

UNIVERSIDAD NACIONAL DE SAN CRISTÓBAL DE HUAMANGA
ESCUELA DE POSGRADO
UNIDAD DE POSGRADO DE LA FACULTAD DE DERECHO Y
CIENCIAS POLÍTICAS



“LA INADECUADA APLICACIÓN DEL ADELANTAMIENTO DE LA
BARRERA DE PUNIBILIDAD PRESENTE EN EL DELITO DE
ASOCIACIÓN PARA DELINQUIR FRENTE A LA ORGANIZACIÓN
DELICTIVA”

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

PRESENTADO POR:

Bach. VICTORIANO LOPEZ CURO

ASESOR:

Mg. ROCÍO LAINES CHAVIGURI

AYACUCHO – PERÚ

2018

DEDICATORIA:

Esta tesis se la dedico a mis madres ALICIA y NELLY que a pesar de las adversidades siempre me apoyan y me proporcionan las motivaciones para seguir con la preparación profesional, gracias por sus sabios consejos, a mis hermanos y demás familiares, este gran paso lo hemos dado todos, porque nada de eso sería posible sin su apoyo incondicional.

AGRADECIMIENTO

Agradezco a Dios por la existencia, los triunfos, alegrías y por cada una de las experiencias que me ha tocado vivir, las cuales me han hecho crecer personal y profesionalmente.

Agradezco al ser más sublime que me dio la vida, mi madre por su apoyo incondicional, a mi familia que siempre estuvo conmigo en todo momento, a mi asesora cuyo apoyo sirvieron para presentar esta investigación, y agradecer a todos aquellos que de alguna u otra manera conté con su ayuda desinteresado y su mano amiga, gracias porque nada de esto sería posible sin ustedes.

DECLARATORIA DE AUTENTICIDAD

Yo, **VICTORIANO LOPEZ CURO**. con DNI N° 41611441 a efecto de cumplir con las disposiciones vigentes consideradas en el Reglamento de Grados y Títulos de la Universidad Nacional San Cristóbal de Huamanga-Facultad de DERECHO Escuela de DERECHO declaro bajo juramento que toda la documentación que acompaño es veraz y auténtica.

Así mismo, declaro también bajo juramento que todos los datos e información que se presenta en la presente tesis son auténticos y veraces.

En tal sentido asumo la responsabilidad que corresponda ante cualquier falsedad, ocultamiento u omisión tanto de los documentos como de información aportada por lo cual me someto a lo dispuesto en las normas académicas de la Universidad.

PRESENTACIÓN

Distinguidos Doctores miembros del Jurado de Grados y Títulos de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional San Cristóbal de Huamanga, paso a presentar la tesis cuyo título es **“LA INADECUADA APLICACIÓN DEL ADELANTAMIENTO DE LA BARRERA DE PUNIBILIDAD PRESENTE EN EL DELITO DE ASOCIACIÓN PARA DELINQUIR FRENTE A LA ORGANIZACION DELICTIVA”**

Es mi satisfacción académica el haber desarrollado el presente trabajo de investigación, el cual ha sido abordado con mucho esfuerzo y dedicación, con el objetivo de obtener un aporte jurídico para hacer frente a la organización criminal que azota nuestro país y así como a nivel internacional.

En ese sentido, centré mi tiempo y energías en la lectura y análisis de las fuentes documentales que hacen referencia a este tema; del mismo modo, recabe las sentencias de la Corte Superior de Justicia de Ayacucho y las entrevistas efectuadas a los magistrados del Distrito Judicial y Fiscal de Ayacucho.

Asimismo, esta singular tesis ha sido redactada en un lenguaje jurídico apropiado para los estudiantes de Derecho, abogados, especialistas en Derecho y lectores en general, puesto que sería muy grato que este texto

sirva como instrumento de estudio para quienes quieran ahondar en el tema.

Finalmente, debo resaltar que el desarrollo de ésta importante investigación ha sido guiada y supervisada mediante estrictos cánones de rigurosidad, lo cual ha conllevado a la culminación satisfactoria, obteniendo valiosas conclusiones y sugerencias que se muestran en la parte final de la presente obra.

RESUMEN

Günther Jakobs, defiende la creación de dos derechos penales diferentes, por una parte el Derecho penal del ciudadano y por otra parte el Derecho penal del enemigo. Respecto del primero, el Derecho penal deberá esperar a que el ciudadano exteriorice su conducta para poder reaccionar. Sin embargo, el Derecho penal del enemigo actuará en una frase previa a la comisión del delito, debido a la alta peligrosidad de las acciones del sujeto que hacen necesaria una intervención más temprana.

El Derecho Penal del Enemigo plantea tres características. El primero es el amplio adelantamiento de la punibilidad, es decir, se caracteriza por el adelantamiento de la barrera de protección penal hasta un momento en el cual aún no se ha cometido el delito, pero en el cual el Derecho penal ya puede actuar. El segundo de los elementos que caracteriza el Derecho penal del enemigo es la perspectiva jurídico-penal prospectiva, que castiga un hecho futuro, y no retrospectiva, con lo que se obtienen penas desproporcionadamente altas ya que la aparición de la barrera de punición no es tomada en cuenta. El tercer elemento es la relativización, o incluso suspensión, de determinadas garantías del proceso penal.

El adelantamiento de punibilidad, se encuentra plasmado en el artículo 317^o del Código Penal peruano para la figura jurídica de

Organización Criminal (antes Asociación Ilícita para delinquir). Este delito tiene una función política criminal de naturaleza preventiva por su misma condición de delito de peligro, al facilitar el castigo a aquellos que no han llegado a delinquir, pero que se han organizado para tal fin, toda vez que con su configuración se busca remover el peligro que surge de la comisión de delitos objeto del proyecto organizativo, anticipándose las de intervención

Desde el momento que constituyan una organización con fines delictivos, la persona o los sujetos que la integran se hacen acreedores a una sanción penal. La justificación de la criminalización se basa en el hecho que la existencia de la organización genera inevitablemente alarma y preocupación en la ciudadanía independiente de si los delitos se ha cometido o no. Pero, ello no quiere decir que, en el delito de organización delictiva se pena la actividad preparatoria del delito fin, sino que lo que se busca es castigar eficazmente desde la perspectiva político criminal, las conductas plurales de intervención activa en una organización delictiva, en razón del peligro que genera contra bienes jurídicos, tanto colectivos como individuales. El delito de Organización Delictiva (antes Asociación Ilícita para Delinquir) forma parte de una tutela avanzada de la sociedad respecto a la manifestación de la criminalidad, tanto común como política.

Los delitos cometidos a través de la organización delictiva no importan al momento de sancionar penalmente a la organización misma,

estos es, no importan los delitos fines, dado que en el esquema punitivo establecido en el artículo 317º del Código Penal, no es la organicidad el núcleo de la tipicidad del referido delito, sino el hecho de formar parte de la organización, siendo indiferente que realmente la organización y sus miembros se vean o no involucrados en la ejecución de actos delictivos. Por ende, se conforma un delito de peligro abstracto que anticipa la represión penal a fases previas a la ejecución material de los delitos previstos en los planes delictivos y previsiones normativas.

Por tanto, es necesario una adecuada técnica legislativa (modificación) que nos permita que no solo brinde herramientas para el procesamiento penal de las personas que conforman las organizaciones delictivas, sino para que los operadores de justicia, denuncien y sentencien por el tipo penal de organización delictiva a aquellas personas que las constituyan, las lideran o las financian. siendo así el estado de cosas, y considerando que el tipo penal de organización delictiva constituye el instrumento de persecución y sanción de las organizaciones delictivas, es necesario la modificación del artículo 317º del Código Penal Peruano.

ABSTRACT

Günther Jakobs, defends the creation of two different penal rights. For one side, the citizen penal's right and the other side the enemy's penal right. According to the first one, the penal right must wait the citizen analyze its behavior in order to react. However, the enemy's penalty right will act in a previous phrase to the crime committee due to the high dangerous of subjects' actions that make it necessary the intervention more earlier.

The enemy's penal right sets up three characteristics: The first one is the wide advantage of punishment, that means, it characterizes for the moving ahead of penalty protection's barrier until the moment in which somebody hasn't committed the crime, but in which the penalty right just can act. The second one of the elements that characterizes the enemy's penal right is the futurology penal legal perspective, that punishes a future fact, not retrospective, in which it is obtained high plentiful punishments as the appearance of penalization barrier is not considered. The third one is the relativation, or cancellation about specific guarantees of penal process.

The moving ahead of punishment is found expressed in the article 317^o from Peruvian Penal Code for the legal figure of Criminal Organization (before called Illegal Group to get involved in crime). This

crime has a criminal politics function about preventive constitution by the same condition of dangerous crime when they make easier the punishments to those who haven't committed crime. But they organized only for this goal each time that together with its configuration is sought to remove the dangerous that comes up from the crime committee, object of the organized project, anticipating to the intervention ones.

From the time that an organization about criminal purposes is formed, the person or people that are involved in, have showed themselves deserving of penal penalty. The criminal justification is based in the fact that organization existence produces alarm and worry unavoidably in the citizen; in spite of the fact that crime may be committed or not. But, it doesn't mean, that inside the crime of criminal organization is punished the preparatory activity of crime aim. On the contrary, the aim is to punish effectively the plural conducts of active intervention inside a criminal organization from the criminal political perspective, in view of the danger that produces against legal goods, as much collective as individuals.

The Delictive Organization crime (before called Illegal to commit crime) takes part of an advanced protection of society regarding to the criminal demonstration, as much common as political. The committed crime, through the delictive organization, don't care at the moment of penalizing penally to the organization itself, that means, don't care the crime aims, due to in the punishment diagram established in the article

317 of Penal Code, it is not the form of organization the principal center of description about crime, but it is the fact of forming part of organization. It doesn't care that organization or members of that can be involved in the execution of criminal acts.

Therefore, it is formed an abstract danger that anticipates criminal repression to stages prior to the material execution about expected crime in criminal plans and normative precautions. So, it is necessary an adequate legislative technique (modification) that allows us not only to provide tools for the criminal prosecution of people that make up the criminal organizations. But, the justice operators denounce and sentence by the criminal type of criminal organization to those people who constitute, lead and finance them. Being thus the state of things, and considering that the criminal type of criminal organization constitutes the instrument of persecution and sanction of the criminal organizations, It is necessary to amend article 317^o of the Peruvian Penal Code.

INDICE

| | |
|-----------------------------------|------|
| DEDICATORIA | ii |
| AGRADECIMIENTO | iii |
| DECLARATORIA DE AUTENTICIDAD..... | iv |
| PRESENTACIÓN..... | v |
| RESUMEN | vii |
| ABSTRACT..... | x |
| INDICE..... | xiii |
| INTRODUCCIÓN | 20 |

CAPÍTULO I

EL PROBLEMA DE LA INVESTIGACIÓN

| | |
|----------------------------------------|----|
| 1.1. Identificación del Problema | 23 |
| 1.2. Descripción del Problema | 28 |
| 1.3. Formulación del Problema | 29 |
| 1.3.1. Problema principal | 29 |
| 1.3.2. Problemas secundarios..... | 29 |

CAPÍTULO II

OBJETIVOS Y JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

| | |
|---------------------------------|----|
| 2.1. Objetivo General | 30 |
| 2.2. Objetivos Específicos..... | 30 |
| 2.3. Justificación | 31 |

| | |
|--------------------------------------------------|----|
| 2.3.1. Justificación Aplicativa o Práctica | 31 |
| 2.3.2. Justificación Teórica | 32 |
| 2.3.3. Justificación Metodológica | 33 |
| 2.3.4. Justificación Académica..... | 34 |
| 2.4. Importancia | 34 |
| 2.5. Delimitación de la investigación | 35 |

CAPÍTULO III

MARCO TEÓRICO

| | |
|-----------------------------------------------------------------------------------------|----|
| 3.1. Antecedentes de Estudio | 36 |
| 3.1.1. Antecedentes Regionales | 36 |
| 3.1.2. Antecedentes Nacionales | 39 |
| 3.1.3. Antecedentes Internacionales..... | 42 |
| 3.2. Teorías o Enfoques..... | 44 |
| 3.2.1. Derecho Penal del Enemigo | 44 |
| 3.2.1.1. Concepto..... | 44 |
| 3.2.1.2. Características del Derecho Penal del Enemigo | 47 |
| 3.2.1.3. Perspectiva filosófica del derecho penal del enemigo | 47 |
| 3.2.2. La Expansión del Derecho Penal..... | 53 |
| 3.2.3. El Enemigo en Derecho Penal | 58 |
| 3.2.4. Justificación de la Presencia del Derecho Penal del Enemigo..... | 61 |
| 3.2.5. El Adelantamiento de la Barrera de Punibilidad (Variable Independiente) | 61 |
| 3.2.5.1. Aspectos generales | 61 |

| | |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 3.2.5.2. Formas de Aparición de la Anticipación de la Barrera de Puriibilidad..... | 66 |
| 3.2.6. El Delito de Peligro | 69 |
| 3.2.6.1. Clasificación de los Delitos de Peligro | 72 |
| 3.2.6.2. Tipos de conductas descritas en los delitos de peligro abstracto ... | 75 |
| 3.2.7. Teorías Acerca del Delito de Peligro..... | 76 |
| 3.2.7.1. Teoría Subjetiva..... | 76 |
| 3.2.7.2. Teoría Objetiva | 77 |
| 3.2.8. Teorías que Fundamentan al Delito de Peligro Abstracto..... | 78 |
| 3.2.8.1. Teoría de la peligrosidad..... | 78 |
| 3.2.8.2. Teoría de la peligrosidad abstracta..... | 79 |
| 3.3. Principios del Derecho Penal Liberal en los Delitos de Peligro Abstracto | 80 |
| 3.3.1. Acerca del bien jurídico y en especial del principio de lesividad | 80 |
| 3.3.2. El bien jurídico protegido en los delitos de peligro y en especial del principio de lesividad u ofensividad | 81 |
| 3.3.3. Delitos de Organización (variable dependiente) | 83 |
| 3.3.3.1. El Factor Organización en la Legislación Penal..... | 83 |
| 3.3.3.2. El contenido del injusto de Organización | 87 |
| 3.4. El Bien Jurídico Colectivo | 88 |
| 3.4.1. La tranquilidad Pública como Bien Jurídico Colectivo..... | 94 |
| 3.5. Principio de culpabilidad | 98 |
| 3.6. Teorías sobre el delito | 102 |
| 3.6.1. Teoría causalista..... | 102 |

| | |
|---------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 3.6.2. Teoría Finalista | 107 |
| 3.6.3. Teoría Funcionalista | 109 |
| 3.6.3.1. Funcionalismo teológico valorativo moderado | 112 |
| 3.6.3.2. Funcionalismo valorativo radical | 118 |
| 3.7. La Criminalidad Organizada (variable dependiente) | 128 |
| 3.7.1. Aspectos generales | 128 |
| 3.7.1.1. Concepto..... | 128 |
| 3.7.2. Evolución y desarrollo del crimen organizado..... | 131 |
| 3.7.3. Estructuras y tipologías de la Criminalidad Organizada..... | 133 |
| 3.7.3.1. La jerarquía estándar o tipología 1 | 138 |
| 3.7.3.2. La jerarquía regional o tipología 2..... | 140 |
| 3.7.3.3. La agrupación jerárquica o tipología 3 | 142 |
| 3.7.3.4. El grupo central o tipología 4 | 144 |
| 3.7.3.5. La red criminal o tipología 5 | 147 |
| 3.7.4. Dimensiones de la criminalidad organizada..... | 150 |
| 3.7.4.1. Dimensión antropológica de la criminalidad organizada | 150 |
| 3.7.4.2. Dimensión sociológica de la Criminalidad Organizada | 154 |
| 3.7.4.3. Dimensión criminológica de la criminalidad organizada..... | 159 |
| 3.7.4.4 Dimensión internacional de la Criminalidad Organizada..... | 160 |
| 3.8. Crimininalidad organizada en el Perú | 163 |
| 3.9. Delito de Asociación Ilícita Para Delinquir (variable independiente) | 167 |
| 3.9.1. La asociación | 167 |
| 3.9.2. La asociación como conducta neutral..... | 170 |
| 3.9.3. La Asociación como organización delictiva..... | 175 |

| | |
|----------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 3.10. Organización Criminal (Variable dependiente)..... | 181 |
| 3.11. Asociación Ilícita en la Jurisprudencia Peruana..... | 185 |
| 3.12. Regulación de la Organización Delictiva..... | 193 |
| 3.12.1. Ley contra la criminalidad organizada..... | 199 |
| 3.12.2. La convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada..... | 200 |
| 3.13. Investigación, proceso y sentencia sobre Organización delictiva | 207 |
| 3.13.1. Investigación y proceso contra Organización Delictiva | 207 |
| 3.13.2. Sentencia a los miembros de la organización delictiva | 212 |
| 3.13.3. Sobre Consecuencias accesorias aplicables a las personas jurídicas..... | 214 |
| 3.14. Sistema Conceptual..... | 216 |

CAPÍTULO IV

HIPÓTESIS

| | |
|---------------------------------------------|-----|
| 4.1. Hipótesis General | 223 |
| 4.2. Hipótesis Específicas | 223 |
| 4.3. Variables de Estudio | 224 |
| 4.3.1. Variables | 224 |
| 4.3.2. Operacionalización de Variables..... | 224 |

CAPITULO V

MATERIAL Y MÉTODOS (DISEÑO METODOLÓGICO)

| | |
|------------------------------------------|-----|
| 5.1. Paradigma de la Investigación | 226 |
|------------------------------------------|-----|

| | |
|------------------------------------------------------------|-----|
| 5.2. Tipo de Investigación | 228 |
| 5.2.1. Tipo de investigación Jurídico | 228 |
| 5.2.2. Investigación Descriptiva | 228 |
| 5.2.3. Investigación explicativa | 228 |
| 5.2.4. Investigación predictiva..... | 228 |
| 5.2.5. Investigación Jurídica — Comparada | 229 |
| 5.2.6. Investigación aplicada..... | 229 |
| 5.3. Nivel de la Investigación | 229 |
| 5.4. Diseño de Investigación | 230 |
| 5.5. Población | 231 |
| 5.6. Muestra | 232 |
| 5.7. Método | 234 |
| 5.8. Técnicas e Instrumentos de Recolección de Datos | 234 |
| 5.9. Técnicas..... | 234 |
| 5.10. Instrumentos | 235 |
| 5.11. Procesamiento y Plan de Recolección de Datos | 236 |

CAPITULO VI

CONTRASTACION DE HIPOTESIS Y EXPLICACIÓN

| | |
|--------------------------------------|-----|
| 6.1. Contratación de Hipótesis | 245 |
| 6.2. Explicación Científica | 287 |

CAPITULO VII

PRESENTACION, INTERPRETACION Y DISCUSION DE RESULTADOS

| | |
|------------------------------------------|-----|
| 7.1. Presentación e Interpretación | 289 |
| 7.2. Discusión de Resultados..... | 290 |

CAPITULO VIII

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

| | |
|---------------------------------------|-----|
| 8.1. Conclusiones | 293 |
| 8.2. Recomendaciones | 296 |
| 8.3. Propuesta del Investigador | 301 |
| | |
| REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS..... | 310 |
| ANEXOS..... | 342 |

Anexo N°01: MATRIZ DE CONSISTENCIA

Anexo N° 02: MARCO COMPARADO

Anexo N° 03: MARCO JURISPRUDENCIAL

Anexo N° 04: FORMATO DE ANALISIS DOCUMENTAL

Anexo N° 05: FORMATO DE CUESTIONARIO

Anexo N° 06: FORMATO DE ENTREVISTA

Anexo N° 07: RESULTADO DE ENTREVISTA

Anexo N° 08: Mapa de casos judicializados por el delito de asociación ilícita para delinquir (procesos en giro) elaborado por la procuraduría pública especializada en delitos contra el orden público del ministerio del interior del Perú periodo 2009-2014

Anexo N° 09: Estadística sobre casos judiciales por el delito de asociación ilícita, elaborado por la oficina especializada de investigación en crimen y conflictos —OEIC- de la procuraduría pública especializada en delitos contra el orden público del ministerio del interior del Perú, periodo 2009-2014.

INTRODUCCIÓN

Durante los últimos veinte cinco años en el Perú, es notorio la existencia de las organizaciones criminales que pone en peligro la seguridad pública con efectos negativos en la seguridad ciudadana generando una alarma social que pide mayores penas para las personas que integran dichas organizaciones. Estas organizaciones se van asentando en diversas regiones del país, de donde se desplaza a otras regiones para cumplir sus actos delictivos, como son el sicariato, trata de personas, el robo agravado, secuestro entre otros delitos. Es conocimiento público, que durante varias décadas las organizaciones terroristas azolaron el país, particularmente la región Ayacucho, que a la fecha sus integrantes se encuentran purgando penas graves; por otro lado, tenemos también organizaciones delictivas dentro de la administración pública como el caso del Gobierno Regional de Ancash o el propio caso de Belaunde Losio, estas organizaciones afectan bienes jurídicos como la vida, la libertad, el patrimonio y el buen funcionamiento

de la Administración Pública, entre otros que el Estado está en el deber de proteger.

Frente a este clamor popular el legislador nacional reacciona de manera populista aumentando la pena a los delitos cometidos por dichas organizaciones, establecimiento procedimientos especiales para realizar la investigación y juzgamiento de los delitos cometidos por las organizaciones criminales, como es el caso de la Ley N° 30077-Ley contra la criminalidad organizada. Se advierte que esta respuesta penal es cuando la organización delictiva ya cumplió con su cometido, es decir cuando los bienes jurídicos que son sustento del sistema penal, ya fueron afectados. Entonces nos preguntamos, es que si es posible desbaratar la organización criminal antes que cometa el delito o ejecute el plan delictivo, para tal objetivo contamos como instrumento jurídico penal el delito de Organización Criminal establecida en el artículo 317° del Código Penal, sin embargo, pues este objetivo no se cumple en la práctica judicial porque dichas organizaciones son identificadas a través por el delito perpetrado una vez que los bienes jurídicos ya fueron afectados hecho que no se condice con el fin que se busca con el tipo penal, porque el delito de Organización Criminal debe ser como un instrumento jurídico penal para desbaratar las organizaciones criminales antes que cometan el delito para el cual se conforman.

En tal sentido, con el presente trabajo pretendimos colaborar con la política criminal frente a las organizaciones delictivas en el Perú particularmente en la región Ayacucho, que está influenciada por el Tráfico Ilícito de Drogas y el Terrorismo consiguientemente el Lavado de Activos y Trata de Personas, otros delitos que se encuentra presente a la Organización Criminal.

CAPÍTULO I

EL PROBLEMA DE LA INVESTIGACIÓN

1.1. Identificación del Problema.

El 08 de abril del 1991 entró en vigor el Código Penal actual, estableciendo en el Art. 317°, el delito de Asociación Ilícita para delinquir, mediante este delito se penaliza sólo la pertenencia a una organización delictiva conformada por dos o más personas, con la finalidad de perpetrar delitos.

Posteriormente, el 20 de agosto del año 2013, se publicó la Ley 30077- contra el Crimen Organizado -Ley, que por vacatio legis prevista por el artículo único de la ley 30133, entró en vigor el primero de julio del año 2014, que modifica(primera disposición complementaria modificatoria) el artículo 317° del Código Penal, incorporando las conductas como la de promover, integrar y pertenecer a las organizaciones de dos o más personas destinadas a cometer delitos,

modificación que tiene por finalidad promover la lucha contra la criminalidad organizada.

Actualmente el artículo 317º del Código Penal fue modificada mediante el Decreto Legislativo N° 1244, esta vez la denominación de Asociación Ilícita para Delinquir fue modificado por la Organización Criminal y define que es 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.

El artículo 317º Código Penal y la Ley 30077 tiene por finalidad combatir la delincuencia organizada, el primero penalizando la conducta de los miembros de la organización y la segunda a nivel procesal, investigación, juzgamiento y sanción de los delitos cometidos por la organización criminal. Sin embargo, en la práctica judicial se advierte que los operadores de la justicia como son fiscales y Jueces no realizan una adecuada separación entre del delito de Organización Criminal, esto se configura con sólo pertenecer o integrar dicha organización, independientemente a los delitos que puede cometer la organización.

El delito de Organización Criminal, es la organización de tres o más personas con vocación de permanencia cuya finalidad es cometer delito. Por otro lado, existe la figura de organización criminal, definida por

el artículo 2° de la Ley 30077, que señala “ a cualquiera agrupación de tres o más personas que se reparte diversas tareas o funciones, cualquier sea su estructura y ámbito de acción, que, carácter establece o por tiempo indefinido, se crea, existe o funciona, inequívoca y directamente, de manera concertada y coordinada con la finalidad de cometer uno o más delitos graves señalados en el artículo 3° de la indicada ley. Se advierte que tanto el artículo 317° del Código Penal, modificado, y el artículo 2° de la Ley contra Criminalidad Organizada hacen referencia a la Organización Criminal, entiéndase como organización delictiva, sin embargo, el primer trata de una norma sustantiva y la segunda de una norma procesal, el primero es delito, en ese sentido en la legislación penal peruana existe dos normas referidas a la organización criminal que tienen elementos esenciales, hecho que genera desorden en los operadores jurídicos como son los fiscales, jueces y abogados, quienes lo toman indiferente los conceptos ambos instituciones jurídicas en este contexto nace la siguiente interrogante ¿ la asociación ilícita para delinquir y la organización criminal deberán ser unificada legislativamente?.

Lo que se busca con ambas normas penales es desbaratar la organización delictiva antes que materialice el delito para el cual se organizó, de esta manera se privilegia la función preventiva del Derecho Penal, es decir, anticiparse al delito, lo que garantiza los bienes jurídicos, propiciando la seguridad pública, significando que la población estará confiando en la vigencia efectiva de las normas.

Esta forma de plantear la actuación del Ius puniendi del Estado, se denomina el adelantamiento de la barrera de punibilidad, que es propuesto por la teoría del Derecho Penal del Enemigo. Sin embargo la inadecuada aplicación del adelantamiento de punibilidad que acoge el artículo 317° del Código Penal frente a la organización delictiva por parte de los operadores de justicia particularmente de los jueces y fiscales no permite desbaratar la organización antes que cometa el delito para el cual se ha conformado la organización criminal.

Esta situación se manifiesta en el Distrito Judicial de Ayacucho donde no existe casos en las que se aplican el delito de asociación para delinquir sin que la organización delictiva haya materializado el delito, por el solo hecho de pertenecer o integrar la organización criminal, pues, se advierte que los operadores de justicia identifican el delito de Organización delictiva a partir de los delitos cometidos por la organización, una vez que los bienes jurídicos como la vida, la libertad, propiedad, la salud, entre otros ya fueron afectados por la organización, lo que no se condice con el objetivo político criminal para el cual fue creado el tipo penal. En este contexto jurídico- social no se castiga las conductas de los miembros de la organización como de la constituir, promover e integrar que se encuentra a la palestra de la impunidad, frente esta situación nace la siguiente interrogante ¿porque no existe los procesos penales en las que se aplican el delito de asociación para delinquir antes que la organización delictiva haya

materializado el delito fin? y en ¿ qué medida esta situación tiene implicancia en el desbaratamiento de la organización delictiva?.

El delito de Organización Criminal por un sector de la doctrina penal nacional ha sido cuestionado por ser una manifestación del Derecho Penal del Enemigo, que propone el adelantamiento de la barrera de punibilidad. Este tipo penal castiga la sólo pertenencia a una organización delictiva, conducta que materialmente no significan peligro por sí solo, lo que haría de la persona humana como objeto(cosa) de la política criminal y no sujeto derecho, afectando la dignidad de la persona humana establecida en el artículo primero de la Constitución que señala la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del estado, es decir lo convierte el derecho penal en una instrumento de guerra contra la criminalidad en tanto al delincuente lo convierte en un objeto sin derechos porque los principios y garantías del derecho penal sustancial y procesal se ven mermados y la pena se convierte en un instrumento de aislamiento, en este contexto nos hacemos la siguiente interrogante ¿ en qué medida se justifica el adelantamiento de punibilidad en el delito Organización Criminal ?.

1.2. Descripción del Problema.

El incremento acelerado de cantidad de organizaciones delictivas que se asientan en las diferentes regiones de país, que ponen en peligro los bienes jurídicos con la incidencia en la seguridad ciudadana ha generado alarma en la ciudadanía y ha llamado la atención sobre la respuesta que brinda el Estado mediante la política criminal, el sistema de administración de justicia en la investigación, procesamiento y juzgamiento de los integrantes de la organización criminal.

Si bien en los últimos años el Estado responde frente a la organización delictiva con la intención de sancionar adecuadamente los delitos cometidos por las organizaciones delictivas, para lo cual ha efectuado diversas reformas en la legislación penal, el problema no parece estar situado en cantidad de la legislación o la hiperlegislación sobre la criminalidad organizada, si no, en la adecuada aplicación de las instituciones jurídicas por parte de los operadores de justicia como son los jueces, fiscales, respecto la legislación sobre la organización delictiva, como es el caso del delito de asociación ilícita para delinquir.

Según la revisión preliminar efectuada sobre las sentencias emitidas en los procesos penales por el delito de Asociación Ilícita Para Delinquir (ahora Organización Criminal) en las dos salas penales de la Corte Superior (Liquidadoras sede Ayacucho) de Justicia de Ayacucho, son pocos los procesos por este delito y que se identifican

mediante el delito o delitos que ha cometido la organización, es decir, se hace imposible al operador jurídico calificar el delito de Organización Criminal sin la existencia de un delito concreto. Situación que no permite desbaratar las organizaciones criminales antes que estas materialicen los delitos, hecho que no privilegia la función preventiva del Derecho Penal plasmado en el delito de Organización Criminal.

1.3. Formulación del Problema.

1.3.1. Problema principal

¿La aplicación del adelantamiento de la barrera de punibilidad presente en el delito de asociación para delinquir no permite el desbaratamiento de la organización delictiva?

1.3.2. Problemas secundarios

- a) ¿El adelantamiento de la barrera de punibilidad es una propuesta del derecho penal de enemigo?
- b) ¿El delito de asociación para delinquir se justifica como instrumento jurídico penal para desbaratar organizaciones delictivas?
- c) ¿ la aplicación del delito de asociación para delinquir no permite desbaratar la organización delictiva antes que el delito fin sea materializado ?

CAPÍTULO II

OBJETIVOS Y JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

2.1. Objetivo General

Determinar, en qué medida, la inadecuada aplicación del adelantamiento de la barrera de punibilidad, presente en el delito de asociación para delinquir no permite desbaratar la organización delictiva.

2.2. Objetivos Específicos

- a) Identificar si el adelantamiento de la barrera de punibilidad es una propuesta del derecho penal de enemigo.
- b) Determinar, en qué medida el delito de asociación para delinquir se justifica como un instrumento jurídico penal para desbaratar organizaciones delictivas.
- c) Determinar en qué medida la aplicación del delito de asociación para delinquir no permite desbaratar la organización delictiva.

2.3. Justificación

2.3.1. Justificación Aplicativa o Práctica

El presente trabajo nace del problema de la inseguridad ciudadana que atraviesa el país, frente a esta situación el Estado ha emprendido la lucha contra la criminalidad organizada, tomando como instrumento normas penales que se encuentra en la doctrina del Derecho Penal del Enemigo; una de ellas es el Código Penal, particularmente el artículo 317 con su posterior modificación en el año 2007, asimismo, la dación de la ley 30077 contra el crimen organizado en el año 2013, así como el Decreto Legislativo 1244, que también modificó el artículo indicado; la legislación indicada no estaría cumpliendo su objetivo toda vez en realidad practica los operadores jurídicos no están aplicando adecuadamente el delito de asociación para delinquir (ahora Organización Criminal) que cuyo objetivo político criminal es combatir la organización delictiva castigando a los miembros antes que materialicen el delito.

En ese orden de ideas la presente investigación jurídica social tiene utilidad práctica en la seguridad pública, es decir la seguridad ciudadana, porque advertiremos que si la aplicación del delito de asociación para delinquir está cumpliendo los fines de garantizar la seguridad publica en el distrito judicial de Ayacucho, asimismo, el problema de calificación de ese delito en los procesos penales y cuál

es la implicancia en la seguridad pública o en tal anhelada seguridad ciudadana, si cumple los objetivos preventivos y protección de los bienes jurídicos.

2.3. 2. Justificación Teórica

La presente investigación, nos permite conocer y comprender la teoría del Derecho Penal del Enemigo, desde sus características, como es el caso del adelantamiento de la barrera de punibilidad que se manifiesta en el delito de Organización Criminal; asimismo, el panorama de su desarrollo teórico desde las perspectivas constitucionales, filosóficas, criminológicas y políticas criminales que sustentan su aplicación frente a la criminalidad organizada.

La doctrina del derecho penal del enemigo fue planteado por el profesor Alemán Gunther Jakobs en el año 1985, esta teoría resurge en el año 2001 después de los ataques a las Torres Gemelas de Nueva York. La teoría tiene más detractores que seguidores, por ejemplo José Gonzales Cussac¹ considera como instrumento autoritario, por otro lado el profesor Juan Luis Modolell González² de la Universidad Católica

¹ GONZALES CUSSAC, José L. *El renacimiento del pensamiento totalitario en el seno del estado de Derecho: la doctrina del derecho penal enemigo*. Revista Penal UHU, 2009 Pàg.52. consultado en <https://www.uhu.es/revistapenal/index.php/penal/article/viewFile/304/295>. 2017.

² MODOLELL GONZÁLEZ, Juan Luis. El "Derecho Penal del enemigo": evolución ¿o ambigüedades? del concepto y su justificación. Criminal law, 2006, pág. 207. Consultado en <https://books.google.com.pe/books?id=klfDHwwxLfoC&pg=PA207&lpg=PA207&dq=Juan+Luis+Modolell+González+derecho+penal+del+enemigo&source=bl&ots=.> 2017

Andrés Bello, considerado al derecho penal del enemigo como un medio de legitimar el medio empleado en función del fin perseguido, en la jurisprudencia nacional se anotó un marcado rechazo, particularmente en su aplicación contra la criminalidad organizada. Frente ese estado de cosas mediante el presente trabajo nos proponemos determinar en qué medida es cierto lo que manifiestan la mayoría de la comunidad jurídica: es tan malo e ilegítimo el Derecho Penal del enemigo, cuál es su naturaleza, tiene vigencia en el Perú, es un instrumento jurídico penal eficaz contra la criminalidad organizada.

2.3.3. Justificación Metodológica

Desde la perspectiva metodológica creemos que nuestro trabajo debe tener sustento metodológico, es decir extraer conclusiones por esta problemática desde la aplicación del Derecho Penal y Procesal Penal. Para ellos idearemos una serie de encuestas dirigidas a los operadores de justicia; analizaremos casos que la propia práctica fiscal y judicial, a través sentencias respecto a los delitos de Asociación Para Delinquir. En este sentido, siendo la investigación de naturaleza mixta también el aspecto cualitativa está dirigida al análisis de las categorías jurídicas a través de los fuentes documentales, el derecho comparado y la jurisprudencia, asimismo; por el aspecto cuantitativa nos basaremos en los expedientes judiciales sobre el delito de Asociación Ilícita para delinquir llevado a cabo en el Distrito Judicial de Ayacucho y las encuestas a los operadores de justicia.

2.3.4. Justificación Académica

La presente investigación nos permite conocer y comprender la teoría del Derecho penal de enemigo, en el contexto de la criminalidad organizada, brindando un panorama desde su desarrollo teórico desde que fue formulado por el profesor alemán Gunther Jakobs hasta la actualidad, esta doctrina tiene tres elementos: 1) el adelantamiento de las barreras de punibilidad; 2) relativización de las garantías; 3) penas desproporcionales. Elementos que tocaremos al momento de analizar el tipo penal de asociación para delinquir. Por otro lado el análisis en base de semejanzas y diferencias las instituciones asociación para delinquir y organización criminal. Considerados que esta investigación tendrá aportes a la enseñanza del derecho en la medida que queremos mostrar un derecho penal más preventivo que represivo, un cambio de paradigma sobre el derecho penal.

2.4. Importancia

La importancia de esta investigación radica, pues nos permite advertir la inadecuada aplicación del delito de asociación para delinquir como instrumento jurídico penal que no permite para desbaratar las organizaciones delictivas antes que esta materialicen el delito fin para el cual se han creado que tiene implicancia negativa en la seguridad ciudadana.

2.5. Delimitación de la investigación

La presente investigación tiene como ámbito de desarrollo el Distrito Judicial de Ayacucho, particularmente las dos salas penales con sede en la ciudad de Ayacucho que conocen los Procesos Penales por el delito de Asociación Ilícita de para Delinquir, ahora como Organización Criminal durante los años 200 al 2015.

2.5.1. Delimitación temporal

Procesos Penales tramitados por el delito de Asociación Ilícita de para Delinquir, ahora como Organización Criminal durante los años 200 al 2015.

2.5.2. Delimitación Espacial

Distrito Judicial de Ayacucho, las dos Salas Penales (ahora liquidadoras) sede Ayacucho.

CAPÍTULO III

MARCO TEÓRICO

3.1. Antecedentes de Estudio

Realizada la búsqueda en algunas Bibliotecas de las Universidades de la ciudad de Ayacucho no se ha encontrado específicamente tesis sobre mi trabajo de Investigación, a nivel nacional tampoco se conoce sobre la existencia de una investigación de la misma naturaleza. Sin perjuicio de ello, se advierte investigaciones que tienen de alguna manera vinculación con nuestra tesis y que servirán como fuente de referencia para nuestro trabajo de investigación, por ello a continuación señalamos cada uno de ellos.

3.1.1 Antecedentes Regionales

PRADO PRADO, 2010. “La tipificación en los delitos de lavados de activos y criminalidad organizada en el VRAE” (Tesis para optar el

grado maestro en Derecho Penal AYACUCHO UNSCH, Pag. 120)
concluye lo siguientes:

“En cuanto a la criminalidad organizada debemos anotar como conclusión de que las acciones delictivas han dejado de ser patrimonio exclusivo de individuos aislados por ser de organizaciones que se infiltran en diversas estructuras de la sociedad civil; sin embargo, en nuestra legislación penal no existe hasta la fecha una definición de “criminalidad organizada”, siendo muy limitado lo dispuesto sobre el tema en el Art. 317° del Código Penal”.

“La disposición contenida en el Art. 317 del Código Penal sobre asociación ilícita, es sumamente escueta y prácticamente imposible de aplicarse o de subsumir las múltiples conductas colectivas de criminalidad que se resisten a las categorías de análisis académico sobre la asociación ilícita, siendo por ello un imperativo actual de configurar adecuadamente y de forma mucho más explícita el tipo delictivo de “Asociación ilícita”.

“El lavado de activos y la criminalidad organizada, son cada vez más complejos, especializados, flexibles y capaces de asociarse con otras formas delictivas con la finalidad de operar cómodamente constituyéndose en un peligro para el desarrollo de las sociedades, la vigencia de la democracia y la seguridad ciudadana como viene ocurriendo en otros países”.

Propone que “en cuanto a la criminalidad organizada, aspiramos también a que se legisle con mayor especificidad pues las realidades sociales y culturales imperantes en zonas como el VRAE escapan ampliamente de la noción de académica de asociación ilícita para delinquir” (pág. 123)

MACHACA CALLE, 2013: “Tráfico ilícito de drogas y sectores pobres del Ayacucho” (Ayacucho UNSCH pág. 155), concluye lo siguiente:

“los factores políticos, económicos, legislativos y administración de justicia del tráfico ilícito de drogas han influido negativamente en los sectores pobres y extremadamente pobres de Ayacucho, ello en atención a que la política criminal peruana de lucha contra drogas de tendencia hacia un derecho penal máximo, responde una política criminal de EEUU., orientado a reducir la oferta de droga, vía erradicación del cultivo de la hoja de coca, cantidad de personas detenidas. Esta política ha puesto en riesgo al único medio de vida que se ha convertido el cultivo de la hoja de coca para el 95% de los agricultores del VRAE y sobrepoblado el penal de Ayacucho con presos que provienen de los sectores pobres y extremadamente pobres de Ayacucho, llamado “burriers” o “correos de droga”, sin vinculación con la organización criminal del narcotráfico. La ausencia del Estado es preocupante pues no existe una política integral que se traduzca en una alternativa viable que neutralice la economía ilícita del narcotráfico”.

OLARTE ARTEAGA 2009.” La Criminalidad Común en la Aplicación de los Sistemas de Control (Ayacucho UNSCH pág. 109), concluye lo siguiente:

“El aspecto social de la criminalidad común influye negativamente en la aplicación de los sistemas de control.

Porque socialmente existe una serie de causas que originan la criminalidad en el lugar donde exista un grupo de personas enraizados con determinada finalidad, que incide negativamente en los sistemas de control, en razón a que estos no cuentan con la fuerza suficiente que permita quebrar las causas sociales y controle la criminalidad.

“Porque en toda la jurisdicción de la carretera que va hacia el VRAE existen pueblos abandonados, donde no existe la presencia del Estado y si lo hay es mínimo falencia que influye negativamente en la aplicación de los sistemas de control, al no llegar estos a los lugares antes señalados”.

3.1.2. Antecedentes Nacionales

LORENZO FLORES Y OTROS, 2006. “El Derecho Penal del Enemigo” (Lorenzo Flores, Rossmery, y otros, 2006, pág. 151-152, Universidad San Martín Porras), concluye que: “se constata que los rasgos descritos que caracterizan al Derecho penal del enemigo también se encuentran presentes en la legislación penal peruana, incluso se ha

visto que el fenómeno tampoco resulta del todo novedoso; así las normas restrictivas de garantías, como expresión del Derecho penal del autor contrario al principio de culpabilidad penal, ceben encontrarlas ya en el Código Penal de 1924 y numerosas leyes expedidas durante los gobiernos dictatoriales que tuvo el Perú a lo largo del siglo pasado...”

GRANDEZ ROJAS, 2017, “Derecho penal del enemigo y la política criminal en el Perú (Cecilia Margarita Grandez Rojas- Universidad Nacional “Pedro Ruiz Gallo”, tesis doctoral)

Concluye:

1. El incremento de las penas en el ordenamiento penal es en parte expresión del Derecho penal del enemigo, así como también de la voz popular que pide endurecer o sobrecriminalizar las penas en la creencia errada que esta es la única manera de frenar la inseguridad ciudadana generada por la delincuencia.
2. La eliminación de beneficios penitenciarios, en la legislación penitenciaria, como orientación de la política criminal penitenciaria es expresión de considerar a la persona que delinque como enemigo de la sociedad, por contravenir la norma.
3. La abolición del principio de absorción o consunción de penas que se opone al concurso real de delitos es una influencia negativa de considerar al ciudadano que comete un delito como enemigo por encontrarse al margen de la ley, por generar el caos y desorden social.

4. Al considerar las instituciones jurídicas de la reincidencia y la habitualidad como agravantes al momento de imponer para controlar la delincuencia resulta ser influencia del derecho penal del enemigo.
5. La imprescriptibilidad de los delitos en el ordenamiento penal nacional resultan ser la expresión de considerar al transgresor penal como enemigo, pues deviene en aquel que no merece la sobreprotección de sus derechos fundamentales y ser tratado no como persona o ciudadano.
6. La flagrancia delictiva resulta ser una política criminal de actuar rápidamente frente a un delito, tanto por parte de la autoridad competente, como por parte de cualquier ciudadano, y con cierta influencia del derecho penal del enemigo.

Recomienda:

7. El derecho penal del enemigo no debe ser aplicado en un Estado democrático, como el nuestro, porque vulnera o transgrede derechos fundamentales, como la dignidad humana, la libertad personal, la libertad ambulatoria o de libre tránsito, la rehabilitación, reeducación, reinserción, esto es, la resocialización del condenado a pena privativa de la libertad.
8. Una persona no puede ser considerada como ciudadano solo por respetar las normas penales y que al cometer un delito debe aplicársele una pena justa de acuerdo al ordenamiento penal y por estar al margen de la ley que genera un desorden, descontrol de la

paz social y no respeta la norma, debe ser considerado enemigo y por lo tanto pasible de restringirse todos sus derechos.

9. El Estado peruano debe efectuar campañas de debate jurídico entre todos los Distritos Judiciales de nuestro País con la finalidad de incrementar el conocimiento y descubrir aún más a que otros derechos y ámbitos en los que la aplicación del derecho penal del enemigo viene vulnerando.
10. Orientar una política criminal basada en la protección de los derechos fundamentales, adecuando las normas sin incrementos excesivos en las penas, sin eliminar beneficios penitenciarios, sin abolir el Principio de Absorción de penas, sin incrementar la pena por la reincidencia y habitualidad, que exista una prescripción de los delitos, entre otros supuestos.

2.3.1. Antecedentes Internacionales

RÍOS ALVAREZ, (Chile-2008), “Manifestaciones del Derecho Penal del Enemigo en la Ley 20.000” concluye:

“Ante esta tesis, nuestra visión y postura es de absoluto rechazo, por cuanto la entendemos como una propuesta que en su esencia responde a parámetros netamente antiliberales, por cuanto se presenta como una tesis que aboga por una cesión de garantías individuales en pos de una mayor seguridad de la sociedad, dando por hecho que el resultado de esta disminución de garantías y derechos por parte del

Estado redundando automáticamente en una mayor seguridad y paz social”

(Ríos Álvarez, Rodrigo, 2008, Pág. 169)

ORANTES (Guatemala- 2012), en su tesis “Análisis de aplicación del Derecho Penal del Enemigo en Guatemala”, concluye que “los sujetos que han sido encuadrados en la categoría de enemigos, como se menciona antes, son aquellos que participan en el crimen organizado y estructuras terroristas”.

AFRE HERNÁNDEZ (Guatemala, 2014) en su tesis denominado “Análisis Jurídico del Derecho Penal Del Enemigo en la Política Criminal del Estado de Guatemala”; concluye que:

- a) El derecho penal del enemigo, constituye solo una manifestación, del fenómeno más amplio de transformación que desde hace unos años viene sufriendo el derecho penal.
- b) El surgimiento del derecho penal del enemigo como una postura teórica en la dogmática penal, mediante la cual, el Estado ya no dialoga con los ciudadanos para mantener la vigencia de la norma, sino que combate peligros. La pena se dirige al aseguramiento frente a hechos futuros, no a la sanción de hechos cometidos.
- c) Los instrumentos jurídicos racionales establecidos en el ordenamiento interno, son amenazados por el derecho penal del

enemigo, y se rige orientado a dominar castigando a las personas que estima potencialmente peligrosos.

3.2. Teorías o Enfoques

3.2.1. Derecho Penal del Enemigo

3.2.1.1 Concepto

El concepto de derecho penal del enemigo fue acuñado por el profesor Gunter Jakobs, quien “instituyó allá por el año 1985 donde entonces, aún utilizaba el concepto de Derecho penal del Enemigo como un topos para el análisis crítico-descriptivo del Derecho penal alemán vigente, en cuyo contenido comprendía disposiciones que transformaban al autor penal en una “mera fuente de peligro”, en un “enemigo del bien jurídico”, privándolo así de su esfera privada y de su status como ciudadano³.

GÜNTER JAKOBS, defiende la creación de dos derechos penales diferentes, por una parte el Derecho penal del ciudadano y por otra parte el Derecho penal del enemigo⁴. Respecto del primero, el Derecho penal deberá esperar a que el ciudadano exteriorice su conducta para poder reaccionar. Sin embargo, el Derecho penal del enemigo actuará en una frase previa a la comisión del delito, debido a la alta peligrosidad de las acciones del sujeto que hacen necesaria una intervención más temprana.

³ Ambos, Kai. “Derecho Penal en Discurso Penal del Enemigo. El discurso penal de la exclusión. Edi. IB de F, año 2006, Pág. 132.

⁴ Jakobs, Günter y Cancio Meliá, Manuel. Derecho penal, Navarra, Aranzadi, 2006 2ªEd. Pág. 42.

Para JAKOBS, el Derecho penal del enemigo tiende a la eliminación de peligros, creando tipologías delictuales de autor. Como se ha mencionado, este autor identifica al delincuente con el enemigo, al que considera muy peligroso, circunstancia por la que se justifica la pronta intervención⁵. Así JAKOBS afirma que “quien no presta una seguridad cognitiva suficiente de un comportamiento personal, no sólo ni puede esperar ser tratado aún como persona, sino que el Estado no debe tratarlo ya como persona, ya que de lo contrario vulneraría el derecho a la seguridad de las demás personas”⁶.

JAKOBS en ese contexto no define al “enemigo” y sólo plantea el Derecho penal del enemigo como una “oposición” al Derecho penal del ciudadano. Esto cambiará, y lo que apareció como un análisis crítico de cobertura con base en principios liberales, se transformará en la idea central y tesis de la existencia de un Derecho penal del enemigo y la necesidad de utilizar diversas vías o formas para enfrentarlo; lo que realmente ocurre es un proceso de legitimación del Derecho penal del enemigo por parte de Jakobs, con lo cual abandona cualquiera tímida posibilidad de encubrir su pensamiento y lo muestra tal cual él lo cree...”⁷.

A partir de que el profesor Jakobs profundización la idea que el Derecho penal no es lineal o tan liberal, sino que muchas de sus parcelas

⁵ Jakobs, Günter y Cancio Meliá, Manuel. Ob. Cit. Pág. 42 y ss

⁶ Jakobs, Günter y Cancio Meliá, Manuel. Ob. Cit. Pág. 47

⁷ URQUIZO OLAECHEA, José. “Derecho Penal de Enemigo. Revista de Derecho y Ciencia Política - UNMSM. Vol. 64 (N° 1 - N° 2). Lima, 2007.

pertenece a una situación que debe denominarse -por ser lo auténtico- Derecho penal del enemigo; con lo cual a partir de ese momento se aprecian un paralelismo: un Derecho penal de libertades para ciudadanos y un Derecho penal de enemigos, para aquéllos que, per se, no presten al sistema jurídico de libertades, seguridades cognitivas falta de confianza en el hacer de tales sujetos, los enemigos.

“La reacción contra el enemigo no solo se ha limitado al derecho penal, sino que la misma ha tenido como su contraparte necesaria al derecho procesal penal. Es así que, de forma manifiesta, puede observarse en los distintos ordenamientos jurídicos que existen medidas de limitación de los derechos fundamentales cada vez más como es el caso de las escuchas telefónicas”⁸.

El derecho penal del enemigo se manifiesta en las áreas del derecho penal sustancial, derecho penal procesal, derecho de ejecución penal. En el derecho penal sustancial se manifiesta en el adelantamiento de la punibilidad; en derecho procesal donde se practican actos de investigación como es los escuchas telefónicos y ejecución con la cadena perpetua entre otras instituciones jurídicas penales.

⁸ TALAVERA ELGUERA, Pablo. “El Derecho Penal del Enemigo en la legislación. JUSTICIA Y DEMOCRACIA, AMAG. (N° 10). Lima, 2011 Pág. 35

3.2.1.2 Características del Derecho Penal del Enemigo

El primero es el amplio adelantamiento de la punibilidad, es decir, se caracteriza por el adelantamiento de la barrera de protección penal hasta un momento en el cuál aún no se ha cometido el delito, pero en el cual el Derecho penal ya puede actuar.

El segundo de los elementos que caracteriza el Derecho penal del enemigo es la perspectiva jurídico-penal prospectiva, que castiga un hecho futuro (en relación con el punto anterior), y no retrospectiva (castigo de hecho pasado), con lo que se obtienen penas desproporcionadamente altas ya que la aparición de la barrera de punición no es tenida en cuenta. El tercer elemento es la relativización, o incluso suspensión, de determinadas garantías del proceso penal y materiales.

3.2.1.3. Política Criminal y el derecho penal del enemigo

La Política Criminal es la manera como la colectividad reacciona organizadamente, frente a las acciones delictuosas que amenazan su cohesión o su desarrollo armónico. La disciplina que estudia esta faceta del control social recibe, igualmente, el nombre de política criminal. Es tarea de esta disciplina, no sólo la descripción de la reacción social contra la delincuencia, sino también determinar los lineamientos que deberían seguirse a fin de lograr una mayor eficacia.

3.2.1.3.1 La Realidad Social, Política Criminal y el Derecho Penal en el Perú

Para esbozar una adecuada estrategia sobre política criminal tenemos que partir de la Política Social, en ese sentido la reacción social contra la delincuencia forma parte del control social, el cual es una manifestación concreta de la política general del Estado. La Política Criminal se desenvuelve en el campo social. Las nociones de delincuencia, crimen y criminal son el resultado de intensos debates sobre los debates de la misma política criminal, los cuales deben condicionar la elección de los comportamientos que serán criminalizados.

La definición de delito está estrechamente condicionada por las leyes penales y, por tanto, por las condiciones en las cuales éstas son establecidas. En ese sentido la programación y realización de una correcta y coherente política criminal dependen de los estudios tendientes a determinar la amplitud del fenómeno delictuoso y a describir también los diferentes modos de reacción social.

El derecho penal, hay que señalar que el poder coercitivo de las sanciones es uno de los medios que el Estado tiene para alcanzar sus objetivos. Mediante este poder organizar un sistema específico formalizado, llamado sistema de justicia penal, el cual está compuesto, por un lado, de un conjunto de normas que prevén tanto el comportamiento a seguir para pronunciar y aplicar estas sanciones.

Por otro, de una red de órganos encargados de poner en práctica de las normas penales, tales como la policía, el Ministerio público, las autoridades responsables de instruir y juzgar procesados y los servicios de ejecución de las penas. El derecho penal juega así un papel importante a nivel de la organización y de la determinación de las relaciones sociales, en el seno del control social. Sin embargo, no sólo limita la libertad de los individuos, sino que también crea las condiciones necesarias para que éstos puedan desarrollar su personalidad y sus proyectos de vida. Una coherente y racional política criminal supone, por tanto, un esfuerzo de sistematización y de actualización de las instituciones que lucha contra la delincuencia; instituciones que deben, estar integradas en un conjunto coordinado dentro del cual se complementan, en lugar de oponerse; y que deben ser adecuadas a las condiciones sociales.

3.2.1.4. Filosofía del Derecho Penal y la peligrosidad del delincuente

Refiere⁹ En el contexto de Estado Social y Democrático de derecho la política criminal ha de experimentar un resurgimiento y con ella la necesidad de buscar un nuevo fundamento racionalizador de la represión penal y de su monopolización por el Estado. La indagación de esta primacía racional se habría de tomar en cuenta desde un contexto político, con el apoyo de la teoría política que en el pasado habían dado el

⁹ FERNÁNDEZ REYES, ANAYA RÍOS: Filosofía del Derecho Penal en el Sistema democrático mexicano, consultado en <https://revistas.ucr.ac.cr/index.php/juridicas/article/download/29017/29078>, pag. 16

arsenal teórico al derecho penal, y el reconocimiento de ser ciencia social por excelencia, la sociología y en particular las corrientes que se engloban bajo el funcionalismo y el interaccionismo. El Estado en sociedades de mercado, ha condicionado su política penal a la racionalidad de la protección de objetos concretos que quedarían generalizados bajo la categoría de “bienes jurídicos”. De aquí, el concepto de bien jurídico cumpliría conjuntamente con las teorías de la pena, una función ideológica de justificación racional del derecho penal. No es de extrañar que el contenido del concepto de bien jurídico sea una expresión concreta en el ámbito inductivo del derecho penal, de un modelo ideológico de carácter más general legitimador del poder en el Estado liberal¹⁰.

En un Estado democrático la determinación del objeto a ser protegido por la norma penal no puede estar reducida a una exclusiva decisión del legislador. Derivado del principio de legalidad, el precepto penal será el resultado de un proceso legislativo, pero la determinación del bien jurídico corresponde a la base social que informará su decisión a las instancias políticas que formalmente tengan la deontología de materializar dicha decisión. Una política penal de exclusiva protección de bienes jurídicos presupone no sólo democracia, sino ejercicio de la democracia, es decir, participación y concurrencia en los procesos a

¹⁰ Hernan Hormazabal Malaree. Bien jurídico y estado social y democrático de derecho, el objeto protegido de la norma penal, Ed. Jurídica Cono Sur, España 1991, pág. 93

través de los cuales se realizan la libertad política, específicamente la libertad de pensamiento, de acción y sobre todo, de disensión¹¹.

El bien jurídico es el resultado del ejercicio democrático y corresponde a la dinámica de la práctica democrática. La base misma de una relación social que se habrá de definir como democrática por su capacidad de integrar culturas y subculturas ampliando la base de discusión. Por eso no puede tener un carácter fijo pues siempre estará en el centro de la instancia básica de la decisión política y expuesta a su revisión crítica. Negar este carácter al bien jurídico, significa la esencia de la democracia, la política penal del Estado. La democracia desde una perspectiva emprendedora es un proceso de constante apertura. En las sociedades democráticas surge el bien jurídico donde se definen los objetos a proteger por el ordenamiento jurídico y de estos objetos, conforme al carácter residual y fragmentario del derecho penal.

La intención no es debilitar al Estado sino más bien acotar debidamente sus funciones sin perder de vista la necesidad de contar con instituciones vigorosas que le den factibilidad al Estado de Derecho, porque de otra manera se corre el riesgo de un Estado que no conoce límites a sus capacidades, por consiguiente puede caer en los excesos de poder con franca violación de los Derechos Humanos, es por lo anterior

¹¹ Mario Bunge. *Mente y sociedad*. Alianza Editorial, Madrid, 1989, pág. 153

que el Debido Proceso debe ser una institución consolidada en nuestro tiempo.

El tema de la peligrosidad del delincuente, es de suma importancia ya que esta característica influye de manera determinante en la penalidad y el trato que recibirá el sujeto activo del delito durante su condena, ya que según sea mayor o menor su grado de peligrosidad obtendrá un seguimiento distinto acorde a sus necesidades y características, así como a su readaptación para volver a integrarse a la sociedad.

La doctrina mayoritaria y absolutamente dominante¹² en Derecho Penal sostiene que el análisis (o juicio) sobre si existe, o existió, peligro en la conducta ejecutada por un sujeto, ha de hacerse desde una perspectiva ex ante por un espectador objetivo con los conocimientos nomológicos y ontológicos del hombre medio y los conocimientos personales del autor. Para esta doctrina quien efectúa el juicio de peligrosidad de la conducta es un individuo objetivo porque quien lo lleva a cabo no es el sujeto activo que la ejecuta sino otro, ajeno, que tiene inteligencia y facultades que corresponden a la media de la sociedad, es decir, un individuo ideal.

¹² GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. "Delitos cualificados por el resultado y causalidad", Agencia Estatal boletín oficial 1990 (1ª impresión y edición, 1966), p. 39. Explica el autor que "Lo único que se ha discutido en la doctrina respecto de estas leyes de la experiencia es si es el saber al tiempo de la acción o al tiempo de juzgarla el que debe ser determinante... La opinión dominante se declara a favor de tener en cuenta el saber nomológico al tiempo de la acción.

Para un sector de la doctrina¹³ que parte de la concepción ex ante del peligro es importante la distinción, especialmente a efectos de la construcción del ilícito, entre, por una parte, el peligro o la peligrosidad como característica de la conducta, que consiste en la calificación de la misma como peligrosa y, por otra parte, el peligro como situación, más en concreto como resultado, procedente de la realización de la conducta peligrosa y, por consiguiente, conceptualmente diferente de aquella. En el planteamiento que aquí se hace, sin embargo, no será necesaria dicha distinción que, además, quedará desdibujada.

La evolución histórica del concepto de peligro hasta llegar al criterio actual ha sido larga y laboriosa. La bibliografía se ha esmerado y ha hecho un esfuerzo extenso y profundo para resolver esta peliaguda cuestión del Derecho Penal que afecta a gran parte de las instituciones de la Teoría Jurídica del Delito, como el injusto, la tentativa, la imputación objetiva, las clases de delitos de peligro, la autoría y la participación, entre otras.

Sin embargo, el desarrollo de la teoría del peligro en Derecho Penal está basado en una concepción determinista del universo, especialmente en su sentido de determinismo científico. Por eso se dice que si la valoración del peligro se hiciera desde una perspectiva ex post

¹³ Moreno-Torres Herrera, M. R: "Tentativa de delito y delito irreal", Tirant lo Blanch.Valencia, 1999, p. 119 y SS; Martínez Escamilla, Margarita : "La imputación objetiva del resultado", Edersa Madrid, 1992, p. 54 y ss

concluiríamos que si el resultado se hubiera producido es que la conducta era peligrosa y que si no se hubiera producido es que la conducta no era peligrosa. En relación a la tentativa, cuando la doctrina afirma que no se puede hacer el juicio de peligrosidad e idoneidad de la conducta del sujeto activo con un criterio ex post porque entonces todas las tentativas serían inidóneas y no peligrosas, sino que tiene que realizarse con un criterio ex ante, lo dice porque, consciente o inconscientemente, está partiendo de una concepción determinista del universo, de manera que conociendo las leyes por las que se rigen los procesos o fenómenos objeto de análisis, se puede conocer el resultado. De forma análoga, se afirma que desde la perspectiva ex ante si nuestros conocimientos nomológicos y ontológicos fueran completos o perfectos, realizaríamos juicios de necesidad¹⁴.

Para tratar de superar el fantasma del determinismo que impregna toda esta materia la doctrina ha desarrollado diferentes conceptos de peligro, según que la perspectiva de análisis sea ex ante o ex post, y se utilicen criterios normativos¹⁵ ontológicos o mixtos. En la primera, que ya hemos visto, se hace un juicio de pronóstico que aunque se denomina objetivo no deja de ser subjetivo, en el sentido de que es una conjetura que se hace sin conocer los datos reales objetivos del hecho, mientras

¹⁴ GIMBERNAT ORDEIG, Erique. "Delitos cualificados...", cit., p. 25, citando a la doctrina alemana. También, del mismo autor, el "Prólogo a la segunda edición" del Código penal", ed. tecnos, Madrid, 1996, donde, además, interpreta el contenido de la expresión "objetivamente" que se introdujo en el artículo 16.1 del Código penal de 1995.

¹⁵ CORCOY BIDASOLO, M.; VIVES-REGO, J. (2006), "La evaluación del riesgo y del impacto (o daño) en el delito ecológico: aspectos jurídicos y forenses", en Revista Poder Judicial, n. 83, pp. 91 y ss.

que en la segunda –ex post- con todos los datos objetivos ya disponibles se hace una valoración de si ha existido peligro para el bien jurídico protegido. Esta variación de perspectivas y conceptos diferentes de peligro, a veces utilizadas en combinación, produce el efecto de que una conducta sea peligrosa (ex ante), pero sin embargo no genere, en la realidad, peligro alguno (ex post). Sin embargo, aunque estamos acostumbrados a que en Derecho dos más dos sean tres, cuatro, o diecisiete, debiéramos intentar que fueran cuatro, en la medida de lo posible. Por su parte la jurisprudencia también está afectada por el determinismo científico cuando afirma que “...desde una perspectiva toda tentativa implica, en cierto modo, un error de su autor sobre la idoneidad de su acción.

3.2.1.5. Perspectiva filosófica del derecho penal del enemigo

a) La Filosofía de Thomas Hobbes

La filosofía de Thomas Hobbes, que utiliza Günther Jakobs para fundamentar su teoría o su tesis, se encuentra contenida en la obra denominada el “Leviatán”.

De acuerdo a Thomas Hobbes, el hombre natural se compone tanto de pasión como de razón. En el estado natural o de guerra, esto es, en el que se encontraba el ser humano antes de vivir en sociedad, no existe límite alguno para el deseo como para el Derecho: todos los

hombres tiene derecho a todo, son iguales por naturaleza, no existe un poder común que regule su conducta; el estado natural es, ante todo, un caos subjetivista.

Ante esta perspectiva, es por lo que los hombres se mantienen en una constante “lucha de todos contra todos”, pues cada quien atiende a su propio interés, en donde no existen límites, que la propia oposición de los demás seres humanos. Si dos hombres desean lo mismo y no pueden disfrutarlo ambos, se vuelven enemigos.

El ser humano no se deja guiar por valores morales, sino por la fuerza de sus pasiones, de ahí que considere que “el hombre es el lobo del hombre” (*homo homini lupus*¹⁶). En términos de Thomas Hobbes, el estado natural es un estado de guerra permanente, en donde la seguridad del ser humano dependerá de su fuerza e ingenio.

La naturaleza humana, tiene una doble composición: las pasiones que se inclinan hacia la guerra y la paz, así como la razón; las pasiones que se inclinan hacia la paz, están reguladas por leyes de la naturaleza, que pueden ser descubiertas por medio de la razón.

El contrato o pacto entre los seres humanos, da como resultado la creación de la sociedad civil; lo que genera que se cree una persona

¹⁶ Locución que primero fue utilizada por Titus Maccius Plautu

ficticia que posee todos los derechos y, por ende, no está sometida a restricción alguna; las leyes de mérito lo serán en sentido estricto cuando se entiendan hacia el interior de un Estado, ya que pueden ser impuestas y, por ende, su violación castigada a través del poder de la espada.

Dicha persona ficticia es el soberano, quien no forma parte del contrato, por lo que de acuerdo a Thomas Hobbes, no tiene obligación o limitación alguna respecto de los súbditos, ya que no ha pactado nada con ellos.

Thomas Hobbes, con su argumentación, pretende dar una explicación filosófica al origen de la sociedad civil y a la legitimación del poder, respecto de su racionalidad como forma de control del ser humano visto en lo individual, a quien considera inútil y dañino por naturaleza.

Para Thomas Hobbes, el hombre es libre en estado de naturaleza, pero con motivo del contrato, renuncia a sus derechos, con determinadas limitaciones, que es precisamente lo que fija los límites de su libertad en la sociedad civil; una vez que el ser humano abandona el estado de naturaleza, la ley es la que representa la libertad de la sociedad, crear un orden es dominar la naturaleza humana.

b) La filosofía de Kant

La referencia de Jakobs a Kant, y especialmente el recurso a una cita de “Zumewi-gen Frieden”¹⁷, ha sido considerada discutible o interpretada por encima de las posibilidades que la misma cita ofrece (en alemán: überinterpretierte)¹⁸. Jakobs entiende que Kant describe de forma muy precisa la situación del enemigo en estado de naturaleza: mientras en estado civil-jurídico el individuo brinda la seguridad necesaria, en mero estado de naturaleza, no ofrece ninguna garantía; cuando se refiere al sujeto que en estado de naturaleza me priva de la seguridad necesaria, alude Kant precisamente al peligro al que el mismo Jakobs se refiere cuando habla del derecho penal de enemigo. En palabras del propio Jakobs: “El estado de naturaleza es precisamente un estado de ausencia de normas y, por tanto, de una libertad excesiva como de una excesiva confrontación”.

¹⁷ KANT, “Zurewigen Frieden”, Immanuel KANT, Werke in sechs Bänden (Edic. de Rolf Toman), Bd. 6, 1995, Pág. 286.

¹⁸ En este sentido, Jörg ARNOLD, “Entwicklungslinien des Feindstrafrechts in 5 Thesen”, HRRS 2006, Pág. 305: “Sin embargo, con esta interpretación de Kant, Jakobs se enfrenta diametralmente con la interpretación de la actual filosofía del derecho penal alemana”. De justicia es señalar, sin embargo, que algunos de los críticos del concepto en la doctrina española no hacen esta objeción en torno a Kant. Cfr. Luis GRACIA MARTÍN, “Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado «derecho penal del enemigo»”, en RECPCr 7-02 (2005) (<http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-02.pdf>), p. 14. No obstante, algunas dudas en este aspecto presenta José Luis GONZÁLEZ CUSSAC, que habla de “imprecisas y controvertidas alusiones a diversos pasajes de la obra de Kant” (“El renacimiento del pensamiento totalitario en el seno del Estado de derecho: la doctrina del derecho penal del enemigo”, Revista Penal 19 (2007), Pág. 52 y ss, pp. 56-57). Una aclaración sobre las indicaciones de GONZÁLEZ CUSSAC y, por la alusión, en nota 19: mi objetivo, al tratar la cuestión desde el punto de vista de la historia de las ideas, no es resaltar que la tesis “es heredera de una tradición del pensamiento occidental instalada en el autoritarismo político”, en sentido estricto; sino más bien mostrar que no es en absoluto ajeno a autores que fundamentan el pensamiento liberal (cfr. PÉREZ DEL VALLE, CPC 75 (2001), Pág. 612).

Por un lado, la teoría del derecho de Kant se caracteriza por la fundamentación de un estado de derecho sin excepciones, y en el que todo sujeto –también el que infringe el derecho- se reencuentra a sí mismo de un modo más libre y con mayor igualdad¹⁹; a ningún ciudadano se le exige una ulterior aquiescencia. En Kant sólo existen enemigos antes del estado jurídico (status de derecho); después del establecimiento del status de derecho ya no existen enemigos y sólo hay derecho penal de ciudadanos. En esta misma perspectiva, se ha señalado también que este pasaje no proporciona, como pretende Jakobs, un argumento en favor de la exclusión, pues quien, desde un principio, no se ha situado en estado jurídico-civil (o de leyes de los ciudadanos), tampoco puede ser excluido de él²⁰. Pero además la custodia de seguridad, de la que habla Jakobs como alternativa a la expulsión para los enemigos, no sería posible en el estado de ausencia de derecho, y menos aún una pena que no existiese de carácter absoluto.

Este estado de naturaleza es, en Kant, sustancialmente estado de inseguridad, como lo es en Hobbes²¹: en estado de naturaleza no sólo no está garantizada la reciprocidad en el reconocimiento de los derechos privados²², sino que es posible en todo momento un conflicto insoluble en

¹⁹ Peter-Alexis ALBRECHT, "Krieg gegen den Terror", ZStW-117 (2005), Pág. 852 y ss, en especial Pág. 857.

²⁰ Jochen BUNG, "Feindstrafrechts als Theorie der Normgeltung und der Person", HRRS 2006, Pág. 69

²¹ Sobre esta cuestión en HOBBS, cfr. PÉREZ DEL VALLE, "Sobre los orígenes del derecho penal de enemigo: reflexiones en torno a Hobbes y Rousseau", Pág. 605 y ss.

²² KANT, Die Metaphysik der Sitten(1797), edic. de H. Ebeling, 1990, Rechtslehre, 1. Parte, 9: "Aun en estado de naturaleza sí puede verificarse un real, pero provisorio y

relación con los derechos de cada uno²³. Esto significa que, en estado de naturaleza, no hay ninguna garantía de mi seguridad y, por tanto, que el estado de naturaleza se diferencia por la inseguridad. Este es el punto que desarrolla Kant en la nota citada por Jakobs: la mera permanencia de un sujeto en estado de naturaleza, mientras yo estoy en estado jurídico-civil, “me priva de esta seguridad y me lesiona ya a través de este estado, en el momento en que se encuentra junto a mí, aunque no sea en forma activa (facto), sino por la ilegalidad de su estatus (statu injusto), por el que yo mismo me encuentro amenazado permanentemente por él”²⁴. A nuestro juicio, el significado de las afirmaciones de Kant en el texto no es dudoso, y la interpretación que Jakobs hace en este punto es correcta, en la medida que es coherente con otras descripciones del estado de naturaleza.

c) Filosofía de Juan Jacobo Rousseau

Por su parte Juan Jacobo Rousseau, en su célebre contrato social afirma: “(...) todo malhechor atacando el derecho social, viene a ser por sus excesos rebelde y traidor a la Patria, cesa de ser un miembro violando las leyes, y aun la hace la guerra. Entonces la conservación del Estado

externo «mío» y «tuyo» (Im Naturzustandkann docheinwirkliches, abernurprovisorischesäubereresMeinundDeinstatthaben)”.
23 GEISMANN, Der Staat 21 (1982), Pág. 182: “En estado de naturaleza, no sólo no está garantizada la necesaria reciprocidad y respeto de todo derecho privado, sino que incluso es posible en todo momento un conflicto de principio insoluble en relación con todo derecho de cada cual”.

24 KANT, “Zurewigen Frieden”, Immanuel KANT, Werke in sechsBänden (Edic. de Rolf Toman), Bd. 6, 1995, Pág. 286, Nota al pie: “(...) benimtmir diese Sicherheitundlädiertmichschondurcheben diesen Zustand, indemernebenmirist, obgleichnichtthätig (facto), dochdurch die Gesetzlosigkeitseines Zustandes (statu iniusto), wodurchichbeständig von ihmbedrohtwerde”.

es incompatible con la suya, y es necesario que uno de los dos parezca, y así cuando (sic) se hace morir al culpable es como enemigo no como ciudadano. Las escrituras del proceso y el juicio son las pruebas de que él ha quebrantado el tratado social, y por consiguiente que no es ya miembro del Estado; y no siendo reconocido como tal, más o menos según su delito, debe ser penado, o con destierro como infractor del pacto con la muerte como enemigo público, porque un tal enemigo no es una persona moral, es un hombre; y entonces es cuando tiene fuerza el derecho a la guerra, a saber: matar al vencido.

d) Filosofía de Johann Gottlieb Fichte

Por su parte Fichte, afirma quien abandona el contrato ciudadano en un punto en el que en el contrato se contaba con su prudencia, sea de modo voluntario o por imprevisión, en sentido estricto pierde todos sus derechos como ciudadano y como ser humano, y pasa a un Estado de ausencia completa de derecho. Fichte atenúa la muerte civil, por regla general mediante la construcción de un contrato de penitenciaria. Fichte también concibe la privación de derechos en el caso de asesinato intencionado, y además afirma “que a falta de personalidad la ejecución del criminal “no” (es una pena sino sólo instrumento de seguridad).

3.2.2. La Expansión del Derecho Penal

A este respecto el profesor Jesús María Silva Sánchez ha realizado una propuesta interesante que la denomina Derecho Penal de tres velocidades.

La primera de ellas trata de un derecho penal “de la cárcel”, en el que habrían de mantenerse rígidamente los principios político-criminales clásicos, las reglas de imputación y los principios procesales”.

La segunda velocidad está dada por “un derecho penal más alejado del núcleo de lo criminal en el que se impusieran penas más próximas a sanciones administrativas (privativas de derechos, multas, sanciones que recaen sobre personas jurídicas) flexibilizando los criterios de imputación y garantías político- criminales”.

Finalmente la tercera, centrará básicamente en el ámbito socio—económico y que se caracterizará por “la existencia de un derecho penal de privación de libertad con reglas de imputación y procesales menos estrictas, claro que esta velocidad de reducirse al mínimo posible y sólo debe ser respecto de situaciones excepcionales como lo son por ejemplo el terrorismo y el narcotráfico con sus derivados.

La utilización de los delitos de peligro en su modalidad abstracta es posible, primero porque el injusto penal no sólo es la lesión o menoscabo del bien jurídico sino que además su puesta en peligro, en

ese sentido el peligro abstracto representa la puesta en peligro del bien jurídico tutelado, en segundo término creo el derecho penal al ser un sistema, necesariamente debe acoplarse a los cambios y características de las sociedades modernas que crean bienes jurídicos colectivos a propósito de las conductas riesgosas desarrolladas en las mismas, entonces la utilización de esta clase delitos representa una mayor utilidad y eficiencia para la protección del bien jurídico, claro está, que en el uso de ellos, debe restringirse y en ello compartiendo la postura de la tercera velocidad en cuanto a que, debe ocupársele en situaciones excepcionales y además en su construcción debe velarse siempre por principios de derecho penal liberal, tales como, el de proporcionalidad, legalidad.

Según Silva Sánchez, el paradigma del Derecho penal clásico es el homicidio de un autor individual. No resulta aventurado sostener que la mayor parte de las garantías clásicas del Derecho penal adquieren su fundamento en esta constatación. El paradigma del Derecho penal de la globalización es el delito económico organizado tanto en su modalidad empresarial convencional, como en las modalidades de la llamada macro criminalidad: terrorismo, narcotráfico o criminalidad organizada (tráfico de armas, mujeres o niños). La delincuencia de la globalización es delincuencia económica, a la que se tiende a asignar menos garantías por la menor gravedad de las sanciones, o es criminalidad perteneciente al ámbito de la clásicamente denominada legislación «excepcional», a la que se tiende a asignar menos garantías por el enorme potencial

peligroso que contiene. Sucede, aquí, por tanto, algo similar a lo reflejado sumariamente en cuanto a las reglas dogmáticas de imputación²⁵.

“El conjunto de fenómenos sociales, jurídicos y políticos reseñados en los apartados anteriores está teniendo en el Derecho penal un cúmulo de efectos, que configuran lo que hemos dado en llamar «expansión». A algunas de las manifestaciones de la «expansión» ya se ha hecho alusión ejemplificativa más arriba: así, a la flexibilización de los principios político-criminales o de las reglas de imputación. En otras manifestaciones, en particular las relativas al incremento y ampliación de las sanciones...”²⁶.

Las dos velocidades del Derecho penal. Una primera velocidad, representada por el Derecho penal de la cárcel, en el que habrían de mantenerse rígidamente los principios político-criminales clásicos, las reglas de imputación y los principios procesales; y una segunda velocidad, para los casos en que, por no tratarse ya de la cárcel, sino de penas de privación de derechos o pecuniarias, aquellos principios y reglas podrían experimentar una flexibilización proporcionada a la menor intensidad de la sanción. La pregunta que hay que plantear, en fin, es la de si puede admitirse una «tercera velocidad» del Derecho penal, en la que el

²⁵ SILVA SANCHEZ, Jesús María. La expansión del derecho penal aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. 2da Ed. Civitas España 2001, Pág. 99.

²⁶ SILVA SANCHEZ, Jesús María. Ob. Cit. Pág. 121

Derecho penal de la cárcel concorra con una amplia relativización de garantías político-criminales, reglas de imputación y criterios procesales²⁷.

Como puede fácilmente derivarse de lo expuesto, un Derecho penal de la tercera velocidad existe ya, en amplia medida, en el Derecho penal socioeconómico. Y, como puede también desprenderse de lo manifestado más arriba²⁸. Ahora bien ¿significa esto que no debe quedar espacio alguno para un Derecho penal de tercera velocidad. Esto es ya más discutible, si tenemos en cuenta la existencia, al menos, de fenómenos como la delincuencia patrimonial profesional, la delincuencia sexual violenta y reiterada, o fenómenos como la criminalidad organizada y el terrorismo, que amenazan con socavar los fundamentos últimos de la sociedad constituida en Estado. Sin negar que la «tercera velocidad» del Derecho penal describe un ámbito que debería ser deseablemente reducido a la mínima expresión, aquí se acogerá con reservas la opinión de que la existencia de un espacio de Derecho penal de privación de libertad con reglas de imputación y procesales menos estrictas que las del Derecho penal de la primera velocidad es, seguramente, en algunos ámbitos excepcionales y por tiempo limitado, inevitable²⁹.

La cuestión anterior guarda una estrecha relación con el denominado, desde la difusión de esta terminología por JAKOBS,

²⁷ SILVA SANCHEZ, Jesús María, Ob. Cit. Pág. 163

²⁸ Mi punto de vista es que, en este caso, su ámbito debe reconducirse ya a la primera, ya a la segunda velocidad mencionadas.

²⁹ *Ibídem*

«Derecho penal del enemigo» (Feindstrafrecht), que se contrapone al de los ciudadanos (Bürgerstrafrecht). Si nos atenemos a la definición de este autor, el enemigo es un individuo que, mediante su comportamiento, su ocupación profesional o, principalmente, mediante su vinculación a una organización, ha abandonado el Derecho de modo supuestamente duradero y no sólo de manera incidental. En todo caso, es alguien que no garantiza la mínima seguridad cognitiva de su comportamiento personal y manifiesta este déficit a través de su conducta. Las características del Derecho penal de enemigos serían entonces, siempre según JAKOBS, la amplia anticipación de la protección penal, esto es, el cambio de perspectiva del hecho pasado a uno venidero; la ausencia de una reducción de pena correspondiente a tal anticipación; el tránsito de la legislación jurídico-penal a la legislación de lucha; y el socavamiento de garantías procesales³⁰

3.2.3. El Enemigo en Derecho Penal

Es una necesidad en la defensa del concepto de Derecho penal del enemigo, la determinación de quienes han de serlo³¹. Si previamente se desconoce quiénes son los enemigos, las normas jurídicas perderían su eficacia orientadora para el ciudadano, y dejaría de justificarse la separación entre Derecho penal del enemigo y Derecho penal del ciudadano. La pregunta es, por tanto, quien ha de ser destinatario del

³⁰ *Ibidem*

³¹ Tatjana HÖRNLE, "Deskriptive und normative Dimensionen des Begriffs Feindstrafrecht", GA 2006, Pág. 89 y ss.

derecho penal del enemigo; la respuesta no será quien es el enemigo, porque precisamente es un punto de partida conceptual del mismo Derecho penal de enemigo, la inseguridad cognitiva, y por tanto, la dificultad de identificar al enemigo concreto. Por este motivo, cuando se pregunta por el destinatario del derecho penal del enemigo –lo que es una cuestión no sólo conceptualmente decisiva, sino urgente - debe precisarse, sobre todo, cuáles son los delitos respecto de los cuales se considera que quienes los cometen son o pueden ser enemigos³².

El Derecho Penal del Enemigo se concibe como la vinculación entre una persona (ciudadano) y un enemigo, y que se da a través de la coacción³³.

Según Silva Sánchez lo característico del «enemigo» es el abandono perdurable del Derecho y la ausencia de la mínima seguridad cognitiva en su conducta, entonces parecería que el modo de afrontarlo sería el recurso a medios de aseguramiento cognitivo que no tendrían la naturaleza de penas.

³² Una aproximación sobre este punto, que HÖRNLE (GA 2006, Pág. 89 y ss.) considera demasiado vaga (außerordentlichvage), puede encontrarse en JAKOBS (Eser/Hassemer/Burkhardt (edic.), Die deutscheStrafrechtswissenschaftvor der Jahrtausendwende, 2000, Pág. 51 y ss) en la definición de determinados delitos que suponen que el individuo “en todo caso presumiblemente ha abandonado el derecho de forma permanente”.

³³ Kant Inmanuel citado por Gunther Jakobs y Cancio Meliá. Derecho Penal de Enemigo. Civitas, 2003; Pág. 26

El tránsito del ciudadano al enemigo se iría produciendo mediante la reincidencia, la habitualidad, la profesionalidad delictiva y, finalmente, la integración en organizaciones delictivas estructuradas. Y en este tránsito, más allá del significado de cada hecho delictivo concreto, se manifestaría una dimensión fáctica de peligrosidad, a la que habría que hacer frente de un modo expeditivo. El Derecho del enemigo —cabría pensar— sería, entonces, ante todo el Derecho de las medidas de seguridad aplicables a imputables peligrosos. Ello, aunque tales medidas se mostraran en ocasiones bajo la apariencia formal de penas. Expresado de otro modo, no habría un Derecho «penal», en sentido estricto, de enemigos”³⁴.

El ámbito de los enemigos, caracterizado hasta ahora por la ausencia de la seguridad cognitiva mínima de las conductas, muestra además en algunos casos una dimensión adicional, complementarla, de negación frontal de los principios políticos o socio-económicos básicos de nuestro modelo de convivencia. A la vez, en casos de esta naturaleza (criminalidad de Estado, terrorismo, criminalidad organizada) surgen dificultades adicionales de persecución y prueba. De ahí que, en estos ámbitos, en los que la conducta delictiva no sólo desestabiliza una norma en concreto, sino todo el Derecho como tal, pueda plantearse la cuestión del incremento de penas de prisión, a la vez que la de la relativización de las garantías sustantivas y procesales. Ahora bien, en todo caso, conviene subrayar que el Derecho penal de la tercera velocidad no puede

³⁴ SILVA SANCHEZ Ob. Cit. Pág. 164-165

manifestarse sino como el instrumento de abordaje de hechos «de emergencia», siendo expresión de una especie de «Derecho de guerra» en el que la sociedad, ante la gravedad de la situación excepcional de conflicto, renuncia de modo cualificado a soportar los costes de la libertad de acción³⁵.

3.2.4. Justificación de la presencia del Derecho Penal del Enemigo

La legitimación material reside en que las leyes penales son necesarias para el mantenimiento de la forma de la sociedad y el estado. No existe ningún contenido de las normas penales, sino que los contenidos posibles se rigen por el respectivo contexto de la regulación o más claramente aun, “La contribución que al derecho penal presta al mantenimiento de la configuración social y estatal reside en garantizar las normas”. Y para confirmar decepcionante desmaterialización conceptual y crítica de la teoría del bien jurídico, en el caso improbable que haya quedado alguna duda, Jakobs agrega: Por eso –aun contradiciendo el lenguaje actual- se debe definir como el bien a proteger la firmeza de las expectativas normativas esenciales frente a la decepción, firmeza frente a las expectativas que tiene el mismo ámbito que la vigencia de la norma puesta en práctica”, este bien es el que Jakobs denomina a partir de allí “Bien jurídico penal”. "Bien jurídico penal, no es la cosa ajena a la relación

³⁵ SILVA SANCHEZ Ob. Cit, pág. 166

del propietario, sino la validez contenida en la norma". "Bien jurídico penal es la vinculatoriedad práctica de la norma"³⁶.

“En el sistema del Derecho penal de hecho la pena conecta con el hecho antijurídico, pero sólo es decisivo para la punibilidad el reproche que quepa dirigir al autor por la realización de un hecho configurado en sus elementos (culpabilidad por el hecho). Por el contrario en el sistema de Derecho penal de autor la pena se vincula directamente a la peligrosidad del autor, la que, para justificar de alguna manera la pena, tiene que reconducirse a la “culpabilidad por el modo de vida”. Aquí lo decisivo es el reproche consistente en que el autor se ha convertido en una personalidad criminal”³⁷.

3.2.5. El Adelantamiento de la Barrera de Punibilidad (Variable Independiente)

3.2.5.1. Aspectos generales

La anticipación de la punibilidad (o adelantamiento de la punibilidad) se da cuando el Estado, en ejercicio del *ius puniendi*, consagra la sanción de conductas que no representan una puesta en peligro o una lesión efectiva de un bien jurídico, sino más bien, conductas

³⁶ Jakobs, Günther, Derecho Penal. Parte general, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid 1997, pág. 44 y ss.

³⁷ Jescheck, Hans Heinrich. Tratado de Derecho Penal. Parte General, editores Comares, Granada, 1993, pág. 47

que se encuentran en estadios previos³⁸. En otras palabras, el Estado reprocha (pena) conductas que, en principio, pertenecen aún al ámbito de libertades del sujeto (serían meros actos preparatorios), o bien, tiene por consumadas conductas que sólo podrían haberse encuadrado en el ámbito de la tentativa³⁹.

Constatada la existencia real de un Derecho penal de tales características —sobre lo que no parece que pueda plantearse duda alguna—, la discusión fundamental versa sobre la legitimidad del mismo. Ciertamente ésta habría de basarse en consideraciones de absoluta necesidad, subsidiariedad y eficacia en un marco de emergencia. Pero queda en pie la cuestión conceptual de si, entonces, el Derecho penal del enemigo sigue siendo Derecho o es ya, por el contrario, un no-Derecho, una pura reacción defensiva de hecho frente a sujetos excluidos. Tratándose de reacciones ceñidas a lo estrictamente necesario para hacer frente a fenómenos excepcionalmente graves, que puedan justificarse en términos de proporcionalidad y que no ofrezcan peligro de contaminación del Derecho penal de la normalidad seguramente cabría admitir que, aunque en el caso del Derecho penal de la tercera velocidad

³⁸ Por ejemplo: todo sujeto tiene derecho a la reunión y a la libre asociación; sin embargo, el Estado —con la consagración del artículo sobre asociación delictuosa— adelantó la barrera de punición al considerar que ya era reprochable (y sancionable) cuando dos o más personas se asocian con fines delictivos. En este supuesto, los sujetos no han ejecutado aun una conducta que atenta o lesiona directamente un bien jurídico (vida, integridad física, etc), pero de todas formas, al consagrarse ese artículo, su asociación con fines delictivos resulta penalmente reprochable.

³⁹ María Eloísa Quintero. La anticipación de la punibilidad, INACIPE DIGITAL, consultado en <http://digital.inacipe.gob.mx/post/17551356273/la-anticipacion-de-la-punibilidad>. El 22/06/15

nos hallemos ante un mal éste pueda ser el mal menor. Pero es evidente que esta justificación obliga a una revisión permanente y especialmente intensa de la concurrencia de los presupuestos de regulaciones de esa índole⁴⁰.

A través de los delitos de asociación, se castiga un comportamiento que externamente es, en la mayoría de las ocasiones absolutamente neutral, por el mero hecho de que la mera convocatoria pueda generar el riesgo de comportamientos lesivos posteriores. Por medio de la punición autónoma de actos preparatorios se logra la prohibición de planes de acción que, hasta el momento de su incriminación o criminalización primaria, se encontraban hallado previo al principio de ejecución de los clásicos delitos de lesión. En ocasiones se regulan formas de preparación específicas (a veces con la exigencia de un especial elemento subjetivo del tipo, a veces sin esa exigencia), y en otros casos se prohíbe cualquier escenario de actividad identificable desde la perspectiva del ilícito de lesión⁴¹.

En estas serie de los delitos de asociación, la lesión al bien jurídico bastante más alejada de la situación de hecho que se releva con la redacción típica. La generalidad de la doctrina sostiene que este tipo de delitos afecta en sí mismo la tranquilidad de la población en general, por

⁴⁰ SILVA SANCHEZ Ob. Cit. pág. 166-167

⁴¹ ANTICIPACIÓN DEL DERECHO PENAL: ¿Cuál es la frontera?. Nuevamente sobre el poder de las garantías en la moderna dogmática jurídico penal. Maximiliano A. Ruscon: www.palermo.edu/Archivos_content/derecho/pdf/expansion.pdf

cuanto el fenómeno de la delincuencia organizada implica, por esa sola circunstancia, una razonable amenaza para la seguridad personal y una mayor cuota de alarma social que la criminalidad de este delito no reside en la lesión efectiva de cosas o personas, sino en la persecución que aquél tiene en el espíritu de la población y en el sentimiento de tranquilidad pública, produciendo alarma y temor por lo que puede suceder. Esto constituye una palmaria demostración de las respuestas político-criminales de carácter demagógico y alejado, del mismo modo que la conducta tipificada de la lesión del bien jurídico, del Estado Constitucional de Derecho, ganando terreno el poder estatal de reprimir conductas en un claro desmedro del mantenimiento de las esferas privadas de los individuos⁴².

Tomar como exclusivo punto de partida el bien jurídico conduce sin duda al desbordamiento, porque con ello cae por completo fuera de la perspectiva la esfera jurídica del autor. El autor viene definido tan solo por el hecho de que puede constituir un peligro para el bien jurídico, con el añadido de que cabe anticipar potencialmente sin límite alguno, el comienzo de tal peligro. Jakobs, continua diciendo que El autor no tiene ninguna esfera privada, ningún ámbito para una conducta –todavía –no-socialmente– relevante, sino que es solo frente al peligro o, con otra palabras, enemigo del bien jurídico habría que combatir penalmente

⁴² La garantía del concepto de bien jurídico como una barrera de contención Infranqueable al adelantamiento del poder punitivo. H. Gabriel Palmeiro: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/46367.pdf>

incluso los pensamientos peligrosos o más aun, las fuentes de los que surgen esos pensamientos peligrosos⁴³.

3.2.5.2. Formas de aparición de la anticipación de la barrera de punibilidad

La anticipación de la tutela penal, desde un enfoque que no reduce el injusto a la producción de una lesión efectiva sino que también abarca la capacidad lesiva ex ante, equivale a la criminalización de conductas que no lesionan o que no representan una puesta en peligro, materialmente relevante, del bien jurídico⁴⁴. Desde esta perspectiva se suelen nombrar como formas de antelación a los delitos de peligro abstracto, los delitos de tentativa y emprendimiento.

En los delitos de tentativa y emprendimiento no tiene por qué haber una antelación ya que el comportamiento recogido en el tipo puede suponer (perspectiva ex post) una lesión (parcial o total) del bien jurídico. Así mismo, los delitos de tentativa y emprendimiento, cuando no sean ya una lesión del bien jurídico tutelado, recogen conductas con capacidad de afectación suficiente (directa ex ante). En estos casos, habrá una anticipación si se utiliza un concepto muy amplio de anticipación que incluya todos los supuestos en los que no haya un efectivo menoscabo

⁴³ JAKOBS, Günther, "Criminalización en el estadio previo a la lesión del bien jurídico", en "Estudios de derecho penal" Traducción de Rodríguez Ramos, Suárez González, Cancio Meliá, Civitas, Madrid, pág. 295.

⁴⁴ Normalmente se afirma que el peligro penalmente relevante es la puesta en peligro concreto.

del interés tutelado. Sin embargo, olvida que la tentativa, con independencia de que sea sancionada de forma autónoma o mediante la extensión del alcance del tipo, no es una anticipación de la tutela cuando se maneja un concepto más restrictivo, de modo que estos comportamientos se integran en una idea de injusto originario vinculado tanto a la lesión como a la puesta en peligro suficiente⁴⁵.

También es confusa porque utiliza indistintamente dos criterios de clasificación. Confluyen conductas cuya denominación obedece a la posición que tienen dentro del proceso del delito, otras, empero, responden al juicio de peligrosidad utilizado. Es preferible recurrir a otros términos que expresan con mayor claridad la separación de las formas de anticipación en dos grupos: en función de la peligrosidad de las conductas y de la fase del iter criminis que ocupan. En este último grupo se tendría que tener en cuenta, así mismo, que, dentro del criterio de ordenación iter criminis, en concreto en el grupo actos preparatorios, se incluyen conductas que pertenecen al iter criminis de la participación.

El análisis aislado de ambos criterios (peligrosidad y fase del iter criminis) no debe ocultar los vínculos existentes entre ellos. Las fases del iter criminis se castigan porque contienen una peligrosidad que se considera penalmente relevante. Los delitos de peligro representan la

⁴⁵ Juan L. Fuentes Osorio. Formas de anticipación de la tutela penal, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología: consultado en <http://criminnet.ugr.es/recpc/08/recpc08-08.pdf>, el 23/06/2015

persecución penal de conductas que no lesionan necesariamente el bien jurídico, que ocupan una posición dentro un iter criminis concreto, y que deben tener una sanción proporcional a su situación en esa escala de proximidad a la consumación de la lesión del bien jurídico.

Esta tarea, por llamarla de alguna manera, ha sido abordada por el Derecho penal con la creación de nuevos tipos penales o la adaptación de los ya existentes a la exigencia actual, así se habla de la creación de tipos penales de peligro (concreto y abstracto), del adelantamiento de las barreras de punibilidad, del aumento en la penalidad de tipos que anteriormente pasaban casi desapercibidos y que aún hoy se discute su legitimidad (caso de los referidos a la protección del medio ambiente), y lo que últimamente ha generado una gran polémica doctrinaria, respecto a la constatación realizada por Jakobs, de la existencia de un Derecho penal del enemigo a contraposición del llamado Derecho penal del ciudadano⁴⁶.

En resumen, la confluencia de ambos criterios en el análisis del fenómeno de la anticipación es obligatoria: se trata del análisis de comportamientos que nunca deja de ser delitos del iter criminis y delitos de peligro al mismo tiempo, y de ambos aspectos se derivan diferentes reflexiones dogmáticas que han de ser tenidas en cuenta.

⁴⁶ Francisco A. Vega Pérez. ¿SOCIEDAD DE RIESGO EN EL PERÚ?, Derecho y Cambio Social, consultado en http://www.derechoycambiosocial.com/revista021/sociedad_de_riesgo_en_el_peru.pdf: el 22/06/2015

Los delitos de peligro suponen un adelantamiento de la barrera penal a momentos previos a la lesión, en aquellos ámbitos en los que la experiencia ha permitido tipificar, suficientemente, los límites de la norma de cuidado⁴⁷.

3.2.6. El Delito de Peligro

La actualidad de las sociedades se encuentra inmersa frente a diferentes riesgos que pueden ser atribuidos como un producto de la modernidad. A su vez, las personas manifiestan gran temor frente a estos peligros, tal como queda de manifiesto en las constantes y continuas encuestas de percepción ciudadana, no tan solo en Perú, sino que en el resto de latinoamérica, temor que fundado o infundado -que más aún se vea crecentado por los medios de comunicación social, finalmente existe. Es así como hoy se suele considerar con fuerza el concepto de sociedad peligrosa o de conductas peligrosas. No obstante, cabe destacar que construcciones típicas como estas no son nuevas para el derecho penal; con anterioridad ya se estipulaba.

El legislador del último tiempo no ha quedado indiferente frente a estos riesgos e inseguridades y ha incorporado los delitos de peligro como una manera de proteger anticipadamente bienes jurídicos⁴⁸.

⁴⁷ MENDOZA BUERGO, Blanca. Límites dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto, Granada, Comares, 2001, pág. 1.

⁴⁸ La incorporación de estos delitos se viene acrecentado en los últimos décadas

Los delitos de peligro suponen un adelantamiento de la barrera pena a momentos previos a la lesión, en aquellos ámbitos en los que la experiencia ha permitido tipificar, suficientemente, los límites de la norma de cuidado.⁴⁹ En caso contrario, el legislador ha optado por tipificar la producción imprudente de efectos no deseados, lo que corresponde a la posición doctrinal mayoritaria.

Se habla de peligro y lesión, según la intensidad del ataque al bien jurídico. Así Marino Barbero Santos⁵⁰ entiende que en los delitos de lesión se produce un menoscabo o destrucción del bien jurídico, en tanto que los delitos de peligro se situarían en un momento anterior a dicha lesión. Santiago Mir Puig se refiere a un resultado, que constituye la proximidad a la lesión del bien jurídico.⁵¹ En igual sentido, Juan Bustos Ramírez se refiere a la “probabilidad de lesión concreta para un bien jurídico determinado”.⁵² José Sáenz Cantero habla también de probabilidad de destrucción del bien jurídico,⁵³ e iguales términos emplea José Rodríguez Devesa.⁵⁴

⁴⁹ MENDOZA BUERGO, Blanca. Ob. Cit., pág. 1.

⁵⁰ Contribución al estudio de los delitos de peligro abstracto”, en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Madrid, 1973, especialmente pág. 487 y ss. y 492

⁵¹ MIR PUIG, Santiago. Derecho Penal. Parte general, Barcelona, PPU, 1990, Pág. 222 y SS.

⁵² BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Manual de Derecho Penal. Parte general, Madrid, Ariel, 1994, pág. 263.

⁵³ SÁINZ CANTERO, José. Lecciones de Derecho Penal. Parte general, V. II, Madrid , 1988, pág. 296-297.

⁵⁴ RODRÍGUEZ DEVESA, José. Derecho Penal español. Parte general, Madrid, Dykinson, 1991, pág. 427-428.

Por su parte, Cerezo Mir José, exige que en los “delitos de peligro concreto, el bien jurídico haya entrado en el radio de acción de la conducta y que la lesión sea probable”⁵⁵. En igual sentido, tomando por referencia el bien jurídico, señalan Escrivá Gregori, José M⁵⁶ y Octavio de Toledo/Huerta Tocildo, Susana⁵⁷.

Por lo tanto dicha denominación es un concepto eminentemente normativo, que alude a un juicio de probabilidad de que un bien jurídico pudiera ser lesionado, aun cuando dicho daño no llegue a verificarse. Ahora bien, si partimos del principio según el cual el Derecho Penal tiene por misión la protección de bienes jurídicos,⁵⁸ lo cual parece es el criterio de distinción más acertado, puede señalarse que⁵⁹: Por una parte, queda determinado como objeto de ataque por el sujeto lo que constituye el elemento básico de protección; y Por otra parte se establece un límite que dé garantía en los delitos de peligro, al exigirse que al menos la lesión del bien jurídico sea probable, con lo cual se reduce el riesgo de castigo de conductas meramente formales o de simple desobediencia a la norma.

⁵⁵ CEREZO MIR, José. Curso de Derecho Penal español. Parte general, V. I, Madrid, Tecnos, 1990, pág. 330

⁵⁶ ESCRIVÁ GREGORI, José M. La puesta en peligro de bienes jurídicos en Derecho Penal, Barcelona, Bosch, 1976, pág. 38 y ss

⁵⁷ Octavio de Toledo/Huerta Tocildo, Susana, Derecho Penal. Parte general. Teoría jurídica del delito, Madrid, 1986, pág. 163 y ss

⁵⁸ Sobre el particular, véase Jakobs, Günther, “¿Qué protege el derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?”, en el Libro homenaje a Günther Jakobs. El funcionalismo en Derecho Penal, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003

⁵⁹ Miguel Ángel Aguilar López, DELITOS DE PELIGRO E IMPUTACIÓN OBJETIVA pág. 4: http://www.cienciaspenales.net/files/2016/11/2_delitos-de-peligro.pdf

3.2.6.1. Clasificación de los delitos de peligro

Es clásica la distinción entre dos clases de peligro: el concreto y el abstracto.

En los primeros, el tipo requiere la concreta puesta en peligro del bien jurídico; el peligro concreto es el resultado típico. De ahí se sigue que la afirmación de la tipicidad de estos delitos pasa por la prueba de que la conducta produjo en el supuesto real un peligro, el que debe coincidir con el establecido en la ley. Es decir, existe una situación o estado de peligro separable de la conducta. En los de peligro abstracto, por el contrario, se castiga una acción típicamente peligrosa o peligrosa en abstracto, en su peligrosidad típica, sin exigir, como en el caso concreto que, efectivamente, se haya puesto en peligro el bien jurídico protegido⁶⁰. Como sería en el caso de conducción de estado de ebriedad peligro abstracto es cuando se tipifica el sólo hecho de conducir en estado de conducir vehículo motorizado en estado de ebriedad; por su lado, el peligro concreto es cuando el conductor ebrio realiza maniobras como saliéndose del autopista y sube a la calzada donde se encuentran peatones.

Es importante resaltar que el razonamiento fundamental es, pues, la perspectiva ex ante (peligrosidad de la acción) o ex post (resultado de peligro) adoptada para evaluarlos. Un caso claramente ejemplificativo de

⁶⁰ Miguel Ángel Aguilar López, Ob. Cid. pág. 6

los delitos de peligro abstracto sería la conducción bajo influencia de bebidas alcohólicas o narcóticos, conducta generalmente muy peligrosa, pero sin exigir una concreta puesta en peligro.⁶¹ Esta diferente configuración del tipo objetivo (la exigencia en los primeros del peligro como resultado separado de la acción peligrosa, frente a la peligrosidad de la conducta como elemento caracterizador de los segundos), impone un tratamiento diferenciado de ambas clases de delitos también en el análisis del tipo objetivo, lo que explica el esquema de trabajo que se expone.

En el Peligro abstracto, son aquellos en los que “se castiga una conducta típicamente peligrosa como tal, sin que en el caso concreto tenga que haberse producido un resultado de puesta en peligro⁶².

Por consiguiente lo que caracteriza a esta clase de delitos es que en ellos el peligro no es un elemento típico, sino un mero motivo del legislador para la tipificación de la acción sobre la base de la peligrosidad general de la misma, demostrada estadísticamente⁶³. De esta manera este tipo de delitos constituye claramente anticipación a la tutela penal

⁶¹ La doctrina moderna considera que el objeto del peligro común es la colectividad, aunque esto no signifique poner en peligro, necesariamente, a una pluralidad de personas, sino que esa colectividad puede estar representada por una sola persona, indeterminada ex ante, como parte de esa colectividad.

⁶² ROXIN, Claus. Derecho Penal Parte General, Tomo I: fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito. Traducido por LUZÓN, Peña, Diego—Manuel, DÍAZ Y GARCIA CONLLEDO, Miguel, REMBSAL DE VICENTE, Javier. Madrid: Civitas, 1997, 2º edición, pág.407

⁶³ RODRIGUEZ, MONTAÑÉS, Teresa. Delitos de peligro, dolo e imprudencia. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2004, pág. 281

toda vez se adelanta a la protección a momentos en que ni siquiera se logrará llevar a cabo el resultado lesivo, es decir se castiga una conducta que se encuentra desvinculada de un resultado el que además nunca se verificará.

En el Peligro Concreto, es aquellos que a diferencia de los de peligro abstracto el tipo “requiere la concreta puesta en peligro del bien jurídico: el peligro concreto es el resultado típico”⁶⁴.

Por otro lado, la categoría de los llamados delitos de peligro abstracto ha sido creada de un modo contrario a las normas constitucionales que exigen, como presupuesto de imposición de una consecuencia jurídica, la acreditación de la afectación a bienes jurídicos de terceras personas. Ello sucede, por cuanto suele pretenderse que los citados delitos son tales por el hecho de presumirse, sin admitir prueba en contrario, que afectan un bien jurídico ajeno (aunque en verdad ello no ocurra). Con ello no sólo se violenta el derecho a la “presunción de inocencia,⁶⁵ sino que además se permite la punición sin afectación alguna a la disponibilidad de derechos de terceras personas⁶⁶.

⁶⁴ RODRIGUEZ MONTAÑEZ, Teresa. Ob. Cit., pág. 30.

⁶⁵ En donde evidentemente es exigido por el Estado como condición para imponer penas, la prueba de todas y cada uno de los presupuestos de punibilidad y que correlativamente no requiera al imputado la prueba de ninguna circunstancia de no punibilidad.

⁶⁶ Miguel Ángel Aguilar López, Ob. Cid. pág. 7.

3.2.6.2. Tipos de conductas descritas en los delitos de peligro abstracto.

Se puede apreciar desde una perspectiva ex ante que en los delitos de peligro se encuentran las siguientes descripciones de la conducta atendiendo al grado de peligros. Aquellas que no son en absoluto peligrosas, por ejemplo las relativas a la penalización de conductas del ámbito administrativo o aquellas que tienen una peligrosidad directa, como la conducción de un vehículo motorizado en estado de ebriedad o bajo sustancias sicotrópicas.

Se incluye en esta categoría aquellas conductas que consideradas de forma aislada presente un bajo nivel de riesgo pero este se incrementa en la medida que se desarrolle frecuentemente la conducta de manera tal que esta puede generar la lesión del bien jurídico, a esto se le conoce como daño acumulativo y el ejemplo clásico corresponde a los delitos relativos al medio ambiente, donde la conducta consideradamente aislada, por ejemplo derrame en una oportunidad de ciertos tóxicos tiene una baja ocurrencia de afectar el ecosistema en su conjunto, pero si la conducta se sucede una tras otra, día a día, puede llegar a afectar en importancia.

Aquellas que poseen una peligrosidad mediata, estas se refieren a las conductas que sólo son capaces de facilitar la realización de otra

actividad delictiva, como por ejemplo los actos preparatorios y la tentativa de participación.

3.2.7 Teorías acerca del delito de peligro

3.2.7.1. Teoría Subjetiva.

Se origina a fines del siglo XIX y con gran influencia del positivismo, para esta teoría el peligro “sólo podía concebirse como una mera impresión psicológica (entendida como juicio de orden subjetivo, o como impresión subjetiva que parte del sujeto pasivo del hecho delictivo)”⁶⁷.

Para los positivistas el peligro era una creación de la mente, puesto que la única realidad existente es el mundo físico y sus leyes, por lo que el peligro al carecer de entidad real, sólo puede ser la impresión del miedo o temor del sujeto pasivo.

La crítica principal que se le hace proviene por parte de Angioni quien señala que los partidarios de las tesis subjetivistas consiguen atribuir al peligro un desvalor autónomo y propio, en detrimento, sin embargo, de la objetividad del desvalor⁶⁸.

⁶⁷ MENDEZ RODRÍGUEZ, Cristina. Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación. Servicio publicaciones facultad derecho, Universidad Complétense, Madrid, 1993, p. 53

⁶⁸ AN GIONI. Contenuto e funzioni del concetto di bene giurídico, Milano: Giuffie, 1983, pág. 19. En: MENDEZ, RODRÍGUEZ, Cristina. Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación, Madrid: Servicio publicaciones facultad derecho, Universidad Complétense Madrid, 1993, pág. 56.

3.2.7.2. Teoría Objetiva

Para esta teoría el peligro tiene, una entidad propia objetiva donde su existencia no depende de la apreciación subjetiva de quien debe valorar esa situación sino que goza de autonomía ya que se trata de una entidad real, objetiva, que comporta la posibilidad o probabilidad del peligro produzca un resultado⁶⁹.

En este contexto, el peligro está configurado por la probabilidad de producción, es decir, “podría denominarse peligroso un estado de cosas concebido en general, que representan una elevada probabilidad de producción de un resultado lesivo”⁷⁰.

Aquí, la probabilidad juega un rol preponderante en los delitos de peligro concreto o abstracto, ya que en un caso puede comprender la alta posibilidad fáctica de lesión de un bien jurídico atendida la conducta desplegada, en cuyo caso el delito será considerado de peligro concreto, y en otro, donde la conducta desplegada puede originar una causa que confluya en la lesión de un bien jurídico, en que la lesión resulta poco probable y además irrelevante, llegando sólo la realización de la conducta peligrosa, lo que conlleva a un delito de peligro abstracto.

En general, ambas teorías no contribuyen en una elaboración uniforme del concepto, sino que sólo trasladan el juicio del peligro a dos

⁶⁹MENDEZ, Cristina. Ob. Cit., pág. 57

⁷⁰ RODRIGUEZ, Ob. Cit., pág. 30

momentos distintos; para la teoría subjetiva el juicio de peligrosidad se realizará ex ante de la realización de la conducta y en la objetiva dicha valoración se hará ex post. Sin perjuicio de ello la teoría objetiva se presenta como la mejor opción, puesto que no sólo pone el acento en la conducta desplegada sino que además contempla el resultado, permitiendo con ello que el juicio de peligrosidad no que de entregado enteramente a la impresión subjetiva del juzgador.

Respecto de las críticas -también recogidas de Angioni—, estas radican en que se trata “al peligro como una realidad existente por sí misma y con vida propia, desconociendo que en la realidad no existen peligros independientes, sino entidades reales, hechos, acciones, objetos, resultados peligrosos”.⁷¹

3.2.8 Teorías que fundamentan al delito de peligro abstracto

3.2.8.1 Teoría de la peligrosidad

De acuerdo a esta teoría el legislador mediante el delito de peligro abstracto lo que pretende es prohibir conductas generalmente peligrosas conforme a la experiencia, por lo tanto, el sentido de la prohibición no se dirige a la capacidad lesiva o efectivamente peligrosa de la conducta

⁷¹ ANGIONI. *Contenuto e funziom' del concetto di bene giuridico*, Milano: Giuffi'e, 1983, p. 19. En: MENDEZ, RODRÍGUEZ, Cristina. *Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación*. Madrid: Servicio publicaciones facultad derecho, Universidad Complétense Madrid, 1993, pág. 67

desplegada, sino que en cuanto “pertenece a una clase de acciones que, con frecuencia significativa producen lesiones de bienes jurídicos⁷².

3.2.8.2 Teoría de la peligrosidad abstracta

En ella se describen ciertas conductas consideradas peligrosas dado que poseen las condiciones mínimas suficientes para causar un daño. A diferencia de la teoría anterior, ésta no se sustenta en relaciones estadísticas, sino que utiliza un método inductivo donde al realizarse las condiciones mínimas capaces eventualmente de provocar daño, se concluye que dicho comportamiento es peligroso en abstracto.

El legislador establece por tanto, una presunción de que todo comportamiento típico posee la relevancia lesiva típica, realiza el peligro abstracto, aún en el caso de absoluta no peligrosidad en concreto, y por ello suele hablarse de una presunción de peligro o peligrosidad *iuris et de iure*.⁷³

Corresponde entonces determinar si los principios fundantes del derecho penal, en especial, el principio de lesividad se respetan en estos delito.

⁷² RODRIGUEZ, Ob. Cit., pág. 283.

⁷³ RODRIGUEZ. Ob. Cit., pág. 286.

3.3.9. Principios del derecho penal liberal en los delitos de peligro abstracto

3.3.9.1. Acerca del bien jurídico y en especial del principio de lesividad

El derecho penal en el siglo pasado estableció dentro de su núcleo el principio de lesividad, que básicamente se traduce en que el derecho penal sólo protege bienes jurídicos previamente dados, siendo éste el presupuesto de la punibilidad. Esto implica que la imposición de la pena obedece a que la conducta que reprime sea lesiva o ponga en peligro bienes jurídicos importantes. De esta manera, no todas las conductas pueden ser susceptibles de ser castigadas o amenazadas con la imposición de la pena: desde luego sólo deben ser objeto de tutela aquellas conductas que afecten un interés social relevante, es decir aquellas que contengan una dañosidad social importante, excluyendo por consiguiente los hechos morales o las meras contravenciones.

No existe en la doctrina una definición integral del bien jurídico, sin embargo Roxín entrega un concepto que resulta comprensivo de lo que debe entenderse por éste: “aquellas 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 fundamento del propio sistema.”⁷⁴ De esta manera la

⁷⁴ ROXIN, Claus. Derecho Penal Parte General, Tomo I: Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito. traducido por LUZÓN, Peña, Diego-Manuel, DÍAZ Y GARCIA

relación social es pues lo propio del ser social en una sociedad democrática, por eso el bien jurídico es un concepto propio a una sociedad democrática y no a otro tipo de organización social”.⁷⁵

Al estar inmerso dentro de una realidad social los bienes jurídicos se caracterizan por ser eminentemente personales pues están ligados a la persona individualmente considerada, o, bien lo están al funcionamiento del sistema en cuanto este propende al desarrollo de la misma —persona, de ahí que el bien jurídico se entienda como una “realidad valorada positivamente”.⁷⁶ De esta manera sólo pueden ser “bienes jurídicos aquellos objetos que el ser humano precisa para su libre autorrealización (que obviamente tiene lugar en la vida social); determinados objetos se convierten en bienes jurídicos, por tanto, en la medida en que están dotados de un contenido de valor para el desarrollo personal del hombre en sociedad.

3.3.9.2. El bien jurídico protegido en los delitos de peligro y en especial del principio de lesividad u ofensividad

El principio de lesividad implica que ningún derecho puede legitimar una intervención punitiva cuando no media por lo menos un conflicto

CONLLEDO, Miguel, REMESALDE VICENTE, Javier. Madrid: Civitas, 1997, 2º edición, pág. 56

⁷⁵ BUSTOS, RAMÍREZ, Juan. Manual de Derecho Penal Parte General. Barcelona: Ariel, 1994, 4º Ed. aumentada y corregida y puesta al día por Hernán Hornmazábal Malareó, pág. 1 12

⁷⁶ SILVA, SÁNCHEZ, Jesús María. Aproximación al derecho penal contemporáneo, Barcelona: J.M. Bosch, 2002, pág.268.

jurídico, entendido como la afectación de un bien jurídico total o parcialmente ajeno, individual o colectivo⁷⁷.

En la determinación del injusto penal el bien jurídico juega un rol fundamental, ya que como se señaló, el derecho penal sólo protege bienes jurídicos, en este contexto el injusto se “presenta como una afeción de bienes jurídicos, es decir, como lesión o puesta en peligro de un bien jurídico”⁷⁸, que tiene aparejado una sanción penal. Los delitos de peligro abstracto no lesionan ni ponen en peligro al bien jurídico, dado que la conducta peligrosa descrita no es un elemento del tipo, sino que se trata sólo del motivo del legislador para la tipificación de la acción sobre la base de la peligrosidad general de la misma, demostrada estadísticamente.

En este ámbito se genera un problema con este tipo de delitos toda vez que a simple vista se aprecia que en ellos no se afecta ni se pone en peligro a un bien jurídico determinado, revelando su contradicción con el principio de ofensividad o lesividad que exige la presencia de una verdadera antijuridicidad no sólo formal, sino material⁷⁹, es decir desvalor

⁷⁷ Zaffaroni, Eugenio R. Derecho Penal Parte General, Ed. Ediar, Buenos Aires, 2º Ed., 2005, pág. 128

⁷⁸ ROXIN, Claus. La teoría del delito en la discusión actual, traducido por Manuel Abanto Vásquez, Lima: Jurídica Grijley, 2007, pág. 91

⁷⁹ SANCHÉZ, GARCIA DE PAZ, María Isabel. El moderno derecho penal y la anticipación de la tutela penal, Valladolid: Secretariado de publicaciones e intercambio científico, Universidad de Valladolid, 1999.

de acto y de resultado”⁸⁰. Hassemer ha criticado esta característica diciendo que el derecho penal ha abandonado la cáscara liberal donde aún se trataba de un “mínimo ético”⁸¹, ahora la “norma combate “el peligro que amenaza al bien jurídico no como un peligro individual, sino como un elemento tipificado de una conducta peligrosa, gran perturbación”⁷³.

En el ámbito de la moralidad o inmoralidad de una conducta que aún no ha tenido, desde el punto de vista jurídico, ninguna relevancia⁸². Es decir, podrá ser éticamente reprochable la actitud de formar parte de una asociación de personas que tengan como fin cometer delitos, pero mientras no existan actos constatables en el mundo exterior que pongan en riesgo algún bien jurídico, estaremos castigando malos pensamientos. En fin, sino hay acto no hay lesividad.

3.3.3. Delitos de Organización (variable dependiente)

3.3.3.1 El Factor Organización en la Legislación Penal

⁸⁰ Es precisamente esta capacidad la que critica Luis Gracia Martín, al señalar que “la capacidad abstracta- general de afectar la seguridad y, con ello, a remotos bienes jurídicos fundamentales, puede ser afirmada de cualquier conducta, por muy inocua que sea en el caso concreto. El tipo de peligro abstracto será entonces uno carente de límites, pues podrá estimarse comprendida en cualquier conducta con tal que muestre elementos de contrariedad al vago y abierto concepto de la “seguridad” o al “intereses general” de protección de bienes jurídicos”. GRACIA, MARTÍN, Luis. Prolegámenos por la lucha, Valencia: Editorial Tirant Lo Blanch, 2003, pág.137, (comillas y cursivas son del autor).

⁸¹ HASSEMER, Winfried. *Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos*. traducido por Elena Larrauri. En Pena y Estado, Chile -Santiago: Editorial Jurídica Cono Sur Ltda., 1991. Pág. 34.

⁸² MIR PUIG, Santiago. "Tratado de Derecho Penal - Parte General", pág. 101, Ed. PPU, Tercera Edición, Barcelona, 1990.

Es evidente que los delitos de pertenencia a una asociación ilícita ocupan una posición muy peculiar en la Parte Especial: basta compararlos someramente con infracciones criminales “normales”, en las que se produce una lesión concreta de un bien jurídico individual. Si se relaciona el mero hecho de formar parte de una asociación penalmente ilícita con la estructura de aquellos delitos de lesión, se comprueba que los actos concretamente realizados para la integración en una organización criminal son previos conceptualmente a toda preparación o participación respecto de una infracción concreta: desde la perspectiva de los bienes jurídicos individuales, constituyen supuestos de pre preparación o proto-participación. A pesar de ello, se observa que las penas amenazadas respecto de conductas tan lejanas a un daño concreto son, comparativamente, muy elevadas⁸³.

Ya por esta razón, la tarea que se le plantea con urgencia a la definición del injusto de los delitos de asociación ilícita es extremadamente exigente: la noción de injusto debe estar en condiciones de explicar la criminalización en sí misma y -en la medida de lo político-criminalmente posible- la severidad de la pena prevista. Sólo se puede proponer una definición de organización operativa en el plano de la tipicidad de los delitos de “criminalidad organizada” si previamente se

⁸³ Cancio Melià, Manuel, Delitos de Organización, Euro Editores S.R.L, Buenos Aires, 2008, pág. 15.

identifica el injusto al que da lugar la existencia de la asociación ilícita en cuanto delito de organización⁸⁴.

En el plano del Derecho penal material, la consideración de estas organizaciones delictivas tiene lugar en dos formas principales: por un lado, mediante la utilización de causas de agravación de la pena previstas para la comisión de diversas infracciones en un grupo organizado; por otro, mediante las infracciones de mera pertenencia a una asociación ilícita a la que aquí se hace referencia⁸⁵.

La necesidad de esta determinación del contenido de injusto es especialmente importante en el presente ámbito, ya que a la tensión político-criminal que concurre en estas infracciones se suman formulaciones típicas especialmente amplias: está claro que una interpretación delimitadora de los preceptos se impone con especial⁸⁶.

De acuerdo con lo expuesto hasta ahora, parece claro que puede afirmarse que, efectivamente, las infracciones relacionadas con una asociación penalmente ilícita forman parte de modo destacado del marco político-criminal general de la expansión cuantitativa y cualitativa del sistema jurídico-penal. Sin embargo, desde el principio llama ya la

⁸⁴ *Ibíd.*

⁸⁵ GONZÁLEZ RUS, AP 2000/2, pág. 562 y ss.; llamando la atención sobre las dificultades a la horade conciliar ambas vías, pág. 583 y s

⁸⁶ CANCIO MELIÀ, Manuel, Ob. Cit. Pág. 8.

atención el hecho de que dentro de este marco genérico, estos delitos ocupan una posición específica.

En primer lugar, y a diferencia de lo que sucede con otros segmentos de criminalización de la evolución expansiva que caracteriza al momento actual, las infracciones asociativas no son un fenómeno nuevo para el ordenamiento penal. Por el contrario, estaban presentes desde el principio, es decir, también en el “bueno y viejo”⁸⁷ Derecho penal liberal del siglo XIX; también entonces, con efectos negativos desde la perspectiva del Estado de Derecho: como es sabido, el origen de los preceptos en cuestión en la época de la codificación está en la lucha contra la resistencia o disidencia políticas⁸⁸.

En segundo lugar, estos delitos presentan una característica que también los destaca frente a otros sectores actuales de expansión

⁸⁷ Denominación que implica una afirmación acrónica, carente de apoyo histórico: vid. Al respecto, por todos, SILVA SÁNCHEZ. Ob. Cit., pág. 149 y ss.

⁸⁸ Respecto del caso español, cfr. sólo el análisis histórico de GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Asociaciones ilícitas, pp. 17 y ss.; vid. también CUELLO CALÓN, PE3 , pág. 58 y s.; respecto de Alemania vid. sólo LANGER-STEIN, Legitimation und Interpretation, pp. 66 y ss., 80 y s. (esta autora retrocede aún más, encontrando la fuente última de estas figuras en el Derecho romano (pág. 34 y ss., 39 y s., 42, 56 y ss.), e incluso afirma que los delitos de organización están en el origen mismo del Derecho penal como tal: “Por consiguiente, la creación de tipos penales contra el crimen organizado constituyó el principio de la pena estatal”; para HOHMANN, wistra 1992, pág. 85, el origen de estos preceptos está “sin duda alguna” en el combate contra adversarios políticos; en este sentido, resulta muy significativo el título elegido por SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ para su contribución al LH Barbero Santos, pág. 645: “Función político-criminal del delito de asociación para delinquir: desde el Derecho penal político hasta la lucha contra el crimen organizado”; respecto del caso alemán, vid. también FÜRST, Grundlagen und Grenzen, pág. 16 y ss., 36 y ss.; exhaustivo análisis histórico en FELSKE, Kriminelle und terroristische Vereinigungen - §§ 129, 129a StGB, passim; respecto de Italia ALEO, Sistema penale e criminalità organizzata, pág. 26 y ss.; respecto de la República Argentina ZIFFER, El delito de asociación ilícita, pág. 17, 23 y s., 57

jurídico-penal: el elemento colectivo. En las asociaciones penalmente ilícitas, la referencia a una organización -detrás de la cual desaparecen, o al menos se desdibujan los autores individuales-, especialmente, una vez transformada a través de los medios de comunicación, potencialmente está en condiciones de generar sensaciones sociales de amenaza especialmente intensas. Por otra parte –cabe formular esta suposición ya desde un principio-, el papel principal que en el plano social corresponde al colectivo probablemente se reflejará también en el procesamiento jurídico penal de las contribuciones de los miembros u otros sujetos individuales que realizan sus aportaciones a la organización⁸⁹.

3.3.3.2 El contenido del injusto de Organización

En primer lugar, de acuerdo con un punto de vista extendido sobre todo en la doctrina más antigua, el elemento esencial del injusto está en el ejercicio “abusivo” del derecho fundamental de asociación que supondría la constitución de la organización delictiva: de acuerdo con esta posición, el bien jurídico es el (recto) “ejercicio del derecho de asociación”.

Un segundo sector doctrinal afirma que los delitos de asociación ilícita son ante todo supuestos de anticipación de la punibilidad (incluso antes de cualquier acto preparatorio concreto). Desde esta perspectiva,

⁸⁹ por ejemplo, el análisis de la percepción social del crimen organizado transnacional por MASSARI, en: ALLUM/SIEBERT (ed.), *Organized Crime and the Challenge to Democracy*, 2003, pág. 55 y ss., con ulteriores referencias a la bibliografía de orientación empírica. Con carácter general, advierte frente al riesgo de ruptura de un sistema unitario del Derecho penal en el ámbito de la criminalidad organizada NAUCKE, *Einführung*, 4/25.

esta anticipación de la barrera de criminalización sólo puede ser justificada, a título excepcional, con base en la especial peligrosidad de las organizaciones aprehendidas por los tipos correspondientes⁹⁰.

Finalmente, en tercer lugar, otro sector de la teoría, probablemente mayoritario tanto en la bibliografía española como alemana, ve en los delitos de organización ante todo un ataque a determinados bienes jurídicos colectivos: “orden público”; “seguridad interior”; “paz jurídica”, etc.

En lo que se refiere a la relevancia de las distintas opciones teóricas, en primer lugar, la posición doctrinal que recurre al derecho de asociación como bien jurídico es claramente minoritaria. En cuanto a las otras dos opciones teóricas, afirma Arzt⁹¹ que los dos grandes campos dogmáticos de la anticipación y de la protección de un bien jurídico colectivo se han generado como respuesta a un “problema ficticio”, puesto que, en su opinión, tan sólo se trata de una cuestión de matiz; no habría una clara contraposición entre ambos puntos de vista.

3.4 El bien jurídico colectivo

En la actualidad atendido “el proceso de la industrialización y tecnificación, las nuevas tecnologías médicas y comerciales de las sociedades actuales, han traído consigo nuevas relaciones y conflictos

⁹⁰ Cancio Melià, Manuel, Ob. Cit. Pág. 30.

⁹¹ Sentencia del Tribunal Supremo Español 234/2001 (Sala segunda de lo penal, 3.5.2001) .

sociales de un espectro incomparablemente mayor”,⁹² se distingue(en términos generales) entre bienes jurídicos de naturaleza individual en los “que se garantiza a un concreto portador”⁹³, tales como la vida, libertad, patrimonio, salud personal, y los denominados bienes colectivos, universales o supraindividuales, que se refieren a los que “sirven al desarrollo libre de muchas personas”,⁹⁴ como la salud pública, el orden público económico, la correcta administración de justicia, entre otros. De esta manera se le define a “a partir de una relación social basada en la satisfacción de necesidades de cada uno de los miembros de la sociedad o de un colectivo y en conformidad al funcionamiento del sistema social”.⁹⁵

En la generalidad de los casos los bienes jurídicos colectivos se presentan en términos amplios y difusos, donde la víctima aparece lejana o derechamente no existe, esto es precisamente lo que se le critica por parte de la doctrina,⁹⁶ de esta forma para Hassemer frente la naturaleza de estos bienes ha señalado que “las leyes en el ámbito de nuestro

⁹² MENDEZ, Ob. Cit., pág. 31

⁹³ KINDHAUSBR, Urs Konrad. Acerca de la legitimidad de los delitos de peligro abstracto en el ámbito del derecho penal económico, traducido por Fernando Molina Fernández, En: Hacia un derecho penal económico europeo, Madrid: Serie de Derecho Público, Boletín Oficial del Estado, 1995, pág. 445

⁹⁴ *Ibidem*.

⁹⁵ CARO, CORIA, Carlos. Sociedades de riesgo y bienes jurídicos colectivos. En: SILVA, Jesús, CARO, Carlos, PERCY, Caverro, MEINI, Iván, PASTOR, Nuria, PARMA, Carlos y REAÑO, José. Estudios de derecho penal, Lima: Ara Editores, 2005, pág.39.

⁹⁶ El Código Penal Chileno dentro de los delitos que atentan contra el bien jurídico salud pública, Se encuentran los artículos 313 d. inciso 1:º “El que fabricare o sabiendas expendiere a cualquier título sustancias medicinales deterioradas o adulteradas que sean peligrosas para la salud por su nocividad o por elementos cabo de sus propiedades curativas, será penado (...)”, y el artículo. 314. “El que a cualquier título, expendiere otras sustancias peligrosas para la salud (...) contraviniendo las disposiciones legales o reglamentarias establecidas en consideración a la peligrosidad de dichas sustancias, será penado (...)” Claramente la descripción en los tipos es ambigua con referente además a un bien jurídico colectivo

derecho penal material (parte especial y leyes penales especiales) no tiene como objeto de protección sólo bienes jurídicos universales sino asimismo que estos bienes jurídicos universales están formulados de forma especialmente vaga”,⁹⁷ señala además que la creación de estos bienes sería una “criminalización anticipada a la lesión del bien jurídico; de la protección del “bienestar” de los hombres “en un sentido somático” en vez de la protección de la vida y la salud de las personas”,⁹⁸ así, los delitos de peligro abstracto muchas veces son utilizados por los legisladores en la actualidad para darles protección penal.

Kindhäuser, sobre este punto y en particular respecto del derecho penal económico caracterizado principalmente por la tutela de bienes jurídicos colectivos, manifiesta respecto de la utilización de los delitos de peligro, que es totalmente “legítima cuando se trata de garantizar espacios de libertad de acción individual y cuando la seguridad que ha de brindarse a las condiciones de libre desarrollo de la personalidad entran claramente dentro de la competencia del Estado”.⁹⁹

La anticipación de la tutela penal obedece a una situación particular que está viviendo el derecho penal, y que consiste en la expansión del

⁹⁷ HASSEMER, Winfried Ob. Cit., pág. 32

⁹⁸ HASSEMER, Winfried, Ob. Cit., pág. 33

⁹⁹ *Ibíd.*

mismo a nuevas áreas sociales. Silva Sánchez¹⁰⁰ gráfica en tres puntos básicos esta expansión, y que son: la aparición de nuevas realidades, el deterioro de otras tradicionalmente abundantes y se traducen en la escasez de bienes y finalmente el aumento de valor de realidades tradicionales como por ejemplo patrimonio histórico-cultural. Esta expansión tiene como antecedente previo la aparición de una nueva sociedad denominada sociedad del riesgo, esta concepción fue utilizada principalmente por el sociólogo Ulrich Beck¹⁰¹, para quien, estas sociedades se caracterizan por grandes avances tecnológicos que lleva a la creación de nuevos focos de riesgo, lo que se traduce en la necesidad de controlados, además presentan características bien definidas, tales como: las decisiones que se tomen en ellas pueden afectar a grandes colectividades de personas, la difícil imputación a un individuo en particular en cuanto al origen del riesgo, la atribución de responsabilidad del riesgo de acuerdo de acuerdo a las reglas actuales de causalidad e imputación objetiva, ello unido además a una sensación cada vez mayor de inseguridad por parte de las personas, ha llevado a la transformación

¹⁰⁰ SILVA, SANCHEZ, Jesús María. La expansión del derecho penal. Aspecto de la política criminal en las sociedades post industriales. 2º edición revisada y ampliada. Madrid: Civitas, 2001, pág.25

¹⁰¹ Ulrich Beck. La sociedad en riesgo: hacia una nueva modernidad, Paidós Ibérica Barcelona, 2006: Ya se han dicho muchas cosas acerca del terrible panorama que nos puede ofrecer, hoy en día, una sociedad que se pone a sí misma en peligro a través del mercado de la comunicación. Tampoco podemos añadir nada a la desorientación que han provocado las últimas fases del industrialismo. Pero sí se puede dar un paso más allá y aprender a comprender todas estas inseguridades de nuestro tiempo, un paisaje conceptual que la crítica ideológica niega cínicamente y ante el que, sin embargo, sería peligroso ceder sin guardar las distancias. En este sentido, la idea principal de este libro se puede expresar mediante una analogía histórica: al igual que en el siglo XIX la modernización industrial descompuso la anquilosada sociedad agraria y extrajo de ella el germen de un nuevo modelo social, hoy en día es este último el que está creando otras formas a partir de la modernidad.

no sólo de la sociedad sino también del derecho penal clásico de corte liberal, estando en presencia de un derecho, que “lejos de aspirar a conservar su carácter fragmentario, se ha convertido en un derecho penal expansivo”.¹⁰² Considerado como socialmente desvalorado. Así pareciera cobrar fuerza la denuncia que realiza el profesor Wíñfiied Hassemer quien manifiesta que este derecho penal es simbólico ya que está “orientado a las consecuencias, donde lo relevante es “la imagen del legislador o del “empresario moral”.

Esta nueva realidad social y expansiva, lleva a reclamar al derecho penal respuestas a esta nueva problemática, una de estas respuestas es la criminalización en el ámbito previo a la lesión o puesta en peligro del bien jurídico tutelado. Esta anticipación tiene en los delitos de peligro abstracto una de sus formas más utilizadas por parte del legislador del riesgo. Claramente en estos delitos se aprecia la anticipación, dado que para que se encuentren en la etapa de consumación sólo basta la realización de la conducta peligrosa descrita en ellos.

La conducta peligrosa en este delito no forma parte del tipo, siendo sólo el motivo del legislador para su creación, la cual tiene su fundamento

¹⁰² PRITTWITZ, Corneluis. "Sociedad de riesgo y derecho penal". Traducido por Adan Nieto Martín y Eduardo Demetrio Crespo. En: *Critica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo: el análisis crítico de la Escuela de Frankfurt*. Coordinado por: Adán Nieto Martín, Luis Alberto Arroyo Zapatero, Ulñied Neumann. Castilla-La Mancha: Ediciones Universidad de Castilla de la Mancha, 2003, pág. 261

en una antecedente matemático o mejor dicho en una relación de estadísticas de probabilidades.

El hecho que la conducta peligrosa no forme parte del tipo plantea una serie de contradicciones con el núcleo de los principios del derecho penal liberal. Esto se manifiesta primero en la función de protección de bienes jurídicos por parte del derecho penal, es decir con ellos se afecta lo que se conoce como el principio de lesividad, también se altera el principio de proporcionalidad, esto atendido que en la actualidad muchos de estos delitos se refieren a materias del derecho penal económico, administrativo, medio ambiental, entre otras, las que tienen gran impacto en estas sociedades del riesgo, y esto se ve reflejado en algunas ocasiones con penas desproporcionadas.

Relacionado con el punto anterior estos delitos presentan en la generalidad de las ocasiones descripciones ambiguas y en otras descripciones amplias lo que ha llevado en algunas ocasiones a considerarlos el (bolsillo del sastre) al cual el legislador del riesgo echa mano cada vez con mayor frecuencia. Ante este escenario es necesario preguntarse si pueden mantenerse este tipo de ilícitos con las características ya indicadas o por el contrario debe propenderse a su no utilización y rechazo.

3.4.1. La tranquilidad Pública como bien jurídico colectivo

Qué debemos de entender por Tranquilidad Pública¹⁰³. La tranquilidad pública, anota Peña Cabrera, es la sustitución subjetiva de sosiego espiritual del público, o de lo que es lo mismo, de las personas en general. La naturaleza subjetiva del bien ofendido por los delitos contra la tranquilidad pública, condice con la naturaleza de los hechos que la lesionan¹⁰⁴.

De lo anterior, se colige que la constitución recoge una perspectiva no en puridad individual, sino también social del hombre, en cuanto a una vocación pacifista de la convivencia humana. Se ha dicho con razón, que la tranquilidad pública es una situación subjetiva. Sensación de sosiego de las personas integrantes de la sociedad, nacida de la confianza de que pueden vivir en una atmosfera de paz social, puesto que sus individuos ajustaran sus conductas a las reglas fundamentales de la convivencia. Nadie puede ser condenado por lo que es, sino por lo que hizo, no por estigmas sociales o pronósticos de peligrosidad, sino por haber desobedecido las máximas del ordenamiento jurídico, mediando la

¹⁰³ En el C.P. español de 1995 se procedió a una regulación que se inclina por el concepto de Orden Público, recogiendo conductas como la SEDICIÓN, que en nuestro catálogo punitivo esta rotulado como un delito que es propiamente un acto de cobardía, de quien se aprovecha de las ventajas que le otorga la agrupación delictiva para atentar contra los bienes jurídicos de personas inocentes e indefensas. Es por ello que se debe identificar los factores desencadenantes que inciden en la formación de estas asociaciones delictivas, sobre todo, aquellos conformados por adolescentes, para incentivar su desmantelamiento.

¹⁰⁴ <https://es.scribd.com/doc/59539169/MONOGRAFIA-DELITOD-CONTRA-LA-TANQUILIDAD-PUBLICA>

infracción de mandatos y/o prohibiciones que el legislador ha reglado en los preceptos penales especiales¹⁰⁵.

El bien jurídico en los delitos contra la Seguridad Pública¹⁰⁶ . Se trata de delitos en los cuales está contemplado, a veces, el bien jurídico seguridad, en relación con la afectación de determinados bienes jurídicos, y, en otros, sólo con relación al peligro de esa afectación.

Artículos de este título, se refieren a la seguridad pública, Pero la seguridad a que se refiere el título no es la que de manera genérica el Derecho debe proteger como su función básica e ineludible, sino que se trata de la seguridad en el sentido de cuidado de los bienes en común, que abarca tanto a las personas como a los bienes en sí mismos. La seguridad significa, desde esta perspectiva, no tanto ausencia de riesgos sino, más bien, el conocimiento de riesgos y de los actos que los acrecientan o los posibilitan que, por eso, se busca evitar. Cuando el legislador habla de "seguridad" se está refiriendo a los peligros que producen ciertas acciones para los bienes en común¹⁰⁷, pero teniendo en cuenta que se trata de la Seguridad Pública. El adjetivo público está

¹⁰⁵ [https://es.scribd.com/doc/59539169/MONOGRAFIA-DELITOD-CONTRA-LA-TANQUILIDAD PUBLICA](https://es.scribd.com/doc/59539169/MONOGRAFIA-DELITOD-CONTRA-LA-TANQUILIDAD-PUBLICA)

¹⁰⁶ SANCHÍS FERRERO, Julia, El delito de incendio y la piromanía, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1960, pág. 25 y ss.

¹⁰⁷ MOLINARIO, Alfredo-AGUIRRE OBARRIO, Eduardo, Los delitos, Tea, Buenos Aires, 1999, T. III, pág. 26

empleado en el sentido de conjunto, de comunidad, de una parte no individualizada del pueblo, de la sociedad.¹⁰⁸

Creus por su parte, comienza con la afirmación de que todo delito o contravención trata de proteger la seguridad jurídica, entendida como un estado que permite y obliga a todos y a cada uno de los integrantes de la sociedad a vivir de acuerdo con los mandatos del Derecho, con la consiguiente respuesta anímica de cada miembro de la sociedad, que le permite esperar, por otra parte, que los otros miembros actúen de acuerdo con esos mandatos. En cambio, en estos delitos en estudio en este título del Código Penal, se busca proteger la seguridad común, que es la situación real en que la integridad de los bienes y las personas se halla exenta de soportar situaciones peligrosas que la amenacen. En consecuencia, las acciones típicas son todas generadoras de peligro para esa integridad, al crear condiciones de hecho que pueden llegar a vulnerarla.¹⁰⁹

Algunos autores han caracterizado estos delitos como de peligro, pero de una situación objetiva de peligro concreto y común. Así, se sostiene que los bienes deben haber sufrido realmente un peligro, como es el caso del delito de incendio, en donde, distinguiéndose del fuego

¹⁰⁸ *Ibíd.*

¹⁰⁹ CREUS. Carlos, Derecho Penal. Parte especial, 5ª ed., Astrea, Buenos Aires, 1999, T. 2. Pág. 1.

simple, se exige que los bienes hayan corrido riesgo¹¹⁰. El bien jurídico sería, desde esta perspectiva, la seguridad colectiva, ya que está en juego la seguridad pública.

Para Queralt Jiménez el bien jurídico que se protege en este tipo de delitos es la calidad de vida y la seguridad para el conjunto de la ciudadanía. E insiste en lo dicho ya por nosotros, en varias oportunidades, y de manera crítica¹¹¹ : "de esta suerte se pone de manifiesto uno de los rasgos más característicos del Derecho Penal de nuevo cuño: protección creciente de intereses emergentes, flexibilización del principio de legalidad, con introducción de cláusulas valorativas y potenciando el déficit del mandato de determinación y, finalmente, entrecruzamiento normativo, lo que produce en buena medida un Derecho Penal simbólico".¹¹²

Por ende, entendemos que una de las características de los delitos contra la seguridad pública, de los delitos que vamos a ver en general, es la idea de peligro. Y es la idea de peligro lo que marca los delitos contra la seguridad pública y contra el orden público, especialmente¹¹³.

¹¹⁰ SANCHÍS FERRERO, Julia, Ob. Cit., Pag. 26

¹¹¹ DONNA, Edgardo Alberto, El problema del Derecho Penal en la actualidad, en Nada Persona, Ensayos sobre crimen organizado y sistema de justicia, coord, por Virgolini-Blocar, Depalma, Buenos Aires, 2001, pág. 63.

¹¹² QUERALT JIMÉNEZ, J. J., Derecho Penal español. Parte especial 3ª ed., Bosch, Barcelona, 1996, pág. 681/2.

¹¹³ DONNA, Edgardo Alberto, Derecho Penal Parte Especial, Tomo II-C, 1ra. Ed. Editores Rubinzal –Culzoni, Santa Fe 2002

La idea de peligro concreto o abstracto ha vuelto a estar nuevamente sobre el tapete, puesto que ha aparecido, debido a la llamada sociedad de riesgos, el sentido de protección de los derechos frente a una sociedad que produce, debido a su propia estructura, peligros para los bienes jurídicos. Los incendios, el medio ambiente, la salud pública, etcétera, son todos tipos penales en los cuales los riesgos están presentes¹¹⁴. Por lo tanto, es necesario, aunque sea someramente, dado el carácter de esta obra, analizar el problema de los delitos de peligro, algunos principios del derecho penal clásico que entran en conflicto con este tipo de delitos.

3.5 Principio de culpabilidad

Como enseña Bacigalupo ampliando la definición tradicional del principio de culpabilidad, la aplicación de una pena está condicionada por la existencia de dolo o culpa, de conciencia de antijuridicidad o de la punibilidad, de capacidad de comportarse de acuerdo con las exigencias del derecho, de una situación normal para la motivación del autor¹¹⁵.

El principio del acto es el presupuesto fundamental del principio de culpabilidad, la cláusula de personalidad en la medida de la pena introduciría una serie y contradictoria restricción al imperio de la

¹¹⁴ Véase especialmente sobre este tema: BECK, Ulrico, *Risikoge.selhi.hafi. Polilik in der Risikogeselhchafi*, Suhrkamp, 1999); La invención de los políticos. Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 1990; GIDDENS, Anthony. *Capitalismo y la moderna teoría social*, Idea Books, 1998, entre otros.

¹¹⁵ BACIGALUPO, Enrique, *Principios constitucionales de derecho penal*, p. 140, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1999.

culpabilidad. La asociación ilícita al penar intenciones afectaría este principio, restando sustento a un derecho penal de acto al que no le interesa la personalidad del autor, sino que importa el hecho delictivo que realiza.

Para Jakobs “el principio de culpabilidad” significa que la culpabilidad es un presupuesto necesario de la legitimidad de la pena estatal, la culpabilidad es el resultado de una imputación reprobatoria, motivada por la voluntad defectuosa de una persona.¹¹⁶

También Jakobs ve a la persona como sujeto o como ciudadano es decir, lo ve genéricamente, en forma abstracta en su propio medio. Como queda claro al afirmar que: “por consiguiente, en el ámbito jurídico, la persona se determina de manera general normativa. Ni siquiera es que frente a ella se formule la expectativa de que se auto determine a favor del derecho en un sentido psicologizante, sino que se la trata como un sujeto que se autodefine como ciudadano”¹¹⁷. “La teoría del Derecho Penal como protección de la vigencia de la norma demuestra su validez especialmente en la teoría de los fines de la pena: el hecho es una lesión de la vigencia de la norma, la pena es su eliminación.

¹¹⁶ JAKOBS, Gunther. Derecho penal. Parte general: Fundamentos y teoría de la imputación. Traducción de Joaquín Cuello Contreras y José Luís Serrano Gonzáles de Murillo. Editorial Marcial Pons, Madrid 1997 Pág. 133 y 566

¹¹⁷ JAKOBS, Günther y Manuel Cancio MELIÁ; “El Sistema funcionalista de derecho Penal”; ED. Grijley; Lima; Perú; 2000; Pág. 60.

Este tema es comentado por Urquiza cuando nos dice “la culpabilidad, como función, tiene ciertos fines que el profesor Jakobs señala: La misión que ha de desempeñar el concepto de culpabilidad consiste en caracterizar la motivación no conforme a Derecho del autor como motivo del conflicto. Cuando hay un déficit de motivación jurídica, ha de castigarse al autor. (...) Se pune para mantener la confianza general en la norma, para ejercitar en el reconocimiento general de la norma (...) el concepto de culpabilidad no ha de orientarse hacia el futuro, sino que de hecho está orientado hacia el presente, en la medida en que el Derecho penal funcione, es decir, contribuye a estabilizar el ordenamiento”.¹¹⁸

Hurtado Pozo señala que: “El inconveniente más serio de esta concepción reside en el hecho de la que determinación de la culpabilidad depende de lo que se considera como indispensable para adiestrar a las personas en la lealtad al ordenamiento jurídico. Las circunstancias personales dejan de ser decisivas y, en consecuencia, se abandona la base que hace de la culpabilidad un límite del poder punitivo estatal. Todo esto implica un retroceso ya que la persona es convertida en un simple medio para satisfacer intereses sociales de consolidación de la fidelidad del derecho.”¹¹⁹

¹¹⁸ URQUIZO OLACHEA. Ob. Cit. Pág. 579 y 581.

¹¹⁹ HURTADO POZO, José. Manual de derecho Penal. Parte General I. Grijley. Lima 2005. Pág. 608

Como elemento cuestionable del delito y en cuya sede ningún autor, según nuestra información, le denomina “responsabilidad penal”, tenemos que la culpabilidad según la teoría normativa que domina la doctrina, es el juicio de reproche que formula el juez contra el autor o participe de una acción típicamente antijurídica, por no haber ajustado su conducta a las exigencias del derecho pudiendo y queriendo hacerlo así. Es sobre la base de la posibilidad de hacer y también del deber de hacer, según las exigencias del derecho, que el juez formula el juicio de reproche que se traduce finalmente en la graduación y proporcionalidad de la pena; por lo cual no puede decirse, aunque se reconozca el ingenio traducido en la frase, que la culpabilidad radicaría, con tal definición, no en un acto de la gente sino en la cabeza del juzgador.¹²⁰

La culpabilidad es la cuarta categoría del delito. Con ella se trata de la censura social a que se hace merecedor el que realizó el tipo penal quebrantando la norma contenida en él, por tener capacidad suficiente de adecuarse en cambio a dicha norma respetándola y por conocer además, su carácter obligatorio, y finalmente no existir situación extrema que explique y comprenda su distanciamiento de la exigencia jurídica”.¹²¹

La culpabilidad no puede constituir una categoría desligada del injusto, pues toda imputación establece necesariamente una vinculación

¹²⁰ Roy Freire, Luís. “Una visión moderna de la teoría del delito”. Ministerio de Justicia. Lima-Perú 1998. Pág. 95

¹²¹ VILLA STEIN, Javier. “La culpabilidad” Ediciones jurídicas. Lima 1997

entre hecho y autor. (...) en la culpabilidad solo debe tenerse en cuenta los aspectos que permiten la imputación personal, es decir, la posibilidad de atribuir a una persona el rol sobre el que se ha realizado provisionalmente la imputación del hecho. Por esta razón para poder precisar los aspectos que se agrupan en la culpabilidad se requiere dejar en claro previamente que entendemos por imputación personal¹²².

Para que esa acción típica y antijurídica quede expresada en una pena requiere de “la culpabilidad “o “responsabilidad penal” o “imputación personal” o “atribución penal” .Sin el juicio de valor que comporta la culpabilidad penal no es posible fundamentar la pena. Si el sistema penal quiere ordenar la culpabilidad penal se declara así mismo como un sistema penal autoritario, abusivo y degradante. Entonces hay que cuestionarlo.¹²³

3.6 Teorías sobre el delito

3.6.1 Teoría causalista

El sistema jurídico penal causalista tiene sus orígenes en Franz VON LISTZ, el cual se concibe la “acción” como el fenómeno causal natural en el delito. Listz recoge ideas de las Escuelas Clásicas y Positivista; se avoca al estudio del Código Penal Alemán de 1871, a partir de la definición del mismo Código para el delito que es la acción

¹²² GARCÍA CAVERO, Percy. “Derecho económico. Parte general. ED. Osbac. Lima, 2003, Pág. 652

¹²³ URQUIZO OLAECHEA, José, “Culpabilidad. Búsqueda de nuevas soluciones” Pág. 70.

sancionada por las leyes penales; realiza un estudio sistemático del derecho penal y del delito, partiendo de una base naturalística, causalista, que es el acto o acción humana.

En el sistema de VON LISZT, asentado en el modelo causalista del positivismo, bajo una influencia marcada de la perspectiva naturalista, el delito y sus elementos están presididos por una base causalista, naturalista, que es el acto o acción humana. Avocado al estudio del Código Penal Alemán de 1871, parte del mismo para concebir al delito como la acción sancionada por las leyes penales. La acción u omisión, desde una perspectiva causal, se configura así como el primer elemento del sistema dogmático del Derecho penal, que se concreta en un movimiento, o ausencia de movimiento, corporal voluntario. El examen del proceso psicológico que determina esa acción u omisión, es decir, del dolo o la culpa, no pertenecen al estudio de la fase objetiva del delito, sino a la subjetiva, o sea de la culpabilidad (bipartición en la formulación dogmática: objetiva y subjetiva)¹²⁴¹²⁵. Para el causalismo, pertenece a la fase objetiva de la mecánica delictiva, la acción y la omisión, la tipicidad y la antijuricidad; a la fase subjetiva, corresponde la culpabilidad (el dolo la

¹²⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, Manual de derecho penal. Parte General, T. II., 5ª edición, Ed. Ediciones Jurídicas, Lima, 1986, p. 653.

¹²⁵ FERNÁNDEZ, GONZALO D., "El proceso hacia la reconstrucción democrática de la culpabilidad penal", en De Las penas, homenaje al prof. Isidoro de Benedetti, Ed. De Palma, Buenos Aires, 1997, p. 215,

culpa), y para algunos la preterintencionalidad. Esta bipartición es propia en los sistemas de LISZT¹²⁶, BELLING y RADBRUCH.

Definido el sistema Causalista como un sistema penal cerrado a cualquier valoración jurídico-cultural o político-criminal, la Conducta, no es más que la causa de una modificación del mundo exterior cuya percepción se constata a través de los sentidos. La Tipicidad, no es más que el supuesto de hecho traducido en el tipo penal. El contenido de este elemento es puramente objetivo o descriptivo, percibidos por los sentidos y verificados mediante pruebas científicas. Sin embargo, el tipo tiene un fundamento limitador del *Ius puniendi*. En el sentido de BELLING, sólo las conductas descritas en los tipos penales pueden ser sancionadas dentro del mínimo y máximo de la pena señalada en el mismo. Si el tipo es objetivo y a la vez objeto de valoración, esas valoraciones no tienen lugar en la tipicidad sino en otro elemento del delito: la antijuricidad. La valoración de ese objeto determinará si la conducta es antijurídica (contraria a Derecho) o a pesar de ser típica resultaría justificada por considerados materiales que concurren en el momento de su realización. Finalmente, la culpabilidad psicológica es entendida como conciencia y voluntariedad del agente encaminada a obtener un evento. "Este

¹²⁶ LISZT, Franz Von, Tratado de derecho penal, traducido de la 20a edición alemana por Luis Jiménez de Asúa; y adicionado con el derecho penal español por Quintiliano Saldaña, Ed. Reus, Madrid, 1927, p. 376; JIMÉNEZ DE ASÚA, Tratado de derecho penal, Ed. Losada, Bs. As., 1959, t. V, p. 149, sostiene este autor que Liszt, identificaba a la culpabilidad con aquellos presupuestos subjetivos (*dolo* y *culpa*), junto a los cuales tenía existencia las consecuencias del delito. El conjunto de ambos constituía el delito. El "*dolo*" y la "*culpa*" serían formas de conexión psíquica entre el autor y su hecho.

concepto permitía hacer abstracción del problema del libre albedrío, en torno al cual existía entonces una ardua polémica, ante el auge de la concepción determinista del ser humano, por influencia del positivismo y de la teoría evolucionista de Darwin"¹²⁷. La separación, entre hecho y su autor, en sus orígenes, obedecía a la división categorial de comprender el hecho, el suceso perturbador valorado negativamente, por un lado; y al sujeto responsable de aquel suceso, por otro lado¹²⁸. Concepción comprendida en el momento por el fuerte predominio naturalista tendiente a encontrar datos empíricos explicables de las ciencias naturales a todos los conceptos jurídicos¹²⁹ y a todos los ámbitos del saber¹³⁰.

Entendido, con el método Neokantiano y las ciencias del espíritu que la Dogmática jurídico-penal se legitima como una disciplina científica, el problema pasa, en la década de los sesenta y primeros de los setenta, del siglo pasado, a regañar del modelo dogmático excesivamente confinado en sí mismo e inadecuado para atender a la resolución de los conflictos sociales. Críticas como su imposibilidad de resolver problemas prácticos o el empleo de su método deductivo-axiomático: siguiendo una la secuencia metodológica se parte de la confrontación del delito como

¹²⁷ CEREZO MIR, José, Derecho penal. Parte general-Lecciones (26-40), 2a edición, Ed. De la Universidad Nacional de Educación a distancia UNED, Madrid, 2000, p. 20..

¹²⁸ JESCHECK, Hans-Heinrich, Tratado de derecho penal. Parte general, 4ª edición, Completamente corregida y ampliada, Trad. De Luis Manzanares Samaniego, Ed. Comares, Granada, 1993, p. 378.

¹²⁹ ROXÍN, Claus, Derecho penal, Parte general, Tomo I, Fundamentos de la Estructura de la teoría del delito. Trad. 2ª edición, por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz García Conlledo, Javier de Vicente Remesal, Ed. Civitas, Madrid, 1997, p.794.

¹³⁰ MORALES PRATS, Fermín, "Precisiones conceptuales en torno a la culpabilidad: Convenciones normativas y función individualizadora", en Libro Homenaje al profesor Dr. Ángel Torio López, Granada, 1999, pp. 171-184.

hecho humano sin referencia a norma alguna (positivismo sociológico) o del delito frente a la misma norma jurídica o Derecho positivo (positivismo jurídico) –inducción-; posteriormente nos planteamos las hipótesis en las que previa deducción, establecemos teorías, leyes o sistemas (resultados); finalmente contrastamos los resultados con los hechos o normas jurídicas, para finalmente buscar respuestas o soluciones. La finalidad es la construcción jurídica a través de la abstracción progresiva de los conceptos más específicos a los más generales. Se buscaba con ello unas fórmulas fundamentales y permanentes, similar al modelo de la geometría. La inviabilidad actual del método se manifiesta en la imposibilidad de la construcción jurisprudencial sólo con los presupuestos legales. El derecho por sí sólo no puede brindarse como “el todo” a la resolución de los problemas sociales. En este orden, el método se comporta como abstracto para atender a la realidad social cambiante, para considerar los avances habidos en las ciencias sociales e incluso para admitir las valoraciones político criminales. En el mismo sentido, JESCHECK, nos dice que: “No cabe (...) desconocer el peligro que encierra una dogmática jurídico-penal excesivamente anclada en fórmulas abstractas, a saber: de que el juez se abandone al automatismo de los conceptos teóricos, desatendiendo así las particularidades del caso concreto. Lo decisivo ha de ser siempre la solución de la cuestión del hecho, en tanto que las exigencias sistemáticas deben permanecer en segundo plano. Es necesario las entrada a las decisiones valorativas de

política criminal en el sistema del Derecho penal”¹³¹. No se duda cuando se afirma que el Derecho positivo debe configurar el marco inicial, abierto o flexible, que establece la demarcación de las construcciones dogmáticas de lege lata; pero en la elección del método (inductivo) de estudio no podemos erigir a la ley positiva, como única vía para la elaboración de los conceptos y menos pretenderlos hacerlos eternos. En esto han contribuido el método neokantiano y el finalismo, como lo veremos líneas abajo.

3.6.2. Teoría finalista

Para WELZEL, “La acción humana es el ejercicio de la actividad finalista. La acción es, por lo tanto, un acontecimiento finalista y no solamente causal. La finalidad o actividad finalista de la acción, se basa en que el hombre, sobre la base de su conocimiento causal, puede prever en determinada escala las consecuencias posibles de una actividad, proponerse objetivos de distinta índole y dirigir su actividad según un plan tendiente a la obtención de esos objetivos. Sobre la base de su conocimiento causal previo, está en condiciones de dirigir los distintos actos de su actividad de tal forma que dirige el suceder causal exterior hacia el objetivo y lo sobre determina así de modo finalista. La finalidad es

¹³¹ JESCHECK, H. H., Tratado de Derecho Penal. Parte General, Vol., I, Ed., Bosch, Barcelona, 1981, pp. 264-265. En este mismo sentido, señala VIVES ANTÓN, tomas salvador, “las reglas positivas remiten fuera de sí misma, y la teoría del derecho no puede elaborarse sin presupuestos metateoréticos. Y, en consecuencia, no cabe efectuar una separación tajante entre el derecho positivo y el derecho ideal al que éste remite como fundamento legitimador”, en “Dos problemas del positivismo jurídico”, en AA. VV., Escritos penales, Dir. J. R. Casabó Ruiz, Ed., Universidad de Valencia, Valencia, 1979, pp. 341-368, p. 349.

un actuar dirigido conscientemente desde el objetivo, mientras que la pura causalidad no está dirigida desde el objetivo, sino que es la resultante de los componentes causales circunstancialmente concurrentes. Por eso, gráficamente hablando, la finalidad es vidente, la causalidad es ciega”¹³².

En resumidas cuentas, con la concepción de una acción final se modificó todas las categorías del delito dando origen al llamado sistema finalista, el cual fue expuesto en toda su extensión hacia el año 1940, para encontrarlo como a continuación se expone: Conducta (finalidad); Tipicidad, compuesto por un elemento objetivo (elementos normativos, culturales y jurídicos) y un elemento subjetivo (dolo y culpa); Antijuricidad imputabilidad, conciencia de la antijuricidad, exigibilidad de otra conducta, la cual se excluye cuando ocurre: miedo grave o temor fundado, estado de necesidad exculpante o error de prohibición. ad, caracterizada por la ausencia de causas de justificación, legítima defensa, estado de necesidad justificante, cumplimiento de un deber, ejercicio de un derecho o consentimiento del sujeto pasivo; Culpabilidad, que comprende a la imputabilidad, conciencia de la antijuricidad, exigibilidad de otra conducta, la cual se excluye cuando ocurre: miedo grave o temor fundado, estado de necesidad exculpante o error de prohibición.

En cuanto a esta teoría, tampoco ha estado exenta de críticas. La más destacada la que versa sobre el fundamento material: la libertad de

¹³² WELZEL, Hanz, Teoría de la acción finalista, Ed., De Palma, Buenos Aires, 1951, p. 19.

voluntad. Las críticas vertidas a la "libertad de voluntad" o "posibilidad de actuar de otro modo" que en su momento formularon los clásicos no sólo fueron el caldo crítico de los positivistas, sino también de los que se apoyaron en doctrinas del psicoanálisis. Al adoptar el finalismo un concepto normativo de culpabilidad anclado sobre estas consideraciones ontológicas, vuelven nuevamente las críticas sobre aquél "poder" repercutiendo en las bases mismas del concepto de culpabilidad en sentido material. El carácter ficticio, la falibilidad de aquella imagen antropológica del hombre racional y libre, deja de ser una perspectiva confiable. Por otro lado, las críticas también se han manifestado en que bajo estos fundamentos metodológicos, el legislador al crear tipos penales debe estar sujeto a las estructuras permanentes de la teoría del delito y no violentarlas para evitar caer en contradicciones. De tal modo que el legislador debe partir de los conceptos de acción, antijuricidad y culpabilidad, como estructuras fundamentales, que servirán para preservar los derechos fundamentales del hombre, es decir que su actividad creadora no debe ser autónoma, si no sujetarse a los principios de la teoría del delito¹³³.

3.6.3. Teoría funcionalista

El abandono de la defensa de las estructuras lógico-objetivas afectó la coherencia del modelo de Welzel, ya que un modelo de la teoría

¹³³ MONTES HUAPAYA, Sandro. EVOLUCIÓN DE LA CIENCIA DOGMÁTICA Del Causalismo al Funcionalismo, pág. 16 consultado: 07/07/2017, en <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2014/05/doctrina38852.pdf>.

del delito orientado por consideraciones de política criminal evidenció un problema en la dogmática: la tensión entre la armonía del sistema y la consideración del problema que el hermeneuta jurídico está llamado a resolver, al fin y al cabo.¹³⁴

El advenimiento de la corriente funcionalista no trajo consigo el abandono total de la estructura sistémica del finalismo, aunque sí los fundamentos de sus elementos. Por ejemplo, aceptó el avance que trajera el finalismo ortodoxo con la conocida teoría estricta de la culpabilidad, que la despojó del dolo y la culpa para anclarla en la tipicidad subjetiva. La culpabilidad así adquiere sólo contenidos subjetivos sobre el autor. Pero con ello, también se da un trato diferenciado antes considerado similarmente. En un sistema edificado, sobre la naturaleza de las cosas no se podía adjudicar consecuencias iguales a situaciones diversas, por lo que siendo evidente que un error de tipo (el autor no sabe que mata) es más intenso que un error de prohibición (el autor sabe que mata, pero cree equivocadamente que tiene derecho a hacerlo), debía necesariamente generar consecuencias distintas. Dado que la distinción es esencial no cabía identificar ambos supuestos, por lo mismo que la muerte de un hombre en legítima defensa no podía a ser equiparada a matar un mosquito.¹³⁵

¹³⁴ RIGHI, Esteban, Derecho Penal, Parte general, Ed., Lexis Nexis, 1era edición, Buenos Aires, 2007, p. 123 y ss.

¹³⁵ *Ibidem.* p. 124.

De allí que todas las concepciones del funcionalismo se mueven dentro de las estructuras internas del finalismo o causalismo, pero con diferentes fundamentos en sus elementos. Así, Roxín, sostiene que sobre la base de la síntesis neoclásico-finalista se puede distinguir entre injusto y culpabilidad, esgrimiendo que el injusto caracteriza el desvalor de la acción (y en su caso del resultado), y en cambio la culpabilidad el "desvalor de la actitud interna" o el "poder evitar y consiguiente responsabilidad" del autor respecto de la realización antijurídica del tipo. Así también, se mantiene la consideración material, procedente del sistema neoclásico, del injusto como dañosidad (o nocividad) social y de la culpabilidad como reprochabilidad, que tampoco contradice el sistema finalista y que se mantiene en las teorías modernas del delito. Por ello, tanto el injusto y la culpabilidad también se explican, como desvalor del hecho y desvalor del autor, respectivamente. El funcionalismo acoge estas sedimentaciones sistémicas, pero las llenas de nuevo contenido en su fundamentación, como cuando hizo su aparición el sistema racional-final de Roxin, en 1970, rechazando la vinculación del sistema jurídico penal a las vinculaciones de las realidades ontológicas del, ser previas a la configuración del los tipos. El sistema jurídico penal debe ser tributario de las finalidades del Derecho penal y esto debe ser así en congruencia con la continuación de la filosofía de base neokantiana y neo hegeliana, que había tenido un bache durante la entreguerras y en el sistema neoclásico había tenido un desarrollo insuficiente¹³⁶.

¹³⁶ MONTES HUAPAYA, Sandro Ob.Cit. Pág. 17.

El sistema funcionalista, en la práctica teórica y dogmática, tiene dos vertientes que estudiaremos a continuación, pero vale desde ahora decir que ninguna tiene una opinión dominante dentro de la dogmática jurídico-penal, toda vez que, según el propio Roxín, aún no se ha impuesto un sistema global elaborado sobre esas bases, y con respecto a su tesis (teleológica funcional) se encuentran aún en fase de desarrollo. Sólo diremos, que en el pensamiento estructural-funcionalista podemos distinguir un funcionalismo moderado o racional, que en su elaboración atiende a criterios de política criminal (en el caso Roxín), y de un funcionalismo radical que en su elaboración y desarrollo, como veremos luego, atiende a fines de prevención general positiva (en la línea de Jakob). A continuación destacaremos el funcionalismo moderado de CLAUS ROXIN y el funcionalismo radical de GÜNTHER JAKOBS.

3.6.3.1 Funcionalismo teleológico-valorativo moderado

ROXIN, publica en 1970 su monografía “Política Criminal y Sistema del Derecho Penal” pretendiendo con ella superar las arduas polémicas entredichas entre causalistas y finalistas¹³⁷. Su finalidad era superar el alejamiento de las teorías elaboradas y las soluciones adoptadas a las mismas, muy alejadas de la realidad social práctica, como consecuencia

¹³⁷ ARIAS EIBE, Manuel José, Funcionalismo penal moderado o teleológico-valorativo versus funcionalismo normativo o radical”, en Cuadernos de Filosofía del Derecho, 29 (2006), pp. 439-453, p. 440; También, véase, LENK, Hans, “Cuestiones teórico-científicas de la sociología”, en Filosofía Pragmática, Trad., de Garzón Valdés del original alemán de 1975, fecha por la que se cita, Ed., Alfa, Barcelona, 1982, pp. 63-95., p. 64: De ésta se ha dicho que “fue, tal como hoy se ve cada vez con más claridad, una falso gran lucha llevada a cabo bajo la desafortunada etiqueta de ‘positivismo’ o ‘neopositivismo’ y en la que ambas partes mantuvieron una especie de diálogo de sordos.

de formulaciones abstractas a la que conducía el método empleado¹³⁸. Las graves limitaciones en el método dogmático y en especial del sistemático, las calificaba el maestro alemán como de “deprimentes dificultades”¹³⁹. Se rompe así con el normativismo extremo en el que habían incurrido los neokantianos, centrados en la “naturaleza de las cosas” y de la idolatría profesada por los ortodoxos finalistas hacia las “estructuras lógico-objetivas”. Dogmática y realidad social no se comunican¹⁴⁰, por lo que había que solucionar ese escollo: “superar la contraposición tradicional entre lo satisfactoriamente correcto y lo políticamente satisfactorio”. Habría que superar, entonces, las barreras existentes entre el Derecho Penal y la Política Criminal¹⁴¹ orientando el

¹³⁸ ROXIN, C., “Zur kriminalpolitischen Fundierung des Strafrechtssystems”, en Festschrift für Günther Kaiser, Ed., Duncker & Humblot, Berlin, 1998: pp. 885 y ss.

¹³⁹ ROXIN, Claus, Política criminal y sistema del Derecho penal (trad. esp. de Muñoz Conde del original alemán Kriminalpolitik und Strafrechtssystem, de 1970, fecha por la que se cita en el texto), Ed. Bosch, Barcelona 1972.p. 23

¹⁴⁰ SILVA SANCHEZ, Jesús María, Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo, Ed., Bosch Barcelona, 1992. pp. 69 y 72.. Manifiesta este autor que: “La normativización de los conceptos es efectivamente precisa pues sólo ella proporciona la flexibilidad necesaria para posibilitar variaciones de contenido en los conceptos en función de cambios valorativos o del equilibrio de fines. En todo caso, debe quedar claro que, en sus orígenes, la reocupación de ROXIN es práctica y se halla muy relacionada con la crítica al sistema desde las perspectivas de la “Tópica”. Su propuesta es, pues, un intento de salvar el sistema haciéndolo, a la vez, apto para la resolución de problemas. La solución frente al sistema cerrado, por un lado, y el pensamiento tópico, por otro, se llama “sistema abierto” de orientación teleológica”. Más adelante sostiene, este autor en cuanto al carácter descriptivo de la teoría del delito: “En otras palabras, si se entiende que no es producto de una inducción a partir de los preceptos de un Derecho positivo, ni tampoco el resultado de un proceso deductivo a partir de la configuración de determinadas estructuras materiales del ser, sino que expresa los elementos que, según una concreta concepción valorativa, sin duda condiciona culturalmente, se estima que deben concurrir para sancionar penalmente un hecho”.

¹⁴¹ ROXIN, Claus, Política criminal y sistema de Derecho penal, (1972), pp. 19-20. “si las cuestiones político criminales no pueden ni deben penetrar en ella (en la dogmática, IOU), la deducción exacta del sistema puede garantizar ciertamente resultados inequívocos y uniformes, pero no materialmente justos. ¿Para qué sirve la solución de un problema jurídico que, a pesar de su hermosa claridad y uniformidad, es desde el punto de vista político criminal erróneo? ¿Debe ser preferible realmente a una decisión satisfactoria del caso concreto, que no es integrable en el sistema? Es evidente que debe responderse negativamente a esta cuestión y que hay que admitir las quiebras,

sistema mismo a las valoraciones de la Política Criminal hacia los fines mismos del Derecho Penal en general y de cada uno del sistema en particular¹⁴². A esta nueva dirección dogmática se denomina “sistema abierto”¹⁴³ intentando, con ello, dar soluciones a los problemas de la realidad práctica, pero sin caer en un puro pensamiento tópico¹⁴⁴. Política criminal y sistematización dogmática deberían ser como las caras de una misma moneda a la solución del caso específico. Lo decisivo ha de ser siempre la solución del caso concreto, pero sin dejar de desatender a las

motivadas político criminalmente, de la regla estricta. Pero, de este modo, se relativiza naturalmente todavía más la significación de los conceptos sistemáticos generales y de las abstracciones dogmáticas”; Aunque de Política criminal ya se hablaba en pleno auge de las corrientes causalistas y finalista, como lo pone de relieve MUÑOZ CONDE, Francisco: “Por lo demás, también en Alemania en los años 50 y 60, en pleno apogeo de la polémica entre causalistas y finalistas, los dogmáticos se ocupaban de la política criminal, sólo que, como ‘El burgués gentilhomme’ de Moliere, hablaban en prosa sin saberlo o, en este caso, sin decirlo, pero sabiendo perfectamente lo que hacían”, en Edmund Mezger y el derecho penal de su tiempo. Estudios sobre el derecho penal en el nacionalsocialismo, Ed., Tirant lo blanch, Valencia, 3ª ed., 2002, pp. 96-97

¹⁴² En palabra de ESTEBAN RIGHI, el abandono de la defensa de las estructuras lógico-objetivas afectó la coherencia del modelo de WELZEL, ya que un modelo de teoría del delito orientado por consideraciones de política criminal estableció una nueva tensión entre la armonía del sistema y la consideración del problema que el jurista enfrenta cuando debe resolver un caso. RIGHI, Esteban. Derecho Penal. Parte general. 1era edición, Ed., Lexis Nexis, Buenos Aires, 2007, pp. 123 y ss.

¹⁴³ DE LA CUESTA AGUADO, Paz. Mercedes, Tipicidad e imputación objetiva, 2.ª ed., Editorial Jurídica de Cuyo, Mendoza, 1998, p. 58; en palabras de POLAINO NAVARRETE, Miguel, Instituciones de Derecho Penal. Parte General. Editorial Jurídica Grijley, Lima, 2005, p. 39: “el pretendido y deseado Derecho Penal mínimo y garantista es, a día de hoy –y no obstante la progresiva democratización y racionalización de la mayoría de los ordenamientos- , una aspiración idealista, una utopía más que una realidad. Tal aspiración de un más racional y armónico Sistema penal se ve paradójicamente contradicha por varios movimientos recientes, que caracterizan la actual Política Criminal. Se trata de movimientos fluctuantes, funcionales, variables, de muy diverso cariz y hasta contradictorios planteamientos. Aunque no entremos aquí en el análisis detenido de los rasgos que caracterizan al Derecho Penal de las modernas sociedades posindustriales, cabe afirmar que los actuales desarrollo del sistema punitivo conducen, paradójicamente, a posturas neocriminalizadoras, y –por ende- a la expansión del Derecho Penal, y no a su deseada reducción.”

¹⁴⁴ VIEHWEG, T., Tópica y jurisprudencia (trad. DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN), en Ensayistas de hoy, N.º 39, Ed., Taurus, Madrid, 1964, pp. 49 y 121. Ya en su momento fue este autor quien pretendió la sustitución del pensamiento sistemático en la Ciencia del Derecho, proponiendo su sustitución por un pensar tópico o pensamiento-problemático. Su procedimiento consiste en una técnica del pensamiento que se orienta hacia el problema, por considerar que la categoría del sistema deductivo es “inadecuada” para la ciencia del Derecho; es «un impedimento para la vista.

exigencias sistemáticas,¹⁴⁵ porque cualquier Política criminal que prescindiera de la sistematización resultan poco fructíferas, debido a su carácter reduccionista.

En cierta medida no fueron pocos los que en aras de una “mejor justicia” negaban a la construcción dogmática, afirmaciones que guardaban algún parecido mimético con las manifestaciones de la Teoría de la tónica y de la concepción hermenéutica de la interpretación y aplicación del derecho. Sin embargo, no explicaban en qué consistía la importancia de la justicia y hasta dónde se estaba dispuesto a llegar por afirmarla.

Todas las categorías dogmáticas en ROXIN deben ser entendidas desde los fines de la pena, que vienen dados por el propio sistema social. Desde esta perspectiva, la concepción del Bien jurídico en ROXIN está intrínsecamente ligada al sistema social mismo. Será aquello que resulte útil para el desarrollo del individuo o para el propio sistema social, y en ese orden la concepción material del injusto será precisamente la lesión de esos bienes útiles para el individuo o para el sistema. ROXIN, en su obra Política Criminal y sistema del Derecho Penal, establece que el tipo cumple la función de determinación de la ley penal conforme al principio

¹⁴⁵ Por su parte, autores como JESCHECK: “Lo decisivo ha de ser siempre la solución de la cuestión de hecho, mientras que las exigencias sistemáticas deben ocupar el segundo plano”. En, ROXIN, Claus, Política criminal, 1970, p. 20, citando a JESCHECK. Sobre la tensión entre estos dos modos de hacer dogmática, v. Roxin, Política criminal, 1970, pp. 19-21.

nullum crimen; a la antijuridicidad le corresponde la función de solucionar los conflictos sociales, y a la culpabilidad corresponde la función de determinar la necesidad de pena, conforme a consideraciones de tipo preventivo¹⁴⁶.

Por otro lado, si con el Derecho penal queremos buscar soluciones a la realidad social criminal, para su reducción, entonces tenemos que su finalidad adquiere tintes preventivos: prevenir y evitar el crimen. De lo que resulta es que el fin de las penas no es el de castigar o retribuir, sino de prevenir nuevos delitos: el fin de las penas será preventivo general positivo y de prevención especial, y en su concepción humanitaria llega a propugnar la adopción de medidas político-criminales tendentes a la sustitución de la pena de prisión –por ser ineficaz para la lucha de la criminalidad en general- por otras que supongan una menor injerencia en las personas, sin ser éstas menos eficaces que la misma en orden de prevención, para el caso de delitos menos graves y leves, centrando su atención, al mismo tiempo, en la necesaria atención a la víctima del delito y en la reparación del daño. Penas como los trabajos en beneficio de la comunidad, el arresto domiciliario vigilado a través de medios electrónicos o la suspensión o pérdida definitiva de la licencia para conducir y la multa, podrían resultar de una visión preventiva más eficaces que las mismas penas privativas de libertad.

¹⁴⁶ SCHÜNEMANN, Bernad. *El sistema moderno del Derecho penal: Cuestiones fundamentales*, en Estudios en honor de Claus Roxin en su 50.º aniversario, Introducción, traducción y notas de Jesús María SILVA SÁNCHEZ, E d., Tecnos, Madrid, 1991, p. 64.

Pero la formulación estratégica de ROXIN va más allá. No sólo se debe luchar contra la criminalidad empleando el arma del Derecho penal, sino, en el marco amplio de la prevención propugna una ciencia interdisciplinaria de la que el Derecho penal sería sólo uno de sus instrumentos. No sólo basta un catálogo de penas muy graves, en el caso de delitos graves, y otras menores, en el caso de los delitos de menor entidad, sino que en el marco de las políticas sociales (como ejemplo, reducción de la pobreza, la marginalidad, educación para eliminar los prejuicios de diferencias sociales, de la drogadicción, etc.) se tiene que reducir la criminalidad atacando precisamente su raíz.

En el plano dogmático, ROXIN piensa que hay dos aspectos importantes que puntualizar y que son justamente piezas centrales de esta nueva concepción, a saber: En primer lugar, la teoría de la imputación al tipo objetivo. Dice ROXÍN que mientras que el tipo objetivo – que para el sistema clásico agotaba el contenido del tipo, y al que los proyectos neoclásicos le añadieron sólo los elementos subjetivos del tipo y el finalismo le añadió el dolo- para las tres concepciones sistemáticas en los delitos de resultado quedaba reducido en lo esencial a la mera casualidad, en cambio, el nuevo timón teleológico hace depender la imputación de un resultado al tipo objetivo de la "realización de un peligro no permitido dentro del fin de protección de la norma", sustituyendo, así, por primera vez la categoría científico-natural o lógica de la causalidad por

un conjunto de reglas orientado a las valoraciones jurídicas. Esto nos lleva, a lo que se hace llamar, la moderna teoría de la imputación objetiva.

En segundo lugar, la ampliación de la culpabilidad a la categoría de la "responsabilidad", en cuanto que a la culpabilidad como condición ineludible de toda pena se le debe completar siempre la necesidad preventiva (especial o general) de la sanción penal. Culpabilidad y necesidades preventivas se limitan recíprocamente y sólo conjuntamente dan lugar a la "responsabilidad" personal del sujeto, que acarrea la imposición de la pena.

El maestro ROXIN, expresó que "el método jurídico tiene que partir de que las concretas categorías del delito –tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad- y deben sistematizarse, desarrollarse y contemplarse desde un principio bajo el prisma de su función político criminal". De esta forma, la función político criminal del tipo consiste en la realización del principio "nulum crimen sine lege" y de él debe derivarse la estructuración dogmática.

3.6.3.2. Funcionalismo teleológico-valorativo radical

Jakobs, por el contrario, reniega de la concepción tradicional del delito y diseña su sistema apoyándose en las ideas de Talcott Parsons y del sociólogo alemán Niklas Luhmann, quien desde su ensayo "Sistema Jurídico y Dogmática Jurídica" (1974) infiltró al Derecho penal con la

sociología¹⁴⁷. Para algunos este acercamiento a la sociología representa un peligro al convertir al derecho en "apéndice de las elaboraciones sociológicas", perdiendo con ello su autonomía. Véase que el cargo es similar al que en su momento se le formulara a Enrico Ferri, con el Positivismo.

Si bien es cierto que Parsons aporta un concepto voluntarista de acción, concediendo un papel importante a los elementos empíricos de ésta, éste postula a la vez, una interdependencia de los mismos con otros de índole normativa. Para Luhmann, en cambio, la idea de sistema se contrapone a la de elemento: el sistema es el todo, mientras que el elemento la parte de aquel, pero no se puede negar el hecho mismo de que el sistema cualifica los elementos, pues la unidad de un elemento no está ópticamente dada, sino que empieza a constituirse como unidad a través del sistema, el cual recurre a un elemento para establecer sus relaciones. El derecho penal, bajo este pensamiento, sólo es un elemento del sistema: un subsistema dentro del sistema único.

¹⁴⁷ Las variadas teorías del pensamiento funcional sociológico –corriente sistémica que surge en Inglaterra por los años 30 del siglo pasado- ha repercutido en las diferentes ramas de las distintas áreas; aunque concentra sus temas en la sociología y la antropología, también ha influido en los sistemas de la Educación, en la Administración y en el Derecho, entre otros. Específicamente, en el ámbito de Derecho, las diferentes direcciones del funcionalismo estructural de PARSONS y del funcionalismo sistémico de LUHMANN han desarrollado sorprendentemente el Derecho penal. JAKOBS, por su parte, representa un cambio de paradigmas en el Derecho Penal al acoger estas tesis funcionalistas y da origen a ese giro al establecer que las categorías dogmáticas no pueden hacerse con base a una fundamentación ontológica del Derecho.

Para el maestro Günther Jakobs, el funcionalismo en materia penal se concibe como la teoría según la cual el Derecho Penal está orientado a garantizar la identidad normativa, a garantizar la constitución de la sociedad. Haciendo un parangón el orden normativo con el cuerpo humano, el derecho penal es el sistema inmunológico del orden normativo, cuya función es integrar el sistema normativo violentado, separándolo del sistema al infractor.

La preservación de la sociedad a través del orden normativo, es el objetivo que da sentido al Derecho penal, con lo que la práctica jurídico-penal es un ejercicio de autopreservación de la sociedad y, mediatamente, de preservación de la identidad individual que sólo es una identidad social, inserta en unas concretas referencias que son sociales y normativas a un tiempo. Sin tal función, el sentido de las normas penales decae, pues con el fin de la sociedad acabaría también toda posibilidad de que los individuos pudieran organizadamente defender su identidad y, más aún, desaparecería también la posibilidad de que el individuo tuviera una identidad que le permitiera percibir unos intereses que fueran algo más que puros instintos. Es la identidad de la sociedad la que permite la identidad de los sujetos singulares.

Al respecto señala el propio maestro Roxín, que la construcción funcionalista de Jakobs, vuelve del revés la concepción de su maestro Welzel, al partir de la base de que conceptos como causalidad, poder,

acción, etc., no tienen un contenido pre jurídico para el Derecho Penal, sino que sólo se pueden determinar según las necesidades de la regulación jurídica. El mérito de Jakobs consiste en haber llenado de contenido funcionalista a los elementos del delito dentro de la línea de Lhuman.

Para Jakobs, entonces, el orden ontológico propio del finalismo se sustituye por una Teoría de la Sociedad (sociología del derecho y Teoría del Derecho) que se organiza en atención a los fines que persigue el Derecho Penal ¿Qué es lo que pretende la sociedad estatalmente organizada? Por eso parte de una concepción de la sociedad similar a la de un complejo orgánico armónico, donde cada individuo del sistema desarrolla una concreta función que permite la coherencia del sistema y asiste al desarrollo dinámico de la misma, salvaguardándose así su estructura básica.

El hecho de ser persona significa tener que representar un papel dentro de un mundo normativo. Desde esta perspectiva se tiene que fijar de modo objetivo qué es lo que significa un comportamiento (acción), si significa una infracción a la norma o algo que no arrastra lesividad social, de modo que ha de desarrollarse un patrón conforme al cual puede mostrarse el significado vinculante de cualquier comportamiento, que ha

se orientarse sobre la base de estándares, roles y estructuras objetivas, como los elementos del delito.¹⁴⁸

La función del Derecho Penal no es otra que la de coadyuvar al establecimiento del orden y protección de las condiciones necesarias que posibiliten el mantenimiento de la vida humana en comunidad. La sanción, por tanto, contradice el mundo del infractor de la norma y afirma la no vigencia de la misma. Si se parte de la misión del Derecho penal y no de la esencia (o de las estructuras) de objetos de la Dogmática penal, ello conduce a una (re) normativización de los conceptos. Se trata de conceptos nuevos y terminantes: es la norma revitalizada, o mejor dicho, renormativizada, la esencia del asunto. Es de entender, en esa orientación que el sujeto infractor es sólo el que puede ser responsable por el delito cometido, prescindiendo de que haya o no ocasionado el daño. Es la nueva modalidad de la teoría de la imputación objetiva, en la cual Jakobs arma todo un sistema diferente a la teoría del riesgo de Roxín, con su teoría de los roles, en la cual introduce categorías como el principio de confianza, de actuación a propio riesgo, principio de prohibición de regreso.

La "Persona" resulta ser algo distinto de un ser humano, un individuo; éste es el resultado de procesos naturales, aquella un producto social. Dentro de este orden de comunicación normativa coexisten dos

¹⁴⁸ MEDINA PEÑALOZA, Sergio, Teoría del Delito, Causalismo, Finalismo e Imputación Objetiva, 2ª edición, Ed. Ae Angel, Mexico, 2003, p. 190.

tipos de normas. Unas dadas por el mundo racional, de común entendimiento y aceptación cognitiva para todos los individuos y que no necesita de una estabilización especial. Otras normas no tendrían esa fuerza quien no la acepte, puede que sea comprendido en algunas sociedades parciales, pero sólo allí. Otra parte de las normas, carecen por completo de tal fuerza originaria para auto estabilizarse, en concreto aquellas que en una noción social no pueden representarse como dadas o reveladas previamente, sino que son normas hechas¹⁴⁹.

La doctrina de este maestro alemán no es dominante dentro de Alemania ni en el resto del mundo. Es contrapuesta a la doctrina dominante que considera que la misión del Derecho penal es la tutela y protección de los bienes jurídicos amparados por el Derecho; ante ello, Jakobs considera en su pensamiento que la protección de la vigencia de la norma debe conseguir su aceptación o validez en la teoría de los fines de la pena: para él el hecho delictivo es una lesión de la vigencia de la norma, la pena es su eliminación. En este contexto, la pena sirve para confirmar la vigencia de la norma, a pesar de su infracción, y logra el ejercicio en la fidelidad hacia el derecho, y finalmente, cuando se impone, aparece la conexión existente entre el delito (que atenta contra la norma) y la obligación jurídica ineludible de soportar las consecuencias, que él llama "ejercicio en la aceptación de los costes".

¹⁴⁹ En el mismo sentido, VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe A., Derecho Penal. Parte General, Ed. Grijley, Lima, 2007. p. 253.

Con el maestro Jakobs, el Derecho penal debe garantizar la expectativa de que el sujeto es fiel al Derecho; caso contrario, se comporta de manera culpable, independientemente de su estado psíquico (conocimiento o no). De ahí que el grado de fidelidad al Derecho se establece como un baremo objetivo para el castigo. Quien es culpable entonces, tiene un déficit de fidelidad al Derecho.

Para el maestro Roxin, la particularidad más hostil en el pensamiento de su compatriota, Jakobs, es que, consecuente con su teoría del fin de la pena, la culpabilidad queda totalmente absorbida en el concepto de prevención general, o sea que no la considera como algo objetivamente dado, sino que simplemente la "adscribe" conforme al criterio de lo que es necesario para el "ejercitamiento en la fidelidad al Derecho", sin tomar en consideración las capacidades del autor. De manera psicologizante –manifiesta Jakobs– actúa con dolo "quien conoce el riesgo por él creado". Culpabilidad material, por tanto, es la falta de fidelidad frente a normas legítimas. El sujeto agresor es infiel a la norma, de tal manera con su actitud hostil "resquebraja la confianza en la norma" ¿y la pena qué hace? Restituye la confianza en la norma. El Derecho penal de culpabilidad, en el pensamiento de Jakobs, siempre estuvo fundamentado por sus fines sociales.

De la exposición de los fundamentos metodológicos sociológicos¹⁵⁰, influenciado por la Teoría de los Sistemas, Jakobs colige que para él los conceptos pre jurídicos, en el sentido finalista, no deben guiar la tarea constructiva del Derecho penal, más por el contrario ésta debe seguir la estela de la función que le asigna el “sistema como un todo unitario” al Derecho penal del cual es sólo uno de sus elementos. Sin embargo el riesgo existe si se hace depender al Derecho penal de la función que quiera otorgarle el propio sistema. Al limitar la tarea del Derecho penal a la estabilización del sistema, por tanto, a la imputación según exigencias preventivo generales, en su construcción estarían ausentes elementos esenciales de la política criminal: la prevención especial y la garantía de los derechos del acusado que no se contemplan en su punto de partida teórico-sistemático". En un sistema sin una base de contenido normativo garantístico para estos conceptos cualquier sistema es válido.

Desde otra perspectiva, un sujeto no es aquel que puede ocasionar o impedir un suceso, sino aquel que puede ser responsable por éste. Igualmente, los conceptos de causalidad, poder, capacidad, culpabilidad, etc., pierden su contenido pre jurídico y se convierten en conceptos que

¹⁵⁰ Comenta POLAINO NAVARRETE, Miguel, en relación a la relevancia de la Teoría de los Sistemas en el pensamiento de Jakobs que, "sólo es cierta en parte, y por tanto los autores que suelen resaltar este aspecto (a menudo con exacerbada e infundada crítica a la supuesta abstracción sociológica de los conceptos dogmáticos penales), lo hacen desde una perspectiva muy parcial y fragmentaria, y –en consecuencia- no alcanzan a vislumbrar la totalidad del problema". POLAINO NAVARRETE, Miguel, Fundamentos Dogmáticos del Moderno Derecho Penal, Colaborador, Miguel POLAINO ORTS, Ed. Porrúa, México, D.F., 2001, p. 30.

designan grados de responsabilidad o incumbencia. Estos conceptos no ofrecen al Derecho penal modelos de regulación, sino que sólo surgen en el contexto de las regulaciones de Derecho Penal al re normativizarlos. No se trata de pergeñar sistemas normativos al margen del contexto social (lo que desde luego también puede intentarse), sino que los esfuerzos se orientan a un Derecho penal en el seno de una sociedad de estructura dada, sin que evidentemente haya que renunciar a formular aspiraciones frente a la realidad. El objetivo es la sistematización óptima (no que esté siempre completamente conseguida) del Derecho penal vigente.¹⁵¹

De otro lado, al asignarle una función puramente preventiva general a la pena, su concepto de culpabilidad es mucho más original que el de Roxín, dependiendo exclusivamente de la demanda de prevención general positiva (de reforzamiento en la confianza en el derecho) y no tomando en cuenta la real posibilidad del sujeto de poder hacer algo diferente no lesivo o menos lesivo¹⁵²

¹⁵¹ JAKOBS, Gunther. Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación, prólogo a la primera edición, Madrid- España 1997(2da. Ed. Alemania 1991).

¹⁵² Opina Bacigalupo, que esta concepción se opone totalmente al "ontologismo", pues postula una normativización total del contenido de las categorías, es decir una funcionalización de las mismas, de tal manera que "no sólo los conceptos de culpabilidad y acción, a los que la dogmática penal los ha reconocido, de todos modos, en forma expresa una esencia o una estructura lógico-objetiva o pre-jurídica devienen conceptos de los que nada es posible decir sin tomar en consideración la función del derecho Penal, sino que, inclusive, el concepto de sujeto, al que se le atribuye "la culpabilidad y la realización de la acción-"(...) "Un sujeto desde este punto de vista, no quién puede causar o impedir un suceso sino quien resulta obligado a ello. De la misma manera, conceptos como causalidad, poder, capacidad, culpabilidad, etc. pierden su contenido pre-jurídico y se convierten en conceptos relativos a niveles de competencia". La distancia entre los conceptos jurídicos del sistema y la "realidad ontológica" resulta aquí máxima. Ello se percibirá con mayor nitidez en la Teoría de la Acción que se debe convertir, en realidad, en una teoría del sujeto responsable, lo que le permite no reducir

Después de todo, nos resulta original, de una consistencia sistémica, el modelo funcionalista de Jakobs al aparecer como una alternativa al modelo de la unidad sistemática del Derecho Penal y de política criminal de Roxín. Es una visión del sistema de la teoría del hecho punible como teoría de prevención general positiva, que sostiene que la finalidad de la pena es el mantenimiento estabilizado de las expectativas sociales de los ciudadanos. Esas expectativas son el fundamento de las normas, es decir, de los modelos de conducta orientadores del contrato social, y, la pena tiene la función de contradecir y desautorizar la desobediencia de la norma. El Derecho penal, por tanto, protege la validez de las normas y la defensa de esta validez, aunque de forma secundaria, protege un bien jurídico del Derecho Penal, protección ésta que en la doctrina dominante se convierte en la principal finalidad. El delito, así concebido, es la falta de fidelidad hacia el derecho que trastoca la estabilidad e integridad social. Bajo esta visión lo relevante es la manifestación de un hecho disfuncional que desestabiliza al sistema, sin importar las causas de su desviación o las formas de prevenirlo. Se produce, así, el destierro de los fundamentos individualistas del delito, de su ontologismo y de los valores fundamentales del ser humano.¹⁵³

el Derecho Penal a sujetos individuales, y en la Teoría de la Culpabilidad, en la que ya no se tratará de fundamentar un reproche al autor sino de "limitarse a asegurar el orden social", razón por la cual no se trata de comprobar si el autor tuvo una alternativa de comportamiento, es decir, si tuvo real capacidad para comportarse de otra manera, sino de si en la sociedad existe una alternativa para la elaboración del conflicto diferente de la imputación del delito al autor. BACIGALUPO, Enrique, Derecho Penal. Parte General, Ed. Ara. 1ª edición, Lima, 2004, p. 198.

¹⁵³ BACIGALUPO, Enrique, op. cit, p. 199.

3.7. La Criminalidad Organizada (variable dependiente)

3.7.1 Aspectos generales

3.7.1.1. Concepto

El concepto de delincuencia organizada es de reciente data, sin embargo la organización como elemento del fenómeno delictivo no es novedoso, puesto que siempre existieron formas de violación organizada de la ley.

En términos generales, el crimen organizado tiene como elemento sustancial la permanencia, la cual se genera con el propósito de efectuar un conjunto de acciones delictivas con una finalidad determinada, sin que necesariamente obedezca a un propósito de obtener beneficios económicos, toda vez que una de las formas de organización delictiva más importante del siglo XX fue el terrorismo, la misma que se origina de una convicción ideológica con fines políticos.

El término “crimen organizado” es un concepto estadounidense. Su aparición y evolución están fuertemente identificadas con la manera en que diversas instituciones de ese país han concebido la delincuencia profesional. El concepto se emplea en 1919, en Estados Unidos, entre los miembros de la Comisión del Crimen de Chicago, una organización cívica que se creó en ese mismo año por banqueros y abogados que promovían cambios en el sistema justicia criminal con el objeto de enfrentar mejor el problema del crimen.

La idea original con que surgió el concepto fue, más que hacer referencia a un tipo de organización, la de distinguir las condiciones que permitían que un amplio número de individuos- concebido como “clase criminal” se dedicaran al desarrollo de la actividad delictiva con impunidad ante el gobierno incluso con simpatía popular, y obtener de ellos un ingreso regular.

En la actualidad la delincuencia organizada la podemos definir desde dos puntos de vistas: desde el punto vista jurídico y desde la perspectiva social; desde el punto de vista jurídico se define en torno de una serie de características de tipo penal definiciones que podemos tomar de las diferentes legislaciones; desde el punto de vistas sociológico las características que definen la delincuencia organizada son en cuanto al daño y las repercusiones que este fenómeno provoca en el entorno social como miedo, daños contra terceras personas para intereses morales y materiales.

El autor Bayardo Ramírez Monagas¹⁵⁴, en su trabajo denominado “ la delincuencia organizada transnacional como fenómeno contemporáneo de carácter político, económico y social”, conceptualiza la delincuencia organizada como la “ asociación o pertenecía de un

¹⁵⁴ RAMÍREZ MONAGAS, Bayardo. La Delincuencia Organizada Transnacional como Fenómeno Global Contemporáneo de Carácter Político, Económico y Social. Nuevo Tipo Asociativo De Delito, XV Conferencias sobre Supervisión Financiera, Guatemala, 17 de agosto de 2012.

grupo de tres o más personas vinculadas con la finalidad u objeto a dedicarse a una o más actividades delictivas para obtener beneficios económicos y de otro orden, en forma constante.

La Organización de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (convención de Palermo), nos dice por Grupo Delictivo Organizado, “ se entenderá un grupo estructurado de tres o más personas que existe durante cierto tiempo y que actué concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves o delitos tipificados con arreglo a la presente convención con miras a obtener directamente o in directamente, un beneficio económico u otro orden beneficio de orden material”.

Siendo así, se considera crimen organizado: A la participación de varias personas según un plan, las cuales asumen esta actividad criminal como una profesión u oficio. Se agrega a ello la distribución del poder organizacional por medio de niveles y la orientación planificada de los designios criminales a la obtención de recursos económicos. Según ALBANESE¹⁵⁵, "el crimen organizado no existe como tipo ideal, sino como un grado de actividad criminal o como un punto del espectro de legitimidad".

¹⁵⁵ Albanese, J. (2000) The Causes of Organized Crime: Do Criminals Organize Around Opportunities for Crime or Do Criminal Opportunities Create New Offenders? *Journal of Contemporary Criminal Justice* 16 (4): 409–423.

3.7.2. Evolución y desarrollo del crimen organizado

El crimen es un hecho tan antiguo como el hombre, que desde siempre capta al sujeto activo de la acción, y preocupa a la humanidad (sujeto pasivo).

Por lo que se vincula el origen de la humanidad como origen del crimen; así cuando frente a la comisión del primer homicidio bajo la autoría de CAÍN contra su hermano ABEL. No obstante que esta posición es científica y queda desvirtuada, no puede obviar que estamos en presencia del primer cuestionamiento en la búsqueda de conocer las causas que generan los delitos.

Es por esto, que frente a las actividades criminales clásicas llevadas a cabo de manera individual, ahora se observa una evolución hacia una forma de criminalidad como empresa. Los grupos delincuenciales se caracterizan por encontrarse en condiciones de actuar, tanto en la vertiente legal como en la ilegal de la actividad política y económica.

El incremento de la actividad criminal organizada con capacidad económica fuerte, ejerciendo su poder a través de la violencia, así como el ejercicio de manipulación y corrupción en amplios sectores del sistema político y Estatal, es hoy en día un fenómeno altamente productivo y cada vez más sofisticado. La instauración del mercado global y la aldealización

del mundo a través de la libertad de comercio, han sido factores decisivos en la conformación de grupos criminales organizados.

Las asociaciones criminales se caracterizan por su elevada complejidad a nivel organizativo, que adoptan modelos y estructuras de tecnología de punta, lo que ha llevado a algunos investigadores como Kaiser, Solans, Arlacchi¹⁵⁶, a calificar el hecho como industria del crimen, empresas criminales o multinacionales del crimen. Si bien es cierto, que la organización criminal es considerada como tal, por la ejecución de actos delictivos, esta no se fundamenta en el de cometer el delito, su función principal, es la rentabilidad económica, el delito constituye solamente un instrumento para la consecución en primera línea de fines materiales, para cuya extensión el grupo se puede servir también, y de hecho se sirve, de medios ilegales.

El accionar criminal es un medio para alcanzar el fin principal, es decir, el máximo de ganancias económicas. Pero si tal fin se puede alcanzar recurriendo a medios legales, entonces estos relevarán a los medios criminales. En otras palabras, la organización criminal realiza negocios tanto legales como ilegales según su conveniencia.

En efecto, de la “criminalidad organizada” se habla para referirse a un sinnúmero de delitos de muy diversas características y en algunos

¹⁵⁶ Revista Psicología Científica.Com, Volumen 17, año 2015 : en <http://www.psicologiacientifica.com/> 12/01/2017

casos con muy poca relación entre sí, tales como el tráfico de drogas, tráfico y explotación laboral y sexual de seres humanos, tráfico ilegal de armas, falsificaciones, robo y tráfico ilegal de vehículos, delincuencia económica (blanqueo de dinero, estafa, fraude fiscal y de subvenciones, contrabando), corrupción, criminalidad informática, daños medioambientales, robo y tráfico de obras de arte, etc., e inclusive se ha pretendido también incluir fenómenos como el terrorismo y hasta el secuestro de personas .

3.7.3. Estructuras y tipologías de la Criminalidad Organizada

Es necesario tener presente que la estructura organizacional y operativa de una organización criminal permite identificar el grado de importancia y desarrollo que ella ha alcanzado. Complementariamente, las dimensiones de sus actividades ilícitas, su composición interna y la calidad de sus integrantes posibilita reconocer el mayor o menor nivel de su influencia sobre su entorno económico, social, o político.

Ahora bien, la estructura de las organizaciones criminales no es uniforme. Ella varía según su origen, el grado de desarrollo que ha alcanzado, el tipo de actividades delictivas que ejecuta o el número de componentes que integra. Por consiguiente, pues, hay organizaciones con estructuras altamente jerarquizadas y complejas que muestran una composición vertical, con niveles de poder y gestión muy centralizados. Pero, también, coexisten otras agrupaciones delictivas con estructuras

flexibles y roles de dirección colectiva o descentralizada. Es más, las organizaciones que activan la criminalidad organizada contemporánea adoptan nuevas formas estructurales altamente flexibles y que, incluso, buscan adaptarse a esquemas corporativos horizontales que se les permitan en una dinámica de cooperación cubrir mayores mercados e intercambiar sus mercancías o servicios ilícitos¹⁵⁷.

En ese contexto, la clásica imagen piramidal de la Mafia siciliana o de la Cosa Nostra norteamericana ha tenido, pues, que ceder a los nuevos espacios y oportunidades que brinda la economía globalizada del tercer milenio¹⁵⁸. Como bien lo describen Prieto y Gonzáles: “Ahora, las nuevas organizaciones criminales poseen características y estructuras distintas a la de la mafia tradicional, e incluso ésta en algunos casos, ha ido cambiando de una forma u otra. A causa de estas diferencias, ahora tenemos estructuras con redes flexibles, estructuradas libremente. Tienen células pequeñas especializadas, son altamente adaptables en cualquier lugar y en cualquier momento, contienen menos riesgos. Buscan siempre el mayor beneficio con el menor riesgo, esto es un problema especial, porque esto provoca o ayuda a hacer menos riesgosa la actividad ilegal, a promover la corrupción que también es un punto muy importante. Son

¹⁵⁷ PRADO SALDIARRIAGA, Víctor. Sobre la Criminalidad Organizada en el Perú y el artículo 317 del Código Penal, en Compendio de Política Criminal y Criminalidad Organizada, por Procuraduría de Orden Público del Ministerio del Interior, Fondo Editorial Universidad A las Peruanas, Lima febrero 2015, pág. 126.

¹⁵⁸ Francesco Palazzo. La Mafia Hoy: Evolución Criminológica y Legislativa, en Juan Carlos Ferré Olivé y Enrique Anarte Borrallo. Delincuencia Organizada. Aspectos Penales, Procesales y Criminológicos. Universidad de Huelva. Huelva. 1999, p. 177y ss.

redes menos formales, sus enlaces tácticos y enlaces estratégicos se mezclan con organizaciones de bienes y servicios a clientes, buscan compartir mercados en vez de tener el control, trabajan de una manera más abierta, o sea trabajan de una manera más empresarial”.¹⁵⁹

Las investigaciones realizadas por los organismos especializados de las Naciones Unidas, luego de la suscripción de la Convención de Palermo, han aportado importantes hallazgos y metodologías para la identificación y evaluación de las estructuras organizacionales de los grupos criminales.

El desarrollo de estos importantes aportes para la documentación e inteligencia sobre la criminalidad organizada, se realizaron en coherencia con lo dispuesto por el artículo 28º de la citada Convención internacional. En dicha norma se establece que una tarea importante que deben desarrollar los Estados vinculados con el Convenio de Palermo es recopilar e intercambiar información entre sí sobre las dimensiones y actividades de la Criminalidad Organizada en las organizaciones criminales. Además posibilitan su monitoreo técnico de los grupos delincuenciales activos merced a la actividad que desempeñan los llamados *observatorios nacionales o regionales de la criminalidad*.

¹⁵⁹ PRIETO PALMA, Cesar y GONZÁLEZ RUIZ, Samuel. “Estructuras y Características de la Delincuencia Organizada. Separata del Seminario sobre la Lucha contra la Delincuencia Organizada y la Corrupción. Contenido en CD ROM del Centro para la Prevención Internacional del Delito-Oficina contra la Droga y el Delito de las Naciones Unidas”. Editado por la Academia de la Magistratura. Lima, agosto 2003, p.1.

A estos organismos nacionales les corresponde centralizar la información disponible sobre agrupaciones delictivas y hacer un seguimiento permanente de su evolución, reportando las innovaciones que se detecten en sus actividades, estructura, composición y procedimientos.

En segundo lugar, tales esquemas sobre la criminalidad organizada realizan también una función educativa que se materializa en programas de capacitación para las agencias oficiales que deben perseguir, investigar y sancionar al crimen organizado. Estas instancias de control reconocen, pues, a través de las tipologías, las fortalezas y debilidades de los grupos criminales, así como sus puntos vulnerables y la metodología delictiva que ellos aplican.

Las cinco tipologías identificadas al mostrar estructuras y manifestaciones diferentes de la delincuencia organizada desarrollan una función desmitificadora sobre las estereotipadas imágenes que de este fenómeno social ofrecen los medios de comunicación a la población. De esta manera, se ayuda a la ciudadanía a internalizar una comprensión más realista del significado y dimensiones del problema.

En torno a las tipologías es importante tener en cuenta sus necesarias limitaciones, propias de la diversidad del universo de grupos criminales examinados. Al respecto los expertos de las Naciones Unidas

advierten sobre sus restricciones destacando que: *“Se debe remarcar que la estructura de los grupos sigue siendo el elemento central alrededor del cual se desarrollan las tipologías. Se realizaron intentos para desarrollar tipologías separadas de cómo los grupos estaban estructurados, esto no proporciona un método útil de descripción. Así, el tema de la estructura de los grupos es crítico para determinar una serie de tipologías. Mientras que esto no proporciona una respuesta inmediata acerca de las actividades en las que participan los grupos, si proporciona una guía relativamente útil de cómo se realizan estas actividades”*¹⁶⁰.

Según Prado Saldarriaga¹⁶¹, las cinco tipologías definidas por la CICIP y el UNICRI son las siguientes:

- a) La jerarquía estándar o tipología 1
- b) La jerarquía regional o tipología 2
- c) La agrupación jerárquica o tipología 3
- d) El grupo central o tipología 4
- e) La red criminal o tipología 5

Las cinco tipologías definidas por CICIP-UNICRI se basan en similitudes y diferencias relativas a los siguientes aspectos:

¹⁶⁰ Tipologías de Grupos de Delincuencia Organizada. Separata del Seminario sobre la Lucha contra la Delincuencia Organizada y la Corrupción. Ob. Cit., p.1.

¹⁶¹ PRADO SALDIARRIAGA, Víctor. Sobre la Criminalidad Organizada en el Perú y el artículo 317 del Código Penal, en Compendio de Política Criminal y Criminalidad Organizada, por Procuraduría de Orden Público del Ministerio del Interior, Fondo Editorial Universidad A las Peruanas, Lima febrero 2015, pág. 129.

- La estructura rígida o flexible de la organización criminal.
- La conducción o liderazgo único o colegiado.
- La configuración de una jerarquía vertical o difusa para la toma y ejecución de decisiones.
- La identificación de roles estables o mutables entre los integrantes del grupo criminal.
- El uso de un nombre.
- La existencia de rasgos de identidad característicos para la integración (familiar, étnica, local o social).
- El empleo de medios o acciones violentas en el modus operandi.
- El espacio geográfico de influencia.
- Las actividades criminales que se realizan.

A continuación, identificamos las características más representativas de cada una de estas tipologías¹⁶², mencionando algunas organizaciones criminales a las cuales se atribuyen tales estructuras e incorporando los diagramas ilustrativos elaborados por los expertos de las Naciones Unidas¹⁶³.

3.7.3.1. La jerarquía estándar o tipología 1

También conocida como estructura piramidal. Se le considera la estructura más rígida, tradicional y común entre los grupos de criminalidad organizada. Se caracteriza por tener un comando o liderazgo unificado a

¹⁶² *Ibidem* pág. 133-139.

¹⁶³ CICIP-UNICRI. Tipologías de grupos de delincuencia organizada. Ob. Cit. p.2 y ss.

partir del cual se origina una jerarquía vertical con roles claramente definidos y asignados a sus escalones de integrantes. Las tareas se asignan de manera clara y definida para cada integrante según su nivel. Las organizaciones que se adscriben a esta tipología adoptan un código de conducta que privilegia la lealtad, el secreto y la obediencia al jefe. Poseen un sistema de control interno muy estricto y que ejecuta sanciones disciplinarias violentas. Utilizan un nombre y la vinculación entre sus integrantes se funda en lazos familiares, étnicos o de estrato social. El número de sus integrantes es variado según la presencia histórica de la organización. En su modus operandi se recurre con frecuencia a la corrupción, el chantaje y la violencia.

Los expertos de las Naciones Unidas consideran como exponentes de la tipología que hemos descrito a los grupos criminales que operan en China y en Europa del Este. Según sus investigaciones: *“Estos grupos generalmente han sido creados alrededor de un solo individuo, quien frecuentemente da su nombre al grupo criminal. Los grupos son de tamaño mediano (50 a 200 personas) y tiene una estructura jerárquica estricta con un código de honor, reglas internas y absoluta lealtad al jefe. Los miembros son reclutados en el bajo mundo criminal y en el de los ex convictos, pero también entre los oficiales gubernamentales y servidores públicos. El uso de la violencia es una característica clave de sus actividades. De hecho, muchos de los grupos comienzan sus operaciones con la extorsión y frecuentemente hacen uso de la violencia(o de la*

*amenaza) para asegurar sus ganancias*¹⁶⁴. En el Perú las organizaciones del tráfico de drogas y las bandas dedicadas a delitos violentos como él y el secuestro extorsivo adoptan una estructura que responde a las características de la Tipología 1 o jerarquía estándar.

3.7.3.2. La jerarquía regional o tipología 2

Al igual que en la tipología anterior en esta segunda la característica esencial se refiere al liderazgo único. Si bien existe una jerarquía rígida y definida a partir de un mando central. De él se desprenden estructuras regionales que tienen un alto grado de autonomía operativa y cuyo jefe posee capacidad de decisión sobre su espacio regional. Sin embargo, las instrucciones del mando central de la organización pueden dejar sin efecto cualquier iniciativa o decisión del mando regional. Ahora bien, la disciplina interna es muy estricta y se basa en el respeto a un código de reglas de lealtad y perdón denominado generalmente “el estatuto”.

La actividad de las organizaciones de esta tipología es descentralizada y se desarrolla simultáneamente en varias áreas geográficas de influencia o “regiones”. Por esta razón se trata de estructuras que cuentan con muchos grupos asociados e integrantes. La militancia en estos grupos se origina en la fuerte identidad social que vincula a sus miembros los cuales provienen de un mismo núcleo

¹⁶⁴ CICIP-UNICRI. Tipologías de Grupos de Delincuencia Organizada. Ob. Cit. p.2.

poblacional o “barrio”. Su amplia expansión regional le permite involucrarse en una gran variedad de actividades ilícitas. En su modus operandi El uso de la violencia es bastante frecuente.

En las investigaciones de las Naciones Unidas se ubica como organización criminal representativa de esta tipología a la banda australiana de los Motociclistas fuera de la Ley. También incluyen a la organizaciones criminales japonesas como la Yakuza (sección que actúa en Australia) o la Yamaguchi- Gumi, y a la banda Fuk Ching que opera en los Estados Unidos. Con relación a la primera de las nombradas describen lo siguiente: *“Estas bandas tienen una estructura jerárquica claramente definida, se dividen en dos subgrupos cada uno opera en regiones geográficas específicas. En Australia por ejemplo, el elemento básico de la estructura es el Capítulo, el cual opera en un área local específica y es regido por un Presidente. Este individuo tiene poder absoluto sobre el Capítulo en términos de toma de decisiones y frecuentemente reglas con poder dictatorial. Cada Capítulo tiene un grado de independencia de los otros. Drawn largely from the white working class, las bandas de motociclistas fuera de la ley tienen una fuerte identidad social. Las bandas generalmente están formadas solo por hombres. Los miembros eran tradicionalmente admitidos después de un estricto proceso interno (incluyendo un periodo de prueba) tales procedimientos se han atenuado en algunas áreas, con el fin de adquirir más miembros...La mayoría de las bandas de motociclistas fuera de la ley*

están regidos por reglas conocidas como estatuto o una constitución. Algunas bandas han escrito códigos de ética. Las reglas requieren lealtad al club y condonar violencia para apoyar los intereses de la banda...Las bandas de motociclistas fuera de la ley son prominentes en la producción y distribución de anfetaminas y cannabis”¹⁶⁵ . En el contexto nacional se podría atribuir esta tipología a las organizaciones dedicadas al contrabando que operan en las zonas de frontera y al tráfico de copias fonográficas y audiovisuales “piratas”.

3.7.3.3. La agrupación jerárquica o tipología 3

Como su nombre lo identifica esta tipología identifica a una estructura corporativa que reúne a varios grupos criminales. La conducción en la agrupación jerárquica es delegada a un núcleo de representantes de cada grupo integrado, y que recibe distintas denominaciones como “Consejo” o “Cuerpo Vigilante”. Los acuerdos que se gestan y adoptan al interior de este núcleo de gobierno se decepcionan e inciden en todos los grupos asociados. El surgimiento de las agrupaciones jerárquicas obedece a cuestiones tácticas o de coyuntura.

Con ellas los grupos se gestan un ámbito de concertación que les permite compartir o dividirse mercados y áreas de influencia, así como resolver los conflictos existentes entre ellos. Ahora bien, cada grupo integrante posee su propia jerarquía interna y su propia estructura, la cual

¹⁶⁵ Ídem., pág. 3 y 4

suele ser del tipo piramidal o jerarquía estándar. Además los grupos integrantes se dedican a actividades ilícitas diferentes y adecuadas a las oportunidades del área geográfica donde operan. Por consiguiente, mantiene ante los demás grupos plena autonomía operativa.

Por su identidad corporativa la tipología que analizamos puede dedicarse a varias actividades delictivas y estar compuesta por un gran número de integrantes. Estos últimos suelen provenir de un mismo grupo étnico o emigrante, o de un espacio común como la cárcel. Pese a integrar grupos delictivos de alta autonomía, ellos se visualizan entre sí como miembros de una agrupación jerárquica Sin embargo en el ámbito externo, justamente su independencia operativa dificulta que se les reconozca como parte de una corporación criminal. La investigación CICIP-UNICRI considera como ejemplos de esta tipología al grupo ruso Ziberman y a la banda sudafricana “28s prison gang”. Con referencia a la primera agrupación jerárquica refieren lo siguiente: *“El grupo Ziberman consiste en seis grupos criminales separados, cada uno con estructura jerárquica y roles definidos para cada miembro. La coordinación entre los seis grupos, que forman el grupo principal se da por una estructura compuesta por cuatro individuos. Existe un estricto código de conducta en el grupo y el proceso para lograr la disciplina interna se caracteriza por altos niveles de violencia. El grupo Ziberman primero se estableció debido*

al comercio ilegal de tabaco antes de diversificar sus actividades en el contrabando de alcohol, apuestas y tráfico de coches robados”¹⁶⁶.

3.7.3.4. El grupo central o tipología 4

Es la tipología que identifica a las estructuras flexibles. Como en el caso de la tipología 1 o de jerarquía estándar, la que ahora describimos es un modelo de estructura muy frecuente entre las organizaciones criminales modernas. En primer lugar, hay que señalar que estos grupos criminales están integrados por un número reducido de miembros y carecen de un nombre que los identifique de manera interna o externa. En segundo lugar, como se señaló, se trata de estructuras flexibles pero que operan con un número limitado de agentes que no excede de 20. Los integrantes en pleno componen el núcleo central que adopta decisiones e impone la disciplina por consenso y acuerdo. A su interior, pues, no existe un liderazgo único, por lo que se les considera como estructuras horizontales. Por último, es de destacar que los integrantes pueden ingresar o retirarse del grupo central según la coyuntura y las necesidades operativas de la organización. Se aplica, pues, una política de disociación voluntaria o por renovación de cuadros. No se ha observado un uso relevante de medios violentos para imponer el control interno.

En la periferia del grupo central se encuentra un número importante de “miembros asociados” los cuales solo son requeridos por la

¹⁶⁶ Ídem. pág. 6

organización para la realización de actividades específicas que acuerda el grupo central. También cuentan con colectivos especializados que tienen por función arreglar los conflictos que puedan darse con otras organizaciones criminales, y a los que algunos grupos centrales denominan “*enforcer*”.

Entre los integrantes del grupo central no hay vínculos de identidad como en las otras tipologías. Si bien puede darse una división funcional de actividades entre sus miembros, ella se adecuará a la alta especialización que éstos poseen. La actividad criminal que desarrolla esta clase de organización puede ser única o plural aunque siempre será de una variedad limitada.

Se reconoce como una sub categoría del grupo central a las empresas criminales flexibles. Estas generalmente adoptan una presencia corporativa de apariencia legal y de dedicación a negocios lícitos y prósperos. Sin embargo, encubren con ello su verdadera actividad ilegal que se encuentra ligada a operaciones de lavado de dinero, defraudación tributaria o fraude en las subvenciones. El número de integrantes que las compone es muy reducido. No obstante, todos sus miembros tienen gran experiencia y especialización en temas económicos o financieros, a la vez que gozan de una alta estima social. Son ajenos a todo uso de medios violentos y cuentan con útiles conexiones en las esferas del poder político y en los órganos de gestión de las empresas más exitosas. Su

sofisticada fachada legal y su integración activa en la economía ilícita hacen que la detección de sus actividades delictivas sea muy difícil.

Los estudios de CICIP-UNICRI califican como expresión de la tipología grupo central a la organización criminal australiana denominada *Sindicato McLean*. Sobre ella se señala lo siguiente: “Los miembros del grupo son relativamente flexibles y fluidos; individuos o grupos de individuos agrupados bajo necesidades económicas en común. Esto significa que los miembros pueden entrar y salir del grupo según las circunstancias. De esta manera el sindicato busca constantemente nuevos miembros con habilidades específicas según lo requieran los variantes mercados y oportunidades. Claramente, los requerimientos más importantes de los miembros del sindicato es la habilidad para que los demás miembros confinen en la persona en cuestión. Solo un pequeño número de miembros principales del sindicato permanecen tiempo completo comprometido con los objetivos de la organización. Las relaciones entre estos miembros principales están cimentadas en la confianza y el entendimiento mutuo establecido a través de muchos años de participar juntos en negocios ilícitos.

Todos ellos tienen un alto grado de conocimiento profesional en su área de trabajo- la importación ilegal de cannabis en Australia y otros países. El grupo está formado por un número de diferentes células criminales que operan con roles definidos, coordinados por personas que

ocupan el rol de líderes de cada una de las células. Se tiene conocimiento de que varias células del sindicato McLean operan en varias jurisdicciones fuera de Australia, incluyendo las Filipinas, Pakistán, Tailandia, Alemania, Reino Unido, Hong Kong y Singapur”¹⁶⁷.

3.7.3.5. La red criminal o tipología 5

La red criminal es una organización flexible por excelencia. Desarrolla actividades altamente profesionales e intercambiables. Es la estructura criminal de diseño más complejo. Su tamaño y actividades son variables. Carecen de un nombre que las identifique, lo que resulta coherente con su naturaleza dinámica fluida y mutable. En la red criminal un rol esencial les corresponde a los **individuos clave** que operan como conectores o puntos nodales. Frecuentemente se trata de un individuo clave que está rodeado por una constelación de individuos o grupos que le ayudan a realizar un proyecto criminal y que configuran la red. Es importante destacar, que los individuos clave no se consideran integrantes de ninguno de los grupos delictivos que se incorporan a la red. Solo permanecen ligados a ella mediante un conjunto variado de proyectos delictivos.

La red se integra con un número manejable de personas que realizan sus actividades de manera simultánea o paralela y que no siempre se relacionan entre sí. Su contacto con la red y con sus proyectos

¹⁶⁷ Ídem. ps.7 y 8

delictivos se realiza a través de los individuos clave. La característica común de los miembros de una red es su habilidad y excelente ubicación estratégica para la realización de los proyectos delictivos asumidos, lo cual los convierte en los más idóneos para el operar exitoso de la red como estructura criminal. No obstante, no todos los componentes de la red poseen igual nivel de relevancia para el desarrollo de sus actividades delictivas. Así, por ejemplo, la red criminal cuenta, a su vez, con una red externa de criminales que operan como una estructura complementaria de reserva o apoyo, y que puede ser activada según las necesidades de realización de acciones criminales violentas o especiales.

En las redes criminales, la estructura no solo es flexible sino también movable. Ello como consecuencia de no existir ninguna jerarquía ni línea de dependencia para con el individuo clave. Por consiguiente, si este es descubierto al igual que sus actividades ilícitas, la red rápidamente se reconstruye en función de un nuevo conector o individuo clave quien puede promover otras actividades criminales o adherirse a los proyectos delictivos en ejecución. En su relevancia criminalística, las operaciones de una red criminal son muy difíciles de rastrear y prever. Si sus miembros son intervenidos la red se recompone sin mayor dificultad que el perfil mínimo requerido para los proyectos criminales en ejecución. En la red, pues, no son imprescindibles los individuos sino las actividades y los proyectos. Por tal razón estas organizaciones criminales no requieren contar con una estructura o jerarquía para poder realizar sus

acciones. CICIP y UNICRI dan cuenta de la presencia activa de redes criminales en Nigeria, el Caribe y Holanda. Sobre estas últimas organizaciones delictivas se sostiene, entre otros datos, que “son de organización flexible, con las actividades de profesionales sobresalientes constantemente intercambiados y una red exterior de contactos de criminales que pueden ser reclutados en el caso de operaciones criminales específicas. El tamaño y la naturaleza de las actividades de cada red criminal varían frecuentemente. El caso Meij en el Caribe involucra a un sospechoso, rodeado de una red de individuos que lo ayudan en sus actividades de fraude y falsificación a gran escala. Las redes criminales examinadas en el estudio están involucradas principalmente en una sola actividad (a pesar de que este no es siempre el caso) y podrían reorganizarse para dirigir otras actividades. La habilidad de todos los grupos para dirigir una tarea dependía de su *habilidad* para reclutar a los recursos humanos disponibles y sus habilidades en la red. El grupo Verhagen involucrado en el contrabando de cannabis en Europa, por ejemplo fue muy lejos al intentar reclutar personas con una habilidad particular (la habilidad de capitanear un barco) al anunciarse públicamente en los medios. El uso de la violencia no es estructural en estos grupos; pero si instrumental e incidental ya que su enfoque principal radica en las altas habilidades y facultades de sus miembros”¹⁶⁸ .

¹⁶⁸ Ídem. pag. 9 y 10

En nuestro país la procuraduría Ad Hoc para delitos contra la Administración Pública ha sostenido de manera reiterada que durante la década de los noventa se estructuró una amplia red criminal que operó con grupos enquistados en las principales instancias del poder político, de las instituciones castrenses, de las instituciones del Sistema de Justicia y en algunos medios de comunicación. Esta fuente ha afirmado también que en esta red criminal fungía como individuo clave el ex funcionario de inteligencia Vladimiro Montesinos Torres quien ya ha sido objeto de varias condenas judiciales y se encuentra aún sometido a otros procesos penales.^{169 170}

3.7.4. Dimensiones de la criminalidad organizada

3.7.4.1. Dimensión antropológica de la criminalidad organizada

Sabemos que el problema de la criminalidad es tan diverso que este se propaga en varios aspectos que van desde los más comunes delitos hasta las formas perfeccionadas de la delincuencia organizada. La rápida transformación de la sociedad provoca desequilibrios, tensiones y conflictos, pues aquí cabe destacar al individuo que más tarde será un delincuente. Es notorio que cada individuo es único en todos sus aspectos y principalmente psicológicos, en su historia familiar y social,

¹⁶⁹ José C. Ugaz. Falta de Inteligencia. Comentario publicado en la Sección Editorial del diario El Comercio, edición del 8 de abril de 2003.

¹⁷⁰ Las cinco tipologías a las que nos hemos referido están incorporadas en la *Falcone Check List* o cuestionario tipo para el seguimiento de investigaciones sobre delincuencia organizada. Efectivamente la variable descrita en el ítem 4 demanda la identificación de la estructura del grupo criminal investigado. Lo cual muestra con claridad la utilidad descriptiva de las cinco tipologías para conocer mejor a los grupos criminales.

que este reacciona de manera peculiar que lo diferencia de los demás individuos y con un enfoque existencial único y por consecuencia la agresión del delito implica aspectos básicos psicológicos –sociales y de vida que también son únicos. El delincuente proyecta a través del delito sus conflictos psicológicos nos señala algunas características del delincuente, del origen infantil y la privación que rodea al infante; el hombre es innatamente un criminal. A través del historial o de la vida del delincuente podemos descubrir la emanación de la criminalidad.

Pero, además, es también pertinente destacar que la criminalidad organizada contemporánea exige que se le diferencie o cuando menos delimite frente a formas ancestrales y precarias de integración criminal como las denominadas asociaciones de malhechores o asociaciones para delinquir. Sobre esta necesaria distinción también se ha pronunciado la doctrina: *“En temas más cercanos al que nos ocupa ahora...se generalizo el concepto jurídico penal de asociación ilícita o asociación de malhechores o para delinquir, que es hoy un tipo convencional en los códigos penales de tradición europea continental, cuya constitucionalidad puede ser puesta en duda, pero que poco tiene que ver con la categoría de crimen organizado tal como se pretende en la actualidad. ...es claro que quien habla de crimen organizado, no se está refiriendo a cualquier pluralidad de agentes ni a cualquier asociación ilícita, sino a un fenómeno distinto, que es inconcebible en el mundo precapitalista, donde no había empresa ni mercado en la forma que la conocemos hoy. Remontarse a*

estas organizaciones delictivas no sería más que mencionar formas anteriores de pluralidad de agentes o de asociaciones criminales que no son útiles para precisar el pretendido concepto que se busca".¹⁷¹

En ese nivel, ha sido atinada la crítica formulada por MCINTOSCH al cuestionar la configuración de tipologías sobre sistemas de conducta criminal. Dicha autora, ha cuestionado que con el empleo de las tipologías sólo se consigue *"clasificar cierto número de reseñas descriptivas de comportamiento y organización criminal conforme a determinado orden. Pero el resultado no es sistemático como base para el análisis de la organización criminal, porque las teorías implícitas sobre las cuales se basa no son teorías sobre la organización, sino sobre cómo los individuos llegan a cometer delitos"*¹⁷².

Sin embargo, también en el plano antropológico se ha resaltado y puesto de manifiesto la condición de criminalidad de servicios y de motivación lucrativa que caracteriza a las organizaciones criminales como a sus proyectos delictivos. Lo cual, sin lugar a dudas, es su mejor signo definitorio. En efecto, la criminalidad organizada se dirige siempre a producir y proveer bienes y servicios prohibidos, fiscalizados o de circulación restringida, para aproximarlos y colocarlos en un mercado cautivo que requiere drogas, armas, prostitución, bienes culturales, etc.

¹⁷¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. El Crimen Organizado. Una Categorización Frustrada. Segunda Edición. Editorial Leyes. Santa fe de Bogotá.1996, p.14 y 16

¹⁷² MCINTOSH, Mary. La Organización del Crimen. Siglo XXI Editores. México.1977, pág. 9.

Ello es también resaltado por estudios recientes como los realizados por DE LA CORTE IBAÑEZ y GÍMENEZ-SALINAS FRAMIS, quienes precisan que *“La mayor parte de los ingresos ilícitos del crimen organizado son consecuencia de la explotación de mercados prohibidos, es decir, de actividades relacionadas con la provisión y el suministro de productos y servicios ilegales en respuesta a una cierta demanda....Este aspecto señala una diferencia fundamental con los delitos económicos vinculados a la criminalidad común, cuyas consecuencias económicas consisten en una mera redistribución de la riqueza, mientras que la orientación comercial o transaccional de muchas actividades ilícitas promovidas por el crimen organizado lleva aparejada la producción de un cierto valor añadido”*.¹⁷³

El enfoque organizacional también aporta notas diferenciales que nos permiten identificar a una organización criminal. En ese sentido estimamos correcta la posición asumida por DE LA CORTE IBAÑEZ y GÍMENEZ-SALINAS FRAMIS¹⁷⁴ al precisar que “los atributos fundamentales de una organización son los siguientes:

1. Un conjunto de individuos o de grupos de individuos.
2. Asociados entre sí para conseguir ciertos fines y objetivos.
3. Que asumen y desempeñan una variedad de funciones o tareas diferenciadas.

¹⁷³ Luis de la Corte Ibáñez y Andrea Giménez-Salinas Framis. Crimen. Org. Ob. Cit., p.24.

¹⁷⁴ Luis de la Corte Ibáñez y Andrea Giménez-Salinas Framis. Crimen.Org. Ob. Cit., ps. 19 y 20.

4. Que operan de forma coordinada y conforme a ciertas reglas.
5. Que actúan con una cierta continuidad temporal”

3.7.4.2. Dimensión sociológica de la Criminalidad Organizada

Es innegable, como alegan DE LA CORTE IBAÑEZ y GÍMENEZ-SALINAS FRAMIS, que *“la criminalidad organizada no es, ni mucho menos, un fenómeno reciente. Su repercusión en la historia social y política de varios países ha sido realmente profunda, en algunos casos con secuelas que se prolongan hasta su realidad presente”*¹⁷⁵ Pero también deviene en incuestionable, lo sostenido por LAMAS PUCCIO¹⁷⁶, en torno a que *“el fenómeno criminal ha venido cambiando en la medida en que el mundo ha evolucionado”*. En ese contexto, pues, las ventajas y desventajas de procesos como la sociedad post industrial, la globalización y la era del conocimiento, que identifican el desarrollo social, político, económico y científico de nuestra época, no sólo influyen con sus transformaciones en el modo de pensar, actuar y vivir de las personas, sino que ellas repercuten también en otros componentes colectivos o estructurales como el medio ambiente, la seguridad interna e internacional, las comunicaciones sociales y, obviamente, las tendencias de la ilegalidad y el crimen. En este último escenario como destaca

¹⁷⁵ DE LA CORTE IBÁÑEZ, Luis y Andrea Giménez-Salinas Framis. Crimen.Organizado. Ariel. Barcelona. 2010, p. 8.

¹⁷⁶ LAMAS PUCCIO, Luis. Criminalidad Organizada, Seguridad Ciudadana y Reforma Penal. Revista Peruana de Ciencias Penales N° 23. 2012, p. 311

GARLAND¹⁷⁷, los costos de la asimilación y adaptación a estos cambios e innovaciones de los sistemas estatales de control de la criminalidad, son en diferentes planos como el psicosocial, el político o el cultural muy significativos. Según el citado autor: *“Los nuevos esquemas de control del delito implican, sin embargo, ciertos costos sociales que son, a largo plazo, más difíciles de afrontar. El recrudecimiento de las divisiones sociales y raciales; el reforzamiento de los procesos criminogénicos; la alienación de grandes grupos sociales; el desprestigio de la autoridad legal; una reducción de la tolerancia cívica; una tendencia hacia el autoritarismo; estos son la clase de resultados que pueden emanar de descansar en los mecanismos penales para mantener el orden social”*.

Evidencia contrastable de esta interrelación es que en los últimos 30 años se han detectado modificaciones importantes en la dinámica operativa, en las manifestaciones cualitativas y cuantitativas, así como en la percepción y el tratamiento de la criminalidad. Por ejemplo, se ha verificado el surgimiento y rápido desarrollo de nuevas formas de delincuencia no convencional, que operan, alternativa o sucesivamente, en varios escenarios como la actividad económica, el ejercicio del poder político y la experimentación de nuevas tecnologías. Paralelamente se han construido sistemas internacionales de control del delito y se ha intensificado la aplicación de nuevas metodologías para la prevención de

¹⁷⁷GARLAND, David. La Cultura del Control: Crimen y Orden Social en la Sociedad Contemporánea. Gedisa Editorial.Barcelona.2005, p. 329

la criminalidad. Esta constatación ha sido interpretada por la doctrina penal como un efecto sustitución previsible de la globalización y de la integración de los mercados. Pero, además, en ese inédito y dinámico espacio, la geopolítica de la criminalidad como advierte JEAN-FRANÇOIS GAYRAUD, se desplaza y desenvuelve de modo discreto a la vez que expansivo, *“el fenómeno mafia implica una interesante paradoja que se puede formular en los siguientes términos: crimen de muy alta intensidad y muy baja visibilidad”*¹⁷⁸). Igualmente, la Internet coadyuva a la inclusión de una ciberdelincuencia que *“se aprovecha de la dificultad que tiene la persecución de los delitos en este medio y del anonimato que le ofrece el miso”*¹⁷⁹.

Al respecto SILVA SÁNCHEZ ha señalado que todo ello no es más que un sistema de consecuencias funcionales a tales procesos. En tal sentido, *“los fenómenos económicos de la globalización y de la integración económica dan lugar a la conformación de modalidades nuevas de delitos clásicos, así como a la aparición de nuevas formas delictivas. Así, la integración genera una delincuencia contra los intereses financieros de la comunidad producto de la integración (fraude al presupuesto -criminalidad arancelaria-, fraude de subvenciones), al mismo tiempo que contempla la corrupción de funcionarios de las instituciones de*

¹⁷⁸ GAYRAUD, Jean- François. El G9 de las Mafias en el Mundo. Geopolítica del Crimen Organizado. Tendencias Editores. Barcelona. 2007, pág. 27

¹⁷⁹ MELLADA FERNÁNDEZ, Covadonga. El uso de las nuevas tecnologías como método del blanqueo de capitales. Revista Penal Nº 31. 2013, pág. 162.

la integración. Por lo demás, generan la aparición de una nueva concepción de lo delictivo, centrada en elementos tradicionalmente ajenos a la idea de delincuencia como fenómeno marginal; en particular, los elementos de organización, transnacionalidad y poder económico. Criminalidad organizada, criminalidad internacional y criminalidad de los poderosos son, probablemente, las expresiones que mejor definen los rasgos generales de la delincuencia de la globalización”¹⁸⁰ .

La existencia, pues, en este período, de delitos inéditos cuyas características esenciales radican en provenir de estructuras organizadas empresarialmente, que aplican un *modus operandi* sofisticado e internacional, con capacidad suficiente para proveerse de eficientes instrumentos de impunidad, a la vez que asegurar una incesante acumulación ilícita de millonarios ingresos, ha merecido la atención y preocupación de los especialistas. Estos, desde distintas perspectivas y enfoques, han coincidido en admitir que el tercer milenio transcurrirá vinculado a formas innovadas de criminalidad organizada. Como precisan BLANCO y SÁNCHEZ: *“Frente a las actividades criminales clásicas, llevadas a cabo básicamente de manera individual, se observa en la actualidad una evolución hacia una criminalidad más corporativa, hacia el crimen como empresa: es el denominado crimen organizado. Se trata de grupos de delincuentes organizados, que se encuentran además en*

¹⁸⁰ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. La Expansión del Derecho Penal. Cuadernos Civitas. Madrid.1999, Pàg.69 y ss.

*condiciones de actuar tanto en la vertiente legal como en la ilegal de la actividad política y económica, cuya influencia en estos ámbitos se extiende hasta poder, incluso, condicionar negativamente sectores enteros de la vida productiva, social e institucional”.*¹⁸¹

Al respecto, JAN-MICHAEL SIMON ha llegado a interpretar que *“la criminalidad organizada como problema actual del Derecho penal es particularmente apta para delinear a nivel transnacional las mutaciones en la estructura del Derecho penal occidental a lo largo de un periodo prolongado y señalar las consecuencias para el sistema punitivo”*¹⁸².

Ahora bien, el catálogo de infracciones penales que se atribuye a esta renovada delincuencia es bastante amplio. Es así que junto a típicos delitos de organización como el tráfico ilícito de drogas o la trata de personas, se ubican también otras conductas ilícitas inicialmente atípicas como el hurto y el tráfico del genoma vegetal o tan insólitas como la venta de tecnología nuclear, las cuales han permitido en la actualidad activar rentables industrias y mercados transnacionales dedicadas a la medicina naturista o al suministro de sofisticada tecnología de defensa y seguridad.

¹⁸¹ BLANCO CORDERO, Isidoro e GARCÍA DE PAZ, Isabel Sánchez. Principales Instrumentos Internacionales (de Naciones Unidas y la Unión Europea) relativos al crimen organizado: La definición de la participación en una organización criminal y los problemas de aplicación de la ley penal en el espacio, Revista Penal N° 6. 2000, p.3.

¹⁸² SIMON, Jan-Michael. Temas para el debate sobre la criminalidad, evolución del Derecho Penal y crítica al Derecho penal en la actualidad. Editores del Puerto. Buenos Aires. 2009, p.399.

3.7.4.3. Dimensión criminológica de la criminalidad organizada

Conforme afirma Prado Saldarriaga, esta dimensión de la Criminalidad Organizada: “resulta indispensable rescatar la naturaleza grupal y de servicios a gran escala que caracteriza a la criminalidad organizada contemporánea y la convierte en una empresa criminal, con proyecciones y estructuras más complejas que las que definen el proceder de las tradicionales asociaciones ilícitas o bandas”¹⁸³. Esto es la dimensión criminológica moderna sobre la criminalidad organizada, que recomienda su abordaje de modo escalonado, desde el concierto criminal, asociación ilícita o bandas, crimen organizado hasta la industria o empresa criminal. Siendo la empresa criminal la máxima expresión de este fenómeno jurídico social.

La estructura de la organización criminal, corresponde a la forma como se configura materialmente las organizaciones criminales, en ese orden de ideas, debe atenderse a forma (vertical, horizontal, transversal, etc.) como se estructura esas organizaciones criminales, utilizando determinados medios. Requena y De la Cruz Corte Ibañez, escribe: “ (...) El conjunto de actividades necesarias para el desarrollo del negocio generado por una organización criminal requiere de una infraestructura que proporcione los recursos materiales y personales adecuados. Estos

¹⁸³ PRADO SALDARRIAGA, Víctor. (s.f.) La Criminalidad Organizada. Consultado el 25/11/2017 del portal web: http://www.derecho.usmp.edu.pe/postgrado/maestria_ciencias_penales_/cursos/4_ciclo/delitos_no_convencionales_y_la_criminalidad_/dr.victor-prado/criminalidad_organizada.dr.victor_prado.pdf

recursos, a su vez, estarán condicionados por el tipo de negocio del que se trate, la capacidad económica de la organización o los contactos disponibles”¹⁸⁴.

3.7.4.4 Dimensión internacional de la Criminalidad Organizada

La lucha contra la Delincuencia Organizada constituye uno de los retos claves a los que se enfrenta la Comunidad Internacional. Las actividades ilícitas del crimen organizado están en constante aumento. Una de las principales diferencias en el *modus operandi* de la actual Delincuencia Organizada frente a las actividades delictuales clásicas estriba en el hecho de que éstas se basaban principalmente en actividades criminales individuales, mientras que en la actualidad nos hallamos ante lo que se ha denominado Criminalidad Corporativa, es decir, la consideración de la Delincuencia Organizada como empresa, en torno al concepto de Crimen Organizado.

ATTINÀ ha investigado sobre el fenómeno de la Globalización definiéndolo del siguiente modo *“proceso de unificación social del mundo, un proceso que está formado, a su vez, por un conjunto de procesos co evolutivos en la economía, la cultura y la política, a causa de los cuales*

¹⁸⁴ REQUENA, L. & DE LA CRUZ CORTE IBAÑEZ, L. (s.f) Existe un perfil del delincuente organizado. Consultado el 30/11/2018 del portal Web: <http://criminet.urg.es/recpc/13/recpc13-03.pdf>.

las separaciones entre los grupos sociales de las diferentes partes del mundo se reducen progresivamente y de manera inexorable”¹⁸⁵.

El carácter lucrativo del fenómeno delictivo-criminal de la Delincuencia Organizada ha hallado muchas ventajas que ofrece el marco de la Globalización en su afán por lucrarse de las actividades criminales.

La mayor interconexión de las economías en el marco de la Globalización ha propiciado la creación y desarrollo de numerosas Zonas de Libre Comercio a nivel mundial, cuyos beneficios en términos de reducción de los controles aduaneros, ha posibilitado un mejor y menos complicado acceso entre las fronteras de los Estados. Tales ventajas en términos de menor control en las fronteras, está siendo aprovechado por las redes del Crimen Organizado.

El experto en temas relativos a la Criminalidad Organizada como es BASSIOUNI¹⁸⁶, señala 3 aspectos básicos, a nuestro juicio dignos de resaltar, en cuanto a la relación directa entre Globalización económica y el auge de la Delincuencia Organizada Transnacional “*La transnacionalización de las actividades delictivo criminales favorece el acceso a mercados de bienes ilícitos altamente lucrativos; la Delincuencia Organizada se aprovecha de la debilidad de las Instituciones en países en*

¹⁸⁵ ATTINÀ Fulvio. *El Sistema Político Global: Introducción a las Relaciones Internacionales.*, Paidós, Barcelona 2001, p. 12.

¹⁸⁶ BASSIOUNI, M.C.; VETERE, Eduardo. *Organized Crime. A compilation of U.N. Documents 1975-1998.* New York: 1998, pág. 33.

vías de desarrollo con el fin de incrementar sus actividades ilícitas; La Delincuencia Organizada opera desde lugares en los que se encuentra más segura frente a la persecución penal, debido a que no haya legislación contra el crimen organizado, o bien porque haya dificultades en activar mecanismos eficaces de cooperación judicial internacional”.

Es cierto que, asistimos en la actual sociedad internacional en el marco de la Globalización, a un incesante incremento de las actividades de la Delincuencia Organizada, entendiéndola como Criminalidad Corporativa con carácter lucrativo, con capacidad plena para operar a escala transnacional, pudiendo llegar a constituir verdaderas “empresas transnacionales del crimen”. Las actividades del crimen organizado tienen efectos negativos en la protección de los derechos humanos de las víctimas de tales grupos delictivos. Asimismo, el crimen organizado opera en contra de un bien jurídico a proteger como es el orden socioeconómico de las sociedades. Es por ello que en la agenda birregional eurolatinoamericana, la lucha contra la Delincuencia Organizada se ha convertido en un tema prioritario como aparece en los objetivos de la Declaración de Lima en el marco de la V Cumbre Eurolatinoamericana.¹⁸⁷

Al respecto RAFAEL RONCAGLILO, como Ministro de Relaciones Exteriores del Perú, advertía en el marco del UNASUR que *“una de las principales amenazas a la vida democrática hoy día proviene*

¹⁸⁷ apartado 6 de la Declaración de Lima (2008).

del poder del crimen organizado que establece o trata de establecer, en algunos lugares, una suerte de poder paralelo y trata de controlar porciones del Estado...El crimen organizado no sólo representa un gran poder económico transnacional sino que, además, es una amenaza a los Estados”¹⁸⁸.

3.8. Criminalidad organizada en el Perú

Distintos analistas coinciden en señalar que las manifestaciones de la criminalidad organizada en nuestro país son todavía incipientes. Que hay un claro predominio de formas estructuradas tradicionales como la banda y el concierto. Sin embargo, se señala también la existencia de algunas organizaciones criminales más desarrolladas que poseen una estructura de jerarquía estándar, y que están dedicadas a la comisión de delitos violentos o al tráfico ilícito de drogas, trata de personas, extorsión, sicariato, entre otros¹⁸⁹.

También merece mención las organizaciones terroristas como el Partido Comunista del Perú-Sendero Luminoso y el Movimiento Revolucionario Tupac Amarú. Estas agrupaciones de origen político que actuaron entre los años 80 y 90, se constituyeron en base a estructuras asimilables a la jerarquía regional. Y, como ya se ha mencionado, algunos

¹⁸⁸ Crimen Organizado es una amenaza para los Estados. Declaraciones publicadas en el diario oficial El Peruano. Edición del 4 de mayo de 2012, p.7

¹⁸⁹ PRADO SALDARRIAGA, Víctor, SOBRE LA CRIMINALIDAD ORGANIZADA EN EL PERU Y EL ARTICULO 317º DEL CODIGO PENAL pág. 15: enhttps://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080526_65.pdf: 06/07/2014.

sectores consideran que alrededor de Vladimiro Montesinos Torres se organizó una activa red criminal que operó en la década de los 90, en la que va de este siglo a nivel regional se advirtieron a las organizaciones criminales una de ellas es el caso del Gobierno Regional de Ancash y el caso de Rodolfo Orrellana.

La Policía Nacional del Perú¹⁹⁰, construyó un catálogo bastante amplio de delitos, pero que corrobora que las principales modalidades del crimen organizado en el Perú son de tipo convencional y violento. La información policial consigna las siguientes manifestaciones delictivas:

- Robos a mano armada.
- Secuestro de personas.
- Contrabando.
- Terrorismo.
- Trata de personas
- . Tráfico Ilícito de Drogas
 -) Sicariato
 -) Administración Pública
 -) Lavado de Activos

A la fecha¹⁹¹, pues, carecemos todavía de estudios empíricos de mayor rigor criminológico. No obstante, la síntesis de estos datos y

¹⁹⁰ DININCRI-PNP. El Crimen Organizado en el Perú. Separata. Lima. 1999, pág. 4

¹⁹¹ PRADO SALDARRIAGA, Víctor, Ob. Cit. Pág. 16

fuentes permite considerar como características frecuentes de los grupos delictivos nacionales a las siguientes:

1. Se trata de organizaciones amorfas. Son capaces de modificar su estructura y composición con suma rapidez, para poder adaptarse con facilidad a un entorno de permanente clandestinidad y persecución.
2. Denotan marcado empirismo. No son grupos profesionales, ni han alcanzado un diseño definido y delimitado de las funciones que deben cumplir sus integrantes. En realidad éstos pueden asumir diferentes roles según las necesidades operativas de la organización delictiva.
3. Practican un Apoyo Mutuo Complementario. El espacio común de los centros carcelarios o de una área común de influencia (barrio, asentamiento humano, etc.), posibilitan un intercambio frecuente de mandos e integrantes entre varios grupos delictivos para el desarrollo de actividades delictivas comunes.
4. No se aprecia Especialización. Al interior de los grupos no se encuentra integrantes que asuman por sus habilidades o conocimientos tareas específicas. De allí que el modus operandi aplique el principio rudimentario de “todos para uno y uno para todos”.

5. Poseen un Nivel Artesanal y Local. El radio de acción de estos grupos es limitado a un territorio local o nacional. Muy rara vez interactúan o intercambian operaciones o actividades en un plano internacional, con la notoria excepción de las organizaciones dedicadas al tráfico ilícito de drogas que por su propia naturaleza y dinámica operativa mantiene vínculos constantes con organizaciones criminales extranjeras.

6. Actividades criminales violentas. En lo fundamental cabría señalar que el espacio de la criminalidad organizada que opera en el Perú, se relaciona con la comisión de delitos convencionales violentos como el secuestro extorsivo, el robo a mano armada, el sicariato, sin perjuicio de dejar de lado los delitos contra la Administración Pública.

Las estadísticas de criminalidad registran en los últimos 25 años un constante ascenso en la frecuencia de delitos violentos contra el patrimonio y la libertad personal. Efectivamente, según algunos reportes ya hacia finales de los 90 la actividad criminal de las bandas se había incrementado notablemente. Así, por ejemplo, algunos estimados señalaban que hacia 1998 en el país operaban alrededor de 35 bandas importantes, en las que estaban integradas alrededor de 700 personas¹⁹².

¹⁹² El Crimen Organizado en Lima. Entrevista a César Ortiz Anderson, publicada en domingo. Suplemento del diario La República, edición del 10 de mayo de 1998, p. 10 y ss; INEI. La Violencia en Lima Metropolitana. Separata estadística Datos 79, en el Peruano, edición del 11 de mayo de 1998, pág. A 11.

En los años de la década pasada las bandas de secuestradores han aumentado al igual que su efectividad delictiva. Es así que entre el 2004 y mayo de 2006 se produjeron en Lima un total de 69 secuestros¹⁹³. Pero, algunos informes periodísticos de esa década dan cifras más altas: “Aunque oficialmente no hay una estadística, extraoficialmente se dice que en el país ocurren un promedio de 150 secuestros anuales de gran envergadura y medio millar de secuestros al paso, de los cuales sólo se reporta el 50%. Se estima que las organizaciones criminales realizan cobros por más de 10 millones de dólares¹⁹⁴

3.9. Delito de asociación ilícita para delinquir (variable independiente)

3.9.1 La asociación

El concepto del derecho de asociación está ligado a la organización en la que se ejerce este derecho. Esta situación especial hace que el derecho se manifieste desde una doble dimensión: Individual, a través de la persona humana y, colectiva, a través de la organización en la que la persona humana ejerce el derecho.

De ahí que el derecho de asociación presente una doble titularidad que se corresponde con los dos modos de ejercitar dicho derecho: por una lado, como acción voluntaria y libre de la persona humana; por otro,

¹⁹³ LUIS GARCÍA PANTA Y MARIO MEJÍA HUARACA. Plagiadores al Acecho. Publicado en diario El Comercio. Edición del 21 de mayo de 2006, pág. A 13.

¹⁹⁴ Negocio Imparable. Reportaje publicado en la Revista 5to Poder N° 49, edición del 7 de mayo de 2006, pág.38 y ss

mediante la persona jurídica que resulta de la creación humana que también, es ella misma, titular del derecho. En esa misma línea, Mendoza Escalante¹⁹⁵ se refiere a las dos dimensiones que el derecho de asociación presenta: una individual y otra colectiva. En el primer caso, se trata del derecho de asociación de la persona, en cuanto tal o en cuanto miembro de una asociación, la titularidad corresponde aquí a la persona natural; y en el segundo caso, se trata del derecho de asociación de la asociación, en cuanto tal, es decir, en cuanto persona jurídica.

En definitiva, el derecho de asociación tiene doble titularidad, se ejerce de manera individual y de manera colectiva por las organizaciones. El derecho le pertenece plenamente a la persona natural y a la organización asociativa¹⁹⁶.

Sobre el derecho de asociación, Miguel Carbonell sostiene “el derecho de asociación, consiste en la libertad de todos los habitantes para conformar, por sí mismos o con otras personas, entidades que tengan una personalidad jurídica distinta de la de sus integrantes; es decir, se trata de poder constituir lo que Hans Kelsen llamaría un “centro de imputación de derechos obligaciones”, con el objeto y finalidad que sus

¹⁹⁵MENDOZA ESCALANTE, Mijail, Derechos Fundamentales y Derecho Privado, Eficacia de los derechos fundamentales entre particulares y su protección procesal Lima: Grijley, Lima 2009 pág. 127

¹⁹⁶VÁSQUEZ TORRES, Elena Rosa, ALCANCES Y LÍMITES ACTUALES DEL DERECHO FUNDAMENTAL DE ASOCIACIÓN EN EL PERÚ, Tesis para obtener el Grado Magister en Derecho Constitucional, PUCP, Lima 2013, Pág. 32.

integrantes libremente determinen, siempre que sea lícito.” Agrega el autor, que la libertad de asociación tiene un papel principal en la conformación de las sociedades modernas, pues expresa la posibilidad de constituir agregados interpersonales de intereses, que tengan reconocida una personalidad jurídica. Por medio de las asociaciones, las personas añaden un elemento importante a su convivencia y pueden expandir su horizonte vital, participando con otras personas en la consecución de ciertos fines. La participación asociativa incrementa el sentimiento cívico de los ciudadanos, les permite incidir de forma más directa en las decisiones importantes de su comunidad y refuerza los vínculos amistosos e incluso familiares¹⁹⁷.

Como todo derecho fundamental, el derecho de asociación tiene una doble dimensión. Dimensión subjetiva y dimensión objetiva. Por una lado, los derechos fundamentales son derechos subjetivos, pues protegen a las personas de las intervenciones injustificadas y arbitrarias del Estado y de terceros y, facultan al ciudadano para exigir al Estado determinadas prestaciones concretas a su favor o defensa, es decir, el Estado debe realizar todos los actos que sean necesarios a fin de garantizar la realización y eficacia plena de los derechos fundamentales; pero, por otro lado, son también instituciones objetivas valorativas de todo el

¹⁹⁷ CARBONELL SÁNCHEZ, Miguel. “La libertad de asociación y de reunión en México”. Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, Biblioteca Jurídica Virtual 276 del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. México D. F., pág. 826-841. Consulta: 10 de octubre de 2016. <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dconstla/cont/2006.2/pr/pr9.pdf>

ordenamiento jurídico¹⁹⁸. El Tribunal Constitucional español, por su parte, ha sostenido que de la obligación de sometimiento de todos los poderes a la Constitución, no solamente se deduce la obligación negativa del Estado de no lesionar la esfera individual o institucional protegida por los derechos fundamentales, sino también la obligación positiva de contribuir a la efectividad de tales derechos, y de los valores que representan, aun cuando no exista una pretensión subjetiva por parte del ciudadano¹⁹⁹. Lo relevante es, que este doble carácter, obliga al Estado, por un lado a no lesionar la esfera individual y, por el otro lado, a coadyuvar desde el ámbito de sus funciones a que el disfrute de los derechos sea real y efectivo. Por lo tanto, el Estado debe también garantizar y satisfacer los derechos fundamentales. Nos interesa este compromiso de los poderes públicos que revela un papel activo del Estado frente a los derechos fundamentales y concretamente frente al derecho de asociación.

3.9.2. La asociación como conducta neutral

Raúl Peña Cabrera anotó en la última edición de su distinguida obra de Parte General lo siguiente: “ por regla general se responde únicamente por las conductas que se encuentran dentro del propio ámbito de competencia, porque no forma parte del rol de un ciudadano controlar

¹⁹⁸ Sentencia de Tribunal Constitucional peruano Exp. 3330-2004-AA, FJ 9.

¹⁹⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional Español 53/1985

todos los posibles peligros que se puedan originar en la conducta de terceros”²⁰⁰ .

La propia noción de un supuesto carácter “neutral” de estas conductas suena algo novedosa, incluso los manuales más comunes de la Parte General del Derecho penal no suelen examinar esta problemática. Sin embargo, las reflexiones sobre estas formas de conductas han dado lugar en los últimos años dan cuenta de importantes tesis doctorales²⁰¹.

Ya la propia denominación de estas conductas alude a un aspecto de la intervención delictiva que en el Derecho penal ocupa una zona libre de responsabilidad penal, ubicándose en el ámbito de lo comúnmente conocido como riesgo permitido. Con una terminología variada como, por ejemplo, conductas neutrales²⁰², conducta socialmente estereotipada²⁰³,

²⁰⁰ Tratado de Derecho Penal. Estudio Programático de la Parte General, 3ª ed., completamente corregida y aumentada, con la colaboración de Carlos Atocsa García, José Antonio Caro John, Reiner Chocano Rodríguez y Sofía Laqui Pizarro, Grijley, Lima 1997, pág. 311 (no subrayado en el original). Esta edición apareció una semana después del fallecimiento de su autor, acaecido el 07 de mayo de 1997

²⁰¹ Por ejemplo, la tesis doctoral de Robles Planas, La participación en el delito: fundamento y límites, Madrid/Barcelona 2003, la misma que, por la originalidad de sus planteamientos, constituye la aportación más significativa sobre el tema en el Derecho penal de habla hispana de los últimos tiempos.

²⁰² Wohlleben, Beihilfe durch äusserlich neutrale Handlungen, München 1996, passim; Frisch, Neutrale Handlungen (nota 3), pág. 539. Radical, al calificar la presente cuestión como una «complicida neutral», es Kudlich, “Neutrale Beihilfe“ bei der Mitwirkung an der Sicherung der innerdeutschen Grenze – BGH, NJW 2001, 2409, en: JuS 2002, pág. 751 ss., 753.

²⁰³ Jakobs, Akzessorietät. Zu den Voraussetzungen gemeinsamer Organisation, en: GA 1996, pág. 260.

conducta sin relación de sentido delictiva, conductas cotidianas²⁰⁴, conductas inocuas²⁰⁵, conductas adecuadas una profesión u oficio²⁰⁶, entre otras, se afirma que todo obrar neutral tiene la garantía per se de no ser punible, aun cuando, en algunos casos, puede en sí mismo coincidir fácticamente con una colaboración o favorecimiento a un delito cometido por otra persona.

Algunos supuestos de la jurisprudencia pueden delinear con mejor claridad los contornos de la presente problemática:²⁰⁷

a) Caso del burdel (Alemania)

Un repartidor de vinos, que durante cierto tiempo había repartido vino a un burdel, fue condenado como cómplice de proxenetismo porque, según el punto de vista del Tribunal del Imperio, la entrega de esta bebida había incrementado la frecuencia de visitantes a dicho lugar. Y también porque la actividad ilegal era conocida por el repartidor. En consecuencia: la

²⁰⁴ Roxin, Strafrecht. AT II (nota 3), 26/220; Ambos, Beihilfe durch Alltagshandlungen, en: JA 2000, pág. 721 ss.

²⁰⁵Schild Trappe, Harmlose Gehilfenschaft? Eine Studie über Grund und Grenzen der Gehilfenschaft, Berna 1995, passim

²⁰⁶ Quizá sea ésta la terminología de mayor uso en la literatura penal al referirse al problema en cuestión. Véase a título de ejemplo: Hassemer, Professionelle Adäquanz. Bankentypischens Verhalten und Beihilfe zur Steuerhinterziehung, en: wistra 14 (1995), pág. 41 ss., 81 ss.; Wolff-Reske, Berufsbedingtes Verhalten als Problem mittelbarer Erfolgsverursachung, Baden-Baden 1995, passim; Amelung, Die "Neutralisierung" geschäftsmäßiger Beiträge zu fremden Straftaten im Rahmen des Beihilfetatbestands, en: FS Gründwald 1999, pág. 9 ss.; Wohlers, Gehilfenschaft durch "neutrale" Handlungen – Ausschluss strafrechtlicher Verantwortlichkeit bei alltäglichem bzw. berufstypischem Verhalten?, en: SchwZStr 117 (1999), pág. 425 ss.; Otto, «Das Strafbarkeitsrisiko berufstypischen, geschäftsmäßigen Verhaltens», en: JZ 2001, pp. 436 ss.; Lesch, Strafbare Beteiligung durch "berufstypisches" Verhalten, en: JA 2001, pp. 986 ss.

²⁰⁷ CARO JOHN, José Antonio. La impunidad de las conductas neutrales. A la vez, sobre el deber de solidaridad mínima en el Derecho penal, pág. 2-3, consultado el 11 de julio 2015: www.alfonsozambrano.com/doctrina_penal/conductas_neutrales.doc

actividad de reparto del procesado se encontró en estrecha relación con la actividad proxeneta del dueño del burdel.

b) Caso de la carne de antílope (Suiza)

En Suiza, el empleado de una empresa repartió a otra cerca de 400 toneladas de carne de antílope africano, no obstante tener la sospecha que los compradores introducirían dicha carne en el mercado bajo la denominación falsa de «venado europeo». El Tribunal Suizo sentenció al empleado como cómplice del delito de estafa, argumentando que los repartos de carne hubiesen carecido de sentido sin las estafas punibles de los compradores.

c) Caso del abogado (Alemania)

En este caso se discutió si un abogado podía ser considerado cómplice de un delito de estafa después que una empresa lo contratara como consultor para la elaboración de unos folletos publicitarios. La empresa luego abusó de esta información para estafar a algunos clientes. El Tribunal Federal fijó el punto de discusión en si el asesoramiento para la elaboración de los folletos podía considerarse parte de las actividades profesionales de un abogado, esto es, como parte de su labor de consultor o, si más bien, el conocimiento que él había tenido de las actividades de su cliente lo convertía en cómplice del delito de estafa. El Tribunal concluyó que en lo fundamental el conocimiento y voluntad de un abogado al ofrecer un asesoramiento jurídico se adapta por regla general

al deber de impartir consultoría sin que ello sea un acto de favorecimiento de un delito.

d) Caso del taxista (Perú)

Un taxista fue requerido en sus servicios por un individuo que lo condujo hasta un inmueble donde supuestamente iba a recoger sus pertenencias. Al llegar a aquel lugar, el desconocido le pidió que ingresara el vehículo en la cochera para recoger sus cosas. Estando ya en el interior de la cochera salieron otros sujetos, en número de cinco aproximadamente, quienes metieron rápida y sospechosamente diversas especies en el vehículo, indicándole al taxista que iniciara la marcha. Ni bien habían abandonado el lugar, fueron intervenidos por la autoridad policial, logrando escapar todos los sujetos, menos el taxista. La Sala Penal Suprema confirmó la absolución del taxista de los cargos de coautor del delito de robo agravado, fundamentando que el procesado se limitó a desempeñar su rol de taxista, el cual, podríamos calificar de inocuo; asimismo, que aun cuando el comportamiento de los demás sujetos fue quebrantador de la norma, el resultado lesivo no le es imputable (...), situándonos, en consecuencia, ante un supuesto de atipicidad.

Debemos partir de que el derecho fundamental de asociación como todo derecho fundamental no es absoluto e ilimitado. El principal límite inmanente del derecho de asociación proviene del propio derecho y de su relación con el derecho de los demás. Límite que se pondrá en evidencia

cuando se presenta la necesidad de solucionar conflictos con otros derechos o bienes constitucionalmente protegidos.

El primero que interviene estableciendo límites a los derechos fundamentales es el legislador, luego en su ejercicio, entra en colisión con otros derechos, y es ahí, cuando interviene el Tribunal Constitucional, quien va concretando el derecho contenido en las normas constitucionales indeterminadas y abiertas. El Tribunal Constitucional se ha ido convirtiendo en el legislador de los derechos fundamentales. Los derechos están siendo limitados a través de la jurisprudencia constitucional. Así, no resulta posible establecer una teoría jurídica de los límites de los derechos, pero sí una líneas generales deducidas de los supuestos específicos de limitación. La ponderación no ofrece en ningún caso una solución general aplicable a varios supuestos prácticos de conflictos de derechos. Es posible concluir que el Tribunal Constitucional actúa como el último limitador de los derechos fundamentales resolviendo numerosos supuestos de ejercicio conflictivo²⁰⁸.

Además de los límites que provienen del propio derecho y de su relación con los demás derechos fundamentales, ya vistos cuando se trató el contenido constitucional del derecho de asociación; surgen los límites impuestos por el Estado Social y Democrático de Derecho, esto es los

²⁰⁸ ABA CATOIRA, Ana, "El concepto jurisprudencial de límite de los derecho fundamentales". Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña. La Coruña N° 2, 1998, pág. 13-31. Consulta: 9 de diciembre de 2015. <<http://ruc.udc.es/dspace/bitstream/2183/1984/1/AD-2-1.pdf>>

límites que se establecen en las leyes. Estos límites se encuentran referidos a restricciones legales, básicamente, las asociaciones con fines ilícitos, o que vayan contra la moral pública o el orden público y, por razón del sujeto: miembros de las fuerzas armadas y policía nacional, por la función que estos cumplen.

3.9.3. La Asociación como organización delictiva

El concepto de una organización delictiva atendiendo a las exigencias normativas, para tal fin Silva Sánchez conceptúa: “ un sistema penalmente antijurídico (strafrectliches unrechssystem), esto es un sistema social en el que las relaciones entre los elementos del sistema (básicamente, personas) se hallan funcionalmente organizadas para obtener fines delictivos. La organización criminal, como sistema de injusto, tiene, así, una dimensión institucional –de institución antisocial- que hace de ella no solo algo más que la suma de sus partes, sino también algo independiente de la suma de sus partes”²⁰⁹

El delito de asociación ilícita está descrito en el artículo 317° del Código Penal. Dice la citada disposición, en su redacción inicial: “El que forma parte de una organización de dos o más personas destinada a cometer delitos será reprimido, por el sólo hecho de ser miembro de la misma, con pena privativa de la libertad no menor de tres ni mayor de seis

²⁰⁹ SILVA SANCHEZ, J. La intervención a través de organización ¿una forma moderna de participación en el delito? En : Cancio, M. y Silva Sanchez, J. (2008) delitos de organización , Editorial B de F. Montevideo. Buenos Ares: Argentina.

años...”. “Mientras el grupo exige una pluralidad de personas que se junta de modo temporal y ocasional, sin ninguna estructura organizativa propia; la asociación requiere una estructura y permanencia en el tiempo, una estructura de división de funciones y la imposición de un sistema de reglas de naturaleza disciplinaria que marcan la relaciones de sus integrantes.”²¹⁰

El artículo 317º del Código Penal peruano no utiliza en su redacción la referencia a una asociación. Su fórmula lingüística es en relación a ello diferente de la contenida, por ejemplo, en el artículo 515º del Código Penal español y 210º del Código Penal argentino. En estas normas extranjeras si se alude expresamente a “asociaciones ilícitas”. La peruana, en cambio, se refiere a “organización”. Incluso el texto original del artículo 317º del Código Penal, anterior a la modificación introducida por la Ley 28355 del 6 de octubre de 2004, tampoco incluía el término asociación ilícita, optando por el de “agrupación”.

Así queda claro que 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 personas- 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

²¹⁰ Castillo Alva, Asociación para delinquir, Grijley, Lima, 2005, pág. 68 y 69

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.

Por ello mismo, tampoco cabe sostener la existencia de tantas asociaciones como delitos se atribuya al imputado. La asociación es autónoma e independiente del delito o delitos que a través de ella se cometan –no se requiere llegar a la precisión total de cada acción individual en tiempo y lugar-, pudiendo apreciarse un concurso entre ella y estos delitos, pues se trata de sustratos de hecho diferentes y, por cierto, de un bien jurídico distinto del que se protege en la posterior acción delictiva que se comete al realizar la actividad ilícita para la que la asociación se constituyó.

Rojas Vargas ha sostenido que: “La asociación ilícita se convierte de tal modo en el género y la base matriz a partir de la cual podrá hablarse de numerosas otras específicas entidades delictivas que ofrecen matices con características propias. Carece de legitimidad dogmática establecer distinciones cualitativas que ameriten referirnos a la banda como una entidad abiertamente distinta a la asociación ilícita o a la organización delictiva, ya que todas carecen de trascendencia jurídico-

punitiva en cuanto colectiva o entidades en sí mismos considerados más allá de la vinculación funcional de los agentes²¹¹.

En síntesis, es un contrasentido pretender abordar el tipo legal de asociación ilícita para delinquir en función de los actos delictivos perpetrados, y no de la propia pertenencia a 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.

Estableciendo la doctrina, que: i) al tener la calidad de permanente, éste se consuma con el solo hecho de formar parte de la asociación y esa consumación se prolonga hasta que la asociación concluya, sea por disolución, por arresto de los asociados o de alguno de ellos, ii) lo singular y medular del modelo típico en análisis, es la finalidad de la asociación, reprimiéndose por tanto, la mera integración a ella conociendo o coincidiendo con las finalidades trazadas por los otros miembros de la agrupación; es decir, es suficiente pues, que cada miembro conozca de su pertenencia al grupo, es más, “no es necesario el trato directo entre los asociados, ni siquiera que se conozcan entre sí”²¹².

²¹¹ ROJAS Vargas, Fidel S. Derecho Penal, Estudios Fundamentales de la Parte Especial, Gaceta Penal y Procesal Penal, Lima, “2013. pág.344 y ss.

²¹² CREUS, Carlos. Derecho Penal – Parte Especial, Astrea, Buenos Aires, 1992, Pág. 109

El delito de asociación para delinquir tiene una función política criminal de naturaleza preventiva por su misma condición de delito de preparación, al facilitar el castigo a aquellos que no han llegado a delinquir, pero que se han agrupado para tal fin²¹³.

Desde el momento que constituyan una asociación con fines criminales, la persona o los sujetos que la integran se hacen acreedores a una sanción penal (pena privativa de libertad), debe quedar claramente entendido su sentido preventivo, toda vez que con su configuración se busca remover el peligro que surge de la comisión de delitos objeto del proyecto asociativo, anticipándose la fase de intervención²¹⁴.

La justificación de la criminalización se basa en el hecho que la existencia de la asociación genera inevitablemente alarma y preocupación en la ciudadanía, independientemente de si los delitos se ha cometido o no²¹⁵.

Sin embargo, ello no quiere decir que, en el delito de asociación para delinquir se pena la actividad preparatoria del delito fin, sino que lo que se busca es castigar eficazmente desde la perspectiva político-criminal, las conductas plurales de intervención activa en una asociación, en razón del peligro que genera contra bienes jurídicos, tanto colectivos

²¹³ CASTILLO ALVA, José Luis, Asociación Para Delinquir, Grijley, Lima, "005, Pág. 14.

²¹⁴ *Ibíd*em, Pág. 14

²¹⁵ *Ibíd*em, Pág. 14.

como individuales. El delito de asociación para delinquir forma parte de una tutela avanzada de la sociedad respecto a la manifestación de la criminalidad organizado, tanto común como político²¹⁶.

Los delitos cometidos a través de asociación criminales no importan al momento de sancionar penalmente a la asociación misma, esto es, no importa los “delitos fines” dado que en el esquema punitivo peruano no es la organicidad el núcleo de la tipicidad del delito de asociación ilícita, sino el hecho de formar parte de la misma, siendo indiferente que realmente (en la práctica concreta) la asociación y sus miembros se vean o no involucrados en la ejecución de actos delictivos. De esta manera, se conforma un delito de peligro abstracto que anticipa la represión penal a fases previas a la ejecución material de los delitos previstos en los delictivos y las previsiones normativas, y que permitirá percibir los niveles o matices de diferencia con las bandas y organizaciones delictivas pre configuradas al interior de otras especies delictivas²¹⁷.

3.10. Organización criminal (Variable dependiente)

La Ley 30077- contra el Crimen Organizado, entró en vigor el primero de julio del año 2014, que modifica(primera disposición complementaria modificatoria) el artículo 317° del Código Penal,

²¹⁶ Ibidem, Pág. 15.

²¹⁷ ROJAS VARGAS, Fidel. Derecho Penal, Estudios Fundamentales de la Parte Especial, Gaceta Penal y Procesal Penal, Lima, “2013, Pág. 360

incorporando las conductas como la de promover, integrar y pertenecer a las organizaciones de dos o más personas destinadas a cometer delitos.

Según el artículo 317 del CP (modificado por la Ley N°30077), el delito de “asociación ilícita” se consuma cuando dos o más personas, de manera organizada y permanente, entre otro supuesto, se agrupan en base a una estructura jerárquica y una división funcional de roles con la finalidad de perpetrar delitos, adquiriendo relevancia jurídico penal el solo hecho de formar parte de la organización, sin llegar a materializar los planes delictivos, por lo que este ilícito presenta una estructura típica autónoma e independiente del delito o de los delitos que a través de ella se cometan²¹⁸.

Según el Art. 2 de la Ley N° 30077 es una 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 coordinada, con la finalidad de cometer uno o más delitos graves señalados en el artículo 3 de la Ley.

²¹⁸ Análisis de las normas de criminalidad organizada, Análisis de las Leyes N°30076 y 30077 Ley contra el crimen organizado Dr. Miguel Falla Rosado Director del CIDAJ: https://www.minjus.gob.pe/.../285_20_análisis_normas_criminalidad_organizada_

Actualmente el artículo 317º del Código Penal fue modificada mediante el Decreto Legislativo N° 1244, esta vez la denominación de Asociación Ilícita para Delinquir fue modificado por la Organización Criminal y define que es 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.

En la exposición de motivos del Decreto Legislativo 1244 se precisa que la Ley N° 30077- Ley contra el crimen organizado; en atención al principio de legalidad penal, no ha creado la tipicidad penal de crimen organizado o el de "Organización Criminal", en el Código Penal y tampoco la sanción punitiva que el Estado se encuentra obligado a imponer a los miembros de las organizaciones criminales.

La independización del injusto de organización, a los efectos funcionales de garantizar objetivamente el empleo de este proceso especializado, se da, por cierto, a partir de lo dispuestos en los artículos 2 y 3 de la referida ley, que asumen, en todo caso, una definición instrumental de organización criminal. La persecución de dichas conductas desde esta doble perspectiva- de injusto persona- es posible hacerlo aplicando concurrentemente el modificado Art. 317 Código Penal sobre asociación ilícita, aunque por cierto no existe coincidencia total

entre ambas figuras, pero resulta plenamente factible utilizar este tipo penal conjuntamente con el injusto penal materia de investigación ²¹⁹.

La configuración del delito autónomo de organización, si bien el tipo penal del artículo 317º del Código Penal- modificado por el Decreto Legislativo N° 1244- no asume la existencia de una estructura criminal, esta si es asumida en el artículo 2º de la Ley N° 3077, a luz del tratado internacional de la Convención de Palermo- y en concordancia con el Acuerdo Plenario N° 004-2007/CJ-116, la configuración de una organización criminal necesita de una estructura, la cual proviene de los elementos normativos de reparto de tareas o roles así como de la propia exigencia de organización el actuar de manera organizado, esto es, el concepto organización denota una estructura funcional.

La estructura se analiza en función de las actividades de la organización, se infiere a través de las labores conjuntas de los integrantes, pues a partir de ello es posible inferir la existencia de la estructura. La estructura implica un nivel de coordinación entre uno y otro nivel. No se configura una organización criminal solo por que exista actuación conjunta para la comisión de un delito, es claro que el elemento estructural es imprescindible.

²¹⁹ SAN MARTIN CASTRO, Cesar. Derecho Procesal Penal, Lecciones, INPECCP, Lima, 2015, Pág. 884.

Una organización criminal puede presentar una estructura vertical, horizontal, transversal y funcionalmente adoptar otras formas flexibles; como cuando se usa las estructuras de las sociedades anónimas. Por ende, la organización criminal necesita una estructura adecuada para el fin delictivo.

Los elementos de la organización criminal que debe tomarse en cuenta al momento de establecer la organización delictiva son los siguientes²²⁰:

- a) Elemento personal: Esto es, que la organización esté integrada por tres o más personas.
- b) Elemento temporal: El carácter estable o permanente de la organización criminal.
- c) Elemento teológico: El desarrollo futuro de un programa delictivo.
- d) Elemento funcional: La designación o reparto de roles de los integrantes de la organización criminal.
- e) Elemento estructural: Que engarza y articula todos los componentes.
- f) Elemento Modal: El conjunto de procedimientos estratégicos practicados de manera concertada y coordinada por los integrantes de la organización.

²²⁰ I Pleno Jurisdiccional 2017, Acuerdo Plenario N° 01-2017-SPN

3.11. Asociación Ilícita en la Jurisprudencia Peruana

En la jurisprudencia los criterios no han sido muy diferentes a los utilizados por los juristas nacionales. Ellos se han concentrado en definir características tradicionales de los grupos criminales. Sin embargo la generalidad y amplitud de los rasgos asignados, determina que los mismos puedan concurrir en estructuras funcionales de origen y operatividad distintas como las bandas, las asociaciones ilícitas o los meros conciertos criminales.

Las decisiones judiciales han omitido de modo reiterado pronunciarse por el alcance terminológico específico de otras expresiones usadas en nuestra legislación como agrupación u organización delictiva. Por ejemplo, en la Ejecutoria Suprema del 25 de junio de 1997, se afirma que una banda es “ la integración de dos o más personas que concertan con la finalidad de cometer uno o más delitos, para lo cual se implementan y actúan coordinadamente a efecto de asegurar el éxito de su incursión criminal, señalándose roles para tal efecto...” .

Luego, en la Ejecutoria Suprema del 20 de mayo de 1998 se adoptan dos criterios implicantes. Primero se otorga identidad conceptual a las expresiones “organización o asociación criminal”. Y, posteriormente, se identifica sólo al artículo 317º del Código Penal como regulador de la “asociación ilícita”. Con relación a ello se sostiene: “el delito de asociación ilícita se acredita cuando dos o más personas, de manera organizada y

permanente, se agrupan en base a una estructura jerárquica y una división funcional de roles con la finalidad de perpetrar delitos, adquiriendo relevancia jurídico penal el sólo hecho de formar parte de la agrupación, sin llegar a materializar los planes delictivos, por lo que este ilícito presenta una estructura típica autónoma e independiente del delito o de los delitos que a través de ella se cometan...” .

Las interpretaciones mencionadas por su excesiva convencionalidad adolecen de algunos defectos. En primer lugar, no se adecuan a las fórmulas legales utilizadas en la legislación nacional. En efecto, como ya se ha mencionado, el artículo 317º del Código Penal peruano no utiliza en su redacción la referencia a una asociación. Su fórmula lingüística es en relación a ello diferente de la contenida, por ejemplo, en el artículo 515º del Código Penal español y el artículo 210º del Código Penal argentino. En estas normas extranjeras si se alude expresamente a “asociaciones ilícitas”. La peruana, en cambio, se refiere a “organización”. De allí, pues, que parece ser inconveniente seguir identificando al hecho punible contenido en el artículo 317º del Código penal como un delito de asociación ilícita o de asociación para delinquir. Quizás resultaría mejor por su contenido ideográfico identificar en ese tipo penal un delito de “integración en una organización delictiva”. Esta denominación, por su amplitud, se adaptaría mejor a cualquier estructura criminal sea esta vertical y rígida como la jerarquía estándar u horizontal y flexible como el grupo central.

En segundo lugar, no resulta muy acertado que los especialistas y operadores nacionales hayan trasladado los comentarios españoles y argentinos para describir o sustentar los alcances dogmáticos del artículo 317º del Código Penal nacional. Fundamentalmente, porque tales comentarios al referirse a estructuras tradicionales como la típica asociación delincuencial pueden inducir a una reducción de los alcances típicos de la norma nacional, la cual, dicho sea de paso, resulta en la actualidad más cercana y representativa de la realidad criminológica (organizaciones con estructuras flexibles) y criminalística de la delincuencia organizada contemporánea en nuestro país y en el ámbito internacional. Efectivamente, el texto del artículo 317º aparece más asimilable a las propuestas reguladoras de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, que las fórmulas referidas al clásico prototipo de la asociación para delinquir tan comunes todavía en el derecho extranjero.

En todo caso, tales criterios de la doctrina extranjera podrían utilizarse para teorizar, con mayor propiedad, sobre las normas nacionales que aluden expresamente a una asociación delictiva o banda como ocurre en el caso del artículo 257º A 317º-B del Código Penal. El primero de los mencionados artículos en su inciso 1º considera agravante de los delitos monetarios: “Si el agente obra como miembro de una asociación delictiva o en calidad de integrante de una banda”, el segundo artículo típica el delito de Banda. Por tanto, sólo con relación a esta disposición

resultaría adecuado invocar con CARLOS CREUS²²¹ que se trata de expresiones que se emplean como sinónimos. Según el jurista citado, esas dos expresiones alternativas que contiene el artículo 210 del Código Penal argentino son equivalentes: “En realidad, en el texto actual, la expresión banda no pasa de ser un sinónimo de asociación ilícita, un modo diferente de denominar la misma realidad.”

Un segundo problema que debemos dilucidar dogmáticamente es el concerniente a la conducta típica que debe materializar el sujeto activo según el tipo penal del artículo 317º. No hay dudas que la exigencia del legislador es que el agente forme parte de una organización criminal. Es decir que se integre en ella. Sin embargo, esta consideración normativa ha motivado que se discuta en la doctrina y jurisprudencia nacionales si la integración implica la preexistencia de la estructura delictiva o su constitución simultánea a la adhesión del integrante.

Sobre el particular ROJAS VARGAS²²² ha detectado dos posiciones que califica como tesis material y tesis valorativa. Según dicho autor: “la tesis de la preexistencia acude a una argumentación-fuerza atendible y de sentido lógico al señalar que no se puede formar parte de algo que aún no existe; siendo en consecuencia los aprestamientos o intentos de formación de la agrupación un hecho al cual aún no le alcanza

²²¹ CREUS, Carlos. Derecho Penal. Parte Especial. Tomo 2. 3ª edición actualizada. Editorial Astrea. Buenos Aires. 1990, pág.107

²²² ROJAS VARGAS, Fidel. Ob. Cit., pág. 366

la tipicidad del delito de asociación ilícita ni tampoco le llega su conminación penal.

La tesis valorativa opuesta a la anterior prescinde de los criterios orgánicos argumentando que al tratarse de un delito de peligro abstracto no resulta necesario verificar la existencia material de la agrupación, su estructura orgánica, ni su permanencia, bastando tan sólo la concertación o el pacto para delinquir, donde el formar parte genera ya, desde una perspectiva penal, la asociación ilícita. De conformidad con esta tesis el pacto para delinquir forma ya la asociación ilícita, con prescindencia del acuerdo previo de formación o configuración orgánica de la asociación”.

Refiere el mismo jurista el desenlace jurisprudencial ha sido favorable a la primera de las posiciones planteadas y se ha asumido en la Ejecutoria Suprema del 14 de mayo de 1999: “Existe en este desarrollo jurisprudencial supremo alusión directa a la existencia de la organización como requisito material para que se pueda configurar el delito; precisándose incluso, que debe formarse a través del acuerdo o pacto. De dicha lectura se advierte que la posición de la Corte Suprema avala una tesis material”. En términos generales la posición asumida nos parece ajustada al marco normativo existente. Sin embargo, Ella no resuelve otros aspectos conexos como el significado del número mínimo de integrantes (dos) en relación a la incorporación del nuevo adherente. Es decir, si el que se integra debe encontrar un núcleo ya establecido de

cuando menos dos personas o ser él quien complete con su incorporación ese requerimiento cuantitativo de componentes. El tipo penal no es unívoco pues señala:” El que forma parte de una organización de dos o más personas...” Al respecto somos de opinión que el nuevo adherente debe ser cuando menos el tercer miembro de la organización. Si ya es inverosímil pensar en la actualidad en la existencia real de una organización compuesta por sólo dos personas, deviene en absurdo entender que podría haber una estructura criminal unipersonal.

Habiendo establecido la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República que “...La conducta consiste en formar parte de una agrupación de dos o más personas, destinadas a la comisión de ilícitos penales; esto es, que para la configuración de dicho delito se requiere la existencia de un grupo de personas, que debe formarse mediante acuerdo o pacto de dos o más personas, destacándose el hecho que este acuerdo puede ser explícito o implícito; en el primer caso está constituido por la clara expresión de voluntad en tal sentido, mientras que en el segundo, por medio de actividades demostrativas de la existencia de la asociación”²²³ ; por lo que constituye un requisito fundamental probar el acuerdo de voluntades entre sus componentes, ya que éstos delinquen desde el mismo momento en que se incorporaron a ella. Teniendo la condición de sujeto activo cualquier persona que la integre

²²³ Resolución 21- 2001 del 04 de setiembre del 2003, Caso José García Marcelo.

El Pleno Jurisdiccional de Las Salas Penales Permanente y Transitorias²²⁴ en el año 2006 señaló que: “Así queda claro que 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 personas- 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.

Por ello mismo, tampoco cabe sostener la existencia de tantas asociaciones como delitos se atribuya al imputado. La asociación es autónoma e independiente del delito o delitos que a través de ella se cometan –no se requiere llegar a la precisión total de cada acción individual en tiempo y lugar-, pudiendo apreciarse un concurso entre ella y estos delitos, pues se trata de sustratos de hecho diferentes y, por cierto, de un bien jurídico distinto del que se protege en la posterior acción delictiva que se comete al realizar la actividad ilícita para la que la asociación se constituyó.

²²⁴ ACUERDO PLENARIO N° 4-2006/CJ-116. Fundamento 12

En el fundamento 13 del referido Acuerdo Plenario es precisa que. “En síntesis, es un contrasentido pretender abordar el tipo legal de asociación ilícita para delinquir en función de los actos delictivos perpetrados, y no de la propia pertenencia a 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 concreción sobre los hechos punibles a ejecutar²²⁵.

Precisándose que se trata de un delito autónomo, de convergencia, de peligro abstracto y de carácter permanente, que se consuma con la mera pertenencia a una asociación ilícita – ilicitud que se deriva de sus propios fines – de dos o más personas – cuyo objeto es cometer delitos, lo que implica un peligro para el bien jurídico protegido “Tranquilidad Pública” encaminada a preservar el orden social establecido y aceptado por la comunidad. Resultando ser elementos imprescindibles para su configuración: a) que la agrupación o unión de personas tenga cierta duración en el tiempo o estabilidad, y cierta organización en la que quepan distinguir funciones; b) como elemento finalista, el propósito colectivo – de la agrupación – de perpetrar delitos²²⁶.

²²⁵ ACUERDO PLENARIO N° 4-2006/CJ-116. Fundamento 12

²²⁶ CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA PRIMERA SALA PENAL LIQUIDADORA, Lima, tres de abril de dos mil doce, caso FRANK JHONATAN NUÑEZ GARZÓN

3.12. Regulación de la Organización Delictiva

El delito de asociación ilícita para delinquir está regulada en el Libro Segundo del Código Penal: título XIV delitos contra la tranquilidad pública; capítulo I delitos contra la paz pública artículo 317, modificado por la Primera Disposición Complementaria Modificatoria de la Ley N° 30077, publicada el 20 agosto 2013, la misma que entró en vigencia el 1 de julio de 2014. Prescribe en los siguientes:

El que constituya, promueva o integre una organización de dos o más personas destinada a cometer delitos será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años.

La pena será no menor de ocho ni mayor de quince años, de ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multas e inhabilitación conforme a los incisos 1), 2) y 4) del artículo 36, imponiéndose además, de ser el caso, las consecuencias accesorias previstas en los incisos 2 y 4 del artículo 105, debiéndose dictar las medidas cautelares que correspondan, en los siguientes casos:

- a) Cuando la organización esté destinada a cometer los delitos previstos en los artículos 106, 108, 116, 152, 153, 162, 183-A, 186, 188, 189, 195, 200, 202, 204, 207-B, 207-C, 222, 252, 253, 254, 279, 279-A, 279-B, 279-C, 279-D, 294-A, 294-B, 307-A, 307-B, 307-C, 307-D, 307-E, 310-A, 310-B, 310-C, 317-A, 319, 320, 321, 324, 382, 383, 384,

387, 393, 393-A, 394, 395, 396, 397, 397-A, 398, 399, 400, 401, 427 primer párrafo y en la Sección II del Capítulo III del Título XII del Libro Segundo del Código Penal; en los artículos 1, 2, 3, 4, 5 y 6 del Decreto Legislativo 1106, de lucha eficaz contra el lavado de activos y otros actos relacionados a la minería ilegal y crimen organizado y en la Ley 28008, Ley de los Delitos Aduaneros, y sus respectivas normas modificatorias.

b) Cuando el integrante fuera el líder, jefe o dirigente de la organización.

Los problemas de dogmática penal detectados en el enfoque que la doctrina y la jurisprudencia nacionales han dado a la criminalidad organizada, se han generado principalmente en la definición de los alcances normativos del artículo 317º del Código Penal. A continuación haremos una breve revisión de los más importantes.

En primer lugar, cabe señalar que la existencia paralela en la legislación penal peruana de hasta tres tipos de normas que definen el tratamiento penal del crimen organizado, ha generado algunas dudas y distorsiones hermenéuticas.

En efecto, el legislador nacional ha construido, en primer lugar, un tipo penal autónomo, de peligro abstracto, que describe y sanciona el formar parte de una organización delictiva (Artículo 317º del Código Penal; Art. 5º del Decreto Ley 25475). Luego, ha considerado también la

configuración de circunstancias agravantes específicas que operan con la comisión material de determinados delitos cuando son ejecutados por quién actúa en calidad de integrante de una organización delictiva (Artículos 186º, párrafo segundo, inciso 1; 189º, párrafo in fine ; 220º inciso d ; 225º inciso a ; 297 inciso 6 ; 318ºA inciso b del Código Penal ; 3º incisos b y c del Decreto Ley 25475 ; 3º inciso b de la Ley 27765 ; 10º inciso e de la Ley 28008). Y, finalmente, existen otras normas que de manera dispersa y refundida incluyen agravantes especiales que se basan en la calidad del agente, el cual comete el delito en condición de integrante de una banda o asociación delictiva (Segunda parte del inciso 1 del párrafo segundo del artículo 186º; artículo 257º A del Código Penal).

Como se puede inferir, en el Perú la técnica legislativa empleada no ha buscado unificar la denominación asignada a la estructura criminal, registrando en cambio varios nombres diferentes²²⁷. Esta pluralidad de denominaciones motiva de inmediato algunas interrogantes. Por ejemplo, si cuando la ley utiliza en determinados artículos el término “organización delictiva o ilícita”; y, luego, en otros, las expresiones “banda” o “asociación delictiva” se refiere a términos sinónimos que identifican una misma estructura criminal? o si, por el contrario, detrás de cada uno de estos vocablos el legislador ha querido referirse a estructuras delincuenciales distintas en razón de su origen, actividad, grado de complejidad o composición?

²²⁷ Fidel S. Rojas Vargas. Estudios de Derecho Penal. Jurista Editores. Lima. 2004, p.364 y ss.

Sin embargo, se aprecia que la variedad de términos utilizados ha merecido generalmente la consideración de sinónimos. Además, que en esa percepción los juristas y jueces de nuestro país les han atribuido el mismo significado dogmático que se ha otorgado en la doctrina española, italiana o argentina a la tradicional asociación ilícita. Esto es, el de una estructura criminal vertical y que corresponde a la tipología de jerarquía estándar.

Por ejemplo, ROJAS VARGAS ha sostenido que: “La asociación ilícita se convierte de tal modo en el género y la base matriz a partir de la cual podrá hablarse de numerosas otras específicas entidades delictivas que ofrecen matices con características propias.

Carece de legitimidad dogmática establecer distinciones cualitativas que ameriten referirnos a la banda como una entidad abiertamente distinta a la asociación ilícita o a la organización delictiva, ya que todas carecen de trascendencia jurídico-punitiva en cuanto colectivos o entidades en sí mismos considerados más allá de la vinculación funcional de los agentes”²²⁸. Pero, más adelante, el citado autor de manera poco coherente reconoce la existencia de diferencias entre asociación ilícita y banda. Es más, siguiendo el enfoque español considera que hay varias clases de bandas. Por otro lado, señala también que debe distinguirse a aquellas organizaciones que están

²²⁸ ROJAS VARGAS, Fidel. Ob. Cit. pág.344 y ss.

destinadas a cometer determinado tipo de delitos, de las que están dedicadas exclusivamente al tráfico ilícito de drogas. A estas últimas las califica como única expresión de la criminalidad organizada. Al respecto señala: "Banda es una asociación delictiva (o ilícita) de mínima entidad funcional que comete delitos. Los integrantes de la banda, a diferencia de los de la asociación ilícita, actúan, ejecutan actos delictivos a nombre o en calidad de miembros de la misma. La banda posee por definición un nivel de estructura y sofisticación menor a la de una asociación ilícita en estricto"²²⁹ .

Otro comentarista nacional, REAÑO PESCHIERA²³⁰ también acepta inicialmente que habría sinonimia entre los términos asociación ilícita, asociación para delinquir, organización criminal o agrupación criminal²³¹ . No obstante, luego propone que hay diferencias entre banda y asociación ilícita. Para ello sigue el raciocinio empleado en la doctrina hispana donde se diferencia el alcance conceptual de las "bandas armadas" (Artículo 515º. 2 del Código Penal español). Sin embargo tal expresión no es empleada en el código penal nacional. En efecto, transcribiendo el planteamiento de CHOCLAN MONTALVO²³² afirma que:" En definitiva para que pueda hablarse de asociación criminal es necesario cierto elemento de permanencia, así como un mínimo de cohesión. Sin

²²⁹ *Ibidem*. pág.347 y 348

²³⁰ SAN MARTÍN CASTRO, César Eugenio y otros autores. *Delitos de Tráfico de Influencias, Enriquecimiento Ilícito y Asociación para Delinquir*. Jurista Editores. Lima. 2000, pág.279 y ss

²³¹ César Eugenio San Martín Castro y otros autores. *Ob. Cit.* pág.279 y ss.

²³² *Ibidem*, págs. 297 y 298.

embargo, ello no implica equiparar los conceptos de banda, ni de concierto o mera pluralidad de personas con el de asociación ilícita.

La noción de banda también exige permanencia y base organizativa, esto es, un sistema jerárquico y de reparto del trabajo, empero el concepto de banda armada comporta un plus de dañosidad social en tanto su sola existencia produce un estado de terror en la población. Al respecto, la diferencia entre banda armada y asociación criminal no debe establecerse en función a una mayor o menor importancia de la estructura jerarquizada ni al número de integrantes, sino que debe estribar en el elemento subjetivo orientado a producir terror y zozobra en la población que caracterizan al delito de terrorismo en tanto su configuración requiere de la existencia de una banda armada”²³³

3.12.1. Ley contra la criminalidad organizada

El artículo 02 de la Ley 30077- Ley Contra Criminalidad Organizada, establece que como organización criminal a “Cualquier agrupación de tres o más personas que se reparten diversas tareas o funciones, cualquiera sea su estructura y ámbito de acción, que, con carácter estable o por tiempo indefinido, se crea, existe o funciona, inequívoca y directamente, de manera concertada y coordinada, con la finalidad de cometer uno o más delitos graves señalados en el artículo 3 de la Indicada ley.

²³³ Ídem, pág. 297 y 298

El Decreto Legislativo N° 1244 modifica el artículo 317° del Código Penal: Organización Criminal: 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).

La pena será no menor de quince ni mayor de veinte años y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días – multa, e inhabilitación conforme al artículo 36°, incisos 1), 2), 4) y 8) en los siguientes supuestos: Cuando el agente tuviese la condición de líder, jefe, financista o dirigente de la organización criminal. Cuando producto del accionar delictivo de la organización criminal, cualquiera de sus miembros causa la muerte de una persona o le causa lesiones graves a su integridad física o mental.”

3.12.2. La convención de las naciones unidas contra la delincuencia organizada.

La definición que sobre grupo delictivo organizado se encuentra en la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (Convención de Palermo), ratificada por el Perú mediante Decreto Supremo N° 88-2001-RE, publicado en el diario oficial El Peruano

el 20 de noviembre del año 2001 y vigente desde el 29 de setiembre del año 2003. De acuerdo con este Tratado, se entiende por grupo delictivo organizado a todo grupo estructurado de tres o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves (delito punible con mínimo de 4 años de pena privativa de libertad), con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material.

En prefación del Convenio de Palermo, se tiene las palabras del Secretario General de la Naciones Unidas de ese entonces, Kofi A. Annan²³⁴, que merece ser reproducida, quien suscribe que: En diciembre de 2000, al suscribir en Palermo (Italia) la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, la comunidad internacional demostró la voluntad política de abordar un problema mundial con una reacción mundial. Si la delincuencia atraviesa las fronteras, lo mismo ha de hacer la acción de la ley. Si el imperio de la ley se ve socavado no sólo en un país, sino en muchos países, quienes lo defienden no se pueden limitar a emplear únicamente medios y arbitrios nacionales. Si los enemigos del progreso y de los derechos humanos procuran servirse de la apertura y las posibilidades que brinda la mundialización para lograr sus fines, nosotros debemos servirnos de esos mismos factores para defender los derechos humanos y vencer a la delincuencia, la corrupción y la trata de personas.

²³⁴ Consultado en <https://www.unodc.org/pdf/cld/TOCebook-s.pdf>, el 23/03/2017

Uno de los contrastes más marcados que existen en el mundo actual es el abismo entre lo civil y lo incivil. Cuando digo “lo civil” quiero decir la civilización: los siglos acumulados de conocimientos que sientan las bases del progreso. Cuando digo “lo civil” también quiero decir la tolerancia: el pluralismo y el respeto con los que aceptamos a los diversos pueblos y nutrimos de ellos nuestras fuerzas. Y, por último, quiero decir la sociedad civil: los grupos de ciudadanos, empresas, sindicatos, profesores y periodistas, los partidos políticos y demás grupos que desempeñan una función esencial en el funcionamiento de toda sociedad.

Por el contrario, alineadas contra esas fuerzas constructivas, cada vez en mayor número y con armas más potentes, se encuentran las fuerzas de lo que denominó la “sociedad incivil”. Se trata de terroristas, criminales, traficantes de drogas, tratantes de personas y otros grupos que desbaratan las buenas obras de la sociedad civil. Sacan ventaja de las fronteras abiertas, de los mercados libres y de los avances tecnológicos que tantos beneficios acarrearán a la humanidad. Esos grupos prosperan en los países con instituciones débiles y no tienen escrúpulos en recurrir a la intimidación o a la violencia. Su crueldad es la verdadera antítesis de lo que consideramos civil. Son poderosos y representan intereses arraigados y el peso de una empresa mundial de miles de millones de dólares; pero no son invencibles.

La Declaración del Milenio, aprobada por los Jefes de Estado reunidos en las Naciones Unidas en septiembre de 2000, reafirmó los

principios en que nos inspiramos y ha de servir para alentar a todos los que luchan en pro del imperio de la ley. En la Declaración se afirma que “los hombres y las mujeres tienen derecho a vivir su vida y a criar a sus hijos con dignidad y libres del hambre y del temor a la violencia, la opresión o la injusticia”.

En la Cumbre del Milenio los dirigentes de todo el mundo proclamaron que la liberación del temor y de la miseria era uno de los valores esenciales del siglo XXI. No obstante, en todo el mundo hay millones de personas a quienes todavía se niega el derecho a vivir con dignidad y liberados del temor y de la miseria. Se niega ese derecho al niño que trabaja bajo contrato de cumplimiento forzoso, sometido a explotación, al padre que tiene que dar soborno para conseguir atención médica para su hijo o hija, a la mujer condenada a una vida de prostitución forzosa.

Considero que la trata de personas, especialmente de mujeres y niños, para someterlos a trabajos forzados y a la explotación, incluida la explotación sexual, es una de las violaciones más atroces de los derechos humanos a que hacen frente las Naciones Unidas en la actualidad. Se trata de un fenómeno muy difundido que se agrava cada vez más. Tiene sus raíces en las condiciones sociales y económicas de los países de origen de las víctimas y se ve facilitado por las prácticas discriminatorias contra la mujer e impulsado por la cruel indiferencia ante el sufrimiento

humano de parte de los que explotan los servicios que las víctimas están obligadas a prestar. El destino de esas personas más vulnerables es una afrenta para la dignidad humana y un grave problema para todo Estado, todo pueblo y toda comunidad. En consecuencia, insto a los Estados Miembros a que ratifiquen no solo la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, sino también el Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que puede operar una auténtica transformación en la lucha por eliminar ese comercio censurable de seres humanos.

Los grupos delictivos no han perdido el tiempo en sacar partido de la economía mundializada actual y de la tecnología sofisticada que la acompaña. En cambio, nuestros esfuerzos por combatirlos han sido hasta ahora muy fragmentarios y nuestras armas casi obsoletas. La Convención nos facilita un nuevo instrumento para hacer frente al flagelo de la delincuencia como problema mundial. Fortaleciendo la cooperación internacional podremos socavar verdaderamente la capacidad de los delincuentes internacionales para actuar con eficacia y ayudaremos a los ciudadanos en su a menudo ardua lucha por salvaguardar la seguridad y la dignidad de sus hogares y comunidades.

La firma de la Convención en Palermo en diciembre de 2000 marcó un hito en el fortalecimiento de nuestra lucha contra la delincuencia

organizada. Insto a todos los Estados a que ratifiquen la Convención y sus Protocolos cuanto antes y a que pongan en vigor esos instrumentos sin demora.

El artículo primer del referido convenio se advierte que tiene por finalidad de promover la cooperación para prevenir y combatir más eficazmente la delincuencia organizada transnacional.

El artículo segundo del Convenio, literal a) define el crimen organizado en los siguientes términos: “Por “grupo delictivo organizado” se entenderá un grupo estructurado de tres o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves o delitos tipificados con arreglo a la presente Convención con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material. El mismo artículo en el literal b) precisa que Por “delito grave” se entenderá la conducta que constituya un delito punible con una privación de libertad máxima de al menos cuatro años o con una pena más grave. El literal c) señala que por “grupo estructurado” se entenderá un grupo no formado fortuitamente para la comisión inmediata de un delito y en el que no necesariamente se haya asignado a sus miembros funciones formalmente definidas ni haya continuidad en la condición de miembro o exista una estructura desarrollada.

Se puede apreciar, en esta definición, algunos elementos que la doctrina considera fundamentales para la existencia de una organización criminal en estricto. Este es el caso del beneficio económico, que da forma a una criminalidad de tipo empresarial donde la organización “se plantea como objetivo principal la obtención de un lucro por medios ilícitos.”²³⁵

Esta es una de las razones por la que algunos ordenamientos no incluyen dentro del ámbito de aplicación de las normas sobre crimen organizado a las organizaciones terroristas. De hecho, esto es lo que sucede con la Ley peruana sobre crimen organizado número 30077, pues el Art. 3, que contiene una lista con los delitos en los que resulta aplicable dicha ley, no incluye al delito de terrorismo.²³⁶

²³⁵ CHOCLÁN MONTALVO, “Criminalidad organizada. Concepto. La asociación ilícita. Problemas de autoría y participación”, pág. 235. En el mismo sentido, vid. - ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Criminalidad organizada y sistema de derecho penal. Contribución a la determinación del injusto penal de organización criminal, pág.133: *“La búsqueda del beneficio económico es lo que mueve fundamentalmente a la criminalidad organizada. Es el fin último de la criminalidad organizada estricta y toda su estructura, división del trabajo, toma de decisiones, relaciones internas y relaciones externas están funcionalizadas a la obtención del lucro.”*

²³⁶ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, señala que debe distinguirse conceptualmente el terrorismo del crimen organizado, pese a su tratamiento común, por los siguientes argumentos: el fenómeno criminal del terrorismo puede ser organizado, pero adolece del núcleo esencial de la criminalidad organizada, esto es, del fin lucrativo o de la búsqueda de las mayores ganancias posibles; la distinción conceptual es útil de cara a su eficacia preventiva y para una mejor política criminal de ambos fenómenos; mientras que la criminalidad organizada es funcional al sistema social vigente de carácter capitalista, el terrorismo generalmente supone la confrontación total frente al Estado capitalista; el crimen organizado requiere la clandestinidad de sus actividades, mientras que el terrorismo busca la publicidad de sus acciones; etc., vid. ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Criminalidad organizada y sistema de derecho penal. Contribución a la determinación del injusto penal de organización criminal, pág. 135-137.

Como correlato de lo anterior, pues el fin de obtener un provecho económico no tiene por qué ser necesariamente delictivo, las organizaciones criminales se caracterizan por la comisión de delitos graves. Así lo definen tanto la Convención de Palermo como la Ley 30077 (art. 2 inc. 1). Claro que, como señala ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, a la criminalidad organizada no le interesa la comisión de delitos por sí mismos, sino como medios para la obtención de la mayor ganancia posible, apreciándose también un uso sistemático de la violencia²³⁷.

Esto último quizás no pueda predicarse en todos los delitos que puedan dar cabida al concepto de criminalidad organizada de la Ley 30077, con lo cual, el legislador parece haber simplemente apostado por la gravedad o dañosidad social del hecho punible, sin atender necesariamente al método empleado o modus operandi.

3.13. Investigación, proceso y sentencia sobre Organización delictiva

3.13.1. Investigación y procesos contra organización delictiva

²³⁷ Agrega que este uso sistemático de la violencia (externa o interna) se manifiesta de distintos modos: violencia en la comisión de los delitos propios de la actividad ilícita (homicidios, robos, extorsiones, etc.); violencia al interior del grupo para mantener la cohesión del grupo o resolver sus conflictos; la violencia entre organizaciones criminales para someter a los grupos competidores; violencia frente a autoridades y demás órganos de represión para favorecer la impunidad; y la violencia para la protección de sus aliados o clientes, vid. ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Criminalidad organizada y sistema de derecho penal. Contribución a la determinación del injusto penal de organización criminal, pág. 138.

Hasta antes de la vigencia del Código Procesal Penal de 2004, eran dos las principales vías con que el Estado contaba para materializar su pretensión punitiva en los delitos perseguibles por ejercicio público de la acción penal. Se tenía el proceso penal "ordinario" -que fue creado por el legislador de 1939 como la única vía que se habría de utilizar para impartir la justicia penal en los delitos de persecución pública- juntamente con el proceso sumario, proceso que, habiendo surgido como una excepción, de a pocos fue ampliando su ámbito de proyección hasta llegar a ocupar un lugar de privilegio en el sistema de impartición de la justicia criminal.

Hasta el año de 1963²³⁸ sólo se conocía el proceso penal ordinario. El Decreto Ley N° 17110 introduce el proceso sumario para ocho delitos. Posteriormente, en el año de 1981 el Decreto Legislativo N° 124 da inicio a su predominio, ampliando el número de delitos que se deberían tramitar conforme a sus normas²³⁹. Luego, mediante el Decreto Ley N° 26147 acondiciona al nuevo Código Penal de 1991 la gama de delitos a los que les corresponde el proceso penal sumario y "ordinariza" algunos. Finalmente, con la puesta en vigencia de la Ley N° 26689, desde el mes de diciembre de 1996, el proceso penal sumario pasa a consolidarse

²³⁸ En la LOPJ de 1963, se le concedió a los jueces instructores la facultad de fallo en los procesos especiales por acción privada.

²³⁹Tan es así que, ya en 1987, Hurtado Pozo señalaba que la mayoría de los delitos previstos en el Código Penal de 1924 eran de trámite sumario, que el procedimiento ordinario había sido transformado en un proceso excepcional. HURTADO POZO, José. Manual de Derecho penal. Parte general. Lima - Perú: EDDILI, Reimpresión de la segunda edición, 1987, pág. 81. Por su parte, Arsenio Oré sostiene que mediante el D. Leg. N° 124 se dispuso que se tramitaran por proceso sumario aproximadamente el 80% de los delitos previstos en el Código Penal. ORE GUARDIA, Arsenio. Manual de Derecho procesal penal. Lima - Perú: Alternativas, 1996, pág. 358 (nota 1).

como la vía hegemónica para la impartición de la justicia penal en nuestro país, reservándose las normas del proceso penal ordinario para un reducido grupo de delitos. Cuantitativamente, el proceso sumario ha pasado a ser "vía ordinaria", relegándose el proceso penal ordinario a "vía especial".

Siendo así nuestro ordenamiento jurídico penal en los procesos regulados por el Código de Procedimientos Penales de 1940 (vigente en el Distrito Judicial de Ayacucho, en los procesos en liquidación), estableciendo dos vías en su trámite, la vía Ordinaria y la sumaria. Siendo así los procesos por el delito de Asociación ilícita para delinquir hasta antes del año 2009, se tramitaban en la vía sumaria, cuando la ley Nro. 26689, que establece el listado de delitos que deben tramitarse en proceso ordinario, fue modificada por la Ley 299336 que incorpora el inciso G) al artículo 1 de la Ley N° 26689, Ley que establece los delitos cuyos procesos se tramitarán en la vía ordinaria, que mediante el artículo uno incorpora los delitos contra la tranquilidad pública, el de asociación ilícita tipificado en el artículo 317 del Código Penal su tramitación en la Vía Ordinaria.

Posteriormente, como se sabe, la Ley 30077 Ley contra el Crimen Organizado, que se publicó el agosto del 2013, que por vacatio legis entró en vigor el primero de julio del año 2014, contiene algunas disposiciones relativas a la investigación, juzgamiento y sanción de los delitos cometidos

por organizaciones criminales. Desde el punto de vista materia penal sustancial, que es sobre todo lo que aquí analizaremos, resulta interesante abordar el aspecto terminológico, no solo porque siempre se han planteado dificultades para definir con criterios de certeza qué debe entenderse por “organización criminal”, sino también, y quizás más importante, porque esta ley ha procedido a sustituir distintas denominaciones que guardaban inocultables similitudes con aquella. En efecto, por mencionar solo algunos ejemplos, se destierra el uso de los términos agrupación criminal (art. 152 inc. 8 CP), organización delictiva o banda (art. 179 inc. 7 CP), organización ilícita (art. 318-A lit. “b” CP) y asociación delictiva (art. 257-A inc. 1 CP), todos los cuales quedan sustituidos por la denominación organización criminal. Aparentemente, a instancias del legislador patrio, el concepto de organización criminal comprende todas estas formas o manifestaciones de la criminalidad de grupo. En sentido se tiene la última modificación del delito previsto en el artículo 317 CP –Decreto Legislativo– que de asociación ilícita, la convierte en la figura de la organización criminal.

En el ámbito procesal, suscribimos lo señalado por Prado Saldarriaga cuando indica que habida cuenta de que las disposiciones procesales o sobre cooperación judicial internacional de la Ley 30077 ya están contempladas por el Código Procesal Penal, resultan a todas luces innecesarias, y que lo más técnico hubiera sido desarrollar las normas del

Código y adecuarlas a los cambios sugeridos en las normas de la Ley Contra el Crimen Organizado²⁴⁰.

Sobre las investigaciones por el delito de Asociación Ilícita en el Perú, la Procuraduría de Orden Público del Ministerio del Interior del Perú²⁴¹ elaboró un cuadro bajo titulado “Mapa de casos judicializados por el delito de asociación ilícita para delinquir periodo 2009-2014”, donde establece 6213 procesos en giro a nivel nacional, esto en los Distrito Fiscales a nivel que fueron tomadas en cuenta 32, pues no se habían creando el Distrito Fiscal de Ventanilla que creado el 17 de julio de 2015 y Distrito Fiscal de Selva Central creada el 28 de diciembre de 2017. De esta información brindada se advierte que existe mayor incidencia criminal, es en el Distrito Fiscal de Lima con un total de 2059 y la menor incidencia es en el Distrito Fiscal de Moquegua con un total de 09 de procesos en giro, en el Distrito Fiscal de Ayacucho con un total de 162 dos procesos en giro.

El art. 24 de la Ley 30077 restringe el acceso a los beneficios penitenciarios de redención de la pena por el trabajo y la educación, semilibertad y liberación condicional en el caso del líder, jefe o cabecilla de la organización; a quien la financia; a quien en su condición de

²⁴⁰ PRADO SALDARRIAGA, Víctor. Criminalidad organizada y lavado de activos. Lima, Idemsa, 2013, pág. 91.

²⁴¹ Procuraduría de Orden Público del Ministerio del Interior. Compendio de Política Criminal y Criminalidad Organizada, Fondo Editorial Universidad A las Peruanas, Lima febrero 2015, pág. 298 y ss.

integrante o colaborador de la organización atenta contra la integridad física o psicológica de menores u otros inimputables; o en el caso de integrantes de la organización que hayan sido condenados por los delitos de asesinato, secuestro, trata de personas, robo en su forma agravada y extorsión. Como ya indicáramos en otro lugar, existe la tendencia de que las condenas por delitos de considerable gravedad queden exentas de cualquier tipo de beneficio penitenciario que suponga una excarcelación anticipada; en otras palabras, se tiende al cumplimiento íntegro de las condenas sin ninguna atención al comportamiento del interno ni a posibles avances en cuanto a su resocialización²⁴².

3.13.2. Sentencia a los miembros de la organización delictiva

El objeto de la Ley 30077 no vendría sino a complementar o reforzar instrumentos para una mejor persecución y sanción de este fenómeno criminal. Más aún cuando parece existir consenso en cuanto a la magnitud lesiva²⁴³ y gran complejidad que ha llegado a adquirir la criminalidad organizada; lo que obedece, entre otros factores, al dinamismo de la sociedad, a la globalización y al empleo generalizado de las nuevas tecnologías.²⁴⁴

²⁴² ORÉ SOSA, Eduardo, y PALOMINO RAMÍREZ, Walter. Peligrosidad criminal y sistema pena en el Estado social y democrático de derecho. Lima, Reformas, 2014, pág. 29-30.

²⁴³ CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio. Criminalidad organizada. Concepto. La asociación ilícita. Problemas de autoría y participación. En: AA. VV. La criminalidad organizada. Aspectos sustantivos, procesales y orgánicos. Carlos Granados (Dir.). Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2001, pág. 218

²⁴⁴ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. Criminalidad organizada y sistema... Ob. Cit., pp. 2-3, quien afirma que "el aspecto más sobresaliente de los últimos tiempos es sin duda el carácter transnacional de la criminalidad organizada, cómo ésta ha demostrado una

En el aspecto propiamente penal, la Ley 30077 incorpora algunas circunstancias agravantes. Así, el art. 22 dispone un incremento de pena hasta en una tercera parte por encima del máximo legal fijado por el delito cometido en una serie de supuestos²⁴⁵, entre los cuales queremos detenernos en el previsto en el lit. a). En este caso, la circunstancia agravante se configura cuando el agente es líder, jefe o cabecilla o ejerce funciones de administración, dirección y supervisión de la organización criminal. Desde luego, esta circunstancia no será de aplicación en aquellos casos en los cuales la misma ya esté prevista en la ley penal, como por ejemplo en las formas agravadas que se estipulan para el hurto (art. 186 in fine) o el tráfico ilícito de drogas (art. 297 penúltimo párrafo).

Por otro lado, si entendemos que la criminalización o sobre
punición de las organizaciones criminales dentro de las que podemos

extraordinaria capacidad de adaptación a los modernos fenómenos sociales, aprovechándose de las ventajas de la liberalización del comercio internacional y de los mercados financieros, de las facilidades de las comunicaciones propias de una sociedad de la información, potenciando su poder criminógeno en cuanto a calidad y cualidad en dimensiones nunca antes vistas”.

²⁴⁵ Estos son los siguientes: a) Si el agente es líder, jefe o cabecilla o ejerce funciones de administración, dirección y supervisión de la organización criminal; b) Si el agente financia la organización criminal; c) Si el agente, en condición de integrante de la organización criminal o persona vinculada a ella o que actúa por encargo de la misma, es funcionario o servidor público y ha abusado de su cargo o se ha valido del mismo para cometer, facilitar o encubrir el delito; d) Si el agente, en condición de integrante de la organización criminal o persona vinculada a ella o que actúa por encargo de la misma, utiliza a menores de edad u otros inimputables para la comisión del delito; e) Si el agente, en condición de integrante de la organización criminal o persona vinculada a ella o que actúa por encargo de la misma, atenta contra la integridad física o psicológica de menores de edad u otros inimputables; f) Si el agente, en condición de integrante de la organización criminal o persona vinculada a ella o que actúa por encargo de la misma, utiliza a terceras personas valiéndose de su conocimiento, profesión u oficio, o abusando de su posición de dominio, cargo, vínculo familiar u otra relación que le otorgue confianza, poder o autoridad sobre ellas; g) Si el agente hace uso de armas de guerra para cometer los delitos a que se refiere la presente Ley; h) Si el agente, en condición de integrante de la organización criminal o persona vinculada a ella o que actúa por encargo de la misma, posee armas de guerra, material explosivo o cualquier otro medio análogo.

incluir al delito de asociación ilícita obedece a la protección de la tranquilidad y la paz pública,²⁴⁶ mientras que la agravante genérica de ejecución por una pluralidad de agentes tiene por fundamento la mayor gravosidad que representa perpetrar el hecho en una situación de superioridad tal donde se restringen las posibilidades de defensa de la víctima²⁴⁷, se tiene que la constatación de la existencia de una organización criminal no impide necesariamente la aplicación de la circunstancia de agravación genérica prevista en el art. 46 inc. 2 lit. i) del Código Penal; con lo cual, mal haría en considerarse la existencia de una doble valoración vulneradora del principio *ni bis in ídem*.

3.13.3. Sobre Consecuencias accesorias aplicables a las personas jurídicas

Sobre las consecuencias accesorias aplicables a las personas jurídicas, cabe señalar que no existe aún una posición consolidada en cuanto a su naturaleza²⁴⁸; quizás solo haya consenso en que se tratarían

²⁴⁶ REAÑO PESCHIERA, José Leandro. Autoría y participación en delitos especiales de funcionarios públicos cometidos en el marco de organizaciones criminales: Un análisis dogmático a partir del delito de asociación ilícita, pág. 283-293, En: SAN MARTÍN / CARO / REAÑO. Los delitos de tráfico de influencias, enriquecimiento ilícito y asociación para delinquir. Aspectos sustantivos y procesales. Lima, Jurista Editores, 2002, pág. 296-297, quien agrega que “el delito de asociación ilícita no viene consumado porque en la marcha de una determinada estructura asociativa – ínsitamente lícita- se cometan determinadas infracciones, sino porque desde el principio sus miembros buscan tal propósito como una finalidad, ya inicialmente delictiva”.

²⁴⁷ HURTADO POZO, José, y PRADO SALDARRIAGA, Víctor. Manual de Derecho penal. Parte general. T. II. Lima, Idemsa, 2011, 4° ed., pág. 333.

²⁴⁸ Vid. HURTADO POZO, José, y PRADO SALDARRIAGA, Víctor. Manual... Ob. Cit., pág. 456- 458. Es más, ZUÑIGA RODRÍGUEZ ha llegado a cuestionar la necesidad de encasillar las consecuencias accesorias “atribuyéndole un *nomen iuris*, «pena», «medida de seguridad» o «sanción administrativa» como tradicionalmente se suele hacer, pues no existe un concepto ontológico de cada una de estas y, en todo caso, siempre estamos ante atribuciones de sentido cambiantes e intersubjetivas, nunca ante conceptos

de consecuencias jurídicas que, al menos formalmente, no ostentan el carácter de penas ni de medidas de seguridad. A partir de ahí, las opiniones se dividen entre quienes sustentan que este tipo de consecuencias son verdaderas penas, y quienes ven en ellas medidas preventivas ya sea de carácter penal o de índole administrativa.²⁴⁹ Lo cierto es que se trata de medidas que se corresponden con la peligrosidad objetiva de una persona jurídica, la misma que puede ser instrumentalizada para la comisión de hechos delictivos,²⁵⁰ o lesionar o poner en peligro bienes jurídicos de importancia por un defecto de organización.

Previstas en el art. 105 del Código Penal, lo que se echaba en falta para una debida imposición de las consecuencias accesorias eran reglas de determinación y aplicación; deficiencia que se suple con la Ley 30077 en cuya virtud se incorpora el art. 105-A del Código Penal, el mismo que contiene algunos criterios para la determinación de las consecuencias

cerrados y acabados”, o que hay que discutir, más que la naturaleza jurídica, son los criterios de aplicación, es decir, los principios que rigen el proceso de atribución de las consecuencias accesorias. Esto es, los presupuestos de imputación de las mismas”, vid. ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. Las consecuencias accesorias aplicables a las personas jurídicas del art. 105 CP, a más de 15 años de su vigencia. En: AA. VV. Problemas fundamentales de la Parte General del Código Penal. Hurtado Pozo (ed.). Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2009, pág. 478 y 481.

²⁴⁹ Sobre este punto, vid. GARCÍA CAVERO, Percy. Derecho penal. Parte general. Lima, Jurista Editores, 2012, 2° ed., pág. 928-932

²⁵⁰ MEINI MÉNDEZ, Iván. La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1999, pág. 195: “el vínculo que permite al Derecho penal aplicar medidas contra las personas jurídicas en tanto instrumentos, es su peligrosidad objetiva. En efecto, según lo expuesto, las personas jurídicas pueden resultar peligrosas en tanto y en cuanto las personas naturales pueden utilizarlas para favorecer o encubrir la comisión de delitos, por lo que la prevención y represión de delitos exige que se prevean medidas que dirigiéndose contra las empresas neutralicen o disminuyan las posibilidades de ser utilizadas como instrumentos del delito”

aplicables a las personas jurídicas. Esta norma, que es casi un fiel reflejo de lo previsto en el art. 110 del Anteproyecto de Ley de Reforma del Código Penal de 2009, dispone que la aplicación de este tipo de consecuencias jurídicas se realizará de forma motivada atendiendo a los siguientes criterios de fundamentación y determinación: prevenir la continuidad de la utilización de la persona jurídica en actividades delictivas; la modalidad y la motivación de la utilización de la persona jurídica en el hecho punible; la gravedad del hecho punible realizado; la extensión del daño o peligro causado; el beneficio económico obtenido con el delito; la reparación espontánea de las consecuencias dañosas del hecho punible; la finalidad real de la organización, actividades, recursos o establecimientos de la persona jurídica. En tanto que la disolución de la persona jurídica será de aplicación siempre que resulte evidente que ella fue constituida y operó habitualmente para favorecer, facilitar o encubrir actividades delictivas.

3.14. Sistema Conceptual

ADELANTAMIENTO

Movimiento hacia adelante.

ASBTRACTO

El sustantivo que expresa una realidad que no se percibe por los sentidos.

ACCIÓN CRIMINAL

Materialmente, el elemento físico o de ejecución externa del delito, como matar o robar. Procesalmente, la que corresponde para pedir el castigo de un delito y la reparación de sus efectos.

ACTO ILÍCITO

El reprobado o prohibido por el ordenamiento jurídico, el opuesto a una norma legal o a un derecho adquirido. La violación del derecho ajeno.

La omisión del propio deber. El daño causado por culpa o dolo en la persona de otro, o en sus bienes y derechos.

ASOCIACION

Conjunto de los asociados para un mismo fin y, en su caso, persona jurídica por ellos formada.

BIEN JURIDICO

Bien jurídico hace referencia a los bienes, tanto materiales como inmateriales, que son efectivamente protegidos por el Derecho, es decir, son valores legalizados: la salud, la vida, etc.

DESBARATAR.

Deshacer o arruinar algo.

CONDUCTA

Manera de comportarse una persona en una situación determinada o en general.

CONDUCTA ANTISOCIAL

Patrones de conducta social; tuvo una conducta ejemplar; aquella conducta huidiza me hizo sospechar que escondía algo.

CONDUCTA NEUTRAL

Todo obrar neutral tiene la garantía per se de no ser punible, aun cuando, en algunos casos, puede en sí mismo coincidir fácticamente con una colaboración o favorecimiento a un delito cometido por otra persona.

CRIMEN²⁵¹

Delito grave, según la definición de la Academia, y es ése también el concepto que corrientemente se da al vocablo. Sin embargo, algunos códigos penales, como el argentino, no establecen esa distinción, pues, en la denominación genérica de delito (v.), incluyen todas las clases y categorías de infracciones punibles, con excepción de las contravenciones o faltas, que constituyen infracciones asimismo punibles, pero de menor importancia. Y cuando se hace referencia en las leyes o en la doctrina a la responsabilidad criminal, se entiende incluida la que se deriva de la comisión de cualquier hecho delictivo. Así, pues, mantienen una clasificación bipartita. Contrariamente, otros códigos aceptan la clasificación tripartita (crímenes, delitos y contravenciones), según la mayor o menor gravedad de la infracción pena.

CRIMINALIDAD

Conjunto de características que hacen que una acción sea considerada como criminal.

CONTRATO SOCIAL

El contrato social es un acuerdo real o realizado en el interior de un grupo por sus miembros, como por ejemplo el que se adquiere en un Estado con relación a sus derechos y deberes y los de sus ciudadanos. Se parte de la

²⁵¹Manuel Ossorio. Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales 1ª Edición Electrónico Realizada por Datascan, S.A. Guatemala, C.A

idea de que todos los miembros del grupo están de acuerdo, por voluntad propia, con el contrato social, en virtud de lo cual admiten la existencia de una autoridad, de unas normas morales y de unas leyes a las que se someten. El pacto social es una hipótesis explicativa de la autoridad política y del orden social.

DELINQUIR

Cometer una acción que va contra la ley.

ENEMIGO

Persona que tiene mala voluntad a otra y le desea o hace mal.

LESIVIDAD

Que causa o puede causar daño o perjuicio: la decisión del director es lesiva para mis intereses personales.

ORGANIZADO

La persona que se organiza y planifica bien sus actividades.

PACTO SOCIAL

Se conoce como pacto o contrato social al acuerdo entre los hombres por el cual resuelven para el bien común, renunciar a toda o parte de su libertad, conformando el Estado.

PERMANENCIA

El mantenimiento de determinados elementos a través del tiempo. La permanencia puede ser una cualidad que se le aplica a una persona, a un fenómeno, a un objeto y si bien nada en el mundo empírico es eterno, muchas cosas poseen una duración muy importante dentro de los parámetros normales de cada una de ellas. La permanencia depende,

entonces, principalmente del elemento, fenómeno o circunstancia al que hagamos referencia y de los parámetros considerados normales para él.

PELIGRO

Situación en la que es posible que ocurra un daño o un mal.

PUNIBILIDAD

Cualidad de punible, es decir aquella conducta a la que se tiene la posibilidad una sanción o pena jurídica.

TERRORISMO

Aunque hay ciertos autores que tienden a confundir Crimen organizado y Terrorismo, son fenómenos que aunque con frecuencia se entrecruzan, son esencialmente distintos. El terrorismo no reúne las características que están presentes en el crimen organizado, especialmente en lo que se refiere al ánimo de lucro .La criminalidad económica también difiere del crimen organizado, aunque aquí las tendencias son que las fronteras entre una y otras cada vez se diluyan más²⁵².

SENTENCIA

La sentencia es una resolución judicial dictada por un juez o tribunal que pone fin a la litis (civil, de familia, mercantil, laboral, contencioso-administrativo, etc.) o causa penal.

SEGURIDAD COGNITIVA

Jakobs sostiene que hay que distinguir entre delincuentes que han cometido un error y aquellos que pueden destruir el ordenamiento jurídico.

²⁵² DE LA CRUZ OCHOA, Ramón. *Crimen organizado: aspectos criminológicos y penales*. Universidad la Habana. Tesis presentada en opción al grado científico de Doctor en Ciencias Jurídicas, La Habana 2007, pág. 91. Descargado en <http://agenciabk.net/crimen.organizado.pdf>. 2017.

Los primeros son personas y deben ser tratados como tales, pues ofrecen garantía cognitiva suficiente de un comportamiento personal. A quienes no ofrecen esa seguridad cognitiva, el Estado no debe tratarlos como persona, pues entonces vulneraría el derecho a la seguridad de las demás personas. En palabras de Kant, según Jakobs, separarse de los enemigos significa protegerse frente a ellos²⁵³. Expectativas cognitivas: Son expectativas abiertas, flexibles, susceptibles de aprendizaje. Expectativas normativas: Son expectativas refractarias, reacias al aprendizaje, contrafácticas respecto de la realidad producida.

SOCIEDAD CIVIL

El término sociedad civil, como concepto de la ciencia social, designa a la diversidad de personas que, con categoría de ciudadanos y generalmente de manera colectiva, actúan para tomar decisiones en el ámbito público que consideran a todo individuo que se halla fuera de las estructuras gubernamentales.

La sociedad civil se concibe como el espacio de vida social organizada que es voluntariamente autogenerada, independiente, autónoma del estado y limitada por un orden legal o juego de reglas compartidas. Involucra a ciudadanos actuando colectivamente en una esfera pública para expresar sus intereses, pasiones e ideas, intercambiar información alcanzando objetivos comunes.

²⁵³ Günther, Jakobs y Cancio Meliá. Ob. Cit. Pág. 47y 48.

SOCIEDAD DE RIESGO

El concepto sociedad del riesgo se basa en la constatación de que, en las sociedades actuales, la producción social de riqueza va acompañada por una creciente producción social del riesgo. La progresión y el aumento de estos riesgos está teniendo consecuencias políticas y económicas claras. Un primer efecto directo consistiría en la implementación de políticas gubernamentales orientadas al control y a la reducción de los mismos, como consecuencia directa de la mayor visibilidad que, para la opinión pública, tienen los problemas ambientales. De la misma manera que, desde una perspectiva económica, podemos establecer un claro paralelismo entre la teoría de la modernización ecológica y las nuevas estrategias ecoproductivas²⁵⁴.

SEGURIDAD CIUDADANA

La Seguridad Ciudadana es una situación social, donde predomina la sensación de confianza, entendiéndose como ausencia de riesgos y daños a la integridad física y psicológica, donde el Estado debe garantizar la vida, la libertad y el patrimonio ciudadano.

²⁵⁴ CLIMENT SANJUAN, Víctor. Sociedad del riesgo: Producción y sostenibilidad. Revista de Sociología, ISSN 02010-ISSN-e 2013-9004, Nº 82, Barcelona 2006, Pág. 121. Consultado en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2263896> 2017.

CAPÍTULO IV

HIPÓTESIS

4.1. Hipótesis General

La inadecuada aplicación del adelantamiento de la barrera de punibilidad presente en el delito de asociación para delinquir no permite desbaratar la organización delictiva.

4.2. Hipótesis Específicas

- a) El adelantamiento de la barrera de punibilidad es propuesta del derecho penal de enemigo.

- b) El delito de asociación para delinquir se justifica en la medida que este delito penaliza, sólo hecho de pertenecer a una organización delictiva, sin importar que se haya materializado el delito fin.

- c) La inadecuada aplicación del delito de asociación para delinquir por los operadores de justicia no permite desbaratar las organizaciones delictivas antes que el delito fin sea materializado.

4.3. Variables De Estudio

4.3.1. Variables

Variable independiente(X1):

El adelantamiento de la barra de la punibilidad

Variable independiente(X2):

Delito de asociación para delinquir

Variable dependiente (Y1):

Desbaratamiento de la Organización delictiva

4.3.2. Operacionalización de Variables

Variable X1

Adelantamiento de punibilidad

Indicadores:

- conducta neutra
- bien jurídico lesionado

Variable X1

Delito de asociación para delinquir

Asociación como conducta delictiva

Variable Y1

Desbaratamiento de la organización delictiva

Indicadores:

-investigación

-juzgamiento

-Sanción

CAPITULO V

MATERIAL Y MÉTODOS (DISEÑO METODOLÓGICO)

5.1. Paradigma de la Investigación

El presente trabajo de investigación se ciñe en un paradigma de índole mixto (social jurídico). Para el estudio de nuestro proceso de investigación se estudiará los fenómenos sociales y jurídicos, plasmados en las sentencias judiciales sobre asociación para delinquir como un fenómeno social y jurídico que en términos generales consiste en la organización de personas para cometer delitos con o sin fines de lucro. El delito de asociación para delinquir como manifestación del Derecho Penal del Enemigo.

Nuestro Paradigma de investigación científica es cualitativo ya que es el atributo que se expresa en categorías como el derecho penal de enemigo, asociación para delinquir y la criminalidad organizada, que

son categorías no cuantificables sino deberán ser valoradas en las sentencias judiciales.

Se entiende por investigación cualitativa a cualquier tipo de investigación que produce resultados a los que no se ha llegado por procedimientos estadísticos u otro tipo de cuantificación. Puede referirse a investigaciones acerca de la vida de las personas, historias, comportamientos, y también al funcionamiento organizativo, movimientos sociales o relaciones e interacciones. Algunos de los datos pueden ser cuantificados pero el análisis en sí mismo es cualitativo. De esta manera podemos afirmar que la investigación cualitativa es una actividad sistemática orientada a la comprensión en profundidad del fenómeno jurídico y social, es descubrimiento y desarrollo de un cuerpo organizado de conocimiento²⁵⁵.

El aspecto cuantitativo de nuestra investigación está referido a los instrumentos que nos servirán para medir o probar en qué medida las sentencias emitidas en el Distrito Judicial de Ayacucho tiene implicancia en la criminalidad organizada y la asociación para delinquir aplicando los conceptos del Derecho penal del enemigo; entonces nuestros instrumentos será el análisis cuantitativo de las sentencias judiciales; asimismo, encuestas a los fiscales y jueces del Distrito Fiscal y Judicial de Ayacucho.

²⁵⁵ ARAZAMENDI NINACONDOR, Lino. Guía de la Metodología de la Investigación. Adu. Arequipa, 2009 P. 42.

5.2. Tipo de Investigación

5.2.1. Tipo de investigación Jurídico

Correlacional. Los estudios correlacionales pretenden responder a preguntas de investigación a través de las variables de estudio establecidas. El propósito principal de este tipo de estudios es saber cómo se puede comportar un concepto o variable conociendo el comportamiento de otras variables relacionadas.

5.2.2. Investigación Descriptiva.

La presente investigación describe las instituciones jurídicas plasmadas en los procesos penales en un lugar y tiempo determinado.

5.2.3. Investigación explicativa.

La presente investigación explica las instituciones jurídicas, a través de sus elementos que son los variables.

5.2.4. Investigación predictiva.

Como resultado de la investigación será posible proponer proyectos de ley, es decir cómo, debería ser las instituciones jurídicas en el futuro.

5.2.5. Investigación Jurídica – Comparada.

Durante el desarrollo de la investigación se tendrán en cuenta el Derecho Comparado para el análisis de las instituciones jurídicas. Se estudian objetos que pertenecen al mismo grupo pero que difieren en algunos aspectos, tratando de identificar las similitudes o diferencias en normas o instituciones en dos o más sistemas jurídicos en el ámbito del Derecho nacional o internacional.

5.2.6. Investigación aplicada:

También llamada práctica o empírica. Se caracteriza porque busca la aplicación o utilización de los conocimientos que se adquieren. Se vincula con la investigación básica, pues depende de los resultados y avances de esta última; esto queda aclarado si nos percatamos de que toda investigación aplicada requiere de un marco teórico. Por otro lado Porque se analizará la Guía de Análisis Documental, y además se usará el Cuestionario a los Magistrados del Poder Judicial y Ministerio Público.

5.3. Nivel de la Investigación

La investigación realizada se centra en un primer nivel descriptivo y en un segundo nivel correlacional y predictivo. En este tipo de estudio se pretende medir o recoger la información de manera independiente, acerca de la variable nominal. En este nivel se conoce, identifica y describe las características esenciales del fenómeno, así por ejemplo, las

caracterizaciones, la elaboración de perfiles y los diagnósticos descriptivos.

En nuestra tesis de Investigación científica el nivel de investigación va a estar referido al nivel correlacional que va a medir el grado y categoría de relación de las variables cualitativa y cuantitativamente. Será predictivo en la medida de que será una investigación en la se formulará un propuesta legislativa.

5.4. Diseño de Investigación

El diseño es el conjunto de estrategias procedimentales, metodológicas y técnicas, que regulan la formulación del problema, da respuestas y verifica o demuestra las hipótesis de tipo de investigación cualitativa.

El diseño de mi tesis se rige bajo un diseño del tipo no experimental, bajo las siguientes consideraciones:

Se realiza sin manipular deliberadamente variables. Es decir, es investigación donde no hacemos variar intencionalmente las variables independientes.

Lo que hacemos en la investigación no experimental es observar fenómenos tal y como se dan en su contexto natural, para después analizarlos.

Según Kerlinger (1979)²⁵⁶ “La investigación no experimental es cualquier investigación en la que resulta imposible manipular variables o asignar aleatoriamente a los sujetos o a las condiciones”.

Es de Diseño Transversal correlacional, porque describen la relación entre dos o más variables en un momento determinado ya que el diseño transversal realiza la recolección de datos en un momento determinado cuyo único propósito es describir variables y analizar la relación que existe entre ellas en momento dado y puede ser tanto descriptivo y correlacionales.

5.5. Población

La muestra representativa basada en el estudio de casos estará conformada por las sentencias emitidas en los procesos penales por el delito de asociación ilícita para delinquir en las dos salas penales de la Corte Superior de Justicia de Ayacucho con sede en la ciudad de Ayacucho durante los años 2000 hasta el 2015.

²⁵⁶ KERLINGER, FN. Enfoque conceptual de la investigación del comportamiento. Nueva Editorial Interamericana. Capítulo número 8 (Investigación experimental y no experimental, México, D.F. 1979, pág. 116

La población en la presente investigación, también estará conformada por los magistrados del Poder Judicial y Ministerio Público (113) que conocen procesos penales por delito de asociación ilícita para delinquir en el Distrito Judicial de Ayacucho.

5.6. Muestra

La muestra es obtenida a través de la siguiente fórmula:

$$n = \frac{Z^2 PQN}{Z^2(N-1) + Z^2 PQ}$$

Teniendo en cuenta que la población está constituida por 113 magistrados (jueces y fiscales) y campo de variabilidad de cada uno es 50%, tenemos los siguientes datos:

n=?

N= 113

P = 0.5 (al 50%)

Q = 0.5 (al 50%)

Z = 1.96 (al 95% del nivel de confianza)

E = 0.05 (al 5% de error)

Teniendo en cuenta que la población está constituida por 113 magistrados entre jueces y fiscales: 92 dos fiscales (72 penales, 15 superiores penales y 5 crimen organizado) y 21 Jueces (jueces 4 Investigación Preparatoria, 5 liquidadores, 3 unipersonal, 3 colegiado y 6 superiores)

Reemplazando valores tenemos:

$$n = \frac{(1.96)^2 (0.5) (0.5) (113)}{(0.05)^2 (113-1) + (1.96)^2 (0.5) (0.5)}$$

n = 87.50; muestra preliminar o inicial aproximado

A esa muestra lo ajustamos mediante la fórmula:

$$n_o = \frac{n}{1 + \frac{n-1}{N}}$$

Donde:

n: valor de la muestra inicial

N: población

No: muestra ajustada o corregida

Sustituyendo valores:

$$n = 87.50; \text{ muestra preliminar o inicial aproximado}$$

A esa muestra lo ajustamos mediante la fórmula:

$$\text{No: } \frac{87.50}{1 + \frac{87.50-1}{87.50}}$$

$$1 + \frac{87.50-1}{87.50}$$

$$87.50$$

No: 44 (aproximado a 50 unidades)

5.7. Método

Los métodos científicos empleados en la investigación son:

MÉTODO ANÁLISIS – SÍNTESIS: A través de este procedimiento, se examina la inadecuada aplicación del adelantamiento de punibilidad presente en el delito de Asociación para delinquir.

MÉTODO DESCRIPTIVO – EXPLICATIVO:- Mediante este régimen, se acopia la información a través de la Guía de Análisis Documental, el Cuestionario aplicado a los Magistrados del Poder Judicial y Ministerio Público.

MÉTODO DEDUCTIVO: Utilizando el referido método, partimos de la cronología del tratamiento jurídico del Delito contra la Seguridad Pública: Asociación para delinquir, a fin de llegar a la ley penal vigente y sus respectivos modificatorios.

5.8. Técnicas e Instrumentos de Recolección de Datos

Considerando la naturaleza del problema investigado y los objetivos que se formulan, se utilizara fichas preelaboradas (ver anexo)

5.9. Técnicas

Encuesta

Dirigida a la muestra, seleccionada en forma aleatoria y estratificada, observando criterios metodológicos para determinar sus términos, para lo cual, y en forma previa, se instrumentalizará el cuestionario de preguntas.

Fichaje de Información Doctrinaria

En la presente investigación empleamos fichas bibliográficas, asimismo páginas de Internet, a fin de acopiar información obtenida de las diversas obras jurídicas consultadas para luego analizarla, procesarla e interpretarla conforme a criterios metodológicos aplicados.

5.10. Instrumentos

Los instrumentos a utilizarse en la investigación se precisarán a continuación:

- Preguntas guía.
- Cuestionarios de encuestas como medio de recaudar la información
- Matriz de Marco normativo en materia de reforma y enmiendas sobre el delito de organización delictiva.
- Matriz de consistencia

5.11. Procesamiento y Plan de Recolección de Datos

- Se cursara una solicitud a la Corte Superior de Justicia de Ayacucho solicitando autorización para la realización de la investigación.
- Se ubicaran y seleccionaran los expedientes penales sobre sentencias durante el periodo 2000 al 2015
- Los mismos que deberán cumplir con los criterios y objetivos de la investigación.
- Se registraran los datos contenidos en los expedientes según los criterios de inclusión.
- Luego de la obtención de los datos se efectuara el vaciamiento en el programa Microsoft Excel, y la información recolectada será registrada y analizada en el programa estadístico SPSS versión 22. Para facilitar el análisis e interpretación de los datos; además se elaboraran tablas de frecuencia y gráficos con totales absolutos y porcentajes que facilitaran su interpretación.

CAPITULO VI

CONTRASTACION DE HIPOTESIS Y EXPLICACIÓN

6.1. Contrastación de Hipótesis

A través de la Guía de Análisis Documental, del trabajo de campo, se han contrastado las variables elaboradas, con relación a nuestra hipótesis de trabajo, habiéndose analizados **14²⁵⁷ elementos**, distribuidos en función al método de **Muestreo no Probabilístico – conveniencia** en: **Guía de Análisis Documental; sentencias en proceso por delitos de asociación ilícita para delinquir tramitados en Corte Superior de Justicia de Ayacucho del año 2000 al 2015**. En ese sentido se tabularan los datos hallados en la **Guía de Análisis documental (véase anexo N° 2)**.

De otro lado, se procesaron las respuestas dadas a cada una de las interpelaciones elaboradas en la Encuesta aplicada a los Magistrados,

²⁵⁷ Fuente área de informática de la Corte Superior de Justicia de Ayacucho, abril del año 2016.

del Poder Judicial y Ministerio Público habiéndose encuestado a **50 elementos**, distribuidos en función al método de **Muestreo Probabilístico – Estratificado** (véase, N° 03), a través del siguiente formato:

1. Indicación de la pregunta.
2. Tabulación de las respuestas y presentación en forma Numérica, así como porcentual.
3. Elaboración de los cuadros y gráficos de respuestas.
4. Realización del análisis cualitativo.

*** Este formato se siguió para cada una de las preguntas objeto De la Guía de Análisis Documental y la Encuesta respectivamente.**

*** FICHA TÉCNICA N° 01**

Guía de Análisis Documental aplicada a **14 expedientes** con sentencia ejecutoriada por el delito de asociación ilícita para delinquir de los años 2000 al 2015: correspondiendo el **100% muestra por conveniencia (muestreo no probabilístico)**

I. ADELANTAMIENTO DE PUNIBILIDAD EN EL DELITO DE ASOCIACION PARA DELINQUIR

CONDUCTA NEUTRAL

- a) **Asociación**
- b) Sociedad
- c) Fundación
- d) Cooperativa
- e) Comité

TABLA N° 01

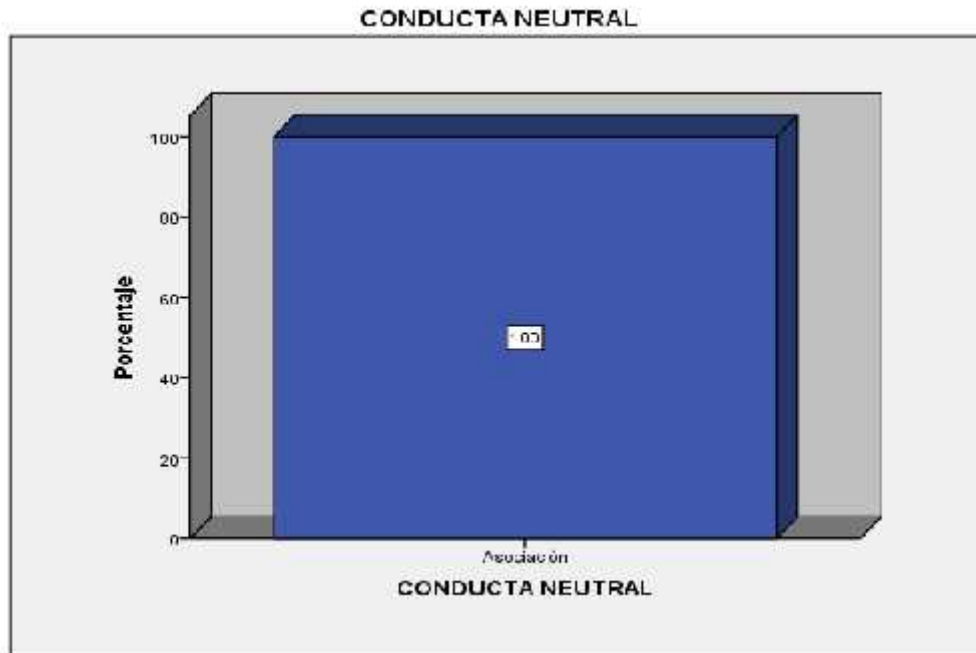
Conducta neutral

| | | |
|---|----------|----|
| N | Válidos | 14 |
| | Perdidos | 0 |

CONDUCTA NEUTRAL- ASOCIACION

| | Frecuencia | Porcentaje | Porcentaje válido | Porcentaje acumulado |
|--------------------|------------|------------|----------------------|-------------------------|
| Válidos Asociación | 14 | 100,0 | 100,0 | 100,0 |

GRAFICO 01



Interpretación:

Analizando la tabla y el gráfico se evidencia que de los 14 expedientes analizados, en el 100% de expedientes se muestra como conducta materia de procesamiento la Asociación, siendo conducta por si neutro.

BIEN JURÍDICO PROTEGIDO:

- a) Tranquilidad Pública
- b) Patrimonio
- c) Administración Pública
- d) Fe Pública
- e) Otras

TABLA Nº 02

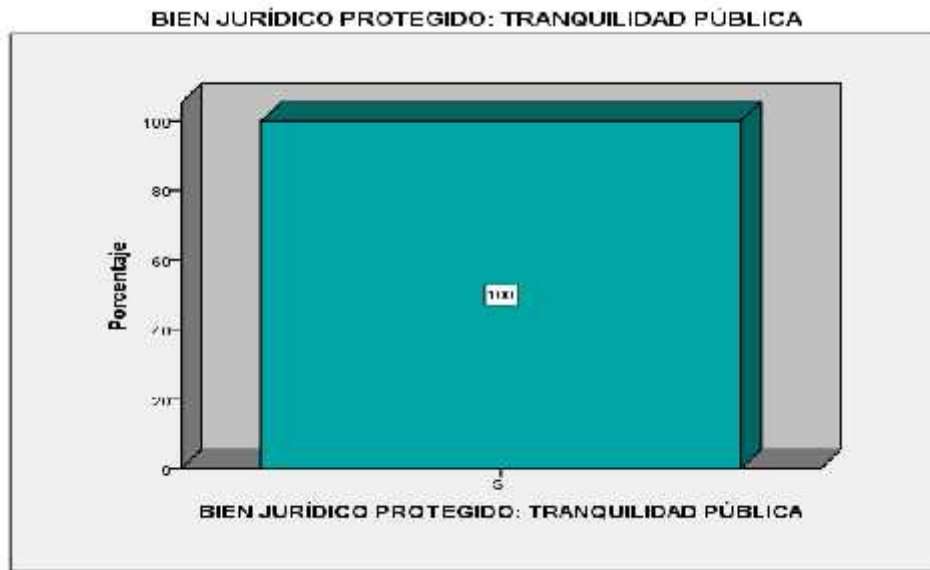
Tranquilidad Pública

| | | |
|---|----------|----|
| N | Válidos | 14 |
| | Perdidos | 0 |

BIEN JURÍDICO PROTEGIDO: TRANQUILIDAD PÚBLICA

| | Frecuencia | Porcentaje | Porcentaje válido | Porcentaje acumulado |
|------------|------------|------------|----------------------|-------------------------|
| Válidos SI | 14 | 100,0 | 100,0 | 100,0 |

GRAFICO N° 02



Interpretación:

Analizando la tabla y el gráfico se evidencia que de los 14 expedientes analizados, el total de expedientes muestran a la Tranquilidad Pública como Bien Jurídico Protegido con un total de 100%, en los procesos penales por el delito de Asociación Ilícita para Delinquir.

TABLA N° 03

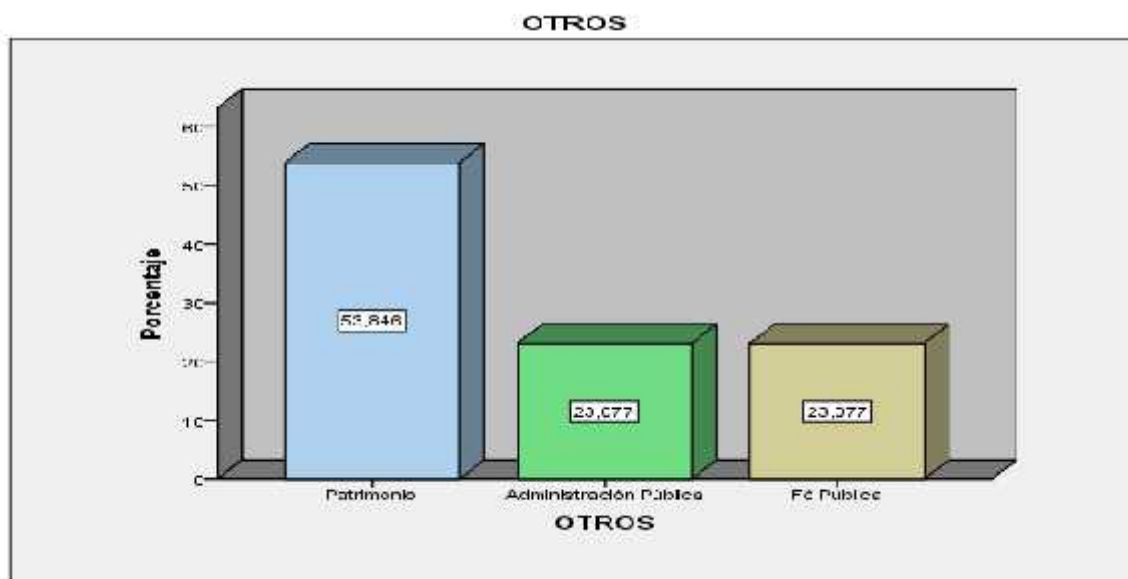
OTROS: BIENES JURIDICOS

| | | |
|---|----------|----|
| N | Válidos | 13 |
| | Perdidos | 1 |

OTROS BIENES JURIDICOS

| | Frecuencia | Porcentaje | Porcentaje válido | Porcentaje acumulado |
|----------|------------------------|------------|-------------------|----------------------|
| Válidos | Patrimonio | 7 | 50,0 | 53,8 |
| | Administración Pública | 3 | 21,4 | 76,9 |
| | Fe Pública | 3 | 21,4 | 100,0 |
| | Total | 13 | 92,9 | 100,0 |
| Perdidos | Sistema | 1 | 7,1 | |
| Total | | 14 | 100,0 | |

GRAFICO Nº 03



Interpretación:

Analizando la tabla y el gráfico se evidencia que de los 14 expedientes analizados, en los procesos penales tramitados por el delito de Asociación Ilícita para delinquir, 7 de ellos muestran al Patrimonio como Bien Jurídico Protegido con el 54%, 3 expedientes muestran a la Administración Pública como Bien Jurídico Protegido con el 23%, así

mismo 3 expedientes muestran a la Fe Pública como Bien Jurídico Protegido con el 23%.

II. ASOCIACIÓN ILÍCITA PARA DELINQUIR

SE DETERMINO ORGANIZACIÓN DELICTIVA

- a) Se determinó organización
- b) No se determinó organización

TABLA N° 04

ORGANIZACIÓN- ASOCIACION ILICITA

| | | |
|---|----------|----|
| N | Válidos | 14 |
| | Perdidos | 0 |

ORGANIZACIÓN- ASOCIACION ILICITA

| | Frecuencia | Porcentaje | Porcentaje válido | Porcentaje acumulado |
|------------|------------|------------|-------------------|----------------------|
| SI | 10 | 71,4 | 71,4 | 71,4 |
| Válidos NO | 4 | 28,6 | 28,6 | 28,6 |
| Total | 14 | 100,0 | 100,0 | 100,0 |

GRAFICO N° 04



Interpretación:

Analizando la tabla y el gráfico se evidencia que de los 14 expedientes analizados, 10 de ellos afirman una Organización en los procesos penales por el delito de Asociación Ilícita para delinquir, con el 71%, mientras que 4 expedientes muestran lo contrario con el 29%, es decir no se determina una organización por el cual se están siendo procesados.

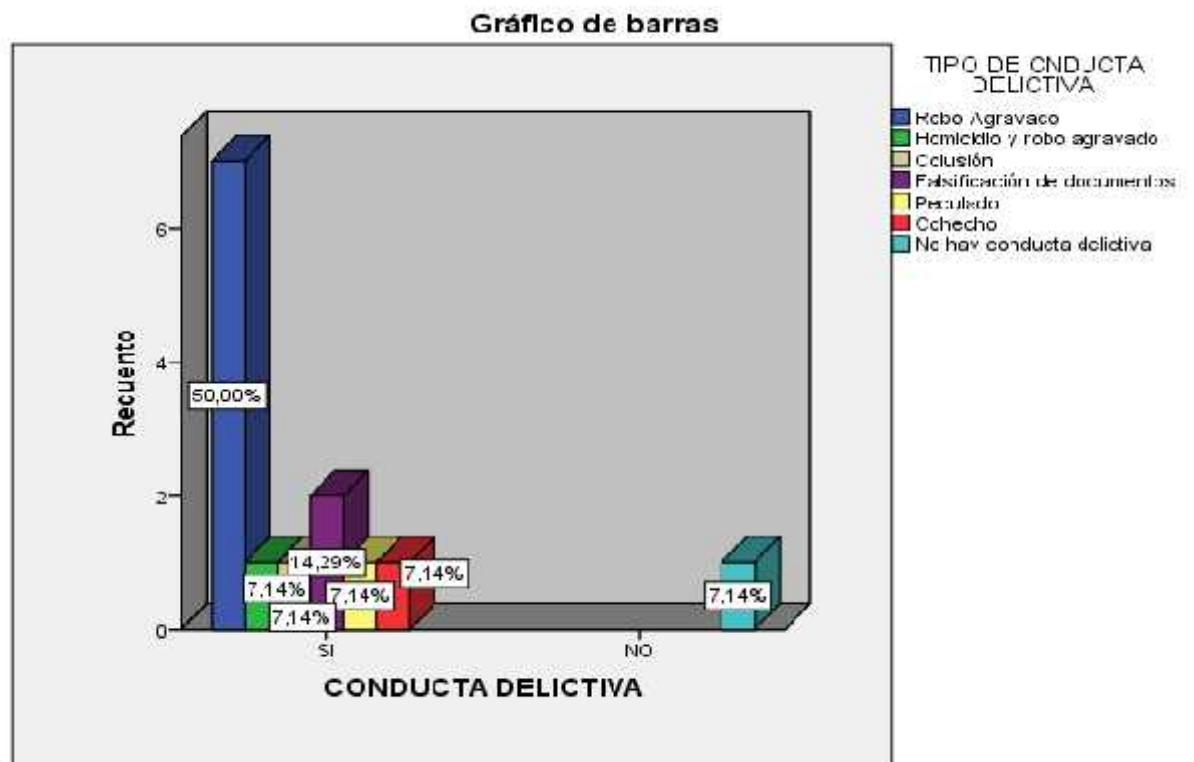
2.2. DELITO PERPETRADO POR LA ORGANIZACIÓN

- a) La organización materializó el delito
- b) La organización no perpetró el delito

TABLA Nº 05

| | | Recuento | % del N de la columna |
|------------------------|-----------------------------|----------|-----------------------|
| CONDUCTA DELICTIVA | SI | 13 | 92,9% |
| | NO | 1 | 7,1% |
| TIPO DELITO PERPETRADA | Robo Agravado | 7 | 50,0% |
| | Homicidio y robo agravado | 1 | 7,1% |
| | Colusión | 1 | 7,1% |
| | Falsificación de documentos | 2 | 14,3% |
| | Peculado | 1 | 7,1% |
| | Cohecho | 1 | 7,1% |
| | No hay conducta delictiva | 1 | 7,1% |

GRAFICO Nº 05



Interpretación:

Analizando la tabla y el gráfico se evidencia que de los 14 expedientes analizados, 13 de ellos sí muestran una conducta delictiva con un 93%, mientras que sólo uno de ellos no muestra conducta delictiva con un 7%. Así mismo la conducta delictiva que más se presencia en los expedientes es el de Robo Agravado con un 50%, seguido de Falsificación de documentos con un 14%; y Homicidio, colusión, peculado y cohecho con un 7% cada uno.

TIEMPO DE PERMANENCIA DE LA ORGANIZACION

Indeterminado

No se precisa

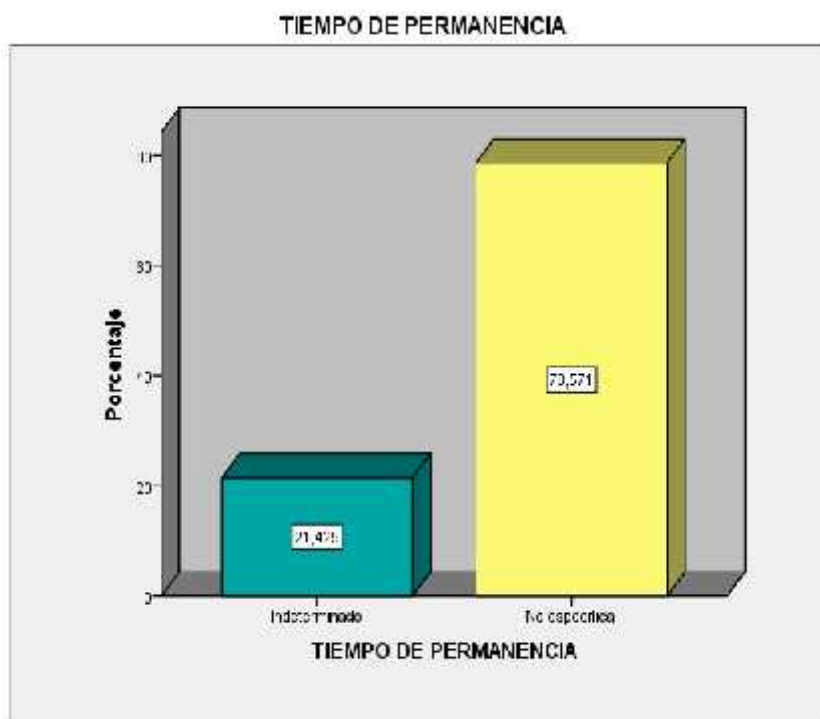
TABLA N° 06

TIEMPO DE PERMANENCIA

| | | |
|---|----------|----|
| N | Válidos | 14 |
| | Perdidos | 0 |

TIEMPO DE PERMANENCIA

| | Frecuencia | Porcentaje | Porcentaje válido | Porcentaje acumulado |
|-----------------------|------------|------------|-------------------|----------------------|
| Indeterminado | 3 | 21,4 | 21,4 | 21,4 |
| Válidos No especifica | 11 | 78,6 | 78,6 | 100,0 |
| Total | 14 | 100,0 | 100,0 | |



Interpretación:

Analizando la tabla y el gráfico se evidencia que de los 14 expedientes analizados, 11 de ellos no especifican el tiempo de permanencia de las Organizaciones con el 79%, mientras que sólo 3 expedientes muestran un tiempo de permanencia de la Organización Indeterminado con el 21%.

NÚMERO DE INTEGRANTES DE LA ORGANIZACIÓN

2-3

3 a mas

TABLA Nº 06

| | | |
|---|----------|------|
| N | Válidos | 14 |
| | Perdidos | 0 |
| | Media | 3,64 |
| | Moda | 4 |
| | Mínimo | 1 |
| | Máximo | 5 |

NÚMERO DE INTEGRANTES DE LA ORGANIZACIÓN

| | Frecuencia | Porcentaje | Porcentaje válido | Porcentaje acumulado |
|---------|------------|------------|----------------------|-------------------------|
| 1 | 1 | 7,1 | 7,1 | 7,1 |
| 2 | 2 | 14,3 | 14,3 | 21,4 |
| 3 | 2 | 14,3 | 14,3 | 35,7 |
| Válidos | 4 | 35,7 | 35,7 | 71,4 |
| 5 | 4 | 28,6 | 28,6 | 100,0 |
| Total | 14 | 100,0 | 100,0 | |

GRAFICO Nº 06



Interpretación:

Analizando la tabla y el gráfico se evidencia que de los 14 expedientes analizados, se muestra una mayor cantidad de integrantes de la organización de 4 implicados en la organización con un 36%, seguidamente con 5 integrantes con un 29%, con 3 y 2 integrantes un porcentaje de 14% cada uno y con un integrante, un porcentaje de 7%.

SE DETERMINO LÍDER O JEFE

- a) Se determinó el líder
- b) No se determinó

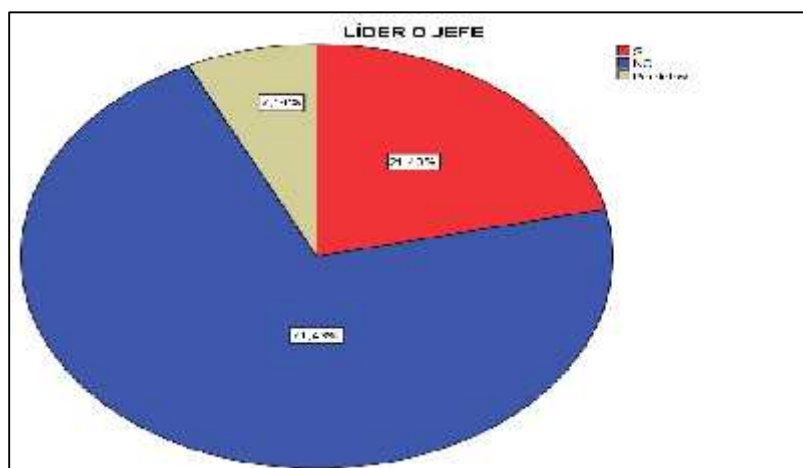
TABLA Nº 07

| | | |
|---|----------|----|
| N | Válidos | 13 |
| | Perdidos | 1 |

LÍDER O JEFE

| | Frecuencia | Porcentaje | Porcentaje válido | Porcentaje acumulado |
|------------------|------------|------------|-------------------|----------------------|
| Válidos SI | 3 | 21,4 | 23,1 | 23,1 |
| NO | 10 | 71,4 | 76,9 | 100,0 |
| Total | 13 | 92,9 | 100,0 | |
| Perdidos Sistema | 1 | 7,1 | | |
| Total | 14 | 100,0 | | |

GRAFICO Nº 07



Interpretación:

Analizando la tabla y el gráfico se evidencia que de los 14 expedientes analizados, 10 de ellos no determinó un líder o jefe de la Organización con un 71%, mientras que 3 expedientes muestran a uno de los imputados como líder de la organización y un expediente no se precisa.

OBJETIVO DE LA ORGANIZACIÓN

- a) Objetivo determinado
- b) Objetivo no determinado

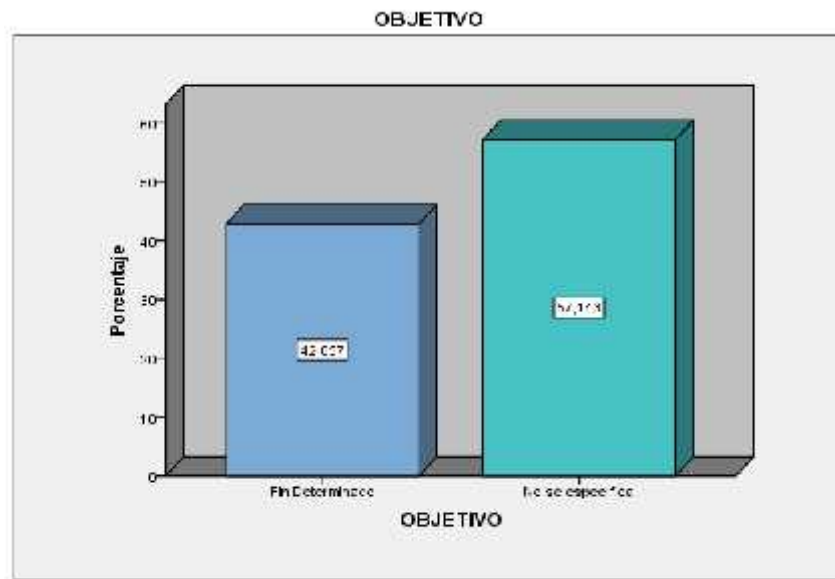
TABLA Nº 08

| | | |
|---|----------|----|
| N | Válidos | 14 |
| | Perdidos | 0 |

OBJETIVO DE LA ORGANIZACIÓN

| | Frecuencia | Porcentaje | Porcentaje válido | Porcentaje acumulado |
|---------|-------------------------|------------|----------------------|-------------------------|
| Válidos | Objetivo Determinado | 6 | 42,9 | 42,9 |
| | No determinado | 8 | 57,1 | 100,0 |
| | Total | 14 | 100,0 | 100,0 |
| | | | | |

GRAFICO N° 08



Interpretación:

Analizando la tabla y el gráfico se evidencia que de los 14 expedientes analizados; 8 de ellos no especifican el objetivo de la organización no determinado con un 57%, mientras que 6 expedientes muestran que el objetivo de la organización tuvo un fin determinado con un 43%.

ÁMBITO DELICTIVO

Local

Regional

Nacional

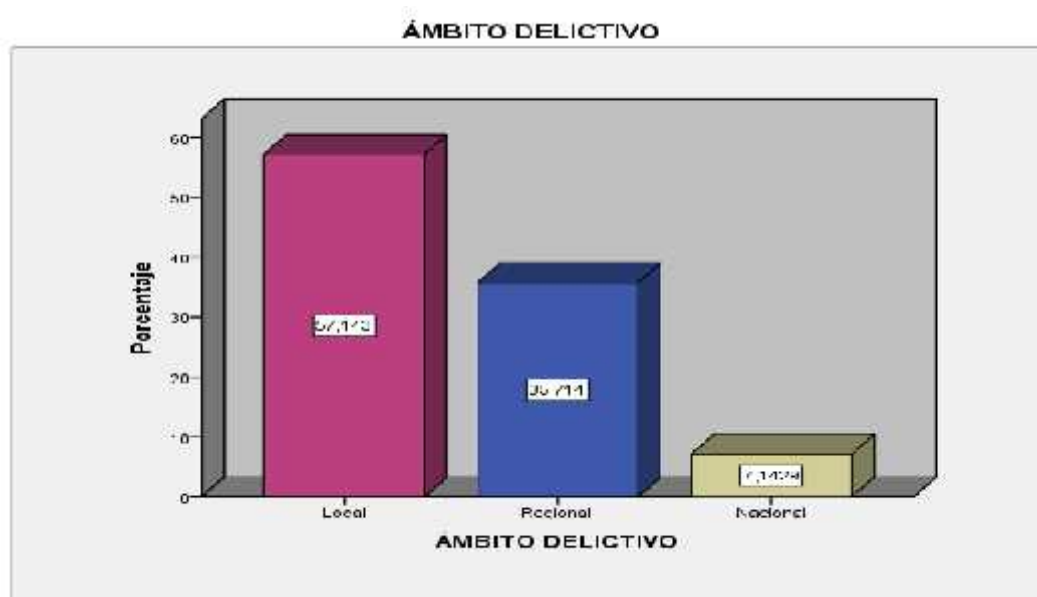
TABLA N° 09

| | | |
|---|----------|----|
| N | Válidos | 14 |
| | Perdidos | 0 |

ÁMBITO DELICTIVO DE LA ORGANIZACIÓN

| | Frecuencia | Porcentaje | Porcentaje válido | Porcentaje acumulado |
|---------|------------|------------|-------------------|----------------------|
| Válidos | Local | 8 | 57,1 | 57,1 |
| | Regional | 5 | 35,7 | 92,9 |
| | Nacional | 1 | 7,1 | 100,0 |
| | Total | 14 | 100,0 | 100,0 |

GRAFICO Nº 09



Interpretación:

Analizando la tabla y el gráfico se evidencia que de los 14 expedientes analizados; 8 de ellos muestran que el ámbito delictivo fue local con un 57%, y 5 procesos penales demuestra que el ámbito delictivo de la organización fue regional con un 36%, y 1 de ámbito nacional con un 7%.

III. DESBARATAMIENTO DE LA ORGANIZACIÓN

IDENTIFICACIÓN DE LA ORGANIZACIÓN

Estructura determinado

Estructura no definida

No precisa

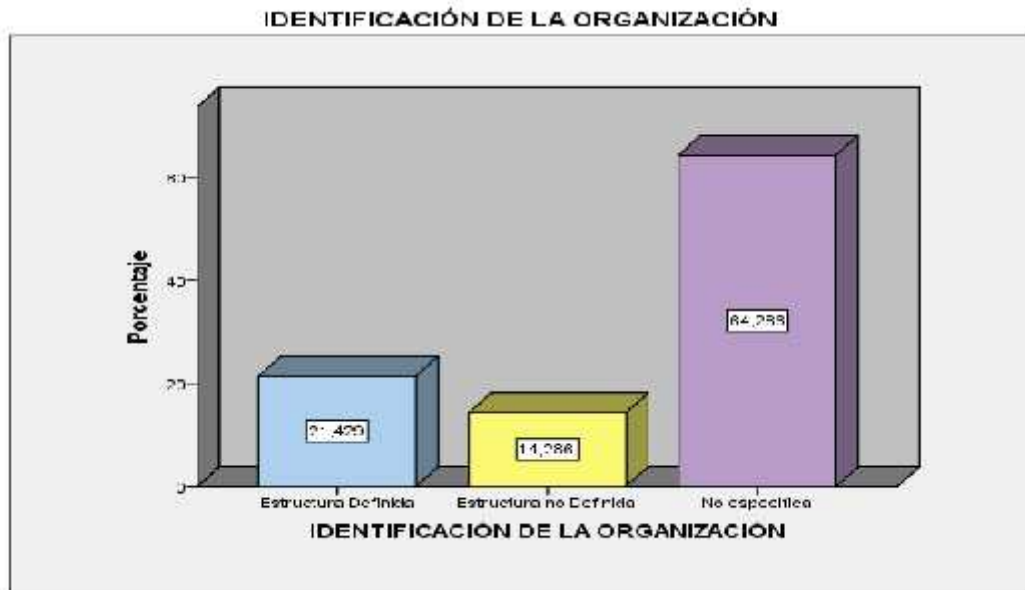
TABLA Nº 10

| | | |
|---|----------|----|
| N | Válidos | 14 |
| | Perdidos | 0 |

IDENTIFICACIÓN DE LA ORGANIZACIÓN

| | Frecuencia | Porcentaje | Porcentaje válido | Porcentaje acumulado |
|--------------------------------|------------|------------|-------------------|----------------------|
| Estructura Definida | 3 | 21,4 | 21,4 | 21,4 |
| Válidos Estructura no Definida | 2 | 14,3 | 14,3 | 35,7 |
| No especifica | 9 | 64,3 | 64,3 | 100,0 |
| Total | 14 | 100,0 | 100,0 | |

GRAFICO Nº 10



Interpretación:

Analizando la tabla y el gráfico se evidencia que de los 14 expedientes analizados; 9 de ellos no especifican la estructura de la organización con un 64%, 3 de ellos muestran que la organización tiene una estructura definida con un 21% y 2 expedientes muestran que las organizaciones tienen una estructura no definida con el 14%.

2. DESINTEGRACIÓN DE LA ORGANIZACIÓN

Se desintegro la organización

No se desintegro la organización

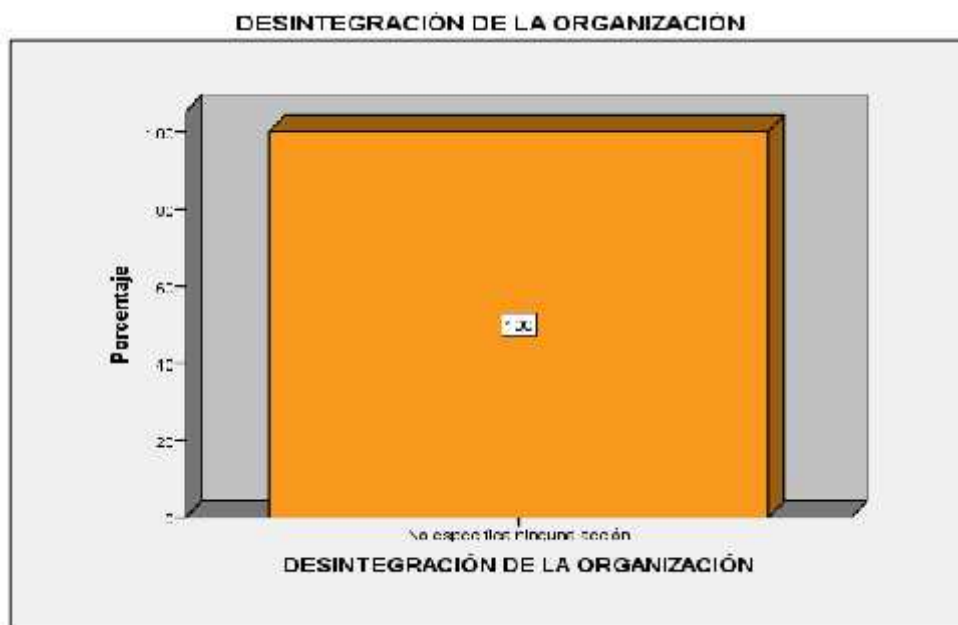
TABLA Nº 11

| | | |
|---|----------|----|
| N | Válidos | 14 |
| | Perdidos | 0 |

DESINTEGRACIÓN DE LA ORGANIZACIÓN

| | Frecuencia | Porcentaje | Porcentaje válido | Porcentaje acumulado |
|----------------------------------|------------|------------|-------------------|----------------------|
| Válidos | | | | |
| Desintegró organización | | | | |
| No se desintegró la organización | 14 | 100,0 | 100,0 | 100,0 |

GRAFICO Nº 11



Interpretación:

Analizando la tabla y el gráfico se evidencia que de los 14 expedientes analizados; el total de ellos no especifica alguna acción que muestre la desintegración de la organización delictiva con el 100%.

SANCIÓN A LOS MIEMBROS DE LA ORGANIZACIÓN

condena

absuelto

archivo del proceso

TABLA Nº 12

| | | |
|---|----------|----|
| N | Válidos | 14 |
| | Perdidos | 0 |

SANCIÓN A LOS MIEMBROS DE LA ORGANIZACIÓN

| | Frecuencia | Porcentaje | Porcentaje válido | Porcentaje acumulado |
|---------|------------|------------|-------------------|----------------------|
| Válidos | SI | 2 | 14,3 | 14,3 |
| | NO | 10 | 71,4 | 85,7 |
| | ARCHIVO | 2 | 14,3 | 100,0 |
| | Total | 14 | 100,0 | 100,0 |

GRAFICO Nº 12



Interpretación:

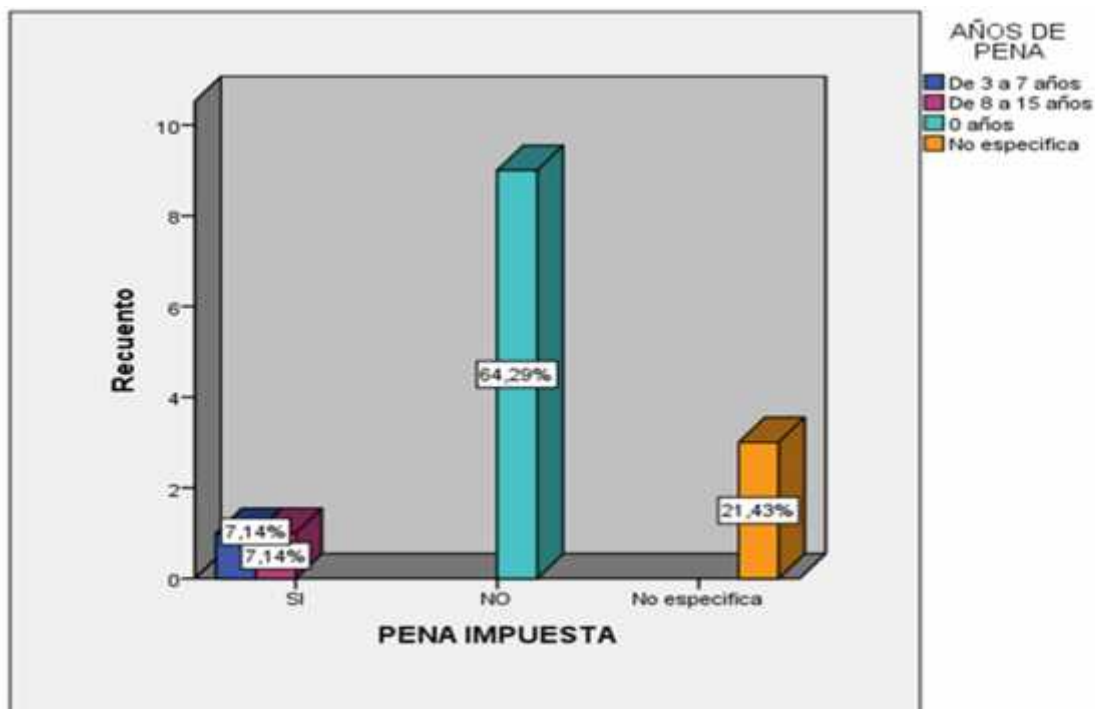
Analizando la tabla y el gráfico se evidencia que de los 14 expedientes analizados; 10 de ellos muestran que no hubo una sanción por el delito cometido con un 71%, sólo 2 de ellos muestran que sí hubo una sanción con el 14%, mientras que 2 expedientes se archivaron el proceso con el 14%.

3.3. PENA IMPUESTA

TABLA Nº 13

| | Recuento | % del N de la columna | |
|--------------|----------------|-----------------------|-------|
| PENA | SI | 2 | 14,3% |
| IMPUESTA | NO | 9 | 64,3% |
| | No especifica | 3 | 21,4% |
| AÑOS DE PENA | De 3 a 7 años | 1 | 50,0% |
| | De 8 a 15 años | 1 | 50,0% |

GRAFICO N° 13



Interpretación:

Analizando la tabla y el gráfico se evidencia que de los 14 expedientes analizados; 9 de ellos muestran que no se impuso una pena con el 64%, 2 expedientes muestran que sí se impuso una pena, 1 de ellas de 3 a 7 años y la otra de 8 a 15 años, ambos con un porcentaje de 7% cada uno, y 3 expedientes no especifican si se impuso o no alguna pena con el 21%.

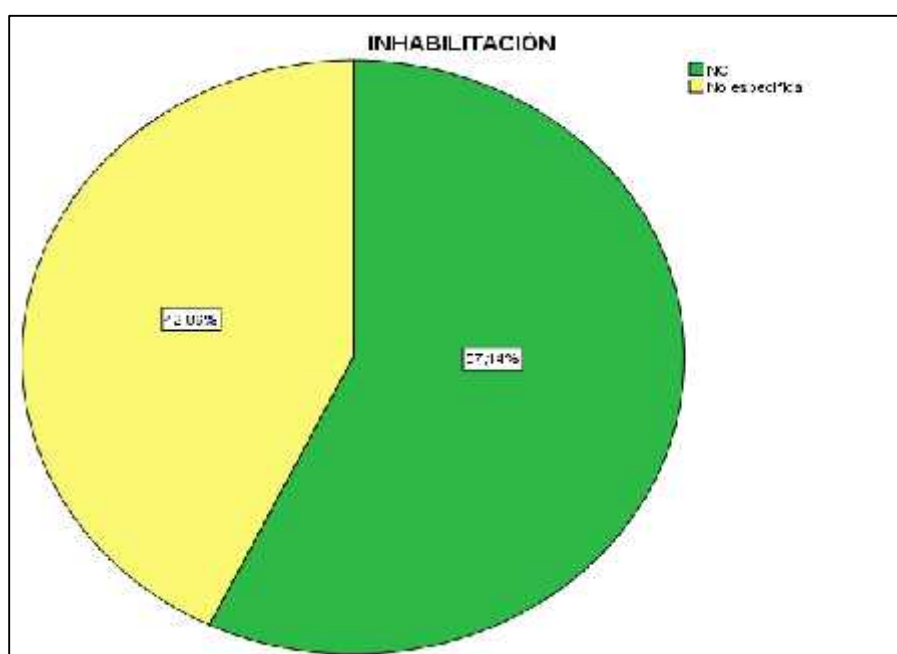
3.4. INHABILITACIÓN

TABLA N° 14

| | | |
|---|----------|----|
| N | Válidos | 14 |
| | Perdidos | 0 |

INHABILITACIÓN

| | Frecuencia | Porcentaje | Porcentaje válido | Porcentaje acumulado |
|-----------------------|------------|------------|-------------------|----------------------|
| NO | 8 | 57,1 | 57,1 | 57,1 |
| Válidos No especifica | 6 | 42,9 | 42,9 | 100,0 |
| Total | 14 | 100,0 | 100,0 | |



Interpretación:

Analizando la tabla y el gráfico se evidencia que de los 14 expedientes analizados; 8 de ellos muestran que no hubo una inhabilitación de la organización con un 57%, mientras que los 6 expedientes restantes no especifican si hubo inhabilitación con un 43%. Es decir que en el 100% de los expediente no se determinó la pena de inhabilitación

3.5. MULTA

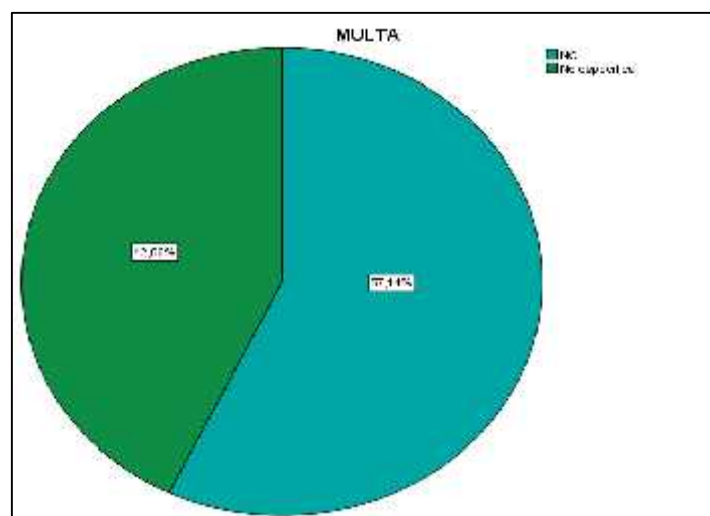
TABLA Nº 15

| | | |
|---|----------|----|
| N | Válidos | 14 |
| | Perdidos | 0 |

MULTA

| | Frecuencia | Porcentaje | Porcentaje válido | Porcentaje acumulado |
|-----------------------|------------|------------|-------------------|----------------------|
| NO | 8 | 57,1 | 57,1 | 57,1 |
| Válidos No especifica | 6 | 42,9 | 42,9 | 100,0 |
| Total | 14 | 100,0 | 100,0 | |

GRAFICO Nº 15



Interpretación:

Analizando la tabla y el gráfico se evidencia que de los 14 expedientes analizados; 8 de ellos muestran que no hubo una multa a la organización con un 57%, mientras que los 6 expedientes restantes no especifican si hubo alguna multa con un 43%, es decir del 100% de los expedientes analizados no se impuso la pena de inhabilitación.

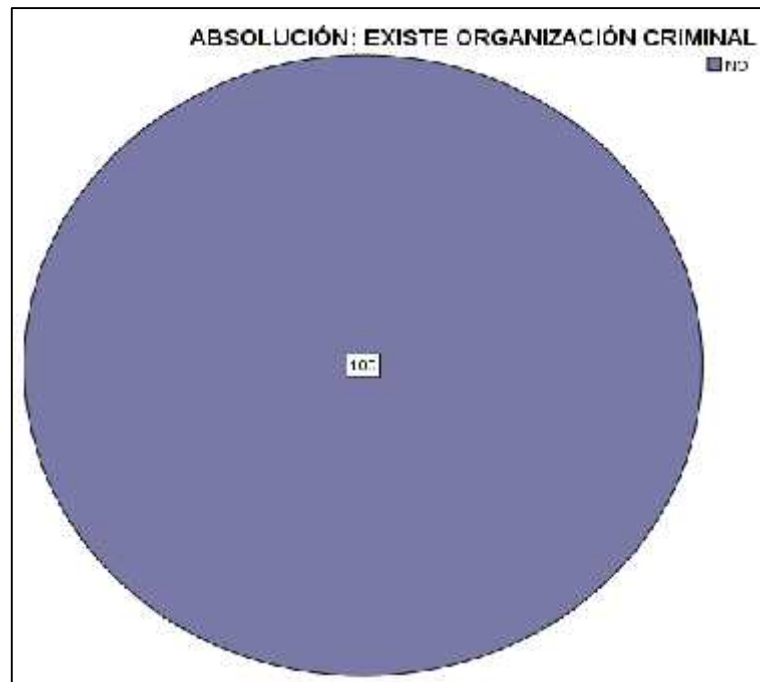
ABSOLUCIÓN: NO EXISTE ORGANIZACIÓN**CRIMINAL****TABLA Nº 16**

| | | |
|---|----------|----|
| N | Válidos | 14 |
| | Perdidos | 0 |

ABSOLUCIÓN: EXISTE ORGANIZACIÓN CRIMINAL

| | Frecuencia | Porcentaje | Porcentaje válido | Porcentaje acumulado |
|------------|------------|------------|-------------------|----------------------|
| Válidos NO | 14 | 100,0 | 100,0 | 100,0 |

GRAFICO N° 16



Interpretación:

Analizando la tabla y el gráfico se evidencia que de los 14 expedientes analizados; el 100% de ellos no establecieron la organización. Precizando que existe una condena sin especificar si existe o no la organización.

ENCUESTAS DIRIGIDAS A LOS MAGISTRADOS DEL MINISTERIO PUBLICO Y PODER JUDICIAL

* Ficha Técnica Nº 02

La encuesta aplicada a 50 magistrados (25 de Ministerio Público y 25 de Poder Judicial) que conocer procesos penales por el delito de asociación ilícita para delinquir (ahora organización criminal): correspondiendo muestra probabilística de una población de 113 magistrados del Distrito Judicial de Ayacucho.

PRIMERA PREGUNTA

**¿CONSIDERA UD. QUE EL DELITO DE ASOCIACIÓN ILÍCITA PARA
DELINQUIR ES UNA NORMA DEL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO?**

Tabla Nº 17.

| CATEGORÍA | Fi | % |
|------------------|-----------|----------|
| NO | 16 | 32,0% |
| SI | 33 | 66,0% |
| Perdidos | 1 | 2,0% |
| Total | 50 | 100,0 |

GRAFICO Nº 17



Interpretación:

Analizando la tabla y el gráfico se evidencia que de los 50 magistrados encuestados, 33 consideran que el delito de asociación ilícita para delinquir sí es una norma del Derecho Penal del Enemigo con el 66%, mientras que 16 personas manifiestan lo contrario con el 32%. Asimismo 1 persona no contesta/ no responde con el 2%.

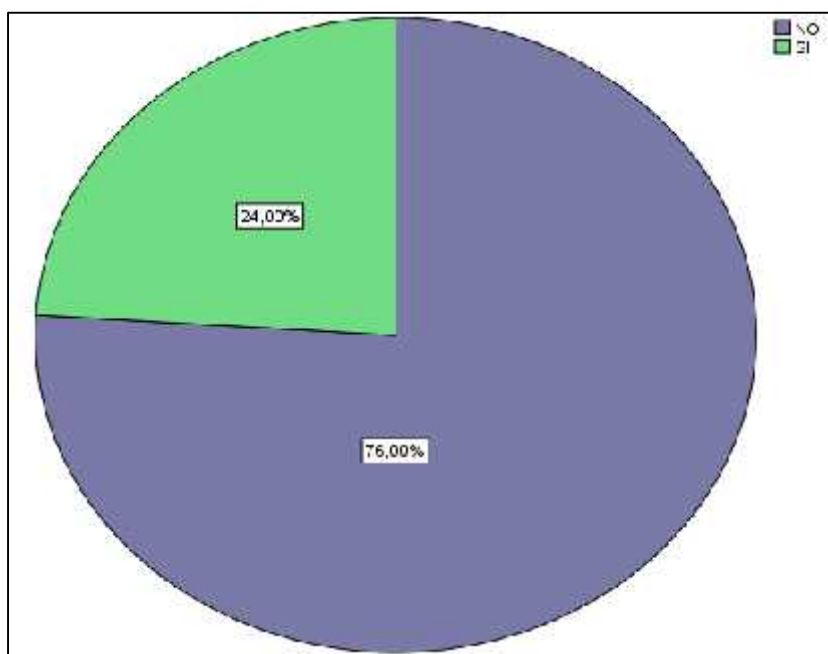
SEGUNDA PREGUNTA

¿CONSIDERA UD. QUE EL DELITO DE ASOCIACIÓN ILÍCITA PARA DELINQUIR CASTIGA UNA CONDUCTA NEUTRA QUE NO CAUSA O PONE EN PELIGRO UN BIEN JURÍDICO?

TABLA Nº 18

| CATEGORÍA | Fi | % |
|-----------|----|--------|
| NO | 38 | 76,0% |
| SI | 12 | 24,0% |
| Total | 50 | 100,0% |

GRAFICO Nº 18



Interpretación:

Analizando la tabla y el gráfico se evidencia que de los 50 magistrados encuestados, 12 personas sí consideran que el delito de asociación ilícita para delinquir castiga una conducta neutra que no causa o pone en peligro un bien jurídico con el 24%, mientras que 38 magistrados manifiestan lo contrario con el 76%.

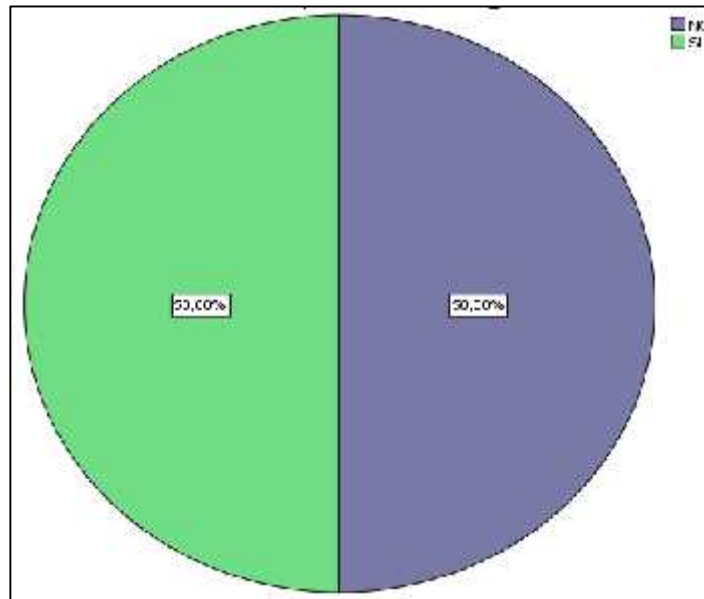
TERCERA PREGUNTA

¿CONSIDERA UD. QUE EL DELITO DE ASOCIACIÓN ILÍCITA PARA DELINQUIR ES AUTÓNOMO DE LOS DELITOS QUE COMETEN LA ORGANIZACIÓN DELICTIVA?

TABLA Nº 19

| Categoría | fi | % |
|-----------|----|--------|
| NO | 25 | 50,0% |
| SI | 25 | 50,0% |
| Total | 50 | 100,0% |

GRAFICO N° 19



Interpretación Estadística:

Analizando la tabla y el gráfico se evidencia que de los 50 magistrados encuestados, la mitad de ellas; es decir, 25 personas sí consideran que el delito de asociación ilícita para delinquir es autónomo de los delitos que cometen la organización delictiva con el 50%, mientras que la otra mitad manifiestan lo contrario con el 50%.

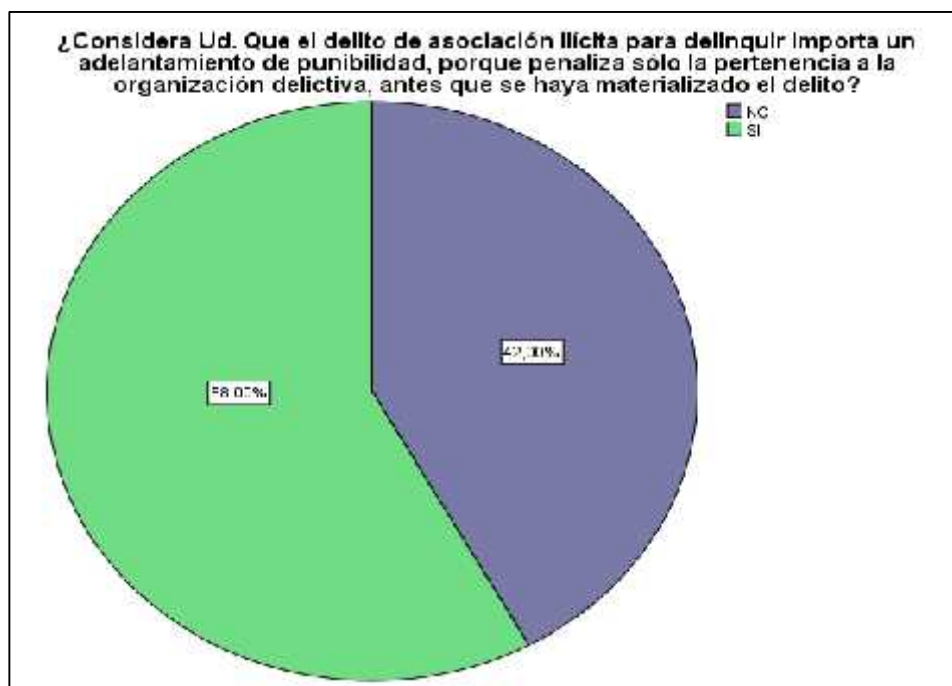
CUARTA PREGUNTA

¿CONSIDERA UD. QUE EL DELITO DE ASOCIACIÓN ILÍCITA PARA DELINQUIR IMPORTA UN ADELANTAMIENTO DE PUNIBILIDAD, PORQUE PENALIZA SÓLO LA PERTENENCIA A LA ORGANIZACIÓN DELICTIVA, ANTES QUE SE HAYA MATERIALIZADO EL DELITO?

TABLA N° 20

| CATEGORÍA | Fi | % |
|-----------|----|--------|
| NO | 21 | 42,0% |
| SI | 29 | 58,0% |
| Total | 50 | 100,0% |

GRAFICO N° 20



Interpretación:

Analizando la tabla y el gráfico se evidencia que de los 50 magistrados encuestados, 29 sí consideran que el delito de asociación ilícita para delinquir importa un adelantamiento de punibilidad, porque penaliza sólo la pertenencia a la organización delictiva, antes que se haya materializado el delito con el 58%, mientras que 21 personas manifiestan lo contrario con el 42%.

QUINTA PREGUNTA

¿CONSIDERA UD. EL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO ES UN INSTRUMENTO JURÍDICO PENAL EFICAZ CONTRA LA ORGANIZACIÓN DELICTIVA EN EL PERÚ?

TABLA N° 21

| CATEGORÍA | Fi | % |
|-----------|----|--------|
| NO | 18 | 36,0% |
| SI | 32 | 64,0% |
| Total | 50 | 100,0% |

GRAFICO N° 20



Interpretación:

Analizando la tabla y el gráfico se evidencia que de los 50 magistrados encuestados, 32 magistrados sí consideran que el derecho Penal del Enemigo es un instrumento jurídico penal eficaz contra la organización delictiva en el Perú con el 64%, mientras que 18 personas manifiestan lo contrario con el 36%.

SEXTA PREGUNTA

¿CONSIDERA UD. , QUE EL DELITO DE ASOCIACIÓN ILÍCITA PARA DELINQUIR PROTEGE UN BIEN JURÍDICO: TRANQUILIDAD PÚBLICA?.

TABLA Nº 22

| CATEGORÍA | Fi | % |
|-----------|----|--------|
| NO | 5 | 10,0% |
| SI | 45 | 90,0% |
| Total | 50 | 100,0% |

GRAFICO Nº 22



Interpretación:

Analizando la tabla y el gráfico se evidencia que de los 50 magistrados encuestados, 45 magistrados sí consideran que el delito de asociación ilícita para delinquir protege un bien jurídico: Tranquilidad Pública con el 90%, mientras que sólo 5 magistrados manifiestan lo contrario con el 10%.

SEPTIMA PREGUNTA

¿UD. ESTÁ DE ACUERDO CON LOS POSTULADOS DEL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO QUE PROPUGNA UN DERECHO PENAL PREVENTIVO?.

TABLA Nº 23

| CATEGORÍA | Fi | % |
|-----------|----|--------|
| NO | 10 | 20,0% |
| SI | 40 | 80,0% |
| Total | 50 | 100,0% |

GRAFICO Nº 23



Interpretación:

Analizando la tabla y el gráfico se evidencia que de los 50 magistrados encuestados, 40 magistrados sí están de acuerdo con los postulados del derecho penal del enemigo que propugna un derecho penal preventivo con el 80%, mientras que 10 magistrados manifiestan lo contrario con el 20%.

OCTAVA PREGUNTA

¿CONSIDERA UD., QUE EL DELITO DE ASOCIACIÓN ILÍCITA PERMITE DESBARATAR LA ORGANIZACIÓN DELICTIVA ANTES QUE MATERIALICE EL DELITO?

TABLA Nº 24

| CATEGORÍA | Fi | % |
|-----------|----|--------|
| NO | 21 | 42,0% |
| SI | 29 | 58,0% |
| Total | 50 | 100,0% |

GRAFICO Nº 24



Interpretación:

Analizando la tabla y el gráfico se evidencia que de los 50 magistrados encuestados, 29 magistrados sí consideran que el delito de Asociación ilícita para delinquir permite desbaratar la organización delictiva antes que materialice el delito con el 58%, mientras que 21 magistrados manifiestan lo contrario con el 42%.

NOVENA PREGUNTA

¿CONSIDERA UD. QUE EL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO OBEDECE A UN NUEVO PARADIGMA DEL DERECHO PENAL, ACTUAR ANTES QUE EL BIEN JURÍDICO HAYA SIDO AFECTADO?

TABLA Nº 25

| CATEGORÍA | Fi | % |
|-----------|----|--------|
| NO | 11 | 22,0% |
| SI | 39 | 78,0% |
| Total | 50 | 100,0% |

GRAFICO Nº 25



Interpretación:

Analizando la tabla y el gráfico se evidencia que de los 50 magistrados encuestados, 39 magistrados sí consideran que el derecho penal del enemigo obedece a un nuevo paradigma del derecho penal, actuar antes que el bien jurídico haya sido afectado con el 78%, mientras que 11 magistrados manifiestan lo contrario con el 22%.

DECIMA PREGUNTA

¿CONSIDERA UD. QUE DEBERÍA ACEPTARSE LA EXISTENCIA DEL ENEMIGO EN EL DERECHO PENAL, ENTENDIÉNDOSE AL ENEMIGO COMO AQUEL QUE DESOBEDECE LAS NORMAS DEL ESTADO GENERANDO PELIGRO PARA LA SOCIEDAD?

TABLA Nº 26

| CATEGORÍA | Fi | % |
|-----------|----|--------|
| NO | 16 | 32,0% |
| SI | 34 | 68,0% |
| Total | 50 | 100,0% |

GRAFICO Nº 26



Interpretación:

Analizando la tabla y el gráfico se evidencia que de los 50 magistrados encuestados, 34 magistrados sí consideran que se debería aceptar la existencia del enemigo en el derecho penal con el 68%, mientras que 16 magistrados manifiestan lo contrario con el 32%.

DECIMA PRIMERA PREGUNTA

¿CONSIDERA UD. QUE EN EL PERÚ, EN TODOS LOS CASOS SE INVESTIGA, JUZGA Y SANCIONA A LOS MIEMBROS DE LA ORGANIZACIÓN DELICTIVA LO QUE PERMITE DESINTEGRAR LA ORGANIZACIÓN?

TABLA Nº 27

| CATEGORÍA | Fi | % |
|-----------|----|--------|
| NO | 34 | 68,0% |
| SI | 16 | 32,0% |
| Total | 50 | 100,0% |

GRAFICO Nº 27



Interpretación:

Analizando la tabla y el gráfico se evidencia que de los 50 magistrados encuestados, 16 magistrados sí consideran que en el Perú, en todos los casos se investiga, juzga y sanciona a los miembros de la organización delictiva lo que permite desintegrar la organización con el 32%, mientras que 34 magistrados manifiestan lo contrario con el 68%.

DECIMA SEGUNDA PREGUNTA

¿CONSIDERA UD. QUE LA CRIMINALIDAD ORGANIZADA ES LO MISMO QUE ASOCIACIÓN ILÍCITA PARA DELINQUIR, PORQUE, AMBAS EN SUSTANCIA TIENEN ELEMENTOS COMUNES?

TABLA Nº 28

| CATEGORÍA | Fi | % |
|-----------|----|--------|
| NO | 11 | 22,0% |
| SI | 39 | 68,0% |
| Total | 50 | 100,0% |

GRAFICO Nº 28



Interpretación:

Analizando la tabla y el gráfico se evidencia que de los 50 magistrados p encuestados, 39 magistrados sí consideran que la criminalidad organizada es lo mismo que asociación ilícita para delinquir, porque, ambas en sustancia tienen elementos comunes con el 78%, mientras que 11 personas manifiestan lo contrario con el 22%.

6.2. Explicación Científica

De las reseñas encontradas en la aplicación a la muestra representativa de 50 elementos, Encuestas aplicada a Magistrados, del Poder Judicial y Ministerio Público; y Guía de Análisis Documental sobre sentencia sobre delito de Asociación Ilícita tramitadas en las dos Salas Penales Liquidadoras de la Corte Superior de Ayacucho, podemos inferir que hemos **VALIDADO NUESTRA HIPÓTESIS GENERAL Y CADA UNA DE LAS HIPÓTESIS ESPECIFICAS**, en el sentido que las cifras mostradas en los análisis estadísticos: cuantitativo y cualitativo, nos demuestran científicamente que nuestro planteamiento y eje de investigación mantienen un sustento verosímil en relación a la inadecuada aplicación del Adelantamiento de Punibilidad presente en el Delito de Asociación Ilícita, en donde las sentencias emitidas sobre este delito dan cuenta que no cumple con el objetivo de prevención y protección de bien jurídicos, cuyo objeto debe ser del Delito de Asociación Ilícita, es decir identificar a la organización delictiva, antes que materialice el delito, sino que, la identificación es través de los delitos cometido por la organización, es decir, esta identificación, es posterior a la afectación de bienes jurídicos, lo que no permite desbaratar la organización delictiva; sin embargo, de la investigación realizada podemos aseverar que los operadores de justicia, jueces y fiscales, manifiestan que el delito de Asociación Ilícita Para Delinquir, es manifestación del Derecho Penal del Enemigo, y que este constituye un instrumento eficaz para desbaratar la organización delictiva, pero indican que no en todos los procesos

judiciales se sancionan a los integrantes de la organización, a pesar de indicar que el Derecho Penal del Enemigo obedece a un nuevo paradigma del derecho penal, actuar antes que el bien jurídico haya sido afectado por la organización delictiva, asimismo, manifiestan que la asociación ilícita para delinquir y organización criminal tienen elementos comunes.

En suma se corrobora que los magistrados del Ministerio Público y Joder Judicial, no conocen de manera contundente sobre el Derecho Penal de Enemigo en uno de sus manifestaciones como es el caso del Adelantamiento de Punibilidad, presente en el Delito de Asociación Ilícito para Delinquir, lo que no permite aplicar adecuadamente este delito en los procesos penales con la finalidad desbaratar la organización delictiva antes que materialice el delito para el cual fue creado, de esta forma evitar la afectación de bienes jurídicos, lo que significa concebir el derecho penal desde de una paradigma preventiva frente a los bienes jurídicos, de allí nuestro discreto aporte en la presente Tesis de Maestría en Derecho Penal. El desconocimiento, también obedece al rechazo de esta teoría por la mayoría de la doctrina y la jurisprudencia nacional sobre el particular.

CAPITULO VII

PRESENTACION, INTERPRETACION Y DISCUSION DE RESULTADOS

7.1. Presentación e Interpretación

Los resultados que encontramos en nuestra investigación conducente al **Grado de Maestro en Derecho Penal**, reflejan la realidad de la inadecuada aplicación **DEL ADELANTAMIENTO DE PUNIBILIDAD PRESENTE EN EL DELITO DE ASOCIACIÓN PARA DELINQUIR FRENTE A LA ORGANIZACIÓN DELICTIVA**. En donde se ha demostrado enfáticamente que éstos obedecen a un inadecuado entendimiento sobre uno de los planteamientos del Derecho Penal del Enemigo por parte de los Jueces y Fiscales. Ante tal realidad es forzoso, incidir en campañas de a mayor entendimiento del delito de asociación ilícita para delinquir por parte de los operadores de justicia como es el caso de jueces y fiscales para fines, de mayores estudios en dogmática penal de una perspectiva del Derecho Penal preventivo más que represivo, en ese sentido aplicar adecuadamente el Delito de Asociación

Ilícita para Delinquir (ahora organización criminal), que permita de desbaratar las organizaciones criminales, que tanto está azotando a nuestra sociedad de manera explosiva cada días más.

En consecuencia, de lo recogido por nuestra investigación académica, esbozamos que se debe incidir en implementar el sistema de capacitación del Derecho Penal y Procesal (Derecho Penal del Enemigo) dentro de la teoría del Funcionalismo, buscando modificar aquellos paradigmas del Derecho Penal del Ciudadano que si bien es útil, sin embargo, se torna insuficiente frente a la organización delictiva de nuestra época que devasta el Estado Constitucional de Derecho.

Pues en el **Derecho Comparado** se vienen empleando mecanismo legislativo para hacer efectiva la lucha contra criminalidad organizada, haciendo uso del planteamiento de Derecho penal del enemigo como es el caso del adelantamiento de punibilidad que su aplicación permita desbaratar la organización criminal antes que estos materialicen en plan criminal, de esta manera evitar la afectación de los Bienes Jurídicos a que se debe su existencia el Derecho Penal.

7.2. Discusión de Resultados

El tema materia de nuestro estudio sobre: **“LA INADECUADA APLICACIÓN DEL ADELANTAMIENTO DE LA BARRERA DE PUNIBILIDAD PRESENTE EN EL DELITO DE ASOCIACIÓN PARA**

DELINQUIR FRENTE A LA ORGANIZACION DELICTIVA” abarca la respuesta varios aspectos que se necesario enfatizar como es el caso, el conocimiento de los operadores jurídicos(jueces y fiscales) sobre el paradigma del derecho penal con que enfrentan la criminalidad organizada, es decir esperar la lesión efectiva del bien jurídico, lo que no permite identificar y desbaratar la organización criminal antes que afecten los bienes jurídicos sean afectados, con lo que no se cumple, con el fin político criminal del Delito de Asociación Ilícita para Delinquir.

Entendiendo a la criminalidad organizada como un sub sistema antagónico existente dentro de nuestra sociedad, que se nos revela como un portento de naturaleza social, en el sentido de ser el fruto de la vida en la sociedad, pues el hombre en el estado de aislamiento absoluto, no podría llegar a ser un delincuente, pues el individuo en estas condiciones gozaría de derecho absolutos sin deberes correlativos, y su conducta no podría ser considerada ni social ni antisocial. Contrario sensu, en la criminalidad podemos observar un verdadero conflicto de voluntades: De un lado, la voluntad perversa del hombre delincuente, siempre dispuesto a tentar contra la vida, libertad, patrimonio y bienes de sus conciudadanos y por otro punto, la voluntad de la colectividad, siempre alerta a defenderse no sólo el patrimonio económico, sino también el patrimonio moral de todos los elementos que constituyen la afluencia colectiva.

Bajo este panorama, hemos **VALIDADO LAS HIPÓTESIS: GENERAL Y ESPECIFICAS**, a través de los **Instrumentos de Recolección de Datos: Guía de Análisis documental, Encuesta a la muestra representativa de 113 elementos distribuidas por estratos : Magistrados del Poder Judicial y Ministerio Público;** otorgando validez científica a cada uno de los **módulos de preguntas** confeccionadas en razón a las **variables: independiente y dependiente**, elaboradas y que nos ha permitido deslindar el sustento **fáctico y teórico** de **“LA INADECUADA APLICACIÓN DEL ADELANTAMIENTO DE BARRERA DE PUNIBILIDAD PRESENTE EN EL DELITO DE ASOCIACIÓN ILÍCITA FRENTE A LA ORGANIZACIÓN DELICTIVA”**, en las dos Salas Penales liquidadas de la Corte Superior de Justicia de Ayacucho, con sede en la ciudad de Ayacucho.

CAPITULO VIII

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

8.1. CONCLUSIONES

PRIMERA: El Adelantamiento del Barrera de la Punibilidad, es propuesta del Derecho Penal del Enemigo, encuentra plasmado en el artículo 317º del Código Penal peruano para la figura jurídica de Organización Criminal (antes Asociación Ilícita Para delinquir). Este tipo penal castiga el sólo hecho de promover, organizar, constituir o integrar una organización criminal, esto es que, no es necesario que la organización concrete el delito para cuyo fin se ha organizado.

SEGUNDA: El delito de Asociación ilícita Para delinquir se justifica porque permite sancionar al autor de este delito, por sólo hecho de integrar la organización criminal, sin importar que la organización

criminal haya materializado el delito fin, para el cual se haya conformado la organización criminal.

TERCERA: En el Distrito Judicial de Ayacucho, a través de las dos salas penales durante los años 2000 al 2015²⁵⁸, se tiene 20 procesos penales sobre el Delito de Asociación Ilícita para delinquir, de las cuales se ubicaron físicamente 14, siendo dos sentencias condenatorias y doce casos fueron absueltos. Se advierte, el escaso cantidad de procesos sobre el delito en mención, así como, que dichos procesos iniciaron cuando la organización ya había materializado el delito fin.

CUARTA: En el Distrito Judicial de Ayacucho, en los 12 procesos sobre el delito de Asociación Ilícita para delinquir en que se absolvieron a los miembros de la organización, se advierte que no se logró determinar la organización criminal con las características que exige la ley; tampoco en las dos sentencias condenatorias, no se explica la existencia de la organización y sus características, sólo se hace referencia a la cantidad de personas, sin explicar las demás características como la permanencia, funcionalidad, distribución de roles.

QUINTA: No existió ningún proceso en la que se habría imputado el sólo hecho de integrar, crear o financiar a la organización delictiva que signifique desbaratar la organización, de este modo, evitar que los

²⁵⁸ Fuente área de informática de la Corte Superior de Justicia de Ayacucho

bienes jurídicos, que protege el Derecho Penal, sean afectados. De esta forma no se cumple con el fin político criminal que se busca con el artículo 317º del Código Penal Peruano.

SEXTA: De las organizaciones criminales que fueron materia procesamiento, en mayor cantidad fue por los delitos contra el Patrimonio siendo el derecho de propiedad, el bien jurídico más afectado, sin dejar de lado la Seguridad Pública. Es decir la investigación inició en base de las denuncias sobre afectación de bienes jurídicos concretos.

SEPTIMA: En los 14 proceso penales sobre el delito de Asociación Ilícita para Delinquir, se estableció de dos hasta cinco personas integrantes de la organización y en tres casos se determinó la existencia de un líder o dirigente; en seis casos se determinó el objetivo de la organización (el delito fin), de las catorce organizaciones investigadas trece tenía su ámbito de comisión de delito a nivel local y regional y una organización de ámbito nacional.

OCTAVA: El escaso número de procesos por el delito de Asociación Ilícita Para Delinquir en las dos Salas Penales de la Corte Superior de Justicia de Ayacucho, durante el período 2000 al 2015, es

debido a que los magistrados tanto Jueces²⁵⁹ y Fiscales, guiados por doctrina mayoritaria que rechaza los postulados del Derecho Penal del Enemigo, como el adelantamiento de las barreras de punibilidad presente en el artículo 317º del Código Penal, pues se muestran reacios a aplicar cabalmente este delito, aunado a ello se tiene la escasa jurisprudencia²⁶⁰ por de la Corte Suprema de la República sobre el delito en mención.

8.2. RECOMENDACIONES

PRIMERA: Al Congreso de la República: para una adecuada técnica legislativa del artículo 317º del Código Penal, teniendo en cuenta que el referido tipo penal ha sido modificado cinco veces desde la entrada en vigencia del Código Penal en el año 1991. La denominación de agrupación ilícita, paso a asociación ilícita para delinquir, luego a ser Organización Criminal con la modificación efectuada mediante el Decreto Legislativo N° 1244 publicado el 29 de octubre de 2016, consideramos

²⁵⁹ Sala Penal Nacional en la Sentencia recaída contra Abimael y otros (organización Sendero Luminoso) fundamento primero (Expediente acumulado N° 560-03) precisa que : “ Hemos de dejar claramente establecido, que no se ha juzgado ni se va a dictar sentencia contra una organización política, ni contra una ideología y mucho menos contra lo que los acusados llaman “las masas”, sino que se ha juzgado y se va emitir pronunciamiento respecto de las concretas conductas atribuidas a los procesados, acusados de dirigir una organización terrorista y decidir, planificar, ejecutar y controlar la realización de y sistemáticos atentados que constituyen graves violaciones a los Derechos y al Derecho Internacional Humanitario”.

²⁶⁰ Se tiene el Acuerdo Plenario N° 4-2006/CJ-116 sobre Cosa Juzgada en relación al delito de Asociación ilícita para delinquir en el fundamento trece señala “En síntesis, es un contrasentido pretender abordar el tipo legal de asociación ilícita para delinquir en función de los actos delictivos perpetrados, y no de la propia pertenencia a la misma. No se está ante un supuesto de codelinquencia 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”.

que la denominación de tipo base se debe referir a la organización delictiva, siendo un tipo agravada la organización criminal, con esta denominación de criminal se refiere a delitos graves²⁶¹ y no a cualquier delito, en ese entendido el artículo tercero de la Ley 30077, establece el catálogo de delitos graves, en este contexto la pena debe agravarse. Por otro lado se debe considerar en la redacción actual en el tercer párrafo del artículo 317º del Código Penal, cuando el resultado del accionar de la organización criminal o cualquiera de sus miembros afecten contra el patrimonio del Estado y tenga el ámbito de su acción a nivel del territorio nacional y la Organización Estatal.

SEGUNDA: la Policía Nacional del Perú: a fin que cada región policial como es el caso de Ayacucho, se crea y exista una división especializada en Organización Delictiva (Criminal) que cuente con personal especializada para asumir las funciones del agente encubierto²⁶², así como en operaciones encubiertas²⁶³ y conseguir

²⁶¹CRIMINAL, Adjetivo. Se entiende como criminal como perteneciente, alusivo, concerniente y relativo al crimen como un delito de mayor gravedad ya sea antijurídica e imputable a que sea sometido a un castigo de tipo penal que rige las leyes y normas en los países. Se dice de una ley, acción o instituto que se destina a aprehender y penalizar los delitos y crímenes. Persona que ha cometido un asesinato y homicidio: <https://definiciona.com/criminal/>: consultado el 07/04/2017.

²⁶² Artículo 2 del Decreto Legislativo 1307 que modifica el artículo 341 del Código Procesal, define el Agente Encubierto y Agente Especial en los siguientes términos: *El Fiscal, cuando se trate de diligencias preliminares que afecten actividades propias de la criminalidad organizada, de la trata de personas, de los delitos de contra la administración pública previstos en los artículos 382 al 401 del Código Penal, y en tanto existan indicios de su comisión, podrá autorizar a miembros especializados de la Policía Nacional del Perú, mediante una disposición y teniendo en cuenta su necesidad a los fines de la investigación, a actuar bajo identidad supuesta y a adquirir y transportar los objetos, efectos e instrumentos del delito y diferir la incautación de los mismos. La identidad supuesta será otorgada por el Fiscal por el plazo de seis (6) meses,*

información necesaria para contactarse con las personas civiles , que se conviertan en agente especial, de esta forma desbaratar la organización delictiva antes que materialice el delito.

TERCERA: Al Ministerio Público: capacitación a los Fiscales Especializados en dogmática penal sobre organización delictiva, particularmente en el tipo penal del artículo 317º del Código Penal, a fin que los fiscales apliquen este artículo bajo el principio de legalidad, culpabilidad y lesividad, tomando en cuenta el adelantamiento de punibilidad que plantea el Derecho Penal del Enemigo, que es el origen teórico de este delito, propugnando un derecho penal preventivo y no represivo, desbaratando la organización antes que materialice el delito concreto. Es necesario que los fiscales y los operadores de justicia conozcan adecuadamente la naturaleza de este delito y distinguir de los

prorrogables por períodos de igual duración mientras perduren las condiciones para su empleo, quedando legítimamente habilitados para actuar en todo lo relacionado con la investigación concreta y a participar en el tráfico jurídico y social bajo tal identidad. En tanto sea indispensable para la realización de la investigación, se pueden crear, cambiar y utilizar los correspondientes documentos de identidad. El Fiscal, cuando las circunstancias así lo requieran, podrá disponer la utilización de un agente especial, entendiéndose como tal al ciudadano que, por el rol o situación en que está inmerso dentro de una organización criminal, opera para proporcionar las evidencias incriminatorias del ilícito penal”.

²⁶³ Artículo 2 del Decreto Legislativo 1307 que modifica el artículo 341 del Código Procesal , define el Agente Encubierto y Agente Especial en los siguientes términos: “Cuando en las Diligencias Preliminares se trate de identificar personas naturales y jurídicas, así como bienes y actividades propias de la criminalidad organizada, de la trata de personas y de los delitos contra la administración pública previstos en los artículos 382 al 401 del Código Penal, en tanto existan indicios de su comisión, el Ministerio Público podrá autorizar a la Policía Nacional del Perú a fin de que realice operaciones encubiertas sin el conocimiento de los investigados, tales como la protección legal de personas jurídicas, de bienes en general, incluyendo títulos, derechos y otros de naturaleza intangible, entre otros procedimientos. El Fiscal podrá crear, estrictamente para los fines de la investigación, personas jurídicas ficticias o modificar otras ya existentes, así como autoriza la participación de personas naturales encubiertas, quienes podrán participar de procesos de selección, contratación, adquisición o cualquier operación realizada con o para el Estado”.

delitos que podría cometer el delito, para efectuar adecuadamente las investigaciones contra las organizaciones delictivas en su condición de director de la investigación del delito, en coordinación con la policía especializada a fin de lograr el desbaratamiento de la organización antes cumpla con su cometido.

CUARTA: Al Poder Judicial: a fin de crear Juzgado Especializados en la organización delictiva, esto incluye la organización criminal, siendo que el Ministerio Público ya cuenta con Fiscalía Especializada en Criminalidad Organizada, es necesario y lógico que el Poder Judicial cuente también con Juzgado Especializados (Investigación Preparatoria y de Juzgamiento). Esto debido a que la tarea de la seguridad ciudadana en el cual tiene implicancia la organización delictiva es de todos los operadores de Justicia, el desbaratamiento de la organización se logra cuando existan sentencias condenatorias a los integrantes de la organización, así como la inhabilitación y sanciones a la personas jurídicas que fueron utilizadas por la organización delictiva. Asimismo, al existir Juzgados y Salas Especializadas en delitos de Organización Delictiva, se va fortaleciendo este sub sistema, propiciando su especialización.

QUINTA: Al Poder Judicial a fin convoque a un Acuerdo Plenario o a través de una Casación Penal, de la Salas Penales de la Corte Suprema de la Republica, para fines de establecer, los criterios técnicos jurídicos

penales para determinar el cómo se debe establecer procesalmente la existencia de la organización delictiva, esto a fin de no vulnerar el principio de legalidad, tipicidad y lesividad que rige nuestro sistema penal. Criterios que deben ser establecidas por el máximo órgano jurisdiccional penal del Perú, para garantizar la unidad de criterio de la administración de justicia en el delito de organización delictiva así como la igualdad ante la ley evitando arbitrariedades.

SEXTA: Al Ministerio de Justicia: Bosquejar una Plan Nacional al corto, mediano y largo plazo, de construcción de cárceles en el territorio de la República, teniendo en cuenta las modernas corrientes de arquitectura penitenciaria en donde los sentenciados a los miembros de la organización delictiva establecidas en el artículo 317º del Código Penal (incluye el artículo 3 de la Ley 30077, conforme se propone la modificatoria en la presente trabajo de investigación académico) sean evaluados idóneamente priorizando y teniendo en cuenta la reincidencia y habitualidad del interno, así como evitar, que las cárceles sean lugares donde la organización se reconstruya y continúe con sus actividades, esto en cumplimiento a lo establecido en el artículo 25 de la ley 30077 que establece el Sistema de Control Reforzado de Internos de Criminalidad Organizada (SISCRICO), cuyo reglamento es el Decreto Supremo N° 005-2015-JUS.

SEPTIMA. A todos los operadores de justicia, es necesario que exista un cambio percibir el Derecho Penal actual, donde del derecho penal de autor (simbólico), está transitando por el Derecho Penal del enemigo hacia el derecho penal del autor, sin embargo, debemos dejar en claro que este tránsito es dentro de la vigencia del principio de intervención mínima del Derecho penal y las garantías constitucionales del Estado Constitucional que existe en nuestro país. Es decir, es necesario un cambio de paradigma en la forma de percibir el Derecho Penal.

PROPUESTA DEL INVESTIGADOR (LEGE FERENDA).

Proyecto de Ley

Ley que modifica el artículo 317° del Código Penal “Organización Criminal”

Artículo Primero:

Modifíquese el primero y segundo párrafo del artículo 317°²⁶⁴ del Código Penal “Organización Criminal”, aprobado por el Decreto Legislativo N° 635, en los términos siguientes:

²⁶⁴ Redacción actual : artículo 317°.- Organización Criminal

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

“Artículo 317º.- Organización delictiva

El que promueva, organice, constituya, o integre una organización delictiva 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), 3)²⁶⁵, 4) y 8).

La pena será no menor de quince ni mayor de veinte años y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días - multa, e inhabilitación conforme al artículo 36, incisos 1), 2), 3) 4) y 8) en los siguientes supuestos:

1. Cuando el agente tuviese la condición de líder, jefe, financista o dirigente de la organización delictiva.
2. Cuando producto del accionar delictivo de la organización delictiva, cualquiera de sus miembros:
 - a. Causa la muerte de una persona, le causa lesiones graves a su integridad física o mental.

Cuando el agente tuviese la condición de líder, jefe, financista o dirigente de la organización criminal. Cuando producto del accionar delictivo de la organización criminal cualquiera de sus miembros cause la muerte de una persona o le causa lesiones graves a su integridad física o mental”

²⁶⁵ Artículo 36.- Inhabilitación:

La inhabilitación producirá, según disponga la sentencia:

3. Suspensión de los derechos políticos que señale la sentencia;

b. Afecte el patrimonio del Estado o utiliza el aparato estatal, o a miembros de este.

c. Tenga el ámbito de su acción a nivel del territorio nacional

Artículo Segundo:

Incorpórese el artículo 317°-C del Código Penal, aprobado por el Decreto Legislativo N° 635. "Organización Criminal" en los términos siguientes:

Artículo 317°-C: "Organización Criminal"

La pena será no menor de veinte ni mayor de 30 años y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días - multa, e inhabilitación conforme al artículo 36, incisos 1), 2), 3) 4) y 8) en los siguientes supuestos:

Cuando el accionar de la organización delictiva o cualquiera de sus miembros está destinado o ha cometido los delitos previstos en el artículo tercero de la Ley 3077°- Ley Contra Crimen Organizado. O la organización forma parte de una criminalidad organizada transnacional dedicada al tráfico ilícito de drogas, trata de personas y lavados de activos, Delito de tráfico ilícito de migrantes y Pornografía infantil.

Exposición de Motivos

Resulta necesario modificar el artículo 317° del Código Penal, para hacer efectiva la lucha contra la organización delictiva. Considerando que

el tipo penal de organización delictiva constituye el instrumento de persecución y sanción a los miembros de las organizaciones delictivas desde el ámbito del derecho penal sustantivo. En tanto las nuevas formas de delincuencia organizada que afecta nuestra seguridad jurídica deber ser desbaratadas con el instrumento eficaz y de última ratio que cuenta el Estado a fin de garantizar la seguridad de sus miembros.

Ahora bien, cuando se promulgó el Código Penal actual en el año 1991(08 de abril), se estableció el tipo penal del artículo 317°, tímidamente, bajo nominación de agrupación ilícita, precisando: “El que forma parte de una agrupación de dos o más personas destinadas a cometer delitos será reprimido, por el sólo hecho, de ser miembro de la agrupación, con pena privativa de libertad o menor de tres ni mayor de seis años. Posteriormente, el artículo 1° de la Ley N° 28355, con fecha 06 de octubre de 2004 se modificó el referido artículo del Código Penal: “El que forma parte de una organización de dos o más personas destinada a cometer delitos será reprimido por el sólo hecho de ser miembro de la misma”. El artículo 2 del Decreto Legislativo N° 982, publicado el 22 julio 2007, modificó el dispositivo legal en el siguiente termino: El que forma parte de una organización de dos o más personas destinada a cometer delitos será reprimido por el sólo hecho de ser miembro de la misma, con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años.

Cuando la organización esté destinada a cometer los delitos previstos en los artículos 152 al 153-A, 200, 273 al 279-D, 296 al 298, 315, 317, 318-A,

319, 325 al 333; 346 al 350 o la Ley N° 27765 (Ley Penal contra el Lavado de Activos), la pena será no menor de ocho ni mayor de quince años, de ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa e inhabilitación conforme al artículo 36 incisos 1, 2 y 4, imponiéndose además, de ser el caso, las consecuencias accesorias del artículo 105 numerales 2) y 4), debiéndose dictar las medidas cautelares que correspondan para garantizar dicho fin”.

En el año 2013, se promulgó la ley 30077, que entró en vigencia el 01 de julio de 2014, dicha ley mediante la Primera Disposición Complementaria modificó el artículo 317° del Código Penal: “El que constituya, promueva o integre una organización de dos o más personas destinada a cometer delitos será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años. Se advierte que esta vez el legislador incorporó los supuestos de constituir y promover las organizaciones delictivas. Supuestos que se mantiene hasta el 29 de octubre de 2016, cuando mediante el Decreto legislativo 1244 se modificó el artículo 317° del Código Penal, esta vez se agrega el supuesto de organizar y como presupuesto de la organización, homologando el concepto de la organización establecida en el artículo segundo de la Ley 30077, esto debido a que entre la organización establecidas entre el

Código Penal y la ley especial antes mencionada en sustancia tienen elementos comunes²⁶⁶.

Conforme se expone en la organización definida por la ley 30077 y el artículo 317° del Código Penal, si bien, no existe una distinción sustantiva, sin embargo, es advertir que la organización criminal definida en el artículo segundo de la ley no se refiere a cualquier delito, a que hace referencia el Código Penal en el artículo 317°²⁶⁷. En ese contexto se debe tener en cuenta que la ley de Crimen Organizado, es como respuesta al compromiso adquirido por el Estado peruano al momento de suscribir la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, denominado “Convenio de Palermo”²⁶⁸ que tiene por finalidad de promover la cooperación para prevenir y combatir más eficazmente la delincuencia organizada transnacional. Por otro lado,

²⁶⁶ Esto se puede advertir de la exposición de motivos del Decreto legislativo 1244: “. la definición y configuración que la norma realiza del Crimen organizado en su artículo 2° y lo desarrollado por la doctrina y la jurisprudencia del tipo penal de asociación ilícita del artículo 317°, no hay distinción sustantiva, en tanto ambas regulan un mismo fenómeno. (...) lo que dispone la Ley 30077 es básicamente brindar herramientas procesales para combatir la criminalidad organizada, mientras que el 317° constituye el instrumento sustantivo para su sanción.

²⁶⁷ El artículo 164 del Código Penal Federal de los Estados Unidos Mexicanos, sobre la organización delictiva establece para el capítulo de asociaciones delictivas: Al que forme parte de una asociación o banda de tres o más personas con propósito de delinquir, se le impondrá prisión de cinco a diez años y de cien a trescientos días multa. Cuando el miembro de la asociación sea o haya sido servidor público de alguna corporación policial, la pena a que se refiere el párrafo anterior se aumentará en una mitad y se impondrá, además, la destitución del empleo, cargo o comisión públicos e inhabilitación de uno a cinco años para desempeñar otro. Si el miembro de la asociación pertenece a las Fuerzas Armadas Mexicanas en situación de retiro, de reserva o en activo, de igual forma la pena se aumentará en una mitad y se le impondrá, además la baja definitiva de la Fuerza Armada a que pertenezca y se le inhabilitará de uno a cinco años para desempeñar cargo o comisión públicos

²⁶⁸ La Conferencia política del alto nivel para la firma de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (Convención de Palermo) y sus protocolos se celebrará en Palermo (Italia), del 12 al 15 de diciembre de 2000.

este convenio²⁶⁹ en su artículo 2° al referirse al "grupo delictivo organizado" señala que los miembros de la organización actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves, asimismo, dicha actuación es con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material. En tal sentido es pertinente, diferenciar la organización delictiva²⁷⁰ de una de organización criminal²⁷¹, en el entendido que esta es aquel que perpetrada delitos graves²⁷², aunado a ello se tiene que esta tiene una estructura vinculada con delincuencia transnacional²⁷³ y

²⁶⁹ Artículo 2, Definiciones: Para los fines de la presente Convención: a) Por "grupo delictivo organizado" se entenderá un grupo estructurado de tres o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves o delitos tipificados con arreglo a la presente Convención con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material;

²⁷⁰ El artículo 570 del Código penal Español, bajo el capítulo de las organizaciones y grupos criminales hace una distinción entre la organización que comete delitos graves de los que cometen otros delitos: " Quienes promovieren, constituyeren, organizaren, coordinaren o dirigieren una organización criminal serán castigados con la pena de prisión de cuatro a ocho años si aquella tuviere por finalidad u objeto la comisión de delitos graves, y con la pena de prisión de tres a seis años en los demás casos."

²⁷¹ La Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada de los Estados Unidos Mexicanos en su artículo 2: "- Cuando tres o más personas se organicen de hecho para realizar, en forma permanente o reiterada, conductas que por sí o unidas a otras, tienen como fin o resultado cometer alguno o algunos de los delitos siguientes, serán sancionadas por ese solo hecho, como miembros de la delincuencia organizada". Además este artículo señala los delitos graves que comete la organización: terrorismo, tráfico de armas, tráfico de órganos, trata de personas, secuestro y otros.

²⁷² b) Por "delito grave" se entenderá la conducta que constituya un delito punible con una privación de libertad máxima de al menos cuatro años o con una pena más grave

²⁷³ El Convenio establece en el Artículo 3 Ámbito de aplicación:

1. A menos que contenga una disposición en contrario, la presente Convención se aplicará a la prevención, la investigación y el enjuiciamiento de:

a) Los delitos tipificados con arreglo a los artículos 5, 6, 8 y 23 de la presente Convención; y

b) Los delitos graves que se definen en el artículo 2 de la presente Convención; cuando esos delitos sean de carácter transnacional y entrañen la participación de un grupo delictivo organizado.

2. A los efectos del párrafo 1 del presente artículo, el delito será de carácter transnacional si:

a) Se comete en más de un Estado;

b) Se comete dentro de un solo Estado pero una parte sustancial de su preparación, planificación, dirección o control se realiza en otro Estado;

además tiene fin lucrativo, conforme puede advertirse del listado de los delitos señalados en el artículo 3 de la Ley 30077, es coherente con la concepción efectuada por el convenio aludido.

En ese sentido señala Díaz Díaz²⁷⁴: “Si la sanción a miembros de asociaciones ilícitas dedicadas a la comisión de ilícitos menores no se ha dado en la práctica ha sido porque los tribunales han limitado la aplicación del delito mediante una exigencia estricta de los requisitos que la jurisprudencia ha desarrollado para caracterizar a esta clase de organizaciones y no por un examen respecto a los bienes jurídicos afectados por los delitos cometidos por los miembros de la asociación. En ese sentido parece loable el planteamiento contenido en el último proyecto de ley que busca el establecimiento de un nuevo Código Penal chileno, el anteproyecto del año 2013. En este se consagran los delitos de asociación delictiva y de asociación criminal, dentro del título de los delitos contra la seguridad pública, definiendo en ambos casos lo que se entenderá por tales, y limitando el segundo delito a organizaciones dedicadas a la comisión de ilícitos de especial gravedad.

En ese contexto se advierte que mediante la organización delictiva establecida en el artículo 317° puede ser afectado el patrimonio del

c) Se comete dentro de un solo Estado pero entraña la participación de un grupo delictivo organizado que realiza actividades delictivas en más de un Estado; o

d) Se comete en un solo Estado pero tiene efectos sustanciales en otro Estado

²⁷⁴ DIAZ DIAZ, Miguel Ángel Francisco. “El bien jurídico protegido en el delito de asociación ilícita, Universidad de Chile, tesis de licenciatura, Santiago de Chile 2015, pág. 137.

Estado, más aun que el aparato estatal sea utilizado para cometer delitos, tanto es más grave, el injusto cuando el delito es perpetrado con participación de las autoridades políticas, además se debe tener en cuenta la naturaleza del delito que es de peligro abstracto, en tal sentido es menester tomar en cuenta el ámbito de acción de la organización delictiva, pues estos son de naturaleza regional y nacional, aunado a la gravedad de los delitos perpetrados por la organización genera una alarma en la sociedad, lo que significa una dañosidad mayor a la seguridad pública.

Estas circunstancias expuestas hacen concluir sobre la necesidad de modificar el artículo 317° (organización delictiva) e incorporar el artículo 317-C del Código Penal (Organización Criminal) a fin que se regule adecuadamente la figura de la organización dedicado a cometer delitos, conforme a los instrumentos jurídicos internacionales, la legislación comparada y la Constitución Política del Estado Peruano, que en artículo primero establece que la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado, a cuyo fin deberá estar dirigida nuestra Política Criminal.

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

LIBROS:

1. ALMEYDA ESCOBAR, Janet. *La Criminalística en la Investigación Jurídico Penal*. Lima. Edit. Grijley, 2004.
2. ARAZAMENDI NINACONDOR, Lino. *Guía de la Metodología de la Investigación*. Adrus. Arequipa, 2009.
3. AFRE HERNÁNDEZ, Jerome. "Análisis Jurídico del Derecho Penal del Enemigo en la Política Criminal del Estado de Guatemala", Universidad de San Carlos de Guatemala, Guatemala 2014.
4. ALBANESE, J. *The Causes of Organized Crime: Do Criminals Organize Around Opportunities for Crime or Do Criminal Opportunities Create New Offenders?* Journal of Contemporary Criminal Justice, 2000.
5. ARIAS EIBE, Manuel José, "Funcionalismo penal moderado o teleológico-valorativo versus funcionalismo normativo o radical", en Cuadernos de Filosofía del Derecho, 29 (2006).
6. AMBOS KAI "Derecho Penal del en Discurso Penal del Enemigo. El discurso penal de la exclusión. Edi. IB de F., 2006.

7. AN GIONI. *Contenuto e funzioni del concetto di bene giurídico*, Milano, Giuffie, 1983.
8. ALBRECHT Peter-Alexis, "*Krieggegen den Terror*", ZStW-117, 2005.
9. ATTINÀ, Fulvio. *El Sistema Político Global: Introducción a las Relaciones Internacionales.*, Paidós, Barcelona 2001.
10. BLANCO CORDERO, Isidoro e GARCÍA DE PAZ, Isabel Sánchez. Principales Instrumentos Internacionales (de Naciones Unidas y la Unión Europea) relativos al crimen organizado: La definición de la participación en una organización criminal y los problemas de aplicación de la ley penal en el espacio, *Revista Penal* N° 6. 2000.
11. BACIGALUPO, Enrique. *Principios constitucionales de derecho penal*, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1999.
12. BACIGALUPO, Enrique, *Derecho Penal. Parte General*, Ed. Ara. 1ª edición, Lima, 2004
13. BUSTOS, RAMÍREZ. *Manual de Derecho Penal Parte General*. Barcelona Ariel. 4º Ed. Horrnazábal Malareó, 1994.

14. BECK, Ulrico, Risikogesellschaft. Politik in der Risikogesellschaft, Suhrkamp, 1999. La invención de los políticos. Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 1990;
15. BUNG Jochen. "*Feindstrafrechts Theorie de Normgeltung und der Person*", HRRS 2006.
16. BASSIOUNI, M.Charif; VETERE, Eduardo. *Organized Crime. A compilation of U.N. Documents 1975-1998*. New York, 1998
17. CABANELLAS ALVARADO, Gualberto. *Cómo hacer la tesis en Educación y ciencias afines*, UNSCH, Ayacucho 2013.
18. CASTILLO ALVA, José Luis. "*Principio de Derecho Penal.- Parte General*".- Edit Gaceta Jurídica.- Lima, 2002.
19. CASTILLO ALVA, José Luis. *Asociación para delinquir*, Grijley, Lima, 2005.
20. CEREZO MIR, José. *Curso de Derecho Penal español. Parte general*, v. I, Madrid, Tecnos, 1990.
21. CREUS, Carlos. *Derecho Penal. Parte Especial. Tomo II*. Buenos Aires. 3ª edición actualizada. Editorial Astera, 1990.

22. CREUS, Carlos. *Derecho Penal – Parte Especial*, Astrea, Buenos Aires, 1992.
23. CREUS, Carlos. *Derecho Penal. Parte especial*, 5ª ed., Astrea, Buenos Aires, 1999.
24. CREUS, Carlos. *Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo 2. 3ª edición actualizada. Editorial Astrea. Buenos Aires. 1990.
25. CANCIO MELIÁ, Manuel. *Delitos de Organización*, Euro Editores S.R.L, Buenos Aires, 2008.
26. CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio. Criminalidad organizada. Concepto. La asociación ilícita. Problemas de autoría y participación. En: AA. VV. *La criminalidad organizada. Aspecto sustantivo, procesal y orgánico*. Carlos Granados (Dir.). Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2001.
27. CARO CORIA, Carlos. *Sociedades de riesgo y bienes jurídicos colectivos*. En: SILVA, Jesús, CARO, Carlos, PERCY, Cavero, MEINI, Iván, PASTOR, Nuria, PARMA, Carlos y REAÑO, José. *Estudios de derecho penal*, Lima: Ara Editores, 2005.

28. CERESO MIR, José, Derecho penal. Parte general-Lecciones (26-40), 2a edición, Ed. De la Universidad Nacional de Educación a distancia UNED, Madrid, 2000.
29. CORCOY BIDASOLO, M.; VIVES-REGO, J. “La evaluación del riesgo y del impacto (o daño) en el delito ecológico: aspectos jurídicos y forenses”, en Revista Poder Judicial, N. 83, Valencia 2006
30. DE LA CUESTA AGUADO, Paz. Mercedes, Tipicidad e imputación objetiva, 2.ª ed., Editorial Jurídica de Cuyo, Mendoza, 1998.
31. DE LA CORTE IBÁÑEZ, Luis y Andrea Giménez-Salinas Framis. Crimen.Organizado. Ariel. Barcelona. 2010.
32. DE TOLEDO, Octavio / HUERTA TOCILDO, Susana. *Derecho Penal. Parte general. Teoría jurídica del delito*, Madrid, 1986.
33. DIAZ DIAZ, Miguel Ángel Francisco. “El bien jurídico protegido en el delito de asociación ilícita, Universidad de Chile, tesis de licenciatura, Santiago de Chile 2015.
34. DONNA, Edgardo Alberto. *El problema del Derecho Penal en la actualidad, en Nada Persona, Ensayos sobre crimen organizado y*

sistema de justicia, coordinado, por Virgolini-Blocar, Depalma, Buenos Aires, 2001.

35. DONNA, Edgardo Alberto. *Derecho Penal Parte Especial*. Tomo II-C, 1ra. Ed. Editores Rubinzal –Culzoni, Santa Fe 2002.
36. ESCRIVÁ GREGORI, José M. *La puesta en peligro de bienes jurídicos en Derecho Penal*. Barcelona, Bosch, 1976.
37. FARALDO y BRANDARIZ. “*Nuevos retos del Derecho penal en la era de la globalización*”, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
38. FUENTES OSORIO, Juan Luis. *Formas de anticipación de la tutela penal*. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 2015.
39. FERNÁNDEZ DE OVIDIO, Gonzalo. “El proceso hacia la reconstrucción democrática de la culpabilidad penal”, en *De Las penas, homenaje al Prof. Isidoro de Benedetti*, Ed. De Palma, Buenos Aires, 1997.
40. FERRE OLIVE, Juan Carlos y ANARTE BORRALLO, Enrique. *Delincuencia Organizada. Aspectos Penales, Procesales y Criminológicos*. Universidad de Huelva. Huelva. 1999.

41. GARLAND, David. *La Cultura del Control: Crimen y Orden Social en la Sociedad Contemporánea*. Gedisa Editorial. Barcelona. 2005.
42. GAYRAUD, Jean- François. *El G9 de las Mafias en el Mundo. Geopolítica del Crimen Organizado*. Tendencias Editores. Barcelona. 2007.
43. GIDDENS, Anthony. *Capitalismo y la moderna teoría social*, Idea Books, 1998.
44. GARCÍA CAVERO, Percy. *“Derecho económico. Parte general*. ED. Osbac. Lima, 2003.
45. GARCÍA CAVERO, Percy. *Derecho penal. Parte general*. Lima, Jurista Editores, 2012.
46. GARCÍA PANTA, Luis y MEJÍA HUARACA, Mario. *Plagiadores al Acecho*. Publicado en diario El Comercio. Edición del 21 de mayo de 2006.
47. GONZÁLEZ RUS, AP 2000/2. *Llamando la atención sobre las dificultades a la hora de conciliar ambas vías*. 2000.

48. GRACIA MARTÍN, Luis *Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado derecho penal del enemigo*, en RECPCr 7-02. 2005.
49. GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis “*El renacimiento del pensamiento totalitario en el seno del Estado de derecho: la doctrina del derecho penal del enemigo*”, Revista Penal 19. 2007.
50. GRACIA, MARTÍN, Luis. *Prolegámenos por la lucha*. Valencia: Editorial Tirant Lo Blanch, 2003.
51. GRANDEZ ROJAS, Cecilia Margarita. *Derecho penal del enemigo y la política criminal en el Perú*, Universidad Nacional “Pedro Ruiz Gallo”, Tesis Doctoral, Lambayeque 2017.
52. HERNAN HORMAZABAL MALAREE. *Bien jurídico y estado social y democrático de derecho, el objeto protegido de la norma penal*, Ed. Jurídica Cono Sur, España 1991.
53. JAKOBS, Gunter y CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho penal*, Aranzadi, (2ªEd.), 2006.
54. JAKOBS Gunther y Cancio Meliá. *Derecho Penal de Enemigo*. Civitas, 2003.

55. JAKOBS, Gunther. *“Criminalización en el estadio previo a la lesión del bien jurídico”, en “Estudios de derecho penal”*. Traducción de Rodríguez Ramos, Suárez González, Cancio Meliá. Civitas, Madrid.
56. JAKOBS, Gunther. *Derecho penal. Parte general: Fundamentos y teoría de la imputación*. Traducción de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano Gonzáles de Murillo. Editorial Marcial Pons, Madrid 1997.
57. JAKOBS, Günther y Manuel Cancio MELIÁ. *“El Sistema funcionalista de derecho Penal”*. ED. Grijley; Lima; Perú; 2000.
58. JAKOBS, Günther. *“¿Qué protege el derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?”*, en el Libro homenaje a Günther Jakobs. El funcionalismo en Derecho Penal, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003.
59. JAKOBS, Gunther. *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación, prólogo a la primera edición*, Madrid-España 1997(2da. Ed. Alemania 1991).

60. JESCHECK, Hans Heinrich. *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, editores Comares. Granada, 1993.
61. JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, Vol., I, Ed., Bosch, Barcelona, 1981.
62. JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. "Tratado de derecho penal, Ed. Losada, Buenos. Aires., 1959.
63. JÖRG ARNOLD, "*Entwicklungslinien des Feindstrafrechts in 5 Thesen*", HRRS. 2006.
64. HERNANDEZ SAMPIERE, Roberto, FERNANDEZ COLLADO, Carlos, BAPTISTA LUCIO, Pilar. *Metodología de Investigación*. Cuarta Edición, Mc Graw Hill, México D. F. 2006.
65. KINDHAUSBR, Urs Konrad. *Acerca de la legitimidad de los delitos de peligro abstracto en el ámbito del derecho penal económico*, traducido por Fernando Molina Fernández, En: *Hacia un derecho penal económico Europeo*, Madrid: Serie de Derecho Público, Boletín Oficial del Estado, 1995.
66. HÖRNLD, TATJIANA. "*Deskriptiveundnormative Dimensionen des BegriffsFeindstrafrecht*". GA, 2006.

67. HERNANDEZ, R., FERNÁNDEZ, C., y BAPTISTA, P. *Metodología de la investigación*. 4ta. ed. México, DF: McGraw-Hill, 2006.
68. HASSEMER, Winfried. *Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos*. traducido por Elena Larrauri. En *Pena y Estado*, Santiago: Editorial Jurídica Cono Sur Ltda., 1991.
69. HURTADO POZO, José. *Manual de derecho Penal. Parte General*. Grijley. Lima 2005.
70. HURTADO POZO, José. *Manual de Derecho penal. Parte general*. segunda edición, LIMA 1987.
71. HURTADO POZO, José, y PRADO SALDARRIAGA, Víctor. *Manual de Derecho penal. Parte general. T. II*. Lima, Idemsa, 2011.
72. KANT, Immanuel. *Zurewigen Frieden, Werke in sechs Bänden edic.* de Rolf Toman , Bd. 6. (1995).
73. KANT, Die. *Metaphysik der Sitten (1797)*. Edic.deH.Ebeling, Rechtslehre, 1990.

74. KANT, Immanuel. *“Zurewigen Frieden”*, Immanuel KANT, Werke in sechs Bänden, Edic. de Rolf Toman, Bd. 6, 1995.
75. KERLINGER, FN. Enfoque conceptual de la investigación del comportamiento. Nueva Editorial Interamericana. Capitulo número 8. Investigación experimental y no experimental, México, D.F. 1979.
76. KINDHAUSBR, Urs Konrad. *Acerca de la legitimidad de los delitos de peligro abstracto en el ámbito del derecho penal económico*, traducido por Fernando Molina Fernández, En: Hacia un derecho penal económico-Europeo, Madrid: Serie de Derecho Público, Boletín Oficial del Estado, 1995.
77. LAMAS PUCCIO, Luis. Criminalidad Organizada, Seguridad Ciudadana y Reforma Penal. Revista Peruana de Ciencias Penales N° 23. Lima. 2012.
78. LISZT, Franz Von, Tratado de derecho penal, traducido de la 20a edición alemana por Luis Jiménez de Asúa; y adicionado con el derecho penal español por Quintiliano Saldaña, Ed. Reus, Madrid, 1927.
79. LORENZO FLORES, Rossmery Y OTROS. *“El Derecho Penal del Enemigo”*. Lima USMP, 2006.

80. MACHACA CALLE, Gudelia. *Tráfico Ilícito de drogas y sectores pobres del Ayacucho*. Tesis para optar el grado de Maestro en Ciencias Penales, Ayacucho UNSCH, 2013.
81. MARTÍNEZ ESCAMILLA, MARGARITA: "La imputación objetiva del resultado", Edersa Madrid, 1992.
82. MARIO BUNGE. *Mente y sociedad*. Alianza Editorial, Madrid, 1989.
83. MÉNDEZ RODRÍGUEZ, Cristina. *Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación*. Madrid: Servicio publicaciones facultad derecho, Universidad Complétense Madrid, 1993.
84. MENDOZA BUERGO, Blanca. *Límites dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto*. Granada, Comares, 2001.
85. MELLADA FERNÁNDEZ, Covadonga. El uso de las nuevas tecnologías como método del blanqueo de capitales. *Revista Penal* Nº 31. 2013.
86. MEINI MÉNDEZ, Iván. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1999

87. MENDOZA ESCALANTE, Mijail, *Derechos Fundamentales y Derecho Privado, Eficacia de los derechos fundamentales entre particulares y su protección procesal*. Grijley, Lima 2009.
88. MELLIZO, Carlos. *Thomas Hobbes Leviatán o materia, forma y poder de un estado eclesiástico y civil*. Alianza Editorial, Madrid 2004.
89. MEDINA PEÑALOZA, Sergio, *Teoría del Delito, Causalismo, Finalismo e Imputación Objetiva*, 2ª edición, Ed. Ae Angel, Mexico, 2003.
90. MCINTOSH, Mary. *La Organización del Crimen*. Siglo XXI Editores. México.1977
91. MOLINARIO, Alfredo-AGUIRRE OBARRIO, Eduardo. *Los delitos*, Tea, Buenos Aires, 1999.
92. MORENO-TORRES HERRERA, M. R. *Tentativa de delito y delito irreal*, Tirant lo Blanch. Valencia, 1999.
93. MORALES PRATS, Fermín. "Precisiones conceptuales en torno a la culpabilidad: Convenciones normativas y función

individualizadora", en Libro Homenaje al profesor, Ángel Torio López, Granada, 1999.

94. MUÑOZ CONDE Francisco. "*Mutaciones de Leviatán*" legitimación de los nuevos modelos penales. España. Ed. Akal, 2006.
95. MUÑOZ CONDE, Francisco. *El Derecho Penal del Enemigo*, Instituto Nacional de Ciencias Penales. México. Ed. Akal, 2003.
96. MUÑOZ CONDE, Francisco. Estudios sobre el derecho penal en el nacionalsocialismo, Ed., Tirant lo blanch, Valencia, 3ª ed., 2002.
97. MIR PUIG, Santiago. *Tratado de Derecho Penal - Parte General*. Ed. PPU, Tercera Edición, Barcelona, 1990.
98. OTERO PARGA, Milagros. *Dignidad y solidaridad*. Dos derechos fundamentales. México, Edit. Porrúa, y Universidad Panamericana, 2006.
99. OLARTE ARTEAGA, Vladimiro. *La Criminalidad Común en la Aplicación de los Sistemas de Control*. Tesis para optar el grado Maestro en Ciencias Penales, Ayacucho UNSCH, 2009.

100. ORE GUARDIA, Arsenio. *Manual de Derecho procesal penal*. Lima Alternativas, Lima 1996.
101. ORÉ SOSA, Eduardo, y PALOMINO RAMÍREZ, Walter. *Peligrosidad criminal y sistema penal en el Estado social y democrático de derecho*. Lima, Reformas, 2014.
102. OSSORIO, Manuel. *Diccionario De Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales*. 1ª Edición Electrónico Realizada por Datascan, S.A. Guatemala, C.A.
103. ORANTES ORELLA, Verónica María. *“Análisis de aplicación del Derecho Penal del Enemigo en Guatemala”*. Universidad Francisco Marroquí, Guatemala 2012.
104. PASTOR, Nuria, PARMA, Carlos y REAÑO, José. *Estudios de derecho penal*, Lima: Ara Editores, 2005.
105. POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Instituciones de Derecho Penal. Parte General*. Editorial Jurídica Grijley, Lima, 2005.
106. POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Fundamentos Dogmáticos del Moderno Derecho Penal*, Colaborador, Miguel POLAINO ORTS, Ed. Porrúa, México, D.F., 2001.

107. PRADO SALDARRIAGA, Víctor. *Criminalidad organizada y lavado de activos*. Lima, Idemsa, 2013.
108. PRADO PRADO, Cesar. “*La tipificación en los delitos de lavados de activos y criminalidad organizada en el VRAE*”. Tesis para optar el grado maestro en derecho penal Ayacucho, UNSCH 2010.
109. PETER-ALEXIS Albrecht, “*Krieggegen den Terror*”, ZStW-117, (2005).
110. PRITTWITZ, Corneluis. *Sociedad de riesgo y derecho penal*”. Traducido por Adan Nieto Martín y Eduardo Demetrio Crespo. En: *Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo: el análisis crítico de la Escuela de Frankfurt*. Coordinado por: Adán Nieto Martín, Luis Alberto Arroyo Zapatero, Ulñied Neumann. Castilla-La Mancha, Ediciones Universidad de Castilla de la Mancha, 2003.
111. POLAINO ORTS, Miguel. “*Reincidencia y Habitualidad: Poniendo caras al Enemigo*” en Jus-Constitucional. Lima. Edit. GRIJLEY, 2005.

112. QUERALT JIMÉNEZ, J. J., *Derecho Penal español. Parte especial*. 3ª ed., Bosch, Barcelona, 1996.
113. RODRIGUEZ, MONTAÑÉS, Teresa. *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2004.
114. RAMÍREZ MONAGAS, Bayardo. *La Delincuencia Organizada Transnacional como Fenómeno Global Contemporáneo de Carácter Político, Económico y Social*. Nuevo Tipo Asociativo de Delito, XV Conferencias sobre Supervisión Financiera, Guatemala, 2012.
115. REAÑO PESCHIERA, José Leandro. *Autoría y participación en delitos especiales de funcionarios públicos cometidos en el marco de organizaciones criminales: Un análisis dogmático a partir del delito de asociación ilícita*, En: SAN MARTÍN / CARO / REAÑO. *Los delitos de tráfico de influencias, enriquecimiento ilícito y asociación para delinquir. Aspectos sustantivos y procesales*. Lima, Jurista Editores, 2002.
116. RÍOS ALVAREZ, Rodrigo Hernán. *“Manifestaciones del Derecho Penal del Enemigo en la Ley 20.000”*, Universidad Chile, Chile 2008.

117. RIGHI, Esteban. Derecho Penal, Parte general, Ed., Lexis Nexis, 1era edición, Buenos Aires, 2007.
118. ROJAS VARGAS, Fidel. *Estudios de Derecho Penal*. Juristas Editores Lima 2006.
119. ROJAS VARGAS, Fidel. *Derecho Penal, Estudios Fundamentales de la Parte Especial*. Gaceta Penal y Procesal Penal, Jurista Editores, Lima, 2013.
120. ROJAS VARGAS, Fidel. *Estudios de Derecho Penal*. Jurista Editores. Lima. 2004.
121. ROXIN, Claus. *La teoría del delito en la discusión actual*. Lima. Asc. Jurídica., 2007.
122. ROXÍN, Claus. Derecho penal, Parte general, Tomo I, Fundamentos de la Estructura de la teoría del delito. Trad. 2ª edición, por Diego-Manuel Luzón peña, Miguel Díaz García Conlledo, Javier de Vicente Remesal, Ed. Civitas, Madrid, 1997.
123. RODRÍGUEZ DEVESA, José. *Derecho Penal español. Parte general*, Madrid, Dykinson, 1991.

124. RODRIGUEZ, MONTAÑÉS, Teresa. *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*. Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires 2004.
125. ROUSSEAU, Juan Jacobo. *El Contrato Social*, Buenos Aires, edit. PERRAT, 1961.
126. ROXIN, Claus. *Derecho Penal Parte General, Tomo I: fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito*. Traducido por LUZÓN, Peña, Diego—Manuel, DÍAZ Y GARCIA CONLLEDO, Miguel, REMBSAL DE VICENTE, Javier. 2º edición, Civitas Madrid, 1997.
127. ROXIN, Claus. *La teoría del delito en la discusión actual*, traducido por Manuel Abanto Vásquez, Lima, Jurídica Grijley, 2007.
128. ROXIN, Claus., “Zur kriminalpolitischen Fundierung des Strafrechtssystems”, em Festschrift für Günther Kaiser, Ed., Duncker & Humblot, Berlin, 1998.
129. ROXIN, Claus. Política criminal y sistema del Derecho penal (trad. esp. de Muñoz Conde del original alemán Kriminalpolitik und Strafrechtssystem, de 1970, fecha por la que se cita en el texto), Ed. Bosch, Barcelona 1972.

130. ROXIN, Claus, Política criminal y sistema de Derecho penal, (traducido por Francisco Muñoz Conde, Ed. Alemania 1970). Madrid 1972.
131. ROY FREIRE, Luís. *“Una visión moderna de la teoría del delito”*. *Misterio de Justicia*. Lima-Perú 1998.
132. SAN MARTIN CASTRO, César E. *“El delito de tráfico de influencias y asociación ilícita para delinquir”*.- Jurista Editores.- Lima 2000.
133. SAN MARTIN CASTRO, Cesar. Derecho Procesal Penal. Lecciones, INPECCP, Lima, 2015.
134. SAN MARTÍN CASTRO, César Eugenio y otros autores. *Delitos de Tráfico de Influencias, Enriquecimiento Ilícito y Asociación para Delinquir*. Jurista Editores. Lima. 2000.
135. SANCHEZ- GARCIA DE PAZ, Irma. *“La Criminalidad Organizada; Aspectos penales, Procesales, Administrativos y Policiales*.- Universidad de Valladolid”.- 2006.
136. SANCHÉZ, GARCIA DE PAZ, María Isabel. *El moderno derecho penal y tutela penal*, Valladolid: Secretariado de publicaciones e

intercambio científico, Universidad de Valladolid, 1999 Silva, J. 2002.

137. SANTIAGO, Mir Puig. *Derecho Penal. Parte general*, Barcelona, PPU, 1990.
138. SÁINZ CANTERO, José. *Lecciones de Derecho Penal. Parte general. v. II*, España, 1988.
139. SANCHÉZ, GARCIA DE PAZ, María Isabel. *El moderno derecho penal y la anticipación de la tutela penal*. Valladolid: Secretariado de publicaciones e intercambio científico, Universidad de Valladolid, 1999.
140. SANCHÍS FERRERO, Julia. *El delito de incendio y la piromanía*. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1960.
141. SILVA, SANCHEZ, Jesús María. *La expansión del derecho penal. Aspecto de la política criminal en las sociedades postindustriales*. 2º edición revisada y ampliada. Madrid: Civitas, 2001.
142. SILVA, SÁNCHEZ, Jesús María. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, Barcelona. J.M. Bosch, 2002.

143. SIMON, Jan-Michael. Temas para el debate sobre la criminalidad, evolución del Derecho Penal y crítica al Derecho penal en la actualidad. Editores del Puerto. Buenos Aires. 2009.
144. SCHÜNEMANN, Bernad. *El sistema moderno del Derecho penal: Cuestiones fundamentales*, Introducción, traducción y notas de Jesús María SILVA SÁNCHEZ, E d., Tecnos, Madrid, 1991.
145. STRAUSS, L. *La Filosofía Política de Hobbes*. Argentina. Ed. Fondo de Cultura Económica. (2006).
146. SCHILD TRAPPE. *Harmlose Gehilfenschaft? Eine Studie über Grund und Grenzen der Gehilfenschaft*. Berna 1995.
147. VIVES ANTÓN, Tomas Salvador. “Dos problemas del positivismo jurídico”, en AA. VV., *Escritos penales*, Ed., Universidad de Valencia, Valencia, 1979.
148. VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe A., *Derecho Penal. Parte General*, Ed. Grijley, Lima, 2007
149. WELZEL, Hanz. *Teoría de la acción finalista*, Ed., De Palma, Buenos Aires, 1951.

150. ZAFFARONI, Eugenio Raúl, Manual de derecho penal. Parte General, T. II., 5ª edición, Ed. Ediciones Jurídicas, Lima, 1986.
151. ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. *Criminalidad organizada y sistema de derecho penal. Contribución a la determinación del injusto penal de organización criminal.*
152. ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. *Las consecuencias accesorias aplicables a las personas jurídicas del art. 105 CP, a más de 15 años de su vigencia.* En: AA. VV. Problemas fundamentales de la Parte General del Código Penal. HURTADO POZO. Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2009.
153. ULRICH BECK. *La sociedad en riesgo: hacia una nueva modernidad*, Piados Ibérica, España- Barcelona, 2006
154. URQUIZO OLAECHEA, José. “*Derecho Penal de Enemigo.* Revista de Derecho y Ciencia Política - UNMSM. Vol. 64. Lima. 2007.
155. URQUIZO OLAECHEA, José, “*Culpabilidad. Búsqueda de nuevas soluciones*”. Lima, 2004.

156. TIPACSI, J. *Criminalidad Organizada en el Perú*. Lima. Edit. Estafa Jurídica Virtual. 2008.
157. TALAVERA ELGUERA, Pablo. “*El Derecho Penal del Enemigo en la Legislación* - Justicia y Democracia, AMAG. (N° 10). Lima. (2011).
158. VILLA STEIN, Javier. “*La culpabilidad*”. Ediciones jurídicas. Lima 1997.
159. VÁSQUEZ TORRES, Elena Rosa. *Alcances y Límites Actuales del Derecho Fundamental de Asociación en el Perú*. Tesis para obtener el Grado Magister en Derecho Constitucional, Lima PUCP, 2013.
160. VIEHWEG, Theodor, Tópica y jurisprudencia (trad. DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN), en *Ensayistas de hoy*, N.º 39, Ed., Taurus, Madrid, 1964.
161. ZAFFARONI, Eugenio R. *Derecho Penal Parte General*. Ed. Ediar, Buenos Aires, Argentina, 2º Ed., 2005.

REFERENCIAS ELECTRÓNICAS.

162. ABA CATOIRA, Ana, “*El concepto jurisprudencial de límite de los derechos fundamentales*”. Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña. La Coruña N° 2. Consulta en <http://ruc.udc.es/dspace/bitstream/2183/1984/1/AD-2-1.pdf>.2016
163. AGUILAR LÓPEZ, Miguel Ángel. *Delitos de Peligro e Imputación Objetiva*. consultado en http://www.cienciaspenales.net/files/2016/11/2_delitos-de-peligro.pdf 2016
164. CARBONELL SÁNCHEZ, Miguel. “*La libertad de asociación y de reunión en México*”. Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, Biblioteca Jurídica Virtual 276 del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. México D. F. Consulta en. <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dconstla/cont/2006.2/pr/pr9.pdf> 2016
165. CARO JOHN, José Antonio. *La impunidad de las conductas neutrales. A la vez, sobre el deber de solidaridad mínima en el Derecho penal*. consultado en: www.alfonsozambrano.com/doctrina_penal/conductas_neutrales.doc 2015.

166. CLIMENT SANJUAN, Víctor. Sociedad del riesgo: Producción y sostenibilidad. Revista de Sociología, Nº 82, Barcelona 2006. Consultado en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2263896> 2017.
167. DE LA CRUZ OCHOA, Ramón. *Crimen organizado: aspectos criminológicos y penales*. Universidad la Habana. Tesis presentada en opción al grado científico de Doctor en Ciencias Jurídicas, La Habana 2007. Descargado en <http://agenciabk.net/crimen.organizado.pdf>. 2017.
168. ELOÍSA QUINTERO, María. *La anticipación de la punibilidad*, INACIPE DIGITAL, consultado en <http://digital.inacipe.gob.mx/post/17551356273/la-anticipacion-de-la-punibilidad>, 2015.
169. JÖRG, A. “*Entwicklungslinien des Feindstrafrechts in 5 Thesen*”, HRRS. (<http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-02.pdf>), 2006.
170. FALLA ROSADO, Miguel. *Análisis normas criminalidad organizada* *Análisis de las Leyes N°30076 y 30077 Ley contra el crimen organizado*. Dr. Miguel Falla Rosado Director del CIDAJ: consultado

en https://www.minjus.gob.pe/.../285_20_análisis_normas_criminalidad_organizada_2016

171. FUENTES OSORIO, Juan L. *Formas de anticipación de la tutela penal*, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*: consultado en <http://criminet.ugr.es/recpc/08/recpc08-08.pdf>, 2015.
172. GEISMANN, Der Staat 21. (1982) Consultado en: <https://criminet.ugr.es/recpc/10/recpc10-03.pdf>. 2016.
173. GONZALES CUSSAC, José L. *El renacimiento del pensamiento totalitario en el seno del estado de Derecho: la doctrina del derecho penal enemigo*. *Revista Penal UHU*, 2009. consultado en <https://www.uhu.es/revistapenal/index.php/penal/article/viewFile/304/295>. 2017.
174. LENK, Hans. "Cuestiones teórico-científicas de la sociología", en *Filosofía Pragmática*, Trad., de Garzón Valdés del original alemán de 1975, fecha por la que se cita, Ed., Alfa, Barcelona, 1982. En <http://data.cervantesvirtual.com/manifestation/260429?lang=es>
175. MODOLELL GONZÁLEZ, Juan Luis. El "Derecho Penal del enemigo": evolución ¿o ambigüedades? del concepto y su justificación. *Criminal law*, 2006. Consultado en

<https://books.google.com.pe/books?id=klfDHwwwLfoC&pg=PA207&lpg=PA207&dq=Juan+Luis+Modolell+González+derecho+penal+de+l+enemigo&source=bl&ots=>. 2017

176. MONOGRAFIAS. *Delito contra la Tranquilidad Pública*.
<https://es.scribd.com/doc/59539169/MONOGRAFIA-DELITOD-CONTRA-LA-TANQUILIDAD-PUBLICA-2016>.
177. MONTES HUAPAYA, Sandro. EVOLUCIÓN DE LA CIENCIA DOGMÁTICA Del Casualismo al Funcionalismo, en
<http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2014/05/doctrina38852.pdf>
178. PALERMO, CONVENIO DE PALERMO Consultado en
<https://www.unodc.org/pdf/cld/TOCebook-s.pdf> el 23/03/2017
179. PRADO SALDARRIAGA, Víctor, *Sobre la Criminalidad Organizada en el Perú y el Artículo 317º del Código Penal*: en
https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080526_65.pdf.2014
180. Revista Psicología Científica.Com, Volumen 17, año 2015 : en
<http://www.psicologiacientifica.com/> 2017

181. RUSCON, Maximiliano A. *Anticipación del Derecho Penal: ¿Cuál es la frontera?. Nuevamente sobre el poder de las garantías en la moderna dogmática jurídico penal.* Consultado en: www.palermo.edu/Archivos_content/derecho/pdf/expansion.pdf 2016.
182. VEGA, F. *Sociedad de riesgo en el Perú. Derecho y Cambio Social.* Consultado <http://www.derechoycambiosocial.com>, 2015.

REFERENCIAS: REVISTAS

183. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. *Contribución al estudio de los delitos de peligro abstracto.* Madrid, 1973.
184. DININCRI-PNP. *El Crimen Organizado en el Perú.* Separata. Lima. 1999.
185. José C. Ugaz. Falta de Inteligencia. Comentario publicado en la Sección Editorial del diario "El Comercio", edición del 8 de abril de 2003.
186. INEI. *La Violencia en Lima Metropolitana.* Separata estadística Datos 79, en el peruano, edición del 11 de mayo de 1998.

187. Negocio Imparable. *Reportaje publicado en la Revista 5to Poder* N° 49, edición del 7 de mayo de 2006, Lima.
188. ORTIZ ANDERSON, César, *El Crimen Organizado en Lima*. Entrevista a César Ortiz Anderson, publicada en domingo. Suplemento del diario La República, edición del 10 de mayo de 1998.
189. Procuraduría de Orden Público del Ministerio del Interior del Perú. Compendio de Política Criminal y Criminalidad Organizada, Fondo Editorial Universidad A las Peruanas, Lima febrero 2015.
190. Separata del Seminario sobre la Lucha contra la Delincuencia Organizada y la Corrupción. Contenido en CD ROM del Centro para la Prevención Internacional del Delito-Oficina contra la Droga y el Delito de las Naciones Unidas". Editado por la Academia de la Magistratura. Lima, agosto 2003.

JURISPRUDENCIA

191. Sentencia del Tribunal Constitucional Español 234/2001 (Sala segunda de lo penal, 3.5.2001)
192. Sentencia de Tribunal Constitucional peruano Exp. 3330-2004-AA .

193. Sentencia del Tribunal Constitucional Español 53/1985.
194. Sala Penal Especial de la Corte Suprema del Perú, Resolución 21-2001 del 04 de setiembre del 2003, Caso José García Marcelo.
195. Corte Superior de Justicia de Lima Primera Sala Penal Liquidadora, Lima, tres de abril de dos mil doce, caso Frank Jhonatan Núñez Garzón.
196. Sala Penal Nacional en la Sentencia recaída contra Abimael y otros (organización Sendero Luminoso).
197. Acuerdo Plenario N° 4-2006/CJ-116 sobre Cosa Juzgada en relación al delito de Asociación ilícita para delinquir.
198. I Pleno Jurisdiccional 2017, Acuerdo Plenario N° 01-2017-SPN, Sala Penal Nacional.

ANEXO

ANEXO 01

MATRIZ DE CONSISTENCIA

TITULO: "LA INADECUADA APLICACIÓN DEL ADELANTAMIENTO DEL BARRERA DE PUNIBILIDAD PRESENTE EN EL DELITO DE ASOCIACIÓN PARA DELINQUIR FRENTE A LA ORGANIZACIÓN DELICTIVA".

| PROBLEMA | OBJETIVOS | MARCO TEORICO | HIPÓTESIS | VARIABLES | METODOLOGÍA |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| <p>PROBLEMA GENERAL ¿En qué medida, la aplicación del adelantamiento de la barrera punibilidad presente en el delito de asociación para delinquir no permite el desbaratamiento de la organización delictiva?</p> <p>PROBLEMAS SECUNDARIOS</p> <p>¿El adelantamiento de la barrera de punibilidad es una propuesta del derecho penal de enemigo?</p> <p>¿El delito de asociación para delinquir se justifica como instrumento jurídico penal para desbaratar organizaciones delictivas?</p> <p>¿La aplicación del delito de asociación para delinquir no permite desbaratar la organización delictiva?</p> | <p>OBJETIVO GENERAL Determinar, en qué medida, la aplicación del adelantamiento de la barrera de punibilidad, presente en el delito de asociación para delinquir no permite desbaratar la organización delictiva.</p> <p>OBJETIVOS ESPECÍFICOS</p> <p>Identificar si el adelantamiento de la barrera de punibilidad es una propuesta del derecho penal de enemigo.</p> <p>Determinar, en qué medida se justifica el delito de asociación para delinquir se justifica como instrumento jurídico penal para desbaratar organizaciones delictiva.</p> <p>Determinar en qué medida la aplicación del delito de asociación para delinquir no permite desbaratar la organización delictiva.</p> | <p>- Estudio del Derecho Penal</p> <p>-Estudio de la legislación nacional</p> <p>- Estudio de la doctrina nacional</p> <p>-Estudio de las sentencias del delito de Asociación ilícita para delinquir</p> <p>- Análisis y estudio de trabajos de investigación precedentes.</p> | <p>HIPÓTESIS GENERAL La inadecuada aplicación del adelantamiento de la barrera de punibilidad presente en el delito de asociación para delinquir no permite desbaratar la organización delictiva antes que el delito fin sea materializado.</p> <p>HIPÓTESIS ESPECÍFICAS</p> <p>El adelantamiento de la barrera de punibilidad es una propuesta del derecho penal de enemigo.</p> <p>El delito de asociación para delinquir se justifica en la medida que este delito penaliza, sólo hecho de pertenecer a una organización</p> | <p>VARIABLE (X1) Adelantamiento de punibilidad Indicadores: -conducta neutra -bien jurídico lesionado</p> <p>VARIABLE (X2) Delito de asociación para delinquir Indicadores: Asociación conducta delictiva</p> <p>VARIABLE (Y) Desbaratamiento de la organización delictiva Indicadores: -investigación</p> | <p>PARADIGMA DE INVESTIGACIÓN Mixta (cualitativa y Cuantitativa)</p> <p>TIPO DE INVESTIGACIÓN investigación Jurídica, Explicativa, Correlacional, Predictiva, Aplicada, Comparada.</p> <p>NIVEL DE INVESTIGACION Descriptiva</p> <p>DISEÑO DE INVESTIGACION No experimental</p> <p>MÉTODO Descriptivo – explicativo, análisis – síntesis.</p> <p>POBLACIÓN 20 Expedientes sobre el Delito de Asociación para Delinquir de la Corte Superior de Justicia de Ayacucho del enero de 2000 al diciembre 2015.</p> <p>113 Magistrados del Ministerio Público y Poder Judicial del Distrito Fiscal y Judicial de Ayacucho</p> <p>MUESTRA -14 sentencias: muestras no probabilística.</p> |

| | | | | | |
|--|--|--|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| | | | <p>delictiva, sin importar que se haya materializado el delito fin.</p> <p>La inadecuada aplicación del delito de asociación para delinquir por los operadores de justicia (jueces y fiscales) no permite desbaratar las organizaciones delictivas antes que el delito fin sea materializado</p> | <p>-juzgamiento</p> <p>-Sanción</p> | <p>-50 Magistrados del Ministerio Público y Poder Judicial, del Distrito Fiscal y Judicial de Ayacucho: muestra probalística</p> <p>INSTRUMENTOS PARA RECOLECCIÓN DE DATOS</p> <p>fichas pre elaboradas Guía Análisis documental Ficha de entrevista Ficha de derecho comparado Ficha de Jurisprudencia.</p> <p>PROCESAMIENTO Y PLAN DE RECOLECCIÓN DE DATOS</p> <ul style="list-style-type: none"> - Solicitud a la corte superior de justicia de Ayacucho - Se ubicaran los expedientes - Se registraran los datos - ficha técnicas de encuestas <p>TÉCNICA DE PROCESAMIENTO Y ANÁLISIS DE DATOS</p> <ul style="list-style-type: none"> - Análisis en el programa estadístico Spss, se elaboraran gráficos, tablas de frecuencia, contingencia |
|--|--|--|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|

ANEXO 02

MARCO COMPARADO: DELITO DE ASOCIACION ILICITA PARA DELINQUIR

| País | Perfil de significación el detalle que se compara | Semejanza | Diferencia | Tipología que se compara | Tiempo y espacio |
|-----------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------------------------------|---------------------------------------------------------------------------|
| REPUBLICA DOMINICA | Art. 291. En las sociedades que se formen con el objeto de ocuparse asuntos religiosos, políticos, literarios o de cualquier otra naturaleza, no podrán llevarse armas, bajo pena a los infractores de una multa 48 de cinco a diez pesos. | El Art. 291 Del Código Penal de la republica dominica prescribe el delito de asociación ilícita de para delinquir con la peculiaridades de acuerdo a su realidad que regula | El Art. 291 Del Código Penal de la republica dominica se diferencia del artículo 317° del código penal peruano en el sentido el dominicano hace referencia a sociedades con el objeto de ocuparse de asuntos religiosos, políticos, literarios es decir existen personas jurídicas que se forman legalmente con la finalidad de dedicarse a acto lícitos, sin embargo, se dedican cometer ilícitos penales. Asimismo el código dominicano no señala la mínima cantidad de integrantes de la asociación | CODIGO PENAL | Código Penal de la República de Dominica |
| ARGENTINA | Artículo 213- Se impondrá reclusión o prisión de CINCO (5) a VEINTE (20) años al que tomare parte de una asociación ilícita cuyo propósito sea, mediante la comisión de delitos, aterrorizar a la población u obligar a un gobierno o a una organización internacional a realizar un acto o abstenerse de hacerlo, siempre que ella reúna las siguientes características: a) Tener un plan de acción destinado a la propagación del odio étnico, religioso o político; b) Estar organizada en redes operativas internacionales; c) Disponer de armas de guerra, explosivos, agentes químicos o bacteriológicos o cualquier otro medio idóneo para poner en peligro la vida o la integridad de un número indeterminado de personas. Para los fundadores o jefes de la asociación el mínimo de la pena será de DIEZ (10) años de reclusión o prisión. | El Artículo 213° Del Código Penal Argentino Igual Que El Artículo 317° Del Código penal peruano habla de asociación ilícita cuyo propósito sea la comisión del delito. | Se advierte que el artículo 213 del código penal argentino agrega el hecho que la actividad de la asociación delictiva autorice a la población u obligue al gobierno o una organización internacional a realizar un acto o abstenerse de hacer. | CODIGO PENAL | Código penal de la República Argentina: Ley Nro. 11.179. 1984 |

| | | | | | |
|-----------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| <p>BOLIVIA</p> | <p>ARTICULO 132: El que formare parte de una asociación de tres o más personas organizada de manera permanente, bajo reglas de disciplina o control, destinada a cometer los siguientes delitos: genocidio, destrucción o deterioro de bienes del Estado y la riqueza nacional, sustracción de un menor o incapaz, privación de libertad, vejaciones y torturas, secuestro, legitimación de ganancias ilícitas, fabricación o tráfico ilícito de sustancias controladas, delitos ambientales previstos en leyes especiales, delitos contra la propiedad intelectual, o se aproveche de estructuras comerciales o de negocios, para cometer tales delitos, será sancionado con reclusión de uno a tres años.</p> <p>Los que dirijan la organización serán sancionados con reclusión de dos a seis años.</p> <p>La pena se aumentará en un tercio cuando la organización utilice a menores de edad o incapaces para cometer los delitos a que se refiere este ARTICULO, y cuando el miembro de la organización sea un funcionario público encargado de prevenir, investigar o juzgar la comisión de delitos</p> | <p>El artículo 132 del código penal boliviano al prescribir el delito de asociación ilícita para delinquir, hace referencia al término asociación de tres o más personas igual que el artículo 317° del código penal peruano.</p> | <p>El artículo 132 del código penal boliviano se diferencia del código penal peruano porque los delitos que comete la asociación ilícita y está señalado taxativamente y no de manera genérica como lo hace el artículo 317° del código penal peruano cuando señala con fines de cometer delitos, asimismo el mexicano agrava cuando la organización utiliza a menores de edad.</p> | <p>CODIGO PENAL</p> | <p>CÓDIGO PENAL BOLIVIANO decreto ley 10426 de 23 agosto de 1972. elevando a rango de ley el 10 de marzo de 1997, ley 1768 incluye modificaciones según ley N ° 1768 de modificaciones al código penal y actualización según ley 2494 de 04 agosto del 200</p> |
|-----------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|

| | | | | | |
|------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| <p>CHILE</p> | <p>Art. 292. Toda asociación formada con el objeto de atentar contra el orden social, contra las buenas costumbres, contra las personas o las propiedades, importa un delito que existe por el solo hecho de organizarse.</p> | <p>El artículo 292 del código penal chileno al prescribir el delito de asociación ilícita para delinquir, hace referencia a toda asociación como lo hacía esto antes de la modificación efectuada mediante Decreto Legislativo 1244 el artículo 317° del código penal peruano.</p> | <p>El artículo 292 del código penal chileno se diferencia del código penal peruano porque no precisa la cantidad mínima de integrantes asimismo, precisa los delitos y no así como el peruano indica que con fines de cometer delitos</p> | <p>CODIGO PENAL</p> | <p>Código Penal 18742 Fecha Publicación: 12-11-1874 Ultima Versión : 18-03-2010 Inicio Vigencia: 18-03-2010 03. Santiago, Noviembre 12 de 1874.</p> |
| <p>COLOMBIA</p> | <p>Artículo 340.- Cuando varias personas se concierten con el fin de cometer delitos, cada una de ellas será penada, por esa sola conducta, con prisión de cuarenta y ocho (48) a ciento ocho (108) meses. Cuando el concierto sea para cometer delitos de genocidio, desaparición forzada de personas, tortura, desplazamiento forzado, homicidio, terrorismo, tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias sicotrópicas, secuestro, secuestro extorsivo, extorsión, enriquecimiento ilícito, lavado de activos o testaferrato y conexos, o Financiamiento del Terrorismo y administración de recursos relacionados con actividades terroristas, la pena será de prisión de ocho (8) a dieciocho (18) años y multa de dos mil setecientos (2700) hasta treinta mil (30000) salarios mínimos Legales mensuales vigentes. La pena privativa de la libertad se aumentará en la mitad para quienes organicen, fomenten, promuevan, dirijan, encabecen, constituyan o financien el concierto para delinquir.</p> | <p>El artículo 340 del código penal colombiano al prescribir el delito de asociación ilícita para delinquir, hace referencia concierto de varias personas con el fin de cometer delito o concierto para delinquir lo que prevé el artículo 317° del código penal peruano.</p> | <p>El artículo 340 del código penal colombiano se diferencia del código penal peruano porque no habla de asociación sino de concierto de varias personas. Asimismo establece como agravantes cuando el delito cometido sea el delito de secuestro, tortura entre otras pero la principal diferencia es que considera el delito de terrorismo lo que no sucede con el artículo 317° del Código Penal peruano</p> | <p>CODIGO PENAL</p> | <p>Código Penal Colombiano Ley 599 de fecha de 24 de julio de 2000 Modificado por el artículo 8 de la ley 733 de 2002 y sus penas aumentadas por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004. Modificado por el artículo 19 de la ley 1121 de 2006</p> |

| | | | | |
|----------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| <p>MEXICO</p> | <p>Artículo 164.- Al que forme parte de una asociación o banda de tres o más personas con propósito de delinquir, se le impondrá prisión de cinco a diez años y de cien a trescientos días multa. Cuando el miembro de la asociación sea o haya sido servidor público de alguna corporación policial, la pena a que se refiere el párrafo anterior se aumentará en una mitad y se impondrá, además, la destitución del empleo, cargo o comisión públicos e inhabilitación de uno a cinco años para desempeñar otro. Si el miembro de la asociación pertenece a las Fuerzas Armadas Mexicanas en situación de retiro, de reserva o en activo, de igual forma la pena se aumentará en una mitad y se le impondrá, además la baja definitiva de la Fuerza Armada a que pertenezca y se le inhabilitará de uno a cinco años para Desempeñar cargo o comisión públicos.</p> | <p>El artículo 164 del código penal federal mexicano al prescribir el delito de asociación ilícita para delinquir, hace referencia una asociación con fines delictivos al igual que el artículo 317° del código penal peruano</p> | <p>El artículo 164 del código penal mexicano se diferencia del código penal peruano porque un solo artículo regula la asociación ilícita y banda, asimismo, agrava cuando el miembro del asociación sea un funcionario público lo que no sucede con el artículo 317° del Código Penal peruano</p> | <p>CÓDIGO PENAL FEDERAL Publicado, el 14 de agosto de 1931 Última reforma publicada el 23-01-2009.</p> |
|----------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------|

ANEXO 03

MARCO JURISPRUDENCIAL: DELITO DE ASOCIACION ILICITA PARA DELINQUIR

| CUADRO DE ANALISIS DE JURISPRUDENCIA | | | | |
|--------------------------------------|----------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| N ^o | ÓRGANO | Tema | Decisión | Texto de la norma |
| 1 | CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ | Pleno jurisdiccional de las salas penales y transitorios: N° 4-2006/CJ-116: Cosa Juzgada en relación al delito de Asociación ilícita para delinquir | Se acordó establece como jurisprudencia vinculante: “ Así queda claro que el indicado tipo legal sanciona solo el hecho de formar parte de la agrupación - a través de sus notas esenciales , que le otorga una sustantividad propia, de (a) relativa organización, (b) permanencia o estabilidad y (c) número mínimo de personas – sin que se materialice sus planes delictivos. En tal virtud el delito de asociación ilícita para delinquir se consuma desde que se busca de la finalidad ya inicialmente no cuando en el desenvolvimiento societario cometen determinados infracciones; ni siquiera se requiere que se haya iniciado la fase ejecutiva del mismo “ | Por ello mismo, no cabe sostener tantas asociaciones como delitos atribuidos. 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 el lugar y tiempo; pudiendo apreciarse un concurso entre ella y esos 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 contrasentido pretender abordar el tipo legal de asociación ilícita para delinquir en función de los actos delictivos perpetrados, y de la propia pertenencia a la misma. No se trata ante un supuesto de codeinfluencia en la comisión de los posteriores, sino de una organización instituida con fines delictivos que presenta una cierta concreción sobre los hechos punibles a ejecutar |
| 2 | CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA | Pleno jurisdiccional de las salas penales y transitorios: N° 8-2007/CJ-116: diferencias entre las agravantes que en delito de robo que alude a pluralidad de agentes y a la actuación delictiva como integrante de | “ la diferencia sistemática que realiza el artículo 189 del Código Penal respecto al intervención de una pluralidad de agentes en la comisión de un robo permite sostener que se trata de dos circunstancias agravantes distintas . por un lado la pluralidad de agentes prevista en el inciso 4) del primer párrafo alude a un concierto criminal en el que el proceder delictivo conjunto es circunstancial y no permanente. Se trata, pues, de un supuesto básico de coautoría o coparticipación, en el que los agentes no están vinculados con una estructura organizacional y con un proyecto delictivo de ejecución continua . Por otro lado, la agravante | Establece como norma de interpretación: No son circunstancias compatibles debido a que: La pluralidad de agentes prevista en el inciso 4) del primer párrafo alude a un concierto criminal en el que el proceder delictivo conjunto es circunstancial y no permanente. Se trata, pues, de un supuesto básico de coautoría o coparticipación, en el que los agentes no están vinculados con una estructura organizacional y con un proyecto delictivo de ejecución continua. En la organización criminal la pluralidad de agentes es un componente básico de su existencia, mas no de su actuación. Es decir, esta clase de agravante exige mínimamente que el agente individual o colectivo del robo sea siempre parte de una estructura |

| | | | | |
|---|-------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| | | una organización criminal | que contempla el párrafo in fine del citado artículo a lude a un proceder singular o plural que sea estructura jerárquica-vertical o flexible- horizontal, En consecuencia, no son circunstancias compatibles. | criminal y actúa en ejecución de los designios de esta. Siendo ello así, las circunstancias agravantes del inciso 4) del artículo 189 del Código Sustantivo se aplicará , cuando no exista esa conexión con los agentes. en número mínimo de dos – con una organización criminal. |
| 3 | TRIBUNAL CONSTITUCIONAL | EXP. N.º 4118-2004-HC/T Habeas Corpus caso: Luis Alberto Velázquez Angulo, fundamentos 20 al 22 | <p>La participación delictiva se encuentra prevista en el capítulo IV, Título Segundo, del Libro Primero de nuestro Código Penal. Las formas de participación reconocidas en nuestro Código Penal son dos: la inducción y la complicidad.</p> <p>20. En primer lugar, es necesario señalar que mientras la asociación ilícita es un delito, y, por lo tanto, está regulado en la Parte Especial del Código Penal, la participación delictiva es un ilícito penal regulado en la Parte General del Código. Debido a que los tipos penales suelen estar redactados en función de su autor, la participación delictiva viene a ampliar los alcances del tipo legal para comprender aquellas conductas delictivas que no corresponden a la autoría, incorporándose la complicidad y la inducción.</p> <p>21. Así, mientras la asociación ilícita constituye un delito en sí, la participación delictiva requiere de la comisión de otro delito a título de autoría.</p> <p>22. Otro aspecto en el que es posible diferenciar la participación delictiva del delito de asociación ilícita, es el hecho de que, de acuerdo con lo establecido por el artículo 317 del Código Penal, la configuración del delito de asociación ilícita requiere, para su configuración, que el agente forme parte de una organización de dos o más personas destinada a cometer delitos, por lo que el tomar parte de un delito aislado no puede dar lugar a la sanción por dicho delito. El delito de asociación ilícita requiere, por lo tanto, de una vocación de permanencia. Dicha vocación de permanencia no se presenta en la participación delictiva, la cual opera ante la comisión de un delito aislado.</p> | <p>En el artículo 317 del Código Penal, el delito de “asociación ilícita”, se torna consumado cuando dos o más personas, de manera organizada y permanente, se agrupan en base a una estructura jerárquica y una división funcional de roles con la objeto de cometer delitos, adquiriendo relevancia jurídico penal el solo hecho de formar parte de la organización, sin llegar a materializar los planes delictivos, por lo que este ilícito presenta una estructura típica autónoma e independiente del delito o de los delitos que a través de ella se cometan.</p> <p>Los criterios en los que se funda esta sentencia tienen efectos vinculantes para todos los operadores jurídicos conforme al artículo 6 del título preliminar del Código Procesal Constitucional.</p> |
| 4 | CORTE | Pleno jurisdiccional de | | |

| | | | | |
|---|-------------------------------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| | SUPREMA DE JUSTICIA DEL PERÚ | las salas penales y transitorios: N° 3-2008/CJ-116: correo de drogas. Delito de TID y la circunstancia agravante del artículo 97.6 del Código, Penal fundamento 09 | <p>Así las cosas el delito es obra conjunta realizada dentro de un plan común de todos los que han participado en la preparación y la ejecución del acto de transporte de bienes delictivos, conducta en que obviamente está inmerso el “correo de drogas”. Este último es por tanto, autor, más allá si, visto globalmente, existe de su parte un menor dominio cuantitativo en el hecho global.</p> <p>La conducta, de tener la droga en su poder, con la finalidad de transportarla a otro lugar por encargo de un tercero o terceros, no puede ser calificada sino como autoría; la actividad del transportista, del “correo de drogas”, aun cuando subordinada en el aspecto económico a la figura principal del titular del bien delictivo, no lo es desde el punto de vista jurídico atento a la amplitud del tipo legal. No se trata de un supuesto muy excepcional de favorecimiento al favorecedor, vale decir, de conductas auxiliares de segundo orden, periféricas, respecto de quien realiza un concreto acto de tráfico, que importaría calificarlo de cómplice secundario.</p> | En tal virtud, desde los términos tan amplios establecidos por el tipo legal básico, todos los concertados para la actividad de tráfico de drogas –en este caso, de transporte– son autores. Basta el previo acuerdo entre los sujetos con independencia de cuál es el rol concreto a ejecutar por cada uno de ellos, siempre que su concreta conducta contribuya a promover, favorecer o facilitar el tráfico ilícitos de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas. |
| 5 | CORTE SUPREMA DE LA REPÚBLICA : SALA PENAL PERMANENTE | R. N. N° 828 – 2007; El recurso de nulidad interpuesto por delito contra la salud, tráfico ilícito de drogas, y uno por delito contra la seguridad pública, tenencia ilegal de armas, todos en agravio del Estado–. | <p>Quienes intervinieron en ellas, lo hicieron conscientemente del rol o función que desempeñaban en el colectivo de personas que integraban la organización y en aras de consolidar la efectividad, tanto de la fabricación como del tráfico o comercialización de droga.</p> <p>Así, conectados como parte de un plan –común porque algunos lo idearon y todos lo concretaron progresivamente–, los imputados, sin perjuicio de las tareas específicas que llevaron a cabo, en su conjunto y de modo individual, realizaron indistintamente actos –muchos sólo uno y algunos varios–: a) de dirección y de coordinación general del conjunto de sus pasos y del trabajo criminal que implementaron, que incluyó la administración del dinero y la búsqueda y concreción de los aportes individuales –los menos–; b) de adquisición o aporte de droga bruta o primaria, materias primas e insumos químicos; c) de elaboración de la droga, previa construcción de un laboratorio clandestino con</p> | <p>Esta resolución suprema se establece la organización a partir de las funciones que cumplieron los acusados: “Los acusados formaron una asociación delictiva destinada a la adquisición de insumos para la elaboración de droga, producción de la misma, transporte hasta el puerto de embarque, y exportación comercialización en el extranjero. Con este propósito se organizaron en grupos –con la respectiva coordinación– que cumplían funciones específicas pero dirigidas al mismo fin, a la vez que se estructuraron bajo esquemas de mando, subordinación y dependencia. Ese concierto asociativo se ultimó en el extranjero, y dentro del plan delictivo debía contar con la participación de terceros, ocasionales y circunstanciales, sin mayores vínculos asociativos pero conscientes de su integración a la actividad delictiva de tráfico ilícito de drogas</p> <p>La Policía llegó a tomar conocimiento de la existencia de la citada organización internacional dedicada al Tráfico Ilícito de Drogas integrada por ciudadanos mexicanos, colombianos, guatemaltecos y</p> |

| | | | |
|--|--|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| | | <p>sus implementos; d) de transporte terrestre, con todo lo necesario para su consecución, incluyendo la facilitación para superar sin problemas los controles policiales; e) de concreción, frustrada, de transporte aéreo a través de aeronaves militares; f) de montaje de una aparente empresa pesquera y adquisición de una nave destinada al transporte final de la droga hacia alta mar; g) de consecución de una estructura inmobiliaria, y de apoyo material y conexión tanto con el barco que se encontraba en alta mar cuanto con su tripulación; h) de carga y descarga de la droga, así como de su almacenaje; e, i) de traslado, frustrado, de la droga hacia alta mar, donde se encontraba el barco de bandera mexicana.</p> <p>Intervinieron, como es evidente, una pluralidad de personas que se pusieron de acuerdo con tal fin, que actuaron coordinadamente a través de una estructura jerárquica, que explica las distintas tareas encomendadas y realizadas por cada uno de ellos</p> <p>Ahora bien, la existencia de una organización criminal es evidente en el presente caso. No sólo concurrieron al hecho varios sujetos [delito obviamente plurisubjetivo] –lo que potencia su ejecución y propicia la recíproca protección– que, de uno u otro modo, actuaron coordinadamente, con distribución de funciones, papeles o roles, en los marcos de un plan previamente concertado, y con diferencias en sus niveles de dirección y de ejecución. También concurre en este caso, y de modo esencial, a) la fijación de una cierta estructura jerárquica: mando, coordinación y ejecución –esto es presencia de órganos decisivos y órganos ejecutivos–, que concreta la distribución de papeles y responsabilidades de sus miembros, con sus propios cometidos –elementos objetivos–, a través de una seria planificación y preparación del hecho delictivo, y de una ejecución del hecho por medio de personas idóneas a tal fin; y, b) la nota característica de una cierta estabilidad y perdurabilidad en el tiempo –requisito temporal– [el transcurso del tiempo es indispensable para que la organización pueda estructurarse, distribuir funciones entre</p> | <p>peruanos, con operaciones en Lima, Ayacucho, Chimbote y Trujillo, que finalmente coordinaban cargamentos de alcaloide de cocaína vía marítima hacia México. Es así que el día siete de junio de dos mil dos realizaron cuatro operaciones de interdicción debidamente planificadas en dichas ciudades, ocasión en que se capturó a treinta y seis acusados.</p> <p>En el presente caso, la actividad de la organización comprendió ambas fases del ciclo de la droga, en sus múltiples variedades. En el presente caso, los actos, variados, sucesivos y enlazados, del conjunto de acusados, según se han descrito –en el análisis pormenorizado de la situación jurídica de cada recurrente o recurrido–, expresan firmemente la integración a la organización criminal de los imputados, su vínculo asociativo –expresan una implicación solidaria en unas relaciones mutuamente beneficiosas, tanto para la organización compara el concreto individuo–, aun cuando con diferentes niveles de inserción y responsabilidades en la realización común del hecho punible.</p> <p>Los imputados no conservaron una posición de autonomía frente a la organización ni su aporte material fue eventual. En verdad, adscribieron su voluntad a la estructura de poder asociativa y desarrollaron acciones funcionalmente idóneas a los fines institucionales de la organización, al delito–fin, a cuya comisión contribuyeron de modo directo, con lo que ello significa de aportación relevante a los efectos del reforzamiento de la organización como tal.</p> |
|--|--|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|

| | | | | |
|---|-------------------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| | | | <p>sus miembros y lograr desplegar alguna clase de actividad, en este caso vinculada al tráfico de drogas], que a su vez expresa una relevante capacidad operativa –con ámbitos de actuación de muy diverso típico–, más allá que sólo se forme para un objetivo concreto u operación específica, como sería el caso de la organización objeto de examen recursal.</p> | |
| 6 | CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA | <p>Recurso : Nulidad Número : 3527-2008 Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema</p> | <p>El delito de Asociación ilícita para delinquir se consuma con la mera pertenencia a una asociación ilícita desde que se busca la finalidad esencialmente delictiva y no cuando en el desenvolvimiento de la asociación se cometen otros delitos. No es aplicable la duplicidad de plazos establecida en el art. 80° del CP al delito de Asociación ilícita para delinquir en tanto dicho delito tiene como elemento subjetivo la voluntad de formar mediante acuerdo o pacto una asociación de dos o más personas con la finalidad de cometer delitos y no el desmedro económico al Estado.</p> | <p>Se establece el carácter autónomo del delito de organización, el delito sub materia se consuma con la mera pertenencia a una asociación ilícita desde que se busca una finalidad ya inicialmente delictiva, no cuando en el desenvolvimiento societario se cometen determinadas infracciones.</p> |
| 7 | CORTE SUPREMA DE LA REPUBLICA | <p>Recurso de Nulidad. Nro. 5385-2006 CÚPULA DEL SENDERO LUMINOSO</p> | <p>La organización criminal descrita en el considerando precedente desarrollo sistemáticamente a nivel nacional, durante más de una década, un conjunto indeterminado de actos delictivos, que vulneraron bienes jurídicos fundamentales como la vida; la integridad física; la libertad; el patrimonio Público o privado; y los medios de comunicación, hacienda uso para ello de medios catastróficos y violentos, y cuyo común denominador se evidencia en la creación de un estado de zozobra o inseguridad en la población Estos actos son valorados por la Sala Suprema como conflictos jurídico - penales, cometidos bajo el manto protector de una organización criminal, cuya motivación política no es materia de grado ni tiene relevancia jurídica para el sistema penal.</p> <p>A los integrantes de la organización criminal Sendero Luminoso se les juzga por los actos concretos cometidos, en base a la legislación penal sustantiva vigente a la fecha de su comisión, de conformidad con las garantías propias de un Estado Democrático de Derecho, como los principios de</p> | <p>Esta sentencia construye la organización delictiva sendero luminoso en los siguientes términos : Dicha organización criminal tenía una estructura única, nacional y centralizada, estructurada jerárquicamente sobre la base de un Comité Central, un Comité Permanente y un Buró Político, y que estaba orientada a la realización de diversas acciones contra la vida, salud y libertad de las personas y contra patrimonio Público y privado, con el fin de crear un estado de zozobra, alarma y temor en la población</p> <p>De acuerdo a la imputación fiscal, el Comité Central, estaba integrado por diecinueve miembros titulares, tres suplentes y tres candidatos. Este órgano de dirección estaba presidido por Manuel Abimael Guzmán Reinoso, y estaba integrado además por los sentenciados Elena Albertina Yparraguirre Revoredo, Oscar Alberto Ramírez Durand, Feliciano", Margie Eveling Clavo Peralta, María Guadalupe Pantoja Sánchez, Laura Zambrano Padilla o Marcela Ruiz López, Osman Morote Barrionuevo, Margot Liendo Gil (miembros titulares), entre otros. Asimismo, se imputa a Victoria</p> |

| | | | |
|--|--|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| | | <p>legalidad, proporcionalidad, culpabilidad por el acto o afectación de bienes jurídicos. Asimismo, se les procesa en base a las normas de procedimiento general, sustentada en los principios y garantías establecidas en la Constitución y los Pactos Internacionales de los que el Perú es parte.</p> <p><u>En este contexto, se excluye de plano que se les juzgue recurriendo a lo que se ha denominado el derecho penal del enemigo; y que de acuerdo a la definición de Gunther Jackobs, se caracteriza por la concurrencia de tres elementos: a) adelantamiento sustancial de la punibilidad, prevaleciendo la función prospectiva (hecho futuro), sobre la retrospectiva (hecho cometido) del derecho penal; b) Desproporción de las penas conminadas y concretas en contra del procesado, sin posibilidad de reducción de la pena por la anticipación de la punición; y c) Reducción o supresión de las garantías procesales.</u></p> <p>Ahora bien, de las características glosadas puede afirmarse entonces que la esencia del concepto del derecho penal del enemigo radica en el hecho que constituye una reacción de combate del ordenamiento jurídico contra individuos especialmente peligrosos; esto es, el Estado desde esta perspectiva no trata con ciudadanos sino con enemigos</p> <p>La Sala Suprema niega la aplicabilidad de este concepto al delito de terrorismo, materia de grado, y a las personas involucradas en su comisión, pues de ser así no se les consideraría, en el caso probado, como sujetos plenamente responsables. El Estado democrático ejerce su potestad punitiva teniendo en cuenta que las personas, independientemente de la gravedad de los hechos cometidos, deben ser consideradas en un plano de igualdad tratamiento que consolida además la legitimidad secundaria del Estado para ratificar la vigencia de la norma penal con la sanción efectiva de los responsables de los actos delictivos. Es</p> | <p>Obdulia Trujillo Agurto y Judith Ramos Cuadros "© Rita" o la condición de candidatas a dicho órgano.</p> <p>El Comité Central era el mayor órgano de dirección de la organización terrorista, y de este dependían los aparatos centrales, entre ellos: el Departamento de Logística, el Departamento de Propaganda, el Grupo de Apoyo Partidario, el Departamento de Apoyo Organizativo, el Grupo de Traducciones, el Grupo de Trabajo Especial en Cárceles, el Grupo de Trabajo Internacional, el Departamento de Seguridad y el Comité Fundamental "Socorro Popular del Perú", al que se encontraban vinculados los sentenciados Martha Huatay Ruiz, Víctor Zavala Cataño y Carlos Espinoza Ríos. El Comité Central se encargaba de dictar los Lineamientos de política general, así como los planes estratégicos y fácticos.</p> <p>Por su parte, el Comité Permanente, integrado por Guzmán Reinoso, Yparraguirre Revoredo y Ramírez Durand, sesionaba de manera ininterrumpida y tomaba las decisiones cuando el Comité Central no podía reunirse. En tanto que el Buró Político conformado también por los antes mencionados como miembros titulares, y por Margie Eveling Clavo Peralta y Maria Guadalupe Pantoja Sánchez como suplentes, se encargaron de preparar la documentación para el estudio político y operaba asimismo como comisión militar.</p> <p>Debajo de estos órganos funcionaban los Comités Zonales, entre los que destaca, a los efectos de este proceso, el Comité Zonal Cangallo, organismo intermedio dirigido por el procesado Hildebrando Pérez Huaranca e integrado por Víctor Quispe Palomino o Glicerio Alberto Aucapoma Sánchez, Gilber Curitomay Allauca, Rene Carlos Tomayro Flores, Raúl Allcahuaman Arones, Félix Quichua Achejaya y Rómulo Misaico Evanan, cuyas acciones, entre ellas, la masacre a los pobladores de Lucanamarca, estaban orientadas por el Comité Central.</p> |
|--|--|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|

| | | | |
|--|--|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--|
| | | <p>inadmisible que en un Estado de Derecho, como el proclamado constitucionalmente, se acepte la posibilidad de apostasías de la noción de ciudadano.</p> <p>En consecuencia, es de rechazar cualquier alegación en el sentido que en los actos de terrorismo, sujetos a revisión por la Sala Suprema, se esté recurriendo a esta categoría político criminal, dado que en el plano del Derecho Penal, esta teoría es incompatible con el modelo constitucional de Estado y, en particular, con la función preventivo general positiva de la pena, cuya finalidad orientada a la reafirmación de la vigencia de la norma, se sustenta precisamente en la culpabilidad-igualdad del individuo por su acto. En otras palabras, el Estado Democrático no reacciona, a través de la pena, frente a la maldad o la peligrosidad de enemigos, sino frente a actos cometidos por sujetos culpables que socavan las bases esenciales del orden social</p> <p>a) En el marco del funcionamiento de una modalidad de criminalidad organizada, que presenta las siguientes características:</p> <p>(i) Permanencia delictiva; es decir, la existencia temporal indeterminada y dinámica de la organización terrorista, a fin de realizar sus planes y programas delictivos;</p> <p>(ii) Vocación delictiva indeterminada: la organización criminal y en particular, la organización terrorista Sendero Luminoso concreto sus planes a través de la comisión de un conjunto masivo e indeterminado de actos delictivos;</p> <p>(iii) Estructura jerarquizada rígida o flexible, en la que dicha organización funciona mediante un sistema de roles, mandos o tareas distribuidos racionalmente de manera vertical;</p> <p>(iv) Alcance nacional de sus actos, con proyección internacional, concretados en atentados, sabotajes, aniquilamientos, agitación o propaganda terroristas, en el ámbito urbano y rural;</p> <p>(v) Red de fuentes de apoyo ideológico, técnico, operativo o</p> | |
|--|--|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--|

| | | | | |
|---|---------------------------------------------------------------------------|---------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| | | | <p>social que se evidenciaron en el funcionamiento de órganos como los que la Sala Suprema ha descrito en el considerando precedente.</p> <p>b) De manera sistemática y en función de planes elaborados, transmitidos e implementados desde las estructuras superiores y centralizadas de la organización criminal.</p> <p>c) Por personas, plenamente responsables, pero pertenecientes a una estructura colectiva, a quienes se les juzga de acuerdo a los criterios de imputación individual, aplicables a cualquier delito y a cualquier ciudadano.</p> <p>d) Poniendo en peligro el funcionamiento de las condiciones fundamentales de convivencia social, trascendiendo incluso a los daños a bienes jurídicos individuales.</p> <p>e) Causando graves perjuicios personales y materiales, cuya determinación efectiva y probable, debe realizarse de acuerdo a criterios amplios.</p> <p>f) Haciendo use de medios especialmente violentos, arteros y crueles</p> | |
| 8 | Corte Suprema de la Republica: Sala Penal Especial, caso Alberto Fujimori | Sentencia Expediente E.V N° 27-2003 | <p>Que según el artículo 317° del Código Penal, el componente básico del delito de asociación ilícita para delinquir es “ formar parte de una agrupación ...destinado a cometer delitos”; que la Corta Suprema tuvo la oportunidad de pronunciarse respecto a los componentes típicos del delito analizado; señaló de forma categórica que “ que el indicado tipo legal sanciona solo el hecho de formar parte de la agrupación - a través de sus notas esenciales , que le otorga una sustantividad propia, de (a) relativa organización, (b) permanencia o estabilidad y (c) número mínimo de personas – sin que se materialice sus planes delictivos.</p> | <p>El encausado Saucedo Sánchez, en su condición de ministro defensa , bajo una compleja estructura organizada y dirigida desde el aparato estatal por su máxima autoridad, el ex Presidente de la Republica Alberto Fujimori Fujimori, para disponer en forma fraudulenta de los fondos de privatización hacia el Ministerio de Defensa y a los institutos armados, aprovechando la coyuntura de los procesos bélicos y post bélicos, en concierto de su ex ministro de encomia y finanzas Baca Campodónico participaron en la expedición en un conjunto de Decretos de Urgencia secretos con la finalidad de aprobar la disposición y utilización de los fondos de privatización; contando con la activa participación del procesado Víctor Caso Lay, en su condición de Contralor de la República, quien otorgó visos de legalidad a la adquisición de material bélico realizada mediante decreto de urgencia facilitando para ello el cumplimiento de objetivos constituyéndose el delito de asociación ilícita para delinquir.</p> |
| 9 | Sala Penal de Apelaciones | Exp. 91-2014-13 – Cuaderno de prisión | <p>La organización en si no constituye delito sino su finalidad – cometer delitos-, esto ubica a la organización al margen de la</p> | <p>En el caso concreto, según la tesis del Ministerio Público- la acción criminal, materia de los actuados sometidos a esta instancia,</p> |

| | | | | |
|-----------|------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| | | preventiva Caso Gregorio Santos Fundamento 7 y 8 | ley; así como, de acuerdo a nuestro ordenamiento penal, el sólo hecho de constituir o pertenecer a una organización criminal constituye delito; ahora bien, si la organización incurre en una variedad de hechos punibles, estos también son reprimidos como concurso de delitos | se habría gestado al interior del Gobierno Regional de Cajamarca, y específicamente en la unidad Ejecutora Regional PROREGION, donde utilizando de las estructuras formales de organización correspondientes al Gobierno Regional se habría ido instituyéndose y luego consolidando una organización para perpetrar hechos criminales en agravio del Estado afectándose de esta manera la Administración Pública. |
| 10 | Corte Suprema de la República Sala Penal Especial | Expediente N° A.V. 13-2002, fundamento 41, 42 y 43 | Según el artículo trescientos diecisiete del Código Penal, el componente básico del delito de asociación ilícita para delinquir es “ formar parte de una agrupación ...destinado a cometer delitos”; que la Corta Suprema tuvo la oportunidad de pronunciarse respecto a los componentes típicos del delito analizado; señaló de forma categórica que “ que el indicado tipo legal sanciona solo el hecho de formar parte de la agrupación - a través de sus notas esenciales , que le otorga una sustantividad propia, de (a) relativa organización, (b) permanencia o estabilidad y (c) número mínimo de personas – sin que se materialice sus planes delictivos. Realmente este planteamiento conforme a la doctrina consolidada es de precisar que este carácter independiente o autónomo de la asociación ilícita implica, por una parte, la inexistencia subsidiariedad, pues la comisión de los delitos pluralmente planificados no desplaza la punibilidad instituida en la norma penal que la contiene, y de otro lado, cada uno de los miembros responderán por los delitos en que haya participado, pero no aquellos en que pese a que se cometen en cumplimiento de los objetivos de la asociación, no haya tenido ningún nivel de participación. Lo anterior excluye la posibilidad de estimar como una unidad de acción, la conducta de asociarse ilícitamente para cometer delitos y aquellos que se llegaron a perpetrar pues el primero no contribuye a la realización típica de los subsiguientes, ya que estos se pueden materializar por personas que no pertenecen a la asociación ilícita. | En ese sentido, la agrupación de personas no sólo ha de verse vinculado o relacionado mediante actos que objetivamente revelen la existencia de la organización delictiva, sino que debe verificarse el “concierto criminal “ esto es, que entre todos sus miembros haya existido un consenso sobre los fines de la estructura criminal: la perpetración de una serie de delitos . el acuerdo importa una convergencia delictiva una confluencia de voluntades sobre el objetivo trazado por la organización, un pacto que puede ser explícito o implícito. Primero constituido por la clara expresión de la voluntad en tal sentido y el segundo por medio de las actividades unívocamente demostrativas de la existencia de la asociación. |

ANEXO 04
FORMATO DE ANALISIS DOCUMENTAL
UNIVERSIDAD NACIONAL SAN CRISTOBAL DE HUAMANGA
ESCUELA DE POSGRADO
MAESTRIA EN CIENCIAS PENALES
GUIA DE ANALISIS DOCUMENTAL N°.....

I. DATOS GENERALES

- 1.1. Expediente N°:
- 1.2. Delito :
- 1.3. Imputado :
- 1.4. Agraviado :

II. ADELANTAMIENTO DE PUNIBILIDAD

2.1. Conducta Neutral: Organización

- a) Asociación ()
- b) Sociedad ()
- c) Fundación ()
- d) Cooperativa ()
- e) Comité ()

2.2. Bien Jurídico

- a) Tranquilidad Pública ()
- b) Patrimonio ()
- c) Administración Pública ()
- d) Fe pública ()
- e) Otros ()

III. ORGANIZACIÓN DELICTIVA

3.1. Organización delictiva identificada

- a) Se determinó la organización ()
- b) No se determinó la organización ()

3.2. Delito perpetrado por la organización

- a) La organización materializó el delito ()
- b) La organización no materializó el delito ()
- 3.3. Tiempo de Permanencia
 - a) Indeterminado ()
 - b) No se precisa ()
- 3.4. Número de integrantes de la Organización
 - a) 2-3 ()
 - b) 3 a más ()
- 3.5. Líder o jefe
 - a) Se determinó el líder ()
 - b) No se determinó ()
- 3.6. Objetivo de la Organización
 - a) Objetivo determinado ()
 - b) Objetivo no determinado ()
- 3.7. Ámbito delictivo de la organización delictiva
 - a) Local ()
 - b) Regional ()
 - c) Nacional ()

IV. DESBARATAMIENTO DE LA ORGANIZACIÓN DELICTIVA

- 4.1. Identificación de la organización
 - a) Estructura determinado ()
 - b) Estructura no definida ()
 - c) No precisa ()
- 4.2. Desintegración de la Organización
 - a) Se desintegró la organización delictiva ()
 - b) No se desintegró la organización delictiva ()
- 4.3. Sanción a los miembros de la organización delictiva
 - a) Condena ()
 - b) Absuelto ()
 - c) Archivo del proceso ()
- 4.4. Cantidad de la Pena impuesta

- a) 3-7años ()
- b) 8-15 años ()
- 4.5. Pena accesoria: Inhabilitación**
 - a) Inhabilitación ()
 - b) No inhabilitación ()
- 4.6. Pena de Multa**
 - a) Si ()
 - b) No ()
- 4.7. Motivo de Absolución**
 - a) No existe organización criminal ()
 - b) Falta algún elemento de constitución de la organización ()

ANEXO 05

**FORMATO DE CUESTIONARIO APLICABLE A LOS
MAGISTRADOS DEL PODER JUDICIAL Y MINISTERIO PÚBLICO.**

UNIVERSIDAD NACIONAL SAN CRISTOBAL DE HUAMANGA

ESCUELA DE POSGRADO

MAESTRÍA EN CIENCIAS PENALES

CUESTIONARIO N°.....

El presente formato tiene por finalidad recoger información en las unidades de población: **Jueces y Fiscales Penales del Distrito Judicial de Ayacucho**, Con la finalidad de contrastar metodológicamente nuestra Tesis de Maestría en Derecho Penal, Titulada: **“LA INADECUADA APLICACIÓN DEL ADELANTAMIENTO DE LA BARRERA DE PUNIBILIDAD PRESENTE EN EL DELITO DE ASOCIACION PARA DELINQUIR FRENTE A LA ORGANIZACIÓN DELICTIVA”**, Caso Dos Salas Penales Liquidadoras. Distrito Judicial de Ayacucho. En el Periodo Histórico (2000-2015). La reseñada encuesta es de perfil anónimo.

ENCUESTA DE OPINION

| |
|---------------------------------------------------------------|
| Nombre : (dato opcional) |
| Área donde trabaja: Ministerio Público () Poder Judicial () |

La presente encuesta tiene como finalidad conocer su opinión acerca del Derecho Penal del Enemigo, el delito de asociación ilícita para delinquir, y su implicación en la organización delictiva.

| <p>Señale usted estar o no de acuerdo con las siguientes afirmaciones</p> | Opinión del encuestado |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------|
| | Estoy de acuerdo(si) no estoy de acuerdo (No) |
| <p>1. Considera Ud. Que el delito de asociación ilícita para delinquir es una norma del Derecho Penal del Enemigo? (H.E.1.)</p> | |
| <p>2. Considera Ud. Que el delito de asociación ilícita para delinquir castiga una conducta neutra que no causa lesión o pone en peligro un bien jurídico (H.E.2)</p> | |
| <p>3. Considera Ud. que el delito de asociación ilícita para delinquir es autónomo de los delitos que cometen la organización delictiva? (H.E.3)</p> | |
| <p>4. Considera Ud., que el delito de asociación ilícita para delinquir importa un adelantamiento de punibilidad, porque penaliza sólo la pertenencia a la organización delictiva, antes que se haya materializado el delito ?. (H.E.2)</p> | |
| <p>5. Considera Ud. El Derecho Penal del Enemigo es un instrumento jurídico penal eficaz contra la organización delictiva en el Perú ?. (H.G.)</p> | |

| | |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--|
| <p>6. Considera Ud. , que el delito de asociación ilícita para delinquir protege un bien jurídico: Tranquilidad Pública ?. (H.E..2)</p> | |
| <p>7. Ud. está de acuerdo con los postulados del derecho penal del enemigo que propugna un derecho penal preventivo? (H.E.1)</p> | |
| <p>8. Considera Ud., que el delito de Asociación Ilícita permite desbaratar la organización delictiva antes que materialice el delito ?. (H.G.)</p> | |
| <p>9. Considera Ud. que el derecho penal del enemigo obedece a un nuevo paradigma del derecho penal, actuar antes que el bien jurídico haya sido afectado? (H.E.2)</p> | |
| <p>10. Considera Ud. que debería aceptarse la existencia del enemigo en el derecho penal, entendiéndose al enemigo como aquel que desobedece las normas del estado generando peligro para la sociedad? (H.E.1.)</p> | |
| <p>11. Considera Ud. que en el Perú, en todos los casos se investiga, juzga y sanciona a los miembros de la organización delictiva lo que permite desintegrar la organización? (H.E.3.)</p> | |
| <p>12. Considera Ud. Que la criminalidad organizada es lo mismo que asociación ilícita para delinquir, porque, ambas en sustancia tienen elementos comunes ?. (H.G)</p> | |
| | |

ANEXO 06

**FORMATO DE ENCUESTA APLICABLE A LOS
MAGISTRADOS DEL PODER JUDICIAL Y MINISTERIO PÚBLICO.**

UNIVERSIDAD NACIONAL SAN CRISTOBAL DE HUAMANGA

ESCUELA DE POSGRADO

MAESTRÍA EN CIENCIAS PENALES

CUESTIONARIO N°.....

El presente formato tiene por finalidad recoger información en las unidades de población: **Jueces y Fiscales Penales del Distrito Judicial de Ayacucho**, Con la finalidad de contrastar metodológicamente nuestra Tesis de Maestría en Derecho Penal, Titulada: “ **LA INADECUADA DEL ADELANTAMIENTO DE LA BARRERA DE PUNIBILIDAD PRESENTE EN EL DELITO DE ASOCIACION PARA DELINQUIR FRENTE A LA ORGANIZACIÓN DELICTIVA**”, Caso Dos Salas Penales Liquidadoras. Distrito Judicial de Ayacucho. En el Periodo Histórico (2000-2015).

ENTREVISTA DE PROFUNDIDAD

| |
|--------------------------|
| Nombre : (dato opcional) |
| Área donde trabaja: |

La presente entrevista tiene como finalidad conocer su opinión acerca del Derecho Penal del Enemigo, el delito de asociación ilícita para delinquir, y su implicación frente a la organización delictiva.

| <p>Señale usted estar o no de acuerdo con las siguientes afirmaciones. De ser el caso sustente su posición, respondiendo ¿Por qué?</p> | <p>Opinión del encuestado</p> |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------------------------------------------------|
| <p>1. Puede Ud. Referirse a los postulados del derecho penal del enemigo?(H.G.)</p> | <p>Estoy de acuerdo(si no estoy de acuerdo (No)</p> |
| <p>2. Según Ud. en qué medida el derecho penal del enemigo constituye un instrumento jurídico eficaz con la criminalidad organizada en el Perú? (H.G)</p> | |
| <p>3. Considera Ud. que el delito de asociación ilícita para delinquir permite sancionar a los integrantes de la organización criminal, antes que materialicen el delito fin para el cuál se creó la organización?</p> | |
| <p>4. Según Ud. en qué medida el delito de asociación ilícita, es compatible con la dignidad</p> | |

| | |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--|
| Humana? | |
| 5. Considera Ud. a que la organización a que refiere el artículo 317° del C.P. tiene los mismos elementos que la organización criminal establecida en el artículo 2° de la Ley 30077? | |
| 6. Según su opinión en qué medida el delito de asociación ilícita es una forma de adelantar los límites de punibilidad, en la medida en que se penaliza concierto de voluntades con fines ilícitos penales en el tiempo? | |
| 7. Según Ud. a que se debe que los operadores jurídicos como jueces , fiscales y abogados, en la práctica no puede separar el delito de asociación de los delitos que se comete a través de la organización?. | |
| 8. Según, su apreciación en qué medida se justifica penalizar el concierto de voluntades, como la asociación ilícita. | |
| 9. Según su opinión, en qué medida importa la cantidad de los miembros de la organización para configurar asociación ilícita | |
| 10. Según opinión , en el nomen Iures “ asociación ilícita para delinquir”, el término “ | |

| | |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--|
| para delinquir” implica a que la organización criminal necesariamente debe cometer el delito fin , para así configurarse el delito de asociación ilícita? | |
| 11. Que, opinión le merece la presente investigación?. | |

ANEXO 07

**RESULTADOS DE LAS ENCUESTAS REALIZADAS A LOS
MAGISTRADOS DEL MINISTERIO PÚBLICO
DISTRITO FISCAL DE AYACUCHO**

| | |
|-------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| RPTAS | Dr. Alfonso Ricardo Cornejo Alpaca |
| | Fiscal Superior Titular |
| H.G. | <p><u>1. Puede Ud. Referirse a los postulados del derecho penal del enemigo.</u></p> <p>Es una teoría formulada por Gunther Jakobs, que busca crear instrumento jurídico penal contra la criminalidad organizada, en el entendido que el Estado está en el deber de proteger y dar seguridad a los ciudadanos. en este sentido el derecho penal del enemigo considera que existe un grupo de personas que no colaboran con esa seguridad que se busca, por lo que el estado debe reacción con instrumentales legales como es la cadena perpetua y otros</p> |

| | |
|--------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| H.G. | <p><u>2. Según Ud. En qué medida el derecho penal del enemigo constituye un instrumento jurídico eficaz con la criminalidad organizada en el Perú?</u></p> <p>El derecho penal del enemigo permite detectar y sancionar, conductas en estadios previos a la afectación del bien jurídico, asimismo, permite extraerlos a esas personas que través de su conducta generan un peligro latente en la sociedad.</p> |
| H.E.2. | <p><u>3. Considera Ud. que el delito de asociación ilícita para delinquir permite sancionar a los integrantes de la organización criminal, antes que materialicen el delito fin para el cuál se creó la organización?</u></p> <p>La tipificación como delito el hecho de reunión de grupo de personas con la finalidad de delinquir aun no cometan el delito, es importante para la política criminal, este sentido es un instrumento jurídico para el ministerio público, Ministerio del Interior, que les permite identificar esas organizaciones</p> |
| H.E.2 | <p><u>4. Según Ud. en qué medida el delito de asociación ilícita, es compatible con la dignidad Humana?.</u></p> <p>El delito de asociación ilícita es compatible con la dignidad humana en el sentido que obedece al principio de legalidad,</p> |

| | |
|--------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| | <p>esto existe una conducta abstracta como delito que si fuera el caso que se materializa en la realidad deberá sancionarse</p> |
| H.E.1. | <p><u>5. Considera Ud. que la organización a que refiere el artículo 317° del C.P. tiene los mismos elementos que la organización criminal establecida en el artículo 2° de la Ley 30077?</u></p> <p>El artículo 2° de la ley describe la organización criminal contiene los mismos elementos referidos en el convenio y los protocolos del convenio de Palermo sobre criminalidad. Asimismo, la organización referida en el Art. 317 del CP, Hace referencia a organización criminal que debe ser unificada</p> |
| H.E.2. | <p><u>6. Según su opinión en qué medida, el delito de asociación ilícita es una forma de adelantar los límites de punibilidad?</u></p> <p>El delito de asociación ilícita para delinquir permite identificar y sancionar conductas en el estadio previo de la afectación del bien jurídico</p> |
| H.E.3. | <p><u>7. Según Ud. a que se debe que los operadores jurídicos como jueces , fiscales y abogados, en la práctica no puede separar el delito de asociación de los delitos que se comete a través de la organización?.</u></p> <p>Por falta de capacitación sobre la materia y los diversos fuentes del derecho como son la jurisprudencia y la doctrina</p> |
| | <p><u>8. Según, su apreciación en qué medida se justifica penalizar el concierto de voluntades como la asociación</u></p> |

| | |
|--------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| H.E.2. | <p><u>ilícita antes que materialice el delito?</u></p> <p>En la medida a que el Estado está en la obligación de garantizar la seguridad a los ciudadanos.</p> |
| H.E.1. | <p>9. <u>Según su opinión, en qué medida importa la cantidad de los miembros de la organización para configurar asociación ilícita?</u></p> <p>La cantidad de miembros es importante en la medida del injusto o el daño, puede ser que una organización con 10 integrantes tenga la misma capacidad que la organización criminal de 2 integrantes.</p> |
| H.E.1 | <p>10. <u>Según opinión, el nomen Iures “ asociación ilícita para delinquir”, el término “ para delinquir” implica a que la organización criminal necesariamente debe cometer el delito fin, para así configurarse el delito de asociación ilícita?</u></p> <p>Claro una apreciación superficial del artículo 317 del C.P, se puede interpretar que el proceso de ejecución del delito estaría configurada por tres etapas, grupo de personas, concierto de voluntades con fin ilícita y finalmente la concretización de la conducta ilícita de naturaleza penal</p> |
| H.G. | <p><u>Que, opinión le merece la presente investigación?</u></p> <p>Tiene relevancia porque considero que en su desarrollo se tocará temas vinculadas a la criminalidad y los instrumentos jurídicos con que se debe luchar frente a esa criminalidad.</p> |

| | |
|-------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| | Dr. Elmer Rafael Cancho Alarcón |
| RPTAS | FISCAL ADJUNTO SUPERIOR |
| H.G | <p><u>1. Puede Ud. Referirse a los postulados del derecho penal del enemigo.</u></p> <p>Gunther Jakobs, planteó el endurecimiento de las penas para aquellas personas que no logran internalizar los fines de la pena no fidelidad a la norma y como medida de aseguramiento el sujeto es despersonalizada.</p> |
| H.G. | <p><u>2. Según Ud. en qué medida el derecho penal del enemigo constituye un instrumento jurídico eficaz con la criminalidad organizada en el Perú?</u></p> <p>Es un método eficientista, una medida de aseguramiento, para apartar al delincuente de la sociedad, pero un postulado abstracto que no tiene aplicación inmediata, en el ámbito procesal se puede limitar algunos derechos fundamentales inviolabilidad de domicilio, intervenciones entre otros.</p> |
| H.G | <p><u>3. Considera Ud. que el delito de asociación ilícita para delinquir permite sancionar a los integrantes de la organización criminal, antes que materialicen el delito fin</u></p> |

| | |
|--------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| | <p><u>para el cuál se creó la organización?</u></p> <p>Es la naturaleza de este delito, sin embargo, en la práctica son pocas veces se realizar denuncias y acusaciones sólo por el hecho de integrar la organización, sino la identificación de la organización se comienza de la investigación de un delito concreto .</p> |
| H.E.2. | <p><u>4. Según ud. en qué medida el delito de asociación ilícita, es compatible con la dignidad humana?</u></p> <p>Es un delito de abstracto que protege el orden público lo es compatible con la constitución porque según el art. 44 de la constitución política es deber del Estado garantizar la vigencia de las derechos humanos y la seguridad de los ciudadanos , ese sentido se pronunció el tribunal constitucional peruano en su oportunidad.</p> |
| H.E.1 | <p><u>5. Considera Ud. que la organización a que refiere el artículo 317° del C.P. tiene los mismos elementos que la organización criminal establecida en el artículo 2° de la Ley 30077?.</u></p> <p>En esencia la ley 30077 establece la organización criminal con fines de investigación , juzgamiento y sanción, sin embargo, este es igual a la organización criminal que hace referencia el art. 317, la diferencia radica en que este último es</p> |

| | |
|--------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| | un delito |
| H.E.2. | <p><u>6. Según su opinión en qué medida, el delito de asociación ilícita es una forma de adelantar los límites de punibilidad?</u></p> <p>Es una forma de adelantar la punibilidad en la medida en que se trata de un delito de peligro abstracto, donde aún se verificó la conducta ilícita y las víctimas, es decir no hay una afectación concreta</p> |
| H.E.3 | <p><u>7. Según Ud. a que se debe que los operadores jurídicos como jueces, fiscales y abogados, en la práctica no puede separar el delito de asociación ilícita de los delitos que se comete a través de la organización?</u></p> <p>Hay una confusión entre la consumación entre coautoría y el delito de asociación ilícita para delinquir. sin embargo, son pocos casos en la que se determinan la existencia de la organización sino por los delitos que comete, si habría investigaciones donde se identifique la organización antes de cometer los delitos, esa sería una victoria</p> |
| H.G. | <p><u>8. Según, su apreciación en qué medida se justifica penalizar el concierto de voluntades para fines ilícitos penales como la asociación ilícita antes que materialice el delito?</u></p> |

| | |
|-------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| | <p>Se justifica en la medida a que el Estado tiene el deber de garantizar, y frente al peligro latente, la existencia de grupo de personas para fines de perpetrar delitos afecta la tranquilidad pública. Los consorcios, la organización de sicariatos afecta esa tranquilidad que anhela la ciudadanía</p> |
| H.E.1 | <p>9. <u>Según su opinión, en qué medida importa la cantidad de los miembros de la organización para configurar asociación ilícita?</u></p> <p>Hay un nivel de valoración de antijuricidad es decir hay delitos que puede cometer dos personas provocando el mismo daño que los delitos que comete 100 personas.</p> |
| H.E.1 | <p>10. <u>Según opinión, el nomen Iures “ asociación ilícita para delinquir”, el término “ para delinquir” implica a que la organización criminal necesariamente debe cometer el delito fin, para así configurarse el delito de asociación ilícita.?</u></p> <p>Si, el artículo 317° del C.P utiliza el término para delinquir, con la finalidad indicar que la organización criminal tienes fines ilícita, pero con denominación de concertos de voluntades se hace referencia a la coautoría</p> |
| H.G. | <p><u>11. Qué opinión le merece la presente investigación?.</u></p> |

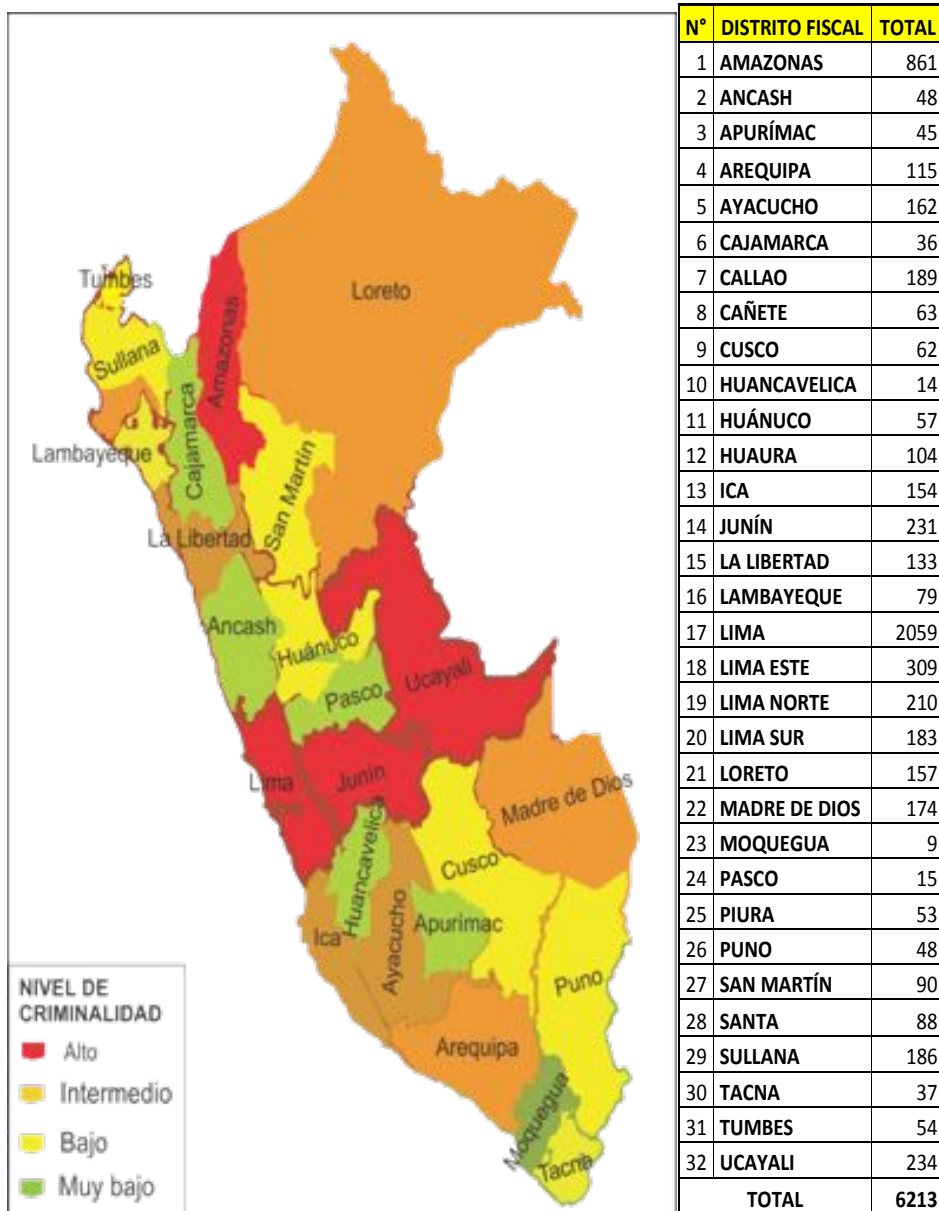
| | |
|--|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| | <p>Me parece interesante, ahora que está vigente la ley Nro. 30077, como un instrumento contra criminalidad, si falta uniformizar la legislación con finalidad crear mecanismo eficaz para perseguir y castigar este delito.</p> |
|--|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|

ANEXO 8

**MAPA DE CASOS JUDICIALIZADOS POR EL DELITO DE
ASOCIACION ILICITA PARA DELINQUIR (PROCESOS EN GIRO)
ELABORADO POR LA PROCURADURIA PÚBLICA ESPECIALIZADA
EN DELITOS CONTRA EL ORDEN PÚBLICO DEL MINISTERIO DEL
INTERIOR DEL PERÙ
PERIODO 2009-2014**

MAPA DE CASOS JUDICIALIZADOS POR EL DELITO DE ASOCIACIÓN ILÍCITA PARA DELINQUIR

(PROCESOS EN GIRO)



*Información recopilada sobre el delito de Asociación ilícita en los Distritos Fiscales a nivel nacional, hasta 31 de octubre del 2014.

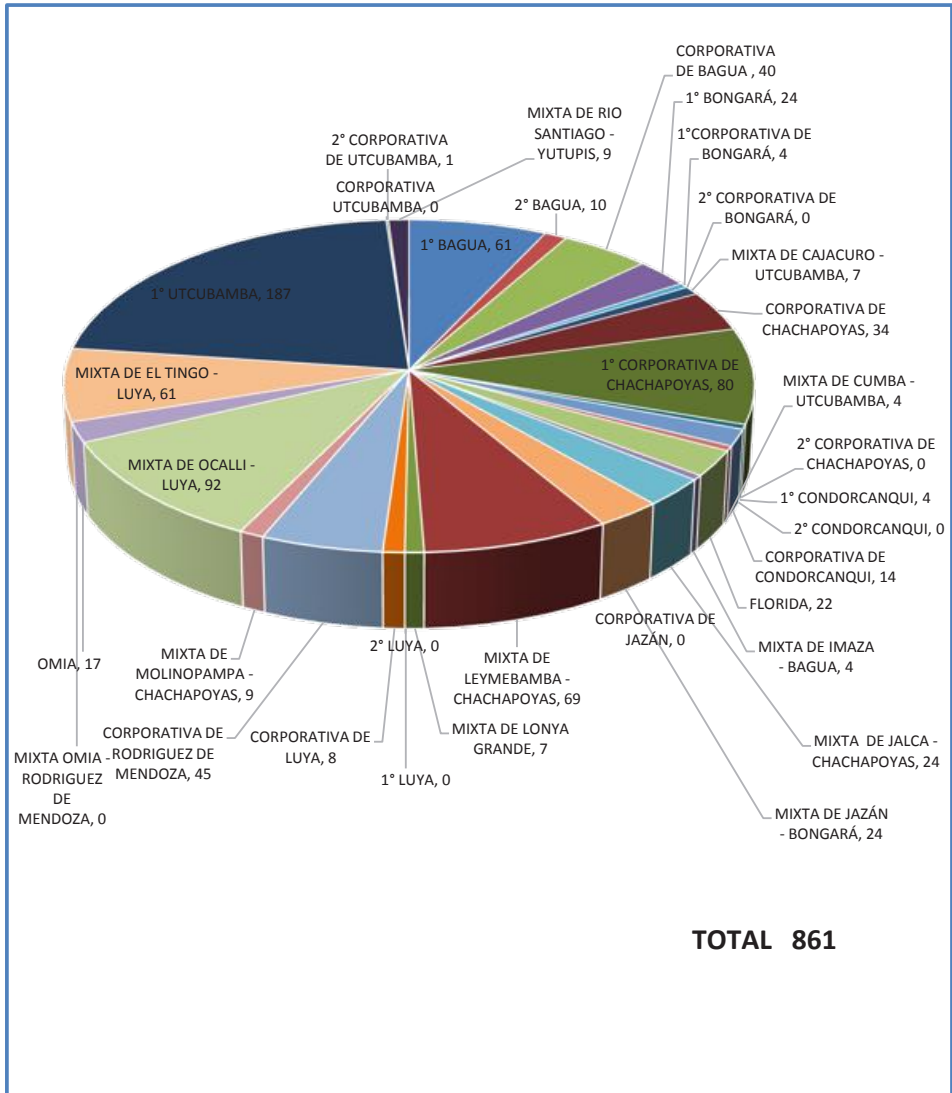
** Periodo 2009 – 2014 (PROCESOS EN GIRO)

ANEXO 9

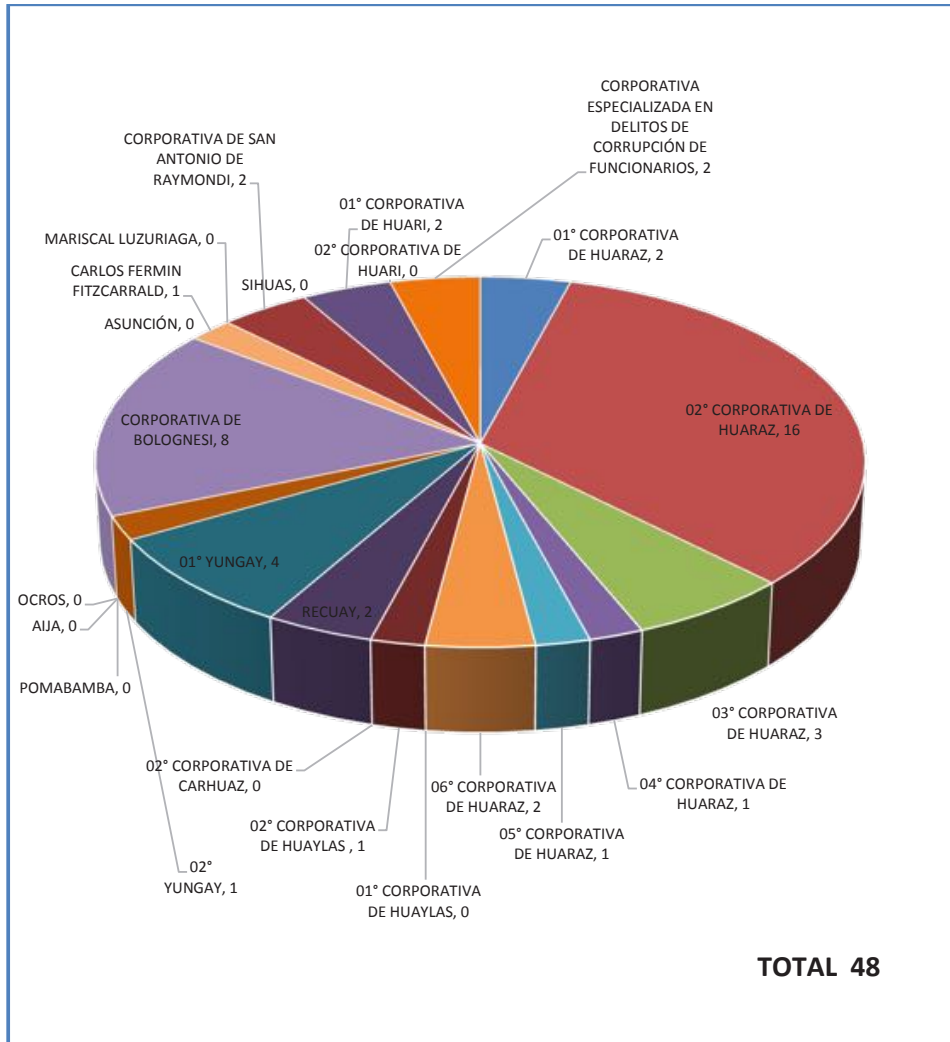
**ESTADISTICA SOBRE CASOS JUDICIALES POR EL DELITO DE
ASOCIACION ILICITA, ELABORADO POR LA OFICINA
ESPECIALIZADA DE INVESTIGACION EN CRIMEN Y CONFLICTOS –
OEIC- DE LA PROCURADURIA PÚBLICA ESPECIALIZADA EN
DELITOS CONTRA EL ORDEN PÚBLICO DEL MINISTERIO DEL
INTERIOR DEL PERÙ
PERIODO 2009-2014**

ESTADÍSTICAS DE CRIMINALIDAD ORGANIZADA PROCESOS EN GIRO

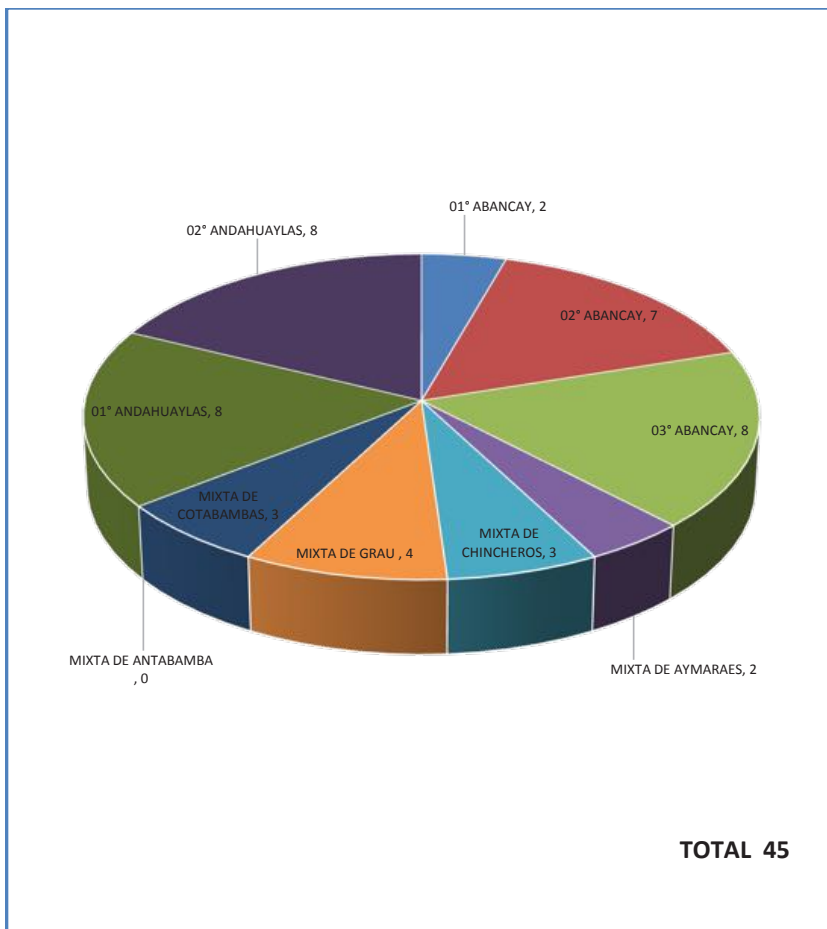
AMAZONAS



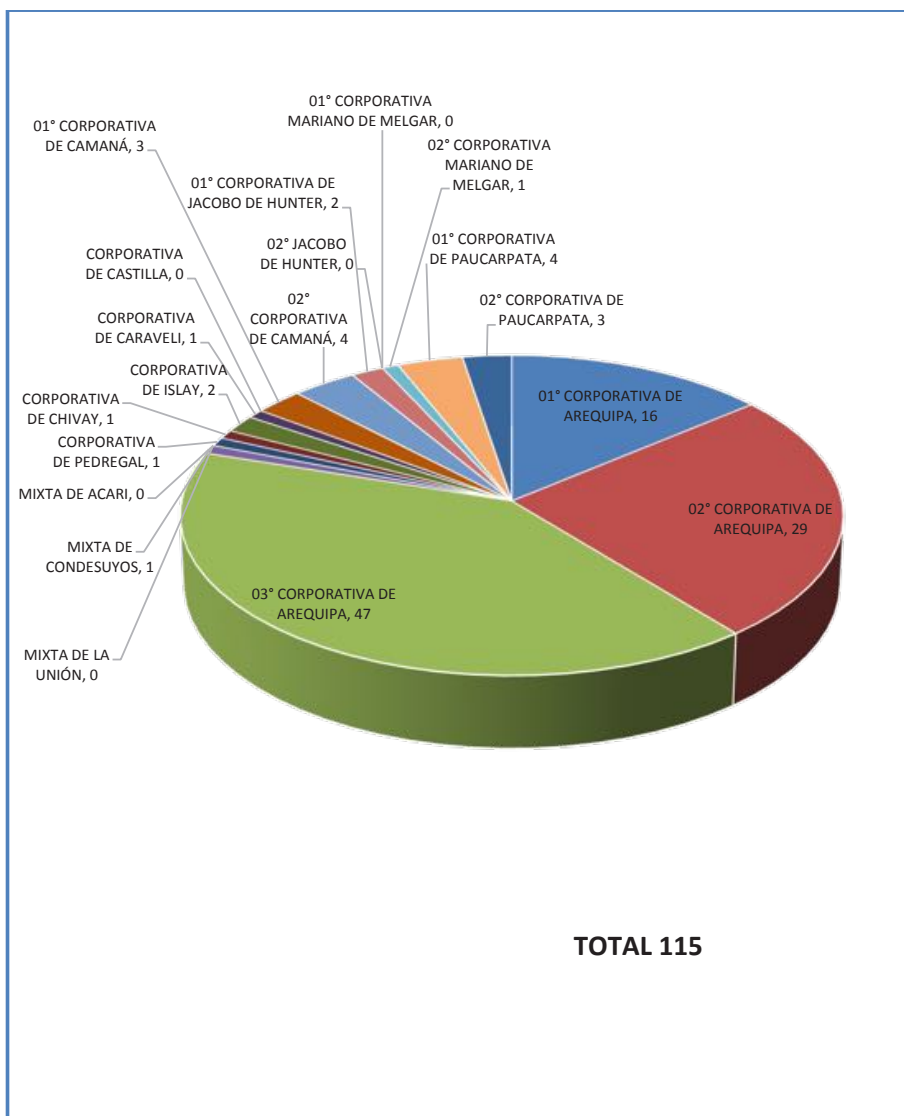
ANCASH



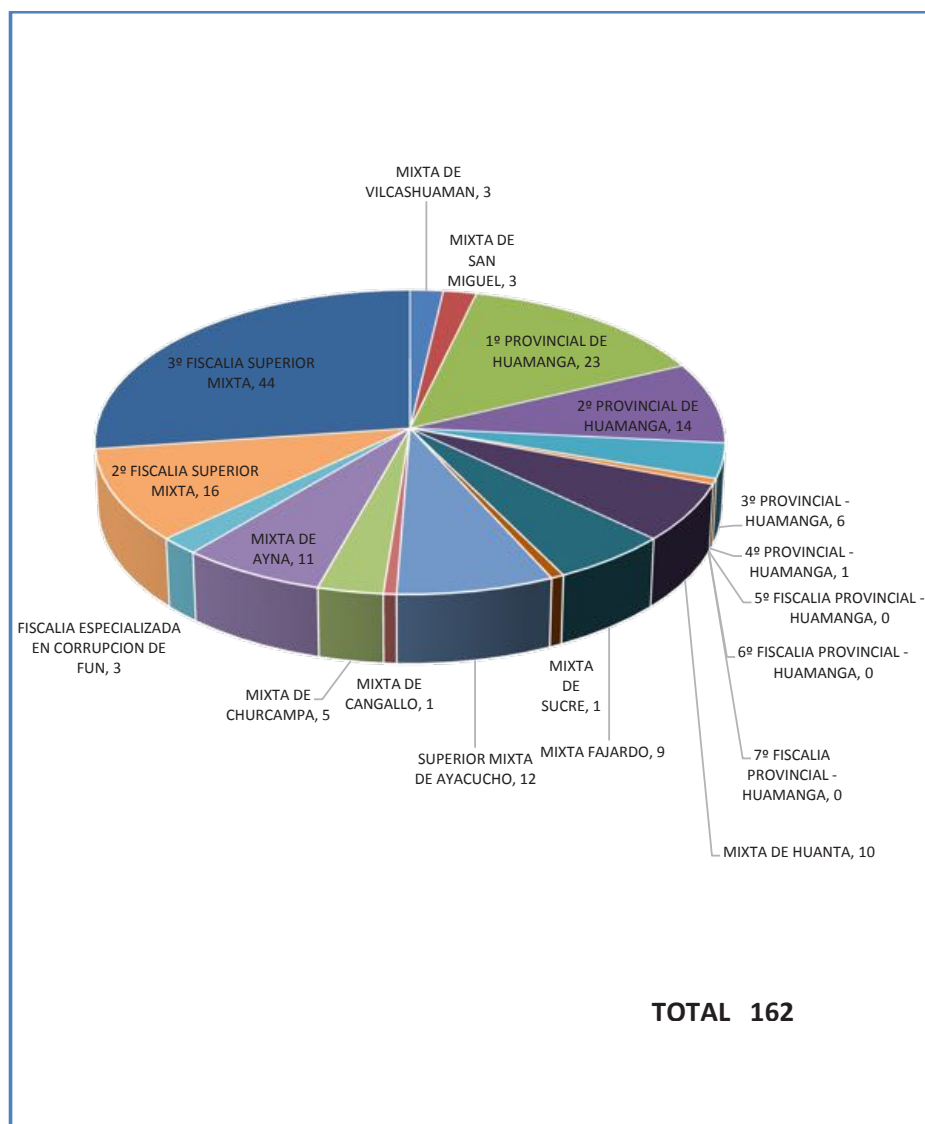
APURÍMAC



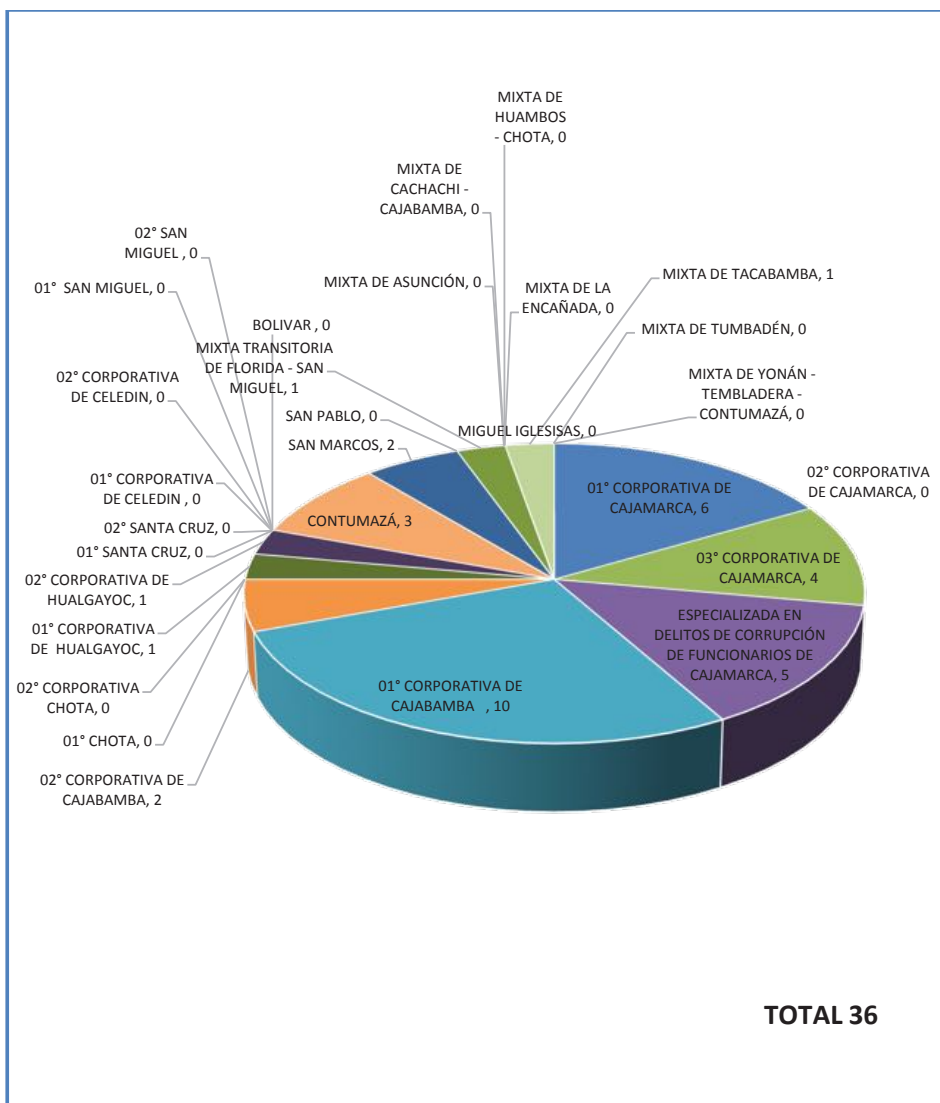
AREQUIPA



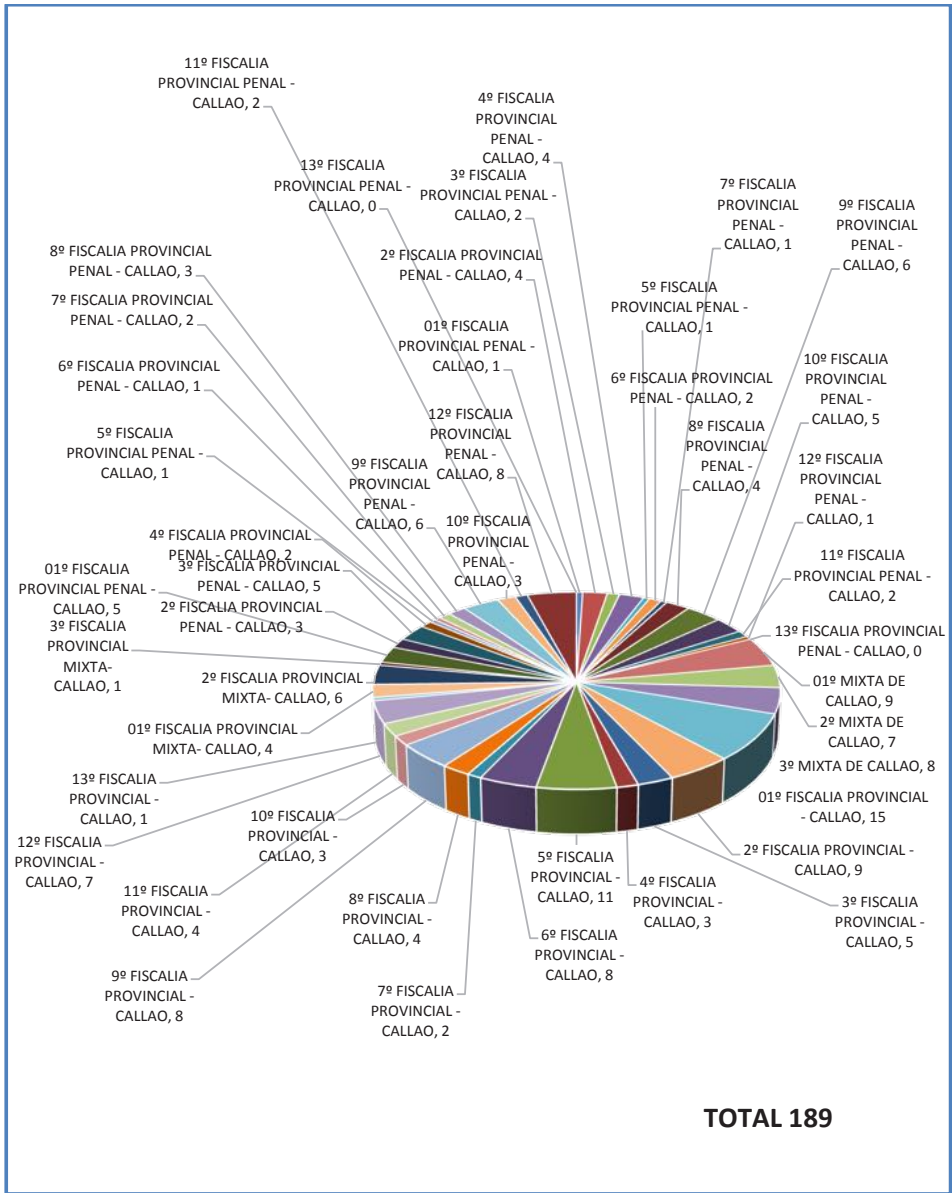
AYACUCHO



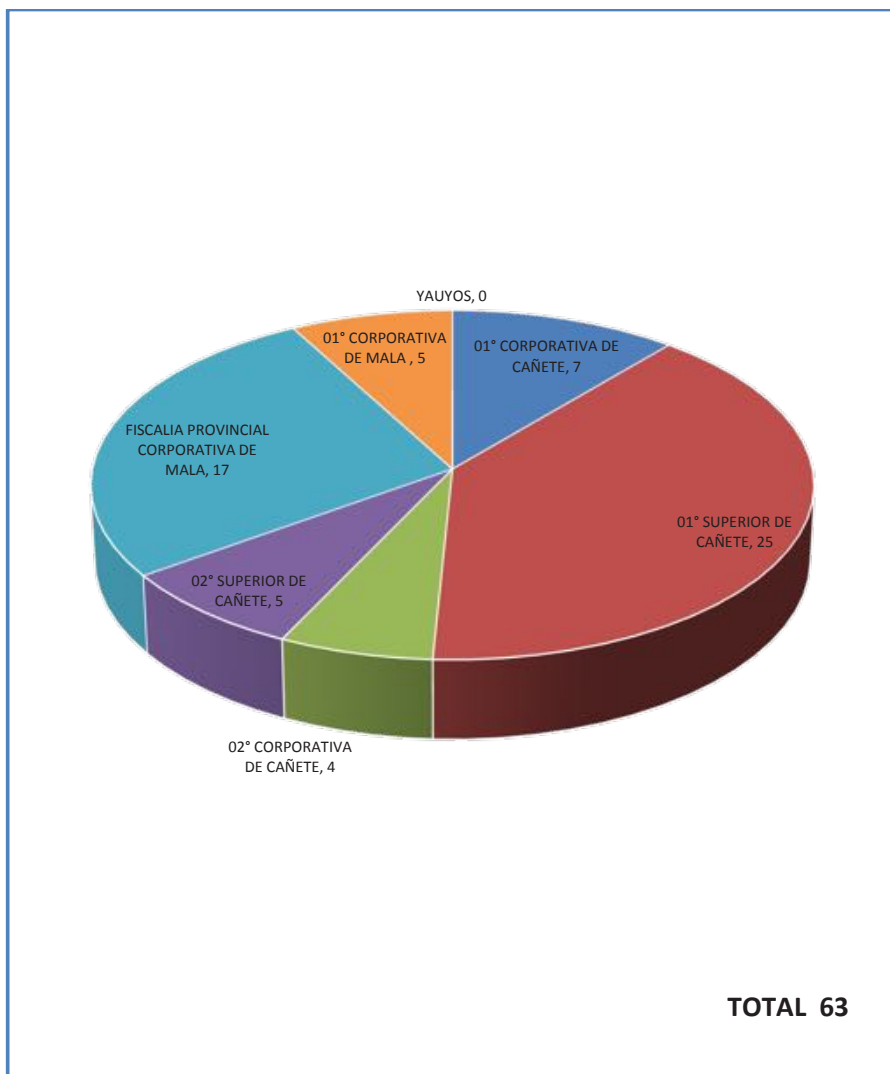
CAJAMARCA



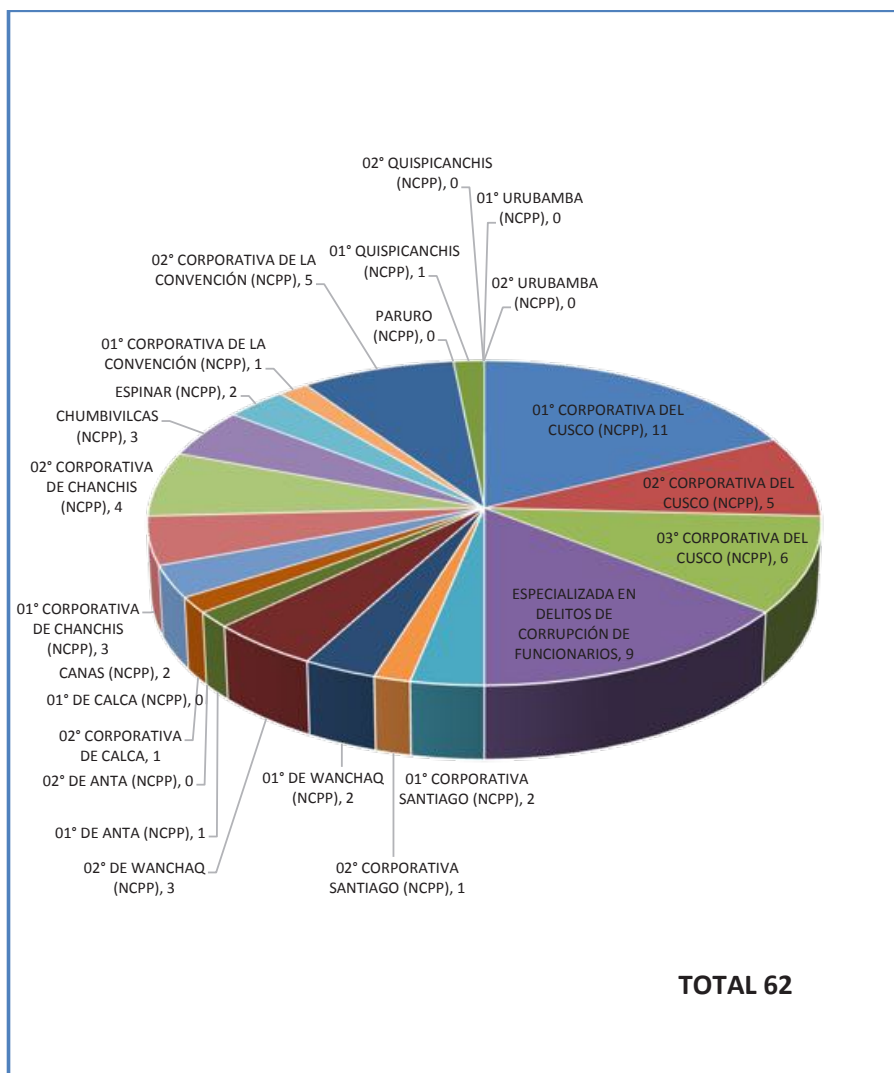
CALLAO



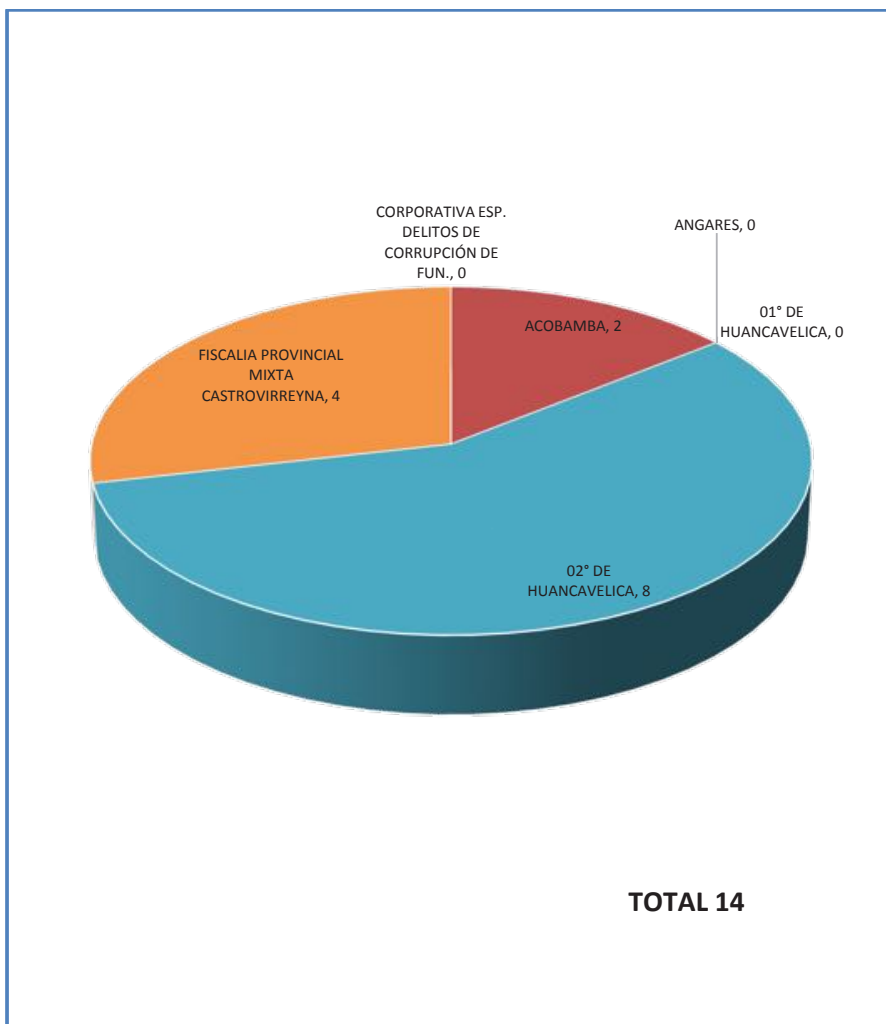
CAÑETE



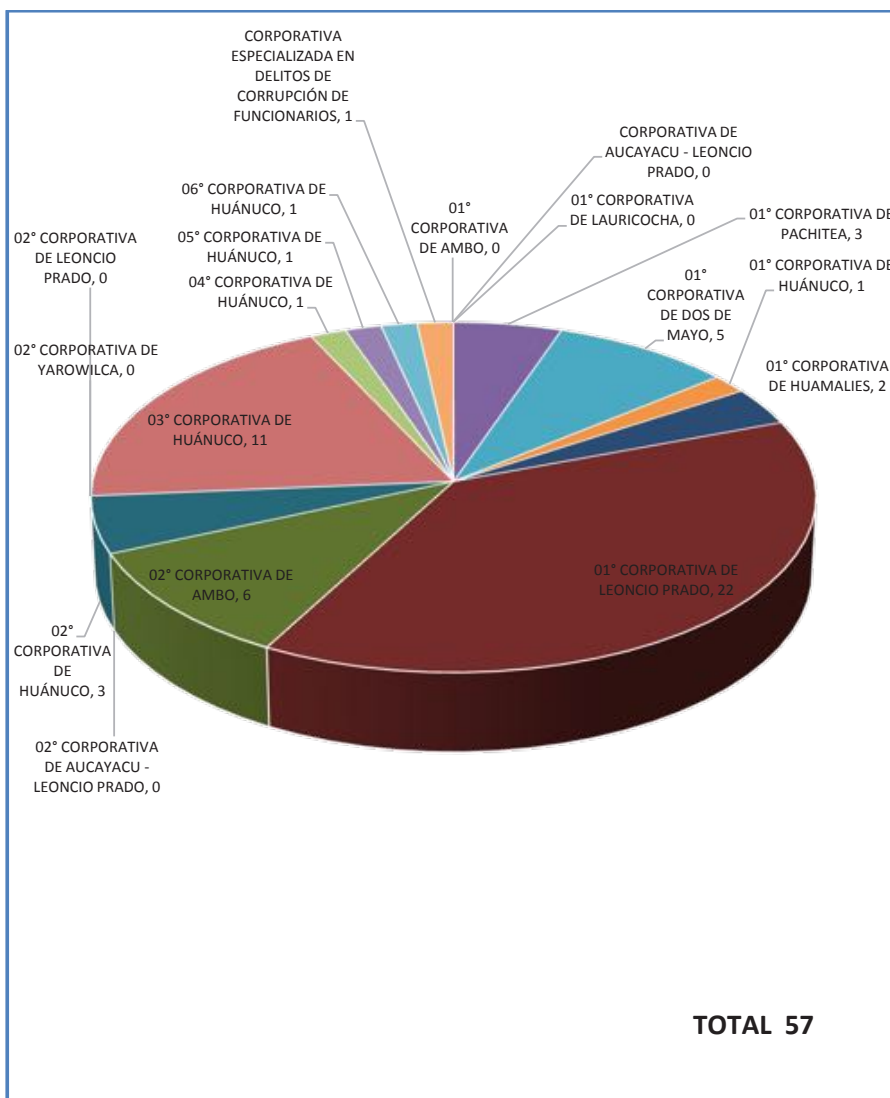
CUSCO



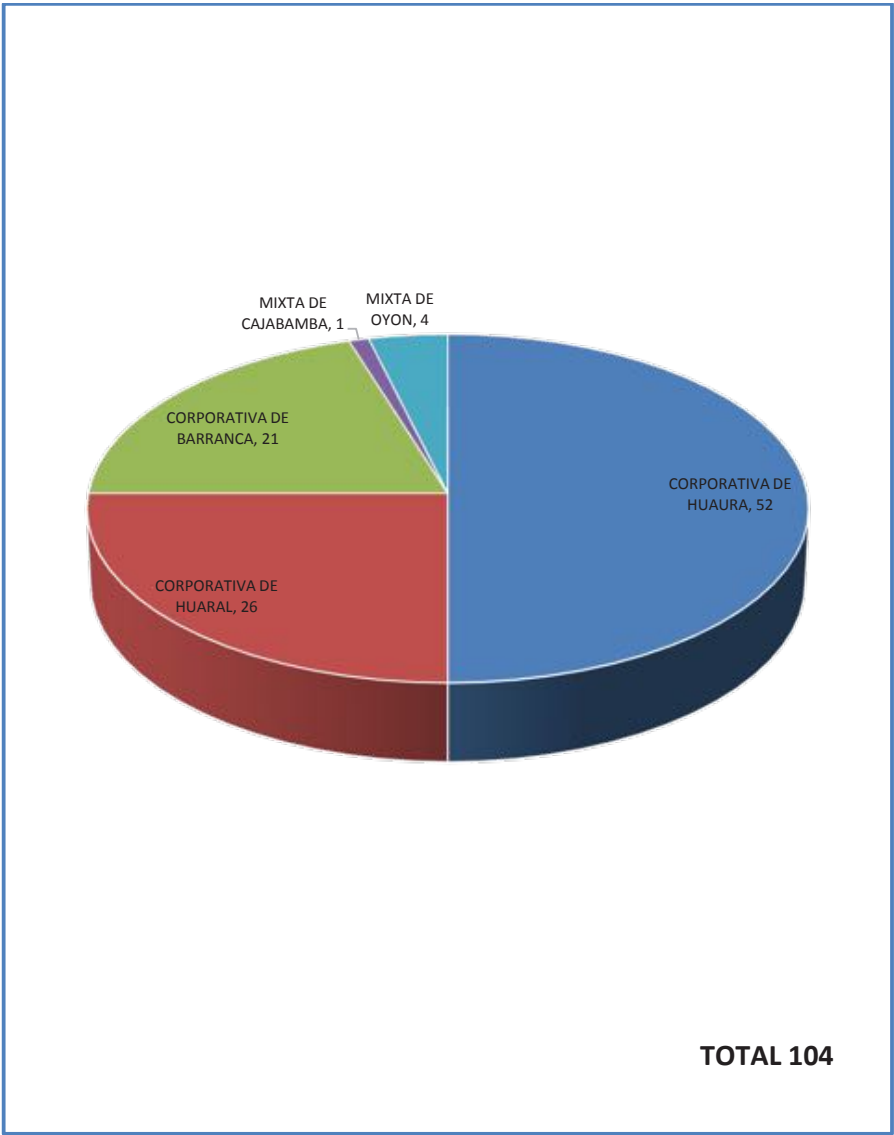
HUANCAVELICA



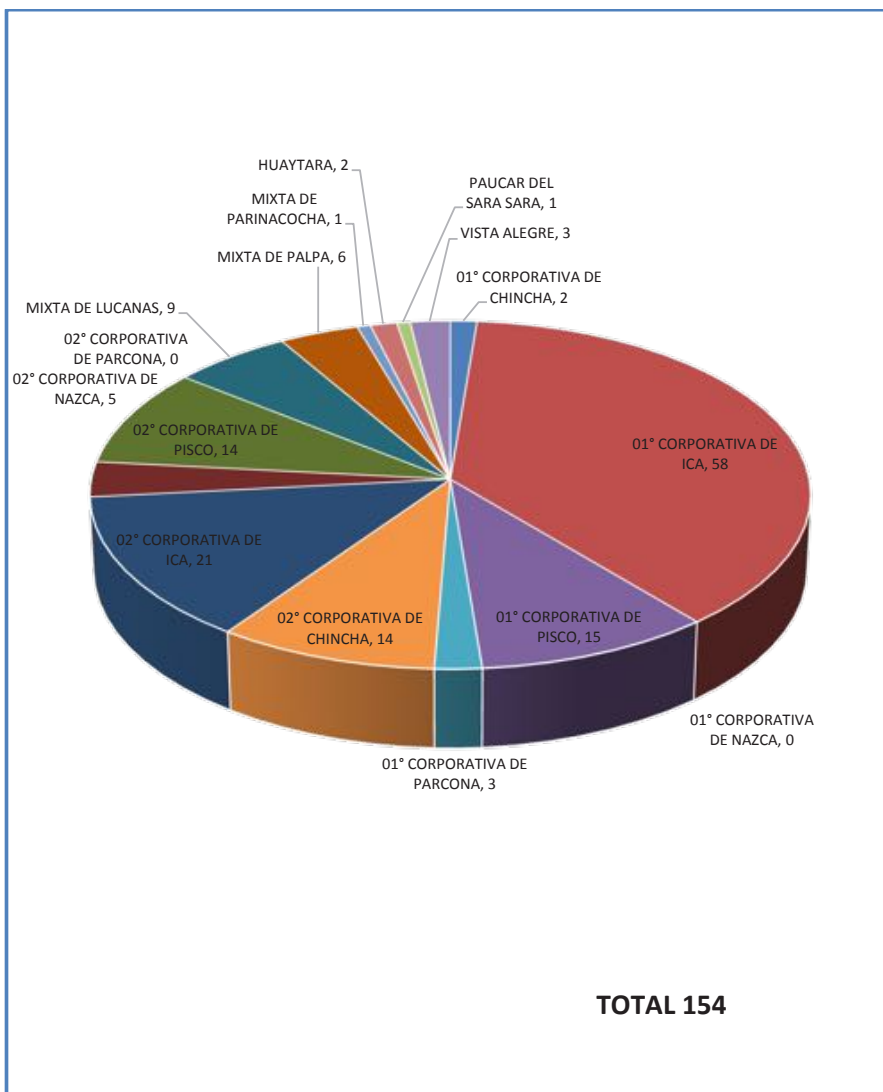
HUÁNUCO



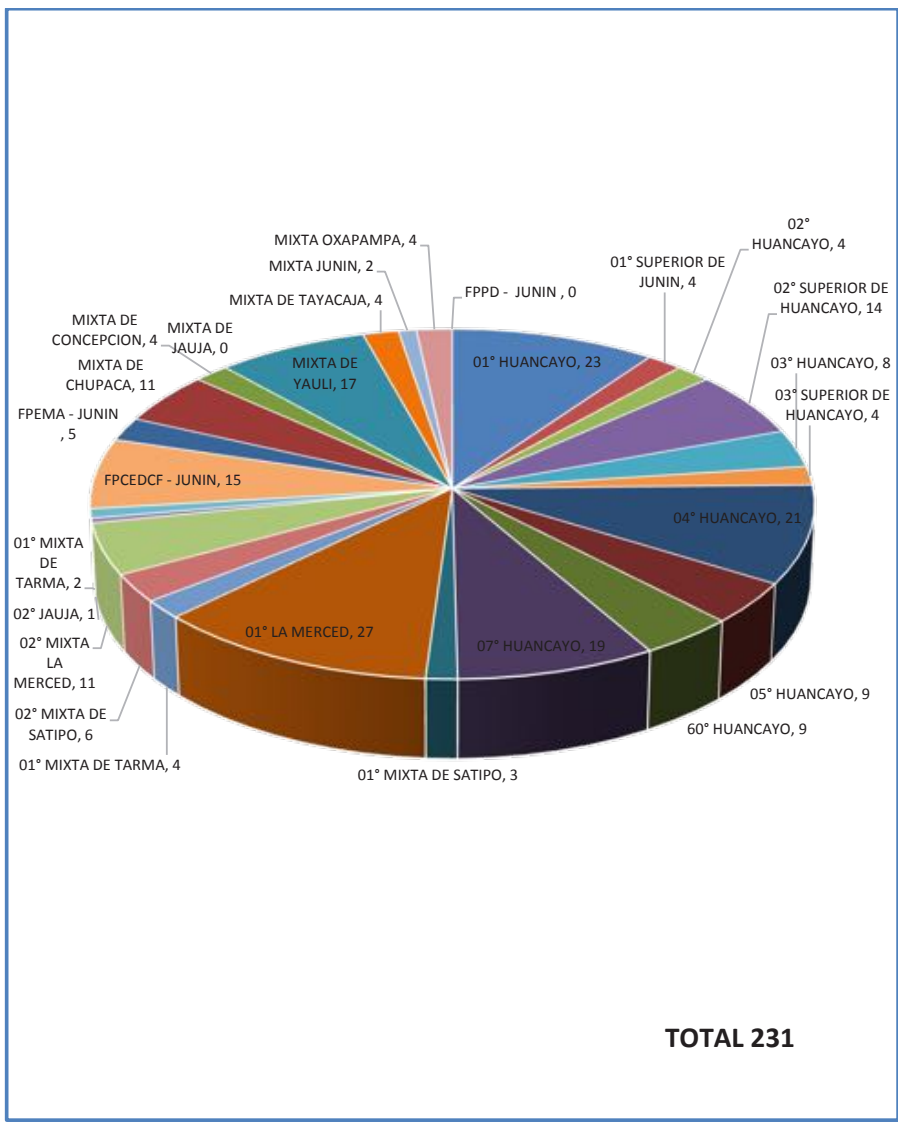
HUAURA



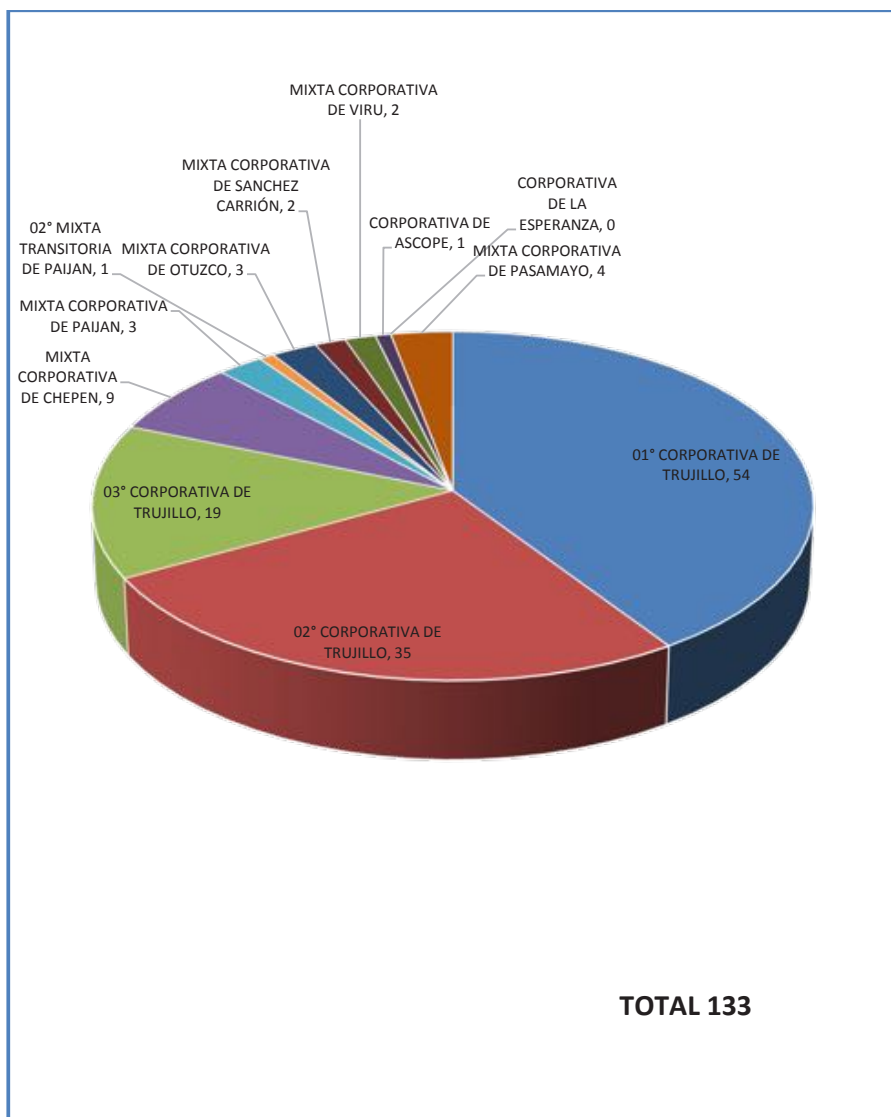
ICA



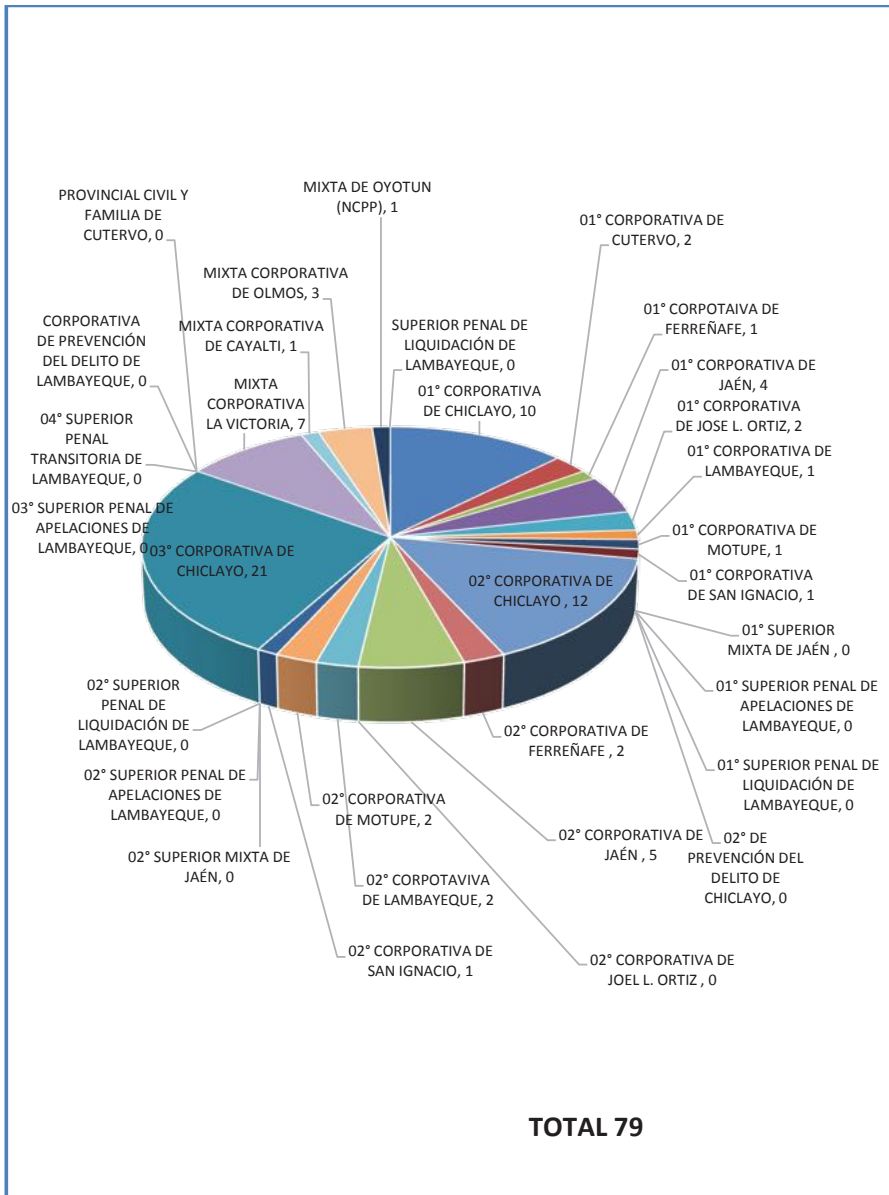
JUNIN



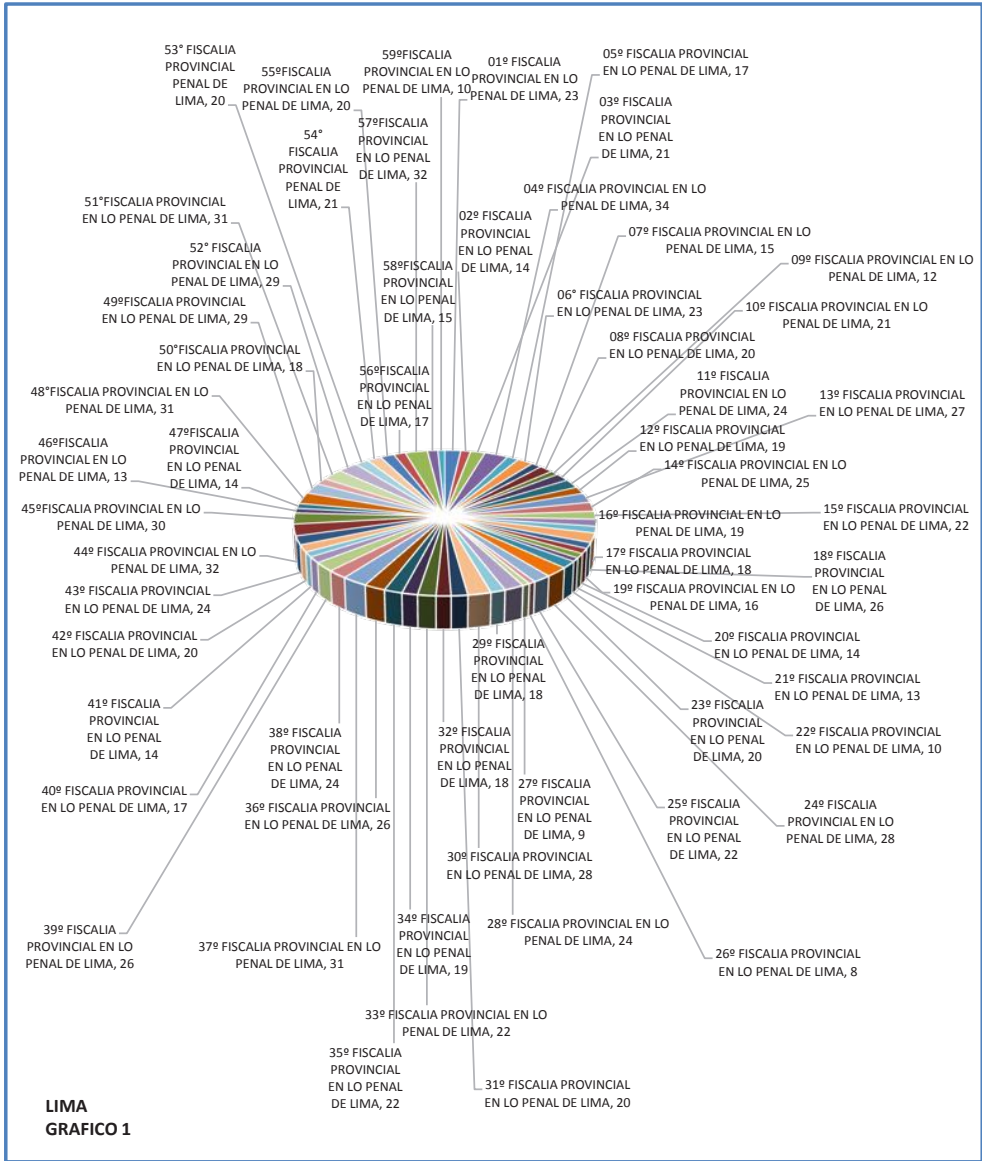
LA LIBERTAD

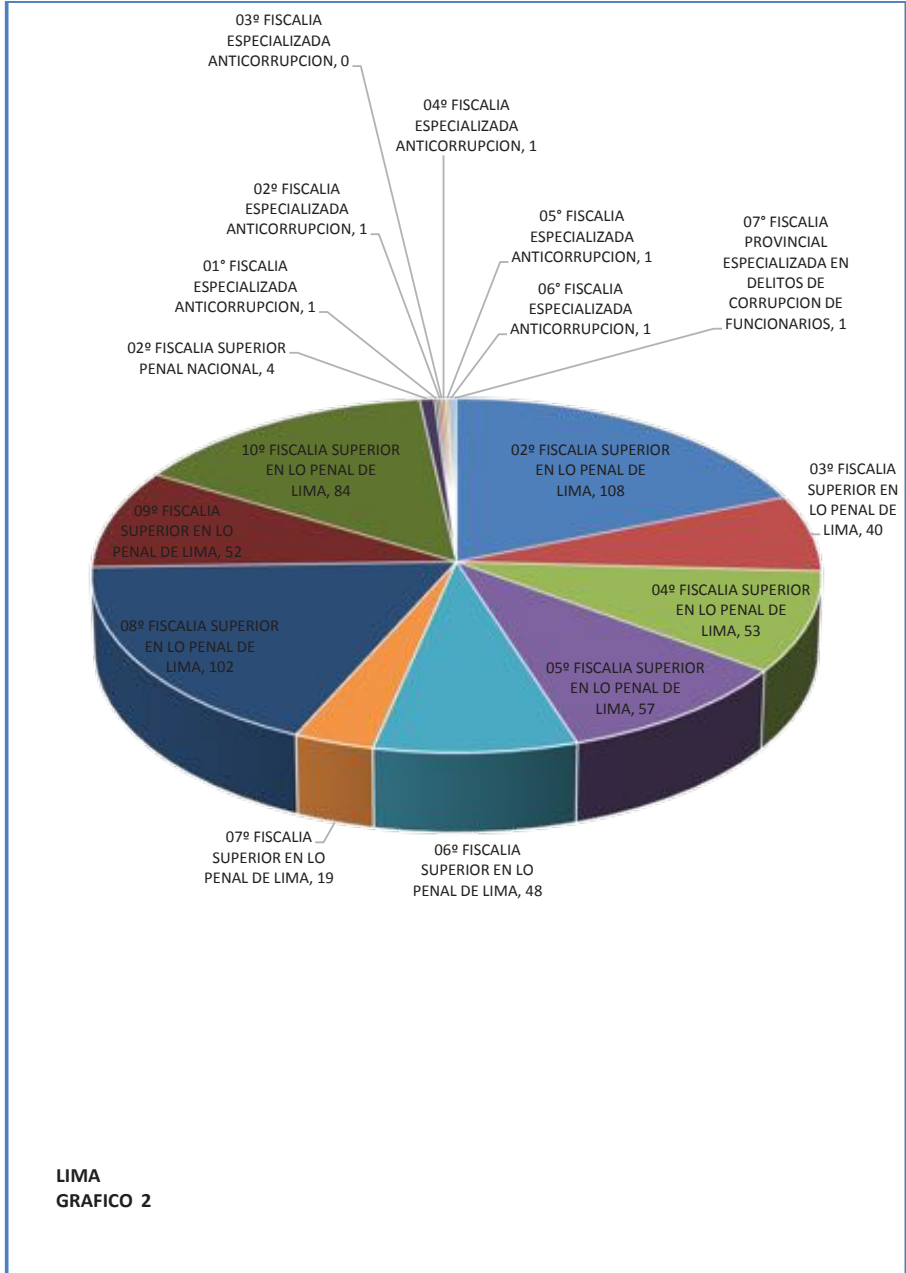


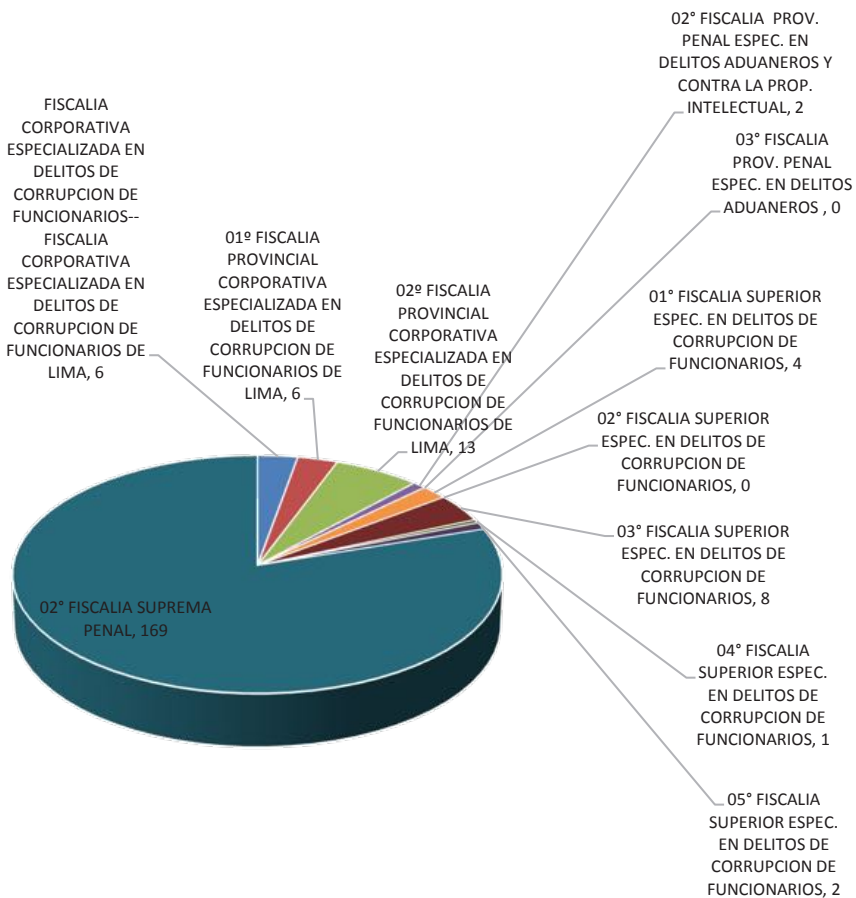
LAMBAYEQUE



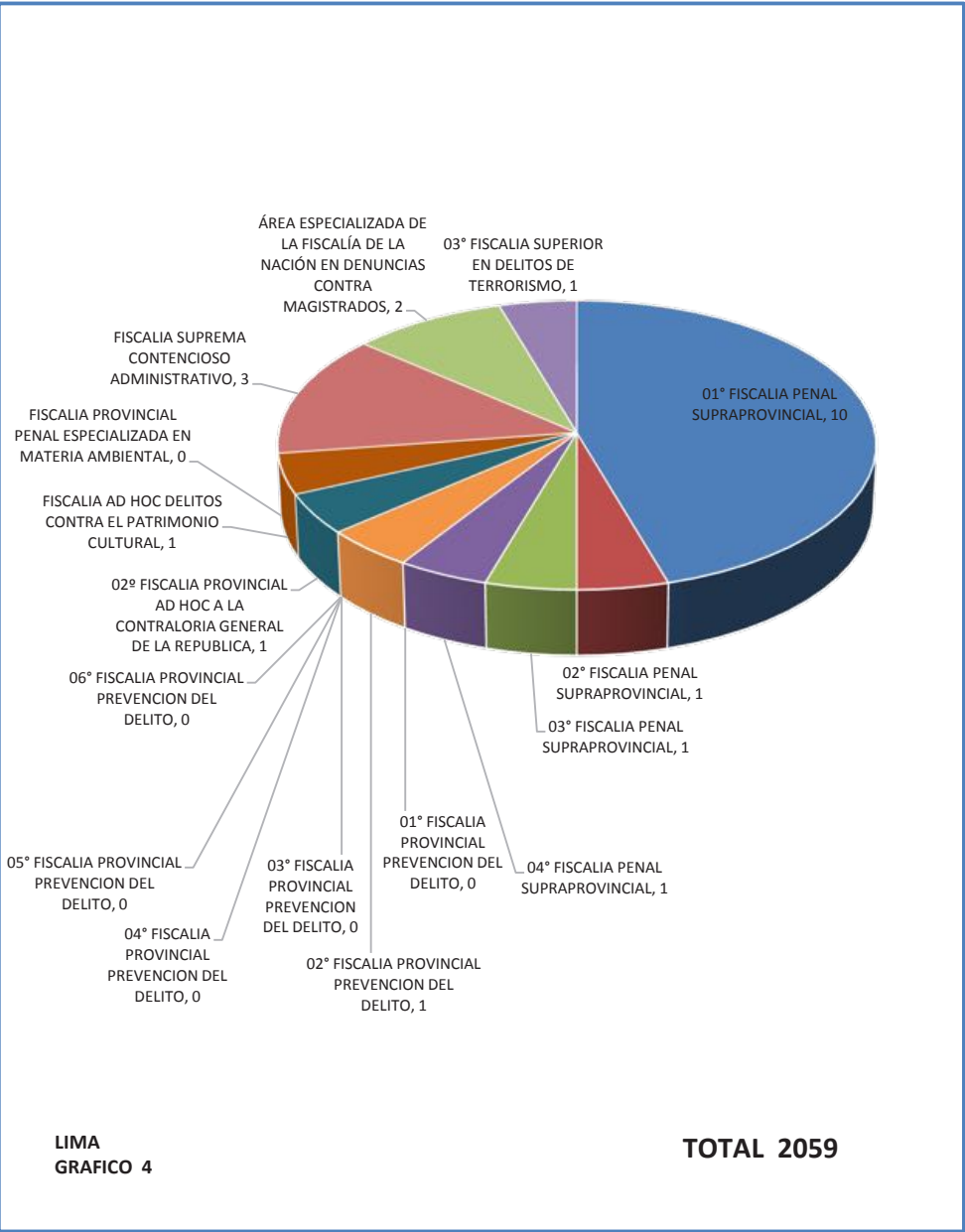
LIMA



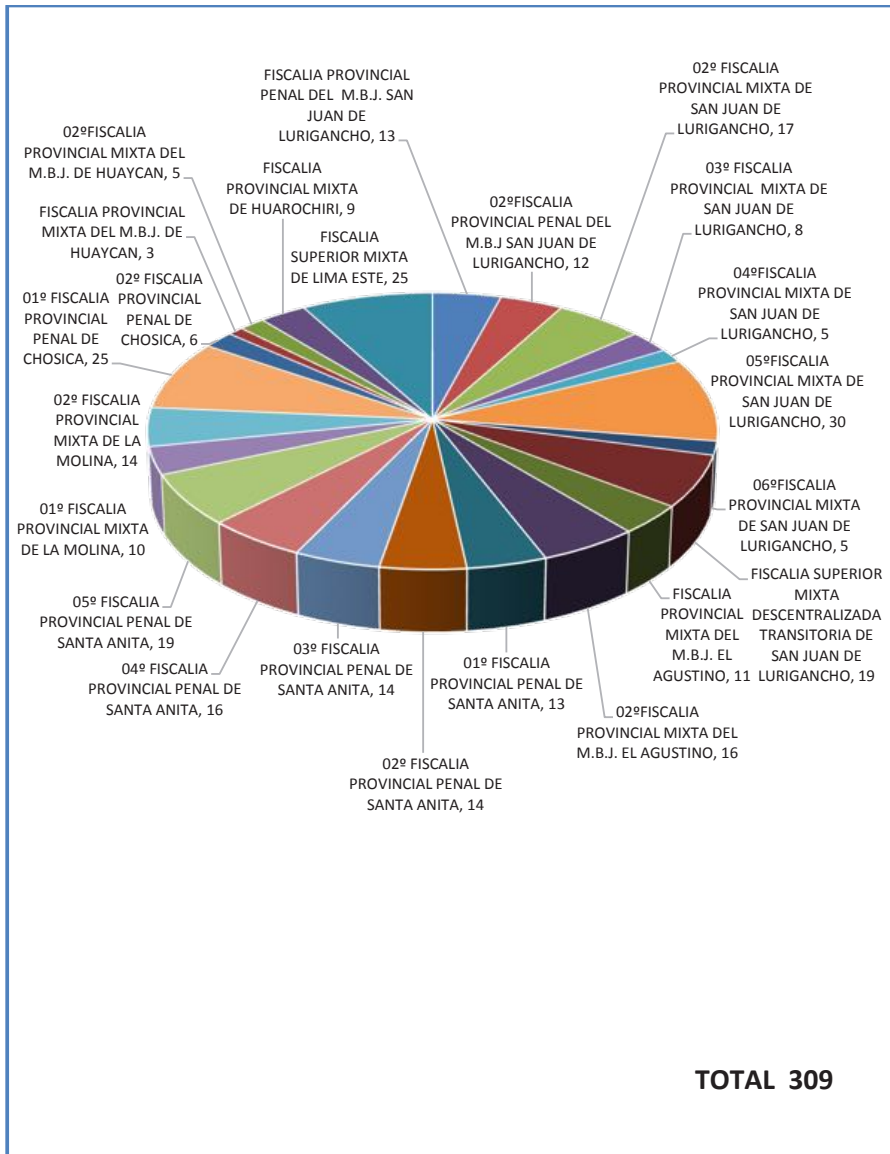




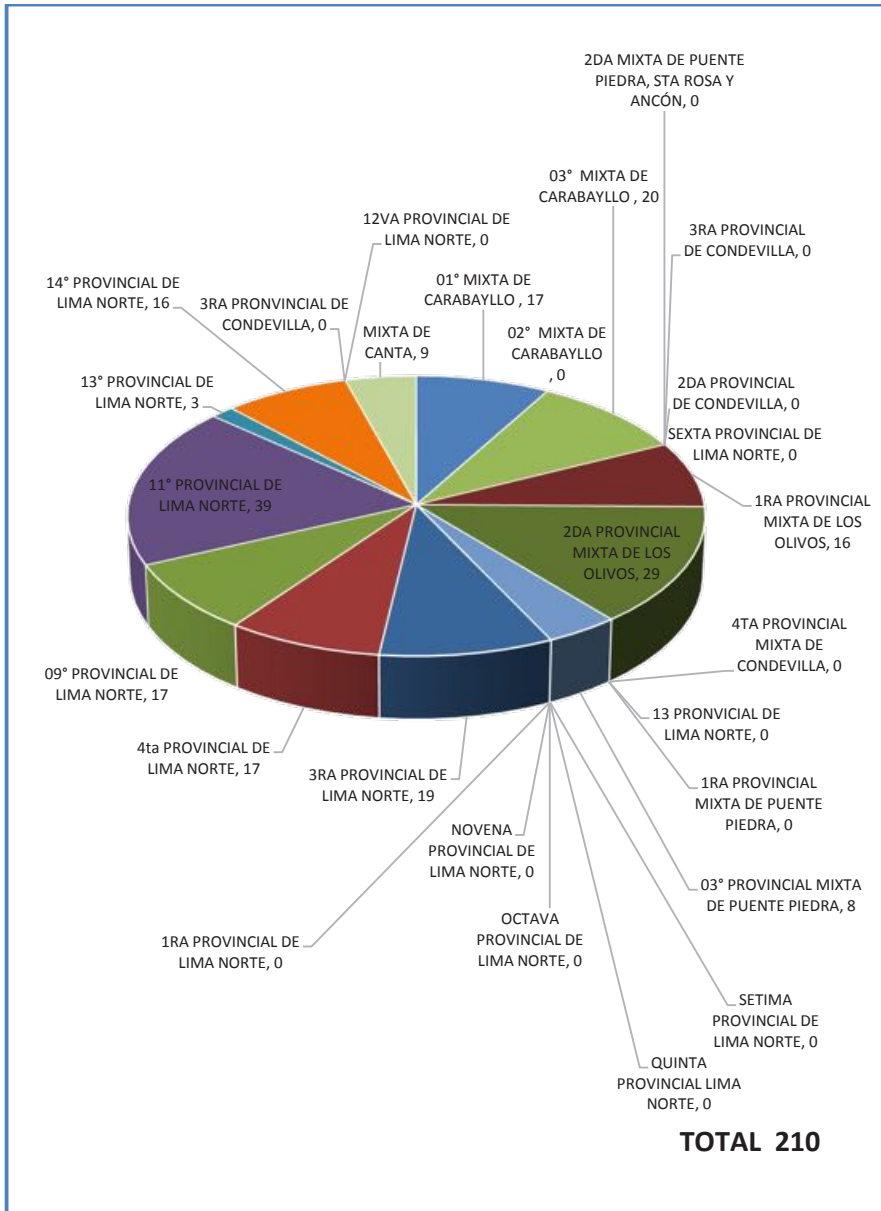
LIMA
GRAFICO 3



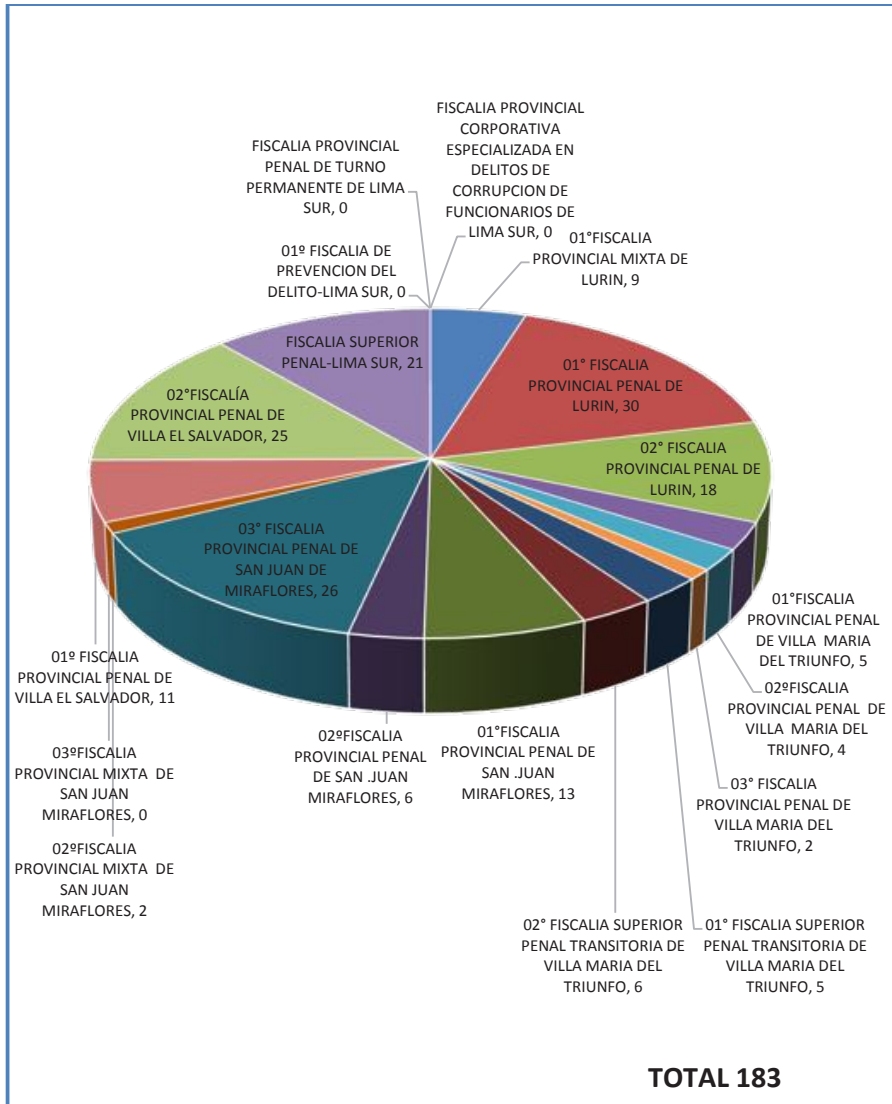
LIMA ESTE



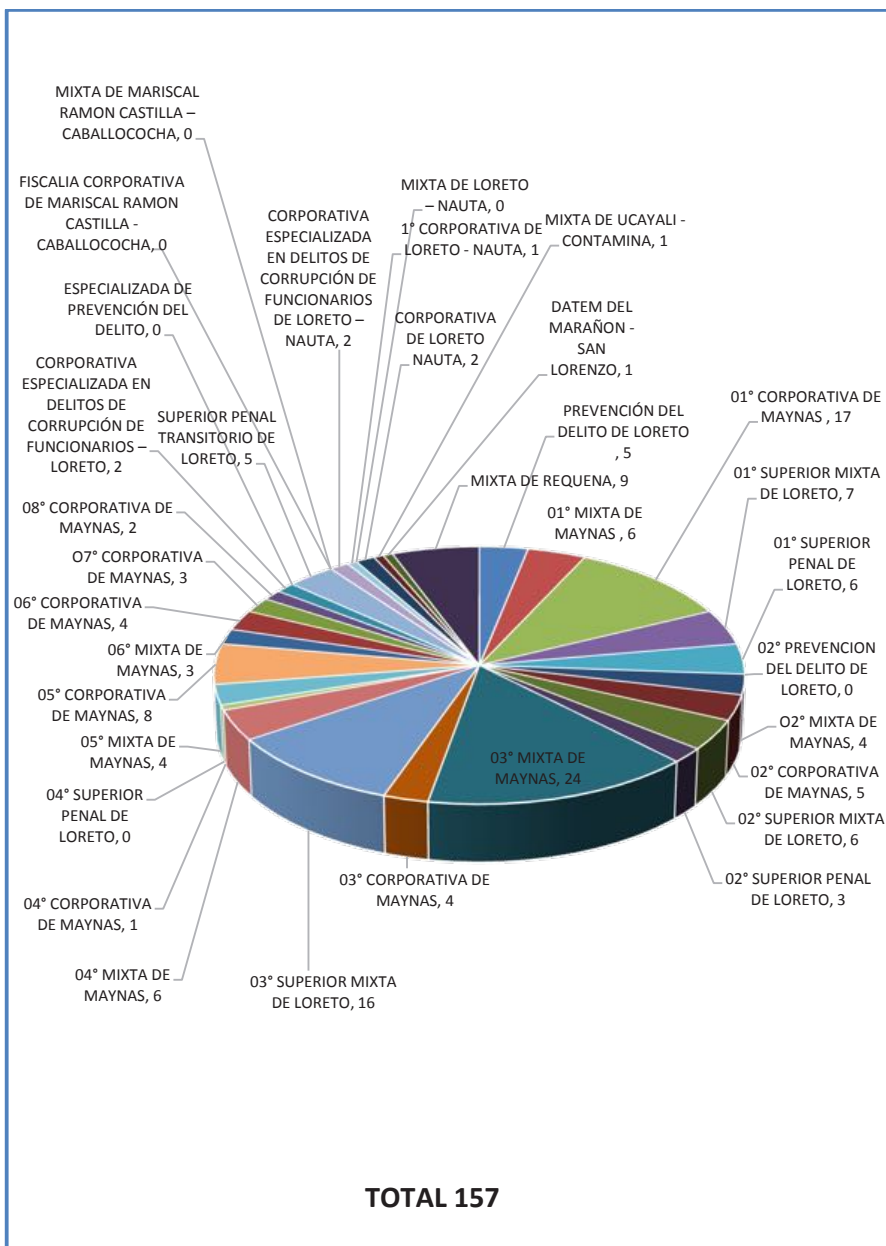
LIMA NORTE



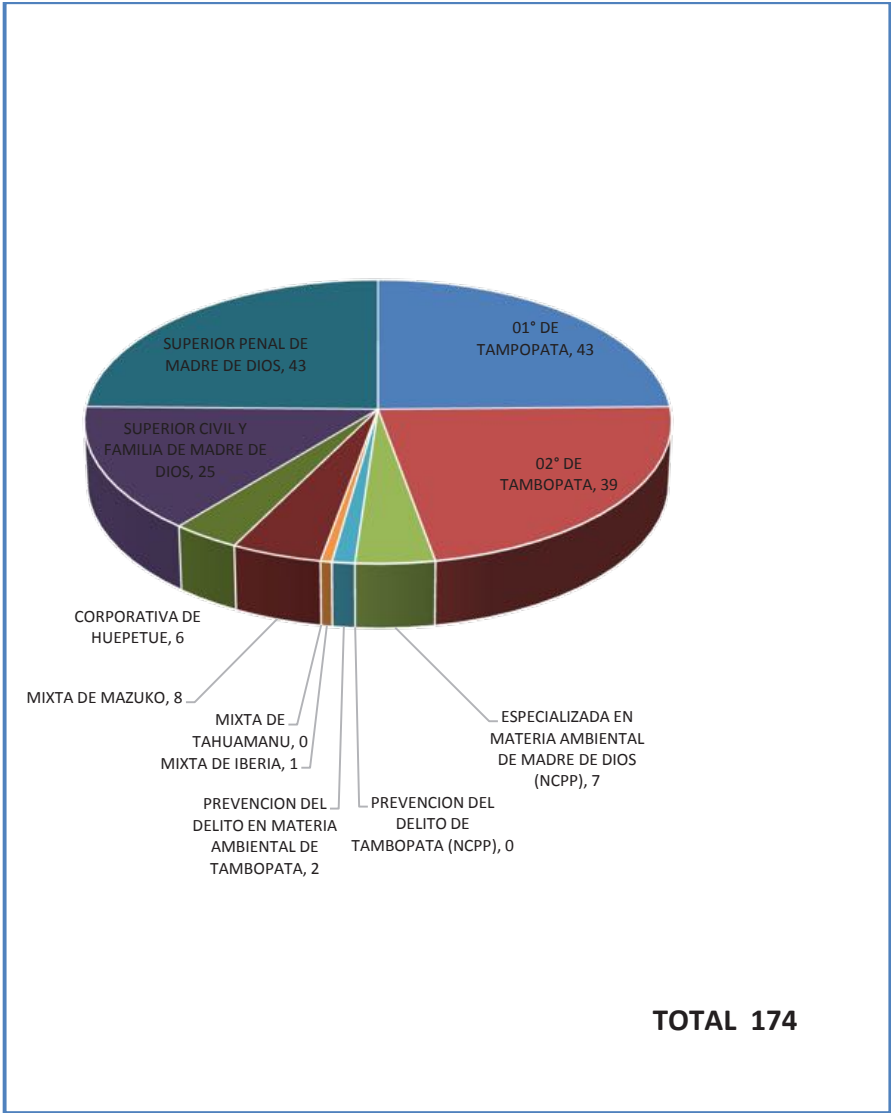
LIMA SUR



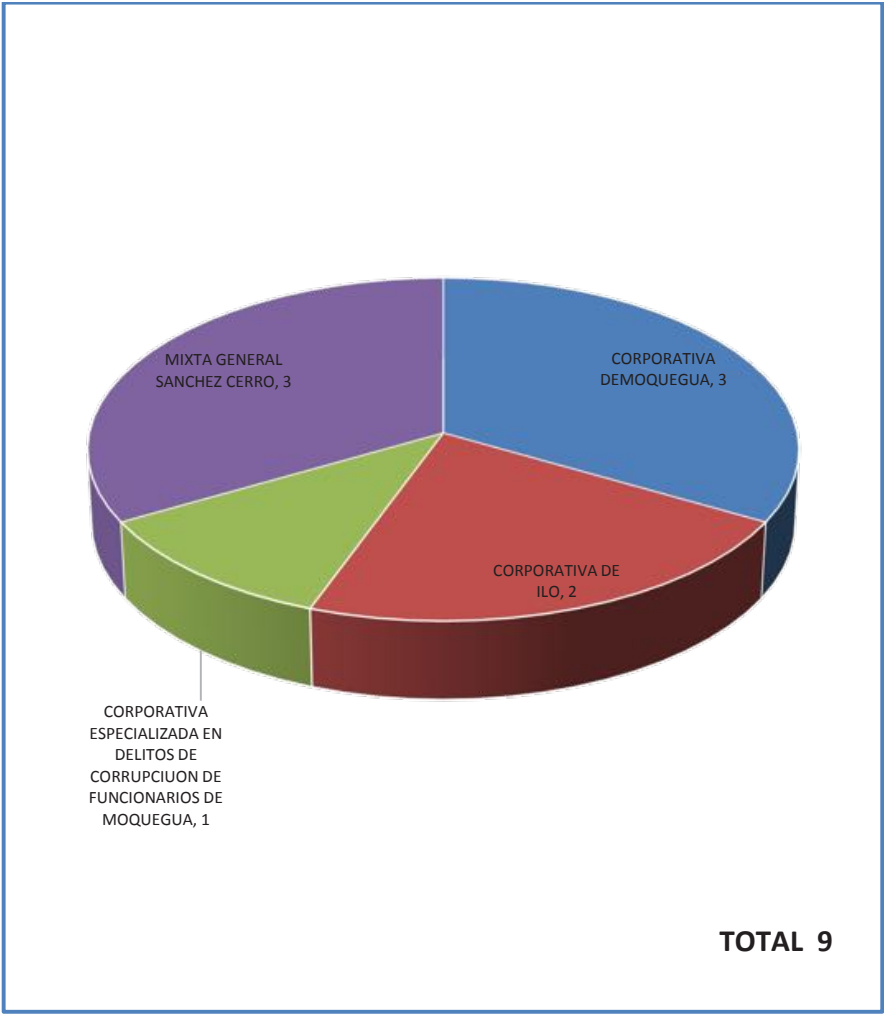
LORETO



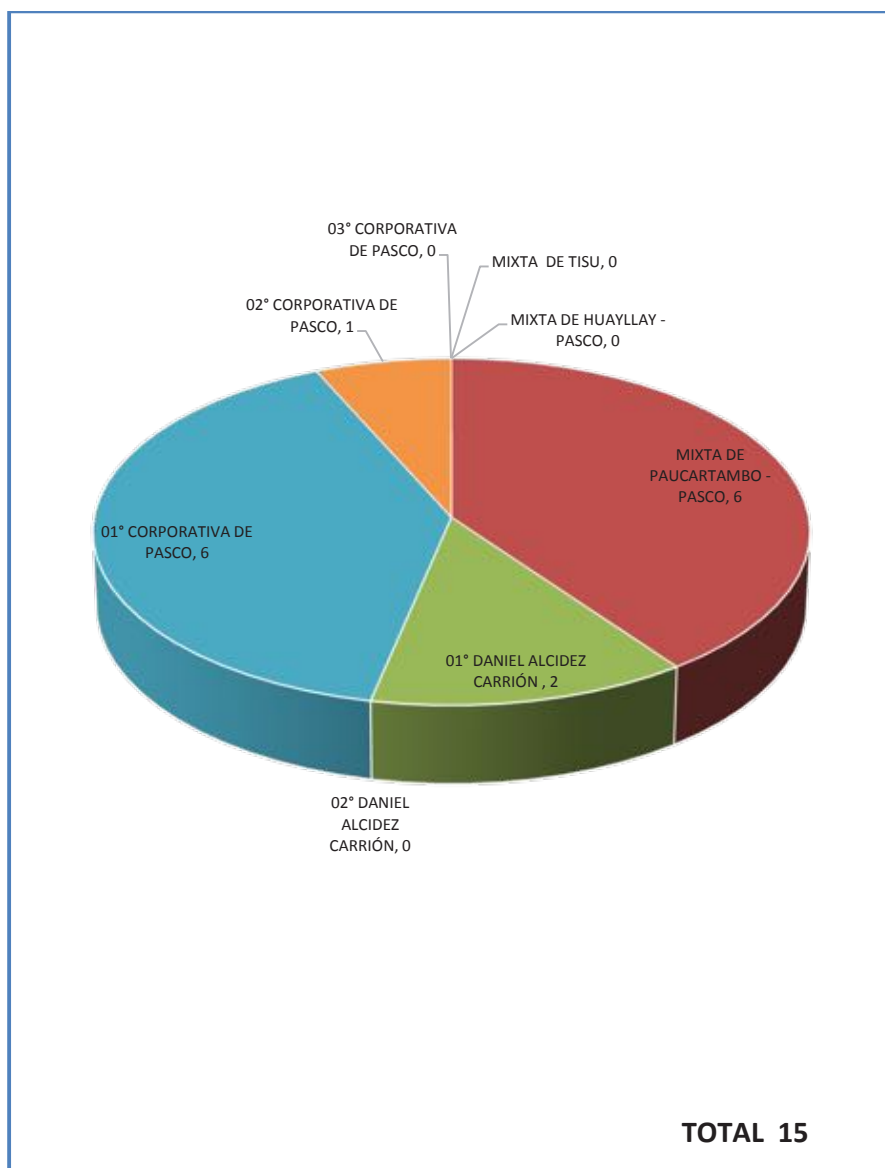
MADRE DE DIOS



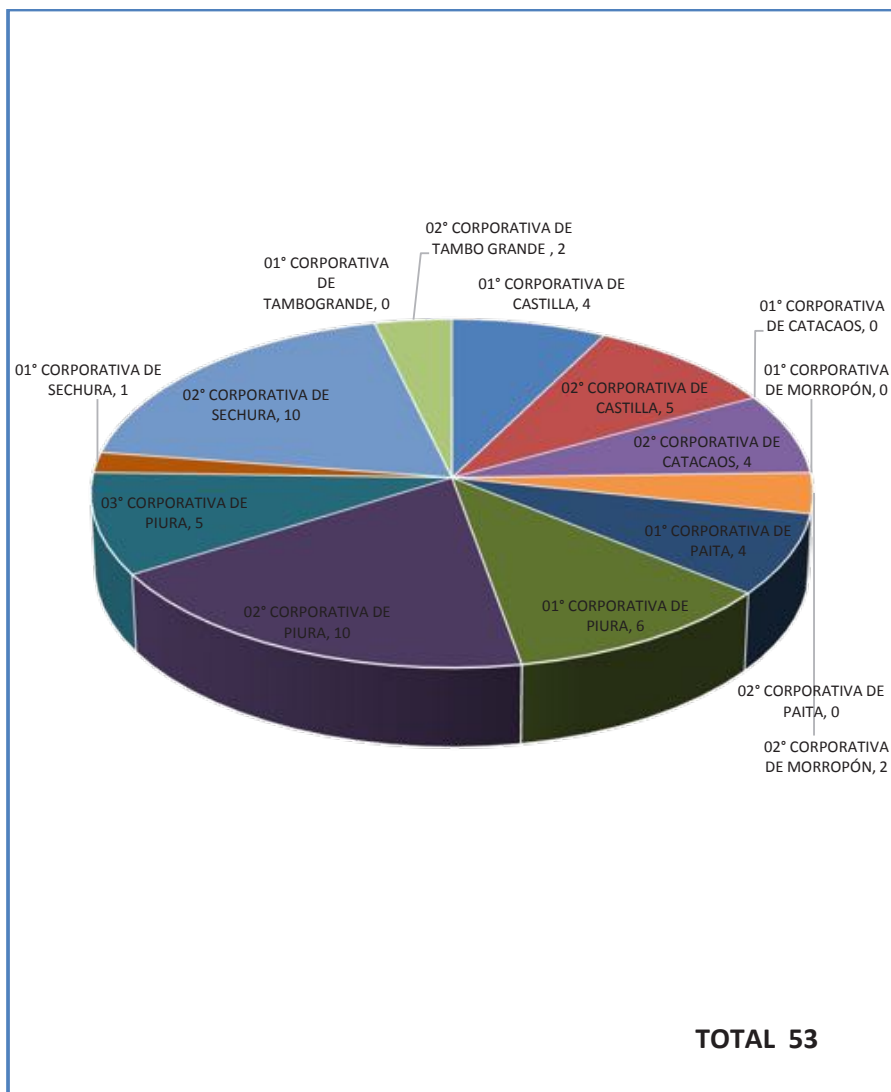
MOQUEGUA



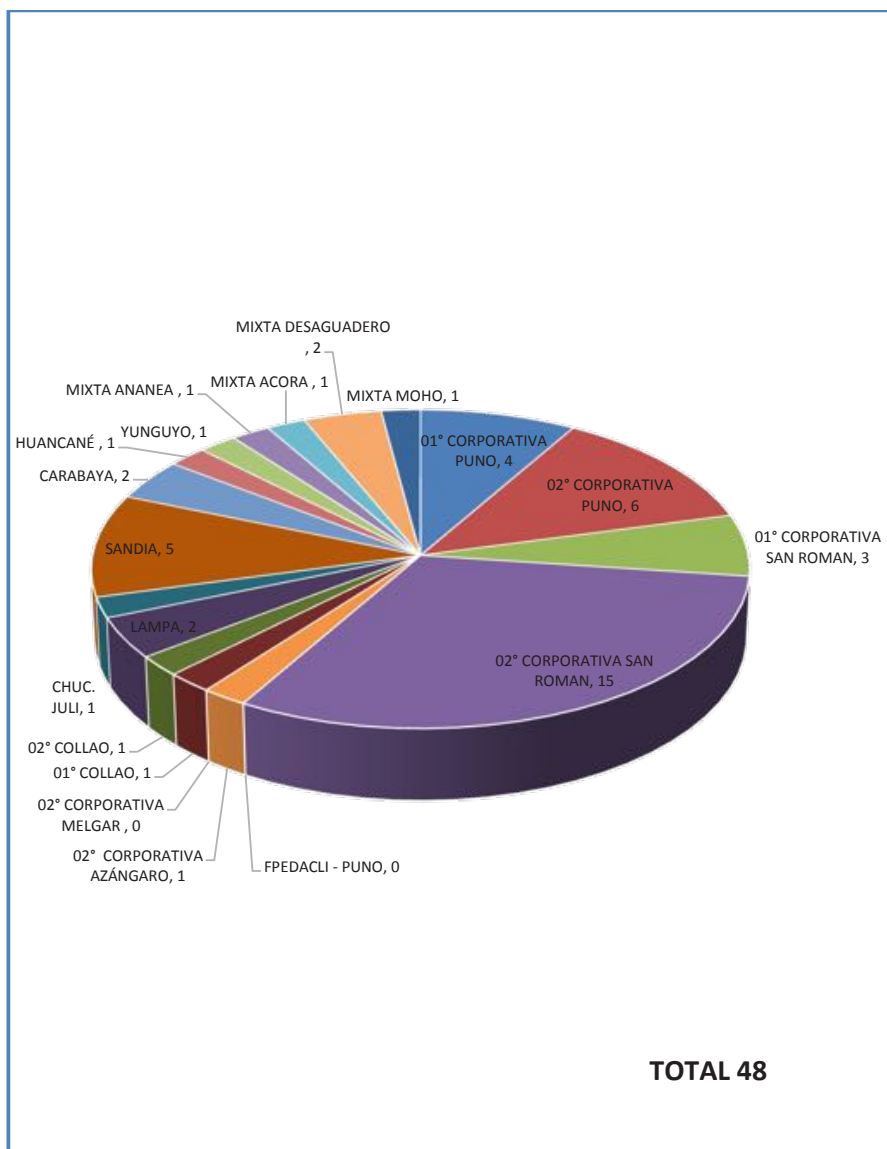
PASCO



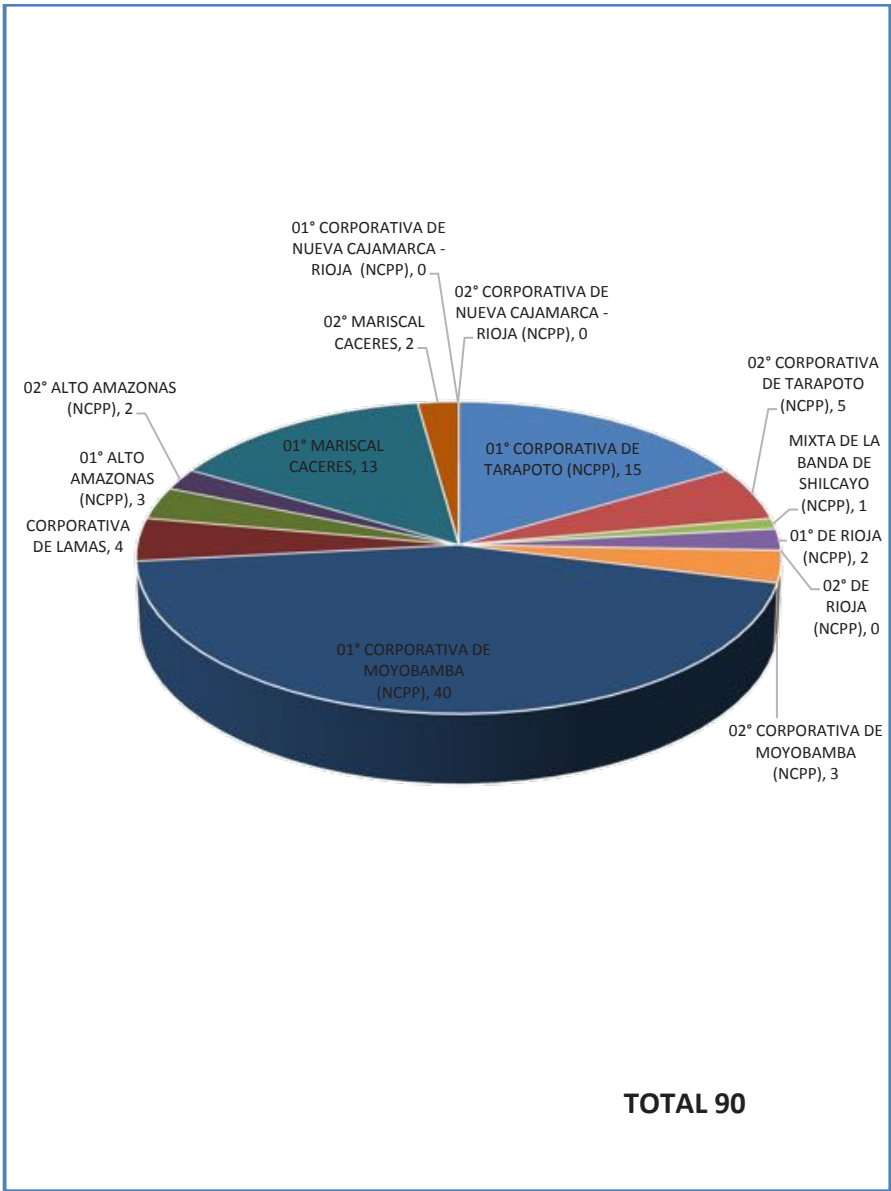
PIURA



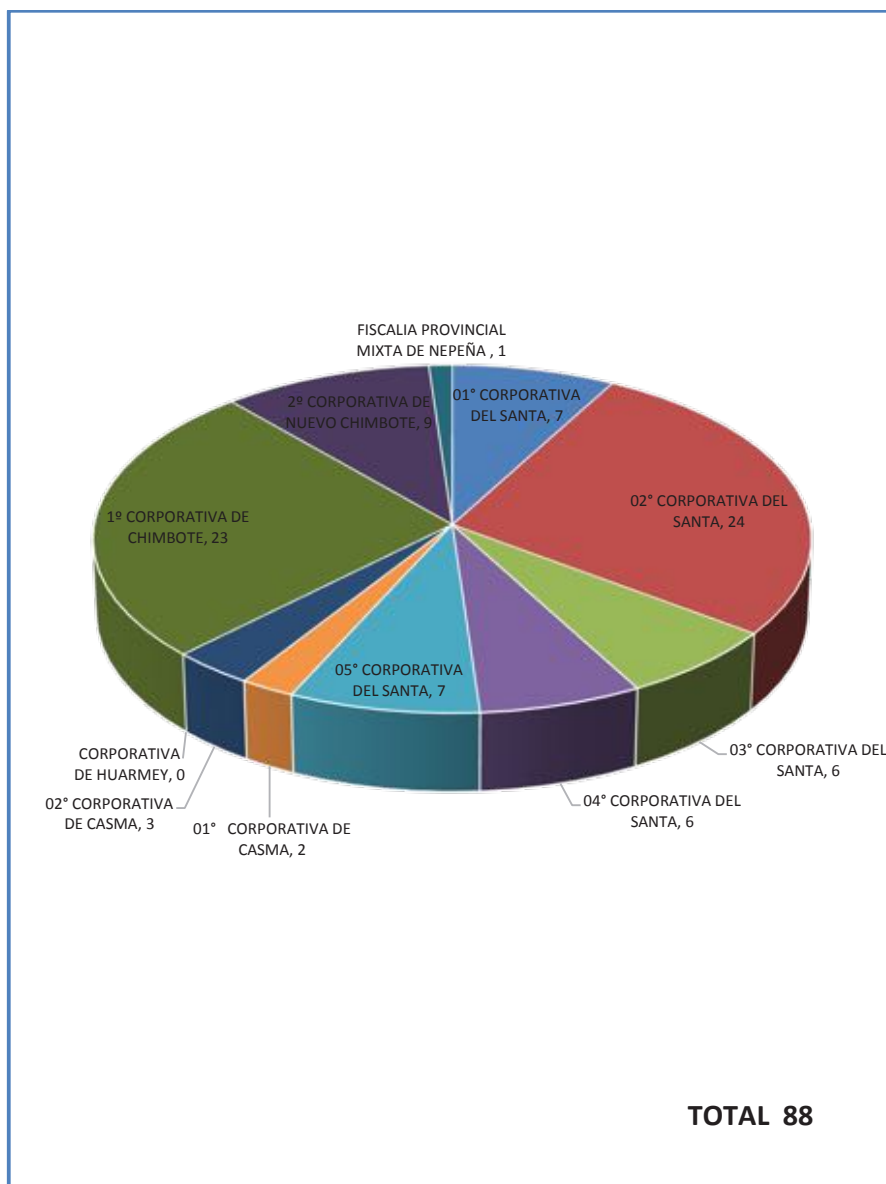
PUNO



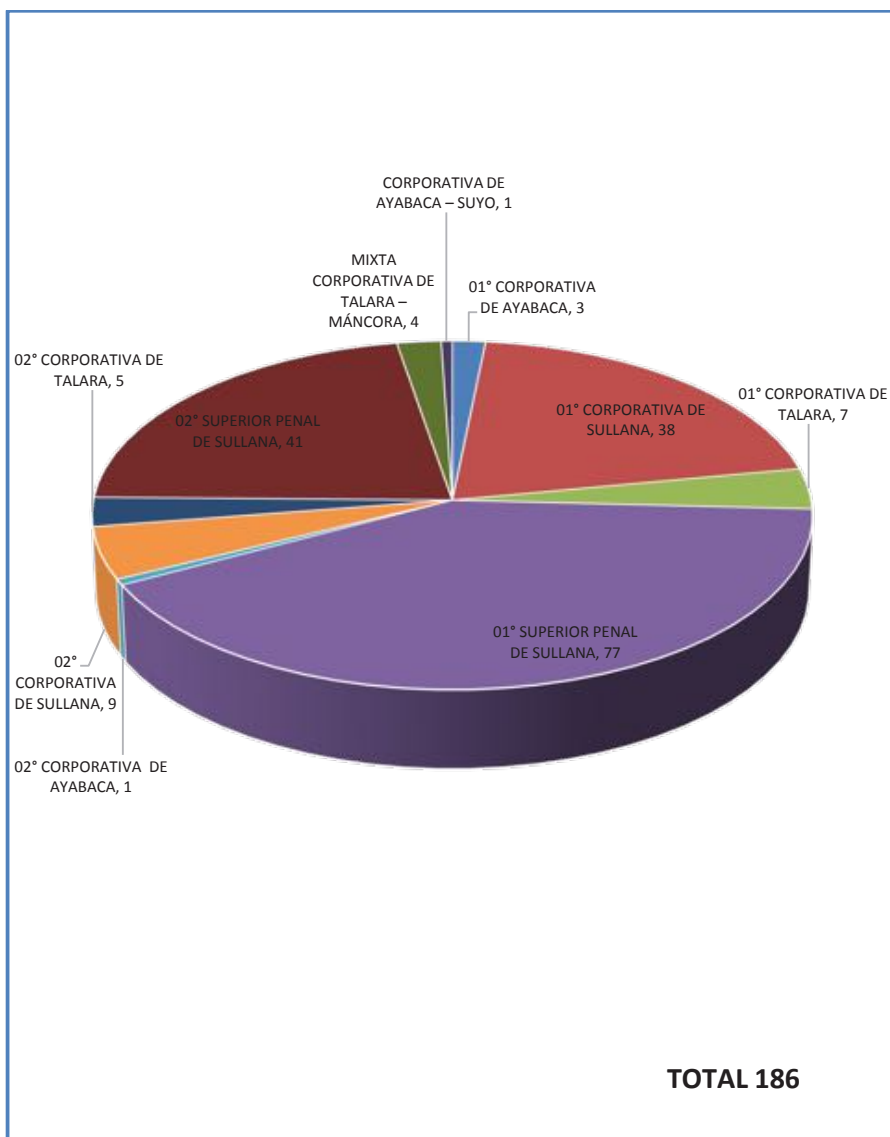
SAN MARTÍN



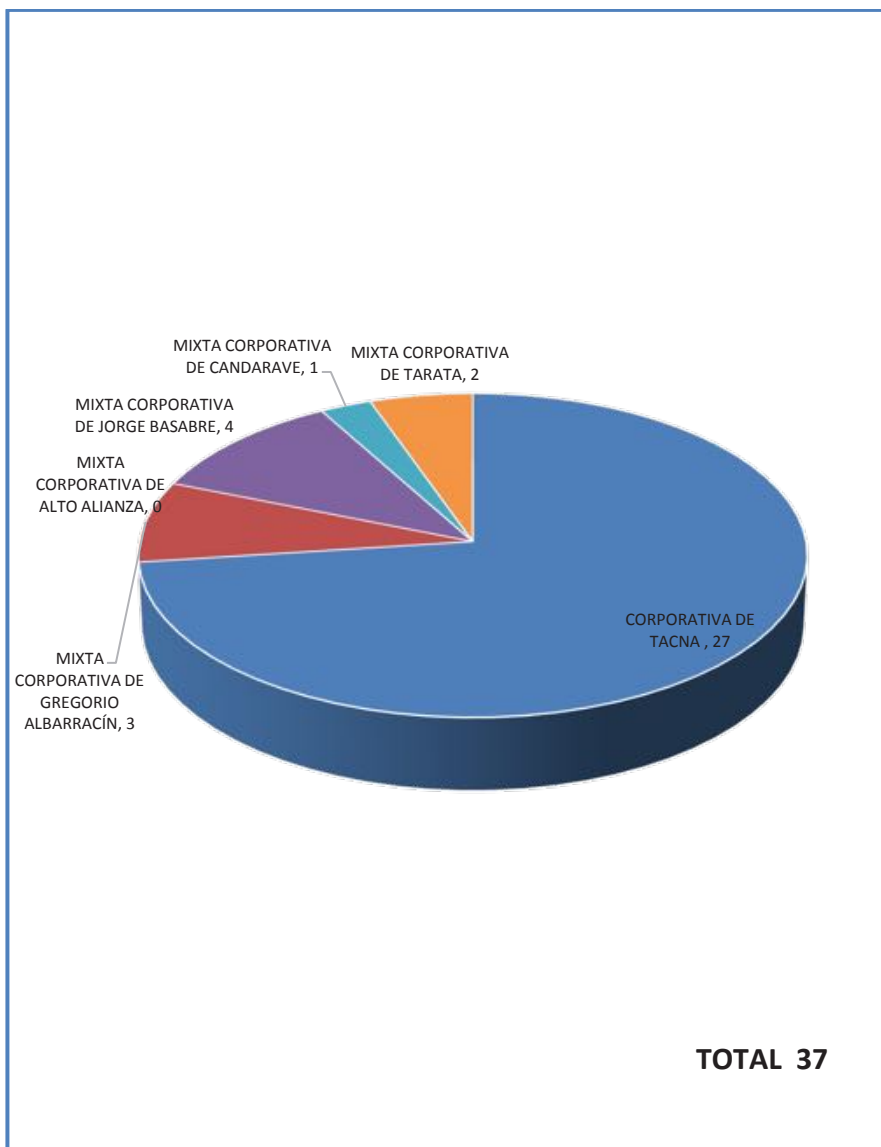
DEL SANTA



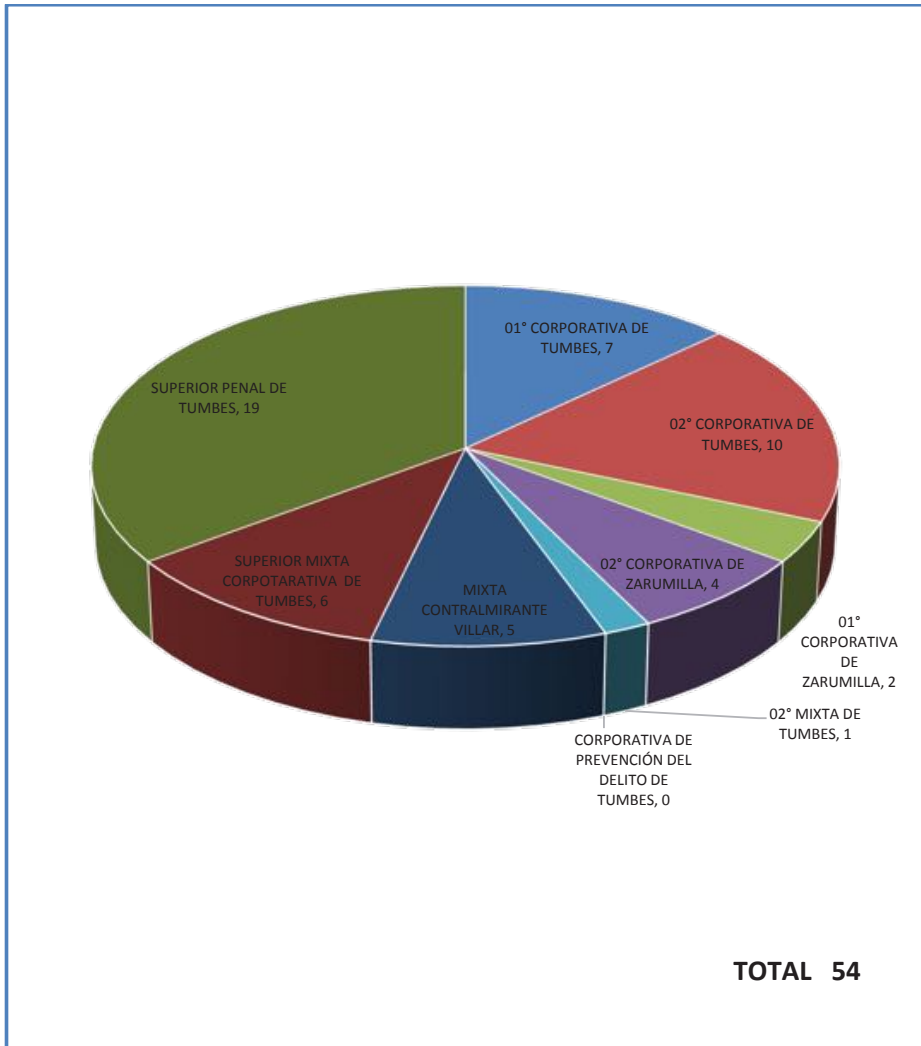
SULLANA



TACNA



TUMBES



UCAYALI

