



DOCTRINA PRÁCTICA

El delito de organización criminal y de banda criminal

Naturaleza jurídica de los injustos de organización

Wilfredo Roque Ventura*

Universidad de San Martín de Porres

SUMARIO

1. Introducción.— 2. Naturaleza jurídica de los delitos de organización criminal (art. 317 del CP).— 3. El delito de banda criminal (art. 317-B del CP).— 4. Diferencias hermenéuticas entre el delito de organización criminal y el de banda criminal.— 5. Operatividad del art. 2 de la Ley N.º 30077.— 6. Estructura normativa de los delitos donde se contempla, como una circunstancia agravante, que el delito sea cometido mediante una organización criminal.— 7. Conclusiones.— 8. Referencias bibliográficas.



RESUMEN:

Para hacer frente a la delincuencia organizada, que es un fenómeno trascendental en la sociedad contemporánea, la gran mayoría de los países del mundo han creado o implementado tipos penales con diversas denominaciones y categorías: los delitos de organización criminal y de banda criminal o grupo criminal. En el presente artículo se analizarán las diferencias de ambos delitos, ya que esta información es importante para delimitar e imponer el reproche penal de la conducta desarrollada. Asimismo, se establecerán criterios diferenciadores entre el delito de organización criminal y el de banda criminal, partiendo del estudio de la estructura criminal que cada injusto



ABSTRACT

To face the organized delinquency, that is a transcendental phenomenon in the contemporary society, vast majority of world's countries have created or implemented penal types with diverse denominations and categories: criminal organization and criminal bands or group. In this paper, differences between both felonies will be analyzed, since this information is important to define and impose the penal reproach of the conduct. Also, we will establish differentiating approaches between criminal organization and criminal band felonies, for this, we take in consideration studies about the criminal structure that lies in every crime, with the

* Magíster en Ciencias Penales por la Universidad de San Martín de Porres (USMP). Doctorando en la USMP. Docente de Derecho Penal y Procesal Penal. Abogado de la Procuraduría Pública Especializada en Delitos contra el Orden Público del Ministerio del Interior.



presenta, con la finalidad de que los justiciables apliquen correctamente los tipos penales.

Palabras clave: Delincuencia organizada / Criminalidad organizada / Organización criminal / Banda criminal / Estructura criminal.

Recibido: 17-11-20

Aceptado: 26-11-20

Publicado en línea: 1-3-21



purpose of a correct application of the penal types by litigants.

Keywords: *Organized delinquency / Organized crime / Criminal organization / Criminal band / Criminal structure*

Title: *Criminal organization and criminal band felonies. Organization crimes legal nature*

1. Introducción

La delincuencia organizada representa uno de los más grandes problemas de la sociedad contemporánea. En la actualidad, además de ser una amenaza que involucra la tranquilidad y seguridad pública interna de los países, también se ha convertido en una verdadera amenaza externa. Esto se debe a su carácter transnacional, su capacidad de secuestrar fácilmente estructuras funcionales de los Estados, su capacidad de amasar cuantiosas sumas dinerarias y su factibilidad de afrontar y evadir los sistemas de persecución penal.

Ante los estragos causados por la delincuencia organizada transnacional, una de las respuestas más importantes acordadas por diversos países fue la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional. Este tratado fue suscrito en la ciudad de Palermo en el 2000 y tuvo como finalidad promover la cooperación entre los países parte para prevenir y reprimir la delincuencia organizada.

Como consecuencia del citado convenio, una de las labores más importantes que realizaron los países parte, entre ellos el Perú, fue la creación o reacondicionamiento de los sistemas jurídicos internos con la finalidad de contar con tipos penales capaces de soportar actuaciones delictivas bajo estructuras criminales.

Sin embargo, uno de los grandes problemas que surgieron para la tipificación de la delincuencia organizada fue, precisamente, la variabilidad de sus características. Ante tales circunstancias, diversos países, como el Perú y España, han creado hasta dos tipos penales que cuentan con ciertas similitudes: el delito de organización criminal (art. 317 del CP y art. 570 bis del Código Penal español) y el delito de banda criminal (art. 317-B del CP y art. 570 ter del Código Penal español, cuya denominación es “delito de grupo criminal”).

En ese sentido, ante una pluralidad de tipificaciones, que, en esencia, castigan actuaciones bajo estructuras criminales, se ha visto por conveniente

determinar las diferencias hermenéuticas entre cada uno de estos delitos. La finalidad de establecer estos delitos es garantizar la vigencia del principio de legalidad y, sobre todo, mejorar el entendimiento de los operadores jurídicos y las partes procesales. Habida cuenta de que el pronunciamiento dogmático respecto al tema planteado es escaso.

Los magistrados de la Corte Suprema de Justicia de la República, el 10 de septiembre del 2019, emitieron el AP N.º 8-2019, donde se propusieron ciertas diferencias hermenéuticas entre el delito de organización criminal, el de banda criminal y la funcionalidad de los delitos en los que se contemplen como circunstancia agravante su comisión mediante una organización criminal. Sin embargo, los argumentos no han sido suficientes para ubicarnos en los escenarios delictivos respectivos de los tipos penales materia de análisis.

En consecuencia, para el cumplimiento de los objetivos del presente artículo, se analizará la jurisprudencia nacional y extranjera, así como pronunciamientos dogmáticos. Para ello, será necesario centrarnos en los siguientes parámetros:

a) Análisis de la naturaleza jurídica del delito de organización criminal (art. 317 del CP)¹.

1 Artículo modificado mediante D. Leg. N.º 1244, de 27 de octubre del 2016, que prescribe lo siguiente:
“El que promueva, organice, constituya, o integre una organización criminal de tres o más personas con carácter estable, permanente

b) Análisis del delito de banda criminal (art. 317-B del CP)² y su diferencia con el delito de organización criminal.

c) La funcionalidad del art. 2.1 de la Ley N.º 30077³.

o por tiempo indefinido, que de manera organizada, concertada o coordinada, se repartan diversas tareas o funciones, destinada a cometer delitos será reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de quince años y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa, e inhabilitación conforme al artículo 36, incisos 1), 2), 4) y 8).

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, 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”.

2 Artículo incorporado al Código Penal mediante el D. Leg. N.º 1244, de 27 de octubre del 2016, que prescribe lo siguiente: “El que constituya o integre una unión de dos a más personas; que sin reunir alguna o algunas de las características de la organización criminal dispuestas en el artículo 317, tenga por finalidad o por objeto la comisión de delitos concertadamente; será reprimidos con una pena privativa de libertad de no menor de cuatro ni mayor de ocho años y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa”.

3 Artículo 2. Definición y criterios para determinar la existencia de una organización criminal
1. Para efectos de la presente ley, se considera organización criminal a cualquier agrupación de tres o más personas que se reparten diversas tareas o funciones, cualquiera sea su estructura y ámbito de acción, que, con carácter estable o por tiempo indefinido, se crea, existe o funciona, inequívoca y directamente, de manera concertada y

d) Estructuración normativa de los injustos cometidos en el marco de una organización criminal.

2. Naturaleza jurídica de los delitos de organización criminal (art. 317 del CP)

Un gran sector de la doctrina nacional y extranjera, así como la jurisprudencia nacional, sostiene que los delitos de organización son tipos penales autónomos, de peligro abstracto, de comisión instantánea y permanente.

2.1. Autonomía de los delitos de organización

Por ser auténticos delitos de peligro, los delitos de organización, cualquiera que fuere su denominación —asociación ilícita, organización criminal, banda criminal, grupo criminal, etc.—, se configuran con la mera concertación de los miembros con fines delictivos. Por tanto, para su configuración no es exigible la comisión de los delitos fines ni que estos hayan quedado en grado de tentativa. En ese sentido, el injusto sistemático propio de la organización criminal es un injusto autónomo, que se diferencia de los concretos injustos de los delitos

cuya comisión se pretende realizar por los sujetos que se asocian”⁴.

Al respecto, CUELLO CONTRERAS sostiene que la técnica legislativa española —que siguió el legislador peruano— está referida al reproche del injusto de organización como delito autónomo; por ello, “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”⁵.

En nuestro contexto legal, “el legislador peruano reguló en el artículo 317 [del CP] un tipo penal autónomo”⁶. En efecto, el reproche penal en este tipo de delitos descansa sobre la organización delictiva en sí y sobre los actos perpetrados a partir de dicha estructura criminal, con lo cual se constituyen tipos penales independientes.

Siguiendo la citada postura, la jurisprudencia nacional sostiene que los injustos de organización, entre ellos el ya extinto delito de asociación ilícita y el actual delito de organización criminal, gozan de autonomía

coordinada, con la finalidad de cometer uno o más delitos graves señalados en el artículo 3 de la presente ley.

2. La intervención de los integrantes de una organización criminal, personas vinculadas a ella o que actúan por encargo de la misma puede ser temporal, ocasional o aislada, debiendo orientarse a la consecución de los objetivos de la organización criminal.

4 GÜNTHER, Jakobs y Miguel POLAINO-ORTS, *Delitos de organización. Un desafío al Estado*, Lima: Grijley, 2009, p. 101.

5 CUELLO citado por Víctor Roberto PRADO SILDARRIAGA, *Lavado de activos y organizaciones criminales en el Perú. Nuevas políticas, estrategias y marco legal*, Lima: Idemsa, 2019, p. 340.

6 PRADO SILDARRIAGA, *Lavado de activos y organizaciones criminales en el Perú. Nuevas políticas, estrategias y marco legal*, ob. cit., p. 335.

e independencia en relación con los delitos fines que puedan perpetrarse a través de la organización. Así, tenemos que mediante el AP N.º 4-2006 se estableció lo siguiente:

¿SABÍA USTED QUE?

La conducta de *constituir* una organización delictiva resulta ser de carácter instantáneo, puesto que, con la mera ejecución de acciones tendientes a la creación, fundación o fijación de lineamientos iniciales de funcionamiento de la organización, el agente da por cumplido el presupuesto normativo y, en consecuencia, se consuma el delito.

La asociación es *autónoma e independiente* del delito o delitos que a través de ella se cometan —no se requiere llegar a la precisión total de cada acción individual en tiempo y lugar—, *pudiendo apreciarse un concurso entre ella y estos delitos*, pues se trata de sustratos de hecho diferentes y, por cierto, de un bien jurídico distinto del que se protege en la posterior acción delictiva que se comete al realizar la actividad ilícita para la que la asociación se constituyó⁷.

Asimismo, en el AP N.º 8-2019 se dispuso:

El delito de organización criminal tipificado en el artículo 317 del Código Penal [...] ha sido construido como un tipo penal *autónomo*, de peligro abstracto, que sanciona los actos de constituir, organizar, promover o integrar una organización de tres o más personas destinada a cometer delitos⁸.

Por su parte, la jurisprudencia española también ha preferido estructurar los delitos de organización como tipos penales autónomos. Así, en la SAP-T N.º 487/2015, de 29 de abril del 2015, se ha establecido que “la organización criminal constituye un delito autónomo que se castiga separadamente de los delitos que se imputan por el agente en la organización, dando lugar a un concurso real de delitos o a la aplicación del subtipo agravado correspondiente”⁹.

Conforme a lo advertido, el derecho penal en este tipo de delitos exige que, para su represión, deben concurrir:

- Un elemento objetivo: concertación de los miembros con las características que exige cada tipo penal.
- Un elemento subjetivo: la finalidad de cometer delitos sin la necesidad de que estos sean materializados.

En ese sentido, no cabe duda que, para nuestro contexto jurídico, los delitos de organización se consuman cuando

7 PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE Y TRANSITORIA (ponentes: Sres. jueces GONZALES CAMPOS, SAN MARTÍN CASTRO y PRÍNCIPE TRUJILLO), *Acuerdo Plenario N.º 4-2006*, Lima: 13 de octubre del 2006, f. j. n.º 12.

8 XI PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE Y TRANSITORIA (ponente: Sr. juez PRADO Saldarriaga), *Acuerdo Plenario N.º 8-2019*, Lima: 10 de septiembre del 2019, f. j. n.º 8.

9 AUDIENCIA PROVINCIAL, *Resolución N.º 487/2015*, Tarragona: 29 de abril del 2015, p. 7. Recuperado de <<https://bit.ly/3qmQ3hb>>.

se cumplen los presupuestos exigidos en el art. 317 del CP, sin que sea necesario la ejecución o materialización de los delitos fines; tampoco se requiere que se haya dado inicio a la resolución criminal del delito fin¹⁰.

2.2. Delito de peligro abstracto

La construcción clásica de los tipos penales normalmente abarca tanto el desvalor de la acción como el del resultado. Entonces, para su configuración típica necesariamente se requiere que la conducta cause un resultado material o alguna modificación sobre el bien jurídico protegido. Sin embargo, a criterio de un gran sector de la doctrina, en los delitos de peligro esto no sucede, pues la propia construcción normativa hace que se castigue la sola existencia del desvalor de la acción¹¹.

Las estructuras típicas de los delitos de peligro abstracto han sido cuestionadas por un sector de la doctrina, porque alegan que tiene muchas deficiencias, principalmente: la “inexistencia de [una] víctima determinada, que el bien jurídico protegido no est[é] definido con claridad, que se adelantaba la punición, que la conducta considerada lesiva es *ex ante*, que el interés es solo de la norma

que se violenta el principio de lesividad, etc.”¹². A pesar de ello, con el desarrollo de la dogmática penal y con la creación de nuevos riesgos sociales que ponen en vilo bienes jurídicos supraindividuales, como la tranquilidad pública, la salud pública, la seguridad pública, el orden social, etc., las objeciones a dichas construcciones normativas se fueron apagando poco a poco. Tal es así que, al realizar comentarios o analizar el injusto de organización criminal, los especialistas de esta materia, en su mayoría, concluyen que se tutela bienes jurídicos de carácter supraindividual. Al respecto, PRADO SILDARRIAGA señala:

La construcción moderna de la política criminal y del derecho penal se suele conectar con procesos continuos de gestión de riesgos. Este nuevo enfoque y praxis que recibe diferentes denominaciones, predominando entre ellas la de actuarismo penal, se edifica en base a un conjunto de procedimientos y metodologías analíticas que inciden en la presencia activa o latente de condiciones de peligro o amenazas que se encierran sobre la sociedad sobre los individuos o sobre las instituciones. Esto es, la prevención y control de la criminalidad, especialmente de sus expresiones más constantes, tienden a diseñar e implementarse como un cálculo y técnico análisis de riesgos que resulten capaz de convencer a la colectividad de su potencial eficacia y eficiencia para reproducir la intensidad de su consolidado sentimiento de inseguridad¹³.

10 Vid. ROQUE VENTURA, Wilfredo, *La reparación civil en los delitos de organización criminal. Estudio jurisprudencial y propuesta de criterios a partir de los delitos de peligro abstracto*, Lima: Editores del Centro, 2019, p. 176.

11 Vid. ROQUE VENTURA, *La reparación civil en los delitos de organización criminal. Estudio jurisprudencial y propuesta de criterios a partir de los delitos de peligro abstracto*, ob. cit., p. 125.

12 PARMA, Carlos y Marcelo PARMA, *Temas de la teoría del delito*, Lima: Ulpiano, 2017, p. 419.

13 PRADO SILDARRIAGA, Víctor Roberto, *Criminalidad organizada. Parte especial*, Lima: Instituto Pacífico, 2016, pp. 27 y 28.

En este orden de ideas, la tipificación de los injustos de organización no se fundamenta en un estado “previo de lesión —propio de los tipos penales concretos—, sino [en] la definición normativa de ciertos comportamientos socialmente peligrosos, cuya realización únicamente requiere de una verificación de un denominado estado en sí riesgoso para la integridad de un bien jurídico”¹⁴.

Por su parte, la Sala Penal Especial (Colegiado B) de la Corte Superior de Justicia de Lima acotó lo siguiente:

Este tipo de delito, conforme ha sido uniformemente aceptado, es de un delito de peligro abstracto, debido a que no resulta pertinente la exigencia de la real materialización de un hecho lesivo concreto, es más, ni siquiera el inicio de la ejecución, razón por la que esta circunstancia a título genérico de los delitos contra la tranquilidad pública, bien jurídico de amplio espectro que determina la funcionalidad del tipo sobre la base de diferentes y complejas perspectivas que depara el concepto de tranquilidad pública¹⁵.

Queda claro, entonces, que los delitos de organización son tipos penales de peligro abstracto. Esto no significa que se pretende sancionar la comisión del resultado material de un bien jurídico, sino que se sanciona el verdadero peligro o riesgo que representa la actuación en una estructura criminal

para la integridad de bienes jurídicos supraindividuales.

IMPORTANTE

La característica común entre el delito de organización criminal y el de banda criminal es la estructura criminal, pero se diferencian en el grado de desarrollo o complejidad de su estructura. Así, la estructura criminal en los delitos de organización criminal será de mayor complejidad, mientras que en el delito de banda criminal será básica o rudimentaria.

2.3. Delito de organización: ¿comisión instantánea o permanente?

Con la finalidad de determinar si los injustos de organización son tipos penales de comisión instantánea o permanente, es preciso verificar o identificar “los verbos rectores del delito de organización criminal; en consecuencia, de la propia descripción típica, se puede advertir la existencia de cuatro verbos rectores, tales como el de ‘constituir’, ‘organizar’, ‘promover’ e ‘integrar’ una organización destinada a cometer delitos”¹⁶.

El verbo rector *constituir* implica crear, fundar o dar vida formalmente a una empresa criminal; en esencia, viene a ser la realización de actos iniciales tendientes a fijar el funcionamiento

14 ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura, *Política criminal*, Madrid: Coltex, 2001, p. 259.

15 PÁUCAR CHAPPA, Marcial, *El delito de organización*, Lima: Ideas, 2016, p. 57.

16 Vid. ROQUE VENTURA, *La reparación civil en los delitos de organización criminal. Estudio jurisprudencial y propuesta de criterios a partir de los delitos de peligro abstracto*, ob. cit., p. 91.

futuro de la organización. Por otro lado, el verbo rector *organizar* consiste en planificar, diseñar y/o estructurar una organización delictiva existente, procurando, especialmente, el funcionamiento deseado de las diversas líneas de acción delictivas (administrativo, jerarquía, ejecución, etc.). El verbo rector *promover* significa fomentar, difundir o promocionar las acciones delictivas de la organización; consiste, esencialmente en crear verdaderas estrategias de alineación de la empresa delictiva. Finalmente, el verbo rector *integrar* implica la acción de incorporarse o formar parte de una organización; en este caso, el agente ejecuta acciones o funciones (activas o pasivas) que denotan los fines u objetivos de la organización criminal.

Ahora bien, retomando el tema que nos convoca, PRADO SALDARRIAGA sostiene que el delito de organización criminal es un “delito de naturaleza permanente. Esto es, el estado antijurídico que se representa en la constitución o existencia de la organización criminal perdura en tanto esta no sea disociada”¹⁷. Sin embargo, en posición contraria, PÁUCAR CHAPPA sostiene que, en “los casos de los actos de constituir y promover [...], se está frente a delitos de carácter instantáneo; esto es, que quedarán consumados con la mera realización de las

acciones de constitución o promoción de una organización criminal”¹⁸.

De acuerdo al análisis y a la realización de cada verbo rector que exige el tipo penal, se considera que la conducta de *constituir* una organización delictiva resulta ser de carácter instantáneo, puesto que, con la mera ejecución de acciones tendientes a la creación, fundación o fijación de lineamientos iniciales de funcionamiento de la organización, el agente da por cumplido el presupuesto normativo y, en consecuencia, se consuma el delito.

Así, en atención a la propia naturaleza de ejecución de los hechos, no podemos amparar la postura de un delito permanente, ya que los actos de creación o fundación no pueden constituir un estado antijurídico latente durante la existencia o vigencia del injusto de organización.

Dicho de otro modo, una vez constituida la organización, no todos los días y mientras perdure la organización, se vuelve a constituir una y otra vez. En esencia, este acto resulta ser único, las mejoras que se pueden realizar con posterioridad a la creación no pueden significar, de modo alguno, actos de constitución o creación, sino que, a lo mejor, podría catalogarse como actos de organización o promoción del injusto criminal. Por tanto, esta modalidad configura un tipo penal de comisión instantánea.

17 PRADO SALDARRIAGA, *Lavado de activos y organizaciones criminales en el Perú. Nuevas políticas, estrategias y marco legal*, ob. cit., p. 345.

18 PÁUCAR CHAPPA, *El delito de organización*, ob. cit., p. 60.

IMPORTANTE

En caso de advertirse la concurrencia entre el delito de organización criminal y la circunstancia agravante de que el delito fin haya sido cometido mediante organizaciones criminales, entonces se preferirá aplicar únicamente el delito fin. Esto con la finalidad de no vulnerar el principio de *ne bis in idem* o de imputación paralela de cargos.

Debido a la naturaleza misma de la ejecución delictiva de una organización criminal, esto es, de que se requiera el mantenimiento del estado de antijuricidad durante la existencia del injusto de organización, los verbos rectores de *organizar*, *promover* e *integrar* crean el escenario de un delito permanente. Es factible mencionar que, si un sujeto constituyó la organización y, posteriormente, se mantiene en el seno de ella, esta última conducta puede encuadrarse en cualquiera de los tres verbos rectores citados. Ello dependerá del rol o función que realiza dentro de la estructura delictiva.

Siguiendo esta línea de ideas, en la jurisprudencia nacional se ha establecido lo siguiente:

[El injusto de organización es de] carácter permanente, pues la afectación al bien jurídico protegido como es la tranquilidad pública se prolonga en el tiempo hasta el cese de la actividad de la asociación, a diferencia de lo que acontece respecto a cada delito en particular cometido por esta, cuya consumación está circunscrita al

momento de la lesión de cada bien jurídico específico¹⁹.

3. El delito de banda criminal (art. 317-B del CP)

3.1. Cuestiones preliminares

El delito de banda criminal fue incorporado por vez primera al Código Penal mediante el D. Leg. N.º 1244, de 29 de octubre del 2016. Con dicho estamento legal se agregó el art. 317-B al CP, cuyo tenor literal versa:

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

Al parecer, el legislador nacional habría recurrido a la legislación comparada para tipificar ciertas conductas que, por su naturaleza, escapaban de los estándares de exigencia típica de los delitos de organización criminal. Estas conductas fueron tipificadas con el nombre de “banda criminal”. Así, por ejemplo, se tiene que el Código Penal español, en su numeral 1 del art. 570

19 PRIMERA SALA PENAL ESPECIAL (ponente: Sra. jueza PIEDRA ROJAS), Inc. N.º 101-2008-B. Resolución N.º 27, Lima: 13 de noviembre del 2009, f. j. n.º 7.10. Recuperado de <<https://bit.ly/3b7vMWh>>.

ter, reprime el injusto de grupo criminal en los siguientes términos:

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.

Es preciso agregar que, el numeral 1 del art. 570 bis del Código Penal español destacó, como notas distintivas del delito de organización criminal, lo siguiente:

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

La jurisprudencia española ha considerado que el delito de grupo criminal es un tipo penal independiente. Esto quiere decir que el citado delito se configurará cuando se advierta la incoincidencia de alguna de las características del delito de organización criminal o cuando no reúna ninguna de estas. En similar sentido, tenemos, por ejemplo, la STS 4669/2016, donde se establece lo siguiente:

La reciente STS 644/2015 recoge y sintetiza nuestra jurisprudencia más reciente, con cita de la STS 576/2014, exponiendo que 'la organización y el grupo criminal tienen en común la unión o agrupación de más de dos personas y la finalidad de cometer delitos concertadamente. Pero mientras que la organización criminal requiere,

además, la estabilidad o constitución por tiempo indefinido, y que se repartan las tareas o funciones de manera concertada y coordinada (necesariamente ambos requisitos conjuntamente: estabilidad y reparto de tareas), el grupo criminal puede apreciarse cuando no concurra ninguno de estos dos requisitos, o cuando concurra uno solo [...]'²⁰.

De la lectura de las normas *in comento* y de las jurisprudencias citadas, tanto nacional como internacional, claramente podemos advertir que el delito de banda, llamado "delito de grupo criminal" en la norma penal hispana, es un delito autónomo del de organización criminal. En ese sentido, la diferenciación entre ambos delitos no debe agotarse en la mera discriminación de los presupuestos del delito de organización criminal, sino en identificar las características esenciales de la estructura criminal que ambos tipos representan.

3.2. Características típicas

De la estructura típica del delito de banda criminal, podemos advertir que los únicos verbos rectores amparados por la citada norma penal, en comparación del delito de organización criminal, son *constituir e integrar* una unión de dos o más personas *destinadas a cometer ilícitos penales concertadamente*.

En otras palabras, este tipo penal sanciona "hechos punibles futuros que

20 SALA DE LO PENAL DEL TRIBUNAL SUPREMO (ponente: Sr. juez SAAVEDRA RUIZ), *Sentencia N.º 10224/2016*, Madrid: 25 de octubre del 2016, p. 5. Recuperado de <<https://bit.ly/2ZuQwSN>>.

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 delito²¹.

Esta principal nota característica tiene su antecedente jurisprudencial en la estructura típica del delito de asociación ilícita. Ello fue plasmado en el AP N.º 4-2006, donde se precisó que “el delito de asociación ilícita para delinquir se consuma desde que se busca una finalidad ya inicialmente delictiva, no cuando en el desenvolvimiento societario se cometen determinadas infracciones; ni siquiera se requiere que se haya iniciado la fase ejecutiva del mismo²²”.

Por otro lado, para la configuración del delito de banda criminal no siempre se requerirá la concurrencia de alguna de las características exigidas para el delito de organización criminal, ya que es factible sancionar a su autor en cuanto se verifique la sola constitución o integración de una unión de dos a más personas tendientes a cometer delitos de manera concertada.

Similares conclusiones se han precisado en la jurisprudencia hispana, pues el Tribunal Supremo, en la STS 62/2018, de 16 de enero del 2018, a partir de su fundamento segundo sostuvo:

El grupo criminal requiere solamente la unión de más de dos personas y la finalidad de cometer concertadamente delitos. La ley permitiría configurar el grupo criminal con esas dos notas, pues la definición legal contempla la posibilidad de que no concurren alguna o algunas de las que caracterizan la organización, que además de las coincidentes, esto es, la unión o agrupación de más de dos personas y la finalidad de cometer de forma concertada delitos o reiteradamente faltas, son solamente dos: la estabilidad y el reparto de tareas —lo que excluye en supuestos de transitoriedad que habrían de incluirse en su caso, en la figura del grupo criminal— [...]²³.

Las conductas punibles en los injustos de banda criminal, conforme a lo señalado precedentemente, son dos: constituir e integrar una banda criminal. El primero de los citados —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 delitos²⁴”. Y el segundo —integrar una

21 PRADO SALDARRIAGA, *Lavado de activos y organizaciones criminales en el Perú. Nuevas políticas, estrategias y marco legal*, ob. cit., pp. 355 y 356.

22 PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE Y TRANSITORIA (ponentes: Sres. jueces GONZALES CAMPOS, SAN MARTÍN CASTRO y PRÍNCIPE TRUJILLO), *Acuerdo Plenario N.º 4-2006*, Lima: 13 de octubre del 2006, f. j. n.º 12.

23 SALA DE LO PENAL DEL TRIBUNAL SUPREMO (ponente: Sr. juez DEL MORAL GARCÍA), *Recurso de Casación N.º 374/2018*, Madrid: 16 de enero del 2018, p. 5. Recuperado de <<https://bit.ly/3blzoV5>>. SALA DE LO PENAL DEL TRIBUNAL SUPREMO, *Sentencia N.º 15/2008*, Madrid: 16 de enero del 2018. Recuperado de <<https://bit.ly/3u3cE4D>>.

24 PRADO SALDARRIAGA, *Lavado de activos y organizaciones criminales en el Perú. Nuevas*

banda criminal— “comprende la simple adhesión material a la banda criminal y luego que ella ya se ha constituido”²⁵.

3.3. Naturaleza jurídica

De la propia estructuración normativa del delito de banda criminal, claramente podemos advertir que es un tipo penal de peligro abstracto, autónomo e independiente. El delito quedará consumado con la mera constitución o integración de dos a más personas a una banda criminal destinada a perpetrar ilícitos penales concertadamente, pudiendo reunir o no alguna de las características del delito de organización criminal.

4. Diferencias hermenéuticas entre el delito de organización criminal y el de banda criminal

4.1. Cuestiones preliminares

Con la finalidad de determinar las diferencias hermenéuticas entre el injusto de organización y el de banda criminal, el AP N.º 8-2019 planteó la siguiente interrogante:

¿Qué características no deben concurrir en una organización criminal para que ella no resulte subsumible en los alcances del artículo 317 del Código Penal y pueda ser identificada como una banda criminal en los términos descritos por el artículo 317-B del citado Código?²⁶

políticas, estrategias y marco legal, ob. cit., p. 359.

25 *Loc. cit.*

26 XI PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PEN-

Respondiendo a la interrogante planteada, el citado AP ha establecido que “la banda criminal es igualmente una estructura criminal, pero de *menor complejidad organizativa* [de la] que posee una organización criminal” (art. 317 del CP)²⁷.

Con la referida conceptualización jurisprudencial, en primer lugar, debemos entender que la “estructura criminal” constituye un elemento normativo común en el delito de organización y en el de banda criminal. En otras palabras, para la configuración típica de los citados delitos, se requiere la concurrencia de una “estructura” como uno de los presupuestos normativos del tipo penal.

4.2. ¿Qué es una estructura criminal?

Previo al análisis y la diferenciación entre el delito de organización y el de

LES PERMANENTE Y TRANSITORIA (ponente: Sr. juez PRADO SALDARRIAGA), *Acuerdo Plenario N.º 8-2019*, Lima: 10 de septiembre del 2019, f. j. n.º 16.

²⁷ “Lejos de exponerse a la fuente extranjera a la que habría recurrido el legislador nacional para tipificar el delito de banda criminal; asimismo, luego de evidenciar conceptos referidas a la organización criminal desarrollados por la Policía Nacional y además de reproducir la de exposición de motivos que habrían sustentado la tipificación del citado injusto, a partir del fundamento vigésimo y siguientes, los magistrados de la Corte Suprema desarrollaron en sí las diferencias sustanciales entre ambos injustos materia de análisis”. XI PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE Y TRANSITORIA (ponente: Sr. juez PRADO SALDARRIAGA), *Acuerdo Plenario N.º 8-2019*, Lima: 10 de septiembre del 2019, f. j. n.º 20.

banda criminal, es necesario conceptualizar la estructura criminal.

En ese sentido, la *estructura criminal* abarca toda actividad desarrollada en la organización. Estas actividades están orientadas especialmente al funcionamiento de los lineamientos delictivos —actuación conjunta para un esquema funcional—. Dicha estructura se podrá deducir “de las labores conjuntas de los integrantes, pues a partir de ello es posible inferir la existencia de la estructura”²⁸.

PÁUCAR CHAPPA define la estructura criminal como:

[U]n “ente colectivo” o “corpo” a través del cual se van materializar los objetivos criminales, no tratándose solamente de personas naturales con meras intenciones de delinquir, sino que dicho componente se ve configurado por la existencia de una combinación de dichos sujetos con todo un “esquema” de distribución de roles específicos e intercambiables, lo cual se puede materializar a través de los denominados *vínculos delictivos*²⁹.

Dicho de otro modo, la estructura es la construcción de las partes para formar un todo, es decir, la asignación y realización de roles, funciones y actividades en distintos niveles de la organización. Además, se requiere que estas

actividades estén encaminadas hacia la funcionalidad de la organización —se exige en mayor grado la vocación de permanencia en delitos de organización criminal—. Estas características diferencian la delincuencia organizada de la codelincuencia común. Para CASTILLO ALVA, la acepción jurídica de la estructura criminal supone:

[U]na determinación clara y definida de los objetivos a alcanzar (económicos, sociales, políticos, religiosos, etc.) y una adecuada selección de los medios y procedimientos; para la cual se dispone de una elemental distribución de funciones —ya que no todos los miembros van realizar la misma tarea— y un necesario principio jerárquico tanto en el mando, en la toma de decisiones y en la ejecución de las mismas³⁰.

4.3. El grado de complejidad de la estructura criminal como elemento diferenciador

A partir del grado de complejidad estructural, en el presente apartado corresponderá diferenciar los supuestos en los que se incurrirá en los escenarios delictivos de la organización criminal y de la banda criminal respectivamente. En el AP N.º 8-2019, conforme se ha destacado líneas arriba, se estableció que la banda criminal cuenta con una estructura de menor complejidad organizativa, lo que hace suponer que, para la configuración típica del delito de organización criminal, se debe contar

28 I PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALA PENAL NACIONAL Y JUZGADOS PENALES NACIONALES 2017 (ponente: MENDOZA AYMA), *Acuerdo Plenario N.º 1-2017*, Lima: 5 de diciembre del 2017, f. j. n.º 18.

29 PÁUCAR CHAPPA, *El delito de organización*, ob. cit., p. 164.

30 CASTILLO ALVA, José Luis, *Asociación ilícita*, Lima: Grijley, 2005, p. 68.

con una estructura de mediana o mayor complejidad organizacional.

Ante el planteamiento descrito salta a la vista la siguiente interrogante: ¿cómo determinar si una estructura es de menor o mayor complejidad organizativa? Cuya respuesta tiene como finalidad la subsunción de una determinada conducta en el escenario delictivo correspondiente de los delitos materia de análisis.

Ahora bien, con la finalidad de responder la pregunta planteada, es importante mencionar que la jurisprudencia nacional³¹ ha determinado cinco elementos que componen la estructura criminal de un injusto de organización: el estructural, el personal, el temporal, el teleológico y el funcional; en ese sentido, consideramos que las diferencias establecidas en el AP N.º 8-2019, debieron partir de la *estructura criminal* que representa cada injusto penal, con la finalidad de clarificar el grado de complejidad organizativa, porque pueden existir linderos espinosos que dificulten

ubicar el escenario del delito investigado; por estas razones, se ha visto conveniente identificar las diferencias entre ambos injustos a partir de los citados *elementos estructurales* conforme se desarrollarán líneas abajo.

4.3.1. Diferencias a partir del elemento estructural

Conforme a lo referido, para la jurisprudencia nacional —con la que además concordamos— es claro que la característica común entre el delito de organización criminal y el de banda criminal es la estructura criminal. No obstante, la gran diferencia entre ambos tipos penales estará enmarcado en el grado de desarrollo o complejidad de su estructura. Así, la estructura criminal en los delitos de organización criminal será de mayor complejidad; mientras que en el delito de banda criminal será básica o rudimentaria.

Es importante mencionar que, en la legislación española, también se ha establecido que la estructura criminal es un elemento común a los delitos de grupo criminal y de organización criminal. Y, de igual modo, se ha precisado que este último delito cuenta con una estructura compleja, conforme se observa en la exposición de motivos de la Ley Orgánica N.º 5/2010, que prescribe:

La estructura de las nuevas infracciones responde a un esquema similar en ambos casos, organizaciones y grupos [criminales], si bien por un lado las penas son más graves en el caso [de] las primeras, cuya estructura más compleja responde

31 Los elementos de la estructura de la organización criminal son: 1. Elemento personal: Esto es, que la organización esté integrada por tres o más personas, 2. Elemento temporal: El carácter estable o permanente de la organización criminal, 3. Elemento teleológico: Corresponde al desarrollo futuro de un programa criminal, 4. Elemento funcional: La designación o reparto de roles de los integrantes de la organización criminal, 5. Elemento estructural: Como elemento normativo que engarza y articula todos los componentes". I PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALA PENAL NACIONAL Y JUZGADOS PENALES NACIONALES 2017 (ponente: MENDOZA AYMA), *Acuerdo Plenario N.º 1-2017*, Lima: 5 de diciembre del 2017, f. j. n.º 17.

al deliberado propósito de constituir una amenaza cualitativa y cuantitativamente mayor para la seguridad y orden jurídico, y por otra parte su distinta naturaleza exige algunas diferencias en la descripción de las acciones típicas³².

En esta línea de ideas, en la jurisprudencia hispana, específicamente en la Sentencia N.º 4669/2016, se sostuvo que la noción de organización criminal se reserva “para aquellos supuestos de *mayor complejidad de la estructura organizativa*, pues es, precisamente, la estabilidad temporal y la *complejidad estructural* lo que justifica una mayor sanción en atención al importante incremento en la capacidad de lesión”³³.

Estando ante las precisiones realizadas, es pertinente desarrollar qué entendemos por complejidad estructural y diferenciarla de la complejidad organizacional. La complejidad organizacional está orientada al grado de coordinación entre las diversas áreas internas que componen la organización; por ejemplo, la asignación de roles y funciones del jefe del departamento de “brazo armado” y la ejecución de dichos roles o funciones de parte de los sicarios de la organización criminal.

¿SABÍA USTED QUE?

La definición contenida en el art. 2 de la Ley N.º 30077 está orientada a delimitar el procedimiento de investigación y juzgamiento en caso de advertirse una actuación en el marco de una organización criminal y de las personas vinculadas a ella. Esto es totalmente diferente a la descripción típica del art. 317 del CP, la cual, por excelencia, es una norma que regula la sanción de una conducta de relevancia penal.

Si bien la complejidad organizacional se encuentra ligada a la complejidad estructural, esta última implica un sentido macro en la asignación de actividades, roles o funciones entre miembros de la organización criminal, es decir, implica el grado de coordinación entre diversos departamentos, áreas o niveles de la organización criminal; por ejemplo, disposiciones de las resoluciones criminales por altos mandos y la cooperación entre diversos departamentos o niveles de la organización para la efectiva ejecución.

Ahora bien, por su propia naturaleza, el delito de organización criminal a diferencia del delito de banda criminal, cualquiera que fuere la tipología estructural —jerárquica estándar, jerárquica regional, flexible, etc.— se caracteriza por poseer un mayor grado de complejidad estructural y organizacional, precisamente porque esta forma de criminalidad adopta “como punto de referencia los modelos y estructuras del

32 CORTES GENERALES, *Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio del 2010, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*, Madrid: Boletín Oficial del Estado, 23 de junio del 2010.

33 SALA DE LO PENAL DEL TRIBUNAL SUPREMO, *Sentencia N.º 4669/2016*, Madrid: 24 de octubre del 2016, p. 5. Recuperado de <<https://bit.ly/2ZeiWjl>>.

mundo de la industria y los negocios”³⁴, en la que se destacan como características relevantes la “racionalización de los medios personales y materiales, la vocación de permanencia para la obtención de un fin de naturaleza predominantemente económica, la expansión de la actividad en otras áreas geográficas [...], la tendencia a reinvertir una parte de los beneficios, etc.”³⁵. Este entramado de actividades materializan estructuras delictivas complejas.

Asimismo, la complejidad estructural en los delitos de organización criminal se materializan porque las actividades de coordinación entre los niveles de la estructura criminal y la asignación de roles y funciones, se encuentran orientadas en principio al mantenimiento de la estructura criminal y no a la efectiva realización de los delitos fines; en otras palabras, lo primordial para el injusto de organización criminal es preservar la estructura criminal antes que la ejecución de los delitos por el que se constituyó. En consecuencia, “la estructura dota de autonomía a la organización [criminal]; [...]. De ahí que los elementos estabilidad y estructura sean consustanciales a la existencia”³⁶ de dicho injusto.

En cambio, en el delito de banda criminal, los grados de coordinación entre niveles, áreas o departamentos, en caso existiera, son más flexibles, rudimentarios y carentes de procedimientos o protocolos. Asimismo, la división de roles o funciones no está circunscrita en la autonomía de la estructura criminal —debido a que es incipiente en este tipo de delitos—, sino en la efectiva ejecución de los delitos fines. Además, esto genera que la permanencia en la banda criminal sea incierta, poco duradera e inestable; ideas que en su conjunto abonan al escenario de una estructura menos compleja que la organización criminal.

4.3.2. Diferencias a partir del elemento personal

Para la configuración típica del delito de organización criminal se requiere mínimamente la intervención de tres sujetos, mientras que para el delito de banda criminal se exige, como mínimo, dos miembros. Sin embargo, la distinción entre ambos delitos no estriba necesariamente en la cantidad de sujetos intervinientes, porque es claramente factible que el delito de banda criminal también puede configurarse con la intervención de más de tres sujetos. Entonces, la distinción no debe enmarcarse desde el punto de vista cuantitativo, sino a partir de criterios cualitativos.

34 FABIÁN CAPARRÓS, citado por ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura, *Criminalidad de empresa y criminalidad organizada, dos modelos para armar el derecho penal*, Lima: Jurista Editores, 2013, p. 533.

35 FABIÁN CAPARRÓS, citado por ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, *Criminalidad de empresa y criminalidad organizada, dos modelos para armar el derecho penal*, ob. cit., p. 533.

36 ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura, *Criminalidad*

organizada y sistemas de derecho penal. Contribución a la determinación del injusto penal de organización criminal, Granada: Comares, 2009, p. 130.

En ese sentido, en los delitos de organización criminal, los miembros “serán más o menos fungibles. Así, en las organizaciones jerárquicas [por ejemplo], la fungibilidad de los jefes es prácticamente nula, todo depende del grado de concentración de poder que tenga y la capacidad de cohesión del grupo más allá de la dirección”³⁷. No obstante, esto no sucede con los miembros pertenecientes a la escala inferior de la estructura criminal, es decir, si en algún momento alguno de ellos por causas múltiples no pudiera desarrollar la actividad encomendada, será reemplazado de manera inmediata a fin de dotar de continuidad a la funcionalidad criminal.

Precisamente porque el acuerdo entre los miembros se dirige a la estructura para delinquir, los medios materiales y personales, planificación, programación de los delitos medios y delitos-fin (programa criminal), no a la planificación de los delitos que concretamente vaya a cometer la organización (delitos indeterminados). Porque la sustancia del acuerdo reside en la organización de los medios materiales y personales para delinquir (estructura), no en el delito concreto que se comete³⁸.

Por otro lado, en las estructuras criminales básicas e incipientes como es el de la banda criminal, la fungibilidad de

los miembros resulta ser prácticamente nula, habida cuenta que la experiencia en los litigios penales enseña que por lo general, esta forma de criminalidad se materializa por la concertación de sus miembros a partir de ciertos vínculos, como por ejemplo, familiares, amigos de barrio, amigos de la *pichanga*, etc., y que la ausencia de alguno de ellos motiva en la estructura la dificultad de ser reemplazado por otro de manera inmediata. Ello precisamente porque el acuerdo o la convención criminal reside en la ejecución de los delitos fines, más que en la propia estructura criminal.

Por otro lado, en el delito de organización criminal, principalmente, los miembros que la integran gozan de cierta cualidad profesional —abogados, jueces, funcionarios públicos, políticos, etc.—, u oficio —empresarios, chofer, artesano, guías, etc.— que coadyuven no solo en la definición de sus resoluciones criminales —*por ejemplo, ejecución de sus delitos fines*—, sino también en el mantenimiento de la estructura criminal —por ejemplo, lograr la impunidad de sus integrantes a través de jueces corruptos—. “La división de funciones y cierta profesionalización de sus miembros, es otra característica de lo que denominamos estructura. Lo que hace exitosa a la organización es la especialización de sus miembros en la labor encomendada”³⁹. Asimismo, es importante mencionar que “además de profesionales, se encuentran alrededor de la red una serie de personas,

37 ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, *Criminalidad organizada y sistemas de derecho penal. Contribución a la determinación del injusto penal de organización criminal*, ob. cit., p. 269.

38 *Ibid.*, p. 274.

39 *Ibid.*, p. 270.

grupos y organizaciones legales e ilegales que la alimentan y favorecen”⁴⁰.

No obstante, en el delito de banda criminal, la cualidad profesional u oficio del agente —en caso existiera— generalmente está enfocando en el perfeccionamiento de la ejecución de los concretos ilícitos que van realizarse, mas no en la contribución del funcionamiento estructural de la organización. La relación de sus miembros con otras personas u organizaciones legales o ilegales es prácticamente nula. No olvidemos que esta forma de actuación delictiva busca generar ganancias ilícitas mediante actuación inmediata —sin intermediario— de sus miembros.

4.3.3. Diferencias a partir del elemento temporal

Uno de los elementos requeridos en el art. 317 del CP —delito de organización criminal— viene a ser la conformación de una estructura criminal duradera, esto es, que tenga carácter estable o tendencialmente permanente. Para los fines de conceptualización es importante diferenciar dos puntos: a) la estabilidad del miembro en la organización criminal y b) el carácter estable o permanente de la estructura criminal —empresa criminal—.

Lo relevante para la existencia del delito de organización criminal no es la necesidad de adherencia por tiempo indeterminado o permanente de los miembros a la estructura —ello se

justifica en que el elemento personal es fungible—, sino la institucionalización o el mantenimiento de una estructura funcional, autónoma e independiente de las personas que la conforman. Si bien es importante el elemento personal, para la estructuración organizativa, lo más relevante es la constitución de un núcleo funcional que “demuestra la peligrosidad de la propia organización criminal, al margen de la peligrosidad de sus miembros”⁴¹. Por ello, el reproche penal descansa en el injusto organizativo y no en lo personal.

Conforme se ha señalado precedentemente, el delito de banda criminal cuenta con una estructura básica; por ello, decae en una existencia inestable y poco duradera. El núcleo central del injusto se declina sobre la ejecución de los delitos fines concretos de la organización, la estabilidad de sus miembros simplemente está relacionada con la funcionalidad de sus roles y la ejecución de los delitos fines y no, estrictamente, en la autonomía de la estructura criminal. Dicho de otro modo, a diferencia de la organización criminal, en el delito de banda criminal la funcionalidad de su estructura criminal, en esencia, está determinada por la voluntad de los miembros, esto justifica la poca estabilidad con la que cuenta y, además, la casi inexistencia de fungibilidad de sus miembros.

40 *Ibid.*, p. 166.

41 *Ibid.*, p. 214.

4.3.4. Diferencias a partir del elemento teleológico

La finalidad delictiva de la organización criminal, guarda relación con actividades afines al “tráfico ilícito, esto es, producción, transporte y comercialización de mercaderías prohibidas. Por eso sus actividades delictivas se centran en el tráfico que le resulte más rentable en el mercado ilegal (mayor ganancia y menor riesgo posibles)”⁴². Estas actividades por excelencia se materializan en la comisión de los delitos de “tráfico de drogas, de personas, de armas, etc.”⁴³; y que, además, guardan relación con los delitos de lavado de activos, corrupción de funcionarios, corrupción en el ámbito privado, delitos monetarios, etc.

En cambio, en el injusto de banda criminal, si bien la finalidad delictiva puede estar orientada a la comisión de delitos graves, como sicariato, robo agravado, asesinatos, etc., las ganancias o ventajas económicas obtenidas de dicha actividad son principalmente distribuidas entre los miembros de la organización, ya sea para consumos o para gastos particulares, pero no para el mantenimiento o expansión de la estructura criminal. A partir de ello, se puede apreciar que el elemento teleológico de la banda criminal no está enmarcado en producir o generar negocios ilícitos, sino en la obtención de ventajas o beneficios económicos para fines particulares de los miembros del injusto.

42 Cfr. *Ibid.*, p. 165.

43 *Loc. cit.*

La organización criminal, según ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, realiza diversos delitos en diferentes escalas, por tanto, tiene como finalidad:

[L]a realización del *negocio criminal*, los delitos cometidos como medio del fin anterior (uso de la violencia constitutiva del delito) y, por último, delitos vinculados a reciclar ganancias ilícitamente obtenidas. También podrían añadirse los delitos vinculados a facilitar la comisión de los anteriores, destacando entre ellos la corrupción política, policial y judicial⁴⁴.

En cambio, en el delito de banda criminal se ejecuta:

[U]n proyecto delictivo menos trascendente y propio de la delincuencia común urbana. La banda criminal, por tanto, no se dedica a activar y mantener negocios o economías ilegales; no es, pues una organización criminal productiva, sino simplemente de despojo mayormente artesanal y violenta. Esta es, de aquellos que producen inseguridad ciudadana a través de su actuación en la comisión reiterada de robos, secuestros, extorsiones o actos de marcaje y sicariato⁴⁵.

En ese sentido, podemos acercarnos a la idea de que los injustos de organización criminal son empresas criminales destinadas a generar negocios y mercados ilegales, mientras que los injustos de banda criminal son organizaciones con estructuras básicas destinadas a obtener

44 *Ibid.*, pp. 214 y 215.

45 XI PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE Y TRANSITORIA (ponente: Sr. juez PRADO SILDARRIAGA), *Acuerdo Plenario N.º 8-2019*, Lima: 10 de septiembre del 2019, f. j. n.º 20.

principalmente beneficios económicos de consumo inmediato para los miembros.

4.3.5. Diferencias a partir del elemento funcional

Generalmente, por su naturaleza, la estructura compleja en los delitos de organización criminal conlleva a la intervención de múltiples sujetos, quienes tienen asignados roles o funciones a desarrollar en los distintos niveles de la estructura. Esta característica dificulta que los miembros se conozcan entre sí; por ejemplo, los altos mandos, generalmente, desconocen la identidad de los ejecutores debido a que la disposición y comunicación de los miembros se encuentra delimitada por mandos en niveles.

Lo esencial no es que todos se conozcan, sino que la división o los roles de cada uno de ellos mantenga o fortalezca la estructura criminal, pues la realización de las tareas contributivas se ejerce por personas cualificadas en materias específicas. Así, por ejemplo, los abogados que orientan actividades criminales de difícil descubrimiento por el sistema penal, los ingenieros de sistemas que secuestran informaciones privadas privilegiadas, los químicos que fabrican sustancias prohibidas, los financistas que contribuyen económicamente a la organización, los policías que encubren actividades ilícitas, etc.

En palabras de ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, la organización criminal se caracteriza por:

La suma de fuerzas, la planificación y división del trabajo dan lugar a una mayor efectividad en la realización del fin de la organización [...]. El proceso de colectivización de las actividades criminales conlleva a la complejidad de las organizaciones criminales, lo cual crea especializaciones, profesionalización de sus miembros y expansión de las actividades criminales. La profesionalización que se produce en las organizaciones criminales es un componente de peligrosidad aún no suficientemente valorado por el derecho penal⁴⁶.

En el citado ilícito penal, lo más importante no es la asignación de roles o funciones a los miembros de la organización, sino que dicha asignación resulte relevante para el mantenimiento o la mejora de la estructura criminal. De ello se desprende que las funciones desarrolladas responden a un fin último: el mantenimiento y la vigencia de una estructura criminal.

Esto claramente no sucede en los delitos de banda criminal, pues, en esta modalidad delictiva la funcionalidad de los miembros responde a intereses particulares. Si bien su actuación se enmarca dentro de una estructura delictiva básica, el fin último o primordial no es el mantenimiento ni la vigencia de dicha estructura, sino la obtención de beneficios o intereses particulares de los miembros.

46 ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, *Criminalidad organizada y sistemas de derecho penal. Contribución a la determinación del injusto penal de organización criminal*, ob. cit., p. 215.

En el delito de banda criminal, la distribución y asignación de roles o funciones puede estar determinada por un acuerdo común o mayoritario de los miembros de dicha organización. En caso de advertirse una estructura vertical, a lo mejor dicha potestad —de asignación de roles o funciones— puede estar centralizada en un jefe, líder o cabecilla de la organización. Esta actividad funcional responde estrictamente a la efectiva materialización de los ilícitos fines.

En cambio, en los delitos de organización criminal, el poder o la facultad de asignar los roles o funciones claves en la estructura criminal les corresponde especialmente a los mandos más altos —si tuviera una estructura vertical— o a los más importantes —si tuviera otros tipos de estructuras—. En este grupo de miembros se pueden encontrar a los líderes, cabecillas, organizadores, dirigentes, financistas, etc.

Es preciso mencionar que la jurisprudencia española, especialmente en la Sentencia N.º 644/2015 y la Sentencia N.º 576/2014, ambas recogidas en la Sentencia del Recurso de Casación N.º 4669/2016, donde se estableció que “la organización criminal requiere [...] necesariamente ambos requisitos conjuntamente: estabilidad y *reparto de tareas*, [en tanto que en el] grupo criminal puede apreciarse cuando no concurra ninguno de estos dos requisi-

tos, o cuando concurra uno solo”⁴⁷. [La cursiva es nuestra]

No compartimos la posición de que los delitos de banda criminal o grupo criminal —según la legislación hispana— carecen del elemento funcional, puesto que es uno de los presupuestos que indefectiblemente, en mayor o menor medida, deben estar presentes al menos en actuaciones delictivas conjuntas. No imaginamos una resolución criminal común dentro de un injusto de organización con actuaciones sin la mínima distribución de roles. Amparar dicha hipótesis podría constituir sanciones posiblemente independientes, pero la esencia del derecho penal en la represión de los injustos de organización recae sobre la actuación organizada, así fueran delitos de banda criminal u organización criminal.

5. Operatividad del art. 2.º de la Ley N.º 30077

El art. 2.1 de la Ley N.º 30077, Ley contra el Crimen Organizado, prescribe:

Para efectos de la presente ley, se considera organización criminal a cualquier agrupación de tres o más personas que se reparten diversas tareas o funciones, cualquiera sea su estructura y ámbito de acción, que, con carácter estable o por tiempo indefinido, se crea, existe o funciona, inequívoca y directamente, de manera concertada y coordinada, con la finalidad de cometer

47 SALA DE LO PENAL DEL TRIBUNAL SUPREMO, *Recurso de Casación N.º 374/2017*, Madrid: 16 de enero del 2018, p. 7. Recuperado de <<https://bit.ly/3qmlje>>.

uno o más delitos graves señalados en el artículo 3 de la presente Ley.

Y el art. 317 del CP:

El que promueva, organice, constituya, o integre una organización criminal de tres o más personas con carácter estable, permanente o por tiempo indefinido, que, de manera organizada, concertada o coordinada, se repartan diversas tareas o funciones, destinada a cometer delitos será reprimido con pena privativa de libertad [...].

Si bien ambas normas conceptualizan y prescriben una actuación relacionada con la “organización criminal” y con personas vinculadas a ella, la diferencia radica en que el art. 2 de la Ley N.º 30077, por ser una norma de incidencia procesal, resulta ser meramente conceptual. El artículo bajo análisis no es, de ninguna manera, una descripción legal que regula o sanciona una conducta punible, tampoco es una norma complementaria del art. 317 del CP, sino que, simplemente, es una operativización de conceptos. Por lo tanto, “no es [...] la tipificación de un delito ni está destinada a integrar o esclarecer el contenido punitivo de una ley penal en blanco”⁴⁸.

De la descripción normativa del art. 1 de la Ley N.º 30077 se advierte que esta ley tiene como objeto “fijar las reglas y procedimientos relativos a la investigación, juzgamiento y sanción de los delitos cometidos por organizaciones

criminales”. Entonces, queda claro que la definición contenida en la citada norma está orientada a delimitar el procedimiento de investigación y juzgamiento en caso de advertirse una actuación en el marco de una organización criminal y de las personas vinculadas a ella. Esto es totalmente diferente a la descripción típica del art. 317 del CP, la cual, por excelencia, es una norma que regula la sanción de una conducta de relevancia penal.

6. Estructura normativa de los delitos donde se contempla, como una circunstancia agravante, que el delito sea cometido mediante una organización criminal

Por su naturaleza, la comisión de los delitos de organización acarrea la comisión de otros delitos, que son denominados delitos fines de la organización. El reproche penal en algunos casos puede recaer de manera independiente —en ambos delitos—, mientras que en otros casos solamente recaerá sobre un determinado tipo penal.

6.1. Casos en los que procede el concurso real de delitos: reproche independiente

Respecto al concurso real de delitos, es importante destacar lo establecido en el tercer párrafo del f. j. n.º 12 del AP N.º 4-2006:

La asociación es autónoma e independiente del delito o delitos que a través de ella se cometan —no se requiere llegar a la

48 PRADO SALDARRIAGA, Víctor Roberto, *Delitos y penas una aproximación a la parte especial*, Lima: Ideas, 2017, p. 254.

precisión total de cada acción individual en tiempo y lugar—, *pudiendo apreciarse un concurso entre ella y estos delitos*, pues se trata de sustratos de hecho diferentes y, por cierto, de un bien jurídico distinto del que se protege en la posterior acción delictiva que se comete al realizar la actividad ilícita para la que la asociación se constituyó⁴⁹. [La cursiva es nuestra]

Con la citada disposición jurisprudencial se enfatiza la autonomía del injusto de organización. En ese sentido, el citado delito queda perfectamente configurado cuando se cumplan los presupuestos objetivos y subjetivos exigidos en el art. 317 del CP. Por tanto, para su configuración, no se requiere la ejecución de los delitos fines, sino que el reproche penal de estos últimos recaerá de manera autónoma e independiente, de tal modo que puede darse la imputación paralela de cargos: por el delito de organización y por el delito fin.

Para que opere la imputación paralela de cargos, es importante verificar que el delito fin perpetrado por la organización —ya sea en grado de tentativa o sea un delito consumado— no contemple como circunstancia agravante su comisión a través de una organización criminal; por ejemplo, aquella organización criminal que se dedica a la usurpación de inmuebles. En este caso, en la lectura del art. 202 del CP no se

advierte la agravante de la pertenencia a una organización criminal, por ende, es factible subsumir los hechos en tipos penales independientes.

6.2. Casos en los que procede castigar exclusivamente por el delito fin

El legislador nacional, con la finalidad de agravar los tipos penales, en algunos casos ha incorporado como circunstancia agravante que el delito sea cometido a través de una organización criminal.

La fórmula legal para agravar la pena no se ha limitado a la participación plural de agentes, sino que también ha introducido términos como la denominada “organización criminal”. Esta circunstancia agravante está presente, por ejemplo, en los siguientes artículos del CP: numeral 3 del segundo párrafo del art. 153-A (formas agravadas del delito de trata de personas), segundo párrafo del art. 154-A (tráfico ilegal de datos personales agravado), último párrafo del art. 162-B (interferencia de comunicaciones electrónicas, de mensajería instantánea y similares), entre otros tipos penales⁵⁰.

Además de los citados delitos, podemos ver, por ejemplo, el último párrafo del art. 189 del CP, que prescribe: “La pena será de cadena perpetua cuando el

49 Si bien en el citado acuerdo plenario se hace referencia al delito de asociación ilícita, ello también debe ser entendido en los mismos términos para el delito de organización criminal, habida cuenta que ambos responden al injusto de organización.

50 Vid. ROQUE VENTURA, *La reparación civil en los delitos de organización criminal. Estudio jurisprudencial y propuesta de criterios a partir de los delitos de peligro abstracto*, ob. cit., pp. 178 y 179.

agente actúe en calidad de integrante de una organización criminal”.

Debido a la presencia de esta circunstancia agravante en múltiples artículos del CP y a la búsqueda de una correcta subsunción de los hechos, la jurisprudencia nacional, con la finalidad de no lesionar el principio de *ne bis in idem*, ha desarrollado el siguiente criterio:

La imputación paralela de cargos por integración a una organización criminal [...] no es procedente y, de plantearse, se le debe desestimar porque el artículo 317 del Código Penal opera como un tipo subsidiario a la comisión de uno o más robos por integrantes de dicha estructura delictiva. No se presenta en estos casos un concurso ideal ni real de delitos. Obrar en sentido contrario implicaría una doble valoración del mismo factor agravante⁵¹.

En otras palabras, si se advierte la concurrencia del delito de organización criminal o el de banda criminal y la circunstancia agravante de que el delito fin haya sido cometido a través de miembros de una organización criminal, se debe preferir la aplicación exclusiva de este último tipo penal (delito fin agravado). Se realiza este análisis con la finalidad de no incurrir en una doble valoración de los mismos hechos (por la existencia de la organización y por la circunstancia agravante de pertenecer a

la misma organización criminal). Finalmente, debemos resaltar lo señalado por PRADO SALDARRIAGA:

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 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 criminales⁵².

7. Conclusiones

— Los delitos de organización y de banda criminal se caracterizan por ser delitos autónomos y de peligro abstracto. Esto significa que para su configuración no se requiere la comisión o la tentativa de los delitos fines.

— La jurisprudencia nacional ha determinado que la estructura criminal es un elemento normativo común de los delitos de organización criminal y de banda criminal.

— La diferencia entre el delito de organización criminal y el de banda criminal se halla en el grado de complejidad en la estructura criminal. En

51 PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE Y TRANSITORIAS (ponente: Sr. juez PRADO SALDARRIAGA), *Acuerdo Plenario N.º 8-2007*, Lima: 16 de noviembre del 2007, f. j. n.º 8.

52 PRADO SALDARRIAGA, *Delitos y penas una aproximación a la parte especial*, ob. cit., p. 250.


ese sentido, es pertinente determinar los elementos de la estructura criminal y, a partir de ello, propugnar diferencias sustanciales entre ambos ilícitos. En este razonamiento, la jurisprudencia nacional ha establecido cinco elementos que componen dicha estructura: el estructural, el personal, el temporal, el teleológico y el funcional.

- Respecto al elemento estructural, la legislación y la jurisprudencia hispana ha establecido que la organización criminal cuenta con una estructura compleja, mientras que el delito de grupo criminal o banda criminal actúa sobre una estructura básica o rudimentaria.
- En cuanto al elemento personal, el delito de organización criminal se caracteriza por la fungibilidad de sus miembros, que dependerá del grado que ocupa y la especialización; en este delito la estructura criminal es más importante que los miembros que la conforman. Asimismo, existe cierta especialización, oficio o profesionalismo para la ejecución de las actividades delictivas. Por otro lado, en el delito de banda criminal, la importancia recae en el mantenimiento de los miembros y no tanto de la estructura. Además, la especialización, oficio o profesionalismo es prácticamente escasa.
- Con relación al elemento temporal, en las organizaciones criminales, al ser auténticas empresas criminales, la vocación de existencia en el tiempo

es mayor que en los delitos de banda criminal. Dicha característica está determinada por la estructura criminal de la organización.

- En cuanto al elemento teleológico, las organizaciones criminales están orientadas a generar negocios o economías ilegales, prácticamente son empresas criminales cuyo fin primordial es obtener significativos beneficios económicos. Generalmente, tienen como finalidad delictiva la comisión de los delitos de trata de personas, tráfico de drogas, lavado de activos, etc., y las ganancias económicas obtenidas están destinadas al mantenimiento o expansión de la estructura criminal; por lo tanto, los beneficios que puedan obtener los miembros de la organización pasa a segundo plano. Por su parte, el delito de banda criminal no genera negocios ni economías ilegales, la actividad delictiva está orientada a obtener beneficios económicos, pero su fin último o primordial no es el mantenimiento ni la vigencia de dicha estructura, sino la obtención de beneficios o intereses particulares a favor de los miembros.
- Respecto al elemento funcional, en los delitos de organización criminal la actividad o el rol desarrollado por los miembros responden estrictamente al funcionamiento estructural de la organización y no a la ejecución de los delitos fines concretos. En cambio, en los delitos de banda criminal la funcionalidad de los roles

está enfocada en el desarrollo y la ejecución de los delitos fines.

- Por otro lado, la definición de organización criminal establecida en el art. 2 de la Ley N.º 30077 no guarda ninguna relación con el delito de organización criminal establecida en el art. 317 del CP, pues la primera define o conceptualiza a la delincuencia organizada, mientras que la segunda regula una conducta punible.
- En la legislación peruana existe la posibilidad de sancionar de manera independiente el delito de organización criminal o banda criminal respecto a los delitos fines perpetrado por la organización. Esto quiere decir que es admisible el concurso real de delitos entre el delito organización criminal o banda criminal y los delitos fines, lo que implica sanciones paralelas e independientes.
- En caso de advertirse la concurrencia entre el delito de organización criminal y la circunstancia agravante de que el delito fin haya sido cometido mediante organizaciones criminales, entonces se preferirá aplicar únicamente el delito fin. Esto con la finalidad de no vulnerar el principio de *ne bis in idem* o de imputación paralela de cargos. 

8. Referencias bibliográficas

- CASTILLO ALVA, José Luis, *Asociación ilícita*, Lima: Grijley, 2005.
- GÜNTHER, Jakobs y Miguel POLAINO-ORTS, *Delitos de organización. Un desafío al Estado*, Lima: Grijley, 2009.
- PARMA, Carlos y Marcelo PARMA, *Temas de la teoría del delito*, Lima: Ulpiano, 2017.
- PÁUCAR CHAPPA, Marcial, *El delito de organización*, Lima: Ideas, 2016.
- PRADO SALDARRIAGA, Víctor Roberto, *Criminalidad organizada. Parte especial*, Lima: Instituto Pacífico, 2016.
- PRADO SALDARRIAGA, Víctor Roberto, *Delitos y penas una aproximación a la parte especial*, Lima: Ideas, 2017.
- PRADO SALDARRIAGA, Víctor Roberto, *Lavado de activos y organizaciones criminales en el Perú. Nuevas políticas, estrategias y marco legal*, Lima: Idemsa, 2019.
- ROQUE VENTURA, Wilfredo, *La reparación civil en los delitos de organización criminal. Estudio jurisprudencial y propuesta de criterios a partir de los delitos de peligro abstracto*, Lima: Editores del Centro, 2019.
- ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura, *Política criminal*, Madrid: Coltex, 2001.
- ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura, *Criminalidad organizada y sistemas de derecho penal. Contribución a la determinación del injusto penal de organización criminal*, Granada: Comares, 2009.
- ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura, *Criminalidad de empresa y criminalidad organizada, dos modelos para armar el derecho penal*, Lima: Jurista Editores, 2013.