

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD  
CATÓLICA DEL PERÚ  
Escuela de Posgrado**



**Sobre la actuación criminal grupal como organización criminal  
dentro de la estructura orgánica del Estado**

Tesis para obtener el grado académico de Magíster en Derecho con mención en  
Derecho Penal que presenta:

**Jaime Óscar Robles Montoya**

Asesor:

**Héctor Fidel Rojas Rodríguez**

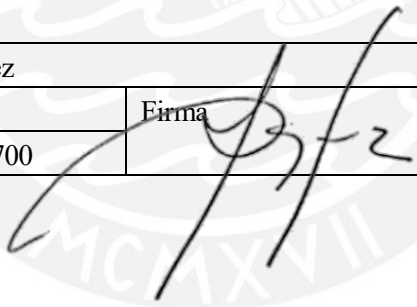
Lima, 2025

## Informe de Similitud

Yo, Héctor Fidel Rojas Rodríguez, docente de la Escuela de Posgrado de la Pontificia Universidad Católica del Perú, asesor de la tesis titulada **Sobre la actuación criminal grupal como organización criminal dentro de la estructura orgánica del Estado** del autor Jaime Óscar Robles Montoya, dejo constancia de lo siguiente:

- El mencionado documento tiene un índice de puntuación de similitud de 26%, aplicando filtros para cadenas de 25 palabras. Así lo consigna el reporte de similitud emitido por el software Turnitin el 13 de junio de 2025.
- 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.

Lugar y fecha: Lima, 13 de junio de 2025

Héctor Fidel Rojas Rodríguez	
DNI: 10621425	Firma 
ORCID: 0000-0001-9807-8700	

## RESUMEN

Para afirmar la existencia de una organización criminal desde la legislación internacional (convencional) y nacional, debe cumplirse con verificar los concretos elementos del tipo que la caracterizan y diferencian de otras formas de actuación criminal grupal. Sin embargo, no se ha discutido si dichas características esenciales se cumplen siempre de modo similar en todas las manifestaciones de una organización criminal, o si aquélla adquiere características particulares cuando la concertación criminal se da entre funcionarios públicos y en el seno de la estructura orgánica estatal (dentro del ente estatal); es decir, se debe analizar si los elementos esenciales que definen lo que es una organización criminal deben reinterpretarse, flexibilizarse o adaptarse cuando se impute que la organización criminal opera dentro de la estructura estatal.

En esa línea, la presente investigación explora y expone los fundamentos teóricos que explican cómo la actuación criminal grupal (organización criminal) adquiere características especiales cuando se da en el seno de la funcionalidad institucional de la estructura orgánica del Estado. A partir de ello, se desarrolla cuáles son y como operan dichas características que la distinguen de una organización criminal común o cualquier otro tipo de organización criminal.

Finalmente, se debe señalar que en este trabajo se utiliza la dogmática jurídica como método para la construcción lógica de su contenido, al definir y explicar el fenómeno estudiado: una organización criminal dentro del aparato del Estado.

## ABSTRACT

The affirmation of the existence of a criminal organization under both international (conventional) and domestic legal frameworks requires the verification of highly specific constitutive elements that define and distinguish such an entity from any other form of criminal group. Nevertheless, scholarly debate has yet to adequately address whether these essential characteristics can be fully satisfied in their current formulation when the underlying criminal concert arises among public officials and within the structural framework of the State apparatus itself; or whether these definitional elements ought to be reinterpreted, adapted, or conceptually reframed when the alleged criminal organization is embedded within the institutional structure of the State.

In pursuit of this inquiry, the present study systematically examines and elaborates upon the theoretical foundations supporting the proposition that the institutional functionality of the State's organic structure necessitates that collective criminal conduct, when materialized as an internal criminal organization, acquires distinctive and sui generis characteristics. The analysis delineates these attributes, thereby demonstrating that such a phenomenon is analytically distinguishable from ordinary criminal organizations or other conventional forms of organized criminality.

Finally, it must be emphasized that this work employs a juridical-dogmatic methodology, providing a logically coherent conceptual construction of the phenomenon under examination: the existence of a criminal organization operating within the machinery of the State.

**DEDICATORIA**

*A mis Padres Rodolfo y Nelly, y a mis  
hermanos José Higinio y Rodolfo Felipe.*

## ÍNDICE

<b>RESUMEN</b>	3
<b>ABSTRACT</b>	4
<b>DEDICATORIA</b>	5
<b>ÍNDICE</b>	6
<b>INTRODUCCIÓN</b>	8
<b>CAPÍTULO I:</b>	10
<b>LA ACTUACIÓN CRIMINAL GRUPAL COMO ORGANIZACIÓN CRIMINAL DENTRO DEL APARATO DEL ESTADO: TRATAMIENTO Y FUNDAMENTOS DE PUNICIÓN</b>	10
1.1 Delimitación del objeto de estudio de la presente investigación	10
1.2 Fundamentos de la punición de toda actuación criminal grupal como organización criminal.	14
1.2.1 <i>Punición por la organización criminal como acto preparatorio de un delito fin y/o como contexto de imputación</i>	14
1.2.2 <i>Punición de la organización criminal como delito autónomo</i>	20
1.2.3 <i>Características esenciales para definir la existencia de una organización criminal</i>	27
1.3 Tratamiento penal en el Perú, al enfrentar y sancionar a una organización criminal que opera dentro de la estructura del Estado	34
1.3.1 <i>Bases normativas empleadas</i>	34
1.3.2 <i>Tratamiento Jurisprudencial</i>	39
1.3.3 <i>Actual análisis jurídico penal usado sobre la estructura estatal por el hecho que la actuación criminal se produce dentro del aparato del Estado</i>	44
<b>CAPÍTULO II</b>	46
<b>LA ORGANIZACIÓN ESTATAL Y LA ACTUACIÓN GRUPAL COMO ORGANIZACIÓN CRIMINAL EN ELLA</b>	46
2.1 El factor organizacional como objeto de imputación y la estructura orgánico estatal	46
2.2 Del <i>ius imperium</i> y de la estructura orgánica estatal	51
2.3 Del bien jurídico protegido, la organización criminal y la estructura orgánico estatal: el bien jurídico paz y tranquilidad pública, el bien jurídico correcto funcionamiento de la administración pública y la autotutela del poder del Estado	60
2.4 De otras características de la estructura orgánico estatal peruana.	69

<b>CAPÍTULO III</b>	72
<b>CARACTERÍSTICAS PROPIAS DE UNA ACTUACIÓN CRIMINAL GRUPAL COMO ORGANIZACIÓN CRIMINAL DENTRO DEL APARATO DEL ESTADO</b>	72
<b>3.1 Características específicas de la actuación criminal grupal como organización criminal al darse dentro del aparato del Estado</b>	<b>72</b>
3.1.1 <i>Subvertir la personificación del Estado.</i>	72
3.1.2 <i>Del bien jurídico protegido y su pluriofensividad</i>	73
3.1.3 <i>De la estructura organizativa</i>	75
3.1.4 <i>De la permanencia operativa</i>	76
3.1.5 <i>De los actos de organización, concertación y coordinación</i>	79
3.1.6 <i>Agrupación de tres o más personas</i>	81
3.1.7 <i>Finalidad delictiva</i>	82
<b>3.2 Tratamiento diferenciable en su naturaleza y efectos jurídicos para punir dicha criminalidad dentro del ente estatal</b>	<b>82</b>
<b>3.3 Diferencias previsibles en la lucha contra dicha actuación criminal grupal dentro del Estado</b>	<b>84</b>
<b>CONCLUSIONES</b>	86
<b>BIBLIOGRAFÍA</b>	89



## INTRODUCCIÓN

En la realización de este estudio subyace la inquietud de que al introducir los funcionarios públicos una estructura orgánica ajena a la institucional estatal como organización criminal para beneficiarse, deviene no en una simple organización criminal más, sino que —dada su estructuración en el seno de las estructuras estatales— se reviste de características esenciales totalmente diferentes. Dicha diferenciación deviene manifiestamente en penalmente relevante y ameritaría un tratamiento jurídico-penal absolutamente diferenciado.

Es que su introducción en la estructura estatal, con la neutralización y aseguramiento de la manipulación del aparato del Estado para sus intereses abyectos, la convierte en una actuación criminal grupal distinta, que es ahora por sí misma un resultado de agresión a la estructura estatal y su *ius imperium*.

Es necesario aprehender las características especiales de tal fenómeno criminal desde los conocimientos sobre la actuación criminal grupal como organización criminal (ya desarrollados en la literatura del derecho penal), pero ahora analizando y aplicando dichos conocimientos, a que la actuación colectiva criminal es perpetrada dentro del aparato estatal y cómo ello implica ineludiblemente aparezcan características especiales en la organización delictiva estudiada.

En el primer capítulo desarrollamos el estado de la cuestión del tratamiento y los fundamentos de punición de una organización criminal. Esto desde la discusión general de tratar la concertación ilícita como acto preparatorio de un delito fin y/o como contexto de imputación o tratarlo como delito autónomo, hasta definir cuáles son las características esenciales consensuadas doctrinariamente internacional y nacionalmente para definir la existencia de una organización criminal. Luego se desarrolla el tratamiento penal seguido en el Perú normativa y jurisprudencialmente para enfrentar y sancionar a una organización criminal, poniendo en evidencia cómo no se ha tenido en cuenta o meditado, si las características de una organización criminal —cuando ésta se da dentro de la estructura estatal— mudan o adquieren otras dimensiones específicas.

En el segundo capítulo analizamos las especificidades de la estructura orgánica estatal como espacio especial donde se desarrolla el fenómeno estudiado para conocer las esencialidades del funcionamiento de las estructuras estatales y cómo devienen en

reales parámetros de funcionalidad que se imponen a un grupo criminal que se instaure y quiera existir en ellas. Conocer la real esencia estatal que se afecta (su *ius imperium*), el bien jurídico comprometido y otras características del ente estatal que, con sus deberes y especificidades muy particulares de su funcionamiento, obliga a que la actuación criminal grupal como organización criminal cuando se da en su seno, tenga características especiales para poder funcionar en ellas. Y que exigen mudar, flexibilizar o reinterpretar lo ya predicado para afirmar la existencia de una organización criminal en un ámbito común.

En el tercer capítulo sentamos nuestra postura, que la actuación criminal grupal de funcionarios públicos como organización criminal, al darse dentro del aparato del Estado, adquiere características específicas que la hacen diferenciable en su naturaleza y tratamiento jurídico, las mismas que mencionamos y desarrollamos. Así mismo, exponemos el tratamiento jurídico diferenciable que ello implica y las previsibles diferencias que tendríamos, de tomar en cuenta estas perspectivas, en la lucha legal contra dicha actuación criminal grupal dentro del Estado.

Por tratarse de una tesis de carácter jurídico, en este trabajo se utiliza la dogmática jurídica como método para la construcción de soluciones a los vacíos o contradicciones del ordenamiento jurídico. No se utilizan técnicas de recojo de datos propios de disciplinas empíricas, pues se trata de una investigación de carácter bibliográfico.

## **CAPÍTULO I:**

### **LA ACTUACIÓN CRIMINAL GRUPAL COMO ORGANIZACIÓN CRIMINAL DENTRO DEL APARATO DEL ESTADO: TRATAMIENTO Y FUNDAMENTOS DE PUNICIÓN**

#### **1.1 Delimitación del objeto de estudio de la presente investigación**

Aquí no se pretende abarcar el estudio de la actuación individual de un funcionario público aprovechando su cargo (sea favoreciendo a un particular o favoreciéndose eventualmente él mismo del cargo). Ello corresponde ser estudiado como un acto de corrupción propio. Tampoco, aunque sea más sutil la diferencia, cuando ese mismo funcionario favorece con su accionar individual (por su cargo) a toda una organización criminal externa al aparato estatal. Si bien es cierto, por su causa la organización criminal (por ejemplo: una firma de narcotráfico) tiene un punto de apoyo dentro del aparato del Estado (en este caso el mismo funcionario corrupto, ejemplo, un Juez), no se puede afirmar que la organización criminal existe “dentro” del aparato estatal. En este caso, lo que ocurre es que existe una organización criminal con contactos puntuales de funcionarios públicos (si esos funcionarios individuales, constante o perennemente favorecen a la estructura criminal externa, entonces y sólo entonces se predicará que los funcionarios son parte ya de la estructura criminal externa y, él o ellos, un infiltrado o infiltrados en las estructuras estatales).

Lo relevante para la presente investigación es la existencia de toda una actuación criminal grupal de funcionarios públicos dentro del aparato del Estado que, como organización criminal, se estructura al interior del Estado, logrando insertar todo un aparato criminal dentro del ente estatal: una real subestructuración estatal interna.

No es un problema cuantitativo lo que aquí se estudia (no es lo esencial la cantidad de miembros agrupados en un acto criminal), sino lo que se aprehende es un problema cualitativo: la naturaleza del fenómeno que representa una determinada actuación grupal criminal especial dentro de la estructura estatal.

La actuación criminal especial a estudiar y aprehender jurídico penalmente es la que grupalmente se desarrolla (y se está desarrollando hace tiempo) dentro de nuestras

estructuras estatales. Es básicamente formado por funcionarios públicos (aunque sí hay casos donde participan algún o algunos extraneus), donde se aprecia a todos los funcionarios involucrados, organizados entre ellos en este fenómeno y actuando ya como una organización criminal formada por ellos dentro de la estructura estatal.

La Subestructuración estatal, según **Robles (2002, p. 224-393)**, alude a la existencia de una compleja red de relaciones que funcionalmente deviene en una estructura orgánica de individuos que funciona al interior y se parapeta tras la estructura estatal. Dicha organización subyacente logra, fáctica y subrepticamente, funcionar dentro de la estructura estatal investida y se yuxtapone transversalmente a ella, desplazándola en la funcionalidad de la detentación del poder (*ius imperium*) en un determinado ámbito estadual y social. Subestructuración porque la estructura estatal preexistente no desaparece ni es reemplazada por otra —como ocurriría en un conflicto armado interno donde luego de una posible desestructuración del aparato del Estado se erige una nueva estructura estatal devenida del bando triunfante— sino que es infiltrada por un conjunto de relaciones que logran establecer en su seno toda una red de relaciones que, cual estructura orgánica interna, termina funcionando transversalmente y yuxtapuesta a ella. Aquí la estructura estatal (con sus fines, valores, funcionalidad, institucionalidad, etc.) se vuelve lo aparente de lo que realmente funciona: la subestructura (con sus fines criminales, valores, funcionalidad paralela, etc.)

Es así que la estructura subyacente dentro del aparato del Estado se convierte, desde las sombras, en la verdadera detentadora del poder y de la funcionalidad institucional de la porción del aparato del Estado donde logra instaurarse (Ej: una comisaría, una porción de una institución estatal, una institución, un gobierno local, uno regional, o nacional, etc.).

No se trata entonces de actos de corrupción en que individualmente pueden incurrir los funcionarios en sus específicos puestos laborales con terceros extraneus, sino del establecimiento de toda una red autónoma de relaciones de funcionarios públicos que funciona tras la institucionalidad estatal en una porción de la misma para controlar dicha porción en su funcionalidad institucional. Por ello deviene en una organización compleja criminal.

Por ejemplo, en una circunscripción dada: un pueblo, región, o a nivel nacional, una firma del narcotráfico que se desarrolle en ese ámbito no es una subestructura estatal, pues ocurre orgánicamente fuera del Estado. Ahora bien, aun cuando esa firma de narcotráfico lograra corromper individualmente a ciertos funcionarios del ámbito donde se desarrolla (p.e. jueces, fiscales, policías, etc.), no alcanzaría a calificar como una subestructura estatal.

Será necesario que exista una compleja red orgánica de funcionarios que funcione dentro de la institucionalidad estatal en dicho ámbito. De esa forma, la funcionalidad de la porción o totalidad de la estructura estatal sometida de él queda totalmente controlada por la subestructura implantada. Esa subestructura existente, que luego dé servicios a la firma de narcotráfico (y ponga a su disposición torcer las funciones públicas a su favor) o a cualquier otro según sus beneficios, es independiente. Lo que aquí estudiamos es la formación y sus efectos jurídicos de la existencia, justamente, de dicha subestructura orgánica criminal dentro del Estado.

Siguiendo el ejemplo, esa red orgánica compleja (la subestructura estatal) es cualitativamente distinta a la organización del narcotráfico en su finalidad, funcionalidad, dinámica, etc. De esa forma, si el capo del narcotráfico contacta para su beneficio a la subestructura estatal, ella no pasa a ser parte orgánica de la firma del narcotráfico. Por el contrario, dicha subestructura estatal le podría dar servicios que permitan la existencia y funcionamiento impune de la firma.

Es más, es tal la preponderancia de la subestructura criminal dentro del Estado que, volviendo al ejemplo planteado, la actividad de la firma de narcotráfico se puede convertir en una actividad orgánica delictual específica que se desarrolla solo bajo el imperio de la subestructura criminal implantada dentro del Estado (la subestructura estatal ahora se lo permite, pues es la que impera en esa porción estatal).

Es necesario que exista una red orgánica de determinada complejidad que funcione dentro de la institucionalidad estatal, en un ámbito determinado, de forma que la funcionalidad de la porción o totalidad de la estructura estatal sometida a ella quede totalmente controlada por la subestructura implantada. En el ejemplo antes propuesto, si esa subestructura existente luego brinda servicios a la firma de narcotráfico —o a cualquier otra, según sus intereses—, se puede identificar un fenómeno independiente.

Lo que aquí nos proponemos estudiar es esa formación y efectos jurídicos de la subestructura orgánica criminal dada dentro del aparato del Estado.

Ciertamente, dicha red orgánica oculta interna tiene la finalidad y logra hacerse del control del Poder e institucionalidad del aparato estatal en la porción tomada, en desmedro de la funcionalidad legal de la estructura estatal “secuestrada”. Eso para que bajo su imperium soterrado se lleven a cabo actividades delictuales concretas con beneficio para los comprometidos en el fenómeno mencionado, sin persecución legal a la vista, con impunidad y en desmedro del Estado de derecho. Todo ello mientras dure su ocultamiento.

La funcionalidad de este fenómeno implica corrupción, pero no todo acto de corrupción logra controlar la institucionalidad y funcionalidad del aparato estatal donde se establezca. No todo ejercicio grupal de corrupción logra infiltrar en tal grado y yuxtaponer su funcionalidad a la estatal en la detentación misma del poder y funcionalidad institucional en una circunscripción. No todo acto de corrupción deviene en una subestructura estatal.

El fenómeno aquí descrito puede implementarse en la extensión de la estructura estatal, ya sea parcialmente (infiltrándola direccionadamente para tener el *imperium* en un órgano del Estado: Poder Judicial, Ministerio Público, Fuerzas Armadas, municipalidad, gobierno regional, comisaria, etc.), localmente (infiltrando todo aparato estatal instalado en una localidad, región, etc.) o nacionalmente (subyaciendo la infiltración en las altas esferas gubernativas y controlando todo órgano de poder nacional).

Sin embargo, la naturaleza del fenómeno es la misma. Su naturaleza cualitativamente relevante, para el ámbito penal, es que la actuación criminal grupal como organización criminal se dé dentro de la estructura estatal: se establece una oculta red o subestructura cuya funcionalidad subrepticamente se yuxtapone a la estatal en la detentación del poder (*ius imperium*) y funcionamiento institucional en el ámbito sometido (local, regional, institucional, etc).

Este es el objeto de nuestro estudio. Aquí se rebasa a un mero acto de corrupción. Hay un elemento subjetivo y objetivo mayor: la búsqueda del poder mismo, el *imperium* en un determinado espacio del aparato estatal y el control institucional de esa porción

del aparato del Estado. Pero es un *imperium* y control institucional clandestinamente de facto, secretamente trabajado, sin parámetros legales y para beneficio ilícito del grupo soterrado comprometido en este fenómeno y los asiduos que solicitan sus servicios

Esta forma de imperar tras bambalinas en un determinado espacio es un fraude al Estado de derecho. Quienes manejen esta red implantan un fenómeno que atenta contra el Estado de derecho.

Y aquí es donde se presenta lo paradójico del asunto: las estructuras estatales, que son aquellas encargadas de preservar en nuestras sociedades, los parámetros de actuación legal y nuestros valores constitucionales, no lo hacen porque algunos de sus funcionarios son parte precisamente de una estructura subrepticia, son parte de una subestructura que funciona dentro de la estructura estadual como organización criminal y que funciona para ellos: sus intereses priman, aun en contra de nuestros derechos.

Como ya se ha expresado, esta actuación criminal grupal formada dentro del aparato del Estado adquiere características especiales que requieren ser estudiadas a profundidad para analizar si las mismas tienen o no semejanza con las características generales que la dogmática penal y nuestra legislación y jurisprudencia han desarrollado respecto de la actuación de todas las organizaciones criminales en el ámbito común. En los capítulos que continúan se analiza a profundidad esta distinción y los posibles puntos en común, con el fin de tomar, finalmente, una postura al respecto.

## **1.2 Fundamentos de la punición de toda actuación criminal grupal como organización criminal.**

### ***1.2.1 Punición por la organización criminal como acto preparatorio de un delito fin y/o como contexto de imputación***

Difícilmente habrá quien afirme que la circunstancia fáctica objetiva de la funcionalidad de una estructura orgánica delictiva es irrelevante penalmente. Esto dado todo lo que implica: la capacidad criminógena de dichas organizaciones, la manifiesta voluntad para actuar ilícitamente en conjunto, la decidida y premeditada grupal permanencia en el accionar delictivo, la eficaz planificación de roles para actuar delictivamente, si acaso el gran grado de fungibilidad de los intervinientes, o la alta y

eficiente parcialización del proceso decisional para delinquir. Asimismo, por la cantidad de integrantes que implica y la compleja intervención disciplinada en la actuación ilícita conjunta, así como la capacidad para adherir nuevos miembros y diversificarse en los delitos, su potencialidad frente a sus víctimas y frente a los órganos estatales de control de la criminalidad, etc.

La gravedad de lo descrito no pasa desapercibida para la dogmática del derecho penal. Lo importante es cómo se aprehende penalmente. Para eso distinguimos 2 tendencias:

- Con base en los delitos fines que a través de la estructura orgánica se cometan.
- Diferenciando, además, el carácter autónomo o independiente del delito de formar parte de una maquinaria o estructura orgánica delictiva.

Abordar el funcionamiento de una subestructura estatal que funcione como organización criminal dentro del aparato del estado implica que estas tendencias atañen al estudio de nuestro problema: ¿cómo debe ser aprehendido penalmente este fenómeno estudiado?

La primera tendencia concuerda con que, al estructurarse orgánicamente para delinquir, implica su no autonomía como delito. Esta posición no desatiende tomar en cuenta la circunstancia específica de estructurarse orgánicamente para delinquir, sino que propugna, para los efectos de responsabilidad penal, tomarla en cuenta desde la punibilidad de los delitos concretos que a través de ella se realizaron.

Analizando dichos delitos concretos, la estructuración orgánica para delinquir y su funcionalidad se contemplará, en tanto los intervinientes develen la funcionalidad de la misma (normalmente solo develarán una porción de ella) y ello pueda ser subsumible en las categorías de los delitos fines concretos: acción, culpa, culpabilidad, autoría y participación, etc. Ahora, a lo más, respecto de la sanción penal, dicha estructuración para delinquir podrá ser visto como agravante de los delitos concretos (evidente por la gravedad, por pluralidad de los agentes, medios empleados, etc) y/o finalmente, dicha organización puede tener relevancia como contexto de responsabilidad penal e imputación, discutiendo entre la autoría mediata y la coautoría, en el ámbito de los así llamados “aparatos organizados de poder” (Mañalich, 2011, p. 283).

A la base de esta tendencia está el presupuesto de que estructurarse orgánicamente para delinquir no encierra en sí mismo una conducta punible, pues la sola condición de ser integrante de una organización criminal no basta para la aplicación de una sanción penal, sino que se requiere de la comisión efectiva de un hecho concreto. De sancionar el sólo hecho de la afiliación a una organización se sancionaría la mera resolución de delinquir de parte de quienes se organizan (Rivera y Talavera, 1991, p. 72).

Al respecto, se sostendría que “según los presupuestos fundamentales del derecho penal, el mero acto de afiliación a una organización criminal no debería ser punible. Para la imposición de una sanción penal se requiere que la acción humana haya lesionado o puesto en peligro determinado bien jurídico” (Rivera y Talavera, 1991, p. 73).

Bajo este punto de vista, punir el solo hecho de organizarse para la criminalidad (por ejemplo: en el tipo penal de asociación ilícita para delinquir) se plantea que es un adelantamiento de la intervención del derecho penal, pues se estaría penalizando un acto previo a la comisión de un delito (los delitos fines son los que sí vulneran bienes jurídicos concretos). Así, Zuñiga afirma:

“...una figura de adelantamiento de la intervención penal porque penaliza un ámbito previo a la de la comisión de delitos, cual es la participación en una asociación criminal destinada a la comisión de delitos (...) desde una interpretación de *lege ferenda*, coincido con las posturas que consideran que no estamos frente a un delito con una ofensividad propia, es decir, es un ilícito carente de un bien jurídico propio. En los delitos de, asociación para delinquir, participación en asociación criminal o también llamados simplemente de asociaciones ilícitas, no estamos ante ilícitos contra el orden público, la tranquilidad pública o cualquier bien jurídico colectivo y difuso que se pretenda instituir, sino ante un delito destinado a reprimir comportamientos criminógenos, de peligro para otros bienes jurídicos. En realidad, tutela los bienes Jurídicos que protege el resto de los tipos penales de la parte especial” (2002, p. 292-293).

Para esta tendencia lo importante es preguntarse: ¿hay realmente un injusto propio por organizarse para la criminalidad?

Silva Sanchez (Cancio, 2008, introducción) nos dirá que independientemente de que la mayoría de países desde hace tiempo tienen regulaciones penales específicas para punir ello, estas regulaciones son cada vez más expansivas para la represión y exigen menos estructura organizativa. Y cada vez es menor la gravedad exigida de los delitos fines. Finalmente nos menciona que en la doctrina sí se tiene interpretaciones restrictivas para discutir el fundamento de un delito de organización. Esto partiendo del contenido del injusto relevante, sus alcances, y entender las consecuencias del elemento “organización” en el proceso de determinación de la responsabilidad de los miembros o integrantes de aquella.

Dicho autor sostiene:

- No hay un injusto propio de la organización delictiva, hay hechos injustos en la organización.
- La organización no puede infringir directiva de conducta alguna ni lesionar bienes jurídicos (salvo que hayan sido abstraídos hasta tal punto que se identifiquen con las condiciones empíricas o simbólicas de la seguridad general. Entonces es difícil identificar bienes jurídicos en sí mismos).
- Lo que sí se da con la organización delictiva es un estado de cosas objetivamente favorecedor para la comisión del delito por sus miembros. Este estado de cosas favorecedores es peligroso para los bienes jurídicos concretos que acaban siendo lesionados por los miembros de la organización. Se trata de un injusto o estado de cosas antijurídicos (injusto sistémico), pero que no permitiría conformar en la propia organización un injusto punible.
- El injusto propio de la organización no es un injusto merecedor de pena ni puede fundamentar la transferencia de penas a sus miembros. Serán autores de injustos los miembros que intervengan en hechos delictivos concretos o lo dominen en los términos de los aparatos organizados de poder. Los otros serán “partícipes a través de la organización”. La pertenencia a la organización configura delitos de participación intentada (a través de la organización) en los delitos fines. El nuevo hecho de haberse

integrado, si no permite tal participación, no debería acarrear consecuencia jurídico penal.

- El injusto que pretenda vincularse a la organización delictiva no es propio u homologable al convencional propio de personas físicas (naturales) o convencional. Tampoco conlleva infracción de norma o directiva de conducta ni lesiona o pone en peligro un bien jurídico determinado. Es un injusto centrado en la dimensión simbólica, la negación del derecho (de todo el derecho del Estado) y en la afectación de la seguridad cognitiva en la dimensión psicológico-social. Pero ello no implica asociarle una pena (Cancio, M, 2008, Introducción).

Lo más progresivo en esta tendencia es la aplicación, para establecer la responsabilidad penal individual, de la teoría de la autoría y participación de los delitos en aparatos organizados de poder de la teoría de Roxin (2000), en el análisis de los delitos concretos, para de algún modo tratar de abarcar o aprehender la parte develada de la funcionalidad de la estructura subyacente en los delitos concretos cometidos a través de la misma.

Dada la imposibilidad que toda la funcionalidad de la organización delictiva se pruebe comprometida en un hecho delictivo específico (concreto-delito fin) realizado a través de ella, sólo será posible relacionar el hecho punible concreto a una porción de miembros de la misma. Quedarían por fuera o “librados” otros componentes. De ser así, contarán ya con la logística, organización, conocimiento, contactos, etc., para continuar con la funcionalidad de la estructura delictiva o, en el mejor de los casos, usufructuar lo ya conseguido sin opción de condena.

Ya que aquí no hay delito por la sola pertenencia a la organización, se critica a esta postura porque quedarían muchos “librados”. En todo caso, bajo esta perspectiva se tiende a querer subsumir el comportamiento o rol dentro de la organización de estos potenciales miembros “librados” en diversos tipos penales, con la dificultad de que la mayoría de las veces no poseen las cualidades especiales que exigen para el autor, o sólo se les puede imputar delitos menores aun cuando su actuación para la funcionalidad de la organización es decisiva, o en el peor de los casos, dada la estructura compleja de organización, es imposible imputarles niveles de responsabilidad penal en los delitos que

a través de la organización se realizaron. Así, quedan en la impunidad su intervención en ellas.

Más allá de la crítica general a esta tendencia por establecer que la mera organización para delinquir es irrelevante penalmente desde el punto de vista de protección de bienes jurídicos, está el hecho si: ¿el establecimiento de una maquinaria o estructura orgánica delictiva por sí misma, es irrelevante penalmente desde el punto de vista de protección de bienes jurídicos, cuando ella se desarrolla dentro de las estructuras estatales?

Es decir, ¿el análisis de esta postura no varía cuando la organización criminal se instaura en el aparato estatal? ¿Cuándo los concertados funcionarios públicos logran instaurar una subestructura estatal dentro del aparato estatal en una porción de ella? ¿La sola organización y participación en ella —en la instauración de un grupo de funcionarios públicos dispuestos para la criminalidad en sus labores funcionariales— acaso no implica, al afectar la funcionalidad de la estructura del Estado, un injusto propio por la mera organización? ¿La organización por el solo hecho de estar dentro del estado no infringe directiva de conducta alguna ni lesiona bienes jurídicos comprometidos? Entonces, instaurar una actuación grupal como organización criminal dentro de las estructuras estatales, ¿no es diferente? ¿Se ha hecho un análisis específico de ello? La estructura estatal, como variable de análisis, deviene en vital.

Atender a lo anterior es importante en la presente investigación, en tanto que concebimos la institucionalidad de la estructura estatal: en su legalidad orgánica, la funcionalidad de la misma, con sus valores, fines constitucionales y principios rectores de dinámica funcional legítima, susceptible de ser amparado en un bien jurídico. Dichas características son básicas en el funcionamiento de la propia estructura estatal, que no es más que el propio ejercicio del poder: el *ius imperium*; que definido y ejercitado como está en la Constitución, es base de un Estado de Derecho en Democracia. Es base de lo que determina el desarrollo del individuo en sociedad, del desarrollo de cada uno de nosotros, de toda persona, de su propio proyecto y estilo de vida, sus valores y tranquilidad.

### **1.2.2 *Punición de la organización criminal como delito autónomo***

La segunda posición reclama la necesidad de diferenciar el carácter autónomo o independiente del delito de formar parte de una maquinaria o estructura orgánica delictiva (no hay una sola definición de estructura orgánica o criminalidad organizada y que sea unívoca), de aquellos delitos que a través de ella se cometan (Zuñiga, 2002. p. 289).

Argumenta Zuñiga (2002) la necesaria diferenciación, porque:

- No a todos los miembros de la organización se les puede imputar — conforme a las reglas generales de imputación— los hechos concretos realizados a través de ella y llevados a cabo sólo por algunos miembros de la misma por cuestiones funcionales en sí. [Responsabilidad penal en una estructura orgánica].
- Esos delitos concretos cometidos por alguno de ellos, razonablemente fueron probables, dada la preexistencia y el marco condicionante de la realidad de toda la organización subyacente (especie de condicionalidad previa prodelito). [Lógica jurídica].
- Estructurarse orgánica-delictualmente en sí encierra un plus de desvalor. [Desvalor autónomo]

Así, esta perspectiva (que concibe necesario el tratamiento autónomo del organizarse para delinquir) no reclama que toda intervención pluripersonal en hechos delictivos conlleve a que dicha conjunción en sí misma sea un delito. Será necesario que la sola conjunción de personas sea de tal naturaleza, que encierre de suyo un plus de desvalor independiente de los hechos delictivos concretos que a través de ella se cometan.

Estamos hablando del desvalor de lograr estructurarse orgánicamente para delinquir por todo lo que implica objetivamente, como ya se ha mencionado.

Para estar inmerso en esta categoría, toda la doctrina establece que debe contar la conjunción con ciertas características orgánicas: permanencia de la estructura delictiva, cohesión grupal para delinquir, jerarquización decisional, fungibilidad en los roles orgánicos, verticalidad funcional, etc. No está inmerso en ello un mero concierto o pluralidad de personas en un hecho delictivo.

En la legislación de muchos países (Argentina, Colombia, Italia, España, Perú, Brasil, etc.), la perspectiva de tratar en sí la estructuración orgánica delictiva como delito autónomo se arraigó más detalladamente en relación a la configuración e importancia de especificar a una estructura orgánica para lo criminal. Primeramente, con la tendencia preponderante y consolidación de la tipificación penal de “la asociación ilícita para delinquir”.

La asociación ilícita no fue concebida para punir toda clase de unión para el delito, sino una especial: la organizada. Con eso ya se devenía concibiendo como necesario combatir a una agrupación especial: la organización criminal.

Así lo entiende, por ejemplo, Reaño Peschiera, quien nos menciona:

Por su parte, desde la perspectiva político criminal, convendría cifrar la tipicidad a la pertenencia a una organización criminal, tipo Mafia o similar, pues fuera de este ámbito la represión de asociaciones ilícitas se encuentra contemplada, sea de modo específico o a través de la agravante de responsabilidad personal por el hecho de haberse aprovechado de la estructura de una organización, o haber actuado en interés de ella. Por lo demás, la importante función político criminal que desempeña la tipificación de este delito en el Derecho español ha sido puesta de relieve por Rodríguez Devesa al considerarlo como «el único instrumento que dispone la ley para combatir la criminalidad organizada» (San Martín, C, Caro, Dino & Reaño, José., 2002, p. 486).

Esto es así, nos apunta el mismo autor, porque devendría en una absurda redundancia penal pensar que esta figura fuese dada para subsumir una mera intervención eventual en un hecho punible de una pluralidad de personas que se distribuyen coyunturalmente roles para incurrir en un delito. Esto es, a todas luces, subsumible en la simple coautoría o algún tipo de participación.

Ahora bien, si la finalidad es la represión en sí de la mera existencia y funcionalidad de toda una estructura orgánica delictiva, su carácter de delito autónomo o independiente respecto de los delitos que a través de ella se cometan deberá sustentarse, a su vez, en un desvalor autónomo, precisamente, por su sola misma existencia y funcionalidad.

Y aquí es pertinente el análisis del bien jurídico tutelado y la ofensividad o dañosidad social que presupone la sola funcionalidad de una organización delictiva, independiente de sus delitos fines.

Al respecto, la doctrina penal ha pensado sobre el bien jurídico tutelado al penar una organización criminal o el injusto de los delitos de organización (independientemente de qué tipo sea). Se distinguen las siguientes posiciones:

**i) El recto ejercicio del derecho de asociación.** Con base en esta posición, subyace la idea de que organizarse para la criminalidad es un abuso del derecho constitucional de asociación. Entonces se trataría de tutelar su recto ejercicio haciendo punible su ejercicio abusivo.

Para parte de la doctrina, esta fundamentación es inconveniente en tanto que bajo dicha lógica deberíamos proponer tantos tipos penales como rectos ejercicios de derechos constitucionales tutelables haya (salvo que insólitamente se piense más tutelable el de asociación). Pero sobre todo porque no hay abuso de derecho donde existe una total contradicción o desnaturalización del derecho, sino un acto ilícito puro (San Martín et al, 2002). En el mismo sentido, Zúñiga (2002, p. 292) dirá "... estoy de acuerdo con García cuando sostiene que 'quien se asocia para 'matar' no ejerce abusivamente el 'derecho' de asociación ni rebasa los 'límites' de este derecho, sino que actúa 'fuera de todo derecho'. Actúa contra el derecho".

**ii) El orden público.** Bajo esta posición se vulneraría el orden público, mereciendo críticas porque con ello no se logra aprehender en forma precisa el carácter dañoso del mismo. Al respecto:

"... la referencia al orden público como bien jurídico es absolutamente etérea, si atendemos a que dicho interés es afectado por la comisión de cualquier delito. En este sentido, al comentar los delitos contra el orden público, BINDING afirma que «[...] la dificultad que surge en cuanto a la clasificación de estos delitos y precisamente en cuanto a la determinación del interés tutelado, no nace propiamente del hecho evidente de que el concepto del orden público se encuentra en otras ramas del Derecho, sino del hecho de que los elementos que integran la noción de orden público como interés violado por estos delitos, pueden, a primera vista, aparecer comunes al objeto jurídico de todos los delitos. En buena

cuenta, la genérica y difusa referencia al orden público no logra concretizar un concepto material de bien jurídico penal, como expresión de merecimiento y necesidad de pena» (San Martín et al., 2002, p.284).

**iii) La teoría de la anticipación.** Para Cancio (2007), esta teoría dice que la determinación del injusto se proyecta sobre los futuros delitos por parte de la organización, pues es una “fuente de peligro incrementado”. La organización tiene una “dinámica autónoma” y está en condiciones de reducir las barreras inhibitorias individuales. Reduce de modo decisivo — a través de la estructura interna de la organización— las dificultades “técnicas” para la comisión de infracciones. Especial peligrosidad es la que justifica “excepcionalmente” que la organización sea combatida desde el estadio de preparación. Con este planteamiento, no es posible identificar un objeto de protección específico. El bien jurídico protegido sería idéntico al conjunto de los bienes jurídicos tutelados en la parte especial. Los delitos de organización se conciben como meros delitos de peligros (abstracto).

**iv) La paz y tranquilidad pública.** En esta postura se encuentran un gran número de países, entre ellos España y Perú. En el Perú, Zuñiga (2002, p.292) describiendo el entonces tipo penal de la asociación ilícita para delinquir:

“...se puede también entender que el bien jurídico tutelado en el delito de agrupaciones ilícitas del artículo 317 CP es la **paz pública** entendida como orden público que se altera cuando una asociación tiene por fines la comisión de delitos. Si recurrimos a una interpretación sistemática del bien jurídico se trataría de un delito contra la paz pública, asimilable en su lesividad a los delitos de disturbios (artículo 315 CP), apología del delito (artículo 316 CP) y ultraje de cadáveres (artículo 318 CP). En suma, se considera al tipo penal del artículo 317 CP de asociaciones ilícitas un delito que vulnera la tranquilidad pública, al igual que el terrorismo.”

Los que defienden esta postura predicen que es un bien tutelable concreto y palpable, habiéndose proporcionado definiciones precisas del mismo. Así, Reaño Peschiera (2002) citando a Carrara, dice:

“...CARRARA, quien comentando el CP italiano se decanta por identificar a la tranquilidad pública como bien jurídico, definiéndola como en su vertiente interna

como un «estado real de ánimo que consiste en la ausencia de toda conmoción violenta que pueda agitarlo, especialmente por dolor, por temor o por ira. Desde el punto de vista externo expresa ese estado correspondiente del cuerpo que consiste en la ausencia de movimientos extraordinarios, impetuosos y convulsivos. Cuando esos estados se contemplan en un número indefinido de ciudadanos y posiblemente en todos, se usa la fámula “tranquilidad pública” (...). Se dice que ofenden esta tranquilidad aquellos hechos que suscitan en el ánimo de un número indefinido de ciudadanos alguna concitación de emociones de dolor o de miedo, de las cuales se sigue la agitación de esos ciudadanos»” (San Martín et al., 2002, p.286)

En términos similares, el mismo autor, ahora citando a Creus, señala que: “«la tranquilidad pública es una "situación subjetiva": sensación de sosiego de las personas integrantes de la sociedad, nacida de la confianza de que pueden vivir en una atmósfera de paz social, puesto que sus individuos ajustarán sus conductas a las reglas fundamentales de la convivencia»” (Reaño Peschiera, p. 287).

Ciertamente, saberse en una sociedad con organizaciones criminales deviene en un efecto comunicativo perturbador. Polaino-Orts indica tiene una función desestabilizadora del sistema social por lo que comunican. Dirá: “ante un mensaje tan dramático como ese (la existencia de una organización criminal) los ciudadanos no solo tienen temor por lo que pueda suceder en el futuro, sino que ya hoy, de facto, viven aterrorizados” (2009, p. 56-57).

Para esta postura el bien jurídico tutelable es precisamente la tranquilidad y la paz pública que, como vemos, es concreta, palpable y patente, entendida en los términos precedentes y que se ve perturbada en una conmoción social notoria, real.

**v) La autotutela del poder del Estado.** Esta teoría arraiga la dañosidad de una agrupación ilícita en el antagonismo que ella supone frente al Estado, su poder e institucionalidad. Zuñiga Rodríguez nos menciona que “el valedor más autorizado de esta teoría es Patalano, en Italia, para quien la asociación criminal, en cuanto "organización", es una "institución" capaz de realizar su "propio ordenamiento" y de imponerse al propio Estado” (2002, p. 293).

La misma autora presenta una interpretación más elaborada, en la que conjuga esta postura con el criterio del orden público: “Aplicando las tesis institucionalistas de *sancti romano y de hauriou*, y reconociendo que las asociaciones que tienen como fin cometer delitos son instituciones que se confrontan al Estado, el objeto de tutela sería precisamente el orden público entendido como el orden jurídico que emana del Estado legítimamente constituido, el cual se ofende cuando una asociación tiene por finalidad cometer delitos” (Ob. cit., p. 293).

Desde esta perspectiva, una organización criminal se opone al orden público, a sus valores y fundamentos, desafiando el poder del orden jurídico establecido por el Estado, con el propósito de operar bajo sus propias normas e imponerlas en su ámbito de acción. De este modo, entra en conflicto directo con el poder regulador exclusivo del orden jurídico estatal.

**vi). Un ataque al monopolio de la violencia por parte del Estado.** Esta postura es desarrollada por Cancio (2008), quien ante la pregunta: ¿Qué significa la (mera) existencia de una organización criminal típica en términos de injusto?, evoca aquellas posiciones teóricas que explican el carácter lesivo de dichas organizaciones en tanto constituyen un ataque al Estado o, más específicamente, a su poder coactivo. Citando a Berner, quien se refiere a la banda, como una entidad que en su personalidad autónoma afecta directamente al Estado, Cancio identifica allí el punto de partida idóneo para señalar que en esto reside la dimensión específica del injusto de la asociación criminal: su pretensión de ocupar un lugar ilegítimo en la vida pública.

La organización delictiva, sostiene Cancio, se arroga el ejercicio de derechos que pertenecen al ámbito soberano del Estado, y afirma: “...Solo si se vincula de este modo la emergencia de la organización con el incremento fáctico de la peligrosidad que supone, se percibe con claridad el específico significado de la actuación colectiva de las organizaciones criminales: pone en cuestión el monopolio de la violencia que corresponde al Estado” (2008, p. 75).

Cancio aplica aquí el concepto de “monopolio de la violencia” de Max Weber, que atribuye al Estado la condición de única fuente legítima del *derecho a la violencia*. De esta forma, articula la definición del injusto en los delitos de organización como una arrogación de funciones estatales. Y precisa que el objeto de protección de estos delitos

radica en defender el propio poder del Estado y en su primacía como institución política y jurídica.

Sin embargo, advierte que no todo agente colectivo peligroso está en condiciones de representar un desafío de esta magnitud. Únicamente lo será aquel que mediante el ejercicio violento pueda amenazar el monopolio estatal de la violencia. Es decir, el ejercicio exclusivo de la coerción legítima que constituye el poder del Estado. Este espacio ilegítimamente pretendido por las organizaciones criminales no es territorial. Señala que esta característica se aprecia mejor en caso del terrorismo: “La específica peligrosidad de organizaciones terroristas está más allá de las concretas lesiones de bienes jurídicos individuales en un ataque (ideal) al Estado” (Ob. cit., p. 79).

Esto también puede afirmarse respecto de otras organizaciones criminales sin orientación política: “...una posición enfrentada al Estado - aunque sea con mucho mayor sigilo- (...) pretendiendo tener el control del uso de la violencia, en ocasiones, construyendo un verdadero Estado paralelo” (Ibid., p. 80). Así, incluso las organizaciones criminales no terroristas pueden ser comprendidas como actores que desafían el monopolio de la violencia estatal, al ejercer su propia violencia tanto hacia el interior como hacia el exterior de la estructura criminal.

Así, finalmente, el propio autor señala que no puede considerarse organización criminal a cualquier agrupación cuyo objeto sea la comisión de delitos. Es necesario que genere un potencial de amenaza que pueda entenderse efectivamente como un desafío al Estado en su monopolio de la violencia, lo cual requiere un determinado grado de fortaleza, es decir, una estructura interna consolidada de la organización.

Esta última postura puede entenderse como un intento de profundizar en la autotutela de Estado, al tratar de anclarla en lo que Cancio considera como lo fácticamente esencial del poder del Estado: el monopolio de la violencia. Nuestra investigación descarta esta posición, pues el ejercicio exclusivo de la violencia es solo uno de los mecanismos con los que el Estado protege su *ius imperium*, pero no el único. Hasta este punto, todas estas posturas coinciden en que el mero hecho de organizarse para la criminalidad tiene un injusto propio y autónomo porque vulnera un bien jurídico tutelable.

Con todo ello, concordamos en que toda organización delictiva debe ser punible por su sola existencia en la sociedad y su mera pertenencia a ella, muy aparte de los delitos fines. Desde ya y antes de consumarse los delitos fines, hay afectación de un bien jurídico protegible, diferente al de los protegidos en los delitos fines. Siendo así, se decanta su desvalor autónomo.

Sin embargo, ninguna de las posturas mencionadas, ha tomado en cuenta para sus análisis la estructura del Estado, el aparato Estatal.

Y entonces es pertinente la siguiente pregunta: ¿por qué no habría de ser ello tomado en cuenta? En nuestro estudio, se trata de aprehender penalmente la actuación grupal criminal dentro del aparato del Estado y, entonces, es pertinente saber si estos análisis descritos cambian cuando se ingresa la variable de la estructura estatal como ámbito en el cual se desarrolla la organización delictiva. ¿Variará el concepto o su interpretación y alcance del bien jurídico protegido que propugna cada postura? Una organización criminal dentro del aparato del Estado (ej. dentro de una municipalidad), ¿cómo vulneraría el bien jurídico paz y tranquilidad pública?

De las posiciones existentes, sobre el injusto propio o autónomo por el solo hecho de organizarse criminalmente, dos son las que entendemos pertinentes para nuestro trabajo: aquella que hace radicar su dañosidad social en la vulneración de La paz y tranquilidad pública, y aquella que establece el desvalor en el ataque a la autotutela del poder del Estado. Cuando se agrede la estructura estatal insertando en ella una organización criminal, se verá cómo realmente afecta los bienes jurídicos que propugnan cada una de dichas 2 últimas posturas mencionadas. Pero se necesita redefinirlos (complementarlos, ampliarlos en su interpretación) y, entonces, se verá cómo devienen esas posturas en aplicables.

### **1.2.3 Características esenciales para definir la existencia de una organización criminal**

Cuando nos referimos a lo que define a una organización criminal (en strictu sensu), debemos conceptualmente diferenciarla radicalmente de una mera actuación criminal individual (autoría, participación, etc.) y de otras actuaciones grupales criminales (coautoría, asociaciones ilícitas, bandas, etc.). Esto deviene en un ejercicio arduo que ya se viene realizando progresivamente desde la doctrina, jurisprudencia y las

convenciones y/o congresos internacionales, donde la jurisprudencia y normatividad interna obligatoriamente se adecúan a estas en la lucha contra la criminalidad organizada.

Zúñiga (2002, p.289) destacó tres foros internacionales que primigeniamente se ocuparon de ello:

- El "Proyecto de Convención de Naciones Unidas contra la criminalidad transnacional organizada", de marzo de 1999, donde se considera "grupo criminal organizado (artículo 2 bis a) a un grupo estructurado de tres personas o más existente desde hace un cierto tiempo y que tiene por fin la comisión de infracciones graves para obtener, directa o indirectamente, un beneficio financiero o material de otro tipo".
- El XVI Congreso Internacional de Derecho Penal, celebrado en Budapest en septiembre de 1999, se ocupó de "Los sistemas de justicia penal ante el desafío del crimen organizado". Ahí se llegó a definir las características del crimen organizado: La división del trabajo y la disolución de la responsabilidad individual en el seno de la organización; la intercambiabilidad de los individuos; el secreto; la mezcla de actividades legítimas e ilegítimas; la capacidad de neutralizar los esfuerzos de aplicación de la ley (por ejemplo, por medio de la intimidación, la corrupción); y la capacidad especial de transferencia de las ganancias. En este congreso se definió el crimen organizado como un tipo de delincuencia que persigue la obtención de poder y/o lucro a través de una organización fuertemente estructurada.
- En el ámbito de la Unión Europea el Consejo ha adoptado la "Acción Común relativa a la participación en una organización delictiva en los Estados miembros de la Unión Europea", de 21 de diciembre de 1998, sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea de Amsterdam. La organización delictiva se define en el artículo 1 como "una asociación estructurada de dos o más personas, establecida durante un cierto período de tiempo, y que actúa de manera concertada con el fin de cometer delitos sancionables con una pena privativa de libertad o de una

medida de seguridad privativa de libertad de al menos cuatro años como mínimo o con una pena más severa con independencia de que esos delitos constituyan un fin en sí mismo o un medio para obtener beneficios patrimoniales y. en su caso, de influir de manera indebida en el funcionamiento de la autoridad pública”.

Por su parte, Gutierrez (2020, p. 93-95) nos menciona que la aprehensión de un concepto omnicomprendivo de organización criminal se torna sumamente difícil. Sin embargo, hay propuestas internacionales que lo delimitan. Así, nos dirá lo siguiente:

- Las Naciones Unidas han llegado a un acuerdo en la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional (Palermo-2000), que da una definición de lo que se entiende por organización criminal, en los siguientes términos: «Artículo 2. Definiciones para los fines de la presente Convención: a) Por «grupo delictivo organizado» se entenderá un grupo estructurado de tres o más personas que exista durante cierto tiempo y 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. b) Por «delito grave» se entenderá la conducta que constituya un delito punible con una privación de libertad máxima de al menos cuatro años o con una pena más grave. c) 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.
- El Consejo de Europa «Report on the Organised Crime Situation in Council of Europe Member States, 2004», Cap. I, pp. 11-12. elabora una definición formal y pidió a los Estados Miembro aplicar los siguientes criterios para la calificación de los grupos criminales como «crimen organizado», conforme a los cuales deberán verificarse las siguientes características obligatorias:
  - 1) Colaboración de tres o más personas
  - 2) Por un periodo prolongado o

indefinido de tiempo 3) Sospechosos o convictos de comisión de delitos graves 4) Con el objetivo de perseguir beneficio y/o poder.

También junto a tales exigencias se presentan otros criterios opcionales, entre los que se incluyen los siguientes: 5) Tener una tarea específica o papel para cada participante 6) Uso de algún tipo de disciplina y control interno 7) Uso de la violencia u otros medios adecuados para la intimidación 8) Ejercer influencia en la política, los medios, la ley de la administración pública, ejecución de la ley, la administración de justicia o la economía, por medio de la corrupción o cualquier otro medio. 9) Utilizar estructuras comerciales o de negocios. 10) Involucrarse en el lavado de dinero 11) Operar en el ámbito internacional.

Además de las características mínimas, es decir, los criterios obligatorios del 1 al 4, es necesario que al menos dos de los criterios opcionales se apliquen para imputar que estamos ante una organización criminal.

- La Unión Europea, en la Decisión Marco 2008/841/JAI del Consejo Relativo a la lucha contra la delincuencia organizada, Diario Oficial de la Unión Europea, 2008, (art. 1). ha tomado medidas frente a este delito de crimen organizado, y los parámetros para identificar a una organización criminal que, conforme a la Decisión Marco de 2008, permitirían definirla en los siguientes términos: «1) «Organización delictiva», una asociación estructurada de más de dos personas establecida durante cierto período de tiempo y que actúa de manera concertada con el fin de cometer delitos sancionables con una pena privativa de libertad o una medida de seguridad privada de libertad de un máximo de al menos cuatro años o con una pena aún más severa, con el objeto de obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material; 2) «Asociación estructurada»: una organización no formada fortuitamente para la comisión inmediata de un delito ni que necesite haber asignado a sus miembros funciones formalmente definidas, continuidad en la condición de miembro, o que exista una estructura desarrollada».

Se aprecia como evidente que, siendo un problema mundial y que el crimen organizado se padece en todo lugar, sean organismos internacionales que devengan en fuentes de criterios conceptuales. Y haciendo suyas las urgencias de combatirlas globalmente, emitan directrices para homologar criterios de definición, persecución, sanción, etc. Esto, además, deviene en la mayor fuente de conceptualización porque los países miembros de dichas instituciones, tienen que tomar por obligaciones convencionales y hasta adecuar su ordenamiento interno para actuar en función a tales definiciones.

De ahí en más, cada país según su academia y sus aportes doctrinales; y ciertamente a través de sus jurisprudencias, irán aportando a nuevas caracterizaciones del fenómeno aquí tratado.

Efectivamente, el mismo Gutierrez (2020, p. 109-110), nos menciona entre otros, dos ejemplos de ello:

- “La organización criminal funciona como una empresa y requiere como ésta de elementos básicos como la existencia de normas internas, sistemas de comunicaciones especiales, división de trabajo, estructura jerárquica, rutinas y procedimientos estandarizados, competencias técnicas especializadas y profesionalización de sus miembros, lo cual potencia y multiplica su efectividad”. (Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-334/13).
- La Fiscalía General de España en la Memoria de 2009 trazó diez pautas orientativas para la identificación de la criminalidad organizada, de las cuales seis de estos diez elementos pueden asegurar la presencia de un grupo de delincuencia organizada. Las diez pautas orientativas son: 1. Existencia de un grupo de personas más o menos numeroso. 2. Reparto de tareas o de papeles entre los miembros del grupo con existencia de rígidas normas de disciplina interna y de una jerarquía, a veces extravagante. Suele tener lugar una situación de aislamiento como forma de protección de los cabecillas del grupo mediante la interposición de testaferros, la auto inculpación de los subordinados en sede judicial o la utilización de personas físicas o jurídicas interpuestas. 3. Actuación

prolongada en el tiempo o indefinida. 4. Comisión de actos delictivos graves. Se despliegan habitualmente técnicas o métodos complejos de ejecución para garantizar el éxito de las actividades delictivas. Cabría citar el uso de alta tecnología para las comunicaciones, las destrezas financieras en el manejo de fondos o distintas formas de relación con la función pública.

5. Actuaciones transnacionales o intensa movilidad territorial dentro del Estado. 6. Uso sistemático de la violencia o de la intimidación grave. 7. Utilización de los instrumentos jurídicos legales para crear estructuras económicas o comerciales. Es habitual el uso de cualificados profesionales o expertos para garantizar el éxito de sus actividades delictivas. 8. Actividades de blanqueo de capitales. 9. Influencia sobre políticos, medios de comunicación social, funcionarios de la Administración Pública, de la Administración de Justicia o sobre la actividad económica mediante la corrupción. 10. Finalidad de una obtención continuada de beneficios económicos y de diversas formas de influencia política, social o económica.

También desde la doctrina se puede encontrar más esfuerzos para coadyuvar a una definición de organización criminal, entre otros los siguientes:

- Hay un elemento que va a marcar grandes diferencias, el elemento organización: supone existencia de jerarquización, entendido no solo como la existencia de un líder y unos seguidores, sino como distribución y reparto de roles y normativización. En definitiva, de organización. No se puede tener continuidad en el tiempo sin estos requisitos. La organización exige fundamentos de poder. El poder lleva consigo fuerza, recompensa, legitimación, identificación y control de la situación. Este poder se manifiesta en el grupo en forma de liderazgo, autoridad, así como obediencia y conformidad; competencia y colaboración; y normas y reglas básicas. Se presenta dos vertientes de actuación: una ad extra, extrasistémica, referida al efecto del grupo en el contexto social y otra, ad intra, intrasistémica, referida al efecto que el grupo tiene sobre sus miembros. (Iñigo Corroza, E. 2024, p. 57-90).

- Cuatro factores constituyen el contenido de injusto de una agrupación criminal: 1) el potencial humano y técnico disponible para la planificación y ejecución de delitos; 2) la firme organización externa que somete este potencial al dominio de la voluntad común; 3) la finalidad criminal constituyente del sistema perseguida por los partícipes con ayuda del potencial (la “filosofía de la asociación”); 4) el sentimiento interno de “nosotros” en los partícipes que va fraguando con el tiempo (Lampe, E. 2003, p.128).
- No se puede desligar la finalidad criminal del elemento de la organización, porque sólo las organizaciones con finalidad delictiva pueden reunir el tipo de injusto de la organización criminal (Zúñiga, 2009, p. 271).
- La organización criminal tiene vocación de permanencia indefinida en el tiempo y que el grupo criminal puede permanecer estable durante cierto tiempo, pero su duración es transitoria. Queda establecido que el reparto de roles o tareas dentro de la organización criminal no es casual, ni mucho menos fruto de la mera improvisación, sino todo lo contrario: constituye una de las principales notas características de la organización criminal. La organización supone, pues, una distribución de roles, funciones, derechos y deberes, coordinados en un sistema organizacional y dirigidos al objetivo final. Esto supone la concurrencia de varios miembros o subsistemas. (Zurita, 2018, p. 21-23).

Como se aprecia, todas estas características mencionadas definen lo que sería una organización criminal. Ninguna de ellas está relacionada a la existencia de ella (de la organización) dentro de una estructura estatal. Así, pareciera establecerse que, *mutatis mutandi*, estas características permanecerían fijas para definir o establecer una organización criminal en el seno de una estructura estatal y que la estructura estatal es una variable ajena para delimitar las características de una organización criminal que se da dentro de ella. Como si la institucionalidad de la estructura orgánica estatal no modificara la aparición o no de estas características, o al menos la flexibilizara o impusiese requerir necesariamente nueva interpretación o nuevo contenido para referir la existencia de una organización criminal en su seno. Por ejemplo, ¿cómo hablar de

vocación de permanencia en el tiempo de una organización criminal dentro del aparato estatal cuando los funcionarios públicos de la más alta jerarquía acusados de liderarlas son cambiados cada uno o dos años de sus puestos? Así, se debe analizar y realizar un ejercicio de interpretación de cada característica mencionada como determinante del fenómeno criminal. Y también saber si es que se modifican cuando la organización criminal se dé dentro de la estructura estatal.

### **1.3 Tratamiento penal en el Perú, al enfrentar y sancionar a una organización criminal que opera dentro de la estructura del Estado**

#### **1.3.1 Bases normativas empleadas**

Requejo Passoni (2021, p. 209-221), en su interpretación sistemática de la normatividad penal peruana sobre delincuencia organizada, establece tres períodos en su evolución:

**Primer período.** Se inicia con el Código Penal de 1991, que criminaliza el acto de formar parte de una organización para delinquir (asociación ilícita, art 137 CP), y cuenta con subtipos específicos agravados (segundo párrafo) por integrar una organización destinada a cometer delitos contra la humanidad, contra la seguridad y tranquilidad pública, etc.

**Segundo período.** Se inicia con la Ley contra el crimen organizado N° 30077, vigente desde el 1 julio de 2014. El Estado peruano ya asume sus compromisos de adaptar su legislación penal interna sobre el tema a los estándares internacionales (convención de Palermo), suscritos desde 2001. Incorpora en esta Ley especial por vez primera una definición de organización delictiva (criminal) en su artículo 2, inc 1. Sin embargo, la modificatoria del artículo 137 CP que esa misma Ley dispuso literalmente, no significó que la asociación ilícita fuese el mismo fenómeno delictivo, en tanto que la figura del Código Penal modificada era diferente en cantidad mínima de integrantes y de delitos graves a cometer que la figura de organización criminal descrita por la Ley especial. Ambas figuras coexistían, entendiéndose la asociación ilícita como fenómeno delictivo menos grave, dirá la autora (sin embargo, la Corte Suprema en Acuerdo Plenario N°8-2019, fundamento jurídico 9, estableció que la Ley N°30077 desarrolló solo

un concepto meramente operativo, no un tipo penal. Y su única función era delimitar la competencia objetiva de una jurisdicción especializada y su régimen procesal especial). **Tercer período.** Se inicia con el Decreto Legislativo N° 1244, que entró en vigencia el 29 de octubre de 2016, y en donde con la modificatoria del código que ella dispone, se acabó con las discrepancias entre los textos del artículo 137 del CP y de la Ley N° 30077, sobre la definición de organización delictiva, ahora siendo ambos enunciados ya concertados y complementarios.

Basta leer los textos legales mencionados, para verificar lo afirmado por la autora Requejo. Otras evoluciones normativas desde la textualidad de dichas normas son:

- Siempre (y aún hasta ahora), pertenecer a una agrupación para delinquir (ahora organización criminal) estuvo sistemáticamente ubicado como un delito contra la tranquilidad pública (bien jurídico protegido).
- Al principio existía los subtipos específicos agravados (segundo párrafo) donde se hacía mención que cuando la organización se dedicaba a cometer delitos contra el Estado, contra los poderes del Estado y orden constitucional o cometían genocidio, su desvalor era mayor. Esto dejó de ser referido, cuando desde el año 2007 (Decreto legislativo N°982, art 2) se reemplazó dichos subtipos genéricos; al ser configurado como organización criminal el cometer delitos fines de cierta gravedad de todo tipo, literalmente enunciados y cada vez más delitos fines mencionados. No importa si dichos delitos fines vulneran bienes jurídicos de diversa naturaleza.
- Con el tiempo se comenzó a poner atención en mayor grado a la funcionalidad de la organización criminal en sí misma; y se agravan las penas si el individuo es el jefe, dirigente o financista de la organización.

Desde el 2016 se pone énfasis realmente en las características de la organización en sí, para definir a una organización criminal. Estas son en evolución:

**Agrupación de tres o más personas.** Mínimo tres personas. Pero se entiende que el número de integrantes que tenga sentido al hablar de organización criminal estará en relación a la funcionalidad de la organización descubierta (su naturaleza delictiva), ciertamente a la fungibilidad de sus miembros, capacidad operativa que requiera, etc.

Requejo (2021, p. 214) nos menciona que, durante la creación de la organización, la cantidad de miembros puede ser mínima, que no haya jerarquías ni proyecto delictivo detallado. Lejos de ello, es realmente difícil propugnar una organización delictiva con tres personas. Y sin embargo así está normado.

**Organización estable, permanente y/o de tiempo indefinido.** Requejo (2021, p. 214) nos menciona que la estabilidad está referida al “espíritu de autoconservación” que emerge de la organización. Las directrices que la cimentan o sus recursos que dan la idea de trascendencia en el tiempo por su capacidad operativa se refieren a mantenerse en tiempo. Prado Saldarriaga (2019, p. 284-285), a su vez, refiere que las organizaciones criminales son creadas para mantenerse operativas durante un largo periodo o perpetuar su existencia, logrando así que su presencia se irradie y conserve sobre su entorno, adquiriendo y consolidando sus espacios de poder.

**Actos de planificación, coordinación y concertación.** La organización criminal, bien refiere Requejo (2021, p. 215), alude a que exista planificación y no sea espontánea (es decir, sea organizada). Y que además haya concertación y coordinación. O sea, que las decisiones sean validadas con la aprobación explícita o implícita de los demás miembros y, superada la planificación, las demás decisiones garanticen la consecución de sus fines ilícitos, respectivamente. Añade Prado (2019, p. 287) que dicho planeamiento requerido es estratégico y táctico para la ejecución eficiente de sus actividades. Demanda además un desarrollo de procedimientos de información, análisis de costo y beneficios, de control de riesgo, supervisión operativa y evaluación de resultados.

**Estructuración orgánica, con tareas y funciones definidas y diseño organizacional.** Evidentemente se alude a la división de trabajo en la organización para sus acometimientos delictivos (tareas) y a una organización institucionalizada (funciones o cargos: líder, jefe, financista, dirigente, integrante, constituyente, promotor, etc.). Según Prado Saldarriaga (2019, p. 285) puede ser de estructura rígida, flexible, vertical, horizontal, cerrada, abierta, jerarquizada o descentralizada.

**Finalidad delictiva.** La organización se instituye para cometer delitos desde sus inicios e independiente de los delitos fines que en su transcurrir delictivo se realicen.

Actualmente, se entendería que ya se está en un cuarto período de evolución normativa. La Ley N° 32108 publicada el 9 de agosto de 2024 imponía un mayor nivel o grado de exigencia cualitativa para definir cuando se está ante características para definir la existencia de una organización criminal en sí. Ciertamente, esta Ley modificaba cualitativamente lo antes normado en lo siguiente:

1. Organización criminal será un grupo con compleja estructura desarrollada y mayor capacidad operativa compuesta de tres o más personas. Queda claro que lo relevante ya no es mencionar mínimo a tres personas (característica cuantitativa), sino detallar a una compleja estructura desarrollada con trascendente capacidad operativa (entonces, lo que define a una organización criminal es lo cualitativo). Así, lo cuantitativo es un mero requisito a cumplir: mínimo de tres personas.
2. Manteniéndose lo de Organización estable, permanente y/o de tiempo indefinido: ya explicado.
3. Que se repartan roles correlacionados entre sí para la comisión de delitos graves, con penas conminadas mayores a 6 años. Es decir, los imputados tendrán tareas y funciones correlacionados entre sí: directas, coherentes y concernientes con la maquinaria armonizada, aglutinada y ordenada para cumplir el fin ilícito grave (con pena privativa de libertad mayor de 6 años). Un mero chofer o secretario personal es imposible que tenga los roles correlacionados exigidos por la nueva ley (así hayan sabido de la existencia de la organización criminal, salvo que sus participaciones probadas sean de actos como parte del programa delictivo integral en sí).
4. Con el fin de obtener directa o indirectamente el control de la cadena de valor de una economía o mercado ilegal para obtener un beneficio económico. Independientemente de lo que se entienda por “cadena de valor de una economía o mercado ilegal”, el mandato utilizado era punir el fin de obtener el control de ello. No basta la existencia orgánica delictiva. Se requiere el ánimo trascendente del control (ser dominante, poderoso, potente, no solo que exista, sino que controle dicha cadena económica o mercado ilegal).

5. Se explicitan nuevos subtipos específicos agravados (inciso 3). Por ejemplo, si tiene carácter transnacional, etc.

Sin embargo, la Ley N° 32138 publicada el 19 de octubre de 2024 vuelve a redefinir lo que se entiende ahora por organización criminal en los siguientes términos:

"317.2. Se considera organización criminal a todo grupo con compleja estructura desarrollada y mayor capacidad operativa compuesto por tres o más personas con carácter permanente o por tiempo indefinido que, de manera concertada y coordinada, se reparten roles correlacionados entre sí para la comisión de delitos de extorsión, secuestro, sicariato y otros delitos sancionados con pena privativa de libertad igual o mayor de cinco años en su extremo mínimo, con el fin de obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro de orden material."

Con ello para definir que se está ante una organización criminal, se mantiene lo esencial analizado en los puntos 1, 2 y 3 precedentes. Aunque se haya modificado y no se regule más que sea la organización criminal con carácter estable y se regula ahora que los delitos innominados sean sancionados con penas mayores a 5 años en su extremo mínimo (ya no con pena privativa de libertad mayor a seis años como filtro de umbral de gravedad). Lo que sí se modifica (revoca) totalmente es el fin de obtener directa o indirectamente el control de la cadena de valor de una economía o mercado ilegal. Queda normado solo el fin de obtener directa o indirectamente, un beneficio económico u otro de orden material.

Con todo, se verifica normativamente que en el Perú ha evolucionado la regulación para que se imponga un mayor nivel o grado de exigencia cualitativa para definir cuando se está ante características exigidas para la existencia de una organización criminal en sí. Es decir, se ha elevado el umbral de capacidad organizativa y gravedad para hablar de una organización criminal, corroborando con las últimas Leyes que ya se está en un cuarto período de evolución normativa interna (Sentencia de Casación -Recurso de Casación N° 453-2022 / Nacional- del 4 de noviembre de 2024 de la Corte Suprema de Justicia de la República Sala Penal Permanente, fundamentos de derecho Cuarto inc 2,3 y Quinto).

### **1.3.2 Tratamiento Jurisprudencial**

La jurisprudencia es la interpretación de la Ley por los jueces (sus criterios interpretativos) aplicada a los casos concretos que, como fuente de derecho, no solo señalan cómo se está resolviendo un asunto jurídico (si existe o no lo normado en la ley), sino cómo se está en la realidad dando el sentido funcional explicativo de la ley aplicada. Es lo concreto, es lo que se está dando e interpretando de la Ley, lo que realmente se está exigiendo con relación a lo normado y lo que realmente se está teniendo como lo decretado debe ser por Ley. Es imprescindible, entonces, estudiar sus pronunciamientos respecto al tema de la organización criminal.

Dentro de estos criterios interpretativos de todos los jueces, en el ámbito penal hay unos entendidos como “el Correcto Sentido Explicativo de la Ley”, que como dice la Sentencia de Casación N° 46-2018 (fundamentos de derecho séptimo, octavo, noveno, y décimo segundo), son los criterios interpretativos de Las Salas Penales Permanentes y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia (CSJ) emitidas en sus Acuerdos y Sentencias Plenarias. Así, según refieren, son realmente líneas de interpretación jurisdiccional, criterios jurisprudenciales establecidos como doctrina legal con carácter vinculante relativo (se debe motivar para su apartamiento). Sin embargo, aún que no son jurisprudencias en sentido estricto, aquí igualmente los estudiaremos en este apartado (los más relevantes) por ser acuerdos consensuados por la máxima esfera de los jueces, y porque los criterios de interpretación jurisprudencial que encierran, definitivamente, influyen en la jurisprudencia nacional.

Antes del 2016, respecto de una organización criminal, en los primeros análisis de los criterios jurisprudenciales aplicados, se hacía incidencia en una estructura no tan compleja de la agrupación delictiva (estábamos en el primer periodo evolutivo normativo: el tipo penal era realmente nominado la asociación ilícita para delinquir, art 317°CP). Así, se referían por asociación ilícita para delinquir a una con: relativa organización, con permanencia o estabilidad y número mínimo de personas. Sin embargo, incidían en la finalidad delictiva del grupo que no está ligada al de los delitos fines en el bien jurídico protegido. Y que el delito de concertación se consuma con la sola pertenencia y al sólo buscar inicialmente una finalidad delictiva colectiva, autónoma e independiente a los delitos fines posteriores. (Acuerdo Plenario N°04-2006/CJ-116, de la CSJ). Así, la

actuación siendo integrante de una organización criminal, no alude a un concierto criminal circunstancial, sino a uno de permanencia por ser parte de una estructura criminal (sea esta de estructura jerárquica-vertical o flexible – horizontal), y que se actúa en ejecución de los designios de esta (Acuerdo Plenario N°08-2007/CJ-116, De La CSJ). Asimismo, se definió que para abordar el tema de la pluralidad de agentes (para casos del narcotráfico) como agravante de ser integrantes de una organización criminal, estos deben conocer que los otros participan (al menos tres) y concertadamente en el plan delictivo. La decisión plural conjunta o común del hecho es lo esencial, no la sola existencia o concurrencia sin más, de una pluralidad de agentes. No basta que objetivamente hayan participado tres o más personas (Acuerdo Plenario N°03-2005/CJ- 116, De La CSJ).

En este contexto (aplicando la figura de asociación ilícita para delinquir) se tiene como ejemplo de punir a las agrupaciones delictivas algunos de los pronunciamientos de nuestra Corte Suprema: como el que se conoció en el caso de un presidente de la República, 3 ministros de economía y finanzas, 3 ministros de defensa, un presidente del Consejo de Ministros, y el contralor de la República. Ellos fueron imputados porque habrían conformado una agrupación ilícita para delinquir al expedir decretos de urgencia secretos, sin cumplir los requerimientos de Ley, con la finalidad de aprobar la utilización de fondos de la privatización, justificando ampliaciones presupuestales excepcionales para los Ministerios de Defensa e Interior. Esto para después utilizarlos fraudulentamente en adquisiciones (en servicios que no eran necesidad del Estado, adjudicando la buena pro a empresas con las que entraban en contubernio), donde luego los involucrados obtuvieron enormes beneficios económicos para sí. Se establece sus responsabilidades mencionando los actos realizados por los funcionarios sin respaldo normativo regular y se evidencia la conformación de una organización delictiva con reparto de roles (se fraguaba requerimientos, otros daban visos de legalidad, etc.). Además, la permanencia o estabilidad se evidencia con la larga actividad que tuvo con diversas compras y duración de las mismas. Y la pluralidad de agentes se da al estar conformada por varios funcionarios públicos comprometidos. Por cuestiones procesales, la Corte Suprema finalmente condenó solo a un exministro de Defensa por asociación ilícita a 4 años de

pena privativa pero suspendida a 3 años (Sentencia de la Corte Suprema Exp. N° A.V 27-2003, fundamentos de derecho y valoración probatoria 36 a 42).

También se calificó como asociación ilícita para delinquir a la organización criminal que se formó dentro del Ejército Peruano y el Servicio de Inteligencia entre un presidente de la República, el jefe formal del Servicio de Inteligencia Nacional (SIN), el hombre de confianza y asesor presidencial (jefe de facto del SIN), del Comandante General del Ejército, la alta dirección de la Dirección de Inteligencia del Ejército (DINTE), del jefe de la subdirección de Frente Interno del SIN, y un grupo o destacamento especial de eliminación y aniquilamiento de terroristas. Todos ellos dentro de las estructuras del servicio de Inteligencia y Ejército Peruano. Desde su seno, y con conocimiento, aprobación, dotación de recursos, etc., se llevaron a cabo las actividades ilícitas del grupo de aniquilamiento bajo las órdenes del jefe de facto del SIN y asesor presidencial y del propio presidente de la República, con pleno conocimiento de todos los involucrados. Es el mismo razonamiento de culpabilidad: los actos realizados por personas no cualificadas y por los funcionarios, fueron realizados fuera de lo normado institucionalmente (en este caso del SIN y del Ejército), siendo manifestación de una agrupación ilícita con reparto de roles para los homicidios calificados con permanencia o estabilidad, que se evidencia con la larga actividad que tuvo, con diversas acciones ilícitas, y pluralidad de agentes por estar conformada por varios funcionarios públicos y otros comprometidos (Recurso de Nulidad 4104-2010, Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, fundamentos 290, 637 a 645, 653, 696, 717, 745, 847... 985).

Ya a partir del 2016 es en el subsistema de administración de justicia (Sala y Juzgados Penales Nacionales) donde se señala a la estructura criminal (es decir lo organizativo) como el elemento central para configurar una imputación y posterior responsabilidad por organización criminal, y se exige sea el elemento normativo del tipo a precisar, evitando afirmaciones de razonamientos meramente nominales de “pertenecer a una organización criminal” (Acuerdo Plenario N°01-2017- SNP).

Ciertamente, estando en el tercer periodo evolutivo normativo -con todas las convenciones internacionales implementadas en el orden interno- en dicho Acuerdo Plenario N°01-2017- SNP se detalla las características de la estructura criminal funcional que deben ser probadas por el Ministerio Público (y no solo presentar un organigrama).

Se menciona que debe haber una estructura orgánica compleja para hablar de organización criminal, con elementos fácticos de su actividad y procedimientos estratégicos practicados de manera concertada y coordinada para facilitar la consumación delictiva. Es en este documento donde se halla una referencia a la estructura estatal, en el fundamento jurídico N° 22, estableciendo que equiparar la estructura de un organismo público con una organización criminal no es correcto. Esto debido a que la institución pública no es en sí un aparato criminal. Ello no niega la posibilidad de que sus miembros puedan integrar una organización criminal que utiliza la institución pública de cualquier nivel como cobertura. Queda claro que es posible propugnar la existencia de una organización criminal en el seno de una estructura estatal, pero deviene en necesario señalar y probar la estructura criminal funcional distinta de la estatal y funcionando en su seno.

Se refuerza la idea de que la estructuración de una organización criminal es una de mayor capacidad operativa y complejidad organizacional, que les permite activar economías ilegales o procesos de producción de bienes y servicios propios del crimen organizado (Acuerdo Plenario N°08-2019/CJ-116 de la CSJ, donde se diserta sobre las características de la banda criminal del artículo 317-B del CP al abordar el conflicto hermenéutico entre aquella y la organización criminal del Art 317 del CP). Se alude y cita ya un documento de doctrina policial sobre organizaciones criminales (en el fundamento 18 sobre el glosario policial de la materia), en donde se señala que estas organizaciones criminales controlan un determinado territorio o un eslabón de la cadena de valor de un mercado ilegal, penetran los circuitos económicos formales, diversifican sus delitos y se especializan en mayor grado, usan violencia y corrupción a todo nivel. Tal es la mayor potencia de su estructuración criminal, que se les relaciona con los “*megaoperativos policiales*” y con incurrir en delitos graves. También alude este Acuerdo Plenario (aunque en su fundamento adicional quinto, literal C, punto segundo) que una organización criminal puede montarse en una organización lícita, pero funcionar con encargos ilícitos. Se debe entender que también puede montarse el fenómeno delictivo en el seno de la estructura estatal.

Tan superior es la organización del fenómeno referido y su capacidad operativa, que cuando nos referimos a organizaciones criminales hasta existe un Acuerdo Plenario

sobre Organización criminal y técnicas especiales de su investigación (Acuerdo Plenario N°10-2019/CJ-116, de la CSJ).

Ya en los casos concretos nuestra Corte Suprema viene a veces solo conociendo, otras admitiendo o consintiendo la aplicación de la figura de organización criminal en diversos casos. Por ejemplo, usó esta figura en un caso en donde los hechos atribuidos a los implicados son por gestiones y coordinaciones, en diversos momentos, en diversos ámbitos administrativos del Estado, tanto para el control del Consejo Nacional de la Magistratura en los procesos de ratificación y nombramiento de magistrados, como en el control del Poder Judicial en un distrito judicial, en las tramitaciones de expedientes y contrataciones laborales, con un enfoque directo en la gestión de intereses particulares, en favorecer nombramientos a “Jueces amigos” a fin de que estos tramiten luego los procesos a sus intereses, y donde participaron abogados litigantes, ex magistrados, personal judicial administrativo, Jueces especializados y Superiores, funcionarios del Ministerio Público, Corte Suprema de Justicia y del Consejo Nacional de la Magistratura y hasta empresarios favorecidos en la tramitación de sus casos (Extradición Activa N° 00156-2018, Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema. Fundamentos 6.1 y 10.5 y Extradición Activa N° 0080-2019, Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema. Fundamentos 1.2 y 3.1). También en casos como lo sucedido en una municipalidad distrital, donde su Alcalde, el Gerente municipal, sub gerente de logística, el cotizador, el asistente de obras, y un regidor coordinaron para cometer delitos contra la Administración Pública, dividiéndose roles dentro de sus funciones para agilizar la tramitación de adquisición de bienes y servicios, al margen de la Ley (emitiendo en forma irregular requerimientos, órdenes de compras, simulación de cotizaciones, etc), con la finalidad de concertar y direccionar las adquisiciones de bienes y servicios con beneficios económicos para los comprometidos (Recurso de Casación N.º 366-2020/Lambayeque, fundamento quinto).

También nuestra Corte Suprema, al calificar los presupuestos para una medida de prisión preventiva respecto al tipo penal de organización criminal, en el caso ya reseñado anteriormente (ver caso de la Extradición Activa N° 00156-2018), ha establecido que se reconoce los presupuestos que configuran el tipo objetivo de dicho ilícito, cuando hay pluralidad de agentes efectuando coordinaciones y gestiones para sus

acciones delictivas con trato amical y lenguaje con palabras claves rasgo de organizaciones ilícitas. Su elemento temporal se patentiza por una sucesión de actos ilícitos durante varios meses, a través de autoridades que ostentan cargos que les garantizan cierto período en esa posición privilegiada de poder. El elemento funcional (reparto de roles) se revela por haber comprometido el ejercicio de su función pública de manera ilícita con reparto de roles señalando haber 2 líderes o cabecillas, un operador financiero, etc. Además, con elemento estructural (finalidad delictiva) de tramitación de expedientes, contratos laborales, nombramiento de magistrados, de peritos, ratificación de jueces, etc. a través de medios alejados del procedimiento regular; y para la obtención de beneficios (Recurso de Apelación 06-2018-1, Sala Penal Especial de la Corte Suprema, fundamentos 32 a 36).

A partir de noviembre de 2024 se prevé que la pluralidad de agentes en la comisión de delitos para que puedan ser subsumidas en el delito de organización criminal será más difícil. Esto en tanto son más severos los requisitos para una calificación jurídica de ello, dada la regulación actual de que se imponga un mayor nivel o grado de exigencia cualitativa para definir cuando se está ante características exigidas para la existencia de una organización criminal en sí (Sentencia de Casación-Recurso de Casación N° 453- 2022 / Nacional- del 4 de noviembre de 2024 de la Corte Suprema de Justicia de la República Sala Penal Permanente, fundamentos de derecho Cuarto inc 2,3 y Quinto).

### ***1.3.3 Actual análisis jurídico penal usado sobre la estructura estatal por el hecho que la actuación criminal se produce dentro del aparato del Estado***

Queda claro cómo, desde lo normativo, se ha ido evolucionando para tener más explícitas las características que se deben presentar para uno poder referir la existencia de una organización criminal. Con ello también ha devenido en tener mayores exigencias cualitativas de complejidad organizativa para hacer una subsunción adecuada. Sin embargo, en ninguna parte de esta evolución se hace mención siquiera a la estructura orgánica estatal como variable reformadora o que flexibiliza las características esenciales de una organización criminal. O el crear un subtipo agravado cuando esta organización se presente dentro de la estructura estatal, etc. No hay ni un solo ejercicio intelectual al respecto de dicha adecuación de las características esenciales a la estructura estatal.

Tampoco una que haga referencia a la estructura estatal y organización criminal cuando esta última se presente dentro de aquella.

Además, como hemos visto hasta aquí, es obvio que desde la línea de criterios jurisprudenciales en abstracto no cualquier agrupación delictiva puede ser subsumida como organización criminal. Solo puede ser así definida una cuyas características sean propias de una específica compleja estructuración, potencia y capacidad criminal para cometer sus delitos fines. Lo que no se menciona es qué ocurre cuando esta se da dentro de las estructuras estatales y cómo entender dichas características en esos casos.

Finalmente, cuando se alude a la estructura estatal en las jurisprudencias, se hace solo mencionando o describiendo que estamos ante actos realizados por varios funcionarios sin respaldo normativo regular para decir que con ello se evidencia la conformación de una organización delictiva. Alegan el reparto de roles en ejercicio de sus funciones públicas y con recursos de la entidad pública, y que la permanencia o estabilidad a lo más se explica por una sucesión de actos ilícitos durante varios meses a través de autoridades que ostentan cargos que les garantizan cierto período en esa posición privilegiada de poder. Además, sustentan el elemento estructural, o finalidad delictiva, por la tramitación funcional para sus beneficios a través de medios alejados del procedimiento regular.

Los casos descritos en este estudio sí son verdaderas organizaciones criminales. Pero con estos razonamientos para subsumirlos como organizaciones criminales dentro del aparato del Estado, dejan la posibilidad de que un juez, su asistente adjunto y su secretario involucrados en la tramitación irregular de unos expedientes a su cargo, también devendría en una organización criminal. Y ello está muy lejos de los parámetros descritos o exigidos cualitativamente desde lo normado (nacional e internacionalmente) y desde lo desarrollado en la doctrina.

A nuestro entender ello ocurre así porque no se ha tenido en cuenta o meditado si las características de una organización criminal, cuando ésta se da dentro de la estructura estatal, mudan o adquieren otras dimensiones específicas para definir si es que estamos ante tal fenómeno criminal grupal pero desarrolladas en ella. Así, estudiar las esencialidades de las estructuras estatales y su funcionamiento, deviene en determinante para resolver esta cuestión.

## CAPÍTULO II

### LA ORGANIZACIÓN ESTATAL Y LA ACTUACIÓN GRUPAL COMO ORGANIZACIÓN CRIMINAL EN ELLA

#### 2.1 El factor organizacional como objeto de imputación y la estructura orgánico estatal

Mañalich R. (2011, p. 279-283) nos habla de tres niveles de análisis según la función que asume el factor organizacional en el fenómeno de la criminalidad organizada: como contexto de imputación (que tiene que ver con criterios de responsabilidad: para concretar la autoría, la autoría mediata, coautoría, o participación, etc.); como objeto de imputación (que tiene que ver con el injusto de asociarse ilícitamente. Se añadiría el organizarse criminalmente); y como sujeto de imputación (que tiene que ver con la responsabilidad jurídico penal de las personas jurídicas configuradas para ello).

Al presente estudio le interesa abordar e incidir más en la idea del factor organizacional como objeto de imputación, en tanto el tema esencial que aquí se analiza es determinar cuándo se podría estar hablando de una organización criminal cuando ella se da en el seno de las estructuras estatales.

El factor organizacional como objeto de imputación (sin distinguir en el ámbito común o estatal) se relaciona según el mismo autor con el injusto independiente, por el menoscabo de bienes jurídicos por el “peligro abstracto de organización” como delito autónomo y también se relaciona con la pertenencia individual a ella. Se añade que, por *lege lata*, se traduce en exigencias relativas a la propia estructura de la organización, con suficiente densidad en cuanto a su proyección temporal como en cuanto a su complejidad interna: número de miembros, distribución de funciones, etc. y en exigencias relativas al propio comportamiento de integración individual a la organización así estructurada criminalmente (Mañalich R, p. 294-296).

Sin embargo, aquí se establecerá que todo ello debe ser analizado, pero tomando en cuenta el espacio especial donde se desarrolla: la estructura orgánico estatal. Es de interés precisar ese objeto de imputación cuando dicha organización criminal se establece dentro del ente estatal. En tal esmero, se debe partir analizando el factor

organizacional criminal necesariamente desde su intrínseca relación con las estructuras estatales y sus características, porque es en dicha estructura estatal donde se atribuye el desarrollo de dicha organización criminal.

Tener presente las especificidades institucionales o funcionariales para en base a ellas desplegar efectos jurídicos distintos en el análisis de comportamientos lesivos desarrollados dentro de la estructura estatal, no es ajeno al derecho penal. Por ejemplo, cuando se trata de delitos cometidos por funcionarios públicos contra la administración pública (los delitos especiales).

Una apropiación ilícita común devendría en una malversación de fondos cuando se produce en la estructura estatal o en un delito de peculado dentro de la institucionalidad estatal, según sea el caso (con sus especificidades establecidas desde el funcionamiento de la institución estatal); etc. Por su lógica particularidad de establecerse deberes funcionariales cuando se obra en la estructura estatal, se define hasta el uso de un tipo especial de teoría de responsabilidad penal: la teoría de infracción del deber (diferente a la teoría del dominio del hecho). Ahí "... lo relevante no es — aunque lo haya— el dominio sobre un suceso, sino la infracción de un deber específico que solo incumbe al autor, a saber, el deber impuesto por una institución positiva estatal". (Sanchez-Vera, 2003, p. 275).

Claro está, como Salinas Siccha (2015-2016, p.94) establece (correctamente), lo que fundamenta la autoría en los delitos especiales, es un deber especial de carácter penal, dada por fórmula legislativa; así es autor, quien realiza la conducta prohibida infringiendo un deber especial de carácter penal, en respeto al principio de legalidad.

Lo que aquí resalta es que la estructura estatal y su institucionalidad funcional, realmente la existencia de los deberes funcionariales, hacen repensar, complementar, mudar o flexibilizar ciertas figuras, instituciones o conceptos jurídicos penales. Por ejemplo: los bienes jurídicos protegidos ante conductas disvaliosas en el ente estatal.

Efectivamente, según el mismo Salinas (2016) (sobre los delitos de infracción de deber dentro del Estado), los bienes jurídicos protegidos en los delitos especiales se representan en principios o deberes: a) el principio de no lesionar el patrimonio del Estado en el peculado, b) el principio de legalidad presupuestal en el delito de malversación de fondos, c) el principio de gratuidad del acto público en los cohechos, d)

los principios de imparcialidad y transparencia en el delito de colusión, y e) el principio de autoridad en el delito de abuso de autoridad, etc. En tanto que en los delitos comunes o de dominio, los bienes jurídicos que se pretenden proteger siempre se representan en derechos (derecho a la vida en los homicidios, derecho a la salud en los delitos de lesiones, etc.).

Lo trascendente es que la existencia de estos deberes y principios propios del funcionamiento de la estructura orgánico estatal deben ser tomados en cuenta al momento de analizar los comportamientos lesivos que se dan precisamente en el seno de la estructura estatal. Esto porque dichos comportamientos implican la alteración o transformación de la funcionalidad estatal, pues dichos comportamientos devienen necesariamente en infracción de dichos deberes y principios funcionales.

Si bien es cierto que el propio Salinas (2016) recalca que estos deberes o principios especiales son de carácter penal (deberes por mandato de norma penal y por principio de legalidad), continúa ilustrando al respecto al decir que no surgen solo y directamente del tipo penal (de la sanción penal prevista en la ley penal), sino que están antepuestos en el plano lógico a la norma penal y se originan en otras ramas del derecho. Los deberes especiales para los delitos contra la administración pública nacen del derecho constitucional y de la teoría general del Estado, dado que el Estado sólo se puede organizar con base en principios y deberes funcionales que los funcionarios y servidores públicos deben cumplir y materializar. Posteriormente dirá que, en los delitos calificados, los funcionarios tienen el deber impuesto por la ley de lealtad, honestidad, veracidad, de cautelar, proteger e impulsar el correcto y normal funcionamiento de la administración pública.

Finalmente, el propio autor dirá que son deberes que lógicamente están ubicados antes de la norma penal y por lo general surgen de otros ámbitos del derecho vigente. Como son los deberes y principios que sustentan la organización del Estado, los deberes del derecho público de los funcionarios y servidores públicos, las exigencias de rendimiento provenientes del rol social que él ha asumido al interior del Estado.

Por tanto, es de suyo trascendente, cuando desde la estructura estatal se defina algo, que se tenga que saber para cada figura legal penal analizada, cuáles son esos

deberes o principios vulnerados o quebrantados que además sustentan la organización del Estado; y que subyacen (preceden) a la figura (ejemplo: norma) penal tratada.

Ciertamente, siguiendo la línea de lo ya mencionado, el análisis jurídico penal (sobre deberes y principios vulnerados por comportamientos lesivos de carácter penal) dentro de la estructura estatal no debe necesariamente emerger únicamente de la norma penal (del positivismo). Ello devendría en totalmente errado, pues habitualmente los legisladores legislan sin conocimiento real del derecho penal (son normalmente antitécnicos). Y así fuera una legislación técnica, la realidad supera a la teoría y puede llevar a soluciones perversas desde una pura lógica jurídica. Basta recordar que hasta hoy es legítimo predicar de una Constitución inconstitucional (relativizando un positivismo extremo y hallar la legitimidad en fundamentos prenormativos). Pero, es evidente que en el ámbito penal se debe atender el principio de legalidad penal.

No obstante, no es ajeno que en la evolución del Derecho penal se vaya introduciendo nuevos fundamentos para encontrar soluciones más justas ante exigencias de la propia realidad.

Por ejemplo, Cardenas Veintemilla (2021, p. 19) respecto al tema de responsabilidad penal de los superiores jerárquicos en el delito de peculado, establece existe 4 momentos en la evolución del tema en nuestra Corte Suprema, siendo el primero marcado por el Acuerdo plenario 4-2005/CJ-116 en donde se establece la llamada disponibilidad jurídica del sujeto respecto del bien (caudales o efectos) que surge de la Ley y que exista una relación funcional normada del agente activo que señale la percepción, custodia y administración del patrimonio del Estado. Luego, viene el RN 615- 2015-LIMA en donde se establece el peculado como delito de infracción de deber, absolviendo al ex presidente Alberto Fujimori Fujomori porque no se logró demostrar la vinculación funcional “por razón de su cargo” respecto a la administración o custodia de los caudales del SIN, cuya vinculación funcional normativa debe ser verificada en el sector parcial social donde se desenvuelve (ROF,MOF, ..etc), de la norma extra penal del sector de competencia del funcionario o servidor público. El tercer momento, lo relaciona a la Casación 160-2014-ANCASH al voto del Magistrado Principe Trujillo, que menciona se debe avalar una visión más amplia del tema, arribando a una concepción de competencia organizativa, de apreciar todas las atribuciones que los sujetos

cualificados tengan, en cada caso concreto, en sus especiales atribuciones institucionales (atribución de carácter institucional) Para últimamente establecerse en el caso visto en el RN 1940-2017-ANCASH que el Alcalde de la municipalidad de Cholon Miguel Herrada Morales es autor de peculado como superior jerárquico de la Municipalidad, desde la lógicas de administración o gestión, de dirigir y supervisar las actividades económicas de la institución edil, al punto que la disposición de los bienes públicos requiere de su concurso directivo, dado que recae en él la disposición funcional de manera mediata de los caudales o efectos públicos de la institución, por la competencia de administrar, dirigir entre otros, las actividades económicas de la Municipalidad. Para la autora, no siendo tan clara la última referencia, intuye que se busca basar más el análisis de responsabilidad del superior jerárquico, en la realidad que en la norma extra penal específica.

Finalmente, la autora nos explicará en su tesis que cerrar el análisis a una mera remisión normativa, sin analizar la realidad concreta y, sobre todo, el poder político que ejerce un funcionario público que presenta mayor rango jerárquico, sería obviar que este poder existe. Estos superiores jerárquicos no presentan muchas veces el deber específico sobre los caudales o efectos de su entidad, pero poseen la decisión política que posibilita que se apropien o utilicen los mismos. Menciona la teoría sobre la vulnerabilidad del bien jurídico del profesor Bernd Schünemann: “la posición de autor consiste en una posición de garante penal. Ya conforme a las reglas generales, todo aquel que asume de modo fáctico la relación de dominio se coloca en posición de garante” (2006, p. 293). Refiere también que “...el fundamento penal reside en el dominio de protección sobre el bien jurídico o en el dominio de supervisión o vigilancia de una fuente de peligro” (Schünemann 2018, p. 105), que ello permitirá tratar mejor el tema discutido, pues toma la realidad más que la mera infracción extra penal. Ello permitirá otras formas de autoría, como la mediata o coautoría en el delito de peculado. Más que buscar un deber específico en la norma, también se basará en la realidad que vincula al funcionario o servidor con el comportamiento lesivo.

Lo que aquí interesa, es cómo se debe tomar en cuenta las especificidades de la realidad para analizar cuestiones jurídicas penales y hallar así soluciones más lógicas y jurídicas legítimas. Cuando estos comportamientos lesivos se den en el seno de las

estructuras estatales, es obvio, a mi entender, que se deben tomar en cuenta las reales características, deberes y principios funcionales de las mismas para obtener una respuesta jurídico penal correcta. De lo contrario, (como se refiere en líneas precedentes) se estará obviando la realidad, lo cual es antitécnico.

En lo que va de la organización criminal como objeto de imputación o definir cuándo la misma se da en las entidades públicas, cuestionablemente no se toma en cuenta a la estructura estatal para definirla en sus esencialidades.

Ciertamente, no hay ley penal expresa que refiera distinción alguna cuando esta organización criminal se da en el seno del Estado, más bien la organización criminal es definida como delito común por Ley (no contra la administración pública o contra la autotutela del estado), pero no por ello, para definir o afirmar la existencia de una organización criminal dentro de la estructura estatal (nuestro objeto de estudio), se debe desestimar buscar su real fundamento último precisamente, en el estudio de las características de las estructuras estatales (donde ahora se desarrollan) y que las especificidades estructurales estatales (institucionales y funcionariales) harán alterar lo predicado en el ámbito común al momento de definir la existencia de una organización criminal, para flexibilizarlo o mudar, cuando se predique que ella se da en el seno del Estado.

Aquello que se determina para el ámbito común, debe mudar en el ámbito estatal, por la existencia de características institucionales estatales, deberes y principios funcionariales que condiciona todo, y ello no es ajeno al derecho penal, como ya hemos visto. Justamente falta dicho análisis dogmático, sea para determinar la existencia o no de una organización criminal dentro de las estructuras estatales o para determinar la existencia de una circunstancia agravante específica en ellas.

## **2.2 Del *ius imperium* y de la estructura orgánica estatal**

No se pretende en este estudio recorrer (sería imposible agotar ello aquí) todas las esencialidades: características, fines, valores, principios, deberes, funciones, etc. de las estructuras organizacionales estatales que pudieran influir en el momento de definir cuándo estamos ante una organización criminal en el seno de una estructura estatal.

Solo se destacarán algunas esencialidades que se presentan como más evidentes a ser tomadas en cuenta en tal esfuerzo.

Rincón (2018, p. 57), refiriéndose a las relaciones entre la criminalidad organizada y la organización estatal y citando a la Coalición De Derechos Humanos Contra Las Estructuras Clandestinas (2004), menciona básicamente que se dan dos fenómenos reprochables: (i) que las organizaciones criminales capturen al Estado mediante la corrupción y (ii) que los propios servidores públicos hagan parte de las organizaciones delictivas como miembros activos. Luego establece que el desvalor de la acción es la subversión del principio de prevalencia del interés general como derrotero de la actividad del Estado con la finalidad de perturbar su desarrollo ideal, para dificultar en la medida de lo posible la eliminación de las organizaciones criminales, permitiéndose sus operaciones y que, por tales fenómenos, dichas operaciones se harán sin la molesta carga de la persecución de las autoridades. Esto es: la captura del Estado por corrupción, citando a Garzón (2008): "...cuando se captura al Estado las autoridades tienden a no aplicar la ley o la aplican de modo menos severo". Esto dirá es, una grave corrosión de las estructuras estatales, un riesgo para su institucionalidad existente o que conlleva su desinstitucionalización. Todo esto, finalmente, es diferente a meros eventos de corrupción donde el funcionario no es miembro de un grupo de la criminalidad organizada.

El propio Rincón (2018, p. 61-62) menciona su intención de una aproximación a la misma definición de crimen organizado a partir de una de sus características fundantes: un cierto grado de captura del Estado por corrupción. Para él este es un aspecto esencial para definir el crimen organizado cuando se da un tipo de captura del Estado. Y dirá que los niveles son 5, desde un primer nivel de una corrupción incidental (una dádiva a un funcionario público) donde la participación del funcionario es meramente eventual en la actividad del crimen organizado, a pasar a ser participaciones ya continuas y periódicas (encontrándose el funcionario ya en la nómina del grupo delictivo). Luego, a una infiltración parcial de las agencias del Estado, a una infiltración más avanzada a los niveles más altos o a ramas completas de administración o funcionarios de alto rango, y por último hasta una infiltración política de campañas en procesos electorales.

Lo cierto es que cuando hablamos de una organización criminal (en el ámbito común) externa a la estructura estatal, que luego extiende sus lazos a la estructura estatal (ya sea en búsqueda de impunidad para no ser perseguido o si fuese alcanzado, merecer menos efectos dañosos en su contra desde las autoridades), se determina que dichos grados de penetración del Estado o grados de captura del Estado en el ámbito estatal que les interesa (en una porción de ella), son tan trascendentales para el grupo delictivo en su devenir existencial, que cuando existe ese contacto con las estructuras estatales, en toma de postura de Rincón, lo considera ya como un aspecto esencial del crimen organizado.

Ve como necesario redefinir en esos casos el concepto de organización criminal para poder incorporar ello. Y a partir de dicha nueva característica especial (el tener un cierto grado de captura del Estado), tenerla como característica definitoria de existencia de una organización criminal.

Si para dicho autor es necesario redefinir lo dado a una organización criminal común externa a la estructura estatal cuando esta penetra en cierto grado al Estado (cuando tiene contacto con las estructuras estatales por infiltración), más será necesario redefinir aquello que se tiene dado para una organización criminal en un ámbito común, cuando la organización criminal en su totalidad se da en el seno mismo de la estructura estatal.

Esto es, cuando en este fenómeno se aprecie a todos los involucrados funcionarios públicos organizados entre ellos, actuando ya como una organización criminal formada por ellos y dentro de la estructura estatal.

El grado de captura del Estado como una de las características para hablar de una organización criminal en el Estado (cuando la organización tiene contacto con las estructuras estatales) es importante por el grado de sujeción real de la estructura estatal que se logra (en una porción de ella). Con ello se evita la real función del Estado capturado, es inutilizarla en su esencialidad para lograr la impunidad (en las organizaciones criminales de captura del estado por corrupción), es lograr que el sistema no termine haciendo lo que debería hacer, obtener el mal funcionamiento de las estructuras estatales. Lo fundamental es subvertir la esencialidad de la estructura

orgánica del Estado y lograr la sujeción de la institucionalidad estatal para su conveniencia.

Este grado de captura del Estado para Rincón es tan trascendente para el devenir del grupo criminal, que se vuelve en redifinitorio de lo que es **Organización Criminal (ahora con contacto en el Estado)**.

Siendo así, ello mismo se puede predicar de aquella organización criminal que se da ahora dentro del Estado (ya no solo hay contactos en la Estructura estatal). Y es que dicho desarrollo dentro del Estado (en la estructura estatal) es por algo, no es incidental, es buscar subvertir lo esencial de la estructura estatal.

Y entonces es válido cuestionar ¿Cuándo estamos y podemos hablar de una organización criminal totalmente dentro del Estado, no por penetración por corrupción, sino ya por formación de una concertación entre funcionarios en su seno mismo, desarrollado por los mismos funcionarios públicos?, ¿Qué grado o no de captura interna del Estado será necesario logren ellos, para hablar ya propiamente de una Organización Criminal en ella y no solo de individuales actos de corrupción de uno o varios funcionarios públicos?, ¿será la búsqueda de impunidad lo que subyace también a este fenómeno interno?, o ¿Por qué y para qué se forma una organización criminal dentro o en el seno mismo del Estado?.

Se debe buscar esa esencialidad del Estado, de la estructura estatal, aquello que es al parecer tan valioso a subvertir y que es imprescindible lograr su sujeción parcial o total para bien de sus intereses.

García Toma (2010, p. 57-65) sustenta que el concepto de Estado tiene numerosas acepciones, según sean los diversos ámbitos desde donde se aborde (político, sociológico, histórico, jurídico, etc), desde donde sea observado (perspectivas: deontológica-fines, sociológica-naturaleza del tipo de poder que goza y ejerce, y jurídica- el orden coactivo) y desde la disciplina básica desde donde se plantee su estudio (Teoría del Estado, el Derecho constitucional y la Ciencia política). No son excluyentes ni antagónicos, por el contrario, de su fusión y complementariedad surgen todas las connotaciones y propiedades que dan sentido a la noción de Estado. Aunque sea una abstracción, en general “Estado” alude a “una sociedad política autónoma y organizada para estructurar la convivencia que ejerce un poder soberano desde una titularidad

abstracta y permanente, la cual, para legitimar su presencia y cumplir la realización de los fines de la vida comunitaria, establece un orden jurídico coactivo” (*Op.cit*, p.62). Destacando el autor así del Estado su carácter autónomo y organizado para estructurar la convivencia, y su característica de no ser dependiente, ni sujeta, ni tutelada por ninguna otra colectividad homóloga.

Si se trata de comprender al Estado en su esencialidad, nos refiere el propio García Toma (2010), existe la Teoría del Estado, desde donde se reflexiona sobre el Estado en los planos gnoseológicos y axiológicos (inquiriendo: ¿qué es el Estado?, ¿cómo surgió?, ¿hacia dónde evoluciona?, ¿para qué existe?, ¿por qué manda? y ¿por qué obedecen los gobernados?). Desde esa teoría se aprehende al Estado “como un orden en sí mismo, y tiene como objeto de conocimiento su existencia en sus caracteres inmanentes, intrínsecos y esenciales, ... Así, dicha disciplina se propone desentrañar al Estado en lo que este tiene de permanente e indeleble y que, por tal, le confiere su identidad” (2010, p. 66-67).

Justamente desde la teoría general del Estado, quien reflexionó con mucha acuidad la relación entre Estado y Derecho fue Kelsen (2005). Para demostrar lo que denomina su principio fundamental único: la idea del Estado como orden coactivo de la conducta humana, desenvuelve en su obra un conjunto de temas que conectan al Estado con el Derecho. Estos temas tratan sobre las relaciones esenciales que el Estado mantiene con el orden jurídico y lo llevan a concluir su concepto de Estado: “...el Estado radica en el reino de las normas o valores que el Estado es, por naturaleza, un sistema de normas o la expresión para designar la unidad de tal sistema, (...) que el Estado como orden, no puede ser más que el orden jurídico o la expresión de su unidad” (Kelsen, 2005, p. 21).

Ciertamente, para dicho autor el orden jurídico es un sistema de normas (el derecho), y el concepto de Estado designa una ordenación (un género de unión similar al de una asociación que se constituye por una norma o sistema de normas, donde la asociación es el mismo orden de individuos asociados porque sólo en ese orden y las normas que lo constituyen existe la unión en la cual se hace consistir todo lo social). Es, pues, el Estado en sí un orden, representando la existencia objetiva del Estado, la validez objetiva de las normas que constituyen ese orden estatal. El Estado es la unidad

personificada de ese orden. Y ese orden no puede ser más que el mismo orden jurídico, pues no puede ser otro, no pueden existir dos órdenes con igual prominente validez en la sociedad. Entonces, el Estado es un orden sistema normativo. El autor concluye que tiene que ser el propio orden jurídico positivo, pues es imposible admitir junto a la validez de este orden (estatal) otro orden cualquiera. El derecho es el orden estatal mismo. Esta es una relación de identidad del Estado con el derecho positivo “constituye una de las pocas posiciones firmes e indiscutibles de la teoría del Estado”. (Op.cit, p. 22).

Pero dice Kelsen (2005) que es un orden coactivo (que al Estado se le tenga como el “aparato” coactivo no es más que una metáfora para designar el orden coactivo) esencial al Estado. En tanto es coactivo no solo como contenido de la norma jurídica (castigo ejecución), sino como reglas motivadoras que determinan las conductas efectivas de los hombres. El poder del Estado no es uno tras el derecho para realizarlo, ni que apoya, produce o garantiza al derecho. El poder del Estado no es otro que el poder del derecho mismo: del derecho positivo. Ese poder de “tu debes” como coacción interna y externa, como acto coactivo puesto como contenido de la norma. El poder del Estado es de orden normativo, de autonomía normativa social (no solo de fuerza bruta). Es esencial al Estado el establecimiento de un orden jurídico, el derecho es el orden estatal mismo. No solo de castigo, sino de otros fines (llamados de cultura). La supremacía del orden estatal, su soberanía, deviene de la convicción de que el Estado no tiene sobre sí una voluntad superior y no deriva su validez de ninguna otra voluntad. La soberanía es una cualidad de la voluntad del Estado conocida como orden jurídico en su esfera específica de validez.

Finalmente, el mismo autor referirá que el Estado es una ordenación. Queda establecido así que todos los hombres que constituyen y pertenecen al Estado están sometidos a dicho orden estatal, de modo que este *imperat* sobre aquellos. El sentido del poder o dominación Estatal es el que todos los hombres estén sometidos a las normas y al orden jurídico. Y ese poder es coactivo por las normas que prescriben la coacción (normas jurídicas) y por ser un orden objetivo porque posee una validez objetiva, que vale con independencia del querer y deseo de los hombres, quienes están sometidos voluntaria o involuntariamente al orden estatal. Y este poder y orden jurídico estatal es soberano. Es decir, se trata de un poder supremo, o voluntad del Estado, que sobre él

no hay ningún otro poder ni ningún orden superior. Este poder es la soberanía del Estado o, lo que es lo mismo, el primado del orden jurídico estatal.

Así, Kelsen nos está dando la esencialidad del Estado, que es su ordenación suprema, el orden jurídico estatal que *imperat*, es soberano y no puede estar sujeta a ningún otro orden, poder o voluntad ajena a su propia ordenación.

Pero esta postura de plantear una identidad entre el Estado y el orden jurídico (derecho) ha sido contendida desde la doctrina. En tanto, aunque se reconozca como evidente que existe una relación intrínseca e inseparable entre ellas, se dice que no llegan a ser lo mismo. García Toma (2010, p. 150) refiere: “a pesar de existir entre el Estado y derecho una amplia y mutua referencia y involucramiento, sin embargo, no llegan a ser expresiones homólogas”. El propio autor dirá seguidamente que el derecho es históricamente anterior a la aparición del Estado y el derecho no agota la modalidad *in totum* del Estado. Para él el Estado es una sociedad política organizada que personifica y simboliza políticamente el todo social. Ello no solo tiene una expresión jurídica, sino que reposa sobre fuerzas sociales y cambios y actividad política.

Pero lo descrito por Kelsen es innegable no necesariamente en la identidad que concluye, sino como descripción del involucramiento inseparable existente (y más actualmente) en la relación entre el Estado y el derecho. Que el Estado es una ordenación es innegable y también implica un orden jurídico (el orden jurídico estatal). Es además coactivo y vale con independencia del querer y deseo de los hombres sometidos voluntaria o involuntariamente a dicho orden estatal. Este poder y orden jurídico estatal es soberano e indiscutible. Es decir, es un poder supremo, voluntad del Estado que sobre él no hay ni debe haber ningún otro poder ni ningún orden superior. La soberanía del Estado es en ese sentido lo esencial del Estado o, lo que es lo mismo, es esencial al Estado (o estructura orgánico estatal) el primado del orden jurídico estatal por y en él establecido. Su soberanía implica ello y no hay otro poder que pueda subvertirlo.

Ciertamente, García Toma (2010, p. 106-110) refiere de la misma soberanía que es una cualidad objetiva del poder Estatal y característica del poder del Estado:

El poder estatal es soberano en relación con los demás entes instalados al interior de su territorio, en razón a que su voluntad es suprema, exclusiva, irresistible y esencial. Como tal, no admite a ninguna otra, ni por encima ni en concurrencia

con ella. La potestad de mando del Estado no puede ser contestada ni igualada por ningún otro poder al interior de la comunidad política. Ello expresa una capacidad privativa de tomar decisiones que tienen como destinatarios las personas y entes que actúan en el ámbito de su territorio; así como enfatiza el atributo formal de su independencia e igualdad jurídica ante sus homólogos. Como bien afirma Frederic Hinsley [El concepto de soberanía. Lima: Labor, 1972], “la idea de soberanía supone la existencia de una autoridad política fiel y absoluta dentro del Estado.

Afirma el mismo autor, que la soberanía es la calidad suprema del poder estatal, poder propio, supremo e irresistible con superioridad sobre los demás poderes existentes en su entorno jurídico-político (solo sujeta por sus propios límites éticos). Ello implica 5 connotaciones:

**a) La incontestabilidad.** Los mandatos del poder estatal no pueden ser confrontados. Vale decir, no cabe que se les oponga resistencia u obstáculo de tal vigor que impida la realización de lo ordenado.

**b) La incondicionalidad.** El contenido de las decisiones del poder estatal no puede serle predeterminado o previamente impuesto por terceros.

**c) La juridicidad.** Los mandatos del poder estatal no representan simples actos de compulsión material, sino que son consecuencia de una decisión coherente y coordinada con una idea de derecho. Así pues, la juridicidad es una capacidad otorgada al Estado para el cumplimiento de sus fines.

**d) La irrenunciabilidad.** La titularidad de mando del poder estatal no se puede transferir o enajenar hacia terceros porque su reconocimiento es inexorable y vital para la existencia del Estado.

**e) La supremacía.** El poder estatal se encuentra por encima del resto de los poderes existentes en el Estado. Se centraliza y se superpone sobre estos, los cuales quedan relegados, sometidos, absorbidos, subordinados, etc. (García Toma, 2010, p. 106-110).

El mismo Estado requiere de la institucionalización de un aparato con poder político, de un gobierno y de un conjunto de órganos a efectos de viabilizar el ejercicio de su soberanía, de la trama de órganos e instituciones, servicios y actividades a través

de los cuales se desenvuelve su existencia. Así, implica entre los sujetos participantes dos planos distintos: el Estado a través de sus operadores o agentes, actuando con *imperium* y ejerciendo su poder soberano; y por otro los ciudadanos subordinados (García toma, 2010, p. 360). Con esto se debe entender que alude a la necesidad de una estructura orgánico estatal o estructura estatal.

Palomino (2021, p.24) refiere el concepto de *ius imperium* ya aplicado por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (TJCE), como aquellas acciones efectuadas dentro de sus propias prerrogativas típicas del ejercicio público. Así, “según el TJCE, se otorga un alcance de las actividades esenciales del poder público como aquellas que derivan del *imperium* del Estado, lo cual implica la facultad de usar prerrogativas que exceden el derecho común, privilegios del poder público de carácter coercitivo que se imponen a los ciudadanos, tales como la administración general, la justicia, la seguridad, entre otros”.

El *imperium* del Estado, o soberanía del mismo, es justamente manifestado en dicho ejercicio funcional de la estructura orgánica estatal para su dominio o *imperium* de su ordenación (estatal) de su orden jurídico (estatal). Es la imposición ejecutiva objetiva del sistema de normas y valores que esta ordenación implica, tal como está diseñada normativa y valorativamente. Es de suyo suprema y por ello no puede estar sujeta a ninguna fuerza, pues dejaría ya de ser su *imperium*. Es tan superior y soberana que ella misma subsume sus propios caminos y formas de modificación de su orden estatal. La esencia misma del Estado es, pues, su *ius imperium*.

La estructura orgánico estatal (o estructura estatal, aparato del Estado, órganos y entes estatales, etc.) engloba a todas las entidades de la administración pública. Globalmente es orgánicamente institucional y objetivamente funcional (conjunto de actividades funcionales desarrollados por autoridades, funcionarios y servidores públicos). Es la personificación del Estado en su ejercicio de su *ius imperium*, indispensable para el funcionamiento del orden estatal, tal cual está previsto. El *ius imperium* del Estado se materializa en y por el fiel funcionamiento de la estructura orgánico estatal al orden jurídico estatal.

Finalmente, al menos en occidente, el Estado y su estructura estatal, así como la evolución de su ordenación y orden jurídico estatal, ha devenido cada vez más en el

tiempo en poner como centro y su finalidad la dignidad de la persona y de todos sus componentes. Se logra así una tendencia mayor a una ordenación *pro hominen*. Así se transforma ese *ius imperium* estatal, en uno más favorable de derechos individuales que colectivos o meramente sociales. Es decir, el que impere el orden jurídico estatal tal cual está establecido se decanta en un real derecho individual y no solo para los intereses sociales de las personas. Subvertir este *ius imperium* es un fraude al Estado de derecho. Se volverá a este tema posteriormente.

### **2.3 Del bien jurídico protegido, la organización criminal y la estructura orgánico estatal: el bien jurídico paz y tranquilidad pública, el bien jurídico correcto funcionamiento de la administración pública y la autotutela del poder del Estado**

Si el *ius imperium* es la esencialidad del Estado a subvertir para lograr su conveniencia por parte de una organización criminal que se instituye dentro del Estado, es legítimo reflexionar: ¿con subvertir ello qué se vulnera jurídicamente?. Cuando se razona sobre conductas antijurídicas o disvaliosas más en el Derecho penal (como podría ser el organizarse para la criminalidad, formar parte de una organización criminal o actuar a través de ella, etc.), se entiende que se identifica e interpreta dichas conductas necesariamente en relación a la vulneración de un bien jurídico protegido (ello en base a la más aceptada teoría del bien jurídico, y no por la mera positivización normativa que defiende la teoría de la vigencia de la norma). Todo bien jurídico objeto de protección es un valor, interés, fundamento social indispensable para la convivencia en la sociedad y, por tanto, necesario de proteger.

Respecto al concepto de bien jurídico, desde Binding se han pronunciado innumerables autores. Dentro de ellos nos dice Hormazábal (2005, p.58-60) que Von Liszt expresa con coherencia que el bien jurídico:

“...representa los intereses de los individuos en sus relaciones vitales (...) el pensamiento de Von Liszt la progresión de Ihering interés-fin-protección de las condiciones de vida social se expresa sintéticamente en su concepto de bien jurídico que es formulado con una pretensión de materialidad a fin de superar el formalismo de Binding, como un interés jurídicamente protegido. Esto es, las condiciones vitales del individuo o de la sociedad amparadas por el derecho. El

fin del derecho penal, de la norma penal y de la ejecución penal está precisamente en la protección de bienes jurídicos. Ellos expresan en el derecho penal la idea fin de protección de los presupuestos del orden social”.

Por su parte, Luzón (2016, p.302) respecto al tema establece:

“En efecto, desde sus orígenes ha habido dos posiciones enfrentadas sobre el modo de concebir el bien jurídico: una posición conservadora y positivista, que arranca Binding, considera que bien jurídico es todo objeto (en sentido amplio, material o inmaterial) que la ley, y concretamente la ley penal en los respectivos tipos, considera digno de protección jurídica, y sólo ese objeto legalmente reconocido como valioso y protegido; es decir que el catálogo de bienes jurídicos se desprende de la ley y es definido por la propia ley. Frente a esto, una posición crítica y reformista, que arranca de Von Liszt y que hoy es mayoritaria, sostiene que el bien jurídico es preexistente e independiente de su interés, valor o realidad valiosa, de una persona o de la sociedad, importante para la existencia y desenvolvimiento de éstas y que por ello merece protección jurídica”.

Añade Lecca (2021, p. 56) que “si consideramos al bien jurídico como aquellas realidades indispensables para la realización y subsistencia del individuo dentro de la sociedad, entonces debemos comprender que no es el legislador quien propone cuáles son aquellas realidades, esto le corresponde a la propia sociedad”. Asimismo, refiere Gutierrez (2024, p. 29): “De ello se exterioriza que el bien jurídico es un interés vital que precede al ordenamiento normativo, dado que los referidos intereses no son instituidos por el derecho, sino que este los reconoce, y, mediante ese accionar, es que esos intereses vitales son bienes jurídicos tutelados por el derecho”. Así como ha referido Jescheck (citado en Fernández, 2013, p. 97) que los bienes jurídicos son “aquellos bienes vitales imprescindibles para la convivencia humana en Sociedad que son, por tanto, merecedores de protección a través del poder coactivo del Estado representado por la pena pública”.

Así, regularmente cuando se tipifica una conducta como disvaliosa, ésta debe afectar directamente un bien jurídicamente protegido y hacerlo en un determinado grado que justifique y merezca la intervención penal (por el principio de última ratio o mínima intervención y el principio de lesividad del Derecho Penal). Lo mismo, dicho de otra

manera, un tipo penal debe interpretarse para su legítima aplicación en un caso concreto, en función del bien jurídico protegido dañado y, además, su alcance típico debe estar circunscrito en el caso concreto, en función del contenido del grado de lesividad que ese bien jurídico impone. Por tanto, lo que sostiene a la interpretación desde lo que se define en un tipo penal, es el bien jurídico protegido y el grado de lesividad por él requerido. El bien jurídico protegido sostiene al tipo penal en su aplicación legítima. No se puede bien aplicar un tipo penal sin un detallado análisis del bien jurídico protegido pertinente, ya sea analizándolo en su contenido y en el grado de lesividad que él impone.

Lecca (2021, p.56) citando a Camacho, B (2020, p.50-56) refiere que el bien jurídico es un presupuesto, un antecedente, que debe existir en la realidad antes de la realización de la actividad idónea para lesionarlo. Lecca añade, que si no se da esa lesión real material al bien jurídico o cuando desde lo narrado se vislumbra no existe ese bien jurídico protegido, deviene en formarse terminologías como “tentativa inidónea” o “delito imposible”. La importancia del bien jurídico protegido para la aplicación de un tipo penal, es enorme, definitoria.

Desde lo que afirma el mismo autor se puede referir que los bienes jurídicos germinan de la sociedad y de su realidad dinámica (dado que sus valores, intereses y fundamentos varían). En el tiempo aparecen unos, desaparecen otros y hasta los existentes evolucionan en su propio contenido. La aparición o constatación de nuevas conductas desvaloradas socialmente o la mutación en el tiempo de las ya existentes, hacen surgir nuevos bienes jurídicos o dichas nuevas conductas implican ahora vulneraciones de bienes jurídicos ya existentes, pero modificándose los alcances interpretativos de dichos bienes jurídicos protegidos, para que se conciba cómo dichas nuevas o mutadas conductas lesivas las dañan (todo influye, en el contenido de los bienes jurídicos, desde los avances tecnológicos, hasta las nuevas formas de criminalidad). Esto se percibe, por ejemplo, en las Organizaciones Criminales, que van mutando en el tiempo.

Ya se ha mencionado que en el Perú es tenido el bien jurídico “paz y tranquilidad pública” como el pertinente y relevante que se vulnera con el tipo penal “denominado organización criminal” (actual artículo 317 del CP).

Al respecto de este bien jurídico, Vargas (2022) establece que la tranquilidad y paz pública es elevada a tal categoría porque dicha tranquilidad, calma y paz social es indispensable para la convivencia social y el ejercicio de los demás derechos, que solo se ejercitan a plenitud, si no existe el temor a la producción de ciertos comportamientos que lo puedan afectar. Reforzando su idea, el autor cita a Vera (2001, p. 595) quien la define como un estado propio de las personas que viven en una sociedad organizada y estable y cuya naturaleza es subjetiva de tranquilidad, sosiego, paz o calma. También cita a Comparato (2008, p. 551), quien la define como: "...el derecho de vivir libres de injustos temores".

El autor establece que más allá de un estado objetivo de tranquilidad (un orden público, donde no haya ningún evento que altere la convivencia social, ejemplo, se conduzca a velocidad permitida, que los peatones cruzan respetando la senda peatonal, etc), existe el estado subjetivo de tranquilidad, es decir, un estado de sosiego en un determinado nivel, un fenómeno anímico y psicológico de la comunidad (que no haya sucesos que les puedan alterar sus planes de vida). Por ejemplo, saber que existe un delito callejero menor y constante, y, aun así, pueden encontrarse tranquilos. Otra cosa, sería, ante un terremoto, enfermedades o virus de rápida propagación, depresión económica o monetaria, existencia de un asesino o violador serial, existencia de organizaciones criminales, etc.

Habría un daño real a la tranquilidad y paz pública de relevancia penal cuando una comunidad en un cierto nivel o estado de paz pasa a uno de alteración. Es decir, se pasa a un estado anímico peor y al que no habrían llegado si el acontecimiento humano no se hubiese producido (Vargas, Op Cit., p. 26). Concluye el autor que para eso se debe cumplir con tres requisitos: 1, que el acontecimiento sea humano, ya sea de amenaza cierta u ocurra efectivamente; 2, que sea conocido por ciertas personas susceptibles de ser afectadas por aquel, siendo público lo afectado (más que cantidad o colectivo de personas afectadas, ello sea afectación de lo público como opuesto a lo privado); y 3, que se produzca el cambio psicológico social para peor (que haya esa aptitud para perjudicar el estado anímico colectivo).

Finalmente, el autor establece que hay determinados grupos con fines criminales que sí tienen tal idoneidad de nivel de alteración social: un grupo de terrorismo, sicariatos,

falsificadores, etc. Y se pregunta: ¿un grupo destinado a cometer fraudes tributarios podría alterar del mismo modo la tranquilidad pública?, o también: ¿una asociación para defraudar marcas comerciales tiene la misma idoneidad de alteración de la tranquilidad pública? A nuestro entender, inquiriendo así, si estos dos últimos casos debieran realmente ser tenidos como organizaciones criminales, por no ser idóneos para alterarla a un determinado nivel exigido.

Para el autor, definir estar ante una organización criminal implica atender esta discusión. También supondría hablar de un estándar de ese nivel o estado de sosiego (a alterar) para decidir si se vulnera realmente el bien jurídico protegido tratado, cuya discusión dice el autor no abordará.

Es claro que actualmente, nuestro ordenamiento jurídico se decanta por establecer a la paz y tranquilidad pública como el bien jurídico protegido vulnerado ante una organización criminal. Conceptualiza dicho bien jurídico como:

“un bien jurídico de naturaleza colectiva y funcional que responde a la necesidad de que el grupo social pueda contar con condiciones de sosiego o tranquilidad para el ejercicio de sus rutinas e interacciones personales y a las cuales el Estado queda obligado de proveer y garantizar. Esto es, el Legislador criminaliza la conformación o existencia de organizaciones criminales asumiendo que ellas, por sí mismas, aportan riesgos y amenazas que se internalizan en la población y perturban su paz interna y externa al asociarlas con la realización potencial o latente de actividades delictivas” (Prado Saldarriaga, 2019, p. 338).

Con esto no hay grados de alteración concreta al sosiego que discutir. Ni si estructurarse para la criminalidad, así sea tributaria, realmente altera la tranquilidad pública (y con ello el bien jurídico protegido). Basta el concierto para delinquir con ciertas características (de organización), que de por sí se toma como que conlleva (en abstracto y simplemente) a la alteración pública o del sosiego protegido: la sola idea de que se estructuren para la criminalidad imprime un temor inevitable, alterando así a la sociedad y vulnerando el bien jurídico protegido de paz y tranquilidad pública.

Pero cobra validez preguntarse si realmente se tiene ese temor colectivo que altera el sosiego social, por ejemplo, al saberse que existe una estructuración (de un grupo empresarial) para defraudar tributariamente al Estado. Ciertamente, se tiene como

presunción que ello es así. Que estructurarse para cometer delitos siempre, de suyo y por sí mismos (aunque sean tributarios), altera el sosiego social por el temor que en abstracto el hecho de estructurarse para delinquir conllevaría. Pero en la realidad no necesariamente existe dicho temor o no es la existencia de dicho temor fácilmente defendible. Además, en ciertos otros casos no parece ser específicamente el temor el que más sustenta realmente la alteración del sosiego social, peor, si es que se puede estar verificando efectivamente, a la vez, la vulneración de otros bienes jurídicos específicos identificables con mayor claridad.

Por ejemplo, respecto a las Organizaciones Criminales Prado Saldarriaga (2019, p. 339) menciona que en la actualidad coexisten otros bienes jurídicos mediatamente comprometidos (el régimen internacional de prevención y control de la criminalidad organizada o la eficiencia y eficacia de las políticas públicas diseñadas para preservar la seguridad nacional frente a la infiltración criminal) y hasta en otros países se les relaciona con otros bienes jurídicos protegidos.

Como ya mencionara Prado Saldarriaga (2019), en otros sistemas jurídicos se conecta a las organizaciones criminales con otros bienes jurídicos. Por ejemplo, en España con el orden público, citando a Llobet (2018, p. 441-442), ello responde “a que el fenómeno de la criminalidad organizada atenta contra la base misma de la democracia: a saber, dichas organizaciones multiplican cuantitativamente la potencialidad lesiva de las distintas conductas delictivas llevadas a cabo en su seno y cualitativamente generan procedimientos dirigidos a asegurar la impunidad de sus actividades y la ocultación de los rendimientos de aquellas. De este modo, la seguridad jurídica, la vigencia efectiva del principio de legalidad y los derechos y libertades de los ciudadanos constituyen objetivos directos de su acción destructiva”.

Con la evolución de las Organizaciones Criminales, van surgiendo nuevos bienes jurídicos protegidos comprometidos, o si se quiere debe reinterpretarse, el ya existente y tenido como el pertinente y relevante: la paz y tranquilidad pública, para que en él se enmarque las nuevas Organizaciones Criminales.

Con el tiempo ha devenido en darse, como se mencionó al citar a Rincón (2018), que las organizaciones criminales ya no son externas a la estructura orgánico estatal. Esta realidad de subvertir las estructuras orgánicas estatales por parte de las

organizaciones criminales debiera también merecer mayor atención y reflexionar si es que es la paz y tranquilidad pública el bien jurídico protegido relevante.

Es legítimo repensar sobre el bien jurídico protegido comprometido en este fenómeno cuando ahora las estructuras orgánicas estatales son subvertidas por organizaciones criminales. No solo infiltrándolas por corrupción, sino peor cuando actualmente se instauran en el mismo seno de la administración pública para sujetar la funcionalidad del Estado a sus intereses, en la porción que en ese momento ellas dominen o coopten de la estructura orgánica estatal. Lo que ahí tenemos también es la afectación de la administración pública.

En el Perú, frente a conductas disvaliosas contra la administración pública, se tiene como bien jurídico protegido genérico comprometido el bien jurídico: el correcto funcionamiento de la administración pública.

Chanjan (2017, p. 122-124) no habla de temor, sino establece que los actos de corrupción que se producen en el seno de la función que desempeñan los servidores y funcionarios públicos de los Estados producen indignación. Peor cuando son cometidos en el alto nivel funcional, en tanto la administración pública es el medio o instrumento a través del cual se recibe las bondades del Estado de manera eficiente e igualitaria a fin de satisfacer las necesidades y derechos fundamentales. El correcto desempeño o funcionamiento de la administración pública es un bien de naturaleza colectiva que, si se pone en riesgo, afecta el disfrute de los derechos fundamentales de las personas en condiciones de igualdad. Su vulneración implica: a) La infracción de deberes jurídicos propios de los funcionarios estatales y b) el abuso de poderes públicos o de sus competencias.

También nos refiere Chanjan (2017, p. 127-128) que la administración pública en el sentido como función, en aplicación del artículo 39° de la Constitución, implica que los funcionarios y servidores públicos están al servicio de la nación y sirven al interés general (Sentencia N° 2235-2004-AA/TC del 18 de febrero de 2005, fundamento 10). Por tanto, el correcto funcionamiento de la administración pública es un interés o valor constitucionalmente protegido.

Siendo así, dicho bien debe ser protegido penalmente frente a ataques más graves (nuevamente, ante un cierto alto grado de afectación que impone dicho bien

jurídico). El correcto funcionamiento de la administración pública es el buen funcionamiento del mismo orden jurídico estatal llevado a cabo por los funcionarios públicos. Implica la no infracción de deberes y el no abuso de su poder estatal para salvaguardar las necesidades y derechos fundamentales de las personas, como manda la ley, en igualdad ante la ley en sus relaciones sociales. Es proteger el fiel cumplimiento de sus cargos y el propio funcionamiento del ordenamiento estatal. “Los delitos funcionariales no protegen a la administración pública como institución en sí misma, sino a la función pública que ella cumple para satisfacer las necesidades sociales” (Op. cit, p. 127-128).

El propio autor define que el correcto funcionamiento de la administración pública como bien jurídico protegido es general, mediato o de *ratio legis*. Debe ser concretizado en un bien jurídico específico, dependiendo el tipo penal que se analice. Pero la utilidad de este bien genérico radica en “i) entender las razones políticas criminales que fundamentan o legitiman la intervención penal en el ámbito de la administración pública;

ii) cumple una función de sistematización de todos los tipos penales funcionariales específicos, y iii) puede servir como criterio a tomar en cuenta para medir la gravedad del hecho y determinar la pena concreta, en la medida que el delito pueda incidir mediatamente sobre el correcto funcionamiento de la administración pública, además de menoscabar el bien jurídico directamente protegido” (Ibid, p. 145-146). Finalmente, refiere que el bien jurídico específico, representante, inmediato, objeto de tutela o bien jurídico propiamente dicho será determinado en función al tipo de delito en que hayan incurrido los funcionarios y el puesto en peligro por la conducta típicamente antijurídica.

Esto, en concordancia con lo ya antedicho cuando se citó a Salinas (en los delitos de infracción de deber dentro del Estado), abarca los bienes jurídicos protegidos en los delitos especiales que se representan en principios o deberes: a) el principio de no lesionar el patrimonio del Estado en el peculado, b) el principio de legalidad presupuestal en el delito de malversación de fondos, c) el principio de gratuidad del acto público en los cohechos, d) los principios de imparcialidad y transparencia en el delito de colusión y e) el principio de autoridad en el delito de abuso de autoridad, etc.

Entonces las actuales organizaciones criminales con captura del Estado por corrupción (en cualquiera de sus 5 niveles) conllevan indisolublemente la afectación al

correcto funcionamiento de la administración pública como bien jurídico general o mediato o de *ratio legis*.

Esto amerita inevitablemente el repensar el bien jurídico comprometido con este tipo de organización criminal (que ya conlleva la afectación a la funcionalidad de la estructura orgánica del Estado llevado a cabo por parte de los funcionarios públicos contactados), peor si desde aquello ya característico, se postule necesario redefinir como una característica esencial de una Organización Criminal, el grado de captura del propio Estado. "...La lesión, o colocación en situación de peligro, del bien jurídico genérico administración pública supone la vulneración del cumplimiento de deberes funcionales y del conjunto de principios y valores que vinculan positivamente a la administración pública". Rojas (2021, p. 130-131).

Si ello es así respecto de la organización criminal que infiltra en cierto grado al ente estatal, ¿qué se puede predicar de aquella actual organización criminal que se viene dando ahora absolutamente dentro del Estado (y ya no solo con contactos en la estructura estatal por captura del Estado)? ¿Qué se puede predicar cuando estamos y podemos hablar de una organización criminal totalmente dentro del Estado, no por penetración por corrupción, sino por formación de una concertación entre funcionarios en su seno mismo, desarrollado por los mismos funcionarios públicos, para imperar, sujetar y manipular a su interés el orden jurídico estatal en la porción estatal donde operan?

Ahora bien, desde la doctrina se tiene la teoría de la autotutela del poder del Estado, como ya se mencionó, al citar a Zuñiga: "...el valedor más autorizado de esta teoría es Patalano en Italia, para quien la asociación criminal, en cuanto "organización", es una "institución" capaz de realizar su "propio ordenamiento" y de imponerse al propio Estado" (Ob. Cit., p. 293). Así, las organizaciones criminales implicarían su propio ordenamiento con sus valores y, en el caso concreto estudiado dada su ubicación dentro del propio Estado, ello se yuxtapondría al ordenamiento jurídico estatal: a su *ius imperium*, y la Organización criminal sería lo que ocultamente imperaría y dominaría.

Entonces una organización criminal de funcionarios públicos dentro del ente estatal evidentemente se contrapone al orden estatal. Sus valores y fundamentos criminales se confrontan al poder del orden jurídico estatal. Pero dicha confrontación es

sostenida ocultamente, paradójicamente, desde la propia estructura orgánica estatal, desde el propio Estado donde la organización criminal ahora se forma, con el fin de cooptar a la estructura orgánica estatal para luego manejarla con sus propias reglas disvaliosas e implantarlas en el ámbito de su accionar. Se contrapone al mismo propio Estado, en la propia estructura orgánica Estatal, subvirtiendo con ello subrepticamente el poder regulador en exclusividad del orden Jurídico estatal. Crean sus propios mecanismos en reemplazo de los del ordenamiento jurídico para terminar imperando en la porción del Estado capturado.

Un ejemplo, de una mega organización criminal en el seno mismo de las estructuras estatales es lo que referencia Prado Saldarriaga (2019, pp. 304-305) al dar un ejemplo de una red criminal o estructura reticular, la cual, citando a Ugaz (2003), fue lo que se dio en el Perú en el decenio 1990-2000: “...una amplia red criminal con grupos enquistados en las principales instancias del poder político, de las instituciones castrenses, de las instituciones del sistema de justicia, y en algunos medios de comunicación. Diferentes fuentes atribuyeron la condición de individuo clave al exasesor presidencial Vladimiro Montesinos Torres...”.

#### **2.4 De otras características de la estructura orgánico estatal peruana.**

El informe de la Autoridad Nacional del Servicio Civil Peruano - SERVIR (2023) nos puede acercar a determinar la realidad de ciertas características propias del funcionamiento de la estructura orgánica estatal peruana, extrapolando para ello lo que en él se expone sobre las principales características del Régimen de Contratación Administrativa de Servicios (CAS):

“...al 2021, de un total de 169,403 servidores CAS, el 40 % tiene permanencia en la misma entidad y cargo funcional entre 1 y 3 años, y el 21 % entre tres y cinco años, mientras que más del 14% registra una permanencia mayor a los 7 años. En función al rango de permanencia, se visualiza en la Tabla 6 que la mayor parte de servidores en el nivel nacional, se focalizan entre los rangos: de 1 a 3 y de 3 a 5 años (sexta columna); mientras que en los gobiernos regionales al 2021, el 68 %, tuvo menos de 3 años de permanencia....más del 51 % se encuentran en el grupo de profesionales (segunda columna) y estos se concentran a su vez en el

rango de 1 a 3 años, lo mismo ocurre para el segundo grupo, los técnicos, que representan el 33 % y se concentran en el referido rango de entre 1 y 3 años...a nivel de los profesionales los sectores de Justicia (18.5 %), RENIEC (11.4 %) y Agricultura (8.6 %) son los que concentran el mayor número de servidores con más de 9 años de permanencia en la misma entidad y cargo funcional” (2023, pp. 17-20).

Otro tanto sucede con las nueve carreras especiales (El Servicio Diplomático de la República (ley 28091); Los profesores universitarios (ley 30220); Los profesionales de salud (ley 23536); La carrera pública magisterial (ley 29944); Los oficiales de las Fuerzas Armadas (ley 28359); El personal de la Policía Nacional (decreto legislativo 1149); Los miembros de la carrera pública penitenciaria (ley 29709); Los fiscales (decreto legislativo 052); y Los jueces (ley 29277)), que si bien es cierto sus miembros permanecen más tiempo dentro de la institución por ser carreras públicas, sin embargo, mudan constantemente de puestos laborales, por ejemplo, en las fuerzas armadas estos cambios “de colocación” se dan anualmente, o a lo más cada dos años en cada puesto laboral, pues la movilidad en sus cargos institucionales son frecuentes, más si sus miembros cada cuatro años ascienden en sus carreras militares y pasan a ocupar otros puestos laborales de mayor responsabilidad jerárquica.

Así, normalmente la permanencia en cada cargo funcional no es permanente, indefinida o perpetua. Ni siquiera de perduración significativa (solo de 1 a 3 años, en promedio).

Respecto a la misma estructura orgánica estatal, la Secretaría de Gestión Pública de la Presidencia del Consejo de Ministros (2020, p. 2-9), introduciendo el concepto de diseño organizacional, establece un conjunto de criterios y reglas para establecer las estructuras organizacionales estatales para definir las responsabilidades y líneas jerárquicas al interior de cada organización o entidad estatal. Entre ellos, son los principios de jerarquía y de legalidad los que resaltamos, en tanto implican que las estructuras estatales están sujetas a un régimen totalmente jerarquizado (piramidal) bajo una relación de dependencia jerárquica. Cada cargo o rol y funciones y competencias de cada unidad orgánica son establecidas, plenamente justificadas y amparadas por la ley

(reflejadas en su ROF y MOF). Ciertamente, ello es aplicable para cada poder del Estado, cada órgano autónomo constitucional, empresa estatal, etc.

Ahora bien, dentro de dicha estructura orgánica estatal que los funcionarios públicos formen una organización criminal (materia del presente estudio) no significa que tenga el mismo diseño organizacional del estatal. Ni siquiera significa que dicha organización criminal enquistada en el seno estatal, sea una organización de jerarquía estándar o estructura piramidal. En abstracto puede ser cualquiera de las seis tipologías que menciona Prado Saldarriaga (2019, p. 300-306). Lo cierto es que hay que develar la estructura criminal y diferenciar ambas estructuras organizativas: la oculta y la estatal.

Otro criterio que se verifica en la realidad de las estructuras orgánicas estatales es la necesidad y existencia de cargos para ejercer supervisión y control en cada una de las estructuras estatales. Bien es cierto que "...la aplicación de este criterio depende en mayor o menor medida, según sea el caso, de los demás criterios vinculados a la creación de unidades orgánicas u órganos, siendo que factores como, por ejemplo, el tamaño de la entidad, el número de personal que labora en la organización y el grado de tecnificación de los procesos, entre otros, inciden en la necesidad de establecer puntos de control y supervisión al interior de la entidad pública" (Secretaría de Gestión Pública de la Presidencia del Consejo de Ministros, 2020, p. 14). Esto llevaría a una organización criminal en el seno de la estructura estatal a cooptar, infiltrar, anular dichos controles de supervisión para asegurar su permanencia.

Finalmente, la posibilidad de Filiación y desafiación a una organización criminal dentro del Estado dependerá muchas veces de la situación laboral de rotación que como funcionario público le toque.

Con lo revisado, es evidente que aquello que se establece para el ámbito común para determinar que se está ante una organización criminal debe mudar o reinterpretarse, cuando se quiera predicar que una organización criminal existe en el ámbito estatal con deberes y especificidades muy particulares del funcionamiento de la estructura estatal. Ya sea para determinar la existencia de una organización criminal dentro de las estructuras estatales o para determinar la existencia de un subtipo agravado en ellas.

## CAPÍTULO III

### CARACTERÍSTICAS PROPIAS DE UNA ACTUACIÓN CRIMINAL GRUPAL COMO ORGANIZACIÓN CRIMINAL DENTRO DEL APARATO DEL ESTADO

#### 3.1 Características específicas de la actuación criminal grupal como organización criminal al darse dentro del aparato del Estado

##### 3.1.1 *Subvertir la personificación del Estado.*

De lo mencionado por Rincón (2018), García (2010), Kelsen (2005), Palomino Figueroa (2021) concluimos que el *imperium* del Estado, o soberanía del mismo, es manifestado en el ejercicio funcional de la estructura orgánica estatal, su dominio o *imperium* de su ordenación (estatal), su orden jurídico (estatal); es la imposición ejecutiva objetiva del sistema de normas y valores que ésta ordenación implica, tal como está diseñada normativa y valorativamente; es suprema porque no puede estar sujeta a ninguna fuerza superior (que la sujete), pues dejaría de ser *imperium*; es tan superior y soberana, que ella misma subsume sus propios caminos y formas de modificación de su orden estatal. La esencia misma del estado es pues su *ius imperium*.

La estructura orgánico estatal (o estructura estatal, aparato del Estado, órganos y entes estatales, etc.) engloba a todas las entidades de la administración pública. Es orgánicamente institucional y objetivamente funcional (conjunto de actividades funcionales desarrollados por autoridades, funcionarios y servidores públicos). Es la personificación del Estado en el ejercicio de su *ius imperium*, indispensable para el funcionamiento del orden estatal tal cual está previsto sea. El *ius imperium* del Estado se materializa en y por el fiel funcionamiento de la estructura orgánico estatal al orden jurídico estatal.

Imputar la existencia de una organización criminal dentro de las estructuras orgánicas del Estado deviene ineludiblemente no solo en atribuir la conducta disvaliosa del concierto autónomo abstracto para delinquir, sino que al hacerse dentro de las estructuras estatales por funcionarios públicos deviene en el *ipso facto* alejamiento

abstracto de dichos funcionarios de la estructuración, institucionalidad, principios y valores del ente estatal. Ese efecto reflejo disvalioso se produce por el mero hecho de concertarse para la criminalidad sin requerir realizar un delito fin de la organización.

Concertarse para delinquir es a su vez ya **subvertir la esencialidad de la estructura orgánica del Estado** para quien trabajan. Es también concertarse para yuxtaponer el dominio del grupo criminal oculto sobre la soberanía estatal; es lograr la sujeción de la institucionalidad estatal por un ente u órgano criminal para su conveniencia; es subvertir el reino de las normas o valores que el Estado es por naturaleza, por un sistema de normas, principios y valores criminales para sus intereses.

La concertación es, a su vez, infracción de un fundamento social indispensable para la convivencia en la sociedad: el dominio del ordenamiento jurídico estatal, su soberanía; es subvertir la personificación del Estado en el ejercicio de su *ius imperium*.

### **3.1.2 Del bien jurídico protegido y su pluriofensividad**

Subvertir la personificación del Estado en el ejercicio de su *ius imperium* implica repensar el bien jurídico protegido comprometido en este fenómeno: cuando las estructuras orgánicas estatales son subvertidas por organizaciones criminales. No solo infiltrándolas por corrupción, sino cuando actualmente se instauran en el mismo seno de la administración pública por los propios funcionarios públicos para sujetar la funcionalidad del Estado a sus intereses, en la porción que en ese momento dominen o coopten de la estructura orgánico estatal.

Conforme explican Zúñiga (2002), Gutiérrez (2020), Salinas (2016), Chanjan (2017), Vargas (2022), Rincón (2018), Prado (2019), Llobet (2018) y Rojas (2021), se tiene que ante una organización criminal se comprometen diversos bienes jurídicos, ya sea uno directa o mediatamente.

En este trabajo añadimos que cuando se da una organización criminal en el seno de la estructura orgánica estatal se vulnera adicionalmente a los bienes jurídicos normalmente afectados por esta criminalidad, la paz y tranquilidad pública, el correcto funcionamiento de la administración pública, el orden público, la autotutela del poder del

Estado, el régimen internacional de prevención y control de la criminalidad organizada, la eficiencia y eficacia de las políticas públicas diseñadas para preservar la seguridad nacional frente a la infiltración criminal, etc. Es decir, estamos ante un fenómeno pluriofensivo de bienes jurídicos.

De *lege lata*, se sabe que en el Perú la paz y tranquilidad pública es el bien jurídico protegido específicamente comprometido frente la existencia de toda organización criminal. Sin embargo, este marco de interpretación varía al ser referenciado en la actuación de una organización criminal dentro de la estructura estatal. Eso en tanto ya no se puede sostener que en ese caso, sea el mero concierto para delinquir con ciertas características (de organización) lo que conlleva (en abstracto) a la alteración pública o desasosiego (temor) por vivir sabiéndose que existen conciertos para delinquir en la sociedad.

El temor como referencia principal de la alteración del sosiego social ante el fenómeno aquí estudiado (organización criminal) no aprehende en su totalidad lo que ocurre en el caso de delincuencia organizada al interior del Estado y deviene en forzado. Este tipo de organización criminal traduce la corrosión grave de las estructuras estatales, el riesgo para la institucionalidad existente o la desinstitucionalización del Estado en contra de los derechos de las personas (vulneración del orden estatal establecido como derecho a favor de cada uno de nosotros).

Como venimos explicando, lo fundamental de organizarse para delinquir dentro del Estado es que, al mismo tiempo, ello implica subvertir la esencialidad de la estructura orgánica del Estado por parte de la organización criminal y que su mera formación orgánica criminal genera la desnaturalización, manipulación y sujeción de la institucionalidad estatal para su conveniencia.

Entonces, esta cooptación (captura de la estructura orgánico estatal que supone la organización criminal) tiene como contrapartida, más bien, la indignación, la rebeldía, insurrección, desobediencia, impotencia, insubordinación que produce en la sociedad la existencia de una organización criminal que logra subvertir ocultamente el *ius imperium* estatal. ¡Es eso lo que altera el sosiego social! Esto se acrecienta cuando tal fenómeno es percibido en el alto nivel funcional, en tanto la administración pública y orden jurídico vulnerados son justamente el medio o instrumento a través del cual se recibe las

prestaciones del Estado de manera eficiente e igualitaria a fin de satisfacer las necesidades y derechos fundamentales de cada uno de nosotros.

Según lo expuesto, si hemos de mantener la paz y tranquilidad pública como bien jurídico protegido, no es pues el miedo el sustento principal de la alteración de tal sosiego social, en el caso estudiado.

De *lege ferenda*, teniendo en cuenta lo desarrollado por Requejo (2021), quien menciona que siempre pertenecer a una agrupación para delinquir (antes asociación ilícita, ahora organización criminal) estuvo sistemáticamente ubicado como un delito contra la tranquilidad pública (bien jurídico protegido), pero que al principio, en los subtipos específicos agravados (del tipo penal, segundo párrafo) se hacía mención que cuando se destinaba la organización a cometer delitos contra el Estado o contra los poderes del Estado y orden constitucional, su desvalor era mayor. Es decir, se instituyó al principio como agravante ciertas organizaciones criminales según vulneraban otro tipo de bien jurídico protegido. Entendemos que esta fórmula de agravante podría volver a instituirse para poder aprehender mejor este fenómeno de organización criminal dentro de las estructuras estatales. Eso en tanto nuestra postura es que realmente este fenómeno implica una conducta más dañosa o disvaliosa, por cuanto se produce dentro de las estructuras estatales.

### **3.1.3 De la estructura organizativa**

Desde lo precedentemente revisado y mencionado por Zúñiga (2002), Gutierrez (2020), Prado (2019), Iñigo (2024), Secretaría de Gestión Pública de la Presidencia del Consejo de Ministros (2020) y la Ley N° 32138, publicada el 19 de octubre de 2024, podemos concluir que el fenómeno que aquí se estudia es una organización institucionalizada (funciones, cargos, líderes, financista, integrantes, etc.) que puede ser de diferente tipo (rígida, flexible, vertical, horizontal, cerrada, abierta, jerarquizada o descentralizada). Supone fundamentos de poder, recompensa, legitimación, identificación y control extra e intra sistémico (desde la propia organización criminal).

Pero esta estructura organizativa criminal es diferente a la estatal (no se debe confundir, y se la debe identificar en sus propios términos). En la estructura orgánica estatal se desenvuelve, pero se diferencia de ella.

Ya en el Acuerdo Plenario N°01-2017- SNP (fundamento N°22), se explica ello y establecemos que dentro de dicha estructura orgánica estatal que los funcionarios públicos formen una organización criminal (materia del presente estudio) no significa que la misma tenga el mismo diseño organizacional del estatal, ni siquiera significa que dicha organización criminal esté enquistada en el seno estatal como una organización de jerarquía estándar o estructura piramidal. En abstracto, pueden ser cualquiera de las seis tipologías que menciona Prado (2019). Lo cierto es que hay que develar la estructura criminal y diferenciar ambas estructuras organizativas: la oculta y la estatal.

No podemos confundir ambas estructuras y debemos diferenciar la ilícita si es que imputamos su existencia dentro del Estado. Por ahora basta con mencionar lo importante y trascendental de reconocer una organización distinta que funciona ocultamente a la Estatal. Volveremos a este tema y lo que ello implica penalmente en el acápite: De los actos de organización, concertación y coordinación.

#### **3.1.4 De la permanencia operativa**

Desde lo precedentemente revisado y mencionado por Zúñiga (2002), Gutiérrez (2020), Zurita (2018), Requejo (2021), Prado (2019), por el Acuerdo Plenario N°08- 2007/CJ-116 de la CSJ, la Sentencia de la Corte Suprema Exp. N° A.V 27-2003 (fundamentos de derecho y valoración probatoria 36 a 42), la Autoridad Nacional Del Servicio Civil Peruano-Servir (2023), y la Ley N° 32138, publicada el 19 de octubre de 2024, se concluye que toda organización criminal debe tener por característica una vocación de permanencia o ser de tiempo indefinido (mantenerse en el transcurrir del tiempo). Esto a diferencia de un mero grupo criminal que puede permanecer estable por cierto tiempo con espíritu de autoconservación, pero solo de duración transitoria. Es decir, que en una organización criminal el concierto criminal no es circunstancial y por su propia naturaleza es indefinida.

Como hemos estudiado, normalmente la estabilidad en cada cargo funcional en la estructura orgánica estatal no es “permanente”, “indefinida”, o “perpetua” y ni siquiera de perduración significativa (máximo de 1 a 3 años, en promedio) de los funcionarios públicos comprometidos. Eso hace casi imposible pensar que se pueda crear una organización criminal con carácter de indefinida en el tiempo dentro de las estructuras

estatales (salvo casos extraordinarios, como por ejemplo en dictaduras caso-Fujimori/Montesinos). Sin embargo, se está imputando cada vez más la existencia por doquier de organizaciones criminales dentro del Estado (básicamente alegando inicialmente que hay tres funcionarios comprometidos), resolviendo respecto de la existencia de esta característica de ser de carácter permanente y motivando que dicha permanencia o estabilidad se evidencia con la larga actividad que tuvo la organización o cuyo elemento temporal se patentiza por una sucesión de actos ilícitos durante varios meses a través de autoridades que ostentan cargos que les garantizan en cierto período esa posición privilegiada de poder.

Lo cierto es que, no es necesario exista una sola actividad de la organización, o que ella haya operado meses, o años, etc; lo importante y requerido típicamente es que exista una vocación de permanencia o de existencia indefinida de la organización criminal creada, y que no sea de ánimo o previsión circunstancial o temporal.

Salvo que se impute haya funcionarios que creasen una organización criminal dentro del Estado para dejarlo como legado a los funcionarios que viniesen a ocupar sus cargos después de ellos, lo cierto es que se está imputando que los funcionarios públicos se organizan criminalmente en un periodo de tiempo en que ocuparon sus cargos, en un ámbito de una porción de la estructura orgánico estatal (un ministerio, municipalidad, órgano estatal, etc.), a sabiendas que dichos cargos lo ocupan, circunstancialmente o temporalmente.

La estructura estatal donde se imputa surge la organización criminal, tiene como propio de su funcionamiento de estructura orgánico estatal: la no estabilidad en cada cargo funcional en la estructura orgánica estatal, el cargo funcional ni es “permanente”, “indefinida”, ni “perpetua”, ni siquiera de perduración laboral significativa (máximo de 1 a 3 años, en promedio).

Por lo que deviene en un elemento fáctico a tener en cuenta para motivar si es o no posible predicar la existencia de una organización criminal dentro de las estructuras del Estado conformadas por funcionarios públicos. Dado que no se cumpliría esta característica de vocación de estructura orgánica permanente o indefinida, solo se podría predicar a lo mucho la existencia de una banda criminal dentro de ella.

¿Cómo se puede imputar a un General nombrado jefe de economía del Ejército liderar una organización criminal de militares en dicho estamento militar (economía), durante su año de gestión, cuando es su último año por Ley en su carrera militar, pues a fin de año pasa a situación de retiro?, ¿Cómo se puede imputar a un Presidente de la República liderar una Organización Criminal como jefe máximo en el Ejecutivo, en un programa de ayuda social recién creado, cuando está en su penúltimo año de su periodo presidencial por Constitución?, así, sucesivamente a un Ministro, Comisario, Alcalde, etc., ¿cómo imputarles crear una organización criminal dentro del Estado o porción del Estado que circunstancial o temporalmente lideran?.

El carácter de organización criminal indefinida, es decir perpetua en el tiempo bajo estas circunstancias funcionariales estatales sería imposible de darse. Más diferenciando y flexibilizando el carácter de permanente (no tomándolo como sinónimo de indefinido, sino como realidades distintas, en tanto aparecen en conjunción disyuntiva en el tipo penal), como aquello que es continuo y sin intermisión en el tiempo dentro de un contexto. Es decir, permanente dentro de ese contexto (por ejemplo, dentro de un periodo de cargo funcional), así sí devendría en posible predicar una organización criminal dentro de las estructuras orgánicas estatales.

Ciertamente, como toma de postura dentro de un periodo funcional (que es el contexto especial dado que el fenómeno estudiado se da dentro de las estructuras estatales), lo permanente sería que durante todo el lapso de dicho periodo funcional anduvo la vocación de hacer funcionar dicha concertación criminal. A diferencia de que, si fuese solo temporal, hubiera sido solo en una porción de dicho periodo funcional. O si fuese circunstancial, hubiese sido la concertación criminal para (o en) un caso concreto casual durante dicho periodo funcional. En estos dos últimos casos se hablaría de una banda criminal o una actuación de autoría y participación, respectivamente.

Entonces es la estructura orgánico estatal, como contexto donde se desarrolla la organización criminal, la que define el elemento de carácter permanente de la organización criminal. Esto es, ligándolo al lapso total de tiempo continuo y sin intermisión extendido dentro de un periodo funcional.

De lo contrario, no se podría imputar en respeto del principio de legalidad, la existencia de una organización criminal formada por funcionarios públicos en un periodo

de tiempo en que ocuparon sus cargos, en un ámbito de una porción de la estructura orgánico estatal, a sabiendas que dichos cargos lo ocuparon, circunstancialmente o temporalmente. Solo se podría predicar a lo mucho, la existencia de una banda criminal dentro de ella.

### **3.1.5 De los actos de organización, concertación y coordinación**

Desde lo precedentemente revisado y mencionado por Zúñiga (2002), Gutiérrez (2020), Requejo (2021), Prado (2019), por el Acuerdo Plenario N°03-2005/Cj-116, de la CSJ, el Recurso De Nulidad 4104-2010 de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema Fundamentos 290, 637 A 645, 653, 696, 717, 745, 847,... 985, el Acuerdo Plenario N°01-2017- SNP, Acuerdo Plenario N°08-2019/Cj-116 de la CSJ, Acuerdo Plenario N°10-2019/Cj-116 de la CSJ, La Extradición Activa N° 00156-2018 de la Sala Penal Transitoria De La Corte Suprema. Fundamentos 6.1 Y 10.5, y Extradición Activa N° 0080-2019 de la Sala Penal Transitoria De La Corte Suprema. Fundamentos 1.2 Y 3.1, del Recurso De Casación N.º 366-2020/Lambayeque, Fundamento Quinto, y la Ley N° 32138, publicada el 19 de octubre de 2024, se tiene que los actos de planificación, coordinación y concertación aluden a que en la organización imputada exista planificación (que no sea espontánea) con decisiones validadas (aprobadas explícita o implícitamente) que garanticen la consecución del fin ilícito, sean eficientes, con reparto de tareas y funciones correlacionadas entre sí, directas, coherentes y concernientes con la maquinaria armonizada, aglutinada y ordenada para cumplir su fin ilícito; es decir, debe haber una estructura orgánica compleja para hablar de organización criminal (una compleja estructura desarrollada y mayor capacidad operativa).

Es lo cualitativo, entonces, lo que define a una organización criminal. Es decir, ser un grupo con compleja estructura desarrollada y mayor capacidad operativa. Esto se verifica normativamente en el Perú, pues como hemos reseñado, ha evolucionado la regulación para que se imponga un mayor nivel o grado de exigencia cualitativa para definir cuando se está ante características exigidas para la existencia de una organización criminal en sí. Es decir, se ha elevado el umbral de capacidad organizativa y gravedad para hablar de una organización criminal, corroborándose ello con las últimas leyes en un cuarto período de evolución normativa interna.

Jurisprudencialmente, normalmente la planificación, coordinación y concertación de las organizaciones criminales imputadas se alega se dan dentro del Estado, en tanto existen pluralidad de funcionarios públicos realizando actos funcionariales fuera de lo normado institucionalmente, con conocimiento, aprobación, dotación de recursos del Estado. Sus gestiones y coordinaciones se dan en diversos momentos, en diversos ámbitos del Estado, para favorecerse o favorecer a terceros fuera de la Ley, hasta a veces efectuando coordinaciones y gestiones para sus acciones delictivas con trato amical y lenguaje con palabras claves rasgo de organizaciones ilícitas. En general, son actos realizados por varios funcionarios sin respaldo normativo regular, con reparto de roles en sus funciones públicas y con recursos de la entidad pública.

Sin embargo, reiteramos que en el Acuerdo Plenario N°01-2017- SNP (fundamento N°22) se explica que debe diferenciarse lo orgánico criminal de las estructuras de un organismo público, dado que el ente público no es en sí un aparato criminal. Con esto concluimos en que varios funcionarios públicos que hacen mal sus funciones en un mismo espacio estatal (por ejemplo, un juzgado: juez, secretario y notificador), aun interesadamente, no deviene en una organización criminal porque no tiene nada de compleja tal actuación. Ni siquiera se estructuran realmente, solo se valen de la estructura estatal circunstancial y temporalmente, lo que deviene en un mero acto de corrupción (con pluralidad de agentes).

Otra cosa es, por su propia naturaleza descrita, lo imputado al exmagistrado supremo Hinostroza Pariachi y los denominados “Cuellos Blancos del Puerto”. Ahí se devela toda una organización compleja en diferentes estamentos estatales. Lo trascendental, además de valerse de sus cargos funcionariales, es la sujeción buscada del aparato estatal en un determinado espacio cooptado. Hubo yuxtaposición de la organización oculta para implementar su dinamismo y funcionamiento ilícito subreptico, en vez de la institucionalidad estatal, para su provecho. Ahí sí hay complejidad requerida, reparto de roles, coordinación ilícita, planificación estructural, funciones correlacionadas concernientes a la maquinaria ilícita aglutinada, para cooptar todo un espacio o abarcar diferentes espacios estatales.

Por eso, como toma de postura, es relevante tener en cuenta para el análisis lo subvertido en este fenómeno: el *IUS IMPERIUM*, el dominio del orden estatal; que es

cambiado, sustituido en las sombras, por el dominio del funcionamiento de la dinámica de la Organización Criminal. Porque ahí radica la diferenciación buscada, para hablar de una estructura criminal u organización criminal dentro del aparato del Estado.

Teniendo ello en mente se decanta cuándo o no, existe una organización criminal dentro del Estado, pues meramente aprovecharse del funcionamiento estatal en un espacio reducido funcional (no tiene nada de complejo. ejemplo: un juzgado). Ello solo deviene en corrupción, no en Organización Criminal, por más que participen tres personas. En abundamiento, el mero aprovechamiento de la estructura estatal en una determinada porción de ella, ni cumple con la compleja estructura desarrollada y mayor capacidad operativa, que ahora se exige por Ley, para alegar la existencia de una Organización Criminal.

### **3.1.6 Agrupación de tres o más personas**

Desde lo precedentemente revisado y mencionado por Requejo (2021), Prado Saldarriaga (2019), por el Acuerdo Plenario N°03-2005/Cj-116, de la CSJ, Sentencia De La Corte Suprema Exp. N° A.V 27-2003 (fundamentos de derecho y valoración probatoria 36 a 42), el Recurso De Nulidad 4104-2010 de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema (Fundamentos 290, 637 A 645, 653, 696, 717, 745, 847, 985), Secretaría de Gestión Pública de la Presidencia del Consejo De Ministros (2020) y la Ley N° 32138, publicada el 19 de octubre de 2024, se tiene que para referir existe una organización criminal mínimo debe contarse con tres personas y estos deben conocer que los otros (al menos tres) participan concertadamente en el plan delictivo. La decisión plural conjunta o común del hecho es lo esencial, no la sola existencia o concurrencia sin más de una pluralidad de agentes. No basta que objetivamente hayan participado tres o más personas. Jurisprudencialmente, se motiva el cumplimiento de este requisito normativo sustentando la pluralidad de agentes por estar conformada por varios funcionarios públicos comprometidos en ello.

Ya habíamos adelantado que pensar en una Organización Criminal de tres personas deviene en improbable más cuando se entiende que el número de integrantes que tenga sentido al hablar de organización criminal, estará en relación a la funcionalidad de una organización compleja: de la compleja estructura desarrollada y mayor capacidad operativa, que ahora se exige por Ley (en su naturaleza delictiva).

Y si esto es así en el plano general, cuando se imputa una organización ilícita dentro del Estado, es mayor la exigencia numérica de integrantes. En tanto, hemos referido que otro criterio que se verifica en la realidad de las estructuras orgánicas estatales es la necesidad y existencia de cargos para ejercer supervisión y control, en cada una de las estructuras estatales. Lo que llevaría a una organización criminal en el seno de la estructura estatal, a cooptar, infiltrar, anular dichos controles de supervisión, para asegurar su permanencia. Lograr ello con participación de tres personas es improbable.

### **3.1.7 Finalidad delictiva**

También dentro del Estado, la organización criminal se instituye para cometer delitos desde la concertación y su desarrollo, ampliando sus ámbitos de influencia, independiente de los delitos fines que en su funcionamiento incurran. Lo cierto es que, en este escenario estatal, los funcionarios públicos enfilarán sus concertaciones y esfuerzos para medrar de todo aquello que se pueda aprovechar del funcionamiento de las estructuras estatales donde se instauren.

Esto es doblemente disvalioso cuando se realiza en las altas esferas del poder (local, regional, nacional), porque subvierte el *ius imperium* estatal y, en su reemplazo desde las sombras, impone su dominio criminal. Se podrá extender a la sociedad dicho estado de situación para la criminalidad: una especie de sistema condicionante para el delito bajo su manto protector. Esto último excede al presente estudio.

## **3.2 Tratamiento diferenciable en su naturaleza y efectos jurídicos para punir dicha criminalidad dentro del ente estatal**

De tomar en cuenta las características específicas que hemos señalado de la actuación grupal como una organización criminal dentro del aparato del Estado, tendríamos como resultado, en primer lugar, concebir que existe un doble efecto (efecto reflejo) al instituir una organización criminal dentro del aparato del Estado. No solo se da la conducta disvaliosa del autónomo concierto abstracto para delinquir, sino que deviene en el *ipso facto* alejamiento abstracto de dichos funcionarios concertados de la estructuración, institucionalidad, principios y valores del ente estatal. Ese efecto reflejo

disvalioso es, a su vez, subvertir la esencialidad de la estructura orgánica del Estado, el dominio del ordenamiento jurídico estatal, su soberanía. Es por ellos lograr la sujeción de la institucionalidad estatal por un ente u órgano criminal que instauran dentro de ella para su conveniencia. Es subvertir la personificación del Estado en el ejercicio de su *ius imperium*. Con ello concebido, estaremos realmente en la capacidad de aprehender al fenómeno jurídico penal distinguible, investigarlo penalmente en su total dimensión y lograr punir a todos los comprometidos en ella.

En segundo lugar, se debe concebir un efecto pluriofensivo en este fenómeno, que implica afirmar que existe una mayor dañosidad al conformar una organización criminal dentro del Estado y, como no existe una agravante por ello, puede servir como criterio a tomar en cuenta para medir la gravedad del hecho y determinar la mayor pena posible concreta a imponer.

En tercer lugar, no se puede imputar que existe una organización criminal dentro del ente estatal describiendo una parte de la funcionalidad de la estructura orgánico estatal. Se debe describir diferenciada y prolijamente la funcionalidad de la estructura criminal subyacente en ella. Y eso se debe exigir a los Fiscales.

En cuarto lugar, respecto del elemento temporal de una organización criminal o su vocación de permanencia en el tiempo (pues la vocación de ser indefinida en el tiempo deviene en imposible afirmar dentro del ente estatal), se la debe ligar como la vocación de existir dentro del lapso del tiempo, de forma continua y sin intermisión extendida, dentro de un periodo funcional de los comprometidos. De lo contrario, no se podría cumplir con dicho elemento temporal típico en respeto del principio de legalidad. Eso dado que no es sustentable alegar la existencia de una organización criminal formada por funcionarios públicos en un periodo de tiempo en que ocuparon sus cargos, en un ámbito de una porción de la estructura orgánico estatal, a sabiendas que dichos cargos los ocuparon solo circunstancial o temporalmente.

De no tomarse en cuenta ello, no se podría punir el grupo criminal dentro del ente estatal como organización criminal. Faltaría dicha vocación de permanencia o indefinida en el tiempo típica de la organización criminal. Ante ello, solo se podría predicar, a lo mucho, la existencia de una banda criminal dentro de la estructura orgánico estatal.

En quinto lugar, los actos requeridos de organización, concertación y coordinación de una organización criminal implican que exista una estructura orgánica compleja. Ello en el contexto al interior de los entes estatales significa que no se valgan de la estructura estatal circunstancial y temporalmente en un espacio para delinquir (por ejemplo, en un Juzgado, lo que deviene en nada complejo, un mero acto de corrupción, con pluralidad de agentes). Se requiere que en el ente estatal funcione el dominio de la dinámica de la organización criminal. Ahí radica la diferenciación buscada para hablar realmente de una estructura criminal u organización criminal dentro del aparato del Estado. En ello sí hay complejidad requerida, reparto de roles, coordinación ilícita, planificación estructural y funciones correlacionadas concernientes a la maquinaria ilícita aglutinada que coopta todo un espacio o abarca diferentes espacios estatales. Y esto es lo punible como organización criminal.

Finalmente, en sexto lugar, respecto del número de participantes requerido (tres o más), cuando la organización criminal se imputa existe dentro del ente estatal, implica con todo lo analizado precedentemente que es improbable se realice con tres personas. Hay por naturaleza ya sustentada una predecible lógica exigencia numérica mayor de integrantes cuando dicho fenómeno se alega existe dentro de las estructuras orgánicas estatales.

### **3.3 Diferencias previsibles en la lucha contra dicha actuación criminal grupal dentro del Estado**

Entre otros, tomar estas perspectivas estudiadas se diferenciaría mejor cuando estamos ante un real caso de organización criminal y uno de mera corrupción (con pluralidad de agentes funcionariales) que se aprovechan circunstancial y temporalmente de la estructura estatal. Se tomará mayor conciencia que este es un tipo de organización criminal de mayor dañosidad social y se le punirá en concreto con mayor severidad. Se dejará tener de recibo sustentaciones de imputaciones fiscales por organización criminal dentro del ente estatal con solo tres funcionarios públicos comprometidos y menos por ello quitarles preventivamente su libertad. La vocación de perennidad en el tiempo de la organización criminal se sustentará por el lapso continuo y sin intermisión de su funcionamiento criminal dentro de un periodo funcional. En sí, estaremos realmente

en la capacidad de aprehender al fenómeno jurídico penal distinguible en su total dimensión, organización compleja y mayor capacidad operativa, logrando punir a todos los comprometidos en ella y no dejar librados a muchos que, estando comprometidos, no se les investiga.



## CONCLUSIONES

### Primera:

La actuación criminal grupal de funcionarios públicos como organización criminal, al darse dentro del aparato del Estado, adquiere características específicas que la hacen diferenciable en su naturaleza y tratamiento jurídico. Es totalmente relevante atender que dicha organización criminal al estar dentro del estado se dota de características especiales y, por tanto, deviene en un fenómeno distinguible de una simple organización criminal común o cualquier otro tipo de organización criminal conocida.

### Segunda:

Esta actuación criminal grupal deviene en un injusto autónomo con diferenciable naturaleza jurídica a tomar en cuenta en su tratamiento penal. En tanto, no solo implica atribuir la conducta disvaliosa del autónomo concierto abstracto para delinquir, sino que, al hacerse dentro de las estructuras estatales por funcionarios públicos, deviene en el *ipso facto* alejamiento abstracto de dichos funcionarios de la estructuración, institucionalidad, principios y valores del ente estatal. Ese efecto reflejo disvalioso es, a su vez, subvertir la esencialidad de la estructura orgánica del Estado para el que trabajan. Es concertarse para yuxtaponer el dominio del grupo criminal oculto sobre la soberanía estatal, es por ellos lograr la sujeción de la institucionalidad estatal por un ente u órgano criminal, para su conveniencia; es subvertir el reino de las normas o valores que es el Estado por naturaleza, por un sistema de normas, principios y valores criminales para sus intereses. Su concertación es, a la vez, subvertir la estructura orgánico estatal; es subvertir la personificación del Estado en el ejercicio de su *ius imperium*.

### Tercera:

Estamos ante un fenómeno pluriofensivo de bienes jurídicos. Si hemos de mantener la paz y tranquilidad pública como bien jurídico protegido, no es el miedo el sustento principal de la alteración del sosiego social en el caso estudiado. No aprehende en su totalidad la realidad, mejor se está a la indignación, la rebeldía, insurrección, desobediencia, impotencia, insubordinación que produce en la sociedad el saber existe

una organización criminal que logra subvertir ocultamente el *ius imperium* estatal. Eso es lo que altera el sosiego social, más cuando son percibidos en el alto nivel funcional. Una fórmula de agravante podría instituirse para poder aprehender mejor este fenómeno de organización criminal dentro de las estructuras estatales en tanto a nuestra postura es realmente de mayor conducta dañosa o disvaliosa cuando estas se producen dentro de las estructuras estatales.

#### **Cuarta:**

La estructura orgánica del Estado obliga a que la actuación criminal grupal como organización criminal que se da en su seno tenga características propias, las cuales son:

**De la estructura organizativa.** Esta estructura organizativa criminal es diferente a la Estatal (no se debe confundir, se la debe identificar en sus propios términos). En la estructura orgánica estatal se desenvuelve, pero se diferencia de ella. No significa que tenga el mismo diseño organizacional de la estatal. Ni siquiera significa que dicha organización criminal sea enquistada en el seno estatal, una organización de jerarquía estándar o estructura piramidal. Lo cierto es que no podemos confundir ambas estructuras, debemos diferenciar la ilícita si es que imputamos su existencia dentro del ente Estatal.

**De la permanencia operativa.** La estructura orgánico estatal, como contexto donde se desarrolla la organización criminal, define el elemento de carácter permanente de la organización criminal como o ligándolo al lapso total de tiempo continuo y sin intermisión extendido dentro de un periodo funcional. De lo contrario, no se podría imputar en respeto del principio de legalidad, la existencia de una organización criminal formada por funcionarios públicos en un periodo de tiempo en que ocuparon sus cargos, en un ámbito de una porción de la estructura orgánico estatal, a sabiendas que dichos cargos los ocuparon circunstancial o temporalmente. Solo se podría predicar a lo mucho la existencia de una banda criminal dentro de ella.

**De los actos de organización, concertación y coordinación.** Debe haber una estructura orgánica compleja para hablar de organización criminal (una compleja estructura desarrollada y mayor capacidad operativa). Ello en el contexto al interior de los entes estatales significa no que se valgan de la estructura estatal circunstancial y

temporalmente en un espacio funcional para delinquir (por ejemplo, en un Juzgado, lo que deviene en nada complejo, un mero acto de corrupción, con pluralidad de agentes), sino que se requiere que en el ente estatal funcione un real dominio de la dinámica de la organización criminal. Porque ahí radica la diferenciación buscada para hablar realmente de una estructura criminal u organización criminal dentro del aparato del Estado. En ello sí hay complejidad requerida, reparto de roles, coordinación ilícita, planificación estructural y funciones correlacionadas concernientes a la maquinaria ilícita aglutinada, que coopta todo un espacio o abarca diferentes espacios estatales, para reemplazar el *ius imperium* estatal. Y esto es lo punible como organización criminal dentro del ente estatal.

**Agrupación de tres o más personas.** Cuando la organización criminal se imputa que existe dentro del ente estatal, implica con todo lo analizado precedentemente que es improbable se realice con tres personas. Hay por naturaleza ya sustentada una predecible lógica exigencia numérica mayor de integrantes cuando dicho fenómeno se alega existe dentro de las estructuras orgánicas estatales.

#### **Quinta:**

Este fenómeno en su introducción en la estructura estatal, con la neutralización y aseguramiento de la manipulación del aparato del Estado para sus intereses abyectos, es una agresión real a la estructura orgánica estatal y su *ius imperium*. Tal distinción y su estudio deviene ya en un aporte en el derecho penal, pero en abundamiento se contribuye además partiendo de la doctrina actual al exponer que ello deviene en efectos jurídicos penales diferentes al ser tratado de forma diferencial.

#### **Sexta:**

Es necesario seguir en este estudio del fenómeno descrito y de entender su absoluta diferenciada relevancia penal y diferenciación de otras actuaciones criminales grupales en su naturaleza jurídica y sus efectos de responsabilidad penal de sus miembros. Para finalmente, asimismo, establecer penalmente los diferentes resultados que se obtendrían en la lucha contra la actuación criminal grupal dentro del Estado de tomar en cuenta las nuevas perspectivas.

## BIBLIOGRAFÍA

- Ambos, K. & Urquiza G. (2021) Corrupción punible y acuerdo ilícito: una aproximación a la noción del *Unrechtsvereinbarung*. *Estudios penales y criminológicos*, N°. 41, 493-550.
- Autoridad Nacional Del Servicio Civil-Servir (2023). Características del servicio civil peruano-2022. Primera edición electrónica.
- Bacigalupo, E. (1996) Manual de Derecho Penal, Editorial Tenis S.A.
- Camacho, M (2020). Ausencia del bien jurídico típico. *Alegatos*, 1, 19 (2020): 50-56.
- Cancio M. (2007) El injusto de los delitos de organización: peligro y significado. *Revista General de Derecho Penal*, 1698-1189, N° 8.
- Cancio M. (2008) Delitos de Organización. IBdeF Editorial.
- Caro C. (2021) Fundamentos y dogmática del delito de corrupción privada. *Nuevos desafíos frente a la criminalidad organizada transnacional y el terrorismo*. 978-84-1377-408-4, 978-84-1377-569-2.
- Castillo Alva, J. (2005) Asociación para Delinquir. Grijley.
- Coalición de Derechos Humanos Contra Las Estructuras Clandestinas. (2004). Crimen Organizado, una aproximación. coalición de derechos humanos contra las estructuras clandestinas.
- Comparato, C (2008). Acerca del nuevo tipo penal de asociación ilícita terrorista. delitos de peligro-III, *Revista De Derecho Penal*, 2008-2, 535-551.
- Chamie, J. (2011). Imperium e imperator. Origen del poder y sus proyecciones modernas. [en línea]. *Revista de derecho privado*. año 2011, N.º 21, 41-57. disponible en: [http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=s0123-43662011000200003&lng=en&tlng=es](http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=s0123-43662011000200003&lng=en&tlng=es) [consultado el 16 de febrero de 2018].
- Chanjan, R. (2017). El correcto funcionamiento de la administración pública: fundamento de incriminación de los delitos vinculados a la corrupción pública. *Revista de derecho penal y criminología*. vol. 38, N° 104, Enero-Junio. Bogotá. Universidad Externado de Colombia. 121-150.

- García-Pablos de Molina, A.(1976). El bien jurídico protegido en los delitos de asociaciones ilícitas y, particularmente, en la llamada asociación criminal. *RGLJ, LXXII*, 1976, 566 y siguientes.
- García Toma, V. (2010). Teoría del estado y derecho constitucional. Adrus S.R.L.
- Garzón, J. (2008). Mafia & co. La red criminal en México, Brasil y Colombia. Planeta.
- Hormazábal Malarée, H (2005). Bien jurídico y estado social y democrático de derecho (el objeto protegido por la norma penal). Idemsa.
- Íñigo Corroza, E. (2024). Criminalidad colectiva y culpabilidad cómo afecta la dinámica del grupo criminal a la culpabilidad individual. *Revista de Derecho Penal y Criminología*. 3.ª época, N.º 31 (enero 2024), 57-90.
- Kelsen, H. (2005/1925). Teoría general del Estado. Ediciones Coyoacán. Lampe, E. (2003). Injusto del sistema y sistemas de injusto.
- Lampe, E. (2003). La dogmática jurídico-penal entre la ontología social y el funcionalismo. Grijley.
- Lecca, E (2021) Objeto de protección del derecho penal: ¿bien jurídico o vigencia de la norma?. *Revista Lp Derecho*. N°1. pp 53-71.
- Luzón, D (2016). Derecho penal: parte general (3.ª ed.) b de f.
- Llobet Anglí, M. (2018). Delitos contra el orden público. Lecciones de derecho penal. parte especial. Atelier.
- Mañalich R., J. (2011). Organización Delictiva: bases para su elaboración dogmática en el derecho penal chileno. *Revista chilena de derecho*, may 01. 38(2), pp. 279-310.
- Meini I. (2004) Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada estatal. *Revista Peruana de ciencias Penales*, 14. 235-263.
- Myrna Mack. (1996) Autoría y Participación Criminal Serie: Justicia y Derechos Humanos.
- Paíno F. & Palazón M. Delincuencia organizada y corrupción. *Materias UCM*. <https://hdl.handle.net/20.500.14352/66002>.
- Palomino Figueroa, J. (2021). Trabajo de suficiencia profesional para optar el título profesional de abogado, informe sobre el expediente n° 0128-2015/cd1. Universidad Esan. pp. 43.

- Polaino-Orts, M. (2009). Delitos de organización como derecho penal del enemigo. Prado Saldarriaga, V. (2019) Lavado de activos y Organizaciones criminales en el Perú: nuevas políticas, estrategias y marco legal. Idemsa.
- Retamal Valenzuela, J. (2019). El *ius imperium* de los tribunales ambientales en Chile. *Revista Derecho Del Estado*. 44 (ago. 2019), 257–284. doi:<https://doi.org/10.18601/01229893.n44.10>.
- Rincón Angarita, R. (2018) Corrupción y captura del Estado: la responsabilidad penal de los servidores públicos que toman parte del crimen organizado. *Revista prolegómenos, derecho y valores*. vol. XXI. núm. 42, pp. 57–71. Universidad Militar Nueva Granada. <https://doi.org/10.18359/prole.2984>.
- Rivera, C y Talavera, M. (1991) Terrorismo. Terror, bandas armadas y CP. *Series Penales*. N°1. IDL.
- Robles, J (2002). El poder Oculto. Fundación Myrna Mack.
- Rojas Vargas, F. (2021) Manual operativo de los delitos contra la administración pública cometidos por funcionarios públicos. Tercera Edición, Grijley.
- Roxin, C. (1997). Derecho penal. parte general, T. I. Fundamentos de la estructura del delito. Civitas.
- Roxin, C. (2000) Las Formas de Participación en el Delito: El estado actual de la discusión. *Revista Peruana de Ciencias Penales*. Año V, N° 9, 731.
- Roxin, C. (2016). La teoría del delito en la discusión actual (traducido por abanto vásquez), T II.
- Salinas Siccha, R. (2016). La teoría de infracción de deber en los delitos de corrupción de funcionarios. *Problemas actuales de política criminal anuario de derecho penal* 2015-2016. 93-126.
- Salinas Siccha, R. La teoría de infracción de deber en los delitos de corrupción de funcionarios. en: plataforma del estado peruano. <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/e741c08041bf820599c2ff49cfca7f5d/LA+TEOR%C3%8DA+DE+LOS+DELITOS+DE+INFRACCI%C3%93N+DE+DEBER1-SALINAS.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=e741c08041bf820599c2ff49cfca7f5d>

- San Martín C. & Reaño J. (2002) Delitos de tráfico de influencias, enriquecimiento ilícito y asociación para delinquir. Juristas Editores.
- San Martín Castro, C, Caro Coria, D, & Reaño Peschiera, J. (2002). Delitos de tráfico de influencias, enriquecimiento ilícito y asociación para delinquir. Juristas Editores.
- Scheller A. (2021) El concierto para delinquir agravado por terrorismo y la coautoría material impropia: Beneficios o ambigüedades normativas. *Nuevos desafíos frente a la criminalidad organizada transnacional y el terrorismo*. ISBN 978-84-1377-408- 4.
- Schünemann, B. (2006). Cuestiones básicas del derecho penal en los umbrales del tercer milenio. Idemsa.
- Schünemann, B. (2018). Dominio sobre la vulnerabilidad del bien jurídico o infracción del deber en los delitos especiales. *Revista de la facultad de derecho PUCP* n°81, pp. 93-112. *Cuestiones básicas del derecho penal en los umbrales del tercer milenio*. Idemsa.
- Secretaría De Gestión Pública De La Presidencia Del Consejo De Ministros (2020). Lineamientos N° 02-2020-sgp que establecen orientaciones sobre el reglamento de organización y funciones –ROF y el manual de operaciones – MOF.
- Silva, J. (2001) *La Expansión del Derecho Penal*, Civitas ediciones S.L.
- Silva, J. (1997) Nuevas tendencias políticas-criminales y actividad jurisprudencial del Tribunal Supremo. *Dogmática Penal, "Política Criminal y Criminología en Evolución"*. Compendio Centro de Estudios Criminológicos, 425.
- Silva, J. (2008) *Introducción*. En M. Cancio, *Delitos de Organización*. IBdeF Editorial.
- Suárez, C. (2001) *Los delitos consistentes en la infracción de un deber. Particular referencia a los delitos cometidos por funcionarios*. En: Silva J y Suárez C. La dogmática penal frente a la criminalidad en la administración pública. Grijley e Instituto Peruano de Ciencias Penales.
- Ugaz, J (2003), Falta de inteligencia. Comentario publicado en la sección editorial del diario el comercio, edición del 8 de abril de 2003. Lima, Perú.
- Urquiza J. (1995) El bien Jurídico. *Revista Peruana de Ciencias Penales*. N° 6, Año III, Editora Jurídica Grijley E.I.R.L. 413.

- Urquiza, J. (2002) Tutela penal y sujetos especiales propios en los delitos contra la administración pública. *Revista Peruana de Ciencias Penales*, Año VII-VIII, N° 12.
- Vargas, M. (2022). Reflexiones sobre el concepto de tranquilidad pública como bien jurídico protegido. *Revista Argumentos*. Num. 14. 21-39.
- Vera Barros, O. (2001). Asociación Ilícita (art 210, Cod Pen). Algunas consideraciones. *Nuevas Formulaciones en Las Ciencias Penales, homenaje al profesor Claus Roxin* (pp593 yss) Marco Lerner.
- Zúñiga, L. (2010) Criminalidad organizada, derecho penal y sociedad. Apuntes para el análisis. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/view/18551>.
- Zúñiga, L. (2002) Comentarios al artículo 317 del código Penal: La criminalización de la Asociaciones ilícitas a la luz del derecho comparado. *Revista Peruana de ciencias Penales*, N° 11-12, 283 al 300.
- Zurita Gutiérrez, A. (2018). La relación entre organización criminal, grupo criminal y asociación ilícita tras las reformas de 2012 y 2015 en España. *Cuadernos de derecho penal*, jul-dic 2018, issue 20, 77-110.

## TESIS DE POSGRADO

- Cárdenas, V. (2021). *El difícil camino de la infracción del deber respecto a los superiores jerárquicos en el delito de peculado: mirada hacia un nuevo planteamiento*. [Trabajo académico para optar el título de segunda especialidad en prevención y control de la corrupción, no publicada, Pontificia Universidad Católica del Perú].
- Gutiérrez, A. (2024). *La reparación civil en el delito de organización criminal – alcances de cuantificación del daño*. [Tesis para optar el grado académico de maestro en derecho en ciencias penales, Universidad San Martín de Porras].

## JURISPRUDENCIA ANALIZADA EN LA INVESTIGACIÓN

1. Sentencia de casación - Recurso de casación N.º 453-2022 (2024, 4 de noviembre). Corte Suprema de Justicia de la República, Sala Penal Permanente.  
<https://scc.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/5e5fbb8041e85cacb1e5fd442639fddb/Casaci%C3%B3n+453-2022.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=5e5fbb8041e85cacb1e5fd442639fddb>

2. I Pleno Jurisdiccional 2017 - Acuerdo Plenario N.º 01-2017-SNP (2017, 5 de diciembre). Sala Penal Nacional y Juzgados Penales Nacionales.  
[https://aulavirtualcfc.pge.gob.pe/pluginfile.php/51749/mod\\_book/intro/11.%20Jurisprudencia%20nacional%20-%20Crimen%20organizado.pdf](https://aulavirtualcfc.pge.gob.pe/pluginfile.php/51749/mod_book/intro/11.%20Jurisprudencia%20nacional%20-%20Crimen%20organizado.pdf)
3. Recurso de nulidad 4104-2010 (2012, 27 de septiembre). Corte Suprema de Justicia, Sala Penal Permanente.  
[https://historico.pj.gob.pe/CorteSuprema/documentos/RA\\_4104\\_2010\\_.pdf](https://historico.pj.gob.pe/CorteSuprema/documentos/RA_4104_2010_.pdf)
4. Sentencia Exp. N.º 27-2003-A.V (2012, 5 de diciembre). Sala Penal Especial de la Corte Suprema de Justicia.  
[https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/af6de0004e1964038b23dfa203b730a9/EXP\\_N\\_27\\_2003\\_SPE.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=af6de0004e1964038b23dfa203b730a9](https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/af6de0004e1964038b23dfa203b730a9/EXP_N_27_2003_SPE.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=af6de0004e1964038b23dfa203b730a9)
5. Pleno Jurisdiccional - Acuerdo Plenario N.º 03-2005/CJ-116 (2005, 30 de septiembre). Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia.  
[https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/ba3e2a804075bb2ab79ff799ab657107/acuerdo\\_plenario\\_03-2005\\_CJ\\_116.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=ba3e2a804075bb2ab79ff799ab657107](https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/ba3e2a804075bb2ab79ff799ab657107/acuerdo_plenario_03-2005_CJ_116.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=ba3e2a804075bb2ab79ff799ab657107)
6. Pleno Jurisdiccional - Acuerdo Plenario N.º 08-2007/CJ-116 (2007, 16 de noviembre). Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia.  
[https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/cij-juris/s\\_cij\\_jurisprudencia\\_nuevo/as\\_jurisprudencia\\_sistematizada/as\\_acuerdos\\_plenarios/as\\_AcuerdosPlenariosenMateriaPenal/as\\_AcuerdosPlenarios2007/](https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/cij-juris/s_cij_jurisprudencia_nuevo/as_jurisprudencia_sistematizada/as_acuerdos_plenarios/as_AcuerdosPlenariosenMateriaPenal/as_AcuerdosPlenarios2007/)
7. Pleno Jurisdiccional - Acuerdo Plenario N.º 04-2006/CJ-116 (2006, 13 de octubre). Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia.  
[https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/cij-juris/s\\_cij\\_jurisprudencia\\_nuevo/as\\_jurisprudencia\\_sistematizada/as\\_acuerdos\\_plenarios/as\\_AcuerdosPlenariosenMateriaPenal/as\\_AcuerdosPlenarios2006/](https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/cij-juris/s_cij_jurisprudencia_nuevo/as_jurisprudencia_sistematizada/as_acuerdos_plenarios/as_AcuerdosPlenariosenMateriaPenal/as_AcuerdosPlenarios2006/)
8. Sentencia de casación N.º 46-2018 Nacional (2019, 17 de abril). Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia.

[https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/e909450049b92ec5a340f3466bedd180/CS-SPP-C-46-2018-NACIONAL.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=e909450049b92ec5a340f3466bed\\_d180](https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/e909450049b92ec5a340f3466bedd180/CS-SPP-C-46-2018-NACIONAL.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=e909450049b92ec5a340f3466bed_d180)

9. XI Pleno Jurisdiccional - Acuerdo Plenario N.º 08-2019/CJ-116 (2019, 10 de septiembre). Salas Penales Permanente, Transitoria y Especial de la Corte Suprema de Justicia. [https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/genero/s\\_cgen/as\\_derecho/as\\_acuerdos\\_plenarios](https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/genero/s_cgen/as_derecho/as_acuerdos_plenarios)
10. XI Pleno Jurisdiccional - Acuerdo Plenario N.º 10-2019/CJ-116 (2019, 10 de septiembre). Salas Penales Permanente, Transitoria y Especial de la Corte Suprema de Justicia. [https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/genero/s\\_cgen/as\\_derecho/as\\_acuerdos\\_plenarios](https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/genero/s_cgen/as_derecho/as_acuerdos_plenarios)
11. Extradición activa N.º 00156-2018 (2018, 6 de noviembre). Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia. <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2021/07/Extradicion-156-2018-Corte-Suprema-LP.pdf>
12. Extradición activa N.º 0080-2019 (2019, 6 de junio). Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia.
13. Recurso de casación N.º 366-2020/Lambayeque (2021, 6 de abril). Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia.
14. Recurso de apelación 06-2018-1 (2018, 7 de noviembre). Sala Penal Especial de la Corte Suprema. [https://static.legis.pe/wp-content/uploads/2018/11/Apelaci%C3%B3n-06-2018-1-Lima-Legis.pe\\_.pdf](https://static.legis.pe/wp-content/uploads/2018/11/Apelaci%C3%B3n-06-2018-1-Lima-Legis.pe_.pdf)