



EL DELITO DE ASOCIACIÓN ILÍCITA: UNA VISIÓN RETROSPECTIVA

THE CRIME OF UNLAWFUL ASSOCIATION: A RETROSPECTIVE VIEW

GABRIELA C. COBO DEL ROSAL¹

Universidad Rey Juan Carlos. Madrid

Recibido: 02/11/2023

Aceptado: 07/12/2023

RESUMEN

El presente trabajo está dedicado a la evolución histórica de los delitos de asociación ilícita a lo largo de la codificación española. Sin duda la asociación ilícita es expresivamente deudora de su historia tanto en lo que respecta a la evolución del delito mismo como a su inscripción en el marco de los delitos contra la Constitución. En este sentido el tema cobra un renovado y doble interés por la poca atención que se ha prestado hasta ahora a su estudio desde su recorrido histórico y por el debate que plantea la existencia de los delitos contra la Constitución a los que se incorpora esta figura delictiva.

Palabras clave: Asociación ilícita, delitos contra la Constitución.

¹ Doctora en Derecho. Profesora titular de Historia del Derecho y de las Instituciones. De marcada proyección internacional, cuenta con numerosas sus estancias de formación académica, docentes y de investigación en prestigiosas universidades como la Universidad Karl-Franzens Graz; la Universidad Degli Studi di Milano; la Universidad de Harvard o la Universidad San Marcos. Autora de varios trabajos en materia de codificación penal con visión histórica e Historia del Derecho Penal publicados en editoriales de reconocido prestigio.

ABSTRACT

This paper is devoted to the historical evolution of the offenses of unlawful association throughout the Spanish codification. Undoubtedly, unlawful association is expressly indebted to its history both in the evolution of the crime itself and in its inscription in the framework of crimes against the Constitution. In this sense, the subject takes on a renewed and double interest due to the little attention that has been paid so far to its study from its historical perspective and due to the debate raised by the existence of crimes against the Constitution to which this criminal figure is incorporated.

Keywords: Unlawful association, crimes against the Constitution.

Sumario: 1. *Introducción.* 2. *Antecedentes históricos del actual delito de asociación ilícita.* 2.1. *Derecho de asociación versus delito de asociación: la omisión en Cádiz y la dificultad del Trienio.* 2.2. *La configuración del delito de asociación ilícita en dos momentos: los Códigos Penales de 1848 y de 1870.* 2.3. *Continuidad en el tipo penal de asociación ilícita desde el último cuarto del siglo XIX.* 3. *Conclusiones.* 4. *Referencias bibliográficas.*

1. INTRODUCCIÓN

La historia del delito de asociación ilícita camina en paralelo con el reconocimiento del derecho de asociación. De la misma se desprenden indudables consecuencias que atañen a su vigente regulación. A primera vista, si hacemos el recorrido inverso desde su actual regulación al pasado, se observa que el actual Código Penal en su estructura obedece a una tradición legislativa por la que mantiene a los delitos de asociación ilícita ubicados dentro el Título XXI dedicado a los “Delitos contra la Constitución” donde su Capítulo IV se ocupa “De los delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas”. Además, el delito, construido esencialmente a partir del Código de 1870, nació con unas carencias de las que, a día de hoy, no se ha recuperado. A la luz de la codificación penal histórica el estudio de estos delitos resulta doblemente interesante. En primer lugar, por no estar muy estudiado desde su recorrido histórico y, en segundo lugar, por la controversia que suscita no sólo su inclusión

desde 1870 dentro de los delitos contra la Constitución, sino la mera existencia de ésta última categoría.

Respecto a la evolución del delito se puede decir que básicamente atravesó dos etapas, que se corresponden con dos momentos políticos dispares por los que atravesó España. De tal modo que en su primera regulación los dos primeros códigos penales confirieron a estos delitos una connotación política y religiosa². Y es que las constituciones que los enmarcaban, -1812 y 1845-, no contemplaban en sus textos el derecho de asociación. A partir de la Constitución de 1869 quedaba ya reconocido este derecho y el Código Penal de 1870, en sintonía con los nuevos tiempos, configuró estos tipos penales como delitos contra la Constitución. Si a cada constitución corresponde un código penal, en particular, aquí, al reconocimiento constitucional de un derecho, le sigue una configuración penal de sus limitaciones.

El estudio de estos delitos, dada su inclusión dentro de los delitos contra la Constitución, pasa necesariamente por una reflexión preliminar acerca de la concreción del concepto de constitución que utilizaron los códigos penales. Para 1812 se había generalizado, al menos en buena parte de juristas, políticos y pensadores, un concepto racional normativo de constitución que implicaba su encaje con los principios enunciados en el artículo 16 de la Declaración Universal de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 26 de agosto de 1789³. De modo que debía ésta acoger una serie mínima de derechos de los ciudadanos, así como la división de poderes⁴.

² El presente estudio se ha desarrollado en el marco del Proyecto “Tradición e influencias extranjeras en la Codificación penal española: contribución de la jurisprudencia en la evolución de la Parte Especial (1870-1995)” (PID2019-105871GB-I00), financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación. Parte de la base de dos trabajos anteriores de los cuales es deudor: Gabriela C. Cobo del Rosal Pérez, *Bicentenario del Código penal de 1822: la defensa penal de la Constitución de 1812 en su contexto histórico institucional*, Madrid: Dykinson S.L., 2021 y “El delito de asociación ilícita en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo (1870-1972)”, Masferrer, A. (Dir.), Thomson Pamplona: Reuters Aranzadi, 2023, 91-128.

³ Vid. José A. López García, “La Constitución de 1812 y la ilustración jurídica española”, Miguel Angel Chamocho Cantudo y Jorge Lozano Miralles (coords.), *Sobre un hito jurídico. La Constitución de 1812*, (Jaén: Universidad de Jaén, 2012), 77-99.

⁴ Es ingente la bibliografía que aborda este tema. En el presente trabajo se ha seguido fundamentalmente el magisterio de Manuel García-Pelayo, *Derecho Constitucional comparado*, (Madrid: Alianza Universidad Textos, 1987) dedica un capítulo a la estructura constitucional del Estado democrático liberal, 141 ss.; Ignacio Cavero Lataillade / Tomás Zamora Rodríguez, *Constitucionalismo Histórico*, Madrid: Editorial Universitas, 1995, 70; Joaquín Varela Suanzes-Carpegna, “Las Cortes de Cádiz y la Constitución. Una visión de conjunto”, *Anuario de Derecho Parlamentario*, 26, (2012): 191-208, 202; José Manuel Romero Moreno, *Proceso y Derechos Fundamentales en la España del siglo XIX*, (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983), 68 y 69. Acerca del principio de igualdad que incorpora la democracia vid., Ignacio Villaverde Menéndez, “Verdad y Constitución.

El debate en torno a estos delitos afecta, en primer lugar, a su inclusión dentro de los mencionados delitos contra la Constitución, ya que la sola existencia de esta categoría delictiva genera de por sí gran controversia. Dicho debate entronca con otro de no menor calado, pues los delitos contra la Constitución, desde su creación, provocaron graves críticas conceptuales y fueron acusados de provocar inseguridad jurídica. De hecho, tal controversia perdura actualmente. En este sentido estos delitos han sido por lo general tachados de una constante remisión a una legislación penal en blanco, de adolecer de una conceptualización clara y de ofrecer serias dificultades a la hora de determinar el bien jurídico protegido. Sirva como botón de muestra, el encendido debate respecto a este último punto que atañe al bien jurídico protegido, en relación al cual, sin que ahora sea necesario entrar en la profundidad del resto del debate, Muñoz Conde explicaba que, si se quiere hablar de “protección de derechos fundamentales en el Código Penal”, prácticamente debe hablarse de “todo el Derecho Penal”. Porque el Derecho Penal es, ante todo, la culminación de un sistema jurídico especialmente dirigido a la protección de intereses y derechos fundamentales del individuo y de la sociedad⁵.

Más allá de su concepción como delitos contra la Constitución y centrando el tema concretamente en los tipos legales de asociación ilícita, también la doctrina actual se manifiesta en torno a su poca utilidad e incluso cuestionan su existencia que de trasfondo atañe a una presencia excesiva del Derecho Penal. Y es que se trata de un delito que tiene peligrosas concomitancias con los delitos políticos y puede llegar a entrar en contradicción con la teoría del “Derecho Penal mínimo”. También se acusa a esta tipificación de constituir “leyes penales en blanco”, conforme al concepto creado por Binding⁶ y que goza de gran acogida. Y además cabe entender que se duplican tipos penales, al colindar con los delitos de pertenencia a organización criminal creados en 2010 o con el delito de tenencia ilícita de armas. Muñoz Conde argumenta que apuntan a la “tendencia a la desformalización” que, en suma, puede llegar a comprometer el principio de legalidad⁷.

Una incipiente dogmática de las ficciones constitucionales”, *Revista española de derecho constitucional* 36 (2016): 149-201, 152-153, nota 8.

⁵ Francisco Muñoz Conde, “Protección de los derechos fundamentales en el Código Penal. Estudios sobre el Código Penal español de 1995 (Parte Especial)”, *Derecho y Cambio Social*, 22, (año 7, 2011): 1-11, 1

⁶ Acerca de esta “desformalización” *Ibid.*, 7 ss.

⁷ Para una aproximación preliminar en torno a las leyes penales en blanco vid. Miguel Abel Souto, “Las leyes penales en blanco” en *Nuevo Foro Penal*, n.º. 68, (2005): 13-30 donde ofrece una delimitación conceptual, así como la controversia doctrinal que la existencia de dichos preceptos plantea;

El recorrido histórico aquí ofrecido está encaminado a comprender mejor el origen de la actual redacción de los delitos de asociación ilícita, así como ofrecer argumentos para el debate acerca de su ubicación legal entre los delitos contra la Constitución, sin ofrecer un posicionamiento. Se trata de hacer extensible a estos delitos la propuesta metodológica planteada por Cavero y Zamora a la hora de abordar el estudio de cualquier texto constitucional para lo cual entendían era “imprescindible situarlo en las coordenadas de tiempo y lugar correspondientes”⁸. En estas páginas analizaremos las claves históricas que pueden clarificar el sentido e interpretación de la actual redacción de estos delitos.

2. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL ACTUAL DELITO DE ASOCIACIÓN ILÍCITA

2.1. Derecho de asociación *versus* delito de asociación: la omisión en Cádiz y la dificultad del Trienio

El derecho de asociación en su aspecto político no fue reconocido por los primeros textos constitucionales y ello dejó un claro reflejo en la codificación penal, la cual, como es sabido, fue desarrollándose al compás de los graves virajes políticos que se resolvían modificando la Constitución y, de forma paralela si bien algo más lentamente, modificando la norma penal. La primera Constitución más allá de su signo liberal no observó tal derecho y durante su primera vigencia se mantuvieron como actividades delictivas a las reuniones y asociaciones de tal índole⁹. Durante el Trienio liberal que revitaliza la vigencia de la Constitución de 1812 la situación fue algo más permisiva a través de una legislación en ciertos aspectos aperturista, si bien sin llegar a reconocerse el derecho de

Mercedes García Arán, “Remisiones normativas, leyes penales en blanco y estructura de la norma penal” en *Estudios penales y criminológicos*, n.º. 16, (1992-1993): 63-104; Klaus Tiedemann, “Ley penal en blanco. Concepto y cuestiones conexas” en *Revista de ciencias penales: Revista de la Asociación Española de Ciencias Penales*, n.º. 1, (1998): 515-541 obra que sigue resultando un punto del que partir. También vid. Antoni Llabrés Fuster, “Aproximación al estudio de las leyes penales en blanco”, Tesis doctoral dirigida por Juan Carlos Carbonell Mateu, Universidad de Valencia, 2001.

⁸ Iñigo Cavero Lataillade y Tomás Zamora Rodríguez, *Constitucionalismo Histórico*, Madrid: Editorial Universitas, 1995, 59. En sentido similar José Manuel Vera Santos, *Las Constituciones de España. Constituciones y otras leyes y proyectos políticos de España*, Prólogo de Pedro González-Trevijano, Madrid: Civitas, 2008, 13.

⁹ Aclara Flaquer que “La revolución francesa había enaltecido la individualidad de la persona, pero, por el contrario, dejaba a ésta inerte, en solitario y abandonada a su suerte frente al grupo”. Será a lo largo del siglo XIX cuando se impulse el asociacionismo principalmente encaminado a combatir el despiadado sistema industrial. Vid. Rafael Flaquer, “Los derechos de asociación, reunión y manifestación” en *Ayer*, n.º. 34, (1991): 155-175, 155.

asociación. Sin embargo, el regreso al poder de Fernando VII trajo un retroceso sustancial respecto del derecho de asociación y renovó su vigencia la *Novísima Recopilación* a la cual se incorporó la legislación fernandina de carácter restrictivo.

Las siguientes Constituciones tampoco reconocerían este derecho y no fue sino en el bienio progresista en que se observa un atisbo de aperturismo del mismo modo que ocurriera durante el Trienio. Ello en la medida en que de forma excepcional el gobierno autorizaba ciertas libertades sin reconocer todavía tampoco concretamente el derecho de asociación. En 1864 se aprobó la Ley de Reuniones de 22 de junio de 1864 publicada al día siguiente¹⁰ que de forma tímida reconocía el derecho de reunión, si bien de un modo poco coherente con el contexto normativo y político de que se rodeaba¹¹. En todo caso, los incipientes partidos políticos terminaron por ser tolerados por el régimen liberal. Los derechos de asociación y reunión fueron seña de identidad de la Revolución de 1868 y lograron entonces ser reconocidos constitucionalmente. Estos derechos entonces consagrados quedaron sin presencia al terminar el periodo revolucionario. De modo que limitados por el Código Penal de 1870 el reconocimiento de estos derechos era interpretado según la conveniencia. Sería la Constitución de 1876 la que consagró estos derechos con la Ley Orgánica de 1887 que reguló el derecho de asociación y con la de 1880 que fijaba las reglas con arreglo a las cuales podrá ejercitarse el derecho de reunión pacífica que concedía el artículo 13 de la Constitución¹². Ello sin perjuicio de que existió en la práctica una marcada tendencia a restringirlos a través de Circulares e Instrucciones del Gobierno, incluso a través de la doctrina del Tribunal Supremo¹³.

La Dictadura de Miguel Primo de Rivera supuso a lo largo de sus casi siete años de vida una parada forzosa en el reconocimiento de estos derechos que quedaron suprimidos a través de la suspensión de la Constitución de 1876. A la prohibición de todos los partidos políticos tan solo sobrevivió el P.S.O.E.. Así pues, los años que precedieron a la República habían adolecido del reconocimiento de estos derechos y en 1931 el foco de la República se centró en aspectos de índole social y económica. Sin embargo, las dificultades del periodo además restringieron la agilidad del ejercicio de las libertades, así pues, en la práctica,

¹⁰ Disponible en <https://legishca.umh.es/1864/06/22/1864-06-22-reuniones-publicas/>

¹¹ Flaquer, "Los derechos...", 160-162.

¹² Disponibles en <http://www.ub.edu/ciudadania/hipertexto/evolucion/textos/reunion/1887.htm> <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1880-4234> respectivamente.

¹³ Flaquer, "Los derechos...", 162-169.

muchos derechos fueron regulados por la vía administrativa y rígidamente restringidos. De modo que, aunque la Constitución de 1931 reconocía tales derechos de asociación y reunión, la Ley de Defensa de la República actuó como el instrumento legal para la anulación de tales derechos siendo en este periodo ambos derechos muy restringidos¹⁴.

Así pues la Constitución de 1812 se sitúa en el contexto constitucional en el marco del “liberalismo originario”, en el que de forma casi exclusiva destacaban “los derechos individuales, típicamente burgueses”¹⁵. Es por ello por lo que fundamentalmente se ocupó de los derechos que concedían autonomía al individuo respecto del Estado, intentando limitar al máximo su interferencia en la vida de los ciudadanos¹⁶. Se trataba del conocido como “concepto de libertad negativa” a través del cual el hombre era libre en la medida en que el Estado no intervenía. Su propuesta era en suma limitar al máximo las competencias del Estado en función de preservar la libertad del individuo¹⁷.

Como se ha concluido la Constitución española de 1812 no reconocía expresamente el derecho de asociación¹⁸, ni siquiera hay constancia de un debate entre los constituyentes en torno a este derecho¹⁹. No reconociéndose los derechos políticos de asociación y de reunión solamente tenían posibilidad de existir legalmente las asociaciones con fines económicos, religiosos o culturales²⁰.

¹⁴ Rojas Sánchez, *Los derechos políticos de asociación y reunión en la España contemporánea (1811-1936)*, Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra, 1981, 17-18. En torno a este silencio de la norma constitucional vid. Romero Moreno, *Proceso y Derechos Fundamentales en la España del siglo XIX*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983, 461-469. Vid. José Daniel Pelayo Olmedo, “El derecho de asociación en la historia constitucional española, con particular referencia a las leyes de 1887 y 1964” en *Historia constitucional (revista electrónica)*, nº. 8, (2007): 95-122.

¹⁵ Iñigo Cavero Lataillade y Tomás Zamora Rodríguez, *Constitucionalismo...*, 70.

¹⁶ *Ibid.*, 70.

¹⁷ *Ibid.*, 70.

¹⁸ Rojas Sánchez, *Los derechos políticos...*, 17-18. En torno a este silencio de la norma constitucional vid. Romero Moreno, *Proceso...*, 237 ss.

¹⁹ Rojas Sánchez, *Los derechos políticos...*, 19. Vid. Melchor Fernández Almagro, *Orígenes del Régimen Constitucional en España*, (Barcelona: Labor, 1976); Francisco Pi y Margall, Francisco Pi y Arsuaga, *Las grandes conmociones políticas del siglo XIX en España*, I, (Seguí: 1931) y José Luis Comellas, “Las Cortes de Cádiz y la Constitución de 1812”, en *Revista de Estudios Políticos*, 126, (1962): 69-112, 100 y ss.

²⁰ Rojas Sánchez, *Los derechos políticos...*, 17-18. Resulta por ello llamativo que el Código Penal en el artículo 320 en cambio reconozca el derecho de reunión: “Artículo 320. Lo dispuesto en este capítulo es y debe entenderse sin perjuicio de la libertad que tienen todos los españoles para reunirse periódicamente en cualquier sitio público a fin de discutir asuntos políticos, y cooperar a su misma ilustración, con previo conocimiento de la autoridad superior local, la cual será responsable de los abusos, tomando al efecto las medias oportunas, sin excluir la de suspensión de las reuniones.” Si bien no reconocía el derecho de asociación, exigía para el derecho de reunión solamente el previo conocimiento de la autoridad. Dicho reconocimiento suplía la carencia de su referencia en un artículo en la Constitución Vid. Ramos Vázquez, “Los delitos de asociación...”, 417. Las referencias

Heredera del pensamiento liberal burgués francés, acogía en este extremo su marcado carácter individualista que entendía a las asociaciones como contrarias a la libertad y, se requería por ello, una autorización especial para su establecimiento²¹. Y es que la finalidad de las asociaciones entendidas en sentido amplio como, -corporaciones, gremios o cofradías-, en el periodo prerrevolucionario francés tenían connotaciones de monopolio y marcado acento excluyente que, a juicio de los liberales, recortaban las libertades políticas y de mercado²². Todo ello tuvo su eco en la primera Constitución española que omitió el reconocimiento al derecho de asociación²³. De cuño afrancesado será pues el Decreto de 8 de junio de 1813 que suprimía las asociaciones o corporaciones gremiales de trabajadores²⁴. Esta ley sufrió la misma doble vigencia que la Constitución de 1812 tras la derogación fernandina y el posterior pronunciamiento de Riego que trajo el Trienio liberal y la segunda vigencia tanto de la Constitución de 1812 como de este Decreto. Además, fue consolidado a través de los Decretos de 20 de enero de 1834 y de 2 y 6 de diciembre de 1836 que abolían todos los gremios de trabajadores²⁵. En suma, los constitucionalistas de Cádiz temerosos de las reuniones y de las asociaciones se centraron más en el ejercicio de la soberanía

acerca de este periodo constitucional son innumerables. Se ha seguido en este trabajo a Jordi Solé Turá, y Eliseo Aja, *Constituciones y periodos constituyentes en España (1808-1936)*, (Madrid: Siglo XXI de España, 1977); Luis Sánchez Agesta, *Historia del Constitucionalismo español*, (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 3ª Edición revisada, 1978); José Luis Comellas, *El trienio constitucional*, (Madrid: Rialp, 1963); “Las Cortes de Cádiz...”; Francisco Fernández Segado, *Las Constituciones históricas españolas*, (Madrid: Civitas, 1986); Joaquín Tomás Villarroya, *Breve historia del Constitucionalismo español*, 10ª Edición, (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992).

²¹ Su estudio debe realizarse desde la aproximación que lo observa como “producto histórico de una corriente social, política y jurídica identificada bajo los postulados del régimen liberal e individualista que representó la Revolución Burguesa. Derivado de ello, la ideología individualista de defensa a ultranza del individuo y sus derechos -en específico, los de libertad y propiedad- llevan de consuno al tratamiento desde una perspectiva de prohibición de cualquier instancia que impidiera el normal desarrollo y efectivo ejercicio de tales derechos”, derivándose de todo ello “una posición negativa y contraria a la formación de instancias intermedias que se interpusieran entre los individuos y entre éstos y el Estado -mínimo-”. Manuel García Jiménez, “La Constitución de 1812 y el debate por las libertades de asociación”, Chamocho Cantudo y Lozano Miralles (coords.), *Sobre un hito ...*, 353-345.

²² Isabel Ramos Vázquez, “Los delitos de asociación ilícita, coalición o coligación en Francia y España a lo largo del siglo XIX”, *Tradicón e influencias extranjeras en la codificación penal española: parte especial* (A. Masferrer), Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona: 2020, 393-435, 394.

²³ Acerca de la permisividad de hecho durante este periodo vid. José Daniel Pelayo Olmedo, “El derecho de asociación...”, 96.

²⁴ Disponible en https://www.cervantesvirtual.com/obra-visor/coleccion-de-los-decretos-y-orde-nes-que-han-expedido-las-cortes-generales-y-extraordinarias-desde-24-de-febrero-de-1813-hasta-14-de-setiembre-del-mismo-ano-en-que-terminaron-sus-sesiones-comprende-ademas-el-decreto-expedido-por-las-cortes-extraordinarias-/html/0027cd54-82b2-11df-acc7-002185ce6064_105.html

²⁵ Disponible en <https://www.boe.es/gazeta/dias/1834/01/21/pdfs/GMD-1834-10.pdf>
Vid. Ramos Vázquez, “Los delitos...”, 395.

popular que en el de los derechos individuales y fueron numerosas las muestras de este temor antes y durante la azarosa vigencia de la Constitución de 1812²⁶.

Como normas vigentes en este periodo en torno a las asociaciones ya se ha indicado que capitaneaba la *Novísima Recopilación* de 1805 que, de forma dispersa, hacía alusión en su Libro II “De los delitos y sus penas” que por una parte aludía a los “ayuntamientos, bandos y ligas; y cofradías y otras parcialidades” y por otra a los “túmulos, asonadas y conmociones populares” confiriendo a todas estas actividades un halo de ilicitud²⁷. El fundamento normativo de las asociaciones, concretamente, se contenía en una Ley de Juan I de 1390 que prohibía a los Concejos, comunidades y a particulares establecer “ayuntamientos ni ligas con juramento” con compromiso de guardarse los unos a los otros y quedaban por nulas todas las ligas anteriores a esta norma, así como las posteriores. Dicha Ley fue renovada por los Reyes Católicos en 1501²⁸.

En 1822, con la segunda vigencia de la Constitución de 1812, por vez primera se enfrentó el legislador decimonónico a codificar el Derecho Penal. Recuerda Ramos Vázquez que en España la “cuestión social” aún no era un problema, por ello el legislador de 1822 no vio necesario incluir como delitos las asociaciones con fines privados o de trabajadores que se circunscribían al ámbito civil a través de la contratación privada²⁹. Además, el común parecer del periodo del Trienio liberal seguía siendo reticente a la hora de reconocer el derecho de asociación. Se consideraba que podían las reuniones y asociaciones terminar por quebrar el sistema recientemente construido al “arrogarse parte de la soberanía popular y producir así un Estado dentro de otro Estado”³⁰. Si bien durante este periodo se fue abriendo tímidamente la posibilidad del funcionamiento de las reuniones, -no de las corporaciones ni de las asociaciones-, a través del Decreto de las Cortes de 1820 que las autorizaba con el previo conocimiento de sus actividades por parte de la autoridad. De tal modo que no se reconocía este derecho, pero se abría de forma restringida cierta libertad de acción, por una finalidad meramente práctica. Ello porque admitían su eficacia

²⁶ Rojas Sánchez, *Los derechos políticos...*, 20. Recoge otras disposiciones normativas represoras García Jiménez, “La Constitución de 1812...”, Chamocho Cantudo, Lozano Miralles (coords.), *Sobre un hito ...*, 353.

²⁷ *Novísima Recopilación de las Leyes de España*, Libro XII, Título XII, Ley I. Que además incluía la Pragmática de Carlos III del 17 de abril de 1774 relativa a la prevención de bullicios y conmociones populares. *Novísima Recopilación*, XII, XI, V.

²⁸ *Novísima Recopilación*, XII, XII, VIII. De todo ello da cuenta Rojas Sánchez, *Los derechos políticos...*, 18.

²⁹ Ramos Vázquez, “Los delitos...”, 414.

³⁰ Rojas Sánchez, *Los derechos políticos...*, 24.

formativa, todo lo cual se evidenció en el Código Penal de 1822³¹.

A la hora de regular conductas análogas a las que integrarán el futuro delito de asociación ilícita el legislador penal del Trienio centró fundamentalmente su objeto en controlar aquellas asociaciones con fines meramente políticos o religiosos en su Título III, Capítulo IV “De las facciones y parcialidades y de las confederaciones y reuniones prohibidas”, artículos del 315 al 320. El artículo 315 lo dedicó a los conciertos para armarse o, para armar a otros contra personas o para imponer que domine alguna facción o para, con violencia, atentar el orden público³². Se sancionaba con multa y arresto a las corporaciones con fines religiosos cuya existencia no se hubiera puesto en conocimiento del Gobierno y sin licencia (artículo 316); se conminaba a la disolución y se sancionaba con multa y arresto a las juntas, sociedades o corporaciones con fines políticos constituidas sin licencia del Gobierno (artículo 317). Y si tomaban para algún acto la voz del pueblo, o se arrogaban alguna autoridad pública, se les aumentaría la pena; se registraba como delito toda reunión para tramar, preparar o ejercitar alguna acción contraria a las leyes. Los asistentes eran castigados con un arresto y multa. Los jefes, directores y promotores y los que hubieren prestado para ella su casa o habitación, sufrirían doble pena: todo sin perjuicio de que a unos y otros se les impusiera las demás que merezcan por el delito que hubieren cometido. También se recogía las penas para los que participaran en “reunión secreta” en la que se incorpora las actividades preparatorias para la ejecución de un delito (artículo 319). Un último artículo quedaba destinado a recordar la “libertad que tienen todos los españoles para reunirse periódicamente”. Y es que la sola carencia de una autorización daba lugar al delito y la exigua delimitación de estos delitos entraba en colisión con el derecho a reunirse pacíficamente³³. Ramos Vázquez ha estudiado que en los casos en que en los conciertos se ejerciera la violencia colectivamente se podían asimilar a los delitos políticos de asonada, motín, rebelión o sedición contenidos en los artículos 807 y 808³⁴. Las asociaciones delictivas del Código de 1822 perseguían pues fines políticos o religiosos y compartían como exigencia común el desconocimiento del Gobierno³⁵.

³¹ *Ibid.*, 24-25 y 44.

³² Donde los promotores y autores principales incurrían en las penas de arresto de cuatro días a tres meses.

³³ La falta de mayores exigencias a la hora de configurar el delito encuentra la inspiración en una Ley de Sociedades Patrióticas de 21 de octubre de 1821, vid. Ramos Vázquez, “Los delitos...”, 416.

³⁴ *Ibid.*, 415.

³⁵ Sus orígenes se remiten a la Ley de Sociedades Patrióticas de 21 de octubre de 1821 que tenía la intención de controlar la proliferación de asociaciones políticas en España que surgieron en el azaroso siglo XIX. Vid. Ramos Vázquez, “Los delitos de asociación...”, 416.

Por lo que respecta a los delitos contra la Constitución de los que terminará por formar parte el delito de asociación ilícita, el Código de 1822 a través de su Título I “De los delitos contra la Constitución y orden político de la Monarquía”, en su Capítulo IV, “De los delitos contra la libertad individual de los españoles” se preocupó fundamentalmente por limitar la arbitrariedad de las autoridades en el ejercicio del poder estrechando su campo de acción, armonizando de forma expresiva el texto penal a la Constitución³⁶. Se alude a este Título dado que, como se ha anunciado, a partir de 1870 los delitos de asociación ilícita integraron de forma estable y hasta la actualidad los delitos contra la Constitución³⁷. Como es sabido el Código de 1822 tuvo una vigencia escasa ya que se aprobó en un régimen que terminaría al año de su entrada en vigor. Fernando VII trajo la derogación de toda la obra legislativa de signo liberal llevando a España al periodo conocido como la “década ominosa” que concluyó en 1833. La normativa algo más abierta del Trienio en torno a las asociaciones se derogó en octubre de 1823 y la *Novísima Recopilación* recuperó su plena vigencia en este asunto y la proscripción de las sociedades secretas, en las que se habían ido transformando las reuniones y asociaciones, fue la línea de actuación del legislador de este periodo³⁸.

La posterior legislación también sería duramente contraria a las sociedades secretas, asociaciones y reuniones. De ello dio muestra el Decreto de 26 de abril de 1834 contra las sociedades secretas y el Real Decreto de 17 de julio contra las reuniones. El Estatuto Real de 1834 no recogió nada relacionado con derechos individuales y aunque la Constitución de 1837 sí reconocía más derechos, entre éstos no se recogían los derechos de asociación y reunión. La Constitución de 1845 al igual que su predecesora siguió sin reconocer expresamente el derecho

³⁶ Este Título Primero quedó integrado por tres Capítulos más: Capítulo I, “De los delitos contra la libertad de la Nación” (artículos 188-218); Capítulo II, “De los delitos contra el Rey, la Reina ó el Príncipe heredero” (artículos 219-226); Capítulo III, “De los delitos contra la religión del Estado” (artículos 227-241).

³⁷ Este catálogo de delitos recogido entre los artículos 242 a 246, evidenciaba a través del bien jurídico protegido contenido en cada uno de ellos, el reconocimiento de determinados derechos fundamentales propios de las Constituciones decimonónicas. Así, se defendía la libertad de expresión ante cualquier ataque de parte de las autoridades (artículo 242); se recogía la protección a los ciudadanos frente a las actuaciones arbitrarias de las autoridades (artículo 243); se prevenía de las posibles detenciones de particulares sin justificación y de las perpetradas por funcionario público (artículo 244); se establecía que a pesar de lo previsto el que, sin autoridad ninguna, arrestare o prendiere a alguna persona, para oprimirla, mortificarla o detenerla en custodia privada, sufriría una pena (artículo 245). Y, finalmente, se describían las detenciones arbitrarias (artículo 246).

³⁸ De los atisbos normativos liberalizadores del derecho de asociación de este periodo ofrece un recorrido Rojas Sánchez, *Los derechos políticos...*, 51-56. También acerca de la proscripción de reuniones y asociaciones en este periodo, *ibid.*, 57-61.

de asociación³⁹.

2.2. La configuración del delito de asociación ilícita en dos momentos: los Códigos Penales de 1848 y de 1870

El Código Penal de 1848 que nació en su marco constitucional, adolecía de unos delitos contra la Constitución y orden político de la Monarquía, y tampoco incluyó los delitos contra la libertad individual de los españoles. De modo que los delitos de asociación ilícita se inscribieron en el Libro II, Título III, “Delitos contra la seguridad interior del Estado y el orden público” que en su Capítulo IV, los artículos bajo la rúbrica “De las asociaciones ilícitas” distribuido en dos Secciones con una Sección primera destinada a las “Sociedades secretas” (artículos 202 a 204) y una Sección segunda “De las demás asociaciones ilícitas” (artículos 205 a 206)⁴⁰. Deudor de las corrientes retribucionistas y preventivas el Código Penal de 1848 ofrecía una mayor descripción de los delitos, así como un más variado número de penas a fin de ajustar en mayor medida la pena a las circunstancias del delito⁴¹. Cabe ser destacado que todavía el planteamiento jurídico y más concretamente penal hacia las asociaciones políticas o religiosas no había cambiado respecto del observado por el Código de 1822, eran temidas por su potencial riesgo y el legislador entendía que su licitud debía ser excepcional.

Las sociedades secretas fueron reputadas en el artículo 202 como aquellas en las que sus miembros se obligaban a ocultar a la autoridad pública, “el objeto de sus reuniones o su organización interior” y las que en sus correspondencias con otras asociaciones “se valen de cifras, jeroglíficos u otros signos misteriosos”. La doctrina observa este delito como un tipo ambiguo, difuso y genérico dado que para constituirlo bastaba la mera agrupación de personas, así como su ocultación a las autoridades⁴². Destacan en él las duras penas con que se castigaban

³⁹ Romero Moreno, *Proceso y Derechos...*, 237 ss. Vid. Juan Ignacio Marcuello Benedicto, *La Constitución de 1845*, (Madrid: Iustel, 2007); Nora María Martínez Yañez, “Los derechos fundamentales en la Constitución de 1845 y en sus proyectos de reforma”, *Los derechos en el constitucionalismo histórico español*, (Santiago de Compostela: Universidad de Santiago de Compostela, 2002), 83-110.

⁴⁰ Esta nueva presentación del delito en dos secciones y la inclusión del tipo de asociación ilícita con fines económicos serán las dos principales aportaciones del Código de 1848, vid. Ramos Vázquez, “Los delitos de asociación...”, 419.

⁴¹ Acerca del carácter retribucionista del que es deudor el Código penal vid. Ramos Vázquez, “Los delitos de asociación...”, 418-419 y M^a. Dolores del Mar Sánchez González, *La codificación penal en España: Los códigos de 1848 y 1850*, (Centro de Estudios Políticos y Constitucionales: Madrid, 2004), 32-37. También vid. Luis Jiménez de Asúa, *Tratado de Derecho Penal. Filosofía y Ley Penal*, Tomo II, (Editorial Losada: Buenos Aires, 1950), 39 ss..

⁴² Ramos Vázquez, “Los delitos de asociación...”, 420.

a las sociedades secretas que iban desde la prisión mayor para los dirigentes y destierro para los afiliados y, para ambos casos, se preveía la inhabilitación absoluta. En la Sección Segunda, se ocupaba de las asociaciones ilícitas, el artículo 205 establecía el número de veinte personas, o más, para constituir el tipo conformado por aquellos que diariamente o en días señalados se reunieran para tratar de asuntos religiosos, literarios, o de cualquier índole, sin contar con el consentimiento de la autoridad pública. En el artículo 206 se recogía su castigo. Cabe mencionarse, como curiosidad, que dicho número de participantes ha pasado en la actualidad a la Ley Orgánica 9/1983 reguladora del derecho de reunión ante el silencio a este respecto del Código Penal vigente. Salvo mínimas modificaciones que atienden a su punición, la regulación de estos tipos no sufre modificación en el Código de 1850⁴³. Es significativo que ante el ejemplo de lo que estaba ocurriendo en el resto de Europa y a pesar de que en España aún no había un movimiento obrero consolidado se incluyeron en este Código las coligaciones con fines de alterar “abusivamente el precio del trabajo” en el Título XIV en el marco de los delitos contra la propiedad Capítulo V “De las maquinaciones para alterar el precio de las cosas”⁴⁴.

En este periodo, como ya se ha visto, es en el que los derechos de asociación y reunión se convierten en símbolo de la revolución. Fue Sagasta quien dictó el primer Decreto del Gobierno Provisional que recogía el derecho de asociación el 20 de noviembre de 1868⁴⁵. La Constitución de 1869 en su Título Primero “De los españoles y sus derechos”, artículo 17, reconocía la libertad de expresión e incorporaba un genérico reconocimiento al derecho de reunión y al derecho de asociación mientras no atentara la vida humana, ni la moral pública, ni se dirigiera a peticiones tanto individuales como colectivas al Rey, a las Cortes o a las autoridades⁴⁶. El artículo 19 prevenía que podría suspenderse la asociación que cometiera delito o cuyo objeto o medios pusieran en riesgo la seguridad del

⁴³ Acerca de la reforma del Código Penal de 1850 en Sánchez González, *La codificación penal...*, 287-311. En este Código serán los artículos 207 a 212 distribuidos igualmente en las mismas dos Secciones los que se ocupen de este tema.

⁴⁴ Artículo 461 “Los que se coaligaren con el fin de encarecer o abaratar abusivamente el precio del trabajo, o regular sus condiciones, serán castigados siempre que la coligación hubiere comenzado a ejecutarse, con las penas de arresto mayor y multa de 10 a 100 duros ...”.

⁴⁵ Rojas Sánchez, *Los derechos políticos...*, 133-145. Un anterior Decreto de 1 de noviembre de 1868 había sancionado el derecho de reunión pacífica. Vid. Manuel Ramón Alarcón Caracuel, *La asociación obrera en el derecho histórico español: 1839-1900*, anexos documentales, 62-70 y *Gaceta de Madrid*, nº 307, 02-11-1868, 2.

⁴⁶ Acerca de la amplitud del reconocimiento de este derecho vid. Pelayo Olmedo, “El derecho...”, 97 y ss.

Estado⁴⁷.

Ramos Vázquez afirma que los miedos que provocaban el ejercicio de este nuevo derecho de asociación se evidenciaron en el texto constitucional y también en el Código Penal, el cual, como aseguraron sus redactores, había sido modificado esencialmente para su adecuación a los nuevos derechos reconocidos por la Constitución⁴⁸. Los Álvarez Cid entendieron que cuando el ejercicio de los derechos individuales provocaba un desorden público, se hacía imprescindible su represión y su castigo. De modo que el Código Penal aparecía con sus severos preceptos para mediar entre una expresión moderada de ideas y su traducción en hechos a través de la violencia⁴⁹.

Hasta que el derecho de asociación no fue reconocido en la Constitución no se desarrolló el concepto de delito de asociación ilícita, el cual surgiría en el ámbito de la protección de los delitos como resultado de la acción sindical⁵⁰. Afirma Ramos Vázquez que fue “gracias al reconocimiento constitucional” de los derechos de reunión y asociación que el Código Penal dejó de tipificar las “sociedades secretas” así como las asociaciones de más de veinte personas sin autorización previa⁵¹.

La reelaboración de este delito llegó con el Código Penal de 1870 cuando, por vez primera, se inscribía en su Título II entre los “Delitos contra la Constitución”. Su Capítulo II se ocupó “De los delitos cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos individuales garantizadas por la Constitución”. Dicho Título incluía entonces a los delitos de reunión y asociación ilícitas entre los artículos 189 a 202 de la Sección Primera titulada “Delitos cometidos por los particulares con ocasión del ejercicio de los derechos individuales garantizados por la Constitución”⁵². Esta fórmula será la que llegará en su estructura básica al

⁴⁷ Álvarez Montero, “La libertad de trabajo...”, 341; Alfredo Montoya Melgar, “El Trabajo en la Constitución” en *Revista FORO 0/2004* (nueva época): 9-32, 12. Disponible en <https://revistas.ucm.es/index.php/FORO/article/view/FORO0404220009A>

⁴⁸ Ramos Vázquez, “Los delitos de asociación...”, 429, nota 103 y Romero Moreno, *Proceso y Derechos...*, 238-240.

⁴⁹ Álvarez Cid, Álvarez Cid, *El Código Penal...*, 496. Vid.: M. Blanca Olías de Lima, *La libertad de asociación en España (1868-1974)*, (Madrid: Instituto de Estudios Administrativos, 1977); Gregorio Peces Barba, *Sobre las libertades políticas en el Estado español (expresión, reunión y asociación)*, (Valencia: Fernando Torres, 1977); Rojas Sánchez, *Los derechos...*; Luisa Velloso, “Los orígenes constitucionales del derecho de asociación en España (1868-1923)”, *Revista de Derecho Público*, n.º. 88-89, (1982); José Daniel Pelayo Olmedo, “El derecho...”.

⁵⁰ Ramos Vázquez, “Los delitos de asociación...”, 423.

⁵¹ *Ibid.*, 429.

⁵² Vid. Joaquín Francisco Pacheco, *El Código Penal concordado y comentado*, (Madrid: Imprenta de Manuel Tello, 1870), 150-154; José Álvarez Cid, Teófilo Álvarez Cid, *El Código Penal de 1870*, Tomo II, Córdoba: Librería de Juan Font, 1980, 493 ss; Alejandro Groizard, *El Código penal de 1870*,

Código Penal vigente. El Código de 1870 incluyó las reuniones o manifestaciones no pacíficas; las asociaciones ilícitas y los delitos que limitan la libertad de expresión. Los artículos 198 a 203, en los cuales contienen la base de la vigente regulación, tipificaban las asociaciones ilícitas. El artículo 198 definía las asociaciones ilícitas como aquéllas que por su objeto o circunstancias fueran contrarias a la moral pública⁵³ y las que tuvieran por objeto cometer un delito. Para ambos casos se castigaba, además, la reincidencia⁵⁴.

2.3. Continuidad en el tipo penal de asociación ilícita desde el último cuarto del siglo XX

La Constitución de 1876 también reconoció el derecho asociación (artículo 13) “para los fines de la vida humana”⁵⁵. Una legislación especial completó la regulación del delito de asociación ilícita a través, primero, de la Ley de 15 de junio de 1880 y, después de la Ley 30 de junio 1887, estableciendo que la autoridad podía entrar en todo momento en el domicilio o en el local de una asociación y suspender cualquier reunión en la que se cometiera o se acordase cometer un delito (artículo 12). Igualmente podría suspender sus funciones cuando hubiere indicios suficientes para valorar que se hubieran cometido ilícitos o que éstos fueran a perpetrarse. En un plazo de veinticuatro horas debería “poner en conocimiento del juzgado de instrucción a que correspondan los hechos que hubieran determinado la suspensión”. Asimismo, la autoridad judicial podría suspender las funciones de cualquier asociación tras dictar auto de procesamiento por “delito que dé lugar a que se acuerde la disolución en la sentencia” (artículo 14)⁵⁶. La Ley general sobre asociaciones de 30 de junio de 1887 a la hora de constituir una asociación estableció la exigencia del control del gobierno lo cual tuvo una buena acogida y bajo su férula se constituyeron, por ejemplo, el Partido

concordado y comentado, Tomo VII, Burgos: Imprenta de Timoteo Arnaiz, 1870, 312-313; Salvador Viada y Vilaseca, *Código Penal reformado de 1870. Con las variaciones introducidas en el mismo por la Ley de 17 de julio de 1876*, 3ª Edición, (Madrid: Librería de Fernando Fe, 1885), 229-238; Eugenio Cuello Calón, *Derecho Penal especial de España. (Caza, Pesca, Montes, Ferrocarriles, Propiedad Intelectual, Propiedad Industrial, Contrabando y Defraudación, Delitos monetarios, Acaparamiento, etc.)*, (Barcelona: BOSH, 1946), 123.

⁵³ Vid. Álvarez Cid, *El Código Penal...*, 497.

⁵⁴ Acerca del concepto de moral *ibid.*, 497.

⁵⁵ El artículo 14 anunciaba una legislación posterior encargada de regular los derechos de los ciudadanos.

⁵⁶ Vid. E. Cuello Calón, *Derecho Penal especial...*, 123. Por una Real Orden de 14 de junio de 1871 se estableció que fuera el alcalde la autoridad a la que se debía informar de las reuniones o manifestaciones que se celebraran.

Socialista Obrero Español o la Unión General de Trabajadores⁵⁷.

La Constitución de 1931 reconocía “el derecho a asociarse o sindicarse libremente para los distintos fines de la vida humana de conformidad con las leyes” en el artículo 39⁵⁸. Los sindicatos y asociaciones quedaban obligados a inscribirse en el registro público correspondiente. La apostilla se recogía en el artículo 42 donde se afirmaba que los derechos y garantías contenidos en ciertos artículos, incluyendo el 39, podrían ser suspendidos por decreto del Gobierno de forma parcial o en su totalidad “en todo el territorio nacional o en parte de él”, por la exigencia de salvaguardar la seguridad del Estado, “en casos de notoria e inminente gravedad [...]”, con unas salvaguardas legales. Éstas eran objeto de una detallada regulación, con previsiones y cautelas para evitar los abusos del Ejecutivo. Así, estando las Cortes reunidas se preveía que éstas resolvieran sobre la suspensión acordada por el Gobierno. Si, por el contrario, estuviesen cerradas, el Gobierno debía convocarlas en el plazo máximo de ocho días o se reunirían automáticamente al noveno día. Se establecía que las Cortes no podrían ser disueltas antes de resolver y, si estuvieran disueltas, el Gobierno debía dar inmediata cuenta a la Diputación Permanente, que resolvería con las mismas atribuciones que las Cortes. Se marcaba que el plazo de suspensión de garantías constitucionales no podría exceder a los treinta días. Y cualquier prórroga necesitaría acuerdo previo de las Cortes o de la Diputación Permanente si fuera preciso.

El 15 de abril de 1931 se derogó el Código Penal de 1928 de la Dictadura de Miguel Primo de Rivera y de nuevo entró en vigor el llamado Código de “verano”. El Decreto Ley de 2 de mayo depuró las expresiones afectas a la pasada monarquía para dar paso a las propias del sistema republicano. En el campo de los delitos de asociación se mantuvo la pauta general del Código de 1870. Sin embargo, unos meses después se introdujeron fuertes restricciones a estos derechos en la Ley de Defensa de la República de 21 de octubre de 1931. Hasta el punto de que, a pesar de que el nuevo régimen debía partir de la premisa de un reconocimiento generoso de derechos fundamentales, la doctrina ha observado que, en la práctica, los tiempos no estaban para que la defensa de estos derechos quedara en primer plano. Así lo evidencia el hecho de que no fueran el foco

⁵⁷ Ramos Vázquez, “Los delitos de asociación...”, 432. *Gaceta de Madrid*, n.º. 193m 12-07-1887, 105-106.

⁵⁸ La insignificante si no nula aplicación práctica del Código Penal de 1928 en esta materia justifica que se omita su análisis. Para un estudio de los de los derechos políticos de asociación y reunión bajo la Dictadura y la Segunda República vid. Rojas Sánchez, *Los derechos políticos...*, 383-460.

fundamental de los debates parlamentarios. Los problemas políticos del momento dieron un protagonismo excluyente al complejo asunto del ejercicio de las libertades, y, concretamente de los derechos políticos de reunión y asociación⁵⁹.

La Ley de Defensa de la República posibilitaba al Ministerio de la Gobernación a “clausurar los centros o asociaciones” que se considerara que incitaban a la realización de los actos comprendidos en el artículo 1º de dicha Ley (artículo 3). Rojas considera que estos actos quedaban “indefinidos”, citando específicamente sus abiertas definiciones: “toda acción o expresión que redunde en menoscabo de las instituciones u organismos del Estado” y “la incitación a resistir o desobedecer las leyes o las disposiciones legítimas de la autoridad”⁶⁰. Igualmente, el Ministerio de la Gobernación quedaba habilitado para “intervenir en la contabilidad e investigar el origen y distribución de los fondos de cualquier entidad de las definidas en la ley de asociaciones”. Todo ello ha llevado a Rojas a entender que los derechos de asociación y reunión durante la República fueron “restringidos y hasta suprimidos”⁶¹.

En suma, la doctrina considera que se trató de una legislación que entró en contradicción tanto con el Código Penal de 1870 como con la Ley Orgánica de 1887, porque, aunque no se declararan ilícitas las asociaciones políticas de oposición, quedaba impedida su libre actuación⁶². Insiste Rojas en que, si bien es cierto que los conflictivos tiempos que acompañaron a la República justificaban la restricción de muchos de los derechos constitucionalmente vigentes, tampoco puede observarse que se luchara por respetar formalmente y de hecho los derechos de asociación y reunión⁶³.

El Código Penal de 1932 siguió los pasos del legislador de 1870 y acogió estos delitos en el mismo Título II “Delitos contra la Constitución” Capítulo II “De los delitos cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos individuales garantizados por la Constitución”, Sección primera “Delitos cometidos por los particulares con ocasión del ejercicio de los derechos individuales garantizados

⁵⁹ Rojas Sánchez, *Los derechos políticos...*, 413.

⁶⁰ *Ibid.*, 413.

⁶¹ *Ibid.*, 413.

⁶² Se autorizaba a clausurar todos los centros o asociaciones movidos a realizar actos de agresión a la República, descritos en un muy amplio perfil. Vid. Rojas Sánchez, *Los derechos políticos...*, 416-417. Acerca del derecho asociación en la Segunda República en 413-460.

⁶³ Rojas Sánchez, *Los derechos políticos...*, 415.

por la Constitución” sin alterar su redacción⁶⁴.

Ya después de la Guerra Civil, el Fuero de los Españoles de 17 de julio de 1945, -modificado por Ley Orgánica del Estado de 10 de enero de 1967-, reconocía los derechos de reunión y asociación art. 16, con ciertas deficiencias en su protección⁶⁵. Más aún, tal derecho quedaba limitado por el art. 35 del Fuero de los Españoles, que desvirtuaba todo reconocimiento de derechos al facultar al Gobierno a su suspensión temporal en cualquier momento⁶⁶.

El Código Penal de 1944 recogió los delitos de asociación ilícita ahora en el Libro II “Delitos contra la seguridad interior del Estado” Capítulo II bajo el título “De los delitos cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos de la persona reconocidos por las leyes” y su Sección primera sufrió igual modificación terminológica por razones evidentes, pues al adolecer de un texto constitucional, resultaba más adecuado referirse a la legislación. La estructura en todo caso se mantuvo y junto a los delitos contra la libertad de expresión (artículo 165) describió lo que no eran reuniones o manifestaciones pacíficas del mismo modo que lo hiciera el legislador de 1870 y después el de 1932 (artículo 166): 1º. Las que se celebraran con infracción de las disposiciones de policía. 2. Aquéllas en las que concurriera un número “considerable” de personas con armas “de cualquier clase”, depurando bajo esta fórmula amplia la expresión excesivamente casuística de “armas blancas o de fuego” del legislador de 1932. 3. Las que se celebraran con el fin de cometer alguno de los delitos penados en la Ley. Y, en 4º lugar, aquéllas en las que, durante su celebración, se cometiere alguno de los delitos penados en este Título, que mantenía idéntica redacción.

El artículo 172 se destinó a las asociaciones ilícitas⁶⁷, entendiéndose por tales las que por su objeto o circunstancias fueran contrarias a la moral pública y las

⁶⁴ Se incluía también entre este breve catálogo de delitos los mismos que en el pasado: las reuniones o manifestaciones no pacíficas; las asociaciones ilícitas y los delitos contra la libertad de expresión, si bien como novedad, ahora éstos los trata en primer lugar. Se mantiene idéntica descripción de las asociaciones ilícitas a la propuesta por el Código de 1870.

⁶⁵ Que han sido considerados como retóricos, entre otras razones, por no ser estos derechos exigibles directamente ante los tribunales ordinarios. Vid. Miguel Ángel Giménez Martínez, “Las leyes fundamentales y la construcción del constitucionalismo cosmético franquista”, *Glossae: European Journal of Legal History* 12 (2015): 381-408, 392.

⁶⁶ *Ibid.*, 12. Otros derechos afectados eran la libertad de expresión, el secreto de la correspondencia, la libertad de localizar la residencia, la necesidad de una orden judicial para verificar registros domiciliarios o el plazo máximo de 72 horas para la puesta a disposición judicial del detenido. Acerca de este periodo de complejo análisis vid. Ángel Sánchez de la Torre, “Comentario al Fuero de los Españoles”, (Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1975); Joaquín Varela Suanzes-Carpegna, “Derechos”, en Javier Fernández Sebastián (coord.), *Diccionario político y social del siglo XX español*, (Madrid: Alianza, 2008).

⁶⁷ Acerca del delito de asociaciones vid. Cuello Calón, *Derecho Penal especial...*, 123 ss.

que tuvieran por objeto cometer algún delito; y las prohibidas por la autoridad competente. Las pocas novedades respecto de la anterior legislación se ubicaron al final, con este inciso que reputaba de ilícitas las prohibidas por la “autoridad competente” así como “las que se constituyeren sin haber cumplido los requisitos o trámites exigidos por la ley”. También novedoso lo fue el artículo 173, por el cual añadía como asociaciones ilícitas a los grupos o asociaciones que plantearan la destrucción o relajación del sentimiento nacional; a los constituidos dentro o fuera del territorio nacional para atacar la unidad de la nación española o para promover o difundir actividades separatistas. Además, la Ley de 1 de marzo de 1940 estableció como delitos pertenecer a la masonería o al comunismo así como a otras sociedades clandestinas “a las que el Gobierno podrá añadir las que juzgue necesario”⁶⁸. Por esta Ley se disolvían y prohibían todas estas organizaciones, cuyos bienes quedaban confiscados.

3. CONCLUSIONES

— La codificación penal no es homogénea a la hora de definir los Códigos los delitos contra la Constitución ni tampoco todos los Código Penales del pasado contienen dicha categoría delictiva. La fórmula acogida en el Código de 1822 fue la de “Delitos contra la libertad individual de los españoles” con la cual se inicia este hábito legislativo de incorporar tal categoría delictiva que parece pretender proteger de forma genérica la Constitución. Dicha propuesta resultó exitosa y solamente fue interrumpida por los Códigos de 1848/1850 y el de 1944 de evidente índole autoritario. A partir de 1870 los delitos de asociación ilícita quedan recogidos dentro de los delitos contra la Constitución de forma continuada. De modo que a partir de 1870 el continuismo a la hora de incluir estos delitos dentro de los delitos contra la Constitución será la tónica en los delitos de asociación ilícita tal y como ha llegado a día de hoy sin apenas modificaciones.

— Se evidencia además a partir de 1870 un continuismo a la hora de configurar el delito de asociación ilícita que, a través de la transcripción literal del mismo en los sucesivos Códigos. Siendo que en el delito de asociación ilícita el Código de 1932 tan solo introduce alguna alteración en sus penas y ello en poca medida. Este continuismo fue matizado profundamente con la promulgación de la Ley de Defensa de la República que abría la posibilidad al gobierno para

⁶⁸ *Ibid.*, 124.

restringir tal derecho.

— El Código de 1944 politiza el delito de asociación ilícita. Entiende por tales: a los grupos o asociaciones que planteen la destrucción o relajación del sentimiento nacional; a los grupos o asociaciones, constituidos dentro o fuera del territorio nacional, para atacar la unidad de la Nación española o para promover o difundir actividades separatistas. Además, la Ley de 1 de marzo de 1940 que estableció como delitos pertenecer a la masonería o al comunismo confiscando además todos sus bienes, así como a otras sociedades clandestinas, dejando al Gobierno de un cómodo *numerus apertus*.

— La vigente existencia de los delitos contra la Constitución genera gran controversia que llega incluso a que la doctrina se cuestione la conveniencia del mantenimiento de esta categoría delictiva. Las críticas giran en torno a la difusa concreción de sus conceptos y a la inseguridad jurídica con que nacen estos delitos y que se mantienen actualmente. Concretamente, el problema de su recurrente remisión a una legislación penal en blanco; la ausencia de una conceptualización de estos tipos penales que los lleva a confundirlos con otras figuras, así como la dificultad de esclarecer el bien jurídico protegido de los mismos.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Alarcón Caracuel, M.R., *La sociedad obrera en el derecho histórico español: 1839-1900*.

Tesis Doctoral. Sevilla, 1973.

Álvarez Cid, J., / Álvarez Cid, T., *El Código Penal de 1870*. Tomo II. Córdoba: Librería de Juan Font, 1980.

Barbero Santos, M., “Estado constitucional de Derecho y sistema penal”. *Revista de derecho, Criminología y ciencias penales* 2 (2000): 125-133.

Carbonell Mateu, J.C.:

- *Derecho Penal concepto y principios constitucionales*, Valencia: Tirant lo Blanch, 3ª edición, 1999.

- “Reflexiones sobre el abuso del derecho penal y la banalización de la legalidad”, en *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos in memoriam*. Coordinado por Luis Arroyo Zapatero e Ignacio Berdugo Gómez de la Torre. Cuenca: Universidad de Castilla Mancha, Ediciones Universidad Salamanca, 2001.

Cavero Lataillade, I. / Zamora Rodríguez, T., *Constitucionalismo Histórico*. Madrid: Editorial Universitas, 1995.

Chamocho Cantudo, Miguel Angel, Lozano Miralles, Jorge (coords.). *Sobre un hito jurídico*.

- La Constitución de 1812*. Jaén: Universidad de Jaén, 2012.
- Cobo del Rosal Pérez, G.C., *Bicentenario del Código penal de 1822: la defensa penal de la Constitución de 1812 en su contexto histórico institucional*. Madrid: Dykinson S.L., 2021;
- “El delito de asociación ilícita en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo (1870-1972)”. En Masferrer, A. (Dir.), Thomson Pamplona: Reuters Aranzadi, 2023: 91-128.
- Fernández Álvarez, M., *Las sociedades secretas y los orígenes de la España contemporánea*. Madrid: Consejo Superior de Investigaciones Científicas Arbor, 1962.
- Ferrajoli, L., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Prólogo de Norberto Bobbio, Madrid: Trotta, 1995.
- Flaquer, R., “Los derechos de asociación, reunión y manifestación” en *Ayer*, n.º. 34, (1991): 155-175.
- Fuente, V., de la, *Historia de las sociedades secretas antiguas y modernas en España, y especialmente la francmasonería*, 2 vols., Madrid, 1872-1882.
- García Arán, M., “Remisiones normativas, leyes penales en blanco y estructura de la norma penal” en *Estudios penales y criminológicos*, n.º. 16, (1992-1993): 63-104.
- García Pelayo, M. *Derecho constitucional comparado*, Alianza, Madrid, 1969.
- Jiménez de Asúa, L., *Tratado de Derecho Penal. Filosofía y Ley Penal*. Tomo II/III. Editorial Losada: Buenos Aires, 1950/1958.
- Masferrer, A., *De la honestidad a la integridad Sexual. La formación del Derecho Penal sexual español en el marco de la cultura occidental*. Thomson Reuters Aranzadi: Pamplona, 2020;
- “Criminal law and morality revisited. Interdisciplinary perspectives”, *Criminal law and morality in the age of consent: Interdisciplinary perspectives* (Cham: Springer, 2020), pp. 1-30.
- Muñoz Conde, F., “Protección de los derechos fundamentales en el Código Penal. Estudios sobre el Código Penal español de 1995 (Parte Especial)”. *Derecho y Cambio Social*, 22, (año 7, 2011): 1-11.
- *Derecho Penal. Parte Especial*, 22^a ed. revisada y puesta al día conforme a las Leyes Orgánicas 1/2019 y 2/2019 con la colaboración de Carmen López Peregrín. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019.
- Pacheco, J. F., *El Código Penal concordado y comentado*. Tomo III. 4^a edición. Madrid: Imprenta de Manuel Tello, 1870.
- Pelayo Olmedo, J.D., “El derecho de asociación en la historia constitucional española, con particular referencia a las leyes de 1887 y 1964”. *Historia constitucional, revista electrónica*, n.º. 8, 2007.
- Ramos Vázquez, I., “Los delitos de asociación ilícita, coligación en Francia y España a lo largo del siglo XIX”. *Tradición e influencias extranjeras en la codificación penal*

- española: parte especial* (A. Masferrer). Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona: 2020.
- Rodríguez Mourullo, G., “Delito, pena y constitución”. *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, 8 (2003): 311-329.
- Rojas Sánchez, G., *Los derechos políticos de asociación y reunión en la España contemporánea* (1811-1936). Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra, 1981.
- Romero Moreno, J.M., *Proceso y Derechos Fundamentales en la España del siglo XIX*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983.
- Roura Gómez, S.A., *La defensa de la Constitución en la historia constitucional española*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998.
- Sánchez González, M.D.M., *La codificación penal en España: Los códigos de 1848 y 1850*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2004.
- Serrano Gómez, A./ Serrano Maíllo, A./ Serrano Tárraga, M.D./ Vázquez González, C., *Curso de Derecho Penal. Parte Especial*. 5ª Edición. Madrid: Dykinson, 2019.
- Souto, M. A. “Las leyes penales en blanco” en *Nuevo Foro Penal*, nº. 68, (2005): 13-30.
- Tiedemann, K., “Ley penal en blanco. Concepto y cuestiones conexas” en *Revista de ciencias penales: Revista de la Asociación Española de Ciencias Penales*, nº. 1, (1998): 515-541.
- Varela Suanzes-Carpegna, J., “Las Cortes de Cádiz y la Constitución. Una visión de conjunto”, *Anuario de Derecho Parlamentario* 26 (2012): 191-208.
- Viada y Vilaseca, S., *Código Penal reformado de 1870. Con las variaciones introducidas en el mismo por la Ley de 17 de julio de 1876*. 3ª Edición, Madrid: Librería de Fernando Fe, 1885.
- Velloso, M.L., “Los orígenes constitucionales del derecho de asociación en España (1868-1923)”, *Revista de Derecho Público*, nº. 88-89 (1982).
- Villaverde Menéndez, I., “Verdad y Constitución. Una incipiente dogmática de las ficciones constitucionales”. *Revista española de derecho constitucional* 36 (2016): 149-201.

GABRIELA C. COBO DEL ROSAL
 Área de Historia del Derecho
 Departamento de Derecho Privado
 Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas
 Universidad Rey Juan Carlos
 gabri42@hotmail.com
 Orcid: 0000-0001-8515-4743