


ESTRATEGIAS Y MECANISMOS NECESARIOS EN LA DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO FRENTE A LA CRIMINALIDAD ORGANIZADA¹



PEDRO MIGUEL GALICIA PIMENTEL
PROCURADOR PÚBLICO DEL GOBIERNO REGIONAL DE CUSCO

1. INTRODUCCIÓN

Como vemos en las noticias todos los días, la criminalidad organizada ha penetrado los más altos estamentos de la administración pública. Son más de 10 regiones a nivel nacional las que presentan altos índices de criminalidad organizada, según el informe PUCP-IDEA de Ojo Público (s.f.) del mapa de riesgo de la criminalidad organizada. Eso nos lleva a la premisa de que el avance de la criminalidad organizada a nivel nacional es preocupante; sin embargo, ahí no acaba el asunto: la criminalidad organizada ha puesto sus ojos la mayor parte de las veces en las entidades de esas regiones.

Ante todo, planteamos como premisa que la política criminal del Gobierno no es eficaz en la lucha contra la criminalidad organizada,

¹ Documento elaborado por el Área Penal de la Procuraduría Pública del Gobierno Regional de Cusco, compuesta por el Procurador Público del Gobierno Regional de Cusco, abogado Pedro Miguel Galicia Pimentel; el responsable del Área Penal de la Procuraduría, abogado Joaquín Pacheco Cueva, y la abogada Amanda Ramos Puma, integrantes del Área Penal.

y las leyes no son lo suficientemente efectivas para frenar el avance de esta nueva forma delictiva.

Finalmente, las instituciones públicas encargadas de actuar contra el crimen organizado (Ministerio Público, Poder Judicial y procuradurías), ¿cuentan acaso con mecanismos eficaces y efectivos para combatir este delito? Y aquí nos referimos específicamente a las procuradurías públicas en todos sus niveles.²

2. ANTECEDENTES LEGALES Y NORMATIVOS DE LA CRIMINALIDAD ORGANIZADA

La criminalidad organizada está muy relacionada con la corrupción y nace ante la necesidad de ocultar la procedencia ilegal de los activos generados por la corrupción, así como del uso de estructuras organizadas para introducirse en el sector público y político con el fin de operar bajo un sistema de corrupción.

-
- 2 Artículo 25.- Procuradurías Públicas que conforman el Sistema
Las Procuradurías Públicas que conforman el Sistema son las siguientes:
1. Nacionales: aquellas que ejercen la defensa jurídica de las entidades que forman parte del Gobierno Nacional. Se encuentran comprendidas las siguientes:
 - a) Procuradurías Públicas de los Poderes del Estado.
 - b) Procuradurías Públicas de Organismos Constitucionales Autónomos.
 2. Regionales: son aquellas que ejercen la defensa jurídica de los Gobiernos Regionales. Se encuentran comprendidas las Procuradurías Públicas de los Gobiernos Regionales.
 3. Municipales: son aquellas que ejercen la defensa jurídica de las municipalidades. Se encuentran comprendidas:
 - a) Procuraduría Pública de la Municipalidad Metropolitana de Lima.
 - b) Procuradurías Públicas de las Municipalidades Provinciales.
 - c) Procuradurías Públicas de las Municipalidades Distritales.
 4. Especializadas: son aquellas que ejercen una defensa jurídica transversal y exclusiva de los intereses del Estado a nivel nacional o internacional.

2.1. Antecedentes internacionales

Ante este crecimiento de la criminalidad organizada, cada vez mejor estructurada y con mejores ideas para dañar a la sociedad, la comunidad internacional y los Estados propiamente diseñaron y formularon planes y estrategias para controlar su avance. Un ejemplo de ello es la que se dio en la Convención de Palermo en el año 2000, cuando se firmó la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (Convención de Palermo) y sus protocolos, que promovió programas de acción contra del crimen organizado transnacional, instrumento internacional para que lo países miembros se sientan obligados a hacerlo parte de su legislación. Este documento representa el ordenamiento internacional específico relativo a la delincuencia organizada transnacional.

2.2. Antecedentes en el Perú

El principal antecedente legal en el combate contra la organización criminal en el Perú es el Código Penal de 1991, donde nace la denominación de asociación ilícita. El artículo 317 señalaba que:

El que forma parte de una agrupación de dos o más personas destinadas a cometer delitos será reprimido, por el solo hecho de ser miembro de la agrupación, con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años. Cuando la agrupación esté destinada a cometer los delitos de genocidio, contra la seguridad y tranquilidad públicas, contra el Estado y la defensa nacional o contra los Poderes del Estado y el orden constitucional, la pena será no menor de ocho años, de ciento ochenta a trescientos sesenticinco días-multa e inhabilitación conforme al artículo 36, incisos 1, 2 y 4.

Este artículo fue modificado por la Ley N.º 28355, de fecha 6 de noviembre de 2004, cuyo artículo 317 decía: “(...) El que forma parte de una organización de dos o más personas destinada a cometer delitos será reprimido por el solo hecho de ser miembro de la misma, con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años”.

Finalmente, este artículo fue modificado por la Primera Disposición Complementaria Modificatoria de la Ley N.º 30077, de fecha 20 agosto 2013, que regulaba el artículo 317, asociación ilícita, de la siguiente manera: “(...) 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 (...)”.

3. CRIMEN ORGANIZADO EN EL PERÚ

En la actualidad, este fenómeno delictivo es una gran amenaza para la sociedad, al punto que ha sido calificado como uno de los flagelos más graves que azota a la gran mayoría de países, entre ellos el nuestro.

El 30 de agosto de 2013 se publicó la Ley N.º 30077, Ley contra el Crimen Organizado, que define al crimen organizado como un fenómeno social, estableciendo presupuestos para su configuración, incorporando las recomendaciones a la que se llegó en la Convención de Palermo, y estableciendo una lista de delitos considerados como crimen organizado. El objetivo de esta ley es perseguir determinadas conductas que con la ley penal no se pueden perseguir porque esta no cuenta con los mecanismos procesales requeridos.

El artículo 2 de esta ley define 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 presente ley (...).

Así mismo, el artículo 3 de la citada ley hace mención a una serie de delitos, entre los que se encuentran los delitos contra la administración pública (artículos 382, 383, 384, 387, 393, 393-A, 394, 395, 396, 397, 397-A, 398, 399, 400 y 401 del CP; 19, delito de falsificación de documentos, tipificado en el primer párrafo del artículo 427 del CP; delitos que normalmente son cometidos por funcionarios y/o servidores públicos que prestan servicios a una entidad pública.

4. PRINCIPALES CASACIONES Y ACUERDOS RESPECTO AL CRIMEN ORGANIZADO

Entre la principal jurisprudencia podemos señalar la siguiente:

- Casación N.° 02-2008-La Libertad, del 3 de junio de 2008 (fundamento 12), y 144-2012-Áncash, del 11 de julio de 2013 (fundamento 6). El plazo máximo en las investigaciones comunes y complejas no puede ser superior al límite máximo de la duración de la investigación preparatoria. El plazo máximo en una investigación a una organización criminal no debe superar los 36 meses.
- Casación N.° 599-2018-Lima, 11-10-2018, referente a las diligencias preliminares en organización criminal no mayor de

36 meses. Establece la ocurrencia de los hechos relativos a la infracción de especial gravedad. Se exige una mayor inversión de recursos personales y logísticos. Demanda un tiempo superior para investigarla, procesarla y juzgarla; así como que la disposición que dicte el fiscal debe justificar la necesidad del plazo y la razonabilidad de las diligencias ordenadas.

- Acuerdo Plenario N.º 08-2019/CIJ-116, referente a la diferencia hermenéutica entre organización criminal, banda criminal y delitos cometidos por integrantes de una organización criminal. Así mismo, este acuerdo plenario señala:

Crimen organizado: Conjunto de actividades delictivas que son: i) cometidas por una organización criminal (con un nivel de estructuración de mediana complejidad, no necesariamente jerárquico, con diversos roles y funciones, así como estabilidad en el tiempo); ii) que controlan un determinado territorio o un eslabón de la cadena de valor de un mercado ilegal; iii) que penetran en los círculos económicos formales para insertar sus ganancias y burlar el control estatal; iv) que diversifican sus delitos o se especializan en mayor grado a fin de aumentar la rentabilidad de sus actividades; y v) que usan la violencia (directa e indirecta) y la corrupción (en diferentes niveles, como medios de operación, no solo en las altas esferas del poder, sino también en aquellas esferas burocráticas necesarias para sus actividades delictivas).

- Acuerdo Plenario N.º 10-2019/CIJ-116, referente a la organización criminal, banda criminal y técnicas especiales de investigación.

5. DELITO DE ORGANIZACIÓN CRIMINAL

En nuestro país, erróneamente se denominó asociación ilícita o asociación para delinquir a la organización criminal, como

aparece en el artículo 317 del Código Penal de 1991, error que posteriormente fue corregido mediante la promulgación del Decreto Legislativo N.° 1244 en 2016, donde pasó a llamarse *organización criminal*. Al respecto, la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional hace importantes definiciones en su artículo segundo,³ que fueron tomadas en cuenta en nuestra legislación.

5.1. Definición de organización criminal

Según el artículo 2 de la Ley N.° 30077, se define la organización criminal como:

la 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”.

La organización criminal se encuentra motivada por el lucro y puede operar tanto en un ámbito nacional (en el territorio de un país) como transnacional (cuando actúa en más de un país). Así mismo, puede presentar una estructura vertical o una horizontal y, funcionalmente, adoptar otras formas flexibles.

3 “(...) 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. Concepto abierto (...) c) 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. Concepto más cerrado (...)”.

5.2. Características del crimen organizado

El crimen organizado comprende características generales como:

1. Un grupo de individuos organizado para cometer delitos graves.
2. Esta organización supone una estructura, la división de roles, la jerarquización de los miembros que intervienen y la vocación de permanencia en el tiempo.
3. Controla un territorio, o un eslabón de este.
4. Penetra en los circuitos económicos formales o informales, para burlar el control estatal.
5. Introduce sus ganancias en los circuitos económicos para darles apariencia de legalidad.
6. Burla el control estatal.
7. Diversifica los delitos para aumentar su rentabilidad.
8. Paga sus impuestos.
9. Penetra en las instituciones del Estado.
10. Opera en territorio nacional o transnacional.
11. Tiene fin de lucro.
12. Su estructura es vertical u horizontal.

6. LAS CONTRATACIONES DE EMERGENCIA Y LA CRIMINALIDAD ORGANIZADA

El delito de crimen organizado en contrataciones públicas

Antes de ingresar al tema de fondo, se debe tomar en cuenta que el delito de crimen organizado se comete en relación con varios delitos, pero en este caso desarrollaremos este delito con incidencia en delitos de corrupción de funcionarios. En ese orden de ideas, según informa la Contraloría General de la República (2020, p. 32), el

perjuicio económico generado al Estado por hechos de corrupción a nivel nacional representa la suma de S/22 059 183 059, hecho que genera un grave perjuicio no solo al Estado, sino fundamentalmente a quienes deberían ser beneficiados con los bienes, servicios y obras que no se ejecutaron.

En nuestro país, la contratación pública para la adquisición de bienes, servicios y/o construcción de obras está regulada por la Ley N.° 30225, su respectivo reglamento y normas complementarias, todas las cuales regulan el proceso de contratación en todas las etapas, que son:

- a. Etapa de planificación.
- b. Etapa de actos preparatorios.
- c. Etapa de selección.
- d. Etapa contractual.
- e. Etapa poscontractual.

Las etapas recién mencionadas son reguladas por la norma antes indicada, que establece los pasos, pautas y demás reglas para la celebración de aquellas y en las que puede cometerse el delito de criminalidad organizada, con la finalidad de generar un perjuicio económico al Estado.

El tipo penal que sanciona el crimen organizado está regulado por el artículo 317 del Código Penal, que señala textualmente:

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 (...).

Este tipo penal señala de forma clara y concreta cuatro conductas que serán sancionadas:

- a. Constituir una organización criminal.** Implica dar nacimiento formal a la estructura criminal de la organización. En tal acto fundacional se define la composición funcional, los objetivos, las estrategias de desarrollo, la forma de operar y las acciones inmediatas y futuras de la organización (Prado Saldarriaga, 2017, p. 153).
- b. Organizar una organización criminal.** Comprende todo acto dirigido a diseñar y proporcionar una estructura funcional y operativa a la organización ya constituida. Quien la organiza construye el organigrama y la dota de un orden para su funcionamiento (Prado Saldarriaga, 2017, pp. 153-154).
- c. Promover una organización criminal.** Involucra la posterior realización de actos de difusión, consolidación y expansión de la ya creada organización e incluso en plena ejecución del proyecto delictivo. La persona que promueve se encuentra a cargo del proceso de planificación estratégica orientada al futuro del grupo. Buscará alianzas, así como impulsar la diversificación de las actividades ilícitas (Prado Saldarriaga, 2017, p. 154).
- d. Integrar una organización criminal.** Comprende cualquier acto de adhesión personal y material a una estructura preexistente. De tal modo que la persona se somete a los propósitos de la organización, comprometiéndose, de manera expresa o implícita, a realizar las tareas que le sean asignadas (Prado Saldarriaga, 2017, pp. 154-155).

Por otra parte, si revisamos la Ley N.º 30077, esta señala:

Artículo 2. Definición y criterios para determinar la existencia de una organización criminal. 1. Para efectos de la presente Ley, se considera organización criminal a cualquier agrupación de tres o más personas que se reparten diversas tareas o funciones, 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 presente Ley.

Si revisamos el I Pleno Jurisdiccional del año 2017 (fundamento 17), en relación con la estructura de las organizaciones, establece textualmente lo siguiente:

- 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 teleológico*: corresponde al desarrollo futuro de un programa criminal.
- d. *Elemento funcional*: la designación o reparto de roles de los integrantes de la organización criminal.
- e. *Elemento estructural*: como elemento normativo que engarza y articula todos los componentes.
- f. La organización interna, división de roles y con la finalidad de cometer delitos en el tiempo (Prado Saldarriaga, 2017, pp. 337-349).

Sin duda, estamos ante un delito grave y, a decir del Tribunal Constitucional:

Es evidente que la punición benevolente de hechos que generan un repudio social absoluto y que afectan en grado sumo diversos

bienes jurídicos de particular relevancia constitucional, mina la confianza de la población en el Derecho, con el consecuente riesgo para la consolidación del cuadro material de valores recogido en la Carta Fundamental. (Sentencia dictada en el Expediente N.° 0019-2005-PI/TC Lima)

Entonces, la pregunta respecto de dicho delito es: ¿se podría cometer en un proceso de contratación pública? Por tratarse de una contratación pública compleja, se puede afirmar que sí podría cometerse este ilícito penal, y existen casos en los que, para lograr la buena pro, participan funcionarios públicos, el propio contratista e incluso los árbitros. Además, se trata de un tipo penal especial, pues requiere elementos propios para su comisión, como es el caso de estar integrado por más de dos personas, debidamente organizados con la finalidad de perpetrar ilícitos penales en el tiempo.

REFERENCIAS

Acuerdo Plenario N.° 10-2019/CIJ-116.

https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/01e49b00414ac4259d83bd5aa55ef1d3/Acuerdo_Plenario_10_2019_CIJ_116.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=01e49b00414ac4259d83bd5aa55ef1d3

Acuerdo Plenario N.° 08-2019/CIJ-116.

https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/c4c46100414a94e69b50bb5aa55ef1d3/Acuerdo_Plenario_8_2019_CIJ_116.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=c4c46100414a94e69b50bb5aa55ef1d3

Acuerdo Plenario N.° 10-2019/CIJ-116.

https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/01e49b00414ac4259d83bd5aa55ef1d3/Acuerdo_Plenario_10_2019_CIJ_116.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=01e49b00414ac4259d83bd5aa55ef1d3

Annan, K. (2004). Prefacio del documento Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos.

- Oficina de las Naciones Unidas Contra la Droga y el Delito. [http://www.unodc.org/documents/treaties/UNTOC/Publications/TOC %20Convention/TOCebook-s.pdf](http://www.unodc.org/documents/treaties/UNTOC/Publications/TOC%20Convention/TOCebook-s.pdf)
- Contraloría General de la República. (2020). Documento de política en control gubernamental: incidencia de la corrupción y la inconducta funcional en el Perú 2020.
- Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos, Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, Viena (2004).
- Decreto Legislativo N.° 1326, Ley que Reestructura el Sistema Administrativo de Defensa Jurídica del Estado y crea la Procuraduría General del Estado. Diario *El Comercio*, Lima, 11 de marzo de 2021, p. 8.
- Ley N.° 30077, Ley Contra el Crimen Organizado.
- Metodología del Mapa de Riesgo, Indicador de presencia de la criminalidad organizada a nivel subnacional en Perú 2017. Documento de Investigación.
- Prado Saldarriaga, V. R. (2017). *Derecho penal. Parte especial: los delitos*. Fondo Editorial PUCP.
- Prado Saldarriaga V. R. (2021). *Los delitos de crimen organizado*. Gaceta Jurídica.
- PUCP-IDEA. (s.f.). *Metodología del mapa de riesgo: indicador de presencia de la criminalidad organizada a nivel subnacional en Perú 2017*. Documento de Investigación. [https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/7b9740804a990ff4a056e8d1306a5ccd/Documento+de+Investigaci%C3%B3n-Presencia+de+criminalidad+organizada+a+nivel+subnacional+Septiembre+2018.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=7b9740804a990ff4a056e8d1306a5ccdSentencia dictada en el Expediente N.° 0019-2005-PI/TC-Lima](https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/7b9740804a990ff4a056e8d1306a5ccd/Documento+de+Investigaci%C3%B3n-Presencia+de+criminalidad+organizada+a+nivel+subnacional+Septiembre+2018.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=7b9740804a990ff4a056e8d1306a5ccdSentencia+dictada+en+el+Expediente+N.+0019-2005-PI/TC-Lima).
- Vives Antón, T. S. (1996). *Comentarios al CP de 1995*. Volumen II. Tirant lo Blanch.