

# Aplicabilidad de criterios de oportunidad para resolver conflictos penales surgidos por el accionar de asociaciones ilícitas

Laura Casola\*  
Mariana Andrea Giordano\*\*

## I. Introducción [\[arriba\]](#)

El presente trabajo tiene como fin analizar si en el marco normativo de la provincia de Córdoba resulta posible aplicar criterios de oportunidad para resolver conflictos penales surgidos a partir del accionar de asociaciones ilícitas. El código procesal penal vigente no ofrece una respuesta directa al respecto, y el análisis sistemático de las diferentes normas involucradas abre paso a nuevos interrogantes que obligan a repensar tanto la esencia de las asociaciones ilícitas como la de los criterios de oportunidad.

Los arts. 13bis y siguientes del Código Procesal Penal de Córdoba regulan la aplicabilidad de criterios de oportunidad para la terminación anticipada de un proceso iniciado con motivo de la noticia de un hecho *prima facie* delictivo. Tales criterios son fundamentos de la disponibilidad de la acción penal, que buscan descomprimir el sistema de justicia resolviendo el conflicto mediante soluciones alternativas a la sanción.

Apegada al sistema de la oportunidad reglada, la ley de rito local enumera las causales de procedencia de la disponibilidad de la acción y, de igual modo, lista una serie de situaciones que excluyen su aplicabilidad. Dentro de este último grupo, el art. 13ter niega enfáticamente la posibilidad de aplicar criterios de oportunidad cuando el hecho haya producido una afectación al interés público, lo que se considerará que acontece si el delito atribuido aparece como una expresión de criminalidad organizada de cualquier índole. Sin embargo, la redacción que parece tan clara se torna imprecisa frente a la pregunta ¿qué significa “criminalidad organizada de cualquier índole”?

La Convención de Naciones Unidas sobre Delincuencia Organizada Transnacional, de la cual Argentina es parte, define a los grupos delictivos organizados como grupos estructurados de tres o más personas que existan durante cierto tiempo y que actúen concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves o delitos tipificados con arreglo a la Convención con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material (art. 2 inciso a).

La legislación penal argentina, a diferencia de otros Estados, no ha incorporado el delito de organización criminal. La referencia más cercana se encuentra en la figura de asociación ilícita del art. 210 del Código Penal, la cual castiga a quien tome parte en una asociación o banda de tres o más personas destinada a cometer delitos.

Dadas las similitudes entre ambos fenómenos se presentan los siguientes interrogantes ¿dichas figuras tienen la misma referencia fáctica, es decir, son sinónimas, o aluden a realidades distintas? Y como consecuencia de ellas se deriva luego la pregunta central de este trabajo ¿pueden aplicarse criterios de oportunidad para resolver conflictos penales surgidos a partir del accionar de asociaciones ilícitas?

Para resolver tales interrogantes y comprender mejor el alcance de la disposición procesal, el presente trabajo procurará aclarar la relación existente entre las asociaciones ilícitas y el crimen organizado, y luego se centrará en estudiar el fundamento de los criterios de oportunidad.

## II. Las asociaciones ilícitas y la criminalidad organizada [\[arriba\]](#)

Responder acertadamente el interrogante principal de este trabajo requiere en primer lugar develar el significado de la locución *asociación ilícita*. Si bien dicha tarea puede parecer sencilla puesto que nuestra legislación penal sustantiva ofrece los contornos para encuadrar la expresión, a poco de andar el camino se logra advertir que se trata de una labor compleja.

En efecto, si nos distanciamos de nuestra propia realidad legal para mirar a la asociación ilícita dentro del universo que incluye al derecho internacional y al derecho comparado, se evidencia un importante desafío analítico: establecer su relación con la *criminalidad organizada* y con la figura *grupo delictivo organizado* u *organización criminal*.

### II.1. ¿De qué hablamos cuando hablamos de criminalidad organizada?

El crimen organizado es un fenómeno de difícil conceptualización, habitualmente asociado con la delincuencia transnacional pero no limitado exclusivamente a ese ámbito. La locución fue acuñada en 1919 por la Comisión del Crimen de Chicago[1] y desde su aparición ha atravesado una importante transformación.

Inicialmente estuvo vinculado con la protección y el encubrimiento de las apuestas ilegales y la prostitución por parte de funcionarios públicos. Posteriormente, a partir de la intervención de la Comisión del Crimen de Chicago en esa esfera, la mirada fue redireccionada hacia las poderosas y estructuradas organizaciones criminales que representaban una amenaza a la integridad de la sociedad y la política de Norteamérica[2]. De tal manera, a partir del cambio de paradigma, la complejidad del crimen organizado fue redefinida en términos de “mafia”[3]. En una tercera etapa, la asociación conceptual crimen organizado-mafia sufrió una nueva transformación, ya que el eje se orientó primordialmente hacia los aspectos más visibles y no controversiales, es decir, la provisión de servicios y productos ilegales[4] y de esa forma devino en sinónimo de “empresa criminal”. Finalmente, la última gran transición es la derivada de la atención recibida por parte de la comunidad internacional a partir de la década de 1990. Ello es así porque, atento a que habitualmente el funcionamiento de las organizaciones criminales involucra la jurisdicción de dos o más estados, la Organización de Naciones Unidas, a través de la Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional del año 2000, acuñó el concepto más amplio de “crimen organizado transnacional”.

Como señala von Lampe, el concepto de “delincuencia organizada” es una invención estadounidense que se ha trasladado a un panorama delictivo heterogéneo y que ha sufrido modificaciones y reinterpretaciones a través del tiempo y el espacio[5], y en la actualidad es analizado desde dos perspectivas: como mafia o como empresa criminal.

El paradigma “mafia” se enfoca en los aspectos estructurales y hace referencia a grupos que evidencian atributos organizacionales definidos, centrándose la atención particularmente en tradicionales sociedades o sindicatos criminales como la Cosa Nostra italiana y

norteamericana, y en otras organizaciones que poseen características similares, como la Yakuza japonesa, los carteles de droga Colombianos y Mexicanos y la Mafia Rusa[6].

Por otro lado el paradigma “empresarial” toma en cuenta las acciones y no la estructura. Esta nueva visión focaliza la atención en lo que realmente puede ser observado, es decir, la conducta de “empresarios” que ganan dinero infringiendo sistemáticamente la ley, cooperando frecuentemente en redes de personas con ideas afines, algunas de las cuales llegan a crear verdaderas organizaciones. Desde esta lógica, se pueden distinguir dos principales mercados criminales: el comercio ilegal de bienes y servicios lícitos, v.g. cigarrillos, y el comercio ilegal de bienes y servicios ilícitos, v.g. automotores robados[7] [8].

De la imprecisión del fenómeno se deriva naturalmente una importante vaguedad conceptual que afecta su regulación, posibilitando su uso flexible para acomodarlo a diversos intereses políticos e institucionales[9].

En ese marco, la mayoría de los intentos académicos de definir al crimen organizado han coincidido en hacerlo es a través de sus atributos, que incluyen involucramiento en operaciones criminales que abarcan varias jurisdicciones (en su faceta transnacional); corrupción de funcionarios públicos para influir o neutralizar el poder del Estado; posesión de recursos considerables; una estructura organizacional que aplica disciplina interna y protege a sus jefes o líderes; lavado de activos y utilización de negocios lícitos como fachada para encubrir actividades delictivas; uso de violencia; capacidad de involucrarse en diversos tipos de actividades y profesionalismo de sus miembros; objetivo de lograr grandes beneficios financieros a corto plazo; funcionamiento sostenido a largo plazo; y tendencia a organizar las operaciones internacionales junto con otros grupos de diferentes nacionalidades[10].

Sin embargo, la regulación adecuada del fenómeno y la consecuente adopción de medidas eficaces para combatirlo requieren mayores precisiones conceptuales.

## *II.2. El aporte conceptual de la comunidad internacional*

A partir del reconocimiento de la criminalidad organizada como un problema nacional y también transnacional, la Organización de Naciones Unidas inició un proceso regulatorio que tuvo como fin promover la armonización de las normas nacionales para hacer más eficaz la lucha contra ese flagelo.

La Conferencia Ministerial Mundial sobre la Delincuencia Transnacional Organizada, celebrada en Nápoles en 1994, aprobó una Declaración Política y un Plan de Acción Mundial en los que resaltó la necesidad de adoptar medidas globales para luchar contra dicho fenómeno. Posteriormente, en 1996, Polonia presentó a la Asamblea General de Naciones Unidas el texto de un proyecto de convención marco, a partir del cual se desencadenó un proceso que derivó en la creación de un Comité Ad Hoc para la elaboración de una convención contra el crimen organizado transnacional.

El Comité sesionó entre enero de 1999 y octubre de 2000 y produjo cuatro instrumentos jurídicos de suma relevancia en la materia: La Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional[11] (CNUDOT) y sus tres protocolos complementarios, a saber, el Protocolo para prevenir, suprimir y castigar la trata de personas, especialmente de mujeres y niños; el

Protocolo contra el tráfico de migrantes por tierra, mar y aire; y el Protocolo contra la fabricación y el tráfico ilícito de armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones.

La Convención marcó un antes y un después, ya que constituyó el primer intento normativo de armonizar las legislaciones nacionales en materia de crimen organizado.

En tal sentido, el fin de la norma internacional es combatir la delincuencia organizada (transnacional), entendida como aquellos delitos cometidos por grupos delictivos organizados, los cuales son definidos en el art. 2 inciso a) como *grupos estructurados de tres o más personas que existan durante cierto tiempo y que actúen concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves o delitos tipificados con arreglo a la Convención con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material.*

Si bien la Convención centra su atención en la faceta transnacional del crimen organizado, el núcleo conceptual desarrollado puede ser tomado como referencia válida para derivar pautas comunes en relación al entendimiento de la criminalidad organizada también a nivel nacional. En ese sentido, siguiendo la línea marcada por la CNUDOT, corresponde hablar de criminalidad organizada siempre que se advierta la actuación de grupos delictivos organizados[12], que son aquellos conformados por al menos tres personas, estructurados a largo plazo y destinados a obtener beneficios materiales o económicos mediante la comisión de delitos graves (reprimidos con privación de libertad cuyo máximo sea de al menos cuatro años) o delitos descriptos en el marco de la convención (y de sus protocolos complementarios).

### *II.3. La estructura del crimen organizado. Los grupos delictivos organizados y su relación con las asociaciones ilícitas*

Como surge del análisis precedente, los *grupos delictivos organizados* -también llamados organizaciones criminales- son la forma en que se manifiesta la criminalidad organizada.

En el escenario legislativo comparado es posible encontrar Estados que regulan al crimen organizado como figura jurídica autónoma, mientras otros han omitido hasta el momento la incorporación de un tipo penal específico. Dentro del primer grupo se encuentran, entre otros, México[13], Ecuador y España, en tanto que en el segundo grupo se pueden mencionar a Argentina y Alemania[14].

Argentina, como Parte de la CNUDOT[15], ha asumido el compromiso internacional de perseguir y castigar la organización criminal como delito autónomo (art. 5 CNUDOT), no obstante lo cual todavía no ha incorporado en su derecho interno una figura específica. Algunos entienden que las organizaciones criminales se encuentran alcanzadas por el art. 210 del Código Penal[16], mientras que otros consideran que el tipo de la asociación ilícita resulta insuficiente[17] (Cordini, 2017).

Lo cierto es que en el sistema jurídico nacional coexisten ambas categorías, lo que torna necesario precisar sus contornos a fin de poder determinar si se trata de realidades idénticas, similares o diferentes.

Tanto la asociación ilícita como el crimen organizado constituyen delitos de organización[18] ya que su injusto refiere a la conformación “de una empresa idónea para cometer delitos y

cuya finalidad es la comisión de futuros injustos”[19]. Por tanto, ambos pueden analizarse en función de los cuatro componentes de una organización: elementos personal, temporal, voluntario y organizativo[20].

El *elemento personal* hace referencia al número de partícipes que integran la organización. Al respecto, tanto la asociación ilícita como el grupo delictivo organizado requieren al menos tres personas reunidas. Según la opinión mayoritaria, el trasfondo de ese mínimo es que en el caso de una asociación de sólo dos personas no se alcanza a desarrollar el impulso asociativo típico, capaz de reprimir en los miembros el sentimiento de responsabilidad personal y facilitar la comisión de ilícitos[21].

El *elemento temporal* refiere a la durabilidad de la organización y en ese sentido las dos categorías analizadas requieren vocación de permanencia, es decir, que su existencia no esté limitada a la ejecución de un hecho puntual. En el caso del grupo delictivo organizado, la Convención demanda que exista durante cierto tiempo. Por su parte, aunque el art. 210 del Código Penal no menciona expresamente el elemento temporal, la doctrina coincide en que la asociación ilícita también exige cierto grado de permanencia “ya que la pluralidad delictiva que constituye su razón de ser una actividad delictiva continuada incompatible con una cooperación instantánea”[22].

El *elemento organizativo* se refiere a la existencia de una estructura, sin importar cuál sea su forma. Con relación a los grupos delictivos organizados u organizaciones criminales, la Convención específicamente establece que debe tratarse de grupos estructurados, en los que sus miembros actúen concertadamente, aunque no se les haya asignado funciones formalmente definidas, ni haya continuidad en la condición de miembro. La forma de organizarse varía entre los diferentes grupos, por lo que pueden existir organizaciones con estructuras de afiliación débil y otras con estructuras desarrolladas (art. 2c de la CNUDOT). A su vez, las estructuras pueden basarse en la jerarquía y el liderazgo (tipo mafia) o carecer de una estructura jerárquica clara[23].

En la misma línea, las asociaciones ilícitas del art. 210 del Código Penal requieren un mínimo de organización o cohesión entre los miembros del grupo, sin necesidad de una forma especial ni de que esa asociación se forme por el trato personal y directo de los asociados (Cámara de Casación, sala IV, “Diamante”). Esta idea de organización, señala Donna, “implica que cada partícipe debe tener un rol, una función, un papel dentro de la misma”[24].

Sinn et al. explican que una organización existe cuando sus diferentes elementos se integran y forman así un todo nuevo, diferente a las partes individuales que lo componen. Ese marco de conexión (estructura) se basa en la interdependencia, el poder y el orden. La interdependencia es la interacción de los elementos originarios mediante una forma de división del trabajo, de manera tal que el interés común de la asociación no se alcanza de la misma forma con la participación separada de cada miembro. El poder implica que el individuo pone su potencial al servicio del grupo, lo cual limita la libertad de sus decisiones. El orden interno, finalmente, significa la regulación de los procedimientos, el cual puede basarse en una amplia gama de posibles normas de funcionamiento[25].

Hasta aquí, los elementos analizados muestran las similitudes existentes entre las asociaciones ilícitas y los grupos delictivos organizados. Sin embargo, como se verá a continuación, el componente voluntario pone de manifiesto que las semejanzas terminan allí.

El *elemento voluntario* hace referencia al interés común preponderante de la agrupación delictiva. Concretamente, significa que los partícipes contraen al menos una obligación implícita de cooperación y contribución mutua en la persecución de ese fin común[26]. En este sentido, mientras los grupos delictivos organizados tienen como fin común la obtención de un beneficio económico u otro beneficio de orden material mediante la comisión de delitos graves o delitos tipificados con arreglo a la Convención, las asociaciones ilícitas no se encuentran limitadas en relación a los fines ni a los delitos conexos.

El interés común preponderante de los grupos delictivos organizados debe ser de orden económico o material[27], y para lograrlo recurren a la comisión de delitos que están limitados en su naturaleza. Los delitos fin deben ser delitos graves, es decir, aquellos reprimidos en los ámbitos nacionales con una pena privativa de libertad cuyo máximo sea de al menos cuatro años; o deben ser delitos descriptos en el marco de la CNUDOT, es decir, blanqueo del producto del delito, corrupción, y obstrucción de la justicia. Asimismo, en esta segunda categoría corresponde incluir también los delitos definidos en los protocolos que complementan la Convención, esto es, la trata de personas, el tráfico de migrantes, y la fabricación y tráfico ilegal de armas de fuego, sus piezas y municiones.

A diferencia de lo previsto para las organizaciones criminales, el art. 210 del Código Penal no establece limitaciones en cuanto al interés común, lo cual permite incluir grupos orientados a cometer delitos por motivos económicos, políticos, religiosos, ideológicos. Asimismo, los delitos conexos, es decir, los injustos planificados, tentados o consumados por los miembros de una asociación ilícita pueden ser de cualquier naturaleza, ya que la norma no establece limitación alguna. Cualquier delito del catálogo del Código Penal o contenido en alguna ley especial puede ser objeto de la asociación ilícita.

#### *II.4. Entonces ¿las asociaciones ilícitas son parte del crimen organizado?*

El concepto de organización criminal “convive, cuando no colisiona, con otros preexistentes en las legislaciones nacionales, específicamente, el de asociación ilícita, asociación criminal o asociación para delinquir. Esta convivencia no es armónica y genera, en la práctica, no pocas complicaciones”[28]. Por eso, en los apartados precedentes se ha procurado señalar las diferencias que marca la legislación argentina entre ambas categorías.

La criminalidad organizada hace referencia a una especial calidad de delitos, cometidos por estructuras denominadas grupos delictivos organizados. El nivel de alerta que despiertan esas estructuras hace que su ámbito material de actuación deba estar delimitado, dejando fuera los delitos aislados o de escasa entidad. Por lo tanto, las agrupaciones destinadas a cometer delitos de poca gravedad, que no suponen riesgo para la viabilidad de las sociedades, la independencia de los gobiernos, la integridad de las instituciones financieras y el funcionamiento de las instituciones democráticas[29] deben quedar “completamente al margen de los objetivos de la Convención”[30] y, por tanto, permanecen fuera del ámbito del crimen organizado.

A la luz de tal entendimiento y ante a la ausencia, en el sistema penal argentino, de un tipo específico para las organizaciones criminales, es posible derivar las siguientes conclusiones: primero, no toda asociación ilícita es necesariamente una organización criminal; segundo, existe entre ellas una suerte de relación género-especie, en la cual la asociación ilícita es el género y el grupo delictivo organizado es la especie; y tercero, el límite entre ambas categorías está marcado fundamentalmente por el elemento voluntario.

### **III. El ejercicio de las acciones penales en el caso del delito de asociación ilícita y sus delitos conexos [\[arriba\]](#)**

Partiendo de la premisa que no toda asociación ilícita forma parte del crimen organizado, el presente apartado se concentrará en analizar si es posible aplicar criterios de oportunidad para resolver los conflictos penales surgidos con motivo del accionar de aquellas que no son grupos delictivos organizados.

El Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba introdujo en 2017 la posibilidad de aplicar criterios de oportunidad, enrolándose en el sistema de la oportunidad reglada (arts. 13 bis a 13 quinquies). De esa manera, la ley de rito local establece tanto las causales de procedencia como las de improcedencia de esta vía alternativa.

La enumeración prevista en el art. 13 bis abre hipotéticamente la posibilidad de que algunos supuestos de disponibilidad alcancen también a las asociaciones ilícitas, especialmente para quienes tomen parte como miembros, ya que siguiendo la tesis amplia sostenida por el TSJ de Córdoba, la pena en concreto podría habilitar para aquellos la suspensión del juicio a prueba.

Sin embargo, al momento de aplicar los criterios de oportunidad se presentan situaciones ambiguas que tornan dudosa aquella afirmación. A modo de ejemplo ¿se puede hablar de insignificancia cuando el bien jurídico protegido es el orden público? ¿merecen igual tratamiento la asociación ilícita y sus delitos conexos?

Frente a esos y muchos otros interrogantes resulta imprescindible entender la esencia de los criterios de oportunidad, para poder así determinar cuándo corresponde y cuándo no resulta pertinente su aplicación.

#### *III.1. ¿Principio de legalidad o principio de oportunidad?*

El principio de legalidad[31] es un principio general del ordenamiento jurídico que implica, en términos generales, la prevalencia de la ley sobre cualquier actividad o decisión del poder público. A través de su elaboración se pretendió poner fin a los excesos cometidos por la autoridad, ya que bajo su imperio, tanto los ciudadanos como los poderes públicos quedan sometidos a las leyes y al derecho[32].

Específicamente dentro del ámbito del derecho penal, el mentado principio significa la obligatoriedad por parte del sistema judicial de investigar y accionar en búsqueda de la verdad material que esconden las conductas que podrían encuadrar en un delito y, por ende, ser pasibles de una sanción[33]. En otras palabras, implica la automática e inevitable reacción del Estado a través de órganos preestablecidos, los que frente a la hipótesis de comisión de

un hecho delictivo, investigan y luego, si corresponde, solicitan el juzgamiento y el castigo del autor[34].

Sin embargo, el principio de legalidad procesal no se aplica de manera absoluta en ninguno de los Estados que lo receptan, ya que “ningún sistema judicial puede dar tratamiento a todos los hechos delictivos que se cometen en la realidad”[35]. Distintos factores no legales confluyen para que las causas no lleguen a proceso o no lo concluyan[36], por lo que se han ido elaborando gradualmente diferentes alternativas[37] procurando preservar la igualdad ante la ley que tutela el principio de legalidad procesal.

En ese contexto emergió el principio de oportunidad o disponibilidad que implica

“la posibilidad que la ley acuerda a los órganos encargados de la persecución penal de no iniciar la persecución o de suspender provisionalmente la ya iniciada, o de limitarla en su extensión objetiva y subjetiva (sólo a algunos delitos o a algunos autores y no a todos), o de hacerla cesar definitivamente antes de la sentencia, aun cuando concurren las condiciones ordinarias para perseguir y castigar”[38].

La disponibilidad, es decir, la posibilidad de los órganos judiciales de modificar el curso natural de la acción penal, se encuentra receptada normativamente en los delitos dependientes de instancia privada, la suspensión del juicio a prueba, el avenimiento y los criterios de oportunidad[39].

En relación a los últimos, el escenario normativo comparado muestra dos formas de implementación de dichos criterios: el sistema de la plena disponibilidad u oportunidad libre y el sistema de la oportunidad reglada.

El caso paradigmático del sistema de disponibilidad plena se encuentra en el derecho norteamericano y se conoce como *plea bargaining*. En virtud de él, el fiscal tiene amplias facultades para decidir si presenta cargos, por cuáles delitos, si acuerda sobre la pena, etc., no obstante lo cual la forma en la que se ejerce varía entre las distintas jurisdicciones. Los fiscales gozan de amplia discreción, la cual no está sujeta virtualmente a control legislativo o judicial alguno[40] y está orientada primordialmente por una valoración de eficiencia: llevar a juicio solo las causas con alto porcentaje de éxito[41]. La amplitud del *plea bargainig* ha merecido críticas, no obstante lo cual continúa firme y mientras algunos tribunales han intentado desarrollar una norma para el ejercicio de la discrecionalidad fiscal, la autoridad del ministerio público ha seguido creciendo[42].

En la vereda opuesta se encuentra el sistema de la oportunidad reglada, característico del derecho continental europeo, en el cual es la propia ley la que determina las causales en virtud de las cuales el fiscal puede optar por la disponibilidad[43]. En este sistema, si bien el fiscal goza de discrecionalidad, aquella está limitada por el código de procedimientos; está guiada por estándares legales y, en cierta medida, es controlada por los tribunales. Dentro de este ámbito, las legislaciones han regulado diversos criterios que incluyen, entre otros, supuestos de insignificancia absoluta (bagatela), insignificancia relativa, pena natural, arrepentimiento activo, conciliación y reparación a la víctima, y expectativa punitiva irrelevante en relación a la esperable por otros hechos[44].



Uno y otro sistema, con sus marcadas diferencias, priorizan soluciones alternativas a la imposición de una pena, especialmente en los casos de

“delitos de poca y hasta mediana gravedad, autores primarios, o mínima culpabilidad o participación, o cuando el bien lesionado por el delito sea disponible, o cuando sea el modo más equitativo de armonizar el conflicto entre víctima y autor, según los casos”[45].

Dicha postura encuentra respaldo en los principios de mínima intervención, lesividad, razonabilidad y proporcionalidad, ya que, como desde antaño se ha destacado, el empleo desmedido del derecho penal para dar respuesta a conflictos que pueden resolverse satisfactoriamente por otras vías, podría provocar injusticias por no tener en cuenta las particularidades de cada caso[46].

### *III.2. Una mirada a los criterios de oportunidad desde sus fundamentos*

Los criterios de oportunidad son fundamentos en los que se asienta la decisión judicial de no iniciar o de terminar anticipadamente un proceso referido a un hecho *prima facie* delictivo, alterando de ese modo el curso natural obligatorio marcado por el principio de legalidad procesal.

No todos los países regulan los mismos criterios. Incluso dentro de un mismo Estado, cuando existen diversidad de legislaciones procesales, también aquellas suelen presentar diferencias[47]. Entonces, cabe lógicamente preguntar ¿cuál es su esencia común?

Diversos autores han transitado el camino hacia la búsqueda de esa esencia, y como resultado ha surgido un interesante paradigma que entiende que todos los criterios de oportunidad se asientan sobre dos conceptos jurídicos indeterminados: la *culpabilidad mínima* y la *falta de interés público*[48].

Sobre ese entendimiento, a continuación se procurará establecer con el mayor grado de precisión posible el contenido de dichos conceptos y, consecuentemente, el fundamento de los criterios de oportunidad.

#### *III.2.1. Culpabilidad mínima*

La culpabilidad ha sido entendida como la reprochabilidad de una conducta a su autor como condición de punibilidad. Dicha reprochabilidad implica la posibilidad de exigirle a la persona que actúe de manera diferente, que no cometa el delito. En otras palabras, culpabilidad es reprochabilidad de la conducta, y reprochabilidad significa la posibilidad exigible de hacer algo distinto. Explica Zaffaroni que

“quien ha obrado en forma contraria al derecho, porque no ha tenido la posibilidad exigible de motivarse conforme a la norma violada o, en general, porque no le asistió la posibilidad exigible de una acción adecuada al derecho, no puede ser penado. Tal es el principio de culpabilidad: no puede ser penado aquél que no puede ser reprochado por su conducta”[49].

Para que sean aplicables los criterios de oportunidad debe existir al menos probabilidad de existencia de culpabilidad. Caso contrario, es decir, cuando el juicio de reprochabilidad es negativo, la extinción de la acción penal encontrará fundamento en otras causales.

A partir de aquella idea corresponde indagar con mayor profundidad que significa *culpabilidad mínima* o, en otros términos, baja o escasa reprochabilidad de la conducta del autor.

Al intentar precisar los contornos o límites del término “mínimo”, surgen dos importantes aspectos a considerar. En primer lugar, el concepto tiene como finalidad excluir los delitos más graves de la posibilidad de aplicación del principio de disponibilidad. En ese sentido, cada legislación establece sus propios límites para determinar las conductas que son más o menos graves. Pero la sola consideración de la escala penal no alcanza para saber cuándo la reprochabilidad de la conducta es baja, media o elevada, ya que es posible que en dos hechos tipificados de manera idéntica, las circunstancias subyacentes sean muy diferentes, de modo tal que uno de ellos evidencie mayor reprochabilidad y, consecuentemente, mayor gravedad, desaconsejando la aplicación del principio de oportunidad.

Como segundo aspecto, entonces, se requiere que la culpabilidad pueda ser graduada, ya que si se piensa en un sistema en el cual simplemente hay culpabilidad o no la hay, no hay graduación[50]. La culpabilidad mínima requiere que pueda eventualmente aumentar[51].

Entiende la doctrina que la forma más adecuada de realizar esa graduación parece ser la que se orienta hacia los aspectos específicos del delito, los que se tienen en cuenta al momento de la individualización de la pena. Por tanto, la evaluación del grado de culpabilidad, para saber si se encuentra cerca del mínimo, se debe hacer en base a los criterios para mensurar la pena[52]. Si una evaluación global de estas circunstancias muestra que la culpabilidad del sujeto en el caso concreto es significativamente inferior a la media, debería ser posible suponer una culpabilidad leve.

Es decir, la baja culpabilidad se encuentra presente si la pena en caso de condena se situaría en el rango inferior de la escala. Solo a través de la observación general de todas esas circunstancias podría afirmarse que el grado de reprochabilidad hacia el autor en el caso concreto es leve, de modo que pueda justificar una excepción al principio de legalidad y, por tanto, al proceso y al castigo.

### ***III.2.2. Falta de interés público***

El interés público es un concepto ampliamente utilizado, pero extremadamente impreciso. De manera casi inevitable, la doctrina alude a él diciendo que se trata del interés general, que se vincula con los intereses que son comunes y no meramente de la víctima, o que se apareja al concepto de utilidad o beneficio público. Así, con el tiempo se ha ido desarrollando una casuística que incluye supuestos donde existe interés público, pero lejos se está aún de contar con una definición clara.

Si se busca su origen histórico, dicha noción

“nace en la obra de Jean Jacques Rousseau, por la que manifestó que la voluntad general no es la suma de las voluntades individuales, por el contrario, se trata de aquella que solo mira el interés común a todos los integrantes”[53].

En cuanto a su etimología, la palabra interés deriva del latín *interesse* que significa algo así como “estar en el medio” o “ser parte” y en su acepción actual refiere a la atención que alguien tiene en una cosa o persona. En definitiva, tales interpretaciones dejan en claro que, etimológicamente, el término “interés” envuelve un significado subjetivo[54].

Hasta aquí, ni la etimología, ni el origen histórico, ni el desarrollo doctrinario son capaces de rescatar al concepto de la vaguedad que lo afecta. Interés público definido como interés general abarca mucho pero dice poco. Puede ser más o puede ser menos, dependiendo de la interpretación subjetiva.

Partiendo de su asimilación al interés general, el interés público en la realización del proceso debe entenderse como el interés de la comunidad jurídica (y no de un individuo o de un grupo de particulares) en la imposición de un castigo al autor. Y en ese sentido resulta relevante entender los fines de la pena. ¿Qué se procura lograr con la imposición de una sanción, qué hace que aquella resulte importante para la sociedad en general? Entender los fines del castigo ayuda a decidir cuándo la respuesta punitiva es de interés general y cuándo no lo es; es decir, si hay un interés público en el proceso y la sanción, y si aquellos resultan irrelevantes.

Las preguntas sobre por qué se le permite al Estado castigar y qué objetivos se persiguen con el castigo son de las más antiguas de la doctrina penal, por lo que a través de los años se han elaborado un sinnúmero de teorías que pretenden dar respuesta a ambos interrogantes[55]. Si bien algunas difieren en detalles menores, otras plantean enfoques completamente distintos. Sin embargo, se ha dicho que el universo teórico puede subsumirse en tres principales enfoques: represalia o retribución, prevención especial y prevención general[56]

Desde la óptica de las (ya superadas) teorías absolutas, el fin del castigo estaba asociado a la retribución o represalia. El fundamento filosófico se encuentra en el pensamiento de Kant y de Hegel quienes entendían que la justicia solo puede restablecerse si alguien que ha hecho algo malo, sufre también un mal semejante. Ambos sostenían la necesidad de equivalencia entre el mal causado por el delito y el mal infligido por la pena, no obstante lo cual sus posiciones no eran idénticas. Mientras Kant siguió estrictamente el principio bíblico del talión por entender que era el único capaz de lograr justicia real, Hegel moderó ese pensamiento, postulando que el crimen y el castigo debían tener igual valor aunque no fueran idénticos.

Quienes rechazan las teorías absolutas entienden que resulta dudoso afirmar que la retribución o represalia pueda considerarse como el fin del castigo, ya que compensar un mal causado es más bien un fin en sí mismo. Por eso, de acuerdo con las teorías contemporáneas, tanto el Estado como el derecho penal cumplen una función de orden, y la sanción solo se exige cuando es necesaria para asegurar la convivencia pacífica. El fin del derecho penal debe ser de carácter social porque solo entonces puede encontrar legitimidad en la sociedad[57].

Desde el enfoque contemporáneo, si se entiende que el derecho penal procura proteger los bienes jurídicos, se llega a concluir que el castigo solo puede imponerse si tales bienes jurídicos se pusieran en peligro en el futuro, al no perseguir un delito. Sólo esta idea

preventiva sirve para proteger intereses jurídicos, ya que desde el enfoque represivo no puede deshacerse la afectación de los bienes jurídicos que ya ha ocurrido[58]. En esta lógica surgen las teorías relativas[59]

“que afirman que la pena persigue un propósito que no mira hacia el pasado, sino hacia la evitación de futuros delitos. Por ello, se trata de teorías preventivas, que van a dar a la prevención general cuando pretenden accionar sobre los que no han delinquido, y en la prevención especial cuando este accionar pretenden ejercerlo sobre el mismo autor del delito”[60].

En otras palabras, a fin de entender qué es el interés público (es decir, el interés que tiene la comunidad jurídica en general en la imposición de una sanción) sólo son relevantes los fines preventivos de la pena (prevención especial y prevención general) porque son los que miran a la evitación de futuros delitos.

Las *teorías de la prevención especial* se focalizan propiamente en el autor del hecho con el objetivo de evitar que vuelva a delinquir. Este enfoque se originó en la idea de que un delito implica por regla una tácita amenaza de lesión futura. En consecuencia, es posible actuar sobre el delincuente para que no ejecute su amenaza o, en otros términos, para que suprima su impulso hacia el delito, y ello se logra mediante la imposición de una pena[61].

Desde esta óptica, existe interés público en el castigo siempre que exista la probabilidad seria de que el sujeto vuelva a delinquir. Se ha dicho que la forma de llegar a tal pronóstico es mediante consideraciones apoyadas en conocimientos criminológicos, como, por ejemplo la tendencia del investigado hacia la criminalidad, su anormalidad psíquica o el momento y posición del hecho en el desarrollo de la vida del autor, entre otros factores[62].

Las *teorías de la prevención general*, en sus diferentes variantes, entienden que el castigo pretende alejar del delito a todos los posibles futuros autores. Es decir, se basan en la idea de que la pena tiene como fin influir en la conciencia jurídica de la comunidad para que el delito no se naturalice y no se arraigue en la conducta de los ciudadanos. Dicho en otros términos, la prevención general se refiere a la necesidad de que no surjan nuevos delincuentes alentados por el hecho realizado.

Dado que la prevención general busca preservar la confianza de la sociedad en la inviolabilidad del sistema jurídico, es ilógico pensar que pueda establecerse *a priori* una suerte de enumeración taxativa de casos y delitos que sean de interés público porque tengan la potencialidad de generar nuevos infractores y normalizar la anomia. Por el contrario, los criterios preventivos generales deben evaluarse en cada caso concreto. En este sentido, la doctrina menciona que puede surgir el interés público en el castigo, entre otras circunstancias

“si del hecho se derivan consecuencias extraordinarias; cuando algún delito específico se empieza a cometer reiteradamente de manera desproporcionada; si la frecuencia de delitos similares o una falta de reacción generan un ambiente criminógeno que haga perder la confianza de la población en el orden jurídico; si es necesario aclarar un trasfondo delictivo”[63].

Sintetizando las ideas previas, existe interés público en el proceso y el castigo cuando se entiende que con su realización se evitará la comisión de nuevos delitos por parte de los

mismos autores o de otras personas que quieran imitar su conducta. Contrariamente, no existe interés público cuando la pena no aparece necesaria porque no se advierten dichos riesgos. Tal “desinterés público” debe analizarse en cada caso particular y puede deberse a que el ilícito no haya producido consecuencias; que habiendo producido consecuencias, aquellas hayan sido insignificantes; o que las consecuencias producidas hayan sido eliminadas, compensadas o reparadas por una conducta posterior del autor.

### *III.3. Aplicabilidad de criterios de oportunidad a la actuación de asociaciones ilícitas. Relación entre culpabilidad e interés público*

El Código Penal argentino no limita los motivos ni los delitos fin de una asociación ilícita. Su actuar ilegal puede estar inspirado por cualquier propósito y para lograrlo puede recurrir a la comisión de cualquier tipo de ilícito.

En ese marco, en ciertos casos podrían resultar aplicables algunos de los criterios de oportunidad previstos en el art. 13 bis del Código Procesal Penal de Córdoba (v.g. la conciliación). Sin embargo, tanto para la asociación misma como para los delitos conexos que cometa, la decisión sobre la procedencia o improcedencia debe estar basada en el análisis conjunto de la culpabilidad y el interés público en el caso concreto.

El alto grado de reprochabilidad de la conducta, que alejaría la pena del mínimo de la escala, haría presumible la existencia de un interés de la comunidad jurídica en la prevención. Contrariamente, la escasa culpabilidad puede sugerir, en principio, falta de interés público por inexistencia de una amenaza de lesión futura a un bien jurídico, tanto por parte del autor como por parte de otras personas que pretendan imitar la conducta delictiva.

Sin embargo, los casos de escasa culpabilidad no parecen excluir siempre, de manera automática, el interés público. La baja reprochabilidad podría tornar innecesaria la pena con motivos de prevención especial, pero podría requerirla, eventualmente, con miras a la prevención general cuando, por ejemplo, las consecuencias derivadas del hecho resultan muy significativas socialmente. También es posible pensar en conductas que a pesar de evidenciar baja reprochabilidad despierten el interés público en el castigo, pero que dicho interés pueda llegar a ser neutralizado mediante una conducta posterior del autor.

Así entonces, las asociaciones ilícitas y los delitos que se cometan en su marco no parecen estar excluidos *a priori* del ámbito de aplicación del art. 13 bis del CPPC, pero en cada caso particular deben ser analizados y justificados profundamente los elementos culpabilidad e interés público para arribar a una solución justa que ponga fin al conflicto de la manera adecuada.

## **IV. Conclusión [\[arriba\]](#)**

El repaso de los apartados precedentes permite derivar tres conclusiones con las que se procura responder el interrogante principal de este trabajo.

En primer lugar, en nuestro sistema jurídico nacional, tal como está diseñado actualmente<sup>[64]</sup>, las categorías *asociación ilícita* y *grupo delictivo organizado* no son realidades equivalentes. El art. 210 del Código Penal es un tipo legal amplio que comprende

pero excede la figura de los grupos delictivos organizados, propios de la criminalidad organizada.

A pesar de las múltiples similitudes estructurales, ambas categorías se diferencian primordialmente en función de los específicos fines y delitos conexos que determinan el ámbito material de actuación de las organizaciones criminales. De ello se deriva que si bien todos los grupos delictivos organizados son asociaciones ilícitas, no toda asociación ilícita es un grupo delictivo organizado. En otras palabras, no toda asociación ilícita es una manifestación de la criminalidad organizada.

En segundo lugar, y como consecuencia de lo anterior, las asociaciones ilícitas que no entran en el restringido concepto de organización criminal no están alcanzadas por la limitación del art. 13 ter, inciso 2, apartado b) del Código Procesal Penal. Por ello, principalmente a quienes participen como miembros podrían resultarles aplicables algunos de los criterios de oportunidad enumerados en el art. 13 bis del mismo cuerpo normativo.

Por último, la decisión final sobre la procedencia de la disponibilidad de la acción para quienes integren asociaciones ilícitas debe superar dos niveles de análisis: primero, debe encontrar justificación en los requisitos formales de la norma; y luego, debe encontrar respaldo en la escasa culpabilidad del autor y en la falta de interés público, ya sea porque éste nunca surgió o porque fue válidamente neutralizado.

#### **Referencias bibliográficas [\[arriba\]](#)**

Aguad, D.; Bazán, N.; Bianciotti, D.; Gorgas, M.; Olmedo, B. (2011). La regulación provincial del principio de oportunidad. Sistematización comparativa de las legislaciones provinciales que receptan institutos de oportunidad procesal. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Instituto de Ciencias Penales. Recuperado de <https://www.acaderc.org.ar/wp-content/blogs.dir/55/files/sites/55/2021/10/ppiioportunidad2011.pdf> (31-3-2023).

Baumann, J. (1986). Derecho Procesal Penal. Conceptos fundamentales y principios procesales. Introducción sobre la base de casos. Buenos Aires: Depalma.

Beale, Sara S. (2014). Prosecutorial Discretion in Three Systems: Balancing Conflicting Goals and Providing Mechanisms for Control. *Discretionary Criminal Justice in a Comparative Context*, pág. 27-58. Recuperado de [https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=5985&context=faculty\\_scholarship](https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=5985&context=faculty_scholarship) (02-4-2023).

Cafferata Nores, J. I. y Tarditti, A. (2003) Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba - Comentado, Córdoba: Editorial Mediterránea.

Canció Melia, M. (2012) El injusto de los delitos de organización: peligro y significado, *ICADE. Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, N° 74, pág. 245-287. Recuperado de [https://revistas.comillas.edu/index.php/revista\\_icaide/article/view/356](https://revistas.comillas.edu/index.php/revista_icaide/article/view/356) (27-3-2023).

Cordini, N. S. (2017), El “crimen organizado”: un concepto extraño al derecho penal argentino, *Revista Direito GV*, 13, pág. 344-355, <https://doi.org/10.1590/2317-6172201713>.

De la Rúa, J. (2011) Nuevos paradigmas en la persecución penal. Criterios de oportunidad. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Instituto de Ciencias Penales. Recuperado de <https://www.acad.erc.org.ar/wp-content/blogs.dir/55/files/sites/55/2021/10/ppiioportunidad2011.pdf> (31-3-2023).

Donigan Guymon, C. L. (2000), International Legal Mechanisms for Combating Transnational Organized Crime: The Need for a Multilateral Convention, *Berkeley Journal of International Law*, Vol.18, pág.53-101.

Donna, E.A. (2002). *Derecho Penal Parte Especial*, Tomo II-C. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.

Duyne, P. van (2002) *Cross-Border Crime: A Relative Concept and Broad Phenomenon*”, en: van Duyne (ed.), *Cross-Border Crime in a Changing Europe*, New York: Nova Biomedical.

Gaceta del Senado (2019), recuperado de [https://www.senado.gob.mx/65/gaceta\\_del\\_senado/documento/91622#:~:text=En%20el%20caso%20de%20M%C3%A9xico,y%20Operaciones%20de%20Cr%C3%A9dito%20etc.](https://www.senado.gob.mx/65/gaceta_del_senado/documento/91622#:~:text=En%20el%20caso%20de%20M%C3%A9xico,y%20Operaciones%20de%20Cr%C3%A9dito%20etc.) (16-03-2023).

Gajardo Orellana, T.A. (2010). Elementos del tipo penal de asociación ilícita del art. 292 del Código Penal. Propuesta, análisis doctrinal y jurisprudencial. *Revista Jurídica del Ministerio Público*, N° 45, pág. 229-243. Recuperado de <http://www.fiscalia.dechile.cl/Fiscalia/biblioteca/juridica.do?d1=40> (22-6-2023).

Glaser, J. (1883). *Gesammelte kleinere juristische Schriften*, Wien: Manz.

Gonella, C. y Trotta, F. (2011) Sobre algunos criterios de oportunidad: La oportunidad de la teoría del delito. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Instituto de Ciencias Penales. Recuperado de <https://www.acad.erc.org.ar/wp-content/blogs.dir/55/files/sites/55/2021/10/ppiioportunidad2011.pdf> (31-3-2023).

Kunz, K.-L. (1984). *Das strafrechtliche Bagatellprinzip. Eine strafrechtsdogmatische und kriminalpolitische Untersuchung*. Berlin: Duncker & Humblot.

Lamadrid Luengas, M. A. (2015), El principio de oportunidad como una herramienta de política criminal. Tesis doctoral. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/tesis?codigo=140544> (30-3-2023).

Lampe, K. von (1999) *Organized Crime: Begriff und Theorie organisierter Kriminalität in den USA*, Frankfurt am Main: Peter Lang.

Lampe, K. von (2002) *Organized Crime Research in Perspective*, en: van Duyne et al. (eds.), *Upperworld and underworld in cross-border crime*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers, pág. 189-197.

Lampe, K. von (2005) *Organised crime in Europe*, en: Reichel y Albanese (eds.), *Handbook of transnational crime and justice*. CA: Sage, pág. 403-424.

Lampe, K. von (2008) Organised crime research in Europe: development and stagnation, en: van Duyne et al. (eds.), *European Crime-markets at Cross-roads: Extended and Extending Criminal Europe*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers, pág. 17-41.

Lascano, C. J. (2011) La antijuridicidad específicamente penal y la disponibilidad de la acción penal pública promovible de oficio. *Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Instituto de Ciencias Penales*. Recuperado de <https://www.acaderc.org.ar/wp-content/blogs.dir/55/files/sites/55/2021/10/ppiioportunidad2011.pdf> (31-3-2023).

Libano Beristain, A. (2011), *Los delitos semipúblicos y privados: aspectos sustantivos y procesales*, Barcelona: J.M. Bosch Editor.

Ma, Y. (2002). Prosecutorial Discretion and Plea Bargaining in the United States, France, Germany, and Italy: A Comparative Perspective. *International Criminal Justice Review*, 12(1), pág. 22-52.

Misner, R. L. (1996) Recasting Prosecutorial Discretion. *Journal of Criminal Law and Criminology*, N° 86 (3), pág. 717-777.

Monzón Piorno, A. y Palmou Fontana, A. (2015) *Criminalidad Organizada: Las Barras Bravas, Pensamiento Penal*, recuperado de <https://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/41146-criminalidad-organizada-barras-bravas> (22-3-2023).

Paoli, L. y Fijnaut, C. (2006) Introduction to Part I: The History of the Concept, en: Fijnaut y Paoli (eds.), *Organised Crime in Europe - Concepts, Patterns and Control Policies in the European Union and Beyond*, Springer.

Portal Sherloc. Oficina de Naciones Unidas Contra la Droga y el Delito. <https://sherloc.unodc.org/>.

Richeri, C. (2014). El interés público en las lesiones leves agravadas por violencia de género, como excepción habilitante para actuar de oficio. Recuperado de <https://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2014/12/doctrina40441.pdf> (24-4-2023).

Roust, R. A. (2020), El instituto del criterio de oportunidad en el Código Procesal Federal, *Revista Jurídica AMFJN*, N°7. Recuperado de <https://www.amfjn.org.ar/2020/08/12/el-instituto-de-criterio-de-oportunidad-en-el-codigo-procesal-penal-federal/> (30-3-2023).

Selzer, N. (2018) Organisierte Kriminalität als kriminelle Vereinigung - Eine kritische Auseinandersetzung mit der Reform des § 129 StGB, *KriPoZ* 4, pág. 224-230.

Sinn, A.; Iden, M. P.; y Pörtner, P. (2021) Alter Wein in neuen Schläuchen oder Paradigmenwechsel beim Begriff der kriminellen Vereinigung (§ 129 Abs. 2 StGB)?, *Zeitschrift für internationale Strafrechtsdogmatik*, pág. 435-451. Recuperado de [https://www.zis-online.com/daten/artikel/2021\\_7-8\\_1451.pdf](https://www.zis-online.com/daten/artikel/2021_7-8_1451.pdf) (03-5-2023).



Travaux Préparatoires de las negociaciones para la elaboración de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos (2008) recuperado de [https://www.unodc.org/documents/treaties/UNTOC/Publications/Travaux%20Preparatoire/04-60077\\_Ebook-s.pdf](https://www.unodc.org/documents/treaties/UNTOC/Publications/Travaux%20Preparatoire/04-60077_Ebook-s.pdf) (25-03-2023).

Untersteller, S. (2015). Der Begriff „öffentliches Interesse“ in den §§ 153 StPO und 45 JGG. Berlin: Lit Verlag.

Vazquez Rossi, J. E. (1995) Derecho Procesal Penal, Tomo I, Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.

Williams, P. y Savona, E. U. (1996) Problems and Dangers Posed by Organized Transnational Crime in the Various Regions of the World, en The United Nations and Transnational Organized Crime, New York: Frank Cass.

Woodiwiss, M. (2003) Transnational Organized Crime: The Strange Career of an American Concept, en: Beare (ed.), Critical Reflections on Transnational Organized Crime, Money Laundering and Corruption, Toronto: University of Toronto Press, pág.5-14.

Zaffaroni, E. R. (1998). Tratado de Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Buenos Aires: Ediar.

Zaffaroni, E. R. (1999). Tratado de Derecho Penal. Parte General. Tomo IV. Buenos Aires: Ediar.

Zurita Gutierrez, A. (2019) Aproximación al concepto de organización criminal e injusto sistémico. Revista Ciencia Jurídica y Política, pág. 82-108. Recuperado de: <https://portalderevistas.upoli.edu.ni/index.php/5-revcienciasjuridicasypoliticas/articlo/view/379> (28-3-2023).

## Notas [\[arriba\]](#)

*\*Abogada, egresada con diploma de honor (Universidad Nacional de Córdoba). Doctora de la Universidad de Leipzig, Alemania. Profesora de Derecho Internacional Privado y Derecho Internacional Público (Universidad Nacional de Córdoba). Funcionaria del Ministerio Público Fiscal de la Provincia de Córdoba. E-mail: [laura.casola@unc.edu.ar](mailto:laura.casola@unc.edu.ar).*

*\*\*Abogada (UNC). Escribana (Siglo XXI). Empleado del Fuero Penal del Poder Judicial de Córdoba. Estudiante del Profesorado en Ciencias Jurídicas y de la Especialidad en Ciberdelincuencia. Contacto: [magiordano@justiciacordoba.gob.ar](mailto:magiordano@justiciacordoba.gob.ar), [giordanomariana166@gmail.com](mailto:giordanomariana166@gmail.com).*

[1] Lampe, K. von. Organized Crime Research in Perspective, en: van Duyne et al. (eds.), Upperworld and underworld in cross-border crime, Nijmegen: Wolf Legal Publishers, 2002, pág. 189-197.

[2] Woodiwiss, M. Transnational Organized Crime: The Strange Career of an American Concept, en: Beare (ed.), Critical Reflections on Transnational Organized Crime, Money

Laundering and Corruption, Toronto: University of Toronto Press, 2003, pág.5-14.

[3] Lampe, K. von. Organized Crime: Begriff und Theorie organisierter Kriminalität in den USA, Frankfurt am Main: Peter Lang, 1999.

[4] Paoli, L. y Fijnaut, C. Introduction to Part I: The History of the Concept, en: Fijnaut y Paoli (eds.), Organised Crime in Europe - Concepts, Patterns and Control Policies in the European Union and Beyond, Springer, 2006.

[5] Lampe, K. von. Organised crime in Europe, en: Reichel y Albanese (eds.), Handbook of transnational crime and justice. CA: Sage, 2005, pág. 403-424.

[6] Lampe, K. von. Op. Cit., 2002.

[7] Duyne, P. van. Cross-Border Crime: A Relative Concept and Broad Phenomenon”, en: van Duyne (ed.), Cross-Border Crime in a Changing Europe, New York: Nova Biomedical, 2002.

[8] En lo que respecta a sus manifestaciones concretas, el crimen organizado está asociado con una amplia gama de actividades delictivas que incluyen, por ejemplo, el tráfico de drogas, el contrabando de cigarrillos, la trata de personas, el tráfico de autopartes robadas, el contrabando de alcohol, eliminación ilegal de residuos, fraude con tarjetas de crédito, mercado negro de trabajo y lavado de dinero, según lo reflejan las diferentes investigaciones llevadas adelante en América y en Europa (Lampe, K. von. Organised crime research in Europe: development and stagnation, en: van Duyne et al. (eds.), European Crime-markets at Cross-roads: Extended and Extending Criminal Europe, Nijmegen: Wolf Legal Publishers, 2008, pág. 17-41.).

[9] Lampe, K. von. Op. Cit., 2002.

[10] Donigan Guymon, C. L., International Legal Mechanisms for Combating Transnational Organized Crime: The Need for a Multilateral Convention, Berkeley Journal of International Law, Vol.18, 2000, pág.53-101; Travaux Préparatoires de las negociaciones para la elaboración de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos (2008) recuperado de [https://www.unodc.org/documents/treaties/UNTOC/Publications/Travaux%20Preparatoire/04-60077\\_Ebook-s.pdf](https://www.unodc.org/documents/treaties/UNTOC/Publications/Travaux%20Preparatoire/04-60077_Ebook-s.pdf) (25-03-2023).

[11] La Convención fue adoptada por Resolución 55/25 de la Asamblea General de Naciones Unidas y abierta a la firma en la ciudad de Palermo, Italia, el 15-12-2000.

[12] Durante la primera sesión del Comité Especial hubo un intento de definir a la delincuencia organizada, en un texto presentado por la delegación de Francia, el cual rezaba: “Por “delincuencia organizada” se entenderán las actividades [los actos] que se realicen en el marco de [en relación con] una organización delictiva” (Travaux Préparatoires, Op. Cit., 2008). Si bien la Convención se aprobó sin definir al crimen organizado, este antecedente vale como referencia.

[13] En México no está unificada la normativa penal sustantiva por lo que existen treinta y tres códigos diferentes, es decir, uno por cada Estado y el Código Penal Federal (Gaceta del Senado, [https://www.senado.gob.mx/65/gaceta\\_del\\_senado/documento/91622#:~:text=En%20el%20caso%20de%20M%C3%A9xico,y%20Operaciones%20de%20Cr%C3%A9dito%2C%20etc.](https://www.senado.gob.mx/65/gaceta_del_senado/documento/91622#:~:text=En%20el%20caso%20de%20M%C3%A9xico,y%20Operaciones%20de%20Cr%C3%A9dito%2C%20etc.)), y no todos contienen la misma regulación. A título ejemplificativo, regulan el delito de delincuencia organizada los códigos penales del Distrito Federal y del Estado de México, al igual que la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada que complementa el Código Penal Federal.

[14] A partir de la Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y de Decisión Marco 2008/841/JI del Consejo de la Unión Europea, Alemania modificó la regulación de la asociación ilícita con la intención de abarcar también a las organizaciones criminales (Selzer, N. Organisierte Kriminalität als kriminelle Vereinigung - Eine kritische Auseinandersetzung mit der Reform des § 129 StGB, KriPoZ 4, 2018, pág. 224-230).

[15] La Convención fue aprobada por Ley 25.632, sancionada el 1-08-2002 y promulgada el 29-08-2002.

[16] Monzón Piorno, A. y Palmou Fontana, A. Criminalidad Organizada: Las Barras Bravas, Pensamiento Penal, 2015. <https://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/41146-criminalidad-organizada-barras-bravas>.

[17] Cordini, N. S. El “crimen organizado”: un concepto extraño al derecho penal argentino, Revista Derecho GV, 13, pág. 349, 2017. <https://doi.org/10.1590/2317-6172201713>.

[18] Los delitos de organización pueden ser considerados de dos maneras principales en el plano del derecho material penal: “por un lado, mediante la utilización de causas de agravación de la pena previstas para la comisión de diversas infracciones en un grupo organizado; por otro, mediante las infracciones de mera pertenencia a una asociación ilícita (...)” (Canció Melia, M. El injusto de los delitos de organización: peligro y significado, ICADE. Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales, N° 74, 2012, pág. 247. <https://revistas.comillas.edu/index.php/revistaicade/article/view/356>).

[19] Zurita Gutierrez, A. (2019) Aproximación al concepto de organización criminal e injusto sistémico. Revista Ciencia Jurídica y Política, pág. 98. Recuperado de: <https://portalderevistas.upoli.edu.ni/index.php/5-revcienciasjuridicasypoliticas/article/view/379>.

[20] Sinn, A.; Iden, M. P.; y Pörtner, P. Alter Wein in neuen Schläuchen oder Paradigmenwechsel beim Begriff der kriminellen Vereinigung (§ 129 Abs. 2 StGB)?, Zeitschrift für internationale Strafrechtsdogmatik, 2021, pág. 435-451. [https://www.zis-online.com/dat/artikel/2021\\_7-8\\_1451.pdf](https://www.zis-online.com/dat/artikel/2021_7-8_1451.pdf).; Selzer, Op. Cit., 2018; Gajardo Orellana, T.A. Elementos del tipo penal de asociación ilícita del artículo 292 del Código Penal. Propuesta, análisis doctrinal y jurisprudencial. Revista Jurídica del Ministerio Público, N° 45, 2010, pág. 229-243 <http://www.fiscaliadechile.dl/Fiscalia/biblioteca/juridica.do?d1=40>.

[21] Sinn et al., Op. Cit., 2021.

[22] Cordini, N. S., Op. Cit., 2017.

[23] Conforme información extraída del Portal Sherloc. Oficina de Naciones Unidas Contra la Droga y el Delito. <https://sherloc.unodc.org/>.

[24] Donna, E.A. (2002). Derecho Penal Parte Especial, Tomo II-C. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2002, pág. 301.

[25] Sinn et al., Op. Cit., 2021.

[26] Sinn et al., Op. Cit., 2021.

[27] Las notas interpretativas aprobadas por el Comité Especial dicen que las palabras “con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material” deberían entenderse de forma amplia a fin de incluir, por ejemplo, los delitos cuya motivación predominante fuese la gratificación sexual, como la recepción o el intercambio de materiales por miembros de redes de pornografía infantil, la trata de niños por miembros de redes pedófilas o la participación en los gastos entre miembros de esas redes (Travaux Préparatoires, Op. Cit., 2008).

[28] Cordini, N. S., Op. Cit., pág. 335.

[29] Williams, P. y Savona, E. U. Problems and Dangers Posed by Organized Transnational Crime in the Various Regions of the World, en The United Nations and Transnational Organized Crime, New York: Frank Cass, 1996.

[30] Cordini, N. S., Op. Cit., pág. 350.

[31] En virtud de su función, hay quienes prefieren denominarlo principio de obligatoriedad, “ya que hablar de “legalidad” puede generar confusiones con respecto a la garantía constitucional de igual nombre que refiere a que no hay delito sin ley o a la sujeción de los procedimientos a las normas que los estatuyen” (Vazquez Rossi, J. E. Derecho Procesal

- Penal, Tomo I, Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 1995, pág. 358).
- [32] Libano Beristain, A. Los delitos semipúblicos y privados: aspectos sustantivos y procesales, Barcelona: J.M. Bosch Editor, 2011.
- [33] Roust, R. A. El instituto del criterio de oportunidad en el Código Procesal Federal, Revista Jurídica AMFJN, N° 7. 2020. <https://www.amfjn.org.ar/2020/08/12/el-instituto-de-criterio-de-oportunidad-en-el-codigo-procesal-penal-federal/>.
- [34] Cafferata Nores, J. I. y Tarditti, A. Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba - Comentado, Córdoba: Editorial Mediterránea, 2003.
- [35] Aguad, D.; Bazán, N.; Bianciotti, D.; Gorgas, M.; Olmedo, B. La regulación provincial del principio de oportunidad. Sistematización comparativa de las legislaciones provinciales que receptan institutos de oportunidad procesal. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Instituto de Ciencias Penales. 2011, pág.99 <https://www.acaderc.org.ar/wp-content/blogs.dir/55/files/sites/55/2021/10/ppiioportunidad2011.pdf>.
- [36] De la Rúa, J. Nuevos paradigmas en la persecución penal. Criterios de oportunidad. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Instituto de Ciencias Penales. 2011. <https://www.acaderc.org.ar/wp-content/blogs.dir/55/files/sites/55/2021/10/ppiioportunidad2011.pdf>.
- [37] Señala Baumann que “si cualquier mínimo delito fuera perseguido en forma intransigente, el poder de la administración de justicia se perdería sin remedio. La persecución penal tendría la apariencia de lo pequeño y de lo inútilmente meticuloso, hechos importantes y socialmente muy perjudiciales no podrían perseguirse con la energía necesaria: de una administración de justicia de esta especie la comunidad jurídica obtendrá más daño que utilidad” (Baumann, J. Derecho Procesal Penal. Conceptos fundamentales y principios procesales. Introducción sobre la base de casos. Buenos Aires: Depalma, 1986, pág. 61-62).
- [38] Cafferata Nores et al, Op. Cit., 2003, pág. 75.
- [39] Cafferata Nores et al, Op. Cit., 2003; Gonella, C. y Trotta, F. Sobre algunos criterios de oportunidad: La oportunidad de la teoría del delito. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Instituto de Ciencias Penales, 2011. <https://www.acaderc.org.ar/wp-content/blogs.dir/55/files/sites/55/2021/10/ppiioportunidad2011.pdf>.
- [40] Beale, Sara S. Prosecutorial Discretion in Three Systems: Balancing Conflicting Goals and Providing Mechanisms for Control. Discretionary Criminal Justice in a Comparative Context, 2014. [https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=5985&context=faculty\\_scholarship](https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=5985&context=faculty_scholarship).
- [41] De la Rúa, Op. Cit., 2011.
- [42] Misner, R. L. Recasting Prosecutorial Discretion. Journal of Criminal Law and Criminology, N° 86 (3), 1996, pág. 717-777.
- [43] Lascano, C. J. La antijuridicidad específicamente penal y la disponibilidad de la acción penal pública promovible de oficio. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Instituto de Ciencias Penales. 2011. <https://www.acaderc.org.ar/wp-content/blogs.dir/55/files/sites/55/2021/10/ppiioportunidad2011.pdf>; De la Rúa, Op. Cit., 2011.
- [44] Ma, Y. Prosecutorial Discretion and Plea Bargaining in the United States, France, Germany, and Italy: A Comparative Perspective. International Criminal Justice Review, 12(1), 2002, pág. 22-52; Gonella et al., Op. Cit., 2011; Aguad et al., Op. Cit., 2011; Lamadrid Luengas, M. A. El principio de oportunidad como una herramienta de política criminal. Tesis doctoral. 2015. <https://dialnet.uirioja.es/servlet/tesis?codigo=140544>.
- [45] Cafferata Nores et al, Op. Cit., 2003, pág. 75.

- [46] Glaser, J. *Gesammelte kleinere juristische Schriften*, Wien: Manz, 1883.
- [47] Misner, Op. Cit.; Ma, Op. Cit.; Aguad et al, Op. Cit.
- [48] Untersteller, S. *Der Begriff „öffentliches Interesse“ in den §§ 153 StPO und 45 JGG*. Berlin: Lit Verlag, 2015; Lamadrid Luengas, Op. Cit.
- [49] Zaffaroni, E. R. *Tratado de Derecho Penal. Parte General. Tomo IV*. Buenos Aires: Ediar, 1999, pág. 10.
- [50] Kunz por ejemplo niega que la culpabilidad como condición de punibilidad pueda ser graduada, ya que entiende que la culpabilidad del autor solo se afirma o se niega (Kunz, K.-L. *Das strafrechtliche Bagatellprinzip. Eine strafrechtsdogmatische und kriminalpolitische Untersuchung*. Berlin: Duncker & Humblot., 1984).
- [51] Untersteller, Op. Cit.
- [52] Untersteller, Op. Cit.; Lamadrid Luengas, Op. Cit.
- [53] Richeri, C. *El interés público en las lesiones leves agravadas por violencia de género, como excepción habilitante para actuar de oficio*. 2014, pág. 2.  
<https://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2014/12/doctrina40441.pdf>.
- [54] Untersteller, Op. Cit.
- [55] Un desarrollo profundo de las diversas teorías puede encontrarse en Zaffaroni, E. R. *Tratado de Derecho Penal. Parte General. Tomo I*. Buenos Aires: Ediar, 1998.
- [56] Untersteller, Op. Cit.
- [57] Ibidem.
- [58] Ibidem.
- [59] Las teorías relativas encuentran sus raíces filosóficas en Platón, a quien se le atribuye haber dicho que ninguna persona sensata castiga porque se haya cometido un pecado, sino para que no se cometa ninguno (Untersteller, Op. Cit.).
- [60] Zaffaroni, Op. Cit., 1998, pág. 85.
- [61] Grolman, 1798, citado en Zaffaroni, Op. Cit., 1998.
- [62] Lamadrid Luengas, Op. Cit.
- [63] Lamadrid Luengas, Op. Cit., pág. 203.
- [64] Podría suceder que en un futuro se introduzca en el Código Penal la figura de organización criminal como delito autónomo, marcando diferencias con la definición de la CNUDOT, por ejemplo, en cuanto al ámbito material o personal, ya que ello sería posible conforme lo dispuesto por el art. 34 inciso 3 de la Convención.