

EL “GARANTISMO” DEL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS Y SU ANTÍTESIS: EL DELITO DE ASOCIACIÓN ILÍCITA. UNA DIFÍCIL COHABITACIÓN.

José León Alapont
Departamento de Derecho Penal
Universidad de Valencia

1. Consideraciones introductorias.

El legislador español introdujo en 2010 un sistema de responsabilidad penal que permitía condenar, bajo determinadas circunstancias, a las personas jurídicas por delitos cometidos “en su seno”.¹ Sin embargo, desde entonces, tal régimen convive con los tradicionales delitos de organización (asociación ilícita y organización criminal). Ello, como se defiende en este trabajo, puede conllevar desde la perspectiva de la persona jurídica a la aplicación de un régimen como el previsto en el art. 515 CP² (especialmente su apartado primero) no ideado (aunque lo haga) para la imposición directa de consecuencias jurídicas sobre una persona moral, con la clara merma de garantías que ello supone (como se verá) para ésta. Así pues, el eje de tal controversia radica en si pueden seguir manteniéndose, a la luz del régimen de responsabilidad de las personas jurídicas, las interpretaciones que hasta ahora tanto doctrina como jurisprudencia habían venido haciendo respecto de la asociación ilícita.

2. La asociación ilícita: ¿un cuerpo extraño?.

El primer aspecto en el que debemos detenernos es el significado que en el art. 515.1 CP cobra la expresión “tener por objeto” la comisión de algún delito, bien sea inicialmente o bien de manera sobrevenida (con posterioridad a su lícita constitución). GARCÍA-PABLOS DE MOLINA expresa que por “objeto” debe entenderse la finalidad de la asociación, que ésta “persiga” la comisión de algún delito.³ Pero ello no significa que tenga que ser el único fin, de forma exclusiva: en nuestro caso que la persona jurídica no se dedique a otras cuestiones más que a las puramente delictivas. En este sentido, no podríamos calificar de asociación ilícita a un ente que compagine⁴ su actividad “ordinaria” (lícita) con la “delictiva” -sería atípico-, salvo que ésta última fuere su única actividad. En otras palabras, “tener por objeto” incluye también (junto con los propósitos legítimos de la asociación) perseguir fines accesorios ilícitos (esto es,

¹ Régimen que tras la reforma de 2015 queda de la manera que sigue: art. 31 bis 1 (hechos de conexión o criterios de imputación); arts. 31 bis 2, 3 y 4 (exención de responsabilidad); art. 31 bis 5 (contenido de los modelos de organización y gestión); art. 31 ter (reglas de perseguibilidad); art. 31 quater (atenuantes); art. 31 quinquies (personas jurídicas excluidas); art. 33.7 (penas a imponer y medidas cautelares); art. 52 (forma de imponer la pena de multa); art. 66 bis (reglas de determinación de la pena); art. 116.3 (responsabilidad civil); art. 130.2 (supuestos de transformación, fusión, absorción o escisión, y disolución encubierta) y art. 136.3 (cancelación de antecedentes penales).

² No va a ser tratada en esta contribución la organización criminal.

³ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A.: *Asociaciones ilícitas en el Código Penal*, Barcelona, Bosch, 1978, pp. 241-242.

⁴ No estamos aludiendo con este término a un equilibrio entre ambos géneros de actividad, sino a la mera coexistencia de una actividad lícita y otra ilícita.

que haya tanto una parte de actividad legal como otra ilegal), o que para la consecución de fines lícitos se recurra a medios ilícitos.⁵

Esto nos conduce a la siguiente conclusión: la distinción entre asociación ilícita originaria y sobrevenida trae causa únicamente en un elemento temporal; esto es, en el momento en que la asociación (en nuestro caso la persona jurídica) decide “tener por objeto” cometer algún delito (bien desde el inicio o en un momento posterior). Y no en entender que la asociación ilícita lo es en origen porque toda su actividad es delictiva, y la sobrevenida merece tal calificativo porque si bien en un primer momento no se dedica a actuaciones ilícitas sí lo hace con posterioridad. Insistimos, tanto en un caso como en otro, la expresión “tener por objeto” no hace referencia a que toda la actividad de la persona jurídica deba ser ilícita, sino a que ésta se desarrolle a la vez que la lícita.⁶

En segundo lugar, los términos “cometer” algún delito o “promover su comisión” no deben ser empleados como sinónimos de “ejecución” de los hechos delictivos.⁷ Con ello queremos decir que no se requiere, para que la asociación sea declarada ilícita, ni que se lleguen a consumir los hechos criminales programados, ni que el plan delictivo haya quedado frustrado (tentativa);⁸ sino, bastará con la “mera planificación” de un delito concreto. Castigándose, por tanto, lo que SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ ha denominado “pre-preparación” del delito.⁹ En definitiva, no se precisa la ejecución del programa criminal que la asociación pueda desarrollar,¹⁰ pero sí que éste exista.¹¹

Por último, tan sólo nos queda descifrar la referencia que en el art. 515.1 CP se hace a “algún” delito. Una primera interpretación nos conduciría a considerar que con ese adjetivo se alude a la clase de delitos que la asociación puede programar en su plan criminal (por tanto, no se excluye ningún delito de los contemplados en el Libro II del CP), pudiendo ser cualquiera de ellos. Y, consecuentemente, no cabría entenderse dicha expresión como el número de delitos que deberán ser cometidos para determinar la ilicitud de la asociación (que es la otra interpretación posible).¹² De hecho, parece que ha sido ésta última la seguida por la doctrina, suscitándose la polémica en torno a si basta para proclamar la ilicitud de la asociación con planear cometer un único delito.

Tal tesis ha sido rechazada, entre otros (a los cuales nos adherimos), por GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, para quien debe haber una “pluralidad de hechos delictivos”,¹³ o TERRADILLOS BASOCO quien estima que la asociación para cometer un solo

⁵ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A.: *Asociaciones...*, *op. cit.*, p. 246.

⁶ SSTS 765/2009, de 9 de julio; 544/2012, de 2 de julio y 1057/2013, de 12 de diciembre.

⁷ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A.: *Asociaciones...*, *op. cit.*, p. 277.

⁸ TAMARIT SUMALLA, J.M.: “Artículo 515”, en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.): *Comentarios al Código Penal español. Vol. 2*, Cizur Menor, Aranzadi, 2016, p. 1693.

⁹ Cfr. SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, M. I.: “Función político-criminal del delito de asociación para delinquir: desde el Derecho penal político hasta la lucha contra el crimen organizado”, en ARROYO ZAPATERO, L. A. y BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. (Dirs.): *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos. In Memoriam. Vol. 2*, Cuenca, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Salamanca, Ediciones Universidad Salamanca, 2001, p. 674.

¹⁰ Cfr. BRANDARIZ GARCÍA, J. Á.: “Asociaciones y organizaciones criminales. Las disfunciones del art. 515.1º CP y la nueva reforma penal”, en ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. (Dir.): *La adecuación del Derecho penal español al ordenamiento de la Unión Europea*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009, pp. 731-732.

¹¹ SSTS 1/1997, de 28 de octubre; 789/2014, de 2 de diciembre y 504/2015, de 24 de julio.

¹² Vid. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A.: *Asociaciones...*, *op. cit.*, p. 286.

¹³ *Ibid.*, p. 290.

delito es, en realidad, una forma de participación o de conspiración;¹⁴ refiriéndose a ella DE URBANO CASTRILLO como una forma de codelinuencia.¹⁵ Por su parte, VERA SÁNCHEZ entiende que “la característica de permanencia de la organización exigen que la finalidad delictiva esté referida a más de un solo delito”.¹⁶ Sin embargo, otros autores han expresado que, haciendo una interpretación “en sentido concreto”,¹⁷ la ilicitud de la asociación derivará de la previsión de cometer uno o varios delitos.¹⁸

Por su parte, los tribunales, debido a la parquedad del actual art. 515.1 CP, han ido perfilando los rasgos característicos del concepto penal de asociación (ilícita); que, curiosamente, han venido coincidiendo (en mayor medida) con la definición propuesta por CÓRDOBA RODA allá por 1977. Según éste, la asociación es el resultado de la unión de una pluralidad de personas, debiendo estar mínimamente organizada, dotada de una entidad independiente de sus miembros y dirigida a la consecución de un determinado fin.¹⁹

Así, en esta línea, el Tribunal Supremo ha considerado que estamos ante una asociación ilícita cuando: a) hay pluralidad de personas asociadas para llevar a cabo una determinada actividad; b) existe una organización más o menos compleja en función del tipo de actividad prevista; c) se observa consistencia o permanencia en ella, en el sentido de que el acuerdo asociativo ha de ser duradero y no puramente transitorio; y, d) el fin de la asociación ha de ser la comisión de delitos, lo que supone una cierta determinación de la ilícita actividad, sin llegar a la precisión total de cada acción individual en tiempo y lugar.²⁰

Respecto del primer requisito (la pluralidad de personas), la cuestión radica en concretar el número de individuos necesarios para conformar (a efectos penales) la asociación. En este sentido, la jurisprudencia parece haberse decantado (hace años) por un mínimo de dos miembros.²¹ Sin embargo, no es ésta la posición mayoritaria de la doctrina²² ni de la

¹⁴ TERRADILLOS BASOCO, J.: “Artículo 173” en LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. y RODRÍGUEZ RAMOS, L. (Coords.): *Código Penal comentado*, Madrid, Akal, 1990, p. 404.

¹⁵ DE URBANO CASTRILLO, E.: “Artículo 515”, en SÁNCHEZ MELGAR, J. (Coord.): *Código Penal. Comentarios y jurisprudencia. Vol. 2*, Las Rozas, Sepin, 2016, p. 3307.

¹⁶ VERA SÁNCHEZ, J. S.: “Artículo 515”, en CORCOY BIDASOLO, M. y MIR PUIG, S. (Dirs.): *Comentarios al Código Penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, p. 1622. Con cita a la STS 544/2012, de 2 de julio.

¹⁷ TAMARIT SUMALLA, J. M.: “Artículo 515”, en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.): *Comentarios al Código Penal español. Vol. 2*, Cizur Menor, Aranzadi, 2016, p. 1693.

¹⁸ *Vid.*, por todos, SERRANO GÓMEZ, A. y SERRANO MAÍLLO, A.: “Delitos contra la Constitución (II)” en SERRANO GÓMEZ, A.; SERRANO MAÍLLO, A.; SERRANO TÁRRAGA, M.D. *et al.*: *Curso de Derecho Penal. Parte Especial*, Madrid, Dykinson, 2015, p. 773.

¹⁹ CÓRDOBA RODA, J.: “Libertad de asociación y Ley penal”, *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, núm. 1, 1977, pp. 7-8.

²⁰ SSTS 283/1988, de 5 de febrero; 265/1993, de 8 febrero; 1676/1994, de 21 septiembre; 1/1997, de 28 de octubre; 234/2001, de 3 de mayo; 421/2003, de 10 de abril; 1075/2006, de 23 de octubre; 50/2007, de 19 de enero; 503/2008, de 17 de julio; 745/2008, de 25 de noviembre; 480/2009, de 22 de mayo; 765/2009, de 9 de julio; 326/2010, de 13 de abril; 520/2010, de 25 de mayo; 500/2010, de 28 de mayo; 740/2010, de 6 de julio; 1057/2010, de 29 de octubre; 259/2011, de 12 de abril; 994/2011, de 4 de octubre; 109/2012, de 14 de febrero; 544/2012, de 2 de julio; 977/2012, de 30 de octubre; 69/2013, de 31 de enero; 143/2013, de 28 de febrero; 1057/2013, de 12 de diciembre; 1038/2013, de 23 de diciembre; 317/2014, de 9 de abril y 413/2015, de 30 de junio.

²¹ SSTS de 8 de octubre de 1979; de 14 de mayo de 1991; 633/1993, de 17 de marzo; 937/1994, de 3 de mayo; 210/1995, de 14 de febrero; 276/1996, de 2 de abril; 867/1996, de 12 de noviembre; 864/1996, de 18 de diciembre; 1260/1997, de 13 de octubre y 1329/1998, de 11 de enero de 1999.

²² *Vid.*, entre otros autores, DEL ROSAL BLASCO, B.: “Delitos contra la Constitución (V). Delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas”, en MORILLAS CUEVA, L.

Fiscalía,²³ debiendo exigirse, al menos, la concurrencia de tres personas. Ahora bien, ¿significa ello que, en consonancia con el número de miembros que se exige para que exista la asociación, el plan delictivo de la misma deba estar ideado, también, por al menos tres personas? En este caso, se entiende que no, por lo que el programa criminal de la asociación puede ser, perfectamente, obra de una sola persona. Eso sí, deberá ser respaldado o compartido por al menos otros dos individuos.²⁴

En relación a la “complejidad” de la asociación, cabe decir que deben estar presentes en ella las ideas de jerarquía y disciplina, con sometimiento a las decisiones que emanan de centros de poder; definiéndose, a su vez, el reparto de funciones entre sus integrantes. Se trata, en definitiva, de disponer de una estructura idónea que permita (en última instancia) la eventual ejecución del plan criminal, “no estando al alcance de una actuación individual o incluso plurisubjetiva pero inorgánica”.²⁵

Por lo que a la “estabilidad” del acuerdo para delinquir respecta, se afirma que la asociación no consiste en una agrupación esporádica de personas, sino que precisa de cierta consistencia en el tiempo. Esto, permite distinguir la asociación ilícita de la codelincuencia o la conspiración para delinquir;²⁶ así, se exige “cierta continuidad temporal o durabilidad que sobrepase la simple y ocasional consorciabilidad”.²⁷

En cuanto al último requisito de los enunciados, será suficiente para acreditar el fin criminal de la asociación que exista una voluntad o acuerdo “colectivo” de cometer determinados delitos, aun cuando ello no se plasme en una concreta y detallada planificación de su ejecución. Así, se alude a que “no es necesario que se encuentre un organigrama en el que se detallen todas y cada una de las actividades encomendadas a cada uno de los componentes del grupo, es suficiente con que exista un entramado que funciona coordinadamente, (...) sin que tampoco sea exigible que cada uno de los integrantes del grupo conozca pormenorizadamente las misiones encomendadas a todos los partícipes en particular”.²⁸

3. Consecuencias jurídico-penales para la “asociación”.

El art. 520 CP establece que “*los Jueces o Tribunales, en los supuestos previstos en el artículo 515, acordarán la disolución de la asociación ilícita y, en su caso, cualquier otra de las consecuencias accesorias del artículo 129 de este Código*”.²⁹

(Dir.): *Sistema de Derecho penal. Parte especial*, Madrid, Dykinson, 2016, p. 1302. Y MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho penal. Parte especial*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, p. 722.

²³ Circular de la Fiscalía General del Estado 2/2011, de 2 de junio, sobre la reforma del Código Penal por la Ley Orgánica 5/2010 en relación con las organizaciones y grupos criminales, p. 11.

²⁴ Cfr. MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho penal. Parte especial*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, p. 722.

²⁵ Circular de la Fiscalía General del Estado 2/2011, de 2 de junio, sobre la reforma del Código Penal por la Ley Orgánica 5/2010 en relación con las organizaciones y grupos criminales, p. 11.

²⁶ Vid. MARTÍNEZ GARAY, L.: “El Nuevo delito de pertenencia a organizaciones y grupos criminales (art. 385 bis) en el proyecto del Código penal”, *Revista General de Derecho penal*, núm. 7, 2007, p. 16. Y SSTS 1597/1992, de 30 de junio; 1962/1994, de 10 de noviembre; 339/1996, de 18 de abril; 49/1997, de 14 de febrero; 415/2005, de 23 de marzo; 480/2009, de 22 de mayo y 395/2015, de 19 de junio.

²⁷ STS 936/1998, de 13 de julio. En la doctrina, LÓPEZ-MUÑOZ ha destacado que el bien jurídico protegido no puede resultar lesionado por un “simple acuerdo criminal”, lo cual no deja de ser más que un supuesto de coautoría. Cfr. LÓPEZ MUÑOZ, J.: *Criminalidad organizada. Aspectos jurídicos y criminológicos*, Madrid, Dykinson, 2015, p. 89.

²⁸ STS 227/1999, de 20 de febrero.

²⁹ Cabe advertir, que la remisión que el art. 520 CP hace al art. 129 CP no se debe a que la asociación carezca de personalidad jurídica, sino que, como han señalado algunos autores, se trata de uno de los

Por lo que, además de poder disolver a la persona jurídica (como asociación ilícita), podrán adoptarse estas otras “consecuencias accesorias”: suspensión de sus actividades; clausura de sus locales y establecimientos; prohibición de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito; inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social; e, intervención judicial.³⁰

Ahora bien, como advierte DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, “una vez disuelta la asociación, lógicamente ésta ha de cesar en sus actividades, por lo que no parece fácil imaginar qué otras consecuencias accesorias pueden ser de aplicación en la práctica respecto de la misma”.³¹ Es decir, se trata de medidas que no van a poder materializarse dado que la asociación ya estará disuelta/extinguida.³² Consecuentemente, todo apunta a que la problemática suscitada parece provenir más bien de un error en la redacción del propio precepto; en este sentido, se habría sustituido la conjunción disyuntiva “o” por la copulativa “y”.³³

De ahí que, como han puesto de relieve algunos autores, la remisión del art. 520 CP al art. 129 CP deba ser entendida, concretamente, a su (actual) apartado tercero. De forma que pueda acordarse por el Juez Instructor “*la clausura temporal de los locales o establecimientos, la suspensión de las actividades sociales y la intervención judicial (...) como medida cautelar durante la instrucción de la causa a los efectos establecidos en este artículo y con los límites señalados en el artículo 33.7*”.³⁴

No obstante, algunos autores han entendido que tanto la preceptiva disolución como la facultativa imposición de las consecuencias accesorias del art. 129 CP son compatibles.³⁵ En especial, VERA SÁNCHEZ apunta a la suspensión de las actividades y a la intervención judicial “cuando la asociación tenga un objeto lícito”, aunque el

supuestos en los que las consecuencias accesorias del art. 129 CP se aplican tanto a entes sin personalidad jurídica como a personas jurídicas. *Vid.*, en este sentido, por todos, FEIJÓO SÁNCHEZ, B.: “El art. 129 como complemento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en BAJO FERNÁNDEZ, M.; FEIJÓO SÁNCHEZ, B. y GÓMEZ-JARA DÍEZ, C.: *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, 2016, pp. 306-307. Discrepa de tal postura SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, para quien el hecho de que el art. 520 CP remita al art. 129 CP hace que las consecuencias accesorias sólo puedan imponerse si la asociación no tiene personalidad jurídica, existiendo, según esta autora, una laguna en aquellos supuestos en los que la asociación sí ostente personalidad jurídica, pues no se hace remisión alguna (como sí pasa con la organización criminal) al art. 31 bis CP. *Vid.* SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, I.: “Art. 520”, en GÓMEZ TOMILLO, M. (Dir.): *Comentarios al Código Penal*, Valladolid, Lex Nova, 2011, p. 1802.

³⁰ Artículo 33.7 c) a g) CP. Por remisión del art. 129 CP.

³¹ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M.: “Asociación ilícita”, en LUZÓN PEÑA, D. M. (Dir.): *Enciclopedia penal básica*, Granada, Comares, 2002, p. 105.

³² Así, para TAMARIT SUMALLA, “la expresión *cualquier otra* supone la afirmación de una compatibilidad de la disolución con todas las demás consecuencias que no se corresponde enteramente con la realidad como sucede con la suspensión prevista en la letra c), o puede resultar difícilmente explicable. *Vid.* TAMARIT SUMALLA, J. M.: “Artículo 520”, en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.): *Comentarios a la parte especial del Derecho penal*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, 2016, p. 1699.

³³ MANZANARES SAMANIEGO, J. L.: “La disolución de los partidos políticos conforme al Código Penal”, *Actualidad Penal*, núm. 39, 2002, p.1028.

³⁴ *Vid.*, entre otros, BRANDARIZ GARCÍA, J. Á.: “Asociaciones...”, *op. cit.*, p. 735. Y MANZANARES SAMANIEGO, J. L.: “La disolución...”, *op. cit.*, p. 1031.

³⁵ *Cfr.* CUERDA ARNAU, M. L.: “Delitos contra la Constitución”, en GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (Coord.): *Derecho Penal. Parte Especial*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, p. 725. DE URBANO CASTRILLO, E.: “Artículo 515”, *op. cit.*, p. 3312. Y SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, I.: “Art. 520”, *op. cit.*, p. 1802.

mismo autor reconozca que determinar qué consecuencias accesorias son compatibles con la disolución no siempre será tarea fácil.³⁶

4. El régimen garantista de los arts. 31 bis y ss. CP versus la asociación ilícita del art. 515 CP.

Resta por solventar el aparente concurso de normas que se da entre el art. 515. 1 CP y las disposiciones del régimen de responsabilidad penal contenidas en los arts. 31 bis y ss. CP. Así, de afirmarse que tanto el art. 515.1 CP como el art. 31 bis CP son de aplicación en el caso de una persona jurídica que ampare prácticas delictivas, la solución a ese conflicto entre normas vendría dada por lo dispuesto en el art. 8.1 CP; y, por tanto, de considerar precepto especial el art. 31 bis CP éste primaría sobre el art. 515 CP.

Empero, no es esa nuestra posición. Y no lo es porque los arts. 515.1 y 31 bis CP no refieren al mismo supuesto de hecho. En el delito de asociación ilícita no se castiga a ésta porque “cometa” delitos, esto es, porque se lleguen a consumir (en su seno) determinadas conductas ilícitas; sino, porque hay un programa criminal, una previsión futura de comisión de delitos que ni tan siquiera tiene porqué ejecutarse. En cambio, con el sistema de los arts. 31 bis y ss. CP se condena a la persona jurídica porque determinadas personas física sí llegan a perpetrar el hecho delictivo.

Existe, sin embargo, una diferencia mayor, que es la que posibilita establecer una distinción entre ambas figuras. En la asociación ilícita, a las personas que planean llevar a cabo un proyecto delictivo, les une un acuerdo que debe ser estable o duradero; castigándose su “pertenencia” a la asociación (en las distintas modalidades previstas en los arts. 517 y 518 CP) como delito autónomo, y no la materialización por parte de éstas de determinadas conductas delictivas.³⁷ Mientras el concierto entre dos o más personas que cometen uno o varios delitos en favor del ente (desapareciendo tal colaboración en el momento en que se ejecutan los delitos propuestos) debe resolverse aplicando las reglas de autoría y participación. En Italia, este último supuesto se calificaría de “concurso eventual de personas en el delito”, en contraposición al “concurso necesario” que representa la asociación para delinquir.³⁸

Pasemos a describir, gráficamente, una serie de situaciones que nos ayudarán a comprender mejor la idea que hemos querido transmitir:

³⁶ VERA SÁNCHEZ, J. S.: “Artículo 520”, en CORCOY BIDASOLO, M. y MIR PUIG, S. (Dirs.): *Comentarios al Código Penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, p. 1628.

³⁷ Ésta ha sido la interpretación llevada a cabo por la doctrina alemana. *Vid.*, por todos, ROXIN, C.: *Derecho penal. Parte general. Especiales formas de aparición del delito*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, 2014, p. 157.

³⁸ *Vid.*, sobre la distinción llevada a cabo por la doctrina italiana entre la *associazione per delinquere* (que sería un supuesto de *reati a concorso necessario*, también llamado *fattispecie plurisoggetive necessarie*) y el *concorso eventuale di persone nel reato*, FIANDACA, G. y MUSCO, E.: *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, Zanichelli Editore, 2004, pp. 448-449. GRAZIANO, G.: *Lineamenti di Diritto penale. Parte generale e parte speciale*, Roma, Laurus Robuffo, 1997, p. 123. BALZAROTTI, M. L.: *Diritto penale*, Padova, Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1996, p. 97. Y MAGGIORE, G.: *Diritto penale. Vol. 2. Parte speciale. Delitti e contrevvenzioni. Tomo I (art. 241-art.544)*, Bologna, Nicola Zanichelli Editore, 1960, pp. 358-359.

- a) Una persona física idea un plan criminal, que va a beneficiar³⁹ a la persona jurídica, sin llegar a ejecutarlo: conducta atípica (debe haber un “pacto” para delinquir, lo cual requiere que éste quede suscrito por dos o más personas).
- b) Dos o más personas (de forma aislada) diseñan unas actividades delictivas que redundarían en beneficio de la persona jurídica, pero, finalmente no se materializan: conducta atípica (debe existir un acuerdo criminal conjunto, y no voluntades individualmente consideradas).
- c) Dos o más personas planean cometer delitos en provecho de la persona jurídica (mediando un pacto estable, no “accidental” o esporádico): asociación ilícita.
- d) Dos o más personas planean cometer delitos en provecho de la persona jurídica (mediando un pacto estable, no “accidental” o esporádico) y lo hacen: concurso entre asociación ilícita y los concretos delitos en que incurran.
- e) Un individuo comete uno o varios delitos en beneficio del ente: art. 31 bis CP.
- f) Dos o más sujetos cometen (en colaboración) delitos que reportan un beneficio a la persona moral, pero sin ninguna voluntad de que el acuerdo se perpetre en el tiempo: art. 31 bis CP.

De lo expuesto se observa que tan sólo en los supuestos c) y d) podría el ente colectivo considerarse asociación ilícita.

Pero, además de todo lo anterior, optar por la aplicación de un régimen u otro entraña una serie de diferencias jurídico-normativas que pasamos a enunciar: he aquí la potencial conculcación de garantías.

En primer lugar, respecto de las personas físicas cuya actuación delictiva da lugar a la responsabilidad del ente colectivo, el Código Penal (en el caso de las asociaciones ilícitas) se refiere a los fundadores; presidentes; directivos; miembros activos; y, favorecedores. Mientras que el art. 31 bis 1 a) y b) hace alusión a los representantes legales; aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, estén autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica; quienes ostenten facultades de organización y control dentro de la misma; y, aquellos que, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas anteriormente, hayan podido realizar los hechos por haberse incumplido gravemente por aquéllos los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad (subordinados). Precisamente, esta última figura junto con la del favorecedor son las dos categorías que no hacen equiparables ambos regímenes de responsabilidad penal.

En segundo lugar, el Código no exige (para el caso de las asociaciones ilícitas) que las conductas delictivas de las personas físicas reporten un beneficio para la organización, ni tampoco que éstas actúen “en nombre o por cuenta” de la misma.⁴⁰ Sin embargo, ello

³⁹ Nótese que, aunque nosotros hagamos referencia a ello, el cometer el delito en beneficio del ente no es una condición que se exija en la asociación ilícita.

⁴⁰ En contra, FARALDO CABANA, P.: *Asociaciones ilícitas y organizaciones criminales en el código penal español*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, p. 134.

resulta imprescindible (según el art. 31 bis CP) para una eventual condena de la persona jurídica (hechos de conexión).

Por otro lado, como se ha repetido hasta la saciedad, la asociación deviene ilícita desde el momento en que hay un proyecto criminal (sin necesidad de que éste llegue a materializarse). Circunstancia que no se da en el modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas, pues los delitos que se les pueden imputar deben haberse ejecutado.

En cuarto lugar, no contemplan los arts. 515 y ss. CP la regla de perseguibilidad que sí prevé el art. 31 ter 1 CP, según la cual “*la responsabilidad penal de las personas jurídicas será exigible siempre que se constate la comisión de un delito que haya tenido que cometerse por quien ostente los cargos o funciones aludidas en el artículo anterior, aun cuando la concreta persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella*”. Ello supone, en el caso de las asociaciones ilícitas, que éstas no serán disueltas si no se logra identificar o no se puede ir contra los que “diseñan” la actividad criminal de la asociación (aunque se demostrara que efectivamente tal concertación existió).

En quinto lugar, si en el modelo de responsabilidad penal de las personas morales rige un sistema *numerus clausus* de delitos que pueden atribuirse a éstas, no sucede lo mismo con la asociación ilícita la cual puede ser disuelta por la comisión de cualquier delito (*numerus apertus*).⁴¹

Por otro lado, también el sistema de penas de uno y otro régimen son un signo distintivo. Así, mientras que para la asociación ilícita se prevé únicamente su disolución, el catálogo sancionador previsto en el art. 33.7 CP es mucho más amplio, a saber: a) multa; b) disolución; c) suspensión de actividades; d) clausura de locales y establecimientos; e) prohibición de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito; f) inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con el sector público y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social; y, g) intervención judicial. Además, en el sistema de los arts. 31 bis y ss. CP pueden adoptarse como medidas cautelares: la clausura temporal de locales y establecimientos; la suspensión de actividades; y, la intervención judicial (art. 33.7 *in fine* CP); cosa que no sucede en la asociación ilícita.

En último lugar, no se contemplan, en sede de asociaciones ilícitas, disposiciones relativas a las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal de estos entes, como sí sucede en los arts. 31 bis 2 y 4 CP (eximente) y 31 quáter CP (atenuantes) respecto de las personas jurídicas.

5. A modo de conclusión.

El escenario que acabamos de describir resulta todo él, a título personal, absurdo, por no decir ilógico. Concretamente, que se pueda considerar asociación ilícita a una persona jurídica por el mero hecho de que determinadas personas físicas planeen llevar a cabo la comisión de algún ilícito penal; sin llegar a hacerlo; y, por mucho que el acuerdo delictivo tenga vocación de permanencia, es un disparate. Máxime cuando la única consecuencia jurídica aplicable al ente, la disolución, es desmesurada (y por ello

⁴¹ *Vid.*, en este sentido, QUINTERO OLIVARES, G.: “Organizaciones y grupos criminales en el Derecho penal de nuestro tiempo”, en VILLACAMPA ESTIARTE, C. (Coord.): *La delincuencia organizada: un reto a la política criminal actual*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, 2013, pp. 37-38.

indeseable). Además de conducir a la inaplicación de los arts. 31 bis y ss. CP, tal circunstancia provoca “una hipertrofia de la respuesta penal debida a la amplitud del concepto de asociación a efectos penales”,⁴² de ahí que algunos autores hayan abogado por la supresión de la figura de asociación ilícita o bien su reformulación.⁴³

Queremos con ello decir que no pueden seguir siendo válidas, tras la reforma del Código Penal de 2010, todas las interpretaciones llevadas a cabo (por doctrina y jurisprudencia) respecto de los arts. 515 CP y 570 CP, en las que no se concebía (o ahora se obvia) el “nuevo” fenómeno delictivo que supone la responsabilidad penal de las personas jurídicas *ex* arts. 31 bis y ss. CP.

Por todo ello, pretendemos exponer en las líneas que siguen nuestra propuesta acerca de cómo debieran quedar configurados los arts. 515 y 31 bis del Código Penal, pues, resulta esencial y decisivo, por mor del principio de vigencia de las leyes, tratar de dar unas pautas que posibiliten discernir (en la medida de lo posible) los distintos escenarios de criminalidad en que puede verse envuelto una persona moral.

Hemos manifestado anteriormente, que el elemento que nos permite distinguir entre el delito de asociación ilícita y el mero “concurso eventual de personas” (reconducible a las reglas de autoría y participación) es la naturaleza del pacto que han suscrito aquéllos que se proponen delinquir. Y decíamos que, si tal acuerdo era de carácter transitorio o “fugaz” (desapareciendo con la ejecución de la conducta delictiva), no podría condenarse a los autores por un delito de asociación ilícita (ni disolver a la persona moral automáticamente); pudiéndose aplicar al ente, en ese caso, el art. 31 bis CP de darse los requisitos en él contenidos.

Pero, ¿resuelve esta interpretación todos los problemas aplicativos que plantea el art. 515 CP?. Parece que no, pues, a nuestro juicio, subsiste una realidad que encierra una manifiesta contradicción: podría disolverse un ente por considerarlo asociación ilícita (sin que se haya cometido ningún delito en su favor); y, en cambio, no disolverlo (*ex* art. 66 bis CP) a pesar de que determinadas personas físicas hayan cometido, al menos, un delito en beneficio suyo.

Así, para que el art. 515 CP no entrara en colisión con el régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas, una posible solución vendría dada (ya que la asociación puede declararse ilícita por cualquier delito *ex* art. 515.1 CP) por relegar a este precepto sólo aquellos casos para los que no se prevea responsabilidad penal de la persona jurídica. Esto es, cuando se trate de imputar a la persona jurídica un delito que no esté en el sistema de *numerus clausus*, deberá tal supuesto ser reconducido al art. 515.1 CP. Sin embargo, no es ésta nuestra apuesta personal. Como sabemos, la voluntad del legislador, desde que introdujo en 2010 la responsabilidad penal de las personas jurídicas, ha sido la de imposibilitar la imputación de la persona moral por cualquier delito. Además, baste con recordar que en la asociación ilícita no se requiere la ejecución de los delitos que se planea cometer, lo cual constituye una diferencia notable respecto del régimen del art. 31 bis CP.

⁴² QUINTERO OLIVARES, G.: “Organizaciones...”, *op. cit.*, p. 37.

⁴³ *Vid.*, por todos, QUINTERO OLIVARES, G.: “La criminalidad organizada y la función del delito de asociación ilícita”, en FERRÉ OLIVÉ, J. C. y ANARTE BORRALLA, E. (Eds.): *Delincuencia organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos*, Huelva, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Huelva, 1999, p. 189.

Por todo ello, consideramos que como la esencia del delito de asociación ilícita radica en la existencia de un acuerdo criminal (duradero) compatible con la realización de actividades lícitas (esto es lo que se castiga en él), no tiene sentido que tal convergencia de voluntades pueda fundamentar la imposición de consecuencia jurídica alguna sobre la asociación. Esto último deberá producirse con base en el art. 31 bis CP, el cual no valora a la hora de sancionar a la asociación (a la persona jurídica) si los delitos cometidos en su beneficio han sido resultado de una acción individual o fruto de un pacto de más de dos personas, y en este supuesto si tal acuerdo criminal era espontáneo o con vistas a permanecer en el tiempo: ello sólo deberá condicionar la responsabilidad de las personas físicas que se encontraren en tales circunstancias.

Ahora bien, para mantener entonces incólume la *voluntas legislatoris* respecto de qué género de asociaciones merecen respuesta penal, se requeriría la creación de un delito específico que tipificase el empleo de medios violentos o de alteración o control de la personalidad para la consecución de fines incluso lícitos (supuesto que se corresponde con el actual apartado 2 del art. 515 CP) y prever, en tal caso, responsabilidad penal para la persona jurídica que dé cobertura a dichas prácticas; o bien, de entender que tal conducta quedare subsumida en el delito de coacciones, habilitar la cláusula del art. 31 bis CP para exigir responsabilidad penal a la persona jurídica.

No sería necesario en el caso del apartado 3 del citado precepto (“*las organizaciones de carácter paramilitar*”) que quedarían abarcadas por el concepto de organización terrorista del art. 571 CP, o el apartado 4 (“*las que fomenten, promuevan o inciten directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra personas, grupos o asociaciones por razón de su ideología, religión o creencias, la pertenencia de sus miembros o de alguno de ellos a una etnia, raza o nación, su sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o discapacidad*”), para los que sí se contempla responsabilidad penal conforme al sistema de los arts. 31 bis y ss. CP (en virtud de los arts. 576.5 CP y 510 bis CP, respectivamente).

6. Bibliografía.

BALZAROTTI, M. L.: *Diritto penale*, Padova, Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1996.

BRANDARIZ GARCÍA, J. Á.: “Asociaciones y organizaciones criminales. Las disfunciones del art. 515.1º CP y la nueva reforma penal”, en ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. (Dir.): *La adecuación del Derecho penal español al ordenamiento de la Unión Europea*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009, pp. 725-758.

CÓRDOBA RODA, J.: “Libertad de asociación y Ley penal”, *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, núm. 1, 1977, pp. 5-18.

CUERDA ARNAU, M. L.: “Delitos contra la Constitución”, en GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (Coord.): *Derecho Penal. Parte Especial*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, pp. 705-735.

DE URBANO CASTRILLO, E.: “Artículo 515”, en SÁNCHEZ MELGAR, J. (Coord.): *Código Penal. Comentarios y jurisprudencia. Vol. 2*, Las Rozas, Sepin, 2016, pp. 3304-3308.

DEL ROSAL BLASCO, B.: “Delitos contra la Constitución (V). Delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas”, en MORILLAS CUEVA, L. (Dir.): *Sistema de Derecho penal. Parte especial*, Madrid, Dykinson, 2016, pp. 1297-1303.

DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M.: “Asociación ilícita”, en LUZÓN PEÑA, D. M. (Dir.): *Enciclopedia penal básica*, Granada, Comares, 2002, pp. 103-114.

FARALDO CABANA, P.: *Asociaciones ilícitas y organizaciones criminales en el código penal español*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012.

FEIJÓO SÁNCHEZ, B.: “El art. 129 como complemento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en BAJO FERNÁNDEZ, M.; FEIJÓO SÁNCHEZ, B. y GÓMEZ-JARA DÍEZ, C.: *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, 2016, pp. 301-311.

FIANDACA, G. y MUSCO, E.: *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, Zanichelli Editore, 2004.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A.: *Asociaciones ilícitas en el Código Penal*, Barcelona, Bosch, 1978.

GRAZIANO, G.: *Lineamenti di Diritto penale. Parte generale e parte speciale*, Roma, Laurus Robuffo, 1997.

MAGGIORE, G.: *Diritto penale. Vol. 2. Parte speciale. Delitti e contrevvenzioni. Tomo I (art. 241-art.544)*, Bologna, Nicola Zanichelli Editore, 1960.

MANZANARES SAMANIEGO, J. L.: “La disolución de los partidos políticos conforme al Código Penal”, *Actualidad Penal*, núm. 39, 2002, pp. 1023-1036.

MARTÍNEZ GARAY, L.: “El Nuevo delito de pertenencia a organizaciones y grupos criminales (art. 385 bis) en el proyecto del Código penal”, *Revista General de Derecho Penal*, núm. 7, 2007, pp. 1-76.

MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho penal. Parte especial*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015.

QUINTERO OLIVARES, G.: “Organizaciones y grupos criminales en el Derecho penal de nuestro tiempo”, en VILLACAMPA ESTIARTE, C. (Coord.): *La delincuencia organizada: un reto a la política criminal actual*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, 2013, pp. 23-44.

QUINTERO OLIVARES, G.: “La criminalidad organizada y la función del delito de asociación ilícita”, en FERRÉ OLIVÉ, J. C. y ANARTE BORRALLA, E. (Eds.): *Delincuencia organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos*, Huelva, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Huelva, 1999, pp. 177-190.

ROXIN, C.: *Derecho penal. Parte general. Especiales formas de aparición del delito*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, 2014.

SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, M. I.: “Función político-criminal del delito de asociación para delinquir: desde el Derecho penal político hasta la lucha contra el crimen organizado”, en ARROYO ZAPATERO, L. A. y BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. (Dir.): *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos. In Memoriam. Vol 2*, Cuenca, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Salamanca, Ediciones Universidad Salamanca, 2001, pp. 645-681.

SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, I.: “Art. 520”, en GÓMEZ TOMILLO, M. (Dir.): *Comentarios al Código Penal*, Valladolid, Lex Nova, 2011, p. 1802.

SERRANO GÓMEZ, A. y SERRANO MAÍLLO, A.: “Delitos contra la Constitución (II)” en SERRANO GÓMEZ, A.; SERRANO MAÍLLO, A.; SERRANO TÁRRAGA, M.D. et al.: *Curso de Derecho Penal. Parte Especial*, Madrid, Dykinson, 2015, pp.747-781.

TAMARIT SUMALLA, J. M.: “Artículo 515”, en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.): *Comentarios al Código Penal español. Vol. 2*, Cizur Menor, Aranzadi, 2016, pp. 1689-1693.

TAMARIT SUMALLA, J. M.: “Artículo 520”, en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.): *Comentarios a la parte especial del Derecho penal*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, 2016, pp. 1699-1700.

TERRADILLOS BASOCO, J.: “Artículo 173”, en LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. y RODRÍGUEZ RAMOS, L. (Coords.): *Código Penal comentado*, Madrid, Akal, 1990, pp. 403-405.

VERA SÁNCHEZ, J. S.: “Artículo 515”, en CORCOY BIDASOLO, M. y MIR PUIG, S. (Dir.): *Comentarios al Código Penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, pp. 1619-1625.

VERA SÁNCHEZ, J. S.: “Artículo 520”, en CORCOY BIDASOLO, M. y MIR PUIG, S. (Dir.): *Comentarios al Código Penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, p. 1628.