

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1.ª), n.º 544/2012, de 2 de julio (ROJ STS 4686/2012)

Delimitación entre los delitos de asociación ilícita y participación en organización criminal

La [Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, de reforma del Código penal](#) (BOE n.º 281 de 24-XI-1995, incorporó al Título XXII, entre los delitos contra el orden público, un nuevo Capítulo VI, bajo la denominación de «De las organizaciones y grupos criminales», con tres nuevos artículos (570 bis, 570 ter y 570 quáter), trasponiendo así al derecho interno la [Decisión Marco 2008/841 JAI del Consejo, de 24 de octubre de 2008](#), 32008F0841, relativa a la lucha contra la delincuencia organizada en la que se define el delito de participación en una organización delictiva. El contenido concreto de estos tres artículos, además de a esta última razón, obedece también a los derroteros que había ido adquiriendo la interpretación del delito de asociación para delinquir (como modalidad del delito de asociación ilícita) que se mantiene en vigor en el artículo 515.1º, y a las peculiaridades que en nuestro derecho han tenido los delitos de terrorismo y, específicamente en lo que aquí se analizará, el delito de participación en banda armada, organización o grupo terrorista (como modalidad también del delito de asociación ilícita) que desaparece del artículo 515.2º, para pasar a configurar los delitos de participación en organización y grupo terrorista del artículo 571.3 que se construyen, precisamente, sobre el concepto de organización y grupo criminal del artículo 570.

Desde el primer momento se anticiparon los problemas de delimitación que se avecinaban como consecuencia del mantenimiento del delito de asociación para delinquir (la que tenga por objeto cometer algún delito o, después de constituida, promueva su comisión, así como cuando tenga por objeto cometer o promover la comisión de faltas de forma organizada, coordinada y

reiterada) junto al nuevo delito de participación en organización criminal, ya que los elementos que la doctrina y la jurisprudencia han perfilado para la aplicación de la asociación para delinquir en ausencia de una tipificación expresa son esencialmente los mismos que ahora definen a la organización criminal. Para la asociación ilícita, una pluralidad de personas, normalmente tres, aunque la jurisprudencia del TS la ha admitido con dos; una cierta estructura organizativa; y una cierta permanencia. Para la organización criminal (según establece el tipo) al menos tres personas, agrupadas con carácter estable o por tiempo indefinido (esto es, con cierta permanencia) y que actuando de forma concertada y coordinada se repartan las diversas tareas o funciones (esto es, una cierta estructura organizativa) con el fin de cometer delitos, así como de llevar a cabo la perpetración reiterada de faltas. El grupo criminal se constituye también con más de dos personas y tiene al igual que la organización criminal la finalidad de comisión concertada de delitos o faltas, pero carece de alguna o algunas de las características de la organización criminal (estabilidad o permanencia y reparto concertado de tareas o funciones) y, por tanto, constituye un concepto mucho más abierto que ésta.

Pues bien, en la sentencia que comentamos, se resuelve favorablemente un recurso de casación planteado por la aplicación indebida del artículo 515. 1.º del CP por entender que no existe propiamente asociación ilícita, sino consorcialidad en la comisión de un delito de falsificación de moneda. Entiende que la conjunción de partícipes con la idea de falsificar moneda constituye una agrupación inherente al delito que impediría aplicar también el de asociación ilícita por vulneración del principio «non bis in idem» en la modalidad de doble valoración penal.

Este argumento se configura, según afirmación expresa de la sentencia, a partir de la reinterpretación del delito de asociación ilícita con base en la protección del derecho de asociación, lo que exigiría como requisitos imprescindibles para su aplicación la presencia de agrupaciones estables, pluralidad de partícipes, estructura definida, distribución de funciones, órgano directivo y vocación de permanencia. Tampoco podría aplicarse, según la sentencia, el delito de participación en organización criminal ni en grupo criminal porque el tenor literal de los artículos 570 bis y 570 ter que los definen exige que estén dirigidos a la comisión de varios delitos, lo que impediría su aplicación a «la ideación de funciones entre varios partícipes para la comisión de un solo delito».

El TS aprovecha la ocasión para delimitar el ámbito de aplicación de los delitos de asociación para delinquir y participación en organización criminal reproduciendo, en parte, los argumentos de la Exposición de Motivos de la LO 5/2010, de 22 de junio, pero, también en parte, distanciándose de los mismos sin aclarar, sin embargo, los puntos nucleares de confluencia entre ambos delitos que seguirán planteando, sin duda, multitud de problemas aplicativos en el futuro.

Afirma el TS que la introducción en el CP de los delitos de organización y grupo criminal debe conducir a la reinterpretación de los parámetros del artículo 515 en los que se incriminan cuatro tipos de asociaciones ilícitas (entre las que está la asociación para delinquir) respecto a las que debe primar «su consideración de agrupaciones estables que traten de atentar contra el bien jurídico protegido por tal delito que no es otro que la conculcación del derecho de asociación», reconduciendo su interpretación a su ámbito propio, a la protección del derecho de asociación en concordancia con el propio concepto constitucional de asociación, y exigiendo, por tanto, para la aplicación del tipo, pluralidad de partícipes, estructura definida, distribución de funciones, órgano directivo y vocación de permanencia.

De esta forma, la sentencia se aparta de los argumentos contenidos en la Exposición de Motivos de la LO 5/2010, de 22 de junio, en la que se afirma que la idea de que este delito supone una manifestación del ejercicio abusivo, desviado o patológico del derecho de asociación del artículo 22 de la Constitución «no responde ni a la letra ni al espíritu de esta norma» ya que

el hecho de que el texto constitucional declare la ilegalidad de las asociaciones que persigan fines o utilicen medios tipificados como delito no permite deducir forzosamente «que cualquier agrupación de personas en torno a una actividad delictiva pueda conceptuarse como asociación, y menos aún asimilarse al ejercicio de un derecho fundamental, como sugiere la ubicación sistemática de la norma penal». Podríamos concluir, en primer lugar, que la sentencia sugiere que las asociaciones ilícitas requieren de una estabilidad, una vocación de permanencia, que no es requisito de la organización criminal, de conformidad con la interpretación restrictiva que ha venido realizando el TS con base en la ubicación de este precepto entre los delitos contra determinados derechos constitucionales. Pero este argumento no es cierto si se atiende a la redacción típica del delito de participación en organización criminal, aunque sí podría serlo con respecto al grupo criminal que puede constituirse sin reunir alguna o algunas de las características de la organización criminal y, por tanto, sin permanencia o estabilidad.

Por consiguiente, el requisito de la estabilidad y la permanencia podría delimitar el ámbito del delito de asociación ilícita del de participación en grupo criminal, aunque dando lugar a toda una serie de problemas dogmáticos y de adelantamiento de la intervención penal (en los que no se puede entrar en este momento) de difícil resolución, consecuencia de la criminalización de la participación en un grupo sin estructura, permanencia o estabilidad (p. ej., en materia de actos preparatorios, autoría y participación o iter críminis).

Sin embargo, queda subsistente y no resuelto en la sentencia el problema principal que no es otro que la delimitación de la asociación ilícita de la organización criminal. La sentencia acoge aquí los argumentos de la Exposición de Motivos de la LO 5/2010, de 22 de junio, en el sentido de que las organizaciones y grupos criminales «no son realmente “asociaciones” que delinquen, sino agrupaciones de naturaleza originaria e intrínsecamente delictiva, carentes en muchos casos de forma o apariencia jurídica alguna, o dotadas de tal apariencia con el exclusivo propósito de ocultar su actividad y buscar su impunidad». Pareciera como si formalmente se quisiera enuclear la distinción entre la asociación ilícita y la organización y grupo criminal en la apariencia de licitud, lo cual, por otro lado, parecería avalar la protección de un bien jurídico distinto en ambos delitos que explicaría la distinta ubicación de los primeros que se han alojado en el Título XXII del CP, en el marco de los delitos contra el orden público. Sin embargo, dicha clasificación se ha efectuado «por el propósito de alterar lo menos posible la estructura del vigente Código penal» (según la Exposición de Motivos que comentamos), afirmación que no aclara mucho, en realidad, aunque permite vislumbrar que la razón de que estos delitos se agrupen con los delitos contra el orden público tiene que ver con la conveniencia de regularlos junto a los de participación en organización y grupo terrorista (ubicados en el capítulo siguiente), que se construyen con base en la definición de organización y grupo criminal. Y, además, el argumento que cifra la diferencia en la licitud, o mejor, que remite más bien a la forma de constitución, definiendo a las asociaciones ilícitas como aquellas que se constituyen inicialmente de forma lícita frente a las organizaciones criminales que serían originariamente delictivas no es muy afortunado porque, como la propia Exposición de Motivos reconoce, es posible que estas últimas tengan forma o apariencia jurídica, aunque sea con el solo propósito de ocultar su actividad o buscar su impunidad. Por otro lado, la regulación del delito de asociación ilícita engloba no solo las que una vez constituidas promueven la comisión de delitos, sino también las que se constituyen con esa finalidad.

De otra parte, el hecho de que la distinción se base en la apariencia de licitud ya ha sido objeto de severas críticas alegando que se trata de un argumento formal que no permite distinguir realmente las asociaciones ilícitas de las organizaciones criminales y que, además, supondría un beneficio desde el punto de vista de la sanción penal (en general más grave en el caso de las organizaciones criminales) para las primeras cuando en realidad habría un desvalor mayor

en su caso, al existir una vulneración del ejercicio de un derecho fundamental, el derecho de asociación, que no podría ser afectado con las segundas.

La sentencia no aclara en realidad la diferencia entre ambos delitos (como tampoco lo hace la Exposición de Motivos). De hecho, solo enumera sucintamente una serie de elementos que caracterizarían a la organización criminal frente al delito de asociación ilícita por una estructura más compleja (¿?) que responde «al deliberado propósito de constituir una amenaza cualitativa y cuantitativamente mayor para la seguridad y orden público» (¿?) y, por algunas diferencias en la descripción de las acciones típicas (¿?) derivadas de su distinta naturaleza.

Como puede observarse, la reinterpretación del delito de asociación ilícita en la reciente jurisprudencia del TS sigue sin resolver su confluencia con el nuevo delito de participación en organización criminal.

CRISTINA MÉNDEZ RODRÍGUEZ
Profesora Titular de Derecho Penal
Universidad de Salamanca