

Revista Oficial del Poder Judicial

ÓRGANO DE INVESTIGACIÓN DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ

Vol. 9, n.º 11, enero-junio, 2019, 53-91

ISSN versión impresa: 1997-6682

ISSN versión electrónica: 2663-9130

DOI: <https://doi.org/10.35292/ropj.v9i11.3>

Delitos de organización criminal en el Código Penal peruano

Criminal organization offenses
in the Peruvian Criminal Code



VÍCTOR ROBERTO PRADO SALDARRIAGA

Presidente de la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema
de Justicia de la República

(Lima, Perú)

Contacto: uprado_2000@yahoo.com

RESUMEN

El estudio realiza una revisión dogmática de los delitos de «organización criminal», previsto en el artículo 317.º del Código Penal peruano de 1991, y de «banda criminal» tipificado en el artículo 317.º-B del mismo código, con la finalidad de establecer y explicar las funciones y diferencias que subyacen en la pluralidad de disposiciones legales que buscan regular la relevancia penal de las organizaciones criminales. Asimismo, se analizan los aportes doctrinales, legislativos y jurisprudenciales que procuran delimitar, con meridiana precisión, las características, efectos y componentes normativos de ambos tipos penales y el catálogo de circunstancias agravantes específicas; para, finalmente, formular recomendaciones

sobre su actual regulación que promuevan las modificaciones legislativas necesarias para superar las deficiencias e inconsistencias, tanto teóricas como prácticas, de dichos dispositivos penales.

Palabras clave: organización criminal, banda criminal, tipo penal, agravante, concurso real de delitos.

ABSTRACT

The paper carries out a dogmatic revision of the crimes of «criminal organization», provided for in Section 317 of the Peruvian Criminal Code of 1991, and of «criminal gang», described in Section 317-B of the same Code, in order to establish and explain the functions and differences that underlie the plurality of legal provisions that seek to regulate the criminal relevance of criminal organizations. Likewise, it analyzes the doctrinal, legislative and jurisprudential contributions that seek to delimit, with extreme precision, the characteristics, effects, and normative components of both criminal types and the catalog of specific aggravating circumstances, in order to finally make recommendations on their current regulation that promotes the necessary legislative amendments to overcome the difficulties and inconsistencies, both theoretical and practical, of said criminal provisions.

Key words: criminal organization, criminal gang, criminal description, aggravating circumstance, multiple crimes.

Recibido: 25/04/19 Aceptado: 25/05/19

1. ANTECEDENTES

La regulación contemporánea de los delitos de organización criminal en los sistemas jurídicos del tercer milenio mantiene una dependencia importante de las propuestas normativas contenidas en la Convención de Palermo. No obstante, en no pocos países la

legislación penal ha conservado modelos de tipificación clásicos, como aquellos que, desde el siglo XIX, regularon tipos penales sobre asociaciones ilícitas o bandas. En otros casos encontramos todavía legislaciones donde la criminalización de las organizaciones criminales no ha alcanzado autonomía típica y se le incluye como un hecho punible periférico a determinados delitos de naturaleza grave como el tráfico ilícito de drogas; o, también, como una forma de circunstancia agravante específica relacionada con la condición del agente en la ejecución de determinados delitos comunes como el hurto o el robo. Es por ello que los principales problemas hermenéuticos generados en el derecho comparado y en la legislación o jurisprudencia nacionales, con relación a los delitos de organizaciones criminales, se han originado, mayormente, por la existencia paralela de varias disposiciones penales que aluden expresa o implícitamente a la constitución, integración u operatividad de modalidades diferentes de agrupaciones criminales.

Ahora bien, al parecer no todos los conflictos de interpretación detectados fueron motivados por la desidia o la confusión del legislador al intentar construir tipos penales dirigidos a criminalizar organizaciones criminales, sino que, en más de una ocasión, ellos también fueron consecuencia de la deformación o distorsión teórica y práctica que les impuso una doctrina y jurisprudencia poco consistente o controvertida. Es así que, por ejemplo, en España las reformas producidas el año 2010 y 2015 muestran con claridad este tipo de confusiones y debates. Especialmente por la coexistencia de dos tipos penales paralelos que tratan de una organización criminal y de un grupo criminal, los cuales, como destaca Muñoz Conde, desarrollan diferencias «sutiles y difíciles de precisar» (2017: 770). Por su parte, Llobet Anglí cuestiona que todavía se mantenga la criminalización de las asociaciones ilícitas con criterios de distinción poco consistentes. Y que, además, en torno a los grupos criminales se les distinga «por exclusión respecto a las organizaciones» (2018: 441-442).

En otros casos, se ha intentado también formular diferencias desde un enfoque histórico o dogmático. Esta posición la ha asumido Romero Sánchez al evaluar las categorías del derecho penal alemán que aluden a la asociación criminal y a los delitos cometidos en banda. Al respecto se ha precisado lo siguiente:

La primera, que por sí misma constituye delito, requiere de unos requisitos mucho más estrictos que la banda; así exige la existencia de una estructura organizativa sólida y de una voluntad colectiva y vinculante de sus miembros. La segunda, que necesita de la comisión de un tipo penal principal del cual depende, no requiere de los exigentes requisitos de la asociación criminal, pues sus presupuestos se reducen, limitando el concepto de banda al acuerdo de voluntades para cometer, por un cierto tiempo, varios y aún no determinados delitos (2015: 68).

En el caso peruano la situación normativa no ha sido ajena a estas disfunciones y dilemas hermenéuticos, ya que la legislación penal vigente contiene hasta cuatro clases de normas que hacen referencia directa o indirecta a la delincuencia organizada. En primer lugar, está el delito de organización criminal tipificado en el artículo 317.º del Código Penal, el cual ha sido construido como un tipo penal autónomo, de peligro abstracto, donde se sancionan los actos de constituir, organizar, promover o integrar una organización de tres o más personas destinada a cometer delitos. A esta disposición legal se le agregó, luego, con el Decreto Legislativo n.º 1244, del 27 de octubre de 2016, otro tipo penal contenido en el artículo 317.º-B para reprimir un inédito delito de banda criminal y que se regula de manera subsidiaria o alterna al delito de organización criminal.

Además, también en el Código Penal de 1991 se han configurado circunstancias agravantes específicas que operan con la comisión de diferentes delitos propios de la criminalidad organizada. Tales agravantes toman en cuenta que la realización de estos

delitos haya sido ejecutada por un agente que actúa en calidad de integrante de una organización criminal. Ello ocurre, por ejemplo, en los artículos 186.º, párrafo segundo, inciso 2 (delitos de hurto); 189.º, párrafo *in fine* (delitos de robo); 297.º, inciso 6 (delitos de tráfico ilícito de drogas); 10.º, inciso e de la Ley n.º 28008 (delitos aduaneros) y 4.º, inciso 2 del Decreto Legislativo n.º 1106 (delitos de lavado de activos). Y, finalmente, también se identifica en el artículo 2.º de la Ley n.º 30077 o Ley Contra el Crimen Organizado, una noción legal dirigida a caracterizar los componentes normativos que son requeridos para identificar la existencia de una organización criminal, destacando la necesidad de que ella esté compuesta por «tres o más personas». Esta difusa pluralidad de disposiciones legales, dirigidas a regular la relevancia penal de las organizaciones delictivas, ha promovido también el interés criminológico y dogmático para establecer y explicar las funciones y diferencias que subyacen entre todas ellas. Esto es, delimitar con meridiana precisión cuáles son sus características, sus efectos y sus componentes normativos. Entre los comentaristas nacionales, por ejemplo, se ha intentado establecer algunas distinciones entre los conceptos de organización criminal, banda criminal o concierto criminal. En ese sentido, Casas Ramírez ha formulado algunos criterios de diferenciación, aunque bastante confusos y que toman en cuenta la estructura, la permanencia operativa, el número de integrantes e incluso la conexión sistemática del concepto con la parte general o parte especial del derecho penal. Según dicho autor:

La diferencia entre la categoría jurídica denominada banda criminal y organización criminal radica en que en la primera no existe la característica de la «estructura»; respecto a la característica de «permanencia» en la banda criminal es solo parcial, muy débil e incipiente, respecto a la característica de «número y magnitud del delito» la banda criminal puede cometer delitos graves y simples; la categoría de la organización criminal mantiene como elemento

numérico un mínimo de tres personas, mientras que la categoría de banda criminal acepta la posibilidad que sea desde dos personas; respecto a la característica de «distribución»; esta se presenta en la organización criminal, mientras que en la banda criminal no aparece toda vez que los miembros actúan de manera más espontánea (2017: 180-181).

Por nuestra parte, en una publicación precedente y desde un enfoque esencialmente criminológico, nos hemos ocupado de establecer la existencia de rasgos propios que operativamente permiten distinguir entre industrias o empresas criminales, crimen organizado, asociaciones ilícitas o bandas y concierto criminal (Prado 2006: 52-54).

En la jurisprudencia de la Corte Suprema, desde hace más de una década, también se detectan algunos aportes hermenéuticos dirigidos a realizar un deslinde entre organización criminal y circunstancias agravantes específicas que aluden a la integración en una organización criminal. En efecto, de manera expresa esta diferenciación fue debatida en el marco del Acuerdo Plenario n.º 8-2007/CJ-116, del 16 de noviembre de 2007. En este documento jurisprudencial de eficacia vinculante, se evaluaron las posibles conexiones concursales, así como las discrepancias funcionales que podrían existir entre dos disposiciones del Código Penal de 1991. Por un lado, el artículo 317.º, referido al delito de integración en organización criminal; y, por otro lado, la agravante específica contenida en el párrafo final del artículo 189.º, que tiene como indicador calificante que el delito de robo sea cometido por quien es integrante de una organización criminal. Este dilema normativo fue resuelto al precisarse que la realización de un delito de robo con el agravante de que su autor sea el integrante de una organización criminal, excluye la posibilidad de un concurso ideal con aquel delito de peligro abstracto contemplado en el artículo 317.º sobre integración en una organización criminal. Además, el citado

texto jurisprudencial destacó que el delito de integración en una organización criminal, que prevé el mencionado artículo, solo puede operar como tipo penal subsidiario de un robo con agravantes. De esta manera, pues, se reconoció plenamente la autonomía típica de ese hecho punible frente a la aludida agravante específica¹.

Un segundo problema que también debió dilucidarse fue el concerniente a la conducta delictiva que debía materializar el autor del hecho punible según el tipo penal del artículo 317.º. Al respecto, cabe destacar que hasta antes de la Ley n.º 30077 solo constituía delito el formar parte de una organización criminal, es decir, bastaba con integrarse a ella. El debate por aquel entonces se redujo, por tanto, a discutir acerca de si la integración requería, necesariamente, de la preexistencia de una estructura delictiva o si abarcaba también los actos de constitución de la organización delictiva. El desenlace jurisprudencial fue favorable a que era necesaria «la existencia de la organización» como requisito material para que se pueda configurar el delito; precisándose, incluso, que la estructura de la organización criminal debe formarse «a través del acuerdo o pacto» (Poder Judicial 1999).

Ahora bien, con la promulgación de la Ley n.º 30077 surgieron nuevas dudas. Esta vez lo que se cuestionaba era el número mínimo de la composición del grupo criminal, ya que el artículo 2.º de la citada ley se refería a tres o más personas, mientras que en un reformado artículo 317.º del Código Penal no solo se incluían como nuevas conductas punibles los actos de constitución y promoción de organizaciones criminales, sino que también se mantenía en dos personas el número mínimo de sus componentes. Sobre este aparente conflicto legal no llegó a pronunciarse la jurisprudencia, pero sí la literatura especializada. Esta última señaló que no existía ninguna incompatibilidad entre tales disposiciones

1 Véase el Acuerdo Plenario n.º 8-2007/CJ-116, fundamentos jurídicos 6 al 9.

legales, ya que se requerían cuando menos dos personas para constituir la organización criminal y tres para materializar la conducta de integración en la estructura criminal ya formada. En consecuencia, pues, era pertinente y justificado reprimir las conductas constitutivas en función de solo dos personas y los actos de integración en torno a no menos de tres (Prado 2016: 82). Sin embargo, las reformas introducidas posteriormente por el Decreto Legislativo n.º 1244 superaron plenamente el tema debatido en el artículo 317.º en torno al número de componentes de la estructura criminal, al requerir expresamente la intervención mínima de tres personas, sea en los actos constitutivos de la organización o como integrantes de la misma luego de ocurridos aquellos. Por tanto, el supuesto fáctico regulado sería, cuando menos, el de dos constituyentes y un integrante.

El tercer problema que afrontó la jurisprudencia nacional surgió en función de la existencia de circunstancias agravantes específicas para diferentes delitos como el robo, el tráfico ilícito de drogas o el lavado de activos, las cuales se configuraban cuando tales delitos eran cometidos por integrantes de una organización criminal. Sobre ello se planteaba la incertidumbre de si cabía reconocer la realización de dos delitos independientes, considerando también el hecho punible tipificado en el artículo 317.º del Código Penal. Esto es, si se presentaba un caso de concurso real (artículo 50.º). También en el Acuerdo Plenario n.º 8-2007/CJ-116, del 16 de noviembre de 2007, se precisó que solo habría un concurso real de delitos si el autor del hecho punible era integrante de una organización criminal por mandato de la cual cometía un delito, pero que no tenía regulada la agravante específica por integración en organización criminal; puesto que si esa agravante estaba regulada para el delito cometido, ya no habría ninguna opción de concurso real con el delito contemplado en el artículo 317.º. Esta interpretación también fue acogida por los especialistas nacionales al señalar que

formar parte de la agrupación abona así la idea de ser integrante o miembro de dicha entidad ilícita, esto es, de participar en sus deliberaciones, proyectos, contribuir económicamente o a nivel de gestión en su desarrollo interno, sin traspasar a la esfera de los hechos delictivos concretos, pues de producirse ello el formar parte será absorbido por la tipicidad de los supuestos delictivos agravados que contengan menciones expresas a las bandas u organizaciones delictivas, y en su defecto a configurar situaciones de concurso real de delitos. En ambos contextos el peligro abstracto de la asociación ilícita cederá el paso al peligro concreto de los hechos criminales realizados (Caro, Reaño y San Martín 2002: 345).

También se ha suscitado una discusión menos intensa en la judicatura nacional, con relación a la posibilidad de que una misma persona realice una integración múltiple en varias organizaciones criminales y si ello daría lugar a un concurso real homogéneo; es decir, que el mismo agente se integre simultánea o sucesivamente en más de una organización criminal. Al respecto, la respuesta dada por la jurisprudencia ha sido afirmativa siempre que se trate de varias estructuras criminales distintas. Además, se ha sostenido que tal posibilidad es sobre todo factible cuando se trata de estructuras criminales flexibles como las de tipo red y donde el hombre clave puede constituir varios grupos criminales con propósitos delictivos diferentes. No obstante, ello no sería posible en el caso de estructuras de tipo jerarquía regional o agrupación jerárquica, ya que sus integrantes, a pesar de poseer una relativa autonomía operativa o regional siempre integran el mismo grupo criminal.

Seguidamente, se hará una revisión dogmática de los delitos de organización criminal (artículo 317.º) y de banda criminal (artículo 317.º-B) que se tipifican en la Parte Especial del Código Penal de 1991.

2. EL DELITO DE ORGANIZACIÓN CRIMINAL

2.1. Antecedentes

Los procesos de criminalización de organizaciones criminales no han sido una constante histórica en nuestra legislación. En efecto, el interés legislativo por tipificar y reprimir modalidades específicas de constitución e integración de estructuras criminales organizadas ha sido en realidad un suceso reciente que se inicia hacia finales del siglo XX. En consecuencia, cabe reconocer que los trabajos impulsados por las Naciones Unidas y que culminaron con la suscripción de la Convención de Palermo, tuvieron un eco limitado en el derecho penal nacional que una década antes ya había concluido la elaboración del Código Penal de 1991. No obstante, con un atinado objetivo futurista el legislador peruano reguló en el artículo 317.º un tipo penal autónomo dedicado a reprimir la agrupación ilícita. Su texto legal era el siguiente:

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

Si bien aquella redacción típica no era del todo compatible con los estándares internacionales que promovió luego la Convención de Palermo, la importancia práctica y de política criminal de dicha disposición normativa era inobjetable. Sobre todo porque la generalidad de su descripción se adaptaba mejor a las estructuras criminales modernas, dejando de lado la que correspondía en

el derecho extranjero a las anacrónicas asociaciones ilícitas. Por tanto, fue un notorio error el haber asignado por mucho tiempo al delito contenido en el artículo 317.º la incoherente sumilla de «asociación ilícita», lo cual fue corregido, recientemente, con la promulgación del Decreto Legislativo n.º 1244 el año 2016, que con perfección semántica pasó a denominarle «organización criminal».

Ahora bien, rastreando entre los antecedentes normativos del delito de organización criminal, resulta evidente que ni el Código Penal de 1863 ni el de 1924 se preocuparon por incluir fórmulas legales para sancionar penalmente tales conductas. No obstante, con anterioridad al Código Penal de 1991, la legislación penal peruana sí había incorporado, aunque episódicamente, algunas disposiciones normativas que de una u otra forma aludían a organizaciones delictivas. En efecto, si bien nunca se incorporaron tipos penales sobre asociación ilícita o asociación para delinquir, como ocurrió en muchos sistemas jurídicos de la región, el legislador nacional consideró pertinente criminalizar la conducción, promoción o integración en estructuras criminales como conductas punibles autónomas en determinados delitos como el tráfico ilícito de drogas (artículo 55.º del Decreto Ley n.º 22095) o el terrorismo (artículo 5.º del Decreto Legislativo n.º 46). Pero, también, en otras ocasiones, optó por referirse a ellas con otras denominaciones. Por ejemplo, configuró como una circunstancia agravante específica en el artículo 238.º del Código Penal de 1924, el que determinados delitos patrimoniales, como el hurto o el robo, fueran ejecutados a través de una pandilla de malhechores, asociación o banda. Similar técnica legislativa se había aplicado en el Código Penal de 1863, el cual en su artículo 332.º establecía que «El jefe de una pandilla de tres o más malhechores, con quienes hubiere perpetrado el robo, será castigado con uno o dos términos más de la pena señalada para los autores». Asimismo, en el artículo

333.º también se precisaba que «El socio habitual de una pandilla de malhechores, será considerado como co-delincuente de estos en todo atentado que cometan, a no ser que pruebe no haber tenido participación alguna en el delito».

Fueron, pues, reformas legislativas posteriores a la puesta en vigencia del Código Penal de 1991, las que paulatinamente le dieron una redacción final y diferente de la original al artículo 317.º. Sin embargo, su ubicación sistemática se mantuvo siempre integrada dentro de un amorfo título XIV de la Parte Especial, dedicado a los delitos contra la tranquilidad pública. Lamentablemente, la evolución sufrida por la fórmula legal del artículo 317.º ha significado también notables retrocesos en cuanto a su técnica legislativa y precisión típica. Es así que los cambios de redacción del tipo penal introducidos con el Decreto n.º 1244, le han sobrecargado de elementos normativos que han obscurecido sensiblemente la identificación de las conductas criminalizadas. Lo que ha generado la adopción del Acuerdo Plenario n.º 01-2017-SPN, del 5 de diciembre de 2017, para esclarecer, por ejemplo, los componentes de la estructura de una organización criminal (ver fundamentos jurídicos 17 y 18).

Por lo demás, en el artículo 538.º del Proyecto de Código Penal de 2016 se mantiene al delito de organización criminal en la sección XIX, del libro segundo, que también está dedicada a los delitos contra la tranquilidad pública. No obstante, de manera inconsistente se retorna a la equívoca sumilla legal de «asociación ilícita», pese a que la descripción típica alude expresamente a la constitución, promoción e integración de organizaciones criminales. Pero, al margen de dicho cuestionamiento, cabe reconocer como un aporte positivo de dicha propuesta legislativa la inclusión de una inédita circunstancia agravante específica referida a que «se utilice a un menor de edad».

2.2. Características típicas

El delito de organización criminal se encuentra tipificado y reprimido en el artículo 317.º del Código Penal en los siguientes términos:

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

Se trata, pues, de un tipo penal de estructura compleja y alternativa. Su ubicación sistemática lo conecta con 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 o 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. Por tanto, es correcta la apreciación de Alan y Mori cuando destacan que es fundamento de la criminalización del delito de organización criminal «el peligro y la inestabilidad social que puede generar la sola existencia de un concierto criminal expresado en la conformación de colectivos cuya finalidad ha de infringir normas de contenido penal» (2018: 79).

Sin embargo, en la actualidad coexisten otros bienes jurídico formales que son también mediatamente comprometidos con la

presencia, activa o potencial, de organizaciones criminales como lo son el régimen internacional de prevención y control de la criminalidad organizada; así como la eficiencia y la eficacia de las políticas públicas diseñadas para preservar la seguridad nacional frente a la infiltración criminal. Puede señalarse, sin embargo, que en otros sistemas jurídicos la ubicación sistemática de este delito lo conecta con otros bienes jurídicos, aunque siempre de naturaleza colectiva. Así, por ejemplo, en el derecho penal español el delito de organización criminal forma parte de los delitos contra el orden público. Según Llobet Anglí 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 (2018: 441-442).

Se trata de un delito cuyo sujeto activo se representa en una estructura colectiva que reúne e integra individualidades en pos de un mismo proyecto funcional pero de índole criminal. Esto es, un delito de aquellos a los que la doctrina tradicionalmente ha identificado como plurisubjetivos (Villavicencio 2013: 308).

En principio, pues, cualquier persona natural puede adscribirse y formar parte de la organización criminal; sin embargo, ella solo es un componente indiviso y no diferenciable de la organización, aun cuando la actividad que realice no involucre la intervención de otras personas. A ello es a lo que suele referirse el legislador nacional cuando alude a que determinados delitos deben ser ejecutados por quien es integrante de una organización criminal.

Es importante destacar que en la doctrina el debate sobre autoría y participación en organizaciones criminales se ha tornado nebuloso y poco productivo. Especialmente porque por lo general se ha pretendido «adaptar» conceptos propios de una autoría y participación de base formalmente individual a la realidad de una estructura funcional que se construye y existe sobre la base de un colectivo o sistema de individuos (delitos de adhesión o pertenencia). También porque ha sido igualmente frecuente el intentar reproducir o «ajustar» a dicha problemática los mismos criterios dogmáticos construidos para explicar la delincuencia desde el interior de las empresas o la autoría mediata por dominio de aparatos organizados de poder (Silva 2005: 101-120; Tisnado 2018: 272-276).

No obstante, todos esos esfuerzos de la doctrina resultan poco útiles o pertinentes para el caso del delito actualmente tipificado en el artículo 317.º del Código Penal peruano. Sobre todo porque la técnica legislativa ha regulado este hecho punible a través de un tipo penal autónomo, el cual para activar su punibilidad no requiere de la actuación concreta de los que componen la organización, en la realización o el evitamiento de otro delito distinto desde el interior o hacia el exterior del grupo criminal (Cuello 2013: 65-70). Al respecto, como propone Tisnado Solís, es importante tener en cuenta «que al sujeto que realiza un hecho típico delictivo a través de una organización criminal se le imputa dos injustos distintos: un injusto por el delito realizado en concreto, conforme a las reglas de autoría y participación (a), y, un injusto penal por participación en una organización criminal como delito autónomo (b)» (2018: 273).

De allí, pues, que resulte justificado que en el análisis dogmático de un delito de tales características se prefiera omitir una referencia específica a la calidad del sujeto activo; o se opte, más bien, por aceptar una genérica coautoría funcional y sistémica; o, también, solo se destaque las diferentes posiciones y roles de los

que componen la organización criminal y que son ejercidos por estos dentro de ella. Esto es, por procurar distinguir la presencia conjunta de fundadores, organizadores, promotores, financistas o integrantes. Así como, en algunos casos, hacer igualmente diferenciada la condición o función estratégica que alcanza a un determinado integrante al que se califica como líder, jefe o cabecilla de la estructura criminal².

El sujeto pasivo es la sociedad como ente colectivo indeterminado que requiere contar con un estado de tranquilidad que no sea alterado o distorsionado por la existencia de organizaciones criminales que aporten riesgos o amenazas a su seguridad y paz.

Ahora bien, la principal ventaja que ofrece el nuevo texto legal del artículo 317.º del Código Penal, luego de ser sometido a sucesivas modificaciones que le fueron aplicadas por la Ley n.º 30077 en el 2013 y por los Decretos Legislativos n.º 1181 de 2015 y n.º 1244 de 2016, radica en que su actual estructura normativa ha adquirido una configuración de tipicidad alternativa que permite considerar no solo la integración en una organización criminal, sino también la constitución, la organización y la promoción de estas. Pero, además, como se mencionó antes, fue igualmente positivo regular en tres personas el número mínimo de componentes de una organización criminal. Sin embargo, han resultado inconvenientes e innecesarias las detalladas referencias a otras características que debe tener la organización criminal. Esta modificación, que fue también introducida por el Decreto Legislativo n.º 1244, reproduce los mismos rasgos complementarios que a tales estructuras delictivas les adscribe el artículo 2.º de la Ley n.º 30077. Lamentablemente, estas adiciones han hecho nebulosa la actual descripción del hecho punible al recargarla de elementos normativos que harán dificultosas su aplicación judicial y su actividad probatoria,

2 Ver sobre el caso español Francisco Muñoz Conde (2017: 773-774).

obligando a construcciones jurisprudenciales no menos confusas, como las que aporta el Acuerdo Plenario n.º 1-2017-SPN (cfr. fundamento jurídico 17).

A continuación, se analizan los alcances interpretativos que se puede asignar a las cuatro conductas contenidas en el artículo 317.º.

Constituir una organización criminal. Es dar nacimiento formal a una estructura delictiva. Es un acto fundacional que define la composición funcional, los objetivos, las estrategias de desarrollo, el *modus operandi*, así como las acciones inmediatas y futuras de la organización criminal. De hecho la constitución de una organización criminal implica trascender la eventualidad del concierto criminal y de la conspiración criminal, para convertirlos en un proyecto criminal de realización temporal indefinida y con un proceso de ejecución continua y planificada. El mínimo de constituyentes de la organización criminal tiene que ser necesariamente de dos personas que conciertan voluntades, aportes, formas de acceso de los nuevos integrantes y funciones estratégicas u operativas básicas para la viabilidad del grupo delictivo.

Organizar una organización criminal. Esta conducta involucra todo acto dirigido a diseñar y proveer de una estructura funcional y operativa al grupo delictivo ya constituido. Esto es, por ejemplo, delinear los órganos de gestión y sus niveles operativos; precisando, además, sus líneas de comunicación y configurando sus facultades, poderes u obligaciones internas y externas. El que organiza no solo construye un organigrama de la estructura criminal, sino que la dota también de un orden para su funcionamiento. Esta actividad puede ser realizada también por quienes constituyeron o fundaron la organización criminal o por un integrante distinto de aquellos. Según el tipo de organización criminal esta modalidad delictiva puede ser ejecutada paralelamente por quien la conduce o dirige.

Promover una organización criminal. Comprende la realización posterior de actos de difusión, consolidación y expansión de una organización criminal ya creada y organizada e, incluso, en plena ejecución de su proyecto delictivo. Esto es, el agente que funge de promotor puede procurar alianzas delictivas así como impulsar la diversificación de las actividades ilícitas o la proyección de la organización criminal hacia nuevas áreas geográficas de influencia. El que promueve la organización criminal está a cargo, de modo formal o fáctico, de todo el proceso de planificación estratégica que ha de orientar el futuro de aquella. No se trata, pues, de crear solo mejores condiciones operativas para su desempeño local o internacional, sino de imprimir programáticamente el desarrollo funcional de la estructura y de sus operadores centrales o ejecutivos. Es posible precisar que el rol de promotor en el grupo criminal puede ser asumido por uno o más de sus integrantes. También es importante destacar que estas conductas pueden adquirir formas distintas según la tipología o el diseño de la organización criminal que se busca promover. Pero, además, que los actos de constituir y luego promover la organización criminal ya constituida pueden ser ejecutados secuencialmente por una misma persona.

Integrar una organización criminal. Es la cuarta conducta típica que contiene el artículo 317.º del Código Penal. Cabe recordar que ella era la única que sancionaba dicha disposición en su texto original. Ahora bien, sus alcances hermenéuticos comprenden todo acto de adhesión personal y material a una estructura delictiva preexistente y a la cual el autor del delito se incorpora de modo pleno e incondicional. Esto es, a través de esta conducta el agente se somete a los designios del grupo criminal, a las líneas y competencias de sus órganos de dirección, comprometiéndose, además, de modo expreso o implícito, a realizar las acciones operativas que le sean encomendadas. La duración de esa relación operativa en la que el integrado se hace parte de un todo estructurado es en principio

indeterminada, aunque su actuar concreto como miembro de la organización criminal no sea necesariamente continuo sino eventual, tal como lo hace notar el artículo 2.º 2 de la Ley n.º 30077 al resaltar que «La intervención de los integrantes de una organización criminal [...] puede ser temporal, ocasional o aislada». Ahora bien, el integrante puede realizar también actos de promoción pero no de constitución de la organización criminal. Esto último porque su conducta típica, como se ha destacado, solo puede ocurrir con posterioridad a la constitución del grupo criminal.

Un aspecto que resulta controvertido está vinculado a la punibilidad de todas estas conductas alternativas. En ese sentido, un tema de debate es si es posible considerar la misma pena para quien constituye que para quien organiza, promociona o meramente integra la organización criminal. Al respecto, cabe plantear que este último debería tener un nivel de punibilidad menor que el que corresponde a los otros tres supuestos. La legislación nacional no hace diferencias al respecto, esta opción político criminal es también la que actualmente predomina en el derecho extranjero, lo cual ha sido criticado por Muñoz Conde al comentar la normatividad española sobre la materia:

En el art. 870 bis.1 se castiga, por un lado, promover, constituir, organizar, coordinar o dirigir una organización criminal, y, por otro, participar activamente en la organización, formar parte de ella o cooperar económicamente o de cualquier otro modo con la misma. Esta segunda modalidad se castiga con menor pena, pero en ambas se incluyen y miden por el mismo rasero conductas de distinta significación y gravedad. Desde luego no es lo mismo promover la creación de una organización criminal que dirigir una ya constituida, como tampoco es igual participar activamente que formar parte, de manera pasiva, de una organización; ni cooperar económicamente que hacerlo de «cualquier otra forma», incluso meramente secundaria (Muñoz 2017: 773).

Es importante destacar, una vez más, que ya no hay contradicciones entre la noción legal de organización criminal que contiene el artículo 2.º de la Ley n.º 30077, con la descripción típica de los actos delictivos que hace el artículo 317.º del Código Penal. Ahora en ambas normas se menciona a «cualquier agrupación de tres o más personas que se reparten diversas tareas o funciones». Sin embargo, es pertinente diferenciar el rol funcional de ambos artículos. En efecto, el artículo 2.º es solo una definición de términos que explica lo que para la Ley n.º 30077 debe entenderse como una organización criminal. Corresponde a lo que en ciencias sociales se denomina también una simple operativización de conceptos. No es, pues, la tipificación de un delito ni está destinada a integrar o esclarecer el contenido punitivo de una ley penal en blanco. El artículo 317.º, en cambio, es un tipo penal que describe, como ya se ha precisado, cuatro conductas delictivas alternas donde, cuando menos, para la realización de una de ellas es suficiente la intervención conjunta de dos personas, lo que ocurre con el acto fundacional o de constitución de la organización criminal. Mientras que para que sea posible la materialización del acto también punible de integración o adhesión a una organización criminal, ella ya debe estar constituida. Por tanto, el autor de esta hipótesis delictiva siempre ha de ser el número tres del mínimo necesario que fija el artículo 317.º. Los dos constituyentes, por tanto, no integran la organización sino solo quien se adhiere luego a ella.

En cuanto a su tipicidad subjetiva, todos los actos criminalizados en el artículo 317.º son dolosos. Por tanto, el agente promueve, organiza, constituye o integra la organización criminal de modo consciente y voluntario. Además, la ley exige que todos estos actos estén orientados por una tendencia interna trascendente que el legislador destaca señalando que la estructura criminal debe estar «destinada a cometer delitos». Sin embargo, como reconoce

la doctrina, la realización material de esta «intención especial» no es un requisito para la consumación del delito. Por tanto, no es necesario para la tipicidad y punibilidad de tales conductas que la organización criminal llegue realmente a cometer delitos (Villavicencio 2013: 308).

Sobre la consumación del delito, es importante precisar que se trata de un delito de naturaleza permanente, esto es, el estado antijurídico que se representa en la constitución o existencia de la organización criminal perdurará en tanto esta no se sea disociada por decisión de sus componentes o la intervención de terceros (captura de todos sus integrantes o desactivación de su núcleo estratégico u operativo, etc.).

2.3. Penalidad y circunstancias agravantes específicas

La penalidad conminada para este delito es conjunta y comprende penas privativas de libertad, multa e inhabilitación. Como se adelantó, no hay diferencias en la punibilidad de los distintos actos criminalizados.

Ahora bien, las sucesivas reformas introducidas en el artículo 317.º también han afectado reiteradamente la composición del catálogo de circunstancias agravantes específicas. En efecto, entre los cambios más importantes ocurridos en este dominio, como consecuencia de la promulgación del Decreto Legislativo n.º 1244, destaca la eliminación de aquella circunstancia agravante que tomaba en cuenta la finalidad delictiva de la organización criminal. Según el texto original del párrafo segundo del artículo 317.º, la penalidad era mayor «cuando la agrupación esté destinada a cometer delitos de genocidio, contra la seguridad y tranquilidad públicas, contra el Estado y la defensa nacional o contra los Poderes del Estado y el orden constitucional». Posteriormente, dicho párrafo fue modificado con la Ley n.º 30077 de 2013 para

incorporar un largo listado numérico de artículos del Código Penal que sancionaban delitos muy disimiles entre sí (Prado 2016: 83). El confuso texto legal incorporado consideraba una penalidad más severa cuando la organización criminal estuviera destinada a cometer los delitos previstos

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

Consideramos que esta clase de agravantes no ha debido suprimirse, puesto que la clase de delitos fin que integran el proyecto criminal de la organización criminal sí constituye un indicador de su mayor o menor relevancia penal. De hecho, no merece igual desvalor y atención punitiva una organización delictiva destinada al hurto o robo de vehículos o autopartes, que aquellas estructuradas con el propósito de realizar prácticas de lavado de activos, tráfico de drogas o trata de personas. Es por ello que en el Código Penal español se diferencia la penalidad en atención a que las organizaciones criminales tengan o no «por finalidad u objeto la comisión de delitos graves». Además, la normatividad ibérica considera como agravante específica si los delitos-fin de la organización criminal «fueren contra la vida o la integridad de las personas, la libertad, la libertad e indemnidad sexuales o la trata de seres humanos» (véase el artículo 570.º bis, incisos 1 y 3).

En la actualidad, el texto legal del párrafo segundo del artículo 317.º del Código Penal peruano es el siguiente:

La pena será no menor de quince ni mayor de veinte años y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa, e inhabilitación conforme al artículo 36.º, incisos 1), 2), 4) y 8) en los siguientes supuestos:

Cuando el agente tuviese la condición de líder, jefe, financista o dirigente de la organización criminal.

Cuando producto del accionar delictivo de la organización criminal, cualquiera de sus miembros causa la muerte de una persona o le causa lesiones graves a su integridad física o mental.

Según dicha disposición normativa solo coexisten dos supuestos agravantes. En primer lugar, está aquel que toma en cuenta como indicador calificante la posición de mando y gestión que ostenta el agente al interior de la organización criminal. Pero, también, el trascendente rol que le corresponde a quien actúa como financista de aquella. En efecto, se conservan como agravantes específicas el ser «líder, dirigente, jefe o financista de la organización». Si bien tales categorías parecen referirse a perfiles y roles semejantes de conducción o administración de la organización delictiva, es posible identificar en cada una de ellas diferencias funcionales en relación con el tipo de estructura de la organización criminal de que se trate. Por consiguiente, todas ellas no corresponden, necesariamente, a niveles estratégicos o de poder y control siempre equiparables entre sí. Resulta, por tanto, pertinente identificar a continuación sus diferencias.

Comencemos señalando que la norma legal se refiere en primer término al **líder**. Este debe ser identificado como un órgano estratégico y de gestión más próximo a las organizaciones criminales de estructura flexible como el grupo central o la red criminal. Se trata, en lo esencial, de un gestor funcional con

amplias facultades de orientación, conducción y coordinación de las actividades delictivas del grupo criminal. A él le corresponde, sobre todo, decidir el planeamiento de la oportunidad y modalidad de la intervención especializada de sus integrantes. El líder no ejerce un mando vertical ni coactivo sobre los demás miembros del grupo delictivo sino, más bien, finalista y consensuado. Actúa, pues, como un guía del proceder de aquellos hacia la realización de los proyectos ilegales que les son comunes. Los líderes son los que conducen organizaciones dedicadas a delitos de alta especialización como el lavado de activos.

El **dirigente**, en cambio, es un órgano central que ejerce una clara posición de mando y poder al interior de la organización criminal. Define y ordena el quehacer de los demás integrantes de modo directo y vertical. Aplica un control centralizado y excluyente que es propio de las estructuras criminales rígidas, como las denominadas de jerarquía estándar. El rol de dirigente se vincula, sobre todo, a las bandas o asociaciones ilícitas dedicadas a la comisión de delitos violentos.

Finalmente, el **jefe** es un órgano intermedio equivalente al «*capo decima*» de las clásicas organizaciones mafiosas italianas y norteamericanas. A él se le asigna el control sobre la ejecución de las acciones delictivas que deben cumplir los integrantes colocados bajo su mando. Su autonomía está siempre limitada a lo táctico y subordinada siempre al poder central del dirigente. El jefe suele ser un nivel eminentemente operativo que es frecuente en las organizaciones descentralizadas que adoptan la estructura de la jerarquía regional como, por ejemplo, las que se dedican al tráfico ilícito de drogas, el contrabando o la trata de personas, entre otras modalidades de crimen organizado.

Por último, en este tipo de circunstancia agravante específica se ubica también a quien **financia** la organización. La norma alude

a un gestor y proveedor especializado de recursos financieros y logísticos. Se trata de un órgano de asesoría y confianza de la organización criminal. A él le compete proyectar, procurar, suministrar o administrar la economía operativa que requiere la organización criminal para su continuidad delictiva. Por lo general este órgano se encarga también de controlar el flujo contable de las ganancias ilícitas y de contactar las operaciones de lavado de activos que sean necesarias para su aseguramiento y reinversión.

No obstante, pese a lo conveniente de esta primera circunstancia agravante específica, el texto reformado por el Decreto Legislativo n.º 1244 adicionó también un segundo supuesto de agravante específica, de escasa utilidad y de controvertida técnica legislativa. Efectivamente, este inédito supuesto calificante toma en cuenta el resultado dañoso producido por los integrantes de la organización criminal al actuar en ejecución de las actividades ilícitas dispuestas por ella. La redacción utilizada fue la siguiente: «Cuando producto del accionar delictivo de la organización criminal, cualquiera de sus miembros causa la muerte de una persona o le causa lesiones graves a su integridad física o mental». Se trata de una circunstancia agravante que, en principio, no es compatible con la naturaleza y eficacia del artículo 317.º que, como se señaló anteriormente, es un delito autónomo, de peligro abstracto y que no requiere para su realización típica de una actuación delictiva concreta de los integrantes de la organización criminal. Es más, por ello se ha precisado también que dicha disposición solo tiene una eficacia residual frente a cualquier otro delito que desde su interior sea cometido por los integrantes de la estructura criminal y cuente con una agravante específica. Por tanto, deberá ser ese delito y no el de organización criminal el que sea objeto de agravación o concurso, según el caso de que se trate, por la muerte o lesiones graves que sean ocasionadas a terceros. Por lo demás, en aquellos delitos que carezcan de agravantes por ser cometidos

por integración en una organización criminal, tales resultados lesivos deben ser imputables, cuando menos culposamente, a quien de modo directo los generó, pero no pueden trasladarse automáticamente hacia la organización criminal o a todos sus integrantes, si ellos no fueron dispuestos o cuando menos considerados y no evitados por aquella. De lo contrario, se estaría admitiendo una extendida responsabilidad objetiva que, en principio, es proscrita para cualquier clase de imputación de delito —incluido el de organización criminal— por el artículo VII del Título Preliminar del Código Penal. Al respecto, sin embargo, es de tener en cuenta lo señalado por Silva Sánchez, cuando alude a las diferentes variantes o modos de intervención o favorecimiento de los miembros de la organización criminal en delitos concretos cometidos desde o por disposición de aquella. En ese sentido, alude al caso de «los miembros que realizan aisladamente actos de favorecimiento inmediato de delitos concretos cometidos a título de autor por otros miembros. En efecto, a estos no cabe imputarles una intervención en otros delitos realizados desde la organización, sino solo en aquellos a los que ha contribuido de modo directo» (2005: 114).

Lo que también resulta objetable es que pese a las sucesivas reformas que han recaído en las circunstancias agravantes específicas del artículo 317.º, se haya omitido reiteradamente el incluir una calificante que sobrecriminalice la captación o incorporación de menores de edad por y para la organización criminal. Sobre todo porque en el presente ello viene siendo una praxis frecuente de las organizaciones criminales violentas, que suelen inducir, reclutar o integrar a menores de edad a los cuales luego se les inicia o utiliza como sicarios o «gatilleros». También preocupa que no se haya considerado como circunstancia agravante específica el carácter o la operatividad transnacional de la organización criminal. Puede agregarse, al respecto, que en el

derecho penal comparado se incluyen igualmente otras calificantes especiales como el que la organización criminal «esté formada por un elevado número de personas», o cuando ella «disponga de medios tecnológicos avanzados de comunicación o transporte que por sus características resulten especialmente aptos para facilitar la ejecución de los delitos o la impunidad de los culpables» (artículo 570.º bis. 2, literales a y c del Código Penal español).

Otra modificación impertinente que realizó el Decreto Legislativo n.º 1244 ha sido la eliminación del mandato especial, que en el texto anterior a dicha norma autorizaba de modo expreso la aplicación de consecuencias accesorias a las personas jurídicas que por su cultura criminal sirven a la ejecución o a la cobertura de las actividades delictivas de organizaciones criminales. Especialmente de aquellas personas jurídicas que se constituyeron con las sospechosas características de empresas de fachada, de empresas de papel o de empresas *off shore*. La normatividad derogada consideraba, además, que en tales casos se deberían imponer las consecuencias accesorias previstas en los incisos 2 (disolución y liquidación) y 4 (prohibición de realización de actividades futuras afines al delito cometido) del artículo 105.º del Código Penal. No obstante, es de precisar que tales medidas todavía pueden ser dispuestas judicialmente a partir del mandato general del citado artículo, así como también en cumplimiento de lo estipulado por el artículo 23.º de la Ley n.º 30077. Pero, además, según los casos, es igualmente posible invocar tales disposiciones legales, vigentes en la actualidad, para imponer otras consecuencias accesorias de mayor gravedad como la disolución. Al respecto, es pertinente recordar que la disolución de una persona jurídica delincuente requiere, según lo estipulado por el párrafo final del artículo 105.º-A, que se acredite que ella «fue constituida y operó habitualmente para favorecer, facilitar o encubrir actividades delictivas». En la legislación penal española

el artículo 570.º *quater* del Código Penal dispone expresamente la disolución de la organización criminal o de otras consecuencias sancionadoras que resulten pertinentes al caso.

3. EL DELITO DE BANDA CRIMINAL

3.1. Antecedentes

El término banda criminal posee antecedentes normativos que se remontan al Código Penal de 1924. En este precedente legislativo nacional la banda era considerada una circunstancia agravante en los delitos patrimoniales de hurto. En efecto, como se mencionó anteriormente, el artículo 238.º sobrecriminalizaba los hurtos que eran cometidos por quien actuaba «en calidad de afiliado a una banda». Roy Freyre, al comentar esta disposición legal, señalaba que por banda debe considerarse «a la organización, más o menos jerarquizada, compuesta de tres o más sujetos, con armas o sin ellas, por lo común delincuentes habituales, que se asociaron para cometer delitos múltiples e indeterminados» (1983: 68).

Aquella misma función de calificante penal también le fue asignada inicialmente a la banda en el Código Penal de 1991. Es más, incluso en algunos delitos ella era referida como una estructura delictiva alterna a la noción de organización criminal o de asociación delictiva. Así, por ejemplo, según la redacción del párrafo final del artículo 189.º, que introdujo el Decreto Legislativo n.º 896 del 23 de mayo de 1998, se reguló como una agravante específica de segundo grado o nivel, que el agente de un delito de robo lo cometiera «en calidad de integrante de una organización delictiva o banda». Algo similar ocurrió en la redacción original del inciso 1 del artículo 257.º-A del Código Penal, que fuera incorporado por la Ley n.º 27593 del 13 de diciembre de 2001. En dicha norma legal se consignó como circunstancia agravante específica de los delitos monetarios, el que el agente hubiese

actuado «como miembro de una asociación delictiva o en calidad de integrante de una banda».

3.2. Características típicas

Fue el Decreto Legislativo n.º 1244 el que introdujo en la Parte Especial del Código Penal el artículo 317.º-B para tipificar y sancionar de modo autónomo un nuevo delito bajo la denominación de «banda criminal». Se trataba de una disposición penal inédita para nuestra legislación, pero cuya construcción normativa adolecía de una técnica legislativa muy deficiente. El texto legal incorporado fue el siguiente:

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

Al parecer, la fuente legal extranjera seguida por el legislador nacional fue el párrafo final del inciso 1 del artículo 570.º del Código Penal español. Efectivamente, esta norma penal hispana reprime el delito de grupo criminal precisando lo siguiente: «A los efectos de este Código se entiende por grupo criminal la unión de más de dos personas que, sin reunir alguna o algunas de las características de la organización criminal definida en el artículo anterior, tenga por finalidad o por objeto la perpetración concertada de delitos».

Sobre la necesidad y utilidad de este nuevo delito, la exposición de motivos del Decreto Legislativo n.º 1244 solo da explicaciones difusas e incoherentes que denotan graves carencias de soporte

técnico y criminológico. Por ejemplo, se llegó a mencionar lo siguiente:

No pretendemos redundar en lo que otros ya han señalado, pero sí dar por sentado algunos puntos sobre su configuración y su relación con el delito de asociación ilícita para delinquir, tipificado en el artículo 317, del Código Penal, todo ello con la finalidad de aterrizar en el objetivo del presente documento, cual es, dar cuenta de la carencia o la inexistencia de un tipo penal que sancione a aquellos grupos criminales que, sin presentar la complejidad de las grandes organizaciones criminales de corte empresarial en su conformación, la permanencia en su duración y la periodicidad en su accionar ilícito, afectan con mucho mayor ámbito, frecuencia y rigor a nuestra sociedad.

Al parecer, el objetivo político criminal de la incorporación de este innovador hecho punible fue cubrir las deficiencias operativas que demostraron las agencias de persecución y sanción del delito, al investigar o juzgar los actos tipificados en el artículo 317.º del Código Penal. Al respecto se sostuvo lo siguiente:

El 73 % de la carga [...] está conformada por casos donde no existen elementos para poder acreditar la existencia de organizaciones criminales, debido a que el grueso de estos casos son bandas, las cuales no presentan las características de alta complejidad de su composición en el número de sus integrantes, organización, permanencia y estabilidad [...]. Segundo, que al no existir un tipo penal que sancione a las bandas criminales, los operadores de justicia aplican el tipo penal más cercano que es asociación ilícita para delinquir, trayendo como consecuencia que en el transcurrir del tiempo dichos casos sean archivados en tanto nunca se configuró el citado delito, dejando así impune las conductas criminales o sancionándolas por conductas más leves.

En cuanto a errores técnicos, el tipo penal de «banda criminal» es sumamente confuso e incompleto. Por ejemplo, solo considera punibles los actos de constituir o integrar una unión de dos o más personas. La cual, además, debe tener como finalidad la comisión de delitos concertadamente, es decir, de hechos punibles futuros que operan como una tendencia interna trascendente de quienes constituyen o integran tal unión criminal que ha de ser necesariamente predelictiva. Esto significa que no es un componente de la tipicidad el cometer de modo concreto un delito como el hurto, el robo o el secuestro. Esta regulación se asemeja, por tanto, a una forma de conspiración criminal, similar a la que se encuentra regulada en el inciso 4 del artículo 296 del Código Penal. Cabe mencionar que en la doctrina española también se han planteado dudas al discutir los alcances dogmáticos del «grupo criminal». Al respecto, por ejemplo, Llobet Anglí ha señalado sobre este delito que «es realmente difícil diferenciarlo de la mera codelincuencia» (2018: 443). Por su parte Muñoz Conde anota que

menos prolija es la descripción de la conducta típica en el art. 570^a ter.1 que solo recoge las conductas de constitución, financiamiento o integración en el grupo criminal. Pero dada la estrecha relación del grupo con la organización criminal, es probable que los casos más relevantes de constitución o financiación del grupo sean reconducibles a la organización criminal, mientras que, si no llega al nivel de concertación y coordinación que exige esta ni tiene una cierta permanencia en el tiempo, no tiene por qué ser tratado de forma diferente a las distintas formas de codelincuencia, sean estas constitutivas de coautoría, cooperación necesaria o complicidad, o la preparatoria de conspiración (2017: 773).

Por otro lado, resulta necesario descartar que con el artículo 317.º B se pretenda criminalizar de forma autónoma al concierto criminal. Sobre todo porque este último siempre ha sido regulado en el derecho penal nacional solamente como una circunstancia

agravante específica por pluralidad de agentes. Y, además, únicamente aplicable a determinados delitos cuando son cometidos conjuntamente por varias personas en condición de coautores. Asimismo, porque de haber sido aquella la intención del legislador, hubiera bastado con construir una fórmula legal menos equívoca y no adscribirle la inadecuada sumilla de «banda criminal». Esto es, habría sido suficiente con sancionar penalmente «a quienes se concierten para cometer delitos».

Pero, además, la redacción utilizada exige la presencia de un presupuesto negativo para que este raro delito se perfeccione, cual es que la unión delictiva constituida o integrada por sus autores no reúna «alguna o algunas de las características de la organización criminal dispuestas en el artículo 317.º». ¿Cuáles o cuántas? Nada de ello se especifica en el artículo 317.º-B ni se esclarece mínimamente en la «Exposición de motivos» de dicha norma. De allí que sea explicable el desconcierto, la incoherencia y la especulación hermenéutica que sobre sus características típicas se aprecia en los comentarios que se formulan a este confuso delito (Páucar 2017: 32-ss.; Guevara 2017: 51-ss.; Toyohama 2017: 74-ss.).

Ahora bien, debe agregarse a lo señalado que en la jurisprudencia española se han planteado algunas alternativas hermenéuticas no menos convincentes. Es así que en la Sentencia del Tribunal Supremo 134/2018, se ha llegado a sostener que «mientras que la organización criminal requiere necesariamente la concurrencia de ambos requisitos conjuntamente: estabilidad y reparto de tareas, el grupo criminal puede apreciarse cuando no concurra ninguno de ellos, o cuando concurra uno solo» (Llobet 2018: 443).

En cuanto a su calificación criminológica, este delito no tiene la más mínima relación con la tipología criminal que corresponde en la literatura especializada y en el derecho comparado a una «banda criminal», la cual reúne históricamente cuatro componentes

característicos: pluralidad de agentes, estructura jerárquica, continuidad delictiva y ejecución de delitos comunes violentos. En ese sentido, McIntosh se refería a estas rústicas organizaciones delictivas como representativas de una tipología a la que denominó «organización picaresca» y donde estaban considerados tanto los bandoleros como los piratas (2008: 35-41).

Pero, además, la banda criminal es una forma anacrónica de organización criminal, por lo que ya está técnicamente cubierta por la previsión del artículo 317.º del Código Penal. De allí que en el derecho penal alemán, donde se conserva también esta antigua denominación y se alude a delitos cometidos en banda, se ha procurado siempre diferenciarla de la asociación ilícita, que equivale a lo que nuestro derecho penal califica como organización criminal, tomando en cuenta un componente fundamental temporal. En ese sentido, Romero Sánchez destaca que

el actual concepto de banda en el derecho penal alemán está fundamentado en la prognosis abstracta resultante del acuerdo general y previamente establecido de varias personas para delinquir por un cierto tiempo, así como también en la peligrosidad concreta para el bien jurídico protegido, derivada de la comisión de un hecho punible por varios miembros de una banda (2015: 68).

Ahora bien, a diferencia del delito de organización criminal, en el de banda del artículo 317.º B, solo se han considerado dos conductas típicas: constituir o integrar. Se trata por tanto de un tipo penal alternativo. En el derecho penal español el delito de grupo criminal incluye también el acto de financiar (artículo 570, ter. 1).

En cuanto al sujeto activo, este puede ser cualquier persona que interviene en la unión o concertación que la ley establece como elementos constitutivos de la banda criminal. Sea que los agentes se unan y concierten para dar vida a la banda criminal o sea que lo hagan para integrarla adhiriéndose a ella luego de su constitución.

El sujeto pasivo también es indeterminado y se representa en el colectivo social que ve amenazado o comprometido su sosiego y paz con la fundación y la existencia de bandas criminales.

Las dos conductas criminalizadas tienen características diferentes y que se analizan a continuación.

Constituir una banda criminal. Alude a todo acto fundacional que debe involucrar cuando menos a dos personas que acuerdan constituir la banda con la finalidad compartida de que se dedique a cometer delitos. En tanto la norma no considera a los actos de organización como conductas alternas a la de constitución, ellos pueden ser comprendidos también por esta siempre que ello comporte, simplemente, establecer por consenso una estructura básica y un orden interno para la realización de sus fines delictivos.

Integrar una banda criminal. Comprende la simple adhesión material a la banda criminal y luego que ella ya se ha constituido. El integrante, por tanto, no está comprendido en la conducta anteriormente señalada. No obstante, el integrante puede también fungir funcionalmente como un organizador o promotor de la banda si realiza actos propios de dotar de un orden interno a la banda ya constituida o de impulsar su expansión, crecimiento y desarrollo operativo. Incluso si además de su incorporación en la banda interviniera aportando recursos financieros para su accionar, también incurriría en un acto de integración. En la doctrina española se postula igualmente una interpretación análoga, al precisar que «dichos sujetos han de entenderse consumidos en la modalidad genérica del integrante» (Llobet 2018: 443).

La tipicidad subjetiva de la banda criminal es como en el delito de organización criminal dolosa. Asimismo, se requiere también, como se mencionó anteriormente, de la concurrencia de una tendencia interna trascendente, la cual es indicada en la ley al exigirse que los actos de constitución o integración de la banda

criminal tengan «por finalidad o por objeto la comisión de delitos concertadamente».

El delito de banda criminal es de consumación permanente desde que se produjo su constitución o integración. En consecuencia, no se requiere que la banda, después de constituida o integrada, realice o disponga desde su interior la comisión de un delito concreto.

3.3. Penalidad

La penalidad establecida para el delito del artículo 317.º-B es conjunta e integra penas privativas de libertad con penas de multa. Para el delito de banda criminal no se han regulado circunstancias agravantes específicas. Esto último llama la atención, ya que en el derecho penal español, que sirvió de fuente al legislador peruano, sí se han regulado agravantes específicas sobre todo tomando en cuenta que «el grupo esté formado por un elevado número de personas, disponga de armas o instrumentos peligrosos o de medios tecnológicos aptos para facilitar la ejecución de los delitos o la impunidad de los culpables» (Llobet 2018: 444).

4. ALGUNAS REFLEXIONES FINALES DE LEGE FERENDA

En una publicación anterior del año 2006, ya habíamos planteado algunas observaciones *de lege ferenda* respecto al texto del artículo 317.º. Ellas años más tarde fueron en gran medida atendidas por el legislador nacional (Prado 2006: 87-88). Lamentablemente, reformas recientes en dicho artículo, así como la inclusión del artículo 317.º-B, han puesto en evidencia notables deficiencias e inconsistencias, tanto teóricas como prácticas, que motivan que este artículo deba concluir señalando nuevas recomendaciones respecto a la actual regulación de los delitos de organización criminal y de banda criminal. Sobre todo, con la finalidad de promover las modificaciones legislativas necesarias para un mejor rendimiento de aquellas disposiciones penales.

En lo que concierne al **artículo 317.º** sobre organizaciones criminales, debe aligerarse su descripción típica de modo que solo se destaquen las conductas criminalizadas y la finalidad delictiva de la organización criminal; esto es, que se excluyan características adicionales que muy bien pueden ser desarrolladas por la doctrina o la jurisprudencia. Asimismo, se debe estructurar mejor el catálogo de circunstancias agravantes específicas e incluir una disposición que haga referencia a la punibilidad de las personas jurídicas que resulten involucradas con la configuración, accionar o encubrimiento de aquella. Se sugiere el siguiente texto alternativo:

El que promueve, organice, constituya, o integre una organización criminal de tres o más personas, destinada a cometer delitos, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de quince años y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa e inhabilitación no menor de cinco años, conforme al artículo 36.º, incisos 1), 2), 4) y 8).

La pena será no menor de quince ni mayor de veinte años y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa, e inhabilitación no menor de ocho años, conforme al artículo 36.º, incisos 1), 2), 4) y 8) en los siguientes supuestos:

1. Cuando el agente tuviese la condición de líder, jefe, financista o dirigente de la organización criminal.
 2. Cuando la organización criminal esté destinada a la comisión de los delitos previstos en los artículos 108.º-C, 153.º, 153.º-B, 252.º, 303.º-A, 307.º-A, 308.º, 318.º-A, 384.º, 387.º, 393.º, 395.º, 397.º, 398.º, 400.º del Código Penal; artículos 1.º, 2.º y 3.º del Decreto Legislativo 1106; y artículo 4.º-A del Decreto Ley 25475.
 3. Cuando el agente fuese funcionario público.
 4. Cuando el agente fuese persona expuesta políticamente.
 5. Cuando se integren a la organización criminal a menores de edad.
- Si en la comisión del delito interviene, de cualquier manera, una persona jurídica para promoverlo, facilitarlo o encubrirlo se le deberán aplicar las consecuencias accesorias que correspondan al caso.

Por lo que respecta al **artículo 317.º-B**, referido a la banda criminal, la principal recomendación es que sea suprimido por ser innecesario y confuso. No obstante, también sería factible reformular su actual redacción típica para transformarlo en un nuevo delito dirigido a sancionar toda forma de conspiración criminal. Cabe recordar que esta modalidad delictiva ha sido requerida por la Convención de Palermo, pero el legislador nacional solo la ha considerado para el caso del sicariato (véase el artículo 108.º-D) y del tráfico ilícito de drogas (véase el artículo 296.º *in fine*). Al respecto debe mencionarse que en el artículo 571.º, del Proyecto de Código Penal de 2016, se ha propuesto la criminalización autónoma y genérica de un delito de conspiración para delinquir, en los términos siguientes: «El que toma parte en una conspiración de dos o más personas para promover, favorecer o facilitar la comisión de cualquiera de los delitos previstos en este código es reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años».

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALAN CASTILLO, David A. y MORI ANTO, Mayda Virginia (2018). «Coautoría en casos de órdenes dictadas por el superior en organizaciones criminales». *Actualidad Penal*, 24, 79-91.
- CARO CORIA, Carlos, REAÑO PESCHIERA, José Leandro y SAN MARTÍN CASTRO, César Eugenio (2002). *Delitos de tráfico de influencias, enriquecimiento ilícito y asociación para delinquir*. Lima: Jurista Editores.
- CASAS RAMÍREZ, Wilfredo (2017). «Organización criminal y su deslinde con otras acepciones semejantes». *Actualidad Penal*, 41, 165-183.
- CUELLO CONTRERAS, Joaquín (2013). «Ensayo de determinación de la autoría y participación en la criminalidad a través de organizaciones». En GONZÁLES RUS, Juan José (dir.). *La criminalidad organizada*. Valencia: Tirant lo Blanch, 65-70.
- GUEVARA VÁSQUEZ, Iván Pedro (2017). «A propósito del Decreto Legislativo n.º 1244». *Actualidad Penal*, 31, 37-58.
- LLOBET ANGLÍ, Mariona (2018). «Delitos contra el orden público». En SILVA SÁNCHEZ Jesús-María (dir.), RAGUÉS I VALLÉS, Ramón (coord.) (2018). *Lecciones de derecho penal. Parte especial*. 5.ª edición. Barcelona: Atelier, 425-449.
- MCINTOSH, Mary (2008). *La organización del crimen*. 4.ª reimpresión. México: Siglo XXI Editores.
- MUÑOZ CONDE, Francisco (2017). *Derecho penal. Parte especial*. 21.ª edición. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- PÁUCAR CHAPPA, Marcial Eloy (2017). «El delito de organización criminal y banda criminal en el Perú». *Actualidad Penal*, 31, 27-36.
- PODER JUDICIAL (1999). *Recurso de nulidad n.º 782-98*. Lima Norte: 14 de mayo de 1999.

- PRADO SALDARRIAGA, Víctor Roberto (2006). *Criminalidad organizada*. Lima: Idemsa.
- ____ (2016). *Criminalidad organizada. Parte especial*. Lima: Instituto Pacífico.
- ROMERO SÁNCHEZ, Angélica (2015). *La asociación criminal y los delitos en banda en el derecho penal alemán. Fundamentos históricos, dogmáticos y de política criminal*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- ROY FREYRE, LUIS E. (1983). *Derecho penal peruano. Tomo III. Parte especial. Delitos contra el patrimonio*. Lima: Instituto Peruano de Ciencias Penales.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (2005). «¿“Pertinencia” o “intervención”? Del delito de “pertinencia de una organización criminal” a la figura de la “participación a través de organización” en el delito». *Lusíada. Direito*, 3, 101-120.
- SILVA SÁNCHEZ Jesús-María (dir.), RAGUÉS I VALLÉS, Ramón (coord.) (2018). *Lecciones de derecho penal. Parte especial*. 5.^a edición. Barcelona: Atelier.
- TISNADO SOLÍS, Luis (2018). *Responsabilidad penal del abogado en los delitos de organización criminal*. Tomo IV. Lima: Grijley.
- TOYOHAMA ARAKAKI, Miguel (2017). «El delito de organización criminal. Comentarios a partir del Decreto Legislativo n.º 1244». *Actualidad Penal*, 31, 74-59-76.
- VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe A. (2013). *Derecho penal. Parte general*. Lima: Grijley.