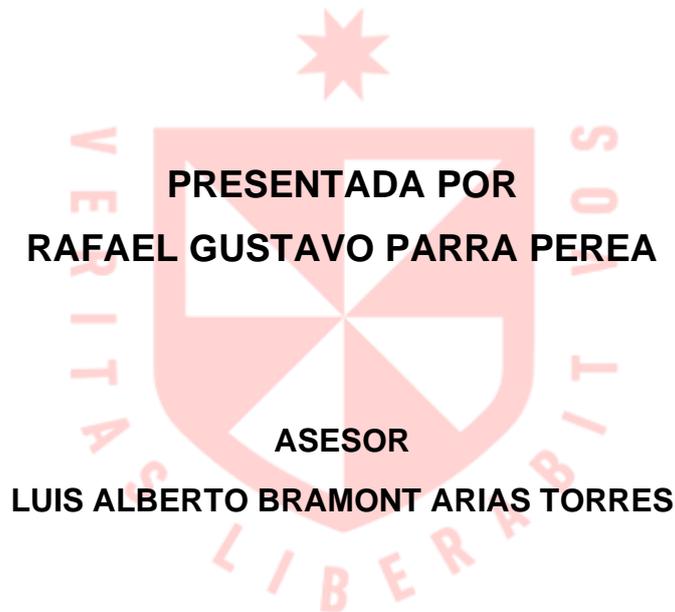




**FACULTAD DE DERECHO
UNIDAD DE POSGRADO**

**PROBLEMÁTICA RESPECTO DE LA
CONSTITUCIONALIDAD DEL DELITO DE BANDA
CRIMINAL**



**PRESENTADA POR
RAFAEL GUSTAVO PARRA PEREA**

**ASESOR
LUIS ALBERTO BRAMONT ARIAS TORRES**

**TESIS
PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE MAESTRO EN DERECHO EN
CIENCIAS PENALES**

**LIMA – PERÚ
2022**



CC BY-NC-ND

Reconocimiento – No comercial – Sin obra derivada

El autor sólo permite que se pueda descargar esta obra y compartirla con otras personas, siempre que se reconozca su autoría, pero no se puede cambiar de ninguna manera ni se puede utilizar comercialmente.

<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>



UNIDAD DE POSGRADO

**PROBLEMÁTICA RESPECTO DE LA CONSTITUCIONALIDAD
DEL DELITO DE BANDA CRIMINAL**

**TESIS PARA OPTAR EL GRADO ACADEMICO DE MAESTRO EN
DERECHO EN CIENCIAS PENALES**

Presentado por:

PARRA PEREA RAFAEL GUSTAVO

Asesor:

MG. LUIS ALBERTO BRAMONT ARIAS TORRES

LIMA – PERU

2022

Contenido

Contenido

| | |
|--|----|
| Presentado por: | 1 |
| RESUMEN | 4 |
| ABSTRACT | 4 |
| Key words: Criminal Law, Criminal Dogmatics, Criminal Organization, Trials..... | 4 |
| INTRODUCCIÓN | 5 |
| CAPÍTULO 1: METODOLOGÍA | 8 |
| CAPÍTULO 2: MARCO TEÓRICO | 8 |
| 2.1 Antecedentes históricos y evolución legislativa del delito de banda criminal. | 8 |
| CAPÍTULO 3: El concepto de Bien Jurídico | 15 |
| 3.1 Aspectos generales | 15 |
| 3.1.1 La función del Derecho penal | 15 |
| 3.1.2 Aspectos dogmáticos sobre el Bien Jurídico | 23 |
| 3.1.2.1. La necesidad de protección de los Bien Jurídico | 26 |
| 3.1.2.2. Función interpretativa del bien jurídico | 27 |
| 3.1.2.3. Prevención en la afectación del bien jurídico | 28 |
| 3.2 El bien jurídico de Banda Criminal | 28 |
| 3.2.1 La lesión al bien jurídico en los delitos de peligro abstracto | 33 |
| CAPÍTULO 4: El delito de Organización Criminal | 35 |
| 4.1 Aspectos generales | 35 |
| 4.2. Definición | 36 |
| 4.3. Características de la Organización criminal | 39 |
| 4.4. Presupuestos típicos del delito de Crimen Organizado | 42 |
| 4.4.1. Sujeto Activo | 43 |
| 4.4.2. Conducta típica | 47 |
| 4.4.3. Sujeto Pasivo | 56 |
| 4.4.4. Tipicidad Subjetiva | 56 |
| CAPÍTULO 5: La dogmática del Banda Criminal | 58 |
| 5.1 Aspectos generales del delito de Banda Criminal | 58 |
| 5.1.1 Características típicas | 60 |
| 5.1.1.1 Sujeto Activo | 62 |
| 5.1.1.2 Comportamiento típico: constituir una Banda Criminal | 63 |
| 5.2 Límites al Jus Puniendi | 66 |
| 5.2.1 Los principios del Derecho penal | 67 |

| | |
|---|----|
| 5.2.1.1 Principio de Legalidad | 68 |
| 5.2.1.1.1 Reserva de Ley (<i>Lex scripta</i>) | 69 |
| 5.2.1.1.2 La taxatividad de la ley (<i>Lex certa</i>)..... | 70 |
| 5.2.1.1.3 La prohibición de retroactividad (<i>Lex praevia</i>)..... | 71 |
| 5.2.1.1.4 La prohibición de analogía (<i>Lex stricta</i>) | 71 |
| 5.2.1.2 Principio de Lesividad | 71 |
| 5.3. Noción de peligro..... | 74 |
| 5.4 El <i>iter criminis</i> para la comisión del delito de Banda Criminal | 75 |
| 5.4.1. Etapa interna - <i>Ideación</i> | 76 |
| 5.4.2. Actos preparatorios | 76 |
| 5.4.3. Etapa externa..... | 77 |
| 5.4.3.1. Tentativa | 77 |
| 5.4.3.2 Realización de la conducta típica individual sin la dimensión sistémica | 79 |
| 5.4.3.3 Existencia de la dimensión sistémica del injusto, pero no de la dimensión individual | 80 |
| 5.4.3.4. Consumación | 80 |
| 5.4.3.5. El <i>Iter Criminis</i> en el Delito de Banda Criminal | 83 |
| 5.5. Critica al artículo 317-B del Código Penal - Delito de “Banda Criminal” | 84 |
| 5.5.1. El adelanto de la barrera de punición | 84 |
| 5.5.2. El problema de la taxatividad del tipo penal de Banda Criminal..... | 85 |
| 5.5.3. El problema del verbo rector “integrar” que lesiona el principio de lesividad | 87 |
| 5.5.4. Diferencias entre la coautoría y la realización del delito de Banda Criminal..... | 87 |
| CONCLUSIONES..... | 90 |
| Propuestas de mejora | 91 |
| 1. Delimitación conceptual del tipo penal de Banda Criminal..... | 91 |
| 2. Delimitación del adelanto de la barrera de punición..... | 92 |
| 3. La propuesta de supresión de la conducta de “integrar” una Banda Criminal 92 | |
| 4. Propuesta concreta..... | 94 |
| REFERENCIAS BIBLIOGRAFICA | 94 |
| Bibliografía | 94 |

RESUMEN

La investigación a través del método explorativo descriptivo pretende establecer la necesidad del tipo penal de Banda Criminal, desplegando un análisis comparado, dogmático, jurídico y jurisprudencial; para ello se analizará el injusto penal, los elementos del tipo, las características y exigencias, que nos lleven a obtener una visión completa y detallada de la base jurídica del artículo 317-B del Código Penal, para luego de tener todos los elementos de análisis poder criticar la figura en sus totalidad, establecer si la fórmula legislativa es la correcta o si es necesaria la modificación.

Palabras claves: Derecho Penal, Dogmática Penal, Banda Criminal, Organización Criminal, Barrera de Punicción.

ABSTRACT

The investigation through the descriptive exploratory method aims to establish the need for the criminal offense of Criminal Band, deploying a comparative, dogmatic, legal and jurisprudential analysis; For this, the criminal offense will be completely analysed, the elements of the offense, the characteristics and requirements, which will lead us to obtain a complete and detailed vision of the legal basis of article 317-B Criminal Code, so that after having all the elements of analysis we will be able to criticize the figure in its entirety, establish if the legislative formula is correct or if modification is necessary.

Key words: Criminal Law, Criminal Dogmatics, Criminal Organization, Trials.

NOMBRE DEL TRABAJO

PROBLEMÁTICA RESPECTO DE LA CONSTITUCIONALIDAD DEL DELITO DE BANDA CRIMINAL

AUTOR

RAFAEL GUSTAVO PARRA PEREA

RECUENTO DE PALABRAS

31918 Words

RECUENTO DE CARACTERES

174978 Characters

RECUENTO DE PÁGINAS

99 Pages

TAMAÑO DEL ARCHIVO

4.6MB

FECHA DE ENTREGA

May 15, 2023 8:43 AM GMT-5

FECHA DEL INFORME

May 15, 2023 8:45 AM GMT-5**● 6% de similitud general**

El total combinado de todas las coincidencias, incluidas las fuentes superpuestas, para cada base de datos.

- 6% Base de datos de Internet
- Base de datos de Crossref
- 4% Base de datos de trabajos entregados
- 2% Base de datos de publicaciones
- Base de datos de contenido publicado de Crossref

● Excluir del Reporte de Similitud

- Material bibliográfico
- Material citado
- Material citado
- Coincidencia baja (menos de 10 palabras)



USMP | Facultad de Derecho
UNIVERSIDAD DE SAN MARTÍN DE PORRES | Posgrado

Dra. Nancy Guzmán Ruiz de Castilla
RESPONSABLE DEL SOFTWARE ANTIPLAGIO - TURNITIN.

INTRODUCCIÓN

Con motivo de la promulgación del Decreto Legislativo 1244 y la inclusión del ilícito autónomo de Banda Criminal, en el ordenamiento jurídico penal, se reguló la figura que sancionaba a la agrupación o conjunto de personas que buscaban perpetrar ilícitos, utilizando para ello el marco de una agrupación que facilite dicha comisión mediante el reparto de roles y tareas, con vocación de permanencia; figura que, según la fórmula legislativa, será aplicado de forma residual cuando el sujeto activo no cumpla con las características típicas reguladas para el tipo de organización criminal.

El motivo que sustentó la introducción de la figura de Banda Criminal en nuestra legislación, encuentra su referencia en la Convención contra la Criminalidad Organizada o Convención de Palermo, la cual data del año 2000, en este documento la Comunidad Internacional acordó adoptar medidas para afrontar un problema que golpea a todas las Naciones, el Crimen organizado.

Es función de los Estados, la implementación de dispositivos que atiendan determinados problemas sociales, tales como los descritos en los artículos 317 y 317-B del Código Penal, ambos supuestos pretenden mitigar la problemática de la criminalidad organizada, entendiendo esta como estructuras organizadas que pretenden obtener beneficios de la actividad delictiva, en ese sentido, resulta evidente que la comisión de delitos desplegados por varias personas, en muchos casos, asegura el éxito de la estructura criminal, mucho más que en los casos de actuación de un único sujeto (Bocanegra Márquez, 2020).

Resulta pues, de mucho mayor relevancia e impacto en la sociedad las estructuras organizadas con objetivo criminal, pues afectan de forma directa en la seguridad y confianza que el ciudadano deposita en el Estado, ello debido a que, a mayores medios personales se dispondrá de más medios materiales y logísticos para desplegar su accionar, y además, facilita la comisión de delitos de especial complejidad que, por sus características requieren de la disposición de recursos, tanto humanos como logísticos, tales como la comercialización ilegal de drogas o la trata de personas, entre otros.

El objetivo del presente trabajo, es analizar el tipo penal de banda criminal, el mismo que según la fórmula legislativa actual, reprime las conductas de las

estructuras de menor complejidad, dedicadas a la comisión dolosa de delitos violentos y de producción artesanal, como el robo o el sicariato.

Al respecto, la asociación de personas con objetivos criminales, tiene su antecedente concreto en la Francia Napoleónica, en los albores del siglo XIX, en donde se conocía a estas figura como “association des malfaiteurs”, que ya en ese entonces, se situaba este tipo de ilícitos en el grupo de delitos que afectaban el bien jurídico “paz pública” (Sánchez García de Paz, 2020), así se castigaba la participación en bandas armadas con objetivos ilícitos, siendo este el antecedente el que evidencia que el Derecho Penal le confiere relevancia autónoma al solo hecho de participar en una organización de estas características, separando este tipo penal de los delitos-fin que se pudieran cometer en el transcurso de la vida de la banda criminal.

La sociedad actual, con niveles de internacionalización mayores que en épocas anteriores, hace posible que nuevos ámbitos de aplicación de los tipos asociativos surjan, factores que, sumados a la apertura de fronteras y avances tecnológicos, propician el cambio o evolución en la criminalidad organizada. Sin embargo, con el desarrollo de estudios en el ámbito de este fenómeno social, se puede diferenciar, hasta el momento de forma sombría, dos figuras diferentes, pero con similares objetivos que, en el caso peruano son conocidos como la Organización criminal y la Banda criminal.

Siendo objeto principal de estudio de la presente investigación, la figura típica descrita por el artículo 317-B, a fin de desarrollar una visión holística, abordando los antecedentes y desarrollo normativo en la legislación nacional, definir qué bien jurídico se pretende proteger a través de la imposición de un castigo a la conducta descrita, para así desarrollar si se cumple con exigencias necesarias de índole garantista, analizando si la formula legislativa cumple con exigencias propias del Derecho Penal, tales como el Principio de legalidad en la exigencia de certeza o *Lex Certa*, y el Principio de Lesividad como garantía que justifica la intervención penal ante la lesión o riesgo de lesión de bienes jurídico, continuando con un análisis comparativo entre la figura típica de organización criminal y la de banda criminal, para concluir con el análisis en concreto, acucioso y pormenorizado de la Banda Criminal como figura delictiva.

La investigación pretende evidenciar si existe justificación para dotar de autonomía a la conducta descrita en el 317-B, contrastando con figuras como la coautoría, criticándola y aportando a la comunidad jurídica una visión que sirva como guía práctica para establecer las condiciones que se requieren para reconocer a una banda criminal y no solo asumir que, por el hecho de no reunir una de las condiciones de la organización, sin desplegar mayor análisis, nos encontraremos frente a una banda criminal.

CAPÍTULO 1: METODOLOGÍA

1.1 Diseño metodológico

El investigador desarrollará una investigación cualitativa evidenciando y contrastando la realidad normativa respecto del tipo penal 317-B y los criterios dogmáticos y jurisprudenciales, así como los principios fundamentales del derecho penal, ello con la finalidad de poder establecer: 1) la necesidad de esta norma en el ordenamiento actual, 2) la validez de la norma en el ordenamiento actual y 3) la constitucionalidad de la norma a la luz del análisis.

Así mismo la presente investigación se desarrollará de manera exploratoria, considerando la limitada información directamente desarrollada y considerando que existe información aislada, la cual se pretende segmentar y organizar con la finalidad de obtener el resultado propuesto.

CAPÍTULO 2: MARCO TEÓRICO.

2.1 Antecedentes históricos y evolución legislativa del delito de banda criminal.

El concepto *delincuencia organizada*, fue utilizado por primera vez en el año 1929, por el Criminólogo de origen estadounidense, John Ladesco, y fue usado para referirse a actos ilícitos que eran perpetrados por múltiples agentes de un mismo grupo, en ese contexto, agrupaciones conocidas como “mafias”. (Chávez Cotrina, 2020)

Con el desarrollo de las sociedades y de nuevas formas de agrupación lícitas o ilícitas, se ha utilizado diversa terminología para referirnos a las agrupaciones de 3 o más personas, las cuales tienen el objetivo de cometer ilícitos, ilícitos que van desde robar objetos de valor hasta afectar a estamentos estatales a través de la corrupción.

Resulta necesario mencionar, que la lucha activa contra todo tipo de criminalidad sea organizada o no, debe ser una de las principales tareas de los Estados, siendo la criminalidad organizada, uno de los principales puntos de atención, pues esta forma de delincuencia atenta contra los derechos de los ciudadanos de forma violenta (Chávez Cotrina, 2020), en ese sentido, se hace necesario que

el poder estatal despliegue esfuerzos por tratar minimizar el impacto de la criminalidad organizada.

De esa forma, la respuesta jurídica del Derecho como ciencia, respecto de la necesidad de proteger la auto realización del individuo en la Sociedad, se materializa a través de los tipos penales, siendo que, en el caso específico, se dio con la promulgación del Decreto Legislativo 1244, que introdujo la tipificación de las conductas de organización criminal y banda criminal, los cuales tuvieron como justificación para su legislación la afectación de bienes jurídicos de especial relevancia. (Bocanegra Márquez, 2020)

El término “banda criminal”, en el Perú, cuenta con un antecedente normativo en el Código Penal de 1924, el cual se encontraba direccionado a considerarlo como una agravante en los delitos de carácter patrimonial, como el tipo penal de hurto. La referida agravante pretendía sobre criminalizar las conductas típicas cometidas en calidad de miembro de una banda con fines delictivos. (Prado Saldarriaga, 2021)

Adicionalmente, en el plano nacional, el Código Penal peruano, modificado y revisado a la luz de lo que la sociedad de ese momento buscaba castigar, de conformidad con los preceptos éticos y morales de una sociedad en desarrollo como la peruana, se encontraba en pleno proceso de modificación el Código Penal de 1924, cuando el 15 de junio de 1981, mediante Decreto Legislativo N° 122 introdujo el primer antecedente del delito de banda criminal (Alfaro Yarmas, 2020), el cual profesaba de la siguiente forma:

“El que promueve, organice, financie o dirija una banda formada por 3 o más personas y destinada a producir o comercializar droga, será reprimido con penitenciaría no mayor de 15 años ni menor de 10 años.

Los demás integrantes de la banda serán reprimidos, por el solo hecho de pertenecer a la asociación ilícita, con penitenciaría no mayor de 10 años ni menor de 5 años”.

Dicha fórmula legislativa, es producto del razonamiento del legislador de la época, el cual relacionaba a la agrupación de 3 o más personas con el hecho de producir o comercializar droga, sancionando con pena privativa de la libertad no

solo a los que “*promuevan, organicen, financien o dirijan*”, sino también a los participantes u integrantes de la agrupación o banda. Los límites infranqueables de las conductas típicas se desprendían del mismo texto normativo, pues la descripción legal, requería que el hecho se encuentre relacionado con la producción y comercialización de drogas. En consecuencia, los elementos típicos que se desprenden del tipo penal son: 1) la pluralidad de agentes y, 2) la actividad se encuentre relacionado a producir o comercializar droga.

Por otro lado, en el plano internacional en el año 2004, se llevó a cabo una reunión de los países de la comunidad internacional, teniendo como resultado la adopción de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada, también conocida como la Convención de Palermo, proponiendo interesantes y novedosos conceptos que coadyuvarían a los Estados en la lucha contra este tipo de criminalidad. Al respecto, el artículo 2° de dicha convención, proporcionó la siguiente interesante definición:

- A. Por “grupo delictivo organizado”: debe entender como todo grupo estructurado que debe encontrarse conformado por tres o más personas, que se encuentre vigente durante un tiempo determinado y que desarrollen sus actividades de forma concertada, siempre con la finalidad de cometer uno o varios delitos que se encuentren debidamente tipificados en las legislaciones nacionales, con arreglo a la Convención. Dichos delitos deben ser cometido con el objetivo de conseguir ya sea de manera directa o indirecta, un beneficio económico, o cualquier otro beneficio.

- B. Por “grupo estructurado”: debe entenderse a aquel grupo que, sin encontrarse formado al azar, se une para cometer ilícitos de naturaleza penal de manera inmediata o para cometer un delito determinado. Aquí, no existe la asignación de funciones o roles previamente definidos, ni debe existir permanencia de la condición de miembros ni una estructura organizacional.

Respecto a “grupo delictivo organizado”, los Estados miembros, producto de la adopción del instrumento internacional, pudieron esclarecer las características

que componen una organización criminal, a la luz de preceptos modernos, siendo estos los siguientes: estructura, pluralidad de agentes, existencia indeterminada, concertación y la comisión de delitos graves. (Chávez Cotrina, 2020, pág. 44)

Por otro lado, respecto de “grupo estructurado” - concepto más cercano al termino y tipo penal peruano de “Banda Criminal”-, según la convención, sería un grupo con un nivel de organización no fortuito y en el que no se haya repartido o asignado funciones a sus miembros, no siendo necesario que sea continua la permanencia en la condición de miembro.

Al respecto, Cordini, establece la siguiente diferencia:

“[Q]ue el grupo estructurado se trata [de] la unión de dos o más personas con la finalidad o con el objeto de la perpetración concertada de delitos no reuniendo alguna o algunas de las características de la organización criminal, es decir, que carece de estabilidad, o no actúa de manera concertada y coordinada repartiendo las distintas tareas o funciones. Resulta necesario resaltar que a la luz los sistemas penales seguidores de la tradición alemana en materia de dogmática jurídico-penal a saber, de la teoría del delito, este segundo tipo de agrupación genera no pocos problemas de delimitación con los actos preparatorios y con la codelincuencia referida a los distintos delitos cometidos en el ámbito de estas agrupaciones.” (Cordini, 2020, pág. 44)

Las ideas de Cordini, vislumbran la dificultad jurídico-penal en la que el tipo penal de Banda Criminal nos enmarca, pues este tipo penal, según la cita del párrafo precedente, cuenta con problemas de delimitación.

En esa línea, el Estado peruano se vio en la necesidad de adecuar el documento de la política criminal a las exigencias actuales, siendo este documento la base fundamental en la cual descansan los principios sobre la lucha contra el crimen organizado (Bacigalupo, 1999, pág. 76). En ese sentido, el 29 de octubre de 2016, se incorporó el artículo 317-B en el Código Penal, mediante el artículo 3 del Decreto Legislativo N° 1244, el mismo que reguló la conducta típica de Banda Criminal de la siguiente forma:

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

La fórmula legislativa desarrollada por el legislador peruano, tiene como fuente extranjera el párrafo final del inciso 1, del Artículo 570º *iter* del Código Penal español, siendo éste denominado “grupo criminal”, el cual describe la siguiente conducta típica: *“A los efectos de este Código se entiende por grupo criminal la unión de más de dos personas que, sin reunir alguna o algunas de las características de la organización criminal definida en el artículo anterior, tenga por finalidad o por objeto la perpetración concertada de delitos.”* (Prado Saldarriaga, 2021, pág. 74)

Así las cosas, es posible concluir que el delito de Banda Criminal, es producto de una evolución conceptual y pragmática. Por lo que, para comprender las raíces del tipo penal en análisis, es necesario comprender, en primer lugar, qué debe entenderse por *crimen organizado o delincuencia organizada*, la que se conoce como todos aquellos comportamientos realizados por un grupo de individuos jerárquica y estructuralmente organizados y cuya finalidad es cometer ilícitos, buscando obtener beneficios económicos o materiales. (Chávez Cotrina, 2020, pág. 45)

Con mayor detalle, García Collantes indica respecto de la expresión “crimen organizado”, lo siguiente:

“[E]l sustantivo crimen designa un género, y el adjetivo organizado remite a una diferencia específica. El significado del género parece aludir a un tipo de actividad que comparte con otras su condición delictiva o antijurídica, una infracción de la ley en principio punible. La característica que aporta el adjetivo nos permite distinguir entre crímenes de una u otra índole y el crimen. ¿Por qué se elige el calificativo organizado para definir un tipo específico de conducta delictiva? Según el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, organizar significa “establecer o

reformar algo para lograr un fin, coordinando las personas y medios adecuados”. Así, al asociar el sustantivo “crimen” con el adjetivo organizado, se sugieren dos propiedades que resultan ajenas a gran cantidad de delitos. De entrada la palabra organizar parece tener un significado bastante próximo al de planificar, de modo que el crimen organizado debe diferenciarse de aquellos otros actos delictivos espontáneos o que se cometen sin deliberación previa, bajo el efecto de reacciones impulsivas como ocurre con los llamados “crímenes pasionales” (García Collantes, 2020, pág. 46).

Por otro lado, Giménez-Salinas Framis, indica respecto de “crimen organizado” lo siguiente:

“El término crimen organizado hace referencia a un conjunto de delitos cuya característica distintiva reside en el modo de comisión del delito, concretamente, en el hecho de que la acción delictiva se lleve a cabo por diversas personas que pertenecen a una estructura criminal. A primera vista, esta forma de calificar estos delitos constituye casi un sinsentido, si tenemos en cuenta que la mayoría de acciones criminales son fruto de conductas que rara vez tienen que ver con la organización o la planificación y se realizan, en su mayoría, de forma individual. Ello nos confirma que el concepto de crimen organizado incorpora una voluntad implícita de resaltar la relevancia de la acción planificada y estructurada por una organización en torno a una finalidad ilegal común” (Giménez-Salinas Framis citado por Chávez Cotrina, 2020, pág. 45).

En el Perú, la legislación penal referida a las agrupaciones ilícitas, ha adoptado las siguientes nomenclaturas: asociación ilícita para delinquir, banda criminal y organización criminal; esta terminología, utilizada en el argot jurídico penal peruano, ha evolucionado poco a poco esclareciendo y estableciendo claras y marcadas diferencias; en ese sentido García Collantes refiere que es necesario definir la delincuencia organizada diferenciando la organización criminal de una asociación para delinquir, y los componentes o miembros que integran la banda deben actuar de acuerdo a la estructura y organización interna en cuanto a los deberes, obligaciones y disciplina. (García Collantes, 2020, pág. 49)

Del mismo que en la realidad penal española, el delito autónomo de “banda criminal”, es conocido como “grupo criminal”, el mismo que fue introducido en la legislación jurídico penal española en el año 2010, el cual en su exposición de motivos no ahonda en la descripción de la configuración sistemática como delito contra el bien jurídico “orden público”, justificando el legislador, aludiendo a la necesidad de hacer frente a “*otros fenómenos análogos muy extendidos en la sociedad actual, a veces extremadamente peligrosos o violentos, que no reúnen esos requisitos estructurales*” (Bocanegra Márquez, 2020, pág. 49).

A partir de estos conceptos, ideas, referencias y documentos; desarrollaremos los conceptos, límites, circunstancias y características del tipo penal regulado por el art. 317-B del Código penal, verificando si la fórmula legislativa va de la mano con los lineamientos y principios del Derecho Penal.

CAPÍTULO 3: El concepto de Bien Jurídico

3.1 Aspectos generales

3.1.1 La función del Derecho penal

El Derecho Penal, qué duda cabe, es la manifestación del poder punitivo estatal, conocido como “IUS PUNIENDI”, el poder coactivo del Estado. La creación de este ordenamiento jurídico forma parte de las funciones elementales del Estado, reconociendo que, sin éste, la convivencia en sociedad no sería posible. Este Derecho Penal es una parte indispensable del ordenamiento jurídico, debido a que mientras más profundiza el Estado moderno y social en su rol de planificación asistencial, con mayor fuerza subsiste la protección de la convivencia social, es por ello que la coerción penal, forma parte del desarrollo permanente de la historia del ser humano, existiendo formas de castigo a delitos en todas las culturas a lo largo de la historia del hombre. (Hans-Heinrich, 2002, pág. 12)

Resulta lógico iniciar la sección de la función del Derecho Penal estableciendo conceptualmente el significado de la ciencia “Derecho Penal”. Para empezar, el criterio del ciudadano de a pie es que se hable de Derecho Penal cuando se trata de que el Estado, a través del aparato judicial (jueces, fiscales y operadores judiciales), castiguen a alguien por un comportamiento lesivo para una persona o inclusive para la sociedad, reaccionando frente a hechos que consideramos reprochables, ello debido a que atentan contra los valores esenciales de nuestra convivencia. (Bajo fernández, 2019, pág. 28)

En ese sentido, podemos comenzar analizando el termino, desglosando las dos palabras que lo componen, por un lado, tenemos el término “Derecho”, el cual es un conjunto de reglas relacionadas a la conducta humana, y por otro lado, el término “Penal”, que hace alusión a un adjetivo que hace referencia a conductas que tiene como consecuencia una pena, que no es otra cosa que un castigo; siendo que al unirlos, encontramos que el Derecho Penal se trataría de las conductas gravemente reprochadas, procediendo primero a prohibirlas a través de una descripción fáctica y después a castigarlas, cuando se cumple la condición o la conducta descrita en el ordenamiento. (Bajo fernández, 2019, pág. 28)

Es pues entonces, el Derecho penal la ciencia que regula conductas dentro de una sociedad organizada, pero es necesario comprender que no siempre la sociedad fue organizada, todo tiene un punto de partida y ubicarnos en ese punto resulta importante para separar y comprende las funciones de cada uno de los integrantes relacionados con este orden que se pretende o que se anhela conseguir a través del ordenamiento. En ese sentido a la sociedad le corresponde la titularidad del orden social, el cual es preexistente al ordenamiento jurídico, mientras el ordenamiento jurídico, metódicamente creado tiene como titular al Estado, el cual tiene la misión de resguardarlo bajo las condiciones de vida de la sociedad. (Hans-Heinrich, 2002, pág. 2)

Ahora bien, el Derecho Penal es una rama del derecho que tiene como finalidad la regulación de conductas y que impone sanciones o limitaciones de acuerdo al nivel de reproche social, siendo ello así, la herramienta que utiliza el derecho penal para alcanzar el cumplimiento de sus funciones es la norma penal, ésta debe ser entendida como una regla de conducta importante para la sociedad, es esencial para los intereses de las persona y para el modelo de organización social, pues ante el cumplimiento o realización de la conducta prohibida, la imposición de una pena se va a materializar a través del poder punitivo del Estado. (Bajo fernández, 2019, pág. 29)

Respecto de esta herramienta, la norma penal se encuentra compuesta de dos elementos, por un lado, la descripción de un comportamiento - un precepto, o un presupuesto jurídico: el delito - y un tratamiento que el ordenamiento jurídico asocia a la no observancia del comportamiento - la sanción, o la consecuencia jurídica: la penal, los ejemplo son todos los tipos penales o conductas descritas y reguladas en el catálogo conocido como Código Penal. (Bajo fernández, 2019, pág. 30)

Es a través de esta herramienta que el Estado va a cumplir sus fines pacificadores, así lo establece Jescheck, al manifestar que el Derecho penal tiene un significado fundamental como normativa pacificadora y protectora de la sociedad, siendo pues esta convivencia la que se desarrolla de conformidad a las reglas suministradas, configurándose el orden social. (Hans-Heinrich, 2002, pág. 2)

La pena se impone por el cumplimiento de la condición normativa descrita, el hecho que una persona cumpla con la condición descrita, se hace acreedor a que se le denomine “autor del delito”, pues esta es una de las formas de incumplimiento de los preceptos contenido en las normas de derecho, ahora bien, no se puede asumir que todo incumplimiento constituye delito, es necesario establece que solo los determinados en las leyes penales serán considerados de esta forma, pero ¿cómo distinguimos un delito de, por ejemplo, una infracción jurídica?, la respuesta es a través del grado de reprochabilidad o intolerabilidad de la misma la misma conducta, en ese sentido, los delitos son infracciones que se presentan como los más intolerables para la vida en sociedad. (Bajo fernández, 2019, pág. 32)

La validez del sistema jurídico, y en particular el caso del sistema jurídico penal, no requiere la imposición externa; la razón de ser y motivo de su validez, es la aceptación general de su necesidad, siendo esta necesidad resguardada a través de sanciones que reaccionan por sí mismas frente a la conducta de las personas que las transgreden. (Hans-Heinrich, 2002, pág. 2)

El delito es una conducta, pero a entender del derecho, o mejor dicho, el concepto jurídico de delito es: aquella conducta o acción típica, antijurídica y culpable, que tiene que ser desplegada por un humano, externa y voluntario, debiendo encontrarse tipificada o contemplada como delito antes de cometer el ilícito, debiendo ser también socialmente lesiva o nociva y contraria a Derecho (antijurídica); y por último, es personalmente reprochable a un autor, usando su autonomía o su libertad (culpabilidad). (Bajo fernández, 2019, pág. 32) Así también, se entiende al delito como la lesión del bien jurídico y la infracción del deber. (Hans-Heinrich, 2002, pág. 8)

La sanción a imponerse como consecuencia de una infracción al ordenamiento, de conformidad con el conocido principio de justicia distributiva, teniendo en cuenta que para su imposición debe de ser producto de un proceso con el respeto de las garantías procesales penales, siempre va a llegar posterior a la comisión del injusto, pues la imposición de la sanción mira siempre a la conducta reprochable cometida en el pasado; esta condición es conocida como la función persecutora del derecho penal, la misma que resulta imprescindible para

alcanzar la protección de la sociedad, mediante la imposición pena que se considere justa. (Hans-Heinrich, 2002, pág. 4)

La organización actual de los Estados modernos, los cuales se reconocen como respetuosos y garantes de la supremacía de la Constitución, reconoce y garantiza la correcta función y despliegue del Derecho Penal. Al respecto, es necesario dedicar algunas líneas para centrar conceptos relacionados a la función o las funciones del derecho penal. En ese sentido, Bacigalupo se pregunta: “¿para qué establece la sociedad organizada en el Estado un conjunto de normas que amenazan con la aplicación de una pena la ejecución de determinadas conductas?”, respondiéndose de la siguiente forma: “(...) función del derecho penal y teorías de la pena tiene una estrecha relación: toda teoría de la pena es una teoría de la función que debe cumplir el derecho penal. (...) en el pensamiento clásico existen dos líneas de pensamiento que procuran una respuesta a estas cuestiones; por un lado, se sostiene que el derecho penal tiene una función metafísica, consistente en la realización de un ideal de justicia; por otro, que el derecho penal tiene una función social, caracterizada por la prevención del delito con miras a proteger ciertos intereses sociales reconocidos por el derecho positivo (bienes jurídicos).” (Bacigalupo, 1999, pág. 29)

De lo que entiende, que el Derecho Penal, al ser el método que el Estado tiene para mitigar conductas reprochables, no solo impone sanciones tras la verificación de un delito, sino además impone medidas de seguridad a quien despliega la conducta nociva que no constituyen un delito por alguna condición de autor, como por ejemplo que el agente no sea capaz de comprender la ilicitud de su comportamiento. (Bajo fernández, 2019, pág. 28)

En ese sentido, Bacigalupo nos resumen respecto de la Función del Derecho Penal: “(...) Si se piensa que es una función (legítima) del Estado realizar ciertos ideales de justicia, el derecho penal será entendido como un instrumento al servicio del valor justicia. Por el contrario, si se entiende que la justicia, en este sentido, no da lugar a una función del Estado, se recurrirá a otras concepciones del derecho penal, en el que éste será entendido de una manera diferente. Por lo general, en este caso, se justificará el derecho penal como un instrumento

socialmente útil. El valor que se asigne a estas funciones será el fundamento de la legitimidad del derecho penal.”

A decir de Jescheck, el Derecho Penal solo puede asegurar la protección de la sociedad garantizando la paz pública de la mano con el respeto de la libertad de acción de sus ciudadanos, repeliendo todo tipo de violencia antijurídica y amenazando con la imposición de sanciones, en ese sentido la protección de la paz pública y la idea de: la regla del más fuerte, no continua, posibilitando el desarrollo de todos los ciudadanos a través de una seguridad general y el respeto de los derechos humanos. (Hans-Heinrich, 2002, pág. 3)

Asimismo, Chanjan Documet (Documet, pág. 10) nos refiere que el Derecho penal es la herramienta jurídica de más estigmatización contra la persona, siendo que encontrará legitimidad en razón de sus fines preventivos (que impulsan una expansión de la intervención punitiva del Estado) y garantistas (que estimulan la reducción de la propia violencia estatal) (Documet J. M., pág. 10), en ese sentido, continúa manifestando que ambos tipos de fines, en constante conflicto, se encuentran alineados y se aportan entre sí, con la finalidad que la intervención penal resulte constitucionalmente válida. (Constitucional, 2011)

Por su parte, el supremo intérprete de la Constitución en Perú, a través de su jurisprudencia, ha establecido respecto de los fines del derecho penal lo siguiente: *“9. En un Estado social y democrático, el Derecho Penal debe procurar, fundamentalmente, servir a todos los ciudadanos, evitando que la pena se convierta en un fin en sí mismo, y que desconozca el interés por una convivencia armónica, el bienestar general o las garantías mínimas que la Norma Fundamental le reconoce a toda persona. Conforme ello, el Derecho Penal debe orientar la función preventiva de la pena con arreglo a los principios de culpabilidad, de exclusiva protección de bienes jurídicos o de proporcionalidad, entre otros.”*

Ahora bien, hablar de Derecho Penal, significa hacer referencia a conductas castigadas por el ordenamiento jurídico; siendo que el castigo que se impone por la realización de estas conductas según el Código Penal peruano son de los siguientes tipos: 1) Pena privativa de libertad; 2) pena restrictiva de libertad, 3)

limitativas de derechos; y 4) pena de multa (Peruano); teniendo en cuenta ello, y dado que en el Derecho Penal existe una estrecha y directa relación lógica entre la conducta desplegada por el agente y la sanción a imponerse producto de la acción, la imposición del castigo, debe ser valorada por el Juez competente atendiendo los límites que la propia norma establece.

Ante ello, el fin de la pena, en un Estado democrático y social de derecho es evitar la comisión de conductas o comportamientos delictivos, imponiéndose como una garantía institucional de protección de las libertades y de la vida en armonía en sociedad, a favor del bienestar de la población general. (Constitucional, Exp. N° 00012-2006-PI/TC, 2006)

Dicha finalidad, según el Tribunal Constitucional peruano, se logra mediante: 1) la tipificación, a través de una ley, de la conducta considerada delito y de la respectiva sanción, 2) la sanción del delito y 3) la rehabilitación y la reincorporación del penado a la sociedad. (Constitucional, Exp. N° 00012-2006-PI/TC, 2006)

A manera de resumen de la sección, podemos afirmar en el mismo sentido que Jescheck, al manifestar que todas las normas penales, se encuentran basadas en valoraciones positivas sobre bienes vitales que son indispensables para la sociedad y por ello se les debe proteger a través de la amenaza de la pena pública, entendiendo que las sanciones a imponerse pueden ser limitaciones o restricciones a la libertad. (Hans-Heinrich, 2002, pág. 8)

Habiendo ya desarrollado este poder de castigar, el cual tiene como origen el poder soberano otorgado por el pueblo al gobernante, es necesario entender que el IUS PUNIENDI del Estado constitucional de derecho se traduce en el uso legítimo de la fuerza, que en el contexto del derecho penal, es utilizado para reprimir o castigar determinadas conductas, debiendo entender que este uso de fuerza encuentra límites, los cuales deben ser respetados, así nos precisa Rojas Rodríguez, al manifestar que existe un amplio consenso doctrinal al comprender que el poder sancionador utiliza como base a la constitución para definir sus principios, encontrando estrechamente relacionado lo legislado y lo juzgado, con lo establecido por la constitución, encontrándose sujetos al control de máximo

intérprete de la Constitución, el Tribunal Constitucional. (Rojas Rodríguez, 2014, pág. 95)

Es en este contexto, en donde el Estado utiliza la fuerza para castigar determinadas conductas, donde se encuentran en contramedida límites, así nos refiere Mir Puig lo siguiente:

“El principio de Estado de Derecho impone el postulado de un sometimiento de la potestad punitiva al Derecho, lo que dará lugar a los límites derivados del principio de legalidad. La idea del Estado Social sirva para legitimar la función de prevención en la medida que sea necesaria para proteger a la sociedad. Ello implica ya varios límites que giran en torno a la exigencia de la necesidad social de la intervención penal. Por último, la concepción del Estado democrático obliga en lo posible a poner el derecho penal al servicio del ciudadano, lo que puede verse como fuente de ciertos límites que hoy se asocian al respeto de principios como el de dignidad humana, igualdad y participación del ciudadano” (Mir Puig citado por Rojas Rodríguez, 2014, pág. 96)

La potestad punitiva encuentra sus límites en algunos casos, del fundamento político, y en otros, en el fundamento funcional, pero en ambos casos guardan conexión con los dos pilares del ius puniendi, esto quiere decir, que los principios limitadores se podrían derivar del fundamento político y constitucional, siendo esto una característica del Estado social y democrático de Derecho. (Luzón Peña, 2004, pág. 80)

Los límites concretamente son los principios rectores del Derecho Penal, los cuales sirven como garantes o límites infranqueables en donde el poder del Estado no puede irrumpir o quebrantar, sino por el contrario, debe proteger y respetar. Así, en palabras de Luzón Peña los principales límites son: (Luzón Peña, 2004, pág. 88)

B. Principio de Legalidad: este se define con el aforismo “nullum crimen, nulla poena sine lege”, el cual supone que solo la ley puede establecer conductas que se consideran delictivas y establecer penas.

- C. Principio de exclusiva protección de bienes jurídicos: también es conocido como el principio de lesividad, según el cual el Derecho penal solo podrá intervenir si existe una amenaza o peligro concreto a bienes jurídicos, se exige un concreto daño al prójimo o a la sociedad, siendo este el motivo por el cual se castiga la conducta.
- D. Principio de subsidiaridad, intervención mínima o ultima ratio y carácter fragmentario: es derivado del principio de necesidad, en donde se entiende al Derecho penal como última ratio o último recurso, ello en el entendido en que, si se puede proteger a la sociedad y a los ciudadanos con medios menos lesivos o graves que penales, se deberá utilizar.
- E. Principio de efectividad, eficacia o idoneidad: establece la exigencia que el bien jurídico sea merecedor, necesitado y capaz de protección, en concreto a través de este principio se establece que el Derecho penal solo puede y debe intervenir cuando sea mínimamente eficaz y adecuado para la prevención del delito.
- F. Principio de proporcionalidad: hace referencia a la graduación en la gravedad del hecho antijurídico a la gravedad del injusto; se tomará en cuenta para ello la gravedad del hecho, la importancia y número de bienes jurídico afectados, entidad del daño, peligrosidad de la acción y desvaloró de la intención.
- G. Principio de culpabilidad: el principio establece un estándar, en donde no habrá pena sin culpabilidad y adicionalmente la pena ha de ser proporcional al grado de culpabilidad.
- H. Principio de responsabilidad subjetiva: es también denominado principio de desvalor de la acción, presupone dos exigencias: no puede haber pena sin dolo ni imprudencia, debiendo aplicarse la pena de forma proporcional al grado de responsabilidad subjetiva.
- I. Principio de humanidad: El presente principio denota la tendencia a la humanización de las sanciones penales, buscando hacerlas menos duras en duración y en contenido aflictivo. Por ello en algunos

Estados democráticos de derecho se prohíben la imposición de penas inhumanas o degradantes que son incompatibles con la constitución de la dignidad ser humano.

- J. Principio de responsabilidad personal: Busca individualizar la pena o sanciona, estableciendo que solo podrá ser responsable aquel que cometió la conducta, solo podrá responder por los hechos propios y no por hechos ajenos en donde no se tenga ninguna influencia ni responsabilidad.

3.1.2 Aspectos dogmáticos sobre el Bien Jurídico

El bien jurídico, al igual que la entelequia conocida como “Estado”, es una creación del intelecto humano, el cual sirve, teniendo en cuenta una de las acepciones, para identificar lo que tiene valor y debe ser protegido. En ese sentido, Chanján refiere que el Derecho Penal tiene la obligación o pretende proteger los bienes jurídicos en última instancia (Documet R. A., pág. 12); por ello se entiende que su intervención es legítima cuando se pretende la protección de bienes jurídicos (Documet R. A., pág. 12), pero complementa Jakobs, argumentando que el Derecho Penal no pretende cumplir la función de resguardar la existencia de dichos bienes, sino que se activa frente a determinada clase de ataques. (Jakobs, pág. 45)

En ese sentido, Jescheck afirma sosteniendo que las normas jurídico penales, en sí mismas, no protegen a los bienes jurídicos, sino más bien protegen a estos frente a acciones humanas, es por ello que el Derecho Penal no se encuentra interesado en las catástrofes naturales, aun cuando estas afectan bienes jurídicos; concluyendo que las consecuencias de la voluntad humana que desatienden la pretensión de validez del bien jurídico son el objeto de atención jurídico penal. (Hans-Heinrich, 2002, pág. 8)

En torno al bien jurídico, desde hace varios años se han conformado dos teorías; por un lado, tenemos una teoría formal, metodológica, dogmática o inmanente al sistema, que busca expresar el concepto del objeto inmediato de protección de la norma penal para facilitar el conocimiento; y por otro lado una teoría material, crítica, liberal, político-criminal o trascendente al sistema, que busca que exprese

los fines de protección que puede legítimamente perseguir una norma penal. (Lascurrain Sánchez, 2007, pág. 120)

Según Fernández Cabrera, el bien jurídico en la doctrina mayoritaria, es considerado como la piedra angular de la teoría jurídica del delito, la cual le reconoce funciones dogmáticas e interpretaciones y de sistematización de los tipos penales y otras de carácter político-criminal (Cabrera, 2018, pág. 33), siendo este entendido como el objeto de protección de una norma. (Jakobs, pág. 48)

Como consecuencia de la realización del comportamiento, se encuentra la imposición de la pena, pero como presupuesto lógico se tiene que, se debe exigir la responsabilidad de un sujeto por un determinado comportamiento, comportamiento que atenta, ya sea a nivel de riesgo o de forma real contra algún bien jurídico. En esta creación, el bien jurídico supone ser un ente lesionable por acciones individuales y que haga referencia a aspectos concretos de la realidad social. (Cabrera, 2018, pág. 36) En ese sentido, Hefendehl nos refiere que la alternativa a una concepción ideal del bien jurídico no es material (Físico), sino real; haciendo referencia a que el bien jurídico, al ser una conceptualización del intelecto humano, forma parte del mundo y de la organización que como sociedad hemos adoptado; continua refiriendo que la realidad no solo se encuentra compuesta por objetos físico, sino también de fenómenos psíquico-intelectuales. (Hefendehl, 2018, pág. 36)

Respecto del bien jurídico, la doctrina penal identifica dos acepciones, por un lado, las teorías personalistas y, por otro lado, las teorías del daño social o teorías funcionalistas. Según las teorías personalistas, el bien jurídico se define por su condición personalista, dota de realce a la persona y su área de impacto de intereses, en contraposición con intereses supra personales. Según la teoría del daños social o funcional, el bien jurídico es concebido desde una dimensión social, de esa manera éste representa las circunstancias necesarias para la preservar un orden o tranquilidad social. (Documet R. H., pág. 12)

En resumen, según Chanjan, el bien jurídico vendría a ser un “objeto valorado”, el cual supone una realidad social que valora y que es regulada por normas

jurídicas, siendo que cumple una función social, pues posibilita la participación en igualdad en la sociedad. (Documet R. H., pág. 13)

La sociedad actual, es una sociedad caótica, la cual convive con constantes riesgos, esta evolución ha sido parte de la historia humana y del desarrollo del grupo humano a sociedad organizada, en ese entendido, el bien jurídico es una característica imprescindible para que los miembros de la sociedad podamos desenvolvernos libremente, es por ello que hablar de bien jurídico nos hace referencia a algo valioso, lo cual merece protección. (Meini, Lecciones de Derecho Penal - Parte General. Teoría Jurídica del Delito, 2014, pág. 30)

La organización jurídica y el desarrollo de las sociedades tuvieron como producto que ordenemos nuestra realidad a través de estos bienes jurídicos, bienes que para las personas, las sociedades, los Estados y para la ciencia del Derecho, son considerados valiosos, estos no solo representan libertades individuales, como por ejemplo: la vida, la integridad, el patrimonio, el honor, la salud, la libertad sexual, etc.; sino también existe otro grupo de bienes jurídicos que resultan ser necesarios para que las personas podamos imponer nuestros derechos colectivos, como por ejemplo lo son, el medioambiente, correcta administración de justicia, seguridad interna, sistema socioeconómico, etc.; por ello, resultan ser, como comente líneas arriba, la piedra angular del ordenamiento jurídico y objeto de protección por parte de los Estados. (Meini, Lecciones de Derecho Penal - Parte General. Teoría Jurídica del Delito, 2014, pág. 30)

A manera de resumir, en palabras de Ruiz Castro Cuba *“El bien jurídico se define como el objeto de protección inmediata del derecho penal, de modo tal que este debe ser capaz de transmitir sin ápice de duda alguno, lo principalmente protegido por la norma, es decir, debe indicar la razón principal por la cual un determinado comportamiento está siendo tipificado como prohibido y porqué está sancionado; en palabra simples, el bien jurídico debe justificar el por qué se ha puesto en marcha al sistema penal.”* (Antonio, 2021, pág. 80)

3.1.2.1. La necesidad de protección de los Bien Jurídico

El bien jurídico, como concepto ideal de algún interés valioso que la organización jurídica pretende garantizar en la realidad, es el objeto de resguardo del derecho penal, que en los Estados que se consideran respetuosos de los preceptos constitucionales y de los derechos humanos, se obligan a garantizar legalmente las razones por las cuales se protege determinados bienes jurídicos, imponiendo la restricción de determinadas libertades de actuación para protegerlos, debiendo previamente ser evaluada esta restricción verificando si resulta ser adecuada para dicho fin. (Meini, Lecciones de Derecho Penal - Parte General. Teoría Jurídica del Delito, 2014, pág. 33)

A razón de lo mencionado en el párrafo precedente, tenemos que, esta evaluación que se realiza para validar esa necesidad de resguardar el bien jurídico, en contraposición a la imposición de restricciones, es conocida como el test de proporcionalidad, este test se encuentra direccionado a evaluar la necesidad de resguardar bienes jurídicos y el desarrollo de libertades individuales jurídicamente garantizadas, siendo esta herramienta, posiblemente la única capaz de dar respuesta a la interrogante de si la restricción a la libertad de actuación, que opera en los casos que se enjuician resulta ser justa o no. Esta afirmación descansa sobre la idea de que no sirve afirmar que la ciencia penal protege bienes jurídicos en abstracto, sino puede explicar cuál sería el riesgo que se prohíbe para protegerlos, en otras palabras, no poder valorar las libertades e intereses que se encuentran en juego para el caso en concreto. (Meini, Lecciones de Derecho Penal - Parte General. Teoría Jurídica del Delito, 2014, pág. 33)

Al respecto, el Código Penal nacional, regula de forma genérica, la necesidad de afectar o poner en peligro de algún bien jurídico como condición de acción para la intervención del Derecho Penal, en ese sentido el artículo IV del Código sustantivo establece lo siguiente: “**Artículo IV.-** *La pena, necesariamente, precisa de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por la ley.*” (Peruano, Artículo IV), por ello el Derecho Penal, como ciencia que impacta directamente en la sociedad, regulando conductas, necesita para su despliegue

la materialización de las condiciones para su ejecución, sin ello, el Derecho Penal no puede actuar, pues afectaría, de forma directa uno de sus pilares.

3.1.2.2. Función interpretativa del bien jurídico

La función del bien jurídico no solo es ser el fundamento para que el derecho penal se active ante la realización de alguna amenaza o afectación, adicionalmente tiene una función instrumental, la cual se encuentra destinada a facilitar el entendimiento de condiciones esenciales respecto de la gravedad del delito, la razón de su tipificación y su finalidad respecto de la reacción estatal que surge con él. Por otro lado, éste permite evaluar la reacción punitiva adecuada la cual permite valorar la legitimidad de la incorporación penal y su pena, es por ello que el bien jurídico debe en todo caso inspirar a la norma y precisar las características, límites y contornos de la misma. (Gisella Ruiz Castro Cuba citando a Fernández Cabrera, 2021, págs. 3-5)

Respecto de las funciones dogmáticas (Mir Puig citado por Rojas Rodríguez, 2014, págs. 173 - 175), estas son aquellas que permiten lo siguiente:

1. Función sistemática: Identifica los bienes jurídicos protegidos en el Código Penal, en cada delito, para su clasificación.
2. Función interpretativa: Excluir las conductas que no lesiona ni pongan en riesgo el bien jurídico de los tipos penales, una vez identificado el bien jurídico protegido.
3. Criterio de medición de la pena: Medir la pena en atención a la mayor o menor peligrosidad del ataque.

De estas funciones se desprende por qué el bien jurídico es importante y pieza esencial de la teoría del delito, pues se le reconoce la función dogmática de interpretar y de sistematizar el tipo penal, y adicionalmente, funciones político criminales (Gisella Ruiz Castro Cuba citando a Fernández Cabrera, 2021, págs. 3-5). Por ello el bien jurídico al ser un instrumento dogmático que muestra el objeto de resguardo de la norma y a partir de ello, definir la tipificación de una determinada conducta, siendo ello tomado en consideración no solo como otro elemento del delito, sino adicionalmente, como un instrumento vital, que ayuda

a definir las características de la tipicidad y validar que conductas resultan típicas de las que resultan no lesivas. (Lascurrain Sánchez, 2007, págs. 140-141)

3.1.2.3. Prevención en la afectación del bien jurídico

Es debido a la importancia y trascendencia que la sociedad les da a los bienes jurídico y a su protección, que se establece un catálogo de conducta prohibidas y sujetas a la realización de dichas conductas, una determinada sanción, la cual va a castigar dependiendo del reproche que tenga esa conducta, imponiendo limitaciones a la libertad.

Por ello, en el caso que el resguardo de bienes jurídicos se realizará únicamente en instancias posteriores a la afectación del bien jurídico, el derecho penal se vería limitado a castigar conductas, limitando a que el Estado pueda articular herramientas preventivas destinadas a reducir la incidencia criminal; por otro lado, en el caso que el derecho penal solo buscará la prevención de afectaciones a bienes jurídicos y no sancionar a los autores, el mensaje de prevención no sería eficaz, siendo posible que volvamos al ojo por ojo, diente por diente. (Meini, Lecciones de Derecho Penal - Parte General. Teoría Jurídica del Delito, 2014, pág. 35)

La actividad de prevención, o en todo caso el prevenir que una determinada conducta no sea realizada por algún miembro de la sociedad, no es competencia exclusiva del derecho penal, inclusive, su capacidad de ayudar a la prevención del delito es muy limitada, ello es corroborado tomando en cuenta el bajo éxito de la imposición de penas como remedio del delito, entendiendo que la pena no es una herramienta resocializadora ni intimidadora; ahora bien, la actividad de prevención de los delitos implica el despliegue de políticas públicas que ayuden a los ciudadanos a optar por alternativas distintas al delito (Meini, Lecciones de Derecho Penal - Parte General. Teoría Jurídica del Delito, 2014, pág. 36)

3.2 El bien jurídico de Banda Criminal

El delito de Organización Criminal, tipificado en el artículo 317° y el delito de Banda Criminal tipificado en el artículo 317-B del Código Penal, se encuentran en el Título XIV que protege el bien jurídico descrito como “Tranquilidad Pública”, específicamente “la paz pública”. La criminalización de la conducta típica

“organización criminal” no ha sido constante en la historia de la legislación nacional, el interés nacional por castigar penalmente modalidades específicas de constituir e integrar una organización criminal, es un suceso de reciente atención por parte de nuestros legisladores, impulsándose más a partir del siglo XX. (Prado Saldarriaga, 2021, pág. 62)

Si bien la presente investigación pretende establecer si se encuentra dentro del marco constitucional el adelanto de la barrera de punición en el delito de banda criminal, es necesario dedicar una sección específica a delimitar los bienes jurídicos protegidos en los delitos de Organización y Banda Criminal, que como ya han mencionado algunos autores, inclusive la propia Corte Suprema de Justicia de Perú, se encuentran referidos a la afectación de la “tranquilidad pública”.

Sin embargo, la Corte Suprema ya se ha expresado respecto de la problemática surgida como consecuencia de la redacción del propio texto legal, siendo que en el Acuerdo Plenario N° 08-2019/CIJ-116, el máximo Tribunal de Justicia, ha sido expreso al sostener que tanto en el delito de Banda como en el de Organización Criminal, *“ la técnica legislativa empleada fue muy deficiente e imprecisa, lo que ha dado origen al surgimiento de diferentes conflictos y dudas jurisdiccionales sobre sus componentes normativos, su oportunidad y presupuesto de aplicación.”*

En ese sentido, sostiene la Corte que *“no ha quedado claro para los jueces y fiscales nacional, las diferencia que cabe establecer operativa y legalmente entre la organización criminal tipificada en el artículo 317 del Código Penal y el innovado delito de banda criminal que se describe en el artículo 317-B del Código Penal. Fundamentalmente, debido a que este último artículo establece como un presupuesto negativo que otorga tipicidad propia a la banda criminal únicamente cuando ella no reúna “ [...] alguna o algunas de las características de la organización criminal dispuestas en el artículo 317”* (República, XI Pleno Jurisprudencial de las Salas penales permanentes, transitoria y especial - FJ 19, 2019)

Pudiendo concluirse que, la única diferencia radicaría en que el delito de organización criminal hace referencia a una organización de mayor complejidad,

y la ubicación sistemática del tipo penal lo engancha con un bien jurídico colectivo y funcional, el cual ante la agresión o puesta en riesgo activa el derecho penal buscando devolver al grupo social las condiciones de tranquilidad. (Prado Saldarriaga, 2021, pág. 65)

El legislador conocedor de la realidad nacional y de las situaciones o circunstancias que agobian la realidad, busca legislar criminalizando la conformación o existencia de estructuras criminales asumiendo que esta supuesta conformación o existencia es la causante de riesgos y amenazas que afectan y se impregnan en la población y perturban la paz, pues se asocian con la accionar potencial o latente de actividades delictivas (Prado Saldarriaga, 2021, pág. 65). El fenómeno de la criminalidad organizada, es de rasgos sociológicos que se ha incrementado significante de manera proporcional y relacionado al devenir de las sociedades postindustriales, generando grandes amenazas para la vida en sociedad y para la propia organización Estatal. (Peña Cabrera Freyre, 2016, pág. 301)

En otras latitudes, la legislación penal ubica al delito de organización criminal con distintos bienes jurídicos, aunque siendo en su mayoría de naturaleza colectiva. En ese sentido, el Derecho Penal español ubica al delito de organización criminal en el acápite que corresponde a los delitos contra el orden público. Según Llobet Anglí, en el caso de España: *“el fenómeno de la criminalidad organizada atenta contra la base misma de la democracia: a saber, dichas organizaciones multiplican cuantitativamente la potencialidad lesiva de las distintas conductas delictivas llevadas a cabo en su seno y cualitativamente generan procedimientos dirigidos a asegurar la impunidad de sus actividades y la ocultación de los rendimientos de aquellas. De este modo, la seguridad jurídica, la vigencia efectiva del principio de legalidad y de los derecho y libertades de los ciudadanos constituye objetivos directos de su acción destructiva.”* (Prado Saldarriaga, 2021, pág. 65)

Habiendo desarrollado en la presente investigación, la cualidad que tiene todo bien jurídico de ser el objeto de protección del derecho penal, al hacer referencia a los delitos de Organización y Banda Criminal, la razón y justificación de la criminalización de estas conductas, se basa en que una asociación genera

alarma y altera la paz de la ciudadanía, sin tener en cuenta si los delitos se llegan a cometer o no (1244).

Ahora bien, resulta necesario mencionar a manera de resumen, que respecto de ambos delitos, el bien jurídico protegido es el mismo, la diferencia entre ambos está relacionada con las características del sujeto activo o de la organización que tiene como objeto perpetrar ilícitos, en ese sentido la exposición de motivos del Decreto Legislativo 1244 argumentó lo siguiente: *“No pretendemos redundar en lo que otros ya han señalado, pero si dar por sentado algunos puntos sobre su configuración y su relación con el delito de asociación ilícita para delinquir, tipificado en el Artículo 317º, del Código Penal, todo ello con la finalidad de aterrizar en el objetivo del presente documento, cual es, dar cuenta de la carencia o la inexistencia de un tipo penal que sancione a aquellos grupos criminales que, sin presentar la complejidad de las grandes organizaciones criminales de corte empresarial en su conformación, la permanencia en su duración y la periodicidad en su accionar ilícito, afectan con mucho mayor ámbito, frecuencia y rigor a nuestra sociedad.”*

Es necesario mencionar que, para la doctrina, los bienes jurídicos “orden público”, “seguridad interior” o “paz pública”, denominaciones de bienes jurídicos empleados en diversos códigos penales para definir al bien jurídico protegido por los delitos de organización criminal, son conceptos jurídicos indeterminados, los cuales no hacen referencia a ningún objeto material digno de tutela estatal, es así que, en los delitos de organización, no se conformaría el injusto por la afectación o lesión de estos bienes jurídicos colectivos pues son conceptos sumamente abstractos, sino por la puesta en riesgo de los bienes jurídicos protegidos por los tipos penales que son objeto de la organización criminal. (Bocanegra Márquez, 2020, pág. 52)

Estas consideraciones confirman que tanto el Delito de Organización y de Banda Criminal, se activan ante la lesión o puesta en riesgo del bien jurídico conocido como Tranquilidad Pública, siendo la diferencia entre uno y otro, la envergadura o características de la organización o banda, así como el grado de organización en su estructura.

3.2.1.1 Contenido esencial del bien jurídico Tranquilidad Pública

El delito materia de análisis pretende sancionar la conducta que afecta al bien jurídico conocido como “Tranquilidad pública”, que en palabras de Alfaro Yarmas, corresponde al bienestar común el cual es encuadrado en la tranquilidad pública. La complejidad de este delito nos permite ver si la organización constituida con fines delictivos sólo lesionaría a un porcentaje de la población los cuales esperan respuesta del Estado. (Alfaro Yarmas, 2020, pág. 55)

Según la exposición de motivos del Decreto Legislativo N° 1244, la justificación para criminalizar tiene como sustento el hecho que al existir una asociación, ésta genera de forma directa alarma, zozobra y preocupación en la ciudadanía, ello al margen de si los delitos objeto de la agrupación se cometan o no, con esto no se pretende afirmar que este tipo penal busque penar la actividad preparatoria, sino que se pretende castigar desde la óptica político-criminal, las conductas de intervención en una asociación, ello debido al peligro que se genera contra los bienes jurídicos colectivos así como los individuales. (1244, pág. 8)

En palabras de Silva Bascuñán, el bien jurídico “tranquilidad pública” es el que resulta del respeto al orden colectivo, el que se manifiesta del correcto ejercicio de las autoridades públicas, así como por el cumplimiento del ordenamiento jurídico por parte de los ciudadanos. (Silva Bascuñán, 2019)

Con el objeto de determinar el bien jurídico que se pretende proteger imponiéndole sanciones a los delitos de organización en el Perú, es menester manifestar que, la criminalidad organizada tiende a lesionar de forma simultánea, directa o indirectamente a numerosos bienes jurídicos, estos son bienes jurídicos de corte colectivo, como podrían ser la salud pública, por ejemplo. (Ferré, pág. 55)

A manera de conclusión respecto del bien jurídico protegido “orden público”, el cual según autores de la doctrina, a la tranquilidad pública se le puede definir como ese estado psíquico de tranquilidad el cual es la reacción psicológica de los ciudadanos a situaciones constantes fácticas, sea el de normalidad ciudadana, el de tranquilidad y el de paz; ello en las manifestaciones colectivas de la vida en sociedad; esta concepción se hace extensiva doctrinalmente a otros

términos, como el aplicado en la legislación peruana, “paz pública” o el de “seguridad ciudadana” (Bocanegra Márquez, 2020, pág. 69)

Según Carrara, respecto de las cuestiones: ¿Afecta la existencia de agrupaciones delictiva a este sentimiento de tranquilidad de la ciudadanía?, por ende ¿puede legitimarse la penalización de participar en organizaciones criminales con base en la protección del orden público en su concepción subjetiva?, la respuesta es afirmativa pues las *societas criminis*, constituidas para la realización de delitos, constituye en sí misma, una afectación continuada contra la comunidad y un estado antijurídico, que encuentra su objeto jurídico en el derecho universal a la tranquilidad pública. (Carrara, 2020, pág. 69)

3.2.1 La lesión al bien jurídico en los delitos de peligro abstracto

Los delitos de peligro abstracto son, a consideración de la Corte Suprema lo siguiente:

“(…) En estos delitos, a diferencia de los delitos de peligro concreto, se castiga una acción típicamente peligrosos o “peligrosa en abstracto”, sin exigir que se haya puesto efectivamente en peligro el bien jurídico protegido (...) no se requiere que la conducta del agente haya ocasionado un daño sobre un objeto, sino que es suficiente con que el objeto jurídicamente protegido haya sido puesto en (peligro) de sufrir la lesión que se quiere evitar (...)” (Perú, 2018)

En ese sentido, el Mg. Alfaro Yarmas nos precisa que respecto del injusto penal, en el ilícito de banda criminal, es de peligro abstracto, ello porque se sanciona la sola conducta (constituir - integrar), sin la necesidad que la agrupación lleve a cabo la finalidad objeto de su creación. (Alfaro Yarmas, 2020, pág. 26)

Dentro de la legislación penal, existen diversa clasificación de tipos penales. Respecto del delito de banda criminal, este se encuentra clasificado como un delito de peligro abstracto. A manera referencial, la diferencia entre los delitos de resultado y delitos de peligro abstracto, es que en los delitos de resultado la objetividad con la que se impone la pena descansa en lo riesgoso de la conducta típica, pues la peligrosidad está fijada en la ley; mientras que en los delitos de

peligro concreto y abstracto le corresponde ser evaluado y corroborado a juez. (Weigend., 2002, pág. 283)

En el caso específico de análisis, no es necesaria la materialización del daño, ni es necesaria la afectación o puesta en riesgo del bien jurídico para subsumir la conducta en la exigencia del tipo penal; en ese sentido, tanto el delito de organización criminal así como el delito de banda criminal se cumpliría la condición de colocar en peligro al bien jurídico que son objetivo criminal general, en donde la sola existencia de estas conducta, asociarse para un fin ilícito, sería ya un peligro real, concreto y latente, ello sin que se generen los resultados. (Alfaro Yarmas, 2020, pág. 27)

Conceptualmente, los delitos de peligro conllevan, por sí mismos, a un aparente adelantamiento de la barrera de pena a momentos anteriores a la lesión, en general este tipo de delitos presentan rasgos que los hacen similares a los delitos imprudentes, por lo general hasta un determinado nivel del desarrollo, esto quiere decir que son actuaciones imprudentes que pretenden ser castigadas sin necesidad que se produzca la afectación o el daño. (Peña Cabrera Freyre, 2016, pág. 484)

Como parte de este desarrollo, la especie dentro de los delitos de peligro, se encuentran los delitos de peligro abstracto, que conceptualmente son aquellas conductas que no causan un resultado específico lesivo, sino que la lesión al bien jurídico está pensada como una idea generalizada, que algunos comportamientos, en algunas circunstancias pueden ser riesgosos (Peña Cabrera Freyre, 2016, pág. 485), que, para Soler, el derecho en este caso en particular, se basaría en reglas constantes de experiencia. (Soler, 2016)

No obstante, lo mencionado, tanto para los delitos de peligro concreto como para los de peligro abstracto, es necesario acreditar tanto *ex ante* como *ex post*, que dicho riesgo sea real, que sea inminente, que efectivamente se pueda llegar a materializar; caso contrario contravenciones administrativas podrían ser elevadas al estándar de delitos. (Peña Cabrera Freyre, 2016, pág. 485)

CAPÍTULO 4: El delito de Organización Criminal

4.1 Aspectos generales

El fenómeno social conocido como criminalidad organizada ha ido aumentando en forma proporcional conforme al desarrollo de la propia sociedad post-industrial, generando riesgos graves tanto a la sociedad como al propio Estado, entendido como organización. (Delgado Martín, 2016, pág. 301)

Este fenómeno social, ha sido objeto de análisis por expertos que se han ocupado por estudiar a la criminalidad organizada como problema o cáncer social, no habiendo sido posible aportar un concepto universal cerrado que sea suficiente para delinear o delimitar el contenido de lo que implica una organización al margen de la ley. Ello, debido a la complejidad de situaciones, objeto, prácticas y efectos que implica, contiene y representa. Siendo a la fecha sumamente complicado definir dicho fenómeno, por su misma variabilidad, su composición múltiple, la extensa e interminable pluralidad de situaciones en donde puede presentarse, la forma de su propia organización en cada caso en concreto y la magnitud de manifestaciones en las que puede desarrollarse. (Lopez Muñoz, 2021, pág. 49)

En un Estado Constitucional de Derecho, la criminalidad organizada afecta directamente los principios sociales y estatales, generando putrefacción social, inestabilidad política, generando un adelgazamiento de la estructura del Estado de derecho, el cual desacredita y a su vez deslegitima las instituciones democráticas, así también es una amenaza al poder soberano e independencia del Estado, debilita los aspectos económicos y socaba la competencia y estabilidad del mercado financiero, haciendo que no encontremos indefensos a la comisión de delitos económicos, espantando la inversión afectando el crecimiento económico de forma severa. (Sansó-Rubert Pascual, 2021, pág. 49)

La situación de lucha continua contra la delincuencia organizada, debe ser parte importante de las políticas de los Estados y más aún, si estos se consideran Estados de Derecho, debido a que el accionar de esta forma de criminalidad atenta de forma violenta y directa contra los derechos de todos los ciudadanos, afectando en todas las realidades, especialmente en las grandes ciudades,

cobrando miles de víctimas al año, lo que la convierte en una situación de principal preocupación sociales. (Chávez Cotrina, 2020, pág. 43)

4.2. Definición

Antes de iniciar con el desarrollo jurídico de la organización criminal como fenómeno social y como delito penalmente contemplado en nuestra legislación jurídico penal, resulta necesaria la descripción o definición del término en mención; para ello, debemos partir resaltando que existen autores que sostienen que no es posible establecer un concepto de organización criminal (Chávez Cotrina, 2020, pág. 45), sin embargo y sin perjuicio de ello, recopilaremos las reflexiones de algunos autores para tratar de aclarar el panorama respecto de este término.

Al respecto, Chávez Cotrina lo conceptualiza de la siguiente forma: *“Se conoce como crimen organizado o delincuencia organizada a la actividad que realiza un grupo de sujetos que se encuentran jerárquicamente organizados, con una estructura sólida y cuya finalidad es cometer delitos graves para obtener un beneficio económico o material. En cada país existen diversos grupos que desarrollan este tipo de acciones criminales que atentan contra la seguridad y la tranquilidad de la comunidad.”* (Chávez Cotrina, 2020, pág. 45)

Por otro lado, se tiene que tener en cuenta que un grupo delictivo para que sea entendido bajo la definición de crimen organizado, debe contar con toda una estructura que le permita perpetrar varios delitos, implicando la existencia de una organización basada en una estructura jerárquica; no es posible concebir una criminalidad organizada donde todos sus elementos se encuentren en un mismo nivel, siempre debe de identificarse una cúspide de la organización, desde donde se planifican todas las acciones u operaciones; mandos medios, que son los comunicadores de la orden; y mandos operativos, quienes ejecutan las ordenes criminales; en resumen va a existir un mando que ejerza poder y otros que ejecuten la orden. (Peña Cabrera Freyre, 2016, pág. 310)

El término “crimen organizado”, está conformado por dos palabras que dan un solo sentido o significado, el sustantivo “crimen” atribuye una especie, y el adjetivo “organizado” remite a una cualidad específica, siguiendo con la idea, el

significado de la especie hace alusión a un tipo de conducta que comparte con otras su condición delictiva o antijurídica, una supuesta infracción a la ley, en principio punible. Por otro lado, las características que aporta el adjetivo nos ayudan a distinguir los crímenes de una u otra índole y el crimen organizado. Así se pregunta García Collantes: “¿Por qué se elige el calificativo organizado para definir un tipo específico de conducta delictiva?”, respondiéndose en el siguiente sentido, el diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, establece que organizar significa: “establecer o reformar algo para lograr un fin, coordinando las personas y medios adecuados”. Es por ello que al juntar o asociar el sustantivo “crimen” con el adjetivo “organizado”, se conceptualiza una conducta ajena a gran cantidad de delitos. (García Collantes, 2020, pág. 46)

La experiencia de las sociedades en la lucha contra la criminalidad organizada ha impulsado que diferentes realidades se avoquen a este tema, en ese sentido la Unión Europea define a la organización delictiva: “*como aquella asociación organizada de más de dos personas, establecida durante un espacio de tiempo y que actúa de forma coordinada con la única finalidad de cometer delitos tipificados con una sanción, que puede ser una pena privativa de libertad o una medida de seguridad privativa de la libertad*”. (Peña Cabrera Freyre, 2016, pág. 312)

Por otro lado, existe un sector de la doctrina que indica que, contrario a la delincuencia tradicional, el crimen organizado es una “empresa” jerarquizada que genera numerosos beneficios, su objetivo delictivo es en su mayoría económico, no solo para la cúpula o para la cabeza de la organización, sino también cada escalón tiene el mismo móvil delictivo y directamente proporcional sus beneficios. (Freyre, 2016, pág. 312)

Es necesario resaltar que, no es posible establecer un concepto unívoco de “delito de organización”, ya que este concepto puede significar por un lado el delito de pertenecer a una organización delictiva como a la ejecución concertada de varios individuos en un ilícito característico de dicha modalidad, a esta situación se le suma el hecho que el concepto esbozado por la Convención de Palermo coexiste con otros términos preexistente, tales como (asociación ilícita, banda, asociación para delinquir, asociación criminal, entre otros), es por esto

que no sabemos cómo conceptualizarlo o no sabemos exactamente de qué estamos hablando cuando nos referimos a “crimen organizado” o delito de organización. (Cordini, 2020, pág. 47)

A manera referencial, utilizaremos la jurisprudencia española, la cual ha definido a través de su experiencia a la organización criminal o a la pertenencia a un grupo organizado. A saber,

1. La STS 6627/2008, de 25 de noviembre de 2008: “[L]a doctrina ha definido a la asociación ilícita o delincuencia organizada como aquella que se realiza a través de un grupo o asociación criminal revestido de las características de [...] carácter estructurado, [...] permanente, jerarquizado, dedicado a lucrarse con bienes y servicios ilegales o a efectuar hecho delictivo [...] el concierto para delinquir aparece dirigido a la creación de una organización dotada de una cierta infraestructura, con vocación de estabilidad y permanencia, diseñada por la futura comisión de delitos [...] se trata, pues, de una asociación ilícita para delinquir y no solo de un supuesto de codelinquencia en la comisión de los delitos posteriores”. (Cordini, 2020, pág. 47)
2. El Tribunal Supremo español diferencia, en la sentencia del 29 febrero del 2000, la noción de pertenencia a una organización de la simple codelinquencia: “[Por organización ha de entenderse lo que su mismo concepto implica, es decir, intervención de dos o más personas, estructura jerárquica y vocación de continuidad, existencia de un plan con distribución de roles, sin que sea preciso que los implicados participen directamente en los actos [delictivos] [...]].” (Cordini, 2020, pág. 48)
3. La STS 740/2010, de 06 de julio de 2010: “[I]ntegraban una pluralidad de persona asociadas para la comisión de conductas delictivas, existiendo una organización jerarquizada y una infraestructura en función de la actividad que iban a desarrollar, de la que formaban parte varios inmuebles, vehículos sustraídos, material específico para forzar establecimiento bancarios, inhibidos de frecuencia que se utilizan para eliminar la efectividad de las alarmas bancarias, diversos tipos de antenas, radio teléfonos, y todo ello con una actividad delictiva desarrollada en el tiempo que evidencia la nota de permanencia.” (Cordini, 2020, pág. 48)

4.3. Características de la Organización criminal

El delito o la conducta en análisis se encuentra descrita, tipificada y reprimida en el artículo 317 del Código Penal en los siguientes términos:

“El que promueva, organice, constituya, o integre una organización criminal de tres o más personas con carácter estable, permanente o por tiempo indefinido, que de manera organizada, concertada o coordinada, se repartan diversas tareas o funciones, destinada a cometer delitos será reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de quince años y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días - multa, e inhabilitación conforme al artículo 36, incisos 1), 2), 4) y 8).”
(Peruano, Artículo 317-B, 2022)

Para poder describir las características del tipo penal en mención, resulta necesario establecer el origen, siendo este parte de las modificaciones que se realizaron producto de la entrada en vigencia del Decreto Legislativo N° 1244, las cuales tenían como fuente el artículo 570, bis 1, del Código Penal español, que describe lo siguiente: (Prado Saldarriaga, 2021, pág. 64)

“Quienes promovieren, constituyeren, organizaren, coordinaren, o dirigieren una organización criminal serán castigados (...).

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

A razón de ello, López Muñoz, de acuerdo a la disposición normativa española, relata que se considera organización criminal cuando se configuran las siguientes características:

- A. Que se encuentra conformada por tres o más personas con condición de estable o por un periodo de tiempo indefinido, elemento cuantitativo y temporal.

- B. Que de manera concertada y organizada en la idea criminal se repartan tareas o funciones, elemento instrumental.
- C. Con la finalidad de cometer ilícitos. (Lopez Muñoz, 2021, pág. 64)

Del mismo modo, García Collantes refiere las siguientes características:

- A. El sujeto activo se encuentra conformado por la afluencia de por lo menos tres personas; cuenta con estructura jerárquica.
- B. Existen nexos de disciplina (los que ejercen la jefatura someten a los otros miembros)
- C. Existe la separación de funciones.
- D. Cuenta con una organización que le permite realizar sus objetivos delictivos, los cuales no lo podría realizar cualquier otro tipo de agrupación.
- E. La continuidad de sus miembros debe ser duradera y no temporal.
- F. Tiene por objetivo cometer ilícitos, esto como resultado de una voluntad y decisión colectiva de la cúpula, que es diferente a la voluntad personal de sus miembros. (García Collantes, 2020, pág. 51)

Por otro lado, el Centro Superior de Estudios de la Defensa Nacional de la Comunidad Europea (Giménez-Salinas Framis citado por Chávez Cotrina, 2020, pág. 51), ha establecido que una organización criminal tiene las siguientes características:

- A. La existencia de una organización. Las organizaciones criminales para cometer delitos requieren que exista un orden en las funciones de cada uno de sus miembros.
- B. La provisión y suministro de servicios y bienes legales e ilegales. Las organizaciones criminales tienen como objeto principal suministrar mercancías ilícitas como droga o armas, pero ello no es incompatible

para que, en algunas ocasiones y si la circunstancia lo requiera, puedan brindar algún tipo de servicios dentro del marco de la legalidad y de esta forma camuflar sus verdaderos negocios ilícitos.

- C. La búsqueda de beneficios económicos y el empleo de blanqueo capitales. Al dinero que obtienen ilícitamente tienen que darle apariencia de legalidad. Por ello, utilizan todas las modalidades posibles para insertarlo a la economía formal de los Estados.
- D. Continuidad y tradición en el negocio. Las organizaciones criminales no son parte de la categoría de los grupos que aparecen esporádicamente y planean acciones delictivas. En estas debe existir una vocación para desarrollar el negocio ilegal.
- E. Utilización de la violencia hacia el interior y el exterior de las organizaciones. La disciplina es algo fundamental dentro de las organizaciones criminales y para mantenerla usan la violencia contra sus propios miembros, pero también la utilizan cuando se enfrentan a otras organizaciones rivales o a las autoridades que los persiguen. Es decir, organizaciones rivales o a las autoridades que los persiguen. Es decir, la violencia es algo natural y tradicional en la vida de una empresa criminal, esta le sirve para sobrevivir y crecer dentro del mundo delictivo.
- F. El uso de formas de corruptoras en el desarrollo del negocio criminal. La corrupción es un instrumento del que se sirven las organizaciones criminales para poder realizar sus actividades impunemente.
- G. Confusión con empresas legales. La creación de empresas legales como fachada para encubrir sus negocios ilícitos es otra de las características de las empresas criminales. Además, estas les sirven para lavar sus ganancias. (Chávez Cotrina, 2020, pág. 52)

Según Santiago Vasconcelos, el delito de organización criminal es un ilícito continuado, esto debido a que son varias conductas que de manera continua o reiterada se dan de forma ilícita, ello debido a que la organización criminal es un delito que comienza a realizarse en el momento en que se organizan los

integrantes para cometer ilícitos, y esto no se detiene hasta el momento que la organización criminal deja de tener efectos. (Santiago Vasconcelos, 2020, pág. 503)

Por estas consideraciones, es preciso mencionar lo que Prado Saldarriaga considera que para que se configure la Organización Criminal, no se requiere acreditar la actuación concreta de todos los elementos de la misma en la realización o el evitamiento de algún delito distinto al hecho de ser miembro, por ello resulta común que respecto del aspecto dogmático del delito se omiten las referencias específicas a la calidad del sujeto activo y se prefiere destacar las diferentes posiciones y roles que estos elementos de la organización ejercen o cumplen como parte de la organización, esto puede ser como fundadores, organizadores, promotores, financistas o integrantes; siendo que en algunos casos se puede hacer la mención a la condición estratégica del integrante que puede ser una condición de líder o jefe en la organización. (Prado Saldarriaga, 2021, pág. 66)

4.4. Presupuestos típicos del delito de Crimen Organizado

El derecho es una ciencia que se caracteriza por normar, por reglamentar conductas, esta función se materializa a través de las fuentes del derecho, toda conducta reiterativa que requiera la atención del derecho, sea esta que regule la interacción entre los ciudadanos - Derecho Civil, que regule la relación entre el Estado y los ciudadanos - Derecho Administrativo, o la relación entre el IUS PUNIENDI del Estado y los ciudadanos - Derecho Penal o Procesal Penal, en ese sentido como parte del desarrollo de la presente vamos a desarrollar los presupuestos de configuración del crimen organizado según la Ley N° 30077.

Con respecto al tipo penal descrito y sancionado por el artículo 317° del Código Penal, su descripción radica en cualquier agrupación de tres o más personas, pudiendo tratarse de cualquier estructura jerárquica que se encuentre instituida, formada, o no, de forma vertical, es decir con posiciones de mando o poder dentro de la organización, lo mencionado es refrendado por la misma norma al indicar que cualquiera puede ser su organización y espacio de acción, abriendo la posibilidad a que agrupaciones de todo tipo encajen en las características requeridas por el delito, en ese sentido, no resulta necesario acreditar todos los

presupuesto, como si ocurre en todas figuras del derecho penal. (Peña Cabrera Freyre, 2016, pág. 321)

Según Prado Saldarriaga el artículo 317° del CP, describe a la organización criminal como un tipo penal de organización compleja y alternativa, ubicándolo sistemáticamente con un bien jurídico de naturaleza colectiva, siendo que el legislador nacional, criminaliza la constitución o presencia de organizaciones criminales en el entendido que ellas, por sí mismas generan riesgos o amenazas que se interiorizan en la sociedad y alteran su paz interna y externa pues son asociadas con la perpetración potencial o latente de actividades delictivas. (Prado Saldarriaga, 2021, pág. 65)

La Organización Criminal entendida a luz de lo establecido por el artículo 317°, se encuentra ubicado, como ya hemos mencionado, en el grupo de delitos que protege bienes jurídicos de naturaleza colectiva, en ese sentido, el derecho penal español respecto del mismo delito, lo ubica en el grupo de delitos contra el orden público (Prado Saldarriaga, 2021, pág. 65), según Llobet Angli, ello es porque el fenómeno en cuestión, afecta, atenta, golpea contra los pilares de la democracia, pues las organizaciones delictivas siempre van a incrementar la potencialidad lesiva en las distintas conductas ilícitas, y cualitativamente generan o crean procedimientos o mecanismos tendientes a obtener la impunidad de sus conductas; en ese entendido, tanto la seguridad jurídica como la vigencia efectiva del principio de legalidad y de los derechos y libertades de los ciudadanos, se perfilan como los objetivos principales de sus actos destructivos. (Llobet Angli, 2021, pág. 65)

4.4.1. Sujeto Activo

Al respecto la Sala Penal Nacional en el Acuerdo Plenario N° 1-2017 (República, Casación 626-2013, 2013), ha establecido los siguientes criterios para establecer que se trata de una organización criminal:

- A. Elemento personal: Referido al número de miembros, que son mínimo 3 a más personas.
- B. Elemento temporal: Referido a la estabilidad y permanencia en el tiempo de dicha asociación delictiva. Es decir, no es una asociación formada de manera espontánea o circunstancial.

- C. Elemento teleológico: Referida a la finalidad criminal de la organización, la que está pensada en la comisión de delitos futuros.
- D. Elemento funcional: Los integrantes o miembros se designan o reparten de roles.
- E. Elemento estructural: Es el elemento normativo que combina y articula todos sus componentes.

El sujeto activo es atribuido a una organización colectiva que reúne e integra individuos en pro de un mismo objetivo funcional de características criminales, un delito de los que la doctrina ha identificado como pluri-subjetivo, pues en principio cualquier individuo puede formar parte de la organización criminal, pero estos componentes de la organización son indivisibles y no diferenciables de la organización, aún, cuando las conductas que se perpetren no implique la intervención de todos los miembros; a ello es a lo que por lo general se refiere el legislador nacional cuando alude que algunos delitos deben ser ejecutados por quienes son integrantes de una organización criminal. (Prado Saldarriaga, 2021, pág. 65)

En el entendido de lo descrito respecto de las características típicas del sujeto activo en el delito de Organización Criminal, es necesario precisar que la característica fundamental en este delito no es la pluralidad de agentes, tampoco los ilícitos que se hubieran cometido, sino la característica fundamental es la estructura, siendo este último el elemento más importante; ello, debido a que las empresas criminales están diseñadas para sobrevivir a sus miembros debido a que los individuos que la integran no son relevantes sino que son reemplazables. (Chávez Cotrina, 2020, pág. 506)

Siguiendo la línea del párrafo precedente, la estructura organizada es un elemento fundamental a tener en cuenta al momento de determinar en tipo penal en el que nos encontramos, pero adicionalmente, el artículo 317° establece requisitos que se deberán de cumplir para imputar correctamente este tipo penal, la expectativa de vida de la organización es un factor también relevante, así como su accionar delictivo debe ser estable. (Chávez Cotrina, 2020, pág. 506)

Es necesario mencionar y reafirmar que lo que pretende castigarse a través de este medio de control social conocido como el Derecho Penal, es la conducta

desplegada por un actor, mas no pretende castigar a un autor por su propia condición. Así nos refiere Nola Gómez Ramírez, al explicar lo siguiente: *“Se habla de un derecho penal del acto cuando las normas punitivas se dirigen a lo que el hombre hace y no a lo que es, vale decir, a su conducta social y no a su modo de ser, su carácter, su temperamento, su personalidad, su pensamiento, su afectividad o sus hábitos de vida. En tal sentido el autor Fernando C. (1989). Se refiere a la “La exigencia de un tal derecho, que constituye la base de su orientación ideológica, política, depende del grado en que se realice el principio del acto, es decir, en que efectivamente la represión penal no alcance sino las acciones externas e ínter subjetivas del hombre. Un puro derecho penal de acto sigue siendo en el mundo un derrotero, pero el principio del acto sí registra una notoria prevalencia en los ordenamientos democráticos”.* (Gómez Ramírez, 2004) Adicionalmente, Chávez Cotrina refiere que el derecho penal es un derecho de acto y no de autor, ello quiere decir que a una persona se le debe sancionar por lo que realizó y no por lo que es, y, en este contexto el delito es toda conducta que la norma sanciona con una pena, y todo delito tendrá características comunes y características especiales. (Chávez Cotrina, 2020, pág. 502)

Ahora bien, las empresas u organizaciones criminales se crean con el fin de sobrevivir en el tiempo teniendo ciertas características y elementos que son parte de su estructura, siendo lo importante para imputar este tipo penal determinar el rol que cada uno de sus miembros cumplen dentro de la organización, sin embargo no es necesario que todos sus miembros cometan delitos directamente, siendo solo necesario acreditar el rol que cumple, por ello el legislador, en la fórmula legislativa propuesta sanciona solo el hecho de pertenecer a la organización. (Chávez Cotrina, 2020, pág. 506)

Así también lo establece el Acuerdo Plenario N° 4-2006, el cual establece lo siguiente:

“La asociación es autónoma e independiente del delito o delitos que a través de ella se cometan - no se requiere llegar a la precisión total de cada acción individual en tiempo y lugar -, pudiendo apreciarse un concurso entre ella y estos los delitos, pues se trata de sustratos de

hechos diferentes y, por cierto, de un bien jurídico distinto del que se protege en la posterior acción delictiva que se comete al realizar la actividad ilícita para la que la asociación se constituyó [...]. En síntesis, es un contra sentido pretender abordar el tipo penal de asociación ilícita para delinquir en función de los actos delictivos perpetrado, y no de la propia pertenencia la misma. No se está ante un supuesto de codelincuencia en la comisión de los delitos posteriores, sino de una organización instituida con fines delictivos que presenta una cierta inconcreción sobre los hechos punibles a ejecutar.” (10-2019/CIJ-116, 2019)

Siguiendo con esa línea, el reparto de tareas o funciones resulta ser el factor preponderante para determinar si nos encontramos en presencia de una organización criminal, que si bien se asemeja a la figura de la coautoría, sin embargo debemos precisar que en las corporaciones criminales, es posible que el grupo de elite, o la cúpula de la organización solo intervenga en un nivel preparatorio del plan criminal, a este nivel lo que se tiene que comprobar es el control y/o dominio de los actos ejecutivos que se ejecutan por los mandos bajos de esta estructura, ello teniendo en cuenta que este resultado no se habría producido si la cúspide de la organización no hubiera colocado los instrumentos y herramientas indispensables para tal resultado. Ante ello, todos los miembros que participen en la realización del hecho ilícito han de responder como coautores, y únicamente serán considerados participes cuando los que colaboran mediando una prestación importante o accesorio, pero que no forman parte de la estructura criminal. (Peña Cabrera Freyre, 2016, pág. 322)

Habiendo detallado las conductas típicas y características que debe reunir el sujeto activo, es necesario remitirnos a la norma penal y analizar lo que el legislador nacional utilizó para la designación del sujeto activo, la fórmula utiliza el término “El que”, hace referencia a cualquier persona, ésta no requiere características especiales, esta condición, cataloga al tipo penal como un delito común (Chávez Cotrina, 2020, pág. 517). Por otro lado, la fórmula, en este tipo penal hace referencia a una estructura colectiva, a la cual la integran individualidades en pos de un mismo proyecto, es decir un delito identificado como plurisubjetivo. (Prado Saldarriaga, 2021, pág. 65)

4.4.2. Conducta típica

Resulta adecuado iniciar la sección esbozando las características de la Organización Criminal, para identificar cuándo podríamos estar frente a un proyecto criminal, con sus respectivas características como son la continuidad operativa y la permanencia en el tiempo. Al respecto, las características brindadas por la policía, respecto del crimen organizado son: *“Crimen organizado: conjunto de actividades delictivas que son: i) cometidas por una organización criminal (con un nivel de estructuración de mediana complejidad, no necesariamente jerárquico, con diversos roles y funciones así como estabilidad en el tiempo); ii) que controlan un determinado territorio o un eslabón de la cadena de valor de un mercado ilegal; iii) que penetran en los circuitos económicos formales para insertar sus ganancias y burlar el control estatal; iv) que diversifican sus delitos o se especializan en mayor grado a fin de aumentar la rentabilidad de sus actividades; y v) que usan la violencia (directa e indirecta) y la corrupción (en diferentes niveles como medios de operación, no solo en las altas esferas del poder, sino también en aquellas esferas burocráticas necesarias para sus actividades delictivas)”* (Interior).

Respecto del concepto aportado por la Policía de Organización Criminal: *“Organización criminal: cualquier agrupación de tres o más personas que se reparten diversas tareas o funciones, cualquiera sea su estructura y ámbito de acción que, con carácter estable o por tiempo indefinido, se crea, existe o funciona, inequívoca y directamente, de manera concertada y coordina con la finalidad de cometer uno o más delitos graves señalados en el artículo 3, de la Ley 30077”* (República, XI Pleno Jurisprudencial de las Salas penales permanentes, transitoria y especial - FJ 19, 2019).

Así las cosas, el tipo penal en cuestión criminaliza cuatro conductas, ellas son: Constituir, Organizar, Promover, Integrar una organización criminal. Respecto de estas conductas señalamos lo siguiente:

- A. Constituir una organización criminal:** Esta conducta se logra con el hecho de gestar formalmente una estructura delictiva. Es el acto de fundación el cual define la estructura funcional, el que delimita los objetivos, así como las estrategias de desarrollo, el modus operandi,

las acciones inmediatas y las acciones futuras de la organización. El hecho de constituir la organización, implica necesariamente que ella trascienda el eventual concierto y conspiración criminal para convertir el proyecto en uno sujeto a un plazo de vida o duración indefinido, con procesos de ejecución continuo y planificado, a este hecho hay que sumarle que lo mínimo para que esta organización sea creada requiere, por exigencia legal, del concierto de dos voluntades, que brinden aportes, formas o métodos de acceso a los nuevos miembros o integrantes y creen funciones estratégicas u operativas necesarias para el desarrollo de la estructura criminal. (Prado Saldarriaga, 2021, pág. 67)

La imputación del tipo penal de Organización Criminal a alguno de sus miembros por actos de constitución, hace referencia a que el agente desplegó la conducta típica antes de la conformación de la organización, resaltando que es de realización o consumación instantánea, solo implica la participación en el momento previo a la conformación y continuar participando durante la vida de la organización, ello entendiéndose que con su conducta colaboró en sentido directo con la creación de la organización. En síntesis, la conducta implica crear o dar nacimiento formal a una estructura criminal. (Chávez Cotrina, 2020, pág. 512)

El hecho de tipificar la conducta de constituir pretende sancionar a los agentes que han participado en la creación, nacimiento o fundación de la organización, en palabras de García Caveró, los actos de constitución se materializan en la etapa de creación de la organización criminal. En ese entendido se sanciona al agente que originalmente ha “concebido”, “ideado”, “creado”, “forjado”, “moldeado”, “iniciado” o “gestado” las bases de dicha organización criminal, ello debido a que en este acto se gesta la distribución de funciones para la optimización de los objetivos criminales del grupo. (García Caveró, 2013, pág. 20)

Es necesario desplegar los actos de investigación de forma correcta, ello en el entendido que los operadores que investigan organizaciones criminales deberán establecer los actos de constituciones y quienes fueron los gestores, resulta importante este punto, pues a nivel judicial, es necesario probar como aparece o nace la estructura criminal; y por otro lado también es importante establecer los fines para los cuales fue creada así como evidenciar la evolución en el desarrollo de su vida delictiva. (Chávez Cotrina, 2020, pág. 513)

Respecto de la importancia de este punto, el Recurso de Nulidad N° 2610-2017 señala lo siguiente:

“Vigésimo segundo. Que, así las cosas: 1. Determinado el modus operandi en que se cometían los delitos, bajo un patrón organizativo: (i) detección de lotes, sin el presunto control de sus propietarios o porque en ellos no se habrían efectuado edificaciones - que permitan la posibilidad de realizar maniobras fraudulentas sorpresivas, sigilosas y céleres-; (ii) realización de falsedades documentales para la “venta” de los Lotes a integrantes o vinculados a la organización delictiva; y, (iii) ejecución de transferencias inmediatas entre los integrantes o vinculados, o a las empresas de fachada, en muchos casos sin un medio de pago concreto (cheques de gerencia) y a precios por debajo del mercado - aunque generalmente nominal -, hasta la venta a terceros ajenos al origen delictivo de la apropiación del lote. 2. Es de tener presente, entonces, a quienes intervinieron en las fases constitutivas de la actividad delictiva (falsedades documentales y primeras transferencias), bajo diversas formas. 3. Es decir, tanto a quienes proporcionaron sus nombres y realizaron determinadas actividades ejecutivas para la transferencia, como a los que planificaron, controlaron y asesoraron en detención de lotes y en las transferencias respectivas. Esta perspectiva determinará ubicar a los intervinieres en los hechos en un contexto delictivo y a los que simplemente fueron víctimas o participaron neutralmente.” (República, Casación 626-2013, 2013)

B. Organizar una organización criminal: La conducta pretende describir o incluir dentro de tipo penal a toda conducta dirigida a diseñar y proveer de una organización funcional y operativa a la corporación criminal constituida. Al respecto podríamos decir que se trata de bosquejar los órganos de gestión y su estructura ejecutiva; pudiendo precisar sus canales de comunicación y configuración de atribuciones, poderes u obligaciones internas y externas. La persona que organiza, no solo constituye una organización, sino que le brinda también de un orden para su desarrollo. Esta actividad no excluye a las personas que constituyeron o crearon la organización, la experiencia dice que esta modalidad, dependiendo del tipo de organización, puede ser ejecutada paralelamente por quien la conduce o dirige. (Prado Saldarriaga, 2021, pág. 67)

Con relación a lo acotado en el párrafo precedente, si debemos separar en tiempos o etapas la constitución y el hecho de organizar, debemos establecer que, como ya lo hemos mencionado, el hecho de constituir no excluye la posibilidad de organizar la estructura, el hecho de organizar puede darse desde la constitución y continuar en el tiempo, nos encontramos ante una conducta continua, que si puede establecerse con claridad el punto de partida, singularizando conductas en el agente, pero esta conducta va a continuar, distinto es el caso, de la imputación por constitución de una organización, el cual se da en un solo momento.

Para efectos de comprender de mejor manera lo que implica organizar, enmarcados en tipo penal, vamos a utilizar la siguiente definición: *“Organizar es una acción que incluye planificación, porque para poder disponer de los medios humanos y materiales que están disponibles, es necesario tener en claro el objetivo o propósito de la organización y las relaciones que se desea establecer entre los distintos elementos. Organizar implica estructurar previamente los elementos disponibles, asignando a cada uno las funciones que se esperan de ellos. El proceso de organizar es una combinación de medios, de objetivos, de esfuerzos en un sistema de relaciones que*

se retroalimentar, puesto que el todo solo es posible si la interacción de las partes funciona correctamente”. (Porporatto, 2020, pág. 512)

C. Promover una organización criminal: La acción de promover, implica *“la realización de actos de difusión, consolidación y expansión de la ya creada organización e incluso en plena ejecución del proyecto delictivo. La persona que promueve se encuentra a cargo del proceso de planificación estratégica orientada al futuro del grupo. Buscará alianzas, así como impulsar la diversificación de las actividades ilícitas.”* (Humanos, 2019)

En ese sentido, hablar de promoción, respecto de la actividad criminal tiene la finalidad de consolidar a las organizaciones criminales siendo estas conductas las que se pueden desarrollar en cualquier etapa del desarrollo de la organización (Chávez Cotrina, 2020, pág. 511), así también lo establece Páucar Chappa, al mencionar que la conducta de promoción tiene la posibilidad de desarrollarse en cualquier fase del desenvolvimiento de la organización criminal, sea simultaneo a la creación, paralelamente al desarrollo, o en la etapa de fortalecimiento y expansión de la organización. (Páucar Chappa, 2020, pág. 511)

Consideramos que, la precisión del Dr. Páucar, es útil para establecer que respecto de la conducta “promover” no posible encasillarla, no es posible puntualizar que es una conducta de etapas constitutivas u organizativas; promover a la organización es una conducta que puede ser desplegada a lo largo de la vida de la organización, siendo una conducta con particular apertura para poder incluir diversas conductas en el análisis típico.

El hecho de promover o promocionar, comprende el despliegue o realización de actos de difusión, consolidación y expansión de una estructura criminal. Vigente y organizada, la cual se encuentra en plena ejecución de algún proyecto delictivo, pudiendo desarrollarse la promoción a través de alianzas o ampliando el espectro de actos delictivos o inclusive ampliando el ámbito geográfico de acción de la organización; este agente promotor se encontraría formalmente a

cargo de todo el proceso de planificación estratégico que guiará el devenir de la organización. Este rol podría ser asumido por más de uno de los integrantes de la organización. (Prado Saldarriaga, 2021, pág. 67)

D. Integrar una organización criminal: El agente que integra una organización, no solo la integrará a razón de su propia voluntad sino por la aceptación y la voluntad de los miembros de la organización, en ese sentido podríamos decir que para integrar una organización es necesario que algún miembro con la antigüedad suficiente incluya a un nuevo integrante; dentro de la tipología de esta conducta el derecho penal sanciona la sola pertenencia, independientemente que este nuevo integrante haya participado en la comisión de alguna actividad delictiva. (Chávez Cotrina, 2020, pág. 514) Siendo así, estaríamos frente a la configuración de un tipo penal que penaliza la sola pertenencia a una organización, sin tener que acreditarse la participación en el hecho o hechos punibles. (Peña Cabrera Freyre A., Organización para delinquir, 2011, pág. 585)

El agente que integra una organización realiza la cuarta conducta típica del artículo 317° del Código penal, originalmente es la única que sancionaba la disposición, adicionalmente, esta conducta comprende todo acto de adhesión individual y material a la estructura, sometándose a los designios de la organización, comprometiéndose al cumplimiento de las ordenes que le sean encomendadas. El agente al integrar puede desempeñar acciones de promoción, pero no de constitución, ello debido a que esto solo puede ocurrir con posterioridad a la constitución de la organización. (Prado Saldarriaga, 2021, pág. 68)

A nivel de la jurisprudencia nacional, el Acuerdo Plenario N° 4-2006/CJ-116 hace la siguiente precisión: “(...) *el indicado tipo legal sanciona el sólo hecho de formar parte de la agrupación - a través de sus notas esenciales, que le otorgan una sustantividad propia, de (a) relativa organización, (b) permanencia o estabilidad y (c) número*

mínimo de persona- sin que se materialice sus planes delictivos. En tal virtud, el delito de asociación ilícita para delinquir se consuma desde que se busca una finalidad ya inicialmente delictiva, no cuando en el desenvolvimiento societario se cometen determinadas infracciones; ni siquiera se requiere que se haya iniciado la fase ejecutiva del mismo. (...) La asociación es autónoma e independiente del delito o delitos que a través de ella se cometan - no se requiere llegar a la precisión total de cada acción individual en tiempo y lugar, pudiendo apreciarse un concurso entre ella y estos delitos, pues se trata de sustrato de hecho diferentes y, por cierto, de un bien jurídico distinto del que se protege en la posterior acción delictiva que se comete al realizar la actividad ilícita para la que la asociación se constituyó.” (10-2019/CIJ-116, 2019) (República, Casación 626-2013, 2013)

Estas conductas, son consideradas como condición para establecer el castigo punitivo, las cuales de acuerdo a nuestro ordenamiento jurídico penal se gradúan las penas de acuerdo a la trascendencia de la participación del sujeto activo, resultando ser aún más gravosa, la conducta del sujeto que además de *promover, organizar, constituir o integrar una organización criminal*, lo hace desempeñando la condición de líder, jefe, financista o dirigente de la organización criminal. (Peruano, Artículo 317-B, 2022)

En ese sentido, el tipo penal de Organización Criminal, dentro de su fórmula legislativa, castiga con un rango punitivo mayor a los líderes o las personas que activamente dirigen la Organización Criminal, ante ello, el tipo penal del artículo 317-B del Código Penal, al ser un tipo penal residual, del artículo 317, debió contemplar la misma distinción y diferenciación de rangos punitivos de acuerdo a la condición que el agente desempeñe dentro de la Banda Criminal. (Peruano, Artículo 317-B, 2022)

Al respecto Muñoz Conde comenta con relación de la norma española: “*En el artículo 570º bis. 1 se castiga, por un lado, promover, constituir, organizar, coordinar o dirigir una organización criminal y, por otro, participar activamente en la organización, formar parte de ella o cooperar económicamente o de cualquier*

otro modo con la misma. Esta segunda modalidad se castiga con menor pena, pero en ambas se incluyen y miden por el mismo rasero conductas de distinta significación y gravedad. Desde luego, no es lo mismo promover la creación de una organización criminal que dirigir una ya constituida, como tampoco es igual participar activamente que formar parte de manera pasiva de una organización; ni coopera económicamente que hacerlo de “cualquier otra forma”, incluso meramente secundaria.” (Saldarriaga, 2021, pág. 68)

Parte de nuestro análisis es abarcar la mención de los criterios jurisprudenciales adoptados por la Corte Suprema de Justicia de la República; al respecto el Acuerdo Plenario N° 02-2018-SPN, en su fundamento 19º, establece que, en los procesos contra integrantes de organizaciones criminales, es deber del juez evaluar lo siguiente: “a) la organización criminal en sí misma; b) su permanencia; c) la pluralidad de investigados; d) la intención criminal; e) la vinculación del investigado con la organización criminal y, f) el peligro procesal concreto que se configura por pertenecer a la organización.” (10-2019/CIJ-116, 2019)

Por otro lado, la Casación N° 626-2013 Moquegua, en su fundamento quincuagésimo octavo hace la siguiente precisión: “Para fundamentar este extremo no basta con indicar que existe una organización criminal, sino sus componentes (organización, permanencia, pluralidad de imputados e intención criminal), así como la vinculación del procesado. Asimismo, motivar que peligro procesal se configuraría al pertenecer a esta organización.” (República, Casación 626-2013, 2013)

Así también la misma Corte Suprema a través del Recurso de Nulidad N° 1802-2018/LIMA, establece como requisitos o características que deben confluir para determinar si nos encontramos frente a una organización, las siguientes: “(i) constitución por tres o más personas; (ii) estabilidad institucional en el tiempo; (iii) reparto de tareas o funciones entre los miembros; y, (iv) destinada a cometer delitos: fin delictivo.” (Perú, 2018)

Del mismo modo la Corte Suprema en su Acuerdo Plenario N° 01-2017-SPN, desplegando esta función de aclaratoria de criterio legales y jurisprudenciales, estableció los elementos estructurales de la organización criminal, denotando los siguientes puntos (10-2019/CIJ-116, 2019):

- *“Elemento personal: que la organización este integrada por tres o más personas.*
- *Elemento temporal: Corresponde al desarrollo futuro de un programa criminal.*
- *Elemento teleológico: Corresponde al desarrollo futuro de un programa criminal.*
- *Elemento funcional: la designación reparto de roles de los integrantes de la organización criminal.*
- *Elemento estructural: como elemento normativo que engarza y articula todos los componentes.”*

Es necesario precisar que, tal y como se evidencia en la exposición de motivos del Decreto Legislativo N° 1244, el antecedente normativo del artículo 317° tenía como *nomen iuris* el de “Asociación ilícita”, el cual al igual que la versión actual del 317°, sanciona a los agentes que: *promuevan, organicen, constituyan o integren (formen parte) de una organización criminal.* Ahora bien, tal y como nos ha mencionado Chávez Cotrina, el delito de organización criminal, es un delito permanente, pues refiere que tal y como lo ha esclarecido la Corte Suprema, las características mínimas que debe tener todo grupo delincuencia son: *“permanencia delictiva, vocación delictiva indeterminada, así como una estructura jerarquizada rígida o flexible, alcance a nivel nacional de sus actos y una red de fuentes de apoyo ideológico, técnico, operativo o social.”* (Chávez Cotrina, 2020, pág. 501)

Para mayor abundamiento y centrar el concepto de organización criminal, la sentencia del caso del cartel de Tijuana ha establecido el concepto de organización criminal de la siguiente forma:

“El concepto de organización, necesariamente implica un programa de actuación con cierta permanencia y estructura jerárquica, que a su vez permita la distribución de tareas a realizar mediante el reparto de papeles. Como tal la organización es propiamente un sistema penalmente antijurídico, un sistema social en el que las relaciones entre los elementos del sistema (básicamente. personas) se hallan funcionalmente organizadas para obtener fines delictivos; tiene una dimensión institucional que hace de ella no solo algo más que la suma

de la de sus partes, sino también algo independiente de la suma de sus partes.” (Chávez Cotrina, 2020, pág. 501)

Dentro de las características intrínsecas que tiene el tipo penal en análisis, la organización criminal es un delito continuo, entendiendo que este comienza a realizarse en el momento en que se organizan los agentes para cometer delitos y no dejan de realizarlos hasta que la organización fenece. (Santiago Vasconcelos, 2020, pág. 503)

4.4.3. Sujeto Pasivo

El sujeto pasivo en el delito del 317 del Código Penal, es siempre la sociedad, entendida esta como un ente colectivo indeterminado, el cual requiere contar con un estado de paz que no sea afectado o amenazado por la existencia de organizaciones criminales que pongan en riesgo o amenaza la seguridad y la paz. (Prado Saldarriaga, 2021, pág. 66) Por otro lado, en los delitos de trata de personas, tráfico de inmigrantes y pornografía infantil, el sujeto pasivo serán las poblaciones vulnerables. (28950)

El Acuerdo Plenario N° 10-2019/CIJ-116 precisa lo siguiente: “(...) *Ley contra el Crimen Organizado, en su Exposición de Motivos mencionó que el artículo 44 de la Constitución estatuye como un deber primordial del Estado, entre otros: “[...] proteger la población frente a las amenazas contra su seguridad [...]”.* Sobre esta base el Estado elaboró diversas medidas punitivas frente a los hechos antisociales (...)” (10-2019/CIJ-116, 2019)

4.4.4. Tipicidad Subjetiva

La tipicidad subjetiva es la encargada de analizar el dolo en todas sus acepciones y la culpa, siendo ello así, el dolo se encuentra definido como “*las condiciones cognitivas situativas bajo las cuales una conducta extremadamente antinormativa puede legítimamente ser interpretada como conducta contraria a derecho*” (Kindhauser, 2020, pág. 518)

Los actos constitutivos del ilícito en mención son dolosos, el agente en todo momento promueve, organiza, constituye o integra la organización criminal de modo consciente y voluntario destinando su accionar a cometer el ilícito o participar dentro de la organización que va a cometer el ilícito (Prado Saldarriaga,

2021, pág. 69); sin embargo, respecto de la conducta “integrar” se puede admitir el dolo eventual, ello en el supuesto que el agente integre un organización representándose el peligro de encontrarse vinculado a esta, asumiendo el riesgo de su accionar, pero como ya hemos manifestado líneas arriba, lo importante es identificar los actos o roles que desempeñan los agentes dentro de la organización más no la comisión del ilícito. (Chávez Cotrina, 2020, pág. 518)

CAPÍTULO 5: La dogmática del Banda Criminal

El presente capítulo desarrollará las características típicas exigidas por el tipo penal de banda criminal, estructurando el tipo, delimitando sus alcances y las condiciones que se requieren cumplir para atribuirle la conducta a una persona. Habiendo realizado este primer paso, esclareceremos las exigencias que el derecho penal requiere cumplir para la correcta aplicación de la ley penal, es decir contrastaremos el tipo penal con las garantías de carácter penal - constitucional, las cuales fungen de filtro para que el ciudadano sepa cuando se encuentra frente a un tipo penal válido, criterio que va más allá del simple hecho de haber sido introducido a través de una ley o una norma con rango de ley; es necesario entender que las normas, deben ser introducidas en completa armonía, tanto a los preceptos constitucionales como a los pilares, principios y las reglas del mismo código penal.

5.1 Aspectos generales del delito de Banda Criminal

Debemos iniciar estableciendo lo que Prado Saldarriaga ha manifestado respecto de la dualidad criminal existente en la realidad jurídico penal peruana, describiendo lo siguiente:

“(...) en el ámbito de lo empírico, cabe destacar que se ha identificado desde diferentes fuentes de investigaciones oficiales o académicas, que el problema social de la criminalidad en el Perú mantiene una tendencia al crecimiento y que de modo predominante se expresa a través de una dualidad de manifestaciones paralelas de delincuencia, las que suelen operar y reproducirse a partir de estructuras organizacionales de diseño básico o complejo. Por un lado, se visualizan aquellas estructuras criminales dedicadas a la realización de delitos violentos y de despojo como el robo, el secuestro o la extorsión y a las cuales tradicionalmente se le ha identificado como bandas. Y por otro lado coexisten también otras organizaciones criminales de configuración más sofisticada y especializada, dedicadas a la instalación y control de mercados de bienes y servicios ilícitos. Se trata, pues, de modalidades modernas de criminalidad organizada productiva e integrada por emprendedores de negocios ilegales, como el tráfico ilícito de drogas, la minería ilegal o la trata de personas. A estas últimas las denominamos organizaciones

criminales emergentes y son las que generan y procesan el mayor flujo del capital componente del producto criminal bruto nacional (...) (Prado Saldarriaga, 2021, pág. 10)

El tipo penal que prescribe y sanciona la conducta conocida como Banda Criminal, se encuentra ubicado en el artículo 317° literal B, del Código Penal; el cual profesa de la siguiente forma:

“Artículo 317-B. Banda Criminal.- *El que constituya o integre una unión de dos a más personas; que sin reunir alguna o algunas de las características de la organización criminal dispuestas en el artículo 317, tenga por finalidad o por objeto la comisión de delitos concertadamente; será reprimidos con una pena privativa de libertad de no menor de cuatro ni mayor de ocho años y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días - multa.*” (Peruano, Artículo 317-B, 2022)

En nuestra realidad jurídica, hacer referencia a la expresión “banda criminal” es remitirse a antecedentes que se remontan al Código Penal de 1924, siendo que en ese entonces era considerada una circunstancia agravante en aquellos delitos patrimoniales tipificados, como es el caso del hurto. (Prado Saldarriaga, 2021, pág. 74) Así también, por banda criminal, en palabras de Roy Freyre es *“la organización, más o menos jerarquizada compuesta de tres o más sujetos, con armas o sin ellas, por lo común delincuentes habituales, que se asociaron para cometer delitos múltiples e indeterminados”*. (Roy Freyre, 2021, pág. 10)

Posteriormente, con el Código Penal de 1991, se le dio un rol cualificante, en algunos delitos fue incluido como una organización delictiva alterna a la noción de organización criminal o de asociación delictiva. Por otro lado, en el tipo penal descrito por el artículo 189°, introducido en nuestra legislación a través del Decreto Legislativo N° 896 del 23 de mayo de 1998, se reguló como agravante específica de segundo grado o nivel, que se acreditaba cuando el agente infringía la ley *“en calidad de integrante de una organización delictiva o banda”*. Así también ocurrió en la redacción del inciso 1 del artículo 257-A del Código Penal, el que fue introducido en nuestra legislación a través de la Ley N° 27593 del 13 de diciembre de 2001, el cual estableció una agravante específica en los delitos monetarios que el agente hubiese actuado *“como miembro de una*

asociación delictiva o en calidad de integrante de una banda.” (Prado Saldarriaga, 2021, pág. 74)

5.1.1 Características típicas

El Decreto Legislativo N° 1244, introdujo en nuestro Código Penal, específicamente en la parte especial, el artículo 317-B, el que buscaba tipificar y sancionar de forma autónoma el delito de “Banda Criminal”, que como menciona Prado Saldarriaga, se trataría de una disposición penal inédita que su regulación adolecía de una técnica legislativa muy deficiente, haciendo entera referencia y crítica a la técnica legislativa utilizada por el legislador peruano. (Prado Saldarriaga, 2021, pág. 74)

Es menester mencionar lo siguiente, la introducción del tipo penal en mención, se justificó y se argumentó buscando realzar la necesidad de la presencia de este tipo penal, esbozando las características típicas requeridas para la configuración de este tipo penal, delineado que sirvió para esclarecer y reforzar la supuesta necesidad de un tipo penal autónomo en nuestra legislación penal, y sumando a las características de nuestra realidad jurídico procesal, se argumentó de la siguiente forma: *“No pretendemos redundar en lo que otros ya han señalado, pero si dar por sentado algunos puntos sobre su configuración y su relación con el delito de asociación ilícita para delinquir, tipificado en el artículo 317º, del Código Penal, todo ello con la finalidad de aterrizar en el objetivo del presente documento, cual es, dar cuenta de la carencia o la inexistencia de un tipo penal que sancione a aquellos grupos criminales que, sin presentar la complejidad de las grandes organizaciones criminales de corte empresarial en su conformación, la permanencia en su duración y la periodicidad en su accionar ilícito, afectan con mucho mayor ámbito, frecuencia y rigor a nuestra sociedad.”* (1244)

La Corte Suprema, debido al desconcierto suscitado, emitió el Acuerdo Plenario N° 08-2019/CIJ-116, el mismo que estableció en el párrafo final del fundamento jurídico 22, lo siguiente: *“(…) la figura delictiva del Artículo 317-B del Código Penal, referida a la banda criminal, solo debe de aplicarse para sancionar a las estructuras delictivas de constitución básica y cuyo modo de accionar delictivo carece de complejidad operativa y funcional, al estar dedicada a la comisión de*

delitos comunes de despojo y mayormente violentos como el robo, la extorsión, el secuestro, el marcaje o el sicariato, entre otros.” (Perú C. S., 2019).

En esa línea de ideas, ahora es necesario centrar la investigación y evidenciar en donde, desde nuestro punto de vista, tiene el origen lo confuso y equivoco en el tipo penal de banda criminal. Para ello, partiremos señalando que los actos que se consideran punibles son los de constituir o integrar una unión de dos o más personas, los que adicionalmente tienen como finalidad la comisión de delitos concertadamente, es decir hechos punibles futuros, teniendo que la banda criminal trasciende de quienes constituyen o integran tal unión criminal, ello quiere decir que, no es un componente del tipo penal cometer de modo concreto algún delito, en otras palabras, la banda criminal se considera un proyecto criminal con continuidad operativa y funcional, separándose conceptualmente de esta forma, de las figuras de concierto criminal o de coautora funcional. (Prado Saldarriaga, 2021, pág. 76)

Como antecedente al desglose del tipo penal en análisis, es necesario entender que, la banda criminal, no es el marco de unión de la conducta típica, sino por el contrario, trasciende de dichos comportamientos, conformando una organización, estructura u institución portadora de un injusto propio, injusto que es la amenaza o peligro al bien jurídico protegido, conocido como "seguridad colectiva".

Para la doctrina, analizando el tipo penal a nivel comparado, las conductas típicas como “promover”, “organizar”, “constituir”, “dirigir”, “participar activamente”, “formar parte” o “cooperar”, no son portadores de injustos penales. A manera de ejemplo, en el caso que un sujeto desarrolle alguna de las conductas típicas, como “constituir” o “integrar”, por más que el agente forme parte de una estructura criminal, no ocasiona con su conducta lesión alguna al bien jurídico colectivo, tampoco crea un peligro al correcto funcionamiento de las instituciones pública; la justificación que legitima la incriminación de estas conductas típicas, “constituir” o “integrar”, dentro del tipo penal del 317-B, no encuentra su origen en los comportamiento que pueden desplegar los individuos de forma personal, sino en la integración, convergencia, consenso, unión de plurales comportamientos personales, que son influenciados por la propia dinámica del grupo y por la posibilidad de organizar racionalmente los medios

logísticos y personales; conformando una estructura superior, que la dota de capacidades más peligrosas que por la simple suma de voluntades para integrar a la banda criminal. (Bocanegra Márquez, 2020, pág. 103)

En nuestra legislación, el injusto que se le atribuye a la banda criminal es el de riesgo o peligro a la seguridad colectiva. Esta idea de atribuir la afectación o injusto a un grupo fue desarrollada por el jurista alemán LAMPE (Lampe, 2020, pág. 104), en que lo denominó como “*el sistema de injusto constituido*”, tomando como referencia lo desarrollado por el sociólogo alemán LUHMANN (Márquez, 2020, pág. 104), el cual desarrollo la *teoría de los sistemas sociales*, que hace referencia a que el sistema social se conforma por un grupo de subsistemas sociales o microsistemas superpuestos e interrelacionados entre ellos, como son el sistema familiar, social, económico.

En ese entendido, LAMPE justifica el concepto del sistema de injusto constituido manifestando que, un grupo o sistema social puede corresponderle una cualidad de injusto propio, cualitativamente diversa de la suma de los injustos personales de los agentes que intervengan en el sistema, con ello el autor, describe la categoría de la causalidad, determinante para la atribución de la responsabilidad penal que, no solo afecta al hombre que actúa, sino también afecta a los sistemas sociales, reprochándoles su carácter decadente, ello en el caso que la estructura criminal se oriente a fines asociales, tal como en el caso de las bandas criminales. (Bocanegra Márquez, 2020, pág. 104)

5.1.1.1 Sujeto Activo

De acuerdo a lo descrito por el tipo legal, es sujeto activo cualquier persona que intervenga en la unión o concertación, sea que los agentes (pluralidad) se unan y concreten para dar vida a la banda, o, sea que se realice a través de integrar una banda adhiriéndose a ella luego de su concertación. (Prado Saldarriaga, 2021, pág. 77)

El sujeto activo, puede realizar, según el tipo penal, dos conductas: Constituir o Integrar.

5.1.1.2 Comportamiento típico: constituir una Banda Criminal

El presupuesto normativo establecido por el tipo penal 317-B del Código Penal, establece que, esta conducta se materializará cuando exista un acto de fundación que involucre a cuanto menos dos personas, que acuerdan constituir una banda con la finalidad compartida de cometer delitos de despojo y violentos. Ello implica, establecer de forma interna una estructura básica concertada para la realización de los fines delictivos. (Prado Saldarriaga, 2021, pág. 77)

El término “constituir” hace referencia a “establecer, erigir, fundar”, que para el caso materia de análisis sería la organización o grupo criminal, atendiendo a esto, la conducta típica tiene lugar en el momento anterior a la existencia de la banda criminal, y la finalización de la conducta o el cumplimiento de la conducta típica se alcanza con el hecho material de haber constituido la banda criminal, como grupo o estructura idónea. (Bocanegra Márquez, 2020, pág. 210) De ello se interpreta que la modalidad de “constituir” una banda criminal es de realización instantánea.

5.1.1.3 Comportamiento típico: integrar una Banda Criminal

Este presupuesto normativo, exige que la persona o agente cumpla con adherirse a la banda criminal, ello luego que ésta se haya constituido, por consiguiente, implica que el agente no se encuentra comprendido en los actos que crean la estructura criminal, tampoco en los actos que definen su organización básica y modus operandi; sin embargo, sí podría fungir como organizador o promotor de la banda. Esto se puede dar de diversas formas, apoyando con la expansión, colaborando económicamente, ayudando en la reestructuración o reorganización de la banda, entre otras conductas. (Prado Saldarriaga, 2021, pág. 78)

El término “integrar” hace referencia a “formar parte”; y, haciendo una interpretación restrictiva, se entiende como la actividad de realizar tareas genéricas de modo continuado en favor de la banda criminal, y que estas actividades no se hallen unidas a ningún delito concreto (Llobet Anglí, 2020, pág. 242). En este punto resulta útil contrastar esta conducta con una conducta utilizada en otras legislaciones, como es “participar activamente”, esta conducta es la condición necesaria para ostentar el título de miembro de la banda criminal,

lo que resulta necesario para diferenciar a los miembros internos de la banda criminal con los que colaboran con la realización de las acciones delictivas.

Según la doctrina española, la conducta de “integrar” la banda criminal de forma pasiva ha sido materia de críticas: a) es una conducta incompatible con la concepción del principio de responsabilidad por el hecho y por consiguiente con el principio de ofensividad o lesividad, y, b) la dificultad que entraña la probanza de la pertenencia a la banda criminal. (Bocanegra Márquez, 2020, pág. 241)

En lo que respecta al primer punto del párrafo anterior, la doctrina ha señalado que castigar a una persona por el solo hecho de adherirse o integrar un colectivo como una banda, así sea con fines delictivos, implicaría aplicar el derecho penal de autor. (Bocanegra Márquez, 2020, pág. 241) Por otro lado, respecto del segundo punto, un aspecto más procesal, y analizando la realidad de las estructuras criminales, que son agrupaciones o bandas que no cuentan como una formalidad, no hay un acto formal de integración, por ello resulta difícil la probanza, cuando se pretende imputar la sola conducta de “integrar”. (Cancio Meliá, 2020, pág. 242) Dadas estas características, la conducta de “integrar” abarca más de un momento o más de una actividad por ende se trata de una conducta típica permanente o continuada.

Teniendo en cuenta la descripción realizada a los dos tipos de conductas, es necesario mencionar lo establecido por el Acuerdo Plenario 08-2019/CIJ-116 de la Corte Suprema, el cual en su fundamento 20^o, refiere lo siguiente: *“20.º Por consiguiente, es de destacar y precisar que la banda criminal es igualmente una estructura criminal pero de menor complejidad organizativa que la que posee una organización criminal (artículo 317 del Código Penal) y que ejecuta un proyecto delictivo menos trascendente y propio de la “delincuencia común urbana”. La banda criminal, por tanto, no se dedica a activar y mantener negocios o economías ilegales; no es, pues, una organización criminal “productiva” sino simplemente “de despojo mayormente artesanal y violenta”. Esto es, de aquellas que producen inseguridad ciudadana a través de su actuación en la comisión reiterada de robos, secuestros, extorsiones o actos de marcaje y sicariato. De ello que su número de integrantes puede ser reducido y su modus operandi suele ser rutinario y basado mayormente en la sorpresa y el asalto o en el empleo de medio violentos como la agresión física o la amenaza.”* (Perú C. S., 2019). De

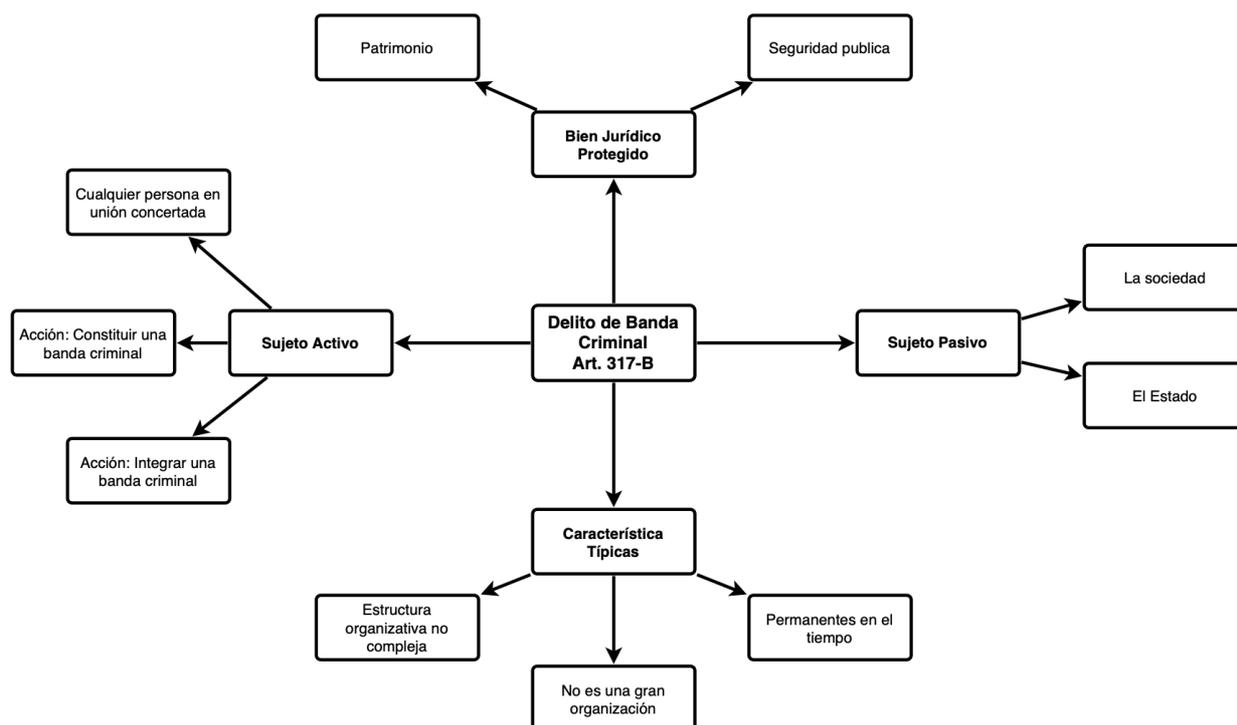
lo que se colige que el tipo penal del 317-B establece una formula legislativa que pretende otorgarle la autonomía en base a la disimilitud de conductas, pues en lugar de describir la conducta típica propia del delito, describe las diferencias entre una conducta y otra, legislando la conducta en negativo, mediante la fórmula: “ (...)que sin reunir alguna o algunas de las características de la organización criminal dispuestas en el artículo 317(...)”.

En ese sentido, el Acuerdo Plenario N° 08-2019 concluye que el tipo penal del 317-B solo es aplicable para sancionar a aquellas estructuras delictivas básicas y cuyo *modus operandi* carezca de complejidad operativa y complejidad funcional, es decir, a aquellas estructuras delictivas básicas que están destinadas a la realización de delitos comunes y violentos como, por ejemplo, el robo, extorsión, secuestro, marcaje o sicariato. (Perú C. S., 2019)

Resulta necesario precisar que en el caso que algún integrante de la banda criminal cometa el delito de hurto, de robo o de marcaje-reglaje, pero en calidad de integrante de una organización criminal, su conducta deberá ser subsumida dentro del delito de hurto, robo o de marcaje-reglaje pero adicionalmente con la concurrencia de la circunstancia agravante específica. (Perú C. S., 2019)

Por otro lado, cuando los delitos se ejecuten en el contexto de una banda criminal y no exista la agravante específica por organización criminal, se podrá calificar la realización de delitos comunes en concurso real con el delito de banda criminal aplicando las reglas del artículo 50 del Código Penal, la presente situación ocurre cuando alguno de los delitos comunes no contempla la agravante específica o circunstancia cualificante. (Perú C. S., 2019)

Por otro lado, llama poderosamente nuestra atención el vacío respecto de la correcta imputación de tipos penales, ello en los casos en que el tipo penal no contemple específicamente el agravante de realizar la conducta en el marco de una organización o banda criminal, pues será en esos casos en donde se aplique las reglas del concurso de delitos, al ser dos tipos penales autónomos.



5.2 Límites al Jus Puniendi

El poder del Estado ejercido a través del derecho penal, enmarcado dentro del ordenamiento de un país, se subordina en todo momento a la Carta Magna o Constitución Política del Estado, siendo ello así, el artículo 1º de la Constitución peruana de 1993, establece que la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado reconociéndole derechos fundamentales. (Villa Stein, 2014)

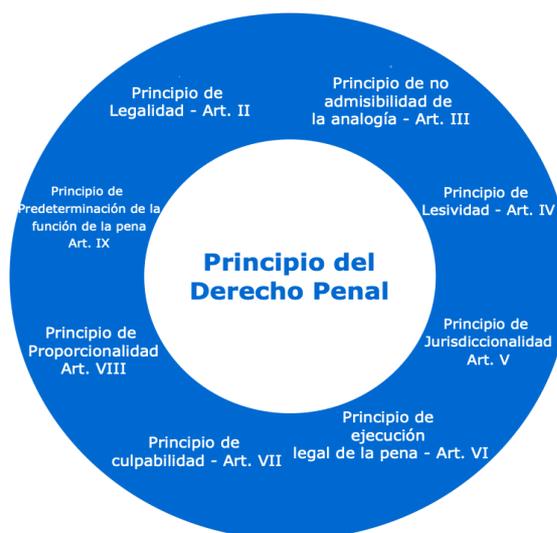
Hemos mencionado que dentro de la organización de los Estados se han reconocido bienes jurídicos, los cuales pueden ser individuales o colectivos, siendo valores reconocidos, expresa o implícitamente, por normas, leyes y principios constitucionales que son útiles para el funcionamiento del aparato social. En ese sentido, la protección de estos es mediante la pena, mejor entendida como la restricción de derechos fundamentales, restricción que debe respetar los principios constitucionales, debe ser introducida al ordenamiento a través de una ley, debe ser justificada por el interés público o privado, debe ser proporcional al interés que busca proteger y por último no atentar contra el conjunto de derechos personal que restringe. (Hurtado Pozo, 2005, pág. 24)

Es en este entendido que, esta potestad de castigar las conductas lesivas no puede desplegarse de forma irrestricta, no es posible que el persecutor estatal optimice de tal forma que se caiga en el extremo del terror penal; para ello el sistema penal debe ceñirse al conjunto de principios y garantías que limiten el ejercicio punitivo, estos límites son conocidos como principios político-criminales, pues condicionan el uso del derecho penal para hacer frente a las conductas reprochadas por las sociedades. (Garcia Cavero, Derecho Penal Parte General, 2012, pág. 116)

5.2.1 Los principios del Derecho penal

Debemos iniciar la presente sección desarrollando uno de los principios del derecho penal, el cual justifica el despliegue del *ius puniendi* estatal, nos referimos a principio de exclusiva protección de bienes jurídicos. Este principio establece que solamente el Derecho Penal puede intervenir para salvaguardar bienes jurídicos que sea necesario proteger, siendo que no puede avalarse, dicha protección, en cuestiones morales o de orden social. (Garcia Cavero, Derecho Penal Parte General, 2012, pág. 116)

El Código Penal peruano, recoge en su título preliminar los siguientes principios garantistas (Villa Stein, 2014, pág. 135):



Respecto del problema que pretendemos abordar, los principios que se encuentran afectados por la inserción del tipo penal de banda criminal, con la

formula legislativa descrita línea arriba; son el principio de legalidad, el sub principio de taxatividad y el principio de lesividad; en ese orden analizaremos cada uno de ellos.

5.2.1.1 Principio de Legalidad

Debemos partir mencionando que, el principio de legalidad está reconocido en el artículo 2 inciso 24 literal d) de la Constitución Política, garantizando de esta forma la imparcialidad del Estado, pues debe de delimitar, diseñar, estructurar de manera general y antes de la realización de la conducta, las características del hecho que se busca prohibir, así también debe de establecer de forma clara la reacción penal que se aplicará contra la persona que sea señalada culpable. (García Caveró, Derecho Penal Parte General, 2012, pág. 138)

Es conocido como el límite a la violencia punitiva que el Estado ejercita en un Estado de Derecho, es la sumisión al control de la ley, por lo que, toda actuación por parte del Estado, sin antecedente normativo o que no provenga del sistema penal, deberán ser consideradas conducta prohibidas. (Villavicencio Terreros, 2013)

En ese entendido, será solo la ley, no el juez ni ninguna autoridad, la que determina que conducta es delictiva, exigiendo un máximo de taxatividad, por ello el uso de la libertad de accionar de parte del Estado, sin peligro de que éste resulte castigado, solo será posible si se da la determinación previa del ilícito y se garantiza que no se incurra en arbitrariedad. (Villa Stein, 2014, pág. 135)

El ordenamiento jurídico se encuentra estructurado en un criterio de legalidad, la organización estatal en todo momento debe someterse a la ley, siendo que la validez de sus actos dependen directamente de que tengan una fuente legal, ello realza su importancia al tratarse de limitaciones de los derecho fundamentales, por ello la legalidad es un factor realmente importante, en donde los órganos administrativos y jurisdiccionales deben respetar las reglas establecidas por las leyes, siempre garantizando el respeto de las libertades individuales. (Hurtado Pozo, 2005, pág. 139)

El principio de legalidad limita, regula, estructura; el ejercicio del poder soberano a las acciones u omisiones previstas en la ley como delitos o infracciones punibles, teniendo como máxima, el latinazgo: *nullum crimen, nulla poena sine*

lege. (Villavicencio Terreros, 2013, pág. 90) Es necesario hacer mención que, conforme a las ideas de separación de poderes, expuesta y aceptada por los filósofos del S. XVIII, la competencia exclusiva para incriminar penalmente comportamientos y establecer las penas a aplicarse, era del poder legislativo, ello en respeto del juego de las mayorías y minorías de los modelos democráticos, reafirmando la idea de que el poder emana del pueblo, por ello el principio de legalidad realza su importancia, pues la ley, pilar básico del Estado de Derecho, basa su legitimidad y fuerza en la soberanía del Estado. (Hurtado Pozo, 2005, pág. 151)

En nuestra realidad, la función del principio de legalidad en materia penal, la determinación de las leyes penales, permite que la persona tenga conocimiento, de forma previa, respecto de las conductas que puede realizar, así como la pena a imponerse, de modo tal que el agente pueda evaluar y ponderar las consecuencias de su accionar y optar por ceñirse a las reglas del derecho. (García Caveró, Derecho Penal Parte General, 2012, pág. 142)

Analizar el principio de legalidad en materia penal, implica agotar las manifestaciones que la doctrina reconoce respecto del principio materia de análisis, en ese entendido, la doctrina reconoce cuatro formas de manifestación: La reserva de ley, el mandato de certeza o determinación, la ley previa y la prohibición de analogía; y dependiendo del autor, podría haber una quinta, que es la punibilidad que pretende se establezca la pena a aplicarse. (García Caveró, Derecho Penal Parte General, 2012, pág. 142)

5.2.1.1.1 Reserva de Ley (*Lex scripta*)

Esta manifestación hace referencia a la máxima expresión de sumisión a la ley o a ley positiva, pues en materia penal el juez se encuentra sometido a la ley, cuando se trata de juzgar si la conducta es un delito y cuál será la pena aplicable al responsable. (Hurtado Pozo, 2005, pág. 150)

La reserva de ley, establece que, únicamente a través de una ley, correctamente promulgada y por órgano competente, se puede crear delitos y establecer penas, es la ley, la única fuente del derecho penal, siendo la costumbre, la jurisprudencia y los principios generales; medios para conocer o esclarecer el derecho positivo. (García Caveró, Derecho Penal Parte General, 2012, pág. 143)

5.2.1.1.2 La taxatividad de la ley (*Lex certa*)

El principio de legalidad, contempla una obligación al legislador, la cual es precisar todos los presupuestos que configuran la conducta sancionada y su pena a aplicar, este deber es conocido como el mandato certeza o determinación, y su aplicación viene a ser una derivación lógica del principio de legalidad, ello en el entendido que la sola emisión de una norma penal no basta para evitar excesos de poder. (Garcia Caveró, Derecho Penal Parte General, 2012, pág. 146)

En ese sentido, Beling, explicó la importancia de esta exigencia al describir el ejemplo de una ley que prescribía que todos los malhechores debían ser sancionados sin precisar qué hechos convertían a los agentes en delincuentes. (Beling, 2012, pág. 146)

La máxima: *no hay delito, no hay pena sin ley precisa*, busca establecer que la ley debe ser redactada de la manera más precisa posible, ello para que los ciudadanos, los destinatarios de la ley, tengan pleno conocimiento de los actos incriminados y su sanción. (Hurtado Pozo, 2005, pág. 162) Ello forma parte de la función del mandato de taxatividad o determinación, pues la ley penal, constituye un elemento de juicio que, junto con otros aspectos y la valoración por parte del ciudadano, formará parte del proceso de toma de decisión, es una forma de ofrecer mejor detalle y condiciones para la orientación en el sistema social. (Garcia Caveró, Derecho Penal Parte General, 2012, pág. 147)

En el sistema jurídico penal se ha establecido que el mandato de taxatividad, los elementos esenciales de la conducta pueden flexibilizarse o aportarse en otros ámbitos o ramas del derecho, que son conocidas como extrapenales o actos de la Administración, los cuales ofrecen amplios márgenes de interpretación judicial, sin embargo por el hecho de poder flexibilizar de cierta forma el mandato de taxatividad, no concede la potestad irrestricta de remitir a una norma extrapenal o el uso discrecional de cláusulas generales, pues siempre es necesario una determinación mínima en la ley, de esta forma se impide la arbitrariedad. (Garcia Caveró, Derecho Penal Parte General, 2012, pág. 150)

5.2.1.1.3 La prohibición de retroactividad (*Lex praevia*)

La exigencia hace referencia al mandato constitucional que señala que la determinación de conductas típicas y la pena debe ser previa a la realización de la conducta, por ello es que las disposiciones penales no pueden aplicarse de forma retroactiva, resulta por seguridad jurídica que se proscribe la posibilidad de sancionar penalmente una conducta, a pesar de ser considerada reprochable, si previamente no es promulgada la ley que establece dicha conducta con delito. La excepción se encuentra cuando la ley penal posterior es más beneficiosa al inculpado. (García Caveró, Derecho Penal Parte General, 2012, pág. 162)

El principio de legalidad, prevé como condición para la imputación de una sanción y de una determinada conducta lesiva para la sociedad, que esta se encuentre previamente descrita en el catálogo de conductas lesivas, código penal, lo que determina esta garantía, es la obtención de la seguridad jurídica, de forma que el agente, la persona o ciudadano, conozca actualmente la conducta prohibida y la pena a imponer por la comisión de la conducta prohibida. (Villavicencio Terreros, 2013, pág. 141)

5.2.1.1.4 La prohibición de analogía (*Lex stricta*)

Es una garantía que limita el accionar de la actividad interpretativa de los jueces, impidiéndoles recurrir a las analogías para sancionar alguna conducta, ello lo dispone el artículo 139°, inciso 9, de la Constitución Política del Perú. En ese sentido es el marco de interpretación que no debe ser sobrepasado y que en caso de ser sobrepasado con la finalidad de sancionar o agravar conductas, será una analogía prohibida por el Derecho penal, la interpretación de la ley penal solo llega hasta donde lo permite su literalidad. (García Caveró, Derecho Penal Parte General, 2012, pág. 166)

5.2.1.2 Principio de Lesividad

El principio de lesividad es la máxima expresión de la función que desempeña el derecho penal, ello, debido a que éste procura dotar de protección a los bienes jurídicos, constituyendo el delito la lesión o puesta en riesgo de dichos bienes. Es en esa idea en la que se funda la exigencia de lesividad del comportamiento delictivo, a efectos de justificar la imposición de una determinada pena, a través

del ejercicio de la fuerza por parte del Estado (*Ius Puniendi*). (García Cavero, Derecho Penal Parte General, 2012, pág. 129)

El derecho penal, como actualmente se le conoce, tiene como punto de partida al bien jurídico, el cual como ya hemos definido, es aquella entidad objetivamente valiosa que el derecho protege a fin de satisfacer las necesidades sociales, físicas y psicológicas de los ciudadanos ya sea de forma individual o colectiva. (Villa Stein, 2014, pág. 140)

En ese sentido, se realiza la importancia del bien jurídico, cuando el derecho penal, como aplicación del uso legal de la fuerza pública, protege estos bienes jurídicos que según Claus Roxin son: “*circunstancias dadas o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema social global estructurado sobre la base de esa concepción de los fines o para el funcionamiento del propio sistema*”. (Roxin, 2014, pág. 140)

Entonces, y siguiendo la línea de lo desarrollado, el bien jurídico objeto de protección del derecho penal, necesariamente tiene que ser lesionado o al menos, puesto en algún tipo de riesgo o peligro, para que así se cumpla la condición que exige el principio de lesividad y con esto, se active el poder punitivo del estado, atribuyendo la sanción o pena al autor; no es suficiente, entonces, que exista una situación en directa oposición entre la norma y la conducta, es necesario siempre la lesión o puesta en peligro o riesgo concreto del bien jurídico. (Roxin, 2014, pág. 140)

Ahora bien, parte de nuestra tesis central, es establecer si la fórmula legislativa del 317-B del Código Penal, cumple con las exigencias requeridas por el principio de lesividad. En ese sentido, nos adelanta Villa Stein que: “*no se pune el pensamiento. No se pune ni tan siquiera los actos preparatorios de delitos salvo que de suyo ya pongan en peligro el bien jurídico, como ocurre en el complot.*” (Roxin, 2014, pág. 140)

Como podemos apreciar hasta el momento, el bien jurídico es objeto de tutela y protección por la ley penal, y sirve para (Jescheck, 2014, pág. 141):

- Resguardar que el ciudadano de que sólo será penado por la conducta que le lesione o ponga en peligro.

- Resguardar al ciudadano respecto de que los tipos penales se establecerán con ese límite.
- De *ratio legis* ello debido a que su precisión hace accesible la interpretación de la ley penal, ya que el bien jurídico está en la base del tipo.

Los criterios constitucionales, en palabras de Hurtado Pozo, implica que el principio de lesividad penal, este orientado hacia la protección de bienes jurídicos que deben reprimirse como delitos, siendo ello así, sólo las acciones que los perjudiquen deben ser consideradas por el legislador penal, pues no deben reprimir comportamientos inofensivos. (Hurtado Pozo, 2005, pág. 777)

En este punto queda claro que los delitos de lesión, producen el resultado típico, por ende justifican el accionar del derecho penal; por el contrario las dudas se encuentran respecto de los delitos de peligro y más aún en los delitos de peligro abstracto (Hurtado Pozo, 2005, pág. 777), donde surge la interrogante si de si en ellos, se cumple con la exigencia de lesividad requerida por la dogmática penal.

5.3 La lesión de los bienes jurídicos en los delitos de peligro abstracto

El tipo penal que se encuentra descrito en el artículo 317-B del código, es un tipo penal de peligro abstracto, así lo ha reconocido por la doctrina, siendo que esta categoría de tipos penales se caracteriza por reprender, sancionar y castigar comportamientos en general peligrosos, sin que sea necesario la puesta en riesgo o la lesión a un objeto valorado positivamente. La doctrina considera que este concepto de peligro abstracto es una invención del legislador para solucionar situaciones de forma simbólica, más no de forma efectiva, es decir, un problema determinado de criminalidad. (García Caveró, Derecho Penal Parte General, 2012, pág. 129)

El presupuesto para que estos delitos existan es que se consumen sin la necesidad de dañar el bien jurídico, bastando únicamente para su consumación, la puesta en peligro o el cumplimiento de la conducta en abstracto; es decir, no se exige en el hecho un peligro específico. Villa Stein señala, que podría tratarse incluso de tipos inconstitucionales, ello debido a que la peligrosidad presunta no admitiría prueba en contrario. (Villa Stein, 2014, pág. 286)

La realización de este tipo penal no acarrea una perturbación objetiva de un bien jurídico, pues son los delitos de peligro abstracto infracciones de desobediencia, en consecuencia, para los delitos de pura actividad, la finalidad de este delito es ampliar la intervención del derecho penal buscando proteger con más eficacia ciertos bienes jurídicos, surgiendo debido a nuevas necesidades de protección penal. (Hurtado Pozo, 2005, pág. 785)

5.3. Noción de peligro

La noción de peligro en la concepción actual del derecho penal, es, a todas luces, una herramienta que ha sido utilizada por el legislador para abrir el abanico de posibilidades y poder tipificar o insertar dentro del catálogo de conductas del código penal, ciertas conductas que no cumplen las exigencias establecidas por el principio de lesividad. Por ello, es necesario establecer qué es lo que se concibe por “peligro” y/o por “situación de peligro”.

En primer lugar, por “peligro” se entiende que es el riesgo o contingencia inminente de que suceda algún mal; y en segundo lugar, por “situación de peligro”, se entiende aquella que aumenta la inminencia del daño (Hurtado Pozo, 2005, pág. 778). El aspecto más importante y trascendental de la concepción de peligro es la relación entre el suceso (fuente del riesgo) y el mal futuro que pudiera producirse. (Hurtado Pozo, 2005, pág. 780)

Así, el peligro, en el derecho penal, no constituye algún estado subjetivo creado en la ciudadanía, por la política o por los medios de comunicación, sino es consecuencia lógica en sociedades con niveles de desarrollo tecnológico complejo. Esta concepción forma parte de la validación que debe de tener el derecho penal a las exigencias actuales. (García Caveró, Derecho Penal Parte General, 2012, pág. 130)

La concepción determinista del peligro, sostiene que teniendo todas las condiciones para que se produzca un hecho, éste se producirá necesariamente; mientras que autores como Binding, sostienen una tesis más restringida de peligro, argumentando que el peligro constituye una agresión efectiva con capacidad de alterar la subsistencia de los bienes jurídicos. (Pozo, 2005, pág. 779)

La concepción de peligro restringida, desarrollada por su autor, concebía al peligro como un conflicto de posibilidades, en donde las condiciones favorables eran más importantes que las desfavorables, para que se produjera un perjuicio. En ese entendido, el peligro era concebido como una situación objetiva, la que se producía causalmente y que consistía en el estado de crisis en el que se situaba al bien jurídico (Pozo, 2005, pág. 779). Así también afirma Schröder, que el peligro es una situación en donde una modificación insignificante de las circunstancias de un comportamiento hubiese dado lugar, de forma necesaria, a un daño. (Pozo S. c., 2005, pág. 779)

La crítica a la concepción restringida es que, considera que el peligro es un hecho autónomo, en otras palabras, considera al hecho peligroso como como un suceso en sí mismo y no considera la relación que tiene con hechos futuros inciertos; sin embargo, al hablar de delitos de peligro, uno no se refiere a lo que ya ha sucedido, sino más bien, a lo que podría haber ocurrido a consecuencia de una situación fáctica, la posibilidad de perturbar bienes jurídicos es valorado negativamente y por lo tanto se tiene que evitar. (Pozo S. c., 2005, pág. 780)

Para comprender la concepción de los delitos de peligro abstracto, es necesario establecer al peligro como relación de posibilidad de donde a partir de una situación se derive un perjuicio futuro, en donde el factor posibilidad es concebido como: “*la incertidumbre de que el daño se produzca*” (Pozo G. c., 2005, pág. 781). Es por ello que, para el derecho penal, la verificación científica de la probabilidad de un perjuicio no resulta suficiente para ser admitida como peligro, esta debe ser precisada normativamente mediante un juicio valorativo. (Hurtado Pozo, 2005, pág. 781)

En resumen, los aspectos decisivos a tener en cuenta en la concepción de peligro, es la relación entre el suceso y el mal futuro que pueda ocurrir, esa relación no tiene que ser autónoma pues dependerá de los factores externos, que son: el comportamiento y el probable perjuicio. (Hurtado Pozo, 2005, pág. 780)

5.4 El *iter criminis* para la comisión del delito de Banda Criminal

El *iter criminis* que significa las fases o etapas constitutivas del desarrollo de un delito, parte desde la ideación o momento mental, hasta la materialización o

momento externo, que vendría a ser la consumación. Esta construcción ideal del proceso delictivo se construye en etapas, fases o momentos, pues puede que en muchos escenarios no se desarrolle la totalidad de etapas, sin embargo, es necesario mantener esta división con la finalidad de verificar los momentos básicos en la realización del delito. (Villavicencio Terreros, 2013, pág. 415)

5.4.1. Etapa interna - Ideación

En palabras de Villa Stein, el delito cuenta con una etapa o fase interna y otra posterior externa, la primera, la fase interna, es la fase anterior a la iniciación del delito, la cual ocurre en la mente del autor, siendo ésta un proceso mental/psicológico de ideación, comprende la representación mental del delito o del resultado querido por el agente, evaluando las dificultades e implicaciones jurídicas y morales. En esta etapa, el autor analiza, delibera y calcula los pro y los contra, planifica y puede decidir continuar con el plan criminal o no. (Villa Stein, 2014, pág. 345)

La fase de ideación o propósito serio de desarrollar una conducta ilícita se presenta en la esfera íntima de los pensamientos, por lo que punir la conducta o el pensamiento, en esta fase sería atentar contra el principio del hecho del derecho penal, solo una conducta y no un pensamiento puede conllevar a una pena [*cogitationis poena nemo patitur*]. (García Caveró, Derecho Penal Parte General, 2012, pág. 731)

La fase interna culmina con una decisión, con la decisión de cometer la infracción o el delito. La deliberación del agente puede ser de forma instantánea, o podría demorar un periodo de tiempo, en esta etapa la doctrina es unánime respecto de la impunidad de ese agente que se limita a deliberar o analizar las posibilidades de cometer una infracción, aun cuando este agente tome la decisión de ejecutar y lo haya comunicado a terceros, mas no llega a materializar en actos concretos. (Hurtado Pozo, 2005, pág. 796)

5.4.2. Actos preparatorios

Esta etapa se caracteriza por ser en donde el autor o agente comienza a disponer de los medios para crear las condiciones para lograr sus objetivos, son identificados como comportamiento que se anteponen a la ejecución típica del delito; son esas primeras conductas que se exteriorizan, se ubican

específicamente entre la fase interna y la ejecución de la comisión de la conducta típica. Esta etapa no es posible segmentarla u organizarla de forma que se pueda saber con exactitud la cantidad de actos preparatorios que conlleva la preparación delictiva, ello dependerá de plan que haya ideado. (Villavicencio Terreros, 2013, pág. 418)

Los actos preparatorios, por las propias características de los mismos, se les considera que no son lo suficientemente objetivos o inequívocos como para justificar la intervención penal (Hurtado Pozo, 2005, pág. 796), pues para algunos casos o tipos penales, es necesario desplegar más actividad para poder tener las condiciones necesarias para afectar un bien jurídico y cumplir con las exigencias que el código penal garantiza, las cuales se tienen que cumplir como presupuesto para que la fuerza punitiva se despliegue.

En el mismo sentido, nos refiere García Caveró, estos actos son un estado, una situación previa a la ejecución del delito, pues se desarrollan al interior de ámbito del agente, por ello se encuentran fuera del ámbito de lo punible, así también, respecto de los actos, al ser actos equívocos o posiblemente ineficaces, de cara a la realización del acto ilícito, la regla es que no son punible los actos de esta fase del *iter criminis*. (García Caveró, Derecho Penal Parte General, 2012, pág. 732)

En esa misma línea, Villa Stein nos refiere que, en esta etapa el agente crea las condiciones idóneas para atentar contra el bien jurídico, el agente elige medios, terreno, puede asociarse para el desarrollo de actividades, estos actos pueden ser externos, objetivables y equívocos, ello debido a que pueden ser actos socialmente permitidos, así también pueden ser actos impropios, por no indicar algo penalmente relevante; y son imperfectos, pues muestran insuficiente contenido delictivo; esta etapa termina en el momento que inician los actos ejecutivos. (Villa Stein, 2014, pág. 346)

5.4.3. Etapa externa

5.4.3.1. Tentativa

La etapa de la tentativa está prevista y regulada en el artículo 16° del Código Penal, de la siguiente forma:

“Artículo 16.- *En la tentativa el agente comienza la ejecución de un delito, que decidió cometer, sin consumarlo. El Juez reprimirá la tentativa disminuyendo prudencialmente la pena.”*

Al respecto, Welzel nos dice: *“la tentativa es la realización de la decisión de llevar a efecto un crimen o simple delito, mediante acción que constituye un principio de ejecución del delito”* (Stein, 2014, pág. 348), esta etapa es entendida como una fase superior en el desarrollo del delito, ello debido a que al pasar de los actos preparatorios a los actos de ejecución, como la tentativa, los actos preparatorio quedan absorbidos por estos, la tentativa también es considerada como la interrupción del proceso de ejecución que buscaba alcanzar la consumación, la interrupción podría ser voluntaria (los agentes se desisten) o involuntaria (actuaciones externas o accidentales). (Villavicencio Terreros, 2013, pág. 421)

Las actuaciones que dentro de nuestro ordenamiento penal son consideradas punibles, son aquellas que son un fenómeno externo, el cual es socialmente perturbador (Cavero, 2012, pág. 734). Se excluyen de esta etapa los pensamientos, o dicho de otra forma, las conductas externas que sean, por ellas mismas, irrelevantes jurídicamente hablando; en ese sentido la actuación de un agente será jurídica y penalmente relevante si constituye la infracción de un rol jurídicamente atribuido, para ello ese rol debe ser atribuido a un agente que crea un riesgo social y jurídicamente prohibido, ello a través del incumplimiento de los deberes que devienen de su libertad; sin este elemento, por más que se posea la capacidad de causar algún daño o incumplir algún deber, no se podrá imputar alguna conducta en el grado de tentativa. (García Cavero, Derecho Penal Parte General, 2012, pág. 735)

Respecto del delito en análisis y con relación a la posibilidad de castigar las formas imperfectas de ejecución, nos podríamos encontrar en el supuesto que, realizando todos los actos requeridos del comportamiento típico individual, no se llegue a materializar el resultado por la falta de la dimensión sistémica (acreditación de la estructura u organización criminal); y, por otro lado, existe también el supuesto que, estando la dimensión sistémica acreditada, no esté presente la dimensión individual del injusto, ello debido a que la conducta no llega a contribuir de manera efectiva a la dimensión sistémica existente.

(Bocanegra Márquez, 2020, pág. 300) Desarrollaremos ambas en las siguientes líneas.

5.4.3.2 Realización de la conducta típica individual sin la dimensión sistémica

El primer supuesto a tratar dentro del análisis a las formas imperfectas de consumación del ilícito, se encuentra la referida a los casos en que los actores realizan todas las conductas requeridas por el tipo penal, pero a pesar de ello, la banda criminal no llega a la condición de estructura apta para perpetrar ilícitos que constituyen su objeto criminal, de manera que, no representa ningún peligro potencial fáctico a los bienes jurídicos amenazados. Otro ejemplo, para esclarecer esta figura es, el caso en que un sujeto se encuentra con la intención de crear una banda criminal, pero, a pesar de convocar personas, éste no llega a reunir al número mínimo de miembros requeridos por el tipo penal, o también el caso en que, alcanzando el número mínimo, resulta que la banda criminal carece, al momento de su desarticulación, de los medios o herramientas necesarias para la realización de los delitos que le dieron origen. Estos ejemplos aplican a la conducta pre-organizativa de “constituir” (Bocanegra Márquez, 2020, pág. 300). Desvirtuando la imputación por atipicidad, pues no se cumplió con las exigencias del propio tipo penal.

Con respecto a la conducta post-organizativa, conducta de “integrar”, a manera de ejemplo o casuística, podríamos estar en el supuesto en que un sujeto *extraneus* con la intención de cooperar con el mantenimiento de la banda criminal, haga entrega de una suma de dinero, pero sin embargo la banda criminal no llega a ostentar una estructura organizacional óptima para cometer los ilícitos, de forma que no llega a ser un peligro real a los bienes jurídicos (Bocanegra Márquez, 2020, pág. 301), otro ejemplo sería, el que, en el caso de dos personas que forman parte activa de la banda criminal, pero uno de ellos es víctima de un error de tipo respecto del objetivo criminal de la banda, en este caso, se evidencia que ninguno de los integrantes realiza una contribución activa a la dimensión sistémica, pues la organización no llega a ostentar la condición mínima de personas requerida por el tipo penal. En este caso, como no se cumple con las exigencias del número mínimo de personas, la conducta resulta ser atípica, debiendo imputar algún tipo penal alternativo distinto del de Banda

Criminal, pues no posible imputar alguna conducta a futuro, pues sino se acredita la estructura criminal, no será posible cumplir con los requisitos mínimos del tipo, Principio de Legalidad. (Ziffer, 2020, pág. 301)

5.4.3.3 Existencia de la dimensión sistémica del injusto, pero no de la dimensión individual

Esta segunda tipología se refiere a los supuestos en que se materializa la dimensión sistémica pero no la dimensión individual del injusto. Al respecto y a manera de ejemplo planteamos lo siguiente: el supuesto de un aspirante a miembro de la banda criminal, el cual, debido a sus bajos resultados, no es finalmente aceptado por la banda criminal (García-Pablo de Molina, 2020, pág. 303). Lo que se pretende ejemplificar en este supuesto, es la falta de lo que se ha catalogado como “dimensión individual”, ello debido a que la conducta individual no llega a encaminarse a una contribución activa para con la dimensión sistémica. (Bocanegra Márquez, 2020, pág. 305)

Adicionalmente se abre la posibilidad del sujeto que no forma parte de la estructura de la banda criminal, pero si participa del delito fin, supuesto en el que, probatoriamente resultaría difícil probar que no forma parte de la estructura criminal, pero de todos modos tendrá que responder por el delito fin en que participó.

5.4.3.4. Consumación

Respecto de la consumación, lo único que podemos decir es que esta condición se adquiere cuando se cumplen todos los presupuestos y condiciones normativas descritas por el tipo penal, ello quiere decir, que el actor o agente alcanza el objetivo. (Villavicencio Terreros, 2013, pág. 422)

Resulta necesario, para efectos prácticos, tener en qué momento de los verbos típicos de “constituir” o “integrar”, se consuma el delito; ello debido la innegable relevancia práctica, pues la sanción impuesta por el legislador en el tipo penal, se aplicará cuando se cumpla la condición o conducta descrita, atribuyéndosele un grado imperfecto de consumación del delito, y por ende un rango punitivo inferior al establecido, cuando estas conductas solo alcanzan al grado de tentativa.

Partiendo de esta idea, el tipo penal de banda criminal, en palabras de Bocanegra Márquez, tiene una doble dimensión, por un lado, la dimensión sistémica, de la agrupación en sí misma, y otra que se refiere al aspecto individual, que se encuentra relacionada con el concreto compartimiento del agente integrante. (Tona, 2020, pág. 286) Estas dos dimensiones se complementan entre sí, por un lado, y a manera de ejemplo, sin el injusto individual, el injusto sistémico no podrá ser atribuido, dicho en otras palabras, en el caso que se descubra una banda criminal, pero no sea posible identificar a ninguno de sus integrantes, o en todo caso, no se pueda identificar el aporte realizado en pro de la actividad delictiva, no será posible imponer responsabilidad penal a ninguna persona; ello en el entendido que, por el hecho de “constituirse” no alcanzarían la personería jurídica.

Por otro lado, en el caso se identifique a los agentes integrantes, pero no es posible determinar el injusto sistémico, o dicho en otras palabras no se acreditan los roles y la estructura, si no se prueba la existencia de una banda criminal, en los términos del 317-B, no sería posible atribuir el riesgo de lesión a la seguridad o tranquilidad colectiva, por ende, tampoco podría haber responsabilidad por el 317-B según se encuentra descrito en el Código Penal. (Bocanegra Márquez, 2020, pág. 286)

Teniendo en cuenta ello, para determinar la consumación del delito de banda criminal, no solo se debe probar el cumplimiento de todos los elementos descritos por el tipo penal, sino también la lesión o peligro de lesión del bien jurídico protegido y la realización del injusto, adicionalmente se deberá acreditar el cumplimiento de las dos dimensiones “sistémico-individual” del injusto para calificar al delito en grado de consumación. Estas condiciones rígidas, pueden no llegar a cumplirse, si en un supuesto caso, se acredita el injusto individual, se acredita la estructura colectiva, pero sin vocación de estabilidad y tampoco dotada de roles o reparto de tareas o inclusive si ésta no es adecuada para ejecutar exitosamente los delitos-fin (Faraldo Cabana, 2020, pág. 287), no podrá imputársele la pena descrita en el 317-B.

Respecto de la conducta típica “constituir”, conducta conocida como “pre-organizativa”, debido a que la conducta se lleva a cabo de forma previa para crear la banda criminal, o de forma previa de que la banda criminal exista con

los requisitos señalados, por ende, antes que exista el injusto sistémico. Siendo ello así, tenemos por un lado un sector de la doctrina Lamarca Pérez (Lamarca Pérez, 2020, pág. 288) o Santa Rita Tamés (Santa Rita Tamés, 2020, pág. 288), lo que consideran que la conducta de constituir o promover, son tipo penales de emprendimiento o de consumación anticipada, donde el legislador adelanta la consumación del delito al momento anterior a la creación de la banda criminal; por otro lado, tenemos a Sáinz-Cantero Caparrós (Sáinz-Cantero Caparrós, 2020, pág. 289) o Tona (Tona, 2020, pág. 289), los que refieren que se debe identificar la consumación del tipo penal con el instante mismo en el que banda criminal existe con todos sus elementos.

La correcta interpretación o conceptualización en los delitos de peligro abstracto, desde nuestra óptica, teniendo como presupuesto una conducta pre-organizativa, debe ser aplicar la interpretación que más se acerque a la afectación o puesta en peligro del bien jurídico, tal como refiere Bocanegra Márquez, *“mi posición se sitúa en esta última línea, en tanto, a mi juicio, una interpretación del tipo penal más acorde con los principios de ofensividad, intervención mínima y proporcionalidad.”* (Bocanegra Márquez, 2020, pág. 289), esto debe armonizar con las dimensiones descritas líneas arriba, pues no podrá condenarse al actor o agente si es que no se encuentra constituida la banda criminal (dimensión sistémica), cumpliendo con el injusto sistémico.

Con relación a la conducta “integrar”, se entiende que la conducta será desarrollada por sujetos vinculados permanentemente a la agrupación ilícita, ello con la sola capacidad de someterse a la voluntad de la agrupación, al referirnos a este tipo de conducta, no nos referimos a conductas instantáneas de contribución activa para con la agrupación delictiva, sino a conductas de condición permanente, que serían atribuidas no solo a una contribución en particular, sino a todas las contribuciones, haciendo de esta conducta una condición permanente, lo cual comprendería a todas las contribuciones en favor de la banda criminal. La idea desarrollada en el presente párrafo impacta de forma directa a la hora de determinar la consumación del delito, pues en este tipo de conducta no se puede hablar de “consumación del delito” sino de un “periodo de consumación del delito”. En ese entendido, resulta necesario identificar el inicio de ese periodo de consumación conjuntamente con el instante

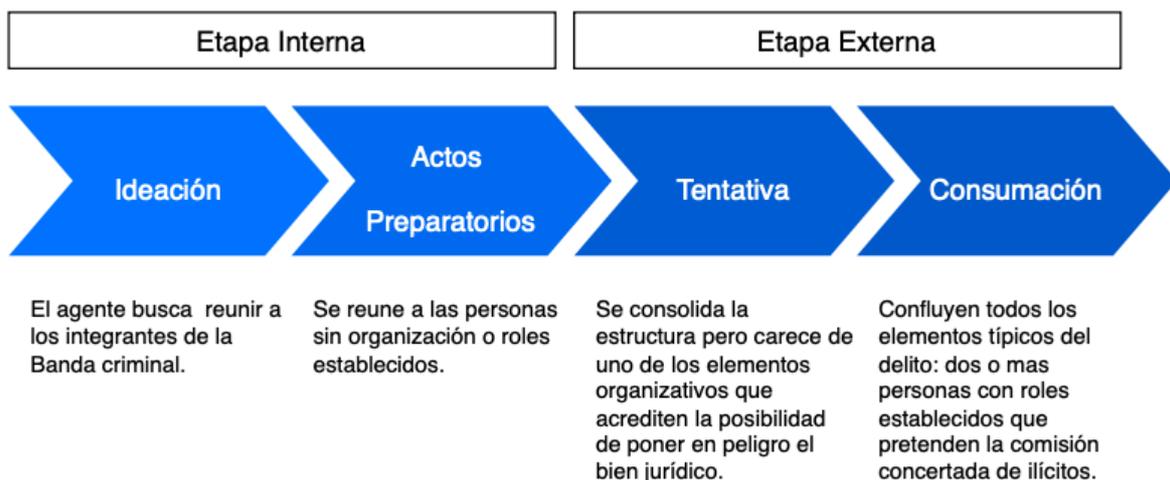
en que se produce la concurrencia de las dos dimensiones del injusto (sistémica-personal), ello para acreditar la consumación del delito, y por consiguiente resulta lógico inferir que el momento de finalización de dicho periodo de consumación será el momento en que deje de confluír alguna de dichas dimensiones del injusto. (Bocanegra Márquez, 2020, pág. 291)

Para la consumación del delito de Banda Criminal, es necesaria la confluencia copulativa de las siguientes condiciones:



5.4.3.5. El *Iter Criminis* en el Delito de Banda Criminal

Iter criminis



5.5. Crítica al artículo 317-B del Código Penal - Delito de “Banda Criminal”

5.5.1. El adelanto de la barrera de punición

El artículo bajo análisis, establece que por el hecho de Constituir o Integrar una agrupación que cuente con dos o más integrantes con cierto grado de organización o estructura, que esta agrupación no reúna una de las características de la Organización Criminal y que, a su vez, tenga como finalidad cometer ilícitos, cumplirá con las exigencias típicas del artículo.

La fórmula legislativa, introduce en nuestra legislación, respecto del delito en mención, la tesis del adelanto de la barrera de punición, lo que supondría admitir, en algunos casos, un adelantamiento generalizado de las barreras de intervención penal, lo cual es contrario y atentatorio del principio de lesividad, exigido por la Constitución Política del Perú y por el Código Penal Peruano; esta problemática se encuentra actualmente vigente en diferentes legislaciones como por ejemplo: España, Alemania, Italia; las cuales no restringen el objeto delictivo de la estructura criminal en sus tipos penales. Sostener y mantener esta figura implicaría, en estos países, aceptar la punición de los actos preparatorios en relación a todos los delitos, ello al margen de la gravedad del bien jurídico tutelado; siendo que, para el caso específico de España, como en el Perú, la admisión de el adelantamiento generalizado de la barrera de punición, se opone directamente a la previsión legal de la excepcionalidad de la punición de los actos preparatorios. (Bocanegra Márquez, 2020, pág. 53)

A mayor detalle precisamos que el principal problema de la conducta típica en el delito de banda criminal, no es en sí, los actos preparatorios de la supuesta ejecución del delito-fin, pues estas conductas, “constituir” o “integrar”, se encuentran temporalmente en una etapa anterior a la de preparación de los delito-fin, ello se explica entendiendo que, en el momento de las constitución de la banda criminal, lo usual o normal es que todavía no se haya desplegado ningún acto destinado a la ejecución de algún delito-fin, por ello, en virtud de este marco temporal, podemos establecer que la conducta de “constituir” respecto del delito-fin es un acto “proto-preparatorio” (Cancio Meliá, 2020, pág. 54), es por esta lejanía, entre la conducta y el delito-fin que resulta problemático el adelantamiento, la problemática se acentúa si el delito-fin en concreto, respecto

de la conducta de “constituir” o “integrar” es un delito de peligro o de peligro abstracto, el adelantamiento de la barrera de punición sería aún mayor. (Cancio Meliá, 2020, pág. 54)

Por otro lado, abordando la problemática del adelantamiento desde la perspectiva de los Tribunales, Juzgados y Cortes Superiores; y, considerando la aplicación de la tesis del adelantamiento, implicaría castigar dos veces al sujeto por el mismo hecho con idéntico fundamento, afectando al principio *non bis in ídem*. Para el caso de los tribunales españoles, cuando se investiga la comisión de delitos en el contexto de una banda criminal, conducta desarrollada por uno de sus integrantes, al juzgar la conducta, aprecian un concurso de delitos, entre el delito de banda criminal y el delito-fin o concreto, ejecutado como integrante de una banda criminal; según la tesis del adelantamiento, las conductas típicas de “constituir” o “integrar” son solo actos preparatorios de los delitos-fin, la apreciación que viene dando el juzgado es de concurso de delitos, lo que supondría castigar dos veces al sujeto por la misma conducta en fases distintas de su *iter criminis*. (Cancio Meliá, 2020, pág. 56)

Ante esta problemática, se ha propuesto la aplicación exclusiva de la norma referida al delito-fin, ello por ser el tipo penal referido a la conducta más cercana a la lesión efectiva al bien jurídico (Schroeder, 2020, pág. 56). Con la situación descrita, se pone en evidencia otra incoherencia de la tesis de adelanto de la barrera, la cual es que, en algunas ocasiones la pena a imponerse, contemplada en la ley penal para el delito-fin es más leve que la del delito de banda criminal, el cuestionamiento radica en la pregunta: ¿Cómo va a castigarse más gravemente el acto preparatorio, o mejor dicho, pre-preparatorio, que la lesión o puesta en peligro del bien jurídico generado por el delito-fin concreto? (Márquez G.-P. d., 2020, pág. 56)

5.5.2. El problema de la taxatividad del tipo penal de Banda Criminal

La problemática de la taxatividad, como exigencia del principio de legalidad o *Lex Certa*, desde nuestro punto de vista, consiste en que el tipo penal de Banda Criminal guarda estrecha relación con el delito de Organización Criminal, y la diferencia entre uno y otro es la vocación de estabilidad y la estructura con reparto de tareas; sin estas características no podría justificarse la creación de un tipo penal distinto al de organización criminal, siendo necesario que así como

en el Código Penal peruano se detallan marcos punitivos distintos para dirigentes o financistas, también debiera aplicarse la misma fórmula legislativa al delito de Banda Criminal, ello en aplicación del principio de proporcionalidad, pues el criterio es básicamente el mismo en ambos tipos penales, pues la interpretación del 317-B nos hace entender que en la estructura, posiblemente menos compleja, sigue existiendo un reparto de tareas o roles. (Bocanegra Márquez, 2020, pág. 124)

El problema de la distinción entre ambos tipos penales, es que se basa, materialmente, en el criterio de la complejidad estructural como eje de distinción, pero ello en una realidad con una fenomenología delictiva desigual respecto de la delincuencia organizada, en donde no todas las agrupaciones, independientemente de su estructura, presentan la misma peligrosidad; por ello debe reservarse el tipo penal de organización criminal a las estructuras más peligrosas, atendiendo a criterios de desarrollo estructural y con un nivel de permanencia más estable, dejando las estructuras de menor consistencia y envergadura, estructural y temporal, a los delitos de banda criminal. Sin embargo, esta distinción por más que sea adecuada, *prima facie*, todavía denota ambigüedad por la falta de delimitación legal de conceptos entre ambas figuras criminales. (Bocanegra Márquez, 2020, pág. 125)

En esa línea, la fórmula legislativa entre una y otra figura penal no es la adecuada, pues la residualidad para la aplicación, resulta ser no adecuada para delimitar las conductas; en concreto la fórmula: “(...)que sin reunir alguna o algunas de las características de la organización criminal dispuestas en el artículo 317° (...)” no describe una condición ni un comportamiento en concreto, sino que se atribuye por descarte una conducta típica, y esta fórmula no alcanza a cumplir con la exigencia de *lex certa*, necesaria para la correcta tipificación de conductas típicas. Por ello, sostenemos que es necesaria la descripción exhaustiva (o al menos completa) del comportamiento que justifique la existencia de un tipo penal autónomo, pues la necesidad real de este tipo de figuras delictivas se encuentra debidamente acredita por el Decreto Legislativo 1244.

Respecto de los injustos que cada tipo penal representa, el tipo penal de organización criminal ostenta la afectación no solo a la seguridad o tranquilidad pública sino adicionalmente, la lesión al orden público institucional, el cual no

solo se encuentra destinado o vinculado a la gravedad del delito-fin, sino al empleo sistemático de la corrupción como medio para lograr sus fines, caso contrario ocurre en el delito de banda criminal, el cual ostenta únicamente, como injusto, la lesión o puesta en riesgo de la tranquilidad o seguridad pública. (Bocanegra Márquez, 2020, pág. 125) He ahí, precisamente, la interrogante respecto a la necesidad que subsista como delito autónomo.

5.5.3. El problema del verbo rector “integrar” que lesiona el principio de lesividad

Como ya lo hemos mencionado líneas arriba, el comportamiento descrito por el tipo penal bajo análisis, esto es, “integrar”, es una conducta que no entraña el despliegue de ninguna otra conducta particular en favor del objetivo ilícito de la banda criminal. Ello ha sido materia de críticas, las cuales principalmente son: la carencia de relación de tal concepción con el principio de responsabilidad por el hecho, por consiguiente con el principio de lesividad, haciendo referencia que el castigo al actor por el solo hecho de adherirse o integrar un colectivo sería aplicar el derecho penal de autor; y, en segundo lugar, la dificultad que implica la probanza fáctica de la participación como integrante, pues dada la naturaleza de la banda criminal, esta adhesión o integración no es formal. Por ello carece de sentido práctico la sola integración, la misma que solo cobraría sentido si es porque se va a colaborar o aportar en pro de la actividad delictiva, en donde se deberá castigar debiendo previamente constatar la realización de un aporte material. (Bocanegra Márquez, 2020, pág. 242)

5.5.4. Diferencias entre la coautoría y la realización del delito de Banda Criminal

La figura de la coautoría se encuentra regulada por el artículo 23° (23) del Código Penal, el cual se encuentra redactado de la siguiente manera:

Autoría, autoría mediata y coautoría

Artículo 23.- El que realiza por sí o por medio de otro el hecho punible y los que lo cometan conjuntamente serán reprimidos con la pena establecida para esta infracción.

En ese sentido, se reprime las conducta conjuntas que tengan como fin la realización de un acto ilícito, realizando el análisis del tipo penal de Banda Criminal, esta conducta se configurará en el supuesto en que dos o más personas realicen las conducta típica

de “constituir” o “integrar”, lo que nos, resultando necesario hacer referencia y diferenciar conceptualmente ambas figuras a fin de establecer cuando es correcto hablar de un supuesto de coautoría y cuando estamos frente a una estructura criminal de las características del 317-B.

Al desarrollar la figura de la coautoría, se hace necesario referirnos dogmáticamente a las clases o tipos de coautoría que se conocen; al respecto James Reátegui Sánchez (Reategui Sánchez, 2014), manifiesta que existen 4 clases:

A. Coautoría Paralela

Conducta que se presenta cuando cada sujeto realiza la acción típica sin que exista un acuerdo o concierto de voluntades previo, siendo necesario únicamente que se encuentren de acuerdo para desarrollar el fin ilícito conjuntamente.

B. Coautoría Funcional

Se entiende como la coautoría original, la cual establece que cada autor realiza una parte del hecho ilícito, ello tiene como presupuesto que, cada uno solo no podría haber cometido el hecho, siendo necesario que únicamente por la división del trabajo se llegue al objetivo ilícito. En otras palabras, el co-dominio del hecho en los supuestos de coautoría, presupone la comisión común del hecho, siendo que habrá co dominio del hecho cuando los coautores se repartan funciones y tareas de acuerdo con un plan que dote de sentido la acción de cada uno. (Bacigalupo E. , 1994)

C. Coautoría Sucesiva

Este supuesto trata los supuestos de incorporación de un coautor en el momento de ejecución del hecho delictivo, ello si y solo si, el hecho delictivo no se haya cometido o consumado, en este supuesto el coautor sucesivo, será corresponsable de las contribuciones reales que conozca y realice por los demás actores, siempre y cuando sean aprovechadas por él. (Jescheck H. , 1993)

D. Coautoría Mediata

La figura de la coautoría mediata ocurre cuando en una multiplicidad de coautores utilizan de instrumento a un sujeto, el cual se le conoce como sujeto intermediario, ello para realizar la conducta ilícita. (Moscol, 2018, pág. 32)

Respecto de los requisitos exigidos por la figura de la coautoría (Moscol, 2018, pág. 34) se encuentran los siguientes:

- Pluralidad de Agentes: dos o más autores
- La ejecución conjunta de la acción típica
- La contribución fundamental al hecho delictivo
- Demarcación de funciones y roles criminales
- Decisión común

La presente sección, pretende contrastar la figura de la coautoría con la conducta descrita por el 317-B del Código penal y establecer diferencias conceptuales, en ese sentido, resulta necesario tener presente que el tipo penal bajo análisis, pretende castigar la unión de dos o más personas para la comisión de fines ilícitos, no siendo necesaria una estabilidad o permanencia dentro de una estructura criminal.

En ese sentido, en palabras de Jara Bocanegra, la codelincuencia se da cuando la unión de dos personas sea fortuita para la realización inmediata de un delito, caso contrario cuando la unión no se haya dado de manera fortuita, se estará frente a una banda criminal, haciéndose necesario establecer el sentido de la palabra “fortuita”, que para el caso en concreto es aquello que sucede “inopinada y casualmente”. (Bocanegra Márquez, 2020, pág. 112)

A manera de ejemplo, la jurisprudencia española en la STS 719/2013, de 9 de octubre, establece que se materializa el supuesto de coautoría debido a que los acusados de *“manera reiterada se dedicaban conjuntamente a la compra, adulteración o transformación y venta de estupefacientes, y lo hacían con cierta vocación de permanencia, y de un modo continuado, es decir manteniendo su colaboración más allá de un determinado acto de tráfico”* (STS 719/2013, 2013), y por otro lado, en un caso en contrario, la STS 513/2014, de 24 de junio, absuelve del delito de pertenencia a un banda criminal cuatro sujetos que acordaron transportar 409 kg. De cocaína desde Venezuela hasta España, los cuales fueron detenidos en flagrancia, el criterio adoptado fue *“entender limitada su actuación (...) a esta concreta operación”* (STS 513/2014, 2014).

Siendo ello así, queda establecido que el factor de vocación de continuidad en la actividad delictiva va a determinar si nos encontramos frente a un supuesto de coautoría o frente al tipo penal de Banda Criminal, siendo necesario resaltar que el reparto de roles no es la diferencia principal, sino el factor tiempo y estabilidad determinará si es una u otra figura penal.

CONCLUSIONES

1. Respecto del adelanto de la barrera de punición, hemos concluido que si se encuentra justificado el adelanto en determinados supuesto, como por ejemplo en los delitos de peligro abstracto, ello cuando, por la importancia del bien jurídico es necesaria su protección, adicionalmente hemos establecido que el adelanto de la barrera de punición a pesar de no cumplir con las exigencias establecidas por el principio de lesividad, si es una categoría jurídico penal valida, pues el Derecho Penal deberá justificar su aplicación en la necesidad de represión de determinadas conductas que, de acuerdo a la política criminal resultan ser de importancia para la comunidad y para el Estado, ello debido al bien jurídico que se pretende cautelar.
2. Respecto de la taxatividad de la conducta descrita por el artículo 317-B del Código Penal, la conducta y la fórmula utilizada no cumple con detallar las conductas, ello en el entendido que el tipo penal tiene que ser suficiente en sí mismo para detallar la conducta punible y no ser necesario otro artículo para su definición, como por ejemplo el utilizado: “cuando no cumpla con alguna de la características del 317 del Código Penal”; por ello consideramos que la conceptualización de la conducta típica es necesaria, la ambigüedad que resulta de la fórmula actual genera problemas de imputación que deberían ser salvables con un trabajo de definición más exhaustivo que el presentado actualmente, ello con respecto a la conducta “integrar”.
3. Respecto de la coautoría y el delito autónomo de banda criminal, las diferencias entre una y otra figura son palpables, pues las características que enmarcan a la coautoría no alcanzan, en si mismas, para establecer que se podrían confundir con la conducta típica de banda criminal, pues el factor continuidad o estabilidad en el desarrollo de actividades ilícitas, es la característica esencial que va a separar ambas figuras, siendo el factor determinante para la correcta imputación.

Propuestas de mejora

Desde nuestro punto de vista, los posibles caminos de solución a la actual problemática del artículo 317-B, parten de atenderse a los principales problemas desarrollados en la presente investigación, los cuales, de acuerdo a las ideas vertidas son: 1) problemas de conceptualización e individualización de la conducta típica, 2) el adelanto de la barrera de punición y 3) eliminación de la conducta “integrar”

1. Delimitación conceptual del tipo penal de Banda Criminal

Como ya hemos detallado y desarrollado, los tipos penales de Organización y Banda criminal, debido a su fórmula legislativa y a su falta de precisión conceptual, presentan problemas en la aplicación e individualización de las conducta y las características individuales de cada una de ellas, para ello es necesario delimitar la concepción de organización criminal, estableciendo que por organización criminal se va a considerar a una organización de tipo mafioso, ello debido a que el injusto a lesionar en este tipo penal son la seguridad o tranquilidad pública y la amenaza al correcto funcionamiento de los mercado e instituciones públicas, orientando la concepción a que las organizaciones criminales se van a beneficiar principalmente del Estado, o dicho de otra forma a costa de las debilidades y fallas de funcionamiento del aparato público, siendo ahí en donde se delimite la distinción entre la organización y la banda criminal. (Bocanegra Márquez, 2020, pág. 126)

La organización utilizará, para la consecución de sus fines la corrupción y el blanqueo de capitales, ella para afectar las instituciones estatales, obteniendo el beneficio de ello, siendo necesario que para que lesione el bien jurídico de orden público y amenace de forma concreta el correcto funcionamiento de las instituciones, debe ostentar una estructura de robusta complejidad, que sumando a ello, debe tener como característica adicional el accionar mafioso, que es traducido en el uso estructurado y sistemático de la corrupción; por el contrario la banda criminal, al ser una estructura con menor grado de complejidad, no puede aspirar a afectar el orden público institucional con el empleo sistemático de la corrupción para lograr sus fines, pero si conservando las características hasta hoy conocidas, como agrupación dedicada a cometer

ilícitos con estabilidad temporal y con reparto de roles. (Bocanegra Márquez, 2020, pág. 137)

En este sentido es necesario, no solo una modificación y adecuación conceptual, sino también una precisión legislativa que interprete restrictivamente la figura de la banda criminal, como un tipo penal que no puede llegar a utilizar mecanismos de corrupción para afectar el correcto funcionamiento del aparato estatal y obtener beneficios. (Bocanegra Márquez, 2020, pág. 137)

2. Delimitación del adelanto de la barrera de punición

La propuesta de mejora respecto del adelanto de la barrera de punición, lleva intrínsecamente entender que el delito de banda criminal, según su fórmula legislativa actual, implica la participación o integración en la unión de personas con el objetivo de cometer ilícitos; castigar de forma indiscriminada supondría afectar el principio de lesividad, o el de excepcionalidad del castigo de actos preparatorios, ello también teniendo en cuenta que, participar, integrar o formar parte de una agrupación que tenga como fin cometer ilícitos, no conlleva lesión o puesta en peligro de algún bien jurídico; para justificar el accionar penal, es necesario exigir que las conductas, además de la unión de personas, características que hagan de la sola existencia de la banda criminal un verdadero peligro para la sociedad, ello en otras palabras es, la inminencia del accionar delictivo como característica de la banda criminal. (Bocanegra Márquez, 2020, pág. 307)

3. La propuesta de supresión de la conducta de “integrar” una Banda Criminal

Sostenemos que, ante la problemática suscitada con la redacción del texto legal de banda y los problemas de tipificación que saltan a la vista, se debe suprimir el verbo rector “integrar” del supuesto de hecho, pues el solo hecho de encontrarse como miembro de una banda criminal no es, en la práctica, condición suficiente para atribuir una posible responsabilidad, más aún cuando en nuestra jurisprudencia actual, se sanciona Banda Criminal, pero aparejada de la comisión de otros delitos (que vendrían a ser los delitos fin), pues incluso la probanza de la sola “integración” es sumamente complicada si es que no ha ocurrido otro delito que evidencia o haga salir a la presunta banda.

De ese modo, es necesario exigir al agente cierta contribución activa, debido a que pretender atribuir responsabilidad cuando no se ha desplegado ninguna actividad o fin delictivo, lo que atenta incluso contra el principio de responsabilidad por el hecho, al principio de culpabilidad, y de lesividad; de allí, la necesidad de reclamar cierta contribución activa del agente como miembro de la banda criminal. (Bocanegra Márquez, 2020, pág. 312)

Proponemos la presente modificación, a efectos de que el verbo integrar, se complemente de una mejor manera y que sea más armónico, como por ejemplo a la conducta de “**constituir**” el cual, a diferencia de “integrar”, denota un aporte activo.

Pues la sola condición de ser integrante, no necesariamente lleva intrínseco una actuación activa en pro del desarrollo de las actividades de la banda criminal, por lo que solo se estaría castigando el hecho de formar parte sin que sea necesario que el sujeto activo realice conducta alguna, es decir, sin que se le exija una manifestación activa y concreta dentro de la vida de la banda criminal. (Bocanegra Márquez, 2020, pág. 236)

Por tal motivo, la propuesta concreta es implementar el verbo “integrar activamente”, lo que implica que el agente que despliegue la conducta, realice un comportamiento activo en el entramado de la banda criminal, conducta que deberá ser entendida como conducta residual respecto de la conducta de “constituir” cuando no resulte subsumible. Esta conducta se podría definir, en palabras de Bocanegra Márquez, como tomar participación en calidad de integrante en las actividades cotidianas de la banda criminal, ello no implica la participación en los delitos-fin, sino en el desarrollo de actividades genéricas debidamente acreditadas, actividades que contribuyan desde una óptica estructural, al mantenimiento de la banda criminal, ello entraña un comportamiento continuado conformado por múltiples actos de participación activa. (Bocanegra Márquez, 2020, pág. 238)

De esta forma, incluso la probanza en la práctica judicial es mucho más sencilla, pues es más factible poder acreditar acciones de participación de un sujeto cuando ha realizado comportamiento activos, como por ejemplo, realización de seguimientos, llamadas, compra de insumos para los fines delictivos, etc; que, a una persona que solo integra pero que no ha realizado comportamiento activo

alguno adicional al de “formar parte”, siendo esto último sumamente abstracto y casi imposible de acreditar. Razón por la cual, la modificación complementaría el verbo rector de integración y lo dotaría de sentido de protección del bien jurídico y permitiría armonizar de mejor manera con los principios de culpabilidad, lesividad y responsabilidad por el hecho.

Adicionalmente, el verbo “integrar activamente” permitiría que el delito salga de la esfera de los actos preparatorios, y pueda considerarse una acción ejecutiva con fines de lesión de la tranquilidad pública y bienes jurídicos particulares (que corresponden el delito fin); solucionando de algún modo, la crítica constante respecto al adelanto de la barrera de punición.

4. Propuesta concreta

“Artículo 317-B. Banda Criminal. - El que constituya o integre activamente una agrupación de dos a más personas que tengan por finalidad o por objeto la comisión de delitos de manera concertada y reiterada; será reprimidos con una pena privativa de libertad de no menor de cuatro ni mayor de ocho años y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días - multa.”.

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICA

Bibliografía

- 10-2019/CIJ-116, C. S.-A. (2019).
1244, D. L. (s.f.). *Exposición de Motivos Pp. 12.*
23, C. P.-a. (s.f.). *Decreto Legislativo 635.*
28950, R. d. (s.f.). Artículo 3.
- Alfaro Yarmas, V. J. (2020). La Banda criminal y la ausencia de criterios para ser denominado delito de organización. ¿Es necesaria su existencia en la lucha contra el crimen organizado? *Tesis para optar el grado académico de Magister en Derecho Penal.* Lima, Lima, Perú: Repositorio de la Pontificia Universidad Católica.
- Antonio, G. R. (2021). *Tesis: El alcance del deber del funcionario público del mado para la configuración de la autoría en el delito de peculado ¿puede responder a título de autor de peculado el funcionario público de las más alta esfera de poder que toma la decisión (...).* Lima: Repositorio PUCP.
- Bacigalupo, E. (1994). *Lineamientos de la teoría del delito.* Buenos Aires.
- Bacigalupo, E. (1999). *Derecho Penal Parte General.* Buenos Aires - Argentina: Hammurabi S.R.L.
- Bajo fernández, M. (2019). *Manual de introducción al Derecho Penal.*

- Beling, L. v. (2012).
- Bocanegra Márquez, J. (2020). *Los delitos de Organización y grupo criminal, cuestiones dogmáticas y de política criminal*. Bosch Editores.
- Cabrera, M. F. (2018). *Corrupción en la Función Pública. El delito de negociaciones prohibidas*. Tirana Lo Blanch.
- Cancio Meliá, M. c. (2020).
- Cancio Meliá, M. c. (2020).
- Carrara, F. c. (2020).
- Cavero, J. c. (2012).
- Chávez Cotrina, J. W. (2020). *El crimen organizado en el Perú*. Lima: Instituto Pacífico S.A.C.
- Constitucional, T. (2006). Exp. N° 00012-2006-PI/TC. *Fundamento jurídico 10*.
- Constitucional, T. (2011). Exp. N° 00017-2011-PHC/TC. *Fundamento jurídico 6-8*. Perú.
- Cordini, N. S. (2020). El crimen organizado . *El crimen organizado en el Perú*. Lima, Peru: Instituto Pacifico S.A.C.
- Delgado Martín, J. c. (2016). *Crimen organizado y Sicariato - Tratamiento penal de la delincuencia e inseguridad ciudadana*. Ideas Soluciones Editorial S.A.C.
- Documet, J. M. (s.f.). *El correcto funcionamiento de la Administración Pública: Fundamento de incriminación de los delitos vinculados a la corrupción pública*.
- Documet, R. A. (s.f.). *El correcto funcionamiento de la Administración Pública: Fundamento de Incriminación de los Delitos Vinculados a la Corrupción Pública*.
- Documet, R. H. (s.f.). *El correcto funcionamiento de la Administración Pública: Fundamento de Incriminación de los Delitos vinculados a las corrupción pública*.
- Faraldo Cabana, P. c. (2020).
- Ferré, J. y. (s.f.). Repositorio PUCP.
- Freyre, J. F. (2016).
- García Cavero, P. (2012). *Derecho Penal Parte General*. Juristas Editores E.I.R.L.
- García Cavero, P. (2013). *Delito de lavado de activos*. Lima: Juristas Editores.
- García Collantes, Á. c. (2020). *El crimen organizado en el Perú*. Lima: Instituto Pacifico S.A.C.
- García-Pablo de Molina, A. c. (2020).
- Giménez-Salinas Framis citado por Chávez Cotrina, J. W. (2020). *El crimen organizado en el Perú*. Lima: Instituto Pacifico S.A.C.
- Gisella Ruiz Castro Cuba citando a Fernández Cabrera, M. (2021). *Corrupción en la función pública, el delito de negociaciones prohibidas*. Lima.
- Gómez Ramírez, N. (2004).
- Hans-Heinrich, J. T. (2002). *Tratado de Derecho Penal Parte General - Traducido por Miguel Olmedo Casdenete*. Comares S.L.
- Hefendehl, R. c. (2018). *Corrupción en la Función Pública. El delito de negociaciones prohibidas*. Tirana Lo Blanch.
- Humanos, I. d. (2019). *El delito de organización criminal: Definición, estructura y sanción*. Lima: IDEHPUCP.
- Hurtado Pozo, J. (2005). *Manual de Derecho Penal Parte General I*. Editorial Jurídica Grijley E.I.R.L.
- Interior, M. d. (s.f.). *Megaoperativos contra el Crimen Organizado - Primer Año de Gestión, MININTER*. Lima.

- Jakobs, G. (s.f.). *Derecho Penal Parte General Fundamentos y Teoría de la Imputación - Traducido por Joaquin Cuello Contreras y José Luis Serrano Gonzales de Murillo*. Marcial Pons Ediciones Jurídicas S.A.
- Jescheck, H. (1993). *Tratado de Derecho Penal Parte General*.
- Jescheck, H.-H. c. (2014).
- Kindhauser, U. y. (2020).
- Lamarca Pérez, C. c. (2020).
- Lampe, E.-J. c. (2020).
- Lascurren Sánchez, J. A. (2007). *Bien Jurídico y objeto protegible*.
- Llobet Angli, M. c. (2020).
- Llobet Angli, M. c. (2021).
- Lopez Muñoz, J. c. (2021).
- Luzón Peña, D. M. (2004). *Curso de Derecho Penal Parte General I*. Madrid: Universitas S.A.
- Márquez, G.-P. d. (2020).
- Márquez, L. c. (2020).
- Meini, I. (2014). *Lecciones de Derecho Penal - Parte General. Teoría Jurídica del Delito*. Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Mir Puig citado por Rojas Rodríguez, H. F. (2014). *Los principios constitucionales limitadores del IUS PUNIENDI ¿Qué límites rigen el Derecho Administrativo Sancionador en el Perú?*. Lima: Escuela de graduados Maestría en Derecho con mención en Derecho Penal - Repositorio PUCP.
- Moscol, K. S. (2018). *Tesis para optar el título de abogado - El delito de Banda criminal con relación a la figura jurídico penal de la coautoría*.
- Páucar Chappa, M. E. (2020).
- Peña Cabrera Freyre, A. (2011). *Organización para delinquir*. Lima: Fondo Editorial del Congreso del Perú.
- Peña Cabrera Freyre, A. R. (2016). *Crimen Organizado y Sicariato - Tratamiento penal de la delincuencia e inseguridad ciudadana*. Ideas Solución Editorial S.A.C.
- Perú, C. S. (2018). *Recurso de Nulidad N° 1802-2018/LIMA*. Lima.
- Perú, C. S. (2019). *XI Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanentes, transitoria y Especial - Acuerdo Plenario N° 08-2019/CIJ-116*.
- Peruano, C. P. (2022). *Artículo 317-B*.
- Peruano, C. P. (s.f.). *Artículo 28*.
- Peruano, C. P. (s.f.). *Artículo IV*.
- Porporatto, M. c. (2020).
- Pozo, B. c. (2005).
- Pozo, G. c. (2005).
- Pozo, S. c. (2005).
- Prado Saldarriaga, V. R. (2021). *Los delitos de crimen organizado - aspectos criminológicos, Política Criminal y Control Penal*.
- Reategui Sánchez, J. (2014). *Autoría y Participación en el delito*. Lima: Gaceta Penal.
- República, C. S. (2013). *Casación 626-2013*. Moquegua.
- República, C. S. (2019). *XI Pleno Jurisprudencial de las Salas penales permanentes, transitoria y especial - FJ 19*.
- Rojas Rodríguez, H. F. (2014). *Los principios constitucionales limitadores del IUS PUNIENDI ¿Qué límites rigen el Derecho Administrativo Sancionador en el Perú?* Lima: Escuela de graduados Maestría en Derecho con mención en Derecho Penal - Repositorio PUCP.
- Roxin, C. c. (2014).

- Roy Freyre, L. c. (2021).
- Sáinz-Cantero Caparrós, J. c. (2020).
- Saldarriaga, M. C. (2021).
- Sánchez García de Paz, M. c. (2020). *Los delitos de organización y grupo criminal, cuestiones dogmáticas y de política criminal*. Bosch Editores.
- Sansó-Rubert Pascual, D. c. (2021).
- Santa Rita Tamés, G. c. (2020).
- Santiago Vasconcelos, J. L. (2020).
- Schroeder, F.-C. c. (2020).
- Silva Bascuñan, A. c. (2019). *Conceptos de alteración del orden público y de calamidad pública*. Obtenido de [https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/28056/1/Concepto%20de%20calamidad%20p%C3%BAblica%20y%20orden%20p%C3%BAblico_JPC%20\(1\).pdf](https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/28056/1/Concepto%20de%20calamidad%20p%C3%BAblica%20y%20orden%20p%C3%BAblico_JPC%20(1).pdf)
- Soler, S. c. (2016). *Crimen organizado y Sicariato - Tratamiento penal de la delincuencia e inseguridad ciudadana*.
- Stein, W. c. (2014).
- STS 513/2014. (24 de Junio de 2014).
- STS 719/2013. (9 de Octubre de 2013).
- Tona, G. c. (2020).
- Villa Stein, J. (2014). *Derecho Penal Parte General*. Ara Editores E.I.R.L.
- Villavicencio Terreros, F. (2013). *Derecho Penal Parte General*. Editorial y Librería Jurídica Grijley E.I.R.L.
- Weigend., D. i.-H. (2002). *Tratado de Derecho Penal Parte General. Traducido por Olmedo Cardenete Miguel*.
- Ziffer, P. c. (2020).

Referencias jurisprudenciales

- Tribunal Constitucional Nº 00017-2011-PHC/TC de 03 de mayo de 2012. Fundamento 6º al 8º
- Tribunal Constitucional Nº 00012-2006-PI/TC de 15 de diciembre de 2006. Fundamento 10.
- Corte Suprema de Justicia de la República XI Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente, transitoria y especial (2019).
- Corte Suprema Perú. Acuerdo Plenario 6-2006/CJ-116, Fundamento Jurídico 9.

Referencias legales

- Código Penal Peruano. Artículo 28º
- Decreto Legislativo 1244. Exposición de motivos.
- Código Penal Peruano. Artículo 317º