

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

ESCUELA DE POSGRADO



TÍTULO

**LA BANDA CRIMINAL Y LA AUSENCIA DE CRITERIOS PARA SER
DENOMINADO DELITO DE ORGANIZACIÓN.
¿ES NECESARIA SU EXISTENCIA EN LA LUCHA CONTRA EL CRIMEN
ORGANIZADO?**

**TESIS PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE MAGÍSTER
EN DERECHO PENAL**

AUTOR

VÍCTOR JESÚS FAUSTO ALFARO YARMAS

ASESOR

ROMY ALEXANDRA CHANG KCOMT

JUNIO 2020

RESUMEN

El delito de banda criminal es una figura delictiva que se encuentra regulada con fines de tipificar conductas humanas a manera de peligro abstracto, pero que sean sancionadas por cumplir el solo propósito de formar un grupo organizado, que podría afectar la seguridad pública, ya que su propósito sería la comisión de ilícitos. El crimen organizado es un problema latente en la realidad nacional y transnacional, que pone en jaque a diversos estados que se ven afectados por una situación social donde la delincuencia ha llegado a acaparar niveles inimaginables.

La presente investigación tiene por finalidad exponer que nuestra legislación no tiene una debida normativa frente a los delitos de organización, situación que la jurisprudencia ha tratado de corregir, pero no es suficiente, ya que se vulnera el principio de legalidad por tratar de hacer interpretaciones que van más allá de lo razonable. Se tiene como objetivo general demostrar que, en el Perú el delito de banda criminal es inaplicable como delito de organización; y, como objetivo específico, poner en manifiesto que es una forma de coautoría y no un tipo penal independiente. En consecuencia, la hipótesis gira en torno a si es necesario tipificar el delito como se encuentra normado; o, en su defecto, si debe ser derogado o modificado; o, si sólo debe sancionarse el concurso de dos o más personas como agravante específica de los delitos que sean realizados por la banda criminal.

ÍNDICE

Pág.

PAGINAS PRELIMINARES

Caratula.....	Pág. 1
Resumen.....	Pág. 2
Índice.....	Pág. 3

INTRODUCCION.....	Pág. 6
-------------------	--------

CAPÍTULO I

EL DELITO DE ORGANIZACIÓN CRIMINAL Y BANDA CRIMINAL EN EL PERÚ

1. Aspectos generales.	
1.1. Antecedentes Normativos de los injustos de organización.....	Pág.9
1.2. Antecedentes legislativos del delito de Organización Criminal en el Perú	Pág.13
1.3. Antecedentes legislativos del delito de Banda Criminal en el Perú.....	Pág.14
1.4. Antecedentes Normativos del Art. 317 del Código Penal Penal.....	Pág.16
1.5. La regulación legislativa del delito de Organización Criminal en el derecho comparado.....	Pág.19
1.6. La regulación legislativa del delito de Banda Criminal en el derecho comparado	Pág. 22
1.7. El delito de organización criminal, su naturaleza jurídica y la aplicación en el Perú.....	Pág. 24
1.7.1. La naturaleza criminológica de la organización criminal.....	Pág.24
1.7.2 La naturaleza Jurídica del Delito de Organización Criminal.....	Pág.26
1.7.2.1 Delito de peligro abstracto.....	Pág.26
1.7.2.2 Delito autónomo.....	Pág.27
1.8 Definición del concepto de crimen organizado.....	Pág.28
1.9 La estructura típica de la organización criminal.....	Pág.30
1.9.1. Tipologías conductuales de la criminalidad organizada.....	Pág.30
1.9.2. La víctima en la delincuencia organizada.....	Pág.33

1.10 Los elementos intrínsecos de la Organización Criminal.....	Pág.36
1.11 Los fines de la organización criminal.....	Pág.38
1.12. El delito de Banda Criminal, su naturaleza jurídica y la aplicación en el Perú.	
1.12.1 La naturaleza criminológica de la Banda Criminal.....	Pág. 40
1.12.2 Definición del concepto de Banda Criminal.....	Pág. 43
1.12.3 La estructura típica de la Banda Criminal.....	Pág. 45
1.12.4 Los elementos intrínsecos de la Banda Criminal.....	Pág. 46
1.12.5 Los fines de la Banda Criminal.....	Pág. 47

CAPÍTULO II

¿LA BANDA CRIMINAL ES UN DELITO DE ORGANIZACIÓN?

2. Los delitos de organización y su naturaleza jurídica.....	Pág.50
2.1 La regulación normativa de los delitos de organización en el Perú.....	Pág.52
2.2 El bien jurídico protegido en el delito de organización en el Perú.....	Pág.55
2.3 ¿La Banda Criminal es una expresión de los delitos de organización o tiene un carácter complejo?.....	Pág.56
2.4 ¿La Organización Criminal es una expresión de los delitos de organización?..	Pág.56
2.5 ¿La consumación del delito de Banda Criminal afecta el mismo bien jurídico del delito de organización criminal, lo que permite que sea considerado un delito de organización?.....	Pág.58

CAPÍTULO III

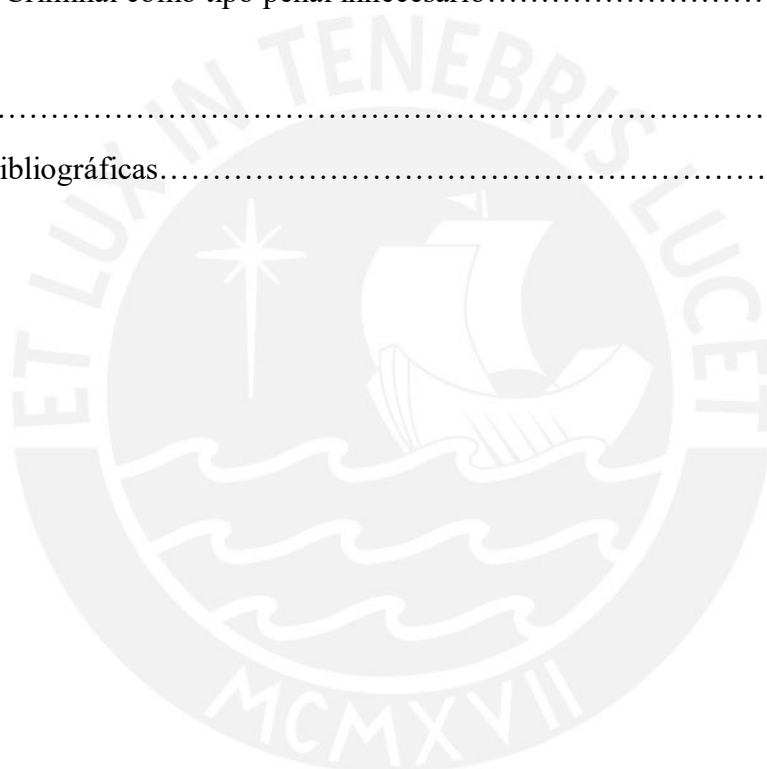
¿LA BANDA CRIMINAL ES UNA FORMA DE COAUTORÍA?

3. Los elementos normativos del delito de Banda Criminal.....	Pág.63
3.1 Los elementos descriptivos del delito de Banda Criminal.....	Pág.66
3.2 Las formas de realización del tipo penal de Banda Criminal.....	Pág. 67
3.3 El grado de participación de los integrantes de la banda en la finalidad delictiva. ¿Es posible la complicidad?.....	Pág.68
3.4 El acuerdo previo en el delito de Banda Criminal.....	Pág.70
3.5 El acuerdo previo como elemento necesario de la coautoría.....	Pág.71
3.6 La concertación como rol importante en el delito de Banda Criminal.....	Pág.73

CAPÍTULO IV

EL DELITO DE BANDA CRIMINAL ES UNA FORMA DE COAUTORÍA QUE LESIONA EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD PENAL.

4. El principio de legalidad en el análisis normativo de la Banda Criminal.....	Pág.76
4.1 La imputación entre Banda Criminal y la coautoría; esto es, la doble imputación, ¿genera un grave problema de tipicidad y por ende lesiona el principio de legalidad penal?	Pág. 79
4.2 La Banda Criminal como tipo penal innecesario.....	Pág. 84
Conclusiones.....	Pág. 88
Referencias bibliográficas.....	Pág. 91



INTRODUCCIÓN



Cuando pretendemos analizar un delito para fines de investigación debemos empezar por interpretar su finalidad, como contribución normativa para la sociedad, es decir, de qué manera genera un beneficio social. En este caso en particular, los delitos de organización tienen como eje la lucha contra el crimen organizado, fenómeno delictivo de carácter complejo y que se manifiesta de diversas formas y con una premisa especial, que es la afectación de diversos bienes jurídicos, no sólo en su constitución o existencia en la sociedad, sino en la ejecución de actos delictivos que pretenden desarrollar. No obstante, en nuestra legislación se incorporó el delito de Banda Criminal, tipificado en el artículo 317-B del Código Penal, el mismo que busca, según la propia exposición de motivos que justificó su incorporación, reducir la inseguridad ciudadana a través de la sanción sobre la sola existencia de un grupo de personas que pueda estar conformado por 02 o más integrantes que no necesariamente lleguen a cumplir los elementos normativos de una organización criminal, pero que tenga por finalidad la comisión de delitos.

Conforme al análisis realizado en el párrafo anterior, hemos considerado que este delito, no es una conducta que pueda ser aplicada en salvaguarda de los derechos del imputado, así como que los operadores de justicia tendrían problemas al pretender incorporarlo en un proceso penal. Pretendemos demostrar no sólo los vicios de la tipificación, sino que la misma resulta innecesaria porque se trata de una coautoría; de manera que, solo sancionar la agrupación de personas, sin cumplir los elementos de una organización criminal, sería una situación que afectaría el principio de legalidad.

Para desarrollar en amplitud lo expresado, hemos dividido el presente trabajo en cuatro capítulos, de los cuales, en el primer capítulo, trataremos el desarrollo del delito de organización criminal y la banda criminal en el Perú. La visión de estos delitos se basa en que deberían ser delitos de organización, siendo éste un concepto actual de lo que se denomina delitos que buscan combatir el crimen organizado. En el segundo capítulo, haremos un análisis e interpretación referido, de manera integral, si el delito de banda criminal podría ser denominado delito de organización. En el tercer capítulo, se desarrollará la vinculación de la banda criminal con la coautoría y, finalmente, en el último capítulo buscaremos demostrar que la banda criminal afecta el principio de legalidad penal.



CAPÍTULO I

**EI DELITO DE ORGANIZACIÓN CRIMINAL Y BANDA CRIMINAL EN EL
PERÚ**

1. Aspectos generales.

1.1. Antecedentes Normativos de los injustos de Organización.

El desarrollo normativo en el Perú sobre la concepción dogmática referido al tipo de organización no tiene antecedentes extensivos. Esto es que el enfoque que en la actualidad se le genera al mismo, tiene repercusión directa a delitos que deben ser derivados al crimen organizado. Esta afirmación resulta coherente desde el enfoque que el crimen producto de una organización, no puede tener un tratamiento simple sino por el contrario debe ser de carácter complejo.

Es preciso advertir que la base doctrinaria en el Perú de acuerdo con los alcances revisados se encuentra en las obras de Víctor Prado Saldarriaga, quien ha realizados análisis sobre los antecedentes normativos del mismo. Asimismo, es preciso indicar que uno de los últimos autores a nivel nacional que han tratado el tema es Wilfredo Roque Ventura. El referido autor a finales del 2019 cita a Víctor Prado Saldarriaga para indicar lo siguiente:

“(…) el antecedente normativo de los injustos de organización en la legislación, como delito autónomo, se encuentra establecido en el artículo 317 del Código Penal de 1991; antes del citado estamento normativo no existía un tipo penal que castigaba conductas con los verbos rectores de “formar”, “constituir” o “integrar” una organización destinada a cometer delitos; es importante señalar que la vida jurídica que adquiere el referido delito responde a las exigencias realizadas por los organismos internacionales, como la donde tenemos la suscripción de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional”.

Por ello resulta comprensible que ni el Código Penal de 1863 ni el de 1924, se hayan preocupado por incluir fórmulas legales para sancionar penalmente tales conductas.¹

¹ Roque Ventura, Wilfredo. La Reparación Civil en el Delito de Organización Criminal. Editores Del Centro. Lima. 2019. P. 69.

De acuerdo con lo expresado se puede llegar a la apreciación de que la normativa requería de un pronunciamiento internacional sobre el fenómeno del crimen organizado para recién incorporar dicha figura legal en los cuerpos normativos; dicha situación al menos sucedió dentro de la realidad normativa del Código Penal Peruano. No obstante, el crimen organizado tenía antecedentes históricos que nos pueden llevar a la conclusión que se trata de un delito como actual como si fuera en el caso de los delitos informáticos por citar un ejemplo. Tanto es así que los antecedentes históricos de la “Cosa Nostra” (sociedad secreta criminal siciliana) se remontan al siglo XIX, aunque más antigua aún la “Camorra” siglo XVI. Es decir, con los datos ingresados se puede advertir que el crimen organizado ha existido desde siglos atrás y que el injusto de organización no es una aparición reciente. La información ingresada se ha podido obtener con la sola búsqueda de los conceptos en internet, pero llama la atención que indica que la organización italiana la “Camorra”, se pudo haber expandido hasta el Perú, y esto puede tener relación con la inmigración italiana.²

Anarte Borrallo indica como antecedente histórico de la criminalidad histórica lo siguiente:

“El antecedente más cercano a la criminalidad organizada actual se suelen buscar en la transformación de la delincuencia profesional en Estados Unidos, particularmente tras la prohibición total del alcohol en 1919, al pasar protagonizar no tantos delitos aislados e individualizados (robo o estafas), aunque repetidos, sin más bien actividades delictivas especializadas y estables (contrabando de alcohol, chantajes a empresarios, un incipiente tráfico de drogas, (...) el grueso de esta actividades tiene por base un mundo aparte, el del hampa, con sus propias reglas, en el que se mueven con habilidad y poder”.³

Conforme se puede apreciar en la cita anterior ya no se invoca un antecedente de índole europeo sino sobre el continente americano, y claro ahí debemos entender que el origen de lo que sería el crimen organizado se remonta a lo indicado por el autor, pero señala

² www.revistes.uab.cat. View File. v2-n1-dovizio. Historia de las Mafias en Italia. Visitado el 30 de abril de 2020.

³ Ferre Olive, Juan Carlos & Anarte Borrallo, Enrique. Delincuencia Organizada: Aspectos Penales, Procesales y Criminológicos. Universidad de Huelva. 1999. P. 15.

algo que generó la expansión del injusto de organización, que es el tráfico de drogas. Conforme se puede advertir antes de la regulación normativa del delito de organización en el Código Penal de 1991 ya existía el crimen organizado de manifiesto en Sudamérica, de manera precisa en Colombia siendo el tráfico de drogas una de las principales actividades, es decir, un fenómeno que hasta hoy se manifiesta con extensiones claras en México y que inclusive que no sólo se tiene como actividad actual el tráfico de drogas, sino que la expansión de la actividad criminal se centra en el tráfico de personas. Información que se puede apreciar por los fenómenos que enfrentan a diario y cuyo contexto se puede advertir en las diversas fuentes de información como las noticias periodísticas o lo compartido en las redes sociales.

Sobre la Convención de Palermo, cabe señalar que:

“(…) es pertinente señalar que para el contexto social y jurídico la convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional o denominada también la Convención de Palermo (2000) ha sido determinante para la elaboración de diversos instrumentos legales, entre ellos, los más importantes, la tipificación en el artículo 317 del delito de agrupación ilícita como delito autónomo, introducido por vez primera a través del Código Penal de 1991, las constantes modificaciones del citado tipo penal, pasando por denominarse asociación ilícita y, finalmente, por ahora organización criminal, así como la promulgación de la ley N° 30077, Ley contra el Crimen Organizado, promulgada el 26 y modificada por el Decreto Legislativo N° 1244 del 27 de octubre de 2016”.⁴

La autonomía del artículo 317 del Código Penal referido al delito de criminalidad organizada, nos permite sentar la posición de que el injusto de organización debe ser un delito autónomo, sancionado por la sola existencia de la misma, pero como se podrá advertir dentro de la presente investigación, si esta situación normativa es también extensiva al delito de banda criminal, el cual también debería tener autonomía y en igual

⁴<https://www.unodc.org/documents/treaties/UNTOC/Publications/TOC%20Convention/TOCebook-s.pdf>. Visitada el 30 de abril de 2020.

sentido debería ser un injusto de organización; esto porque el componente normativo del artículo 317-B lo deriva al antes descrito.

Con respecto al desarrollo jurisprudencial sobre el injusto de organización se tiene el fundamento 12 del Acuerdo Plenario N° 01-2007-SPN, de fecha 05 de diciembre de 2017, el cual refiere lo siguiente:

“Resulta indispensable rescatar la naturaleza grupal y de servicios ilícitos a gran escala que caracterizan a la criminalidad organizada contemporánea y la convierten en una empresa criminal, con proyecciones y estructuras más complejas que las que definen el proceder de las tradicionales asociaciones ilícitas o bandas. Esto es, la perspectiva criminológica moderna sobre la criminalidad organizada recomienda su abordaje de modo escalonado, desde concierto criminal o delincuentes organizados, conspiración criminal, asociación ilícita o bandas, crimen organizado hasta industria o empresa criminal. Siendo la empresa criminal la máxima expresión de este fenómeno jurídico social”. Se tiene que la doctrina jurisprudencial ha optado por darle un enfoque criminológico y jurídico en relación con el concepto de organización criminal”.

Choclan Montalvo indica que: “Es preciso diferenciar la criminalidad organizada en sentido amplio (la criminalidad en la empresa) que abarca todas aquellas acciones que se desarrollan en el contexto de una actividad empresarial (de la que se ocupa principalmente el derecho económico), y una organización criminal en sentido estricto, que tiene como objeto, precisamente el delito (criminalidad como empresa o proyecto empresarial)”.⁵

Como se puede apreciar la criminalidad organizada ha tenido una evolución significativa frente al fenómeno mundial, porque los antecedentes históricos nos advertían desde el siglo XVI que había grupos delictivos o llamadas familias del crimen que operaban fuera de su territorio, en la búsqueda de expansión con fines de poder. La realidad nos muestra que en la actualidad el crimen organizado siempre estuvo en el país, pero no regulado de

⁵ Choclan Montalvo, José Luis. La Organización Criminal Tratamiento Penal y Procesal. Colección Luis Jiménez de Asua. Editorial Dykinson. Madrid. 2009. P. 73.

manera independiente. Hoy vemos una realidad como es el “Caso Lavajato” que nos demuestra los alcances del crimen organizado, y que hoy demuestra que toda finalidad criminal organizada requeriría en la mayoría de los casos de actos de corrupción para operar dentro de su actuación.

1.2. Antecedentes legislativos del Delito de Organización Criminal en el Perú.

El artículo 317° de nuestro Código Penal, publicado primigeniamente el 8 de abril de 1991, regula la “agrupación de dos o más personas” con la denominación de asociación ilícita para delinquir. Este artículo se modificó por la Ley 28355 publicada el 6 de octubre de 2004, en donde se cambió el término por el de “organización de dos o más personas”, el cual se ha mantenido en la segunda modificatoria realizada mediante el Decreto Legislativo 982 del 22 de julio de 2007. La siguiente modificatoria fue realizada por la Ley N° 30077 en donde se mantiene el término y lleva la denominación de delito de organización criminal.

El delito de Organización Criminal en el artículo 317, mediante el Decreto Legislativo N° 1244 en su artículo N° 2, publicado el 29 de octubre del 2016, indica lo siguiente:

“El que promueva, organice, constituya, o integre una organización criminal de tres o más personas con carácter estable, permanente o por tiempo indefinido, que de manera organizada, concertada o coordinada, se repartan diversas tareas o funciones, destinada a cometer delitos será reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de quince años y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días multa, e inhabilitación conforme al artículo 36, incisos 1), 2), 4) y 8).

(...).”

En la Ley Contra el Crimen Organizado N° 30077, en su artículo 2, inciso 1, hace mención a lo siguiente:

“(…) Se considera Organización Criminal a cualquier agrupación de tres o más personas que se repartan diversas tareas o funciones, cualquiera sea su estructura y ámbito de acción, que, con carácter estable o por tiempo indefinido, se crea, existe o funciona, inequívoca y directamente, de manera concertada y coordinada,

con la finalidad de cometer uno o más delitos graves señalados en el artículo 3 de la presente Ley.”

En la Ley Contra el Crimen Organizado N° 30077 y en el artículo 317 del Código Penal, se hace referencia a que la Organización Criminal se contempla a partir de tres a más personas, las cuales cumplen un rol de forma permanente y sin tiempo límite, para cometer hechos que se encuentran en desacuerdo con la Ley. No obstante, ambos no coinciden en elemento del tipo y este sería en la temporalidad de los actos criminales, porque mientras que la tipificación del Código Penal refiere “estable, permanente o por tiempo indefinido”, la Ley N° 30077 refiere que puede ser “ocasional, temporal o aislada”; siendo que, el Código Penal nos lleva hacia un concepto de permanencia, mientras que en la Ley Contra el Crimen Organizado, no es así, porque el criterio no está en un enfoque de permanencia sino incluso en ámbitos ocasionales, lo que puede llevar a la confusión normativa y poder tipificar cualquier unión de dos o más personas como delito de organización criminal, siendo ésta una crítica no en el plano dogmático en la actualidad, pero sí en el social con las imputaciones por delitos de criminalidad organizada, siendo un ejemplo el siguiente caso: puede llegarse a imputar que tres personas pretenden beneficiarse de un acto público al que postulan y realizan actos de corrupción para obtener una buena pro, situación que los podría llevar a beneficiarse de manera ilegal, pero este acto delictivo que bien puede ser llevado como una coautoría, el Ministerio Público lo puede tipificar con base en la Ley N° 30077 como delito de organización criminal con el supuesto de que determina cualquier tipo de estructura y que inclusive la temporalidad puede ser ocasional.

1.3. Antecedentes Legislativos del Delito de Banda Criminal en el Perú.

El artículo 57° del Decreto Ley N° 22095, introducido el 15 de junio de 1981 por el Decreto Legislativo N° 122, regulaba lo siguiente:

“El que promueve, organice, financie o dirija una banda formada por 3 o más personas y destinada a producir o comercializar droga, será reprimido con penitenciaria no mayor de 15 años ni menor de 10 años.

Los demás integrantes de la banda serán reprimidos, por el solo hecho de pertenecer a la asociación ilícita, con penitenciaría no mayor de 10 años ni menor de 5 años”.

Como se puede apreciar, éste fue el antecedente normativo de la banda en la legislación peruana. Su vinculación está dirigida al delito de tráfico ilícito de drogas, lo que determinaba que la comisión del ilícito no podía ser enfocada en otras conductas delictivas, como son los delitos contra el patrimonio. Asimismo, dentro de los elementos normativos, la conformación requería una pluralidad de tres o más personas, situación que es la actual en el delito de organización criminal; no se advierte que se requiera estructura dentro del tipo penal y se distingue una pena para el que actúe como promotor, financista o cabecilla, y una distinta para los demás integrantes.

Actualmente, el delito de Banda Criminal se encuentra plasmado en el Código Penal, contemplado en el artículo 317-B; incorporado por el Decreto Legislativo N° 1244, en su artículo N° 3, publicado el 29 de octubre del 2016, el que dice:

“El que constituye o integre una unión de dos a más personas; que sin reunir alguna o algunas de las características de la organización criminal dispuestas en el artículo 317, tenga por finalidad o por objeto la comisión de delitos concertadamente (...)”.

Pareciera que la concepción de banda en el Código Penal de 1924 se encontraba más vinculada al actual delito de organización criminal, que al delito de banda criminal; esto porque se entendería que los diversos conceptos que sobre el tema central “crimen organizado”, resultan también evolutivos, y la concepción de banda, en ese momento, bien podía dirigirse hacia la concepción actual de lo que es una organización. No obstante, el tipo penal no refleja todos los componentes de lo que hoy sería una organización criminal, pero la composición y el hecho que esté dirigido hacia un delito como el tráfico ilícito de drogas, nos llevan hacia esa apreciación.

En la calificación jurídica actual, el delito de banda criminal se aprecia como un delito que tiene tres componentes normativos claros en su definición, los cuales serían la conformación de dos o más personas, tener la finalidad de cometer delitos y no cumplir

con alguno de los requisitos del artículo referido a organización criminal. No se establece qué requisito, por lo que puede ser cualquiera, y esto hace que la interpretación del delito de banda en su aplicación en la práctica genere más confusión y pueda ser tratado como un delito de descarte frente al de organización criminal. Esto último, en referencia a que cualquier conducta que no podría encajar en organización criminal, pueda ser catalogada como una banda criminal.

1.4. Antecedentes Normativos del Artículo 317 del Código Penal.

El Artículo 317 del Código Penal de 1991 se encuentra ubicado en el título XIV, el cual, dentro del Capítulo I, contiene delitos contra la Paz Pública, los mismos que tienen como afectación Tranquilidad Pública. Indica lo siguiente:

“El que forma parte de una agrupación de dos o más personas destinada a cometer delitos será reprimido, por el sólo hecho, de ser miembro de la agrupación, con pena privativa de la libertad no menor de tres ni mayor de seis años. Cuando la agrupación este destinada a cometer los delitos de genocidio, contra la seguridad y tranquilidad pública, contra el Estado, y la defensa nacional o contra los poderes del Estado y el orden constitucional, la pena será no menor de ocho años, de ciento ochenta a trescientos sesenticinco días multa e inhabilitación conforme al artículo 36, incisos 1, 2 y 4”.

El artículo 317 se modificó mediante el artículo 1 de la Ley N° 28355, que fue publicado el 06 de octubre de 2004, y que trajo como nueva tipificación la siguiente:

“El que forma parte de una organización de dos o más personas destina de cometer delitos será reprimido por el sólo hecho de ser miembro de esta, con pena privativa de la libertad no menor de tres ni mayor de seis años. Cuando la organización este destinada a cometer los delitos de genocidio, contra la seguridad y tranquilidad pública, contra el Estado y la defensa nacional o contra los poderes del Estado y el orden constitucional, la pena será no menor de ocho ni mayor treinta y cinco años, de ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días multa e inhabilitación conforme al artículo 36, inciso 1, 2 y 4”.

La modificación generó el cambio del tipo penal de agrupación ilícita, por el de asociación ilícita. Se introduce el término “organización”, lo cual guarda relación con los propios criterios de la Convención de Palermo.

En relación con el tratamiento jurisprudencial, es importante indicar que el Acuerdo Plenario 04-2006, en su fundamento 12, señaló lo siguiente:

“El delito de asociación ilícita (...) sanciona el solo hecho de formar parte de la agrupación -a través de sus notas esenciales, que le otorgan una sustantividad propia, de (a) relativa organización, (b) permanencia o estabilidad y (c) número mínimo de personas- sin que materialice sus planes delictivos. En tal virtud, el destino de asociación ilícita para delinquir se consuma desde que se busca una finalidad ya inicialmente delictiva, no cuando en el desenvolvimiento societario se cometen determinadas infracciones; ni siquiera se requiere que se haya iniciado la fase ejecutiva del mismo”.⁶

Posteriormente surgió una nueva modificación, la misma que se produjo con el artículo 2 del Decreto Legislativo N° 982, publicado el 22 de julio de 2007. Tiene relación sólo con el segundo párrafo y establece lo siguiente:

“El que forma parte de una organización de dos o más personas destinada a cometer delitos será reprimido por el sólo hecho de ser miembro de esta, con pena privativa de la libertad no menor de tres ni mayor de seis años. Cuando la organización esté destinada a cometer delitos previstos en los artículos 152 al 153-A, 200, 273 al 279-D, 296 al 298, 315, 317, 318-A, 319, 325 al 333; 346 al 350 o la Ley N° 27765 (Ley penal contra el lavado de activos) la pena será no menor de ocho ni mayor de quince años, de ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días multa e inhabilitación conforme al artículo 36 incisos 1, 2 y 4 imponiéndose además, de ser el caso, las consecuencias accesorias del artículo 105 numerales 2) y 4), debiéndose dictar las medidas cautelares que correspondan para garantizar dicho fin”.

⁶ Acuerdo Plenario N° 4-2006/CJ-116: https://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4_per_4-06.pdf. Visitada el 20 de abril del 2019.

Luego de las modificaciones normativas descritas, se produjo la entrada en vigor de la Ley N° 30077 “Ley Contra el Crimen Organizado”, publicada el 20 de agosto de 2013 y vigente desde el 01 de julio de 2014. El artículo 317 del Código Penal se modificó a razón de la primera disposición transitoria de la referida ley. Mediante la misma se agregaron verbos rectores al tipo penal, como son los de constituir, promover e integrar. Asimismo, en las circunstancias agravantes, se introdujo la calidad especial del agente como líder, jefe, dirigente o financista de la organización criminal. El tipo penal fue regulado de la siguiente manera:

“El que constituya, promueva o integre una organización de dos o más personas destinada a cometer delitos será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de tres ni mayor de seis años.

La pena será no menor de ocho ni mayor de quince años, de ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días multa e inhabilitación conforme a los incisos 1), 2) y 4) del artículo 36, imponiéndose, además de ser el caso, las consecuencias accesorias previstas en los incisos 2 y 4 del artículo 105, debiéndose dictar las medidas cautelares que correspondan en los siguientes casos:

- a) Cuando la organización esté destinada a cometer los delitos previstos en los artículos 106, 108, 116, 152, 153, 162, 183-A, 186, 188, 189, 195, 200, 202, 204, 207-B, 207-C, 222, 252, 253, 254, 279, 279-A, 279-B, 279-C, 279-D, 294-A, 294-B, 307-A, 307-B, 307-C, 307-D, 307-E, 310-A, 310-B, 310-C, 317-A, 319, 320, 321, 324, 382, 383, 384, 387, 393, 393-A, 394, 395, 396, 397, 397-A, 398, 399, 400, 401, 427 primer párrafo y en la sección II del Capítulo III del Título XII del Libro Segundo del Código Penal; en los artículos 1, 2, 3, 4, 5, y 6 del Decreto Legislativo 1106, de lucha eficaz contra el lavado de activos y otros actos relacionados a la minería ilegal y crimen organizado y en la Ley 28008, Ley de los Delitos Aduaneros, y sus respectivas normas modificatorias.
- b) Cuando el integrante fuera líder, jefe o dirigente de la organización.
- c) Cuando el agente es quién financia la organización”.

En adición a lo expresado, el Decreto Legislativo N° 1181, publicado el 27 de julio de 2015, incorporó dos agravantes al tipo penal de Asociación Ilícita. Éstas son el delito de sicariato (regulado en el artículo 108-C) y el delito de conspiración (regulado en el artículo 108-D). Se tiene como regulación que la organización criminal tenga como finalidad la comisión de dichos ilícitos.

Por último, se tiene que la última modificación se produjo por el Decreto Legislativo N° 1244, mediante su art. 2, que fue publicado el 29 de octubre de 2016, la misma que sólo cambió la denominación del delito de asociación ilícita para delinquir por la de “Organización Criminal”.

1.5. La Regulación Legislativa del Delito de Organización Criminal en el Derecho Comparado.

Existe en el derecho comparado, como base para el desarrollo del delito de organización criminal, los conceptos propios de lo que sería el crimen organizado y su implicancia de este, es decir siempre que se regula el delito de organización con fines delictivos, siempre tendrá como finalidad el crimen organizado. Sobre el particular, tenemos como punto de partida lo descrito por Montoya, “(...) el congreso al describir el crimen organizado, declaró que era el propósito de la Ley (RICO) alcanzar la erradicación de esta modalidad criminal en los Estados Unidos al proveer sanciones y nuevas soluciones para tratar con las actividades ilegales de aquellos involucrados”.⁷

Se advierte que como se trató con antelación, en Latinoamérica se atribuye la concepción de crimen organizado y su origen de éste a Estados Unidos, siendo que -como se observa en Argentina- también se toma como punto de partida para el conflicto.

Además, se puede considerar que a nivel global la Convención de Palermo es el punto común en el que se desarrolla los criterios actuales en las diversas legislaciones, porque se determina qué es lo que los Estados deben regular y cuál es la concepción que se debe adoptar, frente a ello se tiene lo siguiente:

⁷ Montoya, Mario D. Mafia y Crimen Organizado. Editorial Ad-Hoc. Buenos Aires. 2004. P. 252.

“(…) La Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional o Convención de Palermo (2000), ha sido determinante para la elaboración de esta clase de estatus especializados. Cabe recordar que las principales estrategias internacionales contra la criminalidad organizada que diseñó la Convención de Palermo fueron las siguientes:

1. Criminalización específica de los actos de promoción e integración en organizaciones criminales.
2. Creación de un espacio internacional contra la criminalidad organizada.
3. Aplicación de procedimientos especiales de pesquisa policial para infiltrar las organizaciones criminales.
4. Control sobre los capitales y fuentes financieras y logísticas de las organizaciones criminales.
5. Procedimientos especiales para la investigación preliminar y el juzgamiento de los integrantes de las organizaciones criminales.”⁸

Estos aspectos que han sido citados de la propia Convención de Palermo, nos advierten que el compromiso de los Estados sería llevar la legislación contra el crimen organizado. Sobre lo cual, podemos indicar que en el derecho comparado hay una coincidencia general de tipificar conductas propias derivadas del mismo, pero no basta con la sola tipificación; sino que por el contrario la investigación para determinar la existencia del delito, dada la connotación del mismo, no puede ser aplicada la investigación para cualquier delito de carácter común, y es ahí donde en nuestra realidad recién con la Ley N° 30077 se da una regulación propia del procedimiento para las técnicas especiales de investigación; si queremos ser más precisos recién con el Código Procesal Penal 2004 se establecen criterios para investigaciones de esta naturaleza. Esto debido a que cuando se celebra la convención de Palermo hasta el año 2004 la regulación procesal en nuestra realidad se daba con el Código de Procedimientos Penales, que como se podrá advertir no tenía un capítulo que desarrolle la prueba en el proceso penal.

Ahora bien, fuera de la investigación y los avances tecnológicos, que derivados al ámbito de investigación podrían ayudar a la búsqueda de la verdad en los delitos de organización criminal, como podría ser el uso de “drones”, frente a la búsqueda de pruebas en el

⁸ Prado Saldarriaga, Víctor R. Criminalidad Organizada – Parte Especial. Instituto Pacífico. Lima. 2016. P. 72.

proceso penal, debido a que los actos de investigación que deberían derivar en actos de prueba no pueden ser aplicados en similitud a cualquier proceso.

No obstante, más allá del ámbito probatorio, la regulación comparada nos debe llevar a determinar que se trata de un delito sistémico, cabe afirmar según Silva Sánchez lo siguiente: “Por tanto, el injusto sistémico es en sí un estado de injusto, que puede activarse en conductas, pero no tiene necesariamente que hacerlo”.⁹ Las conductas humanas pueden generar que se diversifique el accionar de la finalidad delictiva, pero ello no es necesario, solo basta los elementos propios del tipo.

De acuerdo con lo indicado se trata de una asociación mafiosa, bajo el vínculo asociativo y reglas específicas que determinan la lealtad de los integrantes. Este concepto se acerca a la visión italiana del crimen organizado, conforme se aprecia del tratamiento que le dan a su normativa, conforme se indicó en legislación comparada.

Se aprecia que la referencia va más allá de la sola organización o estructura, porque existen componentes que no pueden dejarse de lado como el denominado “pacto de silencio”, el secretismo propio con el que se desarrolló el fenómeno delictivo y la referencia propia de lo que son los actos de corrupción. Es necesario para que la organización pueda ejercer sus actos ilícitos que reciba de una u otra forma sostenimiento derivado de corrupción activa o pasiva, es decir que se busque o que se ofrezca, esto no ha sido desarrollado en extenso en las legislaciones comparadas ni en la propia, pero es uno de los componentes sobre los que más se tendría que trabajar en el ámbito del crimen organizado. Si llama la atención el último párrafo con relación a la obstaculización del ejercicio libre del voto, y esto nos lleva a lo que referimos sobre los actos de corrupción. Es bien sabido que existe en la realidad, el controlar de campañas políticas siendo que sobre las mismas podrían devolverse favores a futuro a los aportantes y esto puede ser bien aprovechado por las organizaciones delictivas, situación que apreciamos que tiene dirección sobre lo referido. Es importante indicar, que dentro de la interpretación

⁹ Silva Sánchez, Jesús-María. ¿Pertinencia” o “intervención? del delito de pertenencia a una organización criminal’ a la figura de la ‘participación a través de la organización’ en el delito», en Octavio de Toledo y Ubieta, Emilio / Gurdiel Sierra, Manuel / Cortés Bechiarelli, Emilio (Coords.), Estudios penales en recuerdo del Profesor Ruiz Antón, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.P. 1076.

realizada por si solo se puede advertir que la banda criminal en su concepción normativa no cumpliría, incluso, con lo descrito en el ámbito comparado.

1.6. La Regulación Legislativa del Delito de Banda Criminal en el Derecho Comparado.

Habiendo establecido el origen de los ilícitos de organización criminal y banda criminal en la legislación peruana, es necesario realizar un análisis de los cuerpos legislativos internacionales.

a. Código Penal Argentino. No se encuentra regulado el delito de banda criminal de manera autónoma o independiente, puesto que se encuentra contenido dentro del delito de asociación ilícita en el artículo 210°, estableciendo lo siguiente:

“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 (...)”.¹⁰

Tenemos así que el concepto de banda se encuentra equiparado al de asociación, sin hacer distinción alguna.

b. Código Penal Boliviano. El presente cuerpo legislativo, al igual que el argentino, no regula de manera independiente la banda criminal, puesto que esta figura se encuentra dentro de lo que denominan “Asociación Delictuosa”, contemplada en el artículo 132°, siendo ello así tenemos lo siguiente:

“El que formare parte de una asociación de cuatro o más personas, destinada a cometer delitos, será sancionado con reclusión de seis meses a dos años o prestación de trabajo de un mes a un año. Igual pena se aplicará a los que formaren

¹⁰ Código Penal Argentino: <https://iberred.org/sites/default/files/codigopenalargentino.pdf>. Visitada el 26 de abril del 2019.

parte de bandas juveniles con objeto de provocar desórdenes, ultrajes, injurias o cualquier otro delito”.¹¹

De lo anterior, tenemos que el concepto de “banda” se toma sólo para hacer alusión a un tipo de asociación delictuosa como las bandas juveniles.

c. Código Penal Colombiano. Al igual que los otros cuerpos legislativos no posee una concepción independiente de banda criminal. El término “banda”, aparece regulado en el artículo 341°, de la siguiente manera.

“El que organice, instruya, entrene o equipe a personas en tácticas, técnicas o procedimientos militares para el desarrollo de actividades terroristas, de escuadrones de la muerte, grupos de justicia privada o bandas de sicarios, o los contrate”.¹²

d. Código Penal Español. Se encuentra regulada la figura de asociaciones ilícitas, asimismo se tiene como una de las causales lo que se denomina: bandas armadas. Es así que tenemos lo siguiente:

“Son punibles las asociaciones ilícitas, teniendo tal consideración:

1º Las que tengan por objeto cometer algún delito o, después de constituidas, promuevan su comisión, así como las que tengan por objeto cometer o promover la comisión de faltas de forma organizada, coordinada y reiterada.

2º Las bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas”.¹³

Como podemos ver, se encuentra regulada la figura de “banda”, sin embargo, se encuentra inmersa dentro de lo denominado asociaciones delictuosas.

Podemos concluir así que el Derecho Comparado, a diferencia del peruano, no regula a la banda criminal como delito autónomo o independiente, sino que se encuentra inmerso dentro de la denominada asociación ilícita.

¹¹ Código Penal Boliviano: <https://iberred.org/sites/default/files/codigopenalboliviano.pdf>. Visitada el 26 de abril del 2019.

¹² Código Penal Colombiano: <https://iberred.org/sites/default/files/codigo-penal-de-colombia.pdf>. Visitado el 26 de abril del 2019.

¹³ Código Penal Español: <https://iberred.org/sites/default/files/codigo-penal-en-vigor.pdf>. Visitada el 26 de abril del 2019.

1.7. El Delito de Organización Criminal, su Naturaleza Jurídica y la Aplicación en el Perú.

1.7.1 La Naturaleza Criminológica de la Organización Criminal.

Para Medina Ariza, existen tres factores que están relacionadas al crimen organizado, los cuales son los siguientes:

“Primero, la teoría criminológica tradicional y la mayor parte de la teoría criminológica contemporánea contribuyen de forma más compleja con la aplicación del delito de crimen organizado, puesto que lo fundamental lo ha formado la delincuencia callejera. En segundo lugar, más difícil resulta la aplicación de los métodos de investigación tradicionales al estudio del crimen organizado. Mientras que las encuestas de victimización y las encuestas de autoincriminación gestionan una oportunidad al estudio de la delincuencia común, la aplicación al crimen organizado resulta mucho más limitada. En tercer lugar, la criminología española, pese a sus escaseces, se ha desarrollado de forma más notable en las áreas en los que existe mucho más conocimiento y una literatura más adelantada en el ámbito comparado”.¹⁴

Mientras que para Alfredo Dagdug, el crimen organizado presenta tres grandes interrogantes en la investigación Preliminar, las cuales son descritas de la forma que se detalla a continuación:

“¿Cómo, dónde y por qué ha nacido el crimen organizado? y, por último, ¿Qué características en común tienen todas las formas de la delincuencia organizada?”¹⁵

A lo ya expresado Dagdug Kalife refiere:

“el crimen organizado no se puede dar a entender que se origina históricamente basados en una fecha y lugar, sino de que procede de sucesos los cuales pueden ser políticos, económicos, sociales y culturales, que ha ido desarrollando gradualmente, que en cierta medida se sigue sembrando la modalidad delictiva.

¹⁴ Juan J. Medina Ariza. Una introducción al estudio criminológico del crimen organizado, en Ferré Olivé y Anarte Borrillo (eds). Delincuencia Organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos. Fundación el monte. Madrid. 1999. P.109 - 110.

¹⁵ Dagdug Kalife, Alfredo. La prueba testimonial ante la delincuencia organizada. Editorial Porrúa. Ciudad de México. 2014. P. 5.

Siendo que un ambiente político, económico y socialmente inestable, que incitaba desagrados y el rechazo de la sociedad en contra de quienes mostraban el poder, facilitando, ayuda a quien fuera en contra del sistema. Lo mismo ha sucedido y acontece cuando existen pugnas por el poder entre diversos grupos, los cuales invocan la ayuda de otros, como mecanismo de presión política”.¹⁶

En el delito de organización criminal su sentido criminológico, donde los componentes de éste nos lleven a entender de qué se trata de una pugna de poder, el mismo que busca como materialización de las conductas, la finalidad delictiva para la que fue creada. Se asocia que la misma es de naturaleza pecuniaria, pero no podemos limitar el concepto a ese escenario, porque existen fines distintos como se da con los actos terroristas que buscan llegar al gobierno o pretenden regular una creencia religiosa por medio de la fuerza. Uno de los componentes de mayor complejidad es que muchas veces las organizaciones delictivas se crean, pero solo con la finalidad de generar actos contrarios a la ley que sólo buscan acabar con el fenómeno inicial. Esto ha sucedido en Colombia por citar un ejemplo donde surgió la organización denominada “Los Pepes”, que buscaban acabar con Pablo Escobar, quien había adoptado la hegemonía del tráfico ilícito de drogas entre otros delitos a través del Cartel de Medellín.

La realidad del ejemplo citado no es ajena en nuestra realidad, se sigue un proceso penal contra un grupo de efectivos policiales que habrían integrado de manera paralela un grupo ilícito, cuya finalidad era abatir a los delincuentes de una zona del país, para ser específicos en la zona norte. Se le denominó al mismo el “escuadrón de la muerte”; en esas circunstancias de ser cierta la hipótesis fiscal, porque como indicamos el caso se encuentra en investigación, resulta necesario advertir que es un claro ejemplo que no toda agrupación que podría generar un delito organizado tendría sólo fines económicos.

Los autores citados coinciden en que debe entenderse por qué se forja el crimen organizado y el Estado debe dar una respuesta al mismo para precisamente poder combatirlo, pero resulta una situación obvia que “desarticular” a una organización delictiva no es una tarea fácil para el persecutor del delito, porque la realidad nos muestra

¹⁶ Dagdug Kalife, Alfredo. La Prueba Testimonial ante la Delincuencia Organizada. Editorial Porrúa. Ciudad de México. 2014. P. 5.

que en muchas ocasiones la organización se enquistó en el pueblo; es decir, la comunidad lo avala y lo necesita.

Esta afirmación no es otra cosa que ver la realidad sucedida en los últimos años en el país, donde en determinados lugares un gobierno local le daba beneficios a grupos de delincuentes para que trabajen todos de manera conjunta, es decir, el órgano estatal absorbía a un grupo delictivo con la finalidad de que la delincuencia esté de su lado, esto para tenerla controlada en lo que requiere. Existen diversas investigaciones en la actualidad sobre estos temas, por citar un caso, debemos mirar lo que sucedió en la Provincia Constitucional del Callao. Sobre el ejemplo citado, se puede ver que el fenómeno social de la delincuencia común ya busca realizar determinados pactos en algunos casos con órganos de gobierno, con la finalidad de dar apoyo popular y que luego la administración estatal le retribuya el servicio realizado en beneficio de la elección. Esta situación se volvió una costumbre social, por una simple conclusión: la delincuencia organizada busca nuevas formas para seguir en sus operaciones delictivas.

1.7.2 La Naturaleza Jurídica del Delito de Organización Criminal.

1.7.2.1 Delito de Peligro Abstracto

Paucar Chappa cita la siguiente jurisprudencia recaída en el Expediente N° 11-01 -Lima, Resolución de fecha 28 de junio de 2004, la que en su fundamento jurídico 11.9 refirió lo siguiente:

“Este tipo penal, conforme ha sido uniformemente aceptado, es un delito de peligro abstracto, debido a que no resulta pertinente la exigencia de la real materialización de un hecho lesivo concreto, es más, ni siquiera el inicio de ejecución, razón por la que esta circunstancia a título genérico de los delitos contra la tranquilidad pública, bien jurídico de amplio espectro que determina la funcionalidad del tipo sobre la base de diferentes y complejas perspectivas que depara el concepto de tranquilidad pública”.¹⁷

El tratamiento del injusto penal es de peligro abstracto porque se sanciona la sola conducta sin la necesidad que la organización lleve a cabo la finalidad para la que fue

¹⁷ Paucar Chappa, Marcial. El Delito de Organización Criminal. Editorial Ideas. Lima. 2016. P. 54

constituida. Esto por la propia regulación normativa del tipo penal, en la cual se aprecia que no debe tener una consecuencia, frente a la conformación de ésta, se sanciona la sola existencia. En este punto, resulta importante abordar si los efectos de la sola presencia de una organización criminal serían los mismos que en el caso de una banda criminal.

Sobre la redacción de la norma y la cual sanciona la posibilidad de que dos personas se agrupen con el afán de cometer delitos sin que reúnan los requisitos de la organización criminal, es lo que nos lleva a cuestionar el contenido normativo con la presente investigación.

Ahora bien, en relación con el delito de organización este cumple con ser un peligro abstracto porque vulnera a los bienes jurídicos que son el objetivo criminal generan que la sola existencia de esta ya sea un peligro latente sin que se generen los mismos; pero esto no puede ser aplicable a cualquier concierto de personas, más aún que no se cumpla con una estructura y medios para que se configure la finalidad delictiva. De lo contrario, se llevaría al absurdo de sancionar conductas que no tendrían repercusiones penales o tener investigaciones a una probanza casi imposible, cuando los elementos del tipo no nos determinan qué es lo que persigue el delito.

1.7.2.2 Delito Autónomo

Tiene sustento con lo determinado en el Acuerdo Plenario 08-2007, en el que se concluyó que no pueden existir imputaciones paralelas de cargos entre el delito de asociación y robo con la agravante de pertenecer a una organización criminal (se precisa que el acuerdo plenario llevaba ese punto como tema). Finaliza que no puede ser un concurso real, ni ideal; sino, como se advierte, un concurso aparente.

En el Recurso de Nulidad N° 3102 2009-Lima, de fecha 10 de marzo de 2010, fundamento sexto, se establece lo siguiente:

“El delito de asociación ilícita para delinquir, con arreglo al artículo 317 del Código Penal, es un injusto de organización. El sujeto activo debe pertenecer a la misma, estar integrado a ella, ser miembros activos de la asociación. No tiene estatus el mero colaborador, extraño a la organización -el tipo legal analizado no criminaliza al colaborador, sólo al integrado o miembro de la organización”.

Si bien la jurisprudencia cita lo que sería la denominación de la calificación jurídica anterior a la modificación (asociación ilícita para delinquir), se advierte que se descarta la posibilidad de la sanción de los partícipes, se debe tener en cuenta que a la fecha el tipo penal sancionaba el integrar y no colaborar. Existen circunstancias en las cuales algún miembro de la organización no participa ni interviene de forma activa, pero es parte de ésta; en ese caso, la autonomía del delito implica que en independencia del delito que generaría el concurso, el delito de organización criminal es sancionado exista o no el delito posterior.

En octubre del 2016 se realizó un operativo policial en la localidad de Puerto Maldonado, ahí se efectuó la detención preliminar de más de veinte personas que estarían implicadas en el robo al Banco de la Nación de la zona. Entre los intervenidos había efectivos policiales, así como civiles. Este caso fue denominado como “Norteños y Guarayos”. No obstante, se pudo advertir en las imputaciones sobre los mismos que no la totalidad de investigados habría participado en el delito de robo agravado, sino que ha varios de ellos sólo se le imputaba formar parte de la organización criminal. Esto nos lleva al marco de independencia como característica del injusto; no es necesario que siendo parte de la organización intervenga como autor o participe en la comisión de otro delito, para que recién se establezca que es parte del delito de organización criminal.

1.8. Definición del Concepto de Crimen Organizado.

Definir crimen organizado resulta más complejo aún que la propia definición de la calificación jurídica que se deriva del mismo, donde antes tenía la denominación de asociación ilícita para delinquir, y que hoy está tipificado como el delito de organización criminal. Esto debido a que el crimen organizado es la base del fenómeno social de la delincuencia organizada, la cual puede ser interpretada de diversas formas, pero todos ellos nos llevarán a lo que se trata de denominar, lo cual es, la pluralidad de agentes que de manera organizada buscan realizar delitos de carácter complejos, con una finalidad determinada.

En los diversos conceptos que podemos encontrar es preciso mencionar a Florian, quien indica que:

“(…) en el ámbito popular, crimen es igual a un hecho contrario a la Ley penal, de máxima gravedad. En su evolución histórica, el vocablo simbolizo inicialmente el *publicum iudicium*, pasando después a designar la materia misma de los juicios públicos; es decir, el delito grave castigado por el Estado, por causa de interés público, mientras que la palabra delito supuso el hecho que daba lugar a un simple juicio penal pretorio”.¹⁸

El concepto de crimen organizado se encuentra ligado, en consecuencia, a lo que sería su adecuación típica propia que es el delito de organización criminal, con lo que se puede determinar que la conducta desplegada por parte de los intervinientes es el crimen organizado, el cual deberá responder a la calificación típica, pero que tiene su esencia en dicho comportamiento.

Al respecto, Peña Cabrera Freyre señala lo siguiente:

“Pongamos bien el acento, en algo de relevancia, no toda estructura delictiva compuesta por una pluralidad de personas, encaminadas a obtener fines lucrativos, a través de la perpetración de una pluralidad de delitos puede ser concebida como «Crimen Organizado», sino que este debe responder a una serie de criterios a saber. De ahí, que adelantándonos, somos de la firme convicción, que un grupo delincuencial, para que pueda ser refundido bajo la definición indicada, debe contar con todo un andamiaje estructural, que le permita -precisamente-, perpetrar una pluralidad de delitos, esto implica la existencia de una plataforma organizacional basada en una estructura piramidal, sostenida sobre relaciones jerárquicas, -tanto de plano horizontal como vertical-, no concebimos a una Criminalidad Organizada, donde todos sus miembros estén al mismo nivel de dirección, tiene que identificarse una cúpula, un mando superior desde donde se planifican todas las acciones, mandos medios -transmisores de la orden-, y

¹⁸ Florian, E., Diritto penale Parte General. Tomo I. Editorial Francesco Vallardi. Roma 1915. P. 372.

mandos operativos, quienes materializan los planes criminales; por ende, ha de subyacer un mando que ejerza el poder y otros que los ejecuten".¹⁹

Lo antes citado corresponde a lo concerniente a la preparación de jueces y fiscales en la Academia de la Magistratura, sobre el concepto de crimen organizado, el mismo que fue utilizado entre el año 2016 y 2017, es decir cuando ya se había producido la modificatoria del tipo penal de organización criminal y la existencia de la Ley N° 30077. Sobre el mismo, se aprecia que la base del concepto de delito de organización es el crimen organizado, pero el autor refiere que no se trata de cualquier conducta por una pluralidad de agentes con fines de pluralidad de delitos sino que debe tener ciertos componentes que deben ser analizados situación que permite un análisis posterior si el delito de banda criminal también sería crimen organizado.

En conclusión, el crimen organizado es la base del delito de organización, pudiendo ser denominado asociación ilícita para delinquir u organización criminal, pero estas últimas concepciones no serían posibles si no existiera el fenómeno social del primero.

1.9.La Estructura Típica de la Organización Criminal.

1.9. 1. Tipologías Conductuales de la Criminalidad Organizada

Al ser un delito de carácter complejo, las diversas formas de actuación o dentro del marco de su estructura, deriva en que su funcionamiento se desarrolle sobre diversas tipologías, las cuáles tanto en doctrina, como dentro del análisis de los expresado por las Naciones Unidas, nos llevan a determinar que existen diversas formas de comportamiento de la criminalidad organizado dentro de su factor estructural, lo que se denomina, conforme se indico como tipologías. Dentro de la investigación sobre las mismas se coincide que existen hasta 05 formas en las que se representaría el crimen organizado, las cuales son las siguientes:

- Tipología 1: Se refiere a la jerarquía piramidal. Una pirámide es una estructura escalonada que va de menos a más. Es también conocida como la concepción clásica o estándar, la tipología más común se caracteriza por una estructura rígida y fuertemente

¹⁹ Peña Cabrera Freyre, Alonso Raúl. Curso Crimen Organizado AMAG. Manual Auto Instructivo. Lima. 2016. P. 16-17

jerarquizada. En consecuencia, su principal característica es el tener un líder o conjunto de ellos (cúpula) posicionada en la vertiente alta.

La composición de la misma, también es una característica importante y sobre el particular “suelen presentar las organizaciones piramidales son un amplio número de integrantes (generalmente entre 50 y 200 miembros), con asignación de roles muy definidos y alto grado de especialización de los integrantes.”²⁰

De acuerdo con lo que se denomina la estructura piramidal es la forma más común en una organización delictiva, se trata de una estructura de carácter muy similar a la empresarial, concepto que arribamos porque la estructura depende de un orden que se debe seguir de manera estricta para el cumplimiento del objetivo. Se puede apreciar que el concepto nos lleva a un análisis de lo que se denomina la empresa criminal, criterio actual pero histórico de lo que eran las familias criminales, donde siempre tiene que haber una cabeza de dirección, ejecutores y una última línea que es la que cumple con la ejecución.

Es frecuente que los miembros estén unidos por lazos familiares o étnicos, o de procedencia social y asimismo es frecuente el uso de la violencia, tanto a nivel interno, como a nivel de las actividades delictivas mediante su uso o amenaza de uso, es así como ejercen control territorial.

- Tipología 2: Jerarquía regional. Nuevamente nos encontramos ante una estructura vertical con un líder o cúpula en la cúspide, y nuevamente presenta una estricta disciplina interna y subordinados bajo la concepción imperativa del control de conducta en la misma. Sin embargo, el funcionamiento interno difiere de la piramidal atendiendo a qué partiendo del mando central, la organización se estructura mediante subestructuras regionales. Se le asigna a diversos grupos de la misma diversos territorios.

Se trata de una variante de la estructura vertical que se basa en actos criminales que serían transnacionales siendo el comando de operación en un lugar determinado, pero se ha diversificado enquistándose en otros lugares donde se cumplen ordenes, pero bajo una administración distinta. Si nos permitimos citar un ejemplo, es el fenómeno de

²⁰ Merino, Joaquín y Paino, Francisco. Lecciones de Criminalidad Organizada. Servicio Publicaciones Facultad Derecho Universidad Complutense Madrid. 2016. P. 49.

organización criminal del “Caso Oderbretch”, donde el funcionamiento principal de la empresa era en Brasil, pero operaban sucursales empresariales en diversos países, que según la tesis fiscal en los diversos casos que se investigan, tenían un fin común que era ganar la ejecución de obras a través de acuerdos ilícitos con diversos personajes políticos o empresarios vinculados a los mismos.

- Tipología 3: Denominada como jerarquía de racimos; realmente no es la estructura de una organización criminal, sino su estructura se caracteriza por la suma de múltiples organizaciones criminales que asumen un proceso de corporación, de manera que cada una de ellas tiene una representación. Esto se produce por la actuación del líder de la misma, quien la representa frente a las demás.

Este tipo de organización fue muy común en el Tráfico Ilícito de Drogas, donde se necesitaban diversos aportes de varios ejes delictivos, como es: suministrar la materia prima, elaboración de la droga, colocación de esta en un determinado lugar que genere la rentabilidad económica y finalmente la conversión del dinero ilícito en lícito mediante otro delito que es el blanqueo de capitales o lavado de activos, como lo conocemos en nuestra legislación. Cada uno depende del otro, para poder operar, no necesariamente la organización criminal se dedicaría a todas las actividades ilícitas, pero sí la estructura tiene un esfuerzo múltiple con un afán similar.

- Tipología 4: Grupo horizontal, que también se le conoce como central. La organización se su agrupa por miembros menores a los de otras tipologías, diversos autores consideran que deben ser menos de 20. Su forma de gobierno se da muchas veces por un consejo que haría la función de un directorio.

Esta concepción de tipo de organización es posible, pero no común. Encontramos más afinidad de ésta dentro del delito de banda criminal; con lo que queremos afirmar que la estructura horizontal en si no es una estructura, porque no existe un orden de jerarquía, sino que cada uno de los miembros está en la misma línea que el otro, por lo cual, el cumplimiento de funciones va más por actos ilícitos de coautoría que cumplimiento de mando. Ahora bien, se indica de acuerdo con el criterio expresado, que no consideramos que podría haber autoría mediata, como si en la estructura vertical, porque el haber un jefe que dé la orden de ejecutar determinado acto, requiere necesariamente de un

escenario vertical, en cambio, la característica de la tipología horizontal nos lleva a un acuerdo común con una finalidad determinada.

- Tipología 5: Red criminal, es la más compleja tipología. Asimismo, tiene una característica flexible. Por su magnitud también puede carecer de nombre que los identifique. De otro lado, a diferencia de las tipologías anteriores su principal característica es la mutabilidad, que les permite que la desaparición de algunos de estos sujetos sea sustituida por otros, lo que les permite reestructurarse de manera continua e indefinida.

Cuando nos referíamos que la búsqueda del poder es una de las características de una organización criminal, guarda sustento cuando la estructura llega a posicionarse más allá de lo que requiere para su posición delictiva, esto es, cuando abarca instituciones públicas o privadas para tener un control que va más allá de su finalidad delictiva. Esto, por ejemplo, lo advertimos de antecedentes con el fenómeno de los carteles de droga en Colombia, donde el jefe buscaba presencia política para operar tranquilo en un determinado sector, y es que abarcar altos mandos les permitía tener el control de ciertos sectores, que podrían vigilar o fiscalizar sus actividades ilícitas. Como se puede apreciar, tiene su esencia en los actos de corrupción para poder generar el concepto propio de las “redes”, que no son otras situaciones sociales que la extensión del crimen organizado en posiciones estratégicas para controlar esferas que van más allá de su negocio delictivo.

Para poder llegar a determinar que existen esas clases de tipologías frente a la estructura de una organización criminal, la doctrina coincide entre las posiciones del autor peruano Prado Saldarriaga, así como los autores colombianos Merino y Paino. Es preciso indicar, en adición a lo señalado, que el Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú -IDEHPUCP, en artículo denominado Criminalidad Organizada, Funcionarios Públicos, Estado y Sociedad, mantiene la posición sobre la estructura de la organización criminal.²¹

1.9.2. La Víctima en la Delincuencia Organizada

²¹ [www.idehpucp.pucp.edu.pe/uploads/2012/07/Quispe, Diana. Artículo2criminalidad organizada – IDEHPUCP](http://www.idehpucp.pucp.edu.pe/uploads/2012/07/Quispe_Diana_Articulo2criminalidad_organizada_IDEHPUCP). Visitada el 30 de abril de 2020.

En la concepción del crimen organizado no hay una sola víctima. En sí, el principal agraviado es la sociedad, así de abstracto es que se determina al agraviado, porque recordemos que la sola existencia ya genera una afectación. No obstante, la realización de su finalidad delictiva, al ser compleja, tiene una dañosidad mayor, es pluriofensiva en todo su contexto.

El concepto que puede definir a la víctima de manera general y donde se puede apreciar uniformidad en las diversas legislaciones, es que será la persona que se ve afectada por un delito. De esta concepción a nivel jurídico se puede asociar que existiera un concepto adicional de la víctima en la diferencia en el grado de víctima, porque no sería lo mismo en los casos de delitos contra la vida, donde los herederos legales son los afectados por el hecho, pero la acción delictiva recayó sobre el occiso. Con este ejemplo, podemos apreciar que el crimen organizado nos afecta a todos, pero determinadas acciones tienen una víctima en especial.

Sucede qué ante las variantes en las diversas formas delictivas de una organización criminal, no se puede determinar a un grupo específico con fines que en el estudio criminológico se puede entender los motivos que llevan al conjunto de personas a delinquir. Esto es una situación particular frente a otros delitos, porque existen diversas manifestaciones en la actuación del crimen organizado. No obstante, si se puede enfocar a que existan grupos de víctimas por un determinado sector poblacional en función de la finalidad delictiva.

En la realidad nacional podemos tomar como ejemplo lo sucedido con respecto al delito de terrorismo, el mismo que generó en su momento pánico y zozobra en la sociedad. Como se indicó, la principal víctima es la sociedad en su conjunto, pero existían actos determinados, como podía ser un secuestro, que afectaba a una persona determinada, y la afectación ahí si era dirigida, pero sus actos no necesariamente debían tener una víctima en específico.

Asimismo, en función a lo expresado existen actualmente otros grupos de víctimas determinados por la finalidad delictiva del crimen organizado, en ese caso tenemos la trata de personas y esclavitud sexual, la cual es la modalidad que mayores ganancias ilícitas les produce. Así como desde el enfoque criminológico de la víctima, las que

mayores daños emocionales y físicos podría generar hoy en día, tanto así que existe un enfoque donde se buscan de manera exclusiva menores para sacarle el mayor provecho económico, siendo el daño mayor no solo al agraviado sino a todo su entorno.

La BBC de Londres a través de una publicación en el año 2016 estableció que el negocio más rentable seguía siendo el narcotráfico, seguido de la falsificación, pero en tercer lugar se encontraba el tráfico de personas. Con ello, se puede afirmar lo expresado en el párrafo anterior, bajo la concepción de que la víctima en la trata de personas deja de ser un contexto donde el agraviado es abstracto para ser un determinado, al ser una persona y no la sociedad.²²

En la realización de delitos complejos que tiene a una víctima específica como es el caso de un robo, asesinato, extorsión entre otros, la cuantificación del daño generado, que de por sí ya es complicado, puede tener un alcance más cercano para determinar el mismo; pero situación contraria sucede por ejemplo con actos de corrupción de la organización, porque acá hay una doble afectación a la sociedad, por un lado, la sola existencia de la organización y, por otro, el acto de corrupción para su finalidad delictiva, la misma que podría ser patrimonial o de otra índole.

La primera de las referidas en atención por ejemplo al ganar una licitación dirigida y sin el cumplimiento de la ley, para beneficiarse económicamente y la segunda por mencionar una posibilidad didáctica, cuando un partido político pretende manipular el escrutinio de votos para seguir enquistándose en el poder.

Dentro de la Concepción de Palermo, se obliga a que los estados atiendan a las víctimas, porque son parte del problema, es el lado más débil y del que muchas veces no se recuperan, porque los actos delictivos derivados del crimen organizado, al ser delitos graves, generan secuelas de igual índole. Situaciones contrarias sobre el deber el Estado ha generado diversas sentencias de la corte Interamericana de Derechos Humanos, donde el estado abandono a las víctimas y no les dio un trato digno, y es que, si queremos que el estado afronte el problema complejo de este fenómeno, no puede olvidarse de los

²² https://www.bbc.com/mundo/noticias/2016/03/160316_economia_crimen_organizado_mj. Visitada el 30 de abril de 2020.

afectados frente al mismo, pero dentro del daño, podemos apreciar que, si bien toda la sociedad es víctima, siempre habrá alguien que tiene mayor afectación frente al hecho.

1.10. Los elementos intrínsecos de la Organización Criminal.

Como se ha sostenido la organización criminal tiene componentes especiales para demostrar su existencia, y la gravedad de esta; en consecuencia, solo podrá existir una empresa criminal cuando reúna ciertos requisitos especiales, y son ellos los que se denominan sus elementos. El término intrínseco lo anotamos, porque los elementos de la organización criminal son propios de la naturaleza de este, por lo que no puede equipararse a otras figuras, y es ahí donde se puede atribuir aspectos críticos que le realizamos en la presente a investigación, que sobre el mismo se derivan a la banda criminal.

En el ámbito jurisdiccional existe la justicia especializada en delitos de crimen organizado, esta es la Corte Superior Nacional de Justicia Penal Especializada, la misma que fue creada el 27 de diciembre de 2018 mediante Resolución Administrativa N.º 318-2018-CE-PJ. Antes de la vigencia de esta, su competencia se ejercía a través de la Sala Penal Nacional y juzgado especializados en dicha materia. En la jurisprudencia aportada por el órgano jurisdiccional se tiene un caso que llegará a la Corte Suprema, y que ante la revisión de esta generó jurisprudencia sobre los elementos de la organización criminal deben tener las siguientes características: “(i) constitución por tres o más personas; (ii) estabilidad institucional en el tiempo; (iii) reparto de tareas o funciones entre los miembros; y, (iv) destinada a cometer delitos, es decir el fin delictivo”.²³

La importancia de la jurisprudencia nacional también se ve reflejada en el Acuerdo Plenario emitido por la Sala Penal Nacional, el cual nos señala que la estructura de la organización criminal puede deducirse a partir del análisis de las tareas conjuntas y actividades que realizan sus integrantes. De lo expresado, no se puede determinar la estructura de esta con el solo organigrama, el cual, si bien es necesario para determinar la tipología de la organización, no basta para poder adecuar el tipo. Es más, se realiza a

²³ R.N ° 1802-2018 Sala Penal Nacional.

través de este, la crítica del uso por si solo de los organigramas de las instituciones públicas o privadas, para con solo ello, imputar el elemento estructural.²⁴

Como se puede apreciar la jurisprudencia ha fijado límites sobre los que se debe entender la estructura de la organización criminal, no solo con jurisprudencias de casos en concreto sino ya a través del referido Acuerdo Plenario, que busca uniformizar la jurisprudencia, dentro de los alcances estructurales del tipo. Situación que no se da en el caso de la banda criminal conforme hemos desarrollado.

En la realidad nacional hemos podido advertir que en una de las zonas donde mayor concentración del crimen organizado se ha visto reflejado en el país, es en el norte. Sobre lo cual se han realizados trabajos arduos por parte de la fiscalía contra el crimen organizado para tratar de frenar este flagelo. En la búsqueda de información se ha podido encontrar que en doctrina nacional se deriva a lo expresado en el Acuerdo Plenario 01-2017 para estimar como razonables, los criterios del concepto estructural de la misma. Esta afirmación viene a razón de un artículo publicado por Casas Ramírez, fiscal adjunto provincial de la fiscalía especializada en delitos de criminalidad organizada de Chiclayo.²⁵

Siendo ello así, no bastará la sola presentación de un organigrama, sino que será necesario probar dichas actividades para así acreditar la estructura de la organización criminal. Para Zuñiga Rodríguez, existen tres elementos básicos que se consideran indispensables: la organización, la finalidad delictiva y la comisión de delitos graves, los cuales son los siguientes: “La estructura criminal tiene reglas propias para regular sus relaciones internas y las relaciones con el exterior, aunque esto forma parte del acuerdo societario criminal; la permanencia o estabilidad de la organización, denota una estructura que posee un poder de autoconservación, es una institución distinta a sus miembros significa que esta permanece más allá de la entrada o salida de sus miembros. Esto es, de acuerdo con el grado de poder de decisión y al rol de dirección que tenga en la

²⁴ Acuerdo Plenario emitido por la Sala Penal Nacional N° 01-2017-SPN

²⁵ Casas Ramírez, Wilfredo. La Estructura como elemento normativo del delito de Organización Criminal. Gaceta Penal y Procesal Penal. Agosto 2018. Lima. Pág. 96.

organización, en función de la tarea asignada, los miembros pueden ser más o menos fungibles”.²⁶

Como se puede apreciar en la estructura, no puede denominarse organización criminal a la sola unión de personas que vayan a cometer un delito. Sino que son realizados por una finalidad específica. No se trata de que los integrantes actúan por voluntad propia, sino que la misma está empeñada a terceros, y que tiene una vinculación muy similar al trabajo de una persona en una empresa, donde se registra su llegada, su salida, reporta las acciones realizadas, tiene obligaciones determinadas, y deberes dentro la misma, pero con la gran diferencia que el objeto social es ilícito, y que todos trabajan para lograr el posicionamiento de la organización, porque a través del éxito ilegal de la misma, todos seguirán lucrando o teniendo la satisfacción de conseguir el logro buscado.

En razón a lo que corresponde a la finalidad delictiva, no se puede tratar de delitos de bagatela o simples conductas delictivas, que pueden ser manejadas con salidas alternativas o mecanismos de simplificación procesal, se trata de conductas graves y de carácter complejo. Es aquí la principal diferencia con el delito de banda criminal, donde el mismo no puede tener una finalidad delictiva de carácter complejo que la organización criminal, porque necesariamente requería de una estructura de mayor alcance, que la sola existencia de la banda no tendría. No obstante, el Acuerdo Plenario 08-2019, le da una interpretación distinta que no compartimos, lo cual lo desarrollaremos posteriormente.

1.11 Los Fines de la Organización Criminal.

Dentro del enfoque criminológico, abordamos criterios sobre la existencia social de la organización criminal y sobre lo que busca dentro de sus operaciones ilícitas. Sin perjuicio de ello, el delito de organización debe perseguir una finalidad común de acuerdo con la naturaleza de esta. En nuestra legislación, si advertimos la regulación propia del delito, vemos que entre la asociación ilícita y la organización criminal existen divergencias entre la finalidad que cada uno buscaría. Esto debido a que la regulación actual no sólo busca una asociación de sujetos con fines delictivos, sino que debe tener

²⁶ Zuñiga Rodríguez, Laura. Criminalidad Organizada y Sistema de Derecho Penal Contribución a la Determinación del Injusto Penal de Organización Criminal. Editorial Comares. Granada. 2009. P. 269.

características particulares conforme hemos venido sosteniendo, que terminan por ser reiteradas en la Ley N° 30077.

Al respecto Prado Saldarriaga, refiere lo siguiente:

“(…) las sucesivas reformas introducidas en el artículo 317° también han afectado reiteradamente la composición del catálogo de circunstancias agravantes específicas. En efecto, entre los cambios más importantes ocurridos en este dominio, como consecuencia de la promulgación del Decreto Legislativo 1244, destaca la eliminación de aquella circunstancia agravante que tomaba en cuenta la finalidad delictiva de la organización criminal”.²⁷

Existe en ese sentido, que la finalidad de la organización criminal estaría directamente ligada con la agravante cualificada que regula el Código Penal, porque es el delito posterior a la sola existencia de esta. En consecuencia, todo acto que realiza la organización debería estar regulado de manera independiente pero no solo como una conducta base, sino como agravante cualificada. Este último concepto se refiere, precisamente, a que es el grado de afectación mayor al bien jurídico por la forma en la que se desarrollaría el delito, siendo que el legislador le dio mayor intensidad a lo realizado por una organización criminal. Es menester indicar que no todos los delitos tienen agravantes cualificadas por organización criminal.

En relación con la comisión de delitos graves, podría entenderse que la organización criminal podría no sólo realizar estos, sino también otros delitos menores. De acuerdo con el análisis realizado, mantenemos la posición de que la organización criminal sólo puede realizar delitos graves, o que los delitos que no sean graves y sean realizados sean una consecuencia para llegar al de mayor intensidad. En ese sentido, no sería lo mismo el grupo de personas que se dedican al robo de auto partes de carros, la posterior venta de las mismas y la obtención de ganancias, que el grupo de personas que invirtió en la logística necesaria para dedicarse a esa finalidad, que coloca de manera específica el bien y que además de ello busca el convertir el dinero ilícito en el mercado no solo para provecho propio sino para generar mayor riqueza y mayor sostenibilidad para la

²⁷ Prado Saldarriaga, Víctor R. Lavado de Activos y Organizaciones Criminales en el Perú. Editorial Idemsa. Lima. 2019. P. 346.

realización de los eventos criminales. Con lo cual, queda claro que el legislador determinó que solo las conductas graves pueden ser los delitos cuya finalidad buscaría la organización criminal y que, por lo tanto, merecen mayor reproche.

En lo que respecta al Acuerdo Plenario 08-2019, al establecer que la banda también podría realizar ciertos delitos complejos y donde inclusive se citan ejemplos, existe la contradicción con la misma, en el sentido que establece que se requiere una logística distinta, así como su capacidad de operación debe ser capaz de poder ejecutar los mismos. Con lo cual, no queremos afirmar que, por ejemplo, en el caso de un secuestro sólo lo pueda realizar una organización criminal, pero sí una coautoría.

1.12 El Delito de Banda Criminal, su Naturaleza Jurídica y la Aplicación en el Perú.

1.12.1 La Naturaleza Criminológica de la Banda Criminal.

La naturaleza jurídica del delito de banda criminal es muy particular. Esta afirmación gira con relación a comprender para qué se regula este delito en nuestra legislación. Sobre el mismo no tiene antecedentes normativos en el Código Penal de 1991, por el contrario, la única base normativa era el delito de asociación ilícita para delinquir que después fue denominada organización criminal y modificada dentro de sus elementos. Es muy poco lo que se ha tratado en doctrina sobre el presente delito, menos aún es su tratamiento en la jurisprudencia, al ser un delito nuevo, pero no sólo por ello, sino que incluso dentro del ámbito probatorio.

Prado Saldarriaga, sobre el particular, refiere lo siguiente:

“Sobre la necesidad y utilidad de este nuevo delito, la Exposición de Motivos del Decreto Legislativo 1244 solo da explicaciones difusas e incoherentes que denotan graves carencias de soporte técnico y criminológico. Por ejemplo, se llegó a mencionar lo siguiente: “No pretendemos redundar en lo que otros ya han señalado, pero si dar por sentado algunos puntos sobre su configuración y su relación con el delito de asociación ilícita para delinquir, tipificado en el artículo 317, del Código Penal, todo ello con la finalidad de aterrizar en el objetivo del presente documento, cual es, dar cuenta de la carencia o la inexistencia de un tipo penal que sancione a aquellos grupos criminales que, sin presentar la complejidad de las grandes organizaciones criminales de corte empresarial en su conformación,

la permanencia en su duración y la periodicidad en su accionar ilícito, afectan con mucho mayor ámbito, frecuencia y rigor a nuestra sociedad”.²⁸

Si debemos referirnos al fenómeno criminológico que justifique la necesidad de regular como injusto la unión de dos o más personas para fines delictivos, se tiene que sólo podría tener respuesta sobre lo que se podría denominar “criminología social”. Esto último, no es otra cosa que pretender regular conductas para saciar el clamor social, ante la falta de respuesta del Estado para evitar la propagación de conductas delictivas, pero tienen una esencia de ser delitos comunes.

La realidad nos hace ver que en el Perú la realización de delitos contra el patrimonio no ha podido ser controlada con el endurecimiento de penas, ni las nuevas agravantes incorporadas en la norma penal, por lo que el legislador optó, por sancionar de manera independiente, siendo así, aunque no se lleve a cabo el delito por el que se agruparon las personas, solo se sancione por sí solo.

Hemos referido una característica de posibles delitos como son los de patrimonio, pero no cerramos otra posibilidad de comisión de diversos delitos, pero todos de naturaleza común, como puede ser al citar un ejemplo los delitos contra la fe pública. Es una conducta reiterada y heredada con el pasar del tiempo que en el Jr. Azángaro existe la falsificación de documentos, sujetos que operan a la luz del día y que solo se agrupan para este fin. Esta conducta de captar un posible cliente, cerrar el acuerdo, elaborar el documento apócrifo y entregarlo, consiste en una secuencia de actos, donde pueden intervenir dos o más personas, pero la sola regulación de este no ayudaría a cesar con el delito común, ni el poder sancionar un concurso real disminuiría el mismo.

En España, donde el delito de grupo criminal se asemeja al espejo de lo que sería para nosotros la banda criminal, tiene su existencia como delitos para combatir el crimen organizado, es decir serían delitos de organización y cuya finalidad se deriva sobre la comisión de delitos graves. Esta afirmación se realiza en función del análisis que realiza Luzon Canovas, al establecer los problemas concursales entre ambas conductas, y que nos sirve para poder entender que la naturaleza criminológica del delito de banda criminal

²⁸ Prado Saldarriaga, Víctor R. Lavado de Activos y Organizaciones Criminales en el Perú – Nuevas Políticas, Estrategias y Marco Legal. Editorial Moreno. Lima. 2019. P. 354.

difiere del delito de grupo criminal, que es de donde el legislador habría optado por incorporarlo a la norma penal.²⁹

Para entender la existencia del tipo penal en nuestra normativa, ya hemos dejado sentado que tiene una base del derecho penal español, pero sobre la naturaleza de este también se fijan antecedentes sobre lo que fue la antigua noción de banda o grupo de malhechores, los cuales “se conciertan entre sí para cometer delitos, de manera inespecífica y desestructurada, siempre que sea en número de tres o más, lo que recuerda a la cuadrilla del CP de 1973, un supuesto de codelincuencia agravada”.³⁰

Si partimos de los criterios expresados, la banda criminal, tiene una existencia que se basa sobre la naturaleza de tener mayores posibilidades de combatir contra el crimen organizado, pero estos aspectos, deben tener una base estructura de la necesidad del tipo penal, situación que no se aprecia y que, en el derecho comparado inclusive, no refleja una necesidad sobre el mismo. Al respecto, hemos podido revisar una tesis doctoral sobre el tema en España, de la cual el autor Zurita Gutiérrez, establece que “la tipificación del grupo criminal surge a razón de responder a otros fenómenos análogos -tal es el fundamento expuesto en el Preámbulo de la Ley Orgánica 5/2010- muy extendidos en la sociedad actual, a veces extremadamente peligrosos o violentos, que no reúnen esos requisitos estructurales. Por ello, se definen los grupos criminales en el art. 570 ter como formas de concertación criminal que no encajan en el arquetipo de las citadas organizaciones, pero sí aportan un plus de peligrosidad criminal a las acciones de sus componentes. Puede entenderse entonces que la tipificación del grupo criminal surge porque pueden cometer delitos graves o violentos y a esto deben añadirse las acciones de sus componentes que constituye el plus de peligrosidad, aunque no tienen un carácter estructural y organizado”.³¹ De la cita expresada si podemos inferir, que la denominación del plus de peligrosidad, es la razón de ser de la existencia que determinó el legislador

²⁹ Luzon Canovas, Maria. La tipificación penal de la organización y el grupo criminal. Problemas concursales. El derecho.com. <https://elderecho.com/la-tipificacion-penal-de-la-organizacion-y-el-grupo-criminal-problemas-concursales>. Visitada el 30 de abril de 2020.

³⁰ García Rivas, Nicolás. Organizaciones y Grupos criminales, en Álvarez García, Francisco Javier González Cussac, José Luis (coords.). Comentarios a la Reforma penal de 2010. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia. 2010. P. 510.

³¹ Zurita Gutierrez, Alri. Tesis Doctoral. Universidad de Sevilla. El delito de organización criminal. fundamentos de responsabilidad y sanciones jurídicas. <https://idus.us.es/bitstream/handle/11441/61304/Tesis%20Alri%20ZURITA%20GUTI%C3%89RREZ.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Visitada el 30 de abril de 2020.

frente al conflicto social de la delincuencia, para que ser incorporado a la norma penal, pero, se debe entender que ese supuesto sólo puede darse para los actos delictivos de complejidad y dañosidad mayor. Esta afirmación se refleja en el criterio expuesto por el autor. Por lo que, sería ilógico establecer que la banda debe existir para la comisión de delitos menores.

Con lo que se puede concluir que ante la falta de elementos para imputar el delito de organización criminal quedaría abierta la posibilidad de ser llevado como un delito de banda criminal, porque la propia tipificación así lo permitiría. En ese contexto se cumpliría con la naturaleza criminológica que sería demostrar a la sociedad que hay respuesta del Estado.

1.12.2 Definición del Concepto de Banda Criminal.

Para determinar un concepto propio de la definición del tipo, debemos apreciar que en el aspecto social a la banda se le denomina la unión de personas que reúnen para delinquir, esto es un concepto común y sencillo. Esta afirmación se ve reflejada en el lenguaje común, donde si varias personas delinquen se les denomina banda. No obstante, si descartamos el término “criminal” y solo apreciamos la denominación de banda nos damos con la sorpresa que tiene diversos términos que nada tiene relación el delito, tanto así que se puede referir a una banda de música, a un clan o inclusive a un distintivo.³²

De acuerdo con lo expresado, ahora en el ámbito jurídico banda responde a un concepto antiguo, que tanto puede equipararse al duelo en el Código Penal Peruano de 1924, es decir figuras jurídicas, que por su sola nomenclatura quedarían desfazadas. No sólo se tiene un concepto antiguo en Perú, sino que la denominación también era usada en Rusia, donde en el año 1980, se le identifico con ese término a las personas que se agrupaban para jugar cartas en el barrio de Solnstevo, situación que la policía rusa detecto, porque ya era la forma en la que se reunían, pero no solo para departir un juego de mesa, y esta denominación nace a consecuencia de la celebración de los juegos olímpicos de Moscú.³³

³² <https://deconceptos.com/general>. Visitada el 30 de abril de 2020.

³³ López-Muñoz, Julián. La Mafia Rusa. Genesis, desarrollo y asentamiento en España. Editorial Dykinson. Madrid. 2015. P. 144.

La banda difiere del ámbito complejo de la organización criminal, pero también de la inversión económica que requiere el mismo para poder delinquir, donde se podría sostener inclusive un criterio de denominación profesional. En cambio, en la banda hemos podido apreciar que existen criterios que lo denominan como actos que cualquier persona puede realizar, sobre ello se tiene lo afirmado por Medina Juanjo, quien indica que “para la Red Eurogang una banda es un grupo duradero y callejero de jóvenes para el que la participación en actividades delictivas es parte integral de la identidad del grupo”.³⁴ Esta cita nos permite identificar, dos vertientes de las cuáles podrían pasar desapercibidas, que son la edad de los agentes y el ambiente en el que se desarrollan los actos. De acuerdo con ello, la concepción de banda no necesariamente podría vincularse hacia los jóvenes porque ello, no sólo no fue tomado en cuenta por el legislador, sino que no existirá un criterio razonable para hacer una discriminación de por ese criterio frente al agente. Es posible que existan grupos de personas con finalidad de delinquir de diversas edades, es más el autor sostiene su investigación sobre los menores, bandas juveniles, que, si bien es parte de un fenómeno social, pero no podemos limitar a que la concepción de banda criminal solo se oriente hacia ese espectro de personas. Ahora bien, con respecto al ambiente donde se desarrollan los actos delictivos, si puede advertirse que resulta lógico que la delincuencia común opere en la calle, a diferencia de la organización criminal que, si requiere de logística distinta, y que inclusive se unen a diversos organismos estatales o privados, es decir es una organización empresarial. La banda criminal no responde a esa ideología. Es por eso, que discrepamos en la concepción de que su naturaleza sea para delitos graves.

A pesar de lo expresado, el concepto no es del todo amplio porque solo nos deriva a la asociación delictiva y no nos ayuda con la definición en concreto de lo que sería una banda criminal. Como referimos uno de los obstáculos en el análisis de las fuentes del derecho para llegar a una concepción de banda es la falta de suficiente doctrina y prácticamente escasa jurisprudencia sobre el tema.

³⁴ Medina, Juanjo Phd. Consideraciones Criminológicas sobre las Bandas Juveniles. Revista de Derecho Penal y Criminología. 2010. P. 3. <http://espacio.uned.es/fez/eserv.php?pid=bibliuned:revistaDerechoPenalyCriminologia-2010-3-5110&dsID=Documento.pdf> Visitada el 30 de abril de 2020.

No obstante, si podemos aplicar la costumbre sobre el particular. Esta afirmación la indicamos porque al ser un concepto social que puede definir por si solo que el ciudadano identifique la concepción propia de la misma, nos lleva a identificar que el concepto de banda sería el mismo sin distinción a nivel nacional. Lo que si puede cambiar es que actividad se dedicaría la banda, pero el concepto de este sería similar, porque siempre sería la agrupación de personas que cometerían delitos no complejos o trascendencia social mayor. Criterio que puede ser empleado desde el robo de una *tablet* hasta el abigeato de una pieza de ganado.

Sin perjuicio de lo expresado, la norma penal permitiría que dos personas ya formen una banda criterio que inclusive resulta algo ilógico porque cuando nos referimos a la banda, debería tener una naturaleza de varias personas, y la norma por sí sola no cumpliría con ello. También es importante definir porque adoptamos la posición de que las conductas delictivas en la finalidad de la banda no pueden ser de afectación social grave o compleja, y esto de lo contrario requerirían una estructura particular, y para la banda criminal esta situación no podría darse porque no se trata de tipificar por descarte a una posible organización y sancionarla con una punibilidad menor, porque no se puede demostrar la existencia de todos los componentes, porque más que un cumplimiento del deber por parte del Ministerio Público en probar el delito, generaría impunidad frente a una situación grave, al dejar incólume al crimen organizado en su expresión para la que si debe ser sancionado.

1.12.3 La Estructura Típica de la Banda Criminal.

Se tiene que la principal característica de la banda criminal es la ausencia de estructura. Esta afirmación se realiza por el entendido que la organización criminal tenga la complejidad de análisis dentro de sus componentes. Cuando se analizó las tipologías propias de los grupos criminales, se puede apreciar que a la banda le correspondería una concepción horizontal, es decir la sola unión para delinquir, sin tener un líder determinado, mandos medios o lineamientos operativos.

En consecuencia, la crítica a la banda es la ausencia de estructura. Esto se afirma en el sentido que tendría una tipología horizontal, pero dentro de la línea de criminal no podría ser determinado como un delito de organización, si precisamente carece de dicho concepto. No puede existir afectación a la tranquilidad pública sin que exista una

estructura en el tipo penal que ponga en peligro el bien jurídico. Ahora bien, sancionar la sola concertación para cometer delitos, generaría más dudas en su aplicación que soluciones. Esto lo podemos afirmar porque, si no se llega a probar la finalidad delictiva, que es en conclusión el dolo, por el que dos personas o más concertarían, se va a sancionar el sólo concierto. Así no haya materialización alguna del evento delictivo. Esto generaría que se sobre criminalicen conductas sin que lleguen a ser una necesidad de peligro social, por lo que se aprecia que no se cumpliría con el peligro abstracto y menos una afectación a la tranquilidad pública. Ahora bien, no debe dejarse de mencionar que la agrupación de personas que delinque de manera constante es un problema social que debe ser tratado de manera especial, pero la propia norma tiene su solución al establecer la reincidencia o habitualidad, más la agravante del concierto de personas.

Nuestra afirmación guarda sustento con la doctrina española en el sentido que se considera como factor diferenciador entre la organización criminal y el grupo criminal a la “estructura organizada que posee la organización criminal, la cual puede ser variada, frente a la transitoriedad del grupo criminal”.³⁵ En consecuencia, la banda posee una carencia de estructura organizada. Resulta interesante la posición porque como se ha sostenido banda criminal en Perú es lo similar a Grupo Criminal en España.

1.12.4 Los Elementos Intrínsecos de la Banda Criminal.

El elemento propio de la banda es la unión de dos o más personas. El factor humano es propio y necesario de los delitos de organización, pero en el caso de la banda no resulta suficiente la sola unión, sino que ésta tenga por finalidad el cometer delitos. En ese sentido, vemos que son personas que se unen para delinquir. Si llevamos el concepto a la práctica cuando dos personas cometen un delito contra el patrimonio la realización de este se da, pero en beneficio de los autores o cómplices, no a la existencia de una organización. En consecuencia, la ausencia de estructura determina que no pueda haber delito de organización.

Además de lo expresado, no puede indicarse que se configura la banda cuando se da la ausencia de alguno de los elementos de la organización criminal, primero porque no se determina el elemento en concreto; y, segundo, porque la característica de la estructura

³⁵ Faraldo Cabana, Patricia. Asociaciones Ilícitas y Organizaciones Criminales en el Código Penal. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia. 2012 P. 64

es necesaria para determinar una organización, en consecuencia, para que exista un delito de organización, elementos ausentes en la banda criminal.

En ese sentido, la banda criminal tiene una finalidad de delinquir, pero no en la magnitud ni componentes de cualquier asociación de personas con fines delictivos, sino que se basa en delitos comunes y que más que una afectación social hay un daño específico hacia un agraviado determinado. Su factor predominante es la unión de personas, más allá de la finalidad delictiva, porque se asocia al término “criminal”, y en consecuencia el legislador genera confusiones al incorporar el elemento “sin reunir alguna de las características de la organización criminal”, porque este elemento no sería propio del tipo penal, es decir, no es necesario que se realice dicha conducta, sino que la misma no se realice en el delito de organización criminal.

1.12.5 Los Fines de la Banda Criminal.

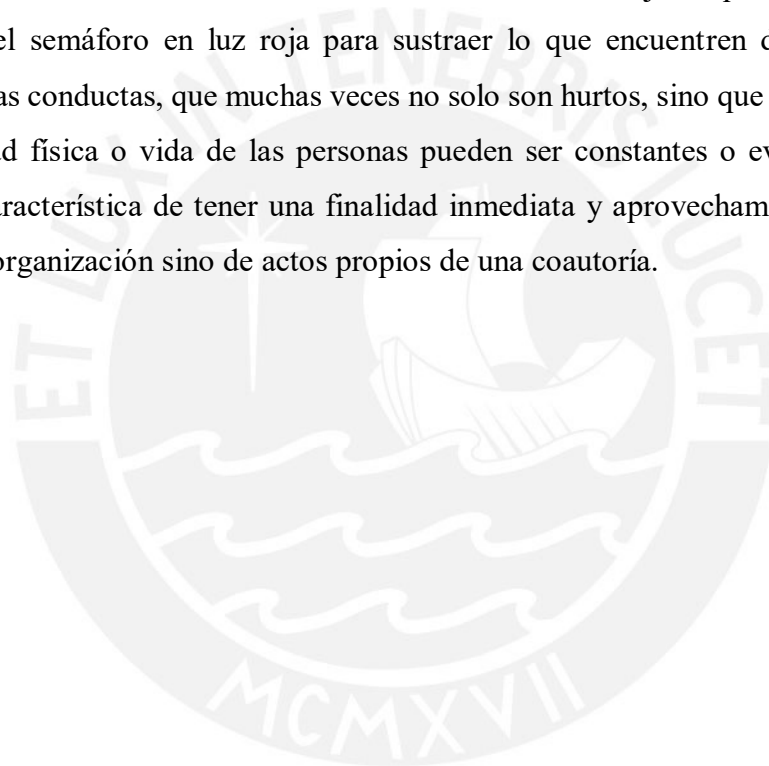
La banda criminal debe tener un origen con fines delictivos. Estos delitos, son los que analizarían la afectación social de la sola existencia de la banda. La jurisprudencia pretende equiparar a la banda criminal con la organización criminal en la posibilidad de que puedan realizar delitos similares, conforme se expresó en el Acuerdo Plenario 08-2019, pero esto resulta errado. Ha quedado claro, que los delitos de carácter complejos requieren circunstancias especiales, que no podrían ser cometidos por cualquier concierto de personas, por lo que la banda se enfoca a delitos de menor gravedad, inclusive a faltas.

Una banda criminal se constituye con una finalidad específica, que es la de cometer delitos. La organización criminal no solo tiene la finalidad lucrativa conforme hemos indicado, pero en el caso de la banda no apreciamos que pudiera haber otra motivación, ya que al menos, en nuestra realidad, se enfoca sobre la realización de eventos que favorecerían en su mayoría a obtener ganancias ilícitas de manera inmediata.

Conforme a lo expresado en el párrafo anterior por Prado Saldarriaga, la banda puede tener una finalidad informal, como no es el caso de la organización criminal, que desde el concepto de la sola palabra organización, abarca un orden a las acciones a realizar. La Banda Criminal, por el contrario, es un acto consensuado pero que busca una satisfacción inmediata porque busca la finalidad delictiva para satisfacción propia del autor o participe, ante la ausencia de organización. Conforme ya hemos expresado, no

compartimos el criterio de la mencionada estructura básica, si de la misma se denomina a la organización estructurada de la banda para que a través de ese orden jerárquico se realicen los actos ilegales, pero sí podemos entender que tendría una tipología horizontal, descartando en si cualquier acto vertical.

El fenómeno de la banda criminal se incorporó cuando se hizo frecuente el robo o hurto de bienes a través de una modalidad denominada “raqueto”, que consiste en que un grupo de personas deambula de un sector a otro buscando a posibles víctimas. Sería el caso de un sujeto que espera afuera de un centro educativo para ver quién puede tener objetos de valorar y según eso atacar. En caso similar, también lo es, los sujetos que en una moto se detienen en el semáforo en luz roja para sustraer lo que encuentren de valor en un vehículo. Estas conductas, que muchas veces no solo son hurtos, sino que se genera daño a la integridad física o vida de las personas pueden ser constantes o eventuales, pero guardan la característica de tener una finalidad inmediata y aprovechamiento ilícito no con fines de organización sino de actos propios de una coautoría.



CAPÍTULO II

¿LA BANDA CRIMINAL ES UN DELITO DE ORGANIZACIÓN?



2. Los delitos de organización y su naturaleza jurídica.

La definición sobre grupo delictivo organizado se encuentra en la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (Convención de Palermo), ratificada por el Perú mediante Decreto Supremo N° 88-2001-RE, publicado en el diario oficial El Peruano el 20 de noviembre del año 2001 y vigente desde el 29 de setiembre del año 2003.

De acuerdo con este Tratado, se entiende que todo 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, con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material.

“Los delitos comprendidos serían: Homicidio calificado-asesinato, Secuestro, Trata de personas, Violación del secreto de las comunicaciones, Delitos contra el patrimonio, pornografía infantil, Extorsión, Usurpación-tipo base y agravada, Delitos informáticos, Delito contra la propiedad industrial, Delitos monetarios, Tenencia, fabricación, Tráfico ilícito de armas-municiones y explosivos, Delitos contra la salud pública, Tráfico ilícito de drogas, Delito del tráfico ilícito de migrantes, Delitos ambientales, Delitos de marcaje o reglaje, Genocidio, desaparición forzada y tortura, Delito contra la administración pública (artículos 382, 383, 384, 387, 393, 393-A, 394, 395, 396, 397, 397-A, 398, 399, 400 y 401 del CP), Delito de falsificación de documentos, Lavado de activos, en las modalidades delictivas tipificadas en los artículos 1, 2, 3, 4, 5 y 6 D. Leg. 1106”.³⁶

De los delitos que formarían parte de las conductas delictivas que realizaría una organización, se debe apreciar que todos resultan ser delitos graves. Esta denominación, a razón de que la afectación al bien jurídico sería alta o serían delitos que afectarían el interés público de manera indeterminada como son los delitos monetarios.

³⁶ Falla Rosado, Miguel. Análisis Normas Criminalidad Organizada – Análisis de Las Leyes N° 30076 y N° 30077 Ley Contra el Crimen Organizado: https://www.minjus.gob.pe/defensapublica/contenido/actividades/docs/normas_criminalidad_organizada . Visitada el 18 de octubre del 2019.

En esa línea de postulación, debemos remitirnos a lo que nuestra legislación ha regulado como delitos de organización, los cuales estarían dentro del Capítulo sobre delitos contra la tranquilidad pública, es decir todo delito de organización, su sola existencia de afectar de manera grave el bienestar social ante un peligro latente que se vea afectada la tranquilidad de la sociedad y la mantenga en zozobra. Con lo cual, vemos que en el Código Penal de 1991 solo se reguló el delito de Asociación Ilícita para Delinquir, el cual (por las reformas de la norma) se convirtió a la actual denominación de organización criminal y con posterioridad en el mismo capítulo se incorpora el delito de Banda Criminal. Esta situación nos llevaría a pensar que ambos ilícitos serían delitos de organización, pero no es correcta esa afirmación, porque no solo basta que compartan la posible afectación al mismo bien jurídico para tener la denominación sobre delitos de organización.

En el caso de la Banda Criminal, en primer lugar, la denominación que se le dio con el término “criminal”, implica que no sería un grupo de personas que realizarían faltas o delitos de bagatela, porque se establece que dicho término se asocia más a las conductas graves, haciendo una comparación a los delitos federales en Estados Unidos con la denominación “felonías”. Entonces, sería que el legislador quiso darle una interpretación distinta a la organización criminal a una categoría menor, para que ésta sea sancionada a través de la banda, situación que no resultaría correcta, porque la esencia de poder determinar si es un delito de organización está estrechamente ligado a crimen organizado.

En ese contexto, no se puede atribuir la concepción de un delito de organización a algo que precisamente carezca de su principal componente, que es tener una estructura; pero no solo eso, sino que además debe ser llevado a la realidad social y hay situaciones que pasan desapercibidas conforme explicaremos. En el caso de los menores de edad, no existe una regulación propia que un grupo de menores puedan constituir una organización criminal, pero si pudieran integrar una banda, pero no con fines complejos, sino en delitos comunes. Esta afirmación no es una ocurrencia, sino que los menores no delinquirían por una finalidad estructura para el beneficio de una organización, sino que lo hacen por el propio. En situación contraria es lo que sucede en El Salvador con las organizaciones denominadas “Maras”, en las cuales, si pudiese haber menores de edad, pero que delinquen con un fin común y posicionan a la organización, la misma que inclusive se encuentra expandida en varios países de la región.

Por lo cual, no se trata de que la sola presencia de la norma en los delitos contra la tranquilidad pública, y que tenga referencia por el delito de organización criminal, ya sea denominada como tal. Es más, el delito de banda criminal resulta ser extremadamente similar que el delito de “grupo criminal”, que se encuentra regulado en el artículo 570 del Código Penal Español:

“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 o la comisión concertada y reiterada de faltas”.

Como se puede apreciar, la descripción de la norma española no solo es idéntica a la peruana, sino que tiene una concepción distinta que la nuestra que es el término “faltas”; frente a ello nos corresponde interpretar si el legislador español quiso dejar sentado que se refería en igual sentido a delitos, más aún que invoca al delito de organización criminal, pero al igual que nuestra regulación se vuelva un delito residual, como ya lo indicamos de descarte en el que la conducta del conjunto de personas de no poder tener una adecuación típica al delito de organización criminal tendrá la de banda criminal en el Perú.

2.1 La Regulación Normativa de los Delitos de Organización en el Perú. Para iniciar con la regulación de los denominados “delitos de organización”, resulta vital que recordemos el concepto de organización delictiva o criminal; es por ello por lo que tenemos lo siguiente:

“Una organización delictiva, es aquella asociación estructurada de más de dos personas, establecida durante un periodo de tiempo, y que actúe de manera concertada con el fin de cometer delitos sancionables con una pena privativa de libertad o una medida de seguridad privativa de libertad de un máximo de al menos cuatro años como mínimo o con una pena aún más severa, con independencia de

que esos delitos constituyan un fin en sí mismos o un medio de obtener beneficios patrimoniales”.³⁷

Además, Silva Sánchez define a la Organización Criminal “como un sistema penalmente antijurídico, un sistema social en el que las relaciones entre los elementos del sistema (básicamente personas) se hallan funcionalmente organizadas para obtener fines delictivos”. “Desde ese punto de vista, se conceptúa a la organización criminal como un sistema de injusto que presenta una dimensión institucional y, más concretamente, de institución antisocial, que no se constituye como la suma de sus partes integrantes (miembros de la organización), sino que conforma una realidad independiente de ella”.³⁸

Conforme se ha descrito previamente en el Código Penal, tenemos sólo la regulación de dos posibilidades en lo relacionado a los delitos de organización. En sí, el Código Penal no regula de manera expresa que se trate de delitos de organización, es más se encuentran dentro del capítulo de los delitos contra la tranquilidad pública y es en ese contexto que la interpretación de la norma nos lleva a entender que el antes denominado delito de asociación ilícita para delinquir era la base de los hoy llamados delitos de organización que tendría nuestra legislación penal.

Con lo cual, se puede advertir que inicialmente el delito de asociación ilícita para delinquir, como ya lo hemos expresado, evoluciona por las diversas modificaciones legislativas y llega con los últimos cambios incorporados por la Ley N° 30077 a denominarse delito de organización criminal. En principio sería la base y el único delito de organización que tendría regulación en nuestro Código Penal, porque cuando nos referimos a delito de organización, no sólo debe entenderse a la agrupación de personas; por el contrario, se trata de una conducta que requiere que el delito sea por naturaleza de carácter especial, ya que la sola agrupación de personas sí entendería como uno de naturaleza común, en el que cualquier persona podría realizarlo; a diferencia del delito de organización propiamente dicho, que no podría ser realizado por cualquier grupo de

³⁷ Granados Pérez, Carlos. La Criminalidad Organizada. Aspectos Sustantivos Procesales y Orgánicos. Segunda Edición. Consejo General del Poder Judicial. Madrid. 2001. P. 120.

³⁸ Silva Sánchez, Jesús María. La Intervención a Través de Organización, ¿una forma moderna de participación en el delito? en Cancio Melia, Manuel, Silva Sánchez, Jesús María., Delitos de Organización”. Editorial B de F. Buenos Aires. 2008. P. 95.

sujetos, porque requiere de condiciones especiales para poder configurarse la adecuación típica del mismo.

Resulta con ello, que los delitos de organización siempre deben cumplir con las características propias de lo que establece la convención de Palermo y la finalidad de lo que generaría su sola existencia en una sociedad.

Si hemos indicado que nuestra regulación legislativa con relación a los delitos de organización se encuentra dentro del capítulo de los delitos contra la tranquilidad pública, debe entenderse que tanto el delito de organización criminal como el delito de banda criminal tendrían que afectar por su sola existencia la tranquilidad pública. es más que obvio, que el delito de organización criminal tiene una repercusión social muy dañosa que inclusive el ámbito probatorio dentro del proceso penal requiere una serie de actos de investigación de naturaleza especial; situación distinta, en el delito de banda criminal porque la sola agrupación de personas, que a pesar que puedan tener un ánimo de delinquir y que concierten para esa finalidad, los delitos que realizarían no tendrían el grado de afectación social que se requiere para sancionar de manera paralela su sola agrupación con fines delictivos.

Esto a su vez, se ve reflejado en el hecho de que los delitos que serían cometidos por la banda criminal tendrían una víctima determinada sobre la que recaería la conducta final, situación que no permitiría por sí solo llevar a la concepción de qué se afectó la tranquilidad pública. Ahora bien, es cierto que existen grupos de personas que delinquen de manera continua y agrupada en determinadas zonas, por lo general son delitos contra el patrimonio, no pudiéndose descartar otro tipo de conductas, pero siempre vinculadas a la afectación directa o determinada de uno o un grupo de agraviados, situación que no sería plausible de ser comparado sin igual intensidad con el delito de organización criminal.

En consecuencia, nuestra legislación ha regulado en la actualidad dos delitos de organización que se sancionarían por la sola existencia de estos, configurándose en ese contexto el delito de peligro abstracto. Pero, conforme hemos sostenido la regulación normativa en nuestra legislación sobre los delitos de organización no tienen una base de lo que debería denominarse organización, por el contrario sí se puede apreciar que en el

caso del delito de criminalidad organizada sí llega a tener una base, una regulación justificada, tanto así que la ley de crimen organizado a determinado qué es lo que debe perseguir el estado cuando se refiere a conductas realizadas en ese sentido; situación que no ha sucedido con el delito de banda criminal, el cual ha sido incorporado sin tener la justificación debida de su regulación frente al bien jurídico que tutelaría y la concepción de lo que sí se podría entender por organización, situación que no ha sucedido.

2.2 El Bien Jurídico Protegido en el Delito de Organización en el Perú.

Conforme hemos indicado los delitos de organización están regulados en el capítulo concerniente a la tranquilidad pública, conforme hemos indicado a lo largo de la investigación. Ello quiere decir que se entendería que el bien jurídico tutelado correspondería al bienestar común representado por la tranquilidad pública, no obstante la complejidad propia del delito nos hace ver si la organización conformada con fines delictivos sólo afectaría a un número indeterminado de personas que esperan una respuesta del Estado para sancionarla o cuando se llega a realizar la finalidad delictiva y la representación del delito por el cual se generaría el concurso, también podría ser entendido cómo una afectación propia de la organización.

Al respecto, se puede evidenciar que al ser un delito independiente lo que se debe sancionar es solo la realización directa con la organización, según nuestra legislación la conformación de una organización criminal o de una banda criminal identificaría una afectación al bien jurídico tutelado que estaría representado por la tranquilidad pública. Esta interpretación que realizamos frente a la norma debería tener un sustento en la doctrina, lo cual resulta oportuno señalar lo siguiente:

“Para determinar el bien jurídico que busca protegerse con la sanción a los delitos de organización en el Perú, es necesario establecer qué, la criminalidad organizada se caracteriza, en general, por afectar de forma simultánea, directa o indirectamente, a numerosos bienes jurídicos. Normalmente, se trata de bienes jurídicos de carácter colectivo, como la salud pública, en el caso del tráfico de drogas o el medio ambiente, en el caso de tráfico ilegal, deshecho o los derechos de los trabajadores, en el tráfico ilegal de inmigrantes”.³⁹

³⁹ Ferré, Juan y Enrique Anarte. Delincuencia Organizada. Aspectos Penales, Procesales y Criminológicos. España. Universidad de Huelva 1999. P. 45.

Conforme al texto citado, se puede apreciar que se opta por el criterio de la afectación simultánea de bienes jurídicos protegidos, pero desean parado este criterio en nuestra legislación, sería innecesario hablar del delito independiente de organización. Si pretendemos sancionar a la organización no sólo por la existencia de esta, sino por la realización de los delitos que puedan llegar a ser perpetrados no podríamos sancionar la sola existencia de esta. En ese sentido, nos encontraríamos frente a un despropósito de tener regulado al delito de organización de manera independiente, con lo que bastaría que su tratamiento sea a través de una agravante cualificada, debido al delito que cumpliría la finalidad de la constitución de la organización o los delitos que hayan sido perpetrados para llegar a esa finalidad.

Conforme se advierte a su vez, siempre se lleva como ejemplo la conducta de delitos graves tanto es así que el autor antes citado considera que la afectación tiene que ser a delitos de carácter colectivo es decir conductas ilícitas que pueden afectar el amplio espectro social donde podría la organización desempeñar sus actividades delictivas.

2.3 ¿La Banda Criminal es una Expresión de los Delitos de Organización o solo tiene un Carácter Complejo?

Como ya lo habíamos mencionado anteriormente, debe de entenderse a la banda criminal como un grupo de dos o más personas que tiene por fin la comisión de delitos, sin reunir las características propias del delito de organización criminal.

Ya habiendo mencionado lo anterior, ahora corresponde determinar si el tipo penal de banda criminal puede ser entendido como una forma o expresión de los denominados delitos de organización.

Según el Decreto Legislativo 1244, tanto banda criminal y organización criminal, tienen diferencias:

El delito de organización criminal -artículo 317 Código Penal sanciona “al agente o grupo de ellos, por la promoción, organización, constitución o integración de una organización criminal de tres o más personas con carácter estable, permanente o por tiempo

indefinido”. Para imponer la pena privativa de libertad prevista consistente en no menos de 08 ni más de 15 años de prisión y 180 a 365 días multa e inhabilitación se deberá probar que dentro de esta organización criminal se ejecutaron tareas o funciones de manera concertada o coordinada con el fin de cometer delitos.

La pena será entre 15 a 20 años para el agente si se prueba que actuó como líder, jefe, financista o dirigente de la organización y/o que el accionar delictivo de esta produjo lesiones graves o la muerte de una persona.

De otro lado, el delito de banda criminal está referido a aquellos grupos que no necesariamente cumplen con las características de una organización criminal. Por ello, se deberá tan solo probar que existió una constitución o integración de dos o más personas con la finalidad de cometer delitos de forma concertada. La pena para este ilícito está fijada entre 04 y 08 años de prisión efectiva, además de 180 a 365 días multa.

En consecuencia, tenemos las siguientes diferencias que a continuación se detallan:

- La banda criminal, según la descripción normativa en el Código Penal, no determina que características deben cumplirse del delito de organización criminal, porque ese elemento podría determinar el análisis típico del mismo. En consecuencia, se trata de otro delito independiente y con regulación propia, pero que el legislador ha querido que dependa en su normativa del delito de organización criminal.
- Para que se sancione una conducta como un delito de organización no basta que se dé la agrupación de personas y que actúen de manera concertada, sino que la sola existencia de ésta genere peligro abstracto al bien jurídico tutelado. En principio, hemos advertido que la organización criminal y la banda criminal, difieren en la gravedad de las conductas que realizarían, esto, por la connotación de las características propias que si debe requerir una organización.
- Si bien en el derecho comparado, en España, existe el delito de grupo criminal, que sería la base del delito de banda criminal, no se ha justificado la necesidad de regular de manera independiente la banda, cuando dentro del marco de

posibilidades bien podría ser una forma atenuada en el delito de organización por realizar determinadas conductas, o no ser sancionada como delito independiente sino solo por los actos, frente al delito posterior, más aún que ya existe una regulación propia en agravantes específicas y cualificadas de delitos que sancionan con mayor reproche el concurso de dos o más personas.

De acuerdo con lo expuesto, el delito de banda criminal no configura los elementos para ser catalogado como un delito de organización y, por el contrario, la complejidad de esta iría en función de los delitos que realizaría, mediante la agrupación de personas concertadas. Es más, sería un error entender que toda agrupación de personas por la sola cantidad de estas ya genera una organización.

2.4 ¿La Organización Criminal es una Expresión de los Delitos de Organización?

Para López Barja se entenderá por “organización delictiva” aquella asociación estructurada de más de dos personas, establecida durante un periodo de tiempo, y que actúe de manera concertada con el fin de cometer delitos sancionables con una pena privativa de libertad o una medida de seguridad privativa de libertad de un máximo de al menos cuatro años como mínimo o con una pena aún más severa, con independencia de que esos delitos constituyan un fin en sí mismos o un medio de obtener beneficios patrimoniales y, en su caso de influir de manera indebida en el funcionamiento de la autoridad pública”.⁴⁰

En ese sentido, de acuerdo con lo expresado no solo la pluralidad de personas genera la posibilidad estructural de la organización, sino que resalta la división de tareas, mediante un reparto funcional para la realización de delitos, que deben ser graves. Asimismo, debe diferenciarse la finalidad delictiva de la sola organización, así como que la realización de los delitos busque medios para obtener ventajas patrimoniales o para realizar actos de coacción o de corrupción, para lograr su finalidad.

Dentro del análisis de la legislación peruana en relación con el artículo 317 del Código Penal, antes denominado asociación ilícita para delinquir, hoy regulado como delito de organización criminal, la redacción del mismo nos lleva a la interpretación que cumple

⁴⁰ Granados, Carlos. La Criminalidad Organizada - Aspectos Sustantivos Procesales y Orgánicos. Cuadernos de Derecho Judicial. Madrid. 2001. P. 120-121.

con los parámetros de regulación de los indicados en la Convención de Palermo. Con lo cual, desde ese punto de vista ya se cumpliría con determinar lo que en verdad debe perseguir un delito de organización, que son delitos de naturaleza compleja, asimismo también se advierte que los elementos normativos y descriptivo del tipo, sí muestran la expresión del concepto tradicional que una organización criminal debe tener, estos son los elementos característicos de toda agrupación de personas que no sólo busca realizar delitos de manera concertada sino que dentro de la agrupación existen diversos elementos que denotan un riesgo su sola existencia, y que la misma no busca una finalidad delictiva para beneficio propio de los integrantes sino que él mismo se va a materializar para el funcionamiento y la permanencia de la misma por el tiempo que hayan determinado sus jefes, cabecillas o responsables directos de la misma.

El delito de organización criminal, conforme viene regulado en nuestra legislación, y a su vez, con lo dispuesto en la Ley N° 30077, comparten los criterios de regulación de los delitos de organización a nivel comparado, pero no debe dejarse de lado referir que el delito de asociación ilícita para delinquir antes de la modificación normativa, en igual sentido llegaba a determinar no sólo una agrupación de personas, sino que tenía características especiales para la configuración del entonces regulado ilícito, como era la estructura, la realización de delitos graves, la periodicidad y todo ello derivado a la pluralidad de agentes.

A la hora de definir la criminalidad organizada, la doctrina coincide en la necesidad, como punto de partida de diferenciar la organización criminal de una simple asociación para delinquir. De acuerdo con lo expresado sostiene Sánchez García que “estamos ante algo más que una simple concertación de personas con el propósito de cometer delitos. El concepto estricto de crimen organizado necesita del complemento de otros indicadores, y vendría a ser así un plus respecto de la asociación criminal, tradicionalmente tipificada en la mayoría de los ordenamientos penales, en nuestro derecho en el artículo 515 del Código Penal Español”.⁴¹

Esta afirmación refuerza lo que hemos sostenido del por qué el delito de banda criminal no es un delito de organización. Debe quedar remarcado que a pesar de que en el sistema

⁴¹ Sánchez García de Paz, Isabel. La Criminalidad Organizada – Aspectos Penales, Procesales, Administrativos y Policiales. Editorial Dykinson S.L. Madrid. 2008, P. 27-28.

español tiene el delito de grupo criminal regulado, y que es prácticamente el delito de banda criminal en nuestra legislación, se hace la distinción específica que la organización criminal no está vinculada a la misma. Es más, equipararían en sentido contrario a lo regulado en nuestro Código Penal, que la organización criminal no sería una simple asociación criminal; al final podemos comprender que el término asociación bien podría estar vinculado a banda o grupo, pero en sí lo que determina que cumpla con los requisitos necesarios de una organización es el concepto normativo, más allá de la denominación de la conducta.

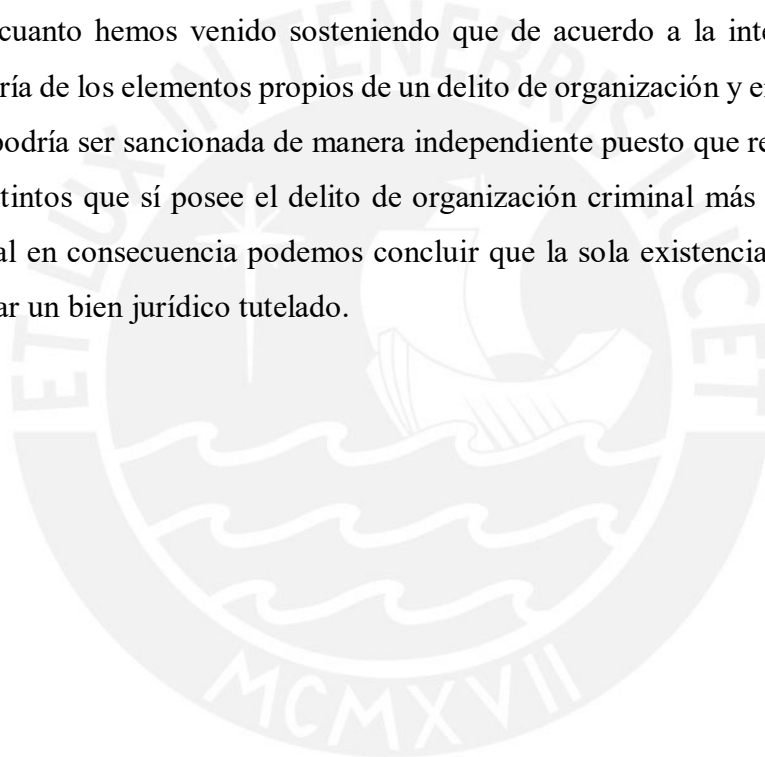
Es por ello, que se requieren técnicas especiales de investigación frente a un delito de organización, y lo que nos demuestra la cita es que en el Perú se lleva a la intervención de muchos grupos de personas que delinquen, pero esos grupos no llegan a ser delitos de organización conforme se advierte por el autor citado, en relación con la especialización de sus agentes. Esto nos lleva a comprender que la operatividad de las bandas criminales no tendría una preocupación exhaustiva en no ser descubiertos en la realización de delitos, porque los mismos no son de rigor de los delitos que si fueran perpetrados por una organización criminal.

Con respecto a la finalidad lucrativa de los delitos de organización, se tiene la discusión si la misma es necesaria para poder darle la denominación a la misma. Consideramos que no es necesario, no sólo porque la Convención de Palermo lo establece, sino que se han dado sucesos históricos que así lo determinan.

El terrorismo es un periodo del cual fue víctima nuestro país, sucede que como esos delitos hay situaciones donde el grupo criminal con una estructura y requisitos que le permiten ser catalogados como una organización criminal no tienen un fin lucrativo. Entonces, debemos advertir que la propia Convención de Palermo establece que el grupo delictivo organizado puede buscar otro beneficio material, distinto al económico. Esto más allá de una interpretación, es lo redactado en el mismo pacto y que inclusive en la actualidad debe entenderse que las organizaciones no solo actúan para lucrar, sino que pueden tener otra finalidad para ser constituida, como hemos explicado con anterioridad.

2.5 ¿La consumación del delito de banda criminal afecta el mismo bien jurídico del delito de organización criminal lo que permite que sea considerado un delito de organización?

De acuerdo con lo sostenido en el presente capítulo, si el delito de organización tiene una finalidad delictiva totalmente distinta que el delito de banda criminal no puede entenderse que puedan compartir en conjunto la afectación al mismo bien jurídico protegido. Dentro del análisis de la ubicación normativa de los mismos en el Código Penal tendría que entenderse que efectivamente ambos afectan la tranquilidad pública o el bienestar común de los ciudadanos, no obstante, no podemos afirmar que esto suceda con el delito de banda criminal por cuanto hemos venido sosteniendo que de acuerdo a la interpretación del mismo carecería de los elementos propios de un delito de organización y en consecuencia la misma no podría ser sancionada de manera independiente puesto que requiere en sí de elementos distintos que sí posee el delito de organización criminal más no el delito de banda criminal en consecuencia podemos concluir que la sola existencia del mismo no podría vulnerar un bien jurídico tutelado.



CAPÍTULO III
¿LA BANDA CRIMINAL ES UNA FORMA DE COAUTORÍA?



3. Los elementos normativos del delito de banda criminal.

Habiendo ya determinado lo anterior, corresponde ahora analizar la composición del tipo penal del delito de banda criminal, es así que para ello como primer aspecto, es necesario desarrollar lo referente a los elementos normativos de este delito, es así que se debe establecer el marco conceptual, cuando hacemos referencia a los elementos normativos, es necesario destacar que para ser entendidos como tal, estos elementos deben haber atravesado un juicio de valor previo, quedando claro que este debe ser jurídico, estas valoraciones deben ser jurídicas y apoyadas en su desarrollo, de distintas ramas jurídicas de ser el caso.

El tipo penal de banda criminal, como lo hemos venido mencionando a lo largo de la presente investigación se encuentra establecido en el artículo 317 – B de nuestro Código Penal, en el que se establece lo siguiente:

“El que constituya o integre una unión de dos a más personas; que sin reunir alguna o algunas de las características de la organización criminal dispuestas en el artículo 317, tenga por finalidad o por objeto la comisión de delitos concertadamente; será reprimidos con una pena privativa de libertad de no menor de cuatro ni mayor de ocho años y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días – multa”.

Como podemos ver del tipo penal resaltan los siguientes aspectos:

- El que constituya o integre
- Unión de dos o más personas
- Sin reunir las características de una organización criminal
- Comisión de delitos

Siendo así que, si los elementos normativos son aquellos que requieren una valoración jurídica, en el delito de banda criminal los elementos normativos son los siguientes:

- El que constituya o integre
- Sin reunir las características de una organización criminal
- Comisión de delitos

Se les considera como valores normativos debido a que, para comprobar en un determinado caso si estos elementos concurren entre sí para que se tenga como consumado el delito, se requiere que haya existido una previa valoración jurídica.

En el caso del primer supuesto *“El que constituya o integre”*, tenemos que para llegar a la certeza que un sujeto se encuentra constituyendo o integrando una organización criminal, se requiere iniciar con la definición y las delimitaciones de los términos, esto desde distintos puntos de vista a nivel jurídico y/o doctrinario. El término nos lleva a entender que constituir o integrar significa formar parte de algo, situación que debe estar ligada a un ámbito corporativo es decir la unión de personas, y esto a su vez debe tener una finalidad común que precisamente busca la regulación frente al acuerdo de los que la componen. Cuando queremos interpretar *“el constituir o integrar”*, debemos ver para qué se realiza dicha conducta y la misma no puede ser para cualquier situación de índole social, sino que esa connotación nos lleve a una repercusión del delito de organización y el mismo solo puede contemplar que las conductas por las cuales se constituye o se integran, tienen que ser aquellas que puedan generar un daño social grave.

En ese contexto, constituir o integrar debe tener un criterio objetivo, referido a la esencia de dicha actuación de las personas por cuanto puede haber constitución o integración desde ámbitos lícitos o ilícitos siendo lo primero, que la sola constitución o integración de una empresa no implica necesariamente que sea para fines ilícitos pero si sucediera lo contrario, pues hablamos de que hay una finalidad para la constitución de la misma y esa finalidad pues no podría ser precisamente para un interés propio, sino para un beneficio colectivo, así como para el crecimiento en el objetivo para el cual fue constituida, por lo cual no se puede entender de qué constituir o integrar pueda ser interpretado por la sola existencia de los miembros.

En el caso del segundo supuesto *“sin reunir las características de una organización criminal”*, tenemos que precisar que para llegar a determinar si una banda criminal carece o no de las características de una organización criminal es necesario que se realice una previa valoración o análisis. Con respecto, a lo que debe reunir una organización criminal, el legislador no ha establecido cuáles serían las características que la banda debe contener para llegar a la configuración de las mismas; entendiéndose que la pluralidad de agentes en la banda sería menor inclusive que en la organización criminal podemos entender que

estas características tienen que ser en relación a la estructura de la misma, la temporalidad en el ejercicio de las actividades ilícitas, así como los delitos que deberían o que podrían ser realizados por la organización criminal.

En este último se generan confusiones frente a lo establecido por el legislador, por cuanto la banda no tendría la posibilidad de realizar conductas propias de una organización criminal, dada la complejidad de las mismas y siendo necesario que algunas de estas conductas no van a responder a fines propios o independientes de los mismos autores o partícipes de la referida, sino que responderían más allá para un interés propio de la estructura de la organización o que el tiempo bajo el cual los propios autores van a realizar estos ilícitos tendrían que ser por un tiempo estable o permanente, situación que en la banda no ha quedado establecido cómo podría darse esa condición. Resulta en ese sentido, que el concepto “sin reunir algunas de las características propias de la organización criminal”, más allá de volver a una conducta residual podría generar un despropósito para los operadores de justicia tanto para el Ministerio Público al momento de la calificación jurídica, por cuanto la banda criminal no tiene una regulación probatoria especial como si lo tiene la organización criminal y tanto para el juez, que ante el supuesto de duda pues tendría que determinar que no puede haber sanción por un delito de banda; situaciones que como advertimos nos llevarían a una complejidad procesal, que más allá de encontrar solución a un conflicto frente a los delitos cometidos por agrupación de personas generaría un despropósito procesal al generarse afectación a una demora judicial que no llegaría en muchos casos a determinarse si la agrupación reunía o no los elementos de una organización, por el contrario como ya hemos venido señalando el Código Penal no sanciona como agravantes cualificadas las conductas realizadas por la banda criminal, en consecuencia se entiende que solo se sancionaría de manera cualificada el concurso de dos o más personas no siendo componentes de un delito de organización.

Finalmente, en el tercer supuesto, tenemos “*la comisión de delitos*”, para que se logre determinar que la banda criminal ha sido creada o formada con la finalidad de la comisión de delitos, es necesario que exista un análisis previo, cumpliéndose así con lo que se entiende por elemento normativo. En este análisis, se debe entender que la afectación que podría provocar el delito sería de peligro abstracto y/o indeterminado, en consecuencia, la comisión de delitos estaría supeditada a los fines de la agrupación de personas, es decir existir ya la presunción de que los fines por los cuales se realiza la agrupación de estos

sin reunir los requisitos de la organización criminal serían con una finalidad específica que sería la de delinquir.

Ahora bien, sancionar la agrupación de personas con fines de cometer delitos resulta sancionar a los mismos por lo que podrían llegar a realizar, dejando sentado que no es necesario según nuestra legislación que estos delitos lleguen a realizarse, por cuanto recordemos que este delito requiere componentes propios del delito de organización y él mismo a su vez tiene como principios rectores la independencia en la sanción por la adecuación típica a la conducta en la que se le reproche a un determinado autor o cómplice del mismo.

3.1 Los elementos descriptivos del delito de Banda Criminal.

Para determinar los elementos descriptivos del delito de banda criminal es necesario tener en cuenta a qué nos referimos cuando hablamos de elementos descriptivos en un determinado tipo penal, los cuales, a diferencia de los elementos normativos; toda vez que los elementos descriptivos son aquellos elementos que pueden ser deducidos a través de los sentidos, es decir requieren una constatación fáctica para poder ser determinados.

Ya habiendo establecido el concepto de lo que se puede entender por elemento descriptivo de cualquier tipo penal es necesario remitirnos al tipo penal del tema en cuestión, este es el tipo penal de “Banda Criminal”, siendo así que nuestro Código Penal establece que la misma es la agrupación de personas con la finalidad de realizar delitos y que no tengan alguno de los requisitos propios de la organización criminal nos queda claro de que el análisis del elemento descriptivo sería la unión de personas o la agrupación de las mismas, debido a que dicha situación es lo que puede ser percibido por los sentidos, y por el contrario la finalidad de cometer delitos, actuar de manera concertada y no cumplir alguno de los requisitos de la organización criminal, requieren que el análisis sea más allá de lo sensorial.

En el contexto expresado, podemos concluir que la agrupación de personas nos llevaría a un ámbito de concertación, pero este último componente sería una presunción del elemento descriptivo para el cual se han reunido estas personas; situación que requiere que la agrupación de éstas identifique un real peligro frente a su unión.

3.2 Las formas de realización del tipo penal de Banda Criminal.

Para determinar la forma de realización del delito en mención es necesario remitirnos al denominado *iter criminis* o a las fases de realización del delito, siendo así tenemos que cuenta con tres fases o etapas, siendo estas: la fase o etapa interna, fase o etapa externa y finalmente encontramos al agotamiento.

Dentro de la fase interna tenemos una sub- fase, denominada ideación, esta sub-fase se encuentra relacionada a la “idea”, con esto nos referimos a la elaboración mental o plan con el que cuenta el agente para cumplir con su objetivo, que vendría a ser la comisión de un delito.

En la fase externa, encontramos dos sub-fases: la primera, la preparación; y, la segunda, la ejecución. Respecto a la preparación tenemos que esta etapa versa sobre los medios que va a adoptar el agente para poder cometer el ilícito, la ejecución consiste en la aplicación o empleo de los medios que el agente previamente había determinado como óptimos para la comisión del delito.

Finalmente tenemos a la fase denominada “consumación”, en esta fase tenemos que se configuran todos los elementos típicos del delito, cabe destacar que la consumación a su vez contiene dos acepciones la primera es la formal y la segunda es la material, en la consumación formal, tenemos que el agente cumple con todos los elementos típicos del delito mientras que o la consumación material tenemos que se puede considerar de esa forma debido a que el agente cumple con la satisfacción de los fines u objetivos que tenía previstos para la comisión del ilícito.

Respecto al delito de banda criminal tenemos que la forma de realización o consumación de este delito es de manera instantánea, toda vez, que basta como lo dice su tipo penal con *la unión de dos o más personas que constituyan o integren una unión con el fin de cometer delitos*, es decir no es necesario que se haya cometido el ilícito para el que se formaron, sino que basta con la sola integración para un “fin ilícito”.

3.3 El grado de participación de los integrantes de la Banda Criminal en la finalidad delictiva ¿Es posible la complicidad?

Para dar respuesta a este planteamiento es necesario tener en cuenta lo que nos dice el tipo penal respecto a los integrantes de la banda criminal, en este delito encontramos dos modalidades “constituir” o “integrar”.

Cuando hacemos referencia a la constitución o el constituir una banda criminal, tenemos que alude a todo acto fundacional que debe involucrar cuando menos a dos personas que acuerdan constituir la banda con la finalidad compartida de que se dedique a cometer delitos. El integrar una banda criminal comprende la simple adhesión material a la banda criminal y luego que ella ya se ha constituido.

Es decir, el integrar resulta una modalidad posterior a la constitución de una banda criminal. Habiendo ya mencionado lo anterior, pasaremos a determinar el grado de participación, respecto a ello debemos recordar que la banda criminal abarca todos aquellos elementos de los que carece una organización criminal, uno de estos elementos de los que se compone la organización criminal es el estructural, permitiendo de esta forma la división de roles o jerarquización, siendo así que la participación de los sujetos en la banda criminal no debe versar sobre la estructura.

En el tema de la participación es necesario recordar que ésta abarca al instigador y al cómplice, respecto al instigador o inductor, es aquel que hace que aquel instigado tenga la idea de la comisión de un determinado delito, mientras que el cómplice es aquel que ayuda a que se pueda ejecutar el delito, esta cooperación o ayuda puede ser de forma intelectual o material.

Habiendo ya mencionado todo lo anterior corresponde analizar si cabe la complicidad en el caso del delito de banda criminal. Al respecto, se considera que sí, puesto que los agentes o miembros de una Banda Criminal coadyuvan con el logro del objetivo para el que se unieron, este aporte que dan sus miembros puede darse a lo largo del proceso para la realización del delito o *iter criminis*. En ese sentido, la participación a nivel de complicidad implica que no todos los integrantes de la Banda Criminal tendrían que necesariamente ser autores o responsables en la ejecución de la finalidad delictiva pero este concepto lo analizamos sobre la finalidad de los delitos que se cometerían los

integrantes de la misma; no obstante es de tenerse en cuenta que al ser un delito de peligro abstracto, la constitución o integración de esta, implica que en esta clase de delitos no puede negarse la posibilidad de que exista la ayuda para la integración de los mismos o la forma o la vinculación de un partícipe o de un instigador hacia los autores para que lleguen a la conformación de la misma, con lo cual se cumpliría el ámbito de la participación dentro de la conducta ilícita.

Resulta que se sancionaría a un instigador o a un cómplice por una situación de potencial peligro, pero que aún no llegaría a manifestarse en la realización del delito fin y esto podría entenderse como una situación drástica, pretender sancionar los actos de complicidad o instigación frente a los autores o coautores por el sólo integrar la Banda Criminal.

En consecuencia, la participación, en el delito de banda criminal implica que la aportación de algún eslabón previo que opera también en el resultado a través del eslabón decisivo puesto por el autor.⁴² Ahora en la relación con el autor, implica que este último infrinja una norma, al igual que el partícipe, porque ambos son parte de la relación de típica de la conducta. No obstante, se debe apreciar que la complicidad expresa una posibilidad de ayuda al delito, pero no es absoluto se requiera su intervención a diferencia del autor.

El criterio actual del concepto restrictivo de autor, “también influye en la determinación de la participación, porque sólo los autores realizan los tipos de injusto de la Parte especial”.⁴³ Esta afirmación es realizada por Caro John, con lo cual la participación supondría la extensión de la punibilidad. Se puede advertir que conforme a lo advertido no se requiere la necesidad de tener un partícipe, sólo del autor por ser el eje central del delito. Sin embargo, si el tipo penal de banda criminal resulta cercano a la concepción de coautoría, pueden generarse conflicto con la acepción de complicidad primaria, pero consideramos que la autoría se determina por el solo hecho de agruparse, configurando uno de los elementos normativos esenciales del tipo penal.

⁴² Cuello Contreras, Joaquín. Autoría y Participación en un sistema lógico funcional. En Revista de Política Criminal N° 97. Universidad de Extremadura. 2009. P. 39.

⁴³Caro John, José Antonio. Manual Teórico-Práctico de Teoría del Delito. Materiales de aplicación a la investigación y judicialización de los delitos cometidos en el ejercicio de la función pública. Ara Editores. Lima. 2014. P. 172.

3.4 El acuerdo previo en el delito de Banda Criminal.

Como ya lo habíamos mencionado anteriormente, el delito de banda criminal contempla dos modalidades: constituir o integrar, es decir se necesita o requiere la unión de dos o más personas para la comisión de delitos.

Siendo así, tenemos que señalar que el denominado “acuerdo previo” en este delito es aquel que se produce con anterioridad a la constitución o integración de la Banda Criminal, toda vez que, del acuerdo previo o concertación entre los sujetos, miembros de la banda, nace la cooperación para la comisión de delitos.

Dentro del análisis de acuerdo previo en el delito que nos ocupa, debemos partir de cuál sería la situación bajo la cual los integrantes de ésta denotarían un ánimo de acuerdo. Resulta que para la constitución de la banda criminal es necesario que exista la finalidad de realizar delitos en consecuencia el acuerdo el acuerdo previo va ligado a la finalidad de la misma entendiéndose de que la naturaleza de la misma no podría determinar lo que se denominaría acuerdo de dos integrantes para el origen sobre su existencia. En consecuencia, el denominado acuerdo previo sólo puede ser interpretado para la comisión posterior de delitos, más no para la constitución u origen de la banda. De acuerdo con lo expresado, corresponde indicar que el acuerdo previo sería un elemento, pero para el delito fin más no para la naturaleza u origen de esta en el sentido de que la agrupación de sujetos no requiere un acuerdo previo en función a la sola agrupación el concierto de voluntades implicaría la forma de realización del delito mas no un requisito normativo para determinar la existencia del delito de peligro abstracto.

Resultaría práctico establecer que en el caso de tres sujetos que se reúnen con la finalidad de poder reunir dinero ilícito para comprarse un televisor de última tecnología, dicho acto configuraría una concertación. En este ejemplo se aprecia que la agrupación de los mismos implicaría un acto de concertación como acuerdo previo, el mismo estaría vinculado al delito fin; claro está, que este ejemplo nos denota una simple coautoría en un delito contra el patrimonio, pero si queremos llegar a vincular más allá el delito de banda criminal frente a lo que sería un acuerdo previo, quizás el ejemplo puede ser modificado de la siguiente forma: imaginemos que estos tres sujetos de manera cotidiana y de manera conjunta ingresan a una tienda de venta de ropa en un centro comercial y a efectos de no ser descubiertos al sustraer diversas prendas de vestir, pactan con los

vigilantes encargados de la seguridad del local comercial a efectos de que puedan salir con tranquilidad luego de sustraer los bienes, y en contraprestación les abonarían una determinada suma de dinero.

En este caso, ellos podrían realizar estas conductas de forma habitual y el Ministerio público podría imputar que efectivamente conformarían una banda; en este contexto se aprecia que el acuerdo previo se configura para realizar el evento delictivo, más no para una finalidad frente a la constitución de la hipótesis que configuraría el delito de banda, siendo en este sentido, una situación por la cual solo podríamos referirnos a un acuerdo previo en una cuestión posterior a la conducta inicial es decir, el delito para el cual se habría constituido la banda criminal.

3.5 El acuerdo previo como elemento necesario de la coautoría.

Como ya lo habíamos mencionado, el acuerdo previo resulta necesario para la unión de los sujetos activos en el delito de banda criminal. Corresponde analizar la relación entre el acuerdo previo y el grado de participación a nivel de lo que se denomina coautoría. Es también importante establecer que en doctrina comparada se le conoce como el plan común.

Habiendo mencionado lo anterior, tenemos entonces que la coautoría, para ser entendida como tal, cuenta con los siguientes elementos:

- a. Ejecución del hecho común.
- b. Aportación esencial necesaria.
- c. Acuerdo Común.
- d. Existencia de un codominio del hecho.

Siendo así que para delimitar la coautoría se deben cumplir los elementos mencionados, por lo que podemos entender que el acuerdo común es necesario para que se pueda contemplar la coautoría en un determinado delito.

“Ahora bien en la doctrina se distinguen teóricamente varias formas de coautoría:

- a) la coautoría sucesiva, que consiste en que una persona participa en un hecho, cuya acción se inició en régimen de autoría única por otro sujeto, a fin de acopando su actuación con la de este, lograr la consumación, en este tipo de coautoría no se

requiere un acuerdo expreso; b) la coautoría alternativa, la misma se define como el acuerdo de voluntades que determina que el hecho no lo realice por sí solo un sujeto determinado sino cualquiera del colectivo alternativamente, dependiendo de las circunstancias más propicias para la ejecución; c) la coautoría aditiva o agregada, esta aparece cuando varias personas siguiendo la decisión común realizan al mismo tiempo la acción ejecutiva, pero solo alguna o algunas de las acciones de dichas personas producirán el resultado típico”.⁴⁴

De la cita descrita en el caso de la coautoría sucesiva no corresponde al delito de banda criminal, porque requiere de manera necesaria el acuerdo expresa. No obstante, la posición de lo referido a la coautoría alternativa guarda sustento con el ejemplo citado por Díaz y García Conlledo, quien indica que, ante la presencia de dos sujetos en direcciones distintas a la espera de su víctima, cualquiera puede atacar primero. Esto es posible en el delito de banda criminal, con el acuerdo previo entre los intervinientes. Asimismo, en relación con la coautoría hace referencia a las denominadas “agresiones en grupo”, lo cual es la forma por excelencia de intervención de la banda.

La posición de Díaz y García Conlledo, nos lleva inclusive a una cita textual donde toma una posición de una forma de coautoría que denomina “el jefe de la banda”, de la cual señala lo siguiente:

“En el caso del organizador, planificador, director o cerebro del grupo de sujetos que cometen un delito normalmente conocido como “el jefe de la banda”, sino realiza más actividades que esa, debe ser considerado autor mediato porque no domina positivamente el hecho”.⁴⁵

Con lo cual, resulta lógico que en una coautoría, donde se debe manifestar el acuerdo común de las personas para determinar el reparto de roles o la forma de realización del hecho delictivo teniendo precisamente los diversos agentes, al ser una intervención compartida requieren un acuerdo previo para la materialización de estos fines, ya que, caso contrario hablaríamos de autorías independientes más no de una coautoría que

⁴⁴ Márquez Cárdenas, Álvaro E. Revista Diálogos de Saberes. La Coautoría: Concepto y Requisitos en la Dogmática Penal: file:///C:/Users/INTEL/Downloads/Dialnet-LaCoautoria-2693611%20(2).pdf . Visitada el 07 de noviembre del 2019.

⁴⁵ Díaz y García Conlledo, Miguel. La Autoría en el Derecho Penal. PPU. Barcelona. 1991. P. 683.

requiere un consenso, es decir, necesita una intervención de roles unidos para lograr un determinado fin. Esta situación resulta necesaria a efectos de una coautoría frente a cualquier delito. No obstante, queda la posición razonable de parte de Díaz y García Conlledo, quien establece que la autoría mediata puede estar presente en una banda, esto a razón de que uno de los supuestos coautores no actúa más allá del aporte intelectual, y esto es importante porque igual habría acuerdo previo.

3.6 La concertación como rol importante en el delito de Banda Criminal.

La concertación forma parte de la división o reparto de labores. En el caso de la Banda Criminal puede haber cierta concertación entre sus integrantes, sin embargo, este no reviste la complejidad que puede tener una organización criminal.

La concertación está vinculada al orden o factor de organización que debe darse dentro una determinada estructura criminal. Al respecto se tiene que: “El factor organizativo es un factor intrínseco de la organización criminal, dentro del cual se desempeñan los diferentes roles de los sujetos que son parte componente o que integran la organización. Entonces, queda establecido que el reparto de roles o tareas dentro de la organización criminal no es casual, ni mucho menos fruto de la improvisación, sino todo lo contrario, constituye una de las principales notas características de la organización criminal”.⁴⁶

En el caso de la Banda Criminal, como se indicó, la concertación puede darse; sin embargo, ésta no es duradera o indefinida como sí podría en la organización criminal, pese a ello se debe considerar que esta concertación implica un rol vital para la configuración del delito, puesto que es el punto de partida para la unión de los sujetos intervinientes en este ilícito.

Asimismo, en la doctrina española, Muñoz Conde ha anotado que:

“(…) menos prolija es la descripción de la conducta típica en el art. 570°
terc.1 -Código Penal Español- que sólo recoge las conductas de
constitución, financiamiento o integración en el grupo criminal. Pero dada

⁴⁶ Zurita Gutierrez, Alri. El Delito De Organización Criminal: Fundamentos De Responsabilidad y Sanciones Jurídicas. Tesis para el doctorado. Universidad de Sevilla. 2017.

la estrecha relación del grupo con la organización criminal, es probable que los casos más relevantes de constitución o financiación del grupo sean reconducibles a la organización criminal, mientras que, si no llega al nivel de concertación y coordinación que exige esta ni tiene una cierta permanencia en el tiempo, no tiene por qué ser tratado de forma diferente a las distintas formas de codeincuencia, sean estas constitutivas de coautoría, cooperación necesaria o complicidad, o la preparatoria de conspiración”.⁴⁷

Resulta claro establecer que de no existir concertación, no podría haber un acuerdo común entre los actores, en consecuencia, no podríamos hablar de un delito de organización si es que los mismos miembros no conciertan su finalidad para la cual se encuentran agrupados, esto debemos entenderlo de dos formas uno lo que sí sería un delito de organización criminal en el cual la concertación va de acuerdo a los fines de la estructura criminal, es decir para qué se constituyó la organización dentro de sus reglas, sus parámetros y sus fines delictivos; mientras que en el caso de la banda criminal la concertación está definida para un acto, que como hemos venido indicando, no debe ser de carácter complejo y debe ser una situación para los fines propios de los integrantes de la misma, más no para lo que vendría a ser la denominada banda en sí.

Con lo cual, se puede entender que el concepto de concertación en el delito de organización criminal está determinado a un ámbito estructural complejo de lo que se denominaría una empresa criminal, en sentido contrario, en el delito de banda criminal, la concertación responde más a los fines de una coautoría, es decir como elementos propios de la regulación del concurso de dos o más autores que implicarían pues precisamente los requisitos propios de la misma para poder tener un acuerdo común en la realización del evento delictivo. La concertación en el delito de banda criminal, de acuerdo con lo regulado en nuestro Código Penal, implica que sea necesaria para poder determinar que las personas se han agrupado para la realización de fines delictivos.

⁴⁷ Muñoz Conde, Francisco. Derecho Penal – Parte Especial. Edición 22°. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia. P. 345.



CAPITULO IV

**EL DELITO DE BANDA CRIMINAL ES UNA FORMA DE COAUTORÍA QUE
LESIONA EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD PENAL.**

4. El principio de legalidad en el análisis normativo de la Banda Criminal.

El principio de legalidad ha sido consagrado en el artículo 2, inciso 24, literal “d”, de la Constitución Política del Perú, en el que se establece que:

“Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible, ni sancionado con pena no prevista en la ley”.⁴⁸

La norma establece un principio del derecho penal que fue considerado elemento fundamental de seguridad personal desde el siglo XVIII. Al respecto Bernales Ballesteros señala que, “nadie será procesado ni condenado, es decir, si no se cumple con los supuestos previamente establecidos en la norma, a nadie se le puede condenar penalmente, ni siquiera abrirle juicio”.⁴⁹ El concepto del principio de legalidad tiene su acepción en doctrina con respecto a lo expresado por Mezger, quien refiere que “la interpretación jurídico-penal tiene una peculiaridad, por cuanto rigen, para la fundamentación de la pena, normas restrictivas. Las mismas encuentran su expresión en el principio: no hay pena sin ley, NULLA POENA SINE LEGE”.⁵⁰ Esta afirmación es repetida hasta la actualidad, siendo el eje rector del principio penal, por cuanto la legalidad es parte esencial de toda interpretación normativa. En doctrina nacional, Villavicencio Terreros lo define como el límite de la violencia punitiva.⁵¹ Esta afirmación se manifiesta sobre la razón constitucional de que nos regimos por un estado de derecho, donde se deben respetar las garantías y principios constitucionales.

El principio de legalidad exige la existencia de una ley (*lex scripta*) que sea anterior al hecho sancionado (*lex previa*) y que la ley describa un supuesto de hecho estrictamente determinado (*lex certa*). El Tribunal Constitucional, en diversas sentencias, pero de manera concreta en el caso 0010-2002-AI/TC, ha señalado que el principio de legalidad

⁴⁸ Constitución Política del Perú de 1993. Artículo 2, inciso 24. Literal “d”.

⁴⁹ Bernales Ballesteros, Enrique. La Constitución de 1993. Análisis Comparado. Editorial Rao. Lima. P. 199.

⁵⁰ Mezger, Edmund. Derecho Penal Parte General. Editorial bibliográfica Argentina. Buenos Aires. 1958. P. 62.

⁵¹ Villavicencio Terreros, Felipe. Derecho Penal Parte General. Editorial Grijley. Lima. 2006. P. 89.

exige no solo que por ley se establezcan los delitos, sino también que las conductas prohibidas estén claramente delimitadas previamente por la ley.⁵²

Como una primera visión podemos entender a la ley dentro de su acepción *scripta*, es decir aquel dispositivo normativo emitido por el Poder Legislativo; este poder es quién emite las normas que son exigidas al resto de los poderes, el ordenamiento jurídico interno es el que nos exige cumplir las normas para su debido orden y bienestar común, situación que obliga el cumplimiento de las disposiciones legales y constitucionales. Asimismo, el Poder Judicial tiene la atribución de interpretar los enunciados normativos hasta las leyes en sentido estricto en concordancia con lo dispuesto constitucionalmente, por lo que los jueces pasan a ser intérpretes normativos. Esto en el entendido que, si la ley tuviera imperfecciones, los jueces no pueden dejar de administrar justicia.

El ejercicio de la acción penal a través de la cual se persigue probar un determinado delito con la finalidad de aplicar una pena, es una respuesta inmediata y razonable del Estado a la comisión de un hecho punible es lo que constituye al principio de legalidad como el primer eslabón del debido proceso; entonces en definitiva podemos indicar que el principio de legalidad constituye un pilar fundamental para la conservación y el mantenimiento del Estado de Derecho, constituye o garantiza la seguridad jurídica de los ciudadanos, también garantiza el imperio de la ley como presupuesto del poder del Estado respecto a los bienes jurídicos de los ciudadanos. El principio de legalidad también incide o rige la dosimetría penal, esto quiere decir que a pesar de que el delito es una entidad jurídica cuantificable la pena a imponer no exceder la cuantía que expresamente este determinado en la ley.

Al haberse delimitado el marco conceptual del principio de legalidad, corresponde analizar los elementos normativos de la banda criminal desde el punto de vista del principio de legalidad; el mismo implica la persecución de los actos delictivos, es así que en virtud de este el sistema punitivo del Estado, sanciona el delito de banda criminal en nuestro país, es así que su contenido se encuentra regulado en el artículo 317-B de nuestro Código Penal.

⁵² Sentencia del Tribunal Constitucional Exp. N° 010-2002-AI/TC: <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00010-2002-AI.html>. Visitada el 20 de abril del 2019.

Su regulación propia, conforme hemos expresado, nos lleva hacia un tipo penal que ya está redactado, no determina de manera concreta cual sería la conducta que deberían realizar los agentes para una correcta adecuación típica.

Esta situación, se advierte cuando la propia norma indica “no cumplir con alguno de los elementos del delito de organización criminal”, lo cual, la convierte en una norma imprecisa y residual, que en la práctica se podría volver un tipo penal de descarte, al no configurarse la organización criminal se pueden dar imputaciones tendenciosas de un delito que no cumple con los requisitos propios del principio de legalidad. Por lo que, el juez no se encontraría frente al llenar un vacío en la norma, sino darle una interpretación distinta para la que fue creada, porque el legislador no pretendía que la banda pueda realizar delitos de carácter complejos.

El delito de banda criminal fue incorporado al Código Penal con el Decreto Legislativo N° 1244 se puede apreciar a partir del acuerdo plenario N° 08-2019 la Corte Suprema trata de superar con ciertos criterios hermenéuticos las falencias normativas del ilícito; es así que resalta otras diferencias que considero que serían vitales para las imputaciones y acreditaciones que el Ministerio Público tendría que realizar el tipo penal.

Es así como, hace la diferencia en torno a la complejidad de organización que podrá presentar por un lado la organización criminal y por otro lado la banda. Entiéndase que la banda, de acuerdo al criterio jurisprudencial sería una organización menos compleja que la propia organización criminal, es decir, desde la visión del Acuerdo Plenario ambas serían estructuras criminales organizadas y entrarían dentro del marco del crimen organizado y les alcanzaría también lo regulado en el Acuerdo Plenario 10-2019 sobre la posibilidad de efectuar diligencias especiales, con fines probatorios que la Ley N° 30077 introdujo sólo para el delito de Organización Criminal.

De igual manera, el criterio jurisprudencial estableció que:

“(…) la capacidad operativa que en el caso de las organizaciones criminales es mucho mayor, siendo lo contrario en el delito de Banda Criminal; se da un tratamiento de una organización inferior o de menor grado. Por otro lado, el proyecto criminal que en el caso de organizaciones criminales supone delitos más sofisticados delitos de

producción, en cambio en el delito de banda criminal nos hace referencia a delitos violentos normalmente de despojo y como modus operandi, mucho más rutinarios; en cambio, en la organización criminal estamos frente al dominio de un espacio territorial, local, regional o internacional. De hecho, por su complejidad de extensión y el tipo de actividad ilícita supondrá la presencia de un número mayor de personas”.⁵³

En consecuencia, se puede advertir que el tratamiento normativo del delito de Banda Criminal era incierto, no específico, una conducta delictiva que no cumplía con la exigencia propia del principio de legalidad y que a través del Acuerdo Plenario 08-2019/CJ-116, del 16 de noviembre del 2007, a través de un criterio jurisprudencial se busca interpretarlo también como un delito de organización y que inclusive se utilicen las técnicas especiales de investigación que no están reguladas en la norma para la investigación del delito de Banda Criminal.

4.1 La imputación entre banda criminal y la coautoría; esto es, la doble imputación ¿genera un grave problema de tipicidad y por ende lesiona el principio de legalidad de penal?

Debemos empezar por señalar que cuando dos o más personas realizan un delito de manera conjunta nuestra legislación establece la existencia de la llamada coautoría en estos casos se sanciona como coautores a todas las personas que luego de ponerse de acuerdo realizaron colectivamente el hecho criminal es decir que ejecutaron el delito realizando parcialmente entre todos, el hecho delictivo.

“En este mismo sentido, la doctrina señala que son coautores los que realizan conjuntamente y de mutuo acuerdo un hecho ⁵⁴, lo cual es posible mediante una división de funciones durante la ejecución del evento delictivo. Es decir, que coautores no solo son los que ejecutan en sentido formal los elementos del tipo, sino a todos quienes aportan

⁵³ Acuerdo Plenario 08-2019 Corte Suprema del Perú. Diferencias Hermenéuticas entre el Delito de Banda Criminal y Organización Criminal.

⁵⁴ Mir Puig, Santiago. Derecho Penal Parte General. 7ª edición. Editorial B de F. Montevideo-Buenos Aires. 2004. P. 390.

una parte esencial de la realización del delito durante la fase ejecutiva en relación con el *iter criminis*.

Finalmente, un sector admite en nuestro país la teoría del dominio del hecho”.⁵⁵ Como se puede advertir existen diversas posiciones doctrinarias con respecto a la teoría predominante en relación con la autoría, pero siendo la más consensuada, la teoría del dominio del hecho. Esto es necesario precisarlo porque la coautoría resulta ser una forma de autoría y por lo cual tienen sus cimientos desde la base de determinar la visión doctrinaria del autor. Asimismo, para efectos de poder llegar a una comparación entre el coautor y la Banda Criminal, resulta necesario tratar el denominado acuerdo previo, lo cual se cumplirá con sustentar de manera debida.

Si bien la doctrina actual sobre autoría tiene su base en lo expresado por Roxin, es importante señalar lo que nos indica Díaz y García Conlledo en relación con la coautoría:

“Ahora bien, la coautoría se da cuando varios sujetos acordados y dividiéndose el trabajo realizan en conjunto la acción que determina positivamente el sí y el como del hecho. Esta acción no puede ser otra que la que sirve para decidir quién es autor individual inmediato y quien es autor mediato por realizar esa acción a través de otro. La acción es siempre la misma, aunque la estructura de su realización varía en cada caso: unas veces se realiza inmediatamente, otras a través de otra persona, y otras junto con otra u otras personas”.⁵⁶

El problema resulta cuando llegamos a interpretar de manera conjunta ambas figuras jurídicas, por un lado, la coautoría implica necesariamente la existencia de dos o más personas, en el mismo sentido que la banda criminal. En el delito de banda criminal los elementos típicos son: i) constitución de una unión, ii) unión de dos o más personas: pluralidad de agentes, iii) unión sin reunir alguna o alguna de las características de la organización criminal y iv) objeto delictivo, esto es, unión que tenga por objeto la comisión de delitos. Esto guarda sustento con la jurisprudencia nacional, la cual desde

⁵⁵ Mir Puig, Santiago. Derecho Penal – Parte General. 10ª Edición. Editorial B de F Ltda. Buenos Aires. 2016. P. 406-407.

⁵⁶ Díaz, Miguel y García, Conlledo. La Autoría en Derecho Penal. Editorial PPU (Promociones y Publicaciones Universitarias. Barcelona. 1991. P. 677-678.

hace mucho tiempo regula las condiciones que en doctrina se plantean, al indicarnos lo siguiente:

“Tres requisitos básicos que configuran la coautoría: a) decisión común, que posibilita una división del trabajo o distribución de roles; b) aporte esencial, de modo que, si uno de los intervinientes hubiera retirado su aporte, pudo haberse frustrado el plan de ejecución; y c) tomar parte en la fase de ejecución, donde cada sujeto coautor tiene un dominio parcial del acontecer delictivo”.⁵⁷

Con lo cual, si partimos del número de intervinientes para la realización del hecho delictivo a nivel de coautoría o que los integrantes del delito organizado realicen el mismo, requerimos la misma cantidad de agentes en la realización del ilícito. No obstante, esa situación en la cual nos encontramos que la pluralidad de agentes parte de una misma cantidad, no sólo genera el conflicto entre ambas interpretaciones, sino que el denominado concierto para delinquir implica que en ambos casos hay un acuerdo común y este se manifiesta o se plasma dentro de lo que se denomina el acuerdo previo; es decir antes de la realización del hecho delictivo los intervinientes tienen que realizar una situación real que se sería el ponerse de acuerdo. Este término llevado al lenguaje simple nos denomina lo que es el llamado acuerdo previo.

En esta situación es necesario que el conjunto de autores llegue a ejecutar el delito exista una posición entre todos ellos para llegar a un fin común. Esta determinación genera que todos ellos busquen de manera conjunta la realización del mismo hecho, que para los para el caso en concreto sería un hecho ilícito. De no poder generarse este llamado acuerdo de voluntades entre los integrantes de la coautoría, no tendríamos una manifestación de voluntad de que los sujetos tendrían una finalidad común en el acto delictivo; situación similar es la que sucede en la banda criminal porque es necesario que se agrupen las personas con fines de cometer delitos, que exista un acuerdo previo y que este se materialice en la finalidad delictiva, porque de lo contrario no podría haber un concierto criminal entre los autores que conformarían la misma.

⁵⁷ R.N. N° 6017-97-Lima; en: Caro Jhon, José Antonio. Diccionario de Jurisprudencia Penal. Grijley. Lima. 2007. P. 85.

Esta situación nos lleva a analizar que tanto la coautoría como una forma de intervención y la banda criminal como un delito independiente trastocan y no guardan una cuestión diferenciada para que puedan subsistir como situaciones jurídicas distintas. En el caso de la coautoría es una forma de participación, un grado de participación; es decir no en todos los casos habrá coautoría, pero en el delito de Banda Criminal si es necesaria la realización del hecho a través de una coautoría, quedándose a un lado la posibilidad de que hayan partícipes de acuerdo a la naturaleza como ha sido desarrollado por el legislador la conducta delictiva, esto es que pueden haber personas que tengan una colaboración en la realización de la sola constitución de la banda, como tipo penal independiente, pero recordemos que lo que sanciona la norma no es el delito que vaya a cometer la banda, sino de que exista el concierto o agrupación de la misma para cometer delitos.

Teniendo en cuenta lo del párrafo anterior, en una situación hipotética, nos llevaría a una situación que a futuro se podría dar, cómo de repente no, al ser un delito de peligro abstracto la sola agrupación con fines de cometer delitos ya genera de que deba ser sancionada, pero el legislador no advirtió que la sola redacción del tipo penal conforme sí tipificó trastoca lo que sería los requisitos o la denominación propia de una coautoría generándose en ese sentido un conflicto normativo entre la definición de lo que es un coautor y la definición del tipo penal de banda criminal.

Ahora bien, si tenemos una banda el grado de participación mínimo que se podría interpretar, es que han intervenido en forma de coautores; es decir, la banda está constituida por coautores, pero la única diferencia que podría determinar que efectivamente se trataría de un delito y no de una coautoría sería la finalidad de cometer delitos, es decir la coautoría implicaría la realización de eventos delictivos determinados mientras que la banda serían delitos de carácter indeterminados. Esta única diferencia afecta en definitiva lo que es la legalidad, porque de acuerdo con lo que revisamos dentro del principio de legalidad, sancionar a una persona por el quebrantamiento jurídico de la norma implica de que se tenga que realizar conductas delictivas a nivel de organización y una de las cuestiones que hemos criticado a lo largo de esta investigación es que el delito de Banda Criminal pueda ser interpretado como una organización, desde el ámbito normativo es una situación incierta, tanto así que hemos señalado que recién el Acuerdo Plenario 08-2019, trata de dar una interpretación que la Banda Criminal sería una

organización pero no de la magnitud del delito de organización criminal, es decir, se trata de salvar la figura delictiva que está tipificada de manera deficiente para poder aplicarla en nuestra realidad social, situación que trastoca el principio de legalidad, por cuanto estamos interpretando una situación jurídica conforme no ha sido establecida en el Código Penal y en ese sentido, se estaría afectando conforme se indicó al inicio de este capítulo lo que la norma a través del principio de legalidad busca proteger, que es el abuso del derecho.

Es importante también señalar lo que la jurisprudencia actual nos señala sobre las clases de coautoría, en la Casación 1039-2016-Arequipa de fecha 11 de junio de 2019, que sobre la particular señala lo siguiente:

“Fundamento Décimo.- Ahora bien en la doctrina se distinguen teóricamente varias formas de coautoría; a) la coautoría sucesiva, que consiste en que una persona participa en un hecho, cuya acción se inició en régimen de autoría única por otro sujeto, a fin de acopando su actuación con la de este, lograr la consumación, en este tipo de coautoría no se requiere un acuerdo expreso; b) la coautoría alternativa, la misma se define como el acuerdo de voluntades que determina que el hecho no lo realice por sí solo un sujeto determinado sino cualquiera del colectivo alternativamente, dependiendo de las circunstancias más propicias para la ejecución; c) la coautoría aditiva o agregada, esta aparece cuando varias personas siguiendo la decisión común realizan al mismo tiempo la acción ejecutiva, pero solo alguna o algunas de las acciones de dichas personas producirán el resultado típico”.⁵⁸

Se nos establece tres posibilidades de coautoría y pasaremos a realizar el análisis de cada una de ellas frente al delito de Banda Criminal. En el caso de la coautoría sucesiva, la misma no podría ser aplicable al delito porque la norma nos indica que la base de este es la agrupación, por lo que difiere de este tipo de coautoría, ya que se origina de la conducta de un solo autor y luego existiría la unión de voluntades para continuar con la ejecución. Si la base del delito de Banda Criminal es el concierto de voluntades, unión de estos con

⁵⁸ Casación 1039-2016-Arequipa de fecha 11 de junio de 2019.

acuerdo previo, por lo que no califica como forma de coautoría frente al delito materia de análisis.

Asimismo, en el caso de la coautoría alternativa, cualquiera de los coautores podría realizar el hecho de acuerdo con las circunstancias del evento, sobre esta forma en igual sentido no podría aplicarse al delito de banda criminal, porque se entiende que la constitución de esta es para que de manera concertada ejecuten la realización del delito con determinados roles, situación que en la coautoría alternativa no sucede. Distinto sería el análisis en el delito posterior de la banda, porque en el mismo se puede dar un reparto de roles distinto, pudiendo ejecutar uno sólo, pero recordemos que se trata de un delito de peligro abstracto, por lo que el análisis debe ser de la sola existencia de esta.

En el caso de la tercera categoría que es la coautoría aditiva o agregada, cumplirían la finalidad de la conducta típica, es decir los sujetos se agrupan para esa finalidad, claro está que al concretar su finalidad al momento de la ejecución del delito posterior pueda cambiarse circunstancias de participación en los roles para ejecutar.

4.2 La Banda Criminal como tipo penal innecesario.

Como hemos indicado la tipificación de la Banda Criminal puede generar problemas en la práctica, puesto que muy bien podría confundirse con la coautoría del artículo 23 del Código Penal.

Es así como el tipo penal de banda criminal resulta innecesario debido a que resulta confuso, puesto que no se logra diferenciar de la coautoría, consideramos que la tipificación de este delito nace con la finalidad de abarcar todos aquellos aspectos que no fueron incluidos en lo relacionado a la organización criminal, en consecuencia, este tipo penal vendría a ser una especie de “salvación” a los vacíos que puede tener el delito de organización criminal.

Si bien, una de las características del principio de legalidad era evitar la impunidad, también resulta cierto que de acuerdo con el análisis que hemos realizado se deja abierta una posibilidad de evitar la impunidad; pero, de otro sentido, bajo el cual ante un proceso que no se pueda probar el delito de organización criminal, luego de llevada la investigación preparatoria la fiscalía pueda presentar una acusación alternativa, con lo

que las posibilidades de acusar, tanto organización criminal y banda criminal, resultarían favorables para el órgano persecutor porque le sería más fácil lograr una condena por delito de organización.

El estado peruano en diciembre de 2019 publicó los alcances de la Política Nacional Multisectorial de Lucha Contra el Crimen Organizado 2019-2030 (PNMLCCO), que tiene como finalidad establecer los objetivos y las acciones que deben orientar el trabajo articulado entre entidades nacionales e internacionales. En esa línea, esta Política plantea cuatro objetivos prioritarios: (i) fortalecer la capacidad del Estado en la lucha contra las organizaciones criminales, (ii) fortalecer el control de la oferta en mercados ilegales a nivel nacional y transnacional, (iii) fortalecer la prevención en materia de combate al crimen organizado en la población, y (iv) fortalecer la asistencia a víctimas afectadas por el crimen organizado.⁵⁹ Dentro de los alcances del mismo, no se menciona la necesidad combatir al crimen organizado, desde una política que tuviera en cuenta a las bandas criminales, sólo se hace alusión a las organizaciones criminales. En ese sentido, el Poder ejecutivo ha entendido que la lucha contra el crimen organizado sólo debe enfocarse en reducir o neutralizar a las organizaciones criminales. Con lo cual, la incorporación del delito de banda criminal por parte del Poder Legislativo carecería de sentido, si tuvo como base la lucha contra el crimen organizado, o en su defecto el sancionar conductas derivadas de delitos de organización sin que se cumpla con los elementos normativos íntegros del delito de organización criminal.

Ahora bien, resulta desproporcional a su vez, que en el caso se inicie la investigación por delito de banda, el juez al conceder medidas restrictivas de derechos, propios de las técnicas especiales de investigación que regula la Ley N° 30077, se generaría un despropósito al momento en que el juez evalúe el pedido con atención al principio de proporcionalidad, porque al ser una norma imprecisa el delito de banda criminal, no podría generar una valoración sobre la base de calificación determinada, sino se aplicaría presunciones que por lo general no serían exactas, sino sobre la base de la posibilidad.

Si queremos ir a la interpretación teleológica, el legislador no ha tenido la voluntad de configurar a la banda como un tipo penal de organización, sino catalogarlo como una

⁵⁹ Política Nacional Multisectorial de Lucha Contra el Crimen Organizado 2019-2030 (PNMLCCO). Ministerio del Interior. Lima. 2019.

conducta equiparable con la organización criminal, porque no lo incorporo en ninguno de los delitos como agravante cualificada, ni tampoco lo incorporo como tal en la Ley N° 30077, con lo cual existía el conflicto si el delito de banda criminal, podría ser de competencia de la Corte Superior Especializada en Crimen Organizado; situación que con el Acuerdo Plenario 08-2019 cesa el conflicto al equipararlo como un delito de organización de menor intensidad.

Consideramos que es un delito innecesario porque no se encuentra debidamente tipificado, su redacción resulta insuficiente, para superar lo preceptuado en el principio de legalidad, y sobre el mismo no se puede pretender que la Corte Suprema, a través de un Acuerdo Plenario solucione presupuestos normativos que no se encuentran en el artículo correspondiente.

Situación distinta sería que existan discrepancias jurisprudenciales, a razón de criterios de interpretación diversos de los operadores judiciales, pero que tendrían como base que no exista afectación al principio de legalidad, porque si la norma no sanciona de manera expresa una conducta no puede interpretarse la misma de manera que afecte el debido proceso, porque genera que la Constitución se vea también afectada por no contemplar los alcances de que ninguna persona puede ser procesada si la conducta que se le atribuye la puede conocer de manera clara y expresa, dejándose supuestos en vacío. Las deficiencias son resaltantes en su tipificación, este es el caso de esta parte del tipo penal; *“sin reunir alguna o algunas de las características del artículo 317”*, al leer este fragmento del tipo penal resalta otra vez la confusión esto debido a que no se especifican cuáles son las características que no deben de considerarse de la organización criminal dificultando aún más la adecuación al tipo penal. Otro aspecto a tener en cuenta es que este delito no sanciona en sí la finalidad de la banda criminal, es decir el hecho de *“cometer delitos”*, sino que sanciona el simple hecho de constituir o integrar.

Finalmente, hemos pretendido demostrar que la banda criminal, además de afectar el principio de legalidad por su tipificación, resulta innecesaria en su redacción porque solo regula una coautoría, y la misma no puede ser un delito, sino una conducta en la forma de intervenir en el delito. Es en ese sentido, que se debería derogar el tipo penal y establecer dentro del artículo de organización criminal conductas que podrían ser peligrosas en la afectación de determinados bienes jurídicos, pero recordemos que más allá de eso la

derogación de la norma en nada afectaría el sistema jurídico ni la seguridad pública, porque la misma corte suprema en el Acuerdo Plenario 08-2019 ha referido que se trata de un delito de organización que no reúne la complejidad de la organización criminal, es más no tiene los elementos que generarían un peligro social su sola existencia, y además que los delitos que podrían cometerse con la misma -los cuales no son complejos- tienen como agravante específica el concurso de dos o más personas.



CONCLUSIONES



- La regulación del delito de banda criminal no reúne los criterios necesarios para ser denominado delito de organización y sus falencias dentro de lo que se pretende denominar delito que buscaría sancionar actos vinculados con la criminalidad organizada, deviene en inaplicable porque afecta el principio de legalidad.
- La coautoría es la base del delito de banda criminal, porque su esencia es la agrupación de dos o más personas. Sin este requisito no se cumpliría con el inicio de lo que se puede denominar banda, pero no basta solo con la agrupación de personas, sino que tengan un fin común, acuerdo previo y que cumplan algunos de los requisitos necesarios en la organización criminal. En este caso, si dejamos de lado la ausencia de criterios de la organización criminal, veremos que se sanciona la agrupación de personas que pretenden cometer delitos, y esto al ser un delito de peligro abstracto llevaría a sancionar a una agrupación de personas en el entendido que afectarían la tranquilidad pública.
- La descripción normativa ha tratado de ser interpretada como un delito de organización y que puede equipararse al delito de organización criminal, pero como uno de menor complejidad, situación que se produjo con el Acuerdo Plenario 08-2019. Esta interpretación jurisprudencial pretende la aplicación de una conducta que, por sí, no se encuentra normada de esa manera y es por ello por lo que dentro de esos alcances consideramos como una afectación al principio de legalidad.
- El problema social de la delincuencia no puede ser solucionado con la incorporación de un delito, que solo sancionaría el antecedente de los delitos posteriores. Esto genera más confusión e inaplicabilidad, cuando ya el Código Penal sanciona con agravante específica en la determinación judicial de la pena el concurso de dos o más personas. En el caso de agravantes cualificadas, la norma penal no las establece para el delito de banda criminal, pero sí para el de organización criminal.

- Si se pretende equiparar el delito de banda criminal al delito de organización criminal, se debería establecer que delitos podrían cometer y qué requisitos normativos de la organización criminal son los que podría prescindirse, porque de lo contrario se podría genera un abuso del derecho. Asimismo, se podría sancionar dentro del mismo delito de organización criminal como una forma atenuada.
- A efectos de evitar conflictos entre los operadores jurídicos, se debería dejar sin efecto el Acuerdo Plenario 08-2019, en el sentido de que no puede interpretarse más allá de lo que la norma regula el delito de banda criminal. Posterior a ello, se debería presentar un proyecto de ley en el que se modifique el delito de Banda Criminal, donde se precise qué delitos pueden ser realizados, cuáles son los elementos necesarios como delito de organización que debe contener, y justificar su existencia sobre la lucha en favor de la seguridad ciudadana y contra la criminalidad organizada. Ahora bien, también podría ser derogado e incorporado dentro del artículo 317 del Código Penal, como un tipo atenuado de la organización criminal, donde el tipo penal en general sea asociación ilícita para delinquir y dentro del mismo se configuren dos delitos, el primero el de banda criminal como ilícito de organización menor, atenuado, pero que su sola existencia debe ser sancionado; y el segundo que es el regulado como el delito de organización criminal de acuerdo a sus características normativas que reguló la Ley N° 30077.

BIBLIOGRAFÍA



- Acuerdo Plenario N° 4-2006/CJ-116: https://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4_per_4-06.pdf. Visitada el 20 de abril del 2019.
- Bacigalupo, Enrique. Derecho Penal, Parte General. Lima. Ara editores, 2004.
- Bernal Ballesteros, Enrique. “La Constitución de 1993: Análisis Comparado”. Lima. Editorial Rao.
- Casación 1039-2016-Arequipa de fecha 11 de junio de 2019.
- Código Penal Argentino. Consultado en: <https://iberred.org/sites/default/files/codigopenalargentino.pdf>.
- Código Penal Boliviano. Consultado en: <https://iberred.org/sites/default/files/codigopenalboliviano.pdf>.
- Código Penal Colombiano. Consultado en: <https://iberred.org/sites/default/files/codigo-penal-de-colombia.pdf>.
- Código Penal Español. Consultado en: <https://iberred.org/sites/default/files/codigo-penal-en-vigor.pdf>.
- Código Penal - Constitución Política del Perú de 1993. Lima, Jurista editores E.I.R.L, 2018.
- Choclan Montalvo, José Luis. La Organización Criminal Tratamiento Penal y Procesal. Colección Luis Jiménez de Asua. Editorial Dykinson. 2009.
- Dagdug Kalife, Alfredo. La prueba testimonial ante la delincuencia organizada. México: Editorial Porrúa, 2014.
- Díaz, Miguel y García, Conlledo. “La autoría en Derecho Penal”. Barcelona: Editorial PPU (Promociones y Publicaciones Universitarias). 1991.
- Enciclopedia Jurídica Omeba – tomo II. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 2005.
- Falla Rosado, Miguel. Análisis Normas Criminalidad Organizada – Análisis de Las Leyes N° 30076 y N° 30077 Ley Contra el Crimen Organizado. Consultado en: https://www.minjus.gob.pe/defensapublica/contenido/actividades/docs/norma_criminalidad_organizada_.
- Ferre Olive, Juan Carlos & Anarte Borrillo, Enrique. Delincuencia Organizada: Aspectos Penales, Procesales Y Criminológicos. Universidad De Huelva. 1999.
- Florian, E., Diritto. penale Parte General. Tomo I. Italia: Editorial Francesco Vallardi. 1915.

- Granados Pérez, Carlos. La Criminalidad Organizada, “Aspectos Sustantivos Procesales y Orgánicos”. Segunda Edición. Consejo General del Poder Judicial. Madrid. 2001.
- Granados, Carlos. “la criminalidad organizada - aspectos sustantivos procesales y orgánicos”. Madrid: Cuadernos de Derecho Judicial., 2001.
- Juan J. Medina Ariza. Una introducción al estudio criminológico del crimen organizado, en Ferré Olivé y Anarte Borralló (eds.), Delincuencia Organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos. España: Fundación el monte, 1999.
- Merino, Joaquín y Paino, Francisco. Lecciones de criminalidad organizada. Madrid: Servicio Publicaciones Facultad Derecho Universidad Complutense Madrid., 2016.
- Mir Puig, Santiago. Derecho Penal Parte General. 7ª edición. Montevideo-Buenos Aires. Editorial B de F, 2004.
- Mir Puig, Santiago. “Derecho Penal – Parte General”. 10º Edición. Argentina: Editorial B de F Ltda. 2016.
- Montoya, Mario D., Mafia y Crimen Organizado, Buenos Aires: Ad-Hoc, 2004.
- Paucar Chappa, Marcial. El Delito De Organización Criminal. Editorial Ideas. 2016.
- Peña Cabrera Freyre, Alonso Raúl. Curso Crimen Organizado AMAG. Manual Auto Instructivo. 2016.
- Prado Saldarriaga, Víctor R., Criminalidad Organizada – Parte Especial. Lima: Instituto Pacífico, 2016.
- Prada Saldarriaga, Víctor R. Lavado de activos y organizaciones criminales en el Perú. Perú: IDEMSA, 2019.
- Prado Saldarriaga, Víctor R. “Lavado de activos y organizaciones criminales en el Perú – Nuevas Políticas, estrategias y Marco Legal”. Lima: Editorial Moreno, 2019.
- R.N. N° 6017-97-Lima; en: Caro Jhon, José Antonio. Diccionario de Jurisprudencia Penal. Grijley, 2007.
- Revista Diálogos de Saberes, La Coautoría: concepto y requisitos en la dogmática penal, Álvaro E. Márquez Cárdenas, consultado en: PhD: file:///C:/Users/INTEL/Downloads/Dialnet-LaCoautoría-2693611%20(2).pdf.

- Roxin, Claus. “Las formas de intervención en el delito: Estado de la cuestión”. Traducción a cargo de María Teresa Castiñeira Palou. En Sobre el estado de la teoría del delito, edición a cargo de Jesús María Silva Sánchez. Madrid. Civitas, 2000.
- Roxin, Claus. Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal. 6ª edición, Madrid. Marcial Pons, 1998.
- Sánchez García de paz, Isabel. “la criminalidad organizada – aspectos penales, procesales, administrativos y policiales”. Madrid: DYKINSON, S.L., 2008.
- Sentencia del Tribunal Constitucional Exp. N° 010-2002-AI/TC: <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00010-2002-AI.html>. Visitada el 20 de abril del 2019.
- 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”. Buenos Aires: Editorial B de F. 2008.
- Wilfredo Roque Ventura. La Reparación Civil En El Delito De Organización Criminal. Editores Del Centro. 2019.
- Zaffaroni, Eugenio R. “Manual de Derecho Penal – parte general”. Buenos Aires-Argentina. Editorial EDIAR. 2008.
- Zuñiga Rodríguez, Laura. Criminalidad organizada y sistema de derecho penal contribución a la determinación del injusto penal de organización criminal. Granada: Comares. 2009.
- Zurita Gutiérrez, Alri. El Delito De Organización Criminal: Fundamentos De Responsabilidad y Sanciones Jurídicas. Tesis para el doctorado. Sevilla: Universidad de Sevilla. 2017.