

Problemática respecto a la tipificación del delito de organización criminal y la pertenencia a una organización criminal y posibles pagos de indemnizaciones por posibles errores judiciales por parte del Estado

CARLOS ENRIQUE COSAVALENTE CHAMORRO

Procurador Público de la Presidencia de Consejo de Ministros

Existe una preocupación por el incremento de demandas contra el Estado por presuntos errores judiciales, demandas que devienen de presuntas detenciones arbitrarias o imputaciones erradas que han llevado a proceso a diversas personas que luego son absueltas. Esto como derivado de las actuaciones de investigación realizadas por el personal policial con intervención de los representantes del Ministerio Público, siendo el caso que, conforme a lo establecido en la Ley N°24973, se les viene habilitando el hecho de recurrir a la vía civil a solicitar que el Estado las indemnice por sus detenciones arbitrarias y los errores judiciales de los cuales han sido víctimas, siendo el Estado llamado a cubrir dichas indemnizaciones, representado en muchas veces por el Despacho Presidencial o la Presidencia del Consejo de Ministros, llegándose a excluir de dichos procesos al Ministerio del Interior, Ministerio Público y Poder Judicial, que en términos generales son los causantes de dichas acciones que perjudican la libertad de los demandantes. Es por ello que a la fecha se aprecia cotidianamente información de la captura de bandas organizadas como consecuencia del trabajo que vienen realizando las Fiscalías Especializadas en Crimen Organizado, con participación del personal policial de la DIVIAC, advirtiéndose de la misma que se pretende penalizar como parte de este delito figuras que se mencionan en la Ley 30077, la cual establece el procedimiento a seguirse en los casos de investigaciones por delito de organización criminal y la pertenencia a una organización criminal, incluyéndose en dicha investigación a personas que por su participación en sí no deberían estar inmersas en este delito, causando con ello inseguridad jurídica y posibles actos que lleven con posterioridad a que estas personas soliciten indemnizaciones al Estado por errores judiciales, hecho que nos lleva al siguiente análisis.

En el Código Penal (en adelante CP) con fecha 29 de octubre de 2016 se modificó el art. 317°, conforme a lo dispuesto por el art. 2° del Decreto Legislativo 1244, cuyo texto es el siguiente:

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) [...]

Se aprecia en la citada norma penal dos aspectos que resultan ser diferenciados:

Primero: define a la “organización criminal” en estricto sensu;

Segundo: tipifica el delito de “pertenencia a la organización criminal”.

I. ELEMENTOS DE UNA “ORGANIZACIÓN CRIMINAL”

El mencionado art. 317° del CP establece una definición de “organización delictiva”, según la cual esta tiene los siguientes elementos:

Integrantes

Una organización requiere como mínimo estar conformada por tres miembros, entre los cuales se repartan tareas o funciones. Sin embargo, es oportuno advertir que no basta esta pluralidad de miembros para encontrarnos frente a una organización criminal, pues este elemento debe ser analizado en conjunto con los otros que señala dicha norma del CP.

Estructura

La estructura puede variar según el origen, el grado de desarrollo alcanzado, el tipo de actividades delictivas que realiza o el número de integrantes, por lo que hay organizaciones con estructuras altamente jerarquizadas, así como también estructuras flexibles que buscan adaptarse a esquemas corporativos horizontales.

Como elemento de la “organización criminal”, la “estructura”, según el I Pleno Jurisdiccional 2017, de la Sala Penal Nacional y Juzgados Penales Nacionales, debe reunir a su vez los siguientes componentes:

- 1. Elemento personal:** esto es, que la organización esté integrada por tres o más personas.
- 2. Elemento temporal:** el carácter estable o permanente de la organización criminal.
- 3. Elemento teleológico:** corresponde al desarrollo futuro de un programa criminal.

- 
4. **Elemento funcional:** la designación o el reparto de roles de los integrantes de la organización criminal.
 5. **Elemento estructural:** como elemento normativo que engarza y articula todos los componentes.

De esta forma la Sala Penal Nacional establece los elementos que conforman, a su vez, el elemento “estructura” (de la “organización criminal”); pero, conforme se aprecia en el contenido total del fundamento de este análisis, el citado Acuerdo Plenario desarrolla todos los elementos que conforman la definición de “organización criminal” en estricto sensu.

Tareas

La organización se forma en torno a un proyecto o una finalidad criminal, por ende, existe un compromiso de reparto de tareas y funciones. Como cualquier organización, busca cumplir los objetivos trazados, por lo que las funciones o el reparto de roles (elemento funcional) siempre responderá a la consecución del programa criminal (elemento teleológico).

Finalidad o proyecto criminal

La organización requiere de cohesión del grupo en orden a la consecución de fines delictivos comunes. Dentro de la estructura orgánica los roles se distribuyen enfocados en un proyecto criminal de permanencia (que debe ser estable o duradero) de varios sujetos orientados a la ejecución de un programa criminal. Requiere también de la concertación, que es el elemento tendencial, finalista o teleológico expresado en el propósito delictivo.

Permanencia

Es el “elemento temporal” que señala el Acuerdo Plenario N° I de la Sala Penal Nacional. La organización no solamente requiere de un acuerdo de voluntades, sino de una situación de permanencia o estabilidad que, precisamente, se mantiene en orden a la ejecución del programa criminal.

II. LA PERTENENCIA A UNA ORGANIZACIÓN CRIMINAL Y SUS MODALIDADES: PROMOCIÓN, ORGANIZACIÓN, CONSTITUCIÓN E INTEGRACION

El art. 317° del CP tipifica, además, el delito de pertenencia a una organización. El legislador peruano criminaliza las conductas que tengan relación a los verbos rectores: “promoción”, “organización”, “constitución” e “integración”.

Así, entonces, el elemento “organización criminal” —en sentido estricto y con todos los elementos que lo conforman y que ya se han descrito—, conjuntamen-

te con algunos de los elementos normativos indicados (“promoción”, “organización”, “constitución” e “integración”), tipifican el delito de “pertenencia a una organización criminal”, por lo que, atendiendo estos elementos, el delito se configura en cualquiera de las siguientes modalidades:

- **La promoción de una organización criminal:** es todo impulso o estímulo a crear una organización criminal. Atendiendo al iter criminis del delito, el legislador, en concreto, ha criminalizado un acto preparatorio con esta forma de conspiración, sancionándolo dentro de esta modalidad delictiva, por lo que el indicado impulso o estímulo debe objetivarse, en tanto no se sanciona la fase interna del delito.

Se trata de una conducta ubicable en el espacio-tiempo, antes de las conductas de “integración” o “constitución”.

- **La constitución de una organización criminal:** alude a la formación, creación o instauración de la organización criminal, al nacimiento formal de la estructura criminal de la organización. Manifiesta el acto fundacional en el que se definen la composición funcional, los objetivos, las estrategias de desarrollo, la forma de operar, y las acciones inmediatas y futuras de la organización.

Para Zúñiga Rodríguez la “promoción” y la “constitución” son conductas que pueden considerarse de integración inicial, es decir, que estamos ante los miembros fundadores de una organización criminal.

- **La organización de una organización criminal:** comprende todo acto de ejecución del diseño y la estructura, funcional y operativa, de la organización. Quien organiza construye, pone en operación el organigrama y dota a la organización de un orden para su funcionamiento.
- **La integración a una organización criminal:** la integración significa ser miembro de la organización, implica toda conducta destinada a formar parte de una organización criminal. Los integrantes o miembros de una organización criminal conocen y comparten el objetivo de la organización y contribuyen a su mantenimiento, formando parte de su estructura a través del desempeño de alguna función o algún cargo.

Sobre esta modalidad delictiva, es necesario referirnos, además de su tipicidad objetiva, a algunos aspectos que han generado ciertos errores que atentan contra el principio de legalidad y que se han verificado en ciertas decisiones fiscales. A continuación desarrollaremos cada una de ellas:

La “integración” y “la organización criminal”: elementos objetivos de la modalidad delictiva “integración a una organización criminal”

Como se ha indicado en el párrafo precedente, en concreto, la tipicidad objetiva de la modalidad delictiva “integración a una organización criminal”, además del elemento (normativo) “integración”, también comprende los elementos de la “organización criminal” en sentido estricto: “funcional” (tareas, actividades), “teleológico” (finalidad o proyecto criminal), “temporal” (permanencia) y “estructural” (estructura).

Al respecto, Zúñiga Rodríguez lo reitera cuando señala:

El integrante es quien en conciencia y voluntad forma parte de la finalidad criminal de la organización, llevando a cabo parte de las actividades criminales, según el reparto de tareas. Integración y participación en organización criminal son categorías similares que se refieren a conductas nucleares dentro de la estructura criminal.

De igual forma, Militello señala:

Pertenece a una organización delictiva aquel que aporte una contribución no ocasional a la comisión de los delitos objeto de las actividades de la organización, o al mantenimiento de sus estructuras operativas, cuando sea consciente de que de este modo está fortaleciendo la capacidad delictiva de la organización; es decir, de que hace que el cumplimiento del programa delictivo sea más probable o más rápido, o de que incrementa el grado de su realización.

Por su parte, Méndez Rodríguez señala:

La pertenencia a la organización según STS 544/2011, de 7 de junio, “implica una relación caracterizada no sólo por la presencia de elementos jerárquicos, sino también por otros aspectos más relacionados con la estabilidad o permanencia o con la vocación de participación en otros hechos futuros del mismo grupo, o, al menos, la disponibilidad para ello”, distinguiendo así la aplicación de este supuesto de la mera codeincuencia que requiere también de la contribución de varias personas coordinadas para la obtención del mismo fin, pero que se presenta en operaciones aisladas aunque pueda ir unida a una cierta complejidad en la preparación y ejecución de la operación delictiva.

La atipicidad de la “colaboración” a una organización criminal

El art. 2º de la Ley N° 30077, Ley contra el crimen organizado, introdujo algunos criterios y conceptos “operativos”, referidos, como era obvio, al crimen organizado, los cuales han conllevado a que algunos operadores jurídicos —fiscales y jueces— erróneamente y en contravención al principio de legalidad, califiquen y por ende “criminalicen” determinadas conductas de “colaboración” a una organización, o de “vinculación temporal”, o “actuación por encargo” a una organización, al extremo falaz de incluir a personas como “colaboradoras” y/o “vinculadas temporalmente o por encargo” dentro del elemento “estructural” de una “organización criminal” que, como lo ha establecido la Sala Penal Nacional, es el elemento que engarza y articula todos los demás componentes.

Sobre la “colaboración” a una organización delictiva, a nivel de la doctrina ya se había descartado que pueda ser calificada como delito de “integración a una organización criminal”. Así, Méndez Rodríguez señala:

Hay que distinguir a los miembros, de los colaboradores o cooperadores que no forman parte de la organización, aunque puedan realizar incluso aportes que son necesarios para su mantenimiento, como asesorar, proporcionar información o rea-

lizar tareas específicas. Se trata de personas externas pero próximas al entorno de la organización que pueden provenir del mundo profesional, político o empresarial.

También la jurisprudencia entiende que la pertenencia a la organización excluye la simple colaboración esporádica (STS 486/2009, de 8 de mayo, SAN 8/2012, de 17 de febrero) aunque sea más o menos repetida, o el mantenimiento de relaciones con aquélla [...]. Es decir, el hecho de que se participe en un delito cometido en el seno de una organización, no convierte al partícipe en miembro de la misma, si sólo colabora puntualmente, sin vocación de integración más o menos permanente en el grupo organizado (STS 356/2009, de 7 de abril). La nota, pues, que según la jurisprudencia identificaría la pertenencia y permitiría deslindarla de la coparticipación sería la "integración" en la organización (aunque fuese para una operación concreta), esto es, el hecho de ser miembro (permanente o temporal de la misma), próximas al entorno de la organización que pueden provenir del mundo profesional, político o empresarial.

Asimismo, Militello señala: "Pertenece a una organización delictiva aquel que aporte una contribución no ocasional a la comisión de los delitos objeto de las actividades de la organización, o al mantenimiento de sus estructuras operativas".

Por nuestro lado la doctrina nacional, por intermedio de Zúñiga Rodríguez, cuando analiza lo señalado en el art. 2.2 de la Ley N° 30077, señala que "hay una serie de conductas favorecedoras a la organización criminal que no pueden ser consideradas ni de pertenencia a la organización criminal, ni puede dar lugar a la organización criminal".

Esta tendencia jurisprudencial y doctrinaria, ha sido recogida y consolidada por la Corte Suprema de Justicia de la República, que cuando analiza el art. 2° de la citada Ley N° 30077 —que precisamente "menciona" a los colaboradores o quienes actúan por encargo, ya sea temporal, ocasional o aislada— establece que estas conductas no están tipificadas como delito de "integración a una organización", que sanciona el art. 317° del CP. Incluso la máxima instancia jurisdiccional ha establecido que el tipo penal contenido y descrito en el indicado artículo no es un tipo penal en blanco.

El Acuerdo Plenario N°8-2019/CIJ-116 de la Corte Suprema de Justicia de la República ha establecido:

Y finalmente, también se identifica en el artículo 2 de la Ley 30077 o Ley Contra el Crimen Organizado, una noción legal dirigida a caracterizar los componentes normativos que sirven para identificar la existencia de una organización criminal, destacando la necesidad de que ella esté compuesta por "tres o más personas". Cabe precisar que se trata estrictamente de un concepto operativo, que no desarrolla un tipo penal, ni integra o limita el tipo penal del artículo 317 del Código Penal —este último no es una ley penal en blanco—. Es más la función de la Ley 30077 es (i) delimitar la competencia objetiva de una jurisdicción especializada (Corte Superior de Justicia Especializada en Delitos de Crimen Organizado y Corrupción de Funcionarios) y (ii) establecer un régimen procesal especial para la investigación y juzgamiento de organizaciones criminales que cometan los delitos a los que alude el artículo 3 de la citada Ley. De igual forma, se instituye solo para tales punibles,

algunas consecuencias jurídicas, también especiales, que se consignan en los artículos 22 y 23 de esta ley.

Así también, en el Acuerdo Plenario N°10-2019/CIJ-116, la Corte Suprema de Justicia de la República ha señalado:

Es de tener en cuenta, por lo demás, que el artículo 2 de la Ley solo introdujo un criterio operativo para definir el ámbito objetivo o los alcances del proceso con especialidades procedimentales en materia de crimen organizado a los efectos de la aplicación de sus preceptos. El citado artículo 2 de la Ley no se erige, por tanto, en un tipo penal, sino consagra la institucionalización de un verdadero proceso con especialidades procedimentales.

El nombrado artículo 2, en su inciso 2, definió el conjunto de individuos a los que se aplica las disposiciones que contiene.

La atipicidad de la “vinculación” a una organización criminal

Similar a lo que sucedió con la “colaboración”, el citado art. 2° de la Ley N° 30077 puede verificar —en la praxis, igualmente— el error en calificar determinadas conductas de “vinculación”, “vinculación temporal” o “actuación por encargo” a una organización, dentro del tipo penal del art. 317° del CP: “integración a una organización criminal”.

A este respecto, es la doctrina la que nos vuelve a señalar que estas conductas son atípicas y no son sancionadas dentro del tipo penal del art. 317° del CP. En este sentido, Zúñiga Rodríguez incluso advierte de esta “desafortunada” fórmula legal que contiene el art. 2° de la Ley 30077, pues está conllevando a vulnerar el principio de legalidad. En ese sentido, señala:

Las fórmulas “personas vinculadas” o que “actúan por encargo”, del art. 2.2 de la Ley N.° 30077 son bastantes desafortunadas, porque no son miembros de la organización, ni a priori son colaboradores con la actividad de la organización. Por ejemplo, la esposa de un capo de una organización criminal es persona vinculada, pero no necesariamente su comportamiento es punible, salvo que colabore con él para esconder los bienes ilícitamente obtenidos, por ejemplo, en cuyo caso podría ser encubridora o, incluso, cometer un delito de blanqueo de bienes. Ahora bien, en principio las personas vinculadas a una organización no son miembros de la misma ni comparten el plan criminal común, es decir, están fuera de la organización, por eso, solo están vinculadas.

Como ya se indicó, la Corte Suprema de Justicia de la República, al analizar tanto en el Acuerdo Plenario N° 8-2019/CIJ-116 como en el Acuerdo Plenario N° 10-2019/CIJ-116 el art. 2° de la Ley 30077 (que recoge los términos “personas vinculadas a ella o que actúan por encargo de la misma puede ser temporal, ocasional o aislada”), ha descartado la tipicidad de estas conductas dentro del delito de “integración a organización criminal”.

La atipicidad de “la actuación por encargo” a favor de una organización delictiva

Zúñiga Rodríguez complementa el análisis del art. 2° de la Ley 30077 (que, como se indicó, recoge los términos: “personas vinculadas a ella o que actúan por encargo de la misma puede ser temporal, ocasional o aislada”) indicando:

Las fórmulas “personas vinculadas” o que “actúan por encargo”, del art. 2.2 de la Ley N° 30077 son bastantes desafortunadas, porque no son miembros de la organización, ni a priori son colaboradores con la actividad de la organización [...]. Ahora bien, en principio las personas vinculadas a una organización no son miembros de la misma ni comparten el plan criminal común, es decir, están fuera de la organización, por eso, solo están vinculadas. Igualmente, están fuera de la organización los que actúan “por encargo” de una organización criminal. Entiéndase quien son personas ajenas a la organización que son remuneradas o no (en la mayoría de los casos, lo son, pero podrían actuar por una motivación altruista o emocional, como persona enamorada) para realizar una actividad puntual en favor de las actividades de la organización.

Igualmente, Méndez Rodríguez señala:

Hay que distinguir a los miembros, de los colaboradores o cooperadores que no forman parte de la organización, aunque puedan realizar incluso aportes que son necesarios para su mantenimiento, como asesorar, proporcionar información o realizar tareas específicas. Se trata de personas externas pero próximas al entorno de la organización que pueden provenir del mundo profesional, político o empresarial. También la jurisprudencia entiende que la integración a la organización excluye la simple colaboración esporádica (STS 486/2009, de 8 de mayo, SAN 8/2012, de 17 de febrero) aunque sea más o menos repetida, o el mantenimiento de relaciones con aquélla [...]. Es decir, el hecho de que se participe en un delito cometido en el seno de una organización, no convierte al partícipe en miembro de la misma, si sólo colabora puntualmente, sin vocación de integración más o menos permanente en el grupo organizado (STS 356/2009, de 7 de abril).

A manera de **CONCLUSIÓN** podemos decir que los errores cometidos al calificar como miembros de una organización delictiva a aquellos “colaboradores” de una organización, o a aquellos que hayan tenido “vinculación temporal” o hayan realizado “actuaciones por encargo”, lleva a que dichas personas puedan sentirse afectadas por tales errores judiciales. Al haberse planteado jurisprudencialmente la distinción clara según la cual no serían integrantes de una organización delictiva, serían absueltas y posteriormente plantearían sus demandas de indemnización, conforme a lo señalado en la Ley N° 24973. Es por ello que resulta de vital importancia que los operadores de justicia tengan bien en claro en qué consiste la comisión del delito de “organización criminal” y “la pertenencia a una organización criminal”, a fin de que encuadren adecuadamente a la figura delictiva correcta las conductas desarrolladas por los colaboradores, o las de aquellos que hayan tenido una vinculación temporal o hayan realizado su actuación por encargo, con lo que se evitaría que el Estado sea demandado y pague indemnizaciones que perjudican a los fondos públicos.

BIBLIOGRAFÍA

- Méndez Rodríguez, Cristina (2014). Los delitos de pertenencia a organización criminal y a un grupo criminal y el delito de tráfico de drogas cometido por persona que pertenece a una organización delictiva. Crónica de un conflicto normativo anunciado y análisis jurisprudencial. *Estudios Penales y Criminológicos*, 34, 511-560.
- Militello, Vincenzo (2004). La Pertenencia a una Organización Criminal modelo europeo. *Revista Persona y Derecho*, (51), 283-314.
- Páucar Chappa, Marcial Eloy (2016). *El Delito de Organización Criminal*. Ideas Solución Editorial.
- Prado Saldarriaga, Victor R. (2006). *Criminalidad Organizada*. IDEMSA.
- Reátegui Sánchez, James (2015). *Manual de Derecho Penal. Parte Especial: Delitos contra la vida, contra el patrimonio y otros*. Instituto Pacífico.
- San Martín Castro, César (2015). *Derecho Procesal Penal Lecciones*. Instituto Peruano de Criminología y Ciencias Penales.
- Zúñiga Rodríguez, Laura (2016). *Ley contra el Crimen Organizado (Ley N°30077), Aspectos sustantivos, procesales y de ejecución penal*. Instituto Pacífico.