



Universidad Nacional
Federico Villarreal

Vicerrectorado de
INVESTIGACION

ESCUELA UNIVERSITARIA DE POSGRADO

“LA CRIMINALIDAD ORGANIZADA EN EL PERÚ: EL DELITO DE ASOCIACIÓN
ILÍCITA Y LA CIRCUNSTANCIA AGRAVANTE DE ORGANIZACIÓN CRIMINAL.
TRATAMIENTO LEGAL Y JURISPRUDENCIAL”

TESIS PARA OPTAR EL GRADO ACADEMICO DE:
DOCTORA EN DERECHO

AUTORA:

NAVARRETE GASCO, MARIELLA ANGIE

ASESORA:

DRA. LIVIA ROBALINO WILMA YECELA

JURADO:

DR. MARTINEZ LETONA PEDRO ANTONIO

DR. QUEVEDO PEREYRA GASTON JORGE

DR. BEGAZO DE BEDOYA LUIS

LIMA – PERÚ

2018

INDICE

RESUMEN	IV
ABSTRACT	V
RESUMO	VI
INTRODUCCIÓN	VII
CAPITULO 1	8
PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	8
1.1. DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA	8
1.2. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA	9
- PROBLEMA GENERAL	9
- PROBLEMAS ESPECÍFICOS	9
1.3. JUSTIFICACIÓN E IMPORTANCIA DE LA INVESTIGACIÓN	9
1.4. LIMITACIONES DE LA INVESTIGACIÓN	10
1.5. OBJETIVOS	11
1.5.1. OBJETIVO GENERAL	11
1.5.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS	11
CAPITULO II	12
MARCO TEÓRICO	12
2.1. ANTECEDENTES:	12
2.2. MARCO CONCEPTUAL	13
2.3. ASPECTOS DE RESPONSABILIDAD SOCIAL Y MEDIO AMBIENTE	64
CAPITULO III	65
METODO	65
3.1 TIPO DE INVESTIGACIÓN	65
3.2. POBLACIÓN Y MUESTRA	67
3.3. HIPÓTESIS	67
3.4. IDENTIFICACIÓN DE VARIABLES	68
3.5. INSTRUMENTOS	68
3.6. PROCEDIMIENTOS	70

3.7. ANÁLISIS DE DATOS	71
<u>CAPITULO IV</u>	<u>72</u>
<u>RESULTADOS</u>	<u>72</u>
4.1. CONTRASTACION DE HIPOTESIS	72
4.2. ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE RESULTADOS	73
<u>CAPITULO V</u>	<u>86</u>
<u>DISCUSION DE RESULTADOS:</u>	<u>86</u>
5.1. DISCUSION	86
5.2. CONCLUSIONES	87
5.3. RECOMENDACIONES	88
<u>VI. REFERENCIAS</u>	<u>89</u>
<u>VII. ANEXOS</u>	<u>92</u>
ANEXO N° 1: FICHA DE ENCUESTAS	92

RESUMEN

En este estudio de investigación analizaremos al tema de la Criminalidad Organizada en el Perú, teniendo especial énfasis en el tratamiento del Delito de Asociación ilícita para delinquir y la circunstancia agravante de organización criminal, así como de los delitos autónomos de Organización Criminal y Banda Criminal.

En nuestro Capítulo I hemos visto pertinente desarrollar los problemas, objetivos, así como las limitaciones que hemos encontrado en el desarrollo de nuestra investigación.

El Capítulo II, al que hemos nombrado como Marco Teórico, en este hemos desarrollado los temas esenciales de la investigación, basándonos en la doctrina actualizada sobre las ciencias penales relacionadas a este tema, es así que se ha desarrollado la Historia de la Criminalidad Organizada en nuestro país, el concepto de Asociación Ilícita para Delinquir, tratamiento legal y jurisprudencial, entre otros temas; además desarrollamos también los indicadores, variables e hipótesis de la investigación.

El Capítulo III tratamos la metodología que hemos aplicado en este trabajo. Al respecto, se han utilizado algunos mecanismos a través de los cuales hemos podido coleccionar información provechosa, la que ha sido usada como fin de arribar a las conclusiones. En el último Capítulo presentamos los resultados obtenidos, luego de haber realizado las encuestas tomadas a los especialistas del tema.

Palabras claves: Delito, asociación ilícita, criminalidad organizada, derechos fundamentales, banda criminal.

ABSTRACT

In this research study we will analyze the issue of Organized Crime in Peru, with special emphasis on the treatment of the Crime of Illicit Association to commit a crime and the aggravating circumstance of criminal organization, as well as the autonomous offenses of Criminal Organization and Criminal Band.

In our Chapter I we have seen relevant to develop the problems, objectives, as well as the limitations that we have found in the development of our research.

Chapter II, which we have named as Theoretical Framework, in this we have developed the essential topics of the investigation, based on the updated doctrine on the criminal sciences related to this topic, it is so that the History of Organized Crime has been developed in our country, the concept of Illicit Association to Delinquir, legal and jurisprudential treatment, among other topics; we also develop the indicators, variables and hypothesis of the research.

Chapter III deals with the methodology that we have applied in this work. In this regard, some mechanisms have been used through which we have been able to collect useful information, which has been used to arrive at conclusions. In the last chapter we present the results obtained, after having carried out the surveys taken to the subject specialists.

Keywords: Crime, illicit association, organized crime, fundamental rights, criminal gang.

RESUMO

Neste estudo de pesquisa, analisaremos a questão do Crime Organizado no Peru, com ênfase especial no tratamento da Associação do Crime de Ilícito para cometer um crime e a circunstância agravante da organização criminosa, bem como as infrações autônomas da Criminal Organization e Criminal Band.

No nosso Capítulo I, vimos relevantes para desenvolver os problemas, os objetivos, bem como as limitações que encontramos no desenvolvimento de nossa pesquisa.

Capítulo II, que designamos como Estrutura Teórica, desenvolvemos os tópicos essenciais da investigação, com base na doutrina atualizada sobre ciências criminais relacionadas a esse tema, é para que a História do Crime Organizado tenha sido desenvolvida em nosso país, o conceito de Associação Ilícita para Delinquir, tratamento jurídico e jurisprudencial, entre outros temas; também desenvolvemos os indicadores, variáveis e hipóteses da pesquisa.

O Capítulo III trata da metodologia que aplicamos neste trabalho. A este respeito, foram utilizados alguns mecanismos através dos quais conseguimos coleccionar informações úteis, que foram utilizadas para chegar a conclusões. No último capítulo, apresentamos os resultados obtidos, depois de ter realizado os levantamentos realizados aos especialistas em questão.

Palavras-chave: Crime, associação ilícita, crime organizado, direitos fundamentais, gangue criminosa

A mi amada hija Valentina.

INTRODUCCIÓN

En nuestro país, si bien en un primer momento no se había introducido un tipo autónomo de organización criminal como sucede en España sino se optó por introducir en diversos tipos penales el agravante de comisión mediante organización criminal, operando como una circunstancia específica; sin embargo, estando que el tipo penal de asociación ilícita agravada se interpretaba como organización criminal, lo cual evidentemente generaba confusión ya que la diferencia concreta es que en la primera se tratan de actos preparatorios, y en el segundo caso es un delito con resultado, por lo que el legislador considero generar tipos penales autónomos, de organización criminal y banda criminal, tal como se advierte del Decreto Legislativo N° 1244 publicado en el Diario Oficial "El Peruano" el 29 de octubre de 2016.

En la presente tesis, se realizará un análisis comparativo entre la figura penal de asociación ilícita y sus elementos típicos, con la circunstancia agravante de comisión mediante una organización criminal, también se describirá su distinción con otras figuras como son: organización criminal, banda criminal, coautoría, concertación, así como el estudio de la jurisprudencia sobre el tratamiento de las mismas y en el derecho comparado, como el caso español donde existe un tipo penal por pertenencia en organización criminal y de agrupación criminal, autónomos al delito asociación ilícita y de terrorismo.

A su turno, este estudio nos permitirá proponer si el tratamiento legal y naturaleza jurídica de ambas figuras, son adecuadas y eficientes a la realidad peruana en función a su utilidad político-criminal preventiva-reactiva, y cómo los operadores jurídicos, vienen interpretando la aplicación de estos instrumentos jurídicos. De allí que permita realizar una propuesta de lege ferenda sobre la modificación del delito de organización criminal, que tipifique expresamente la integración o colaboración a una organización criminal como una figura que la distinga de los agravantes establecidos en tipo penales específicos.

CAPITULO 1

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1.1. Descripción del problema

La criminalidad organizada o las llamadas organizaciones criminales son un fenómeno social en el cual subyace el concepto de ser cometido mediante un tipo de grupo estructurado, cuya finalidad es la de obtener un beneficio económico ilícito, que tuvo sus orígenes en el tráfico ilícito de prohibición de alcohol y tabaco de la década de los veinte, básicamente en Estados Unidos e Italia, ahora extendido a cualquier mercancía ilícita (armas, drogas, pornografía ilegal, etc.) por todo el orbe; sin embargo este fenómeno criminal ha evolucionado con los adelantos de la tecnología, la informática y las telecomunicaciones, la liberalización de los mercados y la globalización, de allí que un rasgo actual sea su transnacionalidad.

El Perú se encuentra dentro de esta realidad criminológica, de allí que como parte de su política criminal, el legislador ha establecido figuras penales como el delito de asociación ilícita y la circunstancia agravante específica que operan con la comisión de delitos cometido por el agente integrante de una organización criminal. De esta forma, la Ley N°30077 – Ley Contra el Crimen Organizado¹, ha establecido un concepto legal sobre “organización criminal” definiéndola como “un grupo organizado de tres o más personas, con una estructura, distribución de funciones o roles, permanencia en el tiempo y dedicada a la comisión de ilícitos graves”.

¹ Definición realizada acorde con la Convención de Palermo que señala en su artículo 2., al cual le añade la obtención de un beneficio económico.

1.2. Formulación del problema

- Problema general

¿Resulta amparable la incorporación de un tipo penal autónomo de integración o colaboración de una organización criminal en la legislación peruana, acorde con los principios y garantías penales de un Estado de Derecho?

- Problemas específicos

- ¿Se considera eficiente el tratamiento penal y jurisprudencial del delito de asociación ilícita hoy llamado organización criminal, en el Perú?
- ¿Es adecuado el tratamiento penal y jurisprudencial de la circunstancia agravante de comisión mediante organización criminal en el Perú?

1.3. Justificación e importancia de la investigación

Nos preguntamos ¿Por qué resulta importante investigar el presente tema?; así como también ¿Cuál sería su trascendencia en el ámbito jurídico?

1.3.1. Justificación teórica

Desde un punto de vista netamente teórico, resulta trascendental abordar las categorías dogmáticas de la responsabilidad jurídica de los integrantes de este tipo de organizaciones y de colaboradores, así como el delito de asociación ilícita hoy

llamado organización criminal, su comparación y distinción con la circunstancia agravante de comisión por medio de una organización criminal, y si resulta idónea la incorporación de un tipo independiente acorde con los instrumentos internacionales adecuados a nuestra realidad social.

1.3.2. Justificación metodológica

Desde una perspectiva metodológica, la presente investigación constituye un modelo que ayudará en gran medida a la investigación de temas relacionados al análisis de la doctrina nacional e internacional del fenómeno de la delincuencia organizada y las distintas figuras insertadas en la legislación nacional, así como su comparación con el derecho peruano.

1.3.3. Justificación práctica

El tema materia de esta investigación conforma uno de los pilares entorno de la criminalidad organizada. Una correcta distinción de los tipos penales sobre los esquemas de estas organizaciones criminales, y la circunstancia agravante de comisión mediante organización criminal, lo que redundará en una correcta administración de justicia.

1.4. Limitaciones de la investigación

La presente investigación tiene como limitaciones la carencia de material estadístico oficial, sistematizado y actualizado que refleje la situación del crimen organizado en el Perú, si bien

los medios de comunicación reflejan el clima de inseguridad ciudadana no puede ser tenido como una fuente confiable al no existir indicadores que permitan su comparación a nivel nacional, teniendo en cuenta que la delincuencia organizada es distinta en las regiones del Perú, y menos aún indicadores que permita su comparación a nivel internacional.

1.5. Objetivos

1.5.1. Objetivo general

- Establecer si resulta idónea la incorporación en la legislación peruana de un tipo penal autónomo de integración o colaboración de una organización criminal, acorde con los principios y garantías de un Estado de Derecho.

1.5.2. Objetivos específicos

- Determinar si el tratamiento penal y jurisprudencial del delito de asociación ilícita hoy llamado organización criminal, es eficaz y adecuado a la realidad criminológica del Perú.
- Determinar si el tratamiento penal y jurisprudencial de la circunstancia agravante de comisión del agente mediante organización criminal es eficaz y adecuada a la realidad criminológica peruana.

CAPITULO II

MARCO TEÓRICO

2.1. Antecedentes:

El profesor PRADO SALDARRIAGA inicialmente ha abordado estos temas en nuestro país, en sus libros “Criminalidad Organizada” (2006) y “Criminalidad Organizada y Lavado de Activos” (2013). En este último analiza estos dos problemas sociales transversales y sus efectos, desde una perspectiva político-criminal, socio criminológico y jurídico. En cuanto a la criminalidad organizada, hace una reseña de su evolución, características, niveles y sobre la determinación de un concepto de delincuencia organizada que tenga vocación de universalidad, por lo que, con atino señala que una de la principales estrategias internacionales contra la criminalidad organizada que diseñó la Convención de Palermo, fue la: “Criminalización específica de los actos de promoción e integración en organizaciones criminales”

(Prado Saldarriaga V. R., 2013, pág. 88)

De otro lado, LAURA ZUÑIGA RODRÍGUEZ, analiza la figura del artículo 515° del Código Penal español sobre el delito de asociación ilícita y si ésta resulta idónea para prevenir la manifestación proteica de la criminalidad, y si es la mejor opción para cubrir el injusto de mayor desvalor que parece verificarse en la comisión de delitos por parte de la criminalidad organizada, así como, la idoneidad de un tipo genérico, atendiendo al Derecho Comparado y Europeo, y de los problemas dogmáticos que de él surgen.(ZUÑIGA RODRÍGUEZ, 2016)

Esta misma autora, en su obra “Criminalidad de Empresa y Criminalidad Organizada. Dos modelos para armar el Derecho Penal” (2013), aborda aspectos sustantivos de estas formas de criminalidad, su interrelación, y la responsabilidad penal de las personas jurídicas, se cuestionan los modelos de imputación penal existentes en la responsabilidad penal,

mostrando sus deficiencias, que tiene como contexto el caso español y peruano. Por otro lado, se ocupa del estudio de los problemas de la tipificación del delito de Asociación ilícita en el código penal y los consiguientes problemas sobre la consumación, concursos, y autoría y participación.

El Procurador Contra el Orden Público del Ministerio del Interior, Juan Carlos Portocarrero Zamora, elaboró el “Compendio sobre política criminal y crimen organizado” (2015) en el que recopila entre otros, el artículo del doctor Víctor Prado Saldarriaga en “Sobre la criminalidad organizada en el Perú y el artículo 317° del Código Penal”, y en su autoría “Fundamentos de la autonomía del crimen organizado” y otro en coautoría con Roger Armando Ponce Colque titulado “La utilización del delito de asociación ilícita para delinquir en la lucha Contra el Crimen Organizado”, en este último sostiene que el artículo 317° constituye el instrumento sustantivo para la sanción de la delincuencia organizada y se asemeja más a la propuesta de regulación de la Convención de Palermo.

2.2. Marco Conceptual

A. El tratamiento de la criminalidad organizada

Según SILVA SÁNCHEZ, el fenómeno de la criminalidad organizada se aborda jurídicamente, a través de tres ópticas diferentes. Primero el Estado realiza la tipificación de los actos ilícitos más característicos de esta forma de criminalidad. En segundo lugar, mediante la introducción del elemento agravante de organización en una serie de delitos más o menos tradicionales y en tercer lugar como los clásicos delitos de pertenencia a una asociación para delinquir. (Silva Sánchez, 2008)

Patricia Faraldo Cabana, en cambio, observa que en los sistemas jurídicos de nuestro entorno la reacción manifiesta, frente a esta forma de delincuencia, es crear delitos de pertenencia o dirección de asociaciones ilícitas u organizaciones delictivas; una segunda reacción es la introducción de tipos agravados en razón a estas figuras, en diversos delitos que, de acuerdo con un análisis criminológico, se cometen generalmente en el marco de estructuras organizadas; por último, se tipifican expresamente determinadas conductas propias de la delincuencia organizada, como pueden ser el tráfico ilícito de drogas, la trata de blancas, el mercado negro de armas o el lavado de activos. (Faraldo Cabana, 2012, p. 19)

Uno de los instrumentos internacionales más importantes sobre la lucha contra el crimen organizado es la “Convención de la Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada” suscrita en Palermo – Italia en el año 2000, en la cual los Estados se obligan a la creación de tipos penales para las conductas de “participación en un grupo delictivo organizado”, debemos entender este como aquel grupo que cuenta con una estructura de como mínimo tres personas, dicha organización deberá tener una existencia temporal y que sus integrantes actúen armoniosamente con el fin de realizar delitos considerados como graves. Estos delitos graves se refieren a aquellos delitos que tengan como pena privativa de la libertad al menos cuatro años o pena más grave.

El Estado peruano ratificó la Convención de Palermo el día 19 de noviembre de 2001 y en agosto de 2013 que publicó en el diario oficial “El Peruano” la Ley N°30077 – Ley Contra el Crimen Organizado, esta ley tiene como finalidad poder fijar normas referenciales para este tipo de casos que enmarque a la investigación, juzgamiento y sanción de los delitos cometidos por estos grupos criminales, estableciendo un concepto legal sobre organización criminal y los delitos contemplados en los 21 ítems descritos en el artículo 3° de la ley, todos estos cometidos en el entorno de la delincuencia organizada.

Por otro lado, esta Ley realizó modificaciones en el Código Penal, específicamente en la parte especial, lo que llevó a agravar las penas que se imponen a los delitos cometidos a través de una organización criminal, también se modificó y agravó las penas de la asociación ilícita, disponiéndose medidas adicionales en los siguientes casos: 1) en caso la organización realice algunos delitos como homicidio, secuestro, interferencia en las comunicaciones, entre otros que están especificados en la mencionada ley, 2) cuando el integrante fuera líder, jefe o dirigente de la organización, esto se debe a que la existencia de una organización criminal se debe a la estructura que tiene, estructura que no podría existir sin un líder; y 3) cuando el agente es quién financia la organización, nuevamente aquí nos encontramos con otro elemento constitutivo de las organizaciones criminales, sin financiamiento su existencia se torna imposible. A decir de Prado Saldarriaga, con el cambio de la Primera Disposición Complementaria Modificatoria en el artículo, 317° del Código Penal, por primera vez en nuestra legislación sustantiva fundamental el delito tipificado en dicha norma considera punible la constitución y promoción de organizaciones criminales. (Prado Saldarriaga, V., 2013, pág. 92)

B. El delito de asociación ilícita

En el Perú, el delito asociación ilícita se incorporó en el Código Penal de 1991, bajo el Título de “Delitos Contra la Paz Pública”, como “agrupación ilícita”. Es en el año 2004 que se modificó bajo el término de “asociación ilícita”. Se debe precisar que en el proyecto de ley penal contra el crimen organizado N°1833 de fecha 20 de diciembre de 2012 se pretendía modificar su denominación a “organización ilícita”.

La jurisprudencia nacional, en su opinión, la configuración y elementos constitutivos del tipo, del delito de asociación ilícita para delinquir exigen para su configuración: "(...) la formación de una agrupación o asociación organizada y permanente, un número mínimo de dos

integrantes, el conocimiento que se forma parte de una asociación delictiva y el acuerdo de sus miembros para cometer delitos" (Sala Permanente R.N. N°1874-2003 Lima).

"Las características de tipicidad objetiva que exige el artículo trescientos diecisiete del Código Penal son: organización con una estructura básica, con cohesión de grupo y en orden direccionado a perpetrar delitos comunes; la permanencia y concertación". (Primera Sala Penal Transitoria R.N. N°2674-2004 Lima).

Asimismo, el Acuerdo Plenario N° 04-2006, respecto al delito de asociación ilícita para delinquir", ha establecido que se sanciona la conducta típica inclusive por la sola pertenencia a la agrupación, sin que sea una condición sine qua non la materialización de sus planes delictivos. Siguiendo esa línea, también establece que el tipo que venimos mencionando, se consuma desde la búsqueda primigenia ilícita, la cual es, la formación propia de la organización ilícita.

Otro punto, también establecido por el mencionado Acuerdo Plenario, es una consecuencia de lo anterior, esto es la insostenibilidad de achacar al imputado tantas asociaciones como delitos se le imputen. Los delitos cometidos y la organización que los llevó a cabo, tienen naturalezas individuales, pudiendo apreciarse, eso sí, un concurso entre los delitos cometidos y la organización.

Sostiene Antonio García-Pablos de Molina, dogmáticamente, cabe distinguir un concepto amplio y un concepto restrictivo de "asociación". En el primer sentido, sería sinónimo de "asociación de hecho", de "acuerdo genérico para delinquir"; en el segundo habría que añadir ciertos requisitos: estabilidad, permanencia, organización, número mínimo de miembros, etc. (Cornejo, 2010, p. 51). Parece ser este último criterio el que se ha asumido la Corte Suprema de la República, al presentar notas de cierta organización, permanencia y mínimo número de miembros.

El tipo penal ha sufrido modificaciones, en estas es posible apreciar, un tipo base con una pluralidad de agentes (2 o más personas), los verbos rectores de “constituir”, “promover” o “integrar” una organización destinada a delitos. Por su parte la modalidad agravada, se produce cuando se cometen estos delitos: homicidio, homicidio calificado, sicariato, conspiración para el delito de sicariato, aborto sin consentimiento, secuestro, trata de personas, interferencia telefónica, pornografía infantil, hurto agravado, robo, robo agravado, receptación agravada, extorsión, usurpación, usurpación agravada, (...) obstrucción de procedimiento, formas agravadas, marcaje o reglaje, genocidio, desaparición forzada, tortura, manipulación genética, concusión, cobro indebido, colusión simple y agravada, peculado doloso y culposo, cohecho pasivo propio, soborno internacional pasivo, cohecho pasivo impropio, cohecho pasivo específico, corrupción pasiva de auxiliares jurisdiccionales, cohecho activo genérico, cohecho activo transnacional, cohecho activo específico, negociación incompatible o aprovechamiento indebido de cargo, tráfico de influencias, enriquecimiento ilícito, falsificación de documentos, lavado de activos y delitos aduaneros. También cuando el agente, es dirigente o financista de la organización criminal.

C. La agravante de organización criminal

Tal como se ha señalado, en el Perú en un primer momento no se optó por una figura autónoma del delito de organización criminal, distinto sucedía en otros países, por ejemplo en España, en la que luego de la una discusión doctrinal y jurisprudencial, mediante una reforma realizada en el año 2010, recién se recoge una definición de organización criminal, discusión que giró en torno a las características que debía reunir la organización delictiva, concepto que se utilizaba, pero se definía, en los tipos agravados por organización y que algunos consideraban sinónimo de asociación ilícita (Faraldo, 2012, pág. 49).

En cuanto a los agravantes, el hecho de cometer el ilícito mediante una organización, este tiene como fundamento, los instrumentos internacionales que establecen la participación o pertenencia en organizaciones criminales; aunado a la mayor peligrosidad de los agentes se encuentra el fin lucrativo que persigue la organización con los delitos, es decir para llevar a cabo su plan delictivo emplean una mayor violencia, y esto tiene como finalidad la obtención de un beneficio económico ilícito.

A su turno, en relación con la constitución de la organización criminal, la Sala Penal Permanente en el Recurso de Nulidad N°828-2007, señalaba algunas características que debía tener una organización criminal:

“Ahora bien, la existencia de una organización criminal es evidente en el presente caso. No sólo concurrieron al hecho varios sujetos [delito obviamente plurisubjetivo] -lo que potencia su ejecución y propicia la recíproca protección- que, de uno u otro modo, actuaron coordinadamente, con distribución de funciones, papeles o roles en un plan previamente concertado, y con diferencias en sus niveles de dirección y de ejecución. También concurre en el caso, y de modo esencial, a) la fijación de una cierta estructura jerárquica; mando, coordinación y ejecución- esto es presencia de órganos decisivos y órganos ejecutivos-, que concreta la distribución de papeles y responsabilidades de sus miembros , con sus propios cometidos – elementos objetivos-, a través de una ejecución del hecho por medio de personas idóneas a tal fin; y, b) la nota característica de una cierta estabilidad y perdurabilidad en el tiempo -requisito temporal- [el transcurso del tiempo es indispensable para que la organización pueda estructurarse, distribuir funciones ente sus miembros y lograr desplegar

alguna clase de actividad, en este caso vinculada al tráfico de drogas], que a su vez expresa una relevante capacidad operativa- con ámbitos de actuación de muy diverso típico-, más allá que sólo se forme para un objetivo concreto u operación específica, como sería el caso de la organización objeto de examen recursal” (el resaltado en nuestro)

Por lo que, las principales características de una organización criminal, para la Corte Suprema son: estructura jerárquica y estabilidad en el tiempo, roles diferenciados. Este criterio ha sido también asumido con la Ley Contra el Crimen Organizado, como son: pluralidad de agentes, estructura, distribución de funciones entre sus miembros, permanencia en el tiempo.

Lo que en un primer momento era considerado asociación ilícita para delinquir hoy ha sido denominado organización criminal, y se ha creado la figura penal de banda criminal, cuyo contexto guarda relación con lo que en un momento fue denominado asociación ilícita para delinquir.

D. Diferencias entre el delito de asociación ilícita para delinquir y circunstancia de organización criminal

El delito de asociación ilícita se trataba de un delito autónomo, el cual se configuraba por el acto mismo de agruparse con otro para constituir una agrupación que tenga como fin realizar actividades ilícitas sin que sea necesario la materialización de su plan delictivo, es decir lo que se penaliza es, inclusive, los actos preparatorios que se realicen sin que se realice su ejecución, en cambio la circunstancia agravante de organización criminal, al ser un elemento accidental de un tipo penal grave necesariamente requiere la configuración del tipo base.

Ahora, sabemos que aquellos actos preparativos son conductas que realiza el autor de un delito antes de su ejecución, en base a la nueva normativa planteada, el hoy llamado tipo penal de organización criminal, si bien tendría la calidad de autónomo, es necesario tener en cuenta que entre los requisitos para establecer que se trata de una organización criminal se encuentra la permanencia en el tiempo por parte de los integrantes de esta organización delictiva, lo cual correspondería su aplicación siempre que no se haya penalizados en su oportunidad el agravante de organización criminal, ya que se entendería como una doble penalización respecto a una conducta, lo que se encuentra prohibido por nuestro ordenamiento penal, que garantiza el principio constitucional de *ne bis in idem*.

Otra de las diferencias entre organización criminal y asociación ilícita es que esta último no requiere una de jerarquía interna y distribución e específicas tareas delictivas, bastando un vínculo asociativo para cometer delitos, para la gestión o el control de actividades económicas como pueden ser, concesiones, autorizaciones, contratos de cualquier servicio público con el fin de obtener ganancias (Olivé & Anarte Borallo, 1999, p. 27), lo cual no ha considerado el legislador al momento de efectuar la modificación del Artículo 317º, cuyo contexto se configuraría mejor con la denominación de Banda Criminal establecida en el artículo 317º-B del Código Penal, más aún si respecto a la pluralidad de agentes, se tiene que en el caso del delito de asociación ilícita se configuraba con la conformación de dos o más personas; sin embargo respecto a la conformación de una organización criminal, debe ser de tres o más personas, pero no sólo basta el sólo criterio cuantitativo de agentes en la realización de un hecho punible como constitutivo de una organización criminal sino que tengan que concurrir con los demás presupuestos, más aun si existen diferencias claras y notables entre lo que se entiende por organización criminal y grupos delincuenciales

comunes, o entre delincuencia organizada y delincuencia común, tal como lo señalo en su oportunidad el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial.

El doctor Víctor Prado ha citado varios autores en el desarrollo de este tema, sostiene que: “La asociación ilícita se convierte de tal modo en el género y la base matriz a partir de la cual podrá hablarse de numerosas otras específicas entidades delictivas que ofrecen matices con características propias” (Prado Saldarriaga, 2015, pág. 128).

De este modo, el artículo 317° del Código Penal usa el término organización para hacer referencia a la asociación de personas con fines ilícitos.

Por lo que, si bien resulta mejor identificar organización criminal como tipo penal, que permitirá dada su capacidad de adaptarse a diversas configuraciones criminales, sean verticales u horizontales, que se distinga de la asociación ilícita, acorde con los presupuestos de la Convención de Palermo, la modificación del artículo 317° para configurar los hechos asociativos a la comisión de cualquier delito, necesariamente mediante una organización criminal, su tratamiento no ha sido el más idóneo.

E. Eficiencia vs. Garantías y derechos fundamentales

Surge así entre un equilibrio entre la búsqueda de la eficiencia de la lucha contra la delincuencia organizada introduciendo este tipo penal, adecuada a la Convención de Palermo, con las garantías y derechos del imputado, como son los principios de legalidad, lesividad, culpabilidad, ultima ratio, proporcionalidad.

Existe una posición que sustenta que “la tendencia actual del legislador es la de reaccionar con decisión en el marco de la lucha contra la criminalidad, es decir su actuación es reactiva no proactiva frente a la realidad; su reacción consiste en el aumento de las penas previstas en determinados sectores del derecho penal. Sustentándose en la creación de normas penales nuevas, con la intención de promover su efectiva aplicación con todo decisión; y se

materializada en procesos que conducen a normas penales nuevas que si son aplicadas, o al endurecimiento de la penas ya existente”. (Aguilar Cabrera, 2014)

Por ejemplo, la punición de los actos preparatorios por asimilación a la tentativa o como formas delictivas autónomas; hace que se cuestione la legitimación y vigencia del Estado de Derecho, y se hable de la aplicación del Derecho Penal del Enemigo, al a criminalizar conductas potencialmente peligrosas, en el que el sujeto no es visto como miembro de la sociedad y su sanción se rige por la peligrosidad del autor.

De allí, que Klass (2011, pág. 48), refiere que la incriminación de las asociaciones ilegales y de las organizaciones criminales, es autónoma y encuentra su justificación en la medida de la existencia de una relación entre sus miembros, esta debe ser o estar estratificada, y sus miembros deben actuar con el propósito de realizar uno o varios actos ilícitos graves, esta relación debe, además representar un peligro permanente, constante y objetivo, de la comisión de los delitos: peligro que va más allá del acto propio delictivo sino que abarca hasta los actos preparatorios o la tentativa de realización de los delitos que constituyen el objeto de la asociación. En consecuencia, la asociación criminal es punible al margen de la tentativa o la consumación de los delitos constitutivos de sus fines.

Esta tipificación de un delito de organización criminal se fundamenta en dar una respuesta eficaz contra este fenómeno respetando los principios básicos del Estado de Derecho, teniendo en cuenta la gravedad o el daño que constituye la pertenencia a una organización atendiendo al principio de lesividad, de ahí que “la afiliación y la organización son un modo de coordinar las acciones individuales que transforman a la organización en una unidad supraindividual; una vez constituida, la organización se ha independiente de sus afiliados individuales y éstos se hacen intercambiables. De ahí se desprende la peligrosidad que reviste la comisión de delitos a través de la organización, pues el proyecto delictivo sobrevive con independencia de las personas concretas que integran el grupo, reforzándose la voluntad

criminal de los miembros por la difuminación de la responsabilidad dentro de la organización.

Además, el principio de proporcionalidad rige, atendiendo a la diferencia de la penalidad entre los dirigentes, cabecillas o líderes de la organización de los subordinados, y de los colaboradores externos, que son los profesionales, políticos, empresarios, abogados, agentes de bancos, etc. Que realizan comportamientos “contiguos” a la criminalidad organizada, siendo personas que se encuentran en los exteriores de la organización, sin embargo su asistencia en recursos o conexiones es importantísima para la actividad criminal misma (Zuñiga, 2066, pag. 64), atendiendo además, a los plazos de prescripción y la doble incriminación necesaria para la extradición.

Por último, sostiene Laura Zuñiga, que: “Una regulación penal que debe estar regida por el principio de proporcionalidad (fragmentariedad: gravedad de la conducta) y lesividad (materialidad de la conducta).

Los clásicos delitos de asociación criminal han resultado un marco flexible y amplio para la punición de las diversas formas de criminalidad de grupo, pero además de resultar excesivos por su indeterminación, no cumplen con los principios antes propuestos; además no resuelven la responsabilidad penal de varios supuestos que quedan impunes, como el de los miembros externos que colaboración con la organización.

Dicha interpretación típica conlleva, además, dificultades interpretativas sobre la naturaleza de estos delitos (de lesión o peligro, abstracto o concreto), por consiguiente, sobre los presupuestos de aplicación, principalmente sobre los problemas más álgidos como son el momento consumativo, la responsabilidad de los miembros de la organización y la de los colaboradores externos, los concursos con los delitos fin, etc.” (Zuñiga Rodríguez, 2009, pág. 248)

PRIMERA SECCIÓN

CRIMINALIDAD ORGANIZADA

1. Introducción

Resulta común constatar que la criminalidad organizada es considerada como uno de los fenómenos más sobresaliente en todo el universo delictivo de hoy en día: se trata, pues de uno de los componentes más representativos de las repercusiones que trajo consigo el proceso de globalización en materia criminal y de la reacción que tiene la policía. En consecuencia, estos tipos de delitos, es decir aquellos que de alguna manera guardan un vínculo con la criminalidad organizada, se encuentran en la actualidad expandiéndose, en franco crecimiento, tanto en el plano empírico – criminológico como en el plano jurídico – penal, material y procesal.

La mencionada evolución posee lugar dentro del marco general en el que una legislación puramente simbólica y diversos doctrinarios amantes de la punibilidad se potencian de manera recíproca con más intensidad que antes, teniendo como principal consecuencia una expansión cuantitativa y cualitativa del Derecho Penal.

2. Criminalidad Organizada

La criminología posee como principal objeto el estudio de los factores que conllevan a la comisión del delito y de la constante lucha contra el delito. Éste es ante todo un acontecimiento presente en la vida de un individuo: un fenómeno no individual. La sumatoria de todos los delitos que se han cometido en un lugar y tiempo específicos hace surgir un nuevo objeto de conocimiento: la criminalidad. Se debe tener claro que la criminología también analiza el delito como un fenómeno de carácter colectivo en la vida de todos los pueblos. (Rodríguez Devesa, 1989)

La criminología se debe concebir como una ciencia social que a partir de múltiples enfoques metodológicos, tiene como ocupación el estudio de la “cuestión criminal” o la criminalidad concebida como un fenómeno social.

Su fin abarca temas como el delito, el delincuente, la política criminal, el control social y los procesos de criminalización, entre otros de diversa índole.

Por otro lado, la criminología ayuda a la política criminal con el contexto analítico empíricamente contrastado para que los decisores políticos posean suficientes elementos de juicio y que con ello los organismos encargados de la persecución de la delincuencia puedan formular sus valoraciones respecto al hecho de que si las medidas que se han adoptado son objetivamente exitosas. (Rodríguez Devesa, 1989)

Si la criminología posee como objeto, según el profesor Serrano Gómez, el análisis de todas las formas reales y la constante lucha contra el delito; no existe duda que una forma real, no solo es de tipo o de delito; no tenemos dudas que una forma real, no es solo de un tipo o de un delito sino que también involucra una comisión, de perfeccionamiento en la comisión del delito, del estudio, impulso y de la ejecución del hecho que muchas veces abarca la multiplicidad de tipos, es la que va a llevar a cabo de forma diaria en Estatal, y del mismo modo en todo el mundo, de la mano de las organizaciones criminales.

En algunas ocasiones la simple apreciación legal del concepto del delito, pese a que es sumamente preciso, genera un espacio de insatisfacción cuando se intenta entender bajo ciertos criterios racionales o científicos y no son exclusivamente legales. Esto conlleva a algunos autores a explorar por una definición criminológica según la cual se entiende al delito como toda infracción de normas sociales recogidas en las leyes penales que tienda a ser perseguida de forma oficial en caso de que sea descubierta.

Esto ocurre de manera similar cuando se intenta definir el concepto de criminalidad en relación al de delincuencia. (Serrano Maíllo, 2009)

Una definición de carácter pragmático viene siendo aplicada entre los miembros de las fuerzas de seguridad del Estado, la misma que encuentra basada en su concepto empírico de “criminalidad”, el cual está adjetivado por organizada internacional como un elemento diferenciador de la delincuencia organizada o no. Este concepto de criminalidad se entiende como la madre de la delincuencia o la que ha generado ésta y consideran estos investigadores, que donde se han establecido elementos controladores de criminalidad, como se podría dar el caso de “ladrones de ley”², siempre se producirá delincuencia. Debido a que esa criminalidad organizada intenta, y muchas veces consigue, la conquista de emplazamiento de poder donde poder establecerse, superando de esta manera y yendo mucho más allá de la delincuencia común, para poder remansar en el poderío económico, la influencia social o al autoridad política, desde donde se puede planificar lato sensu de manera industrial actividades que se encuentran entreveradas de componentes legales o ilegales.

El crimen organizado se encuentra ligado a la producción de dos tipos de bienes: la protección y la venta de otros bienes y servicios ilegales (Villoria Mendieta, 2012), generándose también en este tipo de criminalidad procedente del Este, un elemento común de la delincuencia que es el enriquecimiento o aquella búsqueda de bienes de carácter material con el único propósito de poder cumplir con todas las necesidades del delincuente, asimismo la criminalidad organizada internacional posee un elemento exclusivo, el mismo que va mucho más allá de obtener un enriquecimiento de la propia conducta, como es el caso del intento de penetración política, social o

²Refiriéndonos a la criminalidad euroasiática, conocida vulgarmente como al “mafia rusa”, el “ladrón de ley” es el líder de la organización criminal, cuyo poder sobrepasa al de otros líderes de organizaciones criminales de otras partes del mundo.

económica con el fin de poder controlar esos poderes en aquellos países en los cuales se asienta.

Diversas actuaciones de esta clase de criminalidad organizada, se han enmarcado, en nuestro país y durante los años noventa, dentro de los denominados delitos de cuello blanco porque los sujetos activos denotaban estar asentados en un nivel social lejano al hecho de “mancharse las manos” con vulgares tipos, al mismo tiempo que se producía cierta conexión entre delitos contra las personas o el patrimonio, los mismo que eran cometidos por sicarios bajo las órdenes del gentelman, es por ello que se generaba cierta dificultad para poder imputar al inicialmente responsable, ya que se desconocía el modus operandi de estas organizaciones.

Según lo manifestado por el profesor Serrano Maíllo, los delitos de cuello blanco se inclinan a no ser perseguidos mediante un proceso de aplicación diferencial de la ley: esto se dice porque las personas de un mayor nivel social poseen mayor facilidad para no lograr ser descubiertas, condenadas cuando incurren en algún acto ilícito; aunado a ello se debe tener claro que la ingeniería financiera que se desarrolló con el fin de opacar sus transacciones empleando empresas, estudios jurídicos, consultores y asesores fiscales o gestores, esto unido a su forma de desenvolverse empleando medios, modos y métodos hasta el momento impensados en el derecho. (Serrano Maíllo, 2009).

2.2.1. ¿Existe una noción sociológica de criminalidad organizada?

El primer aspecto a tratar es sobre la existencia de una noción de criminalidad organizada de tipo empírica, esto es, sociológica, más allá de los conceptos criminológicos o las regulaciones penales de los determinados países. Es verdad que reconocemos a priori que no existen conceptos generales capaces de abarcar todo

tiempo y lugar como fue la pretensión del positivismo, pero es preciso partir de algunas características comunes, de una aproximación sociológica sobre los aspectos que se repiten de manera general en lo que denominamos criminalidad organizada.

Esto es así, porque si se quiere explicar y describir un fenómeno social necesariamente se requiere delimitar a qué conjunto de hechos sociales nos estamos refiriendo. Como anotan los interesados en el método en ciencias sociales, “cuando se deciden los casos a incluir o las variables a analizar, el aspecto conceptual es crucial. Se trata no solo de comprender bien lo que se desea estudiar definiendo propiedades y atributos, sino también de clasificar correctamente para identificar las variaciones empíricas del fenómeno en las diferentes realidades”. (Morlino., 2002)

Y es que el uso del término “criminalidad organizada” puede ser tan confuso como lo es “corrupción”, o incluso “terrorismo”, no sólo en el lenguaje cotidiano de la utilización política o periodística, sino también en los supuestos más formales (y por tanto, con mayor pretensión de racionalidad) de su aplicación por los agentes de persecución penal o en las propias ciencias sociales y jurídicas. Estamos frente a un evento social de múltiples causas, en el que se entretajan variados fenómenos sociales, como los antes referidos, por lo que también se pueden sobreponer, como lo hacen siempre este tipo de eventos históricos sociales (Caciagli, 1996).

En este punto vamos a seguir el método comparativo propuesto por Giovanni Sartori. Según este autor, comparar en ciencias sociales, significa controlar si la generalización realizada se condice y guarda una correspondencia fáctica con los eventos de la realidad donde se aplican. Comparar va a implicar la asimilación de los límites, esta asimilación permitirá encontrar las diferencias entre uno y otro. Este ejercicio se realiza entre entes que poseen atributos en parte compartidos (similares) y en parte no compartidos (y declarados no comparables). (Sartori, 2002)

Clasificar es ordenar lo que existe, sean individuos, bienes o ideas, en clases, estas debiesen ser excluyentes entre sí, para realizar esta operación debemos fijar lo similar y lo distinto. De lo dicho hasta aquí se desprende que para ordenar racionalmente un universo de significado se requiere comparar y clasificar estableciendo similitudes y diferencias; esto es, aquello que es común y aquello que es especial. Digamos que si hay un sustrato común definible por el lenguaje podemos hablar de un universo conceptual de significado.

Además, según Sartori, cuanto más general sea, mayor será la capacidad de viaje. Sartori utiliza esta comparación para hacernos notar que las teorías de las ciencias sociales, mientras más generales sean, mayor será la posibilidad de comprender la realidad. De esto se puede desprender que será menos detallista en cuanto a características y propiedades. (Sartori, 2002)

Intentaremos definir este universo común de significado que se denota con las palabras criminalidad organizada y la primera aproximación será la criminológica, en la medida que es la ciencia empírica capaz de reunir las herramientas conceptuales multidisciplinarias necesarias. Pero antes de ello, analizaremos si es legítimo aspirar a una definición de criminalidad organizada, o, esto no es posible ni deseable.

2.2.2. ¿Se puede aspirar a una definición de criminalidad organizada?

Una cuestión previa a la aproximación conceptual es indagar la propia posibilidad conceptual, esto es, si es posible abarcar en una definición bajo el nombre criminalidad organizada todo el universo de manifestaciones tan dispares existentes en diversos territorios y sistemas políticos. Pues, como se decía en el marco teórico, en cada sociedad en imaginario colectivo se representa distintos fenómenos frente a las palabras criminalidad organizada: así, mientras para Italia es la mafia, para España

es el terrorismo, y para los organismos internacionales, fundamentalmente el narcotráfico.

Dado que estamos ante un fenómeno proteico, difícil de aprehender por los diversos saberes convocados, pareciera que el empeño es inútil o imposible. Así para el profesor Zaffaroni, “existen mafias y bandas..., pero no veo un concepto que pueda abarcar todo el conjunto de las actividades ilícitas que puedan aprovecharse de la indisciplina del mercado... no existe una categoría capaz de abarcarlos en el campo criminológico y menos todavía en el legal”. No escapa al análisis tamaña dificultad y que, incluso, para varios especialistas se juzgue imposible alcanzar un concepto general idóneo para abarcar todas sus manifestaciones y, si lo hubiera, por ser tan amplio, resultaría inútil. Con ese riesgo se cuenta también: o se hace un concepto de criminalidad organizada tan general que se escapan las particularidades, o se particulariza tanto que se escapa la oportunidad de una generalización capaz de consensuar una noción común de criminalidad organizada. Sin duda, la opción dependerá de la funcionalidad del concepto.

Ahora bien, la complejidad de una tarea no invalida su necesidad conceptual. Si bien puede ser sumamente complicado definir en un concepto general lo que es criminalidad organizada, la necesidad de aspirar a construirlo es de tipo epistemológico y funcional. Epistemológico, porque se requiere para realizar cualquier análisis teórico, en la medida que solo describiendo un fenómeno se puede comprender su realidad. Y, funcional, porque resulta útil para un mejor control del fenómeno, reconocerlo en la realidad.

Son en definitiva, dos fundamentos conceptuales interrelacionados, pues todo concepto es funcional. Así, siguiendo a Killias y Ceretti, la mayor o menor “validez”

de una definición siempre estará en relación de su capacidad para describir y/o comprender la realidad. De esto podemos colegir, que si no podemos encontrar una conceptualización y por ende, una definición de la criminalidad organizada, se tornará más difícil, controlarla y, mucho menos, prevenirla. Hasta cierto punto se puede decir, que la imposibilidad de definirla ha jugado un papel importante en su expansión.

Similares retos se han dado con conceptos como terrorismo o corrupción y, no por ello, se ha renunciado a tal pretensión. Es preciso señalar los argumentos a favor de una definición criminológica de criminalidad organizada, esto es, de tipo material, que no sea totalmente dependiente de las regulaciones legales, porque coincidiendo con Baratta, “las definiciones legales constituyen una línea de delimitación artificial e inestable, que no puede o no debe condicionar la autónoma definición del objeto en ciencias sociales”. (Baratta, 1999)

Además, hoy en día no se trata de la búsqueda de un concepto ontológico, de “la naturaleza de las cosas”, sino funcional, en el sentido de consensos intersubjetivos sobre determinados hechos sociales que le otorgamos la categoría de criminales y que, en este caso, tendrá una nota adjetiva que lo distingue de otros tipos de criminalidad. Dichos consensos serán funcionales para una mejor comprensión del fenómeno, para establecer qué no es criminalidad organizada, qué sí lo es, y, por tanto, establecer acuerdos para su mejor prevención y represión. Dicho en términos coloquiales: “no se puede luchar contra lo que no se conoce” y, en nuestro saber racional, no se conoce lo que no se define.

Es necesaria una definición criminológica de este tipo de organización, por las siguientes razones (Días, 2001):

- Primero, debemos definir, lo que un ordenamiento jurídico debe entender por criminalidad organizada con la finalidad de determinar los objetos de protección y las formas de ataque, en suma, las conductas punibles. Aunque en este tipo de fenómeno social ilícito comprende diversos delitos y distintas modalidades de comisión, existen determinados delitos y determinadas formas de ataque que pueden denominarse comunes, que darían un contenido material a lo que llamamos, criminalidad organizada.
- Segundo, el conceptualizarla servirá para distinguirla de otro tipo de crímenes, como la corrupción, el terrorismo, etc. Aunque en la realidad se superpongan y a veces resulte complicado determinar las límites en las zonas fronterizas, al menos servirá para establecer que determinados comportamientos encajan dentro de la tipología de criminalidad organizada, de corrupción o de terrorismo, por poner tipos de actos ilícitos que en la realidad se entrecruzan.
- Tercero, este tipo de crimen organizado, se está convirtiendo en un fenómeno transnacional por motivo de la globalización. A los efectos de los acuerdos internacionales necesarios para la cooperación internacional, para establecer políticas criminales comunes, es importante contar con criterios comunes de qué se entiende por criminalidad organizada.
- Cuarto, prevenir determinado fenómeno significa evitar sus causas, eliminar los condicionantes que llevan a la producción de ese fenómeno. Si se busca prevenir la criminalidad organizada, habrá que comprender lo más posible, qué se entiende por dicho fenómeno.

En suma, tomando las palabras del profesor Juan Medina, criminólogo español que se ha dedicado al tema nos dice que se debe definir conceptualmente de manera

conceptual clara el crimen organizado, pues resulta esencial para poder realizar una medición de él, para enfrentar al crimen organizado será imposible si no nos ponemos de acuerdo en la realidad que este concepto captura. (MEDINA ARIZA, 1999)

Otro beneficio importante de encontrar una definición sobre que hablamos cuando decimos crimen organizado y las actividades que giran en torno a este concepto es que nos ayuda a responder las interrogantes de por qué ocurre, cuándo y cómo lo hace, lo cual expone ante nosotros las claves para controlarlo.

2.2.3. Dificultades criminológicas para comprender la criminalidad organizada

La aproximación de la Criminología al objeto de estudio criminalidad organizada no es tampoco nada fácil, pese a que para los penalistas exista acuerdo en considerar este tipo de criminalidad como una noción prevalentemente empírico – criminológica.

Hay una desproporción entre la gravedad del fenómeno y la relativa pobreza de estudios criminológicos sobre este tema. Las dificultades son de distinta índole. Desentrañar estos inconvenientes cognoscitivos es la primera tarea de este trabajo.

Una primera dificultad proviene de la misma disciplina criminológica, de la forma de comprender el fenómeno criminal. Existen dos dimensiones de aproximación criminológica bastante distintas: una dimensión de la reacción social frente a comportamiento definidos legislativamente como criminales, y otra dimensión fenomenológica de los comportamientos antisociales que pueden ser referidos a la noción sociológica de criminalidad. La cuestión que está detrás es qué se entiende por criminalidad, asunto que de siempre se ha dividido a la Criminología y ha comprometido las relaciones con el Derecho Penal.

Durante decenios la Criminología y la ciencia penal se han medido con problemas teóricos y epistemológicos ligados a la definición de criminalidad que debía ser

objeto de estudio. Mientras que la llamada criminología positivista daba por válida la definición legal que el otorgaba el Derecho Penal, la Criminología crítica supuso un cambio de paradigma poniendo el acento en el etiquetamiento selectivo de ese proceso de definición, no siempre acorde con valoraciones generales de la sociedad. El debate siempre ha estado cifrado en si existe o no, un concepto de criminalidad, si este tiene una definición social o acaso se trata de un proceso construido a través de los agentes criminales.

Se trata de lo que los criminólogos denominan modelos interpretativos diversos, como los modelos de tipo jurídico, elaborados en las legislaciones, con el fin de disponer de medidas para prevenir y reprimir el crimen organizado, y, modelos de tipo sociocultural, basados en el análisis de la interacción entre la “cultura” de la criminalidad organizada y el del ambiente externo a la misma y los de tipo estructural y económico, centrados en el análisis de la estructura de estas organizaciones y su interacción con los sistemas social, económico y político.

Así, la óptica del criminólogo sería muy distinta del de las agencias que administran justicia. Por un lado, para el profesional de la criminología es indispensable encontrar una conceptualización que sea útil para poder aprehender dicha realidad, el jurista, en cambio, elaborará definiciones que pertenezcan al ámbito jurídico, su objetivo será el de proveer de instrumentos para combatir aquellos comportamientos que son denominados por el Estado como ilegales. Las dos visiones son contrapuestas, una se aboca a encontrar las causas, factores, o características para poder prevenir tales actos, la segunda es punitiva y corresponde a una visión penal, donde se busca reprimir a los autores.

Para Baratta debe quedar claro que para construir un discurso científico sobre el referente material de la criminalidad organizada, debería construirse con categorías

conceptuales diversas a las usadas por el sistema de justicia criminal de manera autónoma, toda vez que el discurso penal construye a la criminalidad y, por tanto, criminaliza. Si se pretende buscar una política criminal alternativa a la penal, debe optarse por una definición extrapenal. (Baratta, 1999)

Las modernas teorías criminológicas ponen el acento en el constructivismo, esto es, en un proceso de definiciones y construcciones sociales sobre determinados comportamientos que se definen como criminales (Sheerer, 1997). Siguiendo los postulados sociológicos de Luckman y Berger, en el sentido que la sociedad construye culturalmente sus instituciones sociales y jurídicas, también se puede afirmar que construye su propia criminalidad en un proceso interactivo de comunicación a través de sus instancias sociales y jurídicas. (Luckmann & Berger, 1995)

Así, no es solo un proceso unidimensional que viene solo de la sociedad, o solo de las instancias jurídicas, sino un proceso de retroalimentación constante en la que participan todas las vertientes comunicativas. (Hassemer, 1999)

Ello significa que para entender qué es aquello que estamos estudiando, en nuestro caso criminalidad del tipo organizada, deberemos considerar tanto las construcciones sociales, como las jurídicas, toda vez que ambas darán contenido a una concepción material, sociológica de esta tipología criminal y, sobre todo, serán útiles para la comprensión social del fenómeno y su prevención. Nuevamente hay que decir que la comprensión social del fenómeno criminal es el primer punto de partida para su mejor prevención.

Otra dificultad añadida para encontrar una noción material de criminalidad organizada es que tradicionalmente se ha estudiado la desviación social como un

fenómeno individual de relación hombre/sociedad, y en este caso no estamos ante un comportamiento individual, sino ante un fenómeno social y/o de grupo.

Fue el criminólogo alemán JÄGER el primero en señalar este aspecto en su importante monografía Makrokriminalitas. Este autor empieza a reclamar un cambio en el interés cognoscitivo del análisis de determinados tipos de criminalidad, hasta entonces focalizado en la criminalidad, como fenómenos personal o individual, para mutar hacia la observación de la denominada “criminalidad de grupo”, centrándose en la “dimensión colectiva del delito”, este le brinda características y potencialidades especiales, sobretodo en una sociedad como la que vivimos actualmente, interconectada al extremo de facilitar la inmediatez de las actividades criminales. (Jäger, 1989)

Para este autor, el núcleo de análisis de la Macrocriminalidad gira en torno de las formas de violencia, las cuales presentan características como ser eventos de violencia gravísimas, de consecuencias severas y realizadas por un colectivo, entre las que podemos reseñar: delitos de guerra, asesinatos selectivos de una colectividad, conflictos a causa de ideas religiosas o movimientos culturales, lucha de guerrilleros, movimiento revolucionarios y contra revolucionarios y agudas crisis políticas de masa, y, en general, en la dimensión colectiva del delito. Así, el autor realiza una aportación importante en el estudio de variables que presenta la violencia, la más importante de ellas, ligada a nuestro tema, la colectiva; esta característica la enmarca en un entorno que él llama Macrocriminalidad, adelantándose en el análisis de lo que luego se haría evidente en el siglo XXI con las formas de terrorismo indiscriminado, las nuevas guerras y la violencia urbana.

Aunque según la conceptualización de Jäger la Macrocriminalidad sería una tipología más genérica aún que la criminalidad organizada, la aproximación cognoscitiva de un

estudio que supera el objeto de la conducta individual aislada, para conocer la conducta como parte de una acción colectiva interconectada, supone necesariamente analizar los sucesos en un plano macro, donde la conducta puede no ser discrepante sino conforme a las reglas de la macro, donde la conducta puede no ser discrepante sino conforme a las reglas de la colectividad, en la que hay que tener en cuenta la parte de iniciativa de sus componentes, los motivos, los intereses, los roles que juega la conducta en el suceso colectivo. En suma, esta aproximación criminológica supone un cambio de paradigma respecto a la criminología tradicional, que puede resultar muy interesante para comprender la criminalidad organizada; no en vano, como se verá después, está relacionada con la violencia colectiva, el terrorismo y la criminalidad empresarial.

Tercera dificultad: varios autores han puesto en evidencia las disímiles teorías y tipologías sobre el carácter del ser humano y su incidencia en la criminalidad organizada. Este es un fenómeno dinámico, cambiante, que va adaptándose a las grietas de la sociedad. Si bien esta observación es de carácter sociológico, nos es imposible limitar a una sola definición un fenómeno tan versátil como el de la criminalidad. Franco Ferracuti y Francesco Bruno manifestaron la rapidez de adaptación del fenómeno criminológico, en *Desafío de la Criminología y del Estado*, expresaron también, las profundas transformaciones sociales y la incapacidad de los instrumentos clásicos de la criminología para combatirlo e incluso entenderlo, dado que es un fenómeno que no se contrapone, necesariamente, a los valores de lo que se considera como una sociedad sana, y es complicado de patologizar. Esta característica hace que el fenómeno social comentado sea diverso tanto en relación a los hechos fácticos, los móviles y las estructuras propias que conforman este universo conocido como de la criminalidad organizada.

Este, es realmente un universo que constituye en realidad una forma de estratificar la criminalidad de forma bastante amplia, en la medida que en esta van a converger delitos diversos, mecanismos de comisión distintos, móviles dispares, número de actores que podrán variar según la necesidad de la organización. Como afirma Ponti, en la actualidad la llamada gran criminalidad se ha transmutado, adquiriendo diferencias sustanciales respecto a lo que el criminólogo clásico ha estado familiarizado. (PONTI, 1999)

Y esto tiene que ver con las dificultades epistemológicas de la propia Criminología que reseñábamos al comienzo, de tener como objeto de estudio el delito o el control social. La Criminología, si bien es una ciencia social, lo que principalmente le ha interesado han sido los delitos, es decir, aquellas actividades ilícitas, no tanto las desviaciones conductuales legales de las personas. Es decir, a esta ciencia le importan aquellas conductas que traspasan la línea de lo lícito más no aquellas que son expresiones de poder, en las que, los fenómenos conductuales son compenetraciones o consensos dentro del campo de la legalidad. Se ha podido apreciar que las herramientas e instrumentos utilizados por la criminología son idóneos al momento de trabajar sobre aspectos conductuales ilícitos, más cuando se trata de conceptualizar aquellos dentro de la licitud carece de las herramientas correctas para hacerlo.

Es decir, si se trata de realizar una conceptualización general, parece difícil hacer generalizaciones toda vez que son pocas las características que se repiten en la realidad, pues estamos realmente ante un fenómeno realmente cambiante, volátil, con gran capacidad de adaptación al medio social legítimo.

Por eso será conveniente, más que establecer generalizaciones o individualizaciones, dilucidar características esenciales y las contingentes.

Propongo una aproximación a través de varios factores, esto es, atendiendo a diversos enfoques posibles de su estudio, reconociendo que ninguno agota por sí solo la capacidad de rendimiento de una construcción teórica y que, los diversos factores se entrecruzan en la realidad social:

Una posibilidad de aproximación a un concepto de criminalidad organizada es histórica, analizando cómo y cuándo surge en nuestro ámbito cultural. Ello nos daría claves también para comprender cuándo se da el etiquetamiento del lenguaje y cómo ha ido cambiando en su devenir histórico.

Una segunda aproximación es la de representaciones sociales, qué es lo que en el lenguaje coloquial se entiende por criminalidad organizada. La utilidad de este enfoque está en el lenguaje captura con sus representaciones. Ahora bien, esta aproximación adolece de la relatividad de las representaciones de cada sociedad, por lo cual su capacidad generalizante es muy rudimentaria.

Por último, una posible aproximación es la de las definiciones internacionales. Los convenios internacionales de cooperación para luchar contra la criminalidad organizada a nivel de Naciones Unidas y regionales a nivel de la UE contemplan una serie de definiciones útiles para llegar a acuerdos especialmente en lo que se refiere a la criminalidad organizada transnacional.

Las limitaciones de estas definiciones provienen de su alcance regional y de que muchas veces son impuestas por los países más poderosos.

Otra aproximación posible es descriptiva, esto es, señalando los comportamientos de carácter delictivo que se consideran comprendidos dentro de esta rúbrica criminalidad organizada. No puede obviarse que esta aproximación es incierta en la medida que previamente tendría que tenerse claro qué se entiende por criminalidad organizada, cuestión precisamente difícil de consensuar. En la aproximación descriptiva hay un

círculo vicioso del que es difícil de salir sin la aceptación de prejuicios. El rendimiento teórico de esta aproximación es bastante pobre, como es lógico, pero puede ser útil en las medidas que ayuda a comprender sus manifestaciones.

Otra dimensión, que resulta interesante es la centrada en la subcultura de la criminalidad organizada, esto es, una aproximación de tipo antropológica o sociológica al estudio de la misma. Este tipo de análisis es importante para conocer los aspectos etiológicos, los factores determinantes o favorecedores de la criminalidad organizada y, por tanto, son fundamentales para su eficaz prevención. Esta aproximación es útil para la programación de políticas criminales preventivas más que de tipo represivo. Ninguno de estos enfoques por sí solos son suficientes para lograr una definición de criminalidad organizada, pero todos ellos a la vez pueden coadyuvarse a comprender su dimensión y a establecer características comunes de lo que ella es.

2.2.4. Principales factores que explican la existencia de la criminalidad organizada

En la actualidad se pueden identificar ciertos factores culturales, económicos y políticos que pueden favorecer el desarrollo de la criminalidad organizada. Como en el caso de Italia y en el de Colombia, pese a que se trata de dos países totalmente diferentes en cuanto a su grado de inserción en el modelo capitalista mundial, se han dado una serie de estructuras sociales similares que han condicionado espacios de impunidad, vacíos de poder, incapacidad del Estado para otorgar protección y seguridad a sus ciudadanos. Debe aclararse que la noción de seguridad que se maneja no es simplemente la de protección física, sino una concepción más amplia, que implica un bienestar mínimo que otorgue indemnidad a un ser humano para no ser

objeto de poderes fácticos coactivos, que no se convierta en un ser vulnerable, objeto de tráfico o explotación (bienes de mercado ilegal), ni en recambios dóciles de la criminalidad organizada. Así, el Informe sobre Desarrollo Humano del PNUD remarca que el concepto de inseguridad mundial está relacionado con las amenazas que imponen el terrorismo y el crimen organizado, estos de algún modo se deben a la interacción entre pobreza y conflictos armados en muchos países en desarrollo está cobrando vidas a gran escala, no sólo en términos de víctimas sino también en la velocidad que estas se producen, lo tiene la consecuencia directa de impedir el alcance de las metas de los Objetivos del Milenio. Alcanzar estándares mínimos en los países pobres es la primera línea en la batalla para conseguir paz mundial y seguridad colectiva. (ONU, 2005)

Intentaremos sistematizar los factores culturales, y otros que coadyuvan al aumento sostenido de la criminalidad organizada. Debo resaltar que la diferenciación entre factores culturales, económicos y políticos es solo a efectos explicativos, pues todos están totalmente imbricados. Además, debe reconocer que los diversos factores son a la vez causas y efectos, es decir, han favorecido la existencia de la criminalidad organizada ha significado una potenciación de estos factores.

2.2.5. Factores culturales

- El uso de la violencia para resolver los conflictos, establecer un determinado “orden” comunal o grupal, o como “medio legítimo” para gestionar las relaciones sociales. Los códigos venganza y honor están también asociados al uso de la violencia. Se trata de una violencia de tipo estructural, donde los factores económicos y políticos del país son determinantes para consagrar desigualdades, impedir la participación política de ciertos sectores, bendecir que determinados sectores sean los que tengan acceso al

poder. Es decir, la violencia en las sociedades en que se favorece a la criminalidad organizada es un medio de vida para sobrevivir en situaciones hostiles, desiguales, donde el vulnerable tiene que buscar protección, sino del Estado, de los grupos criminales.

- El prestigio social de adquiere por la obtención de riqueza, sin importar cómo se logra. Es decir, en ambas culturas se asume las muertes y las violencias privadas, como un proceso “natural” para lograr un “cierto orden”. Además, la población conoce el nombre de los “capos”, pero se da una cierta connivencia con la criminalidad organizada, sino cierta admiración por el más fuerte. Recordemos que decíamos que el bandolerismo siempre ha tenido un aspecto atrayente. Los mafiosos saben explotar esta imagen y viven de ella. En sociedades en las que hay poca movilidad social, el dinero fácil tiene un poder de atracción impresionante. En sociedades como las actuales, en las que se ha impuesto la cultura del dinero, del prestigio (honor) a través de la obtención del lucro, se da el caldo de cultivo de la corrupción y, de ahí, el paso hacia la criminalidad organizada es más fácil.
- Lógicamente, predomina el código cultural de banalización a la ley. Ya sea porque explotan la imagen de un Estado deslegitimado o de un Estado centralista, lo cierto es que la desobediencia al orden establecido, la anomia, es un factor fundamental para que prolifere la criminalidad organizada. No hay que olvidar que el gran crimen organizado pretende erigirse como un poder alternativo al Estado, más “justo”, que otorga a los ciudadanos aquello que éste no da; de ahí que la deslegitimación del Estado y del Derecho le sea funcional a la criminalidad organizada.
- El uso excesivo de la violencia, la banalización del orden establecido, el asumir sin remordimientos los asesinatos y coacciones, los riesgos que esta actividad comporta, solo pueden explicarse en grupos humanos que viven el presente sin importar el

mañana. Los jóvenes suelen ser la cantera de la criminalidad organizada. Una suerte de fatalismo y negativismo impulsa a los jóvenes sicarios a dedicarse profesionalmente al asesinato. Para ellos no hay esperanza en la sociedad y todo está corrompido; saben que morirán pronto. Ante la alternativa de una vida triste y miserable como la de sus padres, el crimen organizado les ofrece dinero, poder, riqueza y una vida excitante, la elección está clara.

- Relacionado con esto último está la cultura de lo que los ingleses llaman *opting out*: la lucha contra la sociedad existente a través de su negación (Dahrendorf, 2005). La evasión que proporciona la droga, el alcohol, el consumismo, respecto a la inconformidad de muchas personas o la carencia de sentido en sus vidas, puede hacerse también con las pertenencias a grupos cerrados o totalitarios. La proliferación de los grupos sectarios, fanáticos o religiosos fundamentalistas son buenos ejemplos de ello, que pueden desembocar en el terrorismo, pero también lo son las bandas juveniles o los grupos racistas o xenófobos.
- La cohesión del grupo la da la procedencia étnica. Es decir, en pleno proceso de globalización, la criminalidad organizada da “refugios” de pertenencia a una etnia o nación. Siguiendo a Castells: “Cuanto más global se vuelve el crimen, más destaca su componente étnico para no desaparecer en el torbellino del espacio de los flujos”. Siendo el hombre un animal gregario, el grupo criminal da sentido de pertenencia, de refugio, de protección sobre todo anímica. Precisamente uno de los temores del hombre de hoy es la soledad, el aislamiento frente a las fuerzas incontrolables del mercado, de los grupos económicos, de la falta de capacidad del Estado para imponer ciertas políticas protectoras de los ciudadanos. Frente a estos temores, los más vulnerables, los jóvenes, los parados, las mujeres, los niños, son presas fáciles de grupos que los capturan ya sea para objeto de mercancía ilícito, o para pertenecer a los

grupos criminales, la criminalidad organizada obtiene su fuerza de la “pertenencia” a una cultura, una etnia, a una nacionalidad; es lo que le hace compartir códigos y valores comunes. En algunos casos, hay que añadir también el papel de la familia y de la parentela, como en el caso de la mafia siciliana.

- La subcultura mafiosa: Especialmente en lo que respecta a la mafia siciliana los antropólogos han incidido en la existencia de una verdadera subcultura que convive con la cultura dominantes, dado que los valores compartidos son contrarios a los que se promueve desde el Estado de Derecho. La permanencia de ritos y mitos, creencias y reglas, símbolos y modelos de comportamiento inclinan la interpretación de la conducta mafiosa como producto de una auténtica subcultura. Los códigos de honradez, honor, deberes y lealtades, la regla de la omertá, del silencio, dan cohesión al grupo y esa idea de “pertenencia”. Lo complicado es que esta subcultura tiene influencia en la cultura que se pretende imponer desde el Estado, en la medida que compite con ella y pretende erigirse como “mejor”. Este aspecto dificulta sobremanera la función de motivación de las normas penales e incide en el tratamiento criminológico subcultural.

2.2.6. Factores Económicos.

Las interpretaciones económicas tanto de la mafia, como de los cárteles colombianos permiten establecer factores condicionantes para la violencia y la debilidad de los Estados frente a la criminalidad organizada. Evidentemente no estamos ante dos supuestos similares, dado que se trata de grupos criminales que se incardinan en dos sociedades muy diferentes, por lo que más que considerar factores económicos comunes, señalaré diversos factores que pueden darse en una u otra sociedad, pero que son favorecedores de esas estructuras sociales.

También, del desarrollo de las características de ambas formas de criminalidad organizada se desprende que estamos, fundamentalmente, ante una criminalidad del lucro ilícito. Esto significa, en primer lugar, que se trata de una criminalidad que se sirve del mercado, de las relaciones capitalistas de producción, que tiene como fin la maximización de los beneficios, esto es, el logro de la mayor ganancia posible entre inversión y rentabilidad. En este sentido, es similar a cualquier empresa, que tiene el mismo interés económico, y, se desarrolla según las mismas reglas económicas de la oferta y la demanda. En segundo lugar, la criminalidad organizada obtiene el lucro principalmente el valor añadido que el da a la mercancía su carácter ilícito. Al margen del significado de carácter ilícito de la mercancía que se analizará en el apartado subsiguiente, cabe señalar que, por tanto, la criminalidad organizada transcurre por otro mercado, el mercado ilegal, incluso se aprovecha de las fisuras del mercado legal, para infiltrarse sobre todo con el dinero negro.

2.2.7. Características esenciales

La Organización

El elemento fundamental de aquello que estamos estudiando e investigando, es la existencia de una organización criminal, sin esta el crimen organizado sería vacío. Esto es, la simple concurrencia de más de dos personas no la genera, sino que debe de existir una “ordenación formal de actividades consecutivas y ordenadas encaminadas a la ejecución de actos que deben tener objetivos específicos y comunes”; es lo que los sociólogos denominan sistema social.

Lo esencial dentro del concepto organización – independiente de su legalidad– son los objetivos y fines comunes, pues esto imbuye sus actos en un plano de decisiones coherentes con los fines grupales en tanto que dichos fines van a determinar sus características: estructura, fines intermedios, división de las labores, los nexos entre miembros, el sistema jerárquico, entre otros.

El papel estelar dentro de este tipo de organización lo tienen sus objetivos, sea en el largo o mediano plazo realizarán actos punibles, siempre con un fin último: el ánimo de lucro. Es importante, para poder dilucidar con profundidad lo sustantivo de esta figura, insistir en sus elementos constitutivos, remarcando aquellos que son propios de una organización criminal:

- Determinación de los objetivos comunes. Algunos autores lo consideran como el elemento rector de la organización, en realidad este es el fin básico de la agrupación humana, en la medida que orienta totalmente el actuar, modo y fines, de la misma. Como hemos comentado, tanto la estructura, la división de labores, el nexo entre los miembros, todo está orientado hacia los fines de la organización. Ello porque la existencia de la propia organización tiene su razón de ser a partir de que varias personas consideran que la mejor y a veces única manera de conseguir los objetivos es asociándose con otros y dividiendo el trabajo cordialmente. Si el objetivo pudiera conseguirse personalmente, no habría organización. Por otro lado, existen diversas clases de objetivos: legales o ilegales, manifiestos o no manifiestos, finales o mediatos, comunes o personales.

En el caso de la organización criminal obviamente los objetivos son ilegales y no manifiestos, en la medida de tratarse de la comisión de delitos y, dado que son actividades al margen de la ley, esto es que requieren de la

clandestinidad. Además, debe distinguirse los objetivos finales de los mediatos. El primero siempre será el lucro, pero ilícito, esto es aprovechamiento económico de las ventajas que da el tráfico ilícito; de manera que la comisión de delitos se convierte en un objetivo concomitante a la finalidad lucrativa, es decir sin la segunda no podrá conseguirse la primera. Entre los fines mediatos pueden existir muchos, como la realización de la violencia, la protección de algunos miembros, las alianzas con otras organizaciones criminales, las alianzas con el poder político o el poder económico, etc. Cabe destacar que en toda organización, aunque los miembros estén interesados en el objetivo común, los individuos tienen fines propios, que no siempre coinciden con la organización. Puede ser, por ejemplo, el afán de poder, la utilización de medios más violentos por alguna satisfacción personal, o discrepancias ideológicas en organizaciones con fines ideológicos. Ello puede llevar a la creación de subsistemas dentro de la organización, a la tensión entre la organización y algún miembro, o los conflictos de grupos o de intereses.

- La división de las labores. En realidad es la división de funciones. La organización supone una distribución de roles, funciones, derechos y deberes coordinados en un sistema organizacional y dirigidos al objetivo final.

Ello supone la concurrencia de varios miembros o subsistemas. En la escala organizacional la distribución de funciones puede ser horizontal, cuando intervienen sujetos con el mismo rango funcional, y puede ser vertical, en el caso de que los intervinientes sean de distinto rango jerárquico. La división de las labores se debe a que sus miembros cuentan

con una especialización en determinados temas, distintos unos de otros, eso explica que se hayan unido en primer lugar. En los grupos criminales existe cierta profesionalización de los integrantes, aunque de distinto grado. Mientras más profesionalizado sea un miembro menos fungible.

- La estructura. Es el montaje de la organización, es decir el cómo se acoplan las partes, diferentes entre sí, pero unidas un rompecabezas perfecto. En teoría, las organizaciones son concebidas bajo una estructura que nace de un conjunto de reglas generales y duraderas que sirven para ordenar la partición de funciones, coordinar las actividades comunes, encaminadas a la realización del objetivo final. Por otro lado, desde la óptica criminológica, se entiende por estructura no solo la división de labores, sino también la permanencia dentro de ella, para la consecución de los fines ilícitos acordados.

Precisamente el elemento distintivo de la organización criminal, que la distingue de una mera coautoría o de actos preparatorios es la vocación del grupo de mantener su estructura más allá de la concreta realización de un delito, sino para la realización del objetivo general de comisión de determinados delitos, algo así como un *affectio societatis* ilícito. En efecto, la estructura dota de autonomía a la organización; o, dicho de otro modo, su existencia presenta como requisito esencial una estructura estable, más allá de la mera contribución personal de sus integrantes. De ahí que estos elementos, estabilidad y estructura sean consustanciales a la existencia de una organización criminal. De ello se desprende también la relativa fungibilidad de sus miembros. Relativa, porque la profesionalidad de algunos de sus miembros, o la capacidad de liderazgo, los puede hacer no

fungibles. La estructura es el andamiaje de la organización, y puede consistir en la división de labores, los medios personales y materiales, la infraestructura y los códigos de conducta comunes.

2.2.8. El lucro como fin último

Las organizaciones criminales buscan la obtención del mayor beneficio económico posible, aprovechando las altas ganancias que genera el tráfico ilícito, en relación a la mínima inversión. Es verdad que, como se ha visto, el riesgo que produce la comercialización de mercancías y bienes ilícitos es proporcional a las ganancias, pero también es verdad que dichas organizaciones buscan paraísos de impunidad, espacios de no derecho para desarrollar sus actividades con el mínimo riesgo posible. La búsqueda del beneficio económico es lo que mueve fundamentalmente a la criminalidad organizada. Vista desde la óptica del análisis económico del derecho, una persona solo se junta con otra si esta otra puede generarle algún tipo de retribución (económica de ser en la mayor parte de casos) o si la asociación es capaz de generársela, con independencia de esa otra persona. Ciertamente, existen organizaciones criminales que tienen otros objetivos menos crematísticos, como son las organizaciones criminales ideologizadas o las sectas. En estos casos, como son las organizaciones criminales ideologizadas o las sectas. En estos casos, como sucede con el terrorismo, precisamente este elemento le hace distinguirse de la criminalidad organizada estricta.

SEGUNDA SECCION

ASOCIACION ILICITA

1. Asociación Ilícita

➤ Concepto

En el Perú, la jurisprudencia ha avanzado un concepto, a partir de la caracterización del delito de asociación ilícita como tipo penal autónomo. En efecto, el Acuerdo Plenario N° 04-2006/CJ-116, del 13 de octubre del 2006, al identificar los elementos del art. 317 del CP, considera la asociación ilícita como una agrupación relativamente organizada, permanente o estable, con un mínimo de personas, y destinadas a cometer delitos. Por su parte, la ONU ha dicho sobre la criminalidad organizada que esta forma de criminalidad está caracterizada por la existencia de un grupo estructurado de más de 3 personas, con una existencia temporal, para realizar más delitos sumamente graves, a fin de obtener un beneficio económico o material.

La Ley N° 30077 denomina organización criminal en términos parecidos a los dos conceptos anteriores, bajo las características básicas de asociación de individuos, con labores definidas y repartidas, con alguna estratificación, con el fin de coordinar y llevar a cabo actos ilícitos señalados en el art. 3 de la acotada Ley (art. 2, inc. 1).

Se ha dicho que una peculiaridad o modus operandi de estas agrupaciones son las dinámicas de abuso de poder, intimidación, gestión de sus recursos humanos y la obtención de algún tipo de poder sea este político o económico.

Cabe señalar que consideramos que el DL N° 1244 es un paso importante en la lucha contra este tipo de criminalidad, pues le da al Estado y a los operadores de justicia un entendimiento más amplio de la criminalidad.

➤ Principales características sustantivas

Nueve son las notas características del crimen organizado:

1. La permanencia. Indica que la fundación y la vigencia operativa de los grupos criminales es por su propia naturaleza indefinida.
2. La estructura. Permite ordenar las actividades y mantiene la cohesión de los grupos criminales.
3. Los negocios ilícitos. La criminalidad organizada moderna es sobre todo una criminalidad de mercado, esto es, la organización de la oferta de servicios ilícitos en el mercado. Esta característica la diferencia con nitidez de la criminalidad violenta tradicional que no produce ni vende, pues ella solo quita o despoja.
4. La planificación. Requiere de un planeamiento estratégico y táctico para la ejecución eficiente de sus actividades.
5. Las redes de protección. Requiere construir o solventar mecanismos de impunidad.
6. La movilidad internacional. El modus operandi de los delitos que son realizados por los grupos criminales se base en circuitos de producción, provisión, distribución o expendio que se localizan en diferentes países y regiones.
7. Las fuentes de apoyo. Requiere un eficiente sistema de soporte técnico o profesional, logístico y social.

8. El fin lucrativo. Las organizaciones criminales se conforman y operan como unidades de negocios.
9. La alianza estratégica o táctica. La globalización de mercados ilegales, el crecimiento de la demanda y la necesidad de diversificar los stocks de los bienes y servicios prohibidos ha colocado a las organizaciones criminales modernas en la alternativa de fusionarse o compartir proyectos y riesgos comunes, generándose entre ellas alianzas de cooperación de la táctica y la estrategia.

De otro lado, cinco son los factores comunes que permiten identificar las unidades de crimen organizado:

- a) Actividades criminales de una naturaleza grave cometidas en una forma planeada con la perspectiva de obtener un beneficio.
- b) Una división jerárquica del trabajo tipo empresarial y continua que incluye sanciones internas y disciplinarias.
- c) El uso de violencia e intimidación real o implícita.
- d) El ejercicio de influencia sobre funcionarios electos y nombrados y otros pilares de control social y líderes de opinión dentro de la sociedad, o su corrupción.
- e) Posibilidad de afectar la gobernanza al interior de los Estados, pues el crimen organizado tiene la posibilidad de infiltrar la estructura estatal o representar una amenaza tan grande que impide el normal desarrollo de las funciones estatales.

➤ Principales delitos comprendidos

El art. 3 de la Ley N° 30077, modificada por Decreto Legislativo N° 1244, establece para la criminalidad organizada, una serie de delitos, entre los principales tenemos:

Los delitos relacionados al homicidio, secuestro, trata de personas, pornografía infantil, genocidio los cuales son especialmente crueles en su ejecución y consecuencias; extorsión, usurpación, lavado de activos, relacionados con el fin lucrativo constitutivo de estas organizaciones.

➤ Aspectos Procesales

1. Ámbito de Aplicación

La investigación, juzgamiento y sanción para los integrantes de la organización criminal, señalados en el art. 3 de la ley, se rige por el NCPP (art. 4 de la Ley N° 30077).

Empero, más allá de incorporar, objetivamente, dentro de las disposiciones del NCPP: fuero competencial material, en cuanto presupuesto del órgano jurisdiccional referido a la competencia penal, la ley en referencia debe analizarse en bloque con los cambios producidos por la Ley N° 30076. Así, no solo se configura un procedimiento con especialidades procedimentales, también el proceso común se ve modificado buscando rodear de mayor claridad y eficacia a numerosas instituciones del proceso penal, especialmente en el ámbito de las medidas coercitivas – proceso de coerción-, de las medidas instrumentales restrictivas de derechos, de los actos de investigación especiales y derecho probatorio penal.

Se busca poner actualizado el proceso, para afrontar este nuevo fenómeno delictivo grave, dotándolo de eficiencia y solidificando su espíritu persecutorio.

2. Cambios globales realizados al proceso

La Ley N° 30076, en lo pertinente y en lo que, por extensión, es propio para el “proceso con especialidades procedimentales contra el crimen organizado”, incorporó dieciséis cambios, sin perjuicio de las modificaciones que inciden en el Derecho procesal de ejecución y en el proceso supletorio referido a la cooperación internacional, sobre esta materia.

Son los siguientes:

- La titularidad de la acción penal, a cargo del Ministerio Público, encuentra una precisión, respecto a las relaciones con la policía. El incorporado apartado 4) del art. II del TP NCPP obliga al fiscal a tener en cuenta la organización administrativa y funcional de la PNP, fijada en el ordenamiento. De tal suerte, que no es posible disponer una comisión investigativa a un órgano policial no habilitado legalmente para una determinada clase de delitos.
- La investigación del delito bajo la conducción del MP impone la colaboración con la PNP, en forma conjunta y coordinada. A estos efectos la Fiscalía debe diseñar protocolos de actuación. Con esta finalidad, el fiscal de la Nación ha de dictar las correspondientes “Instrucciones Generales” y coordinará con el órgano policial encargado de la coordinación con el MP. El problema, que pretender superar la ley, empero, siempre estará sujeto a tensiones y, al final de cuentas, al modo de

entender al dirección jurídica y la conducción de las investigaciones como base del señorío del fiscal respecto de esa etapa procesal. Por lo demás, es distinto mencionar un reglamento de ordenación de diligencias y, de otro lado, un protocolo de actuaciones.

- Sobre la base de que es el fiscal quien decide la estrategia de investigación del caso concreto, sin embargo deberá escuchar las recomendaciones que, al efecto, le brinde la PNP. En esta perspectiva, el informe policial debe indicar, cuando estas se hayan emitido, su contenido y resultado. El principio de legalidad guía la actividad de investigación, al que someten el MP y la PNP. Ello impone capacitaciones conjuntas en lo que al ámbito de coordinación corresponde.
- El art. 67 del NCPP fija el marco de la función policial de investigación del delito. La nueva ley solo cambió la frase “en su función de investigación”, por la frase “en cumplimiento de sus funciones”. Esta última aclaración no es razonable, primero, porque la policía tiene su marco de relación de subordinación funcional con el MP exclusivamente en el entorno de la investigación; y, segundo, porque en las demás funciones policiales, no existe vínculo alguno.
- El abogado defensor, en el ejercicio de la defensa o patrocinio, no puede, legalmente, presentar mecanismos dilatorios que entorpezcan el correcto funcionamiento de la impartición de justicia. Dicho de otro modo, se le prohíbe presentar recursos con un fin único de entorpecer la búsqueda de la justicia. Esta adición al art. 84 del NCPP si bien ratifica el principio de moralidad procesal, es reiterativo de la prohibición genérica establecida

por la Ley Procesal Común, el art. 112, inc. 6 del CPC, sobre la actuación de mala fe procesal o temeridad.

- El art. 85 del NCPP ha sido ampliamente reordenado. Primero, se precisó en el caso de diligencia no inaplazable que el abogado de oficio designado exige la reprogramación de la diligencia por una sola vez. Esta reprogramación también será en el caso de que se realice un cambio en la defensa por el nombramiento de un nuevo abogado de confianza. Eso porque se construyó mal la frase del último extremo del 2° apartado; en vez de una coma, debió consignarse un punto seguido y, de este modo, evitar el gerundio. Segundo, la inasistencia del defensor que no asiste injustificadamente a una diligencia o que abandona la diligencia que está desarrollándose (amonestación, multa y suspensión). Tercero, la renuncia no libera al abogado de la defensa de participar en diligencias urgentes a las que ha sido citado, además que se exige que aquella debe ponerse a conocimiento del juez mínimo 24 horas antes de que vaya a realizarse la diligencia. Cuarto, la aplicación de la sanción es de conocimiento y registro por la Presidencia de la Corte Superior – lógica de lo que se denomina “dación en cuenta”-, y la ejecución efectiva es atribución del Colegio de Abogados. Un símil se procederá, como es obvio, aunque no se diga, respecto de la Corte Suprema.

- En materia de confesión se incorpora a los presupuestos formales o intrínsecos de la confesión las notas de sinceridad y espontaneidad, que importan, primero, la aceptación de cargos sin ocultar nada conocido por el imputado respecto del hecho, de sus circunstancias o de la intervención

de otras personas; y, obviamente, en la primera oportunidad, sin reticencias ni demoras.

La Ley N° 30077 incorporó seis cambios específicos – que dan lugar a un proceso con especialidades procedimentales- en: i) el plazo de Diligencias preliminares e investigación preparatoria formal; ii) en las medidas instrumentales restrictivas de derechos – el NCPP, bajo inspiración italiana, la denomina “búsqueda de pruebas y restricción de derechos” – de interceptación postal, intervención de comunicaciones, levantamiento del secreto bancario, reserva tributaria y bursátil e incautación; iii) en los actos especiales de investigación, a los que incorporó los actos de seguimiento y vigilancia, la información por las personas públicas y privadas – morales y naturales -; iv) en el derecho probatorio: incorporación de la prueba trasladada y en las pruebas del extranjero. De otro lado, v) estableció que rige el NCPP – la aplicación del NCPP para este procedimiento se generalizó – y que la competencia corresponde a la Sala Penal Nacional – es un fuero ordinario especial.; además, vi) adelantó la vigencia las medidas de protección y el proceso por colaboración eficaz.

La misma Ley N° 30077 incorpora doce cambios en el NCPP, que rige para todo el ordenamiento procesal penal. Son los siguientes:

La interceptación e incautación postal, producido el mandato judicial, la apertura, examen y análisis de la correspondencia y envíos se efectuará en el lugar donde el fiscal considere más conveniente para los fines de la investigación – ya no será en la oficina fiscal, como era antes.

El control de comunicaciones: intervención, grabación o registro de comunicaciones telefónicas, radiales o de otras formas de comunicación,

incluye ahora la geolocalización de teléfonos móviles. El cambio importa, además, que el ejecutante del control es la Fiscalía o la dependencia policial que se indique, la comunicación a las empresas que dan soporte y/o brindan servicios públicos de telecomunicaciones será a través de un oficio que contendrá la parte pertinente de la resolución autoritativa; que los concesionarios deben facilitar en forma inmediata lo ordenado en tiempo real y en forma ininterrumpida, todos los días del año, y sus servidores deben guardar secreto, salvo que se les cite como testigos; que los concesionarios deben otorgar el acceso, la compatibilidad y conexión de su tecnología con el “Sistema de Intervención y Control de las comunicaciones de la PNP”, incluso al renovar sus equipos; que el plazo de la interceptación es no superior a 60 días- antes era de treinta días-, que puede renovarse por plazos sucesivos a instancia del fiscal por el juez de investigación preparatoria.

El registro de la intervención de comunicaciones se asegura mediante grabación. Lo recolectado- se utiliza indebidamente el término anglosajón de evidencias en vez de decir prueba material- se entrega al fiscal, quien debe conservarlas; durante la actuación de los denominados “actos de recolección y control de las comunicaciones” se dejan constancia en el acta; que el fiscal – indebidamente se consigna la intervención del juez pero este no interviene en la misma- ordenará el copiado de los datos relevantes en acta propia, sin que esto implique necesariamente el borrado de esos datos, pues podrá preservar la grabación completa, siendo el juez quien dispondrá la eliminación de las comunicaciones irrelevantes, si la investigación no se formaliza el fiscal hará lo propio; que el fiscal, con celeridad e inmediatez, comunicará al Juez las

grabaciones que se refieran a otros delitos; las actas de recolección y control de las comunicaciones relevantes.

En orden a las medidas de protección adicionales, y cuando se trata de organizaciones criminales, el fiscal una vez finalizado el proceso decidirá la continuación de las mismas, salvo que se trate de “reserva de identidad”, que tendrán carácter permanente.

El plazo ordinario especial de la investigación preparatoria para procesos complejos es de ocho meses, mientras que para organizaciones criminales es de 36 meses. Dichos plazos pueden aplazarse, ello lo decide el juez de investigación preparatoria. Además, un supuesto de complejidad se refiere a cuando se comprendan los delitos materia de esta Ley N° 30077, a los integrantes, los que actúan por encargo y los vinculados a organizaciones criminales.

Los delitos en los que participará la figura de colaboración eficaz son, además, los casos de criminalidad organizada previstos en la ley de la materia.

En lo concerniente al registro de la intervención de comunicaciones, si durante su ejecución se tome conocimiento de delitos contra la vida e integridad personal, y cuando se trata de delitos especialmente gravosos como pueden ser, terrorismo, tráfico de drogas ilícitas o secuestro, siempre que se presuma su consumación en las próximas horas, el fiscal como una medida excepcional incorporará dicho número al procedimiento de intervención ya existente, siempre que se haya previsto esta eventualidad, será el juez quien determinará su validez. Las medidas de protección, serán variadas, pudiendo adoptarse la salida del país con una calidad migratoria que permita al extranjero y sus

familiares, de ser el caso, residir temporalmente o realizar actividades fuera del Perú.

Un acto de investigación especial nuevo es la denominada “operación encubierta” focalizada en la criminalidad organizada para identificar bienes y personas. Estas serán de protección legal de personas jurídicas, de bienes en general – incluyendo títulos, derechos y otros de naturaleza intangible. Entre otros procedimientos, incluso la creación ficticia de personas jurídicas o la modificación de las existentes. Se abrirá un registro especial y las actuaciones sobre este acto de investigación especial no formarán parte del expediente, sino un cuaderno secreto, al que tendrán acceso los fiscales y jueces competentes.

Del proceso por delito de lavado de activos y otras formas de crimen organizado, lamentablemente, se eliminó la institución de la “búsqueda selectiva en bases de datos”, que incorporaban que la policía, por sí o a instancia del fiscal, realizará comparaciones de datos registrados en bases mecánicas, magnéticas u otras similares, siempre y cuando se trate del simple cotejo de informaciones de acceso público; y, si se trata de acceso a información confidencial o del análisis cruzado de las bases de datos, deberá mediar autorización judicial. Es absurda esta derogatoria del art. 15 de la Ley de Lavados de Activos, De. Leg. N° 1106.

Respecto a la investigación preparatoria se tiene dos cuestiones:

Plazo de las diligencias preliminares. Dicho plazo es de 60 días para todo delito vinculado a una organización criminal. La ley pondera este plazo y le da al fiscal la posibilidad de solicitar un plazo distinto, el pedido debe fundamentarse en razones de las características particulares, grado de

complejidad y circunstancias de los hechos objeto de investigación. De igual manera el juez deberá analizar la complejidad de la investigación, el grado de avance de esta, la realización de actos de investigación idóneos, la conducta procesal del imputado, los elementos probatorios o si existen indicios, la magnitud y grado de desarrollo de la presunta organización criminal, así como la peligrosidad y gravedad de los hechos vinculados a la organización criminal. Es conveniente recordar que los procesos bajo la figura de organización criminal se reputan complejos y esto lo deberá tener en cuenta el juez.

3. Tratamiento jurisprudencial

Sobre la consumación del delito de Asociación Ilícita para delinquir e inaplicación de duplicación de plazo prescriptorio, la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, en el recurso de nulidad N° 3527-2008 referido al delito de Asociación ilícita, determinó en su fundamento sexto que este se consuma con la mera pertenencia, teniendo en cuenta que si su finalidad es delictiva ya existe asociación ilícita y no cuando en el desenvolvimiento de sus actividades se cometen infracciones.

En su fundamento octavo, siempre refiriéndonos al caso puntual comentado, la Sala afirma que este delito tiene como elementos subjetivos el ánimo de formar o llegar a un acuerdo o acto con la finalidad de delinquir y no el desmedro del Estado, esto en función del artículo 80° del Código Penal.

TERCERA SECCION

LA CIRCUNSTANCIA AGRAVANTE DE ORGANIZACIÓN CRIMINAL

1. El concepto de Organización Criminal en los tipos agravados

Conforme a lo estipulado en la Convención de Palermo, un grupo delictivo es aquel que se entiende como todo grupo que se encuentra estructurado por más de tres personas, que debe existir durante cierto lapso y que ejecute actos delictivos, además debe tener como fin obtener un beneficio de carácter económico o material.

➤ Delitos Comprendidos

Como hemos venido comentando, las modificatorias a la ley sobre la criminalidad buscan reprimir una serie de delitos execrables, los cuales tienen la característica o distinción de violencia, en algunos casos crueldad, en otros las secuelas que dejan a las víctimas de ellos son profundas, así tenemos al homicidio calificado, al secuestro, a la trata de personas, pornografía infantil, todos estos muy graves y que vulneran derechos fundamentales, también se castiga dentro del marco de lo que venimos comentando delitos que atentan contra la propiedad, física, virtual o intelectual, y otros delitos producto de la guerra contra las drogas como pueden ser el tráfico ilícito de drogas, el reglaje, el lavado de activos y por último los delitos contra el patrimonio estatal.

➤ Agravantes especiales establecidas por el Art. 22 de la Ley N° 30077:

En este caso el juez tiene la facultad de aumentar hasta en una 1/3 por encima del máximo legado que ha sido fijado por el delito cometido, sin que en ninguno de los casos esta pena pueda exceder los 35 años, los supuestos se enmarcan en la condición especial del sujeto que comete el ilícito:

- a. Agente líder, el que se computa como el jefe o cabecilla y tiene labores de

administración, dirección y supervisión dentro del organigrama criminal de la organización.

- b. Agente que financia la Organización Criminal puesto que sin este sería dificultosa la existencia y duración de la organización.
- c. Agente integrante, puede darse el caso que solo sea una persona vinculada o que actúa por encargo de la Organización o si es un funcionario o servidor público, el que se ha aprovechado de su cargo, para cometer, facilitar o encubrir el delito.
- d. Si el agente utiliza a menores de edad u otros inimputables para la comisión del delito.
- e. Agente es integrante también cuando utiliza a terceras personas valiéndose de su conocimiento, profesión y oficio, o abusando de su posición de dominio, cargo, vínculo familiar u otra relación que le otorgue confianza, poder o autoridad sobre ellas.
- f. Agente hace uso de armas de guerra para cometer los delitos señalados.

➤ Consecuencias Accesorias

Todos aquellos delitos relacionados con el crimen organizado que hayan sido cometidos a través de una persona jurídica o que se hayan valido de la estructura de la empresa para favorecerlo, encubrirlo o facilitarlos tendrán las siguientes sanciones:

- a. Multa por un monto no menor del doble ni mayor del triple del valor de la transacción real que se obtuvo como beneficio económico por la comisión del delito.
- b. Clausura definitiva de locales o establecimientos.
- c. Suspensión de actividades por no más de cinco años.
- d. Prohibición de realizar actividades de la misma clase o naturaleza por realización de

comisión, favorecimiento o por haber encubierto el delito.

- e. Cancelación de licencias, Derechos y otras autorizaciones de carácter administrativo o municipal.
- f. Disolución de la Persona Jurídica.

2.3. Aspectos de responsabilidad social y medio Ambiente

- Organización Criminal: Grupo de personas que presenta peculiaridades, entre ellas, debe contar con una estructura estratificada, con delegación de actividades, creada con el objetivo de cometer actos ilícitos, debe tener también un fin lucrativo, entre otras características especiales.
- Asociación Ilícita: Se le denomina así al grupo de individuos constituidos con el fin de cometer un acto considerado contrario a la ley, sólo se requería dos o más personas, sin embargo estando a la última modificatoria tal requisito está constituido para Banda Criminal.
- Código Penal: Conjunto de normas de carácter punitivo, el cual cuenta con postulados que representan los postulados de la política penal estatal y de la doctrina jurídica.
- Responsabilidad penal: Consecuencia jurídica que se deriva de la realización de un acto que se encuentra tipificado o castigado por la ley penal, está dirigida al sujeto que ha sido imputado por la comisión de un delito.
- Seguridad Ciudadana: Esta es una política pública que pretende lograr, por medio de la colaboración de los particulares, la paz social a través de la erradicación de conductas delictivas o infractoras de las normas públicas.

CAPITULO III

METODO

3.1 Tipo de investigación

3.1.1 nivel de la investigación

Nuestra investigación es de carácter descriptiva - explicativa, porque trata de conocer y determinar las particularidades, rasgos o características de ciertos fenómenos, hechos, personas, grupos o entidades. En este caso el fenómeno de la criminalidad organizada y la necesidad de una tipificación de un tipo autónomo adecuado y específico que no entre en conflicto con otros tipos penales. También en alguna medida trata de identificar y explicar las relaciones o conexiones o efectos que se dan entre dos o más fenómenos o variables y encontrar las razones que la provocan. Pretende conocer las prácticas dominantes, opiniones y actitudes existentes, fenómenos en proceso, tendencias en evolución (Solis Espinoza, 2008, p. 100).

Es una investigación de tipo cualitativa, Según el autor NOGUERA RAMOS este enfoque se usa primera para descubrir y reformular preguntas investigación. Generalmente utilizan métodos de recolección de datos sin necesidad de la medición, como las descripciones y observaciones del fenómeno social. No le interesa medir numéricamente los fenómenos sociales, ni analizar estadísticamente los datos recolectados. (Noguera Ramos, 2014)

Otras de sus características, son las siguientes:

1. Son conducidas por temas de relevancia social.
2. Presentan y desarrollan preguntas (problema de investigación), e hipótesis antes, durante o después de la recolección y el análisis de los datos.

3. Esta actuación permite descubrir cuáles son los problemas o preguntas de investigación de mayor trascendencia y luego arreglarlas y responderlas, es decir, probar las hipótesis.
4. Pretende comprender el fenómeno social ocurrido y no en medir las variables.

➤ Diseño y método de investigación

El diseño es documental y contemporáneo evolutivo, en tanto que las fuentes son esencialmente la revisión de la doctrina, resoluciones y disposiciones fiscales, y es contemporáneo-evolutivo por que la información obtenida es con predominio de lo actual, pero se analiza el proceso de cambio que ha llegado hasta estos días sobre las figuras analizadas.

Los métodos aplicados en la presente investigación son deductivos, inductivos, de análisis-síntesis, exegético, comparativo y dogmático.

Es deductivo porque parte de principios o datos generales para tratar de explicar o conocer fenómenos particulares y es inductivo porque en base a los hechos o fenómenos particulares recogidos, trata de lograr explicaciones o conocimientos generalizables.

Utiliza el método de análisis y síntesis porque estudia la realidad desintegramiento sus elementos unos de otros; y luego, procura unir y recomponer los elementos.

Es exegético al analizar el tipo penal de asociación ilícita hoy organización criminal, y sus elementos objetivos y subjetivos.

Es dogmático porque “alcanza un mayor rigor teórico. Mientras que la exégesis trabaja fundamentalmente con normas legales, la dogmática recurre a la doctrina nacional y

extranjera, al Derecho Comparado y, ocasionalmente, a la jurisprudencia” (Ramos Núñez, 2014, p. 101-102).

3.2. Población y muestra

El universo de nuestro estudio está constituido por el conjunto de Juzgados Penales de Lima y Fiscalías Especializadas contra la Criminalidad Organizada con sede en Lima.

3.2.1. Población

El presente trabajo tiene como población a: jueces, fiscales y abogados litigantes relacionados al proceso penal.

3.2.2. Muestra

Para asegurar un nivel óptimo de coherencia y validez hemos buscado que la muestra sea suficientemente representativa de nuestro universo, que como hemos comentado serán profesionales relacionados al proceso penal. Hemos elegido el tipo de muestreo aleatorio simple.

3.3. Hipótesis

3.3.1. Hipótesis general

- Resulta amparable la incorporación de un tipo penal autónomo de integración o colaboración de una organización criminal en la legislación peruana, acorde con los principios de legalidad, lesividad, culpabilidad, fragmentariedad y proporcionalidad del Derecho Penal.

3.3.2. Hipótesis específicas

- El delito de asociación ilícita hoy llamado organización criminal, responde de manera eficiente a los supuestos de organizaciones criminales en el Perú.
- La circunstancia agravante de organización criminal resulta adecuada a ciertos tipos penales, pero cuando ellos no se configuran, debe existir un injusto autónomo de organización delictiva.

3.4. Identificación de variables

Por tratarse de una hipótesis de carácter eminentemente dogmática, no es necesario ni posible recurrir al uso de variables para su formulación y comprobación, únicamente utilizaremos como medio de comprobación, la argumentación orientada por criterios lógico-dogmáticos.

3.5. Instrumentos

Hemos desarrollado nuestro trabajo de Investigación aplicando la técnica del análisis documental al realizarse en la recolección de datos o fuentes escritas (libros, revistas, folletos especializados) sobre el marco teórico y en las disposiciones fiscales y resoluciones judiciales el tratamiento jurisprudencial del delito de asociación ilícita y la circunstancia agravante de organización criminal.

También se realizarán entrevista a expertos, en que se utilizará la conversación o diálogo con magistrados y profesores expertos en materia penal y procesal penal.

El instrumento utilizado es el fichaje de información doctrinaria y jurisprudencial, a fin de guardar información obtenida de las diversas obras consultadas y de los documentos analizados. Y la revisión bibliográfica, consistente en utilizar como instrumentos de recolección de datos fuentes documentales fichas textuales y de resumen; recurriendo como fuentes a documentos oficiales y libros especializados (Romero, 2011, p. 343).

En las entrevistas se utilizará el instrumento de la guía de la entrevista.

Pruebas de análisis de validez y confiabilidad de los instrumentos

Si bien es cierto, existen varios tipos de validez, el que se ha empleado en la presente investigación ha sido la de validez de criterio, dentro de ella usamos la validez predictiva que sirve para determinar, siempre que a pesar de usarse diversos instrumentos y criterios, la misma variable, debe arrojar resultados semejantes.

Confiabilidad de los Instrumentos:

La confiabilidad. La lectura especializada sobre la materia, la define como el nivel de consistencia de la puntuación obtenida por una misma muestra en una serie de evaluaciones con el mismo instrumento.

Determinaremos la consistencia de nuestro instrumento, analizando su confiabilidad, en base a tres componentes, los cuales se ajustarán a nuestro objeto de estudio y a nuestro instrumento de medición, con el cual evaluaremos a nuestros encuestados. Además usaremos la Tabla de Fisher-Arkin-Colton, con un margen de error de 10%.

Obviamente, los resultados de la encuesta se encuentran en las secciones de resultados y discusión de los mismos.

3.6. Procedimientos

- a. En nuestra investigación hemos empleado una serie de técnicas para procesar los datos recabados. Entre estos tenemos: Cuadros estadísticos: Esto con el objetivo de presentarlos de manera ordenada, lo cual facilitará su lectura.

- a. Revisión de la información.

Hemos realizado una depuración de toda la información obtenida de las fuentes disponibles, todas las cuales han estado relacionadas con nuestro objeto de estudio.

- b. Clasificación

En esta etapa, la cual es básica en toda investigación efectuamos la agrupación de datos mediando para ello un detallado resumen de las frecuencias de las variables independientes y dependientes.

- c. Tabulación de datos

Previamente a realizar la tabulación de datos, debemos codificarlos, de modo que formemos con estos datos un cuerpo de valores. Una vez realizado este procedimiento distribuiremos la frecuencia de los datos para extraer conclusiones de ellos. Esta técnica de tabulación la efectuaremos manual como mecánicamente.

3.7. Análisis de datos

- 1) Ordenamiento y Clasificación.- Se aplicará para tratar la información cuantitativa de los casos en los cuales los Tribunales peruanos se han pronunciado sobre las organizaciones criminales.
- 2) Registro manual.- Se digita la información proveniente de los Juzgados Penales de Lima y Fiscalías Especializadas contra la Criminalidad Organizada de Lima.
- 3) Proceso computarizado con SPSS.- Usado para procesar y analizar datos, en especial grupos de datos complejos.

Presentaremos los datos como sigue a continuación.

CAPITULO IV

RESULTADOS

4.1. Contratación de hipótesis

Producto del instrumento de medición aplicado a los integrantes de nuestro muestreo de 50 profesionales de la ciencia jurídica, entre los que tenemos a magistrados, jueces y fiscales de los Juzgados Penales y Fiscalías Especializadas contra la Criminalidad Organizada con sede en Lima, quienes nos ofrecieron su colaboración anónimamente.

A continuación presentamos los resultados de nuestro instrumento, para ello hemos procedido a realizar cuadros y un gráfico para ilustrar los resultados obtenidos.

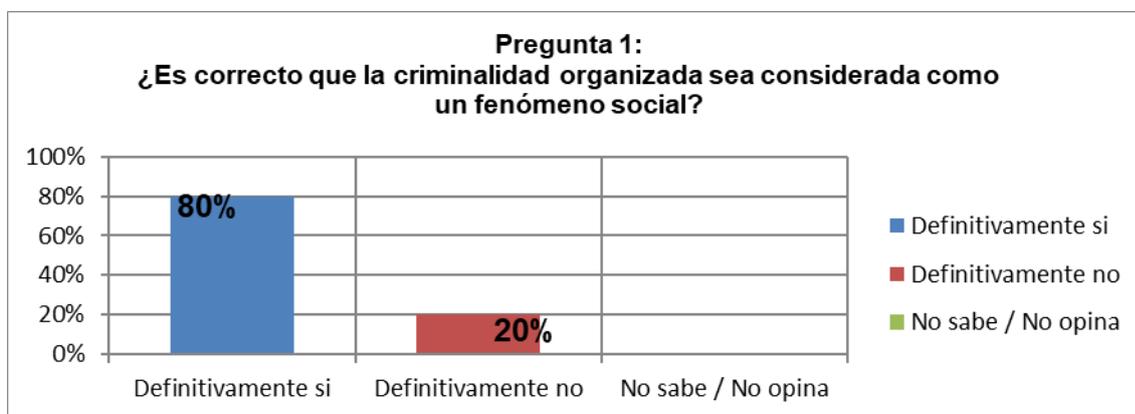
En el desarrollo del presente trabajo hemos encontrado ciertas incongruencias en su aplicación, las mismas que han sido materia de análisis y discusión. Hemos concentrado la investigación realizada en base a las entrevistas a los magistrados de los Juzgados Penales, Fiscalías Especializadas contra la Criminalidad Organizada con sede en Lima y abogados litigantes. Las encuestas realizadas, los expedientes analizados y otros documentos relacionados a la materia, todo ello nos han mostrado que en la actualidad, existe la urgencia de fijar precisiones para la aplicación del tipo penal autónomo de Asociación Ilícita para Delinquir y los agravantes de tipos penales específicos.

4.2. Análisis e interpretación de resultados

Pregunta 1:

¿Es correcto que la criminalidad organizada sea considerada como un fenómeno social?

				Porcentaje	Porcentaje
		Frecuencia	Porcentaje	Válido	Acumulado
Válidos	Definitivamente si	80	80%	80%	80%
	Definitivamente no	20	20%	20%	20%
	No sabe / No opina	0	0%	0%	0%
	Total	100	100%	100%	100%



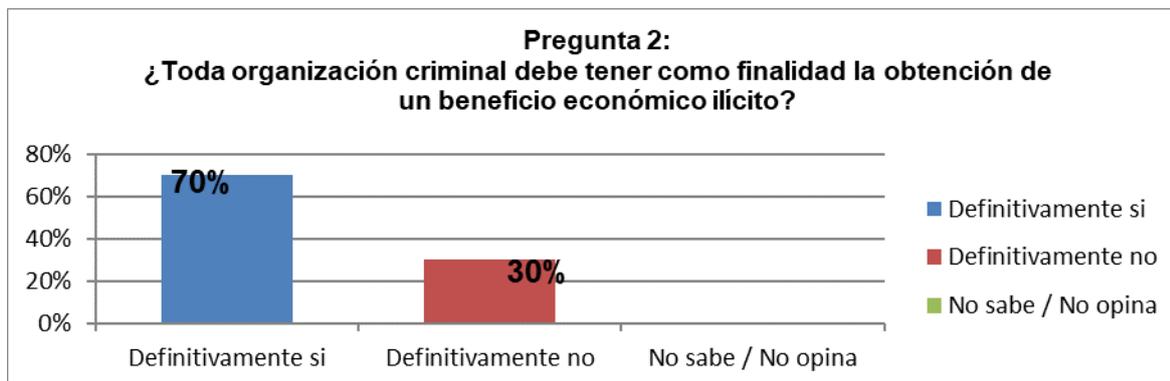
INTERPRETACION:

Respecto a nuestra consulta, los operadores jurídicos consultados respondieron mayoritariamente de forma afirmativa nuestra consulta de si está de acuerdo con que la criminalidad organizada sea considerada como un fenómeno social; siendo un total del 80% que respondieron definitivamente si, y el 20% respondieron definitivamente no.

Pregunta 2:

¿Toda organización criminal debe tener como finalidad la obtención de un beneficio económico ilícito?

				Porcentaje	Porcentaje
		Frecuencia	Porcentaje	Válido	Acumulado
Válidos	Definitivamente si	70	70%	70%	70%
	Definitivamente no	30	30%	30%	30%
	No sabe / No opina	0	0%	0%	0%
	Total	100	100%	100%	100%



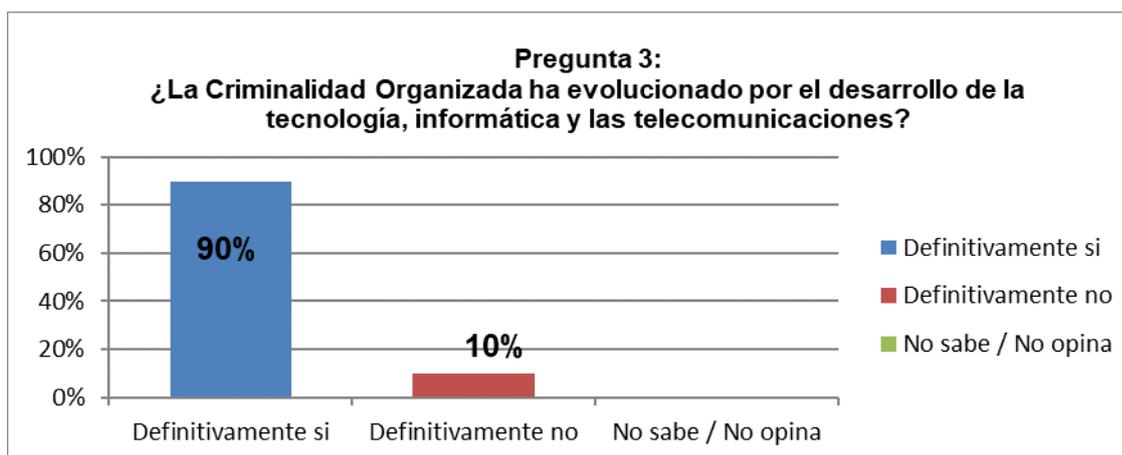
INTERPRETACION:

Con respecto al grado de conocimiento sobre operadores jurídicos al tomar la decisión que toda organización criminal debe tener como finalidad la obtención de un beneficio económico ilícito el 70% respondieron definitivamente si, y el 30% respondieron definitivamente no.

Pregunta 3

¿La Criminalidad Organizada ha evolucionado por el desarrollo de la tecnología, informática y las telecomunicaciones?

				Porcentaje	Porcentaje
		Frecuencia	Porcentaje	Válido	Acumulado
Válidos	Definitivamente si	90	90%	90%	90%
	Definitivamente no	10	10%	10%	10%
	No sabe / No opina	0	0%	0%	0%
	Total	100	100%	100%	100%



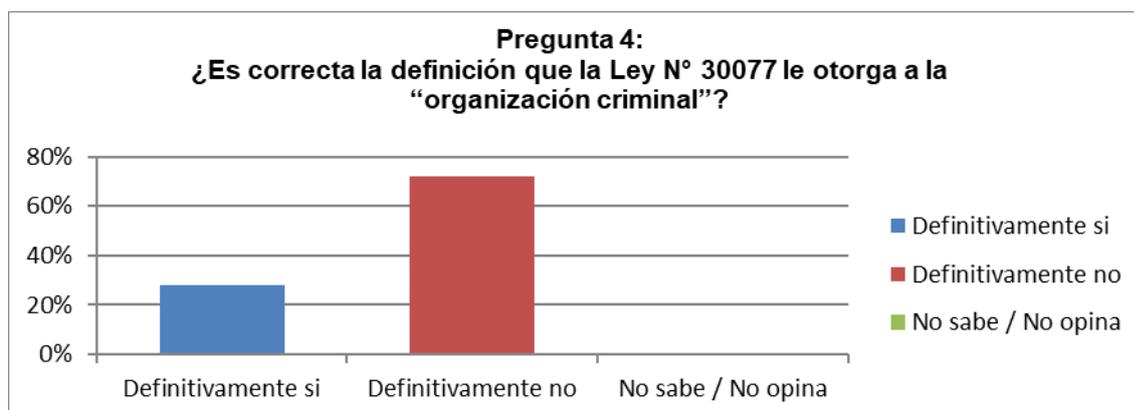
INTERPRETACION:

En relación a nuestra pregunta, la mayoría de nuestros encuestados estuvieron de acuerdo con ella, pues ante la consulta sobre si la Criminalidad Organizada ha evolucionado por el desarrollo de la tecnología, informática y las telecomunicaciones el 90% respondieron definitivamente si, y el 10% respondieron definitivamente no.

Pregunta 4:

¿Es correcta la definición que la Ley N° 30077 le otorga a la “organización criminal”?

				Porcentaje	Porcentaje
		Frecuencia	Porcentaje	Válido	Acumulado
Válidos	Definitivamente si	28	28%	28%	28%
	Definitivamente no	72	72%	72%	72%
	No sabe / No opina	0	0%	0%	0%
	Total	100	100%	100%	100%



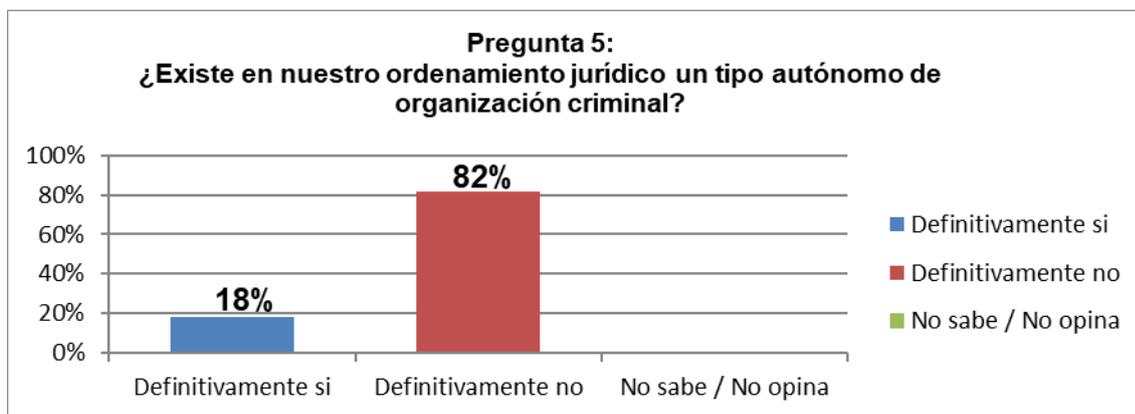
INTERPRETACION:

Nuestros encuestados, ante la pregunta de si es correcta la definición que la Ley N° 30077 le otorga a la “organización criminal” el 28% respondieron definitivamente sí, mientras que el 72% respondieron definitivamente que no.

Pregunta 5:

¿Existe en nuestro ordenamiento jurídico un tipo autónomo de organización criminal?

				Porcentaje	Porcentaje
		Frecuencia	Porcentaje	Válido	Acumulado
Válidos	Definitivamente si	82	82%	82%	82%
	Definitivamente no	18	18%	18%	18%
	No sabe / No opina	0	0%	0%	0%
	Total	100	100%	100%	100%



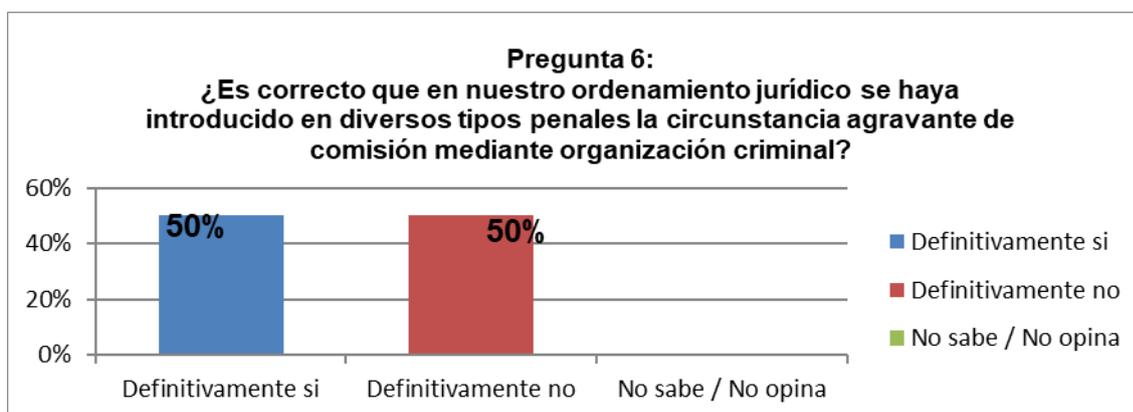
INTERPRETACION:

En relación a la pregunta ¿existe en nuestro ordenamiento jurídico un tipo autónomo de organización criminal?, el 82% respondieron definitivamente sí, mientras que el 18% respondieron definitivamente que no.

Pregunta 6:

¿Es correcto que en nuestro ordenamiento jurídico se haya introducido en diversos tipos penales la circunstancia agravante de comisión mediante organización criminal?

				Porcentaje	Porcentaje
		Frecuencia	Porcentaje	Válido	Acumulado
Válidos	Definitivamente si	50	50%	50%	50%
	Definitivamente no	50	50%	50%	50%
	No sabe / No opina	0	0%	0%	0%
	Total	100	100%	100%	100%



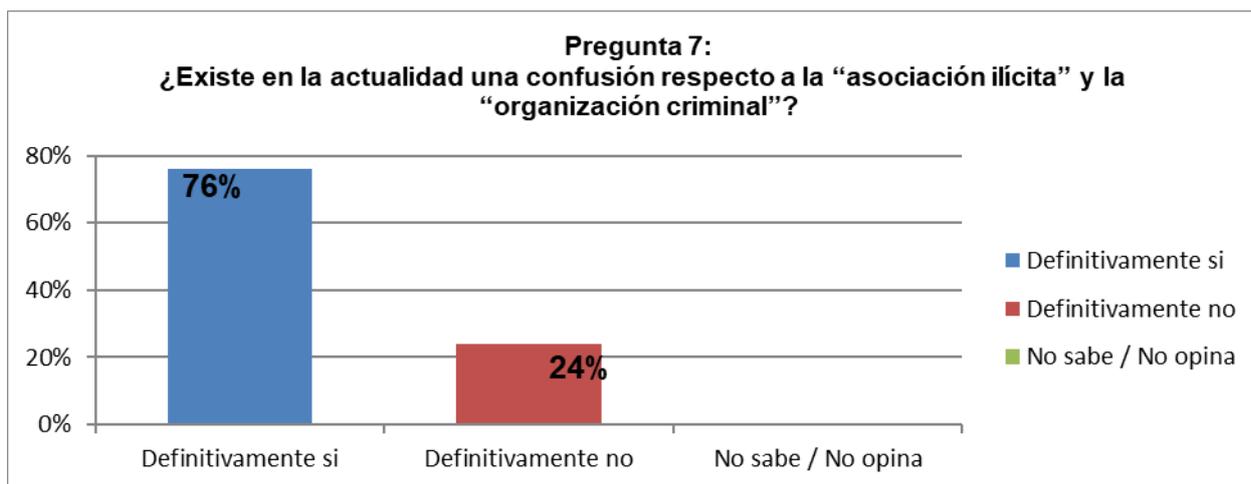
INTERPRETACION:

Esta es la pregunta más discutida entre nuestros encuestados, ya que ante la pregunta de si es correcto que en nuestro ordenamiento jurídico se haya introducido en diversos tipos penales la circunstancia agravante de comisión mediante organización criminal, el 50% respondieron definitivamente si, y el 50% respondieron definitivamente no.

Pregunta 7:

¿Existe en la actualidad una confusión respecto a la “asociación ilícita” y la “organización criminal”?

				Porcentaje	Porcentaje
		Frecuencia	Porcentaje	Válido	Acumulado
Válidos	Definitivamente si	76	76%	76%	76%
	Definitivamente no	24	24%	24%	24%
	No sabe / No opina	0	0%	0%	0%
	Total	100	100%	100%	100%



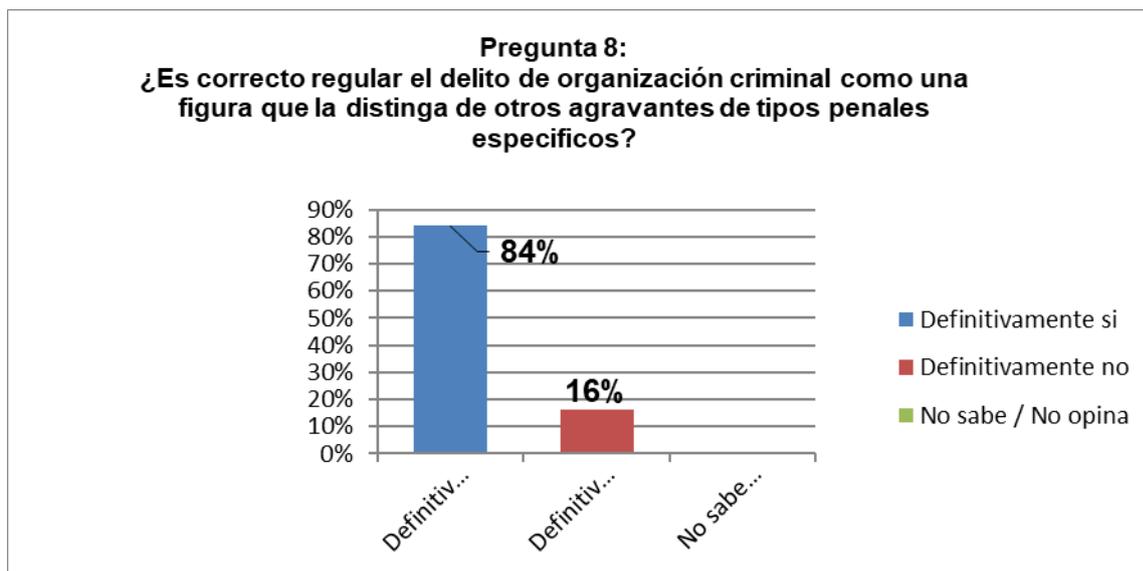
INTERPRETACION:

Una pregunta bastante interesante, más aún cuando echamos un vistazo a la jurisprudencia que trata sobre este tema, es si existe en la actualidad una confusión respecto a la “asociación ilícita” y la “organización criminal” el 76% respondieron definitivamente si, y el 24% respondieron definitivamente no.

Pregunta 8:

¿Es correcto regular el delito de organización criminal como una figura que la distinga de agravantes de otros tipos penales específicos?

				Porcentaje	Porcentaje
		Frecuencia	Porcentaje	Válido	Acumulado
Válidos	Definitivamente si	84	84%	84%	84%
	Definitivamente no	16	16%	16%	16%
	No sabe / No opina	0	0%	0%	0%
	Total	100	100%	100%	100%



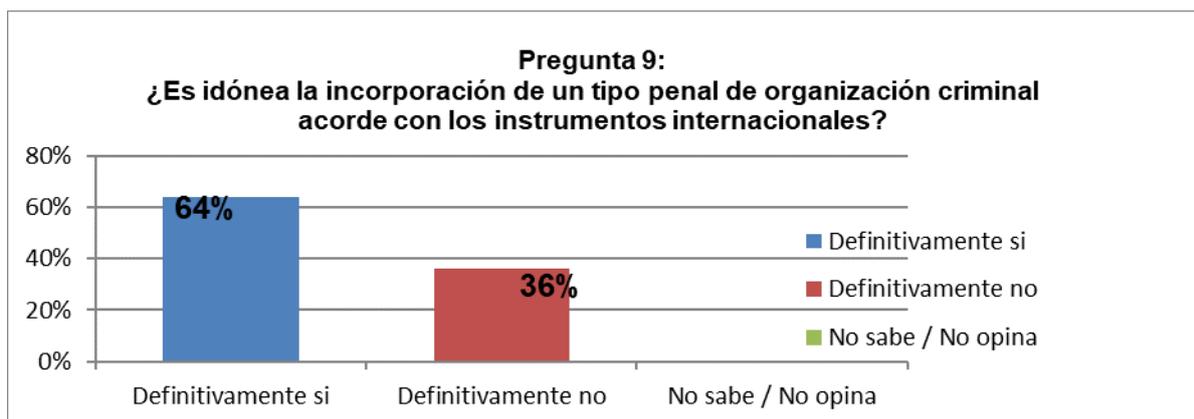
INTERPRETACION:

Ante la consulta de si se debe regular el delito de organización criminal como una figura que la distinga del delito de asociación ilícita para delinquir el 84% respondieron definitivamente si, y el 16% respondieron definitivamente no.

Pregunta 9:

¿Es idónea la incorporación de un tipo penal de organización criminal acorde con los instrumentos internacionales?

				Porcentaje	Porcentaje
		Frecuencia	Porcentaje	Válido	Acumulado
Válidos	Definitivamente si	64	64%	64%	64%
	Definitivamente no	36	36%	36%	36%
	No sabe / No opina	0	0%	0%	0%
	Total	100	100%	100%	100%



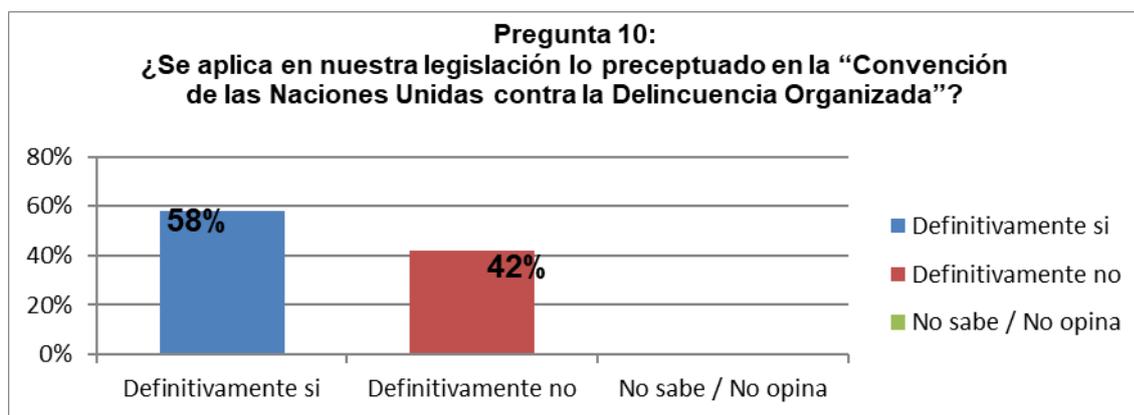
INTERPRETACION:

Tomando en cuenta las preguntas y respuestas anteriores es interesante observar que ante la consulta de si es idónea la incorporación de un tipo penal de organización criminal acorde con los instrumentos internacionales, el 64% respondieron definitivamente si, y el 36% respondieron definitivamente no.

Pregunta 10:

¿Se aplica en nuestra legislación lo preceptuado en la “Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada”?

				Porcentaje	Porcentaje
		Frecuencia	Porcentaje	Válido	Acumulado
Válidos	Definitivamente si	58	58%	58%	58%
	Definitivamente no	42	42%	42%	42%
	No sabe / No opina	0	0%	0%	0%
	Total	100	100%	100%	100%



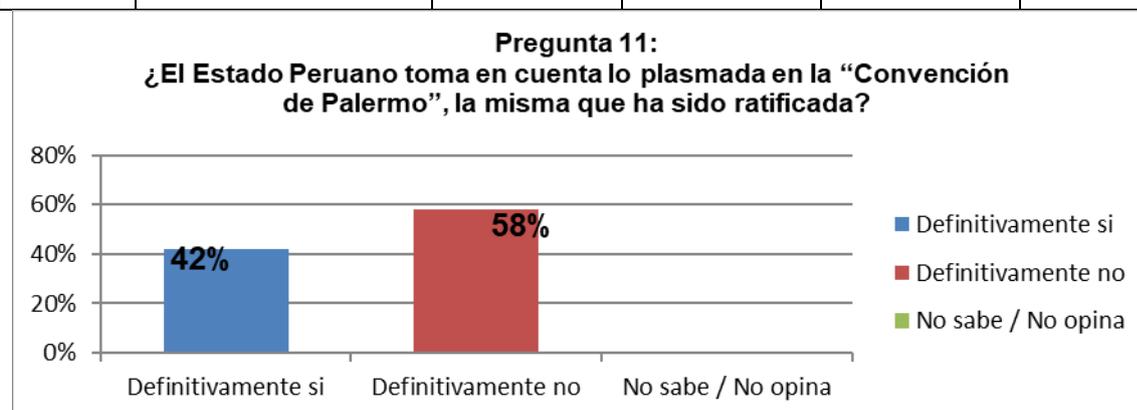
INTERPRETACION:

Cuando le planteamos esta interrogante a nuestros encuestados teníamos la idea que sería menos disputada, pues ante la consulta de si se aplica en nuestra legislación lo preceptuado en la “Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada” el 58% respondieron definitivamente si, y el 42% respondieron definitivamente no.

Pregunta 11:

¿El Estado Peruano toma en cuenta lo plasmado en la “Convención de Palermo”, la misma que ha sido ratificada?

				Porcentaje	Porcentaje
		Frecuencia	Porcentaje	Válido	Acumulado
Válidos	Definitivamente si	42	42%	42%	42%
	Definitivamente no	58	58%	58%	58%
	No sabe / No opina	0	0%	0%	0%
	Total	100	100%	100%	100%



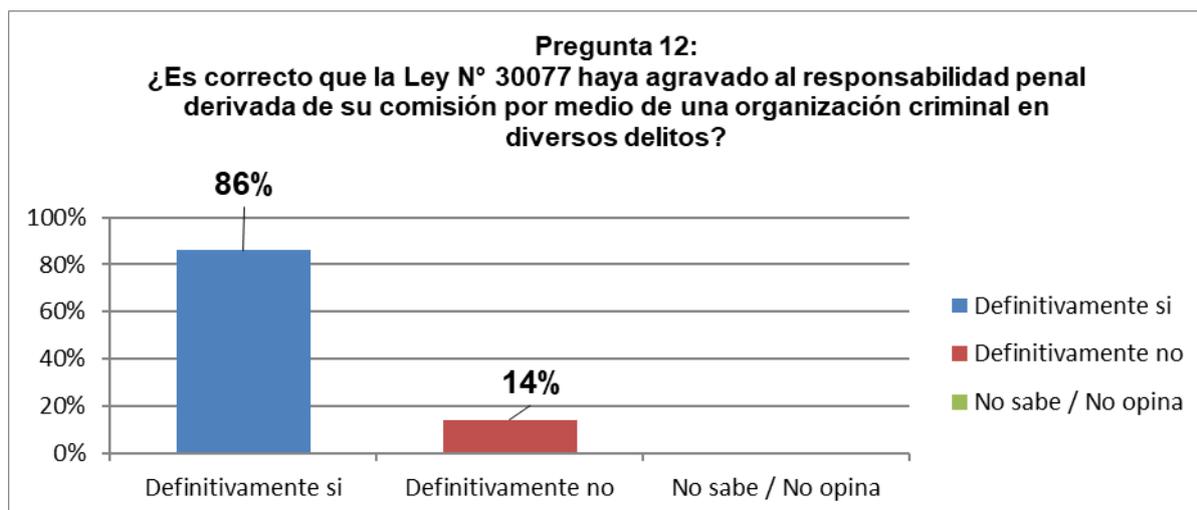
INTERPRETACION:

Buena parte de nuestros encuestados opinan de manera negativa ante la consulta de si el Estado Peruano toma en cuenta lo plasmado en la “Convención de Palermo”, la misma que ha sido ratificada, pues el 42% respondieron definitivamente sí. Mientras que el 58% respondieron definitivamente que no.

Pregunta 12:

¿Es correcto que la Ley N° 30077 haya agravado al responsabilidad penal derivada de su comisión por medio de una organización criminal en diversos delitos?

				Porcentaje	Porcentaje
		Frecuencia	Porcentaje	Válido	Acumulado
Válidos	Definitivamente si	86	86%	86%	86%
	Definitivamente no	14	14%	14%	14%
	No sabe / No opina	0	0%	0%	0%
	Total	100	100%	100%	100%



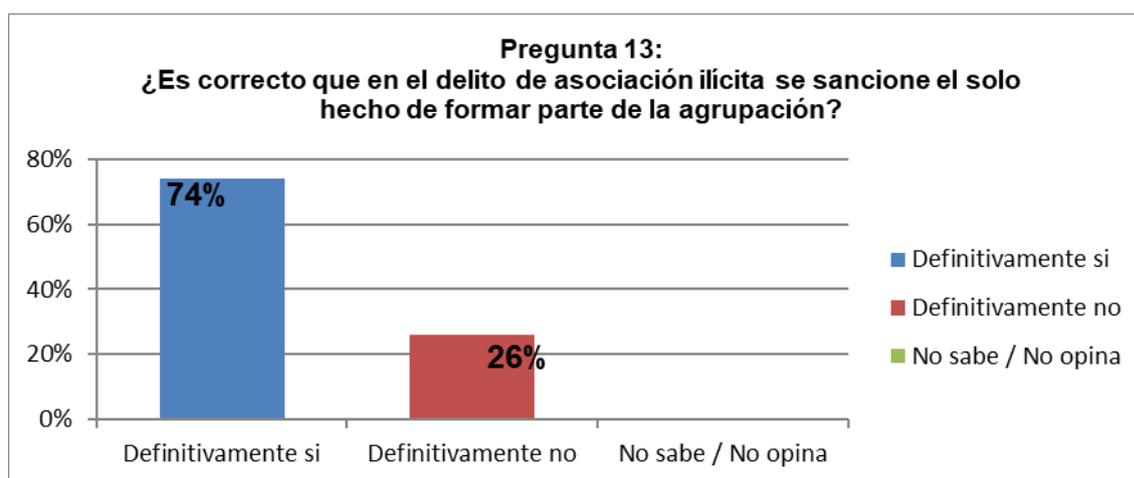
INTERPRETACION:

En relación a la pregunta de si es correcto que la Ley N° 30077 haya agravado al responsabilidad penal derivada de su comisión por medio de una organización criminal en diversos delitos, el 86% respondieron definitivamente si, y el 14% respondieron definitivamente no.

Pregunta 13:

¿Es correcto que en el delito de asociación ilícita se sancione el solo hecho de formar parte de la agrupación?

				Porcentaje	Porcentaje
		Frecuencia	Porcentaje	Válido	Acumulado
Válidos	Definitivamente si	74	74%	74%	74%
	Definitivamente no	26	26%	26%	26%
	No sabe / No opina	0	0%	0%	0%
	Total	100	100%	100%	100%



INTERPRETACION:

La gran mayoría de encuestados respondieron afirmativamente ante la consulta de si es correcto que en el delito de asociación ilícita se sancione el solo hecho de formar parte de la agrupación el 74% respondieron definitivamente si, y el 26% respondieron definitivamente no.

CAPITULO V

DISCUSION DE RESULTADOS:

5.1. Discusión

Luego de analizar los resultados obtenidos a través de las encuestas realizadas a abogados especializados en el tema, se llegó a las siguientes conclusiones:

- El Delito de Organización Criminal debe ser tipificado en el Código Penal como un delito autónomo, y no como una simple agravante de otros delitos, tal como sucede en España, su tratamiento debe prevenir la contravención del principio de ne bis in idem.
- La Ley N° 30077 ha sido de mucha ayuda, respecto a la introducción de una definición de lo que es “criminalidad organizada”, pero también ha generado confusión respecto al hecho de casi igualar a la “criminalidad organizada” con el delito de “asociación ilícita”; lo que ha sido superado por la modificatoria del Artículo 317° del Código Penal.

5.2. Conclusiones

1. A criterio personal consideramos que darle un concepto estricto a la organización criminal es tejer una base sobre la estructura organizacional. Este elemento mencionado, sin duda alguna, tiene una estrecha relación con la permanencia y la pluralidad de personas, dejando claro que estos elementos solos no puede configurar la presencia de una organización criminal, como sucede en los casos de coautoría.
2. Fuera del concepto estricto de organización criminal se configuran a los grupos terroristas, ya que este grupo no solo están dirigidos a la consecución de un beneficio de carácter económico, sino que existe una confrontación con el propio Estado, teniendo como principal fin la destrucción de las estructuras del mismo, es por lo antes mencionado que este grupo criminal necesita un tratamiento diferenciado de las demás organizaciones criminales.
3. Creemos que la descripción del término organización criminal otorgado por la ley N° 30077, genera cierta confusión, ya que se puede aplicar también al existente delito de organización criminal, el mismo que se encuentra plasmado en el artículo 317 del Código Penal.
4. Es mediante la Ley N° 30077 que se ha reforzado los instrumentos para dar una mejor persecución y sanción a la criminalidad organizada. Dentro del rubro penal, se ha incorporado la circunstancia agravante desarrollada para el líder, cabecilla o jefe, o para aquel que ha ejercido funciones de dirección, administración y supervisión de la organización criminal; casos en los que el incremento de la pena sancionadora para el líder- en un tercio- se hará considerando como base lo acogido en el marco penal de la forma agravante, más no la del tipo básico, ya que si este fuese así, estaríamos entroncándonos en una impensable situación de miembros de segundo orden dentro de la organización que responderían con una sanción mayor que los líderes o jefes de la misma.

5.3. Recomendaciones

1. Dentro de la Ley N° 30077 se consideran como delitos, algunos de los cuales, creemos no deben ser considerados como tales, además nos parece excesiva la lista de delitos a los que se califica como crimen organizado.
2. Creemos que existe una diferencia entre la denominación de “organización criminal” y la de “banda criminal”, en ese sentido el artículo 317 - B del CP, puede llevar a confusiones entre estas dos figuras delictivas.
3. La “Organización Criminal” si bien debe ser tipificada como un delito autónomo, se deben establecer criterios para que al ser considerada como un agravante de ciertos delitos dentro de nuestro ordenamiento penal, no se transgreda el principio constitucional de ne bis in idem.

VI. REFERENCIAS

- Aguilar Cabrera, D. A. (2014). Derecho penal en la sociedad del riesgo. Sobre discusión en torno al derecho penal del enemigo y derecho penal funcional. Lima: Thomson Reuters.
- Ariza., M. (1999). Una introducción al estudio criminológico del crimen organizado. Huelva: Fundación el Monte.
- Baratta. (1999). Mafia: rapporti tra modelli criminologici e scelte di politica criminale. Nápoles: Edizioni Sceintifiche Italiane.
- Caciagli. (1996). Clientelismo, corrupción y criminalidad organizada. Madrid: Centro de Estudios Judiciales.
- Cornejo, A. (2010). Asociación ilícita y delitos contra el orden público (2a ed.). Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.
- Dahrendorf. (2005). En busca de un nuevo orden. Una política de la libertad para el siglo XXI. Barcelona: Paidós.
- Días, V. (2001). Terrorismo: un problema de Estado. Tesis doctoral. España: Universidad de Salamanca.
- Faraldo Cabana, P. (2012). Asociaciones ilícitas y organizaciones criminales en el Código Penal Español. Valencia: Tirant lo blanch.
- Hassemer, W. (1999). Persona, mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en Derecho Penal. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Jäger, H. (1989). Makrokriminalität: Studien zur Kriminologie kollektiver Gewalt. Frankfurt

am Main: Suhrkamp.,

Klass, R. (2011). Crimen Organizado y Derechos Fundamentales. En G. Serpa Guiñazú, & R. Ricardes, Delincuencia Transnacional Organizada. Lavado de activos, narcotráfico y financiamiento del terrorismo. Buenos Aires: Cathedra Jurídica.

Ley N° 30077. Diario Oficial El Peruano, Lima, 26 de julio de 2013.

Luckmann, T., & Berger, P. (1995). La Construcción Social de la Realidad. Buenos Aires: AMORRORTU.

Morlino. (2002). Problemas y opciones de la comparación . Madrid: Alianza Editorial.

Olivé, J. C., & Anarte Borallo, E. A. (1999). Delincuencia organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos. . España: Europa Artes Gráficas.

ONU. (2005). Informe sobre Desarrollo Humano. Madrid: Ediciones Mundi-Prensa.

Ponti, G. (1993). Criminalita organizzata e criminología. Milano: Rafaelo Cortina Editore.

Prado Saldarriaga, V. (2015). Sobre la criminalidad organizada en el Perú y el artículo 317° del Código Penal. En J. C. Portocarrero Zamora, Compendio sobre política criminal y crimen organizado. Lima: Oficina Especializada de Investigación en Crimen y Conflictos.

Prado Saldarriaga, V. R. (2013). Criminalidad Organizada y Lavado de Activos. Lima: Idemsa.

Quintero, G. (s/d). Organizaciones y grupos criminales en el derecho penal de nuestro tiempo. Thomson Reuters.

Ramos Núñez, C. (2014). Cómo hacer una tesis de derecho y no envejecer en el intento.

Lima: Grijley.

Rodríguez Devesa, J. y. (1989). Derecho Penal Español. Parte General. Madrid: Dykinson.

Romero, A. C. (2011). Metodología integral innovadora para planes y tesis (1 ed.). Lima:
Instituto Metodológico Alen Caro E.I.R.L.

Sartori. (2002). Comparación y método comparativo. Madrid: Alianza editorial.

Serrano Mañllo, A. (2009). Introducción a la Criminología. Madrid: Dykinson.

Sheerer. (1997). Was ist Kriminalität. Kriminologisches Journal, 86.

Silva Sánchez, J. (2008). ¿Pertenencia o intervención? del delito de pertenencia a una
organización criminal, a la figura de la participación a través de organización en el
delito. Barcelona: B de F.

Solís Espinoza, M. (2008). Metodología de la investigación jurídica social. Lima.

Villoria Mendieta, M. (2012). Crimen organizado y corrupción: causas y consecuencias.
Lima: Ministerio de Defensa .

Zúñiga Rodríguez, L. (2006). Criminalidad organizada, Derecho Penal y Sociedad. Apuntes
para el análisis. En N. (Sanz Mulas, El Desafío de la Criminalidad Organizada.
Granada: Comares.

Zúñiga Rodríguez, L. (2009). Criminalidad organizada y Sistema de Derecho Penal.
Contribución a la determinación del injusto penal de organización criminal.
Granada: Comares.

