ACADEMIA DE
LA MAGISTRATURA

REVISTA DE INVESTIGACIÓN
DE LA ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA

Vol. 1, n.° 1, julio-diciembre, 2019
Publicación semestral. Lima, Perú.
ISSN: 2707-4056 (en línea)
DOI: 10.58581/rev.amag.2019.v1n1.10

(cc) BY

La participación delictiva en los casos de crimen organizado en el Perú

Criminal involvement in organized crime cases in Peru

Lucia Lizana Segama*
Pool de Fiscales Transitorios de las Fiscalías Especializadas
Contra la Criminalidad Organizada de Lima
(Lima, Perú)
llizana@mpfn.gob.pe
https://orcid.org/0000-0002-6546-3511

Resumen: Este artículo plantea analizar la importancia de la participación delictiva en los casos de crimen organizado, diferenciando a aquellos imputados que integren una organización criminal de quienes colaboren ocasionalmente con ella. El método a emplear es la revisión dogmática, la legislación actual y los últimos Acuerdos Plenarios n.° 8-2019/CIJ-116 y 10-2019/CIJ-116, la comparación con la legislación en materia de terrorismo donde sí existe una figura que sanciona al que colabora con la organización terrorista o la remisión a la parte general sobre la participación delictiva, relativa a la autoría y complicidad en los delitos específicos o concretos con la agravante específica de organización criminal.

* Fiscal Adjunto Provincial. Pool de Fiscales Transitorios de las Fiscalías Especializadas contra la Criminalidad Organizada de Lima.

Palabras clave: organización criminal, banda criminal, circunstancias agravantes, autor mediato, colaboración

Abstract: This article proposes to analyze the importance of criminal participation in cases of organized crime, differentiating those accused who integrate a criminal organization from those who collaborate occasionally with it. The method to be used is the dogmatic review, the current legislation and the last Plenary Agreements n.° 8-2019 / CIJ-116 and 10-2019 / CIJ-116, the comparison with the legislation on terrorism where there is a figure that sanctions those who collaborate with the terrorist organization or the referral to the general party on criminal participation, related to authorship and complicity in specific or specific crimes with the specific aggravating criminal organization.

Key words: criminal organization, criminal gang, aggravating circumstances, mediate perpetrator, collaboration

Recibido: 30/11/2019 Revisado: 18/12/2019
Aprobado: 30/12/2019 Financiamiento: Autofinanciado

1. Introducción

La participación delictiva ha sido concebida por la doctrina para determinar la responsabilidad penal individual en casos de delitos establecidos en la parte especial del Código Penal o leyes penales especiales, mas no para delitos de organización criminal o delitos asociativos. Estos son delitos de peligro abstracto que sancionan al autor por su pertenencia a la organización criminal y no por la ejecución de un delito en específico. Como señala la profesora Laura Zuñiga (2013), «La figura penal de participación en organización criminal se define como un tipo general de participación en delitos de grupo, que dentro de los esquemas tradicionales de autoría y participación difícilmente resultarían aceptables» (p. 645).

Asismismo, Villavicencio (2017) sostiene que:

> La participación puede ser entendida en sentido amplio y específico. En sentido amplio comprende a todos los que intervienen en el hecho delictivo, incluso al autor, y de manera específica, son partícipes solo aquellos que se encuentran en una relación de dependencia con la conducta del autor. (p. 460)

También, según este mismo doctor, se habla de participación en sentido formal (en referencia a la redacción de los respectivos tipos legales) y en sentido material (en relación de un bien jurídico). Así ocurre que una conducta que materialmente es solo participación, formalmente, en razón a la descripción en un tipo legal, puede constituir una autoría.

Ejemplo: artículo 4.° de la Ley n.° 5475 (sanciona como formas de autoría terrorista simples actos de colaboración) (2017, pp. 493-494).

De la misma forma, Prado Saldarriaga (2019) señala que:

> en la doctrina el debate sobre autoría y participación en organizaciones criminales se ha tornado nebuloso y poco productivo. En general, porque por lo general se ha pretendido 'adaptar' conceptos propios de una autoría y participación de base formalmente individual a la realidad de una estructura funcional que se construye y existe en base a un colectivo o sistema de individuos (delitos de adhesión o pertenencia). (pp. 339-340)

En un escenario donde el fenómeno del crimen organizado ha ganado terreno socavando las bases de un Estado de Derecho aprovechando las condiciones económicas, tecnológicas, jurídicas y políticas para su expansión, resulta necesario analizar la participación delictiva en los delitos de organización criminal. Anota Ferre Olive (2004):

> la problemática de la autoría y la participación en el seno de las organizaciones criminales supone un ámbito de gran complejidad, que permite no sólo poner a prueba las distintas teorías que se manejan en esta materia, sino también decidir sobre la eficacia de la tipificación empleada por el Código Penal. (p. 318)

La configuración típica de los delitos cometidos en el marco de una organización criminal: el delito de organización criminal (antes bajo la denominación de asociación ilícita) regulado en el artículo 317 del Código Penal y el delito de banda criminal tipificado en el artículo 317-B del Código Penal, por sus verbos rectores solo permiten sancionar al autor mas no al partícipe. En estos delitos no se sanciona la comisión de los delitos como, por ejemplo, hurto, robo, tráfico ilícito de drogas, etc., sino la pertenencia a una agrupación criminal. En esta línea de ideas, Méndez Rodríguez (2014) señala que «hay que distinguir a los miembros, de los colaboradores o cooperadores que no forman parte de la organización, aunque pueden realizar incluso aportes que son necesarios para su mantenimiento, como asesorar, proporcionar información o realizar tareas específicas» (pp. 525-526).

En ese sentido, además, la profesora Mariona Llobet (2014) sostiene que [los] colaboradores son sujetos que, pese a no ejecutar los delitos y no ostentar un rol establece en el organigrama de la banda armada, de modo que no pueden ser considerados miembros, ponen a su servicio medios materiales y logísticos. De esta forma, en la legislación en materia de terrorismo, el artículo 4 del Decreto Ley n.° 25475 sanciona el injusto de colaboración con el terrorismo, el cual sería una propuesta viable para los delitos de organización criminal.

Como antecedentes de la presente investigación, se tiene que en el XI Pleno Jurisdiccional Supremo Penal se debatieron aspectos importantes

sobre la diferencia entre banda y organización criminal, así como los actos especiales de investigación. Lo que dio lugar a la emisión de los Acuerdos Plenarios n.° 08-2019/CIJ-116[1] y 10-2019/CIJ-116[2]. Sin embargo, no se resolvió el problema sobre la imputación de los aportes o colaboración de una persona vinculada a la organización criminal, en los términos del numeral 2.° del artículo 2 de la Ley n.° 30077 – Ley contra el Crimen Organizado[3] y si sobre esta figura cabe las reglas de participación delictiva. Más aún, si en el Acuerdo Plenario n.° 08-2019/CIJ-116 en su fundamento 9.° estableció que el artículo 2.° de la Ley n.° 30077 «trata estrictamente de un concepto meramente operativo, que no desarrolla un tipo penal, ni integra o limita el tipo penal del artículo 317 del Código Penal». A su turno, el Acuerdo Plenario n.° 10-2019/CIJ-116 en su fundamento 5.° reitera que «el artículo 2, apartado 1, de la ley, no es un tipo penal, sino una mera definición operativa, muy amplia de organización criminal —solo para garantizar la eficacia de su persecución procesal—.

Páucar Chappa (2016) propone de *lege ferenda:*

> la criminalización de los 'actos de colaboración' como una conducta típica alternativa más dentro del tipo penal del artículo 317 del Código Penal, pero no de aquellos aportes dirigidos a personas específicas que formarían parte de la organización, sino de aquellos actos dirigidos a coadyuvar a la propia organización criminal. (p. 141)

Es importante delimitar la participación delictiva en los casos de crimen organizado, ya que tanto la Fiscalía, de acuerdo a sus funciones constitucionales y legales como órgano acusador al momento su requerimiento acusatorio, le corresponde determinar la estructura de la organización criminal (imputación genérica), así como el rol o función de cada integrante (imputación específica). A la defensa del imputado, en atención al principio de imputación necesaria, conocer el grado de participación que se le atribuye de acuerdo a su aporte para que pueda ejercer su derecho de defensa con sujeción al debido proceso. Al juez, le corresponde emitir la decisión final recaída en la sentencia donde determine e individualice la pena que corresponda a cada uno de los imputados por el delito de organización criminal que puede ir en concurso real con los llamados delitos, en el caso que este último no contemple la circunstancia agravada específica de su comisión mediante una organización criminal, así lo ha fijado el Acuerdo Plenario n.° 08-2019/CIJ-116.

1 Con asunto: Diferencias hermenéuticas entre organización criminal y delitos cometidos por integrantes de una organización criminal.

2 Con asunto: Organización criminal y técnicas de investigación.

3 **Artículo 2. Definición y criterios para determinar la existencia de una organización criminal.**
1. Para efectos de la presente Ley, se considera organización criminal a cualquier agrupación de tres o más personas que se reparten diversas tareas o funciones, cualesquiera sea su estructura y ámbito de acción, que, con carácter establece o por tiempo indefinido, se crea, existe o funciona, inequívoca y directamente, de manera concertada y coordinada, con la finalidad de cometer uno o más delitos graves señalados en el artículo 3 de la presente Ley.

Es de anotar que según Laura Zuñiga (2016):

> Una de las principales dificultades que presentan los juicios contra organizaciones criminales: los jueces deben comprobar, primero la existencia de una organización criminal (con todos los elementos naturales y normativos correspondientes) y también la integración de los sujetos a la misma o el grado de participación (p. 64).

La utilidad de esta investigación consiste en determinar de forma clara y técnica la participación delictiva en los casos de crimen organizado para que los operadores jurídicos puedan cumplir adecuadamente sus funciones. Esto permitirá que se optimice de esta forma la administración de justicia en el Perú, pues no resulta proporcional sancionar con la misma pena a un cabecilla o a un miembro de una organización criminal que una persona que colabora o se vincula ocasionalmente con ella y también evitar que existan conductas que pudieran quedar impunes cuando han contribuido con la organización criminal.

Por tanto, la investigadora propone diferenciar la participación delictiva de los delitos específicos cometidos por una organización criminal del delito autónomo de organización criminal en los que no existe la ejecución material de un delito sino la pertenencia o integración a una organización criminal de acuerdo a su rol.

Este estudio busca describir la problemática actual sobre la participación delictiva en el delito de organización criminal (antes asociación ilícita), para lo cual se va analizar aspectos dogmáticos como son las principales posturas en la doctrina nacional y extranjera, aspectos legales, así como la jurisprudencia fijada en el último Pleno Supremo. Además, esbozar propuestas de solución de la interpretación con la parte general del Código Penal relativa a la participación delictiva o la creación de un tipo penal que sancione la colaboración con la organización criminal como en el delito de terrorismo. Ello también contribuirá a dar mayor seguridad jurídica a los justiciables y legitimidad a la enarbolada lucha contra el crimen organizado.

2. Materiales y métodos

El presente artículo se ha realizado en el marco de las inquietudes de la autora que se ha suscitado a lo largo de la evolución de la legislación y la jurisprudencia sobre la regulación y aplicación de los casos de crimen organizado investigados bajo los lineamientos de la Ley n.° 30077, Ley Contra el Crimen Organizado y sancionados por el delito de organización criminal, para lo cual se está empleando como estado de la cuestión, aspectos dogmáticos y jurisprudenciales.

3. Resultados

Teorías sobre la participación delictiva

La doctrina establece dos sistemas definidos sobre la teoría de la participación delictiva: el sistema unitario y el sistema diferenciador. En el sistema unitario son autores todos los intervinientes que prestan contribución con el delito y en el sistema diferenciador se distinguen los papeles cumplidos por quienes participan del delito. Ahora bien, existen diversas teorías para distinguir la autoría y la participación: teorías subjetivas (donde la voluntad es determinante), teorías del acuerdo previo (coautoría), teorías objetivo-materiales, teorías objetivo-formales, la teoría del dominio del hecho (objetivo-subjetivo) y teorías de la pertenencia del hecho.

Las principales categorías de la participación delictiva asumiendo una posición diferenciadora, son las siguientes:

Formas de autoría

El artículo 23.° del texto sustantivo regula las formas de autoría cuando expresa: "El que realiza por sí o por medio de otro el hecho punible y los que lo cometan conjuntamente». Así se tienen las siguientes figuras:

Autoría inmediata, individual o directa. El sujeto realiza la acción típica por sí mismo.

Autoría mediata. Consiste en la realización del hecho típico a través de otra persona que actúa como instrumento, como por ejemplo en la utilización de aparatos organizados de poder. De esta forma, Bacigalupo, citando entre otros a Roxin (2002), opina que:

> se produce este supuesto «en el caso de aquellos sujetos que forman parte de una organización de poder delictivo y son intermediarios de una decisión criminal tomada con antelación, en la cual, dada la fácil fungibilidad de los agentes —que podrían haber sido reemplazados en el trámite por otros cualesquiera—, se admite la autoría mediata para los miembros superiores del 'aparato de poder', sin que por supuesto, se discuta, la punibilidad de los agentes. (pp. 102-2013)

Por su parte, anota Meini (2008) que, si bien la teoría mediata por dominio de la voluntad de aparatos organizados de poder fue creada para dar respuesta a casos de criminalidad estatal y si bien se le reconoce su validez como instrumento de imputación de responsabilidad penal en la criminalidad organizada, también se puede extender a otras formas más actuales en las que operan las organizaciones criminales, cuando señala:

> Es menester analizar la posibilidad de trasladarla a otros ámbitos en donde el delito provenga también de una organización que comparta los rasgos esenciales ya anotados: jerarquía y división de trabajo. Si se llega a aceptar como modalidad

> de autoría mediata, el real potencial del dominio de la organización radicaría no solo en su utilidad para el tratamiento penal de la criminalidad organizada (estatal y no estatal) sino que también sería aplicable en el Derecho Penal Internacional y en el tratamiento de la criminalidad empresarial. (pp. 18-19)

Coautoría. Es una forma de autoría, supone la realización de un hecho punible por varios sujetos conjuntamente. Hay un acuerdo previo y aporte efectivo por los coautores. Incluso se habla de la figura de la coautoría no ejecutiva donde solo participa en la planificación y no están presentes en la ejecución del delito. Para un gran sector de la doctrina, los delitos cometidos por organizaciones criminales deben ser tratados bajo la figura de la coautoría, como Jeschech, Jacobs y Muñoz Conde (2004, p. 330).

Formas de participación

Partícipes son los que dolosamente intervienen en un delito, sin ser autores. El partícipe favorece, ayuda, induce o coopera a la concreción de un delito. La conducta del partícipe es accesoria a la del autor. En nuestro sistema penal son el partícipe o el instigador.

Instigación. También denominada inducción o incitación. Instigador es el que determina dolosamente a otro a cometer un delito. El artículo 24 del Código Penal, señala «El que, dolosamente, determine a otro a cometer un hecho punible será reprimido con la pena que corresponde al autor».

Complicidad. Constituyen formas de favorecimiento del delito sin hacer nacer en el autor la resolución del delito. Existe cierto nivel de acuerdo, pero no supone un codominio del hecho. Se distingue la figura del cómplice primario y del cómplice secundario en base a su aporte. El artículo 25 del Código sustantivo, señala: «El que, dolosamente, preste auxilio para la realización del hecho punible, sin el cual no hubiere perpetrado, será reprimido con la pena prevista para el autor. A los que, de cualquier modo, hubieran dolosamente prestado asistencia se les disminuirá prudencialmente la pena. El cómplice siempre responde en referencia al hecho punible cometido por el autor, aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad del tipo penal no concurran en él».

Concepto de crimen organizado y su regulación

La denominación «crimen organizado» se convierte en un concepto gaseoso que conviene precisar para referirnos a un fenómeno social que se pretende regular. De esta forma, la autora Laura Zuñiga (2010) refiere que se habla de «delincuencia organizada», «crimen organizado» y «criminalidad organizada» para denotar el mismo fenómeno. La primera denominación es propia del Derecho Penal, la segunda es una traducción al inglés de *organissed crime*, y la tercera parece más consolidada en los ámbitos criminológicos y las

definiciones internacionales de ámbito europeo, por tanto, más comunes para los operadores del sistema penal.

Dentro del marco legal internacional se cuenta con la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada (2000) ratificada por el Perú en el año 2001, que fija en su artículo 2, conceptos importantes tales como grupo delictivo organizado, delito grave y grupo estructurado. Además, los Protocolos complementarios esta convención, están referidos a los delitos considerados como tradicionales o característicos de la delincuencia organizada, como son el tráfico ilícito de drogas, trata de personas, tráfico ilícito de inmigrantes y tráficos de armas.

La criminalidad organizada se ha abordado por lo general en las diversas legislaciones a través de tres vías, según Silva Sánchez (2008) como son: En primer lugar, mediante la tipificación de los delitos más característicos de tal 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.

Dentro de la normativa a nivel nacional, en el año 2013, se publicó la Ley Contra el Crimen Organizado n.° 30077, con *vacatio legis* al 1 de julio de 2014, que establece en su artículo 2.°, una definición sobre organización criminal, que modificó diversos tipos penales a los que añadía la agravante específica de organización criminal y modificó el tipo penal de asociación ilícita, incluyendo como sus verbos rectores «constituir, promover o integrar» una organización.

El reciente Acuerdo Plenario n.° 08-2019/CIJ-116 precisa que existen cuatro clases de preceptos que hacen referencia directa o indirecta a la delincuencia organizada: i) el delito de organización criminal tipificado en el artículo 317 del Código Penal; ii) el tipo penal de banda criminal en el 317-B del Código Penal; iii) circunstancias agravantes específicas como el delito de hurto (inciso 2 del artículo 186 del Código Penal), robo (189.° del Código Penal), tráfico ilícito de drogas (inciso 6 del 297° del Código Penal), delitos aduaneros (inciso e del artículo 10 de la Ley n.° 28008), lavado de activos (inciso 2 del artículo 4 del Decreto Legislativo n.° 1106); y iv) el artículo 2 de la Ley n.° 30077, Ley contra el Crimen Organizado. Así se ha elaborado la siguiente tabla:

Tabla 1

Formas de regular la delincuencia organizada en el Perú

	Tipificación de delitos características	Circunstancia agravante específica en determinados delitos	Delitos de pertenencia a una asociación u organización criminal	Artículo 2.° de la Ley n.° 30077
Variable 1	Tráfico ilícito de drogas	Tráfico ilícito de drogas	Delito de organización criminal	Concepto operativo
Variable 2	Trata de personas	Hurto agravado	Delito de banda criminal	
Variable 3	Tráfico ilícito de migrantes	Robo agravado		
Variable 3	Tráfico de armas	Delitos aduaneros agravado		
Variable 5		Lavado de Activos agravado		

Fuente: Protocolos de la Convención de Palermo y el Acuerdo Plenario n.° 08-2019/CIJ-116.

Delito de organización criminal

En el 2016, con el Decreto Legislativo n.° 1244 se introduce el tipo penal autónomo de organización criminal, en el artículo 317 del Código Penal, antes bajo la denominación de «asociación ilícita». Este sanciona al que promueva, organice, constituya, o integre una organización criminal de tres o más personas con carácter estable, permanente o por tiempo indefinido que, de manera organizada, concertada o coordinada, se repartan diversas tareas o funciones, destinada a cometer delitos. También, introduce dos circunstancias agravantes específicas, como el ser líder, jefe, financista o dirigente de la organización criminal o cuando el resultado del accionar delictivo se causare la muerte o lesiones contra una persona.

Sobre la circunstancia agravante de ser líder, jefe, financista o dirigente, refiere Delgado Castro (2015):

> Antes de la entrada en vigencia de la ley de criminalidad organizada, resultaba antitécnico con la naturaleza de las tipologías criminales, e incongruente político-criminalmente que no se haya desvalorado en especial el rol funcional y determinante de los jerarcas y cabecillas de la organización criminal, que son los que constituyen, financian, establecen o definen el proyecto criminal, dirigen y controlan la estructura criminal de la organización, como autores mediatos u

> hombres de atrás, por medio del dominio de la voluntad a través de aparatos organizados de poder. (p. 362)

Con la incorporación de esta circunstancia agravante parece haberse superado este problema. Sin embargo, el artículo 22 de la Ley n.° 30077, Ley Contra el Crimen Organizado igualmente contempla agravantes especiales, entre las que también se encuentra si el agente es líder, jefe o cabecilla, financista, es funcionario o servidor público, utiliza menores de edad o inimputables, atenta contra la integridad de menores de edad u otros inimputables, abusa de su posición o si utiliza armas de guerra o materiales explosivos.

En esta línea de ideas, Miguel Toyohama (2017), indica que nos ubicamos frente a un delito multisubjetivo, en donde destacan dos tipos de autores, sustentando básicamente en torno al grado de responsabilidad que se ostenta dentro de la organización. Así tenemos a aquel que integra, y, además, es líder jefe, financista o dirige el acto delictivo. Más adelante este mismo autor expresa que la pertenencia a la organización criminal implica ser miembro de la misma. Por ello, el miembro de la organización criminal conoce claramente los objetivos de la organización (plan criminal) y desempeña un cargo en dicha estructura criminal, sea permanente o transitorio. El tema de la pertenencia o transitoriedad del miembro es distinto a la vigencia de la misma, que generalmente es de carácter estable y por tiempo indefinido. Por ende, el asociado muchas veces solamente es tratado como un empleado más de la corporación criminal, cuya adscripción puede ser permanente o temporal. Por otro lado, también existen los colaboradores de la organización criminal, pero que no la integran. Así se tiene el caso de aquellos que en forma eventual asesoran a la organización criminal o efectúan trabajos específicos (...). En suma, se requiere ser miembro de la organización, es decir, estar integrado en su estructura y contribuir, aunque sea de forma contingente a su mantenimiento compartiendo su objetivo y finalidad.

Por lo que, según este último autor se equiparan los actos de pertenencia a la organización criminal con el hecho de ser miembro de ella, para lo cual debe conocer su finalidad delictiva, lo que nos reconduce al elemento subjetivo doloso propio del tipo penal. A su turno, Páucar Chappa (2016) anota que existen de dos posturas definidas por la doctrina: el modelo causal y el modelo organizativo, con la siguiente diferenciación:

> El modelo causal sostiene que la conducta de colaborar con una organización es lo mismo que pertenecer a ella, es decir, que todo agente que colabore con la organización es porque ya de por sí pertenece a ella, en tanto en cuanto resultaría imperceptible diferenciar aportaciones a la agrupación delictiva desde dentro y desde afuera, pues en la medida que hay un aporte significativo es que se forma parte de la asociación. (...)

> El modelo organizativo, en cambio, hace la distinción entre actos de colaboración y el acto de pertenencia, y es que esta postura reposa en la necesidad de separar la responsabilidad personal y la responsabilidad por la organización, ya que quienes no sean parte de la organización sólo prestarán una colaboración externa, sea por ejemplo un acto de abastecimiento de provisiones, lo que se debe separar diametralmente del agente que ya forma parte de la entidad criminal organizacional. (pp. 135-136)

Si bien, de acuerdo a la teoría causal se equiparán los actos de colaboración con los actos de pertenencia, en la medida que exista un aporte significativo. No obstante, en el delito asociación ilícita, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de la República Corte Suprema en el Recurso de Nulidad n.° 3102-2009, en su fundamento sexto estableció que «el delito de asociación ilícita para delinquir, con arreglo al artículo 317 del Código Penal, es un injusto de organización. El sujeto debe pertenecer a la misma, estar integrada a ella, ser miembro de la asociación. No tiene este estatus el mero colaborador, solo al integrante o miembro de la organización». Criterio que también sería asumido para el delito de organización criminal, pues también presente una estructura típica autónoma que no admitiría formas de participación delictiva a menos que se produzca el resultado y sean sancionadas bajo el tipo penal o delito-fin con la agravante de su comisión mediante una organización criminal.

Banda criminal

Con el Decreto Legislativo n. ° 1244, se incorporó el delito de banda criminal en el artículo 317-B del Código Penal, el cual sanciona al que constituya o integre una unión de dos o más personas, que sin reunir alguna o algunas de las características de la organización criminal dispuestas en el artículo 317, tenga por finalidad o por objeto la comisión de delitos.

Para Toyohama Arakaki (2017) «el delito de banda criminal estaría en un grado básico respecto del delito de organización criminal, dentro de las estructuras asociativas dedicada a cometer delitos, donde la organización criminal encabezaría la estructura» (p. 98). De ahí que, en el Acuerdo Plenario n.° 08-2019/CIJ-116 de fecha 10 de setiembre de 2019, se sostenga que la banda criminal es una especie de organización criminal, que sería la figura genérica. Sobre las principales diferencias entre una organización criminal y banda criminal, recientemente las Salas Penales de la Corte Suprema han emitido el mencionado Acuerdo Plenario, donde se pueden apreciar la siguientes:

Tabla 2

Diferencias entre banda y organización criminal según Acuerdo Plenario n.° 08-2019/CIJ-116

	Banda criminal	Organización criminal
Estructura criminal	Menor complejidad organizativa. Estructura básica, carece de complejidad operativa y funcional	Mayor complejidad organizativa
Proyecto delictivo	Menos trascendente y propio de la «delincuencia común urbana» con un despojo mayormente artesanal y violento	Es productivo. Se encarga de activar y mantener negocios o economías ilegales
Número de integrantes	Reducido (dos a más)	Mayor (tres a más)
Conductas típicas	Constituir e integrar	Constituir, integrar, promover u organizar
Modus operandi	Rutinario y basado en la sorpresa o empleo de medios violentos como la agresión física o la amenaza	

Fuente: Acuerdo Plenario n.° 08-2019/CIJ-116. Es de anotar que, en los fundamentos adicionales por Figueroa Navarro, encuentra elementos típicos comunes y diferenciadores, como la calidad de autores y el nivel de estructuración.

Circunstancia agravante de organización criminal para determinados delitos

Por otro lado, la técnica aplicada por el legislador peruano también ha sido la de establecer la pertenencia a una organización criminal como una circunstancia agravante específica en determinados tipos penales. Por ejemplo, en los delitos de sicariato, tráfico ilegal de datos personales, pornografía infantil, robo agravado y marcaje o reglaje. Aunque los delitos tradicionales o característicos de la delincuencia organizada han sido siempre: el tráfico ilícito de drogas, trata de personas, tráfico ilícito de inmigrantes y tráficos de armas.

El Acuerdo Plenario n.° 08-2019/CIJ-116 en su fundamento 23. ° establece tres reglas bajo del concurso de delitos, a efecto de lograr la eficacia punitiva de la conducta delictiva de banda criminal, pero que también aplicarían para el delito de organización criminal, así se tiene de forma gráfica:

Tabla 3

Eficacia de la conducta delictiva según Acuerdo Plenario n.° 8-2019

Eficacia de la conducta delictiva de banda criminal y circunstancias de agravantes específicas	1.°	Tipo penal abstracto y de operatividad estrictamente residual frente a aquellos delitos comunes que sean ejecutados por sus integrantes. Por ejemplo: hurto, robo, marcaje-reglaje en calidad de integrantes de organización criminal.
	2.°	Delitos comunes que ejecute la banda criminal y no exista agravante específica por organización criminal, se podrá calificar tales conductas como un concurso real de delitos, siendo aplicables las reglas del artículo 50,° del Código Penal.
	3.°	Cuando hechos punibles como el hurto, robo o similares, hayan sido ejecutado por una pluralidad de agentes que actúan en concierto criminal, pero no existe adscripción o dependencia a una banda, serán reprimidos como delitos de hurto o robo, con la concurrencia de la agravante específica o genérica de «pluralidad de agentes).

Fuente: Acuerdo Plenario n.° 08-2019/CIJ-116.

4. Discusión

Los conceptos clásicos de la participación delictiva en el marco de las investigaciones o juicios contra organizaciones criminales ponen a discusión las diversas teorías que se emplean para sancionar a sus líderes o cabecillas, integrantes o miembros y colaboradores de la organización criminal. De esta forma, es autor no solo quien realiza el resultado del delito, también llamado autor inmediato o ejecutor, sino el autor mediato quien ordena el hecho, bajo la teoría del autor mediato de los grupos de poder o la teoría del dominio de la organización, sin descartar la sanción de otras clases de autoría y participación como cuando existe un acuerdo para la comisión de un delito sancionado bajo las reglas de la coautoría. De ahí que, una parte de la doctrina considera que la autoría mediata se configura para organizaciones criminales estrictamente verticales y la coautoría para organizaciones criminales horizontales.

Para abordar la participación delictiva en el delito de organización criminal se debe enfocar en su aspecto criminológico, pues lo que sanciona o reprocha es la agrupación con vocación de permanencia y roles definidos de sus miembros para la comisión de delitos graves, similar a una empresa con un programa criminal, por lo que no se habla ya de una responsabilidad individual sino de una responsabilidad colectiva.

En la comisión de delitos específicos, como, por ejemplo, tráfico ilícito de drogas, robo, hurto, sicariato, entre otros, con la agravante de organización criminal, no cabe duda que rigen las reglas de la participación delictiva (autoría y participación) y del concurso de delitos pues se puede verificar la participación en el hecho imputado como resultado, donde los miembros de la organización tienen un grado de participación de acuerdo a su rol o función. Incluso así intervenga directa o indirectamente el líder de la organización, este será acusado incluso bajo la teoría de la autoría mediata de aparatos organizados de poder o por el dominio de la organización.

Pero este análisis se torna más complejo cuando se impute únicamente el delito de organización criminal, figura que solo admite la sanción al autor al haber el legislador optado por castigar bajo determinados verbos rectores «constituir, integrar, promover u organizar», como un tipo de peligro abstracto que reprocha la pertenencia a un grupo delictivo mas no la materialización de su comisión.

Por lo que, una propuesta para sancionar los actos de colaboración con la organización criminal sin pertenencia a ella, es como la planteada por Páucar Chappa, con la introducción de un verbo rector expreso de «colaborar» en el artículo 317 del Código Penal o con la creación de un nuevo tipo penal como en la figura del delito de terrorismo.

5. Conclusiones

- En el 2001, el Estado peruano ratificó la Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada y sus Protocolos, pero recién en el 2013 publicó la Ley n.° 30077, Ley Contra el Crimen Organizado con su puesta en vigencia el 2014, que estableció un concepto legal sobre organización criminal. En el 2016, se incorporaron a la legislación penal los delitos de organización criminal y banda criminal.
- En el último XI Pleno Jurisdiccional Supremo Penal que dio lugar a la emisión de los Acuerdos Plenarios n.° 8-2019/CIJ-116 y 10-2019/CIJ-116, en el que no se resolvió el problema sobre la imputación de los aportes o colaboración de una persona vinculada a la organización criminal, en los términos del numeral 2.° del artículo 2 de la Ley n.° 30077, Ley contra el Crimen Organizado y si sobre esta figura rigen las reglas de participación delictiva.
- Resulta fundamental para los operadores jurídicos en el actual modelo procesal penal, delimitar la participación delictiva en los delitos de organización criminal, banda criminal y delitos-fin con la circunstancia agravante de su comisión de una organización criminal, sin que el artículo 2 de la Ley n.° 30077, integre o complemente los mismos, en

tanto que la habilitación de este último es meramente operativo para fines de investigación, así lo han establecido los Acuerdos Plenarios n.° 08-2019/CIJ-116 y n.° 10-2019/CIJ-116.

- Los delitos de banda criminal y organización no se rigen propiamente por las reglas de la participación delictiva, pues en ambos tipos penales se sanciona al autor que «constituya o integra» en el caso de banda criminal. Y, adicionalmente, al que «promueva u organice» una organización criminal en el caso de este tipo penal autónomo de organización criminal, ya que tratan de delitos de peligro abstracto que no necesariamente significan la materialización de un hecho delictivo. En este caso sí se habla de un delito específico sancionado con la agravante de organización criminal de contemplarla, en el que es pasible sancionar a los jefes o cabecillas de la organización criminal, incluso bajo la figura autoría mediata y a los ejecutores como autores mediatos, o bajo las reglas de la coautoría.
- Existe una postura en la doctrina que equipara los actos de integración o pertenencia con los actos de colaboración a la organización criminal, llamado «modelo causal» en cambio para el «modelo organizativo» se distinguen por la responsabilidad personal y colectiva, pero la jurisprudencia ha asentado que, en el delito de asociación delictiva, los injustos de organización de ningún modo configurarían actos de colaboración.
- Resulta necesario a efectos de evitar impunidad y optimizar la administración de justicia por parte de los operadores jurídicos, proponer la incorporación dentro del artículo 317 del verbo rector "colaborar" con la organización criminal o crear un tipo penal de colaboración como en el delito de terrorismo.

Referencias

Cornejo, Abel. (2010). *Asociación Ilícita y Delitos Contra el Orden Público*. Rubinzol-Culzoni Editores.

Delgado, C. (2015). Jefes, dirigentes y cabecillas en las organizaciones criminales. *Actualidad Penal,* (9), 353-368.

Llobet, M. (2014). *Fundamento y límites del delito de Colaboración con organización terrorista. Una propuesta restrictiva.*

Méndez, C. (2014). Los delitos de pertenencia a organización criminal y a grupo criminal y el delito de tráfico de drogas cometido por persona que pertenece a una organización delictiva. *Crónica de un conflicto*

normativo anunciado y análisis jurisprudencial. Estudios Penales y Criminológicos, vol. XXXIV. 525-526. ISSN 1137-7550: 511-560.

Meini, I. (2008). *El dominio de la organización en el Derecho Penal.* Palestra Editores.

Páucar, M. E. (2016). *El delito de organización criminal.* Ideas Solución Editorial.

Prado, V. R. (2019). *Lavado de activos y organizaciones criminales en el Perú.* Idemsa.

Quintero, G. (2013). Organizaciones y grupos criminales en el derecho penal de nuestro tiempo. En Villacampa Estiarte, C. (Coord.) *La delincuencia organizada: un reto a la política-criminal actual* (pp. 23-44). Thomson Reuters Aranzadi.

Silva, 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.

Toyohama, M. (2017). El delito de banda criminal. *Gaceta Penal & Procesal Penal,* (91), 95-107.

Toyohama, M. (2017). El delito de organización criminal. Comentarios a partir del Decreto Legislativo n.° 1244. *Actualidad Penal*, (31), 59-76.

Villavicencio, F. (2016). *Derecho Penal Parte General*. Editorial Grijley.

Zuñiga, L. (2013). *Criminalidad de empresa y criminalidad organizada*. Jurista Editores.

Zuñiga, L. (2016). *Ley contra el Crimen Organizado (Ley N°30077) Aspectos sustantivos, procesales y de ejecución penal.* Instituto Pacífico.

Zúñiga, L. (2010). Criminalidad organizada, derecho penal y sociedad. Apuntes para el análisis. *Foro Jurídico*, (10), 157-170. http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/view/18551.