abordó la interpretación del artículo 513: la de 15 de Noviembre de 1947 (Aranzadi, nº 1411).
- 49.- Hasta la sentencia de 21 de Junio de 1971, a la que despues me referiré, el tribunal "a == quo" había aplicado siempre el nº 4º del artículo 175, considerando a los asociados transitoriamente para cometer el delito de robo como "meros individuos" de dicha asociación: vid... las sentencias de 15 de Noviembre de 1947 citada en la nota anterior, 3 de Febrero de 1949 (Aranzadi, nº 169), 15 de Noviembre de 1969 == (Aranzadi, nº 5306): se tenía en cuenta, por lo tanto, solo la común resolución de cometer el delito de "robo" -identifica en todos los partícipes-, sin distinguir el grado de intervención o responsabilidad que pudieran tener en la asociación transitoria.
- 50.- Aranzadi, nº 2928.
- 51.- No se trata ya de la relación "medio-fin" que justifica el tratamiento privilegiado del artículo 71, sino de algo más: la reunión, por ir exclusivamente dirigida a la constitución de la asociación criminal, desaparece, como ilícito sustantivo, una vez establecida aquella.
- 52.- El nº 1º del artículo 174 prevé, además, la pena de "inhabilitación especial!"
- 53.- El privilegio es doble: primero, porque según este párrafo segundo del artículo 174.1º solo incurren en responsabilidad los "fundadores, directores y presidentes", mientras el artículo 169 castiga, también a los "meros asisten-

tes"; en segundo lugar, porque las penas previstas en dicho párrafo segundo son menos severas que las señaladas a los "promovedores y directores" de las reuniones no pacíficas.

54.- No me refiero a todas las figuras delictivas de propaganda ilegal del Capítulo XI, sino exclusivamente al artículo 251.

55.- Si no existe tal relación de causalidad, es - decir, si la propaganda difundida al objeto - de constituir una asociación ilícita no desempeña papel alguno -por su inadecuación, por e jemplo- en el establecimiento posterior de la empresa criminal, no podrán entonces sus autores ser condenados, al amparo del n^o 1^o del artículo 174, como "fundadores" de ésta.

La propaganda, no obstante, -es la hipótesis que contemplo- tiene como única finalidad la constitución de una sociedad ilícita. Parce, entonces, que el artículo 251 debe apli-carse, rescatando total autonomía el delito - de "propaganda ilegal". El resultado de esta- tesis conduce al absurdo, porque entonces las penas previstas para el autor del delito tipificado en el artículo 251 son más severas que las señaladas a los fundadores de una asocia-ción que no llega a constituirse, quienes, según dije, pueden servirse de propaganda para- intentar la constitución de la asociación --= (art. 174.1^o, párrafo segundo); es más, pue-=- den incluso ser más graves que las de los fundadores de una asociación que llega a establecerse (comparar, artículo 174.1^o y artículo - 253 con relación al 251).

Tampoco podrá entenderse "frustrado" el delito de "propaganda", porque se consuma por - el mero hecho de su difusión con determinados fines. Propugno una interpretación amplia del párrafo segundo del artículo 174.1^o, para comprender estos supuestos.

56.- El artículo 251 señala las penas de "prisión" menor y multa de 10.000 a 500.000 pesetas, -= multa que según el artículo 253 puede elevar-

se hasta la cifra de dos millones de pesetas. El párrafo segundo de este último artículo == permite imponer la pena de "inhabilitación ab soluta o especial".

Las del artículo 174, son: "prisión menor, = inhabilitación especial y multa de 5.000 a == 25.000 pesetas".

- 57.- Contrasantido que obliga a excluir la aplicación del artículo 251 en el supuesto examinado.
- 58.- El término "fundar" abarca todas aquellas "ac tividades" que determinan la "fundación", entre otras la difusión de propaganda con este fin. El artículo 251, sin embargo, se refiere a la "propaganda in genere".
- 59.- Obsérvese que los "autores" del delito de pro paganda, en este caso, son equiparados a los "fundadores" de la sociedad criminal, es decir a los "autores" de las actividades fundacionales a que se refiere el nº 1º del artículo 174. No como "meros individuos" ni como simples == "favorecedores" de la misma.
- 60.- Previsión no contemplada de modo específico en el nº 2º del artículo 174.
Parece, además, que éste último debe quedar reservado, ante todo, a la cooperación que ter ceros a la sociedad criminal pudieran prestar al objeto de la constitución de ésta.
- 61.- Artículo 251.4º, párrafo segundo.
- 62.- Para la sentencia, por ejemplo, de 14 de Mayo= de 1965 (Aranzadi, nº 2379) cabe la asociación= sin propaganda alguna.
- 63.- En algún fallo el Tribunal Supremo desestima - la pretendida aplicación del artículo 71, por= que -contra la pretensión de los recurrentes== ello daría lugar a unas penas aún más graves.= Vid, entre otras, las sentencias de 8 de Febr ero de 1966 (Ar. nº 595), 12 de Noviembre de ==

1968 (Ar. nº 4609) y 27 de Enero de 1965 ==
(Ar. nº 208).

64.- Esta doctrina jurisprudencia, que entiendo a=
certada, se inicia con la importante sentencia
de 27 de Enero de 1965 (Ar. nº 208, Magistrado
Ponente, Excmo. Sr. D. José Espinosa Herrera)=
que, por primera vez, aplica el artículo 71 es
timando que los delitos de propaganda ilegal y
asociación ilícita guardaban una relación de -
"medio" a "fin". Los hechos se producen en la=
fase "fundacional" de un partido prohibido, y la
propaganda iba dirigida a la captación de adept
tos, era púramente proselitista. Dice así el -
considerando que interesa a estos efectos:" Que
aunque el núcleo inicial de un partido políti
co declarado fuera de la Ley y ya disuelto y -
prácticamente desarticulado y sin extrema acti
vidad, pero en vías de recuperación y reestruc
turación, sea por sí mismo una asociación ilíci
ta es inseparable de la propaganda necesaria -
para captar proselititos que acrecienten el núme
ro de los ocho primeros militantes... por lo -
que la asociación y la propaganda, marcadas en
este caso con el mismo signo de ilicitud en -=
cuanto tienden al mismo fin..., constituyen -=
efectivamente los dos delitos calificados en -
la sentencia recurrida... salvo en el extremo=
que a continuación se dirá, pues ambos delitos
están en íntima y necesaria relación de medio=
a fin, que hace aplicable a efectos de penali
dad el artículo 71 del C.P. en relación con el
artículo 68..."

Un segundo fallo de interés es el de 12 de
Mayo de 1965 (Ar. nº 2346) pues, aún sin en==
trar en el exámen del problema, admite hipoté
ticamente la posibilidad de una actividad propa
gandística en el seno interno de la asociación
que quedaría consumida por ésta: se trata de -
la realización y divulgación de una "hoja in==
formativa".

Por último, la sentencia de 23 de Enero de==
1967 (Ar. nº 143) aplica también el artículo -
71, porque "la propaganda ilegal iba dirigida=

exclusivamente a captar prosélitos necesarios para reorganizar la asociación ilícita en la Región, por lo que aquella propaganda y esta reorganización del partido, marcadas con el mismo signo de la ilicitud, están en la relación de medio a fin, prevista en el párrafo primero del artículo 71.

- 65.- La doctrina jurisprudencial comentada se sintetiza fielmente en el fallo de 7 de Julio de 1967 (Ar. nº 3519), que dice así: " Que a nombre de los recurrentes se formula recurso con igual fundamentación procesal, alegando infracción de Ley por inaplicación del artículo 68 en relación con el 71, 173.3º, 174 párrafos 3 y 4 y 251.1º del C.P., por encontrarse los delitos de asociación ilegal y de propaganda por que fueron castigados en relación de medio o fin, que hacen aplicable dicho artículo 68, petición inexacta, pues a esta última norma sólo cabe darle virtualidad en los casos de que la naturaleza y el bien jurídico lesionado en cada delito sean incompatibles entre sí, produciéndose el concurso de leyes, que acojan por separado ambas figuras penalmente en su calificación, mientras que el artículo 71 requiere un solo hecho constituyente de dos o más delitos o sea un concurso ideal de duplicidad ordinaria, o que un delito sea medio necesario para la comisión de otro, siendo diferente este último supuesto invocado del contenido en el artículo 68 y sus consecuencias, pues mientras aquél pena el delito más grave en el grado máximo, salvo el beneficio de la sanción separada, éste sólo castiga al de mayor extensión en la pena, y es evidente que en el examen, no se ha producido posibilidad de inculpar las mismas conductas en un solo hecho, ya que el Tribunal de instancia manifiesta dos diferentes y autónomas actuaciones en los procesados", y que por ello, no pueden dar lugar a la aplicación del artículo 68 al constituir un concurso real de delitos, pues no coinciden normas diversas a sancionar un solo hecho, sino dos -

diferentes tipos penales basados en hechos = distintos; ni tampoco puede darse efectividad al artículo 71, porque es doctrina reiterada de esta Sala, luego de la excepción que representó la sentencia de 27 de Enero de 1965...= la que expone que ambos delitos son plenamente compatibles, por ajustarse a la lógica de las acciones respectivas y aún más a la propia naturaleza de las mismas, por ser el de asociación de naturaleza meramente formal y pasiva, mientras que el de propaganda entraña actividades materiales, no dándose entre ellos relación de medio a fin, pues se puede ser comunista sin hacer propaganda o realizar ésta sin pertenecer a este Partido como afiliado,= pues muy claramente manifestó la sentencia de 25 de Junio de 1965 que la afiliación, proselitismo, pago de cuotas, reuniones y recepción de consignas en asociación, y distinto delito, que el de confeccionar para repartir propaganda, rótulos o folletos, que es propaganda ilegal...".

- 66.- Por ejemplo, sentencia de 25 de Junio de 1966 (Ar. nº 3204).
- 67.- Sentencia de 7 de Julio de 1967 (Ar. nº 3519).
- 68.- Sentencia de 26 de Abril de 1969 (Ar. nº 2350).
- 69.- Sentencia de 10 de Noviembre de 1969 (Ar. nº - 5276), también, las de 14.V. 1965 y 10.XI.1966.
- 70.- Aranzadi, nº 5777.
- 71.- En sentido contrario y documentadamente se pronuncia de modo expreso Yañez Román.P. Ponencia cit. pág. 27 y ss.
Comparto con el autor la tesis de que no pueden delimitarse "la asociación" y la "conspiración". No pueden distinguirse "jurídicamente" - ni interesa. Pero creo que la conducta típica del "conspirador" y la conducta típica del "mero individuo", del "directivo" y del "favorecedor" de una asociación ilícita si pueden distinguirse.
- 72.- Jiménez Asúa, mantiene se da "un concurso aparente de leyes que es preciso resolver conforme=

a los principios de alternatividad sobre todo en la legislación española" (Tratado, cit, VII= pág. 373); Para Quintano Ripollés, la coexis-== tencia de ambas figuras "es difícilmente via== ble, y en ocasiones, supondrá una duplicidad de sanciones evidentemente superflua" (Comenta== rios, cit.I, pág. 48). El propio autor advier- te que el "concurso de normas parece evidente, a resolver pues, por la que resulte más grave, conforme a lo dispuesto en el artículo 68..." (Curso, cit, I., pág. 225). Esta tesis se es- grime, también por Puig Peña (Derecho Penal= cit., II, pág. 290).

73.- Rodríguez Devesa, Derecho Penal Español, cit= P.G. pág. 650. (1973).-

CONCLUSIONES

CONCLUSIONES

Primera.- El sistema español de las asociaciones ilícitas es de base heterogénea y contradictoria, tanto en sus orígenes históricos como en sus presupuestos filosóficos, políticos y jurídicos penales. Coexisten en el mismo los postulados básicos del C.P. de 1870 y los que inspiraron la Ley de Seguridad del Estado, de 29 de Marzo de 1941. La asociación criminal del hoy nº 2º del artículo 172, que fué el pilar fundamental de dicho sistema hasta el C.P. de 1932, ha perdido, desde la reforma de 1944, su justificado protagonismo.

Segunda.- La llamada "asociación criminal", emparentada desde luego con las "bandas" y "cuadrillas de malhechores", no aparece en el C.P. de 1870 para fundamentar la ilicitud de concretas y determinadas manifestaciones históricas de la criminalidad organizada. Por el contrario, no se pretendió más que plasmar en el C.P. un dogma del constituyente liberal: el ejercicio de todo derecho individual tiene su último y necesario límite en el C.P.

Tercera.- Es una constante histórica, desde el C.P. de 1822, la efectiva vigencia de una drástica legislación especial sobre determinadas formas de aparición de la criminalidad asociada, paralela a la de los respectivos Códigos. La aplicación de una u otra normativa no debe enten-

derse necesariamente condicionada por la ideología política del poder constituido, sino mas bien dependiente de la capacidad o impotencia de las instituciones para responder al reto de la delincuencia organizada.

Cuarta. - Los tribunales españoles se han resistido siempre a aplicar el hoy nº 2º del artículo 172, que se ha convertido en letra muerta. De hecho, pues, la mera participación en asociaciones que tienen -- por objeto cometer algún delito -o el desempeño en las mismas de cargos directivos- es un comportamiento impune, siempre que no se entienda constitutivo de "conspiración", de "asociación transitoria" - a propósito exclusivamente del delito de robo- o se constate un principio de ejecución de los respectivos delitos.

La praxis jurisprudencial no parece convincente, aunque tiene su explicación. Bajo la vigencia de los C.P. de 1870 y 1932, porque los Tribunales optaban por otras figuras de delito (asociaciones contrarias a la moral pública) más elásticas, desde un punto de vista probatorio; o benignas (asociaciones constituidas irregularmente), en cuyo caso los "meros individuos" quedaban impunes. El T.S. mantuvo que los preceptos sobre asociaciones ilícitas no podían aplicarse a las lícitas - "ab initio", ni a las legalmente constituidas, aunque los miembros más destacados de las mismas delinquieran, incluso en cumplimiento de acuerdos sociales. Desde la reforma de 1944, porque la punibilidad de la conspiración, la legislación especial sobre bandidaje y terrorismo, y las nuevas figuras de delito que incorporan los artículos 172.3º y 4º, 173 y 174.1º (párrafos tres y cuatro)

han invadido el campo de acción hasta entonces exclusivo del nº 2º del artículo I72.

Quinta.- La estructura básica de la asociación criminal ha permanecido inalterada desde su aparición en el C.P. de I870. Con la reforma de I944, sin embargo, la fórmula legal experimenta un cambio de redacción, no exigiéndose ya que el delito o delitos programados estuviesen previstos en el propio Código. Dicha ampliación del contenido del nº 2º del artículo I72 fué tan deliberada como innecesaria.

Sexta.- Las reformas materiales o procesales han desconocido la ratio legis del nº 2º del artículo I72, indebidamente confundida, identificada o implicada en la problemática de las asociaciones ilícitas de cariz o fundamentación "política".

Septima.- Para la doctrina dominante la asociación criminal es un delito "pluriofensivo". Su mera existencia pone en peligro los bienes jurídicos singulares y concretos amenazados por el programa delictivo, y -al propio tiempo- el "orden público", bien jurídico abstracto e independiente de aquellos. Según la doctrina española, los delitos de asociaciones ilícitas persiguen la tutela del recto ejercicio del derecho de asociación, al sancionarse los abusos del mismo.

A mi juicio son necesarias algunas puntualizaciones:

Procede un examen discriminado del bien jurídico que tutelan cada una de las figuras comprendidas en los artículos I72 y I73: la tesis de la

doctrina española se ajusta más a la naturaleza y características de las incorporadas con la reforma de 1944 que a la asociación criminal, del nº 2º del artículo 174.

Este, desde luego, no persigue la protección específica de los bienes o intereses singularmente amenazados por el programa de la asociación sino la de un bien jurídico abstracto y distinto de aquellos, del que es titular el propio Estado. No se trata del "orden público", al menos si se aceptan las acepciones más habituales de este término: paz externa, sentimientos y reacciones subjetivas de la comunidad, orden jurídico, estado potencial de peligro para intereses concretos, etc. Se protege la misma seguridad del Estado, en cuanto institución política y jurídica suprema, cuya supremacía y autoridad en la vida social exige un poder "monopolístico". La asociación criminal es un reto contra el mismo, un "miniestado" que persigue "institucionalmente" fines opuestos a los de aquel.

La rúbrica legal no debe sobrevalorarse: explica "cómo" se ataca el bien jurídico protegido (mediante el ejercicio abusivo del derecho de asociación), pero no "cual" es éste, cual es el "objeto" de la tutela penal. Pero puede conservarse.

Octava. -

El delito de asociación para delinquir es un delito de "lesión": el mero hecho de tomar parte en una empresa criminal, de dirigirla, presidirla, fundarla..., lesiona ya el bien jurídico.

En la doctrina italiana predomina la tesis favorable a la configuración de este delito como delito de "peligro". Sin embargo, el "peligro" ("peligro concreto", por tanto) implica que el juez ha de comprobar, en cada caso concreto, si se produjo o no tal "resultado", exigencia que es ajena a este tipo, tanto en el C.P. italiano como en el español. La técnica del "peligro concreto", por otra parte, hubiera implicado insalvables dificultades probatorias, en perjuicio de la debida protección de un bien jurídico cuya naturaleza parece imponer la técnica seguida por nuestro legislador: la de la "lesión".

Novena .- No es necesario un principio de ejecución de los delitos programados para realizar el tipo o tipos : basta con ser "mero individuo" de la asociación que tiene por objeto cometer algún delito, "fundador", "director" o "presidente" de la misma. Esto no significa, sin embargo, que estemos en presencia de una excepción inadmisibles del principio "cogitationis poena nemo patitur"; ni siquiera que la asociación para delinquir sea una de esas figuras que elevan a delito actos, desde un punto de vista material, puramente "preparatorios" ("Vorbereitungstatbestände"). Ello es así, porque el objeto de protección penal no se identifica con los bienes jurídicos singularmente amenazados por el programa de la asociación, y respecto a los cuales si pudiera tal vez plantearse el carácter "preparatorio" de la misma. El comportamiento típico del "mero individuo" o del "dirigente" discurre en el seno interno de la organización criminal, no apunta a aquellos bienes jurídicos. Por esta razón, las penas se establecen con arreglo

al criterio de la mayor o menor responsabilidad en aquella, sin que tenga en cuenta nuestro Código la naturaleza, gravedad...etc de los delitos programados, como parece lógico debía ser si la asociación se hubiere configurado como "acto preparatorio". El "mero individuo", el "director" de una asociación ilícita responden penalmente por "formar parte" de la misma, por integrar una institución cuya sola existencia lesiona ya unos intereses dignos de protección: pero no porque se "presuma" el que han intervenido o puedan intervenir, en el futuro, en la ejecución de los delitos que ésta tiene programados.

Décima .-

En torno a la asociación criminal configura nuestro Código una pluralidad de "tipos": "fundar", "dirigir", "presidir", participar como "mero individuo"... en una asociación que "tiene por objeto cometer algún delito". Los términos "fundador", "director"...etc, no son, pues, normas especiales sobre autoría o participación criminal, ni causas personales modificativas de la pena, sino el propio núcleo de los respectivos tipos, cuyos elementos aparecen dispersos en los artículos 172.2º (elemento común a todos), en el nº 1º del artículo 174 y en el nº 4º del artículo 175.

Décimo-
primera .-

El término "asociación", del nº 2º del artículo 172 puede entenderse equivalente al de "organización". Pero tradicionalmente se ha sobrevalorado el alcance del mismo, en perjuicio de los otros elementos del tipo. Carece de sentido plantear el problema de la eventual existencia de -

un concepto penal de "asociación"; como es igualmente incorrecto el empleo de acepciones apriorísticas de este término: lo que interesa es resaltar su función y significado en los diversos tipos penales. Este difiere en cada uno de ellos, porque -en definitiva- la asociación no es más que el marco por el que discurren los respectivos comportamientos individuales: "fundar", "dirigir", "presidir", "participar" etc.

Los contornos que separan las "asociaciones" ilícitas de la "conspiración" para delinquir no pueden trazarse exclusivamente en función del significado del término "asociación", sino examinando y comparando los respectivos comportamientos típicos considerados en su totalidad.

Décimo-
segunda .-

El término "objeto" (objeto... "cometer algún delito") ha de entenderse en el sentido de "objeto social", objeto de la "asociación, y no como finalidad o propósito de delinquir referido a los miembros de ésta. No es un elemento subjetivo del injusto, en nuestro Código. Asociarse "para delinquir" es un comportamiento atípico, si la asociación no tiene por objeto cometer algún delito.

El objeto de delinquir no ha de ser necesariamente objeto "único", "principal" ni "último"; al "objeto social" pertenecen también aquellos "medios" inherentes a la consecución de las metas trazadas.

Décimo-
tercera.-

El nº 2º del artículo 172 no debe entenderse reservado a las asociaciones ilícitas "ab initio", ni a las asociaciones irregulares o "de facto", que no se constituyeron con arreglo a Derecho. Ambas restricciones carecen de apoyo legal: unas y otras deberán reputarse -en su caso- ilícitas, si "tienen por objeto cometer algún delito", con independencia de si tal ilicitud es inicial o derivada, y de si consiguieron - o no- apariencia formal - de legalidad.

Décimo-
cuarta.-

La "actividad" de los miembros de la asociación carece de relevancia a efectos de determinar la ilicitud de ésta, siempre que no presuponga una "novación" del propio "objeto social". En otro caso, se tratará de desviaciones o extralimitaciones que solo pueden perjudicar a quienes tomen parte en la comisión de los hechos delictivos: la asociación seguirá siendo lícita, por serlo su "objeto".

Décimo-
quinta.-

La fórmula "cometer" algún delito... no ha de interpretarse en sentido restrictivo: no es necesario que sea la propia asociación - la que persiga "ejecutar" algún hecho previsto como "delito" en la Parte Especial del Código; basta con que tenga por objeto aquella - algún hecho o hechos fundadores de responsabilidad criminal con arreglo a cualquier precepto del C.P., tanto de la Parte Especial como de la General.

Décimo sexta. - El C.P. español, a diferencia del francés, no opera restricción alguna en cuanto a la clase de delitos que ha de tener por objeto la asociación: ésta se reputa ilícita si tiene por objeto cometer "algún" delito, esto es: cualquier delito, sea cual fuere. No es necesario, incluso, que el delito esté previsto en el propio Código, ni que el hecho criminal revista determinada gravedad: también ha de reputarse ilícita la asociación que tenga por objeto cometer "faltas".

Este sistema de "numerus apertus", semejante al alemán, no es insatisfactorio.

Décimo séptima. - La asociación ha de tener por objeto la comisión de una pluralidad indeterminada de hechos criminales, exigencia derivada de la estructura del propio tipo penal. La organización dirigida a ejecutar un solo hecho criminal no es una asociación ilícita, en el sentido del artículo 172.2º. Solo podrá fundamentar, en su caso, una responsabilidad a título de "conspiración".

Décimo octava. - El artículo 513 (asociación "transitoria" para cometer el delito de robo) es un precepto que debe suprimirse. Tuvo plena razón de ser en la Ley de Seguridad del Estado, ya que la conspiración no era punible en el entonces vi

C.P. de 1932, y porque dicho artículo establecía para los miembros de tales asociaciones -- unas penas más graves que las previstas para los mismos en los delitos de asociaciones ilícitas de aquel Código. Con la reforma de -- 1944 quiebran ambos presupuestos al declararse la punibilidad de la conspiración y remitirse el artículo 513 al 172.2º, a los efectos de las penas aplicables. De este modo, la llamada asociación transitoria no es sino una conspiración que recibe el tratamiento de asociación, contrario a su naturaleza. El Tribunal Supremo la equipara a la conspiración.

La asociación no transitoria para robar no debe entenderse incluida en el artículo 513.

Décimo
novena. -

El comportamiento típico del "mero individuo" (art. 175.4º, con relación al nº 2º del artículo 172) exige la "pertenencia" a la asociación: el "extraneus" no puede realizar este injusto, sino solo el previsto en el artículo 174.2º. La pertenencia deriva del mero hecho de la "afiliación", es decir, del acuerdo de voluntades entre la asociación y el socio, y se traduce en el sometimiento del nuevo miembro a la voluntad y disciplina corporativa. No es necesario ninguna actividad más por parte del socio para realizar el tipo. -

No hay razón para rechazar la figura del "socio pasivo" -- no admitida, con fundamento, en la doctrina alemana --; no comparto la caracterización de este delito, sin embargo, como "delito mixto de acción y omisión". -

Vigésima.- La distinción entre "mero individuo" y "cabeza" de la asociación ("director" y "presidente") tiene una trascendencia técnica capital, y no solo a efectos de delimitar los respectivos tipos. Una interpretación sistemática, sin embargo, no arroja resultados positivos, porque el silencio del artículo 174. 1º no puede suplirse con lo dispuesto para los "directivos" en los artículos 168, 216, o 268bis, no aplicables a las asociaciones ilícitas. La doctrina jurisprudencial es muy casuística y, a veces, contradictoria: ni los criterios de la mayor o menor "peligrosidad" del sujeto, mayor o menor gravedad de los hechos concretos ejecutados o de la actividad desplegada por el miembro de la asociación parecen válidos para distinguir el mero afiliado del dirigente.

El "mero individuo" realiza el comportamiento típico por el hecho de "afiliarse"; pero esto no significa que cualquier otra actividad societaria adicional le convierta en "dirigente"; para ello es necesario que ocupe determinado "estatus orgánico" en la asociación y que participe efectivamente en el ejercicio de ciertas "funciones" de mando.

Vigésimo primera.- Por "dirigentes" entiende el Código dirigentes máximos: cabezas; no cualquier individuo que desempeñe alguna función de mando.

Los mandos "intermedios" o "subalternos" no son contemplados en nuestro Código, por

lo que solo pueden caracterizarse como "meros individuos".

Vigésimo segunda.-

El artículo I74.2º regula, de forma específica, la participación criminal en los delitos de asociaciones ilícitas. Paradójicamente, y debido a una defectuosa e injustificada transcripción del precepto correlativo de la Ley de Seguridad del Estado, no es aplicable lo dispuesto en el mismo a la asociación criminal del nº 2º del artículo I72. Sería oportuno suprimir la mención específica a las asociaciones previstas en el artículo I73, para hacer extensible su mandato a todas las asociaciones ilícitas.-

Vigésimo tercera.-

(X) Los comportamientos de "favorecimiento" y "cooperación" del artículo I74.2º quedan reservados, en principio, al "extraneus", siendo aquel precepto ley tácitamente subsidiaria respecto al nº Iº del artículo I74 y 4º del artículo I75. No toda conducta de apoyo a la fundación, organización o actividad de asociaciones ilícitas es constitutiva de "favorecimiento"... en el sentido del artículo I74.2º, - por más que éste se refiera a la cooperación económica.. " o de cualquier clase": la gravedad de las penas establecidas impide esta interpretación, pues se trata siempre de conductas de naturaleza "accesoria".

Vigésimo cuarta.-

(X) Actúa "dolosamente" quien se "afilia" a una asociación, la "funda", "dirige" o "preside", -- "sabiendo" que dicha asociación "tiene por objeto cometer algún delito". No se da, por lo --

tanto, una absoluta coincidencia en cuanto al contenido del elemento "intelectivo" y el "volitivo" del hacer "doloso": a este último pertenece solo la voluntad referida al hecho de la afiliación, dirección, presidencia (de una asociación que tiene por objeto delinquir), pero no la voluntad de cometer los delitos singulares planeados por la asociación. Respecto a éstos basta con que el afiliado sepa que integran el "objeto social", quedan relegados al plano "intelectivo".

Aquí reside una de las diferencias entre el comportamiento típico del asociado y el del conspirador.

Vigésimo quinta. Tanto la doctrina alemana, como la italiana, rechazan la posibilidad de admitir la forma "culposa" bien por la ausencia de un precepto específico que la incrimine de forma expresa bien porque el tipo configura un elemento subjetivo del injusto, incompatible con aquella-- (C.P. italiano) Ambos planteamientos quiebran en el Derecho español, aunque diversas consideraciones conducen a la misma solución, tanto en el caso de los "fundadores", "directores" y "presidentes" como en el del "mero individuo". Es necesario, pues, un comportamiento "doloso".

Vigésimo sexta. Descartada la admisibilidad de la forma "culposa", el error "esencial" -vencible o invencible-, al excluir el dolo, excluye también la culpabilidad. Entiendo que son, en su caso, supuestos de error "esencial": el error sobre la propia "existencia" de la asociación, sobre

la licitud de su objeto, sobre la antijuridicidad del hecho de afiliarse y -excepcionalmente- el error sobre los delitos que integran el programa criminal de la asociación, -si la índole de éstos -suponga o no un cambio del título de imputación penal- hubiere decidido, de forma inequívoca, la misma afiliación. Los demás supuestos solo pueden caracterizarse como "error accidental": error sobre la clase, número o gravedad de los delitos -- programados, error sobre la posterior ejecución de tales delitos, etc.

Vigésimo séptima. [La doctrina italiana y alemana niega la posibilidad de configurar la "tentativa" en los delitos de asociaciones ilícitas. Esta última, porque falta un precepto específico que fundamente la incriminación, lo que es necesario en el Derecho alemán; aquella, porque juzga que no es admisible en los delitos de "peligro", de "mera actividad" y de "consumación anticipada"; o bien, por entender que la efectiva "constitución" de la asociación y la -- "pertenencia" a la misma son presupuestos -- del tipo: si no se dan, el comportamiento carece de relevancia (actos preparatorios), si se dan, el tipo queda consumado. Solo excepcionalmente algún autor admite la tentativa y, por lo general, siempre en el caso de las actividades fundacionales que no llegan a su fin.

En el Derecho español difiere el planteamiento del problema. No comparto, tampoco, los presupuestos doctrinales de la literatura italiana. Entiendo ^{el contrario} que no solo son admisibles las formas imperfectas, sino que nuestro Có--

digo ha establecido dos preceptos específicos al respecto (los párrafos segundo y cuarto del artículo 174.1º), que por su carácter de "ley especial (en este caso, más severa) derogan la normativa genérica de los artículos 3 y 4. >

Vigésimo octava.- El sistema de nuestro Código a propósito de las formas imperfectas ofrece un nuevo criterio para distinguir la "asociación" criminal de la conspiración para delinquir.

Vigésimo novena.- [No cabe la "conspiración" para cometer los delitos de asociaciones ilícitas.] La naturaleza de aquella, así como la estructura de estos tipos penales y otras consideraciones de diversa índole (bien jurídico protegido, comparación de las penas) imponen esta solución "material" -- que debe hacerse extensiva a todos los tipos.

Trigésima [Debe admitirse ^{dile} en su caso, el "desistimiento", si bien solo a propósito de aquellos supuestos legales susceptibles de realización o ejecución "imperfecta"] (párrafos segundo y cuarto del artículo 174.1º). No, por ejemplo, respecto al "mero individuo" de la asociación criminal. De aquí se desprende una nueva diferencia entre el régimen de la conspiración para delinquir y el de la asociación ilícita.

Trigésimo primera.- Los cuatro números del artículo 172 y los cinco del 173 enuncian otras tantas causas fundamentadoras del ilícito penal, distintas unas de otras pero que se excluyen: la eventual concurrencia de varias da lugar a una hipótesis de concurso de "leyes". Lo mismo sucede, en princi-

pio, con los diversos títulos de participación en una misma empresa delictiva (nº 1º del artículo 174, 4º del artículo 175 y 2º del 174): no se acumulan. Debe descartarse, incluso, el concurso de delitos en supuestos de sucesión de comportamientos conceptualmente distintos pero relativos a una misma asociación criminal ("mero individuo" designado "presidente" o viceversa; "fundador" que permenece en la asociación como militante o incluso "director", etc) (Aunque la mera "afiliación" basta ya para que se realice el injusto del nº 4º del artículo 175, no todo comportamiento "delictivo" adicional que lleve a cabo el afiliado da lugar al concurso de delitos: los principios de "inherencia", "consumación" o el la impunidad de los "actos posteriores" pueden exigir, en su caso, la fórmula del concurso de "leyes".)

Trigésimo segunda. (El miembro de la asociación ilícita, que delinque, debe responder como "mero individuo", -- "presidente", "director"... de la misma, en concurso con la responsabilidad en que haya incurrido según su "participación" en el delito ejecutado. Son dos títulos de responsabilidad diferentes que se acumulan: concurso de delitos.)

La solución del concurso de delitos -dominante en la doctrina- viene impuesta por la estructura de los delitos de asociación ilícita: los respectivos tipos no exigen un principio de ejecución respecto a los hechos criminales programados por la empresa delictiva, sino que se -- configuran con independencia de éstos; protegen un bien jurídico propio, que se lesiona por la mera existencia de la asociación; ésta no es un "acto preparatorio". El "mero individuo" o los-

"dirigentes" no responden por la supuesta o -- presunta participación de los mismos en los delitos contemplados en el programa social -se ejecuten, o no -(delito de "sospecha) sino por formar parte de una asociación que tiene por objeto cometer algún delito. El miembro de ésta que no interviene en la ejecución del programa criminal solo responde como "mero individuo" o como "dirigente", según los casos. El "extraneus"-- que participa en aquella, solo responderá de acuerdo con las normas generales sobre participación criminal: no como "mero individuo" o "directivo" de la asociación.

Trigésimo tercera.-

La asociación para cometer el delito de robo se rige, a efectos concursales, por los criterios expuestos. No así la asociación "transitoria", coentiende acertadamente la doctrina jurisprudencial: la eventual ejecución del delito de robo consume la que pudiera derivar de la mera pertenencia a la asociación transitoria. El artículo 513 no parece convincente. El criterio de la consunción puede tener efectos criminógenos en aquellos casos en que las penas previstas para el delito de robo consumado son más benignas -- que las señaladas para quienes forman parte de la asociación transitoria.

Trigésimo cuarta.-

Responsabilidad penal a título de "conspiración" y de "asociación ilícita" (como "mero individuo", "director", etc) pueden darse con plena independencia, pero también concurrir y acumularse; cabe responder por conspiración y no por asociación, o viceversa; cabe una responsabilidad inicial por conspiración que concurre con otra posterior, por asociación, que no excluye la primera; cabe, por último, una responsabilidad por a-

sociación, en concurso con otra posterior por
conspiración.

BIBLIOGRAFIA CONSULTADA. -

ALONSO TEJADA, L., El ocaso de la Inquisición en los últimos años del Reinado de Fernando VII. Juntas de Fe, Apostólicas. Conspiración realista. Madrid. (Zero S.A., Edit. Algorta). 1969.-

ALVAREZ MARTINEZ, T. Ma., y VIZMANOS, C., Comentarios al Código Penal. Madrid. 1848.-

ALLFELD, Ph., Lehrbuch des Deutschen Strafrechts., A.T., -- 9ª. Ed. (1934)

ANTOLISEI, F., Manuale di diritto penale., P.Sp., II., Milano (Dott, A. Giuffrè Edit.). 1966 (5ª Ed.)

ANTON ONECA, J., Derecho Penal, P.G. (Antón Oneca y Rodríguez Muñoz). Madrid. 1949.-

Historia del C.P. de 1822., Instituto Nacional de Estudios Jurídicos (A.D.P. y C.P.). 1965.- (pág. 264 a 278)

El C.P. de 1848 y D. Joaquín Francisco Pacheco., A.D.P. y C.P.. 1965..pág. 474 a 495.-

El Derecho Penal de la postguerra., Salamanca (Problemas actuales de Derecho Procesal y Penal), Universidad de Salamanca., 1971.-

ARAMBURU, J.D., Instituciones de Derecho Penal Español, arregladas conforme al C.P. reformado de 30 de Junio de 1850., Oviedo (Imprenta y litografía de D. Benito -- González), 1860.-

AURIOLES MONTERO, I., Instituciones de Derecho Penal de España., Madrid (Establecimiento tipográfico de D. Ramón Rodríguez Rivera), 1849.-

BARBERO SANTOS, M., El bandolerismo en la legislación vigente. ADP y CP., 1970.,pág. 253 a 286.-

Los delitos de rebelión militar, bandidaje y terrorismo, regulados por el Decreto de 21 de Septiembre de -- 1960., Salamanca (Problemas actuales de Derecho Penal y Procesal), 1971 (pág. 143 a 160).-

Contribución al estudio de los delitos de peligro -- abstracto., ADP y CP., 1973 (pág. 487 a 500).-

- BARSANTI, P., Della desistenza nel reato di associazione di malfattori, ossia di associazione per delinquere., Riv. Pen., Vol. XXV (1887), pág. 35 a 38.-
- BAUMANN, J., Strafrecht., A.T., Ein Lehrbuch., Bielefeld, - (E y W Giesecking), 4ª (1966) y 5ª Ed. (1968).-
- BERNER, A., Die Lehre von der Theilnahme an Verbrechen, Berlín., 1847.-
- BINDING, K., Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts B.T., (II), Leipzig., 1905.-
- Die Normen, I., 2ª Ed.-
- BLANCHE, A., Études pratiques sur le Code Pénal., Paris-1888, (2ª Ed).-
- BOSCARELLI, M., Associazione per delinquere., Enc. del dir. III, 1958, pág. 865 a 873.-
- BRICOLA, F., Cospirazione politica mediante accordo o associazione., Enc. del dir., XI., 1962, pág. 121 a 129.-
- Dolus in re ipsa. Osservazioni in tema di oggetto e di accertamento del dolo., Milano (A. Giuffrè), 1960.-
- BUENAVENTURA SELVA, N., Comentarios al C.P. reformado y planteado provisionalmente por Ley 3.VI.1870., Madrid (Imprenta española), 1870.-
- BUENO ARUS, F., Asociaciones contrarias a la moral pública., Ponencia no publicada, que se presentó el 16 de Octubre de 1970 al Seminario de Asociaciones ilícitas que organizó la Tercera Cátedra de D.P. de la Universidad Complutense.-
- VON BURI, Gefahr und Versuch in der zweiten Auflage des ersten Bandes der Normen 1890., GS., 44 (1891), pág. 321 a 356.-
- CARACCIOLI, I., Brevi cenni sulla nozione di "ordine pubblico" nell'art. 656 C.p., Riv. it. de dir. proc. pen., -- 1962, pág. 797 a 799.-
- CARNOT, M., Commentaire sur le Code Pénal, I., Paris. 1823.

CARRARA, F., Programma del Corso di diritto criminale., VI-
(P.Sp.), Lucca, 1870 (2ª.Ed.).-

L'associazione a delinquere secondo l'abolito codice-
toscano., Enc.Giur.it.(da P.S.Mancini), I (parte IV), pág
III4 a III8.-

CASTEJON, F., Génesis y breve comentario del C.P.de 23.XII
de 1944., R.G.de L.J., 1946.-

Las ideas penales en la época del C.P.de 1870.Madrid,
Real Academia de Legislación y Jurisprudencia (Conmemo-
ración del centenario de la Ley Provisional sobre Orga-
nización del Poder Judicial y del C.P. de 1870), 1970,-
pág.55 a 65.-

CASTRO Y OROZCO, J.y ORTIZ DE ZUÑIGA, M., Código penal ex-
plicado para la común inteligencia y fácil aplicación-
de sus disposiciones, II., Granada (Imprenta y librería-
de D.Manuel Sanz), 1848.-

COLECCION DE LAS LEYES, DECRETOS, Y DECLARACIONES DE LAS -
CORTES, Y DE LOS REALES DECRETOS, RESOLUCIONES Y REGLAMEN-
TOS GENERALES EXPEDIDOS POR LOS RESPECTIVOS MINISTERIOS.
(Colección de Decretos), Imprenta Real., citada por tomo y
año.Desde 1864, definitivamente: COLECCION LEGISLATIVA,
Imprenta del Ministerio de Gracia y Justicia, cit., por-
tomo y año.-

CONTIERI, E., Associazione per delinquere., For.pen., 1955,-
pág.425 a 452.-

I delitti contro l'ordine pubblico., Milano (A.Giuffré
Ed), 1961.-

CORDOBA RODA, J., RODRIGUEZ MOURULLO, G., DEL TORO MARZAL, A
CASABÓ RUIZ, J.R., Comentarios al Código Penal, Barcelona ,
(Ariel), 1972.-

COSTA, St., Associazione per delinquere., N.Dig.it., I (1937)
pág.1032 a 1034 (Turín).-

CRESPO, E., Exposición sumaria del Derecho Penal Español,-
según los principios de la filosofía y los proyectos.
Madrid (Librería de F.Iravedra), 1886.-

CRIVELLARI, G., Il Codice penale per il Regno d'Italia, VII
1896.-

- CUELLO CALON, E., El nuevo Código Penal Español (Exposición y Comentario), (I) P.G., Barcelona (Bosch), 1930.- (2ª Ed.)
- Derecho Penal, II.P.E., Barcelona (Bosch), 1936 (3ª Ed.).-
- Derecho Penal conforme al texto refundido de 1944., - II., P.E., Barcelona (Bosch), 1949 (7ª Ed.).-
- Derecho Penal conforme al C.P. texto revisado de -- 1963, Tomo II-I., (P.E.), 1967 (12ª Ed.).-
- Derecho Penal revisado y puesto al día por C. Camargo Hernández., II-I (P.E.), Barcelona (Bosch), 1972 (13ª Ed.)
- CHAVEAU, M y HELIE, M.F., Theorie du Code Pénal, III., Paris (Billard), 1887 (6ª Ed.).-
- DALCKE-FUHRMANN, SCHAFER, Strafrecht und Strafverfahren, - Berlin (J. Schweitzer Verlag), 1961 (37ª Ed., por Dr. E. Fuhrmann y Dr. K. Schäfer).-
- DALLOZ, Repertoire de Droit Criminel et de Procédure Pénale., I, (dirigido por M. ANTONIN Besson), Paris (Emma - nuel Vergé), 1953.-
- Jurisprudence générale. Codes Annotés. Code Pénal. Pa - ris, 1881 (Dalloz, E. y Vergés, Ch).-
- DE BELLA, V., Il reato di associazione a delinquere, Tori - no (Fratelli Boca Edit.), 1933.-
- DE BLASI, Il reato di associazione per delinquere nel - Codice vigente e nel progetto del nuovo Codice penale Giur. it., 1930, II, pág. 225 a 230.-
- DE RUBEIS, R., Dell'associazione per delinquere., Enc. del - dir. pen. it. (Racolta di monografia, a cura di E. Pessi - na), VII (1907), pág. 1022 a 1103.-
- DEL ROSAL, J., Tratado de Derecho Penal español, II (P.G.) - Ediciones Darro, 1969.-
- Principios de D.P. español (lecciones), II-I (P.G.), Va - lladolid, 1948.-
- DEL VICO, P., Associazione, propaganda e apologia., Annali - dir. e proc. pen., 1939, pág. 913 a 926.-

- DIAZ VALCARCEL, L. Ma., La revisión del C.P. y otras leyes penales., Barcelona (Bosch), 1964.-
- DREHER, E., Grundsätze und Probleme des 49 a StGB., GA.- 1954., pág. II a 22.-
- Strafgesetzbuch und Nebengesetze, München (C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung), 1972 (33 Ed.)
- ESCOBEDO, G., Lárt. 250 C.P. e il reato di associazione a delinquere (un mutamento della giurisprudenza in articolo mortis del Codice del 1889)., Giust. pen., --- 1931, I., pág. 1265 a 1270.-
- FERRER SAMA, A., Comentarios al Código Penal., Murcia, -- 1947 (II) , 1948 (III).-
- FEUERBACH, A., Lehrbuch des gemeinen in Deutschland -- gültigen Peinlichen Rechts, 1847 (14ª Ed.).-
- FINGER, A., Lehrbuch des deutschen Strafrechts, I., Berlin (Karl Heymanns Verlag), 1904.-
- FRANCHINA, G., Associazione per delinquere e reato continuato., Giur. sic., 1964, pág. 490 y ss.
- FRANK, R., Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich . Tübingen (Verlag von J.C. Mohr), 1931 (18ª Ed.)
- GABILAN PLA. L., ALCAHUD, W., Legislación española. Avila- (Librería internacional).
- GARCIA GOYENA, F., Código Criminal según las leyes y práctica criminal vigente, comentado y comparado con el penal de 1822, el francés y el inglés., Madrid, (Librería de los Sueños, Viuda de Calleja e hijos), 1843.-
- GARÇON, E., Code Pénal annoté (por M. Rousselet, M. Patin y M. Ancel), I., Paris (Recueil Sirey), 1959.-
- GAROFALO, R., Associazione per delinquere., Enc. giur. it., - (dirigida por P.S. Mancini), I (p. IV), pág. IIII a III4-- (1907).-
- GARRAUD, R., Traité théorique et pratique du Droit Pénal Français, IV., Paris (Larose et Forcel), 1891 (2ª Ed.).-

- GEIB, Lehrbuch des deutschen Strafrechts., I., 1861.-
- GERLAND, H., Deutsches Strafrecht, Berlin (Walter de Gruyter), 1922.-
- GIMBERNAT ORDEIG, E., El sistema del Derecho Penal en la actualidad., Anuario de Ciencia Jurídica., I, 1971-72, -pág. 265 a 288.-
- GOMEZ DE LA SERNA, P y J.M.MONTALBAN, Elementos de Derecho Civil y Penal de España, Madrid, (Compañía de Impresores), III, 1851 (4ª Ed.).-
- GONZALEZ GARCIA, V., Asociación para cometer el delito de robo., Rev.Gen.de L.y J., 1947 (Julio -Agosto), pág. 54 a 78.-
- GOYET, F., Droit Pénal Spécial., Paris, 1972 (8ª Ed., revisada por M.Rougelet).-
- GRISPIGNI, F. Diritto Penale italiano, II., (A.Giuffré), 2ª Ed., 1947.-
- GROIZARD Y GOMEZ DE LA SERNA, A. Código Penal concordado y comentado, III, Burgos (Imprenta D.T.Arnainz), 1874.-
- HELIE, F., Practique criminelle des Cours et Tribunaux. Paris, 1954 (7ª Ed., por J.Brouchet et F.Brouchet).-
- HENCKE, G., Zur Abgrenzung der strafbaren Vorbereitungshandlung beim Hochverrat., ZstW, 1966, pág. 390 a 407.-
- HIDALGO GARCIA, J.A., El C.P. conforme a la doctrina establecida por el Tribunal Supremo., I., Madrid (Reus, hijos de), 1908.-
- VON HIPPEL, R., Lehrbuch des Strafrechts, Berlin (Verlag von J.Springer), 1932, .
- IMPALLOMENI, G.B., Istituzione di Diritto penale, Torino.- 1908.-
- JARAMILLO GARCIA, A., Novísimo Código Penal comentado y cotejado con el de 1870., II-III., Salamanca, 1928 (N.P. de S.Ferreira).-

- JASO ROLDAN, T. (en: Derecho Penal, II. 1949, por Rodríguez Muños, J. A., Jaso Roldán, T, y Rodríguez Devesa, J, Ma), Gráfica Administrativa Rodríguez San Pedro.
- JESCHECK, H-H., Lehrbuch des Strafrechts, A.T., Berlin, (Duncker und Humboldt), 1972 (2ª Ed).-
- JIMENEZ ASUA, L., Tratado de Derecho Penal., VII. Buenos Aires (Edit. Losada. S.A.), 1970.-
- La legislación penal de la República española., Madrid (Reus), 1932 Biblioteca de la Rev. G. de L. y J.
- KAUFMANN, A., Unrecht und Schuld beim der Volltrunkenheit., JZ., 1963, pág. 425 a 433.-
- KÖHLER, A., Deutsches Strafrecht., A.T., Leipzig-Veit, -- Verlag, 1917
- KOHLRAUSCH-LANGE, Strafgesetzbuch mit Erläuterungen - und Nebengesetzen., Berlin (Walter de Gruyter), 1961 43ª Ed (por Dr. R. Lange).-
- LACKNER, K., Das konkrete Gefährdungsdelikt im Verkehrsstrafrecht, Berlin (Walter de Gruyter), 1967.-
- LACKNER-MAASSEN, Strafgesetzbuch mit Erläuterungen, München (C.H. Beck), 1969 (5ª Ed) y 7ª (1972).-
- LAMBERT, L., Traité de Droit Pénal Spécial, 1968 (Edit.- Police-Revue).-
- LANGE RUBIO, E., Código Penal de 17-VI-1870, reformado - por Leyes dictadas posteriormente hasta el día., Reus 1915.-
- LEIPZIGER KOMMENTAR, Strafgesetzbuch, 9ª Ed. (comentarios al parágrafo 128 por A. Mösl), entrega IIª, 1970; también, 8ª Ed., comentarios por Werner (1957).-
- LEONE, Del reato abituale, continuato e permanente, Napoli, 1933.-
- LEVI, N., In tema di associazione per delinquere e di - contravvenzione alle leggi sanitarie., For. it., 1933, II pág. 104 y ss.-

- VON LISZT, F. Lehrbuch des Deutschen Strafrechts. Berlin und Leipziger (Walter de Gruyter), 1922 (2ª Ed.).-
- LISZT-SCHMIDT, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts I (A. T.), Berlin und Leipzig (Walter de Gruyter), 1932 (26ª Ed., por E. Schmidt).-
- LOPEZ REY y ARROJO, M., Derecho Penal., P.E., (II), Madrid, (Reus), 1935 (1ª Ed.).- Obra ajustada al programa de - 24 de Junio de 1935 para el primer ejercicio de las oposiciones a ingreso en el cuerpo de aspirante a la judicatura.
- LUTTGER, Ist 90 Abs. 3 StGB verfassungswidrig?, GA, 1958, pág. 183 y ss.
- LUZON DOMINGO, M., Derecho Penal del Tribunal Supremo., P.G., II., Barcelona (Edit. Hispano-europea) 1964.-
- MAGGIORE, G., Diritto Penale, P.Sp., Vol. II-I., Bologna, N. Zanichelli Edit., 1953 (4ª Ed.).-
- MANZINI, V. Trattato di diritto penale italiano, vol. IV y VI, Torino (Unione tipografico.edit), 1962 (4ª Ed. a cura G.D. Pisapia).-
- MAÑAS, J. Ma., El libro del buen ciudadano (Repertorio - del Derecho Político español). Madrid, 1869.-
- MARX, M., Zur Definition des Begriffsrechsgut. Prolegomena einer materialen Verbrechenlehre, Köhln, 1972.
- MAURACH, R., Deutsches Strafrecht., A.T., Ein Lehrbuch, - 4ª Ed. revisada, Karlsruhe (C.F. Müller), 1971; id, B.T, 5ª Ed., 1969.-
- Die Problematik der Verabredung., JZ., 1961, pág. 137 a 148.-
- MAYER, H., Strafrecht., A.T., Stuttgart (W. Kohlhammer), - 1967.-
- MAYER, M.E., Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts., 2ª Ed. 1923.-

MERKEL, A. Lehrbuch des deutschen Strafrechts, Stuttgart 1889.

MEZGER, E., Tratado de Derecho Penal (Traducción de la 2ª Ed. y notas de Derecho Español, por J.A. Rodríguez Muñoz), Madrid (Ed. Revista de Derecho -- Privado), 1935.

MEZGER-BLEI., Juristische kurz-Schreibbücher. Strafrecht Allgemeiner Teil., C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung 14ª Ed., 1970; B.T. (Ein Studienbuch), 9ª Ed., München und Berlin (1966).

MIR PUIG, S., Los terminos delito y falta en el Código Penal., ADP y CP., 1973.

MONTALTO, G., E possibile il tentativo nelle ipotesi di costituzione e di organizzazione di associazioni suversive?, Riv. Pen., 1936, pág. 306 a 309.

MONTELEONE, G., Natura e limite dell'associazione a delinquere., Giust. pen., 1955., II, pág. 432 a -- 436.

MUHLMANN, E., BOMMEL, G., Das Strafgesetzbuch and -- Hand der höchstrichterlichen Rechtsprechung für -- die Praxis Dr. Carl Wurm.- Verlag, Straubing, 1949.

NUÑEZ, J.M., Asociaciones delictivas., Enciclopedia -- Jurídica Omeba., I., Buenos Aires, 1954 (Edit. Bi -- bliográfica Argentina), pág. 849 a 853.-

NUÑEZ BARBERO, R., La Reforma Penal de 1870., Univer-
sidad de Salamanca, 1969.-

NUÑEZ DE CEPEDA, H., Comentarios, Jurisprudencia y -
tablas de penar (Código Penal 1870). Coruña (Im-==
prenta Real), 1932.

OLESA MUÑIDO, F., Estructura de la infracción penal=
en el C.P. español vigente., Barcelona (Ariel), -=
1971.-

OLSHAUSEN, Kommentar zum Strafgesetzbuch für das ---
deutsche Reich, Berlin (Verlag F. Vahlen), 12ª Ed.
1942.

ORTIZ DE ZUÑIGA Y CASTRO OROZCO, J., Código Penal Re
formado, con el texto ajustado a la nueva edición=
oficial, y con notas y observaciones sobre las re-
formas y sus motivos, Madrid (Establecimiento tipo
gráfico de D.S. Sanaque), 1850.-

PACHECO, J.F., El Código Penal concordado y comenta-
do II, Madrid, (Imprenta y fundición de M. Tello)=
1881, (5ª Ed).-

PALADIN, L., Ordine pubblico., Nuov. Digesto it., Vol.
XII, (1965), pág. 130 y ss.-

PATALANO, V., L'associazione per delinquere., Napoli
(casa Edit. Dott. E. Jovene), 1971.-

PELLISE PRATS, B., Asociación, Nueva Enciclopedia Ju-
rídica Seix, III, Barcelona (1951), pág. 62 a 97.

PEREZ Y LOPEZ, X., Teatro de la legislación universal de España e Indias, por orden cronológico de sus cuerpos y decisiones no recopiladas y alfabético de sus títulos y principales materias, T. - XIX, Madrid, 1797.

PETROCELLI, B., Il delitto tentato., Studi., Padova (A. Milani, Soc. Coop.), 1955.-

PFEIFER, G., MAUL, H., SCHULTE, B., Kommentar anhand der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes., Juristischen Verlag W. Ellighans., Essen, 1969.-

PIETROBONI, E., Il reato continuato nell'associazione per delinquere., Sc. Pos., I (1939), pág. 34 y ss.

PISAPIA, G.D., Istituzioni di Diritto Penale., P.G., ed Sp Padova (Casa Ed. Dott. A. Milani), 1970 (2ª Ed.).-

POLAINO NAVARRETE, M., Los elementos subjetivos del injusto en el C.P. español., Anales de la Universidad Hispalense. Publicaciones de la Universidad de Sevilla. 1972.

PUGGLIA, Il mafioso non è un associato per delinquere Sc. Pos., 1930, I, pág. 452 y ss.-

PUIG PEÑA, F., Derecho Penal, II. P.E., 1969 (6ª Ed. = Edit. Rev. de Dº Privado; id, P.G., 6ª Ed., 1969.

Las últimas disposiciones penales (Comentarios a la legislación penal de la postguerra), San Sebastián (Ed. Schmoll), 1943.

QUINTANO RIPOLLES, A., Comentarios al Código Penal
((II) Madrid, 1946..-

Compendio de D..P., II., Madrid, Ed. Rev, de Dº=
Privado, 1958.

QUINTANO RIPOLLES, A., Curso de Derecho Penal, II -
Madrid., Ed. Rev. de Dº Privado., 1963.-

Delito formal., Nueva Enc, Jur. Seix., VI., pág.=
586 a 588 (1954).-

RANIERI, S., Manuale di Diritto Penale., II (P.Sp.),
Padova (Cadam, Casa Ed. Dott. A. Milani), 1962 -=
(2ª Ed).-

RODRIGUEZ DEVESA, J. Mª., Derecho Penal español, P.G.,
1973 (3ª Ed.); id., P.E., 5ª Ed. (1973).-

RODRIGUEZ MOURULLO, G., La punición de los actos pre
paratorios., ADP y CIP (1968), pág. 277 a 302.

ROTTERING, Gefahr und Gefährdung im StGB., GA, XXXI,
pág. 266 a 282.-

ROXIN, C., Täterschaft und Tatherrschaft., Hamburg,=
2ª Ed., 1967.-

RUDOLPHI, H.J., Die verschiedenen Aspekte des Rechts
gutsbegriffs., Festschrift für Hönig. 1970., pág.=
151 y ss.-

- SABATINI, G., Istituzioni di diritto penale., P. Sp., I., Casa del libro., Editrice Catania, 1946 (3ª Ed.).
- SALDAÑA, Q., La reforma del Código Penal., Madrid, 1920 (Reus), 2ª Ed.
- SALERNO, Concorso delittuoso ed associazione a delinquere., Sc. Pos., 1930 (Vol. X), I, pág. 52 a 58.
- SANCHEZ AGESTA, L., Historia del Constitucionalismo español (Estudios Políticos), 1964, 2ª Ed.
- SAN MARTIN LOSADA, L., El Código Penal de 1928. Su estudio y comparacion con el de 1870., Madrid (Imprenta clásica española), 1928.-
- SANCHEZ TEJERINA, I., Derecho Penal Español, II (P. E). Madrid (Imprenta Lit. J. Bravo), 1950, 5ª Ed.
- SANTANIELLO, G., Manuale di diritto penale, Milano = (D. A. Giuffrè, Ed.), 1967 (3ª Ed.).-
- SANTORO, A., Manuale di Diritto Penale, P.Sp (III), Unione tipografico-editrice torinese., 1965.
- SAUER, W., System des Strafrechts., B.T., Köln-Berlin (Karl Heymanns Verlag), 1954.-
- SCHAFHEUTLE, Das Strafrechtsänderungsgesetz., JZ.= 1951, pág. 609 a 620.-

SCHMIDHAUSER, E. Strafrecht. A.T., Ein Lehrbuch.,
Tübingen (J.C.B. Mohr), 1970.-

SCHMITT, R., Rücktritt der Verabredung zu einem Verbr
brechen, JUS., 1961., pág. 25 a 27.-

SCHONKE, A., SCHRODER, H., Strafgesetzbuch, Kommen-
tar. München, GH, Beck'sche Verlagsbuchhandlung -
1972, 16ª Ed.-

SCHRODER, Die Gefährdungsdelikte im Strafrecht., -=
Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissens-=-
chaft, 1969, pág. 7 a 28.

Abstrakt-konkretes Gefährdungsdelikte?. JZ, 1967
pág. 522 a 525.

SCHUTZE, Lehrbuch des deutschen Strafrechts auf Grund
des Reichsstrafgesetzbuchs., Leipzig., 1874 (2ª Ed.).

SELIGMANN, E., Delictum sui generis., Berlin, 1920.

SILVELA, L., El Derecho Penal estudiado en principios
y en la legislación vigente en España., II. Madrid,
(Imp. T. Fontanet), 1879.-

SINISCALCHI, A., In tema di associazione per delinquer
e., Giust. pen., 1950. II., pág. 28 y 29.

STRATENWERTH, G., Strafrecht., A.T. (Die Straftat) -
Köln (K. Heymanns Verlag), 1971.-

VANNINI, O., Manuale di Diritto Penale italiano.,
P. Sp., Milano (Dott. A. Giuffrè, Ed), 1954.-

Il problema giuridico del tentativo. Milano, 1950
2ª Ed. (A. Giuffrè Edit.).-

VIADA Y VILASECA, S. El Código Penal reformado de
1870, concordado y comentado, II, Madrid, 1890 ==
(4ª Ed.).-

VIZMANOS, T., y ALVAREZ, C., Comentarios al Código=
Penal. Madrid (Establecimiento tipográfico de -
J. González y A. Vicente), 1848.-

VOUIN, R., Précis de Droit Pénal Spécial., Paris -
(Lib Dalloz), 1953, (1ª Ed.).-

WACHENFELD, F., Lehrbuch des Deutschen Strafrechts=
München (Oscar Beck, Verlag) 1914.-

WELZEL, H. Das Deutsche Strafrecht., Eine systema=
tische Darstellung., Berling (Walter de Gruyter),
1969 11ª Ed.-; id., B.T., 10ª Ed.,-

YAÑEZ ROMAN, P.L., Reflexiones en torno a las aso=
ciaciones para delinquir (Ponencia, no publicada,
que se presentó el 12 de Marzo de 1971 al Semina=
rio que organizó la 3ª Cátedra de D.P. de la Uni=
versidad Complutense).-

ZERBOGLIO, A., Trattato di diritto penale., Milano.,
Casa Ed., Dott. F. Vallardi, 1935 (4ª Ed.).