

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DEL PERÚ**

Escuela de Posgrado



**La estructura como elemento potenciador de la organización
criminal y su importancia en la delimitación con la banda criminal**

Tesis para obtener el grado académico de Maestro en Derecho Penal
que presenta:

Bryan Jesús Baquerizo Santillán

Asesora:

Mg. Carolina Soledad Rodríguez Castro

Lima, 2023

Informe de Similitud

Yo, Carolina Soledad Rodríguez Castro, docente de la Escuela de Posgrado de la Pontificia Universidad Católica del Perú, asesora de la tesis titulada **“La estructura como elemento potenciador de la organización criminal y su importancia en la delimitación con la banda criminal”**, del autor Bryan Jesús Baquerizo Santillán,dejo constancia de lo siguiente:

- El mencionado documento tiene un índice de puntuación de similitud de 34%. Así lo consigna el reporte de similitud emitido por el software *Turnitin* el 10/06/2023.
- He revisado con detalle dicho reporte y la Tesis, y no se advierte indicios de plagio.
- Las citas a otros autores y sus respectivas referencias cumplen con las pautas académicas.

Lima, 07 de agosto del 2023

Apellidos y nombres de la asesora: <u>Rodríguez Castro, Carolina Soledad</u>	
DNI: 45577436	Firma
ORCID: https://orcid.org/0000-0003-2883-9361	

RESUMEN

Con la promulgación del Decreto Legislativo N.º 1244 nuestro ordenamiento jurídico penal peruano incorporó dos nuevos tipos penales para la lucha contra la criminalidad organizada: el delito de organización criminal y el delito de banda criminal, previstos en los artículos 317 y 317-B del Código Penal. La redacción típica utilizada por el legislador fue deficiente, generando con ello problemas de interpretación hermenéutica respecto a la diferencia entre ambos tipos penales. A partir de ello, el presente trabajo propone como respuesta a dicho cuestionamiento, la interpretación del elemento estructural como un componente exclusivo del delito de organización criminal y potenciador de elementos que encontramos a la vez presentes en el delito de banda criminal, aunque en una formulación simple en este último ilícito.

ABSTRACT

With the enactment of Legislative Decree No. 1244, Peruvian criminal legal system incorporated two new criminal offenses to fight against organized crime: the crime of criminal organization and the crime of criminal gang, provided for in articles 317 and 317-B of the Criminal Code. The typical wording used by the legislator was deficient, thus generating problems of hermeneutic interpretation regarding the difference between the two types of crime. Based on this, as an answer to this question, this paper proposes the interpretation of the structural element as an exclusive component of the crime of criminal organization and as an enhancer of elements that are also present in the crime of criminal gang, although in a simple formulation in the latter offense.

PALABRAS CLAVE

Organización criminal, banda criminal, estructura, diferenciación, delitos de organización

KEY WORDS

Criminal organization, criminal gang, structure, differentiation, organizational crimes



INDICE

INTRODUCCIÓN	6
AGRADECIMIENTOS	8
CAPÍTULO 1: EL TRATAMIENTO DE LA CRIMINALIDAD ORGANIZADA EN EL PERÚ	10
1.1 Redacción histórica de los tipos penales de criminalidad organizada en el Perú .	10
1.1.1 Referencias normativas a los grupos criminales con anterioridad al Código penal de 1991	10
1.1.2 Referencias normativas del Código penal de 1991.....	12
1.1.3 A partir del Decreto Legislativo N.º 1244	16
1.2 Concepto, alcance y tratamiento jurídico del delito de organización criminal	19
1.2.1 Alcances normativo, doctrinario y jurisprudencial del delito de organización criminal en el Perú.....	19
1.2.2 La organización criminal en el derecho comparado	22
1.3 Concepto, alcance y tratamiento jurídico del delito de banda criminal.....	27
1.3.1 Alcances normativo, doctrinario y jurisprudencial del delito de banda criminal en el Perú.....	27
1.3.2 La banda criminal en el derecho comparado	29
1.4 Alcances de otras figuras jurídico penales de intervención colectiva.....	33
1.4.1 Coautoría	33
1.4.2 Conspiración	34
1.5 Toma de postura.....	37
CAPÍTULO 2: CUESTIONAMIENTO A LOS TIPOS PENALES EN BASE AL PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y PROPORCIONALIDAD	38
2.1 El alcance del principio de legalidad para la determinación del comportamiento prohibido.....	38
2.1.1 Principio de legalidad formal: ley cierta, ley estricta, ley escrita y ley previa ..	40
2.1.2 Análisis de los tipos penales en función del principio de legalidad formal	42
2.1.3 Principio de legalidad material: normas de determinación y normas de valoración.....	45
2.1.4 Análisis de los tipos penales en función del principio de legalidad material ...	46
2.2 El alcance del principio de proporcionalidad como límite en la injerencia del <i>ius puniendi</i> estatal.....	49
2.2.1 El principio de proporcionalidad abstracta: equilibrio entre la gravedad del delito y de la pena	50
2.2.2 Análisis de los tipos penales en función del principio de proporcionalidad	51

2.3 Posición de la jurisprudencia peruana.....	52
2.4 Toma de postura.....	54
CAPÍTULO 3: LA PRESENCIA DE UNA ESTRUCTURA COMO CIRCUNSTANCIA DELIMITADORA DE LOS DELITOS ORGANIZACIÓN CRIMINAL Y BANDA CRIMINAL	55
3.1 Criterios de diferenciación entre los delitos de organización criminal y banda criminal	56
3.1.1 Elemento estructural como elemento diferenciador	60
3.1.2 La optimización de los demás elementos de la organización criminal ante la presencia de una estructura	64
3.1.2.1 Elemento personal	64
a. Existencia de niveles jerárquicos o centros de poder.....	66
b. La adopción de códigos de conducta, estímulo, disciplina y control.....	67
3.1.2.2 Elemento temporal	69
a. Fungibilidad o intercambiabilidad de los miembros	72
b. Capacidad de reorganizarse ante factores externos	73
3.1.2.3 Elemento funcional.....	74
a. Profesionalización de los miembros de la organización	76
b. Internacionalización de las operaciones delictivas	77
c. Infraestructura, tecnología y logística.....	78
3.1.2.4 Elemento teleológico	79
a. Finalidad económica o de cualquier otra índole	80
b. Obstaculización de la investigación del delito y búsqueda de impunidad ..	82
3.1.2.5 Elemento estructural	83
3.2 Valoración de la existencia de una organización criminal.....	85
3.2.1 Configuración de elementos de la organización criminal en su matiz compleja	85
3.2.2 Configuración del tipo penal de organización criminal	88
3.3 Aspectos positivos y negativos en el tratamiento jurisprudencial actual del delito de organización criminal	89
3.4 Reflexión final acerca de la aplicación práctica de los delitos de banda criminal y organización criminal	95
CONCLUSIONES	96
BIBLIOGRAFÍA.....	98

INTRODUCCIÓN

En 2016, con la promulgación del Decreto Legislativo N.º 1244 se incorporaron los delitos de organización criminal y banda criminal al Código Penal, siguiendo el modelo de la legislación española. La redacción típica de ambos delitos fue muy criticada tanto por la doctrina como jurisprudencia nacionales, puesto que no se evidenciaba con meridiana claridad cuál era la diferencia entre estas figuras jurídicas, llegándose a postular una infinidad de posturas al respecto. El meollo se encuentra en que la redacción típica actual de la banda criminal la concibe como un delito residual, una especie de “cajón de sastre”, donde se enmarca toda conducta que no alcanza a constituir una organización criminal.

En la presente investigación se realizará un análisis sistemático y teleológico de ambos tipos penales con el objetivo de verificar si es posible trazar la diferencia entre la organización criminal y la banda criminal a partir de la interpretación del elemento estructural como un potenciador de los elementos de la primera y que se encuentra ausente en la segunda. Nuestra hipótesis de trabajo es que los elementos personal, temporal, teleológico y funcional de la organización criminal encuentran un mayor desarrollo ante la presencia de una estructura, optimizándose en lo que denominaremos como su matiz compleja o desarrollada. Esto permitirá diferenciar los elementos de la organización criminal con los componentes de la banda criminal, pues estos últimos, ante la ausencia de la estructura, no encuentran desarrollo y se mantienen en su faz básica o simple.

En el primer capítulo se realizará una indagación histórica de la evolución de los delitos de criminalidad organizada en nuestro país, incidiéndose en su naturaleza y en sus elementos típicos. Asimismo se realizará un análisis de los delitos de organización criminal y banda criminal desde el derecho comparado, a fin de enriquecer posturas hermenéuticas sobre ambos delitos. También incidiremos brevemente en las figuras de coautoría y conspiración, pues como formas colectivas de comisión de delitos pueden ser confundidas con la figura de banda criminal si se realiza una incorrecta interpretación de su elemento negativo.

Luego, en el segundo capítulo abordaremos las cuestiones problemáticas de la redacción actual de estos tipos penales desde la óptica de los principios de legalidad y proporcionalidad, que al parecer han sido inobservados por el legislador a la hora de tipificar los delitos de organización criminal y banda criminal. Se explicará la necesidad

de que exista armonía en todo el ordenamiento jurídico penal, procurando que todas las conductas punibles se encuentren determinadas con la mayor precisión posible y lo suficientemente diferenciadas. Asimismo, se advertirá que si bien los tipos penales contemplan penas abstractas diferenciadas, existe una falta de progresividad en la gravedad de los comportamientos prohibidos de ambos delitos.

Más adelante, en el capítulo tercero brindaremos nuestra posición sobre los elementos que deben exigirse para la configuración tanto de la organización criminal como para la banda criminal, postularemos también como *lege ferenda* algunas modificaciones en el texto de los tipos penales. A continuación, fundamentaremos nuestra posición sobre el elemento estructural, postulando un concepto y explicando de qué manera este se proyecta en los demás componentes de la organización criminal. Adicionalmente esbozaremos criterios e indicadores para los elementos personal, temporal, funcional y teleológico en su faz compleja o desarrollada, así como los indicios que permiten afirmar su configuración. A partir de todo ello, postularemos criterios de valoración sobre la existencia de una organización criminal o de una banda criminal. Por último analizaremos algunos instrumentos jurisprudenciales a fin de evidenciar si la postura acá asumida viene siendo utilizada por los operadores jurídicos.

Para la elaboración del presente trabajo se han revisado postulados de autores nacionales y extranjeros, así como abundante jurisprudencia del Tribunal Supremo Español. La postura aquí asumida resulta innovadora para el actual debate jurídico en torno a la cuestión de la diferenciación entre los tipos penales de organización criminal y de banda criminal. Esperamos que nuestra postura sirva de guía para los operadores jurídicos en el desempeño de las labores propias de sus cargos con la finalidad de alcanzar una lucha eficaz contra todas las manifestaciones de la criminalidad organizada.

AGRADECIMIENTOS

El principal agradecimiento a Dios, por guiar mi camino y brindarme fortaleza para cumplir todas mis metas; y a Santo Domingo de Guzmán, quien oyendo mis oraciones intercede ante nuestro Señor para que derrame sus bendiciones.

A mis padres Luz y Manuel, quienes me han brindado apoyo incondicional en todas mis decisiones, también por su comprensión y estímulo constante. A mis hermanos César y Lisset, quienes son mis segundos padres y me alientan a ser mejor cada día.

A mi compañera Mónica, quien me impulsa a crecer como persona y profesional cada día, también por su comprensión y aliento durante el proceso.

A mis docentes de la Maestría por sus enseñanzas tanto académicas como personales. De manera especial a la profesora Carolina Rodríguez, por el valioso aporte al presente trabajo, así como por su perseverancia, tiempo y dedicación.

A mis amigos y colegas, con quienes compartí charlas académicas y personales que fueron enriquecedoras tanto en mi formación profesional como humana.

A todos ellos, mi infinito agradecimiento.

Al regalo más grande que Dios me supo entregar, mi hijo José Manuel. La persona más importante de mi vida y la que me brinda fuerzas y motivos para ser mejor persona y profesional cada día.



CAPÍTULO 1: EL TRATAMIENTO DE LA CRIMINALIDAD ORGANIZADA EN EL PERÚ

1.1 Redacción histórica de los tipos penales de criminalidad organizada en el Perú

1.1.1 Referencias normativas a los grupos criminales con anterioridad al Código penal de 1991

Los códigos penales de 1863 y 1924 no regularon un tipo penal que sancione la comisión de delitos por medio de organizaciones como un delito autónomo. No obstante, en dichos cuerpos normativos se prescribían como situaciones agravantes de ciertos delitos patrimoniales a aquellos que eran ejecutados a través de lo que se conocía como una “pandilla de malhechores” o “banda” (Prado, 2019, p. 336).

A finales del siglo XX se inicia la criminalización de los actos de constitución e integración de organizaciones criminales. De conformidad con Prado, antes del Código Penal de 1991 no se incorporaron tipos penales sobre asociación ilícita o asociación para delinquir, como ocurrió en otras legislaciones, pero el legislador peruano sí consideró pertinente criminalizar conductas de integración o actuación en estructuras criminales como conductas punibles autónomas en determinados ilícitos como el terrorismo y el tráfico ilícito de drogas (2019, p. 336).

En efecto, en atención al contexto vivido en aquellos años (Comisión de la Verdad y Reconciliación, 2003, p. 54; Chávez, 2020, p. 198, Yaipén, 2020, p. 59), el Estado peruano tenía necesidad de combatir penalmente el narcotráfico y el terrorismo pues se trataban de los principales problemas de la sociedad. En este sentido, los esfuerzos del legislador de esa época estaban dirigidos a la criminalización de los grupos organizados que tenían como finalidad la comisión de estos ilícitos.

En cuanto a la lucha contra el tráfico ilícito de drogas, se promulgó el Decreto Ley N.º 22095 del año 1978, el cual sancionaba con pena de internamiento a los grupos de personas dedicados al narcotráfico. Posteriormente, dicha norma fue modificada por el Decreto Legislativo N.º 122 de 1981, que en su artículo 57 castigaba penalmente a los integrantes de una “banda” que tenía por finalidad producir o comercializar droga. Según Páucar, dicho término hacía alusión a las nociones clásicas de la doctrina

referida a la “banda de malhechores” (2016, p. 41). El tipo penal en mención estaba previsto de la siguiente manera:

“Artículo 57°. – El que promueve, organice, financie o dirija una banda formada por tres o más personas y destinada a producir o comercializar droga, será reprimido con penitenciaría no mayor de quince años ni menor de diez años.

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

En lo que respecta a la lucha contra la actividad terrorista, el Estado promulgó el Decreto Legislativo N.º 46 en 1981, que en su artículo 5 sancionaba con pena de penitenciaría no menor de 2 ni mayor de 4 años a las personas que formaban parte de una organización o banda que utilizaba el terrorismo para el logro de sus fines, por el solo hecho de ser parte del grupo delictivo. Para Zúñiga, esta ley inicia el uso de la excepcionalidad legislativa del adelantamiento de la intervención penal con la finalidad de dar lucha al terrorismo de Sendero Luminoso y desde ese momento las demás leyes antiterroristas incorporarían disposiciones similares (2013, p. 511). En esta línea, mediante el Decreto Ley N.º 25475 de 1992, modificado en el 2007 por el Decreto Legislativo N.º 985, se castigó penalmente a las personas que eran miembros de una “organización terrorista”. El literal b) del artículo 3 de la norma en cuestión señaló lo siguiente:

“Artículo 3. – Penas aplicables

La pena será:

(...)

b) Pena privativa de libertad no menor de treinta años:

- Si el agente es miembro de una organización terrorista nacional que, para lograr sus fines, cualesquiera que sean, utiliza como medio el delito de terrorismo previsto en el artículo 2 de este Decreto Ley.

(...)”

De igual manera, en el artículo 5 del mismo cuerpo normativo se sancionó la afiliación de personas a este tipo de organizaciones dedicadas al terrorismo. A continuación, el referido artículo:

“Artículo 5. – Afiliación a organizaciones terroristas.

Los que forman parte de una organización terrorista, por el sólo hecho de pertenecer a ella, serán reprimidos con pena privativa de libertad no menor de veinte años e inhabilitación posterior por el término que se establezca en la sentencia.”

De lo anterior se advierte que estos delitos precedentes a la asociación ilícita del Código Penal de 1991 se configuraban como tipos penales autónomos, los cuales sancionaban a los autores por el solo hecho de pertenecer a un grupo delictivo dedicado al tráfico ilícito de drogas o al terrorismo. A modo de síntesis, se iban erigiendo los conceptos y naturalezas jurídicas de los tipos penales de criminalidad organizada como delitos autónomos y de peligro abstracto.

1.1.2 Referencias normativas del Código penal de 1991

Con la promulgación del Código penal de 1991 se introdujo un tipo penal que sancionaba la integración de personas en agrupaciones criminales que tengan por finalidad la comisión de delitos. Con dicho término (“delitos”) se amplió el espectro de los ilícitos cometidos o que se puedan cometer como parte de un grupo delictivo organizado, pues anteriormente sólo se hacía referencia a los delitos de tráfico ilícito de drogas y terrorismo. La norma se tipificó en su artículo 317, denominado originalmente como “agrupación ilícita”.

El legislador de aquel entonces tipificó el delito de agrupación ilícita como la conducta de formar parte de un grupo de dos o más personas que tenía por finalidad la comisión de delitos. De lo anterior podemos advertir que desde que se creó este tipo penal tuvo dos características: el elemento personal (dos o más personas) y el elemento teleológico (finalidad delictiva). Además, este delito se configuraba por el solo hecho de ser miembro de la agrupación. En esta línea, consideramos que se constituyó como un delito de mera actividad y, a su vez, autónomo de los delitos que la agrupación haya podido cometer como parte de sus actividades. La pena se agravaba si las actividades del grupo organizado se constituían como delitos contra el Estado, la seguridad o tranquilidad públicas, los poderes del Estado, entre otros.

Posteriormente, en el año 2004, el delito de agrupación ilícita fue modificado por la Ley N.º 28355, mediante la cual se realizó un cambio importante en el texto del tipo penal. Así, se cambió el *nomen iuris* del delito por el de “asociación ilícita” y en el texto del

tipo penal se reemplazó el término de “agrupación” por el de “organización”. La modificación de este delito se dio años después de la celebración y ratificación de la Convención de Palermo por el Estado peruano. Por lo que, siguiendo a Páucar, el nuevo término (“organización”) del tipo penal se encontraba más acorde a la definición de crimen organizado establecida en dicho tratado internacional (2016, p. 47). Los elementos personal y teleológico se mantuvieron como características del grupo delictivo.

Años más tarde, en el 2007, el legislador peruano hizo un cambio significativo en las situaciones agravantes del delito de asociación ilícita, con la promulgación del Decreto Legislativo N.º 982. La Exposición de Motivos de la referida norma señala, entre otros, que dicha modificación del artículo 317 del Código penal tenía como finalidad optimizar la lucha contra la criminalidad organizada. Así, se dejan de lado las agravantes que aludían a ciertos bienes jurídicos y, en su lugar, se incorporan como agravantes del tipo penal de asociación ilícita a los llamados “delitos-fin”, que son los ilícitos que la organización delictiva busca realizar como parte de su plan criminal.

Ciertamente, se dejó de lado la anterior tipificación de las agravantes que estaba en función de los bienes jurídicos lesionados o puestos en peligro con la actividad criminal de la organización y se pasó a precisarlas en función de los delitos-fin, los cuales se consignaron con el número del artículo en el que se encontraban tipificados en el Código Penal¹. Entre estos ilícitos tenemos el secuestro, extorsión, tráfico ilícito de drogas, trata de personas, terrorismo y lavado de activos. La agravante señalada en el tipo penal establecía una pena privativa de libertad que oscilaba entre los 8 y 15 años y, de ser el caso, consecuencias accesorias para las personas jurídicas.

El cambio más importante que sufrió este tipo penal sucedió en el 2013 con la promulgación de la Ley N.º 30077, “Ley contra el crimen organizado”, la cual mediante su Primera Disposición Complementaria modificó el texto del artículo 317, referido al delito de asociación ilícita. En las líneas siguientes paso a comentar los alcances de esta modificación respecto a cada uno de sus párrafos. El primer párrafo de este tipo penal quedó redactado de la siguiente forma:

¹A excepción del delito de lavado de activos que se encontraba previsto en la Ley N.º 27765, “Ley Penal contra el lavado de activos”.

“Artículo 317. - Asociación ilícita

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

La modificación normativa introdujo al tipo penal los verbos rectores de “constituir” y “promover”. Para Páucar, los actos de constitución se materializan en la etapa de creación de la organización criminal, en otras palabras, el agente es fundador del grupo delictivo (2016, p. 104). Por su parte, los actos de promoción consisten en la difusión, consolidación y expansión de una organización delictiva ya creada, esto es la diversificación de las actividades delictivas hacia otras áreas geográficas (Prado, 2016, p. 81).

Asimismo, se sancionó la “organización de dos o más personas” lo que aludía a grupos criminales organizados y no a simples asociaciones ilícitas. Para Prado, este tipo penal tuvo una incorrecta sumilla de “asociación ilícita”, ya que el texto sancionaba a la “organización” de personas, lo que no reflejaba en nada la construcción semántica que la norma contenía (2016, p. 75). En el mismo sentido, Páucar sostiene que esta redacción del artículo 317 no hacía referencia a una asociación, ni como verbo rector ni como elemento del tipo, por lo que el *nomen iuris del tipo* debió ser “delito de organización criminal” (2016, p. 76).

En lo que respecta al segundo párrafo y la continuación de la nueva redacción del artículo 317, esta siguió formulada en los siguientes términos:

“(…) La pena será no menor de ocho ni mayor de quince años, de ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multas 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 el líder, jefe o dirigente de la organización.

c) Cuando el agente es quien financia la organización.”

De esta segunda parte se advierte que se modificaron significativamente las agravantes en lo referido a los delitos-fin que la organización puede tener como parte de su plan criminal. Entre los ilícitos penales más relevantes que fueron añadidos tenemos al homicidio, asesinato, hurto agravado, robo simple y agravado, usurpación simple y agravada, desaparición forzada, tortura, colusión, peculado, cohecho, entre otros.

Otro de los cambios normativos que se evidencia es el endurecimiento de las penas cuando el miembro del grupo delictivo tiene la condición de líder, jefe, cabecilla o financista de estos grupos delictivos. Para Prado, estas agravantes específicas tienen como indicador la posición de mando y gestión que ostenta el agente al interior de la organización delictiva, así como el trascendente rol que le corresponde a quien actúa como financista de esta (2019, p. 383). El líder, jefe o dirigente tiene la potestad de tomar decisiones y dirigir el funcionamiento del grupo criminal, por lo que tiene la situación privilegiada de incrementar la potencialidad delictiva de la organización (Páucar, 2016, p. 238). Por su parte, un financista es el encargado de brindar y optimizar los recursos económicos del grupo delictivo, por lo que también es parte fundamental en el desarrollo ilícito de la organización.

Consideramos que el aumento de la pena para los integrantes que tienen dichas condiciones fue acertado, toda vez que estas personas ostentan cargos y funciones esenciales dentro de la organización, se podría decir que conforman la columna vertebral del grupo delictivo y, por ende, el reproche penal debe ser mayor en comparación con los simples miembros.

Un par de años más tarde, mediante el Decreto Legislativo N.º 1181, se incluyeron como agravantes del delito de asociación ilícita a la comisión, por intermedio de esta, de los delitos de sicariato (artículo 108-C) y conspiración y ofrecimiento para el sicariato (artículo 108-D). Cabe precisar que la Exposición de motivos del citado

decreto legislativo explicó que la finalidad de la norma era dotar al Estado de herramientas normativas que permitan contrarrestar el delito de sicariato, modalidad delictiva que crecía exponencialmente en el país.

De lo desarrollado podemos advertir que la política criminal adoptada por el legislador en los últimos años para combatir la delincuencia organizada se amparó en constantes modificaciones del tipo penal de delito de asociación ilícita, toda vez que, ante el surgimiento de nuevas modalidades delictivas o ante el crecimiento de las ya existentes, se consideró como solución la incorporación de estos ilícitos que obedecían a la criminalidad del momento como circunstancias agravantes del artículo 317 del Código Penal.

Por otro lado, como se ha tenido ocasión de observar en las diversas modificaciones sufridas por el delito de asociación ilícita desde su creación, este tipo penal siempre mantuvo en su redacción jurídica el elemento personal (agrupación de dos o más personas) y el teleológico (finalidad de cometer delitos). Asimismo, en el total de estas modificaciones, el tipo en cuestión se desarrolló como un tipo penal autónomo de los delitos que la organización efectivamente pudiera cometer, por ello la doctrina lo valoró como un delito de mera actividad o de peligro de abstracto (Páucar, 2016, p. 55).

1.1.3 A partir del Decreto Legislativo N.º 1244

Ahora, si bien la promulgación de la Ley N.º 30077, “Ley contra el crimen organizado” trajo importantes cambios como sanciones más severas y el fortalecimiento de la investigación de este tipo de criminalidad, también lo es que generó ciertos problemas hermenéuticos, puesto que existían dos normativas dirigidas a luchar contra el crimen organizado: Por un lado, el artículo 2 de la referida Ley, que establecía expresamente los criterios para determinar la existencia de una organización criminal² pero que no creaba un tipo penal en sí mismo; y, por otro, el delito de asociación ilícita del Código Penal. Esta dualidad normativa generó un extenso debate en torno a la interpretación de tales preceptos normativos.

²“Artículo 2. Definición y criterios para determinar la existencia de una organización criminal

1. Para efectos de la presente Ley, se considera organización criminal a cualquier agrupación de tres o más personas que se reparten 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 el campo doctrinario, un sector consideraba que el delito de asociación ilícita y la regulación del artículo 2 de la Ley N.º 30077 eran normas instrumentalmente distintas. La primera tenía carácter sustantivo, mientras la segunda solo finalidades procesales y de investigación. Por su parte, otro sector importante sostenía que el concepto legal prescrito en la Ley contra el crimen organizado podía dotar de contenido al delito de asociación ilícita del artículo 317 (Zúñiga, 2016, p. 58).

Esto fue resuelto por la jurisprudencia mediante una interpretación sistemática de ambas normas, con lo que se llegó a la conclusión de que los elementos normativos de la “organización criminal” que estipulaba el artículo 2 de la Ley N.º 30077 se podrían interpretar para el artículo 317. Así, se dotó al delito de asociación ilícita de otras características que no se estipulaban en el propio texto de la norma, como son la estabilidad (elemento temporal), la organización (elemento estructural) y la división de funciones (elemento funcional)³. Para Zúñiga, esto hizo que el artículo 317 sea un tipo penal criticado, en la medida que no describía con claridad las conductas típicas como demanda el principio de taxatividad; sin embargo, esa interpretación sistemática dotaba de mayor seguridad jurídica a los aplicadores del derecho, lo que era loable en la lucha contra la criminalidad organizada (2013, p. 64).

Consideramos que –de forma poco acertada– el ordenamiento jurídico peruano mantuvo entre sus normas el delito de “asociación ilícita”, el cual aún seguía teniendo una redacción que no iba a la par con la evolución del crimen organizado en el país y no seguía los lineamientos exigidos de la Convención de Palermo. Similar situación se dio en España, para un sector de la doctrina el delito de asociación ilícita (tipificado en el artículo 515 del Código penal español) tenía una escasa aplicación práctica debido a su insuficiente definición típica, pues no precisaba las características que debía presentar su estructura organizativa, y a la timidez de los órganos judiciales de atribuirle un contenido suficiente que permita abarcar a determinados delitos que se habían desarrollado en el contexto de una organización criminal (Choclan, 2000, pp. 30-31).

Para Cancio, los Estados no disponían de dispositivos específicos de tipificación frente a la criminalidad organizada empresarial, sino solo podían aprehenderla a través de un relicto del siglo XIX, el delito de asociación ilícita (2011, pp. 645-646). En palabras de

³ SALA PENAL TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ. Recurso de Nulidad N.º 2529-2015 Lima Norte, de fecha 2 de agosto de 2016 y CORTE SUPREMA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ. Acuerdo Plenario N.º 4-2006/CJ-116, de fecha 13 de octubre de 2006.

Zúñiga, era difícil sostener la idoneidad de las tipificaciones penales del siglo XIX referidas a las “asociaciones ilícitas” o “asociaciones para delinquir”, más aún si en los últimos años la criminalidad organizada había tenido un avance impresionante (2016, p. 50). En igual sentido, López consideraba que en el Código Penal español el antiguo delito de asociación ilícita no era suficiente ni idóneo para luchar contra la criminalidad organizada del siglo XX ni del XXI, lo que había sido dejado en evidencia con su escasa aplicación práctica (2015, p. 53).

Es por tales razones que las diversas legislaciones penales pasaron de sancionar a través de los tradicionales delitos de asociación ilícita a tipificar los delitos de organización criminal que son más complejos (Zúñiga, 2016, p. 52). Nuestro ordenamiento jurídico penal no fue ajeno a esta situación, así que, en el año 2016, mediante el Decreto Legislativo N.º 1244, se suprimió el delito de asociación ilícita del artículo 317 y, en su lugar, se tipificó el delito de organización criminal. Como se puede advertir de la Exposición de Motivos de la referida ley, la finalidad de su promulgación fue que esta conducta ilícita tenga una definición acorde con el artículo 2 de la Ley contra el crimen organizado (Ley N.º 30077). Asimismo, mediante la misma norma, se creó el nuevo tipo penal de banda criminal, sancionado en el artículo 317-B del Código penal. En la exposición de motivos del referido decreto legislativo se señala:

“La definición y regulación que la Ley N.º 30077 realiza sobre Crimen Organizado en su artículo 2, así como lo desarrollado por la doctrina y jurisprudencia sobre el tipo penal de asociación ilícita del artículo 317 del Código Penal, no hay mayor distinción alguna; en tanto ambas regulan el mismo fenómeno. La importancia de la Ley 30077 es en principio brindar herramientas procesales para combatir la criminalidad organizada, mientras que el 317 constituye el instrumento sustantivo para su sanción, es decir, son normas complementarias.”

En los siguientes párrafos hacemos un análisis conceptual, doctrinario y jurisprudencial de estos nuevos delitos creados a partir del Decreto Legislativo N.º 1244: el delito de organización criminal (artículo 317) y el delito de banda criminal (artículo 317-B). También analizamos la diferenciación de estos delitos con otras figuras penales como la coautoría y la conspiración.

1.2 Concepto, alcance y tratamiento jurídico del delito de organización criminal

1.2.1 Alcances normativo, doctrinario y jurisprudencial del delito de organización criminal en el Perú

En el ordenamiento jurídico peruano, el delito de organización criminal (artículo 317) se encuentra tipificado en el Título XIV, de la Parte Especial del Código Penal, referido a los delitos contra la tranquilidad pública. Para Prado, el legislador criminaliza la existencia de organizaciones criminales asumiendo que estas significan riesgos o amenazas que perturban la tranquilidad de la población y están asociadas a la realización potencial de actividades delictivas (2019. p. 338).

El primer párrafo del citado artículo, referido al tipo base, señala lo siguiente:

“El que promueve, 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...”

De la lectura del tipo penal se advierte que para su configuración se requiere de la confluencia de los siguientes elementos:

1. Número mínimo de integrantes: Tres o más personas.
2. Temporalidad: Carácter estable, permanente o por tiempo indefinido.
3. Funcionalidad: Reparto de tareas o funciones
4. Finalidad: Destinada a cometer delitos.

Asimismo, si bien no se encuentra establecido expresamente, se ha dejado sentada la exigencia de otro elemento cuya concurrencia es imprescindible para la existencia de una organización criminal: la estructura.

Para Casas, dicho elemento estructural puede inferirse de los siguientes puntos: Primero, del artículo 2.1 de la Ley N.º 30077, donde se establece que una

organización criminal presenta una estructura, cualquiera que sea ésta. Segundo, de los otros elementos normativos taxativamente establecidos, como la concertación o coordinación y el reparte de roles o tareas, pues es necesaria una estructura para que dichos elementos sean viables. Y tercero, de las propias agravantes del tipo penal, pues al referirse a un “jefe, dirigente o líder”, se establece que existe una escala jerárquica que permite reconocer que la organización presenta una estructura (2018, p. 29).

Respecto a la inclusión del tipo penal, Prado considera que un punto positivo de la nueva regulación es el número de participantes que requiere la configuración de la organización criminal, esto es, tres personas como mínimo; sin embargo, resulta un inconveniente y es innecesaria la referencia a otras características que debe tener la organización criminal⁴, dado que dichas adiciones han recargado de elementos normativos al tipo penal, lo que hace difícil su actividad probatoria y aplicación judicial pues hay que acreditar todos estos elementos en su configuración (2019, p. 341) En similar sentido, De la Cuesta sostiene que la presencia de una multiplicidad de elementos típicos (descripción típica compleja) permite impedir con facilidad la aplicación de la ley penal con la simple inconcurrencia de al menos uno de los elementos constitutivos de la infracción, lo que representa una dificultad en la práctica (2001, p. 109)

Al respecto, si bien las opiniones de la doctrina sobre la complejidad del tipo penal y su alcance probatorio resultan importantes e interesantes, consideramos que la redacción actual del delito de organización criminal es acertada, toda vez que la adición de los elementos antes señalados nos permite diferenciar el tipo penal de organización criminal de otros comportamientos ilícitos como el delito de banda criminal y el otrora delito de asociación ilícita. Asimismo, si comparamos una redacción sencilla que solo incluya los elementos del número de participantes y del fin delictivo, el referido ilícito podría incluso confundirse con otras figuras jurídicas como la coautoría y la conspiración, perdiendo así su razón de ser como un tipo penal autónomo y se correría el riesgo de que pueda ser considerado como parte del plan delictivo de los sujetos activos de otro ilícito. Estas disyuntivas se explicarán con más detalle en los capítulos posteriores.

⁴ El autor señala que el nuevo tipo penal de organización criminal reproduce los mismos rasgos complementarios que el artículo 2 de la Ley N.º 30077 estipula para tales estructuras.

Ahora bien, la jurisprudencia no ha sido ajena a la interpretación del tipo penal de organización criminal previsto en el artículo 317 del Código Penal. En la línea de los elementos que lo configuran, el Acuerdo Plenario N.º 01-2017-SPN⁵ señala que son cinco:

- a) Elemento personal: la organización debe estar integrada por tres o más personas. Con esto se supera la anterior discusión que traía como consecuencia la tipificación del delito de asociación ilícita que requería como mínimo dos personas.
- b) Elemento temporal: referido al carácter estable o permanente de la organización criminal.
- c) Elemento teleológico: corresponde al desarrollo de un programa criminal destinado a cometer delitos.
- d) Elemento funcional: debe existir una designación o reparto de roles de los integrantes de la organización criminal.
- e) Elemento estructural: elemento que engarza y articula todos los demás componentes.

El referido Acuerdo Plenario sostiene que no se configura una organización criminal porque existe una actuación conjunta para la comisión de delitos, sino que es necesaria la existencia de una estructura criminal. Además, el instrumento jurisprudencial en cuestión precisa que este elemento es imprescindible para establecer la comisión del delito de organización criminal de forma diferenciada a la de una simple coautoría.

En el mismo sentido, Yaipén considera que el elemento estructural sirve para articular todos los demás componentes, sin el cual solo estaríamos ante un simple conglomerado de personas en el que podría, incluso, existir un concierto ordenado de voluntades, pero no se configuraría una organización criminal (2020, p. 400). Por tanto, el elemento estructural es el más importante ya que las organizaciones criminales están destinadas a sobrevivir por encima de sus miembros, es decir, los

⁵ SALA PENAL NACIONAL Y JUZGADOS PENALES NACIONALES. I Pleno Jurisdiccional 2017. Acuerdo Plenario N.º 01- 2017-SPN, de fecha cinco de diciembre de dos mil diecisiete.

individuos que la integran nunca podrán tener mayor relevancia que la propia organización delictiva (Chávez, 2020, p. 506).

Sobre la estructura de la organización criminal, Casas sostiene que tiene una real significación en la construcción del tipo penal, toda vez que hace posible esquematizar a todos los integrantes del grupo delictivo, en la cual cada miembro tiene una jerarquía determinada dentro de la misma; asimismo, facilita la distribución de tareas, así como la integración de los miembros mediante la concertación o coordinación (2018, p. 28). Por su parte, Prado refiere que una “estructura” permite que al interior de la organización criminal se configuren un sistema de roles, mandos, funciones y jerarquías que permiten al grupo delictivo lograr una distribución adecuada del proyecto criminal asumido (2019, p. 285).

Desde nuestra postura creemos que el elemento estructural resulta muy útil para establecer la diferencia entre una organización criminal y una banda criminal, así como también respecto de otras figuras jurídicas penales como la coautoría y conspiración. Esto debido a que la existencia de una estructura criminal dota a la organización criminal de una peligrosidad cualitativa y cuantitativamente mayor para los bienes jurídicos individuales y colectivos, constituyéndola como la manifestación más grave y dañosa del crimen organizado. Sobre esto ahondaremos más adelante.

1.2.2 La organización criminal en el derecho comparado

Consideramos que es de mucha utilidad para la presente investigación ahondar en el ordenamiento jurídico penal de España, puesto que nuestro reciente delito de organización criminal es similar al tipo penal previsto en el artículo 570 *bis* del Código Penal español. Por lo tanto, indagar en el tratamiento doctrinario y jurisprudencial que se ha dado al crimen organizado en dicho país resulta relevante, máxime si ambos ordenamientos jurídicos han tenido como base lo establecido en la Convención de Palermo.

En el caso de España, con la reforma introducida con la Ley Orgánica 5/2010 del 22 de junio de ese año, el nuevo capítulo VI del Título XXII (Delitos contra el orden público) es el que acoge los delitos de organización. Dicha reforma se dio como consecuencia de la escasa aplicación del vetusto delito de asociación ilícita, pues en la propia Exposición de motivos, en su acápite XXVIII, se señala que *“el devenir de los pronunciamientos jurisprudenciales ha demostrado la incapacidad del actual delito de*

asociación ilícita para responder adecuadamente a los diferentes supuestos de agrupaciones u organizaciones criminales”.

De manera concreta, el delito de organización criminal se encuentra tipificado en el artículo 570 bis, cuyo texto original era el siguiente:

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

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

(...)”

Para López, en el nuevo articulado se detallan las características que debe tener una organización criminal y son las siguientes: formada por tres o más personas (elemento cuantitativo); con carácter estable o por tiempo indefinido (elemento temporal); que de manera concertada y coordinada se repartan diversas tareas o roles (elemento instrumental); y la finalidad de cometer delitos o reiteradas faltas (elemento final) (2015, p. 55). Como se puede apreciar, el tipo penal, al igual que el caso peruano, no prescribe taxativamente el elemento estructural; no obstante, también es posible inferirla de los demás componentes establecidos en el texto normativo.

Así también lo ha entendido Faraldo, quien señala que, si bien el tenor literal podría llevar a entender que no es necesaria una estructura, esta es un requisito esencial en el tipo penal, pues debe existir una relación vertical y, por tanto, debe comprobarse la presencia de un centro de decisiones del que emanen órdenes que son obedecidas por los subordinados. Lo anterior se confirma por el hecho de que se prevén penas distintas para los dirigentes y para los miembros (2013, p. 19).

Por su parte, la jurisprudencia española, en la STS 855/2013, establece que el concepto de organización criminal exige la concurrencia de cuatro elementos diferenciados:

- a) Pluralidad subjetiva: formada por más de dos personas.
- b) Permanencia: con carácter estable o por tiempo indefinido.
- c) Estructura: de manera concertada y coordinada se reparten diversas tareas o funciones.
- d) Finalidad criminal: con el fin de cometer delitos o la perpetración reiterada de faltas.

Conforme se puede apreciar, el Tribunal Supremo español hace referencia al elemento estructural en el caso señalado, relacionándolo estrechamente con la división de tareas o funciones. Esta posición dista de lo plasmado en el Acuerdo Plenario N.º 01-2017-SPN, pues el referido instrumento jurisprudencial peruano considera a la estructura como un elemento independiente de la división de funciones (elemento funcional), aun cuando se señala que dicho componente se infiere de las labores conjuntas de los integrantes y en función de las actividades de la organización. Por su parte, en la sentencia del órgano jurisdiccional español, el elemento estructura está íntimamente ligado a la división de tareas y funciones, pues este último se enmarca dentro del primero.

Respecto a esta diferenciación, nos decantamos por la postura asumida por el citado instrumento jurisprudencial peruano, ya que resulta importante dotar de contenido a cada uno de los elementos constitutivos del tipo penal de organización criminal. Esto debido a su naturaleza compleja y porque facilitará su delimitación respecto de otros tipos penales e instituciones jurídicas semejantes, conforme abordaremos más adelante.

De forma crítica al tipo penal español, Cancio considera que la aproximación del delito de organización criminal contenida en el párrafo segundo del artículo 570 bis se desvirtúa por completo pues establece como programa criminal a cualquier delito, incluso a la comisión de faltas; sin embargo, agrega que el fundamento especial del injusto de organización debe ser el excepcional peligro para bienes jurídicos

individuales o colectivos, por lo que una característica consustancial a ellas debe ser la violencia. Según el referido autor, no considerar ello significaría que una organización criminal pueda ser la agrupación estable de ladrones de gallinas y con miembros de funciones diferenciadas (Cancio, 2011, p. 650). Uno de los principios que debe regir en la lucha contra la criminalidad organizada es el de proporcionalidad, es decir, su utilización debe limitarse a los procesos por delitos especialmente graves (Delgado, 2001, p. 34; Oré, 2016, p. 87).

Estos cuestionamientos han sido parcialmente superados con la promulgación de la Ley Orgánica 1/2015, de fecha 30 de marzo de 2015, mediante la cual se suprimió el extremo del tipo penal referido a “llevar a cabo la perpetración reiterada de faltas”. Con esto, se reservó el delito de organización criminal para los grupos ilícitos que tengan solamente como fin la comisión de delitos. No obstante lo anterior, debemos señalar que las posturas de Cancio y Delgado, como propuestas diferenciadoras del delito de organización criminal, también merecen ser tomadas en consideración en la presente investigación ya que tampoco se encuentran previstas en el tipo penal peruano, volviendo sobre este aspecto en el capítulo posterior.

Por otra parte, en Alemania se produjo una situación similar a la española, aunque sin llegar a incorporar nuevos tipos delictivos, sino ampliando y modificando el delito de asociación criminal (Matus, 2017, p. 48). El delito en cuestión está emplazado en la sección séptima de la parte especial del StGB titulado “Hechos punibles contra el orden público”, prescribe lo siguiente:

“(1) Quien forme una asociación criminal cuyo objeto o cuya actividad esté orientada a cometer hechos, o quien participe en una tal asociación como miembro, haga propaganda para ella o la apoye, será castigado con pena privativa de la libertad hasta cinco años o con multa.

(...)”

Para Cordini, si bien el Código penal alemán no define qué es una asociación criminal, no obstante, la jurisprudencia y la doctrina la definen como una unión organizada, existente por cierto periodo de tiempo, de al menos tres personas que, subordinando su voluntad individual a la voluntad de la unión, persigue sus finalidades criminales de forma conjunta y los miembros están en mutua relación de tal forma que ellos sienten que pertenecen a dicha unión (2017, p. 98).

Como se puede apreciar, si bien el Código penal alemán no tiene previsto un tipo penal diferenciado bajo el *nomen iuris* de organización criminal, algunos de sus elementos han sido interpretados y establecidos bajo la redacción del delito de asociación criminal.

En cuanto a la normativa italiana, esta se ha dirigido a adoptar las directrices de la Decisión Marco del Consejo de Europa de 24 de octubre de 2008 (2008/841/JAI). Como refiere Matus, la regulación del delito de *associazione per delinquere* en el Código penal italiano no difiere sustancialmente de las tipificaciones alemanas y españolas, pues exige la asociación de tres o más personas para la comisión de una pluralidad de delitos indeterminados y se castiga tanto a sus miembros como a los que la promueven, fundan u organizan, diferenciándose la penalidad según el rol que cada uno cumple. De este modo, a decir del referido autor, aun cuando la estructura y la duración mínima de la asociación no se mencionan expresamente en el tipo penal, estos elementos han sido desarrollados por la doctrina y jurisprudencia, exigiéndose además la vinculación subjetiva en una planificación o preordenación criminal (2017, p. 52).

En la línea de las legislaciones analizadas, se puede concluir que la aproximación al delito de organización criminal es diferente en Alemania e Italia. Ello debido a que en dichos ordenamientos jurídico penales se mantiene regulado un tipo penal semejante a las clásicas asociaciones ilícitas con pocos elementos normativos previstos en el tipo penal, específicamente los referidos a la pluralidad de personas (elemento personal) y a la finalidad criminal (elemento teleológico). Sin perjuicio de lo anterior, se advierte que los otros elementos o componentes fueron desarrollados por la jurisprudencia alemana e italiana. Es decir, se trata de una situación similar a lo ocurrido en nuestro país cuando aún se mantenía el delito de asociación ilícita en el artículo 317 del Código Penal vigente.

Por otro lado, se advierte que la regulación jurídico penal en el caso de España se acerca más a la legislación peruana, pues ambos ordenamientos jurídicos prevén taxativamente el tipo penal de organización criminal, en consonancia con lo establecido en la Convención de Palermo. La única diferencia radica en que en nuestra legislación el elemento estructural es independiente del elemento funcional (división de funciones o tareas), mientras que para la jurisprudencia y doctrina españolas estas características de la organización criminal conforman un mismo componente.

1.3 Concepto, alcance y tratamiento jurídico del delito de banda criminal

1.3.1 Alcances normativo, doctrinario y jurisprudencial del delito de banda criminal en el Perú

Como antecedente normativo, el Código Penal de 1924 establecía como circunstancia agravante de los delitos de hurto (artículo 237) y robo (artículo 239) cuando el delincuente hubiera cometido el hecho en calidad de afiliado a una banda. El problema radicó en que en dicho cuerpo normativo no se comprendía alguna disposición para comprender qué se debía entender por banda. Peña Cabrera, haciendo una interpretación acorde a su naturaleza y composición, consideró que banda era una asociación ilícita integrada por tres o más personas con el fin de cometer delitos indeterminados en forma permanente, en la cual no era necesaria la existencia de una auténtica organización jerárquica, sino tan solo interesaba una organización de hecho que exprese un acuerdo de voluntades (1986, p. 214).

El actual tipo penal de banda criminal tiene como modelo el delito de grupo criminal de la legislación penal española. Al igual que el delito de organización criminal, este tipo penal se encuentra previsto en el primer capítulo, del Título XIV, de la Parte Especial del Código Penal. Tipificado en el artículo 317-B, incorporado por el Decreto Legislativo N.º 1244, el texto normativo prescribe lo siguiente:

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

Como podemos advertir, a diferencia del delito de organización criminal, solo se han considerado dos conductas típicas: constituir e integrar. La regulación de este tipo penal se dio por iniciativa del Ministerio del Interior y, conforme a la Exposición de motivos del citado decreto legislativo, se advierte que el objetivo de su tipificación es que se sancione a aquellos grupos criminales que, sin presentar la complejidad, permanencia y periodicidad de las grandes organizaciones criminales, afectan con mayor ámbito, frecuencia y rigor a la sociedad. Con esta nueva norma penal se pretendió corregir las deficiencias operativas que demostraban los agentes de

persecución y sanción del delito a la hora de investigar o juzgar el delito previsto en el artículo 317 (Prado, 2019, p. 355; Yaipén, 2020, p. 431).

De la lectura del citado tipo penal se advierte la exigencia expresa de dos elementos:

1. Elemento personal: dos o más personas.
2. Elemento teleológico: tener como finalidad u objeto la comisión de delitos concertadamente.

Asimismo, la redacción utilizada abarca un elemento negativo, que consiste en que la unión delictiva “no reúna alguna o algunas de las características de la organización criminal”, lo que genera desconcierto, incoherencia y especulación hermenéutica sobre las características típicas del delito (Prado, 2019, p. 357). Esta mala técnica legislativa ha traído como consecuencia que el delito de banda criminal sea subsidiario al de organización criminal; sin embargo, tiene una redacción amplia y que no da atisbos de alguna diferenciación concreta entre estos dos ilícitos penales (Yaipén, 2020, p. 431). Consideramos que sin una delimitación inequívoca de estas figuras penales se pueden acarrear consecuencias defectuosas o excesivas del poder punitivo estatal, pues cabe la posibilidad de que grupos que configuren una organización criminal sean sancionados como banda o viceversa.

Ahondando en la cuestión, se advierte que es una exigencia taxativa la concurrencia del elemento personal y teleológico, por lo tanto, se puede inferir que el presupuesto negativo está referido a que pueden no presentarse los otros elementos de la organización criminal: estructural, funcional o temporal. Sobre el particular, consideramos que la división de funciones y la estabilidad en el tiempo –aunque menos exigente que en la organización criminal– no pueden ser ajenas a un delito de banda criminal, toda vez que sin éstos sería muy complicada su distinción con otras figuras penales como la coautoría y la conspiración.

En lo referido a la división de tareas (elemento funcional), consideramos que este componente debe estar siempre presente en una banda criminal, puesto que sin este mínimo de coordinación no podríamos afirmar la existencia de un grupo cuyo plan común sea la comisión de delitos concertadamente, sino, por el contrario, estaríamos ante un grupo de personas sin una mínima organización o planificación, generándose con ello que el plan delictivo carezca de idoneidad. Si bien es cierto, en la coautoría

también existe cierta división de roles o funciones, consideramos que su diferencia con la banda criminal no radica en esta característica, sino en el elemento temporal.

Así también lo han entendido los magistrados de la Tercera Sala Penal para Procesos con Reos en Cárcel de la Corte Superior de Justicia de Lima, en el Expediente N.º 1364-2019-0-1801-JR-PE-12, donde establecen que en el supuesto de una banda criminal en la que se configuran los dos integrantes (elemento personal) y el fin delictivo (elemento teleológico) no sería posible distinguirla de una simple coautoría, por lo que es necesario que siempre esté presente el elemento temporal, así sea mínimo o incipiente, pues permitirá una distinción entre la banda criminal y las uniones efímeras. He allí la clave para delimitar estas dos figuras penales.

En consecuencia, dado que en una banda criminal no pueden faltar estos dos elementos, consideramos que el enunciado referido a “sin reunir alguna de las características de la organización criminal” se encuentra referido únicamente al elemento estructural, es decir, las bandas criminales, a diferencia del tipo penal del artículo 317, no presentan una estructura que engarce u optimice los demás elementos típicos, por lo que se tratan de grupos criminales de menor complejidad. Sobre esto volveremos más adelante.

1.3.2 La banda criminal en el derecho comparado

En España, el homólogo del delito de banda criminal es el grupo criminal, que se encuentra previsto en el Capítulo VI, del Título XII del Libro II del Código Penal español. Dicho tipo penal también fue incorporado con la reforma introducida con la Ley Orgánica 5/2010 del 22 de junio de ese año. El legislador español ha querido plasmar aquellas formas criminales que, sin encajar totalmente en el modelo de las grandes organizaciones criminales, aportan un plus de peligrosidad (López, 2019, p. 67).

En efecto, el delito de grupo criminal se encuentra tipificado en el artículo 570 ter y su texto es el siguiente:

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

a) Si la finalidad del grupo es cometer delitos de los mencionados en el apartado 3 del artículo anterior, con la pena de dos a cuatro años de

prisión si se trata de uno o más delitos graves y con la de uno a tres años de prisión si se trata de delitos menos graves.

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

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

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

El Preámbulo de la citada norma justifica la inclusión de este tipo penal en que era necesario responder a otros fenómenos análogos a las organizaciones criminales que no reúnen esos requisitos estructurales, pero son extremadamente peligrosos o violentos. Así, son formas de concertación criminal que no encajan en el delito del 470 bis, pero sí tienen un plus de peligrosidad criminal.

En igual sentido que en nuestra legislación el delito de banda criminal, la conceptualización del grupo criminal es consecuencia de la ausencia de alguna o algunas características o requisitos de los que goza el tipo penal de organización criminal, por lo que se erige como un delito residual de dicho tipo penal (Zurita, 2017, p.156).

Como señala Muñoz, el tipo penal exige una pluralidad subjetiva y una finalidad criminal, es decir, que la unión de más de dos personas se forme con la vocación de cometer una pluralidad de delitos (2020, p. 20). Por otra parte, además exige que no concurra “alguna o algunas de las características de la organización criminal”. La citada autora considera que pueden faltar la permanencia o constitución con carácter estable y la estructura, o alguno de los dos. En similar sentido Cancio considera que los únicos elementos que pueden faltar son la permanencia o estabilidad y la diversificación de funciones, por lo que se manifiesta en contra del tipo penal de grupo criminal, pues refiere que sería llanamente un supuesto de coautoría y, sobre todo, de la conspiración (2011, p. 652). Por su parte, López refiere que la disimilitud de este tipo penal con el de organización criminal radica en que la estabilidad y permanencia requeridas para este último no son exigidas para los grupos criminales, por lo que son asociaciones transitorias que actúan de modo ocasional o que no están sujetas a

jerarquías (2015, p 58). También señala Bardavío que la notable diferencia entre los dos tipos penales es que el grupo criminal no requiere de estabilidad o de indefinición temporal, ni el concierto y coordinación en el reparto de tareas, por lo que aquellas organizaciones de carácter esporádico de escasa configuración organizativa pueden trasladarse al concepto de grupo criminal (2018, p. 806).

En cuanto a la jurisprudencia española, en la STS 736/2019, sentencia número 108/2019, el Tribunal Supremo, interpretando el tipo penal del artículo 570 ter, ha establecido como nueva posición jurisprudencial que el grupo criminal exige dos conceptos esenciales, que son la pluralidad de más de dos personas y la finalidad delictiva. Asimismo, se indicó que, aunque no se exijan como tales, deberá existir algún mínimo de reparto de tareas y un mínimo acuerdo de voluntades con alguna permanencia –aunque no con la duración que se exige para la organización criminal–, ya que se precisa definir sus límites frente a la conspiración y la coautoría como formas de participación frente a un delito autónomo. Así, sobre el elemento temporal, en la referida sentencia se concluye que *“el grupo deberá presentar una cierta estabilidad, aunque sea menor de la exigida para la organización criminal, lo que permitiría apreciar su existencia aun cuando su formación tenga por objeto la comisión de un solo delito, siempre que esté presente una cierta complejidad y una exigencia de mantenimiento temporal relevante, que vendría a permitir nuevos delitos similares”*. Esta posición ha sido reiterada en la STS 619-2023 (sentencia número 130/2023) y en la STS 1225/2023 (sentencia número 184/2023).

Ahora bien, Romero refiere que la banda, como figura jurídica, cuenta con una larga tradición en Alemania, donde inicialmente fue considerada como una “forma de ejecución conjunta del delito”; no obstante, actualmente se tiene aceptado en el Derecho Penal alemán que se trata de una manifestación de la criminalidad organizada (2012, p. 204). La referida autora ilustra que, en 2001, la Gran Sala de lo Penal del Tribunal Supremo Federal unificó la jurisprudencia al respecto, estableciendo que el concepto de banda se refiere a *“la unión de por lo menos tres personas, con la voluntad de cometer por un cierto tiempo, varios y aún no determinados delitos, de manera independiente y por separado”*. Asimismo, precisa la citada autora que para la jurisprudencia alemana actual (BGHSt 46, 321) la banda se diferencia de la coautoría por el elemento de la unión permanente de varias personas para la comisión conjunta de delitos en el futuro; y difiere de la asociación criminal en que los delitos en banda no requieren ni una estructura organizativa ni una voluntad colectiva y vinculante con sus miembros (2012, p. 216).

En la línea de las legislaciones analizadas, se advierte que la redacción del delito de grupo criminal es similar –por no decir igual– a la del tipo penal de banda criminal previsto en nuestro ordenamiento jurídico penal, ya que también prevé una cláusula negativa que te remite necesariamente a los elementos de una organización criminal. Esta situación originó un extenso debate tanto a nivel doctrinario como jurisprudencial en el país de la península ibérica, siendo que el Tribunal Supremo español finalmente tomó una postura sobre los elementos del grupo criminal, que son necesariamente la pluralidad de personas y la finalidad delictiva; y, en menor medida, la existencia de cierta estabilidad y un mínimo reparto de tareas. Es decir, el referido órgano jurisdiccional supremo estableció que en el delito de grupo criminal deben estar presentes los elementos funcional y temporal –aunque sea mínimamente–, además de los elementos personal y teleológico previstos taxativamente en el tipo penal del artículo 470 ter.

Por otra parte, se observa también que la institución jurídica de la banda pasó por un largo proceso de interpretación y desarrollo en la tradición jurídico penal de Alemania, considerándose actualmente como una manifestación de la criminalidad organizada, aunque de menor complejidad en comparación con las grandes organizaciones criminales. En la jurisprudencia alemana se estableció que la banda exige una pluralidad de personas (en este caso tres personas como mínimo), que tengan la voluntad de cometer varios delitos y por un cierto tiempo. De ello se desprende que para la configuración de una banda –como agravante o tipo penal especial– se requiere de la presencia de los elementos personal, teleológico y temporal.

Finalmente, se debe precisar que para el Tribunal Supremo Federal alemán la banda carece de una estructura organizativa. Esto permite diferenciarla de la figura de la asociación criminal –figura que más se asemeja a nuestro tipo penal de organización criminal–. Es decir, en la legislación alemana se afirma que la banda no tiene un elemento estructural.

Sobre el tema en particular, reiteramos nuestra posición de que el elemento de permanencia o estabilidad no puede estar ausente en el delito de grupo criminal –denominado banda criminal en nuestro ordenamiento jurídico–, ya que, caso contrario, podría confundirse fácilmente con las instituciones jurídicas de coautoría o conspiración. En efecto, creemos que los grupos criminales deben tener cierta estabilidad y una mínima repartición de funciones, fundamentándose ello en su naturaleza jurídica de delito de organización. No obstante, también debemos precisar

que en dichas agrupaciones delictivas el componente estructural se encuentra ausente y en dicha situación estriba su diferencia con el delito de organización criminal.

1.4 Alcances de otras figuras jurídico penales de intervención colectiva

1.4.1 Coautoría

Donna, citando a Jakobs, explica que existe coautoría cuando, según el plan de los intervinientes, se distribuyen aportaciones necesarias para la ejecución, sea en cualquier estadio del delito, de manera que personas no participantes en la ejecución codeterminan la configuración del delito (2002, p. 42).

Por su parte, Roxin, impulsor de la teoría del dominio del hecho, refiere que la coautoría es la realización del tipo mediante la ejecución con división de trabajo. Sostiene el mismo autor que el dominio del hecho del coautor se deriva de su función en la ejecución del ilícito, en la que asume una tarea esencial para la realización del plan y hace posible el dominio del acontecimiento a través de su participación en el hecho. Por tal razón, concibe a la coautoría como dominio funcional del hecho (2014, p. 146). En similar sentido, García considera que para afirmar la existencia de un dominio funcional del hecho deben concurrir la decisión común de los intervinientes en realizar un delito y que cada uno realice un aporte esencial en su ejecución (2019, p. 750).

En ese entendido, resultan tres requisitos que exige la coautoría: i) el plan común del hecho; ii) ejecución conjunta; y iii) contribución esencial en fase ejecutiva. Para Díaz, el plan común o acuerdo permite hacer responder a cada uno de los coautores, pues es lo que permite hablar de una acción conjunta formada por actos parciales que no son suficientes por sí solos, sino que se requiere la conjunción de ellos para determinar objetiva y positivamente el hecho delictivo (Díaz, 1991, p. 656).

Respecto de la fase en que se establece la coautoría, nos decantamos por la postura adoptada por Roxin, por lo que es necesario que el aporte del coautor se de en fase de ejecución. Tomando como base la teoría del dominio del hecho, para poder afirmar que un interviniente en la comisión de un ilícito tiene el dominio del hecho es necesario que preste su participación en fase ejecutiva del delito; sería imposible establecer un dominio del hecho de la persona que participa en alguna fase anterior. Así también lo ha entendido Villavicencio, quien sostiene que si el aporte necesario se practicó

durante la fase de ejecución del delito los sujetos serán coautores, mientras que si el aporte necesario (auxilio o cooperación) fue durante la preparación del delito el sujeto será un cómplice primario o, en todo caso, si el aporte era prescindible será cómplice secundario (2019, p. 486).

Ahora bien, establecidos los fundamentos principales de la figura de la coautoría, corresponde preguntarnos si para la persecución penal de los hechos ilícitos cometidos por una pluralidad de personas resulta suficiente la institución de la coautoría o si, por el contrario, es necesaria la tipificación por parte del legislador de los delitos de organización, como los previstos en el 317 y 317-B del Código Penal.

Al respecto, consideramos que la figura de la coautoría es muy útil a la hora de sancionar la comisión de delitos de manera colectiva (obligatoriamente en fase de ejecución); sin embargo, no sería posible aplicar dicha institución jurídica en los casos de agrupaciones u organizaciones criminales cuyo ámbito prohibitivo importa un adelantamiento de las barreras punitivas para sancionar la puesta en peligro de ciertos bienes jurídicos de especial importancia. Por otra parte, la coautoría se configura con la ejecución conjunta de un delito particular por parte de dos o más personas, mientras que en los delitos de organización se criminaliza a las agrupaciones ilícitas que tengan por finalidad la comisión plural de delitos, incluso no se exige que se haya iniciado siquiera la ejecución de estos.

Es decir, la regulación de los delitos de estado, como la organización y la banda criminal, tiene por finalidad el reproche de conductas sociales más complejas que la simple convergencia de una pluralidad de personas para la comisión de un delito. Por lo tanto, su tipificación como delitos autónomos en la Parte Especial sí resulta necesaria, máxime si en la realidad delictiva nacional es común la conformación de este tipo de entidades delictivas organizadas para facilitar la comisión de plurales e indeterminados hechos ilícitos, cuya existencia genera un alto reproche social y afecta de manera directa o indirecta una pluralidad de bienes jurídicos como la tranquilidad pública, orden público, entre otros.

1.4.2 Conspiración

La Convención de Palermo, específicamente en su artículo 5.1.a (Penalización de la participación en un grupo delictivo organizado) prescribe las dos figuras esenciales, o en su defecto una de ellas, que cada Estado parte debe adoptar en el marco de la

lucha internacional contra el crimen organizado. Estas son la conspiración (*conspiracy*) y la participación en una asociación criminal.

Como señala Cordini, la *conspiracy* es el delito de organización característico del *Common Law*, el cual puede ser concebido como el acuerdo de dos o más personas para cometer un delito. Como señala el referido autor, en el derecho inglés, la conspiración cuenta con dos elementos: i) Elemento objetivo: el acuerdo para cometer un delito penal (*actus reus*); y ii) Elemento subjetivo: la intención de acordar con otra persona para llevar adelante el delito pretendido (*mens rea*). En el derecho norteamericano, según la ley federal, además de estos dos elementos mencionados, se requiere la concurrencia de un acto manifiesto (*over act*), entendido como la comisión de un acto por uno o más miembros de la conspiración dirigido hacia la realización del objetivo delictivo (2017, pp. 89-90).

Se puede advertir que en lo que difieren ambos ordenamientos jurídicos de tradición anglosajona es el momento del perfeccionamiento de la conspiración. Al respecto, compartimos la postura de Cordini, quien opina que debe exigirse un acto manifiesto, el cual no necesariamente debe ser uno ilícito por sí mismo, sino que basta con que sea un comportamiento en cumplimiento del acuerdo conspirativo alcanzado (2017, p. 91).

Existe un debate en la doctrina respecto de si el delito de conspiración es legítimo en un estado de Derecho, pues cabe la posibilidad de que meros actos psicológicos (pensamientos) sean perseguidos penalmente, lo cual sería contrario con los principios propios del derecho penal. Por tal razón, consideramos que, efectivamente, no pueden ser objeto de persecución penal los meros pensamientos, sino que debe exigirse un acto mínimo objetivo que se encuentre dirigido a la consecución del acuerdo conspirativo, sin que esto signifique ingresar a la fase de ejecución del delito. Por tal razón, desde nuestra postura no pueden considerarse como constitutivos de la figura de conspiración los acuerdos que sean inviables, irracionales o los que solamente han quedado en ideas y no se realiza una mínima acción que evidencie la objetiva intención de los conspiradores de perpetrar el ilícito penal.

Páucar señala que la regulación de la conspiración obedece a una doble naturaleza jurídico-penal: Por un lado se tienen los ordenamientos jurídicos donde se contempla como una institución de la Parte General, equivalente a una “coautoría anticipada”. Por otra parte, existen otros sistemas legales donde consiste en un delito autónomo de la

Parte Especial, equivalente a un tipo penal que criminaliza actos preparatorios, es decir, “un delito de preparación” (2016, p. 280). Nuestro ordenamiento jurídico penal ha adoptado el segundo modelo.

El Tribunal Constitucional peruano ya ha dejado sentada la legitimidad de los delitos de conspiración en nuestro ordenamiento jurídico penal, en el Expediente N.º 00022-2011-PI/TC, donde señala lo siguiente:

“No escapa a este Tribunal que cuando se habla de conspiración de lo que se trata es de un concierto de voluntades y de la resolución conjunta de cometer un delito concreto, siendo indispensable que no se llegue a dar comienzo a la ejecución del delito, pues en ese caso estaríamos ante una tentativa. Así, todo delito de conspiración supone el adelantamiento de las barreras de punibilidad hasta estadios previos a la lesión del bien jurídico. La conspiración resulta, pues, un delito de peligro, cuya criminalización, en el Estado constitucional y democrático de Derecho, resulta justificada en función de la protección de bienes jurídicos de particular entidad”.

Para fines prácticos de la presente investigación, consideramos que la conspiración es una institución jurídico penal similar a la coautoría pues en ambas se exige un común acuerdo para la comisión de un delito en particular. La diferencia asoma al momento del *iter criminis*, pues la primera se presenta en fase preparatoria del delito, mientras que esta última es una institución general que se configura en fase ejecutiva necesariamente (dominio funcional del hecho). En suma, entendemos a la conspiración como un adelantamiento de barreras punitivas de la institución jurídica de la coautoría, con la particularidad de que en nuestro ordenamiento jurídico penal no se encuentra regulada como una institución de la Parte General aplicable a todos los delitos, sino que se tipifica como tal en la Parte Especial para la comisión de ilícitos de cierta entidad lesiva –en atención al principio de proporcionalidad–, como la conspiración para el sicariato (artículo 108-D) o la conspiración para el tráfico ilícito de drogas (artículo 296 último párrafo).

Entonces, la conspiración tiene por finalidad sancionar acuerdos criminales para la comisión de un delito particular –en fase preparatoria–, a diferencia de los delitos de organización criminal y banda criminal. Por lo tanto, la regulación de la *conspiracy* tampoco resulta suficiente para proscribir y sancionar la constitución de grupos organizados que tengan por finalidad la comisión de ilícitos indeterminados o plurales.

De tal manera, podemos reiterar que es acertada la tipificación de los delitos de organización previstos en los artículos 317 y 317-B, sin perjuicio de que estas instituciones jurídicas deban ser delimitadas inequívocamente, lo que será materia de análisis en las líneas siguientes.

1.5 Toma de postura

En la línea de los conceptos revisados en este capítulo, podemos concluir que la diferencia entre el delito de organización criminal y el delito de banda criminal será la inexistencia del elemento estructural en el segundo caso. En efecto, como ya hemos señalado, el texto legal del 317-B, al establecer “sin reunir alguna o algunas de las características de la organización criminal” se refiere únicamente a la estructura que es propia de las grandes organizaciones criminales, pues la ausencia de algún otro componente puede desvirtuar totalmente el referido tipo penal. En similar sentido, debemos dejar sentado que este elemento estructural también es fundamental a la hora de diferenciar la organización criminal de las figuras de coautoría y conspiración.

Por otra parte, también consideramos que el elemento de temporalidad, referido a la permanencia (aunque sea mínima) del grupo delictivo es necesario en el delito de banda criminal. Esto debido a que dicho componente es fundamental para poder diferenciar el delito del 317-B de las formas de coautoría y participación. Así, mientras que éstas últimas se realizan de manera espontánea y con la finalidad de ejecutar un delito en particular, en el caso de la banda criminal se requiere de cierta permanencia en el tiempo, lo que trae aparejada la comisión de una pluralidad de ilícitos penales. Una interpretación distinta acarrearía la posibilidad de que bandas criminales, con el plus de peligrosidad característico de dichos grupos, sean castigadas como meros supuestos de codelinquencia o viceversa.

Ahora, respecto del elemento referido a la división de tareas y funciones, consideramos que no puede estar ausente en ninguna de las figuras penales, ni en los delitos de organización ni en la coautoría o conspiración. Esto debido a que en esencia nos encontramos ante instituciones penales que persiguen la comisión de delitos colectivamente, lo que entraña la existencia de una división de roles (aunque sea mínima) que tenga por finalidad el éxito del plan delictivo. Una postura en contrario nos llevaría a aceptar la persecución de colectivos que no tienen ni un mínimo de coordinación, lo que significaría la inexistencia de alguna mínima posibilidad de éxito

del plan delictivo, por lo que no existiría ni siquiera un peligro para el bien jurídico que se busca tutelar.

Finalmente, reiteramos, la diferencia entra las figuras de coautoría y conspiración radica en el estadio del *iter criminis*. Mientras que la primera se realiza en fase ejecutiva, la *conspiracy* se da en momentos anteriores a ésta. En suma, la conspiración consiste en un adelantamiento de las barreras punitivas que tiene por finalidad sancionar los actos preparatorios de los potenciales coautores de un delito en particular.

A modo de resumen, tenemos el siguiente cuadro:

		ELEMENTOS				
		Personal	Teleológico	Funcional	Temporal	Estructura
FIGURAS PENALES	Organización criminal	X	X	X	X	X
	Banda criminal	X	X	X	X	
	Coautoría (f. ejecutiva)	X	X	X		
	Conspiración (f. preparatoria)	X	X	X		

Establecidas las diferenciaciones anotadas, resulta importante tener en consideración que esto es solo el inicio de mayores cuestionamientos que serán abordados en los siguientes capítulos del presente trabajo. Por ejemplo, ¿qué se entiende para efectos prácticos por elemento estructural y por qué es necesario contar con un concepto más detallado?

CAPÍTULO 2: CUESTIONAMIENTO A LOS TIPOS PENALES EN BASE AL PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y PROPORCIONALIDAD

2.1 El alcance del principio de legalidad para la determinación del comportamiento prohibido

En palabras de Roxin, “*un Estado de Derecho debe proteger al individuo no solo mediante el Derecho penal, sino también del Derecho penal*”. Para el referido autor el ordenamiento jurídico no solo debe disponer de métodos y medios adecuados para la prevención del delito, sino también debe imponer límites al empleo de la potestad punitiva, con la finalidad de que el ciudadano no quede desprotegido o a merced de

una intervención arbitraria o excesiva del Estado (1997, p. 137). Uno de estos límites al poder público es el principio de legalidad.

Cesare Beccaria, cuyo pensamiento se constituye como uno de los pilares del Derecho penal moderno, en su revolucionaria obra *“De los delitos y las penas”*, ya hacía referencia al principio de legalidad al señalar lo siguiente:

“... solo las leyes pueden decretar las penas de los delitos; y esta autoridad debe residir únicamente en el legislador, que representa toda la sociedad unida por el contrato social. Ningún magistrado (jme es parte de ella) puede con justicia decretar a su voluntad penas contra otro individuo de la misma sociedad (...)” (Beccaria, 1764, p. 73).

El principio de legalidad se encuentra por primera vez en las Constituciones de algunos estados federados americanos, como Virginia y Maryland, y posteriormente en el Código Penal austriaco de José II, de 1787; no obstante, este último era uno de los gobernantes absolutistas que no buscaban proteger la libertad de los ciudadanos, sino tenían como objetivo consolidar su dominio por encima de la decisión libre de los jueces (Roxin, 1997, p. 142). Como señala Mir Puig, solo a partir de la ideología liberal impulsada por la Ilustración, y consagrada sobre todo con la Revolución Francesa, es que el principio de legalidad se concibe como una limitación al poder punitivo del Estado, erigiéndose, así como garantía de la libertad del ciudadano (Mir Puig, 2016, p. 115).

Efectivamente, el principio de legalidad muestra sus efectos sobre el poder penal limitándolo a lo señalado en la ley, y sobre los ciudadanos, buscando que conozcan en todo momento cuáles son las consecuencias jurídicas de su conducta y de qué manera serán aplicadas. Por esta razón, se convierte en un límite formal a la función punitiva estatal, pues está prohibido imponer penas a conductas que no han sido calificadas previamente como delictivas (Villavicencio, 2019, p.135).

Para Jakobs, el uso de la libertad de acción sin peligro de ser castigado solo es posible si se da la determinación previa de lo punible, y sólo se garantiza la seguridad ante la arbitrariedad –especialmente judicial– cuando la determinación previa tiene lugar en consonancia con lo razonable (Montesquieu) o la voluntad general (Rousseau), es decir, en la ley (1997, p. 79).

El principio de legalidad tiene fundamento supralegal, toda vez que se encuentra previsto en el artículo 2, inciso 24, literal d), de la Constitución Política del Perú. En dicha disposición constitucional se establece que nadie podrá ser 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. Como señala García, esta exigencia constitucional garantiza un ejercicio imparcial de la potestad punitiva por parte del Estado, en tanto este tiene que determinar, de manera general y antes de la realización del delito, las características del hecho prohibido y la reacción penal que cabe contra el responsable (2019, p. 139).

2.1.1 Principio de legalidad formal: ley cierta, ley estricta, ley escrita y ley previa

El principio de legalidad en sentido formal se expresa con la frase “*nullum crimen, nulla poena sine lege*”, ideada por Feuerbach, quien, si bien es cierto no es el creador del principio, pues como hemos señalado ya había sido desarrollado y codificado antes; sin embargo, muchos autores le atribuyen la acuñación de dicho aforismo⁶ (Jakobs, 1997, p. 79; Roxin, 1997, p. 146; Zaffaroni, Alagia y Slokar, 2006, p. 98; Mir Puig, 2016, p. 114; Villavicencio, 2019, p. 134).

De este principio se derivan cuatro consecuencias reconocidas como prohibiciones, que son las siguientes: de aplicación retroactiva de la ley (*lex praevia*); de aplicación de otro derecho que no sea el escrito (*lex scripta*); de extensión del derecho escrito a situaciones análogas (*lex stricta*); de cláusulas legales indeterminadas (*lex certa*). Según Bacigalupo, cada una de estas prohibiciones tiene un destinatario preciso: la exigencia de *lex praevia* se dirige tanto al legislador como al juez; la de *lex scripta*, al igual que la de *lex stricta*, al juez; por último, la de *lex certa* tiene por destinatario básicamente al legislador y, subsidiariamente, al juez (1999, pp. 44-45).

a. Lex scripta

También conocido como reserva de ley, que establece que solamente por ley pueden crearse delitos y establecer penas (García, 2019, p. 143; Bustos y Hormazábal, 1997, p. 81). Según esta garantía queda excluida la costumbre como posible fuente de delitos y penas, además, no basta cualquier norma escrita, sino que es preciso que

⁶ Según Mir Puig, citando a Jescheck, debe advertirse que Feurbach literalmente no se refirió a la componente “*nullum crimen sine lege*”; no obstante, sí estaba incluido en su pensamiento.

tenga rango de ley emanada del Poder Legislativo, como representación del pueblo (Mir Puig, 2016, p. 117). En otras palabras, la ley tiene la primacía absoluta para el derecho penal (Welzel, 1956, p. 26). No obstante, para García, el término “ley” se amplía incluso más allá de la ley ordinaria en nuestro sistema penal, abarcando también las normas con rango de ley expedidas por el Poder Ejecutivo⁷, como los decretos leyes y los decretos legislativos, pues estos se encuentran sometidos a un posterior control por parte del legislativo, el cual puede dejar sin efecto aspectos de la regulación que no se ajustan a la delegación de facultades (2019, p. 144).

b. *Lex certa*

Según Roxin, de acuerdo con esta garantía, son inadmisibles las penas totalmente indeterminadas (1997, p. 141). Por lo tanto, la ley penal debe ser redactada con la mayor precisión posible, situación a la que se puede llegar con una elaboración exhaustiva (Villavicencio, 2019, p. 140). Si bien es cierto la ley penal se expresa en palabras y estas nunca son totalmente precisas, no por ello debe despreciarse el principio de legalidad, sino que es menester exigir al legislador que agote todos los recursos técnicos para otorgar la mayor precisión posible a su obra (Zaffaroni, Alagia y Slokar, 2006, p. 116).

La precisión de la ley da lugar al mandato de determinación, que exige que la ley determine de forma suficientemente diferenciada las distintas conductas punibles y todos los presupuestos que configuran la conducta penalmente sancionada y las consecuencias que puede acarrear (Mir Puig, 2016, p. 117; García, 2019, p. 147). Sobre esto volveremos más adelante al analizar si los tipos penales objeto de la presente investigación son respetuosos de este principio.

c. *Lex praevia*

El principio de legalidad también establece que la determinación de la conducta delictiva y la pena correspondiente debe ser anterior a la realización del hecho penalmente relevante. Con dicha garantía se consagra el principio de irretroactividad de la ley penal. No obstante, esta regla general tiene una excepción, que ocurre cuando la ley penal posterior resulta, en el caso concreto, más favorable al reo, sea porque la conducta realizada es despenalizada o porque la pena posteriormente

⁷ No puede obviarse que nuestro Código Penal vigente se encuentra contenido en el Decreto Legislativo N.º 635, promulgado el 3 de abril de 1991 y publicado el 8 de abril del mismo año.

establecida es menos gravosa –retroactividad benigna– (García, 2019, p. 163; Bustos y Hormazábal, 1997, p. 82).

d. *Lex stricta*

Este principio consagra la prohibición de la analogía, que se desprende del artículo 139, inciso 9, de la Constitución Política del Perú, y del artículo III del Título Preliminar del Código Penal vigente. En palabras de Roxin, analogía es trasladar una regla jurídica a otro caso no regulado en la ley por la vía del argumento de la semejanza. Si bien en otras ramas del Derecho es uno de los métodos usuales de aplicación de la norma, en el campo del Derecho penal se encuentra prohibida como protección del reo, en la medida que opere en perjuicio de aquel (1997, p. 140). Para García, citando a Vicente Martínez, la prohibición de la analogía se sustenta en los peligros que este razonamiento interpretativo podría conllevar a una posible tergiversación de la voluntad del legislador (2019, p. 169).

La regla derivada del principio de legalidad formal que importa a nuestro trabajo de investigación es la de *lex certa*, por lo que profundizaremos sobre este punto en el análisis que se realizará respecto de los tipos penales de organización criminal y de banda criminal

2.1.2 Análisis de los tipos penales en función del principio de legalidad formal

Realizada de manera general la definición del principio de legalidad en sentido formal, así como sus correspondientes reglas jurídicas, corresponde realizar un análisis más específico de lo que a nuestro criterio no se cumple con la actual tipificación de los tipos penales de organización criminal y de banda criminal.

De entrada debemos reiterar que este importante principio delimitador del *ius puniendi*, en su manifestación de *lex certa*, es una exigencia para que el legislador elabore los tipos penales con la mayor precisión posible, de manera que los destinatarios logren comprender cuál es el alcance del comportamiento prohibido y determinar su conducta de acuerdo a ello. En efecto, el tipo penal, como norma de determinación se encuentra estrechamente vinculada a la regla de ley cierta, toda vez que cuando un tipo penal no se encuentra redactado de manera suficientemente clara, no es posible que los destinatarios de la norma conozcan cuál es exactamente la conducta que deben evitar realizar, en otras palabras, el ámbito prohibitivo del tipo no está completamente claro.

Para Bages, la exigencia de precisión determina que una norma solo puede convertirse en ley cuando esté formulada con suficiente concreción como para permitir al ciudadano regular su conducta, de manera que éste sea capaz –si es necesario con asesoramiento jurídico– de prever las consecuencias que pueden derivarse de una determinada actuación (2018, p. 13).

Por otra parte, debemos reiterar que este mandato de determinar las conductas prohibidas de manera clara da lugar también a la exigencia de que las conductas punibles se encuentren totalmente diferenciadas, tanto en sus presupuestos como en las consecuencias jurídicas que su realización puede acarrear. Esto tiene sustento en el principio de seguridad jurídica, toda vez que si dos o más conductas no se encuentran delimitadas de manera clara, la aplicación de uno u otro tipo penal puede quedar a discreción de los jueces, lo que traería como posibilidad que en dos casos iguales se opten por aplicar distintas normas jurídico-penales, lo que no puede ser tolerado en un Estado de derecho.

Así también lo ha entendido Bages cuando señala que el legislador debe esmerarse en precisar qué conductas están prohibidas y que sanciones tienen aparejadas, toda vez que no puede confiar en que las expresiones abiertas que eventualmente utilice en la descripción de las conductas prohibidas serán interpretadas de modo convergente por los operadores (2018, p. 15). En similar sentido, Roxin refiere que la punibilidad de la conducta debe estar legalmente determinada y con anterioridad al hecho ilícito, sino sería el juez quien tendría que fijar qué conducta infringe el bien común de modo intolerable (1997, p. 141). En suma, creemos que si las leyes penales son imprecisas o vagas, la limitación a la libertad de los ciudadanos, como consecuencia de la aplicación del derecho penal, se convierte en una incertidumbre.

Entrando al análisis de los tipos penales en concreto, consideramos que el precepto penal contenido en el artículo 317-B no cumple con las exigencias del principio de legalidad y ley cierta, toda vez su texto contiene una redacción defectuosa. Esto debido a que cuenta con la cláusula “sin reunir alguna o algunas de las características de la organización criminal dispuestas en el artículo 317 (...)”, lo que lo convierte en un tipo penal subsidiario del delito de organización criminal. Esto trae como consecuencia que el delito de banda criminal se construya como una especie de “cajón de sastre”, donde todo lo que no ingrese en el supuesto del artículo 317, sea reconducido a este tipo penal abierto. Estos tipos penales revisten de tales magnitudes de indeterminación que existen innumerables conductas enmarcables dentro del mismo.

No obstante, ese no es el único problema, pues al utilizar una cláusula que nos remita al análisis de los elementos de la organización criminal (artículo 317), se hace difícil la diferenciación entre ambas conductas prohibidas, lo que es peligroso para la seguridad jurídica. Como hemos señalado, el principio de legalidad y la determinación de la normas jurídico-penales exigen que todas se encuentren correctamente diferenciadas, con la finalidad de que los destinatarios de la norma conozcan cuales son las conductas susceptibles de ser perseguidas como uno u otro delito. Si esto no sucede, se estaría dejando a merced del criterio de los jueces decidir cuando estamos ante una u otra conducta ilícita, lo que los convertiría en legisladores al mismo tiempo.

Como bien sabemos, la separación de poderes, característica de un Estado de derecho, exige que los principales poderes estatales se ejerzan por órganos de gobierno autónomos y distintos. Así, el poder legislativo, como su nombre lo dice, es el encargado de legislar y, por ende, crea los tipos penales. Por su parte, el Poder Judicial tiene como principal función aplicar las normas generales a cada caso en concreto. Si permitimos que cada juez, en cada situación particular, decida si estamos ante la comisión de uno y otro delito, es totalmente posible que casos similares puedan ser juzgados y perseguidos de manera distinta, lo que atenta contra el principio de seguridad jurídica.

En ese sentido, de la lectura del tipo penal de banda criminal, tipificado en el artículo 317-B, se advierte que la cláusula negativa que comprende su composición textual exige que no se cumpla con alguna o algunas de las características del delito de organización criminal –que se compone de los elementos personal, teleológico, temporal, funcional y estructural–. Vemos que la norma penal no deja claro cuál o cuáles de estos componentes pueden faltar, lo que deja a merced de los jueces decidir tal situación. Esto trae como consecuencia que algunos operadores jurídicos puedan considerar que, por ejemplo, la permanencia en el tiempo (elemento temporal) es un componente inherente a una organización criminal y que puede obviarse para la configuración del delito de banda criminal, lo que para nosotros no es posible, pues haría difícil su diferenciación de una simple coautoría o concierto criminal. Mientras que otros jueces pueden tener una posición distinta y considerar que dicho elemento sí es necesario para la configuración del tipo penal contenido en el artículo 317-B. Esto, debemos reiterar, hace que la libertad de los destinatarios de la norma se convierta en una incertidumbre y se encuentre a merced de los operadores judiciales.

2.1.3 Principio de legalidad material: normas de determinación y normas de valoración

La función valorativa de la norma consiste en que se estiman como dignos de protección penal a algunos bienes jurídicos y, a su vez, se valora positiva o negativamente unos hechos. Según la teoría axiológica de la norma, el Derecho es una suma de juicios de valor, a partir de la cual se distingue entre el comportamiento lícito y el ilícito. Esta posición considera que el Derecho no contiene un imperativo para el individuo ni tiene como fin dirigir el comportamiento humano, sino que se limita a señalar situaciones o acontecimientos como deseados o no deseados (Regis, 2011, p. 153). Por su parte, la función de determinación estriba en el mandato, prohibición o autorización que la norma dirige a los ciudadanos. Así, la finalidad de la norma es contribuir a disciplinar comportamientos humanos mediante la amenaza de la pena, pues si se dejara a cada ciudadano la decisión de qué bienes jurídicos debe respetar el costo para la convivencia pacífica sería muy alto (Meini, 2014, p. 40).

Quienes conciben a la norma penal como “norma de valoración” la entienden como expresión de un juicio de valor, que distingue lo lícito penal de lo antijurídico penal. En ese entendido, la norma conlleva un juicio de desvalor sobre la acción delictiva, por lo tanto, este precepto no encerraría un imperativo. Por su parte, la teoría imperativa considera a la norma penal como norma de determinación, esto es, como mandato o prohibición dirigida al ciudadano. El ordenamiento jurídico, en ese sentido, consiste en manifestaciones de voluntad del legislador que exigen un determinado comportamiento de los partícipes de la comunidad jurídica y sus normas son prohibiciones que deben cumplir los destinatarios (Mir Puig, 2003, p. 42).

Para Mir Puig, el imperativo precede por lógica de una valoración negativa de la conducta prohibida u ordenada, pero esta valoración no es más que un momento interno, en el marco del proceso legislativo, mientras que para la efectividad de la norma penal lo decisivo es que el legislador le asigne la virtualidad de un imperativo. Eso es lo que distingue una mera valoración de una norma vigente (2003, p. 45). Por lo tanto, para el referido autor, es correcto señalar que las normas penales, aunque imperativas, presuponen determinadas valoraciones, y no solo la concreta valoración negativa de las conductas prohibidas, sino también otras más generales, como la valoración positiva de los bienes jurídico-penales y otros intereses jurídicos (2016, p. 76).

En similar sentido, Bustos y Hormazábal describen lo siguiente:

“Con Welzel se produciría la real integración del carácter valorativo y de determinación de la norma al establecer que el momento desvalorativo se produce cuando el autor realiza una acción que contraviene la norma. En ese momento se produce un desvalor de acción. Este juicio desvalorativo es de carácter objetivo en tanto que afecta a valores ético-sociales. La norma obliga, en consecuencia, según Welzel, por su carácter valorativo fundado en la protección de valores ético-sociales. Por eso es un imperativo, un deber para cada persona. De esta manera, norma de valor e imperativo se integran completamente”. (1997, p. 39).

Al respecto, nuestra postura es que la desvaloración de la conducta es el presupuesto de la determinación de la norma, pues si bien es cierto la norma jurídico-penal busca reglar o dirigir el comportamiento humano a través de un mandato o prohibición, no es menos verdad que se llega a dicho imperativo a través de una valoración negativa *ex ante*. Por lo tanto, la norma penal tiene ambas funciones: valorativa y determinativa; no obstante, para nosotros la última es la más importante y que es intrínseca a una norma jurídico-penal. En el siguiente subcapítulo veremos de qué manera esta posición va a incidir en el análisis de los tipos penales cuestionados.

2.1.4 Análisis de los tipos penales en función del principio de legalidad material

Como bien hemos señalado, la norma jurídico-penal tiene dos funciones: valorar negativamente una conducta (función valorativa) y determinar un mandato o prohibición para los ciudadanos (función imperativa o determinativa). No obstante, es necesario tomar una posición sobre cuál de las funciones es la que predomina y así se convierte en esencial para la norma jurídico-penal, toda vez que en función de ello se va a incidir en la función de la pena y la teoría del delito.

En efecto, como sostiene Mir Puig, quien entienda la norma como imperativo, atribuirá a la norma la función de motivar en contra del delito, es decir, la función de prevención de delitos; mientras que si se atribuye como función esencial la valorativa de la norma, llevará a primer plano la función de valoración retributiva de la pena, que se entenderá como manifestación del desvalor por el hecho desvalorado cometido, esto es, pura retribución (2016, p. 77).

Sobre el particular, concordamos con la postura del autor español, pues si se considera que la función valorativa es lo esencial de la norma jurídico penal, tenemos que aceptar que el delito es predominantemente la realización de una conducta socialmente considerada mala, lo que traería como consecuencia que la pena se aplique como una respuesta a la realización del hecho desvalorado. Así, estaríamos aceptando la teoría de que la pena se aplica como una retribución al delito. Para García las teorías retributivas de la pena han sido abandonadas por la doctrina mayoritaria, pues es impensable la existencia de un Derecho Penal sin ninguna utilidad social, máxime si este depende de la existencia de la sociedad (2019, p. 78).

El Tribunal Constitucional, en la sentencia recaída en el Expediente N.º 19-2005-PI/TC, de fecha 21 de julio de 2005, en el fundamento jurídico 30, ha señalado que la teoría absoluta de la pena no solo carece de sustento científico, sino que es una negación absoluta del principio-derecho a la dignidad humana, reconocido en el artículo 1 de la Constitución. En similar sentido, Roxin sostiene que esta teoría retributiva o absoluta de la pena no se puede sostener científicamente hoy, pues si la finalidad del Derecho Penal es la protección subsidiaria de bienes jurídicos, entonces para el cumplimiento de este cometido no está permitido servirse de una pena que de forma expresa prescinda de todos los fines sociales (1997, p. 84).

Por otra parte, si se acepta como predominante la función imperativa o determinativa de la norma jurídico penal, se acepta que esta tiene como finalidad motivar el comportamiento de los ciudadanos en el respeto a los derechos de sus semejantes y, por ende, en la prevención de los delitos.

Como refiere Mir Puig, está totalmente claro que la discusión sobre el carácter imperativo o valorativo de la norma jurídico-penal no es puramente teórica, sino que tiene importantes consecuencias en orden a la orientación político criminal del Derecho Penal (2016, p. 77-78).

En el análisis concreto de los delitos de organización criminal y de banda criminal, debemos reiterar que éste último es una copia fiel del delito de grupo criminal de la legislación española (Prado, 2021, p. 357). A nuestra consideración, el referido artículo 317-B ha sido copiado por el legislador peruano del párrafo final, del inciso 1, del artículo 570 *ter* del Código Penal español, sin advertir que el referido tipo penal ya generaba muchas discrepancias dentro de la doctrina y jurisprudencia en el país de la península ibérica, por lo que al momento de “importar” dicho tipo penal de la

legislación extranjera también hizo suyos los problemas y técnicas legislativas deficientes de las que adolecía. Esto no hace más que confirmar que la política criminal adoptada por el legislador peruano en los últimos años es la de cubrir las lagunas o vacíos que pueda advertir en el Código Penal con la creación de nuevos delitos, la mayoría fielmente copiados de legislaciones extranjeras.

Al parecer los parlamentarios han olvidado que la realidad delictiva de cada país es totalmente distinta, teniendo cada uno de ellos sus particularidades en atención a los valores sociales, culturales y morales que han ido desarrollando en el transcurso de sus historias. Por ende, las organizaciones criminales se manifiestan de distintas maneras a lo largo de todo el mundo, justamente esta es una de las razones principales de que en la actualidad no exista un concepto uniforme de “criminalidad organizada”.

En ese sentido, al tener el tipo penal de banda criminal una cláusula negativa como “sin reunir alguna o algunas de las características de la organización criminal”, advertimos una función predominantemente retributiva, pues al parecer el legislador no ha querido dejar lagunas de impunidad en la persecución de los delitos cometidos a través de agrupaciones delictivas. Esto confirma la posición de que actualmente predomina el concepto de seguridad por encima de la libertad de los ciudadanos, lo que se conoce en doctrina como “expansionismo del derecho penal”. No obstante, esa búsqueda de la seguridad de los ciudadanos no puede realizarse a cualquier costo, sino que deben observarse el respeto de los principios delimitadores del *ius puniendi*. Está totalmente demostrado que la creación de nuevos delitos, la agravación de las penas, la eliminación de beneficios penitenciarios, entre otros, no tienen ninguna utilidad social, pues estadísticamente no desalientan la comisión de delitos. Estamos seguros de que la comisión de los ilícitos penales se realiza mediante técnicas de prevención y no de pura retribución, como al parecer ha adoptado el legislador peruano en las últimas décadas.

En palabras de Zúñiga, se pone en evidencia que el legislador, en la confrontación de intereses entre la defensa social y garantías, ha optado por sacrificar éstas últimas, con un coste jurídico altísimo para los principios del Estado de Derecho y con el riesgo de un efecto de propagación a otras ramas del Derecho. Además, como concuerda la referida autora, esto solo tiene un efecto simbólico, en la medida que no logra ser totalmente efectiva en la prevención del delito (2015, p. 14).

Esta indebida regulación tiene incidencia en la legalidad material, toda vez que –como vimos en el primer capítulo– existen elementos doctrinarios que permiten diferenciar el delito de banda criminal del delito de organización criminal. Así, en el primer apartado señalamos que la diferencia radicaba en el elemento estructural. En atención a ello, esta diferencia doctrinaria con la cual estamos de acuerdo no llega a plasmarse en la prohibición que debería desprenderse de los tipos penales de los artículos 317 y 317-B. De esta forma, ante una falta de precisión acerca del comportamiento prohibido –esto es, de la norma de determinación señalada en el tipo– resulta imposible poder diferenciar en ambas regulaciones aquellas actuaciones ilícitas de gravedad que merecen ser tratadas bajo el supuesto de organización criminal. Es así como conductas de pandillaje o meras agrupaciones sin la complejidad requerida, podrían ser consideradas como ilícitos de organización criminal y, en sentido contrario, agrupaciones complejas puedan ser sancionadas como bandas criminales.

2.2 El alcance del principio de proporcionalidad como límite en la injerencia del *ius puniendi* estatal

El Tribunal Constitucional, en el Expediente N.º 1010-2012-PHC/TC, ha establecido que *“el principio de proporcionalidad de las penas es un valor constitucional implícitamente derivado del principio de legalidad penal, así reconocido en el artículo 2, inciso 24, literal d), de la Constitución, en interpretación conjunta con el último párrafo del artículo 200 constitucional, en el que se reconoce explícitamente el principio de proporcionalidad”*.

En palabras de Luna, el principio de proporcionalidad o prohibición de exceso exige la existencia de un marco punitivo coherente y basado en una armónica articulación del total sistema de penas y medidas de seguridad en el marco de un Estado que se jacte de ser democrático de derecho y aspire a mantener el respeto a la constitucionalidad (2008, p. 323).

González-Cuéllar, citando a Larenz, refiere que la “justicia” es un valor básico en la fundamentación del principio de proporcionalidad, puesto que en su sentido de prohibición de excesividad, es un principio de derecho justo, que deriva inmediatamente de la idea de justicia, que conecta con la idea de moderación y equilibrio. A lo cual añade el citado autor el valor superior “libertad”, que dota de contenido al principio de proporcionalidad al inclinar la balanza, en caso de duda, a favor de la efectividad de los derechos fundamentales (2018, p. 64).

Desde la óptica penal, este principio se encuentra consagrado en el artículo VIII del Título Preliminar del Código Penal, que establece que *"La norma no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho. (...)"*. Para García, esta responsabilidad por el hecho es definido como un límite derivado de un juicio sobre la globalidad del delito, por lo que no se atiende únicamente al límite ofrecido por la culpabilidad del autor, sino también a los criterios referidos a la gravedad del hecho contrario a la norma penal. El referido autor sostiene que desde hace años la doctrina penal reconoce que el principio de proporcionalidad cuenta con una doble manifestación: Primero su observancia en la creación o aprobación de las leyes, dirigida al legislador (proporcionalidad abstracta), y, en segundo lugar, concretamente al momento de la actividad judicial, más concretamente al momento en que el juez determina la pena a imponer (proporcionalidad concreta) (2019, pp. 184-189). Para el presente trabajo nos interesa analizar el primero, referido al momento en que el legislador determina la pena abstracta de los tipos penales en función de la gravedad de la conducta ilícita.

2.2.1 El principio de proporcionalidad abstracta: equilibrio entre la gravedad del delito y de la pena

Para Castillo-Córdova, la proporcionalidad en la previsión legislativa, también denominada proporcionalidad abstracta, exige que exista equilibrio entre la gravedad de la pena dispuesta legislativamente para un delito (marco penal), la relevancia del bien jurídico que se protege con la previsión del delito, la forma (gravedad) del modo como se ha afectado el bien jurídico, y las propiedades subjetivas con las que actuó el delincuente (2004, p. 20). En similar sentido, Pérez indica que con dicho principio se pretende garantizar que el legislador realice un adecuado equilibrio entre la reacción penal y sus presupuestos en el momento de individualizar positivamente la pena (2021, p. 107).

Mir Puig explica que se deben distinguir dos aspectos o exigencias en el principio de proporcionalidad de las penas: Por una parte, la necesidad misma de que la pena sea proporcional al delito y, por otra parte, la exigencia de que la medida de la proporcionalidad se establezca en base a la importancia social del hecho (a su nocividad social). Añade el citado autor que en un Estado democrático se debe ajustar la gravedad de las penas a la trascendencia que para la sociedad tienen los hechos a los que se asignan, de acuerdo con el grado de nocividad social del ataque al bien jurídico (2016, p. 139).

Entonces, el principio de proporcionalidad se erige como un límite a la potestad punitiva del Estado, cuyo matiz abstracto exige que el legislador cuantifique la pena abstracta para cada tipo penal en función de la gravedad del hecho prohibido y a su nocividad social. Todos los delitos contemplados en nuestro ordenamiento jurídico penal deben encontrarse en armonía con dicho principio, en atención a que protegen ciertos bienes jurídicos que tienen mayor necesidad de protección respecto de otros por su importancia en la convivencia social.

2.2.2 Análisis de los tipos penales en función del principio de proporcionalidad

Como hemos referido en líneas anteriores, la actual redacción de los tipos penales de organización criminal y de banda criminal no permiten una diferenciación inequívoca de ambos delitos, lo que es peligroso y atenta contra la seguridad jurídica. Consideramos que esta vulneración al principio de legalidad también tiene incidencia dentro del principio de proporcionalidad de las penas, como un límite al ejercicio arbitrario del *ius puniendi*.

En principio debemos señalar que los delitos de organización criminal y de banda criminal son conductas diferentes, y que el primero contempla una sanción de mayor gravedad que el segundo. Esto se advierte de la propia pena abstracta determinada por el legislador para cada tipo penal. Entonces, si el delito de organización criminal es un injusto penal más grave que el de banda criminal, es obvio que la conducta prohibida debe serlo también. No obstante, de la actual redacción de las conductas delictivas se advierte que ambos delitos no se encuentran en línea de progresividad, es decir, no se concibe a la banda criminal como un delito menos grave que la organización criminal, sino que está establecida como un delito residual.

La cláusula negativa tiene como consecuencia que en la determinación de la gravedad de la conducta delictiva de la banda criminal solo se haya tenido en cuenta la no concurrencia de alguna o alguna de las características de la organización criminal. Esto, como se advierte de la exposición de motivos, se realizó con la finalidad de que las agrupaciones que sin reunir la complejidad de una organización criminal puedan ser perseguidas penalmente. En otras palabras, el legislador no ha tenido en cuenta la gravedad del supuesto delictivo previsto en el artículo 317-B, sino solamente se ha centrado en incorporar a nuestro Código Penal un delito que persiga a las agrupaciones que no tengan las características de una organización criminal. Esto, a todas luces, no es acorde al principio de proporcionalidad de las penas.

Nuestra posición es que se necesita una redacción independiente del delito de banda criminal, con elementos objetivos propios que no exijan la remisión al delito contemplado en el artículo 317 del Código Penal. Como hemos señalado en el capítulo anterior, el delito de banda criminal también debe presentar la permanencia en el tiempo y la división de funciones para su configuración, así, el único elemento que permite diferenciarlo de la organización criminal es la estructura. Consideramos que si existe una estructura, sea compleja o no, estamos ante una organización criminal, mientras que su ausencia configura el delito de banda criminal. Con esta diferenciación los referidos tipos penales sí estuvieran correctamente delimitados y en grado de progresividad, siendo la conducta del delito de organización criminal más grave que la de una banda. Con un análisis proporcional de la gravedad de los hechos delictivos y sus correspondientes consecuencias jurídicas se respeta uno de los principios que ordenan el Derecho Penal.

2.3 Posición de la jurisprudencia peruana

Como hemos advertido, los delitos de banda criminal y de organización criminal no se encuentran claramente diferenciados en sus conductas punibles. La Corte Suprema de Justicia de la República, desarrollando doctrina jurisprudencial, emitió el Acuerdo Plenario N.º 8-2019, donde se ha intentado dilucidar el problema de la delimitación de ambos tipos penales. Sin embargo, consideramos que la posición jurisprudencial adoptada no ha logrado su objetivo, toda vez que a la fecha subsisten interrogantes en torno a esta cuestión problemática respecto de los delitos de organización.

Por ejemplo, en el fundamento 20 del citado acuerdo plenario se señala lo siguiente:

“... la banda criminal es igualmente una estructura criminal pero de menor complejidad organizativa que la que posee una organización criminal (artículo 317 del Código Penal) y que ejecuta un proyecto delictivo menos trascendente y propio de la “delincuencia común urbana”. La banda criminal, por tanto, no se dedica a activar y mantener negocios o economías ilegales; no es, pues una organización criminal “productiva” sino simplemente “de despojo y mayormente artesanal y violenta”. Esto es, de aquellas que producen inseguridad ciudadana a través de la comisión de robos, secuestros, extorsiones o actos de marcaje o sicariato. De allí que su número de integrantes puede ser reducido y su *modus operandi*

suele ser rutinario y basado mayormente en la sorpresa y el asalto o el empleo de medios violentos como la agresión física o la amenaza.”

A nuestro entender, el citado acuerdo jurisprudencial postula una diferenciación esencialmente criminológica que genera mayores dudas en cuanto a la delimitación de estos tipos penales. Esto debido a que resulta totalmente posible la constitución de organizaciones de gran complejidad que se dediquen a delitos violentos, a modo de ejemplo se tienen los “Mara salvatrucha” de Centroamérica. Por otra parte, pueden existir uniones de dos o más personas que sin tener una estructura organizativa se dediquen a la comisión de ilícitos no violentos, como delitos informáticos. Consideramos que la naturaleza de los delitos que forman parte del plan criminal de la organización o de la banda no es un criterio suficiente para conocer cuál es el límite entre estos delitos, máxime si ello no se encuentra establecido en el texto de los tipos penales.

Por otra parte, el párrafo final del fundamento 22 del citado acuerdo plenario establece lo siguiente:

“... cabe señalar que la figura delictiva del artículo 317-B del Código Penal, referida a la banda criminal, sólo debe aplicarse para sancionar a las estructuras delictivas de constitución básica y cuyo modo de accionar delictivo carece de complejidad operativa y funcional, (...)”

Lo anteriormente citado no aclara todas las dudas sobre la diferencia entre el delito de organización criminal y de banda criminal. En el instrumento jurisprudencial se indica que esta última tiene una menor complejidad organizativa. Sin embargo, salta a la luz una nueva cuestión problemática, que sería determinar cuándo una agrupación de personas alcanza la característica de complejidad suficiente para enmarcarse dentro del delito de organización criminal o, caso contrario, deberá tipificarse como banda. Consideramos que el criterio adoptado por la Corte Suprema no da solución alguna al problema de la delimitación de los tipos penales cuestionados, toda vez que aún deja un margen de interpretación al operador judicial, quien en cada caso en concreto deberá establecer subjetivamente si la agrupación delictiva que tiene al frente reviste de complejidad suficiente o no para determinar que se trata de una organización criminal o de una banda criminal. El máximo órgano jurisdiccional de nuestro país no brinda parámetros para conocer cuándo una unión de personas es compleja y cuando

no, lo que definitivamente daría mayor seguridad jurídica a los destinatarios de la norma jurídico penal.

Por lo tanto, consideramos que estas apreciaciones, más que de hermenéutica jurídica, son de carácter criminológico, trayendo como consecuencia que no resulten del todo útiles para la aplicación e interpretación de los tipos penales de organización criminal y banda criminal. Esta situación mantiene la inseguridad jurídica, pues, debemos reiterar, es altamente probable que hechos ilícitos que deben enmarcarse en el artículo 317 sean perseguidos o sentenciados como delitos de banda criminal o viceversa.

2.4 Toma de postura

Sobre toda esta problemática de irrespeto por los principios que informan el control del poder punitivo del Estado, consideramos que es necesario que los delitos de banda criminal y de organización criminal deben estar inequívocamente delimitados, cada uno con sus propios elementos normativos y que uno no sea interdependiente del otro. Si bien una parte de la jurisprudencia manifiesta que resulta innecesaria la tipificación del delito de banda criminal, pues su contenido se encontraría abarcado por la organización criminal, no compartimos dicha postura. Consideramos que es necesaria la tipificación del delito de banda criminal, pero con un texto legal que sea acorde al principio de legalidad y proporcionalidad.

Como hemos señalado en el capítulo anterior, haciendo una interpretación de los elementos normativos de ambos tipos penales, la delimitación entre ambas conductas delictivas encuentra su piedra angular en el elemento estructural. Esto debido a que en una banda criminal no se puede prescindir de la permanencia –aunque sea mínima– a efectos de que pueda diferenciarse de la codelinuencia (en caso el plan criminal se haya ejecutado) o la conspiración (en fase de actos preparatorios).

Es importante contar con un delito alternativo al de organización criminal, por esta razón en nuestro ordenamiento jurídico se tipificó el delito de banda criminal; no obstante, este último debe gozar de plena independencia y autonomía. La fenomenología delictiva peruana nos permite afirmar la presencia de agrupaciones contrarias a la ley de baja complejidad, que no tienen una estructura definida y que cuentan con un objetivo común de cometer una pluralidad de delitos. Estos grupos no reúnen las características organizativas complejas de una organización criminal, por lo que

resulta necesario contar con un tipo penal que las sancione de acuerdo con sus particularidades. No obstante, reiteramos que su configuración no debe ser subsidiaria a la del delito de organización criminal.

La conformación de estas agrupaciones delictivas se debe sancionar de manera proporcional con el reproche social y el peligro potencialmente lesivo que entrañan para los bienes jurídicos. Una pluralidad de personas que tenga por finalidad la comisión de varios delitos merece una mayor sanción penal, toda vez que sancionarlas como simples conciertos criminales –lo que ocurriría si se prescinde del tipo penal de banda criminal– no sería lo óptimo.

En el siguiente capítulo sustentaremos nuestra posición sobre el elemento estructural como clave para la delimitación de los tipos penales de organización criminal y banda criminal, postularemos un concepto para el referido elemento y explicaremos cuál es su función dentro del engranaje del ente delictivo organizado.

CAPÍTULO 3: LA PRESENCIA DE UNA ESTRUCTURA COMO CIRCUNSTANCIA DELIMITADORA DE LOS DELITOS ORGANIZACIÓN CRIMINAL Y BANDA CRIMINAL

Habiéndose brindado algunos alcances sobre los delitos objeto del presente trabajo de investigación, así como un desarrollo sobre los principios del derecho penal que fundamentan la necesidad de una delimitación entre el delito de organización criminal y el delito de banda criminal, en el presente capítulo sustentaremos nuestra posición de por qué consideramos que la estructura o elemento estructural es la piedra angular en la delimitación de ambos tipos penales. En primer lugar brindaremos nuestra definición del elemento estructural y la incidencia que tiene dentro de una organización criminal respecto de los demás elementos (personal, funcional, temporal y teleológico), que permiten diferenciarla de una banda criminal.

Con la postura interpretativa adoptada en el presente trabajo también aportaremos criterios de valoración de los elementos complejizados de una organización criminal, así como un desarrollo de los indicios que permiten sostener la existencia de una estructura criminal altamente organizada. Por último, realizaremos un breve examen de nuestra postura en comparación con algunos pronunciamientos jurisprudenciales en torno a los delitos objeto del presente trabajo, con la finalidad de explicar de

manera práctica la valoración de los elementos propios e inherentes de una organización criminal.

3.1 Criterios de diferenciación entre los delitos de organización criminal y banda criminal

Conforme se ha evidenciado en los capítulos anteriores, la doctrina y la jurisprudencia nacionales han maximizado esfuerzos a fin de solucionar el problema de delimitación entre los delitos de organización criminal (artículo 317) y de banda criminal (artículo 317-B). Si bien en ambas fuentes jurídicas se han postulado criterios de diferenciación entre ambos tipos penales, consideramos que ninguno ha logrado su propósito, toda vez que aún subsisten dudas y posiciones divergentes sobre dicha cuestión. Adicionalmente, en el segundo capítulo del presente trabajo hemos desarrollado algunas críticas respecto a la mala práctica utilizada por el legislador al momento de tipificar los delitos antes mencionados y que, consideramos, tienen incidencia en el ámbito propio de los principios del derecho penal.

Sin perjuicio de ello, tal como señalamos previamente, la Corte Suprema de Justicia de la República ha tomado una postura en el Acuerdo Plenario N.º 08-2019/CJ-116, que recoge el máximo esfuerzo para brindar una solución a la problemática suscitada como consecuencia de la incorrecta técnica de tipificación utilizada por el legislador en la redacción de los tipos penales objeto del presente trabajo. Si bien la solución resulta loable, reiteramos que en este Acuerdo Plenario se han brindado criterios de carácter criminológicos, mas no se ha realizado un análisis de los tipos penales a través de las técnicas de interpretación literal, sistemática y teleológica. En otras palabras, no se han brindado aportes concretos y claros acerca de cómo deben diferenciarse los delitos de banda criminal y organización criminal, a efectos de permitir su correcta aplicación en un caso en concreto.

En el presente trabajo brindamos una propuesta analítica de interpretación de ambos tipos penales que permiten identificar claramente cuáles son los comportamientos típicos de los delitos de organización criminal y banda criminal, postulando para ello un concepto del elemento estructural que, desde nuestra postura, únicamente se encuentra presente en el primer tipo penal y no en el segundo. Esta definición proporcionará una óptima valoración del elemento estructural, toda vez que el mismo tiene incidencia en los demás elementos que componen una organización criminal (personal, teleológico, temporal y funcional). Asimismo, ayudará a conocer su utilidad

como elemento de diferenciación respecto del tipo penal de banda criminal y, con ello, permitirá una mejor construcción de argumentos que sirvan a los operadores de justicia para determinar cuándo una conducta es propia de uno u otro tipo penal.

Como hemos señalado a la largo de la investigación, la propuesta se sustenta en la necesidad de una delimitación concreta, clara y operativa de los tipos penales de organización criminal y banda criminal, en irrestricto respeto de los principios de legalidad y proporcionalidad. Los fundamentos de nuestra postura responden a los alcances normativos, doctrinarios y jurisprudenciales detallados a continuación.

En primer lugar, se tiene lo señalado en la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional”, conocida como la “Convención de Palermo”, tratado internacional suscrito por nuestro país, cuyo artículo 2 brinda aportes conceptuales sobre lo que se entiende por “grupo delictivo organizado” (criterio aceptado para las grandes organizaciones criminales) y de “grupo estructurado” (criterio referido a los grupos o bandas criminales).

*“Por “grupo delictivo organizado” se entenderá un **grupo estructurado** de tres o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves o delitos tipificados con arreglo a la presente Convención con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material”.*

*“Por “grupo estructurado” se entenderá un grupo no formado fortuitamente para la comisión inmediata de un delito y en el que **no necesariamente** se haya asignado a sus miembros funciones formalmente definidas ni haya continuidad en la condición de miembro o **exista una estructura desarrollada**”.*

Se evidencia que el máximo tratado internacional de lucha contra la criminalidad organizada define a la organización criminal como un grupo delictivo organizado; es decir, como una manifestación delictiva que exige la concurrencia de una pluralidad de elementos que la convierten en una entidad o un sistema complejo, esto es, el más complejo de todo el grupo de los denominados delitos de organización. Por su parte, en cuanto a la definición que se relaciona con el actual tipo penal de banda criminal –denominado “grupo criminal” en la legislación española–, se advierte una descripción negativa que se conceptualiza sobre la base de la inconcurrencia de algunos

elementos o características ahí detallados, circunstancia que la convierte en una entidad asociativa de menor complejidad.

Ahora, estos conceptos orientadores de la Convención de Palermo fueron tomados como referencia para la tipificación de los delitos de organización criminal y grupo criminal en España y –por consiguiente– en nuestro país, con la única diferencia que el legislador peruano optó por el *nomen iuris* de banda criminal en lugar del segundo. El artículo 317 del Código Penal, referido al tipo penal de organización criminal, exige para su configuración la concurrencia de cinco elementos (personal, teleológico, funcional, temporal y estructural), redacción típica que es coherente con lo establecido en la Convención de Palermo y, reiteramos, lo convierten en la manifestación más peligrosa y compleja de todo el fenómeno de la criminalidad organizada. Por su parte, la banda criminal es una tipología de los delitos de organización que en su texto normativo solo tiene claramente definidos dos elementos (personal y teleológico) y, adicionalmente, una cláusula o elemento negativo (“sin reunir alguna o algunas de las características de la organización criminal”), cuya interpretación nos remite obligatoriamente al artículo 317.

El principal problema de este elemento negativo radica en la concurrencia de una pluralidad de criterios y posiciones no uniformes a la hora de su interpretación. Asimismo, otro cuestionamiento es que la tipificación actual del tipo penal de banda criminal no lo concibe como un delito menos grave que el de organización criminal, sino prácticamente como un delito residual de este. Si bien las penas abstractas sí se encuentran en línea de progresividad en cuanto a su gravedad, esto no sucede si nos remitimos a los supuestos de hecho de los tipos penales, toda vez que el tratamiento que se brinda a la banda criminal es la de un delito subsidiario, en el que se comprenden todas las agrupaciones delictivas que no calcen en los estándares de una organización criminal.

Por otra parte, en la propia Exposición de Motivos del Decreto Legislativo N.º 1244⁸ se evidencia que la principal razón de la incorporación del artículo 317-B (banda criminal) al Código Penal se sustentó en la existencia de casos en los cuales no concurren elementos para acreditar la configuración de una organización criminal, debido a que se tratarían de “bandas”, agrupaciones que no presentan las características de alta complejidad en su composición. Más adelante, en la misma Exposición de Motivos se

⁸ Norma que creó e incorporó al Código Penal los delitos de organización criminal y banda criminal.

señala que las bandas criminales no necesitan una estructura tan compleja como el derogado delito de asociación ilícita –y, por ende, como exige el actual delito de organización criminal–.

Finalmente, conforme hemos señalado en capítulos anteriores, en el Acuerdo Plenario N.º 08-2019/CIJ-116, principal instrumento jurisprudencial sobre la cuestión objeto del presente trabajo, se establecieron criterios criminológicos para diferenciar los tipos penales de organización criminal y de banda criminal, entre estos, se tiene:

“la banda criminal es igualmente una estructura criminal pero de menor complejidad organizativa que la que posee una organización criminal (artículo 317 del Código Penal) y que ejecuta un proyecto delictivo menos trascendente y propio de la “delincuencia común urbana”. Más adelante, en el citado acuerdo plenario también se indica “... la figura delictiva del artículo 317-B del Código Penal, referida a la banda criminal, sólo debe de aplicarse para sancionar a las estructuras delictivas de constitución básica y cuyo modo de accionar delictivo carece de complejidad operativa y funcional, al estar dedicada a la comisión de delitos comunes de despojo y mayormente violentos como el robo, la extorsión, el secuestro, el marcaje o el sicariato, entre otros”.

Conforme se ha podido evidenciar, en todas estas cuestiones normativas y jurisprudenciales se concibe a la organización criminal como un ente grupal delictivo de mayor complejidad que una banda criminal. Se trata de una circunstancia notoria y prácticamente incontrovertible; no obstante, al momento de sustentar en qué radica tal complejidad saltan las diferencias y posiciones divergentes. Un sector considera que es debido a la redacción conceptual establecida en los tratados internacionales. Otra postura más positivista indica que es debido al elemento negativo previsto en el tipo penal de banda criminal, puesto que esta exige la ausencia de alguna de las características o elementos de la organización criminal. En otro extremo, más criminológico que dogmático, se dice que la complejidad se basa en el plan criminal adoptado por los entes colectivos, siendo el proyecto delictivo de la organización criminal uno de carácter “productivo” o “dedicado a mantener mercados ilegales”; mientras que, en el caso de la banda criminal es propio de la “delincuencia común urbana” y “de despojo mayormente artesanal y violenta”.

Con el pasar de los años se irán postulando mayores posiciones o teorías jurídicas sobre la cuestión, debido a que el fenómeno de la criminalidad organizada no es

uniforme a todas las realidades delictivas, sino que se adecúa a cada país de acuerdo con sus realidades sociales, económicas y políticas.

Sobre la complejidad de una organización criminal consideramos que el denominador común a todas las posturas que han tratado de solucionar el problema de diferenciación entre este delito y el de banda criminal se concentra en un elemento trascendental: la estructura. Desde nuestra postura, la concurrencia de este elemento estructural permitirá diferenciar los delitos en cuestión, puesto que los demás componentes (personal, teleológico, temporal y funcional) se encuentran –en mayor o menor medida– presentes en ambos tipos penales. Para mayor entendimiento, estaremos frente a una organización criminal cuando se ha desarrollado una estructura al interior del ente colectivo y se han configurado los demás elementos (personal, teleológico, temporal y funcional). Por otro lado, si la agrupación delictiva carece de una estructura, pero concurren los otros componentes antes mencionados, estaremos frente a una banda criminal.

A continuación, empezaremos con el aporte de un concepto o definición para el elemento estructural, para posteriormente señalar cuál sería su importancia y la proyección que tiene sobre los demás elementos comunes a ambos tipos penales (personal, teleológico, temporal y funcional).

3.1.1 Elemento estructural como elemento diferenciador

Conforme hemos señalado en el primer capítulo y en el preámbulo del presente, la estructura o elemento estructural es un componente intrínseco de las grandes organizaciones criminales, que la dotan de una complejidad única y permiten posicionarla en la cúspide de la pirámide de los delitos de organización. La presencia de este elemento concibe a las organizaciones criminales como la manifestación más grave del crimen organizado y actualmente su persecución, investigación y sanción se encuentran entre los principales objetivos de los Estados que conforman el globo.

Ahora bien, la exigencia de la estructura como elemento exclusivo de la organización criminal tiene como principal sustento el propio texto del tipo penal del artículo 317 del código sustantivo, que sanciona a “*El que promueva, organice, constituya o integre una organización criminal de tres o más personas...*”, que dista totalmente del texto del tipo penal previsto en el artículo 317-B, referido a la banda criminal, que prescribe “*El que constituya o integre una unión de dos o más personas...*”. No es necesario definir

qué se entiende por “organización criminal” o por “unión de personas” para concluir que la primera exige mayor complejidad operativa, organizativa y funcional a diferencia de una simple convergencia, unión o concertación de personas para cometer una pluralidad de delitos. A partir de lo glosado podemos señalar que la organización criminal requiere la presencia de un elemento estructural; mientras que, la banda criminal no.

Por otro lado, nuestra postura se ve reforzada con la actual tipificación del delito de organización criminal, que prevé un mayor reproche y sanción para los líderes, cabecillas o dirigentes, estableciéndose dichas condiciones como agravantes del tipo penal previsto en el artículo 317, situación que no ocurre en el caso del delito de banda criminal del 317-B, donde se contempla una pena abstracta única para todos los miembros de este grupo delictivo de menor complejidad. Conforme explicaremos en los subcapítulos siguientes, la existencia de jerarquías dentro de una organización criminal es un indicio de la presencia de una estructura; por lo tanto, al establecerse en la norma penal una mayor sanción para los jefes, líderes y cabecillas de las organizaciones criminales, se está aceptando que esta manifestación de la criminalidad organizada presenta un elemento estructural.

No ocurre tal situación en el caso de la banda criminal, conforme se observa del propio tenor de la norma; puesto que, conforme hemos explicado en el capítulo segundo del presente trabajo, el elemento negativo de la banda criminal –ausencia de alguna o algunas de las características de la organización criminal– se encuentra referido a la inexistencia solamente del elemento estructural en dicha agrupación delictiva, conclusión a la cual se llega a través de una interpretación sistemática de las normas jurídico penales y con la finalidad de no vaciar de contenido al delito de banda criminal. Lográndose con ello una diferenciación clara de este tipo penal con otras instituciones penales como la codelincuencia y la conspiración, en irrestricto respeto del principio de legalidad que exige que todas las conductas penales se encuentren claramente definidas y delimitadas.

Adicionalmente, dentro de nuestro ordenamiento jurídico tenemos la Ley N.º 30077, “Ley contra el crimen organizado”, cuyo artículo 2 brinda criterios orientadores para definir una organización criminal –aunque no crea un tipo penal propiamente–, indicando que *“se considera organización criminal a cualquier agrupación de tres o más personas que se reparten 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, (...)". A partir de este aporte conceptual de la Ley N.º 30077, también podemos afirmar la presencia de una estructura en el delito de organización criminal.

Sin perjuicio de ello, aunque está claro que de la lectura actual del tipo penal del artículo 317 del Código Penal se puede inferir la exigencia de una estructura criminal, consideramos óptimo que se pueda incluir en su tenor literal el elemento "estructura" como *lege ferenda*⁹, en la línea del artículo 2 de la Ley N.º 30077 y de la Convención de Palermo. Ello, en irrestricto respeto del principio de legalidad, en su vertiente que exige que las conductas penales se encuentren claramente definidas, y con la finalidad de que el elemento estructural se reafirme como un componente distinto al reparto de tareas o funciones (elemento funcional) y demás elementos¹⁰.

Conceptualmente, postulamos que la estructura es el armazón o esqueleto de la organización criminal que permite una óptima distribución y orden de los demás elementos que la conforman y a partir de la cual se organizan sus actividades y su funcionamiento en general, en torno al cumplimiento del proyecto criminal del ente colectivo.

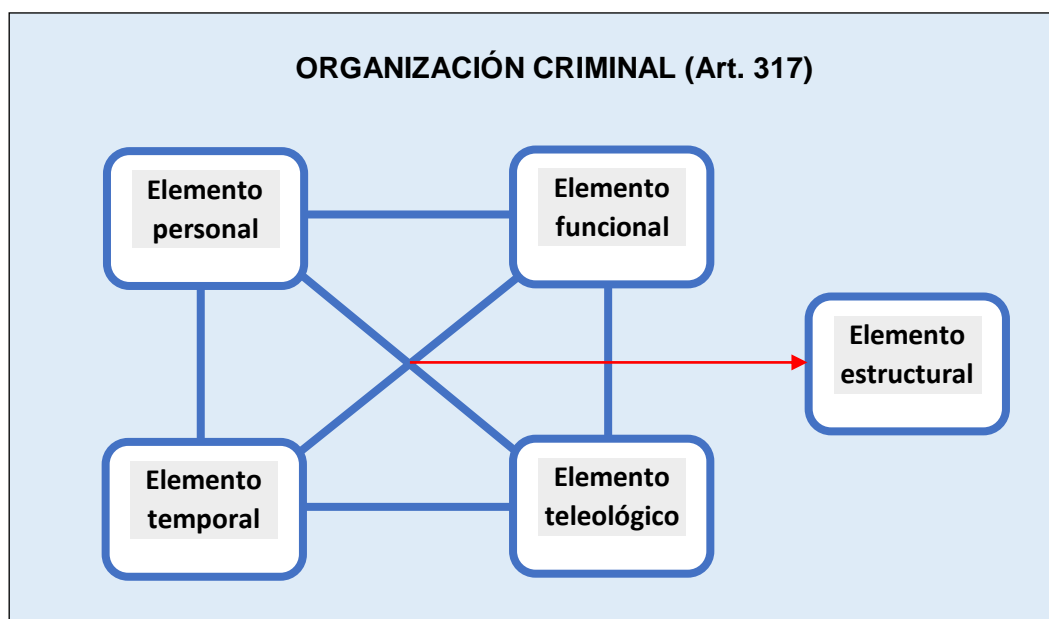
En otras palabras, se trata del elemento que engarza a los demás componentes de la organización criminal previamente identificados (personal, teleológico, temporal y funcional) y, a su vez, los optimiza. De tal manera que, los otros componentes encuentran una mayor cohesión y sinergia ante la presencia del elemento estructural, adquiriendo mayor operatividad y eficacia en el cumplimiento del plan delictivo inicialmente propuesto.

En definitiva, la existencia de una estructura concibe a la organización criminal como un ente colectivo altamente organizado –a diferencia de otras manifestaciones del crimen organizado– y potencia su idoneidad para alcanzar el fin ilícito propuesto, otorgándole una mayor peligrosidad para los bienes jurídicos que con la tipificación de

⁹ De *lege ferenda*: "Artículo 317. El que promueva, organice, constituya o integre una estructura criminal de tres o más personas, de 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..."

¹⁰ Conforme hemos señalado en el Capítulo 1 del presente trabajo, en la jurisprudencia española se realiza una interpretación de la existencia de la estructura a través de la frase "de manera concertada y coordinada se reparten diversas tareas o funciones" del tipo penal previsto en el artículo 570 bis del Código Penal español. Es decir, el elemento estructural y el elemento funcional conforman un solo elemento.

este delito se busca proteger. Para un mayor entendimiento postulamos el siguiente esquema:

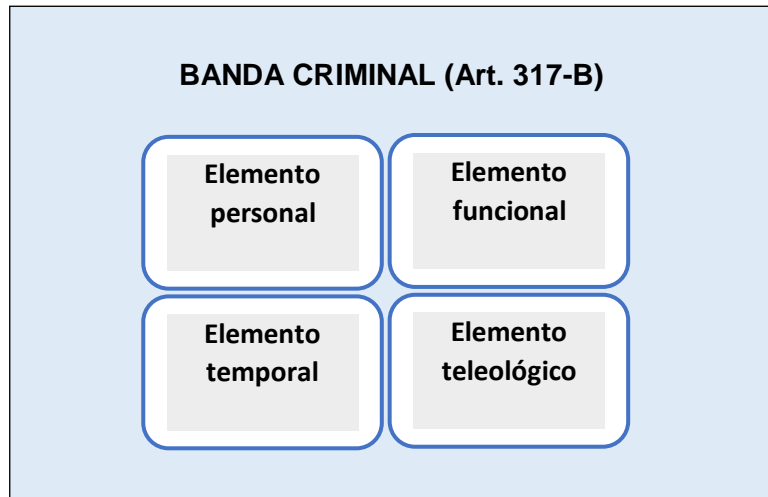


En lo concerniente al delito de banda criminal, debemos reiterar que el elemento negativo referido a “sin reunir alguna o algunas de las características de la organización criminal” solamente puede hacer alusión a la ausencia del elemento estructural; por lo tanto, la clave de su diferencia con el delito de organización criminal se encuentra en este componente.

Sin perjuicio de ello, consideramos que el tipo penal del artículo 317-B debe ser objeto de una modificación legislativa¹¹, puesto que la existencia del elemento negativo antes referido trae como consecuencia la convergencia de posturas disímiles a la hora de interpretarlo, así como la existencia de un supuesto de hecho indeterminado. Siendo necesario que, los elementos exigidos para la configuración del delito de banda criminal sean descritos claramente dentro del texto normativo, para dar cumplimiento a las exigencias del principio de legalidad propio de un Estado de derecho.

Para una mejor ilustración planteamos el siguiente esquema:

¹¹ De *lege ferenda*: “Artículo 317-B. El que constituya o integre una unión de dos o más personas, donde se repartan tareas o funciones, y que tenga por objeto o finalidad la comisión de delitos durante un periodo estable de tiempo; será reprimido con una pena privativa de libertad no menor de cuatro años ni mayor de ocho años...”.



3.1.2 La optimización de los demás elementos de la organización criminal ante la presencia de una estructura

Conforme hemos indicado en capítulos anteriores, la diferencia entre el delito de organización criminal y banda criminal tiene su punto clave en la presencia o no de una estructura, siendo que los demás elementos son comunes a ambos tipos penales, aunque con mayor desarrollo en la organización criminal que en la banda criminal. Entre los referidos elementos se encuentran: la pluralidad de personas (elemento personal), la finalidad delictiva (elemento teleológico), el reparto de tareas o funciones (elemento funcional) y la permanencia en el tiempo (elemento temporal). En tal sentido, reiteramos, el elemento estructural funciona como una suerte de optimizador o potenciador de los demás componentes de la organización criminal y le otorga una peligrosidad cuantitativa y cualitativamente mayor para los bienes jurídicos, en comparación con el delito de banda criminal.

A continuación, explicamos el contenido de cada uno de los elementos antes señalados y precisamos de qué manera el elemento estructural de la organización criminal optimiza a los demás elementos, haciendo una comparación con su símil de banda criminal.

3.1.2.1 Elemento personal

El denominado elemento personal se encuentra referido al componente humano de las organizaciones delictivas, entendiéndose como tal a los individuos o personas naturales que conforman el ente colectivo.

Este es el primer elemento común de los delitos de organización y exige la concurrencia de una pluralidad de personas, razón por la cual son considerados injustos colectivos y, consecuentemente, resulta impensable su configuración con la presencia de un solo individuo.

En nuestra normativa jurídico penal el delito de organización criminal requiere la presencia de tres personas como mínimo, y el delito de banda criminal acepta la participación mínima de dos sujetos. Se trata de una diferencia meramente cuantitativa. En otras palabras, en ambos supuestos delictivos se exige la participación de una pluralidad de personas (ya sea dos o tres como mínimo) y ante la ausencia de este elemento no será posible la configuración de los tipos penales.

No obstante, esta no es la única diferencia que encontramos a nivel de este primer elemento, toda vez que como señalamos en líneas anteriores, la presencia de una estructura –en el caso de una organización criminal– potencia y optimiza los demás componentes del ente delictivo, no solo cuantitativamente sino también de forma cualitativa. Esta situación no ocurre en el caso de una banda criminal, puesto que sus elementos –aunque conceptualmente comunes a los de una organización criminal– se encuentran menos desarrollados en razón de la inexistencia de este componente estructural que los engarce y les brinde mayor cohesión y complejidad.

Tomando en consideración el concepto del elemento personal corresponde ahora precisar de qué forma este se ve optimizado cuando se interpreta desde la configuración del tipo penal de organización criminal, esto es, bajo la comprensión de la existencia de una estructura. Así, desde nuestra postura, comprendemos que el alcance de este elemento en una organización criminal no se agota en la concurrencia de una cantidad mínima de integrantes, sino que estos deben estar organizados y relacionados bajo criterios de importancia, poder de decisión, control o disciplina. Este indicador permitirá mayor cohesión en las relaciones interpersonales existentes entre los miembros de la organización criminal, otorgándoles mayor aptitud e idoneidad para la concreción de sus fines delictivos; circunstancia que, como hemos referido, solo resulta posible ante la presencia de una estructura.

La presencia de este tipo de relaciones interpersonales dentro de una organización criminal puede configurarse a través de indicios, como son la existencia de niveles jerárquicos o centros de poder, así como la adopción al interior del ente colectivo de

códigos de disciplina, conducta o control. A continuación, pasamos a desarrollar cada uno de estos indicios.

a. Existencia de niveles jerárquicos o centros de poder

La existencia de jerarquías en las relaciones personales de la organización criminal implica que algunos de sus miembros o integrantes tengan mayor poder de decisión o mando respecto de otros. Por ejemplo, en la clásica tipología de las organizaciones criminales con estructura piramidal se puede verificar la existencia de mandos superiores, mandos intermedios y mandos inferiores. Este nivel de planificación permite que las decisiones que emanen de la cabeza o mandos superiores sean con seguridad transmitidas hacia los niveles inferiores a través de los distintos conductos jerárquicos, asegurándose el cumplimiento de las órdenes por parte de los miembros inferiores o órganos ejecutores, que son los que generalmente participan directamente en la comisión de los hechos delictivos que forman parte del proyecto criminal de la organización.

No obstante, no podemos perder de vista que el estudio criminológico de la delincuencia organizada revela que actualmente no solo existen organizaciones criminales con la tipología tradicional o estándar, esto es, con una estructura piramidal o vertical, sino que con el propio avance del fenómeno delictivo se han ido desarrollando organizaciones con estructuras más flexibles, por ejemplo, las organizaciones criminales con estructuras horizontales, estructuras en red o en células (Yaipén; 2020, p. 299; Zurita, 2020, p. 57; Prado, 2019, p. 297) .

En estas últimas no resulta posible afirmar la existencia de niveles jerárquicos verticales, por su propia naturaleza compositiva; sin embargo, sí existe un centro de mando o decisiones conformado generalmente por los miembros más fuertes o influyentes de la organización delictiva, cuyas decisiones van a ser adoptadas en conjunto y transmitidas hacia todos los demás integrantes, que generalmente se encuentran en un mismo nivel jerárquico horizontal. En este tipo de estructuras, los integrantes que conforman el núcleo principal o centro de decisiones pueden ser retirados o cambiados según la coyuntura o necesidades operativas de la organización (Prado, 2019, p. 303).

Entonces, consideramos que a nivel del elemento personal, la principal referencia para conocer cuál es el límite entre una organización criminal y una banda criminal es la

existencia de niveles jerárquicos o de un centro de mando o decisiones. No resulta suficiente la sola verificación cuantitativa del número mínimo de integrantes, sino que es necesario que exista un nivel de organización jerárquica, en la cual las decisiones del grupo sean adoptadas por un líder –en caso de estructuras verticales– o por un grupo de personas que conforman el centro de poder –en caso de estructuras horizontales o flexibles–, y estas sean transmitidas hacia los miembros inferiores o hacia los integrantes que se encuentra fuera del grupo central, quienes generalmente son los ejecutores de los actos ilícitos perseguidos por la organización.

b. La adopción de códigos de conducta, estímulo, disciplina y control

Otro indicio de la presencia de relaciones interpersonales complejas entre los miembros de la organización criminal es la adopción de reglas respecto de la actuación de sus miembros. Estos “códigos de conducta” van a delimitar los valores, principios y lineamientos sobre los que se va a desarrollar el ente delictivo, y, consecuentemente, el ámbito operativo de sus miembros. Este indicio implica la existencia de un conjunto de “normas” –formalmente adoptadas o no– que van a guiar las acciones desplegadas por los miembros de la organización criminal. Entre estas podemos encontrar, por ejemplo, la adopción de *alias* o *codinomes* de los miembros de la organización criminal, la comunicación a través palabras, símbolos u objetos clave, e incluso la adopción de requisitos para que una persona pueda ingresar como nuevo miembro del ente colectivo, entre otras.

Por otra parte, también podemos encontrar los denominados “estímulos” o “retribuciones”, que incentivan a los integrantes de la organización criminal a dar un cumplimiento efectivo y eficiente de las decisiones tomadas en su seno, como las bonificaciones económicas, los permisos personales o incluso los ascensos dentro de la estructura criminal, entre otros. Estos permiten que los miembros del grupo delictivo tengan una motivación adicional a la hora de desplegar sus acciones ilícitas, además de lograr que estos se identifiquen plenamente con el ente colectivo, alcanzando con ello un mejor desempeño de cada uno de los integrantes de la organización criminal.

No obstante, así como existen normas que premian la actuación correcta y eficiente de los miembros de la organización criminal, también podemos encontrar otras que van a sancionar los actos contrarios al proyecto criminal adoptado por el ente delictivo. A estas podemos denominarlas “normas disciplinarias o de control”, cuya finalidad estriba en prevenir la comisión de faltas o acciones dañinas al interior de la

organización criminal, y pueden variar desde llamadas de atención, sanciones económicas y castigos físicos hasta la expulsión de integrantes o incluso la eliminación de algún miembro que perjudica gravemente la existencia de la organización criminal.

Ahora bien, no resulta necesario que este tipo de reglas se encuentren positivizadas en algún documento o similar, debido a la propia naturaleza delictiva y generalmente clandestina de las organizaciones criminales, sino que incluso pueden ser adoptadas *de facto* y estar supeditadas a la arbitrariedad de los miembros más influyentes del ente colectivo. Para configurar este indicio, los órganos persecutores del delito deberán probar que durante la actividad delictiva desplegada por la organización criminal se han adoptado alguna de estas “normas” o “reglas” que permitan afirmar el alto grado de organización y complejidad en que se encuentran relacionados los miembros del ente delictivo.

A modo de conclusión, debemos afirmar que en una organización criminal existe un nivel de organización sumamente complejo, que se evidencia con la presencia niveles jerárquicos previamente establecidos, donde existen integrantes con mayor poder de decisión que otros; así como también con la adopción de códigos de conducta, estímulo o control que regulan la actuación operativa del componente personal o humano del ente colectivo, indicios que solamente pueden desarrollarse ante la presencia de una estructura.

Por su parte, en una banda criminal no existe tal nivel de organización, puesto que el tipo penal establece claramente que se trata de una incipiente unión de dos o más personas. En este último caso, se trata pues de una concertación rudimentaria de una pluralidad de personas en torno a una finalidad de cometer delitos y para su configuración resulta suficiente verificar la participación de dos personas o individuos como mínimo.

Ahora, ante tal conceptualización del elemento personal en la banda criminal, conforme detallamos en el primer capítulo, a primera vista pareciera que nos encontramos ante un nuevo problema de diferenciación entre este tipo penal y otras formas plurales de intervención del delito, como la codelinquencia o la conspiración criminal. Sin embargo, debemos reiterar que la simple convergencia de un número plural de personas no resulta suficiente para configurar los tipos penales de organización –entre los que se encuentra el delito de banda criminal–, ya que se exige la presencia de otros elementos inherentes a su propia naturaleza delictiva –delitos de

estado– y que aportan ese plus de peligrosidad para los bienes jurídicos colectivos e individuales que sustentan el adelantamiento de las barreras punitivas y que permiten su tipificación como delitos autónomos.

Por esta razón, nos mantenemos en la posición de que la clave de la delimitación del tipo penal de banda criminal con las instituciones de codelincuencia o conspiración no se encuentra en el desarrollo de este primer elemento personal, sino en la verificación del elemento temporal, referido a la permanencia del grupo delictivo durante cierto tiempo, conforme detallaremos en líneas posteriores.

3.1.2.2 Elemento temporal

El elemento temporal es imprescindible para la configuración de los denominados “delitos de organización”, puesto que su naturaleza de ilícitos de estado implica la existencia de una situación antijurídica que se prolonga en el tiempo a partir de la integración o conformación de una agrupación criminal que tenga por finalidad la comisión de una pluralidad de delitos. Por lo tanto, este componente se encuentra referido a la estabilidad o permanencia en el tiempo del ente delictivo organizado.

En el caso de la organización criminal el legislador ha sido respetuoso del principio de legalidad al tipificar este elemento en el propio tenor de la norma contenida en el artículo 317 del Código Penal, toda vez que se prevé la frase “*con carácter estable, permanente o por tiempo indefinido*”. No obstante, no sucede lo mismo con el delito de banda criminal, puesto que este elemento no se advierte de la lectura del tipo penal del artículo 317-B.

En cuanto a la presencia de este componente en el delito de banda criminal, reiteramos que tal afirmación radica en la propia naturaleza de delito de estado o *status* de la banda criminal, como tipología de los delitos de organización. Además, consideramos que este elemento temporal puede inferirse a partir del elemento teleológico previsto en el artículo 317-B, que contempla la frase “*tenga por finalidad o por objeto la comisión de delitos*”. Efectivamente, el plan delictivo de la banda criminal consiste en la comisión de una pluralidad de delitos, proyecto criminal que exige cierta estabilidad o permanencia por un lapso de tiempo. Por otro lado, el elemento temporal resulta fundamental para diferenciar el delito de banda criminal de otras figuras jurídico-penales como la codelincuencia y la conspiración criminal, toda vez que estas

últimas consisten uniones esporádicas de personas en torno a la comisión de un delito en particular.

De este modo, no compartimos la postura asumida por un sector de la doctrina y jurisprudencia de que en una banda criminal puede encontrarse ausente el elemento temporal, debido a que se vaciaría de contenido al injusto penal del artículo 317-B, ya que los grupos de dos o más personas que tengan por finalidad cometer delitos podrían subsumirse en las figuras de codelinquencia (cuando el delito se haya ejecutado) o de conspiración (acuerdo para la comisión de un delito), evidenciándose una nula utilidad práctica.

A modo de ejemplo, si asumimos la postura de que es posible la ausencia del elemento temporal en una banda criminal, resultaría complicado la diferenciación de este delito con el acuerdo de dos personas para matar a un tercero a cambio de una retribución económica (delito de conspiración para el delito de sicariato, previsto en el artículo 108-D). Por lo tanto, consideramos que el elemento temporal es imprescindible para la configuración del delito de banda criminal, ya que así lo exige su propia naturaleza de delito de *status* y la necesidad de delimitarlo inequívocamente de las figuras penales antes mencionadas.

Ahora, adoptada la postura que el elemento temporal debe estar presente en ambos tipos penales objeto del presente trabajo, corresponde precisar cuál es la incidencia que tiene la presencia de una estructura en el elemento temporal de la organización criminal y que permite diferenciarla de una banda criminal. Esto, debido a que –como señalamos anteriormente– el elemento estructural actúa como una suerte de optimizador o potenciador de los demás componentes inherentes a las manifestaciones del crimen organizado, entre ellos, del elemento temporal.

Desde nuestra postura, consideramos que la potencialidad de la estructura en el elemento temporal debe entenderse como la consolidación de la estabilidad de la organización criminal en el tiempo, esto es, como una organización potencialmente indefinida o ilimitada; a diferencia de lo que ocurre en el caso de una banda criminal, que generalmente se mantiene durante ciertos periodos de tiempo. En el caso de las bandas criminales, por sus propias características menos complejas, no es posible exigir una permanencia en el tiempo indefinida –al menos potencialmente–; toda vez que esta tiene menor aptitud para permanecer activa durante periodos extensos de

tiempo, por la misma ausencia de un elemento estructural y, consecuentemente, tiene una organización rudimentaria de sus demás elementos.

Sustentando el carácter autopoietico de la organización criminal, Yaipén Zapata indica que un sistema autopoietico es un sistema homeostático que tiene su propia organización que lo mantiene constante y que subordina todos sus cambios a la conservación de la propia organización; por lo tanto, ante la concurrencia de eventos externos que perturben la organización, esta experimenta cambios internos que compensen dichas perturbaciones, los cuales siempre estarán subordinados a la conservación del ente o sistema delictivo (2020; p. 343-344). Entonces, podemos concluir que la capacidad de mantenerse en el tiempo de forma ilimitada propia de las organizaciones criminales justamente tiene su razón de ser en la vocación de supervivencia del ente colectivo por encima de la de sus propios miembros o integrantes.

Ahora, lo dicho hasta aquí a primera vista no soluciona el problema de la delimitación de los tipos penales a nivel del elemento temporal, puesto que aún subsistiría la siguiente duda: cuánto tiempo debe permanecer activa una agrupación de personas que tenga por finalidad la comisión de delitos para ser considerada como organización criminal o, en su defecto, subsumirse en el delito de banda criminal. Al respecto, en similar sentido que en el análisis del elemento anterior, consideramos que una mera medición cuantitativa del tiempo transcurrido de la existencia del ente colectivo no es la solución para este problema; puesto que, reafirmamos, el carácter indefinido de las organizaciones criminales puede ser potencial. A modo de ejemplo, pongámonos en el caso de una estructura criminal compleja que haya sido desarticulada en menos de un año por distintos factores, ese periodo corto de tiempo no bastaría para afirmar que estamos ante una banda criminal, sino que deben analizarse otros factores cualitativos, entre los que se encuentra la potencialidad indefinida de mantenerse en el tiempo.

Ahora, de qué manera podemos afirmar la potencialidad de mantenerse indefinidamente en el tiempo propio de las organizaciones criminales. La respuesta la encontramos en la proyección o incidencia de una estructura sobre el elemento temporal y que, como hemos señalado, va a optimizarlo o complejizarlo.

Ciertamente, la presencia de un elemento estructural, como componente engarzador y optimizador, hace posible la existencia de indicios sobre la potencial duración

indefinida de las organizaciones criminales, entre los cuales encontramos: la fungibilidad o intercambiabilidad de sus miembros, y la adaptación de la organización a factores externos. Los mismos que para su desarrollo necesitan indefectiblemente de la presencia de una organización compleja, puesto que los integrantes del ente colectivo tienen interiorizado que la subsistencia del sistema colectivo se encuentra por encima de su propia pertenencia a la organización criminal. Estos indicios serán desarrollados a continuación.

a. Fungibilidad o intercambiabilidad de los miembros

La fungibilidad de los miembros de la organización criminal implica que estos pueden ser reemplazados en cualquier momento o circunstancia cuando así lo requieran los lineamientos adoptados por el ente colectivo en conjunto. Para ello no basta que los integrantes de la organización criminal conozcan que su permanencia en el grupo es prescindible, sino que el propio sistema delictivo debe ser capaz de que estos puedan ser cambiados por otros que cumplan la misma función o tarea, ante la eventualidad del retiro o baja de uno de sus miembros, sin que esto afecte el desempeño de la organización. Esto se da generalmente a nivel de los niveles intermedios e inferiores, pero no impide que pueda suceder incluso con los jefes o cabecillas de la organización delictiva.

Este indicio permite concebir a la organización criminal como un ente capaz de recomponer o reorganizar a sus integrantes ante cualquier eventualidad y, consecuentemente, su permanencia activa se extiende durante largos periodos de tiempo.

Para advertir la presencia de este indicio, los órganos persecutores del delito pueden acreditar, por ejemplo, que ante la eliminación o detención de un integrante de la organización se pudo contar con otro miembro –ya sea nuevo o antiguo– que tomó su posición o cargo y desarrolló las mismas funciones. Como hemos referido, esto sucede fácilmente con los eslabones más bajos del esquema organizativo; no obstante, también resulta posible que se realice respecto de los jefes o mandos superiores, como por ejemplo cuando se logra la detención del líder de una organización criminal y, lejos de debilitarse su ámbito operativo, el lugarteniente o segundo al mando –que puede ser incluso un familiar cercano como el hijo o hermano del líder apresado–, toma la posición de líder y se continúa con el despliegue de las actividades delictivas que forman parte del proyecto criminal de la organización.

Esto no ocurre en el caso de las bandas criminales del artículo 317-B, pues generalmente ante la detención o baja de uno de sus miembros, estos difícilmente pueden ser reemplazados –ya sea por falta de relaciones de confianza o de recursos–, lográndose una debilitación considerable del ente colectivo, que incluso puede ser determinante si se trata de su líder o cabecilla.

b. Capacidad de reorganizarse ante factores externos

Si la fungibilidad de los miembros de la organización criminal está relacionada con la capacidad de reestructuración del componente humano del ente colectivo, el indicio desarrollado en el presente apartado, denominado “capacidad de reorganización ante factores externos” se encuentra referido a la aptitud de reorganizarse del componente no humano de la organización, como son las actividades ilícitas, los medios empleados para alcanzar los fines delictivos, el ámbito de actuación territorial y todo lo que no tenga que ver con la intercambiabilidad de las personas naturales que conforman el grupo delictivo. La propia naturaleza compleja y la alta capacidad de organización de este grupo de estructuras criminales permiten que estas puedan reorganizarse o reinventarse si los factores externos así lo ameritan y si resultan favorables para la eficacia y eficiencia del proyecto criminal.

Estos factores externos pueden ser positivos o negativos. Los primeros ocurren, por ejemplo, cuando en el despliegue de las actividades delictivas de la organización devienen situaciones que permiten la expansión de sus operaciones ilegales a otros territorios, teniendo el ente colectivo la aptitud para reorganizar su funcionamiento también en ese ámbito territorial, desplazando infraestructura, destacando personal e incluso integrando nuevos miembros. En cuanto a los segundos, a modo de ilustración, suceden si la organización delictiva se ve obligada a abandonar un territorio donde desplegaban sus operaciones debido a que, por ejemplo, en dicho lugar son objeto de una severa persecución penal, reorganizándose en uno espacio territorial distinto y manteniéndose la eficacia del proyecto criminal.

A modo de conclusión, la permanencia en el tiempo es un elemento intrínseco de los tipos penales de organización criminal y de banda criminal –para poder diferenciarlo de la codelinuencia y la conspiración–, siendo potencialmente indefinida en el caso del primero, y de menor duración en el caso del segundo.

La potencialidad de la duración ilimitada de las grandes organizaciones criminales, como consecuencia de la existencia de una estructura idónea para sus fines, se puede apreciar a través de la primacía de la organización criminal como ente colectivo por encima de sus integrantes. Los indicios de que la duración de una organización es potencialmente indefinida son la fungibilidad de sus miembros y la capacidad de reorganizarse ante factores externos que pueden alterar o modificar el devenir del proyecto criminal.

3.1.2.3 Elemento funcional

En principio, debemos reiterar que hemos asumido la postura de que el componente referido al reparto de tareas o roles (elemento funcional) debe ser tratado como un elemento independiente al de la estructura organizacional (elemento estructural) aun cuando se encuentren estrechamente ligados, en divergencia con lo interpretado por la jurisprudencia y doctrina mayoritaria españolas.

Una posición en contrario nos dejaría abierta la posibilidad de afirmar que, ante la inexistencia de un elemento estructural dentro de un grupo de personas que tenga por finalidad la comisión de ilícitos penales, el reparto de tareas o funciones tampoco se configuraría, lo cual no se condice con la realidad delictiva. Toda vez que, es perfectamente concebible la existencia de una unión de personas, que sin tener una estructura definida, se repartan diversas tareas o roles para llevar a cabo un plan criminal futuro, supuesto que desde nuestro punto de vista se enmarcaría dentro del concepto de banda criminal.

En lo referido a la organización criminal, la exigencia del componente en mención no admite discrepancia, toda vez que el legislador lo ha contemplado textualmente dentro del tipo penal como uno de sus componentes con la frase “*que de manera concertada, concertada o coordinada, se repartan diversas tareas o funciones*”. La cuestión es distinta si nos adentramos en el delito de banda criminal, toda vez que no se contempla dicho elemento expresamente dentro del texto del artículo 317-B, sino que es necesaria una interpretación teleológica de la cláusula o elemento negativo del tipo penal e indagar en la propia naturaleza de los delitos de organización a fin de fundamentar la necesidad y exigencia de este componente también para el delito de banda criminal.

Los delitos de organización se conforman con la finalidad de llevar a cabo un plan criminal futuro, el mismo que debe revestir de una característica fundamental: la idoneidad. Que un plan delictivo sea idóneo quiere decir que es adecuado para su realización y capaz de concretarse, lo cual indefectiblemente fundamentará su persecución penal (principio de lesividad). Así, el adelanto de las barreras punitivas será legítimo por considerarse peligroso o lesivo de bienes jurídicos colectivos (tranquilidad pública, seguridad pública, etc.) o individuales (vida, integridad, libertad, etc.). Justamente el elemento funcional (reparto de tareas o roles) hace posible la idoneidad del plan delictivo perseguido por una organización criminal o una banda criminal, haciéndola eficazmente adecuada a un fin ilícito. Esta misma posición ha sido asumida por Yaipén cuando señala que la capacidad de la organización para asignar tareas y roles a sus integrantes representa la idoneidad del proyecto criminal (2020; p. 401).

Es claro que en la unión, agrupación, asociación u organización de una pluralidad de personas que tengan un objetivo común –sea lícito o ilícito– debe existir una coordinación o concertación –así sea mínima–, en cuanto al método o procedimiento que se va a seguir para alcanzar el éxito del proyecto, situación que le brinda idoneidad al plan delictivo y permite afirmar que existe un peligro para los bienes jurídicos individuales y colectivos que la norma jurídico penal busca proteger.

El plan futuro que busca alcanzar un grupo de personas definitivamente no puede ser idóneo o potencialmente eficaz si no existe ese mínimo de coordinación o planificación en cuanto a los métodos para alcanzarlo. Justamente esta coordinación o planificación se evidencia a través del reparto de tareas, roles, funciones o responsabilidades, que incluso se encuentra presente en las figuras de codelinuencia y conspiración como formas plurales de comisión de ilícitos penales. Por esta razón, hemos concluido en el primer capítulo del presente trabajo que el reparto de tareas o roles no puede estar ausente en el delito de banda criminal, tipificado en el artículo 317-B del Código Penal.

Piénsese, por ejemplo, la agrupación de tres personas que tomen la decisión de formar una banda que se dedique a perpetrar robos a mano armada en las inmediaciones de un colegio; sin embargo, los integrantes no realizan una coordinación aunque sea mínima sobre la función o tarea que va a desempeñar cada integrante al momento concreto de la perpetración de los ilícitos penales, esto traería como consecuencia que el proyecto criminal carezca de idoneidad al mitigarse las posibilidades de su éxito debido a su nula organización funcional. Evidentemente, con

la concertación o coordinación de los roles o tareas que va a desempeñar cada uno de los miembros –aunque sea mínima o rudimentaria– la agrupación criminal sería óptima para la concreción de sus fines ilícitos.

Ahora, habiéndose sustentado la necesidad del elemento funcional tanto en una organización criminal como en una banda criminal, corresponde explicar cuál es la diferencia a nivel de este componente entre ambos tipos penales. Como hemos señalado, en el caso de las organizaciones criminales el elemento estructural también va a tener incidencia en este componente funcional, referido al reparto de tareas o funciones, pues mientras que en una banda criminal este reparto de roles es rudimentario, poco desarrollado y generalmente intercambiable entre sus miembros; en el caso de la organización criminal, que cuenta con un andamiaje estructural, las funciones de cada uno de los miembros se encuentran formalmente definidas e instituidas desde el nacimiento del ente delictivo.

Esta “formalidad” va a permitir que cada miembro o área –en caso de una organización con alto número de miembros– de la organización criminal desempeñe una función de manera estricta y especializada, lo cual permitirá que las mismas se desarrollen con mayor seguridad y profesionalización. Justamente, los indicios de la existencia de una organización criminal a nivel del elemento funcional, optimizado como consecuencia de la presencia del elemento estructural, son la profesionalización de los miembros; la internacionalización de las operaciones delictivas de la organización; y el despliegue de infraestructura, tecnología y logística, los mismos que serán desarrollados individualmente a continuación.

a. Profesionalización de los miembros de la organización

La profesionalización de los integrantes de la organización criminal implica que cada uno desempeñe una función específica y especializada, optimizándose así sus habilidades para alcanzar el éxito de los fines propuestos por el ente colectivo. Cuando un rol, función o responsabilidad se encuentra formalmente asignado a un miembro ocasiona un interés tanto colectivo como individual de que aquel mejore sus capacidades, habilidades y desempeño, alcanzándose en muchos casos su profesionalización. A nivel del grupo, es coherente que se busque la tecnificación o capacitación de los miembros, que traerá como resultado una mayor idoneidad del proyecto criminal. Asimismo, a nivel individual los integrantes de la organización criminal buscarán su propio progreso en el desarrollo de sus habilidades personales, a

fin de alcanzar cierto grado de importancia dentro de la estructura criminal y eventualmente ascender en el escalafón jerárquico.

Para configurarse este indicio, las instituciones encargadas de la persecución del crimen organizado deberán acreditar que se han desplegado acciones para lograr la optimización y mejoramiento de las habilidades de sus miembros en el desempeño de su función específica, como es el hecho de que se inviertan sumas de dinero en cursos o capacitaciones jurídicas para los integrantes de una organización criminal que tengan por función lavar el dinero de las ganancias ilícitas. Otro ejemplo podría ser la preparación militar que se puede brindar a los miembros de una organización criminal dedicada al sicariato. Incluso pueden ser las capacitaciones técnicas en computación y sistemas operativos que se brindan a los miembros de una organización criminal dedicada a delitos informáticos.

Si bien lo anterior se encuentra referido a situaciones en las que una organización criminal invierte en brindar capacitaciones y conocimientos técnicos a sus miembros buscando su profesionalización de acuerdo a la función que desempeñan, ello no impide que muchas veces se obvie tal procedimiento con la finalidad de añadir directamente al grupo delictivo integrantes que ya cuenten con un alto nivel de profesionalización. Lo concreto respecto de este indicio es que se pueda acreditar que los miembros o integrantes del ente criminal cuenten con conocimientos técnicos y profesionales por encima del promedio de los ciudadanos.

b. Internacionalización de las operaciones delictivas

La globalización y el estrechamiento de las relaciones entre países ha coadyuvado a que la criminalidad organizada no sea un problema que incumba solo a una nación o a un grupo de países, sino que se trata de un fenómeno delictivo de carácter mundial. Es que actualmente el estudio criminológico nos ha permitido conocer que las organizaciones criminales expanden sus operaciones en busca de otros mercados o territorios. Es evidente que para lograr tal expansión o desarrollo internacional se requiere de una organización altamente compleja y desarrollada, propia de las organizaciones criminales.

Que las operaciones delictivas realizadas por la organización criminal se desplieguen internacionalmente implica la existencia de un nivel de coordinación y planificación complejo y se erige como indicio de que efectivamente existe una división formal de

las funciones encomendadas a cada integrante de la organización. Resulta difícil aceptar que una agrupación delictiva que no tenga bien definidas los roles y tareas de cada miembro alcance una expansión territorial internacional, por la propia implicancia que ello genera, como es el conocimiento de normas internas del país donde se va a operar, leyes de migraciones, leyes aduaneras, entre otros.

Ahora, debemos precisar que para acreditar este indicio no resulta suficiente que se postule que un miembro de la organización delictiva radica en el extranjero o que haya estado en otro país, sino que la actividad delictiva principal de la organización criminal debe desarrollarse tanto en territorio nacional como en algún otro territorio internacional, ya que esto implica el despliegue de recursos humanos y materiales que permiten inferir un alto nivel organizativo, técnico y de coordinación. A modo de ilustración, se tienen las organizaciones delictivas que se dedican al tráfico de drogas internacional.

c. Infraestructura, tecnología y logística

Que una agrupación delictiva cuente con infraestructura, tecnología y logística para el desarrollo de sus actividades ilícitas entraña evidentemente que exista un alto nivel de organización y complejidad. Estas circunstancias evidencian la existencia de una división formal y especializada de las funciones encomendadas al interior de la organización criminal, puesto que se requiere un nivel técnico y cognitivo para dar uso a estos elementos materiales con los que cuenta el ente delictivo para el despliegue de sus operaciones delictivas.

Por infraestructura podemos entender al conjunto de bienes materiales con los que cuenta una organización delictiva para su buen funcionamiento y el éxito de su proyecto criminal. Por ejemplo, en el caso de organizaciones criminales dedicadas al tráfico ilícito de drogas se puede contar con laboratorios de producción de droga, camiones para su traslado, locales de acopio de droga, etcétera. Como ejemplo adicional, se pueden tener las organizaciones ilícitas dedicadas a la minería ilegal, en la que cuenten con camiones para el traslado, maquinas extractoras, incluso las armas del personal que resguarda los yacimientos mineros ilegales, entre otros.

En cuanto al uso de la tecnología, este indicio se encuentra referido a la utilización de instrumentos materiales y técnicos propios de la modernidad y el avance científico por parte de la organización criminal para el desarrollo de su proyecto delictivo. Está claro

que el uso de celulares, laptops o internet es un ejemplo de uso de medios tecnológicos; no obstante, este indicio no debe ser entendido bajo esos matices.

Lo que se exige para postular el uso de la tecnología como indicio de la existencia de una organización compleja altamente desarrollada y con funciones formalmente definidas es el uso de implementos o medios tecnológicos que exigen conocimientos técnicos que se encuentran por encima del que ostentan el promedio de los ciudadanos. Solamente a partir de ello podemos afirmar la existencia de una especialización en la división de roles o funciones al interior de una organización delictiva. A modo de ejemplo, tenemos el uso de sistemas de hackeo por parte de una organización criminal dedicada a la comisión de delitos informáticos.

Finalmente, en lo que respecta a la logística, esta se encuentra referida a los métodos y procedimientos empleados por la organización para el desarrollo de sus operaciones, indicio que va a permitir sostener la existencia un sistema social altamente organizado.

3.1.2.4 Elemento teleológico

Otro elemento común de los delitos de organización criminal y de banda criminal, al ser intrínsecamente delictivos, es la existencia de un plan criminal perseguido por la agrupación o ente colectivo. Este componente se advierte del propio texto de los tipos penales "*destinada a cometer delitos*" en el caso de la organización criminal, y de la frase "*tenga por finalidad o por objeto la comisión de delitos*" en el caso de la banda criminal. Además, también es posible advertir la exigencia de este elemento del propio *nomen iuris* de los tipos penales, que llevan el adjetivo "criminal", lo que hace suponer su vinculación con la criminalidad y la comisión de delitos. En similar sentido, Zurita refiere que el adjetivo "criminal" de la organización denota que tiene por finalidad la comisión de delitos graves (2020, p. 152).

Desde nuestro punto de vista, este elemento resulta imprescindible y esencial para fundamentar el avance penal en la tipificación de los delitos de organización; toda vez que, la concurrencia de una finalidad delictiva o plan criminal de la asociación, organización, grupo o banda genera peligro para los bienes jurídicos colectivos o individuales que son necesarios para la convivencia social. Además, este elemento evidencia y fundamenta la antijuridicidad de los delitos de organización, toda vez que la ausencia de la finalidad criminal o plan ilícito nos traería como consecuencia que las

personas que conforman el ente colectivo se encuentren dentro del ejercicio legítimo de un derecho, en este caso, del derecho a asociarse consagrado en el artículo 13 de la Constitución.

Ahora, en el caso de una organización criminal, la incidencia del elemento estructural sobre el componente teleológico radica en que permite concebirla como un sistema complejo capaz de desarrollar cualquier ilícito penal con la finalidad de lograr todos sus objetivos ilícitos. Esto nos permite afirmar la existencia de una potencial expansión ilimitada del plan criminal o delictivo, es decir, no solo se hará posible la comisión de una clase de delitos o ilícitos principales que forman parte del proyecto criminal originario, sino eventualmente también pueden llevarse a cabo delitos accesorios o instrumentales, que servirán para asegurar o coadyuvar el cumplimiento del plan criminal inicial, compuesto por los delitos-fin principales.

En muchas ocasiones, esta comisión de una pluralidad de delitos puede mantenerse de forma potencial, como en el caso de una organización criminal que fue desarticulada antes de la ejecución misma de los actos ilícitos para los que fue creada. Por su parte, en el caso de una banda criminal, este elemento teleológico generalmente se encuentra referido a una sola clase de delitos o de similar naturaleza, toda vez que no se cuenta con una estructura desarrollada que otorgue a la banda criminal la aptitud para realizar delitos que no formaron parte del plan criminal inicialmente adoptado.

Entre los indicios que permiten afirmar la potencialidad de comisión de delitos de manera ilimitada tenemos el fin lucrativo de la organización criminal y la búsqueda de impunidad de sus actividades ilícitas. En el siguiente apartado desarrollamos ambos elementos indiciarios que permiten afirmar la existencia de un ente altamente organizado y que como consecuencia de la presencia de una estructura tiene una potencialidad delictiva ilimitada.

a. Finalidad económica o de cualquier otra índole

Si bien el objetivo inmediato de las organizaciones criminales es la comisión de una pluralidad de delitos, generalmente estos se encuentran relacionados con una finalidad ulterior: el lucro económico. En la Convención de Palermo esta finalidad económica se encuentra prevista en el concepto de “grupo delictivo organizado” que es la definición internacionalmente aceptada para las organizaciones criminales, a partir de lo cual se

desprendería que este elemento o indicador sería obligatorio en una organización criminal. No compartimos esta postura, pues la propia fenomenología delictiva nos evidencia que es posible la existencia de agrupaciones delictivas que no persigan ulteriormente una finalidad lucrativa, como es el caso de las sectas religiosas o los grupos de odio. Por esta razón, a fin de no dejar lagunas de impunidad, consideramos que es posible la existencia de organizaciones criminales con finalidades ulteriores de distinta índole o naturaleza.

Ahora bien, debemos precisar que no basta con indicar que el grupo delictivo tenga por finalidad lograr beneficios económicos, toda vez que incluso en un mero hecho de codelincuencia los agentes generalmente tienen la intención de lograr una ganancia patrimonial, sino que este indicio debe ser analizado desde otros matices que se explican a continuación.

Para configurar este indicio respecto de las grandes organizaciones criminales, se debe acreditar la existencia de una finalidad económica o lucrativa de gran escala, donde puedan estar presentes inversiones dinerarias con la búsqueda final de su incremento o multiplicación a través de la comisión reiterada de delitos, generalmente ilícitos penales propios de las economías ilegales, como el tráfico ilícito de drogas, la minería ilegal, la trata de personas, entre otras.

Ahora, de qué manera incide esta finalidad ulterior lucrativa en la potencialidad delictiva ilimitada de la organización, la respuesta la encontramos en que para maximizar las ganancias o “dividendos” ilegales las grandes organizaciones criminales recurren muchas veces al despliegue de otros ilícitos penales instrumentales para su concreción. A modo ilustrativo, planteamos el caso de una organización criminal dedicada al tráfico ilícito de drogas que para el correcto y tranquilo despliegue de sus operaciones recurra al soborno de autoridades policiales y/ militares, conducta con la cual se estaría incurriendo en delitos contra la administración pública. Esto nos permite afirmar que la finalidad lucrativa o económica sí tiene incidencia en la configuración del elemento teleológico optimizado como consecuencia de la presencia de una estructura criminal al interior de la organización criminal, esto es, en la potencialidad de cometer delitos de forma ilimitada.

Esta misma situación ocurre con los fines ulteriores de distinta naturaleza a la económica, toda vez que más allá de la simple comisión de delitos existe un objetivo común de mayor complejidad que requiere del despliegue de una maquinaria delictiva

capaz de efectuar no solo ilícitos penales que forman parte del plan criminal principal o inicial, sino también de eventuales delitos instrumentales que coadyuven al éxito del fin ulterior de las grandes organizaciones criminales.

b. Obstaculización de la investigación del delito y búsqueda de impunidad

La finalidad delictiva ilimitada de las grandes organizaciones criminales no solo se presenta cuando se buscan situaciones más favorables para la consecución y éxito del proyecto criminal, sino también puede suscitarse cuando devienen situación contrarias y peligrosas para este. Y es que, por su propia naturaleza autocompositiva y organizativa, las organizaciones criminales tienden a buscar siempre la supervivencia del ente colectivo por encima de todas las cosas; por lo tanto, ante la ocurrencia de circunstancias que pongan en peligro el desarrollo del proyecto criminal, el sistema social delictivo no dudará en reiterar la comisión de delitos instrumentales con la finalidad de solucionar tales adversidades.

A modo de ejemplo, pongámonos en el caso de una organización criminal creada solamente para adquirir ganancias ilegales a través de secuestros y extorsiones (actividades ilícitas principales), pero que en el decurso de su existencia devengan situaciones externas que afecten el éxito del plan criminal, como la captura de un integrante clave o el inicio de una investigación en contra del ente colectivo.

Como referimos anteriormente, en este tipo de estructuras complejas el nivel de organización se encuentra desarrollado y encuentra enraizada una aptitud de supervivencia del ente colectivo, lo cual evidentemente traería como consecuencia la búsqueda de cualquier solución a estas adversidades. Justamente es en la búsqueda de luchar contra los factores externos que debilitan o ponen en cuestión la existencia de la organización criminal, que se evidencia esta potencialidad de cometer otros delitos de distinta naturaleza de los que inicialmente tenía previsto desarrollar, como podrían ser: amenazar testigos (obstrucción a la justicia, previsto en el artículo 409-A), encubrimiento personal (artículo 404), encubrimiento real (artículo 405) o pago a funcionarios públicos (cohecho activo); que vendrían a ser delitos o actividades ilícitas instrumentales de la organización.

Esta situación no ocurre en el caso de una banda criminal, que carece de una estructura organizativa, puesto que generalmente no tiene esa capacidad de subsistencia ante eventuales situaciones adversas. Así, en una banda criminal la

coordinación u organización es rudimentaria y poco desarrollada, tan es así que ante una eventual detención de algún miembro, esta se ve gravemente afectada y generalmente no es capaz de reorganizarse, lo que desencadena finalmente la extinción de la asociación delictiva.

Por lo tanto, consideramos que la búsqueda de impunidad y obstaculización de la persecución penal también se erigen como indicios de la potencialidad delictiva ilimitada de las grandes organizaciones criminales, situación que solo se encuentra presente gracias a la presencia de una estructura que permita una reorganización en torno a la comisión de plurales delitos instrumentales que no formaban parte del plan criminal inicial de la organización.

A modo de conclusión, el elemento teleológico es común a los delitos de organización criminal y de banda criminal, puesto que ambos tienen un proyecto de cometer delictivos desde su constitución o nacimiento. Sin embargo, la presencia del elemento estructural en las grandes organizaciones criminales hace que ese plan criminal futuro pueda incrementarse hacia la comisión de otros delitos, de acuerdo a las circunstancias. Este es un indicador de la existencia de una organización criminal y podemos denominarlo potencialidad de cometer una cantidad ilimitada de delitos de distinta naturaleza.

3.1.2.5 Elemento estructural

En base a lo anterior, nuestra postura radica en que el elemento estructural o la estructura de la organización criminal no tiene la misma connotación que los demás componentes (personal, teleológico, funcional y temporal). Conforme hemos señalado, este elemento estructural va a permitir que los demás elementos sean engarzados, otorgándoles mayor cohesión y sinergia. De este modo, ante la presencia de una estructura criminal desarrollada, los demás componentes de la organización criminal adquieren una mayor complejidad. Esta situación no ocurre con los elementos requeridos para la configuración de una banda criminal, cuyos términos conceptuales a los de la organización criminal son similares, pero en un matiz más simple o menos desarrollado.

De este modo, los demás componentes de la organización criminal van a ser optimizados ante la presencia de una estructura criminal, desarrollándolos en lo que denominaremos como faz compleja. Por lo tanto, la existencia de una estructura se

afirma objetiva e indiciariamente cuando los demás componentes se hayan configurado en este matiz complejo.

Es decir, estaremos ante una organización criminal del artículo 317 del Código Penal si tenemos un grupo de personas altamente organizado bajo criterios de importancia, poder de decisión, control o disciplina, con vocación de permanencia indefinida, con funciones y roles formalmente definidos y generalmente profesionalizados, y que su plan criminal sea la comisión ilimitada de delitos de distinta naturaleza, puesto que todos estos indicadores permiten afirmar la existencia de una estructura criminal idónea al proyecto ilícito perseguido por la organización delictiva.

Elemento	Faz simple	Faz compleja
Elemento personal	Pluralidad de personas	Pluralidad de personas altamente organizadas
Elemento temporal	Permanencia en el tiempo	Potencial duración o permanencia en el tiempo ilimitada
Elemento funcional	División de tareas o funciones	División de roles, funciones o tareas formalmente definidas y especializadas
Elemento teleológico	Finalidad de cometer delitos	Finalidad potencial de cometer delitos de manera ilimitada
Elemento estructural	No existe	Su existencia se afirma indiciariamente a partir de la concurrencia de los demás elementos en su faz compleja o desarrollada
Tipo de grupo delictivo	Banda Criminal	Organización Criminal

Consideramos que la presencia o configuración de los demás componentes de la organización criminal en su faz compleja resulta suficiente para poder afirmar que nos encontramos ante la presencia de una estructura delictiva y, por consiguiente, de una organización criminal conforme lo establecido en el artículo 317 del Código Penal.

Resulta importante resaltar que la presente tesis tiene como dos grandes aportes hasta este punto la argumentación de los siguientes extremos: 1) Dotar de interpretación al elemento estructural para identificar con claridad cuándo estamos ante una organización criminal o ante una banda criminal; y, 2) Identificar la correcta relación entre el elemento estructural y los demás elementos de la organización criminal, esto es, como optimizador de los mismos.

3.2 Valoración de la existencia de una organización criminal

Habiéndose identificado cuáles son los elementos que conforman una organización criminal, los indicadores sobre el matiz complejo de estos elementos –que permiten diferenciarla de la banda criminal– y los indicios que permiten inferir la existencia de estos indicadores, corresponde precisar de qué manera estos deben ser valorados a fin de brindar herramientas útiles y prácticas a los operadores de justicia en la aplicación de los tipos penales de la criminalidad organizada.

3.2.1 Configuración de elementos de la organización criminal en su matiz complejo

Como hemos desarrollado en párrafos anteriores, el elemento estructural permite que los demás componentes de la organización criminal encuentren relación y sinergia en torno al cumplimiento de sus fines ilícitos. De esta manera, estos elementos –conceptualmente comunes a los de la banda criminal– se ven desarrollados en un matiz complejo. Hemos postulado también indicadores que permiten afirmar la configuración de estos componentes en su faz compleja, los mismos que a su vez van a inferirse a través de la presencia de indicios. A efectos ilustrativos se tiene el siguiente cuadro:

Elemento	Faz simple (Banda criminal)	Faz compleja Indicadores (Organización criminal)	Indicios
Personal	Pluralidad de personas	Pluralidad de personas altamente organizadas	Existencia de niveles jerárquicos o centro de poder.
			Adopción de códigos de conducta, estímulos o control.
Temporal	Permanencia en el tiempo	Potencial duración o permanencia en el tiempo ilimitada	Fungibilidad o intercambiabilidad de los miembros.
			Capacidad de reorganización ante factores externos.

Funcional	División de tareas	División formal de funciones, tareas o roles.	Profesionalización de los miembros.
			Internacionalización de las operaciones delictivas.
			Infraestructura, tecnología y logística.
Teleológico	Comisión de delitos	Finalidad potencial de cometer delitos de manera ilimitada	Finalidad económica o de cualquier otra índole
			Obstaculización de la investigación y búsqueda de impunidad.
Estructura	No se presenta	Sí se encuentra presente	Se acredita indiciariamente con la concurrencia de los otros cuatro elementos en su faz compleja.

Como se puede apreciar, los indicadores del matiz complejo de los elementos de la organización criminal deben acreditarse a través de indicios, toda vez que la prueba directa muchas veces resulta escasa en la lucha contra este tipo de criminalidad. Cada elemento tiene cuanto menos dos indicios que permiten identificarlos, debiendo precisarse si para la configuración de cada componente es exigible que concurren todos ellos o en su defecto solo uno.

Conforme se observa del desarrollo individual de los indicios realizado en párrafos anteriores, estos se encuentran regularmente interrelacionados. Por esta razón los hemos vinculado con uno u otro elemento de la organización criminal.

Así, en el caso del elemento personal afirmamos que en una organización criminal el desarrollo de este componente se puede inferir a través de la presencia de niveles jerárquicos o de poder y de la adopción de códigos de conducta, estímulos y control (indicios), que permiten afirmar la existencia de una pluralidad de personas –como mínimo tres– altamente organizadas (indicador del matiz complejo del elemento personal). Consideramos que ambos indicios al nivel de este elemento se encuentran relacionados, toda vez que con la existencia o adopción de códigos de conducta y control sobre los miembros de una organización criminal se puede colegir que en su seno existen diferentes niveles de poder o importancia, siendo los miembros con mayor nivel jerárquico los encargados de adoptar las medidas de control, estímulo o disciplina, así como velar por su efectivo cumplimiento. Por lo tanto, para la configuración del elemento personal en su matiz complejo solo se exigirá la acreditación accesoria de alguno de sus indicios, sin perjuicio de que puedan presentarse ambos.

Ahora, en cuanto al elemento temporal, los indicios advertidos fueron la fungibilidad o intercambiabilidad de los miembros (capacidad de reestructuración del componente humano) y la capacidad para reorganizarse a factores externos (capacidad de reestructuración del componente no humano). En este caso los indicios denotan características distintas e independientes, por cuanto la configuración de uno de ninguna manera afirma la existencia del otro. No obstante, ambos provienen de un mismo género: la característica de autoconservación de la organización criminal.

En otras palabras, la presencia de estos indicios permite sostener la capacidad de supervivencia de la organización criminal ante circunstancias positivas o negativas que puedan suscitarse en el devenir de su existencia delictiva. Por lo tanto, bastará con la acreditación de uno de estos indicios para sostener que nos encontramos ante una organización criminal de potencial duración indefinida (indicador del elemento temporal en su matiz complejo).

En lo que se refiere al elemento funcional, conforme se ilustró en párrafos anteriores, los indicios que acreditan su configuración en el caso de una organización criminal son la profesionalización de sus miembros, la internacionalización de las actividades delictivas y la utilización de infraestructura, logística y tecnología. Los indicios referidos se encuentran estrechamente relacionados por cuanto cada uno de ellos exige que las funciones y roles de los miembros de la organización criminal se encuentren formalmente definidas (indicador del elemento funcional en su faz compleja).

Por ejemplo, resulta acertado afirmar que la internacionalización de las actividades delictivas de una organización necesita efectivamente tanto de medios técnicos como materiales suficientes para lograr tal expansión, como puede ser el uso de logística, tecnología e infraestructura. Por su parte, estos medios técnico-materiales por lo general requieren de la existencia de miembros profesionalizados o técnicos que los empleen de manera correcta y efectiva. De este modo, podemos concluir que estos tres indicios respecto del elemento funcional en su matiz complejo también se encuentran vinculados, por lo tanto, será suficiente con la configuración plena de uno de ellos para afirmar la acreditación de dicho elemento respecto de una organización criminal.

Ahora, en lo que respecta al elemento teleológico de una organización criminal, reiteramos que se tienen como indicios la búsqueda de una finalidad económica o de alguna otra índole y la obstaculización de investigación penal o búsqueda de

impunidad. Sobre el particular, se advierte que ambos indicios también denotan características distintas y que la presencia de uno no evidencia de ningún modo la existencia del otro. No obstante, también se debe precisar que ambos indicios forman parte de un indicador general: la potencialidad delictiva ilimitada de las organizaciones criminales. Es decir, con la acreditación de alguno de los indicios señalados se configura el elemento teleológico en su matiz compleja, propio de las grandes organizaciones criminales en los términos del artículo 317 del Código Penal.

A modo de síntesis, consideramos que esta interrelación –directa o indirecta– existente entre los indicios que se han ilustrado respecto de cada uno de los elementos de la organización criminal nos permite afirmar que bastará con la acreditación o probanza de por lo menos uno de ellos para la configuración del componente (personal, funcional, temporal o teleológico) con el que se encuentra relacionado en su matiz complejo.

3.2.2 Configuración del tipo penal de organización criminal

Establecidos los alcances de los elementos complejos propios de una organización criminal, como consecuencia de la presencia de una estructura, así como los indicios que los desarrollan, corresponde precisar de qué forma se debe valorar la concurrencia o no de cada uno de los componentes en su matiz compleja para poder afirmar que se ha logrado probar la existencia de una organización criminal.

En primer lugar, como referimos anteriormente, si se configuran los cuatro elementos (personal, teleológico, funcional y temporal) en su connotación compleja o desarrollada, se puede afirmar la existencia de una estructura criminal (elemento estructural). Por lo tanto, será incontrovertible que nos encontramos ante una organización criminal en los términos del artículo 317 del Código Penal.

No obstante, reiteramos que la fenomenología de la criminalidad organizada es sumamente variable y multifacética; por lo tanto, resulta posible la existencia de casos o sucesos históricos en los que no se configure uno, dos o ninguno los elementos de la organización criminal en su matiz compleja.

Consideramos que en estos casos no se habría alcanzado la configuración plena de todas las características de una organización criminal –que se consagra en la cúspide de la pirámide de los delitos de organización–, siendo posible su subsunción dentro de

otra figura jurídico penal menos compleja, como la banda criminal. En este último caso, se deberá realizar un juicio de tipicidad propio de sus elementos configurativos, los mismos que, a nuestra consideración, deberían estar establecidos textualmente en dicho tipo penal, conforme hemos sugerido en párrafos anteriores.

En suma, son cuatro los elementos que deben concurrir en su forma compleja o desarrollada para afirmar la existencia de una estructura criminal y, por consiguiente, la existencia de una organización criminal, toda vez que a partir de ello se puede afirmar que se ha alcanzado el grado máximo de complejidad requerido para la configuración de ilícito penal previsto en el artículo 317 del Código Penal.

Debemos recordar que el ejercicio de *ius puniendi* estatal en la lucha contra el delito debe realizarse siempre bajo los parámetros del principio de proporcionalidad de las penas, tanto en su sentido abstracto como concreto. El primero hace referencia a la legalidad de las penas previstas por el legislador para cada delito, evidenciándose que la conducta constitutiva del tipo penal de organización criminal tiene un mayor reproche y sanción que el de banda criminal, por lo tanto, la conducta perseguida o sancionada también debe ser más compleja y generar mayor nocividad social.

Ciertamente, si bien la organización criminal se erige como la tipología delictiva más gravosa y reprochable de la criminalidad organizada; no obstante, ello no debe ser motivo para que los operadores de justicia califiquen a toda unión de personas que tenga por finalidad la comisión de delitos como tal. Justamente, debido a esta problemática es que se ha incorporado a nuestra normativa jurídico penal el delito de banda criminal, tipología de la criminalidad organizada de menor gravedad e inferior dañosidad social a la cual no se le debe vaciar de contenido, sino darle una correcta utilidad práctica en la lucha contra este fenómeno delictivo.

3.3 Aspectos positivos y negativos en el tratamiento jurisprudencial actual del delito de organización criminal

Habiéndose determinado nuestro aporte jurídico a la problemática actual sobre la correcta delimitación dogmática de los delitos de organización criminal y banda criminal, resulta de suma utilidad para el presente trabajo realizar un análisis de algunos instrumentos jurisprudenciales a fin de verificar si los operadores jurídicos en nuestro país han optado por una interpretación similar de la cuestión, evidenciándose algunos aspectos positivos y otros negativos.

Un punto positivo es que se advertirá que existe unanimidad en la jurisprudencia nacional sobre los elementos que configuran una organización criminal, y que son similares a los de la banda criminal, solo que con un desarrollo más simple. Por otro lado, también se evidenciará que en algunos casos nuestros operadores jurídicos han identificado los indicios que permiten afirmar la configuración de los elementos de la organización criminal en su matiz complejo, como son la existencia de una pluralidad de personas que utilizan palabras clave como código de conducta (elemento personal en su faz compleja) y el empleo de infraestructura y logística para la consecución de los fines delictivos (elemento funcional en su faz compleja).

Como contraparte, también evidenciaremos que los órganos jurisdiccionales no realizan un análisis riguroso respecto de los componentes personal, funcional, temporal y teleológico para verificar si estos se han configurado en su matiz complejo y, a partir de ello, afirmar que estamos ante una estructura criminal y, por ende, ante una manifestación del crimen organizado conforme los términos del artículo 317 del Código Penal.

a. La identificación del elemento personal en su connotación compleja y el tratamiento superfluo de los demás elementos del delito de organización criminal por parte de la Corte Suprema

El instrumento jurisprudencial que será objeto de análisis es la Apelación N.º 06-2018-1 Lima, de fecha 07 de noviembre de 2018, emitido por la Sala Penal Especial de la Corte Suprema, auto que resuelve el recurso de apelación interpuesto por el ex juez supremo César José Hinostroza Pariachi contra la resolución que declaró fundado el requerimiento fiscal de prisión preventiva en su contra. Al referido ciudadano se le atribuyó la comisión de cinco hechos ilícitos, siendo útil para este trabajo el quinto, que tiene que ver con la imputación por el delito de organización criminal. Si bien es cierto no se trata de una sentencia final sobre la configuración o no del delito de organización criminal, se realiza un análisis de cada uno de los elementos propios de este tipo penal, lo cual merece sin lugar a dudas nuestra atención.

La imputación fiscal por el delito de organización criminal consiste en que los hechos delictivos (patrocinio ilegal, negociación incompatible y tráfico de influencias) habrían sido ejecutados en base a gestiones y coordinaciones desarrolladas entre los denunciados y otros sujetos no aforados, entre ellos empresarios como Mario Américo Mendoza Díaz, Antonio Camayo, Edwin Oviedo y la participación de otros magistrados

como Walter Ríos Montalvo, además de posibles vinculaciones con actores políticos, advirtiéndose que habría existido familiaridad, cercanía y comunicación entre ellos.

La comisión de delitos de forma coordinada por parte de una pluralidad de personas es lo que ameritó el análisis de la conducta bajo la imputación de una organización criminal, a la que denominan “Los Cuellos Blancos del Puerto”, cuyo líder según la tesis fiscal es precisamente el ex juez supremo César Hinostroza Pariachi.

Atendiendo al foco de atención de nuestro trabajo de investigación, advertimos que un aspecto positivo que tiene esta resolución se encuentra en la identificación de algunos indicios que conforman el elemento personal en su faz compleja propio de una organización criminal. Ciertamente, el análisis de la Sala Suprema no se agota en la simple verificación cuantitativa de los miembros de la presunta organización delictiva, sino que también se advierte la existencia de un lenguaje con palabras clave, que en la resolución se evidencia como “un rasgo de organizaciones ilícitas”.

Este aspecto resulta muy fructífero, puesto que como hemos referido no resulta suficiente la simple unión de personas para acreditar el elemento personal de una organización criminal –contrariamente a lo que ocurre con la banda criminal–, sino que deben aparecer indicios de que los miembros o integrantes se encuentran altamente relacionados u organizados, siendo efectivamente la utilización de palabras clave una manifestación de ello.

Contrariamente a lo evidenciado en el análisis del elemento personal, advertimos una posición cuestionable en la valoración de los demás elementos. En el caso del elemento funcional, solamente se indican los cargos o posiciones que ocupaban los procesados César Hinostroza Pariachi (Cabecilla I) y Walter Ríos Montalvo (Cabecilla II), es decir, se hace alusión a su posición jerárquica, mas no se desarrolla cuál era la función o tarea específica que cada uno de ellos realizaba en la organización criminal. Nuestra posición es que la existencia de niveles de importancia y jerarquía es un indicio del elemento personal en la faz compleja de las organizaciones criminales y no así del elemento funcional, el cual se encuentra estrechamente vinculado con las funciones y tareas de cada uno de los miembros.

Por otra parte, la Sala Suprema sustenta el elemento temporal en la existencia de una sucesión de actos ilícitos durante varios meses, a partir de lo cual se evidencia un análisis superfluo y referido únicamente a la presencia de este elemento en su faz

simple y no en su matiz complejo, que se evidencia a través de una potencial duración indeterminada de la organización delictiva. Finalmente, en lo referido al elemento estructural, la resolución asocia este componente con la finalidad delictiva, resultando muy cuestionable dicha afirmación; puesto que, se tratan de elementos independientes y cada uno tiene su propia valoración, conforme tuvimos ocasión de desarrollar precedentemente.

Como se puede apreciar, la falta de un análisis preciso de cada uno de los elementos de la organización criminal en función a los indicios brindados, llevaría a que este caso pueda tener una resolución completamente diferente a la tomada por la referida Sala Suprema, puesto que –siguiendo la valoración realizada– la configuración en su faz simple de alguno de los elementos, así como la falta de análisis del elemento estructural, nos llevaría a concluir que nos encontramos frente a una banda criminal o, eventualmente, frente a otra forma plural de comisión de delitos, mas no se configuraría la figura prevista en el artículo 317 del Código Penal, que tiene una mayor complejidad organizativa y, por ende, requiere de un análisis más sesudo de sus elementos.

b. La identificación del elemento funcional en su matiz complejo y la falta de motivación de los demás elementos por parte de la Corte Suprema

En este apartado realizaremos un análisis del Recurso de Nulidad N.º 925-2018 NACIONAL, de fecha 21 de mayo de 2019, emitido por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, ejecutoria suprema que resuelve los recursos de nulidad interpuestos por el representante del Ministerio Público, el señor Procurador Público del Ministerio del Interior y los sentenciados Jorge Ignacio Cerbellón Aparicio y Luis Alberto Chacón Núñez contra una sentencia emitida por la Sala Penal Nacional, por el delito de tráfico ilícito de drogas en su modalidad agravada, consistente en la participación de los actores como integrantes de una organización criminal.

En la referida ejecutoria suprema no se realiza un análisis propiamente del delito de organización criminal, previsto en el artículo 317 del Código Penal; no obstante, sí se evidencia un desarrollo de algunos de sus elementos inherentes que resultan pertinentes para el presente trabajo.

La hipótesis fáctica del Ministerio Público en el presente caso consistió en la presunta existencia de una organización criminal dedicada al tráfico ilícito de drogas y lavado de

activos. La Sala Superior concluyó en su sentencia que la sola existencia de una pluralidad de agentes y la cantidad de droga no pueden dar la certeza de la existencia de una organización criminal, decisión que fue apelada por el representante del Ministerio Público y el señor Procurador Público.

El aspecto positivo de esta resolución lo encontramos en la posición de la Sala Suprema, la cual establece que la presencia de determinados elementos en el caso permite afirmar la existencia de una organización criminal y no solo de una mera codeinencia. Entre estos elementos se encuentran: la cantidad de droga decomisada, los aparatos de interceptación telefónica, armas de fuego, caja fuerte con ciento diecinueve mil dólares, equipos telefónicos, selladora al vacío, entre otros. Ciertamente, los indicios señalados por la ejecutoria suprema están referidos al uso de infraestructura y logística, que como hemos referido se encuentran vinculados con el elemento funcional en su matiz complejo propio de una organización criminal.

No obstante, en el instrumento jurisprudencial en cuestión no se realiza un análisis pormenorizado de los demás elementos, es decir, no se verifica si estos también se han configurado en su connotación compleja, el cual se exige para afirmar indiciariamente que dicha agrupación delictiva tiene una estructura idónea para la realización de su plan delictivo y, por ende, estaríamos ante una organización criminal conforme a los términos del artículo 317 del Código Penal.

En su lugar, el órgano jurisdiccional supremo solo se limita a señalar que los indicios consistentes en la presencia de infraestructura y logística exigen una organización estructurada de varias personas con distintas funciones y posiciones jerárquicas; no obstante, consideramos que se debió explicar con mayor rigor por qué se arriba a dicha conclusión, siendo necesario para ello que se realice el examen detallado en el párrafo anterior.

c. La identificación actual de las conductas constitutivas del extinto delito de asociación ilícita

Otro instrumento jurisprudencial que merece nuestra atención es el Recurso de Nulidad N.º 1802-2018/LIMA, de fecha 13 de mayo de 2019, emitido por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, que resuelve el recurso de nulidad interpuesto por los encausados Kenny Anthony Baldárrago Ormeño y Justo Junior Sánchez Medina contra la sentencia que los condenó por el delito de asociación ilícita.

Con carácter previo debemos indicar que los hechos objeto del proceso penal fueron calificados como delito de asociación ilícita, puesto que aún no se encontraba en vigencia el Decreto Legislativo N.º 1244, que deroga dicho tipo penal y crea los delitos de organización criminal (artículo 317) y de banda criminal (artículo 317-B). Consideramos pertinente realizar un examen de la ejecutoria suprema aun cuando se trate del tipo penal de asociación ilícita, puesto que en ella se desarrollan algunos elementos inherentes de la criminalidad organizada. Lo cual será útil a fin de evaluar –al menos de manera hipotética– si los hechos tal cual han sido imputados y acreditados en la ejecutoria suprema, se enmarcarían al día de hoy dentro de una organización criminal o de una banda criminal.

El marco de imputación fáctica en el presente caso consiste en la existencia de una presunta asociación ilícita cuyos integrantes habrían cobrado una pluralidad de cheques de manera indebida, los mismos que pertenecían a un talonario que había sido robado previamente de la casa de la agraviada Ibarra Coronado. Estos cheques no se encontraban firmados ni llenados por la referida agraviada, titular de la empresa Inversiones Sierra Linda E. I. R. L., habiéndose determinado a través de una pericia grafotécnica que las firmas no provienen de su puño gráfico (falsedad documental).

La ejecutoria en examen sostiene, en primer lugar, que el *modus operandi* no solo se expresó respecto de la agraviada Inversiones Sierra Linda E. I. R. L., sino también con otros cheques por sumas más cuantiosas (finalidad delictiva); y que la desarticulación de la actividad delictiva se desarrolló en los meses de enero y febrero de 2016 (estabilidad temporal). Por otra parte, también se indica que los imputados tenían un rol específico dentro de la organización delictiva (elemento funcional) y que seguían directivas de quien controlaba la organización.

De la breve síntesis del recurso de nulidad se advierte que el análisis efectuado por la Sala Suprema se realiza sobre los elementos de un ente delictivo en su matiz simple. En otras palabras, se verifican de manera superflua los elementos referidos a la pluralidad de personas, la cierta estabilidad en el tiempo, la comisión plural de delitos y el reparto de roles. No se advierte que el órgano jurisdiccional supremo haya realizado un examen profundo sobre los elementos de la organización criminal en su matiz complejo, mucho menos se menciona la presencia de una estructura, debido principalmente a que no se contaba con un tipo penal en dichos términos –se contaba con el extinto delito de asociación ilícita–. Por lo tanto, consideramos que en la ejecutoria suprema, si hubiera estado vigente el Decreto Legislativo N.º 1244, se

hubiera sancionado la conducta como constitutiva del delito de banda criminal, previsto actualmente en el artículo 317-B.

3.4 Reflexión final acerca de la aplicación práctica de los delitos de banda criminal y organización criminal

Nuestra normativa jurídico penal actualmente cuenta con dos tipos penales en la lucha contra la criminalidad organizada: el delito de organización criminal (artículo 317) y el delito de banda criminal (artículo 317-B). El legislador ha previsto una mayor sanción para el primero, sancionándolo con una pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de quince años. Por su parte, el segundo contempla una pena abstracta que oscila entre cuatro y ocho años de pena privativa de libertad. A partir de ello se puede concluir que el delito de organización criminal importa un mayor reproche jurídico penal en comparación a la banda criminal, esto debido a su considerable nocividad social y, por ende, cuenta con un mayor potencial lesivo para bienes jurídicos. Esta diferencia también se plasma en el ámbito prohibitivo de la norma, esto es, en la conducta o hecho social que se busca desalentar con la tipificación de los delitos, siendo la prevista en el artículo 317 más compleja que la del artículo 317-B, conforme hemos tenido oportunidad de desarrollar a lo largo de la presente investigación.

Ahora bien, el hecho que la organización criminal sea un tipo penal más complejo y, por consiguiente, contemple una pena más grave, no debe servir de motivo para que los operadores jurídicos busquen de cualquier forma que toda agrupación de personas destinada a la comisión de delitos calce dentro del arquetipo de una organización criminal, alegando una lucha frontal y dura contra la criminalidad organizada. Consideramos que se deben maximizar esfuerzos por brindar una mayor utilidad práctica también al delito de banda criminal y no concebirlo como un delito residual, aun cuando la técnica legislativa utilizada nos quiera arrastrar a ese derrotero.

Se debe considerar también que en los Acuerdos Plenarios 8-2019 y 10-2019 se ha establecido que tanto la organización criminal propiamente dicha como la banda criminal son especies del género del injusto de organización criminal, por lo tanto, a ambas figuras delictivas se extienden los alcances de la Ley N.º 30077, que prevé normas especiales para la investigación de estos delitos. Por lo tanto, no se advierten efectos prácticos adversos en las investigaciones de hechos constitutivos de delito de banda criminal, toda vez que –al igual que en una investigación por organización

criminal– la ley permite la utilización de las técnicas especiales de indagación y también dota de carácter complejo a sus investigaciones.

En el presente trabajo se han postulado criterios interpretativos para la delimitación de ambos tipos penales y parámetros prácticos para su valoración, herramientas que tienen por finalidad garantizar el respeto de los principios de legalidad y proporcionalidad, que han sido de alguna manera dejados de lado con la redacción típica actual de los delitos de organización criminal y banda criminal. Esperamos que nuestra postura sea de utilidad para los operadores jurídicos en el desempeño de sus labores de investigación y sanción de los fenómenos delictivos de la criminalidad organizada. Finalmente, reiteramos nuestra posición de que es necesario un cambio en la redacción típica de ambos delitos, con la finalidad de que se clarifiquen las notas características propias de cada uno y, por consiguiente, se consagre la función comunicativa de la norma.

CONCLUSIONES

Nuestro ordenamiento jurídico penal cuenta con dos tipos penales que tienen por finalidad sancionar y combatir el fenómeno de la criminalidad organizada: el delito de organización criminal y el delito de banda criminal, previstos respectivamente en los artículos 317 y 317-B del Código Penal. Sin embargo, siguiendo el modelo español, el legislador adoptó una deficiente técnica legislativa en la redacción del texto de ambos tipos penales. Esto ha generado una especial dificultad para establecer con meridiana claridad la delimitación o diferencia entre ambos tipos penales, advirtiéndose que la doctrina y jurisprudencia nacionales no han podido dar una solución real al problema.

La clave de la delimitación entre ambos tipos penales radica en la presencia o no del elemento estructural, componente imprescindible de la organización criminal del artículo 317, que dota al ente colectivo de una peligrosidad cuantitativa y cualitativamente mayor para los bienes jurídicos protegidos por el derecho penal. Este elemento se encuentra ausente en las bandas criminales, que son uniones de personas con menor desarrollo organizativo y complejidad, significando ello un nivel inferior de peligro o lesión del bien jurídico.

En efecto, una interpretación sistemática y teleológica del presupuesto negativo de la banda criminal referido a “sin reunir alguna o algunas de las características de la organización criminal” permite afirmar que el único componente que puede ausentarse

en dicha manifestación del crimen organizado es el elemento estructural, puesto que la división de tareas o funciones (elemento funcional) es imprescindible para dotar de idoneidad al plan criminal y la cierta estabilidad en el tiempo (elemento temporal) resulta importante para delimitar dicho tipo penal de otras instituciones jurídico penales, como la codelincuencia y la conspiración. Sin perjuicio de ello, en irrestricto respeto de los principios de legalidad y proporcionalidad, consideramos que como *lege ferenda* debe modificarse la redacción típica actual de ambos delitos, prescribiéndose taxativamente cada uno de los elementos que conforman los tipos penales.

El elemento estructural es el esqueleto o armazón de la organización criminal, que permite una óptima distribución y sinergia entre los demás elementos que la conforman (personal, teleológico, funcional y temporal). De este modo, los demás elementos de la organización criminal encuentran un mayor desarrollo ante la presencia del elemento estructural, alcanzando lo que denominamos su faz compleja. Una situación distinta ocurre en el caso de las bandas criminales, puesto que el elemento estructural se encuentra ausente y, en consecuencia, sus elementos se mantienen en su faz simple. Por lo tanto, sí es posible delimitar inequívocamente ambos tipos penales a partir de la interpretación de la estructura como un elemento optimizador de los demás componentes, que se configurarán en sus matices complejas con la presencia de ciertos indicios con los cuales se encuentran estrechamente relacionados.

La acreditación de elementos más desarrollados para la configuración del delito de organización criminal puede generar problemas en el ámbito probatorio, pero esa es la exigencia que prevé justamente un delito de alta complejidad como es la organización criminal, que es la manifestación más gravosa y socialmente nociva de la fenomenología de la criminalidad organizada. Las penas previstas para el delito de organización criminal son relativamente altas, que oscilan entre los ocho y quince años de pena privativa de libertad, por lo que realizar una valoración superflua de sus componentes no se condice con el principio de proporcionalidad de las penas. Además, los operadores jurídicos deben tener en cuenta que nuestro Código Penal cuenta con otro tipo penal para sancionar a las agrupaciones delictivas de menor entidad organizativa, como es el delito de banda criminal, cuyos elementos se presentan de manera más simple y rudimentaria.

De este modo, el tipo penal de banda criminal deberá tener una mayor utilidad práctica y no ser interpretado como un tipo penal subsidiario, aun cuando la redacción actual

del tipo penal nos lleve a ese derrotero. Una correcta tipificación y uso de las figuras penales de organización criminal y banda criminal, de acuerdo con sus grados de complejidad, traerá como consecuencia una eficaz lucha contra el fenómeno de la criminalidad organizada que tanto daño genera en la vida social de nuestro país.

BIBLIOGRAFÍA

1. Recursos bibliográficos físicos

BACIGALUPO, Enrique (1999), Principios constitucionales de derecho penal, Hammurabi, Buenos Aires, pp. 303.

BECCARIA, Cesare (1764). Dei delitti e delle pene, traducción de Juan Antonio de las Casas, Editorial digital Moro, pp. 428.

BARDAVÍO, Carlos (2018). Las sectas en el Derecho penal. Estudio dogmático de los delitos sectarios, Bosch, Barcelona, pp. 936.

BUSTOS, Juan y Hernán, HORMAZÁBAL (1997). Lecciones de Derecho Penal, Volumen I, Editorial Trotta, Madrid, pp. 260.

CANCIO, Manuel (2011). "Capítulo XXVIII. Delitos de organización: criminalidad organizada común y delitos de terrorismo". En: DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, Julio (Dir.), Estudios sobre las reformas del Código penal. Operadas por las LO 5/2010, de 22 de junio, y 3/2011, de 28 de enero, Civitas-Thomson Reuters, Madrid, pp. 643-670.

CASAS, Wilfredo (2018). "La estructura" como elemento normativo del tipo penal prescrito en el art. 317 del CP. En: Actualidad Penal, Número 51, Lima, pp. 25-33.

CHÁVEZ, Jorge (2020). El crimen organizado en el Perú, Instituto Pacífico, Lima, pp. 893.

CHOCLÁN, José (2000). La organización criminal. Tratamiento penal y procesal, Dykinson, Madrid, pp. 81.

COMISIÓN DE LA VERDAD Y RECONCILIACIÓN (2003). Informe Final, Tomo I, Lima, pp. 247.

DE LA CUESTA, José (2001), "El Derecho Penal ante la criminalidad organizada: nuevos retos y límites". En: GUTIÉRREZ-ALVIZ, Faustino y Marta, VALCÁRCEL (Dir.), La cooperación internacional frente a la criminalidad organizada, Universidad de Sevilla, pp. 85-126.

DELGADO, Martín (2001). La criminalidad organizada. José María Bosch, Barcelona, pp. 191.

DÍAZ, Miguel (1991). La autoría en derecho penal, Promociones y Publicaciones Universitarias, Barcelona, pp. 787.

DONNA, Edgardo (2002). La autoría y participación criminal, 2^{da} Edición, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, pp. 138.

GARCÍA, Percy (2019). Derecho Penal. Parte General, Ideas, Lima, pp. 1225.

GONZÁLEZ-CUÉLLAR, Nicolás (2018). Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal, INPECCP, Lima, pp. 439.

JAKOBS, Günther (1997). Derecho Penal, Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación, 2da edición corregida, Marcial Pons, Madrid, pp. 1113.

LÓPEZ, Julián (2015). Criminalidad organizada: aspectos jurídicos y criminológicos, Dykinson, Madrid, pp. 194.

LÓPEZ, Julián (2019). Criminalidad organizada y terrorismo. Formas criminales paradigmáticas, Dykinson, Madrid, pp. 330.

MEINI, Iván (2014). Lecciones de derecho penal, Parte general, Teoría jurídica del delito, Fondo Editorial PUCP, Lima, pp. 386.

MERINO, Joaquín y Francisco, PAÍNO (2016). Lecciones de criminalidad organizada, Universidad Complutense de Madrid (UCM), Madrid, pp. 189.

MIR PUIG, Santiago (2003). Introducción a las bases del derecho penal, 2da edición, Editorial B de f, Buenos Aires, pp. 325.

MIR PUIG, Santiago (2016). Derecho Penal, Parte General, Editorial B de f, Buenos Aires, pp. 861.

PÁUCAR, Marcial (2016). El delito de organización criminal. Ideas. Lima, pp. 405.

PEÑA, Raúl (1986). Tratado de Derecho Penal, Volumen III, Parte Especial, 1ra Edición, Editorial Sagitario, Lima, pp.561.

PÉREZ, Jorge (2021). Derecho Penal, Parte General, Instituto Pacífico, Lima, pp. 796.

PRADO, Víctor (2016). Criminalidad organizada. Parte Especial, Instituto Pacífico, Lima, pp. 543.

PRADO, Víctor (2019). Derecho penal y política criminal. Problemas contemporáneos, Gaceta Jurídica, Lima, pp. 526.

PRADO, Víctor (2019). Lavado de activos y organizaciones criminales en el Perú. Nuevas políticas, estrategias y marco legal, IDEMSA, Lima, pp. 965.

PRADO, Víctor (2021). Derecho Penal, Parte Especial, Una introducción en sus conceptos fundamentales, Instituto Pacífico, Lima, pp. 703.

ROXIN, Claus (2014). Derecho Penal. Parte General, Tomo II, Especiales formas de aparición del delito, Traducción y notas de Diego-Manuel Luzón Peña (Director), José Manuel Paredes Castañón, Miguel Díaz y García Conlledo, Javier de Vicente Remesal, en colaboración con otros, Civitas-Thomson Reuters, Madrid, pp. 1069.

ROXIN, Claus (1997). Derecho Penal. Parte General, Tomo I, Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito, Traducción y notas de Diego-Manuel Luzón Peña Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, Civitas-Thomson Reuters, Madrid, pp. 1071.

VILLAVICENCIO, Felipe (2019). Derecho Penal, Parte General, Grijley, Lima, pp. 807.

WELZEL, Hans (1956). Derecho Penal, Parte General, traducido por Carlos Fontán Balestra, Roque Depalma Editor, Buenos Aires, pp. 271.

YACOBUCCI, Guillermo (2005). El crimen organizado, Desafíos y perspectivas en el marco de la globalización, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, pp. 446.

YAIPEÑ, Víctor (2020). El delito de Organización criminal. Injusto de sistema y autopoietico, Ideas, Lima, pp. 510.

ZAFFARONI, Eugenio; SLOKAR, Alejandro y Alejandro ALAGIA (2006), Manual de Derecho Penal, Ediar, Buenos Aires, pp. 788.

ZÚÑIGA, Laura (2013). Criminalidad organizada y sistema de derecho penal. Contribución a la determinación del injusto penal de organización criminal, Comares, Granada, pp. 293.

ZÚÑIGA, Laura (2013). Criminalidad de empresa y criminalidad organizada. Dos modelos para armar en el derecho penal, Jurista Editores, Lima, pp. 701.

ZÚÑIGA, Laura (Dir.) (2016). Ley contra el crimen organizado (Ley N.º 30077). Aspectos sustantivos, procesales y de ejecución penal, Instituto Pacífico, Lima.

ZURITA, Alri (2020). El delito de organización criminal, Fundamentos y contenido de injusto, Bosch, Barcelona, pp. 558.

2. Recursos bibliográficos virtuales

BAGES, Joaquim (2018). Límites al desvanecimiento del tipo penal. Aproximación al concepto de violencia en la Parte especial del Código penal, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, RECPC 20-2020, pp. 79. Se puede acceder al texto a través del siguiente enlace: <http://criminnet.ugr.es/recpc/20/recpc20-20.pdf>, fecha y hora de visita: 25 de abril de 2020, a las 18:50 horas.

CASTILLO-CÓRDOVA, Luis (2004). El principio de proporcionalidad en el ordenamiento jurídico peruano, Especial referencia al ámbito penal, Doxa: tendencias modernas del derecho, Universidad de Piura, Repositorio Institucional PIRHUA, pp. 155-180. Se puede acceder al texto a través del siguiente enlace: https://pirhua.udep.edu.pe/bitstream/handle/11042/1960/Pincipio_proporcionalidad_ordenamiento_juridico_peruano.pdf?sequence=1, fecha y hora de visita 4 de mayo de 2020, a las 16:00 horas.

CORDINI, Nicolas (2017). Delitos de organización: Los modelos de “conspiracy” y “asociación criminal” en el Derecho interno y en el Derecho internacional, Derecho Penal y Criminología, Volumen 38, Número 104, Bogotá, p. 75-120. Se puede acceder al texto a través del siguiente enlace:

<http://web.b.ebscohost.com.ezproxybib.pucp.edu.pe:2048/ehost/pdfviewer/pdfviewer?vid=1&sid=b4ff5a41-167d-44ca-ab64-f724dc34c68b%40pdc-v-sessmgr06>, fecha y hora de visita: 2 de mayo de 2020 a las 15:00 horas.

CORDINI, Nicolas (2018). Derecho penal transnacional: hacia una dogmática jurídico-penal regional, Política Criminal: Revista Electrónica Semestral de Políticas Públicas en Materias Penales, Volumen 13, Número 26, Santiago, p. 1140-1169. Se puede acceder al texto a través del siguiente enlace:

<http://web.a.ebscohost.com.ezproxybib.pucp.edu.pe:2048/ehost/pdfviewer/pdfviewer?vid=1&sid=665afbce-6c82-4415-bd45-6dcbf4ff3c5d%40sdc-v-sessmgr01>, fecha y hora de visita: 3 de mayo de 2020 a las 17:10 horas.

FARALDO, Patricia (2013). Organizaciones criminales y asociaciones ilícitas en el Código Penal español, En: Revista de Estudios de la Justicia, Número 19, pp. 13-45. Se puede acceder al texto a través del siguiente enlace:

<https://rej.uchile.cl/index.php/RECEJ/article/view/36183/37858>, fecha y hora de visita: 12 de diciembre de 2020 a las 19:54 horas.

LOPEZ, Julián (2013). El orden público bajo la amenaza de la criminalidad organizada, Revista de Derecho UNED, Número 13, Madrid, p. 233-260. Se puede acceder al texto a través del siguiente enlace:

<http://web.b.ebscohost.com.ezproxybib.pucp.edu.pe:2048/ehost/pdfviewer/pdfviewer?vid=1&sid=508c51ce-7821-47b2-9132-5bdebfa96c26%40sessionmgr101>, fecha y hora de visita: 5 de junio de 2021 a las 17:00 horas.

LUNA, José (2008). La concepción funcionalista y de unidad sistemática de la seguridad jurídica, como justificación para unificar la legislación penal mexicana, Revista Mexicana de Justicia, Número 12, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Se puede acceder al texto a través del siguiente enlace:

<https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/reforma-judicial/article/view/8734/10769>, fecha y hora de la visita: 05 de junio de 2021, a las 19:00 horas.

MATUS, Jean Pierre (2017). La responsabilidad penal por el hecho colectivo. Aspectos de derecho chileno y comparado, En: Nuevo Foro Penal, Volumen 13, Número 88, Medellín, p. 39-71. Se puede acceder al texto a través del siguiente enlace: <http://publicaciones.eafit.edu.co/index.php/nuevo-foro-penal/article/view/4750/pdf>, fecha y hora de visita: 30 de abril del 2020 a las 21:22 horas.

MATUS, Jean Pierre (2013). Las formas de responsabilidad criminal por el hecho colectivo en el Derecho internacional y en el derecho interno chileno conforme a la Ley N° 20.357, Política Criminal: Revista Electrónica Semestral de Políticas Públicas en Materias Penales, Volumen 8, Número 16, Santiago, p. 363-386. Se puede acceder al texto a través del siguiente enlace: <http://web.a.ebscohost.com.ezproxybib.pucp.edu.pe:2048/ehost/pdfviewer/pdfviewer?vid=2&sid=27808e40-e2b5-4b60-a52c-8592a1fd2404%40sdc-v-sessmgr03>, fecha y hora de visita: 30 de abril del 2020 a las 21:30 horas.

MUÑOZ, Josefa (2020). Elementos diferenciadores entre organización y grupo criminal, En: Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, Número 22-08, pp. 1-42. Se puede acceder a través del siguiente enlace: <http://criminnet.ugr.es/recpc/22/recpc22-08.pdf>, fecha y hora de visita: 12 de diciembre de 2020 a las 19:33 horas.

REGIS, Luiz (2011). La norma penal como norma de conducta. Revista de Derecho Penal y Criminología, 3ra época, Número 5, pp. 145-172. Se puede acceder a este texto a través del siguiente enlace: <http://e-spacio.uned.es/fez/eserv/bibliuned:revistaDerechoPenalyCriminologia-2011-5-1020/Documento.pdf>, fecha y hora de visita: 31 de abril de 2020 a las 22:10 horas.

ROMERO, Angélica (2012). Los delitos en banda en el Derecho penal alemán, Revista Penal México, Número 3, p. 203-227. Se puede acceder al texto a través del siguiente enlace: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6165637>. Fecha y hora de visita: 11 de setiembre de 2021, a las 11:12 horas.

ZÚÑIGA, Laura (2016) El concepto de criminalidad organizada, Nuevo Foro Penal, Volumen 12, Número 86, Medellín, p. 62-114. Se puede acceder al texto a través del siguiente enlace: <http://publicaciones.eafit.edu.co/index.php/nuevo-foro-penal/article/view/3646/2923>, fecha y hora de visita: 5 octubre de 2021 a las 18:00 horas.

ZURITA, Alri (2017). El delito de organización criminal: Fundamentos de responsabilidad y sanciones jurídicas, Tesis Doctoral, Universidad de Sevilla, pp. 627. Se puede acceder al texto a través del siguiente enlace:

<https://idus.us.es/bitstream/handle/11441/61304/Tesis%20Alri%20ZURITA%20GUTI%C3%89RREZ.pdf?sequence=1>, fecha y hora de visita: 10 de noviembre de 2021 a las 18:00 horas.

3. Instrumentos jurisprudenciales

Corte Suprema de la República (2006), Pleno Jurisdiccional de las Salas Supremas Permanente y Transitorias, Acuerdo Plenario N.º 4-2006/CJ-116, fecha 13 de octubre de 2006, pp. 4. Recuperado de: https://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4_per_4-06.pdf.

Corte Suprema de la República (2016), Sala Penal Transitoria, Recurso de Nulidad N.º 2529-2015 Lima Norte, fecha 2 de agosto de 2016, pp. 3. Recuperado de: https://static.legis.pe/wp-content/uploads/2018/11/R.N-2529-2015-Lima-Norte-Legis.pe_.pdf.

Corte Suprema de la República (2019). XI Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente, Transitoria y Especial, Acuerdo Plenario N.º 08-2019/CIJ-116, fecha 10 de septiembre de 2019, pp. 12. Recuperado de: https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/c4c46100414a94e69b50bb5aa55ef1d3/Acuerdo_Plenario_8_2019_CIJ_116.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=c4c46100414a94e69b50bb5aa55ef1d3.

Corte Suprema de la República (2019). XI Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente, Transitoria y Especial, Acuerdo Plenario N.º 10-2019/CIJ-116, fecha 10 de septiembre de 2019, pp. 29. Recuperado de: https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/01e49b00414ac4259d83bd5aa55ef1d3/Acuerdo_Plenario_10_2019_CIJ_116.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=01e49b00414ac4259d83bd5aa55ef1d3.

Sala Penal Nacional y Juzgados Penales Nacionales (2017), I Pleno Jurisdiccional 2017, Acuerdo Plenario N.º 01-2017-SPN, 5 de diciembre de 2017, pp. 21. Recuperado de:

<https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/00533e0045b4dc9eaa92fa04d51e568e/doc11927920180530101511.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=00533e0045b4dc9eaa92fa04d51e568e>.

Tribunal Supremo de España (2013), Sala de lo Penal, STS N.º 855/2013, Sección 1, fecha 11 de noviembre de 2013, Madrid. Recuperado de:

<https://www.iberley.es/jurisprudencia/sentencia-penal-n-855-2013-ts-sala-penal-sec-1-rec-10314-2013-11-11-2013-13428821>.

Tribunal Supremo de España (2019), Sala de lo Penal, STS N.º 736/2019, Sección 1, fecha 5 de marzo de 2019, Madrid. Recuperado de:

<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/8d924d20311cf61e/20190315>.

Tribunal Supremo de España (2023), Sala de lo Penal, STS N.º 619/2023, Sección 1, fecha 1 de marzo de 2023, Madrid. Recuperado de:

<https://www.poderjudicial.es/search/documento/TS/10370071/proceso%20penal/20230310>.

Tribunal Supremo de España (2023), Sala de lo Penal, STS N.º 1225/2023, Sección 1, fecha 15 de marzo de 2023, Madrid. Recuperado de:

<https://www.poderjudicial.es/search/documento/AN/10421063/delitos%20contra%20la%20colectividad/20230412>.

Tribunal Constitucional del Perú (2015), Pleno Jurisdiccional, Expediente N.º 00022-2011-PI/TC, fecha 08 de julio de 2016, pp. 135. Recuperado de:

<https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2015/00022-2011-AI.pdf>.

Tribunal Constitucional del Perú (2005), Pleno Jurisdiccional, Expediente N.º 0019-2005-PI/TC, fecha 21 de julio de 2005, pp. 28. Recuperado de:

<https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00019-2005-AI.pdf>.

Tribunal Constitucional del Perú (2012), Sala Segunda, Expediente N.º 01010-2012-PHC/TC, fecha 22 de octubre de 2012. Recuperado de:

<https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2012/01010-2012-HC.html>.