

El “crimen organizado” y el problema de la doble vía de punición

*Nicolás Santiago Cordini**

RESUMEN

La problemática de la criminalidad organizada o del crimen organizado se encuentra en franca expansión en la disciplina penal. Bajo dicho concepto subyacen diversas manifestaciones delictivas que difieren en su fundamento de punición. Las legislaciones nacionales no son coincidentes en su conceptualización con la normativa internacional, por lo que el problema de delimitar su ámbito de aplicación aumenta. No será objeto del presente trabajo analizar el fundamento y la necesidad de punición autónoma de los delitos de pertenencia a una asociación sino poner al descubierto las distintas manifestaciones delictivas en las que está presente el componente “organizacional” y los problemas que ellas acarrearán.

Delito – organización – punición

The “organized crimes” and the problem of the two ways of punishment

ABSTRACT

The problem of organised crimes is in full expansion inside the criminal law's discipline. Under this concept underlie different crimes manifestation that disagree in their ground of the punishment. The national laws are not coincident, in its conceptualization, with the international one. So, the problem in order to determine their limits increase. It is not the aim of this paper to analyse the ground and the need to punish the offence of criminal conspiracy, but to uncover the different offences in which the component “organization” appears and their resulting problems.

Offence – organization - punishment

* Doctor en derecho, Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe. Profesor de Derecho Penal, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe, Argentina. Correo electrónico: ncordini@fcjs.unl.edu.ar

Artículo recibido el 30 de marzo de 2016 y aceptado para su publicación el 1 de marzo de 2017.

I. INTRODUCCIÓN: EL PROBLEMA CONCEPTUAL

La problemática de la criminalidad organizada o del crimen organizado se encuentra en franca expansión en la disciplina penal¹, de la mano de nuevas concepciones en torno al Derecho Penal que bregan por la asunción de nuevos cometidos para el mismo. A partir de la proliferación de sucesos delictivos cometidos por grupos organizados dicho concepto ha tenido amplia difusión en la ciudadanía, debido a su utilización por los medios masivos de comunicación. El hecho de que el concepto objeto de estudio esté ampliamente difundido, no garantiza que haya consenso respecto de su contenido. Más bien, estamos ante un concepto ambiguo, necesitado de precisión. Siguiendo a Lampe, sostenemos que al investigar en materia de “crimen organizado” no contamos con un concepto, en tanto objeto de estudio, como punto de inicio². Por el contrario, el verdadero propósito del estudio acerca del “crimen organizado” o, para ser más precisos utilizando el léxico jurídico-penal, “delitos de organización”, es determinar si tal fenómeno existe o no y, en caso afirmativo, establecer “¿de qué se trata?”. Una definición de “delito de organización” es, por tanto, un posible resultado antes que una condición previa del estudio de la criminalidad organizada³.

El autor antes citado señala tres grandes problemas a la hora de conceptualizar el crimen organizado. En primer lugar, resulta difícil delinear la criminalidad organizada como un objeto de estudio; pues esta no es ni un claro fenómeno empírico discernible, ni encontramos acuerdo respecto de cuál debe ser su “esencia” o “naturaleza”. Más bien, una amplia variedad de personas, estructuras y eventos están, en variado grado y combinación, subsumidos en este concepto. Debido a este carácter esquivo, la frase “crimen organizado” puede asumir una experiencia de sí misma bastante independiente de la realidad social a la que se supone que debe estar relacionada. Es por ello que los investigadores en la materia no solo se enfrentan al desafío de establecer un concepto

¹ Cuando utilizamos el término “disciplina” seguimos el concepto establecido por Wallerstein que refiere, en realidad, a tres cosas al mismo tiempo. “En primer lugar, a categorías intelectuales, modos de afirmar que existe un campo de estudio definido con algo parecido a límites, aunque sean controvertidos o borrosos, y con modalidades de investigación separadas como legítimas. En este sentido, las disciplinas son constructos sociales (...) En segundo lugar, las disciplinas son estructuras institucionales que han ido adaptando una forma cada vez más elaborada desde el siglo XIX. Las universidades se dividen en departamentos que llevan nombres disciplinares, los títulos universitarios corresponden a disciplinas específicas y los profesores tienen cargos que también comprenden el nombre de la disciplina a la que se dedican (...) Por último, las disciplinas son también una cultura. Habitualmente, los académicos que dicen pertenecer a un grupo disciplinar comparten con los otros miembros del grupo experiencias y contactos: han leído los mismos textos ‘clásicos’; participan de los mismos debates tradicionales, que a menudo son distintos de los de las disciplinas lindantes; tienen un mismo estilo y reciben recompensas por ello”. Wallerstein, I., *Las incertidumbres del saber*, Gedisa, Barcelona, 2005, pp. 141-142.

² Lampe, K. v., “The study of organised crime: An assessment of the state of affairs”, en Karsten Ingvaldsen, V. y Lundgren S. (Eds.), *Organised Crime: Norms, markets, regulation and research*, Unipub, Oslo, 2009, p. 166.

³ Kelly, R.J., “Criminal Underworlds: Looking Down on Society of Bellow”, en Kelly, R.J. (Ed.) *Organized crime: Crosscultural studies*, Rowman & Littlefield, Totowa, NJ, 1986, p. 10.

unívoco, sino que también tienen que lidiar con la dualidad del crimen organizado como una faceta de la realidad social y como una construcción social⁴. La segunda dificultad está relacionada con la falta de una terminología precisa. Así por ejemplo, conceptos básicos como los de “crimen organizado” y “redes criminales” son usados a veces indistintamente y en otras oportunidades son tratados como categorías analíticas diversas⁵, creando, en consecuencia, mayores confusiones⁶. El tercer problema surge cuando las visiones comúnmente sostenidas de la realidad del crimen organizado (el concepto de crimen organizado a nivel del *Lebenswelt*⁷) están en contradicción con las investigaciones científicas. Bastante a menudo lo que es considerado por los medios masivos de comunicación, por los políticos o por los agentes aplicadores de normas como un hecho establecido (organización criminal), bajo un examen más próximo resulta ser un concepto erróneo⁸; por tanto, los investigadores, no infrecuentemente, están en desacuerdo con estos formadores de opinión⁹.

Ante esta situación, la dogmática jurídico-penal se encuentra en la ardua tarea de delinear un concepto unívoco de “delito de organización”, que sea lo más preciso posible y que en su aplicación no genere problemas de vaguedad. Esta tarea ha sido asumida tanto desde la perspectiva del Derecho Penal Internacional como desde las legislaciones nacionales. Sin embargo, la falta de claridad conceptual no ha sido erradicada.

⁴ Lampe, K. v., “Organised Crime Research in Perspective”, en Duyne, p. v., Lampe, K. v., Passas, N. (Eds.) *Upperworld and Underworld in Cross-Border Crime*, Wolrd Legal Publishers, Nijmegen, 2002, p. 191.

⁵ Véase Williams, Ph., “Organizing Transnational Crime: Networks, Markets and Hierarchies”, en *Transnational Organized Crime*, 1998, Vol. 4, pp. 57-87.

⁶ Lampe, K. v., “Organised Crime Research in Perspective”, en Duyne, p. v., Lampe, K. v., Passas, N. (Eds.) *Upperworld and Underworld in Cross-Border Crime*, Wolrd Legal Publishers, Nijmegen, 2002, p. 191.

⁷ Seguimos el concepto de *Lebenswelt* adoptado por Alfred Schütz, quien considera al mundo de la vida cotidiana “ingenua y pre-reflexivamente dado”, no como algo “puesto entre paréntesis” sino, por el contrario, como el campo que el científico social no puede nunca abandonar, como el “hábitat natural” del problema del *Verstehen*. El mundo de la vida cotidiana incluye todo aquello que es dado por sabido y que normalmente no requiere reflexión, es una actitud de sentido común. Bauman, Z., *La hermenéutica y las ciencias sociales*, Nueva Visión, Buenos Aires, 2007, p. 168. Para Schütz: “Todas las explicaciones científicas del mundo social pueden, y para ciertos fines, deben referirse al sentido subjetivo de las acciones de seres humanos en los que se origina la realidad social”. Schütz, A., *El problema de la realidad social: Escritos I*, Maurice Natanson compilador, Amorrortu, Buenos Aires, 1974, p. 73. El *Lebenswelt* se constituye de este modo en el escenario y el objeto de nuestras acciones e interpretaciones. Schütz, A., *On Phenomenology and Social Relations*, Chicago University Press, Chicago, 1973, p. 73. El mundo de la vida cotidiana es también, desde el principio, un mundo social cultural dentro del cual las personas se relacionan, en múltiples formas de interacción, con semejantes a quienes conocen en grados diversos de intimidad y anonimia. Y solo en él se puede constituir un entorno comunicativo común (*gemeinsame kommunikative Umwelt*). Schütz, A., Luckmann, T., *Strukturen der Lebenswelt*, 1. Verlag C.H. Beck, Konstanz, 2003, p. 29.

⁸ Por ejemplo, la existencia de organizaciones criminales complejas en mercados ilegales puede ser falsamente asumida donde de hecho numerosos autores independientes cooperan dentro de estructuras de red. Véase Adler, P., *Wheeling and Dealing: An Ethnography of an Upper-Level Drug Dealing and Smuggling Community*, Columbia University Press, New York, 1985.

⁹ Lampe, K. v., “Organised Crime Research in Perspective”, en Duyne, p. v., Lampe, K. v., Passas, N. (Eds.) *Upperworld and Underworld in Cross-Border Crime*, Wolrd Legal Publishers, Nijmegen, 2002, p. 191.

II. EL CONCEPTO EN LA LEGISLACIÓN INTERNACIONAL

Mediante el establecimiento de un concepto normativo se ha delineado, en el marco de la legislación internacional, el ámbito de referencia de lo que se entiende por “crimen organizado”. Resulta necesario destacar que a dicho consenso se llegó por una convención internacional en la que participaron diferentes Estados provenientes de tradiciones jurídicas diversas. Es por ello que a la hora de introducir dichos conceptos, por vía de la legislación penal, a los sistemas jurídicos nacionales, aquellos presenten ciertas rispideces con determinados conceptos jurídicos preexistentes.

Es la *Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Transnacional Organizada* la que conceptualiza nuestro objeto de análisis. Si bien con anterioridad a dicha normativa la *Convención de Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas* de 1988 ya había establecido de la necesidad de castigar los delitos cometidos por medio de organizaciones¹⁰, esta no se detuvo a delinear de qué se tratan los grupos organizados. En aquella, por el contrario, se especifican dos conceptos diversos: el de “grupo organizado” por un lado, y el de “grupo estructurado”, por otro. Al primero lo define como *un grupo estructurado de tres o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves o delitos tipificados con arreglo a la presente Convención* (art. 2ºa) Por “grupo estructurado”, por su parte, la Convención lo define como *un grupo no formado fortuitamente para la comisión inmediata de un delito y en el que no necesariamente se haya asignado a sus miembros funciones formalmente definidas ni haya continuidad en la condición de miembro o exista una estructura desarrollada* (art. 2c). La diferencia entre ambos radica en que el grupo estructurado se trata la unión de dos o más personas con la finalidad o con el objeto de la perpetración concertada de delitos no reuniendo alguna o algunas de las características de la organización criminal, es decir, que o carece de estabilidad, o no actúa de manera concertada y coordinada repartiendo las distintas tareas o funciones. Resulta necesario resaltar, que a la luz los sistemas penales seguidores de la tradición alemana en materia de dogmática jurídico-penal a saber, de la teoría del delito, este segundo tipo de agrupación genera no pocos problemas de delimitación con los actos preparatorios y con la codelincuencia referida a los distintos delitos cometidos en el ámbito de estas agrupaciones.

III. EL CONCEPTO EN LAS LEGISLACIONES NACIONALES

La existencia de delitos cometidos por organizaciones criminales no es un fenómeno novedoso en el Derecho Penal. Lo que resulta extraño al buen y viejo Derecho Penal liberal es la expansión de la categoría “organización” dentro de las legislaciones penales.

¹⁰ Artículo 3.5. 5. *Las Partes dispondrán lo necesario para que sus tribunales y demás autoridades jurisdiccionales competentes puedan tener en cuenta las circunstancias de hecho que den particular gravedad a la comisión de los delitos tipificados de conformidad con el párrafo 1, del presente artículo, tales como: a) La participación en el delito de un grupo delictivo organizado del que el delincuente forme parte.*

Esta reorientación político-criminal se manifiesta con diversas variantes. Dichas manifestaciones no surgieron al unísono sino, por el contrario, han ido apareciendo en diversas oleadas y por diferentes vectores que hoy pueden ser comprendidos bajo el concepto de “expansión del Derecho Penal”¹¹. En otros términos, las infracciones relacionadas con una asociación penalmente ilícita forman parte, de modo destacado, del marco político-criminal general de la expansión cuantitativa y cualitativa del sistema jurídico-penal¹². La defensa de la tipificación de nuevas manifestaciones delictivas dirigidas a la represión de agentes colectivos como instrumento de lucha contra la “nueva criminalidad”, recibe acogida desde posturas preventivas. En este sentido se manifiesta Naucke cuando afirma:

“El combate contra la criminalidad organizada es una contribución a la sociedad: las expectativas respecto de los éxitos preventivos de la punición crecen; la tendencia a respetar la delimitación y restricción jurídica de la pena desciende”¹³.

Las diversas manifestaciones delictivas en las que aparece el concepto de organización son las siguientes:

¹¹ La denominada expansión del Derecho Penal, siguiendo a Silva Sánchez, se basa en la creación de nuevos bienes jurídico-penales (v. gr. el medio ambiente, la paz, el tráfico económico), en la ampliación de los espacios de riesgos jurídico-penalmente relevantes (disminución de los espacios de riesgo permitido), en la flexibilización de las reglas de imputación y en la relativización de los principios político-criminales. Como causas de este fenómeno se mencionan: a) *La efectiva aparición de nuevos riesgos* producto de lo complejo de las interacciones humanas; b) *La sensación social de inseguridad* que generan las dificultades de adaptación de la población a sociedades en continua aceleración; c) *La configuración de una sociedad de sujetos pasivos*; d) *La identificación de la mayoría social con la víctima del delito*, reinterpretando al *ius puniendi* como “la espada de la sociedad contra la delincuencia de los poderosos”; e) *El descrédito de otras instancias de protección*, resignificando al Derecho penal como único instrumento eficaz de pedagogía político social; f) *El surgimiento de nuevos gestores de la moral colectiva* y del recurso al Derecho penal para la protección de sus respectivos intereses (organizaciones ecologistas, feministas, de consumidores, de vecinos, pacifistas o antidiscriminatorias); g) *El desprecio por las formas* (garantías), que responde siempre a la supuesta constatación de la ineficiencia de las mismas. Silva Sánchez, J.-M., *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal de las sociedades postindustriales*, Civitas, Madrid, 1999, pp. 18-60. Díez Ripollés, por su parte, rechaza la postura de Silva Sánchez considerando que la denominada “expansión del derecho penal” presenta características de dos modelos diferentes, el de la sociedad del riesgo y el de la seguridad ciudadana, que abordan realidades diferentes desde perspectivas ideológicas diversas y que, por tanto, merecen un tratamiento diferenciado. El concepto de expansión deja ya de referirse primordialmente a las nuevas formas de criminalidad propias de la sociedad del riesgo, las que pasan a ocupar dentro de ese nuevo concepto de expansión un lugar marginal, tanto cuantitativa como cualitativamente. Díez Ripollés, J. L., *La política criminal en la encrucijada*, B de F, Buenos Aires, 2007, p. 132. En consecuencia, la identificación de la mayoría social con la víctima del delito, el descrédito de otras instancias de protección, o bien el surgimiento de nuevos gestores atípicos de la moral colectiva, entre otros, son característicos del modelo de la seguridad ciudadana y no del de la sociedad del riesgo, p. 156.

¹² Cancio Melia, M., “El injusto de los delitos de organización: peligro y significado”, en Cancio Melia, M., Silva Sánchez, J.-M., *Delitos de Organización*, B de F, Buenos Aires, 2008, p. 27.

¹³ Naucke, W. *Strafrecht. Eine Einführung*, 9ª edición, Frankfurt am Main, Neuwied [u.a.] Luchterhand, 2000, p. 21

- a) la tipificación de delitos que serían característicos de tal forma de criminalidad (p. ej. el delito de lavado de activos, el delito de trata de personas¹⁴, el tráfico de armas, etc.);
- b) la introducción del elemento agravante de organización en varios delitos más o menos tradicionales (p. ej. el caso del delito de robo calificado cuando es cometido “en banda”¹⁵);
- c) los clásicos delitos de pertenencia a una organización como es el caso del delito de asociación ilícita¹⁶. En este caso el injusto sistémico de la organización criminal (el tomar parte de la asociación o asociarse) es un injusto autónomo, independiente de los delitos concretos (delitos fines) que se puedan cometer por medio de ella.

¹⁴ Artículos 142 bis y 142 ter del Código Penal argentino, artículos 231 y 231A Código Penal brasileño; artículos 78, 79 y 80 Ley de migraciones 18250 de la República Oriental del Uruguay; artículo 129 del Código Penal paraguayo modificado por los artículos 6, 7 y 8 Ley Nº 2396/04; art 41 Ley Orgánica contra la Delincuencia Organizada y Financiamiento al Terrorismo, que fue publicada en Gaceta Oficial número 39.912 del 30 de abril de 2012 de la República Bolivariana de Venezuela.

¹⁵ Así el código penal argentino art. 166 inc. 2º *in fine* establece el supuesto en que fuese cometido en despoblado y en banda o en sentido similar el art 165 del Código Penal paraguayo establece la modalidad agravada Cuando el autor hurtara (...) como miembro de una banda que se ha formado para la realización continuada de robos y hurtos... Respecto a la norma penal argentina, Boumpadre entiende que “banda” es sinónimo de asociación ilícita. Véase Boumpadre, J., *Derecho penal: parte especial*, T. II, Mario A. Viera Editor, Corrientes, 2001, p. 74.

¹⁶ Así el artículo 210 Código Penal argentino pune al que *tomare parte de una asociación o banda de tres o más personas destinada a cometer delitos por el solo hecho de ser miembro de la asociación*; el delito de Associação Criminosa del artículo 288 del Código Penal brasileño que pune cuando *Associarem-se 3 (três) ou mais pessoas, para o fim específico de cometer crimes*; el Código Penal de Uruguay en su artículo 150 establece la “Asociación para delinquir” estableciendo que *Los que se asocien para cometer delitos, será castigados por el simple hecho de la asociación...*; el Código Penal paraguayo contiene en su artículo 239 tipifica la “Asociación criminal” en el que sanciona a *El que: 1. creara una asociación estructurada jerárquicamente u organizada de algún modo, dirigida a la comisión de hechos punibles; 2. fuera miembro de la misma o participara de ella; 3. la sostuviera económicamente o la proveyera de apoyo logístico; 4. prestara servicios a ella; o 5. la promoviera*; por su parte el Código Penal venezolano contiene el delito de “agavillamiento” en su artículo 286 que se constituye *Cuando dos o más personas se asocian con el fin de cometer delitos, cada una de ellas será penada, por el solo hecho de la asociación*. Además, la Ley Orgánica contra la Delincuencia Organizada y Financiamiento al Terrorismo, que fue publicada en Gaceta Oficial número 39.912 del 30 de abril de 2012 de la República Bolivariana de Venezuela establece en su artículo 37 que *Quien forme parte de un grupo de delincuencia organizada, será penado o penada por el solo hecho de la asociación*. El Código Penal chileno estipula: artículo 292: *Toda asociación formada con el objeto de atentar contra el orden social, contra las buenas costumbres, contra las personas o las propiedades, importa un delito que existe por el solo hecho de organizarse*. Artículo 293: *Si la asociación ha tenido por objeto la perpetración de crímenes, los jefes, los que hubieren ejercido mando en ella y sus provocadores, sufrirán la pena de presidio mayor en cualquiera de sus grados. Cuando la asociación ha tenido por objeto la perpetración de simples delitos, la pena será presidio menor en cualquiera de sus grados para los individuos comprendidos en el acápite anterior*. Artículo 294: *Cualesquiera otros individuos que hubieren tomado parte de la asociación y los que a sabiendas y voluntariamente le hubieren suministrado medios e instrumentos para cometer los crímenes o simples delitos, alojamiento, escondite o lugar de reunión, serán castigados, en el primer caso previsto por el artículo precedente, con presidio menor en su grado medio, y en el segundo, con presidio menor en su grado mínimo*. Artículo 294 bis: *Las penas de los artículos 293 y 294 se impondrán sin perjuicio de las que correspondan, por los crímenes o simples delitos cometidos con motivo u ocasión de tales actividades. Cuando la asociación se hubiere formado a través de una persona jurídica, se impondrá además, como consecuencia accesoria de la pena impuesta a los responsables individuales, la disolución o cancelación de la personalidad jurídica*.

A partir de esta clasificación arribamos a la conclusión que las organizaciones criminales aparecen en la legislación penal por dos vías diversas: i) mediante el agravamiento de la pena prevista en diversos delitos cuando el mismo se haya cometido por medio de un grupo organizado (casos a y b) o bien, ii) mediante los delitos de mera pertenencia a una asociación ilícita (caso c).

1. *Características de los delitos de organización*

El fenómeno de la proliferación de delitos cometidos por una “organización” suele caracterizarse por, al menos, dos rasgos:

- a) La reducción de la estructura organizativa exigida para apreciar la existencia de una “organización delictiva”

En principio, la organización criminal como sistema de injusto tiene una dimensión institucional. Siguiendo a Silva Sánchez, podemos definir a la organización criminal de la siguiente manera:

“Una organización delictiva es un sistema penalmente antijurídico (*strafrechtliches Unrechtssystem*), o sea, un sistema social en el que las relaciones entre los elementos del sistema (básicamente, personas) se hallan funcionalmente organizadas para obtener fines delictivos. La organización criminal como sistema de injusto tiene una dimensión institucional –de institución antisocial– que hace de ella no solo algo más que la suma de sus partes, sino también algo independiente”¹⁷.

Es en dicha dimensión institucional donde radica su diferencia específica respecto de las meras agrupaciones coyunturales para cometer delitos.

En este sentido se manifiesta el ex-Secretario General de la ONU Kofi Annan cuando reza:

“Alineadas contra esas fuerzas constructivas (sociedad civil), cada vez en mayor número y con armas más potentes, se encuentran las fuerzas de lo que denomino la ‘sociedad incivil’. Se trata de terroristas, criminales, traficantes de drogas, tratantes de personas y otros grupos que desbaratan las buenas obras de la sociedad civil. Sacan ventaja de las fronteras abiertas, de los mercados libres y de los avances tecnológicos que tantos beneficios acarrearán a la humanidad. Esos grupos prosperan en los países con instituciones débiles y no tienen escrúpulos en recurrir a la intimidación o a la violencia. Su crueldad es la verdadera antítesis de lo que consideramos civil. Son

¹⁷ Silva Sánchez, J.-M., “La ‘intervención a través de organización’, ¿una forma moderna de participación en el delito?”, en Cancio Melia, M., Silva Sánchez, J.-M., *Delitos de Organización*, B de F, Buenos Aires, 2008, p. 95.

poderosos y representan intereses arraigados y el peso de una empresa mundial de miles de millones de dólares; pero no son invencibles”¹⁸.

Como vemos, el fundamento de su tipificación penal de delitos cometidos por medio de organizaciones criminales (vía i) estaría relacionado a que dichas organizaciones suponen un incremento de la peligrosidad frente a autores individuales o concertados de modo esporádico (participación), es decir, su cualidad de disponer de multiplicación de los distintos factores de riesgo respecto de los bienes jurídicos individuales afectados por las infracciones cometidas por la organización.

El crimen organizado se caracteriza por ser un tipo de delincuencia que, por lo general, se presenta bajo la forma de una estructura organizada de poder, de cierta permanencia o continuidad temporal, integrada en un sistema vertical que le posibilita alcanzar cierto nivel de coordinación central en sus actividades. Según Lampe, cinco requisitos fundamentales distinguen a la organización criminal de la multiplicidad de partícipes concretados de modo esporádico, ellos son: 1) ingreso de recursos que posibilitan o facilitan la comisión de hechos ilícitos; 2) una ideología de justificación de las conductas criminales; 3) un estatus social; 4) seguridad ante la persecución penal y 5) seguridad ante otros criminales¹⁹.

Sin embargo, el concepto de “organización” en las legislaciones nacionales tiende a ser un concepto laxo que no distingue entre la criminalidad organizada en sentido estricto (macrocriminalidad o criminalidad de los poderosos) y la mera criminalidad de bandas. El requisito que tiende a hacerse más flexible debido a que las legislaciones nacionales (véase nota al pie Nº 16) no exigen la efectiva comisión de delitos sino que es requisito suficiente para punir a sus miembros “el tomar parte” de la asociación cuya finalidad es cometer delitos. Demás requisitos, por ejemplo, el contar con una de tipo estructura militar, el rasgo que ostenta dentro de la organización o la finalidad específica de esta, constituyen agravantes del delito, pero no son requisitos fundamentales para su existencia.

b) La reducción de la gravedad de los ilícitos que han de constituir el objetivo de tal organización para que esta sea calificada como “criminal”

Si bien la *Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional* es aplicable a ilícitos graves que ella misma define como la conducta que constituya un delito punible con una privación de libertad máxima de al menos cuatro años o con una pena más grave (art. 2 b), los ordenamientos jurídicos nacionales contienen legislaciones en la materia aplicables a delitos de criminalidad media o delitos de escasa gravedad. Basta con analizar la figura conocida “asociación ilícita” o “asociación para delinquir”,

¹⁸ Annan, K., “Prefacio”, en *Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional y sus Protocolos*, Oficina de las Naciones Unidas, Viena, 2004, p. iii

¹⁹ Lampe, K. v., “Was ist ‚Organisierte Kriminalität‘?”, en *ApuZ*, 63. Jahrgang 38-39/2013, p. 6.

en la que no se hace ninguna distinción en torno a la gravedad de los delitos fin de la organización criminal²⁰.

Debido a que el delito de pertenencia a una asociación criminal, en tanto tipo penal autónomo, es preexistente a la definición de “organización criminal” por parte de la *Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Transnacional Organizada*, resulta necesario plantear la siguiente pregunta: ¿la formulación típica del delito de asociación ilícita, preexistente a la ratificación del presente tratado, estaría en condiciones de absorber el concepto de criminalidad organizada derivado de dicha convención?

La respuesta sencillamente es “no”. La diferencia yace en que mientras la convención antes señalada, si bien señala, como veremos más adelante, la necesidad de sancionar la pertenencia a una organización criminal (vía ii), se inclina preponderantemente por la vía i, ya que considera al elemento organizacional como elemento del tipo objetivo de ciertos delitos asociados a la criminalidad transnacional (trata de personas, tráfico ilícito de migrantes, fabricación y tráfico ilícito de armas de fuego, y sus componentes y municiones, a los que se le suma el blanqueo de productos del delito). La definición de la organización criminal en las legislaciones nacionales, mediante los tipos de asociación ilícita o asociación para delinquir, sancionan la mera pertenencia a dicha estructura, el mero tomar parte de la organización, independientemente de los delitos fin que la asociación haya cometido o se proponga cometer (vía ii). Ahora bien, a causa de esta dualidad de perspectivas, el problema parece residir en cómo conciliar ambas vías²¹.

IV. LA CONVIVENCIA DE LA DOBLE VÍA: EL CASO EN LA LEGISLACIÓN ARGENTINA

A partir de la ratificación por parte del Estado argentino de la *Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Transnacional Organizada* y sus *Protocolos* la legislación penal ha sido modificada para dar cabida a nuevos tipos penales establecidos por dicha convención. De este modo se agrega al Código Penal el tipo de “trata de personas”, como así también el delito de lavado de activos. Por otra parte, la legislación argentina no receptó el concepto de “grupo organizado” ni el de “grupo estructurado”, derivados de dicha Convención, como tipos penales autónomos, la vía de la sanción de la mera pertenencia a este tipo de estructuras quedó reservado para la asociación ilícita.

²⁰ El hecho de que la figura de “asociación ilícita” sea susceptible de aplicación a organizaciones cuya finalidad delictiva (delito-fin) lo constituyan ilícitos de escasa gravedad genera inconsistencias porque si llegase a concurrir el delito de asociación ilícita con un delito de menor gravedad, el delito de asociación ilícita –considerado como acto preparatorio independientemente penado desde la perspectiva del *iter criminis*– sería más relevante a los efectos penales que el delito fin efectivamente cometido y, por tanto, sería el artículo correspondiente a la asociación ilícita el que fijaría las reglas de concursos de delitos por ser el de mayor gravedad.

²¹ González Rus, J. J., “Asociación para delinquir y criminalidad organizada (sobre la propuesta de interpretación del delito basada en una peculiar interpretación de la STS de 23 de octubre de 1997 –Caso Filesa–)”, en *Actualidad Penal*, La Ley, Madrid, 2000, pp. 562.

Esta situación se dio en un contexto normativo en el que el delito de organización a saber, la asociación ilícita, ya existía como delito autónomo (delito de pertenencia). Diferentes cuestiones surgen de estas diversas vías de tipificación de delitos de organización, a saber: 1) ¿el delito de asociación ilícita es sinónimo de “organización criminal” establecido por la *Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Transnacional Organizada*?; 2) ¿Conviven en la legislación argentina las dos vías de punición?, y 3) ¿Cómo resolver la concurrencia de tipos penales?

1. La “asociación ilícita” y la “organización criminal”

La *Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Transnacional Organizada* dispone en su artículo 5 el deber de los Estados de establecer medidas legislativas tendientes a tipificar como delitos dolosos:

a) *Una de las conductas siguientes, o ambas, como delitos distintos de los que entrañen el intento o la consumación de la actividad delictiva:*

i) *El acuerdo con una o más personas de cometer un delito grave con un propósito que guarde relación directa o indirecta con la obtención de un beneficio económico u otro beneficio de orden material y, cuando así lo prescriba el derecho interno, que entrañe un acto perpetrado por uno de los participantes para llevar adelante ese acuerdo o que entrañe la participación de un grupo delictivo organizado;*

ii) *La conducta de toda persona que, a sabiendas de la finalidad y actividad delictiva general de un grupo delictivo organizado o de su intención de cometer los delitos en cuestión, participe activamente en:*

a. *Actividades ilícitas del grupo delictivo organizado;*

b. *Otras actividades del grupo delictivo organizado, a sabiendas de que su participación contribuirá al logro de la finalidad delictiva antes descrita;*

b) *La organización, dirección, ayuda, incitación, facilitación o asesoramiento en aras de la comisión de un delito grave que entrañe la participación de un grupo delictivo organizado.*

De esta manera la Convención instruye a los Estados a adoptar la vía ii, sancionando el hecho de formar parte de una organización criminal independientemente de la ejecución del delito fin (específicamente, mediante la participación en actividades del grupo organizado con conocimiento de que dicha actividad conllevará a la obtención de la finalidad delictiva). A su vez, define el ámbito de aplicación de los delitos establecidos en la Convención y sus Protocolos, en la medida que su ejecución entrañe la participación de un grupo organizado, es decir, enfocándose en los delitos fin; desde esta perspectiva la organización criminal no es un delito autónomo, sino un elemento del tipo objetivo cuya presencia denota un mayor grado de ilícito, ya que la actuación organizada en la comisión de un delito supone un mayor peligro para el bien jurídico protegido (vía i).

La legislación argentina no introdujo, como por ejemplo sí lo hizo el Código Penal del Reino de España, el delito de organización criminal²², como figura delictiva diversa a la asociación ilícita. Tampoco modificó esta figura delictiva a los fines de adaptarla a los requerimientos de la Convención. En el caso argentino, la figura básica de asociación ilícita establecida en el 210 del Código Penal castiga al sujeto que toma parte de una

²² Artículo 570 bis -1. *Quienes promovieren, constituyeren, organizaren, coordinaren o dirigieren una organización criminal serán castigados con la pena de prisión de cuatro a ocho años si aquélla tuviere por finalidad u objeto la comisión de delitos graves, y con la pena de prisión de tres a seis años en los demás casos; y quienes participaren activamente en la organización, formaren parte de ella o cooperaren económicamente o de cualquier otro modo con la misma serán castigados con las penas de prisión de dos a cinco años si tuviere como fin la comisión de delitos graves, y con la pena de prisión de uno a tres años en los demás casos.*

A los efectos de este Código se entiende por organización criminal la agrupación formada por más de dos personas con carácter estable o por tiempo indefinido, que de manera concertada y coordinada se repartan diversas tareas o funciones con el fin de cometer delitos.

2. *Las penas previstas en el número anterior se impondrán en su mitad superior cuando la organización:*

a) *esté formada por un elevado número de personas.*

b) *disponga de armas o instrumentos peligrosos.*

c) *disponga de medios tecnológicos avanzados de comunicación o transporte que por sus características resulten especialmente aptos para facilitar la ejecución de los delitos o la impunidad de los culpables.*

Si concurrieran dos o más de dichas circunstancias se impondrán las penas superiores en grado.

3. *Se impondrán en su mitad superior las penas respectivamente previstas en este artículo si los delitos fueren contra la vida o la integridad de las personas, la libertad, la libertad e indemnidad sexuales o la trata de seres humanos.*

El artículo 570 ter, por su parte, estipula:

-1. *Quienes constituyeren, financiaren o integraren un grupo criminal serán castigados:*

a) *Si la finalidad del grupo es cometer delitos de los mencionados en el apartado 3 del artículo anterior, con la pena de dos a cuatro años de prisión si se trata de uno o más delitos graves y con la de uno a tres años de prisión si se trata de delitos menos graves.*

b) *Con la pena de seis meses a dos años de prisión si la finalidad del grupo es cometer cualquier otro delito grave.*

c) *Con la pena de tres meses a un año de prisión cuando se trate de cometer uno o varios delitos menos graves no incluidos en el apartado a) o de la perpetración reiterada de delitos leves.*

A los efectos de este Código se entiende por grupo criminal la unión de más de dos personas que, sin reunir alguna o algunas de las características de la organización criminal definida en el artículo anterior, tenga por finalidad o por objeto la perpetración concertada de delitos.

2. *Las penas previstas en el número anterior se impondrán en su mitad superior cuando el grupo:*

a) *esté formado por un elevado número de personas.*

b) *disponga de armas o instrumentos peligrosos.*

c) *disponga de medios tecnológicos avanzados de comunicación o transporte que por sus características resulten especialmente aptos para facilitar la ejecución de los delitos o la impunidad de los culpables.*

Si concurrieran dos o más de dichas circunstancias se impondrán las penas superiores en grado.

Al mismo tiempo mantiene la tipificación del delito de “asociación ilícita” en los siguientes términos:

Artículo 515. *Son punibles las asociaciones ilícitas, teniendo tal consideración:*

1.° *Las que tengan por objeto cometer algún delito o, después de constituidas, promuevan su comisión.*

2.° *Las que, aun teniendo por objeto un fin lícito, empleen medios violentos o de alteración o control de la personalidad para su consecución.*

3.° *Las organizaciones de carácter paramilitar.*

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.*

asociación cuya finalidad sea cometer delitos²³, es decir, reprime la mera pertenencia a dicha organización independientemente de si él ha intervenido en la comisión de algún delito fin de la asociación. En tanto acto preparatorio del delito fin sancionado como delito autónomo, lo relevante es asociarse a la organización. A su vez no se exigen demasiados requisitos para establecer la existencia de una asociación ilícita. Conforme a la descripción típica tres son sus elementos básicos: a) la acción de asociarse o conformar una asociación de este tipo (tomar parte), b) un número mínimo de autores consistente en tres o más personas y c) el fin delictivo²⁴. Es factible aclarar que la asociación ilícita exige cierto grado de permanencia derivada del propio objeto de la organización, ya que la pluralidad delictiva que constituye su razón de ser “demanda una actividad delictiva continuada incompatible con una cooperación instantánea”²⁵. A diferencia de la organización criminal, definida en la convención objeto de análisis, si bien requiere un mínimo grado de organización, no exige un funcionamiento grupal conforme a un régimen estatutario, ni que actúen en conjunto, ni tampoco que los miembros se conozcan entre sí, es decir, no exige el “actuar concertado”. Lo fundamental es el pacto de voluntades en relación con una determinada organización cuya finalidad consiste en cometer un número indeterminado de delitos.

La figura de la asociación ilícita tiene una finalidad más amplia que la de la Convención, se trata de punir actos que de no existir el tipo penal serían considerados meros actos preparatorios, por ello se trata de un delito de anticipación. Este tipo penal no distingue el grado de criminalidad del delito fin, cualquier delito presente en el Código Penal o en alguna legislación especial puede ser objeto de la asociación. La convención, por su parte, tiene por finalidad circunscribir el ámbito de aplicación a delitos graves (art. 2b). Es decir, busca perseguir a lo que se denomina macrocriminalidad, a la vez que define un grupo de delitos como característicos de este tipo de criminalidad.

2. *La doble vía en el derecho argentino*

A la existencia de la punición autónoma del delito de asociación ilícita se le suma el hecho de que la legislación penal argentina ha ido incorporando los tipos penales previstos en la Convención y en sus Protocolos en los que el elemento asociativo aparece como un elemento agravante del tipo básico.

Ello trae como consecuencia la convivencia de las dos vías diversas de punición de la organización. Por un lado, la tipificación de la asociación ilícita (art. 210 CP), en la que

²³ Artículo 210 – *Será reprimido con prisión o reclusión de tres a diez años, el que tomare parte en una asociación o banda de tres o más personas destinada a cometer delitos por el solo hecho de ser miembro de la asociación. Para los jefes u organizadores de la asociación el mínimo de pena será de cinco años de prisión o reclusión.*

En la práctica el Código Penal español mantiene tres vías de punición para las organizaciones criminales a saber: 1) por medio de los subtipos agravados cuando el delito se hubiese cometido por una organización criminal; 2) mediante la punición de la asociación ilícita (art 515) y 3) mediante el tipo de organización criminal (art. 750 bis y ss.).

²⁴ Boumpadre, J., *Derecho penal: parte especial*, T. II, Mario A. Viera Editor, Corrientes, 2001, pp. 367-368.

²⁵ Boumpadre, J., *Derecho penal: parte especial*, T. II, Mario A. Viera Editor, Corrientes, 2001, p. 368.

se reprime el solo hecho de tomar parte de la asociación prescindiendo de la ejecución del delito fin. Por otro lado, aparecen figuras penales en las que el hecho de haber sido perpetrado mediante un asociación agrava el delito (figura de subtipo agravado cuando el hecho es realizado como miembro de ella), basadas en el mayor contenido de ilícito que presenta dicha modalidad de comisión.

Si analizamos los tipos surgidos a partir de la ratificación de la *Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional*²⁶, delitos característicos de delitos de organización visualizamos diversas modalidades de tipificación.

Por un lado, en el delito de trata de personas el legislador no incluyó el componente organizacional como elemento del tipo objetivo, porque el tipo objetivo consiste en ofrecer, captar, trasladar, recibir o acoger *a personas con fines de explotación, ya sea dentro del territorio nacional, como desde o hacia otros países* (art. 145 bis CP), aunque mediere el consentimiento de la víctima. No se exige que el delito se cometa mediante un actuar organizado. Además, en su redacción actual, tampoco en la figura agravada (art. 145 ter CP) está presente el componente organizacional. Como suele suceder a la hora de incorporar tipos penales en cumplimiento de normas internacionales, el legislador nacional ha ido mucho más allá de la exigencia internacional apartándose de la convención antes señalada, pues no exige para agravar la pena que el delito se cometiese por medio de una organización, sino que es suficiente a los fines del tipo agravado que en el mismo participen tres o más personas. Así, el solo hecho de la participación espontánea para el delito en cuestión, es condición suficiente para aplicar el subtipo agravado. Además, no se exige que todos ellos actúen en calidad de coautores, basta con la mera participación. Es admisible destacar que en su versión originaria, anterior a la modificación por ley 26.842 a fines de 2012, el subtipo agravado exigía que el hecho fuese cometido por tres o más personas de "forma organizada", introduciendo así el concepto de organización criminal establecido en la Convención objeto de análisis. Al ser eliminada dicha expresión en su redacción actual, ya no se exige tal requisito.

Por otro lado, algo diferente sucede con el tipo de lavado de activos, aquí el delito consiste en convertir, transferir, administrar, vender, gravar, disimular o poner de cualquier otro modo en circulación en el mercado *bienes provenientes de un ilícito penal, con la consecuencia posible de que el origen de los bienes originarios o subrogantes adquieran la apariencia de un origen ilícito, y siempre que su valor supere la suma de pesos trescientos mil (\$ 300.000), sea en un solo acto o por la reiteración de hechos diversos vinculados entre sí* (art. 303 CP). En este tipo delictivo la pena se agrava cuando el autor cometiera el hecho *como miembro de una asociación o banda formada para la comisión continuada de hechos de esta naturaleza*.

En este tipo penal el legislador ha seguido el criterio de gravar el hecho cuando fuese cometido por una asociación ilícita, para determinar qué se entiende por asociación o banda en los términos del artículo 303 del Código Penal, basta remitirse al artículo 210 del mismo cuerpo. Resulta necesario destacar que la legislación nacional no optó por el

²⁶ No analizaremos el caso del robo en banda (artículos 166 y 167 PC) debido a dos fundamentos: a) ya existía con anterioridad a la incorporación de los tipos penales surgidos de la norma internacional analizada y b) se trata de un delito característico de la criminalidad clásica y no de las nuevas modalidades delictivas.

concepto “organización criminal” derivado de la Convención, y eligió, por el contrario, el de “asociación” o “banda”, manteniendo así una coherencia lógica entre esta figura agravada y la de la asociación ilícita.

3. *La concurrencia de tipos delictivos*

En virtud de la multiplicidad de tipos penales en los que aparece el elemento organizacional, en caso de que en un hecho delictivo concurren varios de ellos, resulta necesario determinar cómo se resuelve dicha multiplicidad de tipos penales aplicables. A tal fin, debemos recurrir a las reglas concursales.

Teniendo en cuenta los tipos penales antes analizados, respecto de la trata de personas, al no requerir el elemento organizacional a los fines de la concurrencia de personas, el hecho se agrava tan solo por la concurrencia de tres o más partícipes. Si, dicha concurrencia no es espontánea o esporádica y reúne los requisitos del artículo 210 del Código Penal, habrá que aplicar las reglas del concurso real²⁷. Un hecho consiste en la actividad de ofrecer, captar, trasladar, recibir o a acoger a una persona con fines de explotación agravado por el hecho de ser ejecutado con la participación de tres o más personas (art. 145 ter CP) y el otro hecho consta de tomar parte de la asociación o banda destinada a cometer delitos (art. 210 CP).

Mucho más complejo es el caso del artículo 303 del Código Penal, porque aquí la agravante consiste en realizar el delito de lavado de activos como miembro de una asociación ilícita constituida para la realización de hechos de tal naturaleza. La pregunta que surge es la siguiente: ¿existe un concurso real entre la figura agravada del artículo 303 con el artículo 210 del Código Penal?

Habrá que determinar el objeto de la asociación ilícita, si dicha asociación tiene como finalidad la comisión de delitos de naturaleza más amplia que el de lavado de activos, estaríamos en presencia de un concurso real entre dos hechos diversos, por un lado un hecho encuadrado en el artículo 303 del Código Penal, por otro lado el hecho consistente en formar parte de una asociación ilícita. Debemos aclarar que en este caso no aplicamos el subtipo agravado del delito de lavado de activos consistente en cometer el delito como miembro de una asociación o banda, ya que ello implicaría una doble valoración de un hecho, debido a que el hecho de formar parte de una asociación delictiva aparece como elemento constitutivo de un delito (art. 210 CP) y como elemento agravante de otro (art. 303 CP)²⁸.

²⁷ Artículo 55.— Cuando concurrieren varios hechos independientes reprimidos con una misma especie de pena, la pena aplicable al reo tendrá como mínimo, el mínimo mayor y como máximo, la suma aritmética de las penas máximas correspondientes a los diversos hechos.

Sin embargo, esta suma no podrá exceder de (50) cincuenta años de reclusión o prisión.

²⁸ Igual solución se arriba realizando una analogía *in bonam partem* de la agravante genérica del artículo 41 bis del Código Penal que reza: *Cuando alguno de los delitos previstos en este Código se cometiera con violencia o intimidación contra las personas mediante el empleo de un arma de fuego la escala penal prevista para el delito de que se trate se elevará en un tercio en su mínimo y en su máximo, sin que esta pueda exceder el máximo legal de la especie*

La dificultad surge cuando el objeto de la asociación ilícita está limitado a la comisión del delito de lavado de activos. Aquí hay que recurrir al concurso aparente de leyes o normas, pues imputar ambos hechos implicaría caer en la violación del principio de *ne bis in idem*²⁹, porque se estaría valorando un mismo hecho, la asociación criminal dos veces. En primer lugar, se valora el hecho en el estadio previo, en el mero tomar parte de la organización criminal. En segundo lugar, la asociación es valorada en la ejecución del delito fin, ya que la ejecución mediante una asociación aporta mayor peligrosidad al hecho que si se hubiese cometido por un único autor o mediante una concurrencia espontánea de personas (participación).

Debido a que el subtipo agravado del artículo 303 tiene una pena mayor al tipo básico de asociación ilícita³⁰, no habría problema en acudir a la regla de la alternatividad, conforme a esta, en defecto de otro criterio aplicable (especialidad, subsidiaridad o consunción), el precepto penal más grave excluye a los que castiguen el hecho con pena menor.

El problema surge cuando el autor del delito lavado de activos agravado por haberse cometido mediante una asociación es, a la vez, jefe u organizador de la asociación ilícita, pues aquí el delito de asociación ilícita tiene una pena mínima mayor que el subtipo agravado de lavado de activos³¹. Siguiendo a González Rus, *podría pensarse para explicar el mantenimiento de los subtipos agravados es que con ellos se pretende dar una respuesta punitiva más grave a la criminalidad organizada, en áreas delictivas en las que su presencia se considera especialmente dañina (...)* Si la existencia de los tipos cualificados fuera consecuencia de esta lógica agravatoria, la pena prevista en los mismos debería ser superior a la que resultara del concurso de delitos que debería apreciarse entre el delito de asociación u organización o grupo criminal y el tipo básico del delito cometido (32-33). Sin embargo, el legislador no tiene en cuenta dicha característica y ha estipulado escalas penales menores para los tipos calificados. La única solución posible es aplicar la escala agravada del artículo 210 del Código Penal en tanto jefe u organizador de una asociación criminal en concurso real con el subtipo agravado de lavado de activo como miembro de una asociación.

de pena que corresponda. Este agravante no será aplicable cuando la circunstancia mencionada en ella ya se encuentre contemplada como elemento constitutivo o calificante del delito de que se trate.

²⁹ En igual sentido se pronuncia Donna para el caso de concurrencia de asociación ilícita y robo en banda, ya que banda es sinónimo de asociación ilícita, en caso de doble imputación se caería en una doble valoración del hecho. Donna, E., *Derecho penal: parte especial*, Tomo II-C, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2002, pp. 313-314. En igual sentido se pronuncia Ziffer cuando afirma que se trata de un concurso aparente, habida cuenta de la naturaleza preparatoria del delito de asociación ilícita. En este caso la comisión de un delito específico debería absorber la punibilidad por asociarse. Al tratarse de un delito de peligro abstracto, solo se aplicaría la figura de asociación ilícita en el caso de que no existe ejecución de otras conductas delictivas. La aplicación de ambos llevaría a la doble imposición de pena por preparar el delito y por consumarlo. Ziffer, P., *El delito de asociación ilícita*, Ad-hoc, Buenos Aires, 2005, p. 3.

³⁰ La figura básica de asociación ilícita cuenta con una pena de reclusión o prisión de tres a diez años, mientras que el subtipo agravado del lavado de activos aumenta la pena del tipo básico, que es igual a la de la asociación ilícita, en un medio del mínimo y un tercio del máximo.

³¹ En este supuesto la asociación ilícita tiene un mínimo mayor (cinco años de reclusión o prisión) mientras que en el subtipo agravado de lavado de activos la pena mínima es de cuatro años y medio.

V. CONCLUSIONES

No existe un concepto unívoco de “delito de organización”. Al referir a dicho concepto podemos significar tanto el delito de pertenencia a una organización delictiva como a la ejecución concertada de varias personas de un delito característico de dicha modalidad delictiva. A dicha dualidad se le suma el hecho de que el concepto acuñado por la Convención de Palermo convive con otros preexistentes, propios de las legislaciones nacionales (asociación ilícita, banda, asociación para delinquir, asociación criminal, etc.). Todo ello trae como consecuencia que no sepamos exactamente de qué hablamos cuando referimos a “crimen organizado” o “delito de organización”.

Respecto de la existencia de dos vías de punición, en la práctica genera problemas de concurrencia entre los tipos aplicables, cuestión que genera no pocas dificultades a la hora de resolver el o los tipos penales aplicables al hecho (concurso ideal o concurso aparente de normas, según el caso) o a los hechos (concurso real). En este tipo de concurrencia siempre estaremos caminando sobre arenas movedizas debido a la posibilidad de que al aplicar las reglas del concurso real estemos incurriendo en la violación del principio del *ne bis in idem*.

De *lege ferenda* proponemos optar por la vía de los subtipos agravados en razón de la participación en una organización criminal, eliminando la punición de la organización criminal por su sola existencia. Esta vía permitiría dar un tratamiento particularizado a determinados delitos, porque esta modalidad de tipificación toma en cuenta las circunstancias peculiares de cada hecho delictivo, lo que no puede lograrse por la mera punición de la organización criminal. Como bien sostiene González Rus, ello permitiría delimitar dentro de márgenes político-criminalmente razonables el ámbito de punición de la criminalidad organizada, corrigiendo los excesos actuales. Además, simplificaría de manera eficaz la determinación de las penas y acabaría con la existencia de concursos, evitando de paso las incongruencias irresolubles que existen en las escalas penales aplicables³².

Una solución como la propuesta, está a salvo de las críticas a las que está sometida la vía de la punición autónoma (aquellas que pueden formularse a los delitos de peligro abstracto), a la vez que restringe la intervención penal en la criminalidad organizada a los límites político-criminales propios de un Estado de Derecho³³, permitiendo circunscribirla a los ámbitos delictivos y a las manifestaciones criminales en los que tal punición tiene una verdadera finalidad.

Una vez que dicha tarea haya sido completada estaremos en condiciones de establecer el ámbito de aplicación del concepto de “crimen organizado” (delito de organización), hasta tanto ello no ocurra, el ámbito del referencia del mismo será, cuanto menos, vago.

³² González Rus, J. J., “La criminalidad organizada en el Código Penal español. Propuestas de reforma”, en *Anales de Derecho*, N° 30, 2012, p. 38.

³³ González Rus, J. J., “La criminalidad organizada en el Código Penal español. Propuestas de reforma”, en *Anales de Derecho*, N° 30, 2012, p. 40.

BIBLIOGRAFÍA

- ADLER, P., *Wheeling and Dealing: An Ethnography of an Upper-Level Drug Dealing and Smuggling Community*, Columbia University Press, New York, 1985.
- ANNAN, K., "Prefacio", en *Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional y sus Protocolos*, Oficina de las Naciones Unidas, Viena, 2004, pp. i-iv.
- BAUMAN, Z., *La hermenéutica y las ciencias sociales*, Nueva Visión, Buenos Aires, 2007.
- BOUMPADRE, J., *Derecho Penal: parte especial*, T. II, Mario A. Viera Editor, Corrientes, 2001.
- CANCIO Melia, M., "El injusto de los delitos de organización: peligro y significado", en Cancio Melia, M., Silva Sánchez, J.-M., *Delitos de Organización*, B de F, Buenos Aires, 2008, pp. 15-84.
- DIEZ Ripollés, J. L., *La política criminal en la encrucijada*, B de F, Buenos Aires, 2007.
- DONNA, E., *Derecho penal: parte especial*, Tomo II-C, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2002.
- GONZÁLEZ Rus, J. J., "La criminalidad organizada en el Código Penal español. Propuestas de reforma", en *Anales de Derecho*, N° 30, 2012, pp. 15-41.
- GONZÁLEZ Rus, J. J., "Asociación para delinquir y criminalidad organizada (sobre la propuesta de interpretación del delito basada en una peculiar interpretación de la STS de 23 de octubre de 1997 -Caso Filesa-)", en *Actualidad Penal*, La Ley, Madrid, 2000, pp. 561 y ss.
- KELLY, R.J., "Criminal Underworlds: Looking Down on Society of Bellow", en Kelly, R.J. (Ed.), *Organized crime: Crosscultural studies*, Rowman & Littlefield, Totowa, NJ, 1986, pp. 10-31.
- LAMPE, K. v., "Was ist 'Organisierte Kriminalität'?", en *ApuZ*, 63. Jahrgang 38-39/2013, pp. 1-10.
- LAMPE, K. v., "The study of organised crime: An assessment of the state of affairs", en Karsten Ingvaldsen, V. y Lundgren S. (Eds.), *Organised Crime: Norms, markets, regulation and research*, Unipub, Oslo, 2009, p. 166.
- LAMPE, K. v., "Organised Crime Research in Perspective", en Duyne, P. v., Lampe, K. v., Passas, N. (Eds.), *Upperworld and Underworld in Cross-Border Crime*, World Legal Publishers, Nijmegen, 2002, pp. 189-198.
- NAUCKE, W. *Strafrecht, Eine Einführung*, 9ª edición, Frankfurt am Main, Neuwied [u.a.] Luchterhand, 2000.
- SCHÜTZ, A., *El problema de la realidad social: Escritos I*, Maurice Natanson compilador, Amorrortu, Buenos Aires, 1974.
- SCHÜTZ, A., *On Phenomenology and Social Relations*, Chicago University Press, Chicago, 1973.
- SCHÜTZ, A., Luckmann, T., *Strukturen der Lebenswelt*, 1. Verlag C.H. Beck, Konstanz, 2003.
- SILVA Sánchez, J.-M., "La 'intervención a través de organización', ¿una forma moderna de participación en el delito?", en Cancio Melia, M., Silva Sánchez, J.-M., *Delitos de Organización*, B de F, Buenos Aires, 2008, pp. 87-118.
- SILVA Sánchez, J.-M., *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal de las sociedades postindustriales*, Civitas, Madrid, 1999.
- WALLERSTEIN, I., *Las incertidumbres del saber*, Gedisa, Barcelona, 2005.
- WILLIAMS, Ph., "Organizing Transnational Crime: Networks, Markets and Hierarchies", en *Transnational Organized Crime*, 1998, Vol. 4, nr. 3&4, pp. 57-87.
- ZIFFER, P., *El delito de asociación ilícita*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2005.

