



BERNARD SCHÖNE ANNA / SCHÖNHÄUSEN / CORNELIUS / TROTT / DE LOS ORTOS / MARTÍN / JUAN
MONTAÑO / ROJO / MARIANO / ANICÓ / NEJA / ENRIQUE / SALAS / SANCHEZ / FERNANDO / SERRANO / WALTER
NERNAN / NORONHA / ALBA / KATA / DE / ANGELES / RUE / RODRIGUEZ / RODRIGUEZ / CARLOS
CÓMEZ / JARA / DIEZ / ALEX / VAN / REZZO / ALBERTO / MONTAÑO / GONZÁLEZ / TORO / DE / ESTEBAN / WENCES DE
CARRILLO / CARLOS / BERRY / ALFONSO / ZAMORA / DE / EN / PERCY / GARCÍA / CAVERO /
ROBERTO / NEADO / MARRIAGA / JOSÉ / LUIS / CASTRO / MAYA / GERMAN / DE / LA / ARONA
GONZALO / DEL / RIO / SANCHEZ / JORGE / VILLARREAL / MINILLOS / FERNANDO / JARA / DE / MARTÍNEZ
ADRIÁN / DANTE / JARIL / TORRES / RAMIRO / SALINAS / BICCHA / ROBERT / CUBARRA / PASCAL / BEVER / VILLA
ARTHUR / JOSÉ / MARUZZO / OLACHEA / DINO / CARLOS / GARD / GONZ

CUESTIONES ACTUALES DEL SISTEMA PENAL

ARA EDITORES

EDICIÓN NACIONAL
DE LOS CARCOS

1ª edición

- © ARA Editores E.I.R.L.
Géminis 701 Dpto. 301-B Lima 39 - Perú
Telefax: (511) 522-8060
E-mail: araeditores@yahoo.com
Web site: <http://www.araeditores.com>
- © UNIVERSIDAD NACIONAL MAYOR DE SAN MARCOS

ISBN: 978-9972-238-30-7
Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional
del Perú N° 2008-12084

Diseño de Carátula: Rolando Bartolo Mesías
Diagramación: Luis A. Sierra Cárdenas

Reservados todos los derechos. Ni la totalidad ni parte de este libro puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico ni mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación, sin permiso expreso de los editores.

Impreso en Perú

2008

Printed in Peru

ÍNDICE

LA ESTRUCTURA DE LOS DELITOS DE PELIGRO (LOS DELITOS DE PELIGRO ABSTRACTO Y ABSTRACTO-CONCRETO COMO MODELO DEL DERECHO PENAL ECONÓMICO MODERNO) BERND SCHÜNEMANN	11
CULPABILIDAD JURÍDICO-PENAL EN EL ESTADO DEMOCRÁTICO DE DERECHO URS KINDHÄUSER	29
EL DERECHO PENAL EN LA ENCRUCIJADA: ¿ABOLICIÓN, DIVERSIFICACIÓN, VOLVER A LA RAZÓN O ENTRAR EN RAZÓN? CORNELIUS PRITTWITZ	49
LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS ADMINISTRADORES Y REPRESENTANTES DE LA EMPRESA POR DELITOS ESPECIALES LUIS GRACIA MARTÍN	67
LA INUTILIDAD DEL LLAMADO PRINCIPIO ACUSATORIO PARA LA CONFORMACIÓN DEL PROCESO PENAL JUAN MONTERO AROCA	93
EL INJUSTO DE LOS DELITOS DE ORGANIZACIÓN: PELIGRO Y SIGNIFICADO MANUEL CANCIO MELIÁ	113
LAS PRISIONES PRIVADAS: UNA SOLUCIÓN INSATISFACTORIA AL PROBLEMA PENITENCIARIO ENRIQUE SANZ DELGADO	167
LA RELACIÓN ENTRE PUNITIVIDAD Y SENTIMIENTOS DE INSEGURIDAD ALFONSO SERRANO MAÍLLO	193
UNA NECESARIA REVISIÓN DEL CONCEPTO DE CULPABILIDAD HERNÁN HORMAZÁBAL MALARÉE	211

ÍNDICE

SITUACIÓN CARCELARIA Y BENEFICIOS PENITENCIARIOS EN EL PERÚ GERMÁN SMALL ARANA	603
LA REGULACIÓN DE LA PRISIÓN PREVENTIVA EN EL NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL PERUANO DE 2004 GONZALO DEL RÍO LABARTHE	617
DELITOS CONTRA LA LIBERTAD E INDEMNIDAD SEXUAL EN EL DERECHO COMPARADO LATINOAMERICANO JORGE VILLARREAL PINILLOS	685
LITIGACIÓN ORAL DURANTE LA INVESTIGACIÓN. PROCESAL PENAL EN EL ECUADOR FERNANDO YÁVAR UMPIÉRREZ	703
ALGUNAS CONSIDERACIONES EN TORNO A LA CRIMINALIDAD ORGANIZADA EN EL PERÚ ALEXEI DANTE SAENZ TORRES	733
EL DELITO PECULADO EN LA LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA VINCULANTE RAMIRO SALINAS SICCHA	749
LÍMITES A LA INTERVENCIÓN PENAL: EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD JOSÉ URQUIZO OLAECHEA	783
INTRODUCCIÓN A LA VICTIMOLOGÍA	797
ROBERT GUEVARA ELIZALDE	
DETERMINACIÓN FUNCIONAL DE LA PENA Y CRITERIOS DE IMPUTACIÓN JAVIER VILLA STEIN	841
LA INDIVIDUALIZACIÓN JUDICIAL DE LA PENA DINO CARLOS CARO CORIA	861

**ALGUNAS CONSIDERACIONES EN TORNO A LA CRIMINALIDAD
ORGANIZADA EN EL PERÚ**

ALEXEI DANTE SÁENZ TORRES
Profesor de Derecho Penal
Universidad Nacional Mayor de San Marcos

*A la memoria de un gran maestro latinoamericano,
Juan Bustos Ramírez*

La criminalidad organizada constituye hoy en día una de los problemas a los que tiene que hacer frente la sociedad en general, pues su campo de actuación está relacionada con las actividades de la administración de justicia del Estado, empero hoy en día tiene también relación con las otras actividades públicas como lo son la economía (en su vertiente micro y macro, nacional e internacional), la administración pública a todo nivel y sobre todo las actividades privadas a partir del desarrollo de la empresa privada en su relación con los Estados, o entre ellas, así ahora más que nunca con el proceso de globalización y con la extensión desmedida de la inversión extranjera, pública y privada el rol de determinadas empresas transnacionales representan una preocupación de todos los Estados en su vinculación con las organizaciones criminales.

Aquí pretendemos dar algunos alcances en torno a la criminalidad organizada por la significación que hoy tiene.

En la actualidad la importancia de la criminalidad organizada en Europa y el Asia puede explicarse y hasta justificarse de muchas maneras empero una de estas ideas que nos parece significativa es la que sostiene Daniel ESTULIN¹ el cual señala que «el aparente final del conflicto armado [guerra fría y el fin del control soviético]² marcó el principio de una guerra mucho más terrorífica por la supremacía global» y agrega que al comentar su libro «cómo las sociedades secretas más poderosas, una veces colaborando codo a codo, y otras veces compitiendo entre ellas valiéndose de elementos criminales, la mafia internacional, multimillonarios oligarcas rusos, organizaciones filantrópicas respetables, no gubernamentales, servicios de inteligen-

¹ Autor del libro «los señores de las sombras. La red de gobiernos y servicios de espionaje que dirige en secreto el tráfico de drogas y el terrorismo internacional» ed. Planeta 2007, traducido por Diana Hernández Aldana, Eva M.^a Robledillo Carro y Francisco Martín Arribas.

² Agregado nuestro.

cia, ex espías, organismos paralelos de inteligencia y las principales instituciones bancarias del mundo, se dedicaron al negocio de crear de forma deliberada y meticulosa el Orden Mundial poscomunista para obtener beneficios personales» (pp. 7-8).

Es necesario destacar también que no es que la criminalidad organizada se haya desarrollado necesariamente por el avance de la globalización en el mundo, así coincidimos con Misha GLENNY al decir que «No es la globalización en sí misma lo que ha estimulado el espectacular crecimiento de la delincuencia organizada de los últimos años, sino unos mercados mundiales insuficientemente controlados como el sector financiero, o excesivamente regulados, como el sector agrícola y el mercado laboral. Durante los años noventa asistimos al inicio de un régimen de regulación a nivel mundial de los mercados financieros que suscitó la esperanza de que se pudiera mantener bajo control tanto la economía lícita, parcialmente regulada, como la economía sumergida, totalmente exenta de regulación. Sin embargo, desde el nuevo milenio la hostilidad de Estados Unidos, la incompetencia de la Unión Europea, el cinismo de Rusia y la indiferencia de Japón se han sumado a la incontenible ambición de China y la India por inaugurar una época dorada para las empresas mundiales y la delincuencia organizada industrial»³.

Así podemos dar muchas explicaciones empero lo único que pretendemos es dar algunos alcances en torno a la problemática de la criminalidad organizada y el significación que hoy en día tiene para los países como el nuestro en Latinoamérica y el Caribe.

§1 Definición

En la doctrina se ha dado varias definiciones, una de ellas es la de Choclan Montalvo que distingue entre la criminalidad organizada en sentido amplio y criminalidad organizada en sentido estricto. En *sentido amplio*: «La Criminalidad en la Empresa» que abarca todas aquellas acciones que se desarrollan en el contexto de una actividad empresarial (de la que se ocupa principalmente económico). En cambio en *sentido estricto*: «Tiene como objeto precisamente el delito (la criminalidad como empresa) que es la que ahora nos interesa»⁴.

³ GLENNY, Misha, *Mc Mafia. El crimen sin fronteras* (Tít. Orig. «McMafia. Crimen Without Frontiers»), traducido por Joan Trujillo, Ediciones Destino México, 2008, pp. 475.

⁴ CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio, *La organización criminal. Tratamiento Penal y Procesal*, Dykinson, Madrid, 2000, pp. 8 y ss.

La definición que utiliza el profesor CHOCLÁN MONTALVO corresponde a la definición del profesor HERRERO HERRERO, para quien «en un plano funcional, la delincuencia organizada es la que se realiza a través de un grupo o asociación criminal revestidos de las siguientes características : carácter estructurado, permanente, autorrenovable, jerarquizado, destinados a lucrarse con bienes y servicios ilegales o a efectuar hechos antijurídicos con intención sociopolítica, valederos de la disciplina y de toda clase de medios frente a terceros con el fin de alcanzar sus objetivos. El carácter transnacional no es requisito de la organización, ciertamente, aunque su presencia es factor indiciario de la consolidada estructura organizativa de un grupo, y en cualquier caso, es el carácter transnacional el que en realidad preocupa a la Política Criminal»⁵.

Sin embargo, CHOCLÁN MONTALVO establece las condiciones que «deben concurrir en esta empresa criminal para constituir organización en sentido jurídico-penal: 1) la existencia de un centro de poder, donde se toman las decisiones, lo que presenta específicos problemas a la teoría de la autoría, en atención a la distancia espacio-temporal entre toma de decisión y ejecución material del delito; 2) actuación a distintos niveles jerárquicos, de modo tal que los órganos ejecutivos, en su individualidad, desconocen el plan global, conociendo sólo lo parte del plan asumida; 3) aplicación de tecnología y logística, actuando sus componentes con estricta profesionalidad; d) (sic) fungibilidad o intercambiabilidad de los miembros de la empresa criminal que actúan en los niveles inferiores; e) sometimiento a las decisiones que emanan del centro de poder, con pérdida de moral individual y férrea disciplina; f) movilidad internacional; g) apariencia de legalidad y presencia de los mercados como medio de transformación de los ilícitos beneficios»⁶.

En la jurisprudencia española el Tribunal Supremo Español ha fijado su concepto de organización criminal basado en los siguientes elementos: a) existencia de una seria planificación y preparación del hecho delictivo, b) la ejecución será realizada por profesionales altamente cualificados, c) las ganancias obtenidas se intentan introducir mediante el blanqueo del dinero en la economía legal, d) los grupos mantienen

⁵ CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio, *La organización criminal*, pp. 8 y ss.

⁶ CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio, *La organización criminal*, p. 9. Véase también el concepto dado en su artículo por JOSHI JUBERT referido a este concepto en el tráfico ilícito de drogas en donde además plantea su posición en torno a los problemas de coautoría o autoría mediata (En Anuario de DPCP, Fase II, 1995, pp. 665 y ss.).

vínculos fuertemente supra regionales, nacionales e internacionales, e) estructura fuertemente jerarquizada, f) gran poder corruptor, g) sus ámbitos de actuación son del más diverso tipo, h) actitud criminal de grupo, i) cuando se trate de la aplicación concreta de la agravante por organización bastará el carácter transitorio y la finalidad ocasional de difundir los productos del tipo básico o del de precursores»⁷.

En la jurisprudencia peruana la discusión aún está iniciándose a raíz de la experiencia de los Casos Fujimori-Montesinos, así por ejemplo temas tales como la coexistencia entre asociaciones ilícitas⁸, dentro de una organización criminal, o la interacción o relación entre organizaciones criminales, representan problemáticas que aún habrá que definir líneas de acción en toda Latinoamérica y el Caribe. Cabe destacar por ejemplo lo resuelto por la Sala Penal Permanente sobre las organizaciones criminales:

«que la estructura de las organizaciones criminales no es uniforme, ella varía según su origen, el grado de desarrollo que a alcanzado, el tipo de actividades delictivas que ejecutan o el número de componentes que la integran, por consiguiente, hay organizaciones con estructuras altamente jerarquizadas y complejas que muestran una composición vertical con los niveles de poder y gestión muy centralizados pero también coexisten otras agrupaciones delictivas con estructuras flexibles y roles de dirección colectiva o descentralizada que constituyen tantas organizaciones criminales diferentes con relación al fin ilícito que persiguen y a la oportunidad de su actuación, siendo lo primordial la presencia de varias estructuras criminales distintas a las que se incorpora el agente, que esta posibilidad es mucho mayor en las **estructuras criminales flexibles** como las de tipo red y donde el hombre clave puede constituir varios grupos criminales con propósitos delictivos deferentes (sic), que en el caso sub júdice (sic), nos encontramos ante una amplia red criminal que operó con grupos enquistados en las principales instancias del poder político, instituciones castrenses, del sistema de justicia y en algunos medios de comunicación, en la

⁷ JOSHI JUBER, Ujala, «Sobre el concepto de organización en el delito de tráfico de drogas en la jurisprudencia del tribunal supremo», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Sociales*, t. XLVIII, fasc. II, mayo-agosto MCMXCV, pp. 665 y 666.

⁸ El contenido de esta decisión judicial corresponde al voto singular del señor Vocal Supremo Dr. Víctor Prado Saldarriaga, en el Recurso de Nulidad N° 3786-2005, a propósito de la decisión de la Sala con fecha Trece de junio del año dos mil siete, pp. 5 y 6.

cual fungía como hombre clave el encausado Montesinos Torres, en la cual constituyó e integró de manera simultánea o sucesiva más de una organización criminal destinada a cometer delitos en oportunidades y en contextos diferentes(...)).».

En materia de tratados internacionales los países han suscrito la Convención de Palermo que en su artículo 2 literal a)⁹ describe el concepto legal de grupo delictivo organizado y que algunos estamos proponiendo que se incorpore en el Código Penal, a fin de ordenar toda la normatividad dispersa que se tiene sobre criminalidad organizada, a lo largo de la parte especial y leyes especiales, pero solo de manera referencial y de una vez por todas dejarla de confundir con el tipo penal de asociación ilícita para delinquir.

§2 Clasificación

La clasificación de las organizaciones criminales tiene una gran variedad así Herreno Herrero citado por Choclán Montalvo (pp. 7 a pie n° 17) establece las siguientes: «a) *Organizaciones criminales de naturaleza mafiosa*, situando dentro de este grupo a las mafias italianas, las Triadas chinas y los Boryokudan japonesas. Dentro de las mafias italianas, la camorra¹⁰, la Ndragheta y la mafia siciliana, en particular la Cosa Nostra; b) *Organizaciones flexiblemente mafiosas*, como los Cárteles colombianos; c) *Organizaciones criminales funcionalmente mafiosas*, situando en este grupo, por ejemplo, el Grapo español, o al Ejército Rojo alemán; d) *Organizaciones criminales ambigüamente constituidas*, que fundamentalmente persiguen fines económicos»¹¹.

§3 Problemas

Un problema que merece ser propuesto es ¿qué concepto o definición será la más indicada para orientar con mayor precisión el con-

⁹ La Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional de Naciones Unidas conocida como la Convención de Palermo regula la definición contenida en el artículo 2 literal a) que a la letra dice «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 u otro beneficio de orden mundial».

¹⁰ Un excelente trabajo de Roberto SAVIANO lo encontramos en *Gomorra. Un viaje al imperio económico y al sueño de poder la Camorra*, Debate, Barcelona, 2007, trabajo traducido por Teresa Clavel y Francisno J. Ramos.

¹¹ CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio, *La organización criminal*, p. 7.

tenido de los tipos penales, acaso considerarlo como un elemento descriptivo o como un elemento normativo?

La posición de manejar todo el derecho penal con elementos normativos puede convertir al derecho penal en una suerte de un quehacer erudito o místico al derecho penal, pues dependerá mucho de quién haga la valoración o el contexto en la que esta se realice.

Otra de las interrogantes a plantear es ¿cuál sería la opción penal más eficaz, atacar sus actividades o atacar a la misma organización, o por último ambas? Al parecer tendría que ser ambas.

También es pertinente plantearse la interrogante de ¿cuál es la orientación de la legislación nacional vigente o hacia dónde se dirige? Se dirige hacia la represión de las actividades, pero de manera asistemática, es decir sólo con el Derecho Penal como un hecho desconectado y no desde una perspectiva general, mostrándose que no tenemos una Política Criminal definida¹².

A pesar que años atrás lo anotamos vemos que aún está pendiente el debate para algunos sobre qué concepto, qué contenido y qué margen de cobertura se le dé al elemento del tipo funcionario público, qué se entiende por funcionario público, cuál de las teorías se aplicará para el tema de los extraneus, la accesoriedad limitada, o extrema, se aplicará la clasificación de tipos de infracción de deber de ROXIN, o los criterios de JAKOBS, qué concepto de autoría en aparatos organizados de poder se va aplicar para el caso la Cantuta y Barrios Altos, la teoría del autor mediato de ROXIN o la tesis de la coautoría de JAKOBS, derecho penal del amigo o derecho penal del enemigo, prescriptibilidad o imprescriptibilidad de estos delitos, etc. todas estas interrogantes recién empiezan a tomar fuerza en la dogmática penal y en las resoluciones judiciales nacionales, y que incluso ahora son materia de discusión en los foros de reforma legislativa y en los claustros académicos, así como en los eventos internacionales de los Estados. Esto empezó en el 2001 y ahora contamos con la experiencia que los casos Fujimori-Montesinos nos han dejado luego de ocho años, por ende es importante compartir estas experiencias con los países de Latinoamérica, el Caribe e incluso Iberoamérica.

Otro de los inconvenientes que en su momento se planteó y que aún perdura está relacionado respecto a la tendencia equivocada de

¹² Véase nuestro artículo titulado «Algunos comentarios al reciente Decreto Legislativo N° 982, a propósito de la nueva legislación contra la criminalidad organizada», en *Jus Legislación*, Grijlley, N° 7, julio 2007, pp. 313 y ss.

pensar que una organización criminal puede ser subsumida o comprendido dentro del tipo penal de la parte especial de la asociación ilícita para delinquir art. 317¹³ del CP. En realidad hacer este «raciocinio», no es sino una forma de no entender la complejidad de lo realmente es una organización criminal con todas sus características arriba descritas, así sería contraproducente definir lo que constituye una organización criminal al estilo del art. 317, pues ello originaría un efecto coladera, es decir la imposibilidad de imputar conductas a aquellas organizaciones que no se subsumen a dicha definición, por ello no pongamos límites a la lucha contra éstas, y más bien colaboremos en poder contener sus avances a pesar de todos los recursos y mecanismos tecnológicos de los que se valen, para su eficacia, y esto implica además no descuidar la lucha contra las micro organizaciones criminales.

En este orden de ideas la Corte Suprema todavía no ha cambiado de criterio pues considera que el delito de asociación ilícita es uno solo y por ende avala la cosa juzgada bajo el argumento de «se consuma desde que se busca una finalidad ya inicialmente delictiva» no interesando qué delitos se cometen, pero olvida la Corte Suprema que sí es posible la coexistencia de asociaciones ilícitas, por ello aquí todavía hay que seguir debatiendo para lograr que el criterio de la Corte Suprema cambie¹⁴.

¹³ En el derecho comparado bajo la influencia de un tipo penal de la parte especial tenemos los trabajos de GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Asociaciones ilícitas en el código penal*, Bosch, Barcelona, 1977; y el trabajo de CORNEJO, Abel, *Asociación ilícita, Ad-Hoc*, Buenos Aires, 1992. Incluso algunos autores nacionales mantienen esta postura, la cual a su vez es el principal argumento que los abogados que defienden procesados en el subsistema anticorrupción a propósito de los casos Fujimori-Montesinos invocan, pues cada vez que son condenados por el delito de asociación ilícita para delinquir en un proceso plantean en otros en los que pueden ser condenados la excepción de cosa juzgada aduciendo que ya fueron condenados y que solo pueden ser condenados una vez por este delito, justificando en que el criterio de asociación para cometer delitos es en abstracto

¹⁴ Véase el PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALES PENALES PERMANENTE Y TRANSITORIAS ACUERDO PLENARIO N° 4-2006/CJ-116 puntos 12 al 13 el mismo que señala:

«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

Un elemento a valorar en la doctrina nacional es el rol del delito de asociación ilícita para delinquir, pues es un tipo penal de la parte especial cuyo margen de cobertura es sólo para ciertos delitos e incluso su circunstancia agravante (segundo párrafo de dicho artículo) se limita a un determinado grupo de tipos penales tales como el genocidio, la seguridad y tranquilidad públicas, los delitos contra el estado y la defensa nacional, los poderes del estado y el orden constitucional, lo cual lo hace criticable, pues no abarca a los delitos contra la administración pública, tampoco a los delitos económicos, financieros, etc., teniendo entonces aquí se requiere con urgencia la necesidad de una reforma penal, pero además de los mejoras que se podrían incorporar en esta parte se impone también la necesidad de incorporar en la parte general bajo la lógica de un derecho penal de prevención las figuras de la conspiración y la proposición¹⁵, pues dado el estilo o las modalidades del que se vale la organización criminal estas figuras ayudarían mucho en dicha lucha.

En la doctrina la conspiración tiene los siguientes elementos¹⁶:

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. 13. 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».

¹⁵ En el derecho penal comparado tenemos el art. 17 del Código Penal español de 1995, que expresa: art. 17

1. La conspiración existe cuando dos o más personas se conciertan para la ejecución de un delito y resuelven ejecutarlo.

2. La proporción existe cuando el que ha resuelto cometer un delito invita a otra u otras personas a ejecutarlo.

3. La conspiración y la proposición para delinquir sólo se castigarán en los casos especialmente previstos en la ley.

¹⁶ Véase QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *Curso de derecho penal parte general* (acorde con el nuevo código penal de 1995), Barcelona, 1996, pp. 457. En la doctrina VIVES ANTÓN, Tomás discrepa al sustentar como requisitos sólo: concurrencia de dos o más personas, resolución ejecutiva de todos y cada una de ellas, y concierto de voluntades para la realización del delito (Véase *Comentarios al código penal*, Valencia, 1996, pp. 104).

- a) Unión de voluntades;
- b) Orientación de todas al mismo hecho;
- c) Decisión firme de ejecutarlo, plasmada además en un plan concreto y acabado;
- d) Actuación dolosa de cada concertado; y
- e) Viabilidad del proyecto.

El fundamento de esta figura se ha buscado en la tesis de la coautoría anticipada por los cual «los conspiradores serán todos autores si dan inicio a la ejecución»¹⁷. Es de anotar la básica diferencia entre la conspiración y la asociación ilícita para delinquir, y ella se basa en que en la primera no hay ni organización ni permanencia, y su definición se sugiere sistemáticamente formar parte de las reglas de la parte general y los casos en que amerite sanción en la parte especial, en cambio la segunda sólo figura en la parte general.

En cambio en la proposición lo relevante es la firmeza en la decisión de cometer el delito por parte del que propone cometer el delito (proponente), y esta es la nota distintiva entre el acto del proponente con el del agente provocador, ya que este no piensa en cometer delito alguno. De darse el caso que la proposición la acepte el sujeto al que se le hizo la propuesta, dejaría de haber proposición y lo que habría sería conspiración.

Por consiguiente, la propuesta de incorporar estas formas de actos preparatorios en la parte general como un tercer párrafo del artículo 16, y habría que hacer una evaluación político criminal para que se normativice en que delitos de la parte especial incorporamos estas figuras.

Por supuesto, que estas problemáticas anotadas deben sentar el punto de vista cómo hacer frente a la criminalidad organizada, ahora que se ha sincerado el problema, así por ejemplo es cierto que ciertas tratativas hoy impunes, en el futuro serían consideradas actos punibles de conspiración o proposición, y no sólo reproches morales o pecadillos como algunos lo han querido denominar.

§4 Características de la legislación

Las características de la legislación penal vigente son innumerables, de ellas resaltamos sólo las siguientes:

¹⁷ QUINTERO OLIVARES, pp. 457.

1. *Anacrónica*, ya que sus antecedentes datan de los años veinte del siglo pasado, para ello baste ver la forma como están redactados los tipos penales, siguiendo en muchos de los casos al CP de 1924, CP argentino, etc. Ello constituye una barrera infranqueable para hacer frente a la delincuencia organizada, quedando en muchos casos el sancionar simbólicamente o sancionar arbitrariamente, ambas soluciones entonces sólo coyunturales, por ello es de urgencia la Reforma Penal para redefinir los tipos penales existentes e incorporar nuevos tipos penales. Y dicha reforma se debe extender al derecho procesal penal y derecho de ejecución penal, tanto en el plano legislativo, como doctrinario.

2. Es *asistemática*, en realidad nuestra legislación no tiene coherencia entre los distintos tipos penales, así el atentado contra la vida de un nacional (art. 106) puede ser sancionado como tentativa de homicidio simple con 6 a 20 años, disminuido prudencialmente, pero si se atentare con la contra la vida de una persona que goza de protección internacional la pena será de 10 a 15 años (art. 336), en realidad si la vida de todos es igual por qué la diferencia. Casos como estos no presentan sino falta de coherencia sistemática en nuestra legislación nacional, que se requiere superar. Ni siquiera los dos intentos legislativos realizados para brindar una legislación contra la delincuencia organizadas han resuelto los problemas enunciados con anterioridad, empero tampoco podemos ser mezquinos en negar que ambos intentos¹⁸ pueden ser calificados de avances para enfrentar dicho flagelo, aunque esperamos que más adelante esto se perfeccione.

3. El *tratamiento teórico dogmático* es limitado, basta para ello fijarse que la mayoría de casos planteados se está recurriendo a las opiniones de profesores de derecho penal extranjeros, así los informes hechos por los profesores Juan BUSTOS RAMÍREZ y Francisco MUÑOZ CONDE¹⁹. Asimismo, se agrega el no desarrollo por parte de los programas curriculares de las Facultades de Derecho y Ciencia Política²⁰ de

¹⁸ El último avance lo constituyó la entrada en vigencia de los decretos legislativos N° 982 y ss.

¹⁹ Estos informes forman parte del Material de lecturas del curso de Derecho Penal IV, de la UNMSM véase el Anexos E.

²⁰ Al menos en la UNMSM estamos haciendo frente a esta deficiencia y como muestra de ello se ha logrado unificar el sílabo del curso de Derecho Penal IV en donde se desarrolla los delitos contra el Estado y la Defensa Nacional hasta los delitos contra la Fe Pública, incorporando los temas de criminalidad organizada (Véase el anexo F), en dicho documento también hemos actualizado la bibliografía.

la delincuencia organizada, en donde los cursos de derecho penal, parte especial se siguen orientando por una visión individualista de la delincuencia y no desde un punto de vista organizado. Incluso el curso en donde se desarrollan los delitos contra el Estado y otros, o no se implementan o son desarrollados por los profesores a su cargo con una visión individualista, con lo cual se limita conceptualmente el marco teórico de los egresados de dichas Facultades.

4. La corrupción como un *mito*: Los problemas de corrupción organizada se pensó que era un mito exagerado o un problema de las grandes potencias económicas, sin embargo luego de que hemos y estamos siendo testigos de los casos de corrupción organizada nos preguntamos: ¿han surgido estos a partir de la publicidad del video Kouri-Montesinos y otros, o ya existían antes?, con lo cual no se trataba de un mito, así esta es una de las lecciones que ha dejado la organización de Vladimiro Montesinos y que el Estado debe crear todo un plan estratégico para evitar que se vuelvan a producir.

5. *Ausencia de estudios sociológicos*: Los actos calificados socialmente de la corrupción necesitan un estudio profundo para poder plantear salidas y no conjeturas, empero, salidas justificadas además jurisdiccionalmente desde una visión científica, con los aportes de la dogmática penal, por tanto no debemos negar la influencia de la corrupción en nuestra sociedad. Ello permite plantear el tema multidisciplinariamente haciéndose necesario contar con los aportes de economistas, sociólogos y antropólogos, pues no es un problema que solo le compete al derecho penal, pensar de esta forma es reduccionista. Así seamos conscientes de las teorías que justifican o deploran la corrupción: A nivel internacional si existen muchos trabajos que son los que de alguna manera han brindado un soporte para hacer frente en la lucha por la corrupción de actos realizados por organizaciones criminales.

§5 Campo de actuación

Los campos de actuación así como el desarrolla de las actividades que se desarrollan a través de la criminalidad organizada en el mundo, y por ende en las distintas esferas sociales y parcelas del poder en los distintos continentes sea América, Asia, Europa, Oceanía o África tienen relevancia en rubros tales como:

- El tráfico ilícito de drogas
- Lavado o blanqueo de capitales
- Tráfico de Armas

- Trata de blancas
- Uso y ensayo de tecnología desconocida
- Depredación de flora y fauna o atentados contra el medio ambiente
- Experimentación genética humana, de alimentos, y demás productos, etc.
- Tráfico de niños
- Pornografía infantil
- Terrorismo
- Grupos de exterminio
- Espionaje militar, político, económico, tecnológico.
- Etc²¹.

Y sobre todo se debe añadir que los delitos que se cometen por organización criminal, ya sea con particulares o con funcionarios de un estado en el momento de servir estos de nexo o de participar en la «legalización» de este tipo de actividades, es decir en el proceso de obtención de personería jurídica, algunas organizaciones eran totalmente legales y otras casi legales, con lo cual se mimetizan en el sistema jurídico.

§5 Advertencia

Así pues, la dimensión, la complejidad, la significación económica, la cantidad de integrantes de la organización criminal, etc. dependerá del número de integrantes, de dónde y cuándo actúen. Pues para ello se fijan en los lugares donde van a constituirse; actuar, y en el momento apreciado previamente estudian las legislaciones de cada país o ciudad, departamento o estado, el tipo de funcionarios con el que se van a enfrentar o van a tener como aliados, los favoritismos a obtener, producto de estas relaciones, etc. Así habría que sintetizar esto con una frase hoy de moda ¿quién es tu contacto o tienes contactos?, así p. Ej.: tratándose del ambiente profesional se empieza a usar la categoría del «contactólogo», es decir todo aquel que logra un resultado sin estar presente o no aparecer, pues su esfera de actuación es con los que deciden y casi siempre «detrás de las cortinas».

Cabe entonces volvernos a preguntar ¿con la caída de la organización criminal de Fujimori-Montesinos, qué otra organización ha

²¹ Las facultades legislativas dadas con ocasión de la ley N° 29009 fue un avance, pero no cubrió toda la esfera de actuación que la delincuencia organizada tiene en el mundo.

pasado a ocupar su predominio?, ¿dicho predominio tendrá la misma naturaleza, la correlación de fuerzas entre estas y otras organizaciones criminales, es la misma, o se está en pleno reacomodo? En fin son interrogantes que las planteamos en el 2003 pero que aún perduran, en fin el tiempo las despejará.

En el caso particular peruano, en pleno siglo XXI se es testigo de cómo se articuló (a) y funcionó (a) la organización criminal de Fujimori-Montesinos, empero ello no debe llevar a pensar que a pesar de estar condenado y encarcelado este personaje público, el tema terminó, pensar así sería pecar de ingenuo, puesto que esa organización es sólo una de las tantas que operan en el país y se debe a que su fuerza provenía del poder político principalmente; además de otros aspectos por ello queremos terminar esta ponencia preguntándonos:

¿Cuántas organizaciones criminales existen o actúan en el Perú? En España únicamente se calculan 200²², esta es una interrogante que esperamos algún día se responda: ¡ninguna!