



COMENTARIOS AL PREDICTAMEN RECAIDO EN EL PROYECTO DE LEY 5981/2023 – CR RESPECTO A LA CRIMINALIDAD ORGANIZADA: ¿UNA NUEVA SOLUCIÓN A UN VIEJO PROBLEMA?

Hugo Mendoza Malpartida¹

I. Introducción

La criminalidad organizada se ha caracterizado por ser una constante indefinida de afectación grave en los diversos campos sociales donde se desenvuelve, ello producto de las diversas realidades jurídico-sociales que han originado los conceptos de crimen organizado. Atendiéndose, en primera cuenta, a las rápidas formas de desarrollo no convencional surgidas en el marco de la globalización y la integración de los mercados.

Ante este escenario de indefinición conceptual, la doctrina ha generado esfuerzos por construir un concepto de criminalidad organizada, que, a decir del profesor PRADO SALDARRIAGA²

(2019), debemos entenderlo cuanto menos operativo, que, si bien no reflejará toda la magnitud y variedad que definitivamente encierra este fenómeno, servirá, cuando menos, para representar sus características más específicas y constantes

Siendo así, que, para mencionado profesor, la criminalidad organizada comprende toda actividad delictiva que ejecuta una organización, con estructura jerárquica o flexible, que se dedica de manera continua al comercio de bienes o a la oferta de medios y servicios que están legalmente restringidos, que tienen un expendio fiscalizado, o que se encuentran totalmente prohibidos, pero para los cuales existe una demanda social potencial o activa. Se expresa en una dinámica funcional permanente y orientada al abuso o a la búsqueda de posiciones de poder político, económico o tecnológico.

Sin embargo, no es el único concepto que se maneja de criminalidad organizada; ante ello está la definición que nos brinda la Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional, llegando a definir en su art. 2 que el entendimiento de “grupo delictivo organizado” se entenderá como

¹Abogado por la Universidad Nacional Federico Villarreal. Máster en Derecho Constitucional por Universidad de Castilla-La Mancha (UCLM) (Toledo, España). Máster en Cumplimiento Normativo en Material Penal por la UCLM. Especialista en Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas,

Compliance y Ciberseguridad por la Universitat Internacional de Catalunya (Barcelona). CEO de la firma legal Mendoza Malpartida & Asociados.

²Prado Saldarriaga, V. R. (2016). *Criminalidad organizada*. Instituto Pacífico



MENDOZA MALPARTIDA & ASOCIADOS

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.

Como puede entenderse, el concepto de organización criminal ha ido evolucionando a través del tiempo; no obstante, ello no implica que esto traiga como consecuencia jurídica la no intervención del derecho penal para poder neutralizar dicho fenómeno que, según palabras de LAMAS PUCCIO³ (2012), “el fenómeno ha venido cambiando en la medida en que el mundo ha evolucionado”.

Ante dichos desaciertos, resulta necesaria la intervención del derecho penal, pues la vaguedad conceptual con la cual ha sido manejada en los últimos tiempos hace que se corra el riesgo de la imposibilidad de poder generar una imputación necesaria que fundamente la culpabilidad de los procesados, lo cual sería abiertamente violatorio dentro de un sistema garantista. Por estas razones, a mediados de los años dos mil surgían voces como las del profesor CLAUS ROXIN⁴ (1998), quien precisaba que “no

existe un concepto de criminalidad organizada jurídicamente claro con una mínima capacidad de consenso. Tan solo disponemos de heterogéneas descripciones de un fenómeno que hasta ahora no ha sido abarcado con precisión”.

No se quiere afirmar con ello que la criminalidad organizada no deba recibir tratamiento jurídico penal debido a su imprecisión conceptual. Más bien, resulta necesario determinar los alcances que posee dicho concepto, arraigados de manera fundamental a nuestra realidad criminal. Por ello, la doctrina ha tratado de establecer ciertos patrones constantes que deben cumplir toda organización criminal para poder discernir cuándo estamos ante una organización criminal o simplemente una banda criminal. Es crucial entender qué enfrentamos, bajo qué parámetros hacerlo y qué medidas deben tomarse, partiendo al menos de un concepto consensuado de crimen organizado. Esto responde a la pregunta de qué enfrentamos, pues sería ilógico enfrentar algo que no hemos logrado conceptualizar mínimamente.

Por ello, obedeciendo a razones prácticas, el Acuerdo Plenario N° 01-2017-SPN ha logrado estructurar los elementos esenciales que debe tener toda organización criminal: i. Elemento

³Lamas Puccio. (2012). Criminalidad organizada, seguridad ciudadana y reforma penal. *Revista Peruana de Ciencias Penales*, (23).

⁴Roxin, C. (1998). Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada. *Revista Penal*, (2).



personal (tres o más personas), ii. Temporal (estabilidad), iii. Teleológico (desarrollo del programa criminal), iv. Funcional (reparto de roles) y v. Estructural (elemento normativo que articula todos los componentes).

Finalmente, reformulando la naturaleza del ilícito y añadiendo características que no estaban contempladas en el tipo penal anterior, el legislador ha señalado que *la organización criminal debe reflejar una compleja estructura desarrollada que posea mayor capacidad operativa, dispuesta a la comisión de delitos graves, a fin de obtener de manera directa o indirecta el control de la cadena de valor de una economía o mercado ilegal, para obtener un beneficio económico.*

II. Panorama general sobre el tratamiento de las modificaciones que se pretende introducir en la criminalidad organizada

La modificación del artículo 317 del código penal - Organización criminal - ha sido objeto de múltiples posiciones, tanto en su vertiente positiva como negativa. Aquellos que argumentan que las nuevas modificaciones al artículo 317 son consecuencia del accionar injustificado del Ministerio Público, pues ese organismo ejecutor de la acción penal se ha visto envuelto en imputar, sin más preámbulo que ciertas características como logística o permanencia, a cualquier forma de agrupación con fines

ilícitos como organización criminal, atentando así contra la imputación necesaria que requiere el proceso penal.

Considerando esta circunstancia, se indica que las características de complejidad, estructura desarrollada y capacidad operativa con fines de obtener el control de la cadena de valor de una economía o mercado ilegal para el beneficio económico, resultan necesarias, puesto que con ello se estaría castigando a las verdaderas organizaciones criminales y no a meras bandas que se conciertan temporalmente bajo estándares que no requieren la planificación estratégica, logística u operativa, y que, en la mayoría de las veces, permanecen alejadas de los circuitos económicos internacionales pero que sí alcanzan el poder con vocación de temporalidad corta.

En este punto, la caracterización esencial que ha buscado el legislador es enfatizar la “transnacionalidad” de la criminalidad organizada, incluyendo el control de cadenas de mercado o circuitos económicos. Es bien sabido que las organizaciones criminales en pleno siglo XXI tienen alcance internacional, debido a su *modus operandi* en diversos circuitos de producción económica destinados a la demanda de productos ilegales, tráfico ilícito de drogas, lavado de activos, entre otros. Esto hace que pierdan su carácter regional, para verse envueltos en la macrocriminalidad. Por



MENDOZA MALPARTIDA & ASOCIADOS

ello, ante las nuevas modificaciones, este tipo de delito se agrava *cuando los integrantes o la comisión de los delitos graves o los beneficios obtenidos por la organización criminal tienen carácter transnacional.*

No obstante, surgen posiciones que consideran la necesidad de una reconsideración ante el sobreabundamiento característico con el que el legislador ha tratado de definir a la organización criminal. Estos consideran que los estándares probatorios exigidos para poder imputar el crimen organizado generaría marcos de impunidad, pues, como resultado de la complejidad y mayor capacidad operativa, se estaría, de cierta manera, sobreexigiendo al organismo persecutor de la acción penal, llegándose a imputar subsidiariamente el tipo de banda criminal y, de cierta manera, quebrantándose el principio de proporcionalidad de las penas, pues, actos criminales de gran alcance estarían inmersos en marcos de punibilidad menos lesivos que el que amerita dicho accionar. Dadas estas circunstancias, se puede señalar que la criminalidad organizada, al poseer un enorme potencial peligroso, merece un tratamiento especial que flexibilice las reglas de imputación.

Antes dichas posturas, resulta insoslayable señalar que el Ministerio Público posee una capacidad de poder inigualable que, como persecutor de los

delitos, debe cumplir con los estándares máximos que todo orden constitucional de Derecho amerita, es decir, no debe permitirse las flexibilizaciones de imputación ni las vacilaciones, pues, dentro del marco procesal penal, los sujetos de derecho son los afectados ante cuestiones inexactas, o, encontrándose en un marco criminal, no cumplen con las calificaciones necesarias para constituirse como una organización criminal que, sin embargo, son objeto de imputación.

Por otra parte, resulta llamativo que, se haya delimitado la finalidad de la organización criminal a la obtención de la cadena de valor de una economía o mercado ilegal. Bajo estos supuestos, resultarían fuera de configurar una organización criminal aquellos funcionarios que establecen relaciones estructurales con una compleja estructura y permanencia que, como es sabido, no tienen la finalidad de controlar una cadena de valor o un mercado ilegal, sino más bien, su operatividad es cometer delitos contra la administración pública (peculado, colusión, entre otros.) o de corrupción de funcionarios (cohecho).

Además, el hecho de que la criminalidad organizada se constituya como una palabra polisémica, esta no puede ceñirse únicamente a la obtención de beneficios económicos. Pues ante ello, y con su agravante de transnacionalidad, aquellas organizaciones estructuradas y con



vocación de permanencia, pero que no inciden en la economía – cadenas de valor o posicionamientos en mercados ilegales –, sino más bien, están ligadas a la corrupción funcional, no serán vistas como organizaciones criminales.

Ante estas caracterizaciones, el legislador ha buscado darle un sentido más global a la organización criminal, con caracterizaciones de una delincuencia organizada que se posiciona en la sociedad internacional, producto de la globalización e interrelación de los grandes mercados, donde, en su mayoría, tiene incidencia el tráfico ilícito de drogas. Asimismo, esta confección legislativa abandona la marginalidad, instaurándose en el sistema económico, con la finalidad de obtener necesariamente un beneficio económico, siendo ello *conditio sine qua non*, a efectos de juicio de subsunción.

Sin embargo, no toda organización criminal necesariamente debe tener la característica de perseguir un beneficio económico, esto conforme al marco internacional. En la Convención de Palermo se precisa que el grupo delictivo organizado está destinado a obtener un beneficio económico u *otro tipo de beneficio material*.

Es por ello que decantarse por el solo hecho de tener una finalidad económica no resulta del todo adecuado. Ahora, y en miras de una adecuada subsunción de la

conducta, se ha exteriorizado una dinámica de carácter más internacional bajo un aspecto lucrativo destinado a la obtención y posicionamiento de los negocios ilícitos, cuestión que, resulta parcialmente criticable y merece una revisión urgente.

III. Conclusiones

Los objetivos de prevención normativa no pueden estar sujetos únicamente a la obtención de cadenas de valor de la economía o los posicionamientos del mercado ilegal donde tiene mayor incidencia la criminalidad organizada, sino más bien, dicho diagnóstico debe partir fundamentalmente de conocer bien el fenómeno criminal. Con esto no se niega el carácter transnacional de la criminalidad organizada, por el contrario, se afirma que todos los macroproblemas que engloba este fenómeno no pueden ser abordados por la norma penal.

De esta manera, es necesario que la modificación que se pretende al delito de organización criminal, bajo el vigor del principio de legalidad, circunscriba dentro de su ámbito de incidencia criminal a la corrupción política y la criminalidad empresarial, precisando los marcos conceptuales que lo caracterizan. Resulta que, en los últimos tiempos, el Perú ha sido centro de encuentros ilegales políticos, clientelares, corrupción política, enquistadas estructuralmente en el Estado que, en la



MENDOZA MALPARTIDA & ASOCIADOS

mayoría de veces, la propia organización por sus ámbitos defectuosos estructurales, incentivan a la concentración del ambiente criminógeno destinados a la captura del poder en su ámbito más extenso.

Finalmente, con este cambio legislativo, el legislador ha tratado de encerrar el ámbito donde mayor lesividad propulsan las organizaciones criminales: tráficos ilícitos, posicionamientos de mercados ilegales, comercialización de mercancías prohibidas, narcotráfico, tráfico de armas, entre otros. No obstante, no es el único ámbito de incidencia que posee su multifacética dimensión, dejando bajo el marco de otros ilícitos penales, aquellas organizaciones destinadas a la captura del poder o aquellas organizaciones que no se caracterizan por la obtención de algún beneficio económico, sino más bien, político.

BIBLIOGRAFIA

- Roxin, C. (1998). Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada. *Revista Penal*, (2).
- Prado Saldarriaga, V. R. (2016). *Criminalidad organizada*. Instituto Pacífico
- Lamas Puccio. (2012). Criminalidad organizada, seguridad ciudadana y reforma penal. *Revista Peruana de Ciencias Penales*, (23).