

PROCURADURÍA DE ORDEN PÚBLICO DEL  
MINISTERIO DEL INTERIOR



Compendio de Política Criminal  
y  
Criminalidad Organizada

**PROCURADURÍA DE ORDEN PÚBLICO DEL  
MINISTERIO DEL INTERIOR**

**COMPENDIO  
SOBRE POLÍTICA CRIMINAL  
Y CRIMEN ORGANIZADO**



# Fondo Editorial

UN LIBRO  
SIEMPRE ES  
UNA BUENA  
NOTICIA

FONDO EDITORIAL UAP

COMPENDIO SOBRE POLÍTICA CRIMINAL Y  
CRIMEN ORGANIZADO

Autor: Procuraduría de Orden Público del Ministerio del  
Interior.

© UNIVERSIDAD ALAS PERUANAS

Rector: Fidel Ramírez Prado Ph.D

Av. Cayetano Heredia 1092, Lima 11

| E-mail: [webmaster@uap.edu.pe](mailto:webmaster@uap.edu.pe) |

Web-site: [www.uap.pe](http://www.uap.pe) Teléfono: 266 - 0195

FONDO EDITORIAL

Av. Paseo de la República 1773

Teléfonos: (01) 265 - 5022 anexo (27) Website: <http://www.uap.edu.pe>

Director del Fondo Editorial UAP

Dr. Omar Aramayo

| E-mail: [o\\_aramayo@uap.edu.pe](mailto:o_aramayo@uap.edu.pe) |

Arte y diseño: María Luz Taboada Pizarro

Cuidado de texto: Rosa Escalante Apaéstegui

Impresión: Talleres Gráficos de la Universidad Alas Pe-  
ruanas. Hecho el Depósito Legal en la

Biblioteca Nacional del Perú: N° 2015 - 04387

ISBN: 978-612-4097-97-3

Derechos reservados: UAP Primera edición: Lima, 2014

Librería UAP

Av. Nicolás de Piérola 444

La Colmena - Lima

Teléfono: 330 - 4551

Website: <http://libreria.uap.edu.pe>

Tiraje: 1000 ejemplares

Primera Edición: Abril 2015

**PROCURADURÍA DE ORDEN PÚBLICO DEL  
MINISTERIO DEL INTERIOR**

**COMPENDIO  
SOBRE POLÍTICA CRIMINAL  
Y CRIMEN ORGANIZADO**

Lima - 2015



Compilador:  
Dr. Juan Carlos Portocarrero Zamora  
Procurador Especializado en Delitos contra el Orden Público

Oficina Especializada de Investigación en Crimen y Conflictos-OEIC:  
Carlos M. Orbegozo Arone  
Roger Ponce Colque  
Zuleyka Acha Janampa

Lima, enero de 2015



Un agradecimiento especial  
al Ph.D. Fidel Ramírez Prado  
Rector de la Universidad Alas Peruanas





A todos los colegas de la Procuraduría Pública Especializada en Delitos contra el Orden Público, quienes día a día defienden los intereses del Estado de manera tenaz e incansable a nivel nacional.



# ÍNDICE

## Presentación

- I. El Crimen Organizado en el Marco de la Corrupción Pública y Privada, *Juan Carlos Ferré Olive*. / 19
- II. Modelos de Política Criminal frente a la Criminalidad Organizada: Entre Eficacia y Garantía, *Laura Zúñiga Rodríguez*. / 39
- III. La Corrupción en el Sector Privado, *Adán Nieto Martín*. / 93
- IV. Sobre la Criminalidad Organizada en el Perú y el Artículo 317° del Código Penal, *Víctor Prado Saldarriaga*. / 129
- V. Fundamentos de la Autonomía del Crimen Organizado, *Juan Carlos Portocarrero Zamora*. / 173
- VI. La Utilización del Delito de Asociación Ilícita para Delinquir en la Lucha Contra el Crimen Organizado, *Juan Carlos Portocarrero Zamora–Roger Armando Ponce Colque*. / 185
- VII. La Convención de Palermo. / 205
- VIII. Ley N° 30077 – Ley contra el Crimen Organizado. / 259
- IX. Mapa de Casos Judiciales por el Delito de Asociación Ilícita para Delinquir (Periodo 2009–2014), Oficina Especializada de Investigación en Crimen y Conflictos–OEIC. / 301
- X. Estadísticas Sobre Casos Judicializados por el Delito de Asociación Ilícita para Delinquir (Periodo 2009–2014), Oficina Especializada de Investigación en Crimen y Conflictos OEIC. / 305



# PRESENTACIÓN

En el marco de la lucha contra la criminalidad organizada y la puesta en vigencia de la Ley N° 30077, “Ley contra el Crimen Organizado”, la Procuraduría de Orden Público del Ministerio del Interior, ha elaborado el presente trabajo con la finalidad de dar a conocer ciertos apuntes doctrinarios sobre este fenómeno social que día a día transgrede los cimientos de la democracia y el Estado de derecho.

Entendiendo que la criminalidad organizada se viene haciendo espacio en nuestro país, consideramos necesario que todos aquellos que venimos cumpliendo y desarrollando una suerte de frente en contra de la delincuencia organizada, debemos de aportar ideas, propuestas o alternativas de solución que coadyuven en la lucha contra este fenómeno social que ciertamente trasciende las barreras nacionales. Es por ello que consideramos conveniente que este trabajo de compilación de importantes artículos, escritos por autores de talla nacional como internacional, ayudará no solo a los operadores de justicia –léase jueces o fiscales– sino a la sociedad en general.

Este trabajo aborda, como no podía ser de otra manera, una de las principales manifestaciones de la criminalidad organizada: la corrupción, ya sea tanto en el ámbito público como en el privado, tema que ha sido desarrollado por los juristas Juan Carlos Ferré Olivé y Adán Nieto Martín. Asimismo, Laura Zúñiga Rodríguez se encarga de desarrollar los modelos de política criminal frente a la criminalidad organizada.

Finalmente, por intermedio de este compendio se quiere dar a conocer a toda la sociedad civil la información que ha logrado recopilar la Procuraduría Pública Especializada en Delitos contra el Or-

den Público, específicamente sobre la evolución y la incidencia del crimen organizado en el Perú, información que será de gran utilidad para la sociedad civil y los operadores del sistema de justicia. Este punto ha sido desarrollado por el doctor Juan Carlos Portocarrero Zamora.

Concluimos esta presentación, agradeciendo de manera muy especial, al doctor Fidel Ramírez Prado, rector de la Universidad Alas Peruanas, por su invaluable apoyo en la realización de esta obra y al Fondo Editorial de la misma por haberse encargado de su edición e impresión.

# I. EL CRIMEN ORGANIZADO EN EL MARCO DE LA CORRUPCIÓN PÚBLICA Y PRIVADA

Juan Carlos Ferré Olive  
Catedrático de Derecho Penal  
Universidad de Huelva

## I. Corrupción en el sector público

Hablar de corrupción nos lleva a aproximarnos a situaciones comúnmente conocidas, que suponen en lo esencial el enriquecimiento ilícito de funcionarios públicos o autoridades al tomar decisiones arbitrarias o ilegales en el ejercicio de sus cargos. Sin embargo, se trata de un fenómeno que excede el ámbito de los mencionados funcionarios y autoridades. Como primera e importante premisa debemos destacar algo que me parece obvio: no puede haber corrupción en el sector público si no intervienen de manera activa y eficaz protagonistas del sector privado. El mundo de los negocios y la economía es el que da contenido al fenómeno de la corrupción en todas sus manifestaciones. Los caminos para el enriquecimiento de los servidores públicos son cada vez mayores: concesión de obras públicas, compra de material bélico y en general cualquier contratación por parte del Estado, comisiones por licencias para construir en suelo público o privado, negociaciones que pueden producirse en el mundo económico como subvenciones públicas, blanqueo de dinero, corrupción en el sistema bancario, etc. La lista es, sin duda, interminable.



La corrupción es un fenómeno universal, pues afecta tanto a países con modelos políticos totalitarios como democráticos y en general suscita el descrédito de las instituciones públicas. Se debe destacar el fenómeno de la financiación ilegal de los partidos políticos que provoca graves distorsiones al Estado de derecho. Nos preocupa también una forma muy evolucionada de corrupción, la que relaciona la actuación de la Administración con la economía, a través del papel asignado a funcionarios o autoridades que gestionan, deciden, adjudican y resuelven la asignación o el control de importantísimos contratos o subvenciones públicas.

Nos encontramos en el ámbito privado, el de las empresas, el de los mercados financieros, en el que intervienen sujetos distintos a los funcionarios públicos o autoridades que incurrir en prácticas corruptas o incluso las provocan. Este tipo de corrupción genera vicios difíciles de reparar en la gestión pública y en buena medida se producen alteraciones en el conjunto de la economía. Por una parte, se aprecia que el enorme volumen de dinero en juego potencia la compra de voluntades entre funcionarios, autoridades y políticos. Por otra parte, las reglas que regulan las contrataciones públicas o las subvenciones resultan enormemente alteradas, de tal forma que en muchas ocasiones las empresas optan por imputar las cantidades destinadas al pago de sobornos como un coste más de la operación comercial. Como resulta lógico, estas conductas llegan a distorsionar las condiciones de competitividad internacional de las empresas. Una prueba irrefutable de la existencia y disfuncionalidad de estos comportamientos es la Recomendación del Consejo de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE) relativa a la deducibilidad tributaria de los sobornos a funcionarios públicos extranjeros, que recomienda a aquellos Estados miembros que no impidan la deducibilidad de los sobornos se replanteen ese tratamiento con el objeto de denegar

la mencionada deducibilidad sobre la base del carácter ilícito de esos hechos. En otros términos, se ha llegado a la increíble situación de importantes empresas que pretenden y posiblemente obtienen beneficios fiscales por los sobornos que pagan en el extranjero.

Esta realidad nos lleva a abordar el fenómeno de la globalización. Estamos ante una de las manifestaciones más características de nuestro tiempo. A la globalización se adjudican grandes ventajas para la evolución del comercio y las comunicaciones a nivel mundial. Pero no pueden desconocerse las graves consecuencias sociales que está generando en los países periféricos. Se trata de un fenómeno que no solo tiene consecuencias en el libre flujo de capitales internacionales, sino que produce sus efectos incluso en el ámbito del Derecho penal. Desde esta perspectiva, globalizar supone que las políticas criminales nacionales de los distintos Estados van perdiendo peso específico en beneficio de las políticas criminales internacionales. La globalización se refleja fundamentalmente en la extraterritorialidad de las disposiciones penales o procesales. Así, en el ámbito del Derecho Público, se manifiesta con las medidas urgentes recientemente dictadas para la lucha contra el terrorismo internacional o los efectos extraterritoriales de las leyes penales para luchar contra los delitos sexuales cometidos en cualquier parte del mundo. También en la expansión internacional del llamado derecho penal del enemigo. En el ámbito del Derecho Privado, y fundamentalmente como consecuencia directa de la necesidad de protección de las inversiones extranjeras que realizan las grandes empresas transnacionales, la globalización se advierte con la propuesta de sanciones por actos de corrupción de funcionarios públicos extranjeros.

Esta situación explica el creciente interés de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE) para luchar contra la corrupción y el fraude en las transacciones eco-

nómicas internacionales. Esta organización ha promovido un Convenio, firmado en París el 7 de diciembre de 1997, que claramente pretende acabar con la corrupción de agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales.

En la actividad de la Administración Pública, y fundamentalmente en la toma de las decisiones importantes, cuando la Administración se relaciona con los particulares (adjudicando obras, servicios o regulando la actividad del Estado con una política de subvenciones) existen ciertas reglas de juego. La previsibilidad de esas reglas, que normalmente deben estar enunciadas en la normativa, como las bases del concurso, o las bases de la convocatoria de una subvención, hacen que las empresas interesadas presenten su oferta técnica y económica. Sin embargo, cuando la decisión final a cargo de las autoridades, dentro del margen de libertad que siempre permite en última instancia la concesión de una obra o servicio público o la concesión de una subvención, está condicionada por la influencia de intereses privados, las reglas de juego resultan alteradas. Esta situación no solo resiente la convocatoria de que se trate, sino que se presentan importantes consecuencias para la economía y las empresas, como una variación sustancial del precio final que debe pagarse por una obra pública o la seguridad de las inversiones empresariales en países en las que estas prácticas corruptas están generalizadas. La práctica del *lobby* fue considerada durante mucho tiempo un método corrupto de aproximación e incidencia sobre el poder. Hoy por hoy se considera una práctica ilícita en buena parte de los países, que lo ven como una forma apropiada de hacer política. Sin embargo, esta práctica de *lobby* debe tener algunas limitaciones. El sector privado puede tener cierta cuota de influencia sobre el poder político, pero cuando las decisiones políticas comienzan a ser erráticas, favoreciendo claramente a

determinados sectores o intereses, aunque puedan encontrarse dentro de un marco general de legalidad aparente, terminan afectando las reglas de juego limpio que exigen todos los que intervienen y en última instancia, se resiente el conjunto de la economía. Esta forma de actuar afecta las relaciones del poder político con los ciudadanos, y favorece la aparición de auténticos grupos de criminalidad organizada de naturaleza económica, e incluso de criminalidad organizada económica internacional, un fenómeno muy propio de nuestro tiempo “globalizado”. Aquí aparecen todos los elementos en juego: corrupción, crimen organizado y globalización, lo que obliga a replantear seriamente la situación y a planificar y desarrollar una estrategia de conjunto contra la corrupción.

La política criminal contra la corrupción debe abarcar, desde la perspectiva de la tipificación de conductas delictivas, los distintos supuestos de delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios o autoridades. Así, por ejemplo, el cohecho o la prevaricación. Sin embargo, cuando entramos en el ámbito más específico de la persecución del fraude las figuras penales deben ser revisadas. El Convenio del Consejo de Europa del 27 de enero de 1999 de Derecho Penal sobre corrupción gira fundamentalmente en torno a la figura del cohecho (de funcionarios públicos nacionales, internacionales, por parte del sector privado, etc.), pero también comprende el tráfico de influencias, el lavado de dinero y las infracciones contables.

Sin embargo, los límites no están ni mucho menos definidos. Se intenta proteger de la corrupción las transacciones comerciales internacionales, que prefieren sin duda alguna contar con seguridad jurídica. En este sentido, España ha incorporado en el año 2000 el delito de corrupción en las transacciones comerciales internacionales, al establecer en el art. 445 bis del Código Penal la

sanción para aquellos que con dádivas, presentes, ofrecimientos o promesas corrompieren o intentaren corromper, por si o por persona interpuesta, a las autoridades o funcionarios públicos extranjeros o de organizaciones internacionales en el ejercicio de su cargo en beneficio de éstos o de un tercero, o atendieren a sus solicitudes al respecto, con el fin de que actúen o se abstengan de actuar en relación al ejercicio de funciones públicas para conseguir o conservar un contrato u otro beneficio irregular en la realización de actividades económicas internacionales.

Ante un fenómeno tan generalizado, que provoca irreparables consecuencias para la economía y también para el conjunto de la sociedad, se pueden adoptar distintas soluciones político criminales. Desde una primera aproximación podemos señalar dos caminos para perseguir penalmente estas conductas, que se presentan en algunos países como soluciones perfectamente compatibles. Por un lado, la creación de un auténtico arsenal punitivo que desarrolle los ilícitos y sanciones imputables a funcionarios públicos. Fundamentalmente las figuras de cohecho o corrupción. Estos delitos se complementan con las conductas penales que ya se han referido precedentemente (blanqueo de dinero, tráfico de influencias, delitos contables, fraude de subvenciones, corrupción en las transacciones comerciales internacionales). Otra vía, tal vez mucho más eficaz, pero dudosamente garantista pasa por la figura penal del enriquecimiento ilícito.

El enriquecimiento ilícito es una figura potenciada por la Convención de la Organización de Estados Americanos contra la corrupción, cuyo artículo IX compromete a los estados miembros a tipificar como delito “el incremento del patrimonio de un funcionario público con significativo exceso respecto a sus ingresos legítimos durante el ejercicio de sus fun-

ciones y que no pueda ser razonablemente justificado por él". Guiados por esta Convención o por iniciativa propia, muchos países iberoamericanos han optado por incorporar la figura del enriquecimiento ilícito en sus códigos penales, posiblemente con la ilusión de solventar por esa vía los enormes problemas de corrupción que padecen. Así, por ejemplo, en un país como Argentina, donde los índices de corrupción han llegado a provocar la quiebra del propio Estado, la Ley 16648 sanciona el enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados públicos, fundamentalmente aquellos que no justifiquen la procedencia de un enriquecimiento patrimonial apreciable con posterioridad a asumir el empleo o cargo público. La figura penal del enriquecimiento ilícito ha sido incorporada en distintos Códigos Penales iberoamericanos por la presunta ventaja de su eficacia, dado que supone invertir la carga de la prueba obligando a los funcionarios y autoridades a demostrar el origen de todos sus bienes. Sin embargo esta iniciativa ha tropezado con dos inconvenientes. Por un lado, tal como demuestra la crisis argentina y la situación en muchos países iberoamericanos, los resultados en cuanto a la sanción penal por este delito son completamente intrascendentes. En otras palabras, un instrumento penal que se ha creado sobre la base de su eficacia ha demostrado ser completamente ineficaz. Por otra parte, una norma penal de esta naturaleza ha sido cuestionada por su falta de garantías, e incluso en algunos países ha sido declarada inconstitucional. (AAVV, Revista Penal, 1999, 123).

Volvemos a preguntarnos, ¿son eficaces los delitos contra la administración pública? Estos ilícitos están regulados en la práctica totalidad de los ordenamientos jurídicos, no solo europeos sino del resto del mundo, en las figuras del cohecho activo o pasivo o incluso bajo la similar denominación de corrupción activa o pasiva. Su eficacia práctica ante el fenómeno de la corrup-

ción puede ponerse en duda, justamente por las peculiaridades que presenta el Derecho Penal económico, a lo que se añaden las dificultades probatorias que pueden reflejarse como resultado de los otros dos fenómenos que inciden en estos delitos: la globalización y la criminalidad organizada. No podemos desconocer las carencias de la política criminal en materia de corrupción, las que lógicamente se van agravando con la proyección internacional de la delincuencia. Por ese motivo, se hace imperioso buscar soluciones eficaces pero siempre recordando la vigencia del principio de *ultima ratio* y las garantías propias de todo sistema penal.

Con los instrumentos políticos criminales actuales existen dificultades para frenar la enorme expansión de la corrupción económica. Se exigen propuestas innovadoras en el marco del Derecho Penal sustantivo, y fundamentalmente explorar las soluciones no penales a este conflicto que pueden arrojar soluciones mucho más eficaces y por supuesto mucho más garantistas. Dejando a cada Estado la opción por el Derecho Penal o por las vías no penales, es muy importante destacar las responsabilidades en el ámbito de la contabilidad. Ya el Convenio Europeo para la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas, de 1995, aplicable al ámbito de las subvenciones, hace referencia a la necesaria criminalización de conductas relativas a la elaboración o el suministro intencionado de declaraciones y documentos falsos, inexactos o incompletos (art.1.3) Pero es el Convenio de la OCDE de lucha contra la corrupción de agentes públicos extranjeros el que más destaca el determinante papel de la contabilidad en la lucha contra la corrupción. Así, establece el art. 8 que “Con el fin de luchar eficazmente contra la corrupción de agentes públicos extranjeros, cada parte tomará las medidas que sean necesarias, dentro del marco de sus leyes y reglamentos relativos al mantenimiento de libros y registros, la publicación de estados financieros y las normas de

contabilidad y auditoría, con el fin de prohibir el mantenimiento de registros extracontables, la realización de transacciones extracontables o insuficientemente identificadas, el registro de gastos inexistentes, el asiento de partidas del pasivo con una incorrecta identificación de su objeto, así como la utilización de documentos falsos, por las sociedades sometidas a dichas leyes y reglamentos, con el fin de corromper a agentes públicos extranjeros o de ocultar dicha corrupción”. A esto se añade que “cada parte establecerá penas eficaces, proporcionadas y disuasorias de carácter civil, administrativo o penal para dichas omisiones y falsedades con respecto a los libros, registros, cuentas y estados financieros de dichas sociedades”. En síntesis, las responsabilidades contables, penales o no, se convierten en uno de los instrumentos jurídicos más relevantes para detectar y luchar contra la corrupción en el ámbito económico.

Se hace necesario exigir más al Derecho Administrativo. Dado que se están gestionando bienes públicos, la Administración debe funcionar correctamente. Su actividad no es similar a la que desarrolla una empresa privada, por lo que se le exige imparcialidad, eficacia, transparencia y servicio a los intereses generales. En base a estos principios surgen intereses o bienes jurídicos que deben recibir, como es lógico, una primera protección o tutela desde el propio Derecho Administrativo. No puede pensarse en el Derecho Penal como el sustituto que releve al Derecho Administrativo en la resolución de una problemática que incumbe a todo el ordenamiento jurídico. Desde esta perspectiva existen innumerables medidas que pueden hacer cambiar la percepción actual de la corrupción económica. En primer lugar, es necesario destacar el papel que incumbe a los Tribunales de Cuentas. Estas instancias fiscalizadoras deben ser muy escrupulosas y esforzarse por detectar las irregularidades que se presenten en la actuación de los funcionarios o autoridades que gestionan los



bienes públicos. Podemos simplemente enumerar otras medidas que incumben a la actuación de la Administración, como las declaraciones juradas de los funcionarios públicos que ocupen cargos relevantes, el registro obligatorio de sus bienes y patrimonio, o las modificaciones pertinentes en los regímenes de contratación pública, de concesión o control de subvenciones, etc.

Es oportuno destacar que la Convención de la Organización de Estados Americanos contra la Corrupción ha consagrado un importante catálogo de medidas preventivas no penales. En su art. III se hace referencia a la potenciación de normas de conducta para el “correcto, honorable y adecuado cumplimiento de las funciones públicas” a las que se añaden las declaraciones patrimoniales de los funcionarios y autoridades, sistemas apropiados de contratación de bienes y servicios, un sistema tributario que impida la corrupción, controles contables, etc.

Es importante señalar también el papel fundamental que desempeña el Ministerio Público en la lucha contra la corrupción económica. Bien sea dentro de su estructura tradicional sin especialización, o bien a través de la creación de una auténtica Fiscalía Anticorrupción, se trata del instrumento más adecuado dentro del Estado de Derecho para perseguir la corrupción económica. En España, fue creada por la Ley 10/1995 la Fiscalía Especial para la Represión de los Delitos Económicos relacionados con la corrupción. La fiscalía se establece para especializar a los fiscales que deben intervenir en estos delitos. Esta fórmula da mucho más protagonismo al Ministerio Público, que toma a su cargo la iniciativa procesal cuando se trata de hechos que por la implicación de funcionarios o del propio poder político podrían quedar amparados por un marco de impunidad. El problema de estas instituciones está marcado, como de costumbre, por el mayor o

menor grado de independencia del poder político, por su estructura organizativa y, en definitiva, por el margen de maniobra del que se dispone para investigar e intervenir, cuando se trata de hechos que pueden comprometer a importantes mandatarios del Estado.

## **II. Corrupción que afecta a las finanzas públicas europeas**

La protección penal de los intereses financieros de las Comunidades Europeas supone el punto de partida para crear un Derecho Penal Europeo armonizado, tal como se ha demostrado en los últimos 25 años. Sin embargo, es un punto de partida que no ha conseguido superar esa etapa inicial, pues tras múltiples iniciativas, proyectos y cambios en las fuentes del derecho europeo, el Derecho Penal no supone aun un ámbito propio del ordenamiento jurídico comunitario. En esta azarosa evolución se suscribe el Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas firmado el 26 de julio de 1995. Este convenio regula en su articulado un importante número de disposiciones de naturaleza penal. Muchos países europeos han incorporado a sus legislaciones estas disposiciones, que hasta el momento se han mostrado poco útiles contra el fraude y la corrupción.

Ante la ineficacia demostrada por los órganos políticos europeos para estructurar y plantear un sistema penal europeo, la iniciativa surgió de instancias privadas, de tal forma que un grupo de expertos, entre los que se encontraban representantes de todos los Estados miembros redactó el conocido como "*Corpus Juris* de disposiciones penales para la protección de los intereses financieros de la Unión Europea". Se trata de un estudio y propuesta de modelo legislativo para Europa realizado por un grupo de expertos a petición del Parlamento Europeo, y en definitiva del primer intento serio de sintetizar principios

penales comunes, relacionados con los intereses financieros de las comunidades, y en el que se procura eliminar la corrupción.

Sin embargo, en este momento el objeto de discusión ya no es el *Corpus Juris*, que puede ser considerado como una propuesta superada. Ha sido reemplazado en el debate por el llamado Libro Verde sobre la protección penal de los intereses financieros comunitarios y la creación de un Fiscal Europeo presentado por la Comisión el 11 de diciembre de 2001, texto que destaca literalmente que “la reflexión no puede detenerse en estos estudios .. “ sino que ya es hora de una implicación más importante por parte de la propia Comisión, que “no se inspira en ningún modelo nacional particular, sino que busca el sistema más adaptado a las especificidades del objetivo de la protección de los intereses financieros comunitarios, recogiendo las más altas exigencias de protección de los derechos fundamentales”.

El establecimiento del Ministerio Público Europeo es el objetivo principal de toda esta iniciativa de reformas. La Comisión pretende que la creación de esta figura suponga un valor añadido, un sustancial avance que permita superar los problemas que se presentan en la actualidad. Se pretende una mejora significativa en ámbitos concretos, como por ejemplo la admisibilidad mutua de pruebas entre los tribunales de los países miembros. Un Ministerio Público Europeo independiente incluso de su propio país de origen es una decisión muy acertada para luchar contra el fraude y la corrupción en Europa. Ello permitirá que el actual fraccionamiento territorial de Europa en distintos Estados, no se convierta en un obstáculo para proteger de la manera más homogénea posible los intereses financieros. En este sentido, se lucha contra el notable incremento de la delincuencia organizada, que aprovecha el fraccionamiento territo-

rial para conseguir un mayor grado de impunidad. Ya no se está ante la clásica cooperación judicial, se pretende algo más. La propuesta se concentra en la centralización de las investigaciones y actuaciones en materia de tutela de intereses financieros europeos, bajo la dirección del Ministerio Público Europeo.

En este complejo marco también se encuentra la Oficina Europea de Lucha contra el Fraude (OLAF), cuyas tareas son bastante limitadas, pues se ha dicho que “sigue siendo un simple servicio administrativo de investigación”, esto es, se reducen por el momento a la prevención y estudio del fraude, incluso a intervenir en el ámbito sancionatorio administrativo pero no penal. Se exige un incremento de competencias para esta Oficina, como colaboradora del Ministerio Público.

En cuanto a los contenidos sustantivos, la Comisión Europea “se inclina por un grado de armonización elevado” Es decir, crear nuevos delitos en materia de protección penal de intereses financieros, fraude y corrupción en Europa. El punto de partida es la tutela de los intereses financieros de las Comunidades, que deben recibir un grado de protección adecuado, previéndose fundamentalmente la represión penal. Así, los espacios criminalizados van paulatinamente creciendo, y el Convenio de Protección de Intereses Financieros ya incorpora a través de protocolos adicionales la corrupción y el blanqueo de dinero. El Libro Verde ve con muy buenos ojos esta estrategia, planteando nuevos ámbitos como el fraude en materia de adjudicación de contratos, el abuso de función o la revelación de secretos conocidos en el ejercicio de la función pública.

En cualquier caso no está demás recordar el principio de *última ratio*. En otras palabras, si bien reconocemos que existe una gran cantidad de actividades ilegales que afectan a los fondos

comunitarios, no queda tan claro que la sanción para todas estas conductas deba ser penal, y aun siéndolo, que deba regularse de forma unificada por las Comunidades Europeas o de forma aislada, en su caso, por cada uno de los Estados miembros.

Se ha abierto el debate acerca de la incorporación de otros ámbitos sancionatorios desligados por completo de la protección de los intereses financieros, pero muy importantes en materia de corrupción (como por ejemplo la tutela de la función pública europea a través de los delitos cometidos por funcionarios públicos comunitarios en el ejercicio de sus cargos).

### **III. Corrupción en el sector privado**

La corrupción es un fenómeno que se presenta preponderantemente en el ámbito público. Aunque su metodología y efectos prácticos se pueden trasladar también al ámbito privado. En los últimos tiempos se ha comenzado a hablar seriamente de ello, y prueba de esta situación es la Decisión Marco del 22 de julio de 2003 del Consejo de la Unión Europea sobre la Corrupción en el Sector Privado que considera corrupción, entre otros comportamientos, el pedir o recibir en el ejercicio de actividades profesionales “una ventaja indebida de cualquier naturaleza”, a cambio de realizar o abstenerse de realizar un acto incumpliendo sus obligaciones. Según la Decisión Marco comentada, los Estados miembros *pueden* declarar que imitarán la función de estas conductas a las que vayan dirigidas a distorsionar la competencia, en relación a la adquisición de bienes o de servicios comerciales. Se trata de fórmulas que pueden aproximarse a muchos delitos cometidos contra intereses públicos, con la evidente salvedad de referirse a comportamientos desarrollados en el ámbito privado. En la misma dirección se mue-

ven, por ejemplo, los arts. 7 y 8 del Convenio del Consejo de Europa de 27 de enero de 1999 de Derecho Penal sobre la corrupción.

Considero muy relevante apuntar que estos comportamientos ilícitos llevados a cabo en el ámbito privado son el resultado de una caracterización muy reciente, y que está provocando un importante cambio conceptual. El punto de partida no puede ser otro que considerar a las conductas caracterizables como corrupción en el sector privado son susceptibles de ser sancionadas penalmente, en la medida en que lesionen o pongan en peligro bienes jurídicos, debidamente identificados en el mundo de la economía, las finanzas y la empresa.

Sin embargo, debemos formularnos nuevas preguntas e intentar aportar alguna solución. En primer lugar se encuentra la necesidad de criminalizar específicamente la corrupción en el sector privado, o bien optar por el mantenimiento del arsenal punitivo tradicional, de delitos patrimoniales y societarios, para atender esta problemática.

Lo que está claro, y puede ser tomado como punto de partida, que lo público y lo privado en materia de corrupción se superponen permanentemente. Como se viene observando desde hace tiempo, el entramado de los negocios inmobiliarios ha implicado en prácticas corruptas a un sector de la clase política española, pero no como podría pensarse en el ámbito tradicional del cohecho a través de la concesión de obras públicas o la construcción de autopistas o aeropuertos, sino en otro mucho más propio de la actividad puramente privada, la calificación administrativa de terrenos, como aptos o no aptos para la construcción de viviendas. El mercado inmobiliario se rige por las reglas de la libre competencia, salvo que los funcionarios públicos influyan para alterar esas reglas, que es lo que se está demostrando ante estos casos de corrupción. En los que suelen intervenir tramas perfectamente organizadas.

Los Considerandos de la mencionada Decisión Marco europea recuerdan los precedentes e iniciativas legislativas, y procuran trazar los objetivos perseguidos, siendo de particular importancia el punto que señala que “Los Estados miembros conceden una importancia especial a la lucha contra la corrupción tanto en el sector público como en el privado, por estimar que en ambos sectores constituye una amenaza para el Estado de Derecho, al tiempo que distorsiona la competencia respecto a la adquisición de bienes o servicios comerciales e impide un desarrollo económico sólido”. Apunta a continuación que “El objetivo de la presente Decisión Marco es, en especial, asegurar que la corrupción activa y pasiva en el sector privado sea una infracción penal en todos los Estados miembros, que las personas jurídicas también puedan ser consideradas responsables de tales delitos y que éstos se castiguen con sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias”.

Por una parte, se persiguen objetivos propios de la Unión Europea, la defensa de los mercados y la libre competencia. La pregunta es si los intereses enunciados deben ser protegidos penalmente de esa manera. Es comprensible que pretender legislar para 25 estados con sistemas jurídicos distintos es muy difícil. Sin embargo, desde un punto de vista garantista y de cumplimiento de derechos fundamentales es necesario precisar el bien jurídico tutelado y concretarlo directamente en la conducta que se pretende prohibir. Ello no ocurre con la normativa europea aquí comentada.

El Art. 2 regula la corrupción activa y pasiva en el sector privado:

“1. Los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para asegurar que los siguientes actos intencionados constituyan una infracción penal cuando se lleven a cabo en el transcurso de actividades profesionales:

a) promotor, ofrecer o entregar, directamente o a través de un intermediario, a una persona que desempeñe funciones directivas o laborales de cualquier tipo para una entidad del sector privado, una ventaja indebida de cualquier naturaleza para dicha persona o para un tercero, para que esta realice o se abstenga de realizar un acto incumpliendo sus obligaciones”

b) pedir o recibir, directamente o a través de un intermediario, una ventaja indebida de cualquier naturaleza, o aceptar la promesa de tal ventaja, para sí mismo o para un tercero, cuando se desempeñan funciones directivas o laborales de cualquier tipo para una entidad del sector privado, a cambio de realizar o abstenerse de realizar un acto incumpliendo sus obligaciones”

Se trata de figuras paralelas al tradicional cohecho, aunque cambian los sujetos, ya que en este caso el autor no es funcionario público, y la persona jurídica que representa o para la que trabaja no es el Estado sino una empresa privada. En estas figuras debemos detenernos un momento, porque en Derecho Penal. Y no puede ser de otro modo, hay que comenzar identificando el bien jurídico tutelado. ¿Cuál es el interés que se pretende proteger a través de la corrupción en el sector privado? Porque cuando se realizan idénticas conductas en el marco de la función pública, se protegen los intereses de la propia Administración Pública que permiten escapar de los tipos penales tradicionales (estafa, apropiación indebida) en base a la particular relación del funcionario con los intereses públicos. En síntesis, el interés general convierte delitos comunes en delitos especiales, amenazados con una mayor entidad de pena. En estos supuestos estamos ante intereses privados, que no deberían en principio verse favorecidos por una legislación penal tan excepcional. Parece que en Europa se quieren tutelar los intereses de las empresas privadas de la misma forma que se tutela



la administración pública. Se protegería la libre competencia y el libre comercio. Pero el enunciado legal no exige que estos intereses resulten efectivamente dañados o puestos en peligro por la conducta corrupta y es más, el Art. 2.3 permite que cada Estado opte por limitar estos delitos a aquellas conductas que afecten la libre competencia o bien se tipifiquen estas conductas más ampliamente.

Existen otros instrumentos, penales o no, para solventar estos problemas. Las figuras tradicionales, los delitos societarios e incluso las sanciones administrativas o puramente laborales pueden zanjar claramente, sin necesidad de reformas, buen número de situaciones como las previstas en estas nuevas regulaciones.

El art. A dispone: *Responsabilidad de las personas jurídicas.*

1. “Los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para asegurar que las personas jurídicas puedan ser consideradas responsables de las infracciones mencionadas en los artículos 2 y 3 cometidos en su provecho por cualquier persona que, actuando a título individual o como parte de un órgano de la persona jurídica, ostente un cargo directivo en el seno de dicha persona jurídica basado en:

- a) Un poder de representación de dicha persona jurídica, o
- b) Una autoridad para adoptar decisiones en nombre de dicha persona jurídica, o
- c) Una autoridad para ejercer un control en el seno de dicha persona jurídica.

Se sanciona que la persona jurídica obtenga, actuando en relaciones de Derecho privado, una ventaja indebida. Pero, ¿qué significa una ventaja indebida en el marco de una empresa, que busca sacar provecho económico a su actividad? La distorsión se provoca al pretender trasladar, creo yo sin una reflexión convin-

cente, el modelo del cohecho a la empresa privada. El tema es muy complejo, pues la empresa privada busca obtener beneficios económicos. Ahora estará supeditada a las investigaciones judiciales, para saber si su conducta es o no corrupta, si en una operación económica ha ganado lo justo, o ha obtenido una “ventaja indebida”. Todo ello es muy difícil de precisar.

Por supuesto que deben darse todos los elementos de los artículos 2 y 3: la persona jurídica debe prometer, ofrecer, dar, etc. ventajas indebidas para que otro, en el ejercicio de sus actividades profesionales, realice conductas desleales (no sabemos hacia quien) que por último alteren la libre competencia en el mercado, si el ordenamiento del Estado exige este requisito. La formulación es tan amplia, los elementos incardinados tan complejos y las actuaciones en el mercado de las empresas tan similares normalmente a estas conductas que habría que replantearse la fórmula legal propuesta desde Europa.

El art. 5 también dispone:

2. “Además de los casos a que se refiere el apartado 1, los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para asegurar que pueda considerarse responsable a una persona jurídica cuando la falta de vigilancia o control por parte de una de las personas mencionadas en el apartado 1 haya hecho posible que una persona sometida a la autoridad de la persona jurídica cometa en provecho de esta una infracción del tipo descrito en los artículos 2 y 3.”

Se trata de un nuevo ejemplo del impulso de las corrientes que procuran generar nuevos conceptos para la imputación penal, basándola no solamente en la omisión de posiciones de garantía,

sino incluso de responsabilidades *in vigilando*. Tal vez sea el momento de replantear los deberes que se imponen a las empresas, fundamentalmente cuando de la actuación empresarial se derivan hechos delictivos. Sin embargo, y aunque no descarto que sea la solución más apropiada, debemos ser muy criteriosos a la hora de basar una responsabilidad penal en deberes de vigilancia y control sobre el personal de la empresa. Parece un intento de resucitar la responsabilidad objetiva, que afortunadamente ha desaparecido de nuestros Códigos como un síntoma de un Derecho Penal mínimamente garantista, incluso para las empresas.

#### **IV. Conclusión**

La corrupción tiene en nuestro tiempo cada vez más manifestaciones: corrupción en el sector público, corrupción en el sector privado, fraude a los intereses financieros comunitarios, etc. Para complicar aún más el panorama, todas estas formas de corrupción se ponen en contacto directo con dos de los fenómenos más relevantes para el Derecho Penal contemporáneo, como son la globalización, con todas sus consecuencias, y el crimen organizado. En la actualidad los grupos profesionales de presión, que consiguen el dictado de normas jurídicas a su medida (por ej. calificación de terrenos y fraude inmobiliario) están actuando como manifestaciones del crimen organizado, que también influye decisivamente en materia de contrataciones públicas, subvenciones estatales o comunitarias e incluso en sobornos dentro del marco de las propias empresas privadas. Son ejemplos de esta nueva y preocupante realidad.

## **II. MODELOS DE POLÍTICA CRIMINAL FRENTE A LA CRIMINALIDAD ORGANIZADA: ENTRE EFICACIA Y GARANTÍAS \***

Laura Zúñiga Rodríguez  
Profesora Titular de Derecho Penal  
Catedrática acreditada  
Universidad de Salamanca

### **1. CUESTIONES PREVIAS: LA CRIMINALIDAD ORGANIZADA COMO UN FENÓMENO DE LA GLOBALIZACIÓN**

El tema de la lucha contra la criminalidad organizada es uno de los asuntos de la Política Criminal moderna en el que más queda en evidencia el difícil equilibrio entre garantías y eficacia en la represión penal, pues por un lado poseemos un arsenal legislativo y doctrinario diseñado durante siglos que se ancla en principios asumidos

---

\* Este trabajo se ha realizado dentro del marco del Proyecto de Investigación DER2013-44228-R, “Criminalidad organizada transnacional: una amenaza a la seguridad de los Estados democráticos”, financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad.

como insuperables y, por otro, ante un fenómeno relativamente nuevo que muestra su cara más amarga desde la expansión económica y la liberación de los mercados, proceso que denominamos globalización <sup>1</sup>.

Aunque en muchos casos estamos ante un fenómeno proteico, complejo, cambiante, con raíces sociales profundas en tanto existen factores culturales, económicos y políticos que la favorecen, como sucede especialmente evidente en Italia o Colombia, y cuya fenomenología de actuación se produce vinculada a otros tipos de criminalidad, como la criminalidad económica, la corrupción política y el terrorismo, lo cierto es que el proceso de colectivización y el aumento de la complejidad de las relaciones sociales vividos en las últimas décadas ha procurado también a la criminalidad organizada esta sinergia en sus actuaciones delictivas, llegando en los casos más graves, a poner en peligro la seguridad de las naciones e, incluso de la paz mundial. En efecto, la criminalidad organizada tiene hoy en día una dimensión global, ha traspasado las fronteras de los estados nacionales e, incluso, de las relaciones económicas, sociales y jurídicas legales, demostrando una gran capacidad de expansión. Por eso, la atención mundial en su prevención a nivel de los organismos internacionales empieza a ser decisiva, en aras de procurar un acercamiento de las legislaciones y una cooperación policial y judicial.

La importancia de este tema para la seguridad de los Estados ha sido puesta en evidencia por Naciones Unidas. En el año 2005, el entonces Secretario General de la ONU, Kofi Annan, en su informe

---

1 Al hilo de la expansión del proceso globalizador, pues como dice BECK, ¿Qué es la globalización? Falacias del Globalismo, respuestas a la globalización, Barcelona, Paidós, 2001, pág. 29, este es un proceso en virtud del cual los Estados nacionales se entremezclan e imbrican mediante actores transnacionales y sus respectivas probabilidades de poder, orientaciones, identidades y entramados varios. Pues, uno de éstos entramados es la criminalidad global que se mueve principalmente por la economía criminal. Vid. Más extensamente sobre el impacto del crimen global sobre la economía, la política y la cultura, CASTELL, La era de la información. Fin de Milenio. Vol. 3, Madrid, Alianza Ed., 2001, 3ª ed., Págs. 238 y ss.

*Un concepto más amplio de libertad: desarrollo, seguridad y derechos humanos para todos* <sup>2</sup>, mostraba que terminada la Guerra Fría y cuando parecía haberse iniciado una era de paz, las preocupaciones en torno a la seguridad vuelven a dominar la agenda internacional, esta vez de la mano de grupos criminales diversos que se interconectan fácilmente y aumentan su potencia criminal. En el punto 78, sostiene: “Entre las amenazas a la paz y la seguridad en el siglo XXI se cuentan no solo la guerra y los conflictos internacionales, sino los disturbios civiles, la delincuencia organizada, el terrorismo y las armas de destrucción en masa... Todas ellas pueden socavar a los Estados como unidades básicas del sistema internacional”.

Respecto a la entidad de la amenaza para los Estados de la delincuencia organizada, el punto 95 lo dice muy claramente: “La amenaza del terrorismo está estrechamente relacionada con la de la delincuencia organizada, que va en aumento y afecta a la seguridad de todos los Estados. La delincuencia organizada contribuye a debilitar a los Estados, obstaculiza el crecimiento económico, alimenta muchas guerras civiles, socava regularmente las iniciativas de consolidación de la paz de las Naciones Unidas y proporciona mecanismos de financiación a los grupos terroristas. Los grupos de delincuentes organizados tienen también un activo papel en el contrabando ilegal de migrantes y en el tráfico de armas de fuego”.

En fin, Naciones Unidas como organismo internacional que se ocupa de la seguridad de los Estados, entiende claramente la amenaza que para la paz mundial supone en estos momentos la criminalidad organizada, por eso insta a los Estados a

---

2 Informe A/59/2005, de 21 de marzo de 2005, correspondiente al Quincuagésimo noveno período de sesiones, Aplicación y seguimiento integrados y coordinados de los resultados de las grandes conferencias y cumbres de las Naciones Unidas en las esferas económica y social y esferas conexas, Seguimiento de los resultados de la Cumbre del Milenio, Temas 45 y 55 del programa, texto en la red.

incorporar normas de armonización legislativa y cooperación policial y judicial. Especialmente, la transposición de las reglas básicas de la Convención contra la Criminalidad Organizada transnacional de 2000, más conocida como Convención de Palermo<sup>3</sup>

Por supuesto que la Unión Europea se ha ocupado también con especial énfasis sobre este tema desde su creación en el Tratado de Maastricht de 1992, en la medida que el movimiento libre de personas y mercancías supone unas facilidades incalculables para la delincuencia organizada y, por otro lado, dificulta su persecución. Con la creación propiamente del Tercer Pilar de la UE, con el Tratado de Ámsterdam de 1997, como un “espacio de libertad, justicia y seguridad” común, se refuerza el combate especialmente referido a determinadas formas de criminalidad transnacional (hoy art. 3 Tratado UE versión consolidada post Lisboa). El art. 29 del Tratado de Ámsterdam, establece la elaboración “una acción en común entre los Estados miembros en los ámbitos de la cooperación policial y judicial en materia penal”, objetivo que habrá de lograrse “mediante la prevención y la lucha contra la delincuencia organizada o no, en particular el terrorismo, la trata de seres humanos y los delitos contra los niños, el tráfico ilícito de drogas y de armas, la corrupción y el fraude”. Los esfuerzos por la armonización penal en la lucha contra los crímenes de la delincuencia organizada fue dando pasos, concretamente, con la creación de la Oficina Europea de Policía a efectos de cooperación policial y aduanera (EUROPOL, arts. 30 y 32), el desarrollo de la cooperación judicial (arts. 31 a) y d) y art. 32). Además, el art. 31 e) establece que la acción común sobre cooperación judicial en materia penal incluirá: “la adopción progresiva de medidas que establezcan normas mínimas relativas a los elementos constitutivos de los delitos y a las penas en los ámbitos de la delincuencia organizada y el tráfico ilícito de drogas”.

3 Nótese que es recién en el año 2000 que las Naciones Unidas consiguen un consenso común en torno a esta forma de delincuencia compleja, toda vez que las facetas de su manifestación, la gravedad de su amenaza es diversa en los distintos países..

Las versiones consolidadas de los Tratados de la UE, en el art. 83.2 (antiguo art. 31 TUE), establece la necesidad de “normas mínimas relativas a la definición de las infracciones penales y de las sanciones en ámbitos delictivos que sean de especial gravedad y tengan una dimensión transfronteriza derivada del carácter o de las repercusiones de dichas infracciones o de una necesidad particular de combatirlas según criterios comunes. Estos ámbitos delictivos son los siguientes: el terrorismo, la trata de seres humanos y la explotación sexual de mujeres y niños, el tráfico ilícito de drogas, el tráfico ilícito de armas, el blanqueo de capitales, la corrupción, la falsificación de medios de pago, la delincuencia informática y la delincuencia organizada”.

El profesor Militello, con razón, llama la atención sobre el hecho de que, al parecer, la atención de la UE sobre la criminalidad organizada pierde fuerza en los últimos tratados, toda vez que se nombra en último lugar y después de varios delitos con componente organizativo, desmereciendo la centralidad que esta forma de criminalidad tuvo en el Tratado de Ámsterdam. Para el mismo “esta ubicación residual, más la tradicional vaguedad del concepto de crimen organizado, puede verse interpretada como una fórmula de clausura o cierre de la norma, capaz de abarcar cualquier forma de delincuencia para llevar a cabo la intervención europea de armonización penal” <sup>4</sup>.

Especial interés para la materia corresponde a la Decisión Marco 2002/584/JAI del Consejo de 13 de junio de 2002 relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros, por el que se suprime los requisitos de la extradición, especialmente el de doble incriminación, según unas de-

---

<sup>4</sup> Militello, “Criminalidad organizada transnacional. Perfiles y problemas”, pág. 3, texto en PDF hallado en la red. Puede consultarse también en Cahiers de Défense sociale, N° 37, 2011-2012, Págs. 123 y ss. [http://www.defensesociale.org/CAHIERS\\_2012/Cahiers\\_2011-2012\\_PDF.pdf](http://www.defensesociale.org/CAHIERS_2012/Cahiers_2011-2012_PDF.pdf)[http://www.defensesociale.org/CAHIERS\\_2012/Cahiers\\_2011-2012\\_PDF.pdf](http://www.defensesociale.org/CAHIERS_2012/Cahiers_2011-2012_PDF.pdf).



terminadas condiciones para las siguientes infracciones: terrorismo, trata de seres humanos, corrupción, participación en una organización criminal, falsificación de moneda, homicidio, racismo y xenofobia, violación, tráfico de vehículos robados y fraude, incluido el fraude en detrimento de los intereses financieros comunitarios. La mayoría de ellos son delitos de la criminalidad organizada transnacional.

Pero la normativa europea clave sobre el tema es la Decisión Marco 2008/841/JAI del Consejo de 24 de octubre de 2008, relativa a la lucha contra la delincuencia organizada, que se ocupa de la tipificación del delito de participación en organización criminal en su art. 2, la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el art. 5 y de los problemas de competencia de los delitos transnacionales en su art. 7, entre los puntos más relevantes. Aunque el comentario detallado sobre este texto escapa al análisis <sup>5</sup>, lo cierto es que constituye un hito importante para regular el núcleo de esta forma de criminalidad, como mínimo común denominador para las legislaciones europeas, al menos la regla del art. 2.1 que describe la infracción penal de participación en organización delictiva.

Sin embargo ese espectacular desarrollo social de este fenómeno criminal, ni el interés de los organismos internacionales por reprimirla, ha ido de la mano del perfeccionamiento de las legislaciones penales nacionales. Así, mientras la criminalidad organizada va tendiendo a homogenizarse y expandirse por los países y las relaciones sociales, corrompiendo sus estructuras, las herramientas penales están en muchos casos ancladas en construcciones sistemáticas propias de la delincuencia individual cometida por un(os) autor(es) y otros sujetos que colaboran. En realidad, no en todos los

<sup>5</sup> Cfr. Méndez Rodríguez, “La lucha contra la delincuencia organizada. Comentario a la Decisión Marco 2008/841/JAI, en Revista General de Derecho Europeo, Núm. 18, 2009, Págs. 35 y ss.

países existen disposiciones penales idóneas para hacer frente a este tipo de criminalidad con la contundencia y la prolijidad que merece.

De ahí que el análisis de los modelos existentes para hacer frente a esta dañina forma de criminalidad sea importante para observar en qué marco político-criminal es posible encuadrar las respuestas penales, toda vez que existen pulsiones por privilegiar la represión penal frente a la prevención del fenómeno, desconociendo su vertiente social<sup>6</sup>. Existen en el panorama comparado soluciones más próximas a la restricción de las garantías, en aras de la eficacia de la persecución criminal, olvidando que el Estado de Derecho conmina respuestas penales respetuosas de unos principios básicos como legalidad y proporcionalidad. Últimamente más bien, parece que la UE retoma la visión del problema desde la complejidad de lo social y se preocupa por la armonización de los aspectos vinculados a las garantías en la *Resolución del Parlamento Europeo, de 25 de octubre de 2011, sobre la Delincuencia Organizada en la Unión Europea (2010/2308 INI)*, publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea, el 8 de mayo de 2013 (2013/C 131 E/08).

En ese sentido la Comisión Europea se ha ocupado especialmente de la formación para una lucha más eficaz contra la criminalidad organizada internacional. Concretamente el Proyecto *International Flow Observation (IFO)*, de formación a jueces y policías para una lucha más eficaz contra el tráfico de drogas de carácter internacional, se orienta a reforzar los progresos concretos en la represión penal, sin desconocer los aspectos de las garantías<sup>7</sup>. En el mismo,

---

6 Así la Política Criminal de la propia UE parece apostar por propuestas encaminadas a la eficacia, olvidando los aspectos de las garantías. Cfr. MILITELLO, “Criminalidad organizada transnacional y Unión Europea. Perfiles y problemas”, ob. cit., Págs.14 y ss., puesto que los últimos Tratados olvidan la mención de prevención y se centran en los instrumentos de lucha, dejando de lado la prevención extra-penal tan importante si se quiere realizar realmente propuestas eficaces.

7 Cfr. La Spina / Militello (Ed.): *Drug trafficking and strategies of intervention, The results*

orientado a aspectos prácticos, precisamente se resaltaron los temas más álgidos como las escuchas telefónicas, los agentes encubiertos, la persecución de organizaciones criminales, el blanqueo de capitales, la cooperación policial y judicial, asuntos en los que precisamente se percibe claramente la pulsión entre eficacia y garantías.

Especialmente la criminalidad organizada del tráfico internacional de drogas que es la que más se ha desarrollado en los últimos tiempos por las altas ganancias ilícitas que despliega, nos muestra la necesidad de una alta profesionalización de los jueces, policías y fiscales, pues los instrumentos oportunos para hacerle frente son considerados extraordinarios y, por tanto, sujetos a unas reglas especiales, distintas a las ordinarias <sup>8</sup>.

Precisamente de la legitimidad de estos instrumentos ordinarios se ocupa este trabajo. De los límites admisibles en las respuestas de intervención penal, dentro de un Estado de Derecho que pretende dotarse de herramientas modernas para enfrentar esta forma de criminalidad tan dañina para las estructuras sociales y económicas de los países. Partiendo del análisis de los modelos existentes en nuestro panorama cultural, se pasará a abordar el alcance real de la dañosidad de esta criminalidad, para finalizar con las propuestas que se consideran más conciliadoras entre eficacia y garantías.

Sin desconocer que ante todo es importante tener en cuenta que estamos ante un fenómeno criminal complejo que no puede hacerse frente solo con la represión penal, sino que se impone un Programa Integral de Política Criminal más ambicioso, dado que el

---

of the “Illegal Flow Observation”, Fondazione Rocco Chinnici, Università degli Studi di Palermo, Universidad de Salamanca, 2014, *passim*.

<sup>8</sup> PÉREZ ÁLVAREZ / ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, “Development of the IFO project on the fight against international drug trafficking in Spain”, en LA SPINA / MILITELLO (Ed.), *Drug trafficking and strategies of intervention*, *ob. cit.*, pág. 21.

castigo penal simplemente tiene el efecto de cambiar geográficamente el lugar de actuación de las organizaciones criminales, lo cierto es que no cabe desdeñar la importancia de la prevención penal.

## **2. MODELOS DE POLÍTICA CRIMINAL FRENTE A LA CRIMINALIDAD ORGANIZADA**

Teniendo en cuenta que del Derecho Comparado y de las normas internacionales se desprenden líneas de actuación frente a la criminalidad organizada y que en este campo conviene realizar una visión de conjunto de las mismas, en la medida que el fenómeno es transnacional, vamos a pasar a revisar los principales modelos de acción penal que se presentan en nuestro panorama cultural.

### **2.1 El modelo del Derecho Penal del enemigo**

Desde que los países europeos tomaron conciencia de la presencia y relevancia de la criminalidad organizada en cuanto forma de criminalidad potencialmente debilitadora de las instituciones democráticas y de la seguridad de sus ciudadanos, las respuestas penales se han caracterizado por la utilización de recursos excepcionales, en fin, la promulgación de un Derecho Penal de emergencia. Sea porque se percibiese como un nuevo “enemigo” en el escenario político luego de la derrota de los movimientos terroristas fundamentalmente de izquierdas, sea porque hicieron su presencia abruptamente, lo cierto es que desde sus inicios, la respuesta del Estado ha sido la de un Derecho Penal “de lucha” (*de contraste*) frente a este tipo de criminalidad.

El paradigma de este modelo de emergencia es la legislación italiana anti-mafia. En los años setenta (“los años de plomo”) se da una década de secuestros, extorsión y terrorismo, a los que el Estado italiano responde con una serie de leyes restrictivas de derechos

sustantivos y procesales, introducción de delitos de carácter asociativo, elaborando una estrategia legislativa que no hiciera distinción entre la criminalidad organizada y la criminalidad subversiva. Representativas de esa época son la Ley 497/1974, de 14 de octubre, de “Nuevas formas de criminalidad” y la Ley 152/1975, de 22 de mayo, sobre “Disposiciones para la tutela del orden público”, más conocida como (*Legge Reale*), dando así inicios a la (*cultura de la emergencia*): una política legislativa que roza los límites de la inconstitucionalidad por restringir garantías en situaciones transitorias y de urgencia<sup>9</sup>.

La política penal frente a la criminalidad organizada con nombre propio se estrena en Italia con la Ley Rognoni-La Torre de 1982, en la que se plasma claramente una opción del Estado de verdadera lucha contra el fenómeno mafioso. Después de años de pacto implícito de convivencia entre mafia y Estado, la ley marca un giro en la estrategia contra la mafia, como respuesta a asesinatos *excellentí*<sup>10</sup> protagonizados por la misma, dejando claro su carácter criminal (algo que para algunos sectores no era tan evidente), con la tipificación del delito de asociación criminal de tipo mafioso en el art. 416 bis CP. Desde entonces, se multiplica la normativa de carácter de emergencia, en los ámbitos procesal, penitenciario, administrativo, financiero, creándose un real subsistema legal antimafia<sup>11</sup>.

---

9 La monografía más completa sobre el tema es de MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie in el sistema penale*, prólogo de A. Baratta, Nápoles, ESI, 1995.

10 En septiembre de 1982 fue asesinado el general Carlo Alberto Della Chiesa, en Palermo, comisario enviado para combatir la mafia, junto con su esposa y su chófer; dos semanas después se expide la ley antimafia. El 29 de julio de 1983, el magistrado Antimafia Rocco Chinnici fue asesinado por la mafia siciliana con un cochebomba. En su memoria, la Fundación Rocco Chinnici desarrolla actividades en el ámbito jurídico, económico-financiero y formación de la lucha antimafia.

11 Un subsistema antimafia, que paradójicamente es desordenado, disperso, necesitado de ser reordenado, racionalizado y modificado en la mayoría de los temas, Cfr. FIANDACA, “Lotta a la criminalità organizzata di stampo mafioso nella legislazione penale italiana”, en FORNASARI, GABRIELE (DIR.), *Le strategie di contrasto alla criminalità organizzata nella prospettiva di diritto comparato*, Padua, Cedam, 2002, pág. 6.

La estrategia eminentemente represiva, a contra respuesta de la mafia, con carácter extraordinario, y supuestamente temporal, se ha impuesto por la vía de los hechos y por su aparente eficacia, pese a las críticas del sector académico desde el respeto al sistema penal diseñado con una serie de garantías. Después de treinta años de leyes de emergencia en Italia, por lo menos algo queda claro: que no han sido extraordinarias, ni temporales, sino que se han instalado en el ámbito de la represión penal. Las leyes de emergencia se presentan como una realidad de los diversos subsistemas penales italianos <sup>12</sup>, bajo el *leit motiv* de la eficacia, de la “mano dura” de las instituciones del Estado. Esta aproximación al problema de la criminalidad organizada, es eminentemente práctico–operativa, normalmente vinculada a las demandas de la mayor parte de los magistrados, que requieren de herramientas para enfrentarse al crimen organizado <sup>13</sup>. Veamos, someramente, en qué términos ha resultado verdaderamente eficiente esta legislación.

Entre 1982 y 1986 cerca de 15.000 hombres fueron arrestados en toda Italia; 706 fueron condenados en un maxiproceso en Palermo. Posteriormente, a comienzos de 1990 fueron asesinados Giovanni Falcone y Paolo Borsellino sucesivamente, causando gran conmoción en la ciudad de Palermo. La respuesta del Estado fue nuevamente un endurecimiento de la ley, y en 1992 se da otra reforma que introduce medidas de tipo procesal como los arrepentidos (*pentiti*) y un sistema protección de testigos. Gracias a estas medidas, más de 1000 mafiosos y gánsters contaron sus experiencias a las autoridades policiales y se logró desarticular una buena parte de las organizaciones crimi-

---

12 Cabe advertir, que en el sistema penal italiano buena parte de las regulaciones penales modernas se desarrollan en leyes especiales (Nebestrafrecht), lo cual ha facilitado, que las garantías y principios de la Parte General del Código Penal, sean ciertamente abolidos. Vid. sobre estos extremos en DONINI (DIR.), Modelli ed esperienze di riforma del diritto penale complementare. Atti del Convegno, Módena, 14-15 de diciembre de 2001, Milán, Giuffré, 2003.

13 Cfr. Fiandaca, “Lotta a la criminalità organizzata di stampo mafioso nella legislazione penale italiana”, ob. cit., pág. 3.

nales pertenecientes a la Cosa Nostra siciliana y también a la Camorra. Paralelamente, los procesos anticorrupción de Manos Limpias dieron a la luz la intensa relación entre mafia y Estado con la comprobación de la vinculación de Andreotti (siete veces primer ministro), prominente miembro de la Democracia Cristiana, con la mafia. Sin embargo, en la segunda mitad de los años noventa, se da un renacer de la mafia, principalmente porque las campañas antimafia se centraron en los aspectos represivos, pero no fueron acompañadas de programas sociales, económicos y culturales de desarrollo del Sur<sup>14</sup>.

Es necesario reconocer, entonces, cierta dosis de eficacia con esta estrategia de lucha contra la criminalidad organizada en Italia; pero tampoco se puede sostener que el fenómeno se encuentre controlado realmente <sup>15</sup>, puesto que mientras exista desocupación y marginalidad en el Sur, estará el caldo de cultivo de la mafia, proveyendo “trabajo” y protección. Efectivamente, se estima que el cambio de estrategia de la mafia de no confrontación violenta y el haber diversificado sus negocios a sectores no tradicionales (legales), le ha hecho más invisible; pero aún ahora se estima que del 50 al 80% de los tenderos, en los pequeños pueblos tradicionales del sur, tienen que pagar el *pizzo*, por protección <sup>16</sup>. Asimismo, se estima que la ‘Ndrangheta calabresa controla la región industrial que rodea Milán y toda la región de Calabria, lugares en los que el 20% del coste de la obra pública corresponde al pago del *pizzo*. De lo contrario, los

14 Cfr. PAOLI, “Organised crime in Italy: Mafia and Illegal Markets – Exception and Normality”, en FIJNAUT / PAOLI (Ed.), *Organised crime in Europe. Concepts, Patterns and Control Policies in the European Union and Beyond*, Holanda, Springer, 2004, pág. 291.

15 En 2000, el Director ejecutivo de Naciones Unidas para el control y prevención de drogas, Pino Arlacchi, con ocasión de la Convención Internacional contra la Criminalidad Organizada Transnacional, celebrada en Palermo, afirmó que la Cosa Nostra ha sido derrotada, algo que se valoró como un exceso de optimismo. Cfr. LA SPINA, “The paradox of Effectiveness: Growth, Institutionalisation and Evaluation of Anti-Mafia Policies in Italy”, en FIJNAUT / PAOLI (Ed.), *organised crime in Europe. Concepts, Patterns and Control Policies in the European Union and Beyond*, Holland, Springer, 2004, pág. 660.

16 Cfr. LA SPINA, “The paradox of Effectiveness: Growth, Institutionalisation and Evaluation of Anti-Mafia Policies in Italy”, ob. cit., pág. 660.

contratistas deben enfrentarse a huelgas, accidentes, incendios, robos y errores técnicos, alargando con ello los plazos y aumentando los costes <sup>17</sup>. Tal parece, pues, que la derrota de la Cosa Nostra ha supuesto el auge de la N'drangheta (las paradojas de la efectividad).

Por consiguiente, incluso asumiendo el discurso de la efectividad, no es posible comprobar cuán realmente eficaz ha sido la legislación anti-mafia en Italia; todo depende, claro está, de los objetivos propuestos. Como apunta LA SPINA, “es conveniente distinguir entre derrota o destrucción (cuando el fenómeno social es prácticamente erradicado), crisis (cuando sus prácticas están cerca del colapso, o no está en capacidad de sobrevivir sin alterar radicalmente su estructura), y presión (stress, cuando la participación de esa práctica deviene mucho más costosa que lo usual). Es erróneo sostener que la mafia está derrotada. Ni se podría aceptar que está en crisis (porque aún están presentes sus estructuras clásicas). Yo diría que se le ha sometido fuertemente a presión. No solo los mafiosos, sino incluso las figuras sociales “adyacentes” (especialmente los trabajadores *white collar*) encuentran cada vez más difícil realizar “su trabajo”. Y eso sucede cada vez más como consecuencia de instrumentos “objetivos” de investigación que (en Italia, por supuesto) son relativamente legitimadas. En ese sentido, la política antimafia ahora no es *completamente* efectiva. Pero, como intento mostrar, es evidentemente más efectiva que hace una década, y será presumiblemente más efectiva en el futuro”<sup>18</sup> .

Ahora bien, aun asumiendo cierta efectividad de la política penal de emergencia, esto no significa que sea legítima, puesto que la validez de las normas no puede derivarse de la eficacia <sup>19</sup>. La legitimidad,

17 Vid. “Los reyes del crimen a gran escala”, El País, Suplemento Domingo, 20 de noviembre de 2005.

18 LA SPINA, “The paradox of Effectiveness: Growth, Institutionalisation and Evaluation of Anti-Mafia Policies in Italy”, ob. cit., pág. 661.

19 Como apunta DEMETRIO, “El ‘Derecho Penal del enemigo’ Daf nicht sein ¡Sobre la legitimidad del llamado “derecho penal del enemigo” y la idea de seguridad”, en Revista elec-



en el Derecho Penal se verifica en relación a los principios y garantías asumidos como bagaje común, que tienen un asidero en los derechos fundamentales plasmados en la Constitución. Ahora me ocuparé del problema de la legitimidad de esta política penal de emergencia.

El discurso de la emergencia de los años setenta y ochenta se traduce en los noventa y comienzos del siglo XXI como el “Derecho Penal del enemigo”<sup>20</sup>. Nuevas teorías para viejas respuestas: la absolutización de un mal, al que el Estado debe neutralizar inminentemente, porque es una amenaza a nuestra sociedad<sup>21</sup>. Mucho se está discutiendo en los últimos tiempos sobre este “Derecho Penal del enemigo”, sobre todo, a partir de los atentados del 11S, en que se hizo evidente una forma de criminalidad en la que los autores están fanatizados y su finalidad es de “lucha” contra el modelo occidental de sociedad.

La cuestión de fondo es ¿hasta dónde puede el Derecho Penal flexibilizar sus límites rectores para enfrentar los ataques más graves a los bienes jurídicos más importantes?<sup>22</sup> Un sistema de Derecho Penal

trónica IUSTEL, 2005, pág. 32.

20 Que, como es bien sabido, racionaliza el profesor Günher JAKOBS.

21 Como recuerda ZAFFARONI, “El Derecho Penal liberal y sus enemigos”, Conferencia Magistral del Acto de investidura de Honoris Causa al mismo por la Universidad de Castilla-La Mancha, 2005, pág. 24: “La característica común del autoritarismo de todos los tiempos es la invocación de la necesidad en una emergencia: la herejía, el maligno, el comunismo internacional, la droga, la sífilis, el alcoholismo, el terrorismo, etc.”

22 O, planteado desde la Filosofía del Derecho o desde el Derecho Constitucional, caben hacerse las siguientes preguntas. ¿se debe ser tolerante con los intolerantes? O, ¿cabe aplicar los derechos fundamentales a aquéllos que no respetan los derechos fundamentales porque están en contra del sistema constitucional? A la primera pregunta siempre cabe contestar que SÍ en los Estados democráticos, en los que precisamente el valor fundamental es el pluralismo ideológico. Respecto a la segunda pregunta, es un asunto que se ha debatido hace décadas respecto, en general, de la legitimidad del Derecho de excepción. Tanto la respuesta de los constituyentes alemanes, como españoles, fue que NO; pues se reguló constitucionalmente un Derecho de excepción. Dicho marco constitucional ha servido en España para fundamentar las leyes antiterroristas de corte excepcional, muy restrictivas de derechos fundamentales, pero siempre vigiladas por el TC. Así, en STC 199/1987 declaró inconstitucional los arts. 13 y 15.1 de la Ley Antiterrorista de entonces, la cual estipulaba un plazo de incomunicación de 10 días, en cuanto a lo más destacado. Luego en STC 136/1999 declara inconstitucional el art. 174 bis a) del CP anterior, el delito de colaboración con banda armada.

construido básicamente con categorías vinculadas a garantías del imputado, a los derechos fundamentales que ellos representan, la Carta Magna del delincuente, con la *ratio*, por tanto, de limitar el poder punitivo del Estado, difícilmente se aviene con una legislación restrictiva de derechos. El asunto tiene enjundia porque plantea problemas de legitimación de nuestra disciplina, y todo problema de legitimación es, finalmente, una cuestión de rediscusión de las bases en que ella se asienta<sup>23</sup>.

Efectivamente, todos los penalistas que concebimos el Derecho Penal como un conocimiento cuyos postulados básicos se encuentran en la Constitución (el Programa Penal de la Constitución), en tanto límites y fundamentación del poder punitivo del Estado<sup>24</sup>, difícilmente podemos considerar legítima una legislación en la que se desconozcan esos principios. Se considerará, desde estas premisas de racionalidad, un “Derecho Penal” ilegítimo<sup>25</sup>. En realidad, el Derecho Penal del “enemigo”, racionalizado contra un grupo de no-personas, en una lógica binaria ciudadanos / enemigos, trastoca todos los cimientos de una construcción teórica basada en el Derecho Penal del hecho<sup>26</sup>.

Desde las premisas del Estado de Derecho debe quedar claro que no es asumible en ningún caso, el tratamiento del delincuente como “enemigo”, puesto que este solo adquiere esta condición en caso de guerra<sup>27</sup>. No solo porque es ilegítimo al no tener encuadre

---

23 Más ampliamente sobre estos problemas de legitimación y, por tanto de método en el estudio del Derecho Penal Vid. ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, “Viejas y nuevas tendencias políticas criminales en las legislaciones penales, ob. cit., Págs. 118-121.

24 Vid. más ampliamente BERDUGO / ARROYO / FERRÉ / GARCÍA RIVAS / SERRANO PIEDECAS / TERRADILLOS, Curso de Derecho Penal. Parte General, Barcelona, Ediciones Experiencia, 2004, Págs. 43 y ss..

25 Vid. en este sentido DEMETRIO, “El ‘Derecho penal del enemigo’ Darf nicht sein!, ob. cit., pág. 32. Precisamente una de las cuestiones a discutir es si el Derecho Penal del enemigo es Derecho Penal, como de verás enseguida.

26 Cfr. CANCIO MELIÁ, “¿Derecho Penal del enemigo?”, en JAKOBS / CANCIO MELIÁ, Derecho penal del enemigo, Madrid, Tecnos, 2002, pág. 57; DEMETRIO, “El ‘Derecho penal del enemigo’ Daf nicht sein!, ob. cit., pág. 21.

27 Los problemas de la definición actual de la guerra también plantea ahora ciertas zonas

constitucional tal situación jurídica, sino también porque no resulta político-criminalmente eficaz darle a sujetos el estatus de enemigo, especialmente en el terrorismo y la criminalidad organizada, toda vez que es reconocerles jurídicamente como combatientes frente al Estado. El tratamiento político-criminal de estas formas de criminalidad asimilándolos en lo posible a la criminalidad ordinaria en el Derecho formal <sup>28</sup>, es la mejor técnica para dar un mensaje al terrorista y a los mafiosos de que el Estado de Derecho responde desde sus principios a estas formas de criminalidad, sin debilitamientos y es capaz de hacerlo sin quebrarse (algo que precisamente es funcional para ambas formas de criminalidad, como se ha estudiado).

La política criminal y penal en el Derecho Comparado y en el Derecho de la UE contra la criminalidad organizada ha sido hasta ahora de emergencia, asimilable a un Derecho Penal del enemigo. Es decir, este no es un planteamiento solo teórico, sino que está vigente en la realidad de las legislaciones penales. En este punto, la discusión se enlaza con el problema de la modernización del Derecho Penal, también en debate últimamente. Frente a las nuevas formas de criminalidad ¿El legislador puede responder con el viejo y bueno Derecho Penal? ¿Es posible dar una respuesta satisfactoria a la criminalidad organizada con el Derecho Penal iluminista? El adelantamiento de la intervención, la utilización de técnicas de peligro, la punibilidad de actos preparatorios, todas son técnicas que ya se conocen en la criminalización de la criminalidad organizada, con los delitos de tipo asociativo. Es decir, el debate actual de la modernización del Derecho Penal se adelantó al siglo XIX cuando se tipificaron los delitos de asociación para delinquir y similares.

grises, con la agresión externa de grupos terroristas, o “las nuevas guerras”, Cfr. KALDOR, La nuevas guerras. La violencia organizada en la era global, *passim*

28 Ahora bien, reconozco que puede y debe plantearse un tratamiento extraordinario en el ámbito procesal y penitenciario, más cercano a las particularidades del caso concreto, como luego se fundamentará.

Por eso, más que centrar la política penal de la criminalidad organizada en el Derecho Penal del enemigo, a todas luces ilegítima<sup>29</sup>, debe ajustarse a la problemática de la modernización del Derecho Penal. Se trata, a mi entender, de encuadrar la respuesta penal del Estado en la discusión sobre la flexibilización de las categorías, a los efectos de dar una respuesta idónea frente a las nuevas formas de criminalidad. Se dirá, entonces, que las organizaciones criminales siempre han existido, pero ahora estas organizaciones delictivas han adquirido una nueva dimensión con la globalización: transnacionalidad, estructuras flexibles, complejidad, alianzas con otras formas de criminalidad, etc. Desde el paradigma de la prevención de los nuevos riesgos (el Derecho Penal del riesgo), parece haberse alcanzado más consenso últimamente en cuanto a la necesidad de su modernización<sup>30</sup>; pero este paradigma es más propio para entender la criminalidad económica<sup>31</sup>, aunque no se descarta para la criminalidad organizada cuando esta utiliza las nuevas tecnologías.

29 Como ha puesto de manifiesto MUÑOZ CONDE, El Derecho Penal del enemigo, México D.F., INACIPE, 2003, Pág. 31: “El Derecho Penal del enemigo tiene, por tanto, dos cuestiones básicas que responder....: ¿Quién define al enemigo y cómo se le define? ¿A qué tipo de sujetos autores de delito se incluye en el grupo de los ciudadanos o en el de los enemigos? La otra está relacionada con el marco de referencia: ¿Es compatible con el Estado de Derecho y con el reconocimiento a todos, sin excepciones, de los derechos humanos fundamentales? ¿Es compatible con el principio de que todos somos iguales ante la ley? A mi juicio Jakobs no contesta satisfactoriamente a ninguna de las dos cuestiones”

30 Cfr. Corcoy Bidasolo, “Límites objetivos y subjetivos a la intervención penal en el control de los riesgos”, en MIR PUIG / CORCOY BIDASOLO, La Política Criminal en Europa, Barcelona, Atelier, 2004, Págs. 26-31, quien desde el reconocimiento de los bienes jurídicos supraindividuales autónomos, sostiene “la cuestión de la legitimidad de la intervención penal debe estar sujeta a constante revisión de todas las figuras delictivas” (pág. 31).

31 Concretamente para este ámbito, la modernización de las categorías es una exigencia del reconocimiento de la importancia de los bienes jurídicos en juego Vid. Martínez-Buján, “Reflexiones sobre la expansión del Derecho Penal en Europa con especial referencia al ámbito económico: la teoría del ‘big crunch’ y la selección de bienes jurídico-penales”, en Mir Puig / Corcoy Bidasolo, La Política Criminal en Europa, Barcelona, Atelier, 2004, pág. 98: “me permito insistir en la idea de que los delitos económicos de mayor gravedad deben permanecer en la esfera del Derecho Penal nuclear y ser conminados con pena privativa de libertad” Aunque luego agrega: “Eso sí, en ese caso dichos delitos habrán de quedar sometidos, por supuesto, a idénticas reglas de imputación y a las mismos principios de garantía que informan los restantes delitos incardinados en el Derecho Penal nuclear, desestimando toda solución flexibilizadora o relativizadora de tales reglas o principios”.

## 2.2 El modelo garantista

Dentro del ámbito académico, la aproximación a la legislación excepcional contra la criminalidad organizada ha sido mayoritariamente crítica por la abolición de principios que ella supone, fundamentalmente, adelantamiento de la intervención, medios extraordinarios de investigación, formas de comiso de las ganancias obtenidas, pérdida de beneficios penitenciarios y cumplimiento íntegro de las penas. Desde un “Derecho Penal mínimo”, ideal, de corte iluminista, se ha cuestionado la política legislativa penal por contravenir principios fundamentales del Estado de Derecho. La obra de Ferrajoli, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*<sup>32</sup>, es el trabajo de Filosofía del Derecho más monumental, para comprender esta línea de aproximación; ahora bien, en el ámbito propiamente penal, el trabajo de Moccia, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*<sup>33</sup>, también es de indudable referencia.

Los críticos de la legislación de emergencia, ponen en evidencia que el legislador ha optado, en la confrontación subyacente de intereses entre defensa social y garantías, claramente por sacrificar estas últimas; con un coste jurídico altísimo para los principios del Estado de Derecho y con el riesgo de un efecto propagación a otras áreas del Derecho. Además, se incide en que la legislación de emergencia solo tendría efecto simbólico, en la medida que no logra ser totalmente efectiva en la prevención del fenómeno. Así pues, incluso dentro del plano de la efectividad, la legislación de emergencia no cumple sus objetivos, según el garantismo. Como sostiene Stortoni<sup>34</sup>:

---

32 Trad. Andrés Ibáñez, Ruiz Miguel, Bayón Mohino, Terradillos Basoco y Cantarero Banderés (del original de 1989), Prólogo de Bobbio, Madrid, Ed. Trotta, 1995.

33 Prólogo de A. Baratta, Nápoles, ESI, 1995.

34 Vid. específicamente, STORTONI, “Criminalità organizzata ed emergenza: il problema delle garanzie” y Cavarliere, “Effetività e criminalità organizzata”, ambos en MOCCIA (DIR.), *Criminalità organizzata e risposte ordinamentali. Tra efficienza e garanzia*, Nápoles, ESI, 1999.

“la respuesta solo normativa, es una respuesta que exorciza el problema, que sirve para removerlo de nuestra conciencia; en realidad se trata de satisfacer emotivamente las ansias colectivas de justicia olvidando que para resolver los problemas de la delincuencia organizada no puede bastar la norma, sino requiere un real compromiso social”<sup>35</sup>.

En la misma línea, Moccia recuerda que el fenómeno que nos ocupa tiene una dimensión amplia y raíces profundas, que exigen, para su control eficaz, soluciones articuladas y de amplio espectro. Incluso, si el control de los hechos connotados de dañosidad social tienen como *extrema ratio* el Derecho Penal, más que legitimarse por satisfacer garantías propias del Estado social de Derecho, debe también verificar exigencias de control, en cuanto el Derecho Penal interviene solo en la fase aguda del conflicto y no puede ciertamente influir, sino marginalmente, sobre las causas que dan vida al conflicto. La capacidad de intervención, en el ámbito de la criminalidad organizada, un fenómeno tan complejo, es verdaderamente residual<sup>36</sup>.

De interés es la perspectiva de análisis crítico del tratamiento del problema de la criminalidad organizada como una cuestión de orden público, relativa a minorías de autores organizados o de “familias”, hecho por Cavaliere. Según este autor, el modelo “conspirativo” de los Estados Unidos para la criminalidad organizada, en particular mafiosa, como “ordenamiento” contrapuesto al legítimo, puede ser funcional a una negación del ligamen de tales organizaciones con el contexto social, como si se tratase de grupos de individuos “libres de valores” y constituirían un cuerpo extraño a solventar con medios “militares”. Así, “la consideración de la criminalidad organizada como

---

35 Stortoni, “Criminalità organizzata ed emergenza: il problema delle garanzie”, ob. cit., pág. 131.

36 Moccia, “Prospettive non `emergenizali´di controllo dei fatti criminalità organizzata. Aspetti dommatici e di politica criminale”, en MOCCIA (DIR.), Criminalità organizzata e risposte ordinamentali. Tra efficienza e garanzia, Nápoles, ESI, 1999, pág. 153.

estructura pseudoinstitucional separada del tejido social podría ser, en otros términos, instrumental a la negación o relativización de la necesidad de intervenciones estructurales, sociales, económicas, culturales, al lado de la respuesta punitiva”<sup>37</sup>. Es decir, la consideración de la criminalidad organizada como “enemigo” a batir, no solo justificaría la respuesta punitiva extrema, sino también, de paso, serviría para hacer funcional una política criminal que no tiene en cuenta ningún componente social en la verificación del fenómeno; precisamente, una visión del control social que viene de Estados Unidos, en la que la responsabilidad social está totalmente ausente y, en la que la criminalidad es más bien expresión, de “fracasos” individuales de vida.<sup>38</sup>

Ciertamente, la consideración de la criminalidad organizada como un “enemigo” a batir no resiste ningún análisis, desde el plano de la racionalidad valorativa de los principios constitucionales<sup>39</sup>, e, incluso, desde el plano de la racionalidad pragmática, de la efectividad. La huida hacia el Derecho Penal, más aún en un fenómeno social como la criminalidad organizada, es una carta de viaje para no resolver los problemas de fondo, y volver con “el eterno retorno” de la pena. La utilización de la pena como *prima ratio*, olvida los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, y que en esta forma de criminalidad, necesariamente ha de programarse una serie de medios

---

37 Cavaliere, “Effettività e criminalità organizzata”, ob. cit., pág. 303.

38 Cfr. Sobre los alcances de estas nuevas líneas de Política Criminal y sus críticas Vid. DÍEZ RIPOLLÉS, “El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana”, en <http://www.criminet.ugr.es>, Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología, núm. 06-03, 2004, Págs. 8 y ss.; Brandariz, “Itinerarios de evolución del sistema penal como mecanismo de control social en las sociedades contemporáneas”, en FARALDO (Dir.), Nuevos retos del Derecho Penal en la era de la globalización, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, Págs. 16 y ss.; Zúñiga Rodríguez, “Viejas y nuevas tendencias políticocriminales en las legislaciones penales”, en Berdugo / Sanz Mulas (Dirs.), Derecho Penal de la democracia vs. Seguridad pública, Granada, Comares, 2005, Págs. 125-129.

39 También crítica en nuestro medio con las últimas reformas que endurecen la penalización de las organizaciones criminales: Faraldo, “Un Derecho Penal de enemigos para los integrantes de organizaciones criminales. La Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas”, en Faraldo / Brandariz, Nuevos retos del Derecho Penal en la era de la globalización, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, Págs. 299 y ss.

de control para prevenir los comportamientos previos y/o adyacentes; además, de medidas sociales, culturales, económicas, etc. Además, la gran criminalidad organizada, aquella que se pone enfrente del Estado, como la mafia siciliana o los cárteles colombianos, precisamente busca deslegitimar al Estado, algo que logra cuando este realiza respuestas por fuera de la legitimidad del Estado de Derecho.

Ahora bien, considero que la aproximación a la política penal de la criminalidad organizada desde el garantismo tampoco es la correcta. Como ha puesto de manifiesto en nuestro medio Díez Ripollés, el garantismo no nos da las claves para interpretar los recientes cambios político-criminales, porque éstos obedecen a una nueva forma de configurar y modelar el control social penal <sup>40</sup>. La cultura ha cambiado mucho en los últimos tiempos y, dentro de esos cambios, quizás el más importante para nosotros es la recuperación simbólica del control penal, como el único poder configurador de conductas, en un mundo laico y multicultural <sup>41</sup>. El garantismo, se ha mantenido en el mundo de los ideales, y en el terreno de la crítica, sin plantear alternativas de solución viables. Además, como se ha puesto de relieve líneas arriba, la determinación de la línea de política penal contra la criminalidad organizada debe encuadrarse en la discusión de la modernización del Derecho Penal, esto es, de la adaptación de las categorías a las nuevas formas de criminalidad de la sociedad moderna.

Últimamente Donini viene insistiendo en el reto que el presente lanza a la ciencia penal, el de mantener algunas de las promesas siempre renovadas y nunca cumplidas del Derecho Penal

---

40 Díez Ripollés, “El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana”, ob. cit., Págs. 3 y 25. En la línea también de la autocrítica, aunque no tan crítico con el garantismo, Cfr. Quintero Olivares, *Adonde va el Derecho Penal*, Madrid, Civitas, 2004, pág. 16.

41 Vid. Más ampliamente Zúñiga Rodríguez, “Viejas y nuevas tendencias político criminales en las legislaciones penales”, ob. cit., Págs. 104-107: ¿Nueva sociedad y nuevo Derecho Penal? Este resulta un tema importante: el poder configurador de los medios con la simbología de la pena. Un asunto que escapa al control de los especialistas, pero que está allí, en la realidad.



moderno: si verdaderamente el Derecho Penal está orientado a objetivos y mira las consecuencias reales de la intervención punitiva, el proyecto legislativo necesita compararse con el *saber empírico*<sup>42</sup>. El saber de los principios, el del sistema de Derecho Penal (saber normativo), ha de dejar de ser idealista y autopoiético, en el que median solo valores y deducciones, para convertirse en un saber controlable, accesible, verificable empíricamente, en términos de cumplimiento de los objetivos propuestos, de efectividad<sup>43</sup>. Una de esas promesas incumplidas es precisamente la de la prevención de la criminalidad<sup>44</sup>, especialmente, económica y organizada, ciertamente olvidadas en la agenda de las políticas criminales<sup>45</sup>.

---

42 DONINI, "Escenarios del Derecho Penal en Europa a principios del siglo XXI", en MIR PUIG / CORCOY BIDASOLO, La Política Criminal en Europa, Barcelona, Atelier, 2004, pág. 53.

43 Vid. Ampliamente DONINI, Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà, Milán, "Giuffrè, Págs. 281 y ss.

44 En la misma línea de alejamiento entre teoría y praxis Vid. HASSEMER, Persona, mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en Derecho Penal, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999, Págs. 22-23: "Quizás los teóricos muy comprometidos con la teoría de la pena no han tomado muy en serio (si es que no lo han pensado ya con anterioridad) que sus observaciones sobre el sentido y fin de la pena sí que tienen trascendencia al momento de aplicar la pena en la praxis. Posiblemente estas ideas han sido un poco esotéricas, alejadas radicalmente de la mediocre realidad de nuestro mundo o quizás se ha intentado aplicarlas de forma inflexible y se han mantenido lo suficientemente apartadas de experiencias anteriores en la aplicación de las penas y de las consideraciones formuladas por las ciencias de la experiencia. El batallón compuesto por la retribución y la prevención, por los clásicos y los modernos se encuentra en el cielo de los conceptos jurídico penal y ocasionalmente unos y otros ganan algunas batallas, pero en el mismo nivel, mientras que abajo, en el mundo terrenal, se ejecuta todo tipo de penas sin que se les conceda la oportunidad de echar una miradita al cielo. Las teorías del sentido de la pena son a menudo una clara justificación para el distanciamiento entre teoría y praxis".

45 Hoy como ayer los estereotipos de criminalidad se centran en la llamada "criminalidad de las clases bajas" o de la marginalidad. Las políticas criminales se orientan hacia la represión de aquellas conductas que vulneran la propiedad, la vida, aquello que produce "inseguridad ciudadana", para los que se pide tolerancia cero; mientras que la "criminalidad de las clases altas", tímidamente es realmente reprimida. Hay una suerte de selectividad penal claramente identificable por aquellos que pueblan las cárceles en todos los países, del primer, segundo o tercer mundo. Vid. la focalización de nuestra Política Criminal en la criminalidad callejera en ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, "Viejas y nuevas tendencias político criminales en las legislaciones penales", ob. cit., pág. 109, y Págs. 114-115: "La asociación entre más o menos pena privativa de libertad con la criminalidad callejera o clásica y con la seguridad ciudadana, ha quedado patente en el ideario colectivo". Como pone de relieve NEUMAN, Los que viven del delito y los otros. La delincuencia como industria, Bogotá, Temis, 2005, 3ª ed., pág. 2-3: "En este traspaso del capitalismo industrial al financiero, los de abajo, los que carecen de oportunidades,

Y es que la cuestión enlaza con la necesidad de dar respuestas idóneas ante problemas de gran envergadura como son las nuevas formas de criminalidad en la que intervienen organizaciones criminales, empresas legales, empresas “fantasmas”, financiación de organizaciones terroristas, profesionales que colaboran con organizaciones criminales, etc. Esto es, necesariamente estamos ante el gran debate de los últimos tiempos entre modernización del Derecho Penal o mantenimiento de unas categorías que no son capaces de satisfacer las necesidades sociales de prevención de dichas conductas. En este debate, la aproximación a partir de un Derecho Penal ideal inexistente, cual promesa nunca cumplida, pocas respuestas puede ofrecer <sup>46</sup>. Como aprecia Donini, un escenario completamente diverso se nos presenta con la consolidación de un Derecho Penal “moderno” (en realidad sucesivo a la segunda guerra mundial y “contemporáneo”), que corresponde al pasaje del Estado liberal al Estado social, en tanto que interviene regularmente en la economía, y, por consiguiente, en la actividad de los poderes públicos mucho más empeñada en la disciplina económico-social, que corresponde a fines de organización, prevención y tutela anticipada <sup>47</sup>. Pero reconocer una función preventiva, teleológica, orientada a objetivos de la utilización de la pena no significa que esta función carezca de límites. Los límites constitucionales del uso preventivo del Derecho Penal están en la selección de la gravedad del ilícito y la garantía de los principios de proporcionalidad y ofensividad, una selección de necesi-

---

los que han caído por la borda del contrato social, han dejado de interesar, entre otras cosas, porque no consumen... Poseen denominadores comunes: son gente de “abajo”, humildes, en el límite crítico del hambre y la exclusión, que han tomado por desesperación el atajo de las adicciones o de la delincuencia, ante la miseria... Han vivido atenazados por el desempleo... nunca fueron hombres libres”;

46 La ciencia penal no puede ofrecer solo la crítica negativa. Detrás de la crítica al Derecho Penal moderno, hay un núcleo de filosofía retributiva implícita, disimulada bajo un garantismo liberal: la existencia de un Derecho Penal “eterno” que se justifica en sí mismo, sin necesidad de recurrir a consideraciones teleológicas Cfr. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale*, ob. cit., Págs. 134-135.

47 Donini, *Il volto attuale dell'illecito penale*, ob. cit., Págs. 104-105.

riedad de la tutela y garantía del principio de subsidiariedad, que interesa en la construcción del ilícito y su selección sancionadora<sup>48</sup>.

La necesidad de la tutela de bienes jurídicos y la selección sancionadora respecto a los comportamientos que realiza la criminalidad organizada, han de ser valorados no desde un Derecho Penal mínimo, sino desde el principio de proporcionalidad y subsidiariedad.

Asimismo, una de las funciones de la Política Criminal debe ser la de evaluar las leyes penales <sup>49</sup>, valorando positivamente aquellas opciones que efectivamente han logrado prevenir determinados comportamientos de carácter delictivo. Ello concuerda también con el acercamiento de la teoría del Derecho Penal a la praxis, antes demandado. En esa línea de análisis no puede desconocerse ciertas evidencias empíricas en materia de prevención de la criminalidad organizada. Como se ha expuesto líneas arriba, debe reconocerse que las leyes antimafia han supuesto un duro revés para el desarrollo de las actividades mafiosas <sup>50</sup>, por lo menos se le ha puesto más difícil la realización de sus “negocios” al mafioso y sus allegados<sup>51</sup>.

También han reconocido la eficacia de las leyes anti-mafia profesores de Derecho Penal no precisamente sospechosos de expansionistas. Así, el profesor de la Universidad de Palermo, Fiandaca, evoca “la brillante carrera del art. 416 bis C.P. en el ámbito de la praxis judicial: el tipo de asociación mafiosa –por reconocimiento unánime de los ma-

---

48 Donini, *Il volto attuale dell'illecito penale*, ob. cit., pág. 132.

49 Cfr. Más ampliamente Zúñiga Rodríguez, *Política Criminal*, Madrid, Colex, 2001, Págs. 174-176.

50 Cfr. La Spina, “The paradox of Effectiveness: Growth, Institutionalisation and Evaluation of Anti-Mafia Policies in Italy”, ob. cit., pág. 660.

51 Partiendo de una concepción de prevención situacional: el delito busca el espacio adecuado, el momento oportuno, la víctima propicia; se trata de una intervención específicamente dirigida a neutralizar aquellas situaciones de riesgo (oportunidades), que ofrecen mayor atractivo al infractor. Cfr. GARCÍA PABLOS, *Criminología. Una introducción a sus fundamentos teóricos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005, 5º ed., Págs. 533 y ss.

gistrados ha funcionado y continúa funcionando como un instrumento bastante eficaz y dúctil de represión de las organizaciones criminales”<sup>52</sup>.

En la misma dirección, pero yendo más allá de la simple prevención de la mafia, el profesor de Florencia, Palazzo, aprecia: “desde el punto de vista de la evolución histórica del Derecho Penal, cabe destacar que la lucha contra la mafia ha producido consecuencias importantes. De un lado, se constata un cambio de los objetivos mismos del Derecho Penal: del simple reconocimiento de la responsabilidad individual por hechos específicos bien determinados y circunscritos, a la utilización de los instrumentos penales para combatir y reducir auténticas plagas sociales, fenómenos difusos, manifestaciones socioculturales más que criminales. De otro lado, el gran empeño de la magistratura, el tributo de sangre pagado y los indudables éxitos obtenidos han aumentado el prestigio, la estima social del poder judicial, sobre todo respecto de una clase política a menudo próxima a la mafia o cómplice de ella. Y esto ha devenido en causa de alteración de los tradicionales equilibrios institucionales entre los distintos poderes del Estado”<sup>53</sup>.

### **2.3 Una tercera vía: la política penal como ultima ratio**

Como afirma Fiandaca, es posible asumir ante el fenómeno mafioso, una aproximación que no sea ni la del “enemigo” ni la que se realiza desde el garantismo, sino más bien, una suerte de tercera vía, más crítico-dialéctica, en la que “se observe las novedades de la legislación de emergencia con mayor conciencia político-criminal, que tenga en cuenta las características criminológicas de la criminalidad organizada”<sup>54</sup>. Se trata, según entiendo, de rescatar de la legislación

52 FIANDACA, “Lotta a la criminalità organizzata di stampo mafioso nella legislazione penale italiana”, , pág. 4.

53 PALAZZO, “La Mafia hoy: evolución criminológica y legislativa”, en FERRÉ / ANARTE (Dir.), Delincuencia organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos, Univ. de Huelva / Fundación El Monte, 1999, pág. 175.

54 FIANDACA, “Lotta a la criminalità organizzata di stampo mafioso nella legislazione

de emergencia los aspectos que han resultado eficaces rodeándolos de las garantías necesarias para que no desborden los derechos fundamentales. La lucha en Italia contra la mafia, con las leyes de emergencia, ha comprobado dos cuestiones: primero, que el rigor es conveniente en los casos de grave dañosidad social de la criminalidad organizada; y, segundo, que la ley penal no basta para hacer frente a un fenómeno social tan complejo, con raigambres sociales profundas. En efecto, las leyes penales han conseguido controlar un fenómeno social, que para muchos era un *moyen de vivre*, aislándolo y enviando el mensaje a la población de que quien forma parte de la mafia y colabora con ella, le caerá el peso de la ley. Ahora bien, eso debía ser acompañado de medidas sociales, económicas, culturales, que reforzarán ese mensaje y que dieran salidas a los ejércitos de reservas, hombres jóvenes, desocupados, sin posibilidades de futuro. En realidad, la prevención para que sea lo más eficaz posible debe cerrar todo el círculo de la prevención primaria, secundaria y terciaria.

Un primer punto de partida en una propuesta de Política Criminal que sea efectiva y, a la vez, respetuosa de los principios fundamentales del Estado democrático de Derecho es el respeto al principio de subsidiariedad: solo los casos graves, en los que estén lesionados o puestos en peligro bienes jurídicos importantes cabe plantear la respuesta penal. Antes bien, debe diseñarse un Programa integral de Política Criminal que coordine los diversos aspectos de prevención primaria necesarios para afrontar el fenómeno social.

El partir de un Programa de Política Criminal sirve para situar la sanción penal solo como último recurso, reforzando previamente los mecanismos de prevención *ante-delictum*, como son los educativos, culturales, económicos, políticos, etc. Especial referencia deben tener los controles previos de los fraudes fiscales, financiación

---

penale italiana”, ob. cit., pág. 3.

ilegal de partidos políticos, ventas irregulares, concesión de proyectos urbanísticos, constitución de sociedades “fantasmas”, control de cambios, control de la actividad de las empresas, control del dueño de las empresas<sup>55</sup> , etc., que es donde debe incidirse en la intervención,<sup>56</sup> ámbito que requiere una amplia regulación. El ámbito previo, de controles administrativos también refuerza el mensaje a la ciudadanía de que esas transacciones o movimientos de capitales, deben hacerse por cauces regulares, por lo que, de lo contrario, puede favorecerse a la criminalidad organizada o al terrorismo.

En el ámbito propiamente penal, la cuestión más acuciante es que la concepción de criminalidad organizada abarca una serie de comportamientos sociales y no todos son delictivos, en tanto que resulta una abstracción mayor de fenómenos criminales tradicionales (como tráfico de drogas, blanqueo de dinero, tráfico de personas, etc.), formas de comisión de delitos clásicos (homicidios, secuestros, extorsión, etc.), delitos socioeconómicos (fraude fiscal, tráfico de influencias, abuso de posición privilegiada, etc.), comportamientos socialmente admitidos (balances creativos, asesoramiento profesional, etc. ), etc. Seleccionar qué conductas son de tal gravedad que por su ofensividad requieren de la amenaza de la pena (injusto), con qué criterios imputamos responsabilidad penal (culpabilidad) y qué consecuencias jurídicas conlleva (penalidad), son las tres preguntas clave a responder. Detrás de esas cuestiones laten posicionamientos sobre

55 Cfr. Los aspectos operativos del comiso y el embargo preventivo como sanciones patrimoniales a las organizaciones criminales Vid. Camacho Herranz, “Seizure and the recommendations of the international community”, Págs.109-110. La importancia del seguimiento a las sociedades de capitales como medidas preventivas contra el blanqueo, Vid. Gallardo Macias: “Capital companies as an instrument for tax fraud and money laundering”, Págs. 111-112. Ambos en La Spina / Militello (Ed.), Drug trafficking and strategies of intervention, ob. cit.

56 No escapa al análisis que los controles previos pueden contravenir las leyes de libre mercado, y pueden significar molestias para los usuarios, pero la sociedad debe valorar si es preferible más controles previos o más criminalización. Siguiendo a DONINI, Il volto attuale dell’illecito penale, ob. cit., pág. 132: el derecho penal de la prevención es visto en lo sustancial como un derecho administrativo, y en la forma como un derecho penal solo justificable si se revela la insuficiencia de las sanciones extrapenales”.

la concepción del injusto y de los fines de la pena, que intentaremos explicitar. Un punto de partida en la política penal es la clara opción por el *principio de proporcionalidad*: respeto a la dimensión social de la gravedad de las conductas en juego, valorada en función de los bienes jurídicos protegidos,<sup>57</sup> o la dañosidad social de los comportamientos que se pretenden prevenir. Ahora bien, debe quedar claro que estamos ante una pluralidad de comportamientos muy disímiles y de distinta lesividad social; ello nos llevará necesariamente a la diferenciación. El trasfondo de estas preguntas claves está en dimensionar la *lesividad social de la criminalidad organizada* y, en concreto de los diversos comportamientos que pudieran tener relevancia penal. En efecto, nos encontramos ante un fenómeno tan amplio y poliédrico que las generalizaciones, tanto criminológicas como de las tipificaciones penales, dificultan captar los matices de la realidad.

La afirmación de Radbruch, de que cada época está llamada a reescribir su propia ciencia del derecho, se torna eminentemente actual respecto al tratamiento penal de la criminalidad organizada. Tanto la realidad criminológica, como la aprehensión de ella por la norma penal poseen una dimensión distinta a la llamada criminalidad común<sup>58</sup>, fundamentalmente porque las coordenadas de racionalidad

---

57 Se toma en consideración que el concepto de bien jurídico está siendo cuestionado en los últimos tiempos por su incapacidad para cumplir con las funciones propuestas (interpretativa, crítica, sistemática). Ello es cierto en el plano del “ser”, dada la avalancha de nuevas tipificaciones de la legislación moderna. Pero consideramos que no puede soslayarse un punto de partida tan objetivo como puede ser la dimensión social de la gravedad de los comportamientos que se intentan prevenir; que esa dimensión sea tratada con el concepto de bien jurídico, dañosidad social, merecimiento o necesidad de pena, es un asunto de matiz teórico, que no puede dividir a la doctrina, ante un esfuerzo común de encontrar derroteros ciertos. En efecto, la dirección teleológico-valorativa que se ha impuesto en nuestra disciplina exige la búsqueda de asideros firmes que obliguen a superar el relativismo que existe detrás de una decisión normativa. Como sostiene TORÍO, “Racionalidad y relatividad en las teorías jurídicas del delito”, en AA. VV. Estudios de Derecho Penal y Criminología, Madrid, UNED, 1989, T. II, pág. 425: “las proposiciones y el sistema de la teoría del delito son unidades dialécticas constituidas por planos diversos: seguridad jurídica, protección de bienes jurídicos y orientación a valores”.

58 Nótese que “criminalidad común” se usa en oposición a cualquier tipo de criminalidad especial (terrorista, socioeconómica, etc.). En el texto se usa como expre-

penal se han construido desde la responsabilidad individual<sup>59</sup> y, en estos casos, estamos ante comportamientos de organizaciones. Por eso, más que partir de la teoría del delito, ni de la legislación penal, ha de partirse de los problemas<sup>60</sup>, en el sentido de determinar qué comportamientos deben estar penalmente prohibidos, de manera que entren en la *ratio* de las tipificaciones penales y cómo han de ser construidas estas. Esta metodología de análisis se hace especialmente válida en el caso en que nos encontramos, en que hasta hace muy poco, año 2010, no existía una tipificación penal propiamente para la criminalidad organizada en la legislación española<sup>61</sup>. La necesidad de un “lenguaje común” para hacer frente a la criminalidad organizada en su dimensión transnacional nos impulsa a buscar una “lengua franca”, que no puede ser otra que la de “los problemas comunes”.

Siendo la respuesta penal una *dimensión teleológica*, orientada a determinados fines a través de la pena, deben quedar claros los objetivos propuestos con la ley penal, que no son demasiado ambiciosos en cuanto se enfrenta a un fenómeno criminal de amplia raigambre social. En esta determinación se debe partir de que el Derecho Penal es un medio incapaz para solucionar problemas sociales,

sión de los delitos clásicos (Derecho Penal clásico): homicidios, robos, violaciones, etc.

59 Sobre este hecho llama la atención en nuestro medio QUINTERO OLIVARES, “La criminalidad organizada y la función del delito de asociación ilícita”, en FERRÉ / ANARTE (Dir.), Delincuencia organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos, Univ. de Huelva / Fundación El Monte, 1999, pág. 178: “Frente a la criminalidad del gran grupo el Derecho Penal no ha tenido por lo común una especial manifestación, tal vez porque tampoco la podía tener. Desde un planteamiento del delito y de la responsabilidad como algo a la conducta del individuo aislado, tan solo se han formulado algunas figuras legales orientadas a comprender la agrupación de personas en la comisión organizada de delitos”. Vid. más ampliamente supra.

60 Como sostiene HRUSCHKA, la ciencia del derecho trata de problemas, a los que proporciona en cada momento histórico respuestas abiertas. Cfr. TORRÍO, “Racionalidad y relatividad de las teorías jurídicas del delito”, ob. cit., pág. 302.

61 Pues, el delito de asociación ilícita respondió a unas coordenadas políticocriminales de tinte eminentemente político, donde las asociaciones secretas, paralelas al Estado tenían una connotación conspirativa. Vid. GARCÍA-PABLOS, Asociaciones ilícitas en el Código Penal, Barcelona, Bosch, 1977, Págs. 23 y ss. Vid. en sentido similar QUINTERO OLIVARES, “La criminalidad organizada y la función del delito de asociación ilícita”, ob. cit., pág. 178: “Lo cierto es que la ‘criminalidad organizada’ no encuentra especial reflejo en el derecho positivo”.



tear una prevención primaria, pues no atiende a las causas del fenómeno criminal, actúa tarde, cuando el conflicto ya se ha presentado y, por tanto, sus objetivos preventivos son limitados. Pero sí debe reconocerse la *capacidad disuasoria* de la ley penal, con algunas condiciones:

1) Las teorías de la prevención a través de la norma penal (prevención secundaria) diferencian su incidencia según el tipo de autor. En la criminalidad organizada, se dan diversos tipos de autor porque los comportamientos son transversales a todas las formas de criminalidad conocidas: de cuello blanco, profesional, económica, callejera, terrorista, y la del propiamente mafioso (el jefe de la organización criminal y/o el que utiliza la violencia), los favorecedores del delito, etc. De todos modos, el modelo que mejor puede explicar estos comportamientos es la denominada *prevención situacional*<sup>62</sup>, en la medida que se trata de un “negocio ilícito” que se mueve a partir de quienes valoran costo-beneficio.

2) La ley penal no puede servir para “derrotar” un fenómeno social, como a criminalidad organizada, porque precisamente al serlo, tiene raíces en la sociedad que no pueden ser erradicadas con un instrumento tan tosco como la pena. Debemos conformarnos con impedirle desarrollarse, ponérselo difícil al infractor, presionarle con el cumplimiento de la ley para que no pueda llevar a cabo sus actividades delictivas. El programa integral de Política Criminal será

62 Cfr. GARCÍA-PABLOS, Criminología, ob. cit., Pág 532 y ss. Partiendo de la base de que el crimen es un comportamiento altamente selectivo, que busca el lugar oportuno, el tiempo idóneo, la víctima propicia, puesto que se trata de una opción racional del infractor en la que mide costo-beneficio (pág. 537), la oportunidad es el concepto clave en el que se debe incidir. COHEN y FELSON han construido la teoría de la oportunidad, según la cual el crimen se produce cuando convergen en el tiempo y en el espacio tres elementos: la presencia de un delincuente motivado para delinquir, un objetivo alcanzable y la ausencia de un guardián capaz de prevenir su comisión (pág. 538). Observando la fenomenología de actuación de la criminalidad organizada, que busca paraísos legales o fiscales para actuar, rastrea mercados en los que pueda introducir sus mercancías prohibidas, parece que este modelo de prevención es el que mejor se adapta a la misma. Se puede sostener que el factor oportunidad tiene una incidencia importante en el desarrollo de las actividades de la criminalidad organizada.

el encargado de incidir en los aspectos sociales y extrapenales, como dijimos, de primer orden en la prevención de este fenómeno<sup>63</sup>

3) Cuando los sujetos que intervienen miden costes y beneficios de su actuación, como sucede cuando se lucra con bienes o servicios prohibidos, en que precisamente se intenta invertir lo menos posible y conseguir el mayor beneficio posible, cuando se trata de profesionales del delito<sup>64</sup>, es decir, personas que viven de la actividad delictuosa, como sucede con buena parte de los sujetos que intervienen en la criminalidad organizada, no se puede desdeñar el uso de la pena como actividad racional. Ahora bien, hay también en la criminalidad organizada un “ejército de reserva” para actuar en su beneficio, que no se mueve totalmente por una ponderación racional, pues de alguna manera son peones de un negocio ilícito ya iniciados por otros: la delincuencia callejera ligada a la criminalidad organizada, los pequeños comerciantes de drogas, los vinculados social o familiar-

---

63 Es cierto que la prevención situacional, obstaculiza, aplaza o desplaza la comisión del delito, pero no lo evita, GARCÍA-PABLOS, *Criminología*, ob. cit., págs. 548; pero lo único que puede evitar realmente es remover las causas que lo favorecen y, ello no se logra con la pena, sino con un Programa integral de Política Criminal y con Políticas sociales que escapan al análisis de este trabajo, pero no por ello menos importantes.

64 Quien se ha ocupado de este tema es SUTHERLAND, *Ladrones profesionales*, Ed. y trad. J Varela y F. Álvarez-Uría, Madrid, La Piqueta, 1988, según el propio autor: “Este libro trata fundamentalmente de la profesión de ladrón. El protagonista es un profesional en la materia que he ejercido el oficio durante más de veinte años...El ladrón,... se refiere a hechos ocurridos en el período que va desde 1905 a 1925.” (pág. 31). Claro está que este trabajo se refiere a hechos acaecidos hace más de 100 años, pero seguramente ahora, aquellos que “viven del delito” se habrán sofisticado más; muchos y se habrán convertido en delincuentes de “cuello blanco”. Cfr. NEUMAN, *Los que viven del delito y los otros*, ob. cit., Págs. 5-6: “Hay una tipología humana de delincuentes que viven ‘del y’ por él delito. Viven muy bien. Son exitosos en la vida... A simple vista se advierte que son francamente simpáticos, usan la misma marca de perfume y corbatas que algunos jueces, mandan a estudiar a sus hijos en los mismos colegios que los fiscales, se ven peinados como abogados, son amigos o vivieron bajo el ala de algún militar o legislador. En sus opulentas mansiones ‘dan comidas, tanto en la ciudad como en la costa y, por lo general, se irritan cuando hablan del robo del equipo de sonido del automóvil, de su mujer o de sus hijos,... más que delincuentes, son financieras que, para vaciar un banco, primero lo fundan.” Aunque este es un tema olvidado en la agenda del Derecho Penal, seguramente porque encaja mal en el Derecho Penal del hecho, no puede negarse que hay sujetos que “viven del delito”: sobre esto me extenderé más adelante.

mente a la criminalidad organizada, los jóvenes desocupados a los que esta contrata, etc., poseen menos libertad para diseñar su actuación, en tanto no tienen capacidad de conducción del negocio ilícito, pero tienen la libertad de participar en el mismo o colaborar con él.

4) De las numerosas técnicas de prevención situacional idóneas para la criminalidad organizada cabe citar: a) respecto a aquellas que incrementan el *esfuerzo o dificultad* de cometer el delito, el control de los facilitadores u objetos que se usan para la comisión del delito; b) respecto a aquellas que persiguen incrementar el riesgo en la percepción del infractor potencial, pueden ser los controles policiales en lugares donde se sabe se expende droga o ingresa la droga; c) respecto a reducir las ganancias o recompensas del delito, el Derecho Comparado conoce el comiso de las ganancias ilícitamente obtenidas y, en general, todas las medidas que dificultan el blanqueo de dinero.

5) El “coste” no solo debe medirse por el rigor de la sanción (que en los casos graves, de aquellos que dirigen las organizaciones criminales debe ser pena privativa de libertad<sup>65</sup>), sino y, sobre todo, por la certeza y prontitud de su aplicación. Es esto lo que más incide en la disuasión de la comisión del delito y, esto se logra fundamentalmente con un aparato policial eficaz (en términos técnicos y pronta intervención) y unos jueces que apliquen unas leyes claras, seguras y firmes. La inseguridad jurídica de técnicas legislativas abiertas, procesos largos y engorrosos, son verdaderas propuestas contra-motivadoras para la disuasión.

6) La criminalidad organizada no puede combatirse como una opción antisistema, como un “enemigo”, pues es funcional al sistema de producción vigente en el que el lucro, la riqueza, la compe-

<sup>65</sup> Porque es lo único que puede intimidar a los dirigentes de organizaciones criminales. Las penas pecuniarias son fácilmente asumibles por la gran cantidad de dinero mal habido que manejan.

tencia salvaje son las señas de identidad. No hay que olvidar que se trata de un fenómeno prosistémico, que parasita, saprofita todas las estructuras legales existentes<sup>66</sup>. Si se controla alguna forma de criminalidad organizada, seguramente aparecerá otra, pues siempre habrá quienes busquen donde lucrar ilícitamente. Lo importante es no dejar que avance socialmente y logre un poder cuasi-estatal, como ha sucedido en Italia<sup>67</sup> y en Colombia, corrompiendo todas las estructuras sociales, porque en esos casos sí emerge como un interlocutor que debilita las instituciones democráticas del Estado.

Un aspecto clave en la eficacia es la coordinación de los esfuerzos. Lo contrario, la compartimentalización del sistema penal, en que cada segmento atiende a su propia misión y se desatiende de los restantes<sup>68</sup>, debe cuestionarse. Todos los segmentos son relevantes, si se desatiende uno, es por ese agujero donde se aprovecha la criminalidad organizada para parasitar las estructuras legales.

Hay datos que revelan un avance de la criminalidad organizada en España y Europa, especialmente en lo referente a diversi-

---

66 Cfr. GÓMEZ-CÉSPEDES, “Los retos de la criminología de cara a la delincuencia organizada”, en MACEDO DE LA CONCHA (COORD.), *Delincuencia organizada*, México D. F., INACIPE, 2004, pág. 79: “La criminología a nivel mundial ha destacado la importancia de observar la delincuencia organizada como parte esencial de la sociedad y concebirla como aquello que los consumidores no pueden conseguir a través de medios legítimos. En este sentido debemos entender que la delincuencia organizada es la respuesta a un mercado, y no la creación del mismo, como originalmente se pensaba”.

67 Ha de reconocerse que en Italia, la complicidad mafia-Estado y las raíces culturales que mantiene en algunas regiones, hace de la mafia un verdadero “stato nel stato”. Ello explica que en ese país se presente como un Derecho Penal de “lucha” (de contraste). Además, una “lucha” encabezada por el sector judicial, incluso en contra de los políticos corruptos. De ahí que hayan sido funcionales los tipos abiertos como los delitos asociativos para romper la coalición mafia-Estado: Pero esta ecuación no tiene que salir siempre bien, pues dependería de la validez de los magistrados para aplicar la ley. En un Estado de Derecho es la ley, la que debe establecer los límites de la intervención penal.

68 Vid. Zaffaroni, “El Derecho Penal liberal y sus enemigos”, ob. cit., pág. 35, desde un discurso crítico (de garantías).

ficación de las actividades criminales, flexibilidad de las estructuras, profesionalización de sus miembros y cooperación entre las diversas organizaciones (más que confrontación), además de aprovechar cada vez más las estructuras empresariales para cometer delitos y utilizar expertos externos para la externalización de sus actividades<sup>69</sup>; todo ello es expresión de un proceso de complejización y parasitación de las estructuras legales. Es decir, no se ha contenido el fenómeno sino más bien va in crescendo y contaminando las esferas legales de actuación. Esto no puede menos que servir de reflexión a todos los ámbitos encargados de diseñar políticas públicas de prevención: desde la academia, hasta los políticos, pasando por los operadores judiciales y policiales, nacionales y europeos.

Lo que la experiencia italiana enseña es que, la política penal de rigurosidad en la aplicación de las sanciones, tanto privativas de libertad como confiscación de los bienes a los grandes *cappi* de la mafia, ha tenido efectos disuasivos, algo que los especialistas han valorado positivamente. También se aprende en dicha observación, que si en una sociedad se deja extender las redes de la criminalidad organizada, esta tiene un poder corruptor inmenso y poco a poco socava las estructuras legales, tanto económicas, como políticas, como ha pasado en regiones de Italia y Colombia, concretamente. Una vez que el fenómeno se ha extendido por la sociedad y se ha mimetizado con la cultura y se convierte en un “contrapoder” es mucho más difícil erradicarla, como está sucediendo en estos momentos en México.

---

69 EUROPOL, Informe sobre Delincuencia Organizada en Europa, 2004, Bélgica, Págs. 7-8, consultado en [https://www.europol.europa.eu/sites/default/files/publications/es\\_euorganisedcrimesitrep04-es.pdf](https://www.europol.europa.eu/sites/default/files/publications/es_euorganisedcrimesitrep04-es.pdf). Es de significar que este sigue siendo el Informe más acabado de EUROPOL sobre el tratamiento sistemático de lucha contra la delincuencia organizada, pues en lo sucesivo los informes se centran en cada una de las actividades ilícitas de esta delincuencia. Vid. EUROPOL, Panorama de EUROPOL. Informe general sobre las actividades de EUROPOL, Oficina Europea de Policía, 2011, consultado en: [https://www.europol.europa.eu/sites/default/files/publications/es\\_europolreview.pdf](https://www.europol.europa.eu/sites/default/files/publications/es_europolreview.pdf)

Como advierte Donini lo preocupante es que en nombre de las “garantías” de un Derecho Penal “fuerte” y clásico, se proyecte una Política Criminal fuerte con el débil y débil con el fuerte <sup>70</sup>. No cabe plantear una mínima intervención penal ante una forma de criminalidad tan dañina para la sociedad como lo es la criminalidad organizada. Las propuestas de “adaptabilidad” de las categorías en función de la fenomenología de cada criminalidad fundamentada por la ofensividad de sus conductas, es también una clara apuesta por el principio de proporcionalidad: tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales.

En ese sentido, me adscribo a las posturas de la *diferenciación en la intervención penal en función de la dañosidad*<sup>71</sup> *social de los comportamientos*<sup>72</sup> Se trataría no de una “relativización” ni “flexibilización” de los principios, sino más bien de “adaptabilidad” de las categorías a las circunstancias criminológicas de la fenomenología de esta especial forma de criminalidad en la que se estructura una organización estable y permanente para delinquir. Es decir, teniendo como base que la

---

70 DONINI, Il volto attuale dell'illecito penale, ob. cit., pág. 137.

71 La dañosidad social, en tanto es deber del Estado la protección social de los ciudadanos; o la función de protección de bienes jurídicos, en un Derecho Penal orientado a fines, es el fundamento más objetivo (ontológico) para anclar su funcionalidad. Se trata de la legitimación del Derecho Penal en un Estado social y democrático de Derecho, en cuanto este adopta necesariamente “la dignidad de la persona y los derechos inviolables que le son inherentes”, tal como dispone el art. 10.1 de la Constitución. Cfr. BERDUGO / ARROYO / FERRÉ, GARCÍA RIVAS / SERRANO PIEDECAS / TERRADILLOS, Curso de Derecho Penal. Parte General, ob. cit., pág. 7. A pesar de los embates que viene sufriendo este concepto en la doctrina, pues no tendría ningún rendimiento (JAKOBS), no habría servido para contener la expansión actual del Derecho Penal, o no ha cumplido con su función crítica y limitadora del ius puniendi legislativo (Cfr. HIRSCH, “Acerca del estado actual de la discusión sobre el concepto de bien jurídico”, en AA. VV., Modernas tendencias en la ciencia del Derecho Penal y en la criminología, Madrid, UNED, 2001, Págs. 371 y ss.), lo cierto es que sigue siendo para la mayoría de autores una base de fundamentación del injusto penal, sobre todo porque es un concepto comunicacional entre el Derecho Penal y la política criminal. Cfr. Fernández, Bien jurídico y sistema del delito, Buenos Aires, B de F, 2004, pág. 9.

72 En esta línea, desde planteamientos materialistas, según la tipología de los autores Vid. GRACIA MARTÍN, Prolegómenos para la modernización y expansión del Derecho Penal y para la crítica del discurso de resistencia, ob. cit., Págs.161 y ss, quien fundamenta la criminalización de comportamientos hasta ahora desprovistos de injusto penal , como son los delitos perpetrados por las clases poderosas.

construcción sistemática del Derecho Penal se ha desarrollado desde un injusto y responsabilidad individuales, ha de plantearse un necesario replanteamiento de dichas categorías en función a la complejidad que supone diversos planos de injustos intervinientes: a saber, el de la organización propiamente establecida para delinquir (no apreciable aún en el Derecho Penal existente), el de los miembros de la organización que realizan delitos, y los colaboradores de la organización criminal. Sin dejar de tener en cuenta, que en la realidad criminológica existe colaboración entre organizaciones criminales, algo difícilmente aprehensible con las categorías del Derecho Penal. Claro está que en este *mundo de las organizaciones criminales* no todo puede ser delito, y, como se ha dicho, lo relevante será determinar que comportamientos deben considerarse injusto penal y cómo tipificarlos; pero para ello hay que partir de la dañosidad social, del reconocimiento de la gravedad de las conductas y de su capacidad para lesionar bienes jurídicos importantes. Se trata, por tanto, no de superación de las categorías, sino de idoneidad de las mismas a esta nueva forma de criminalidad caracterizada por la realización de delitos a través de organizaciones estables y dedicadas a la comisión de los mismos.

Tampoco la criminalidad organizada puede ser tratada como “enemigo”, ni como un problema “de emergencia”, porque no es un fenómeno distinto a lo que somos, es decir, es un producto social de nuestro sistema –incluso en algunas sociedades, expresión de su propia cultura-; ni siquiera es antisistémico (como el terrorismo), sino más bien, se aprovecha de todas las estructuras sociales y económicas existentes. Desde el momento en que la criminalidad organizada se camufla en las estructuras legales del sistema social, no es posible sostener un enfrentamiento contra el Derecho, se trata más bien, de una parasitación de sus estructuras legales. La dialéctica entre defensa social y principios constitucionales, entre garantías y eficacia, entre prevención y retribución, entre derechos del

imputado y derechos fundamentales de todos los ciudadanos, debe saldarse con la verificación de la dañosidad social del fenómeno, planteando medidas que sean verificadas según las consecuencias reales preventivas, en los términos antes señalados. No neutralización ni inoculación, sino respuestas sociales para los “ejércitos de reservas” y disociación para los dirigentes de organizaciones y sus allegados, dificultándoles la realización de su negocio ilícito. Ni más ni menos. Para ello hay que partir por dimensionar la dañosidad social de la criminalidad organizada, en sus justos términos.

### **3. LA MAYOR DAÑOSIDAD SOCIAL DE LA CRIMINALIDAD ORGANIZADA FRENTE A LA CRIMINALIDAD COMÚN**

Se ha sostenido que el punto de partida para una política penal sobre la criminalidad organizada es dimensionar la dañosidad social de este fenómeno criminal. Como toda valoración, es preciso explicitar los presupuestos y los criterios que se utilizan para hacerla. Como ya hemos advertido, el método para abordar con eficiencia los problemas jurídicos y plantear soluciones justas, no puede ser otro que explicitar los presupuestos y las valoraciones que se consideran racionales frente a una toma de postura valorativa <sup>73</sup>. Ahora bien, desde el punto de vista jurídico-penal no se trata solo de una valoración social, sino jurídica. Esto es, se tratará de interpretar la dimensión social del fenómeno con las herramientas conceptuales del Derecho Penal, a fin de poder plantear propuestas en este ámbito jurídico. Se hará, entonces, una valoración de la dañosidad social desde un punto

<sup>73</sup> Cfr. ZACCARIA, Razón jurídica e interpretación, trabajos compilados por Ana Messuti, Madrid, Civitas, 2004, pág. 27: “...las teorías hermenéuticas reconocen e incluyen como factor constitutivo de su propio discurso teórico la importancia e influencia de los elementos valorativos en el procedimiento de valoración del derecho. Su punto fundamental consiste precisamente en reconstruir el procedimiento a través del cual el intérprete llega a la decisión considerada justa, para fundamentar de tal modo, racionalmente, el ámbito práctico de la decisión justa. En cuanto punto de vista que se interroga sobre los presupuestos propios y sobre los de los diferentes objetos de conocimiento, el enfoque hermenéutico es perfectamente capaz no solo de iluminar la complejidad, tanto fenomenológica como conceptual, del dato jurídico, sino también criticar toda visión dogmática y reconstituida del mismo”.



de vista penal, o mejor dicho, con las categorías del Derecho Penal, pues así servirá de enlace con la propuesta de regulación penal.

La criminalidad organizada ha sido tratada políticocriminalmente con mayor severidad que la *criminalidad común*<sup>74</sup>, esto es, con regulaciones de emergencia o Derecho Penal del enemigo, porque se considera que ostenta mayor peligrosidad para la sociedad, en definitiva, *mayor capacidad para lesionar bienes jurídicos*. Valoración que se hace en referencia a la criminalidad cometida por un individuo o un grupo de individuos. Y, es que lo primero que debe quedar claro es que la mayor peligrosidad de la criminalidad organizada está en referencia a los delitos cometidos por personas individuales, porque las categorías penales tienen como base de valoración a la persona individual. Veamos cuáles son los argumentos que se manejan para aducir ese plus de peligrosidad de las organizaciones criminales respecto a la criminalidad común de individuos.

1) Una primera cuestión, previa al asunto concreto de la criminalidad organizada, es determinar el contenido de *peligrosidad criminal* que ha de darse. Cabe evocar que se trata de un concepto problemático porque es un *juicio de pronóstico* acerca de la probabilidad o relevante posibilidad de que el sujeto va a delinquir en el futuro. Como se sabe, la dimensión conceptual del concepto de peligrosidad criminal puede variar según qué se entienda por la misma. Desde las concepciones más humanistas y de progreso de sus albores, hasta los programas de “solución final” de los totalitarismos se han sustentado en base a la concepción de peligrosidad. Llegar a una concepción

---

74 La noción de criminalidad común que se está usando en el texto es en referencia a la criminalidad individual. Pues también se suele usar en referencia a la criminalidad terrorista o a la criminalidad política. Digamos que el término criminalidad común puede tener distintos significados según los términos de referencia o la clasificación de delitos que se haga. Esto expresa claramente cómo la criminalidad común normalmente se concibe desde el paradigma de delitos clásicos, cometidos por persona individual, que es, a grandes rasgos el paradigma general de toda la teoría del delito.

de peligrosidad criminal, por oposición a la peligrosidad social, como propia de un Estado de Derecho ha sido un paso que no deja exento de ambigüedades a su contenido. Hoy en día las políticas criminales neoliberales de tolerancia cero sobre ciertos sectores criminales, especialmente la criminalidad callejera y el terrorismo, plantean también soluciones inocuidadoras, a partir de la identificación de sujetos o grupos peligrosos<sup>75</sup>. La dogmática del peligro por oposición a la dogmática del daño que se ha desarrollado con las técnicas de adelantamiento de la intervención, propias de un Derecho Penal del riesgo, es otra muestra que la noción de peligrosidad es un concepto jurídico indeterminado, que debe ser concretado con requisitos y presupuestos para su hermenéutica<sup>76</sup>. Cabe, pues, fundamentar la llamada *peligrosidad objetiva exenta* en todo caso, para comprobar su legitimidad. En el caso de las organizaciones criminales, que se consideran núcleo de la criminalidad organizada, la peligrosidad estaría dada por la *existencia de una estructura preparada para delinquir*. Se trataría, por tanto, de la peligrosidad de una organización (materialmente una estructura) creada por las personas para realizar delitos graves. La gravedad de los delitos es un juicio de valor que llena de contenido a la peligrosidad de la organización. Cabe señalar que en el Derecho Comparado mayoritariamente no se exige que la organización haya delinquir previamente para configurar el delito de asociación criminal o el más moderno de participación en una organización criminal<sup>77</sup>, por tanto, es un *juicio ex ante*, más cercano a la

---

75 Cfr. MIRANDA RODRÍGUEZ, “Política criminal- Novos desafios, velhos rumos”, en AA. VV., *Liber Discipulorum*, Jorge de Figueiredo, Coimbra Editora, 2003, pág. 218.

76 Cfr. sobre los conceptos jurídicos indeterminados en Derecho Penal, concretamente, sobre “los tipos de sospecha”, Vid. GÓMEZ BENÍTEZ, *El ejercicio legítimo del cargo (Discrecionalidad administrativa y error en Derecho Penal)*, Madrid, Universidad Complutense, 1980, pág. 122 y ss.

77 Ya sea que la constitución de una asociación criminal se castigue como una tentativa (caso de países como Bélgica o Irán), o se castigue la participación en asociaciones criminales porque son peligrosas en sí mismas (la mayoría de países, como Austria, Italia, Grecia, Suiza, Taiwán), las legislaciones penales centran el injusto en la existencia de un aparato organizado para delinquir, al margen de los delitos concretos que se cometan. Cfr. los datos sobre estas legislaciones en WEIGEND, “Los sistemas penales frente al reto del crimen organizado”, RIDP, 1997, Vol. 68, pág. 558.

conspiración o a los actos preparatorios <sup>78</sup>, basado en la existencia de la propia organización criminal, más allá de los miembros integrantes. Es un juicio de peligrosidad *inmediato* sobre la organización para delinquir, aunque mediato, sobre las personas que lo conforman <sup>79</sup>.

En el Derecho Penal la peligrosidad criminal se valora tradicionalmente dentro de la inimputabilidad, con respuestas especiales como son las medidas de seguridad. Con ello se busca medidas de aseguramiento, de neutralización, con las que no habría un elemento dialógico con el autor<sup>80</sup>. No es, claro está, con esta concepción clásica de peligrosidad criminal diseñada para los comportamientos individuales que ha de valorarse toda la criminalidad organizada, pero no escapa al análisis que la base determinista, la imposibilidad de diálogo con la norma penal es común para algunos grupos de delincuentes de la criminalidad organizada, como son los delincuentes profesionales.

2) El elemento diferencial de esta forma de criminalidad está, entonces, en la existencia de una organización que tiene por finalidad obtener lucro ilícito (mediante la comisión de delitos). La existencia de un aparato preparado para delinquir facilita la comisión de los de-

---

78 Intento poner de relieve que, en todo caso, desde el prisma de la lesión de los delitos finales, los delitos de asociaciones criminales son materialmente técnicas de adelantamiento de la intervención penal. Como apunta SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, “La función político-criminal del delito de asociación para delinquir: desde el derecho penal político hasta la lucha contra el crimen organizado”, en ARROYO / BERDUGO (Dirs.), Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos, Universidad Castilla La Mancha / Universidad de Salamanca, 2001, Vol. II, pág. 671-672: “Se castigan conductas que a lo sumo podríamos calificar de preparatorias de futuros delitos...”

79 Debe distinguirse el plano de la agrupación criminal, del plano de los miembros intervinientes; dos planos que suelen confundirse en la práctica y ante la imposibilidad del Derecho Penal de aprehender el plano de la organización. Como indica LAMPE, “Injusto del sistema y Sistemas de injusto”, en del mismo, La dogmática jurídico-penal entre el ontologismo social y el funcionalismo, ed. y trad. de C. Gómez-Jara, G. Orce y M. Polaino-Orts, Lima, Grijley, 2003, Págs. 98-100, la dogmática penal y la criminología hasta ahora se han centrado en el injusto del individuo y no en el injusto del sistema.

80 Cfr. DONINI, “El Derecho Penal frente al ‘enemigo’”, en del mismo, El Derecho Penal frente a los desafíos de la Modernidad, Lima, ARA, 2010, Págs. 146 y ss., que hace énfasis en este aspecto no-dialógico de la norma penal, con los sujetos peligrosos.

litos, en la medida que proporciona a los individuos medios materiales y personales para llevarlos a cabo, asesoramiento técnico, programa, ayuda, colaboradores, etc. Además, visto el delito desde la perspectiva de la víctima, también facilita la comisión del delito en la medida que disminuyen las posibilidades de defenderse o de poder evitar un perjuicio <sup>81</sup>. En cierta manera, el delito cometido bajo la cobertura de una organización criminal tiene un componente alevoso.

3) La existencia de una estructura delictiva produce una sinergia entre los miembros de la organización criminal en aras de conseguir el fin común delictivo, pudiendo realizarse no solo los delitos programados, sino también otros delitos no programados<sup>82</sup>. En efecto, la sinergia que se produce en la organización criminal, entendida en el sentido literal de “acción de dos o más causas cuyo efecto es superior a la suma de los efectos individuales”<sup>83</sup>, conduce en el ámbito criminal a una realidad de violencia sostenida (comisión de delitos), mayor que la programada por la propia organización<sup>84</sup>.

4) El hecho de que la organización criminal constituya una estructura para la comisión de delitos, aunado a la sinergia de las relaciones entre sus miembros, explica la mayor capacidad para la futura comisión de delitos respecto a un delito cometido por un sujeto individual. Así, como apunta Silva Sánchez, “la organización, por tanto, cumple una doble función de garantía (delictiva): por un lado, garantiza la pervivencia del riesgo creado por un

---

81 Cfr. WEIGEND, “Los sistemas penales frente al reto del crimen organizado”, ob. cit., pág. 557.

82 Como apunta LAMPE, “Injusto del sistema y sistemas de injusto”, ob. cit., pág. 101: “`pequeñas` causas pueden tener `grandes` efectos y conducir, en consecuencia, a una `mayor` responsabilidad por el hecho”.

83 REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, Diccionario de la Lengua Española, Madrid, Espasa Calpe, 1992, 21ª ed., Vol. II, pág. 1882. Puede consultarse también en la red: <http://www.rae.es/recursos/diccionarios/drae> que corresponde a la 22ª ed., publicada en 2001.

84 Póngase como ejemplo los delitos para encubrir errores, reprimir delaciones o salidas del grupo, comprar impunidad, ganar cuotas de mercado, etc.

miembro; por el otro, garantiza la conexión de dicho riesgo con el generado por los intervinientes en un hecho delictivo concreto”<sup>85</sup>.

5) La institucionalización de una organización dedicada a la comisión de delitos, esto es la existencia de una estructura independiente de sus miembros y con vocación de autoconservación (principio de ultraestabilidad), conlleva la *permanencia y estabilidad* de la misma más allá de las personas que la conforman. El núcleo de la organización lo constituye la *estructura permanente* dirigida a la comisión de delitos. Este elemento es diferencial también con respecto a la criminalidad de grupo, o la coautoría<sup>86</sup>, y demuestra la peligrosidad de la propia organización criminal, al margen de la peligrosidad de sus miembros.

6) La organización criminal realiza delitos en diferentes escalas: el fin último que es la realización del negocio criminal, los delitos cometidos como medio para la consecución del fin anterior (uso de la violencia constitutiva de delito) y, por último, delitos vinculados a reciclar las ganancias ilícitamente obtenidas<sup>87</sup>. También podrían

---

85 SILVA SÁNCHEZ, “¿ ‘Pertenencia’ o ‘intervención’? del delito de ‘pertenencia a una organización criminal’ a la figura de ‘participación a través de organización’ en el delito”, en OCTAVIO DE TOLEDO / GUDIEL SIERRA / CORTÉS BECHIARELLI (Coords.), Estudios penales en recuerdo del Prof. Ruiz Antón, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, pág. 1086.

86 Para LAMPE, “Injusto del sistema y sistemas de injusto”, ob. cit., Págs. 104 y ss., la coautoría también sería un sistema de injusto, aunque simple, en la medida que también hay una organización hacia un fin común; mientras que la organización criminal es un sistema de injusto constituido, independiente de sus partes. La jurisprudencia y la doctrina españolas también han subrayado los elementos estabilidad y permanencia de la asociación ilícita como diferenciales respecto a la coautoría. Cfr. González Rus / Palma Herrera, “Trattamento penale della criminalità organizzata nel diritto penale spagnolo”, en FORNASARI (Ed.), Le strategie di contrasto alla criminalità organizzata enlla prospettiva di diritto comparato, Padua, Cedam, 2002., pág. 102: “la doctrina ha sostenido que no puede definirse como organización criminal, la asociación ni permanente ni transitoria, ni el grupo de personas que persiguen cometer un único delito o bajo el cual solo se produce crímenes aislados o esporádicos”. Ahora bien, ya se verá cómo en la legislación española se produce una quiebra del principio de permanencia como sustancial en la organización criminal, cuando se tipifican figuras de agravantes específicas de organizaciones criminales ocasionales.

87 Algo que pone de relieve Sánchez García de Paz, La Criminalidad organizada. Aspectos penales, procesales, administrativos y policiales, Madrid, Dickynson, 2005, Págs. 65-68.

añadirse los delitos vinculados a facilitar la comisión de los anteriores, destacando entre ellos la corrupción política, policial y judicial.

7) La suma de fuerzas, la planificación y división del trabajo dan lugar a una mayor efectividad en la realización del fin de la organización: el lucro ilícito (mediante la comisión de delitos). El proceso de colectivización de las actividades criminales conlleva la complejización de las organizaciones criminales, lo cual crea especializaciones, profesionalización de sus miembros y la expansión de las actividades criminales <sup>88</sup>. La profesionalización de la actividad criminal que se produce en las organizaciones criminales es un componente de peligrosidad aún no suficientemente valorado por el Derecho Penal.

8) La psicología social comprueba que los factores de inhibición del comportamiento individual se reducen cuando el sujeto actúa arropado por una organización. Dentro de las organizaciones se produce una “dinámica de grupo” que influencia y determina el comportamiento individual <sup>89</sup>, de manera que existe un condicionamiento del comportamiento propio a través del comportamiento del otro. Ello hace que en la criminalidad de organizaciones se cometan delitos que en solitario no se realizaría (la solidaridad de grupo) <sup>90</sup>.

9) El comportamiento criminal de los sujetos al interior de los grupos no solo se potencia entre unos y otros, sino también se diluye en lo que respecta a su verificación material. Esto hace que la responsabilidad por el resultado igualmente se diluya en la medida que los miembros no se consideran totalmente causantes del mismo, y, en caso de

---

88 Cfr. Mapelli/González/ Aguado (Coords.), Estudios sobre delincuencia organizada. Medios, instrumentos y estrategias de investigación policial, Sevilla, Mercabrum, 2001, pág. 83, donde los estudios de campo policiales muestran que el nivel organizativo de los grupos, dado por el número de miembros y el ámbito territorial de actuación, demuestran el nivel de peligrosidad del grupo.

89 Vid. JÄGER, Makrokriminalität. Studien zur Kriminologie Kollektiver Gewalt, Frankfurt, Suhrkamp, 1989, Págs.151 y ss.

90 Cfr. Lampe, “Injusto del sistema y sistemas de injusto”, ob. cit., pág. 108.

sí considerarse, el amparo de la organización hace difícil la comprobación de esta responsabilidad. Ello explica los problemas de prueba que existen para determinar la responsabilidad individual de delitos cometidos por organizaciones criminales, lo cual a su vez, facilita su comisión.

10) Para actuar la criminalidad organizada requiere de alianzas con otras formas de criminalidad organizada, como la corrupción política, la criminalidad económica y el terrorismo, produciéndose una sinergia entre todas ellas que desemboca en la *economía criminal*, pudiendo llegar a socavar las estructuras legales de la sociedad y el Estado. La capacidad corruptora de la criminalidad organizada se entiende por el cúmulo de beneficios obtenidos ilícitamente, preparados para ser blanqueados en el mercado lícito. Se produce así, una *red criminal* que potencia la sinergia entre organizaciones criminales, fruto del cual es el espectacular desarrollo de los últimos tiempos.

11) Históricamente se ha valorado el secretismo de las organizaciones criminales como un elemento que conlleva mayor peligrosidad. Ahora bien, en un Estado pluralista el secretismo, por sí mismo, no puede ser valorado negativamente, en tanto forma parte del derecho a la autonomía del individuo. Aunque se reconoce que el secretismo dificulta las actividades investigadoras de los operadores jurídicos, este elemento no puede ser considerado como un plus de peligrosidad<sup>91</sup>, sino en todo caso, como una mayor dificultad de persecución penal que facilita la comisión de delitos.

12) El uso de la violencia por parte de la criminalidad organizada, lo que hemos denominado “método mafioso”, es un factor añadido a las formas de criminalidad común, toda vez que ya de por sí cons-

---

91 El CP de 1848 dedicaba dos secciones a los delitos asociaciones ilícitas: la primera, a las “sociedades secretas”; y la segunda a “las demás asociaciones ilícitas”. Cfr. García-Pablos, Asociaciones ilícitas en el Código Penal, ob. cit., pág. 25. Durante el franquismo la represión de la Masonería, como sociedad secreta y, por tanto, de tinte conspirativa fue fuertemente reprimida.

tituye delito y se convierte en un método, una forma de actuar, que agrava la comisión de delitos comunes. Incluso, la violencia puede concebirse como una forma de actuar consustancial a la criminalidad organizada. Por eso, la criminalidad organizada se caracteriza por la manera de actuar a través de organización y de manera violenta.

13) El carácter transnacional que adquiere algunas formas de criminalidad organizada plantea también un plus de peligrosidad, toda vez que al superar las barreras nacionales las organizaciones criminales se benefician de la difícil coordinación para su investigación y persecución, siempre en búsqueda de paraísos legales. El principio de territorialidad de la ley penal es un claro escollo para perseguir a la criminalidad organizada transnacional, lo cual plantea la necesidad de armonización de leyes penales y de cooperación internacional.

Como se ha puesto de manifiesto líneas arriba, el principio de proporcionalidad implica el principio de igualdad: tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales. En ese sentido, debe subrayarse que efectivamente nos encontramos ante una forma de criminalidad con mayor peligrosidad criminal que la criminalidad común. Si estamos ante una forma de criminalidad especialmente dañina, por los argumentos arriba dados, se puede y se debe plantear respuestas penales más graves que las diseñadas para la criminalidad común. No obstante, no pueden realizarse generalizaciones que precisamente contradigan ese principio de proporcionalidad. En el fenómeno criminal criminalidad organizada existen una constelación de comportamientos criminales que no pueden ser tratados de la misma manera, porque denotan distintos grados de responsabilidad penal y lesividad de la conducta. Desde el punto de vista criminológico se ha distinguido la *gran criminalidad organizada*, aquella que se contrapone al Estado, generalmente de carácter transnacional, prestando servicios y bienes a los ciudadanos en una región o un sector, la cual tiene un potencial



dañino muy grande para el Estado de Derecho, de la criminalidad organizada común. Es decir, no toda forma de criminalidad organizada es un peligro para la seguridad del Estado, ni para la paz social<sup>92</sup>. Entonces, en cuanto a lesividad social, y por tanto, mayor peligrosidad, debe diferenciarse aquella criminalidad organizada con gran complejidad y capacidad organizativa, de las organizaciones criminales comunes.

#### **4. CONCLUSIONES: NECESIDAD Y LEGITIMIDAD DE RESPUESTAS IDÓNEAS PARA HACER FRENTE A LA CRIMINALIDAD ORGANIZADA**

En realidad la concepción de criminalidad organizada se ha desarrollado primero en el ámbito sociológico o criminológico y su traspase a la legislación penal ha planteado serias dificultades porque las herramientas conceptuales del Derecho Penal no pueden descifrar todos los códigos que la realidad fenomenológica de la misma posee. La falta de acuerdo en la regulación, la utilización de técnicas de investigación que constituyen limitaciones a derechos fundamentales, son todas pruebas de dichas dificultades. Las discusiones sobre la regulación penal en el Derecho Comparado comprueban que hasta ahora no existe un concepto jurídico-penal de criminalidad organizada que haya encontrado consenso en las legislaciones o en la doctrina.<sup>93</sup>

---

92 Por ejemplo, un paquetero que vende droga al menudeo puede pertenecer a una organización criminal que le provee de la misma, pero no puede valorarse como una conducta que ponga en peligro el Estado.

93 Sobre esto llama la atención en nuestro medio, Suárez González, “Organización delictiva, comisión concertada u organizada”, ob. cit., pág. 1773: “El Derecho Comparado tampoco aporta luz al respecto. Ni el ordenamiento jurídico-penal alemán ni el italiano contienen una definición de lo que ha de entenderse por “crimen organizado” y los intentos de definición de la doctrina no descienden al nivel de concreción deseado”. Asimismo, CENTONZE, *Criminalità organizzata e reati transnazionali*, Milán, Giuffrè, 2008, pág. 165, pone de relieve sobre las dificultades de una definición de criminalidad organizada, siendo una noción que se ha desarrollado en el ámbito de las ciencias sociológicas estadounidenses y, en general, en el contexto científico del mundo anglosajón. De ahí que en Italia haya tenido recelos frente a los delitos asociativos, llegando a poner en duda su compatibilidad con la Constitución. Vid.

El acuerdo más exitoso hasta ahora ha sido la regulación de la participación en organización criminal de la Cumbre de 2000, celebrada como Convención de Naciones Unidas de la Criminalidad Organizada Transnacional. Las dificultades estriban en consideraciones de orden metodológico que han sido objeto de controversia durante todo el desarrollo histórico del Derecho Penal: cómo conocer un fenómeno social con el método jurídico-penal. En otros términos, cómo pasar del hecho social al hecho jurídico, del “ser” al “deber ser”, de las proposiciones descriptivas a las proposiciones prescriptivas. Las dificultades metodológicas se acrecientan cuando ha de hacerse frente a comportamientos criminales que poseen una dimensión de fenómeno social, que para muchas personas constituye su *moyen de vivre*, como sucede con la criminalidad organizada. El Derecho Penal se enfrenta ante al desafío de aprehender un fenómeno social con unas herramientas conceptuales propias de un comportamiento individual, en el que, seguramente, los fines, los principios y las categorías que conocemos, no son idóneos para prevenir la constelación de comportamientos criminales que subyacen en esa dimensión social.

Expresivas en este sentido resultan las palabras de WEIGEND: “La lucha contra el conceptualmente escurridizo fenómeno del crimen organizado puede provocar en el sistema de justicia penal transformaciones desconocidas en la historia del Derecho Penal. De la misma manera que el crimen cometido como negocio por grupos y organizaciones antisociales y amorfas se distingue de manera radical del paradigma tradicional del crimen como aberración aislada en la vida del individuo, el sistema penal del futuro puede acabar siendo un mundo aparte respecto del que hoy conocemos...Puede que en un mundo que debe hacer frente a una poderosa economía criminal subterrá-

---

Más extensamente sobre las dificultades de un concepto de criminalidad organizada para el Derecho Penal, Zúñiga Rodríguez, Criminalidad organizada y sistema del Derecho Penal. Contribución a la determinación del injusto penal de organización, Granada, Comares, 2009, Págs. 25-35.

nea que amenaza infiltrar no solo la economía legal, sino también los centros del poder político, el Derecho Penal se convierta en algo disfuncional y haya que sustituirlo por un sistema nuevo basado en un conjunto de principios...”<sup>94</sup>.

Articular posibles respuestas a las dificultades señaladas, pasa en primer lugar por reconocer la necesidad de hacer frente a una realidad criminológica que desborda los límites conceptuales del Derecho Penal, toda vez que la dañosidad social y la peligrosidad criminal que poseen los comportamientos criminales que discurren en el mundo de la criminalidad organizada necesariamente implican una respuesta del sistema penal. Con los límites antes expuestos sobre la prevención y privilegiando un Programa integral de Política Criminal, lo cierto es que no puede soslayarse frente a este fenómeno respuestas contundentes del Derecho Penal y Procesal Penal, desde que nos encontramos con comportamientos muy graves, que lesionan bienes jurídicos importantes y denotan una peligrosidad criminal mayor que la delincuencia común, en el mayor de los casos.

Es decir, un primer punto de partida es la reafirmación de la utilización del instrumento penal para hacer frente a tan graves comportamientos criminales. Las posturas minimalistas parecen desconocer que nos enfrentamos a fenómenos criminales ciertamente graves, con importantes consecuencias en la seguridad y la vida de las personas, con gran dañosidad social, que por sus características, trasciende los elementos de la criminalidad común. Claro está, se trata de hacerle frente con las técnicas y medidas penales legítimas y apropiadas para prevenir dicha criminalidad, conjugando eficiencia y garantías. La principal cuestión es establecer cómo y, concretamente, qué conductas pueden ser consideradas injustos penales y a quiénes (y en qué grado) ha de exigirse responsabilidad penal por sus com-

---

<sup>94</sup> Weigend, “Los sistemas penales frente al reto del crimen organizado”, ob. cit., pág. 547

portamientos. Además, ha de valorarse cómo y, concretamente, con qué técnica legislativa se da respuesta al *plus* de peligrosidad de la criminalidad organizada respecto de la criminalidad común.

Ello conlleva, en segundo lugar, preguntarse por la legitimidad de las respuestas penales y las técnicas de investigación que suelen ser distintas a la de la criminalidad común. Nuevamente, la gran capacidad criminógena que muestran las organizaciones criminales, su sinergia con otras organizaciones dedicadas al delito <sup>95</sup>, su capacidad corruptora de las relaciones sociales, políticas y económicas, de acuerdo al *principio de proporcionalidad* nos llevan a plantear respuestas idóneas, en su caso, especiales para su persecución penal. Así es, proporcionalidad significa necesidad, adecuación y proporcionalidad estricta de la medida de intervención que en cada caso, deben valorarse con estos parámetros. No existe pues, una validación a priori de las medidas excepcionales sustantivas o procesales, sino en la medida que superan ese triple baremo de la proporcionalidad. Proporcionalidad y control judicial son requisitos claramente de legitimidad de las medidas procesales restrictivas de garantías como las escuchas telefónicas o los registros domiciliarios <sup>96</sup>, sin olvidar que previamente ha de exigirse el principio de legalidad, algo que no siempre se cumple <sup>97</sup>.

95 Especialmente interesante como ejemplos, los hechos que subyacen en la STS N° 428/2014 de 22 de Septiembre de 2014, que estima el recurso de casación interpuesto por el Ministerio Fiscal contra la sentencia que absolvió a los acusados de los delitos de asociación ilícita, recepción, delito continuado de falsedad en documento mercantil, delito contra la salud pública y tenencia ilícita de armas. De acuerdo a los hechos probados, cinco miembros de una misma familia constituían un grupo organizado que a lo largo del tiempo se dedicaba a favorecer la actividad delictiva de diversas personas facilitándoles vehículos para la realización de actividades ilícitas, en su mayoría relacionadas con el tráfico de drogas y delitos contra el patrimonio, asegurándoles una cobertura para que dichas personas no puedan ser identificadas, llegando en algunas ocasiones, algunos de ellos a participar en hechos delictivos.

96 Cfr. GARCÍA SAN MARTÍN, “Incidental finding or a chance discovery within the field of criminal investigation”, en LA SPINA / MILITELLO (Ed.), Drug trafficking and strategies of intervention, ob. cit., pág. 117, subraya que la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha aplicado el principio de proporcionalidad para declarar si una prueba es legítima o no.

97 Como sucede con la falta de regulación concreta sobre las escuchas telefónicas en el Derecho español, pues esta práctica se rige por la interpretación jurisprudencial, creando gran inseguridad jurídica.

En su caso, en el ámbito penal sustantivo, el delito de participación en organización criminal se presenta como el instrumento que mayor consenso ha alcanzado en nuestro entorno cultural, dado que la Convención de Naciones Unidas sobre Criminalidad Organizada Transnacional de 2000 y la Decisión Marco 2008/841/JAI relativa a la lucha contra la delincuencia organizada lo contemplan. No obstante su trasposición a la regulación española en el año 2010 con la incorporación de los artículos 570 bis y 570 ter al Código Penal no encuentran una pacífica interpretación toda vez que se superponen al delito de asociación ilícita pre-existente y a las agravantes específicas que contemplaba este cuerpo legal <sup>98</sup>. Pero la mayor dificultad interpretativa deriva de las mismas categorías dogmáticas pensadas siempre desde la responsabilidad individual, por lo que la doctrina propone la conceptualización de un injusto de organización <sup>99</sup>. Ello serviría para superar las dificultades interpretativas sobre la naturaleza de estos delitos (de lesión o de peligro, abstracto o concreto), cuál es el bien jurídico protegido, por consiguiente, los presupuestos de aplicación, principalmente sobre los problemas más álgidos como son el momento consumativo, la responsabilidad de los miembros de la organización y la de los colaboradores externos, los concursos con los delitos-fin, etc. <sup>100</sup>

La interpretación penal se tiñe de incertidumbres en la medida que los diferentes intérpretes, siguiendo la teoría penal que se tenga, pueden llegar a resultados diversos, con clara merma de la seguridad jurídica. Urge, pues, una búsqueda de criterios de interpretación uní-

98 Cfr. Méndez Rodríguez, “Delimitación de los delitos de asociación ilícita y de participación en organización criminal”, en *Ars Iuris Salmanticensis*, Vol 1, Junio 2013, Págs. 227 y ss.

99 Cfr. Más ampliamente Zúñiga Rodríguez, *Criminalidad Organizada y sistema del Derecho Penal*, ob. cit., Págs. 249 y ss.

100 Particularmente evidente Spagnolo, “Reatti associativi”, en *Enciclopedia Giuridica Treccani*, Roma Aggiornamento, 1996, Vol V, pág. 10, para quien el futuro legislativo de los delitos asociativos pasa por “la necesidad de “enriquecer” la estructura objetiva de los tipos penales, evitar el recurso a tipos meramente asociativos de carácter general y tomar posición expresa sobre el problema de la punibilidad del concurso externo”.

vocos en esta materia para que exista un mensaje alto y claro para las organizaciones criminales que viven del delito, que redunde en la eficacia de su persecución.

Finalmente, pero no por ello menos importante, es señalar que cualquier modelo de intervención penal, tiene que respetar el principio de subsidiariedad. Esto significa privilegiar medidas extrapenales, como el Derecho Administrativo sancionador para controlar las actividades favorecedoras de las actividades de la criminalidad organizada, como control de cambios, movimientos de capitales, personas que se encuentran detrás de las sociedades de capital, actividades reales de las empresas, etc.

En ese viejo debate entre eficacia y garantías, particularmente importante pero olvidado en la lucha contra la criminalidad organizada, es tener en cuenta que si no existe una visión global del problema, teniendo como objetivo una Política Criminal integral sobre este fenómeno, que diseñe un verdadero programa de prevención social, poco se avanza en la eficiencia de neutralizar este fenómeno, porque permanecen las causas sociales que lo impulsaron.

Como se ha puesto de manifiesto en el Proyecto IFO antes señalado, sin duda nos enfrentamos a un “enemigo” muy poderoso como son las organizaciones criminales transnacionales, que poseen grandes cantidades de dinero para comprar personas y corromper instituciones y empresas, pero los avances de los últimos tiempos, en especial en técnicas más depuradas de investigación, mayor profesionalización de los miembros de las fuerzas de seguridad del Estado y de la judicatura, han conllevado importantes logros en el descubrimiento y condena de los miembros de estas organizaciones. España ya no es la puerta abierta de entrada de la droga hacia Europa como lo era en los años noventa. Ha conseguido grandes retrocesos de las

organizaciones criminales, con el mensaje de que en este territorio se les perseguirá y castigará efectivamente. Como decía Beccaria, la pena justa, pronta y cierta es la mejor prevención .

Finalmente, pero no por ello menos importante, es señalar que cualquier modelo de intervención penal, tiene que respetar el principio de subsidiariedad. Esto significa privilegiar medidas extrapenales, como el Derecho Administrativo sancionador para controlar las actividades favorecedoras de las actividades de la criminalidad organizada, como control de cambios, movimientos de capitales, personas que se encuentran detrás de las sociedades de capital, actividades reales de las empresas, etc.

En ese viejo debate entre eficacia y garantías, particularmente importante pero olvidado en la lucha contra la criminalidad organizada, es tener en cuenta que si no existe una visión global del problema, teniendo como objetivo una Política Criminal integral sobre este fenómeno, que diseñe un verdadero programa de prevención social, poco se avanza en la eficiencia de neutralizar este fenómeno, porque permanecen las causas sociales que lo impulsaron.

Como se ha puesto de manifiesto en el Proyecto IFO antes señalado, sin duda nos enfrentamos a un “enemigo” muy poderoso como son las organizaciones criminales transnacionales, que poseen grandes cantidades de dinero para comprar personas y corromper instituciones y empresas, pero los avances de los últimos tiempos, en especial en técnicas más depuradas de investigación, mayor profesionalización de los miembros de las fuerzas de seguridad del Estado y de la judicatura, han conllevado importantes logros en el descubrimiento y condena de los miembros de estas organizaciones. España ya no es la puerta abierta de entrada de la droga hacia Europa como lo era en los años noventa. Ha conseguido grandes retrocesos de las

organizaciones criminales, con el mensaje de que en este territorio se les perseguirá y castigará efectivamente. Como decía Beccaria, la pena justa, pronta y cierta es la mejor prevención<sup>1</sup>.

---

1 Pérez Álvarez / Zimiga Rodríguez, “Development of the IFO project on the fight against international drug trafficking in Spain”, en La Spina / Militello (Ed.), Drug trafficking and strategies of intervention, ob. cit., pág. 24.





### III. LA CORRUPCIÓN EN EL SECTOR PRIVADO <sup>101</sup>

#### (Reflexiones desde el ordenamiento español a la luz del derecho comparado)

Adán Nieto Martín  
Profesor titular de Derecho Penal  
Universidad de Castilla la Mancha

#### Introducción

La corrupción es, sin duda, uno de los delitos más característicos del mundo globalizado, por ello no es de extrañar que los organismos supranacionales hayan generado en los últimos tiempos diversos instrumentos con el fin de establecer estrategias comunes. En el marco europeo destacan las diversas iniciativas de la UE y el Convenio del Consejo de Europa contra la corrupción de 27-1-1999 y dentro de estas, desde la óptica del derecho español, sorprende singularmente la formulación de un delito de corrupción en el sector privado, figura delictiva que el legislador español está obligado a introducir en nuestro ordenamiento, pues aun que no se ha adherido el Convenio del Consejo de Europa, la Acción común de la UE obligaba a introducir esta figura delictiva antes de que concluyera el año 2000.<sup>102</sup>

101 Ponencia presentada al Convegno distudi su: "la corruzione tra privati: esperienze comparistiche e prospettive di riforma", Jesi, 12-13 aprile 2002.

102 Sobre la estrategia internacional contra la corrupción vid. HUBER, "la lotta alla corruzione in prospettive o vranazionale", RTDPE, 2001, 467 Y ss.; en relación con la formulación de los delitos de corrupción en el sector privado realizada por el Convenio del Consejo de Europa y la Acción común de la UE vid. De La Cuesta / Blanco Cordero, "la criminalización de la corrupción en el sector privado: ¿Asignatura pendiente del Derecho penal español" en libro Homenaje al Prof. Dr. José Cerezo Mir (en prensa). En concreto, estos preceptos tienen el siguiente tenor literal: Acción común sobre la corrupción en el sector privado (DOCE L 1998/358, pp.2): Art.2. Corrupción pasiva: "A efectos de la presente Acción común, constituirá corrupción pasiva en el sector privado el acto intencionado de una persona que, directamente o por medio de terceros, solicite o reciba en el ejercicio de actividades empresariales ventajas indebidas de cualquier naturaleza, para sí misma o para un tercero, o acepte la promesa de tales ventajas, a cambio de realizar o abstenerse de realizar un acto incumpliendo sus obligaciones".

Salvo error u omisión por mi parte, ni el legislador, ni la doctrina se han hecho eco de la obligación de incluir un delito de estas características. Es más, no resulta exagerado indicar que la voz corrupción privada resulta casi desconocida en el glosario de términos jurídico-penales españoles. A lo sumo se hace mención a ella únicamente en el momento de proceder a una clasificación de los distintos tipos de corrupción. En esta situación la metodología más fructífera pasa por analizarlas distintas aristas que presenta esta tipología de conductas en el derecho comparado, para a continuación indagar y reflexionar acerca de su posible proyección –*de lege lata y lege ferenda*– en el derecho español. Y es que aunque la corrupción privada tal como está definida en la Acción común resulta una figura delictiva extraña, alguna de sus consecuencias o manifestaciones sí que alcanzan relevancia penal o la tienen en otros sectores del ordenamiento como el derecho de la competencia o el derecho del trabajo a través de sanciones civiles o administrativas.

---

Art.3. Corrupción activa en el sector privado: "1. A efectos de la presente acción común, constituirá corrupción activa en el sector privado la acción intencionada de quien prometa, ofrezca o dé, directamente o por medio de terceros, una ventaja indebida de cualquier naturaleza a una persona, para esta o para un tercero, en el ejercicio de las actividades empresariales de dicha persona, para que esta realice o se abstenga de realizar un acto incumpliendo sus obligaciones." Convenio del Consejo de Europa:

Art. 7. Active bribery in the private sector: "Each Party shall adopt such legislative and other measures as may be necessary to establish as criminal offences under its domestic law, when committed intentionally in the course of business activity, the promising, offering or giving, directly or indirectly, of any undue advantage to any persons who work for, in any capacity, private sector entities, for themselves or for any one else, for them to act, or refrain from acting, in breach of their duties"

Art. 8. Passive bribery in the private sector: "Each Party shall adopt such legislative and other measures as may be necessary to establish as criminal offences under its domestic law, when committed intentionally, in the course of business activity, the request or receipt, directly or indirectly, by any person who works for, in any capacity, private sector entities, of any undue advantage or the promise thereof for themselves or for any one else, or the acceptance of an offer or promise of such an advantage, to act or refrain from acting in breach of their duties.

En el derecho comparado, tal como se desprende del útil informe del Max Planck Institut acerca de la corrupción<sup>103</sup>, pueden encontrarse hasta cuatro perspectivas diferentes de la corrupción privada: la laboral, la que se efectúa a partir del derecho de la competencia, la que se centra en las implicaciones penales del proceso de privatización de la administración y finalmente la que atiende a los aspectos patrimoniales de la corrupción. En lo que sigue expondré sucintamente estos enfoques(1), para a continuación analizar detenidamente la plasmación de cada uno de ellos en el sistema español(H-V). La exposición concluirá con unas breves conclusiones del ege ferenda (VI).

## **I. La corrupción privada en el Derecho Comparado**

En Francia (art. L 152-6 del Código de Trabajo) y Holanda (art.328 ter CP) la corrupción entre privados es abordada desde la óptica del derecho del trabajo. El soborno de empleados constituye una conducta que atenta contra el principio de lealtad en las relaciones laborales. Probablemente este es el razonamiento que se esconde también en el RU tras la Prevention of Corruption Act de 1906 que comprende tanto la corrupción privada como determinados casos de corrupción pública, pues en la lógica de este texto legal el nexo de unión entre ambos tipos de corrupción es la deslealtad hacia el superior, ya sea autoridad o funcionario público o empresario privado<sup>104</sup>. Este primer modelo acarrea fundamentalmente tres consecuencias en la conformación de los tipos penales. De un lado, sujetos activos únicamente son los “empleados” pero no lógicamente los empleadores, de otro lado, el consentimiento del empresario supone la atipicidad del comportamiento, pues allí donde este

---

103 ESER / ÜBERHOFEN / HUBER (HRSG.), Korruptionsbekämpfung durch Strafrecht. Ein rechtsvergleichendes Gutachten zu den Bestechungsdelikten im Auftrag des Bayerischen Staatsministeriums der Justiz, Iuscrim, Freiburg. Br. 1997.

104 Huber/Beck (not.2), pp.84

admite o tolera las gratificaciones o sobornos no puede hablarse de deslealtad. Y finalmente, al situarse la infracción del deber posicional que entraña todo acto de corrupción<sup>105</sup> en la relación genérica de lealtad empresario-trabajador, el acto de cumplir se define en términos extraordinariamente amplios: “pour accomplir ou s’abstenir d’accomplir un acte de sa fonction ou facilité par sa fonction” .<sup>106</sup>

La segunda aproximación nos la proporciona el Derecho alemán (§ 299 StBG)<sup>107</sup> y el austriaco (§ 10 UWG). Aquí el punto de vista relevante, el bien jurídico protegido, no es otro que la tutela de la competencia. Concretamente se trata de sancionar un acto de competencia desleal.<sup>108</sup> En este marco la infracción del deber posicional se

---

105 En la definición del concepto de corrupción parto del elaborado por Malesa, Globalización, comercio internacional y corrupción, Gedisa, Barcelona, 200, p.25 ssyp.28: “se puede definir a los actos de corrupción... Como aquellos que constituyen la violación, activa o pasiva, de un deber posicional o del incumplimiento de alguna función específica realizados en algún marco de discreción con el objeto de obtener un beneficio extra posicional, cualquiera sea su naturaleza”.

106 DELMAS-MARTY/GIUDICELLI-DELAGE, Droit penal des affaires, 4. ed, Puf, Paris, 2000, p.289.

107 El §299 StGB se corresponde con el antiguo §12UWG por lo que Alemania cuenta con un delito de corrupción privada desde principios del siglo XX. La trascendencia práctica de este precepto ha sido sin embargo escasa debido a que se trataba de un delito privado y las empresas ya sea por cuestiones de pérdida de imagen, ya sea por otras razones comerciales decidían no denunciar. Su traslación al traslacional StGB se ha efectuado mediante la Ley alemana de 20-8-1997 de lucha contra la corrupción con la intención de incrementar la prevención general, motivo que ha provocado también un aumento de las penas, y de generar una mayor conciencia social acerca de la dañinidad de este tipo de comportamientos, que en expresión de la Exposición de motivos representan una conducta ético socialmente desaprobada. En cualquier caso, como se desprende de la lectura de los primeros comentarios a la Ley del 97 esta concreta reforma no ha sido objeto de una especial atención. Sobre la Ley contra la corrupción vid. KONIG, Neues Strafrecht gegen die Korruption, JR, 10, 1997, pp.297 Y ss.; Korte, Bekämpfung der Korruption und Schutz des freien Wettbewerbs mit dem Mittel des Strafrechts, NSTZ, 1997, pp. 513 Y ss.; MOI-RENSCHLAGER, Strafrechtliche Vorhaben zur Bekämpfung der Korruption auf nationaler und internationaler Ebene, JZ, 1996, pp. 822 Y ss.; SCHAUPENSTEINER, Das Korruptionsbekämpfungsgesetz, Kriminalpolitik, I 1/97, pp. 699 Y ss. Un resumen de la reforma también en WASSMER, Revidta Penal, n.º3, pp. 123 Y ss.

108 Vid. por todos, entre los distintos comentarios, BLESSING, en Müller-Gugenberger/Bieneck, Wirtschaftsstrafrecht. 3Auffl. Verlag Dr. Otto Schmidt. Kaln.2000, §53, margo48 y ss. y Schubert, Wabritz/Janovsky, Handbuch des Wirtschafts und Steers trafrecht, Verlag. CH. Beck. München.2000, 12Kapitel. Korruption, margo72 y ss.

sitúa en el contexto de las obligaciones de los operadores económicos hacia el mercado. En la formulación típica esta conceptualización de la corrupción privada se manifiesta en lo siguiente: la corrupción solo va a ser relevante en cuanto que afecta a suministros de mercancías o prestaciones de servicios que se efectúan en un régimen de competencia; el carácter supraindividual del bien jurídico protegido hace que el consentimiento del empresario resulta irrelevante; dado que la competencia desleal es una institución destinada a tutelar tanto a los participantes en el mercado como a la comunidad este delito es un delito privado, salvo en aquellos supuestos en que el comportamiento afecte de forma relevante a los intereses públicos (§ 301 StGB. Resulta significativo, sin embargo, que desde esta formulación del bien jurídico protegido los sujetos activos sigan siendo únicamente empleados o encargados. Pues lo coherente hubiese sido también incluir en el círculo de autores a los propios empresarios.

La competencia se altera de igual forma cuando es el propietario de la empresa quien solicita o recibe la oferta de contraprestación económica a cambio de preferir de manera desleal en el suministro de servicios o mercancías a un determinado competidor. Solapadamente la lealtad en las relaciones laborales está también presente en la conformación del tipo. A este modelo responde claramente la Acción común de la UE e igualmente el precepto (art. 36: cohecho de empleados y encargados) de la propuesta de euro delitos efectuado por el profesor Tiedemann<sup>109</sup>. En ambas el bien jurídico protegido es la competencia. Si bien en ambas propuestas se sigue sin dar el paso de incluir al empresario como sujeto activo.

La tercera aproximación a este fenómeno puede efectuarse a partir de los *topoi* privatización y huida del derecho administrativo.

---

109 TIEDEMANN, en Tiedemann (hrsg.), *Wirtschaftsstrafrecht in der Europrachen Union*. Freiburg-Symposium. CarlHeymans Verlag, 2002, pp. 287-228 Yarto 36.

Conviven en este punto dos situaciones diferentes. La primera sería la que nos proporciona el ordenamiento sueco, donde desde 1978 existe un tipo unitario de corrupción que comprende tanto la corrupción privada como pública<sup>110</sup>. Esta opción descansa en un argumento de política criminal que pueden ser compartidos por todos en cuanto que se sustenta en un análisis económico del fenómeno de la corrupción: esta genera siempre ineficiencia económica y costes excesivos que acaban por gravar a los ciudadanos ya sea como administradores, ya sea como consumidores. Pero la opción sueca no puede comprenderse cabalmente si no se repara en el prestigioso que lo público tiene en ese país que hace que las formas de gestión públicas hayan sido adaptadas por la empresa privada y que además el sector público sea particularmente extenso.

Este último argumento –tan “nórdico”– tiene difícil acogida, a la vista de lo ocurrido en las dos últimas décadas, en la mayoría de los países de la UE donde la tendencia es justamente la contraria: reducir el sector público a través del proceso de privatizaciones, delegar la prestación de servicios públicos y la realización de tareas públicas en empresas privadas y “huir del derecho administrativo” mediante la sujeción de determinadas actividades desarrolladas por la administración al derecho común<sup>111</sup>. Este género de confusión entre lo público y lo privado ha provocado en países como Alemania una redefinición del concepto de funcionario público (§ 11 StGB) cuyo objetivo es sobre todo incluir dentro de este término a particulares que por encargo de la administración realizan funciones públicas<sup>112</sup>. En Austria, y desde

---

110 Vid. CORNLIIS, (not.2), pp.501Yss

111 En relación con las causas políticas e ideológicas de estos fenómenos vid. por todos MARTIN MATEO, *Liberalización de la economía. Más Estado, menos Administración*. Trivium, Madrid, 1988.

112 Específicamente sobre el concepto de funcionario público en relación a los problemas mencionados, además de la bibliografía citada en la not 6, vid. LECKNER, *Privatisierung der Verwaltung “Abwahl des Strafrenchts?”*, ZStW 106 (1994), pp 502 SS; Ransiek, *Zur Amtstra gereigenschaft* §11 I Nr. 2 c StG, NStZ 1997.

una perspectiva complementaria, se ha formulado un tipo penal específico en el que se sanciona la corrupción de empleados de empresas públicas (§ 305.1 (2) y § 307.1 (2) OStGB)<sup>113</sup>. En los antiguos países socialistas esta es la preocupación que inspira las reformas acaecidas en los últimos años. El interés por la creación de un delito de corrupción en el sector privado proviene del desmantelamiento del sector público y del consiguiente *horror vacui* ante la anonimia jurídico penal en la que queman los funcionarios públicos. Políticamente los argumentos resultan colindantes con los suecos: donde todo era público resulta complejo señalar los motivos en virtud de los cuales los ahora trabajadores privados van a tener un marco penal tan distinto<sup>114</sup>.

La aproximación al fenómeno de la corrupción privada no estaría completa si no se hiciera mención a una última perspectiva: la patrimonial. Los fondos que salen de una empresa para sobornar a un empleado público o privado suponen un menoscabo patrimonial desde el punto de vista económico que solo si se admite como contraprestación económica la expectativa patrimonial que supone la promesa del funcionarios público o privado pueden entenderse compensado. Igualmente, y desde el otro lado, en la empresa cuyo representante recibe soborno, al menos existe un peligro de administración desleal por parte del administrador sobornado, que al encontrarse en una situación de conflicto de intereses, puede posponer la salvaguarda de los intereses patrimoniales de su sociedad. En este problema hasta tiempos muy recientes únicamente encontró respuesta por parte de la jurisprudencia, que algunos países como Austria han considerado que

113 Además del informe sobre Austria efectuado por Uberhofen en (not. 2), p. 379 ss, vid. También Bertel, *Infedelta ed accettazione di regali da parte del rappresentame*, RTDPE, 1988, p. 43 ss. En la doctrina italiana, apuntaba ya esta dirección político criminal en los años sesenta Pedrazzi, *Problemi e prospettive del diritto penale dell'impresa pubblica*, RIDPP, 1966.

114 Vid. Los informes de antiguos países socialistas en (not. 2) y además en relación a Rusia, que en 1997 ha introducido la corrupción entre privados en su Código Penal (art. 204), vid. SEREBRENNIKOVA, en *Wirtschaftskriminalität und Wirtschaftsstrafrecht, in einem Europa auf dem Weg zu Demokratie und Privatisierung* (Hrsg. Grobb), Leipziger Universitatverlag, 1998, p. 232.



los hechos tanto por parte del “que da” como del “que recibe” constituyen un delito de administración desleal<sup>115</sup>. Como puede comprobarse, la pregunta que se desprende de esta perspectiva es en qué medida los delitos de administración desleal deben contribuir a la función social de luchar contra la corrupción<sup>116</sup>. El legislador italiano acaba de contestar afirmativamente a esta interrogante. En la reciente reforma del Derecho Penal societario, que entró en vigor el pasado 13 de abril, y como tipo especial de administración desleal ha incluido, entre las figuras del Derecho Penal societario, un delito de “*infidelita a seguito di dazione o promessa di utilità*” (art. 2634 c.c)<sup>117</sup>.

## II. La corrupción privada y relaciones laborales

El ET establece como una de las causas que dan lugar al despido disciplinario del trabajador la trasgresión de la buena fe contractual. Ejemplo paradigmático de este supuesto es la aceptación de regalos, sobornos o cuales quiera otra ventaja destinada a hacerle incumplir al trabajador los deberes destinados del contrato de trabajo, lo que cobra particular relevancia, precisamente, cuando el trabajador tiene confiada la intervención en la realización de negocios en nombre del empresario. De la regulación laboral de este tipo de comportamientos, quizás convenga resaltar el empeño terminológico del legislador en no utilizar en este punto la expresión fidelidad. La discusión ha sido paralela a la acaecida en el Derecho Penal en la

---

115 Vid. Bertel (not. 12), passim.

116 Cfr. GOMEZ BENÍTEZ, Curso de Derecho Penal de los negocios a través de casos. Reflexiones sobre el desorden legal. Colex, Madrid, 2001, p.161 ss.

117 Vid. Sobre el Proyecto Milittello, RTDPE, 2000, p. 905 ss, la idea de incluir una corrupción de administradores se corresponde con una vieja propuesta de Marinucci/ Romano, *Tecnica normativa nella repressione, penale degli abusi degli amministratori di societa per azioni*, RIDPP, 1971, p. 681 ss, especialmente p. 685 quienes propugnaban ya en los sesenta un acercamiento de la empresa privada al estatuto penal de la función pública. De lege lata el art. 204 del CP Ruso puede encuadrarse también en esta dirección ya que se sitúa conjuntamente con dos delitos pertenecientes al marco de la administración desleal en el capítulo denominado “Protección de la lealtad en la prestación de servicios”.

determinación del bien jurídico de los delitos de funcionarios públicos. La idea de fidelidad, expresamente mencionada en la Ley de Contrato de Trabajo de 1944<sup>118</sup>, se interpretaba como un resabio de la concepción autoritaria de las relaciones de trabajo propia del nacional sindicalismo español. Por ello en la actualidad el concepto de buena fe se concreta además alejándolo de cualquier referencia de deberes éticos y dotándolo de un significado esencialmente patrimonial anudado a los intereses económicos del empresario<sup>119</sup>. A la hora de evaluar el carácter preventivo general de las sanciones disciplinarias laborales conviene poner de manifiesto que en el caso de que la infracción de la buena fe ocasione un perjuicio económico al empresario da lugar a una reclamación de daños y perjuicios (art. 1902 del CC) que puede dirigirse también contra quien sobornó al trabajador.<sup>120</sup>

Bastan, a mi juicio, estas breves consideraciones para percatare de que, al menos desde la óptica del ordenamiento español, sería impensable la configuración de un tipo de corrupción privada en la senda del art. L 152.6 del Code du Travail configurado a partir de la violación del deber de fidelidad. La interpretación eminentemente patrimonialista del concepto de buena fe implica que desde esta perspectiva lo único coherente sería la contemplación de estas figuras bajo el prisma de la administración desleal (Art. 295) o de otras figuras ya existentes como la revelación de secretos de empresa (art. 279).

---

118 ALONSO OLEA/ CASAS BAAMONTE, Derecho del Trabajo, 18 ed, Civitas, Madrid, p.314.

119 Vid. solo MASSAGUER, Comentario a la ley de competencia desleal, Civitas, Madrid, 1999, pp. 410 y ss.

120 Cfr. BERCOVITZ, Significado de la ley y requisitos generales de la acción de competencia desleal, en Bercovitz (coord.) La regulación contra la Competencia Desleal en la Ley de 10 de Enero de 1991, BOE, Cámara de Comercio e Industria de Madrid, 1 992, pp. 13 y ss

### III. La corrupción privada y competencia

La Ley competencia desleal de 1991 define en su art. 5 como desleal “todo comportamiento que resulte contrario a las exigencias de la buena fe”. A continuación y, a modo de ejemplo, enumera una serie de conductas entre las que se incluye (art. 14 LCD) la inducción a la infracción contractual, esto es la “inducción a trabajadores, proveedores, clientes y demás obligados a infringir deberes contractuales básicos que han contraído con los competidores “. Doctrinalmente se indica que uno de los arquetípicos de esta figura consiste en la entrega de dádivas o cuales quiera otra ventaja económica a trabajadores de una empresa cuando con ello se persigue establecer o asegurar una relación contractual. Igualmente se afirma que existiría un acto de competencia desleal cuando los sobornados son los administradores de una sociedad mercantil o se trata de colaboradores o personas vinculadas contractualmente a la empresa que se hayan comprometido a prestar servicios de asesoramiento relativos a la elección de proveedores, clientes o de productos o servicios<sup>121</sup> . Como puede apreciarse, la corrupción en el sector privado tal como es definida por la Acción común constituye en el ordenamiento español un supuesto característico de competencia desleal.

La LCD española responde a un concepto de competencia desleal que supera la concepción liberal decimonónica de esta institución. De su exposición de motivos se desprende claramente que la evitación de este tipo de comportamientos no solo es algo que interese únicamente al resto de los competidores directos, sino que es imprescindible en aras a la eficiencia del mercado y la protección de los consumidores. Con ello se pone de manifiesto la complementariedad existente entre la competencia desleal y la prohibición de prácticas

---

121 Vid. solo MASSAGUER, Comentario a la ley de competencia desleal, Civitas, Madrid, 1999, pp. 410 y ss

restrictivas: la libre competencia implica también que la captación de clientela en el mercado debe hacerse mediante la calidad y las condiciones de las prestaciones ofrecidas y no acudiendo al ofrecimiento de sobornos, engaños, etc. Y también con la normativa de protección del consumidor. Pues además de aquellos actos de competencia desleal que perjudican directamente a los consumidores, como la publicidad engañosa o los actos de confusión (imitación de marcas etc.), la distorsión del sistema competitivo generado por ellos perjudica a los consumidores<sup>122</sup>. Pese a la importancia de los bienes jurídicos que se anudan a la competencia desleal debe indicarse que la LCD es un texto puramente civil, en donde solo se establecen sanciones y medidas de esta naturaleza (art. 18 LCD). La represión, penal o administrativa, de la competencia desleal se sitúa, como en seguida va a verse, en el CP y en la Ley de defensa de la competencia.

La trenza de intereses (patrimoniales, competencia, consumidores) que confluyen en la LCD resulta imprescindible para entender el diseño del sistema sancionador español. Tradicionalmente los únicos actos de competencia desleal que ha sido sancionado penalmente han sido aquellos que han afectado a la propiedad industrial. Solo con el CP de 1995 ha aparecido un delito publicitario (art. 282) y un auténtico delito de espionaje industrial (art. 278 y ss.). Este reducido número de figuras nos evidencia cuál es la lógica político criminal del legislador: los actos de competencia desleal solo van a ser objeto de sanción penal en cuanto que lesionan intereses patrimoniales concretos de otros competidores o afectan a los consumidores<sup>123</sup>. Dicho de otro modo, la simple eficiencia del mercado o a las reglas de buena fe que deben presidir las relaciones comerciales no alcanza el suficiente grado de importancia para ser bienes jurídicos penales.

---

122 Cfr. BERCOVITZ, Significado de la ley y requisitos generales de la acción de competencia desleal, en Bercovitz (coord.) La regulación contra la Competencia Desleal en la Ley de 10 de Enero de 1991, BOE, Cámara de Comercio e Industria de Madrid, 1992, pp 13 y ss.

123 Vid. Por todos MARTÍNEZ BUJÁN PÉREZ, CARLOS, Derecho penal económico PE, Tirant lo Blanch, Valencia, 1 999, pp. 66 y ss.

Esto no significa, obviamente, que las sanciones terminen con las dispuestas en el Código Penal. Fruto de la conexión, antes apuntada entre el derecho antitrust y el de la competencia desleal es el art. 7 de la Ley de Defensa de la Competencia (LDC). En él se señala que el Tribunal de Defensa de la Competencia es competente para conocer de los actos de competencia desleal cuando “distorsionen gravemente las condiciones de competencia en el mercado” y “esa grave distorsión afecte al interés público”. Esto implica que cuando un acto de competencia desleal, como en nuestro caso el pago de sobornos, produce una afectación de la competencia en los términos descritos cabe imponer las sanciones administrativas que establece la LDC en su art. 10 para los acuerdos prohibidos y el abuso de sanción dominante: multa de hasta 150.000.000 de ptas., que puede incrementarse hasta el 10% del volumen de ventas correspondientes al ejercicio económico inmediato anterior a la resolución del tribunal.<sup>124</sup>

Una vez descrito el marco legal, ha de indicarse que sí se buscan en los repertorios de jurisprudencia los comportamientos que se aglutinan bajo el nombre de corrupción privada, esta parece ser un fenómeno ajeno a la vida empresarial española. En efecto, dentro del marco civil de la LCD, los supuestos que llegan habitualmente a los tribunales bajo el epígrafe de la inducción a una infracción contractual se refieren generalmente a casos en los que determinados directivos de una entidad deciden formar otra, captando clientes y trabajadores de su antigua empresa<sup>125</sup>. Tampoco el panorama resulta distinto en lo que se refiere a las sanciones administrativas del art. 7 de la LDC. En las resoluciones del Tribunal de defensa de

---

124 Sobre el art 7 de la LOC vid. El comentario efectuado por MASSAGUER (not. 21), pp. 67 Y ss.

125 Vid. SAP Sevilla, de 1 0-4-2000 (AC 2000/2011), Sentencia del Juzgado de 16º Instancia de Barcelona n.º 53 de 1 0-9-1 999 (AC 1 999/1 438) y SAP Cáceres, de 5-5-1 998 (AC 1 998/5742).

la competencia los supuestos más frecuentes de competencia desleal son los de violación de normas y los casos de publicidad en especie.

Solo en un asunto, en lo que conozco, el TDC se ha ocupado de un caso que puede incluirse dentro de la corrupción entre privados. A finales de 1993 varias empresas productoras de tabaco denunciaron a Tabacalera, empresa estatal que acababa de ceder su monopolio en la elaboración y distribución mayorista de tabacos comunitarios, pero que aún conservaba una posición dominante en el mercado, por realizar dos prácticas de competencia desleal: la venta a pérdida de unos cigarrillos muy populares en España (“Farías”) y, lo que aquí interesa, el efectuar regalos a los propietarios de los estancos (cigarrillos, cigarrillos, barajas, llaveros, cortapuros, mecheros, bolígrafos, ropa deportiva, bolsas de viaje, etc.) con el fin de que vendieran de modo preferentemente sus productos y no los de la competencia y ello aunque Tabacalera era a su vez la distribuidora de estas marcas de tabaco.

En su Resolución el TDC se limita a señalar que analizado este comportamiento “no resulta concluyente que se haya producido una perturbación suficiente del mercado”. Existe, en cualquier caso un aspecto de esta Resolución, posteriormente confirmado y desarrollado por otras, que resulta de especial interés y es que los actos de competencia desleal realizados por empresas que se encuentren en una posición dominante del mercado – en este caso la venta a pérdidas- han de ser considerados como abuso de posición dominante (art. 6 LDC).<sup>126</sup> Ello supone que en los casos de posición dominante

---

126 Resolución del TDC de 16 de febrero de 1999, expt. 375/996, (AC 1999\26 1 9) por esta razón, finalmente, Tabacalera fue sancionada con una multa de 1 30.000.000 de ptas. Con posterioridad a esta Resolución, es particularmente importante en lo relativo a actos de competencia desleal realizados por empresas con posición dominante la Resolución de 8-3-2000, expte 456/1 999 (AC 2000/236) en la cual Telefónica, que igualmente acababa de perder su monopolio público, es sancionada con 1.400 millones de ptas. por considerar el TOC que la realización de una campaña de publicidad engañosa realiza-

se incrementan notablemente las posibilidades de imponer una sanción administrativa en los supuestos de corrupción.

La escasa incidencia práctica de la corrupción privada no supone sin embargo que esta sea inexistente. Las razones de esta situación deben buscarse en que en nuestro país la competencia desleal hasta hace poco tiempo era un sector del ordenamiento del que exclusivamente se ocupaba la doctrina, ampliamente ignorado por tribunales y legislador y mucho más por los propios operadores económicos a la hora de programar sus estrategias comerciales<sup>127</sup>. En este contexto no resulta aventurado señalar, retomando la famosa clasificación de la corrupción efectuada por HEI-DENHEIMER (blanca, gris y negra)<sup>128</sup>, que en España la corrupción entre privados es claramente corrupción de blanco inmaculado: esto es, una conducta habitual y tolerada socialmente<sup>129</sup>. En este contexto resultaría contrario al principio de ultima ratio incriminar esta conducta cuando aún no se ha tenido ocasión de comprobar, por este motivo, cuáles son los efectos preventivo generales de las sanciones administrativas y civiles. Por otro lado, la introducción de esta figura contrastaría con lo que hasta ahora ha sido la dirección político criminal imperante, a tenor de la cual la competencia como bien jurídico solo resulta tutelado penalmente cuando su alteración afecta directamente al precio y cuando además ésta se produce

---

da por una sociedad con posición dominante supone un abuso de posición dominante.  
127 Cfr. Massaguer (not. 21), pp. 46.

128 Heioenheimer, "Perspectives of the Perception of Corruption" en Heindenheimer, Johnston, Levine (eds.), *Political corruption. A Handbook* Transaction, New Brunswick, 1989. Sobre la percepción de la corrupción en España vid. las reflexiones de A. NIETO, *Corrupción en la España democrática*, Ariel, Barcelona, 1997, pp. 45 y ss.

129 Un ejemplo: era y es de todos conocidos la extraordinaria generosidad de los laboratorios farmacéuticos para con los médicos -funcionarios públicos- a fin de que receten sus productos y no otros. Ha tenido que ocurrir un supuesto realmente escandaloso (recetas falsas confeccionadas conjuntamente por médico y representante con la finalidad de aumentar la ficticiamente las peticiones de un producto) para que los tribunales intervinieran en una práctica de cohecho de funcionarios públicos -pero que a su vez supone un caso de competencia desleal- con connotaciones de competencia entre privados, vid. STS de 7 de noviembre del 2001, ED 2001/38689.

a través de un comportamiento especialmente disvalioso.<sup>130</sup> Ésta es la lógica del delito de maquinaciones para alterar el precio de las cosas -intención de alterar los precios a través de noticias falsas, engaño, violencia, amenaza o uso de información privilegiada (art. 284). Y de la alteración del precio en concursos públicos (art. 262).

A la hora de valorar la necesidad de incluir un delito de corrupción entre privados resulta hoy imprescindible, en cualquier caso, atender a las implicaciones entre corrupción pública y mercado. La teoría política suele distinguir entre corrupción situacional y sistémica o estructural y señala además como actualmente es este el tipo predominante<sup>131</sup>. La corrupción ha dejado de ser un negocio privado y aislado entre funcionario y particular, para convertirse en un modo más de articulación de relaciones económicas entre agentes públicos y privados allí donde la administración o el legislador actúan como agentes económicos, ya sea adquiriendo bienes o servicios, ya sea adoptando decisiones con repercusiones económicas. La corrupción sistémica afecta tanto a la competencia como a la imparcialidad de la administración. Dentro del Código Penal español existen dos preceptos que evidencian claramente el acercamiento entre cohecho y mercado. El primero de ellos es el delito de corrupción de funcionarios públicos extranjeros, que ha introducido recientemente el legislador español (art. 445 bis) como consecuencia de la ratificación del convenio de la OCDE. Esta figura muestra claramente como la imparcialidad u objetividad de los funcionarios públicos extranjeros no interesa en cuanto tal, sino solo cuando afecte a transacciones, con-

130 El que estos delitos se refieran exclusivamente al precio y acoten los comportamientos típicos en el modo indicado evidencia que la libre competencia se protege penalmente como garantía de libertad de los operadores económicos. De este modo, la competencia en su aspecto supraindividual, esto es, en cuanto instrumento de política económica imprescindible para garantizar un funcionamiento eficaz de los mercados, resulta únicamente tutelada de modo directo por las sanciones administrativas de la LDC. Para más detalles y referencias sobre el derecho sancionador de la competencia en España vid. NIETO MARTÍN, El derecho sancionador de la competencia español (en prensa).

131 Vid. SCHUBERT, Korruption (not. 7) marg. 5



tratos ó operaciones económicas. Y es que, aparte de otros efectos económicos devastadores de la corrupción<sup>132</sup>, ésta tiene como efecto el cierre de mercados como consecuencia del sólido matrimonio que el “pacto corrupto” crea entre sobornante y sobornado y también como consecuencia de que una vez que se ha producido el primer “contrato” los costes de transacción son mucho más reducidos en los siguientes.<sup>133</sup> Los objetivos económicos del art. 445 bis son tan evidentes que este precepto constituye en realidad un delito pluriofensivo en el que quedan tutelados tanto la imparcialidad de los funcionarios públicos como la competencia. El segundo de los preceptos es la alteración del precio en subastas públicas en el que se ha producido un camino inverso al anterior. Esto es, esta figura ha pasado a ser un delito económico con afectación exclusiva del sistema de formación de precios para convertirse en una figura, que al menos desde el punto de vista criminológico, se sitúa en los terrenos comunes de la corrupción y la economía, en cuanto que hoy su cometido principal es tutelar los mecanismos de contratación pública<sup>134</sup>.

Ahora bien, aunque a la vista de cuanto acaba de indicarse los perjuicios económicos de la corrupción resultan evidentes, resulta cuestionable que la competencia se haya elevado a la categoría de bien jurídico protegido por esta figura, por mucho que su lesión vaya con frecuencia asociada a la realización del tipo. Los efectos negativos de cohecho son un factor, en el derecho español, a tener en cuenta a la hora de decidir la injusticia del acto que se pide o al que se compromete el funcionario público, esto es, resultan un criterio esencial para distinguir entre el cohecho propio y el impropio. Pero

---

132 Vid. Malem SEÑA, (not. 4) pp. 44 Y ss.

133 Sobre los costes económicos de transacción vid. GRAF LAMBSDORFF, *Korruption als mühseliges Geschäft-eine Transaktionskostenanalyse*, en Pieth/Eigen (Hrsg.) *Korruption im internationalen Geschäftsverkehr*, Luchterhand, Basel, Frankfurt am. Main, 1999, pp 56 y ss.

134 De hecho la introducción de una figura delictiva semejante al arto 262 del CP español en el StGB (§ 298, acuerdos en subastas públicas) han sido probablemente la innovación más destacada de la Ley contra la corrupción alemana de 1997, vid. Bibliografía citada en not. 6.

el bien jurídico de esta figura, y el que determina el merecimiento de pena de estos comportamientos, continúa siendo sin duda alguna la imparcialidad de los funcionarios públicos.

#### **IV. Corrupción privada y procesos de privatización administrativa**

Desde hace ya algunas décadas asistimos a lo que genéricamente se ha dado en llamar privatización de la administración o la huida del derecho administrativo.

Aunque estos términos esconden fenómenos diversos, cobijan un mismo problema jurídico-penal: la definición de los límites de la administración, desde el punto de vista del derecho administrativo, necesariamente ha de suponer un replanteamiento de la frontera exterior de los delitos de funcionarios públicos. Sea cual sea el resultado de esta definición lo cierto es que como consecuencia del nuevo escenario ha surgido una importante zona de penumbra, entre lo público y lo privado, ante la cual cobra importancia un delito como el de corrupción en el sector privado, que actuaría como tipo de recogida en relación con aquellos supuestos que ya no pueden ser encajados dentro de los delitos de funcionarios pero, que por otro, lado resultaría insatisfactorio dejarlos sin sanción<sup>135</sup>.

Antes de abordar la respuesta del derecho penal, conviene describir sucintamente los distintos fenómenos administrativos a los que nos estamos refiriendo<sup>136</sup>. El primer grupo de casos es el que se

---

135 La función del § 299 StGB como tipo de recogida está latente en la mayoría de la doctrina alemana; vid. por ejemplo BLES SING (not. 7), § 53, marg. 52, si bien una vez que se ha modificado, ampliándolo, el concepto de funcionario público del StGB los casos no abarcados por el cohecho de funcionarios públicos serán menos.

136 Para ello me he servido principalmente de los trabajos DE LA SERNA BILBAO, *La privatización en España. Fundamentos Constitucionales y Comunitarios*, Aranzadi, Pamplona, 1995, especialmente pp. 36 y ss y ss. Y TRONCOSO REIGADA, *Privatización, empresa pública y constitución*, Marcial Pons, Madrid, 1997, 37 ss.

viene denominando como *privatización material*: una función o servicio que hasta el momento era desempeñada de forma exclusiva por el Estado se decide traspasar al sector privado. En estos casos suele ocurrir que a la par que se desregulariza el mercado, posibilitando que aparezcan nuevos competidores, la antigua entidad pública que prestaba el servicio se convierte en una empresa privada en la que el Estado sigue ostentando, de algún modo, el control. EL segundo supuesto es el que propiamente ha de denominarse como *huida del derecho administrativo*; la administración, buscando una mayor eficacia o simplemente eludir las garantías y trámites del Derecho administrativo, desarrolla sus competencias bajo el derecho privado. Para ello una de las técnicas preferidas es la creación de organismos con un estatuto jurídico especial, híbrido entre lo público y privado, o simplemente la creación de sociedades privadas.

La huida que en los primeros momentos se reducía a los supuestos en que la Administrador actuaba como productor de bienes y servicios se ha generalizado y afecta no solo a ámbitos de la administración prestacional, sino incluso en nuestro país a la propia esencia del Estado, la recaudación de tributos, como muestra la Agencia Tributaria. La tercera situación es la denominada *privatización de la gestión* o privatización funcional; la administración, buscando una mayor eficacia en la realización de algunas de sus tareas, transfiere su ejecución a un sujeto de derecho privado. A diferencia, de la privatización material la competencia del servicio sigue en manos de la administración, transfiriéndose únicamente su ejecución a un sujeto de derecho privado, que actúa como auxiliar de la administración. En lo que sigue analizaremos si las personas implicadas en estos supuestos pueden considerarse como funcionarios a efectos penales, si bien se ha de advertir que con la excepción del trabajo pionero de Valeije y las sentencias que en él se recogen poco ha sido el debate que ha suscitado esta cuestión<sup>137</sup>.

---

137 VALEIJE, Reflexiones sobre los conceptos penales de funcionario público, función pública y personas que desempeñan una función pública, CPC, 62, 1997, p.435 ss.

A este respecto lo primero que ha de resaltarse es que en el CP español aunque el concepto de funcionario público se define expresamente en su art. 24 con validez para la totalidad del Código, ocasionalmente y en relación a algunos delitos es objeto de ampliación o restricción<sup>138</sup>, por parte del legislador. Y esto es lo que ocurre expresamente con relación al delito de cohecho propio, pues el art. 422 del C.P. se encarga de indicar que los tipos de cohecho propio pueden ser de aplicación a “jurados, árbitros, peritos” y lo que aquí interesa especialmente a “cualesquiera personas que participen en el ejercicio de funciones públicas.” Esta última indicación resulta de suma importancia pues permite incluir entre los sujetos del cohecho pasivo propio a aquellos particulares que realizan funciones administrativas en los casos de gestión indirecta de servicios públicos<sup>139</sup>, esto es los supuestos de privatización de la gestión, en los cuales el servicio público se presta por una empresa privada al amparo, generalmente de un contrato de carácter público (concierto, concesión, arrendamiento o gestión interesada)<sup>140</sup>.

Ni doctrina, ni jurisprudencia se han manifestado con claridad acerca de lo que ha de entenderse por servicio público lo que resulta esencial tanto para determinar quiénes son los particulares que ejercen servicios públicos, como para determinar el concepto de funcionario público *strictu sensu* (art. 24)<sup>141</sup>. A mi juicio, esta noción ha de entenderse de un modo amplio y eminentemente subjetivo, esto es como equivalente al conjunto de intereses de cuya tutela o prestación

---

138 Como ocurre en el delito de malversación donde para ser autor ha de reunirse una doble cualidad: ser funcionario público y tener confiada la custodia de cautelares públicos.

139 Esta ampliación del concepto de funcionario público que en nuestro CP hace de modo puntual el art. 422 del CP, es la que ha operado de modo genérico el legislador alemán a través de la ley anticorrupción del 1997 modificado el § 11 del StGB, en el que se consideran funcionarios públicos (4), aquellos que sin serlo: “a) desempeñan en un cargo o en cualquier puesto, las tareas de la Administración pública, o b) llevan a cabo, en una asociación o cualquier agrupación, establecimiento o empresa, tareas de la administración pública, para un cargo o cualquier puesto”.

140 Expresamente en este sentido VALEIJE (not. 36), p. 471.

141 Para mayores detalles, VALEIJE(not. 36), pp 463 ss.

se hace cargo el Estado ya sea directamente o indirectamente a través de actos de delegación <sup>142</sup>.

El concepto amplio de servicio público implica que también no solo la prestación final queda incluida en el, sino también cualesquiera de las fases o tareas anejas a la misma. De este modo existe participación en funciones públicas (privatización funcional) también en los casos que un particular, persona jurídica o privada, interviene en alguna de las fases de la producción del servicio en sus tareas auxiliares <sup>143</sup>.

La existencia de un servicio público resulta también independientemente de que existan operadores privados que presten en régimen de competencia ese servicio. De seguir este criterio ni la educación, ni la enseñanza, ni incluso la seguridad podrían considerarse servicios públicos. Lo relevante es únicamente que se trate de cumplir o participar en una actividad o servicio que la administración desea prestar a los ciudadanos <sup>144</sup> y que la administración, a través del contrato de gestión, se reserva determinadas funciones de control o supervisión, mayores que las existentes en un contrato entre particulares, que pongan de manifiesto que en realidad es la administración quien presta dicho servicio, si bien, a través de un tercero.

Existen dos problemas más adentro de esta categoría de supuestos que tampoco han sido objeto de especial atención. El primero puede definirse del siguiente modo: en la inmensa mayoría de

142 Cfr. VALEIJE (not. 36), p 473, en sentido similar, esto renunciando a establecer un concepto de función pública o servicio público a partir de una especificación de las funciones propias de la administración y partiendo de un criterio subjetivo RANSIEK (not. 11), p. 521.

143 Ejemplo: dentro de un Hospital público puede ser objeto de concesión a empresas privadas el servicio de limpieza o incluso la alimentación. De este modo, si los responsables de la empresa concesionaria de la administración son sobornados por un proveedor con el fin, por ejemplo, de facturar a su empresa cantidades mayores a las reales existiría un delito de cohecho (art. 419 en relación con el art. 422).

144 Cfr. RANSIEK (not. 11), p. 522.

los supuestos de gestión indirecta los agentes privados que pasen a prestar en servicio serán personas jurídicas, ¿significa esto que la totalidad de trabajadores de dichas empresas pasarán a considerarse funcionarios públicos? Esta cuestión debe abordarse a partir del precepto que regula actuaciones en nombre de otro (art. 30 del CP) y ello porque el problema no es solo similar, sino idéntico al que esta figura que pretende resolver: los delitos de funcionarios públicos cuando admiten dentro del círculo de autores a particulares que prestan servicios públicos, se convierten en delitos especiales que no excluyen del círculo de autores a priori idóneas a la persona jurídica. De este modo, en estos supuestos, solo los administradores de hecho o de derecho podrán ser considerados autores del delito de cohecho.

El segundo problema es si aquellos profesionales que prestan sus servicios, de asesoramiento o de cualquier otro tipo, a la administración bajo un contrato privado de prestación de servicios que pueden ser considerados particulares que ejercen funciones públicas y ser incluidos en el art. 422 y por tanto el círculo de autores del delito de cohecho propio.

Este sería, por ejemplo, el caso ampliamente debatido por la doctrina y jurisprudencia alemana, del estudio de arquitectura que es contratado por un ayuntamiento para que le asesore en el plan de urbanismo o en la adjudicación de una determinada obra pública. Según creo, en estos casos no estamos ante particulares que cumplen funciones públicas, pues la administración carece de un control específico sobre su tarea o, dicho de otro modo, la supervisión que puede desempeñar no es distinta a la que tiene lugar cuando estos profesionales prestan sus servicios a personas privadas<sup>145</sup>.

---

145 Esta es también la opinión dominante tanto en la jurisprudencia como en la doctrina Alemana que no considera que estos casos extremos ente funcionarios públicos, pese a la ampliación operada en este concepto por la ley de 1997; vid nuevamente Ransiek (not. 11), *passim*, cuyo trabajo es también un comentario a la sentencia del BGH de 15-5-1977, en la que ha sentado esta doctrina.

Un supuesto a caballo entre los casos de gestión indirecta y los de huida del derecho administrativo se produce allí cuando la administración gestiona un servicio a través de un persona de derecho privado que ella misma ha creado y de la que de algún modo tiene asegurado su control. En estos casos, y con mayor razón si cabe (*a maiorem*) que en el anteriormente examinado no cabe duda de que estaremos ante sujetos activos del delito de cohecho. Ahora bien lo que ha de determinarse es si se trata de funcionarios strictu sensu (ex art. 24) o bien personas privadas que cumplen funciones públicas (art. 42). La pregunta no es gratuita, pues como se ha indicado la extensión que opera este precepto afecta únicamente del cohecho propio, pero no al impropio ni al subsiguiente. Hasta ahora los autores que se han pronunciado sobre esta cuestión, al igual que la jurisprudencia señalan que estos supuestos pertenecen al concepto estricto de funcionario público<sup>146</sup>. Esta afirmación requiere detenerse brevemente en las explicaciones de este precepto.

Como en la mayoría de los ordenamientos el concepto de funcionario se determina en el derecho español a partir de los ejes: uno estrictamente funcional (el ejercicio de funciones públicas) y otro orgánico o subjetivo (la relación del sujeto con la administración). El art. 24.2 del CP establece que este vínculo ha de efectuarse por “disposición inmediata de la ley o por elección o por nombramiento”. Ambos criterios resultan necesarios y actúan compasándose; esto es cuando más claro es el encuadramiento de una persona dentro del aparato burocrático del Estado menos importancia tiene cual es la concreta función que ejerce, por el contrario el criterio de servicio público, la participación en el ejercicio de funciones públicas, es de gran relevancia allí donde el vínculo orgánico aparece más débil. Pues bien, a

---

146 VALEIJE, (not. 36), p. 479 ss., con citas jurisprudenciales en idéntico sentido. Así, por ejemplo se ha condenado por prevaricación al miembro del consejo de administración de una sociedad anónima, cuyo capital pertenecía al Ayuntamiento de Zaragoza, por adjudicar unas obras careciendo de competencias por ello (STS de 14-11-1995).

partir de estas consideraciones puede decirse que cuando la administración presta un servicio público a través de un ente privado que ella misma ha creado y cuya gestión controla a través de un ente privado que ella misma ha creado y cuya gestión controla a través del nombramiento de sus administradores, estos han de considerarse funcionarios públicos pues existe tanto un vínculo orgánico, como ejercicio de funciones públicas<sup>147</sup>.

De lo que acaba de indicarse se desprende ya cual es nuestra opinión en relación a los casos de huida del derecho administrativo: la elección del *ius commune* por parte de la administración en modo alguno significa una huida del Derecho Penal, pues además del vínculo funcional, se dará el vínculo orgánico al estar integrados dentro de un ente que pertenece, aunque con forma privada, a la administración, y ser nombrados para ello por la autoridad competente. E igualmente, a partir de estas premisas ha de considerarse que cuando la administración actúa a través de una persona privada en el mercado, como un empresario más, esto es sometida a las reglas de la libre competencia, como ocurre en los casos de privatización material, habrá que considerar que no estamos ante funcionarios públicos pues, aunque exista nombramiento, el ejercicio de funciones públicas resulta inexistente. De este modo, la única restricción que debe hacerse sobre este criterio subjetivo de función pública que antes se proponía es la relativa a aquellos supuestos en los que la administración actúa como un operador económico más, sometido a las normas de la competencia<sup>148</sup>. Con ello, y en conclusión, se llega a un criterio similar al que gráficamente formula hace años Otto Mayer: “toda la administración

---

147 Ahora bien, esto implica que los directivos de la empresa que no hayan sido nombrados directamente por la autoridad pública matriz de la sociedad mercantil no pueden considerarse funcionarios públicos estrictu sensu y solo, nuevamente, particulares que ejercen funciones públicas, en este sentido VALEIJE (not. 36), p. 488 ss y la STS de 5-2-1993.

148 Se trataría de la única restricción que en mi opinión ha de realizarse al criterio subjetivo de función pública, en este sentido también Valeije (not. 36), p. 492, Ransiek (not. 11), p. 521 y Leckner (not. 11), p. 531 ss



que el estado no ejerce como empresario privado se designa con el nombre de administración pública”<sup>149</sup>. Llegados a este punto es preciso reconocer que el tipo de cohecho español, sobre todo gracias a lo dispuesto en el art. 422, está dotado de potencialidad hermenéutica suficiente como para no dejar lagunas de punibilidad relevantes derivadas del proceso de privatización del derecho administrativo.

La introducción en esta situación de un delito de corrupción entre privados pensado sobre todo como tipo de recogida estaría escasamente justificada. No obstante, y dado que en otros delitos de funcionarios públicos relacionados con la corrupción (fraude, malversación, revelación de secretos, información privilegiada, tráfico de influencias, etc.)<sup>150</sup> rige un concepto estricto de funcionario público, quizás sea conveniente que el legislador en cada uno de ellos y ad hoc, fuera ampliando el número de autores. A mi juicio, una solución particularizada, delito por delito de funcionarios públicos, es más adecuada que la reformulación global del concepto de funcionario público. Primero, porque tal como muestra la experiencia alemana las fórmulas generales acaban engendrando siempre problemas de interpretación y, segundo, porque no creo que sea conveniente una ampliación en relación con los genuinos delitos de funcionarios públicos (detenciones ilegales, abandono colectivo de un servicio público, omisión del deber de perseguir determinados delitos, etc.).

En relación con las empresas controladas por la Administración que desarrollan una actividad comercial, dada que caen fuera de la órbita de aplicación de los delitos de funcionarios públicos, tampoco creo que sea necesaria una regulación especial, semejante a la

---

149 Esta opinión y otras en el mismo sentido en DE LA SERNA BILBAO (not. 35), p 122 ss.

150 Se trataría, como indica VALEIJE (not. 36), p. 477, del grupo de delitos de funcionarios públicos en el que “la conducta típica nada o poco tiene que ver con el ejercicio de funciones públicas, sino más bien con el aprovechamiento del poder fctico que el desempeño de aquellas confiere a su titular”.

existente en el art. 307 del CP austriaco que establece un delito de corrupción de administradores de empresas públicas y cuya función estriba en proteger de modo adelantado el patrimonio de empresas públicas. Pues aunque es verdad que existe una línea político criminal muy asentada consistente en proteger el patrimonio público de modo especial a través de tipos de peligro, esta tutela especial tiene sentido precisamente por las funciones públicas a las que sirve dicho patrimonio. Lo que precisamente no se produce en los casos de empresas privadas controladas por el estado que participan en los mercados como operador económicos más.

## **V. Corrupción privada y administración desleal de patrimonio**

En la jurisprudencia española el pago de sobornos a funcionarios públicos por partes de los administradores de una empresa ha aparecido solo incidentalmente y no puede hablarse de una línea jurisprudencial consolidada. En el asunto Filesa el TS sancionó por apropiación indebida a las empresas que sin contraprestación alguna hicieron pagos a sociedades creadas por el PSOE con el fin de financiarse ilegalmente. El TS señaló que el pago de estas cantidades, cuyo destino a la financiación ilegal de un partido político resulta probado, supone disponer del capital social “al margen de lo que es el objeto de tal sociedad” y que la única causa que puede conducir a la atipicidad de estas conductas sería para el TS el consentimiento de todos los socios.<sup>151</sup>

Dejando de lado, si el tipo aplicar sería este o el delito de administración desleal, lo que a los efectos que van a discutirse resulta indiferente, las afirmaciones anteriores quizás deba matizarse, en cuanto que estas figuras tienen como cometido la protección del patrimonio y no la lucha contra la corrupción. Si se atiende en exclu-

---

151 STS de 28-10-1997, RJ 1997/7843.

siva a este bien jurídico lo cierto es que el pago de sobornos puede constituir una disposición patrimonial que quede compensada ampliamente por los beneficios que posteriormente se obtengan por parte de la administración el poder legislativo. Desde el punto de vista patrimonial el soborno puede ser en otros casos un gasto necesario para hacerse con un determinado negocio (una contratación pública), evitar una sanción tributaria, etc., o, en los casos de corrupción privada, para captar nuevos clientes.

En la doctrina GÓMEZ BENÍTEZ se ha señalado como criterio de delimitación la distinción de los casos de corrupción inevitable en los que el administrador se ve abocado al pago ilícito con el fin de entrar en un determinado mercado, esto es en los casos de concusión y los supuestos de corrupción cercanos a la misma, la *tangente ambientale* de la doctrina italiana, y los de corrupción agresiva en los que los sobornos serían un medio para alterar las reglas de juego del mercado. En los primeros supuestos resulta imposible encontrar un abuso de la capacidad de disposición por parte del administrador, mientras que en los segundos, desde el punto de vista de la teoría funcional o personal del patrimonio, la “disminución cierta del patrimonio social... no resulta compensada cuando los pagos no son necesarios para el normal desarrollo del objeto social, es decir, no sirven para desarrollar el fin de la sociedad, que es obtener el beneficio económico que se deduce del lícito desarrollo del objeto social”<sup>152</sup>

En el terreno de las matizaciones también puede pensarse en distinguir entre los casos en que el cohecho se presenta como un auténtico negocio sinalagmático, en el que la empresa a cambio de su contraprestación recibiría un bien concreto (la adjudicación de una concesión, un contrato de suministros, etc.) por parte del sobornado, de aquellos otros en los que las dádivas, regalos suntuarios, etc.,

---

152 GÓMEZ BENÍTEZ(not. 15), p. 171 y ss.

se dan solo con la intención de crear un “buen clima” . Si acogemos la teoría económica del patrimonio y el principio del saldo en estos supuestos existiría una clara compensación patrimonial, semejante a la que existe en cualquier otro negocio jurídico. A estas conclusiones se llega, en mi opinión, aplicando la conocida doctrina del TS alemán en el caso de la *Bundes liga* <sup>153</sup>. De esta resolución resultan importantes, por lo que aquí interesan, dos cosas. De un lado, al TS le es indiferente a los efectos de calibrar si existe o no perjuicio patrimonial que el fin de la sociedad no sea ganar a toda costa sino participar lealmente en competiciones deportivas. Este hecho se tiene en cuenta exclusivamente para comprobar uno de los elementos típicos de la *Untreue*: la realización de un acto de disposición en contra del deber de salvaguardar el patrimonio. La segunda cuestión a tener en cuenta es que esta decisión es un claro ejemplo de las consecuencias de la teoría económica del patrimonio. Pues solo desde esta teoría puede explicarse que los fines del titular del patrimonio –en este caso el fin social- sean irrelevantes a la hora de apreciar el perjuicio patrimonial y de otro lado esta teoría explica lo que quizás haya sido la parte más comentada de la sentencia: el que la contraprestación que se obtiene a cambio del soborno pueda ser considerada como una expectativa de ganancia cierta que compense la salida de fondos. De esta afirmación se desprenden las consecuencias a las que antes se hacían mención, pero también que existirá, por ejemplo, perjuicio cuando la contraprestación no sea del todo segura como ocurrirá en

153 BGH, Urt de 27-2-1975 (NJW 1975, p. 1234 ss), los hechos, que encajarían dentro de la corrupción entre privados, son los siguientes: En Alemania durante la liga 69/70 un equipo de primera división situado en posición de descenso decidió pagar una prima a los jugadores del equipo rival con el fin de que se dejaran ganar, en cuanto que la derrota suponía casi automáticamente el descenso. Los jugadores del equipo rival cumplieron con su cometido y perdieron el partido, con lo que el equipo evito el descenso y consiguió permanecer en primera división, con los beneficios económicos que de ello se derivan. Una vez finalizado se les entregó la prima (1000.000 DM). Los hechos se descubrieron y el comité disciplinario de la Liga alemana sancionó al equipo “comprador” haciéndolo descender a la liga regional. Pero lo relevante del caso es que se abrieron diligencias penales y que la Audiencia Provincial de Bielfeld condenó al presidente del equipo. “comprador” como autor de un delito de administración desleal con una multa de 25.000 DM. Posteriormente el TS casó la sentencia y absolvió al acusado.

muchos casos de cohecho, pues de acuerdo con la teoría económica las expectativas de ganancias solo cuando son seguras tienen asignado un valor económico.

Las anteriores repercusiones me parecen ciertamente irreprochables si se sigue la teoría económica del patrimonio, pero la solución a estos casos sería otra desde los postulados de la teoría personal. Pues aquí el perjuicio patrimonial aparecería ya desde el momento en que el administrador dispone de los bienes de modo tal que con ello altera las finalidades que su titular, a través de la fijación del objeto social, les había dado. A esta teoría podría objetársele que solo cuando una sociedad expresamente se ha manifestado en contra de la corrupción como forma de ganar mercados –por ejemplo suscribiendo un código ético o incluso incluyéndolo en sus estatutos - cabría hablar de frustración del fin y de perjuicio patrimonial.

Pero en contra de esta objeción podría indicarse que la disposición personal del patrimonio en el caso de sociedades o entes públicos no solo quedaría ordenada por la voluntad social, sino también por las prohibiciones y mandatos del ordenamiento jurídico. Pues, como es sabido, de acuerdo con el derecho de sociedades un acuerdo social contrario al orden público resulta nulo, de igual forma que nunca serían válidos unos estatutos sociales en los que se proclamara que S.xA recurrirá a la corrupción como forma de ganar mercados.

Desde este punto de vista, y a diferencia de lo que mantiene Gómez Benítez cualquier soborno ha de considerarse un perjuicio patrimonial y un acto de disposición abusivo por parte del administrador, pues resulta a mi juicio, aparte de discutible, muy complejo el distinguir sobornos que atienden al fin social y otros que no. El que el soborno sea inevitable para la empresa, si quiere participar en un

determinado mercado, es algo que a lo sumo ha de discutirse en el marco de la justificación (estado de necesidad, legítima defensa) pero no en la tipicidad. La teoría personal del patrimonio también suministra una perspectiva distinta sobre el riesgo<sup>154</sup> y su consideración como lesión patrimonial: el riesgo que pesa sobre un patrimonio disminuye, con independencia de su traducción a cifras concretas, el potencial económico de su titular, lesionando su capacidad de disposición<sup>155</sup>.

La teoría personal de patrimonio, como es conocida ha sido acogida expresamente por el TS en el delito de estafa<sup>156</sup>. En el caso “Banesto” la Audiencia Nacional la utilizó además expresamente para equiparar el riesgo económico al perjuicio patrimonial<sup>157</sup>. La adopción

---

154 No debe olvidarse que la corrupción aun en su versión sinalagmática siempre entraña cierto riesgo patrimonial, pues obviamente no existe modo de hacer cumplir el “acuerdo” ante los tribunales, sobre los mecanismos para asegurar el cumplimiento de los acuerdos vid. LAMBSDORFF (not.32), p. 66 ss

155 Cfr. Para más detalles acerca de esta cuestión y, en general sobre la adecuación de la teoría personal de patrimonio al delito de administración desleal, NIETO MARTÍN, El delito de administración fraudulenta, Praxis, 1996, p. 283 ss. Como indico en este trabajo, la principal virtud de esta teoría en la administración desleal es que el momento del perjuicio patrimonial sería aquel en el que el autor dispone u obliga indebidamente el patrimonio administrado, lo que traducido al pago de sobornos significaría ya que su pago ha de considerarse por sí solo como el perjuicio patrimonial.

156 STS de 23-5-1992, Ar. 1992/6783.

157 SAN de 31-3-2000, la invocación de la teoría personal se produjo en relación al supuesto del “centro Comercial Concha Espina”. En resumen los hechos son los siguientes. El acusado obtuvo gratuitamente una cuenta en participación en una sociedad mobiliaria que tenía con finalidad de constituir un centro comercial. Esta generosidad se compenso mediante el otorgamiento de préstamos y avales por parte del Banco que administraba el acusado (como puede apreciarse estos “preliminares” por si solos están muy cercanos al ámbito conceptual de la corrupción privada). Posteriormente el acusado vendió esta cuenta en participación al Banco que presidía, pero ocultándole que se trataba de una autocontratación y de que además compraban una cuenta en participación y no acciones. A la hora de evaluar si la cantidad pagada por la cuenta en participación resulta razonable en términos de mercados es cuando se plantea la cuestión del riesgo patrimonial, en cuanto que se plantea si al calcular su precio pueden tenerse en cuenta las expectativas futuras de crecimiento de una sociedad que en estas fechas estaba aún en sus inicios. La AN emplea varios argumentos para asimilar riesgos y perjuicio. Pero el decisivo es el que proporciona la adopción de la teoría personal: 2el producto recibido como contraprestación es sustancialmente diferente del que se pretendía recibir. Tanto se conciba el perjuicio en el delito de estafa en sentido económico, o de acuerdo con el más moderno

de esta teoría en el marco del delito de estafa debería conducir al TS a aplicarla en la totalidad de los delitos patrimoniales, pues no resulta correcto a menos que el legislador lo indique expresamente mantener distintos conceptos de patrimonio. Es verdad, no obstante, que tal como expuse en otro lugar, por decisión expresa del legislador el concepto personal de patrimonio no resulta aplicable en el delito de administración desleal que requiere expresamente un “perjuicio económicamente evaluable” (art. 295 CP)<sup>158</sup>. Ahora bien, la reciente jurisprudencia del TS sobre el delito de apropiación indebida y a sus relaciones concursales con la administración desleal, que hacen del art. 295 un tipo penal casi inútil, implica que el precepto a aplicar en los casos de sobornos sería el de apropiación indebida en su versión de administración desleal, cuyo bien jurídico es el patrimonio y que por coherencia con lo mantenido en el delito de estafa debe interpretarse según los postulados de la teoría personal. En consecuencia, considero que el pago de sobornos por parte de los administradores de una sociedad debe constituir siempre de acuerdo con el derecho positivo español vigente un delito de apropiación indebida, con independencia del tipo de corrupción (privada, pública, subsiguiente, “ambiental” etc.). Esta conclusión me parece acertada desde un punto de vista político criminal. No resulta coherente que un mismo ordenamiento se determine a reprimir severamente la corrupción y de otro lado admita que los beneficios esperados de la misma puedan ser tenidos en cuenta para excluir la tipicidad. A mi juicio, se trata de la misma lógica hipócrita en virtud de la cual algunos ordenamientos permitían que los sobornos operasen como desgravaciones fiscales<sup>159</sup>. Por otro lado, la perspectiva puramente económica de la

---

concepto personal, no proporciona la misma utilidad a la sociedad inversora la adquisición de unas acciones que las de una cuenta en participación”. La utilidad en que se fija el TS no es además evaluable económicamente, sino que se cifra en que la cuenta en participación a diferencia de las acciones no permite ejercer derecho político alguno, ni participación en la gestión.

158 NIETO MARTÍN (not. 54), p.287-288.

159 Sobre esta cuestión JOECKS, *Steuerrechtliche Behandlung der Bestechung*, en Pieth/Eigen (not. 32), p.372 ss.

corrupción en los delitos patrimoniales es altamente contraproducente pues incita a asegurar la contraprestación por parte de los funcionarios públicos o privados sobornados, pues solo así la contraprestación puede considerarse una expectativa patrimonial segura que compense la salida de fondos.

Hasta aquí se ha abordado la problemática patrimonial o societaria de la corrupción desde el punto de vista exclusivo de la empresa que abona el soborno, falta ahora por examinar qué ocurre con el administrador o directivo que lo recibe. La pregunta es la siguiente: ¿la sola recepción de un soborno puede ser considerada un perjuicio patrimonial a los efectos del delito de administración desleal? <sup>160</sup>. La respuesta, en mi opinión, ha de ser afirmativa en aquellos casos en los que se demuestre que el “coste del soborno” después se integra aumentando el precio final de una determinada operación (prestación de servicios, compra de mercancías, etc.). Pues aquí es evidente que el servicio o el bien se han adquirido por la empresa a un precio superior al de mercado. El que los costes económicos de la corrupción acaban siendo asumidos por la entidad a la que pertenece el sobornado y no por la empresa corruptora, es bien conocido en los casos de sobornos para hacerse con una obra pública en el que la administración acaba por pagar, como un elemento más de la obra, las cantidades que la adjudicataria ha empleado para lograr el contrato. Más discutible resulta en cambio utilizar un argumento que ha empleado en diversas ocasiones el TS austriaco: el administrador que recibe un soborno con relación a una determinada adquisición de bienes o servicios siempre podría haber conseguido estos bienes a un precio inferior renunciando a la “prima”

<sup>160</sup> Evidentemente cuando el administrador como consecuencia del soborno realiza un comportamiento que perjudica patrimonialmente a la empresa que dirige cometería ya sin duda alguna un perjuicio patrimonial. En aquellos países, como Alemania, en los se dispone de un delito de corrupción privada y uno de administración desleal en estos caso se indica que existe un concurso ideal de delito y ello porque los bienes jurídicos son distintos. El corruptor sería a su vez inductor o cómplice en este delito; vid. Por todos BLESSING (not. 7) marg. 69.



, lo que en el fondo supone reconocer que, tal como acabamos de indicar, la corrupción de representantes (públicos o privados) siempre acaba repercutiendo en los representados <sup>161</sup>.

En el ordenamiento español no creo que existan dificultades para aplicar el delito de apropiación indebida o administración desleal allí donde se ha demostrado un perjuicio efectivo en el caso concreto. Aunque en este caso lógicamente lo que conforma el tipo penal no es la recepción del soborno, sino el acto de disposición patrimonial posterior. Ahora bien no debemos engañarnos demostrar este extremo con el grado de certeza que exige la prueba penal me parece poco menos, al menos en la mayoría de los casos, que imposible. Además tampoco debe descartarse que el “precio de la corrupción” acabe siendo repercutido en general en el mercado o distribuido entre varias empresas. Por otro lado, el argumento utilizado por el TS austriaco resulta cuestionable desde el punto de vista de la presunción de inocencia en cuanto que con ella se evita comprobar si en el caso concreto el precio se ha trasladado efectivamente al producto o servicio.

## **VI. Conclusiones**

Con todo las reflexiones muestran a mi juicio que la perspectiva más sólida a la hora de decidir la inclusión de un delito de administración entre privados es la patrimonial y no tanto la supraindividual de la protección de la competencia. Esto es, si algún sentido tiene este delito sería por lo que se refiere a los casos de corrupción entre privados activa es aclarar que el pago de sobornos implica siempre un delito de apropiación indebida. Aunque como se ha demostrado existe potencial hermenéutico para considerar típica esta conducta,

<sup>161</sup> Estos argumentos llevan al TS austriaco a aplicar siempre el delito de administración desleal en los casos de corrupción con la consecuencia que el delito de corrupción privada tiene una función ornamental, BERTEL (not. 12), p 47.

convendría que el legislador interviniera mediante la creación de un delito específico de cohecho activo entre privados o mejor, para no dar lugar a confusiones terminológicas, de administración desleal mediante *pago de sobornos*. Las funciones de este tipo serían sobre todo aclarar la controvertida situación legal en torno a este tipo de conductas la cual, por cierto, no es solo exclusiva del Derecho español.

La perspectiva adoptada justifica aún más si cabe la creación de un tipo paralelo de administración desleal mediante recepción de sobornos, cuya finalidad no sería tan “declarativa” como la del precepto anterior. Pues en realidad este tipo sería únicamente un delito de peligro abstracto en el que el legislador parte de una sólida base empírica: los costes de la corrupción de representantes acaban siendo trasladados al representado. El que se trate de un delito de peligro supone que la sanción habrá de ser menos severa que la prevista en la administración desleal mediante el pago de sobornos. La asimetría de penas entre el pago y la recepción de sobornos resulta justificada desde el punto de vista del desvalor del resultado, pero también desde un punto de vista político criminal en el sentido de que la disparidad punitiva entre los distintos tipos de cohecho facilita la ruptura de la “estrecha comunidad de vida” que se produce, gracias a la amenaza penal, entre corruptores y corruptos<sup>162</sup>. Así mismo ha de señalarse que dado que el bien jurídico es, insisto, el patrimonio resulta cuestionable trasladar acriticamente la estructura de los delitos de corrupción de funcionarios públicos; en concreto: en estos supuestos no considero admisible sancionar con iguales penas que la aceptación o el pago de sobornos su ofrecimiento o la solicitud de los mismos. Estos comportamientos, en su caso, deberían ser sancionados únicamente como tentativa.

---

162 En este sentido expresamente LAMBSDORFF (not. 32), p. 84.

No querría cerrar estas páginas sin realizar, a modo de conclusión, un breve comentario sobre la Acción común de la UE que ha dado lugar a la obligación de introducir un tipo de estas características. La armonización de los ordenamientos penales nacionales, ya se realice a través de directivas, ya se efectúe mediante los mecanismos del tercer pilar ha de ser siempre una armonización de mínimos. Y ello en virtud de un conjunto de razones que ya se expusieron en otro lugar <sup>163</sup> y que quizás sea preciso recordar. La armonización, cuando se hace a través de normas imperativas para los Estados (directivas, decisiones marcos o, como en este caso, acciones comunes) supone un menoscabo importante del principio de legalidad, en cuanto que traslada el monopolio de la política criminal del legislativo al ejecutivo.

El Consejo, ya sea el CE (directivas) como el de la UE (acciones comunes y hoy decisiones marcos), está compuesto por los jefes de gobierno nacionales, desde el punto de vista de la división de poderes la armonización les permite legislar en materia penal convirtiendo a los parlamentos nacionales en meros ejecutores de sus decisiones. Esta armonización de mínimos, que se deriva del principio de subsidiariedad, es aún más importante cuando versa sobre conductas como la corrupción en el sector privado sobre las cuyo merecimiento de pena no existe apenas consenso y que resultan absolutamente extrañas para algunas tradiciones jurídicas. A lo sumo, en estos casos, la armonización debiera contentarse con exigir que las conductas sean sancionadas, dejando en manos del legislador nacional la elección de la sanción. Una armonización que no cumpla con estos requisitos corre el peligro de convertirse en “armonización simbólica”, que como ha ocurrido en este caso en nuestro país provoca una suerte de indiferencia masiva hacia la obligación de acomodar el derecho nacional. A la larga, y al igual que ocurre con

---

163 NIETO MARTÍN, Fraudes comunitarios. Derecho Penal económico europeo. Praxis. Barcelona. 1996, p 359 ss.

el derecho penal simbólico, la utilización simbólica (ineficaz) de cualquier norma se traduce en desprestigio y pérdida de valor, lo que en este caso afectaría a un instrumento que resulta imprescindible para la consecución del espacio de libertad, seguridad y justicia a que se refiere el art. 2 del TUE.



## **IV. SOBRE LA CRIMINALIDAD ORGANIZADA EN EL PERÚ Y EL ARTÍCULO 317° DEL CÓDIGO PENAL**

**Dr. Víctor Prado Saldarriaga**  
**Catedrático de Derecho Penal**

### **ESTRUCTURAS Y TIPOLOGÍAS DE LA CRIMINALIDAD ORGANIZADA**

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

Ahora bien, la estructura de las organizaciones criminales no es uniforme. Ella varía según su origen, el grado de desarrollo que ha alcanzado, el tipo de actividades delictivas que ejecuta o el número de componentes que integra. Por consiguiente, pues, hay organizaciones con estructuras altamente jerarquizadas y complejas que muestran una composición vertical, con niveles de poder y gestión muy centralizados. Pero, también, coexisten otras agrupaciones delictivas con estructuras flexibles y roles de dirección colectiva o descentralizada. Es más, las organizaciones que activan la criminalidad organizada contemporánea adoptan nuevas formas estructurales altamente flexibles y que, incluso, buscan adaptarse a esquemas corporativos horizontales que se les permitan en una dinámica de cooperación cubrir mayores mercados e intercambiar sus mercancías o servicios ilícitos.

En ese contexto, la clásica imagen piramidal de la Mafia siciliana o de la Cosa Nostra norteamericana ha tenido, pues, que ceder a los nuevos espacios y oportunidades que brinda la economía globalizada del tercer milenio (Cfr. Francesco Palazzo. La Mafia Hoy: Evolución Criminológica y Legislativa, en Juan Carlos Ferré Olivé y Enrique Anarte Borrallo. Delincuencia Organizada. Aspectos Penales, Procesales y Criminológicos. Universidad de Huelva. Huelva. 1999, p. 177 y ss.) Como bien lo describen Prieto y Gonzáles: *“Ahora, las nuevas organizaciones criminales poseen características y estructuras distintas a la de la mafia tradicional, e incluso ésta en algunos casos, ha ido cambiando de una forma u otra. A causa de estas diferencias, ahora tenemos estructuras con redes flexibles, estructuradas libremente. Tienen células pequeñas especializadas, son altamente adaptables en cualquier lugar y en cualquier momento, contienen menos riesgos. Buscan siempre el mayor beneficio con el menor riesgo, esto es un problema especial, porque esto provoca o ayuda a hacer menos riesgosa la actividad ilegal, a promover la corrupción que también es un punto muy importante. Son redes menos formales, sus enlaces tácticos y enlaces estratégicos se mezclan con organizaciones de bienes y servicios a clientes, buscan compartir mercados en vez de tener el control, trabajan de una manera más abierta, o sea trabajan de una manera más empresarial”.* (Cfr. César Prieto Palma y Samuel González Ruiz. “Estructuras y Características de la Delincuencia Organizada. Separata del Seminario sobre la Lucha contra la Delincuencia Organizada y la Corrupción. Contenido en CD ROM del Centro para la Prevención Internacional del Delito-Oficina contra la Droga y el Delito de las Naciones Unidas”. Editado por la Academia de la Magistratura. Lima, agosto 2003, p.1).

Efectivamente, las investigaciones realizadas por los organismos especializados de las Naciones Unidas, luego de la suscripción de la Convención de Palermo, han aportado importantes hallazgos

y metodologías para la identificación y evaluación de las estructuras organizacionales de los grupos criminales.

El desarrollo de estos importantes aportes para la documentación e inteligencia sobre la criminalidad organizada, se realizaron en coherencia con lo dispuesto por el artículo 28° de la citada Convención internacional. En dicha norma se establece que una tarea importante que deben desarrollar los Estados vinculados con el Convenio de Palermo es recopilar e intercambiar información entre sí sobre las dimensiones y actividades de la Criminalidad Organizada en las organizaciones criminales. Además posibilitan su monitoreo técnico de los grupos delincuenciales activos merced a la actividad que desempeñan los llamados *observatorios nacionales o regionales de la criminalidad*. A estos organismos les corresponde centralizar la información disponible sobre agrupaciones delictivas y hacer un seguimiento permanente de su evolución, reportando las innovaciones que se detecten en sus actividades, estructura, composición y procedimientos.

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

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



Ahora bien, en torno a las tipologías es importante tener en cuenta sus necesarias limitaciones, propias de la diversidad del universo de grupos criminales examinados. Al respecto los expertos de las Naciones Unidas advierten sobre sus restricciones destacando que:

*“Se debe remarcar que la estructura de los grupos sigue siendo el elemento central alrededor del cual se desarrollan las tipologías. Se realizaron intentos para desarrollar tipologías separadas de cómo los grupos estaban estructurados, esto no proporciono un método útil de descripción. Así, el tema de la estructura de los grupos es crítico para determinar una serie de tipologías. Mientras que esto no proporciona una respuesta inmediata acerca de las actividades en las que participan los grupos, si proporciona una guía relativamente útil de cómo se realizan estas actividades”* (Tipologías de Grupos de Delincuencia Organizada. Separata del Seminario sobre la Lucha contra la Delincuencia Organizada y la Corrupción. Ob. Cit., p.1).

Las cinco tipologías definidas por la CICIP y el UNICRI son las siguientes:

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

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

- La estructura rígida o flexible de la organización criminal.
- La conducción o liderazgo único o colegiado.
- La configuración de una jerarquía vertical o difusa para la

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

Seguidamente, presentaremos las características más representativas de cada una de estas tipologías, mencionando algunas organizaciones criminales a las cuales se atribuyen tales estructuras e incorporando los diagramas ilustrativos elaborados por los expertos de las Naciones Unidas (Cfr. CICIP-UNICRI. Tipologías de grupos de delincuencia organizada. Ob. Cit. p.2 y ss.).

## **La jerarquía estándar o tipología 1**

También conocida como estructura piramidal. Se le considera la estructura más rígida, tradicional y común entre los grupos de criminalidad organizada. Se caracteriza por tener un comando o liderazgo unificado a partir del cual se origina una jerarquía vertical con roles claramente definidos y asignados a sus escalones de integrantes. Las tareas se asignan de manera clara y definida para cada integrante según su nivel. Las organizaciones que se adscriben a esta tipología adoptan un código de conducta que privilegia la lealtad, el secreto y la obediencia al jefe. Poseen un sistema de control interno muy estricto y que ejecuta sanciones disciplinarias violentas. Utilizan un nombre y la vinculación entre sus integrantes se funda en lazos familiares, étnicos o de estrato social. El número de sus integrantes es

variado según la presencia histórica de la organización. En su modus operandi se recurre con frecuencia a la corrupción, el chantaje y la violencia.

Los expertos de las Naciones Unidas consideran como exponentes de la tipología que hemos descrito a los grupos criminales que operan en China y en Europa del Este. Según sus investigaciones: *“Estos grupos generalmente han sido creados alrededor de un solo individuo, quien frecuentemente da su nombre al grupo criminal. Los grupos son de tamaño mediano (50 a 200 personas) y tiene una estructura jerárquica estricta con un código de honor, reglas internas y absoluta lealtad al jefe. Los miembros son reclutados en el bajo mundo criminal y en el de los ex convictos, pero también entre los oficiales gubernamentales y servidores públicos. El uso de la violencia es una característica clave de sus actividades. De hecho, muchos de los grupos comienzan sus operaciones con la extorsión y frecuentemente hacen uso de la violencia(o de la amenaza) para asegurar sus ganancias”* (Cfr. CICIP-UNICRI. Tipologías de Grupos de Delincuencia Organizada. Ob. Cit. p.2). En el Perú las firmas del tráfico de drogas y las bandas dedicadas a delitos violentos como él y el secuestro extorsivo adoptan una estructura que responde a las características de la Tipología 1 o jerarquía estándar.

## **La jerarquía regional o tipología 2**

Al igual que en la tipología anterior en esta segunda la característica esencial se refiere al liderazgo único. Si bien existe una jerarquía rígida y definida a partir de un mando central. De él se desprenden estructuras regionales que tienen un alto grado de autonomía operativa y cuyo jefe posee capacidad de decisión sobre su espacio regional. Sin embargo, las instrucciones del mando central de la organización pueden dejar sin efecto cualquier iniciativa o decisión del

mando regional. Ahora bien, la disciplina interna es muy estricta y se basa en el respeto a un código de reglas de lealtad y perdón denominado generalmente “el estatuto”.

La actividad de las organizaciones de esta tipología es descentralizada y se desarrolla simultáneamente en varias áreas geográficas de influencia o “regiones”. Por esta razón se trata de estructuras que cuentan con muchos grupos asociados e integrantes. La militancia en estos grupos se origina en la fuerte identidad social que vincula a sus miembros los cuales provienen de un mismo núcleo poblacional o “barrio”. Su amplia expansión regional le permite involucrarse en una gran variedad de actividades ilícitas. En su modus operandi El uso de la violencia es bastante frecuente.

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

*prueba) tales procedimientos se han atenuado en algunas áreas, con el fin de adquirir más miembros...La mayoría de las bandas de motociclistas fuera de la ley están regidos por reglas conocidas como estatuto o una constitución. Algunas bandas han escrito códigos de ética. Las reglas requieren lealtad al club y condonar violencia para apoyar los intereses de la banda...Las bandas de motociclistas fuera de la ley son prominentes en la producción y distribución de anfetaminas y cannabis” (Ídem., ps.3 y 4).*

En el contexto nacional se podría atribuir esta tipología a las organizaciones dedicadas al contrabando que operan en las zonas de frontera y al tráfico de copias fonográficas y audiovisuales “piratas”

### **La agrupación jerárquica o tipología 3**

Como su nombre lo indica esta tipología identifica a una estructura corporativa que reúne a varios grupos criminales. La conducción en la agrupación jerárquica es delegada a un núcleo de representantes de cada grupo integrado, y que recibe distintas denominaciones como “Consejo” o “Cuerpo Vigilante”. Los acuerdos que se gestan y adoptan al interior de este núcleo de gobierno se decepcionan e inciden en todos los grupos asociados. El surgimiento de las agrupaciones jerárquicas obedece a cuestiones tácticas o de coyuntura. Con ellas los grupos se gestan un ámbito de concertación que les permite compartir o dividirse mercados y áreas de influencia, así como resolver los conflictos existentes entre ellos. Ahora bien, cada grupo integrante posee su propia jerarquía interna y su propia estructura, la cual suele ser del tipo piramidal o jerarquía estándar. Además los grupos integrantes se dedican a actividades ilícitas diferentes y adecuadas a las oportunidades del área geográfica donde operan. Por consiguiente, mantiene ante los demás grupos plena autonomía operativa.

Por su condición corporativa la tipología que analizamos puede dedicarse a varias actividades delictivas y estar compuesta por un gran número de integrantes. Estos últimos suelen provenir de un mismo grupo étnico o emigrante, o de un espacio común como la cárcel. Pese a integrar grupos delictivos de alta autonomía, ellos se visualizan entre sí como miembros de una agrupación jerárquica. Sin embargo en el ámbito externo, justamente su independencia operativa dificulta que se les reconozca como parte de una corporación criminal. La investigación CICIP-UNICRI considera como ejemplos de esta tipología al grupo ruso Ziberman y a la banda sudafricana “28s prison gang”. Con referencia a la primera agrupación jerárquica refieren lo siguiente: *“El grupo Ziberman consiste en seis grupos criminales separados, cada uno con estructura jerárquica y roles definidos para cada miembro. La coordinación entre los seis grupos, que forman el grupo principal se da por una estructura compuesta por cuatro individuos. Existe un estricto código de conducta en el grupo y el proceso para lograr la disciplina interna se caracteriza por altos niveles de violencia. El grupo Ziberman primero se estableció debido al comercio ilegal de tabaco antes de diversificar sus actividades en el contrabando de alcohol, apuestas y tráfico de coches robados”* (Ídem. pág. 6).

#### **El grupo central o tipología 4**

Es la tipología representativa de las estructuras flexibles. Como en el caso de la tipología 1 o de jerarquía estándar, la que ahora describimos es un modelo de estructura muy frecuente entre las organizaciones criminales modernas. En primer lugar, hay que señalar que estos grupos criminales están integrados por un número reducido de miembros y carecen de un nombre que los identifique de manera interna o externa. En segundo lugar, como se señaló, se trata de estructuras flexibles pero que operan con un número limitado de agentes que no excede de 20. Los integrantes en pleno componen el núcleo

central que adopta decisiones e impone la disciplina por consenso y acuerdo. A su interior, pues, no existe un liderazgo único, por lo que se les considera como estructuras horizontales. Por último, es de destacar que los integrantes pueden ingresar o retirarse del grupo central según la coyuntura y las necesidades operativas de la organización. Se aplica, pues, una política de disociación voluntaria o por renovación de cuadros. No se ha observado un uso relevante de medios violentos para imponer el control interno.

En la periferia del grupo central se encuentra un número importante de “miembros asociados” los cuales solo son requeridos por la organización para la realización de actividades específicas que acuerda el grupo central. También cuentan con colectivos especializados que tienen por función arreglar los conflictos que puedan darse con otras organizaciones criminales, y a los que algunos grupos centrales denominan “*enforcer*”.

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

Se reconoce como una sub categoría del grupo central a las empresas criminales flexibles. Estas generalmente adoptan una presencia corporativa de apariencia legal y de dedicación a negocios lícitos y prósperos. Sin embargo, encubren con ello su verdadera actividad ilegal que se encuentra ligada a operaciones de lavado de dinero, defraudación tributaria o fraude en las subvenciones. El número de integrantes que las compone es muy reducido. No obstante, todos sus miembros tienen gran experiencia y especialización en te-

mas económicos o financieros, a la vez que gozan de una alta estima social. Son ajenos a todo uso de medios violentos y cuentan con útiles conexiones en las esferas del poder político y en los órganos de gestión de las empresas más exitosas. Su sofisticada fachada legal y su integración activa en la economía ilícita hacen que la detección de sus actividades delictivas sea muy difícil.

Los estudios de CICIP-UNICRI califican como expresión de la tipología grupo central a la organización criminal australiana denominada *Sindicato McLean*. Sobre ella se señala lo siguiente:

“Los miembros del grupo son relativamente flexibles y fluidos; individuos o grupos de individuos agrupados bajo necesidades económicas en común. Esto significa que los miembros pueden entrar y salir del grupo según las circunstancias. De esta manera el sindicato busca constantemente nuevos miembros con habilidades específicas según lo requieran los variantes mercados y oportunidades. Claramente, los requerimientos más importantes de los miembros del sindicato es la habilidad para que los demás miembros confinen en la persona en cuestión. Solo un pequeño número de miembros principales del sindicato permanecen tiempo completo comprometido con los objetivos de la organización. Las relaciones entre estos miembros principales están cimentadas en la confianza y el entendimiento mutuo establecido a través de muchos años de participar juntos en negocios ilícitos. Todos ellos tienen un alto grado de conocimiento profesional en su área de trabajo- la importación ilegal de cannabis en Australia y otros países.

El grupo está formado por un número de diferentes células criminales que operan con roles definidos, coordinados por personas que ocupan el rol de líderes de cada una de las células. Se tiene conocimiento de que varias células del sindicato McLean operan en varias



jurisdicciones fuera de Australia, incluyendo las Filipinas, Pakistán, Tailandia, Alemania, Reino Unido, Hong Kong y Singapur ” (Ídem. ps. 7 y 8).

## La red criminal o tipología 5

La red criminal es una organización flexible por excelencia. Desarrolla actividades altamente profesionales e intercambiables. Es la estructura criminal de diseño más complejo. Su tamaño y actividades son variables. Carecen de un nombre que las identifique, lo que resulta coherente con su naturaleza dinámica fluida y mutable. En la red criminal un rol esencial les corresponde a los **individuos clave** que operan como conectores o puntos nodales. Frecuentemente se trata de un individuo clave que está rodeado por una constelación de individuos o grupos que le ayudan a realizar un proyecto criminal y que configuran la red. Es importante destacar, que los individuos clave no se consideran integrantes de ninguno de los grupos delictivos que se incorporan a la red. Solo permanecen ligados a ella mediante un conjunto variado de proyectos delictivos. Ahora bien, la red se integra con un número manejable de personas que realizan sus actividades de manera simultánea o paralela y que no siempre se relacionan entre sí. Su contacto con la red y con sus proyectos delictivos se realiza a través de los individuos clave. La característica común de los miembros de una red es su habilidad y excelente ubicación estratégica para la realización de los proyectos delictivos asumidos, lo cual los convierte en los más idóneos para el operar exitoso de la red como estructura criminal. No obstante, no todos los componentes de la red poseen igual nivel de relevancia para el desarrollo de sus actividades delictivas. Así, por ejemplo, la red criminal cuenta, a su vez, con una red externa de criminales que operan como una estructura complementaria de reserva o apoyo, y que puede ser activada según las necesidades de realización de acciones criminales violentas o especiales.

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

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

personas con una habilidad particular (la habilidad de capitanear un barco) al anunciarse públicamente en los medios. El uso de la violencia no es estructural en estos grupos; pero si instrumental e incidental ya que su enfoque principal radica en las altas habilidades y facultades de sus miembros” (Ídem. ps. 9 y 10).

En nuestro país la procuraduría Ad Hoc para delitos contra la Administración Pública ha sostenido de manera reiterada que durante la década pasada se estructuró una amplia red criminal que operó con grupos enquistados en las principales instancias del poder político, de las instituciones castrenses, de las instituciones del Sistema de Justicia y en algunos medios de comunicación. Esta fuente ha afirmado también que en esta red criminal fungía como individuo clave el ex funcionario de inteligencia Vladimiro Montesinos Torres quien ya ha sido objeto de varias condenas judiciales y se encuentra aún sometido a otros procesos penales (Cfr. José C. Ugaz. Falta de Inteligencia. Comentario publicado en la Sección Editorial del diario El Comercio, edición del 8 de abril de 2003).

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

## **LA CRIMINALIDAD ORGANIZADA EN EL PERÚ**

Distintos analistas coinciden en señalar que las manifestaciones de la criminalidad organizada en nuestro país son todavía incipientes. Que hay un claro predominio de formas estructuradas tradiciona-

les como la banda y el concierto. Sin embargo, se señala también la existencia de algunas organizaciones criminales más desarrolladas que poseen una estructura de jerarquía estándar, y que están dedicadas a la comisión de delitos violentos o al tráfico ilícito de drogas.

Una mención especial merecen las organizaciones terroristas como el Partido Comunista del Perú-Sendero Luminoso y el Movimiento Revolucionario Túpac Amaru. Estas agrupaciones de origen político que actuaron entre los años 80 y 90, se constituyeron en base a estructuras asimilables a la jerarquía regional. Y, como ya se ha mencionado, algunos sectores consideran que alrededor de Vladimiro Montesinos Torres se organizó una activa red criminal que operó en la última década.

La Policía Nacional desarrolla un catálogo bastante amplio de delitos, pero que corrobora que las principales modalidades del crimen organizado en el Perú son de tipo convencional y violento (Cfr. DININCRI-PNP. El Crimen Organizado en el Perú. Separata. Lima. 1999, p. 4). La información policial consigna las siguientes manifestaciones delictivas:

- Robos y asalto a mano armada.
- Secuestro de personas.
- Contrabando.
- Terrorismo.
- Trata de blancas: proxenetismo.
- Tráfico Ilícito de drogas, defraudación de rentas de aduana.

- Tráfico de moneda extranjera.
- Evasión de impuestos.
- Delitos contra la fe pública.
- Delitos informáticos.

De allí que consideremos más representativo referirnos a las bandas y asociaciones ilícitas como las principales formas de delincuencia organizada en el Perú. Ahora bien, todavía es escasa la escasa la información disponible y publicada sobre estas agrupaciones delictivas. Los datos que se conocen provienen principalmente de fuentes policiales o de investigaciones periodísticas, de allí que adolezcan de algunos sesgos que afectan su objetividad. A la fecha, pues, carecemos todavía de estudios empíricos de mayor rigor criminológico. No obstante, la síntesis de estos datos y fuentes permite considerar como características frecuentes de los grupos delictivos nacionales a las siguientes:

**a) Se trata de organizaciones amorfas.** Son capaces de modificar su estructura y composición con suma rapidez, para poder adaptarse con facilidad a un entorno de permanente clandestinidad y persecución.

**b) Denotan marcado empirismo.** No son grupos profesionales, ni han alcanzado un diseño definido y delimitado de las funciones que deben cumplir sus integrantes. En realidad éstos pueden asumir diferentes roles según las necesidades operativas de la organización delictiva.

**c) Practican un apoyo mutuo complementario.** El espacio común de los centros carcelarios o de una área común de influencia

(barrio, asentamiento humano, etc.), posibilitan un intercambio frecuente de mandos e integrantes entre varios grupos delictivos para el desarrollo de actividades delictivas comunes.

**d) No se aprecia especialización.** Al interior de los grupos no se encuentra integrantes que asuman por sus habilidades o conocimientos tareas específicas. De allí que el modus operandi aplique el principio rudimentario de “todos para uno y uno para todos”.

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

**f) Actividades criminales violentas.** En lo fundamental cabría señalar que el espacio de la criminalidad organizada que opera en el Perú, se relaciona con la comisión de delitos convencionales violentos como el secuestro extorsivo y el robo a mano armada.

Ahora bien, con relación a las bandas locales, las estadísticas de criminalidad registran en los últimos 15 años un constante ascenso en la frecuencia de delitos violentos contra el patrimonio y la libertad personal. Efectivamente, según algunos reportes ya hacia finales de los 90 la actividad criminal de las bandas se había incrementado notablemente. Así, por ejemplo, algunos estimados señalaban que hacia 1998 en el país operaban alrededor de 35 bandas importantes, en las que estaban integradas alrededor de 700 personas (Cfr. El Crimen Organizado en Lima. Entrevista a César Ortiz Anderson, publicada en “Domingo”. Suplemento del diario La República, edición del 10 de

mayo de 1998, p. 10 y ss; INEI. La Violencia en Lima Metropolitana. Separata estadística Datos 79, en El Peruano, edición del 11 de mayo de 1998, p. A 11).

Pero, además, por aquel entonces, existían en Lima entre 100 y 120 grupos menores dedicados a dos nuevas modalidades delictivas que la prensa denominó con fina ironía “*Secuestros al Paso*”. Esta innovada actividad delictiva se materializaba con el secuestro por horas de una persona de clase a la que se exigía un rescate poco significativo y que fluctuaba entre los 1000 a 3000 dólares.). También estos grupos se especializaron en la práctica de los “*Asaltos a cambistas*”. Esta modalidad se expresaba en robos a mano armada y donde la víctima era una persona dedicada al cambio ambulatorio de dólares en las calles de Lima Metropolitana. En los dos últimos años las bandas de secuestradores han aumentado al igual que su efectividad delictiva. Es así que entre el 2004 y mayo de 2006 se produjeron en Lima un total de 69 secuestros (Cfr. Luis García Panta y Mario Mejía Huaraca. Plagiadores al Acecho. Publicado en diario El Comercio. Edición del 21 de mayo de 2006, p. A 13). Sin embargo, algunos informes periodísticos dan cifras más altas: “Aunque oficialmente no hay una estadística, extraoficialmente se dice que en el país ocurren un promedio de 150 secuestros anuales de gran envergadura y medio millar de secuestros al paso, de los cuales solo se reporta el 50%. Se estima que las organizaciones criminales realizan cobros por más de 10 millones de dólares “(Cfr. Negocio Imparable. Reportaje publicado en la Revista 5to Poder N° 49, edición del 7 de mayo de 2006, p.38 y ss).

Otras fuentes han aportado también datos significativos sobre la estructura interna y el *modus operandi* del crimen organizado en el Perú (Cfr. Juan de la Puente. Lima: La capital del delito. Informe publicado en el diario La República, ediciones del 3 de mayo de 1998,

ps. 28 y 29; y del 4 de mayo de 1998, ps. 6 y 7; Alianza Criminal. Informe publicado en Revista 5to Poder N° 50, edición del 14 de mayo de 2006, ps.42 y 43). Al respecto, se ha señalado que las agrupaciones delictivas dedicadas al robo y al secuestro tenían las siguientes características:

- Su liderazgo y dirección eran compartidos por dos o tres cabecillas, los cuales contaban con varios ingresos carcelarios.

- Sus integrantes eran personas con registros etarios entre 18 a 39 años de edad. Provenían de los sectores pobres de la población. Sin embargo, también era frecuente la presencia en las bandas de componentes calificados como licenciados o personal cesado o desertor de la Policía Nacional y de las Fuerzas Armadas.

- Actúan provistas de armas de guerra como fusiles, ametralladoras o granadas; y de un sincronizado sistema de comunicaciones que incluye vehículos de apariencia oficial, radios, teléfonos celulares, etc.

- Su influencia y radio de acción criminal se focaliza en las grandes ciudades del país como Lima, Callao, Ica, Arequipa, Huancayo, Chiclayo, Trujillo, etc.

- Aplican técnicas de inteligencia, seguimiento (“reglaje”) y reconocimiento previo de las rutinas, familias e ingresos de sus objetivos y víctimas.

- Operan colectivamente pero con asignación de funciones que comprenden acciones tácticas de ataque, cobertura, ocultamiento, etc. Con frecuencia en una actividad delictiva importante como el asalto a entidades bancarias o los secuestros de empresarios, suelen intervenir entre 8 a 20 personas.



- Las relaciones de coordinación y comunicación entre los niveles internos del grupo delictivo son muy limitadas para evitar la infiltración o acción de los “informantes”.

Un análisis policial sobre la evolución del crimen organizado en el Perú, el cual comprende lo acontecido entre los años 1975-1998, corrobora, en gran medida, la validez de los datos y características con los que hemos intentado describir la presencia nacional de dicho fenómeno. En este estudio, por ejemplo, se identifica al periodo 1990-1998 como el de mayor actividad y desarrollo de las bandas criminales peruanas. Principalmente porque en esta etapa se fundan y operan, agrupaciones delictivas que adquieren especial importancia por su permanencia, capacidad de acción, amplitud y variedad de actividades delictivas. Con relación a todo ello se señala:

*“En estos años, nuevamente se produce una variación en la modalidad del crimen organizado y se observa el recrudecimiento delictivo, pero esta vez en forma mucho más organizada, con la particularidad de que las bandas tienen un solo jefe. Así por ejemplo tenemos la conocida banda de Los Destruidores al mando del delincuente Giovanni Gamarra Huerta (a) cojo Giovanni. Este jefe de banda, durante su residencia en México integro organizaciones delictivas y al regresar al país reorganizó la delincuencia común, captando la casi totalidad de jefes de bandas, integrándolos en la suya; todos los jefes de las bandas adheridas, forman una gran familia al estilo de la mafia italiana.*

*Otra característica del crimen organizado contemporáneo, en el ejemplo de Los Destruidores es que operan en todo el ámbito territorial peruano, es decir, tanto en la Capital de la República como en provincias, con vehículos, armamento y equipo sofisticado adquiridos en el mercado internacional, o sea a través de su complicidad con el*

*narcoterrorismo o elementos negativos de las FFAA o PNP, ejecutando planes con éxito.*

*A la banda de Los Destruidores” se fueron asociando elementos de la PNP dados de baja por medida disciplinaria, otros en situación de retiro y también policías en actividad; así como delincuentes comunes que se encontraban en Libertad y como no habidos del periodo delictivo 1985-1990.*

*Dentro del presente periodo surgen diferentes bandas como son Los Destruidores, Los Surquillanos, Los Comancheros, Los Molineros, Los Ticos, Los Piratas, Los Elegantes, Los Injertos, Los Injertos del Fundo Oquendo, Los Tenistas del Cerro San Cristóbal, Momón y sus Sicarios, Los Trafas, Los Cibernéticos, Los Terminalitas, etc., quienes en todo momento han demostrado su organización y planificación para cometer sus fechorías, como es el caso de Los Norteños en el asalto y robo a mano armada en el aeropuerto de Chimbote ocurrido el 6 de mayo de 1994, donde se apoderaron de 3'600,000 nuevos soles y 250,000 dólares americanos y los sanguinarios como Momón y sus sicarios, autores de asaltos, secuestros y homicidios en agravio de cambistas.*

*A diferencia de otras bandas surgidas en periodos pasados, las actuales han ido progresivamente perfeccionándose en forma cualitativa y cuantitativa, sobre todo en la utilización de material sofisticado como son: Armamento de largo alcance, teléfonos celulares, vehículos nuevos, radios, chalecos antibalas, granadas de guerra, etc. Cuyo accionar lo ejecutan en forma planificada y ordenada, siendo el factor sorpresa su primer objetivo” (DININCRI-PNP. “El crimen organizado en el Perú”. Separata. Lima. 1999, ps. 3 y 4).*

Sin embargo, lo notorio y violento del modus operandi de estas

organizaciones ha generado que su identificación, detección y desmembramiento se haya conseguido con relativa facilidad por el cúmulo de pistas y rastros de utilidad criminalística que su actuación delictiva brinda a las instancias policiales especializadas. Así, por ejemplo, el año 2004 la Policía Nacional del Perú logró desarticular a nivel nacional 706 bandas delictivas. De este total de agrupaciones criminales 308 operaban en Lima, 79 en La Libertad, 62 en Lambayeque, 54 en Junín, 46 en Piura y 26 en Ica (Cfr. MINITER. La Policía Nacional del Perú y la Reforma Procesal Penal, en Ministerio de Justicia y otros. Plan de Implementación del Nuevo Código Procesal Penal. Servicios Gráficos JMD. Lima, 2005, p. 121). Recientemente, la Policía Nacional pudo también descabezar a una activa banda dedicada al secuestro extorsivo y que tenía por líder a Johnny Martín Vásquez Carty conocido como La Gata.

El tráfico ilícito de drogas es también un claro exponente de la presencia de la criminalidad organizada en el Perú. En efecto, la existencia en nuestro territorio de consolidadas organizaciones o **firmas**, así como el mantenimiento, desde inicios de la década de los 80, de una activa conexión internacional que abastece de derivados cocaínicos a varios mercados de América, Europa y Asia, hacen evidente su condición de empresa criminal exitosa.

En la actualidad, pues, las firmas peruanas han logrado consolidar una posición de importancia en la estructura operativa del sistema internacional del tráfico ilícito de drogas. Luego del desmembramiento de los principales Cárteles colombianos, ellas han pasado a ocupar un rol protagónico e imprescindible para el mantenimiento del mercado ilegal de cocaína.

Si bien en sus inicios la actividad de las organizaciones perua-

nas en el tráfico internacional de drogas se restringía a la provisión de coca en bruto y derivados primarios, que eran luego sacados a Colombia para su procesamiento final y distribución al mercado mundial, actualmente las firmas nacionales agotan el ciclo productivo y exportan directamente el clorhidrato de cocaína en alianza estratégica con organizaciones mejicanas. Concretamente en territorio peruano hoy tienen lugar las etapas del proceso de fabricación de cocaína a gran escala.

Según sus dimensiones, conexiones e influencia las organizaciones nacionales dedicadas al narcotráfico promueven o supervisan directamente la realización de las siguientes actividades ilícitas:

- Sembrado y cosecha de plantas de coca.
- Transformación de las hojas de coca en pasta básica de cocaína (PBC).
- Refinado intermedio de la PBC hasta convertirla en pasta básica lavada (PBC-L).
- Refinado final de la pasta básica lavada hasta la obtención de clorhidrato de cocaína de alta pureza.
- Distribución interna y exportación del clorhidrato de cocaína.

Como se ha mencionado anteriormente, las firmas peruanas operan, principalmente, en las cuencas amazónicas cercanas a las fronteras con Colombia y Brasil. El momento de mayor actividad de estas organizaciones se localiza en la segunda mitad de los años 90. En este periodo se detectaron alrededor de 25 firmas que operaban simultáneamente. Entre otras, las más activas fueron las lideradas por José María Aguilar Ruiz “Shushupe”; Waldo Simeón Vargas Arias “Ministro”; Lizardo Macedo Santillán “Cristal”; los hermanos Cachique Rivera; Lamber Rengifo Tello; Diego Vallejos Reyes “Albino”; Julio Daniel Augurto Lugo “Camello”, etc. (Cfr. Julio Bueno Tirado. “Proble-

mática del Tráfico Ilícito de Drogas” en el Perú. Dossier de Gráficos y Cuadros en Power Point preparado por CONTRADROGAS para la reunión de la Comisión Mixta Perú-Guatemala. Lima. 12 y 13 de octubre de 1998).

Como se ha señalado anteriormente, los grupos delictivos dedicados al tráfico ilícito de drogas se organizan en base a una estructura piramidal o de jerarquía estándar. Cada nivel o escalón de la pirámide está conectado con una función especial relacionada al acopio, financiamiento o conducción de las actividades ligadas al proceso productivo y a la exportación de drogas cocaínicas. Conforme a la información policial disponible, los escalones de la estructura operativa de una firma peruana reciben, según sus funciones específicas, denominaciones propias de argot del narcotráfico (Cfr. CONTRADROGAS. “Contradrogas y la lucha contra las drogas en el Perú”. Dossier de gráficos y cuadros en Power Point. Lima, 1999).

Los órganos, sus funciones y denominaciones son las siguientes:

- **Los Dañaditos:** Son lugareños que siembran y cultivan la coca.
- **Los Traqueteros:** Son los encargados de recolectar la droga producida en la zona y la transporta al lugar con venido.
- **El jefe Pañaco:** Es el que determina la cantidad de droga que se ha de comprar; es el acopiador y quien “da la cara a los lugareños”.
- **El financista:** Es el garante o encargado. El representa a la firma en el lugar donde se compra la droga.
- **El duro:** Es el órgano ejecutivo y la cabeza visible de la

firma. Le corresponde disponer la compra de la droga. Representa al “duro de Duros”. También le corresponde controlar el movimiento de las avionetas de transporte y contratar sicarios.

- **Duro de duros:** Es el capitalista de la firma y el nexo con las organizaciones extranjeras. No tiene contacto directo con la mercancía ilícita. No se conoce su identidad y reside en las ciudades.

Otras formas de criminalidad organizada importante y que se encuentra en ascenso en nuestro país lo constituye el lavado de activos. Hacia finales de los años 90, se calculaba que en el Perú el volumen de dinero que era objeto de operaciones lavado, fluctuaba entre los 600 y 1,000 millones de dólares por año. Sin embargo, en la actualidad se considera que ese volumen se ha incrementado notablemente. Al respecto, el Director Ejecutivo de la Unidad de Inteligencia Financiera del Perú, Carlos Hamman, ha señalado lo siguiente: “De acuerdo con los cálculos del Banco Interamericano de Desarrollo y del Banco Mundial, en el Perú se debe lavar entre 1,500 y 2,000 millones de dólares anualmente”. (Cfr. Pablo O. Brien. Especial: Blanqueo de Activos. Diario El Comercio. Edición del 8 de enero de 2006. Sección A, p. 25).

Los actos de lavado se realizan principalmente en actividades vinculadas al ramo de los servicios, sobre todo en aquellas que por la propia naturaleza de su giro comercial, requieren de un flujo constante de dinero en efectivo, al cual, a su vez, le aseguran un importante espacio de rotación (Cfr. Víctor Roberto Prado Saldarriaga. El delito de lavado de dinero. Su tratamiento penal y bancario en el Perú. IDEMSA. Lima, 1994, p. 41 y ss; Carlos Percovich Mallea. Lavado de dinero. Alfa Impress. Lima, 1997, p. 107 y ss.).

Ahora bien, la presión normativa ejercida desde fines de los

90 sobre la intermediación financiera, como escenario predilecto de las operaciones de lavado de activos, ha generado que las organizaciones dedicadas a esta actividad delictiva incursionen en nuevos sectores vulnerables. Principalmente ese desplazamiento ha incidido en el área de los servicios, la recreación y la construcción. Esto último, paradójicamente, aprovechando las ventajas generadas por las políticas oficiales de fomento a la inversión inmobiliaria.

Se afirma que en la actualidad las actividades de lavado de activos en nuestro país se localizan preferentemente en los siguientes negocios y servicios:

- Casinos y casas de juego.
- Casas de cambio de moneda extranjera.
- Agencias de viajes.
- Servicios de turismo.
- Surtidores de gasolina.
- Promoción de espectáculos artísticos o deportivos.
- Negociación bursátil.
- Importación de artefactos electrodomésticos.
- Casas de préstamo.
- Hostales.
- Restaurantes.
- Construcción inmobiliaria

## **EL ARTÍCULO 317º DEL CÓDIGO PENAL Y LA CRIMINALIDAD**

## ORGANIZADA

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

En primer lugar, cabe señalar que la existencia paralela en la legislación penal peruana de hasta tres tipos de normas que definen el tratamiento penal del crimen organizado, ha generado algunas dudas y distorsiones hermenéuticas. En efecto, el legislador nacional ha construido, en primer lugar, un tipo penal autónomo, de peligro abstracto, que describe y sanciona el formar parte de una organización delictiva (Cfr. Artículo 317° del Código Penal; art. 5° del Decreto Ley 25475). Luego, ha considerado también la configuración de circunstancias agravantes específicas que operan con la comisión material de determinados delitos cuando son ejecutados por quién actúa en calidad de integrante de una organización delictiva (Cfr. Artículos 186°, párrafo segundo, inciso 1; 189°, párrafo in fine; 220° inciso d; 225° inciso a; 297 inciso 6; 318° A inciso b del Código Penal; 3° incisos b y c del Decreto Ley 25475; 3° inciso b de la Ley 27765; 10° inciso e de la Ley 28008). Y, finalmente, existen otras normas que de manera dispersa y refundida incluyen agravantes especiales que se basan en la calidad del agente, el cual comete el delito en condición de integrante de una banda o asociación delictiva (Cfr. Segunda parte del inciso 1 del párrafo segundo del artículo 186°; artículo 257° A del Código Penal).

Como se puede inferir, en el Perú la técnica legislativa empleada no ha buscado unificar la denominación asignada a la estructura criminal, registrando en cambio varios nombres diferentes. (Cfr. Cfr. Fidel S. Rojas Vargas. Estudios de Derecho Penal. Jurista



Editores. Lima. 2004, p.364 y ss.). Esta pluralidad de denominaciones motiva de inmediato algunas interrogantes. Por ejemplo, si cuando la ley utiliza en determinados artículos el término “organización delictiva o ilícita” ; y, luego, en otros, las expresiones “banda” o “asociación delictiva” se refiere a términos sinónimos que identifican una misma estructura criminal? . O si, por el contrario, detrás de cada uno de estos vocablos el legislador ha querido referirse a estructuras delincuenciales distintas en razón de su origen, actividad, grado de complejidad o composición?

Lamentablemente, estas preguntas no han sido absueltas o esclarecidas de modo suficiente por los pocos autores y fallos judiciales que han incidido en el tema. Sin embargo, se aprecia que la variedad de términos utilizados ha merecido generalmente la consideración de sinónimos. Además, que en esa percepción los juristas y jueces de nuestro país les han atribuido el mismo significado dogmático que se ha otorgado en la doctrina española, italiana o argentina a la tradicional asociación ilícita. Esto es, el de una estructura criminal vertical y que corresponde a la tipología de jerarquía estándar. Por ejemplo, Rojas Vargas ha sostenido que: “La asociación ilícita se convierte de tal modo en el género y la base matriz a partir de la *cual podrá hablarse de numerosas otras específicas entidades delictivas que ofrecen matices con características propias.*

Carece de legitimidad dogmática establecer distinciones *cualitativas que ameriten referirnos a la banda como una entidad abiertamente distinta a la asociación ilícita o a la organización delictiva, ya que todas carecen de trascendencia jurídico-punitiva en cuanto colectivos o entidades en sí mismos considerados más allá de la vinculación funcional de los agentes*” (Cfr. Fidel S. Rojas Vargas. Estudios de Derecho Penal. p.344 y ss.). Pero, más adelante, el citado autor de manera poco coherente reconoce la existencia de diferencias entre

asociación ilícita y banda. Es más, siguiendo el enfoque español considera que hay varias clases de bandas. De otro lado, señala también que debe distinguirse a aquellas organizaciones que están destinadas a cometer determinado tipo de delitos, de las que están dedicadas exclusivamente al tráfico ilícito de drogas. A estas últimas las califica como única expresión de la criminalidad organizada. Al respecto señala: *“Banda es una asociación delictiva (o ilícita) de mínima entidad funcional que comete delitos. Los integrantes de la banda, a diferencia de los de la asociación ilícita, actúan, ejecutan actos delictivos a nombre o en calidad de miembros de la misma. La banda posee por definición un nivel de estructura y sofisticación menor a la de una asociación ilícita en estricto”* ( Cfr. Ídem. ps.347 y 348 ).

Otro comentarista nacional, Renato Peschiera también acepta inicialmente que habría sinonimia entre los términos asociación ilícita, asociación para delinquir, organización criminal o agrupación criminal (Cfr. César Eugenio San Martín Castro y otros autores. Delitos de Tráfico de Influencias, Enriquecimiento Ilícito y Asociación para Delinquir. Jurista Editores. Lima. 2000, p.279 y ss). No obstante, luego propone que hay diferencias entre banda y asociación ilícita. Para ello sigue el raciocinio empleado en la doctrina hispana donde se diferencia el alcance conceptual de las *“bandas armadas”* (Cfr. Artículo 515°. 2 del Código Penal español). Sin embargo tal expresión no es empleada en el Código Penal nacional. En efecto, transcribiendo el planteamiento de Choclan Montalvo que afirma:

“En definitiva para que pueda hablarse de asociación criminal es necesario cierto elemento de permanencia, así como un mínimo de cohesión. Sin embargo, ello no implica equiparar los conceptos de banda, ni de concierto o mera pluralidad de personas con el de asociación ilícita. Ciertamente, la noción de banda también exige permanencia y base organizativa, esto es, un sistema jerárquico y de reparto

del trabajo, empero el concepto de banda armada comporta un plus de dañosidad social en tanto su sola existencia produce un estado de terror en la población. Al respecto, la diferencia entre banda armada y asociación criminal no debe establecerse en función a una mayor o menor importancia de la estructura jerarquizada ni al número de integrantes, sino que debe estribar en el elemento subjetivo orientado a producir terror y zozobra en la población que caracterizan al delito de terrorismo en tanto su configuración requiere de la existencia de una banda armada” (Cfr. Ídem, ps. 297 y 298).

En la jurisprudencia los criterios expuestos no han sido muy diferentes a los utilizados por los juristas nacionales. Ellos se han concentrado en definir características tradicionales de los grupos criminales. Sin embargo la generalidad y amplitud de los rasgos asignados, determina que los mismos puedan concurrir en estructuras funcionales de origen y operatividad distintas como las bandas, las asociaciones ilícitas o los meros conciertos criminales. Curiosamente, estas decisiones judiciales han omitido de modo reiterado pronunciarse por el alcance terminológico específico de otras expresiones usadas en nuestra legislación como agrupación u organización delictiva.

Por ejemplo, en la Ejecutoria Suprema del 25 de junio de 1997, se afirma que una banda es “la integración de dos o más personas que conciertan con la finalidad de cometer uno o más delitos, para lo cual se implementan y actúan coordinadamente a efecto de asegurar el éxito de su incursión criminal, señalándose roles para tal efecto...” (Expediente de Recurso de Nulidad N° 1902-97, procedente de Jaén. Ver Texto íntegro de la resolución en Fidel S. Rojas Vargas. Estudios de Derecho Penal. Ob. Cit., págs. 354 y 355). Luego, en la Ejecutoria Suprema del 20 de mayo de 1998 se adoptan dos criterios implicante. Primero se otorga identidad conceptual a las expresiones “organización o asociación criminal”. Y, posteriormente, se identifica solo al ar-

título 317° del Código Penal como regulador de la “asociación ilícita”.

Con relación a ello se sostiene: “el delito de asociación ilícita se acredita cuando dos o más personas, de manera organizada y permanente, se agrupan en base a una estructura jerárquica y una división funcional de roles con la finalidad de perpetrar delitos, adquiriendo relevancia jurídico penal el solo hecho de formar parte de la agrupación, sin llegar a materializar los planes delictivos, por lo que este ilícito presenta una estructura típica autónoma e independiente del delito o de los delitos que a través de ella se cometan...” (Expediente de Recurso de Nulidad N° 782-98, procedente de Arequipa. Ver texto íntegro de la resolución en Fidel S. Rojas Vargas. Estudios de Derecho Penal. Ob. Cit., ps.355 a 358).

Ahora bien, las interpretaciones mencionadas por su excesiva convencionalidad adolecen de algunos defectos. En primer lugar, no se adecuan a las fórmulas legales utilizadas en la legislación nacional. En efecto, como ya se ha mencionado, el artículo 317° del Código Penal peruano no utiliza en su redacción la referencia a una asociación. Su fórmula lingüística es en relación a ello diferente de la contenida, por ejemplo, en el artículo 515° del Código Penal español y 210° del Código Penal argentino. En estas normas extranjeras si se alude expresamente a “asociaciones ilícitas”. La peruana, en cambio, se refiere a “organización”. Incluso el texto original del artículo 317° del Código Penal, anterior a la modificación introducida por la Ley 28355 del 6 de octubre de 2004, tampoco incluía el término asociación ilícita, optando por el de “agrupación”. De allí, pues, que consideremos inconveniente seguir identificando al hecho punible contenido en el artículo 317° del Código Penal como un delito de asociación ilícita o de asociación para delinquir. Quizás resultaría mejor por su contenido ideográfico identificar en ese tipo penal un delito de “integración en una organización delictiva”. Esta denominación,

por su amplitud, se adaptaría mejor a cualquier estructura criminal sea esta vertical y rígida como la jerarquía estándar u horizontal y flexible como el grupo central.

En segundo lugar, no resulta muy acertado que los especialistas y operadores nacionales hayan trasladado los comentarios españoles y argentinos para describir o sustentar los alcances dogmáticos del artículo 317° del Código Penal nacional. Fundamentalmente, porque tales comentarios al referirse a estructuras tradicionales como la típica asociación delincencial pueden inducir a una reducción de los alcances típicos de la norma nacional, la cual, dicho sea de paso, resulta en la actualidad más cercana y representativa de la realidad criminológica (organizaciones con estructuras flexibles) y criminalística de la delincuencia organizada contemporánea en nuestro país y en el ámbito internacional. Efectivamente, el texto del artículo 317° aparece más asimilable a las propuestas reguladoras de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, que las fórmulas referidas al clásico prototipo de la asociación para delinquir tan comunes todavía en el derecho extranjero (Cfr. Artículos 332° del Código Penal costarricense; 150 del Código Penal uruguayo; 287° del Código Penal venezolano; 164° Código Penal mejicano; 288 del Código Penal brasileño; 416 del Código Penal italiano). En todo caso, tales criterios de la doctrina extranjera podrían utilizarse para teorizar, con mayor propiedad, sobre las normas nacionales que aluden expresamente a una asociación delictiva o banda como ocurre en el caso del artículo 257° A del Código Penal.

Este artículo en su inciso 1° considera agravante de los delitos monetarios: “Si el agente obra como miembro de una asociación delictiva o en calidad de integrante de una banda”. Por tanto, solo con relación a esta disposición resultaría adecuado invocar con Carlos Creus que se trata de expresiones que se emplean como sinónimos.

Según el jurista citado, esas dos expresiones alternativas que contiene el artículo 210 del Código Penal argentino son equivalentes: “En realidad, en el texto actual, la expresión banda no pasa de ser un sinónimo de asociación ilícita, un modo diferente de denominar la misma realidad...”. (Cfr. Carlos Creus. Derecho Penal. Parte Especial. Tomo 2. 3ª edición actualizada. Editorial Astrea. Buenos Aires. 1990, p.107).

Un segundo problema que debemos dilucidar dogmáticamente es el concerniente a la conducta típica que debe materializar el sujeto activo según el tipo penal del artículo 317º. No hay dudas que la exigencia del legislador es que el agente forme parte de una organización criminal. Es decir que se integre en ella. Sin embargo, esta consideración normativa ha motivado que se discuta en la doctrina y jurisprudencia nacionales si la integración implica la preexistencia de la estructura delictiva o su constitución simultánea a la adhesión del integrante. Sobre el particular Rojas Vargas ha detectado dos posiciones que califica como tesis material y tesis valorativa. Según dicho autor: *“la tesis de la preexistencia acude a una argumentación-fuerza atendible y de sentido lógico al señalar que no se puede formar parte de algo que aún no existe; siendo en consecuencia los aprestamientos o intentos de formación de la agrupación un hecho al cual aún no le alcanza la tipicidad del delito de asociación ilícita ni tampoco le llega su conminación penal.*

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

*ción orgánica de la asociación”* (Cfr. Fidel S. Rojas Vargas. Estudios de Derecho Penal. Ob. Cit., p 366). Como refiere el mismo jurista el desenlace jurisprudencial ha sido favorable a la primera de las posiciones planteadas y se ha asumido en la Ejecutoria Suprema del 14 de mayo de 1999 (Expediente de Recurso de Nulidad N° 782-98, procedente del Cono Norte de Lima. Ver texto íntegro de la resolución en Fidel S. Rojas Vargas. Estudios de Derecho Penal. Ob. Cit. ps. 372 y 373): *“Existe en este desarrollo jurisprudencial supremo alusión directa a la existencia de la organización como requisito material para que se pueda configurar el delito; precisándose incluso, que debe formarse a través del acuerdo o pacto. De dicha lectura se advierte que la posición de la Corte Suprema avala una tesis material”* (Ídem. p.367). En términos generales la posición asumida nos parece ajustada al marco normativo existente. Sin embargo, Ella no resuelve otros aspectos conexos como el significado del número mínimo de integrantes a (dos) en relación a la incorporación del nuevo adherente. Es decir, si el que se integra debe encontrar un núcleo ya establecido de cuando menos dos personas o ser él quien complete con su incorporación ese requerimiento cuantitativo de componentes. El tipo penal no es unívoco pues señala: *“El que forma parte de una organización de dos o más personas...”* Al respecto somos de opinión que el nuevo adherente debe ser cuando menos el tercer miembro de la organización. Si ya es inverosímil pensar en la actualidad en la existencia real de una organización compuesta por solo dos personas, deviene en absurdo entender que podría haber una estructura criminal unipersonal.

Tampoco nuestros especialistas y operadores de justicia ofrecen alternativas distintas a la atipicidad, para los actos fundacionales o de constitución de la organización criminal. Al parecer, pues, hay consenso en afirmar la impunidad de tales actos. Sintetiza tal tendencia Rojas Vargas cuando asevera que: *“El formar parte de la agrupación es una conducta que se sustenta objetivamente en la posibilidad de*

ser parte de algo que ya tiene configuración previa, no configura dicha conducta la asociación misma” (Ob. Cit. p.367). Por consiguiente, si bien la polémica dogmática queda de esta manera zanjada en nuestro medio, no se aborda la consecuencia político criminal de la misma. Esto es, si es menester considerar la punibilidad de tales actos de formación del grupo delictivo. Al respecto, es de señalar que desde la adopción del acta RICO (*Racketeer Influenced and Corrupt Organizations Statute*) en los Estados Unidos, a inicios de los años 80, se ha consolidado como política internacional contra el crimen organizado la represión penal de los actos de conspiración y constitución de organizaciones criminales. Al respecto, cabe señalar como ejemplo de esta tendencia lo establecido desde 1996 en el artículo 2º de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada de México: *“Cuando tres o más personas acuerden organizarse o se organicen para realizar, en forma permanente o reiterada, conductas que por sí o unidas a otras, tienen como fin o resultado cometer alguno o algunos de los delitos siguientes, serán sancionados por ese solo hecho, como miembros de la delincuencia organizada...”* (Sobre los defectos de esta legislación especial véase: Carlos María Pelayo Möller. Tendencias en el combate a la Delincuencia Organizada en México: Una Crítica desde el Garantismo, en XVI Congreso Latinoamericano, VIII Iberoamericano y I Nacional de Derecho Penal y Criminología. Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Lima. 2004, p. 414 y ss).

En nuestro país, por lo demás, contamos con claros antecedentes sobre la criminalización específica de los promotores u organizadores de una estructura delictiva. En efecto, conforme al texto del artículo 57º del Decreto Ley 22095, introducido en 1981 por el Decreto Legislativo 122, era reprimido como autor de un delito autónomo : *“El que promueve, organice, financie o dirija una banda formada por tres o más personas y destinada a producir o comercializar droga... Los demás integrantes de la banda serán reprimidos, por el solo he-*



*cho de pertenecer a la asociación ilícita...”.*

En el derecho extranjero, la fórmula contenida en el párrafo in fine del artículo 340° Del Código Penal colombiano representa, con su detalle, la tendencia legislativa de no dejar impune los actos de constitución de la organización criminal: “La pena privativa de libertad se aumentará en la mitad para quienes organicen, fomenten, promuevan, dirijan. Encabecen, constituyan o financien el concierto o la asociación para delinquir”. En conclusión, pues, es pertinente y justificado reprimir tales conductas en nuestra legislación, por lo que deberá reformarse el artículo 317° del Código Penal peruano para *incluir en él la represión específica de los actos de conformación de una organización criminal.*

Con relación al desvalor punitivo de la actividad delictiva concreta que puedan desplegar los integrantes desde una organización delictiva, no se han presentado mayores problemas de interpretación ni en la doctrina ni en la praxis judicial. En tal sentido, se ha admitido plenamente que los delitos cometidos desde la organización determinan la presencia de un concurso real de delitos con la hipótesis delictiva del artículo 317°. Igualmente, se ha aceptado por consenso que cuando la ley en determinados delitos introduce un agravante que se basa en la pertenencia del agente a una organización criminal, ello solo determina la aplicación de la penalidad que corresponde al supuesto agravado excluyéndose en este caso la posibilidad del concurso real de delitos. Sobre estos aspectos ha señalado Reaño Peschiera: “Resulta claro que si determinada agrupación criminal comete delitos contra la administración pública, contra la vida, la administración de justicia y, en general, dirige su accionar delictivo contra bienes jurídicos distintos a la tranquilidad pública, es necesario castigar cada afectación para abarcar independientemente el desvalor de cada resultado. En tal caso, al momento de determinación de la

pena deberán aplicarse las reglas concursales previstas en los arts. 48 y ss. Del C.P., pues,... el tipo del art. 317 del CP sanciona la mera pertenencia a la agrupación criminal con independencia del inicio de actos de ejecución, pues el legislador ha considerado que el solo hecho de integrar una asociación delictiva, significa un peligro para la tranquilidad y paz pública.

*En suma, el delito de asociación para delinquir debe entrar en concurso real o ideal, según sea el caso, con los delitos que lleguen a cometerse a través de la organización, quedando desplazada la aplicación del tipo penal comentado solo cuando se prevean agravaciones específicas en los tipos de la Parte Especial".* (Cfr. César Eugenio San Martín Castro y otros autores. Delitos de Tráfico de Influencias, Enriquecimiento Ilícito y Asociación para Delinquir. Jurista Editores. Lima. 2000, p. 301). En términos similares se ha expresado ROJAS VARGAS al precisar lo siguiente: *"Formar parte de la agrupación abona así la idea de ser integrante o miembro de dicha entidad ilícita, esto es, de participar en sus deliberaciones, proyectos, contribuir económicamente o a nivel de gestión en su desarrollo interno, sin traspasar a la esfera de los hechos delictivos concretos, pues de producirse ello el formar parte será absorbido por la tipicidad de los supuestos delictivos agravados que contengan menciones expresas a las bandas u organizaciones delictivas, y en su defecto a configurar situaciones de concurso real de delitos. En ambos contextos el peligro abstracto de la asociación ilícita cederá el paso al peligro concreto de los hechos criminales realizados"* (Ob. Cit., pág. 345).

Tampoco se ha producido mayor discusión dogmática y jurisprudencial para definir el carácter permanente del delito de integración en organización delictiva. En coherencia con ello, jueces y juristas han aceptado que la situación antijurídica creada con la integración al grupo delictivo concluye al extinguirse la estructura criminal o por la

disociación voluntaria o forzada de sus integrantes. En ese contexto Reaño Peschiera sostiene lo siguiente: “Respecto a la fase consumativa del ilícito asociación para delinquir, el legislador ha optado por pergeñar un delito permanente, en el que mantenimiento del estado antijurídico creado por la acción punible depende de la voluntad del autor, de suerte que - en cierta forma - el hecho se renueva constantemente” (Cfr. Ob. Cit., pág. 299).

Por el contrario, si se han presentado algunos conflictos hermenéuticos a nivel jurisdiccional al evaluar la posibilidad de una integración múltiple como presupuesto de un concurso real homogéneo. Es decir, que el mismo agente se integre simultánea o sucesivamente en más de una organización criminal. Al respecto la respuesta dogmática es afirmativa. Aquí lo determinante radica en la presencia de varias estructuras criminales distintas a las que se incorpora el agente. 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. No obstante, ello no sería posible en el caso de estructuras de tipos jerarquía regional o agrupación jerárquica, ya que sus integrantes pese a su relativa autonomía operativa o regional integran un mismo grupo criminal.

Ahora bien, como lo habíamos adelantado, la principal ventaja que ofrece el texto peruano y que posibilita su fácil adaptación a los textos internacionales que buscan el control del crimen organizado, es su amplitud. Efectivamente, al sancionar *“al que forma parte de una organización de dos o más personas destinada a cometer delitos”*, la legislación nacional se acerca bastante a los presupuestos esenciales que define el inciso a del artículo 2 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional. Sin embargo, el número mínimo de integrantes considerando en dos no es coherente con la propuesta del texto internacional citado que sugiere

tres personas. Consideramos que debe, pues, reformarse ese extremo del artículo 317° del Código Penal. Sobre ello es de señalar que razones criminológicas y criminalísticas hacen que la propuesta de la Convención de Palermo resulte funcional por la presencia de estructuras pequeñas pero altamente especializadas como las empresas criminales flexibles, las que constituyen - como se mencionó anteriormente- una subcategoría del grupo central. Por lo demás, nuestra legislación ya ha utilizado ese mínimo de integrantes desde 1981 en delitos típicos de organización criminal como lo son el tráfico ilícito de drogas o el terrorismo (Cfr. Artículos 57° del Decreto Ley 22095, modificado por el Decreto Legislativo 122; y 5° del Decreto Legislativo 46).

Por otro lado, si bien el artículo 317° regula circunstancias agravantes que responden a los estándares del derecho extranjero, se detectan también algunos vacíos y que de cara a la reciente experiencia nacional deberían cubrirse. Por ejemplo, no se han considerado agravantes específicas por la calidad operativa de mando o control que dentro de la organización ejerce el integrante. De allí que resulte pertinente el reclamo de REAÑO PESCHIERA cuando afirma que “llama la atención que a diferencia de lo que ocurre en la legislación comparada ya comentada, el tipo peruano de asociación para delinquir no contemple una modalidad agravada en función a la calidad de líder o dirigente de la agrupación” (Cfr. Ob. Cit., pág. 302). Es de recordar que este tipo de agravantes, por la posición especial del integrante, tampoco es ajena a nuestra experiencia legislativa como lo demuestra el artículo 297° del Código Penal que luego de agravar la pena del integrante en su inciso 6, incluye un agravante de segundo grado para el “jefe, dirigente o cabecilla de una organización dedicada al tráfico ilícito de drogas o insumos para su elaboración”.

Igualmente se ha omitido incorporar como agravante que la

organización criminal este destinada a la comisión de delitos contra la administración pública; o de actos de secuestro extorsivo. Esto último es importante en la coyuntura presente y porque que el artículo 200° del Código Penal solo incluye como agravante el mero concierto o pluralidad de agentes. Cabe anotar, también, que con relación al delito de secuestro del artículo 152° del Código Penal, la ley ha omitido todo tipo de agravantes por actividad criminal colectiva.

Sobre la base de los comentarios formulados, consideramos necesario realizar las siguientes reformas de urgencia en el Código Penal y en normas complementarias a él, para potenciar su utilidad en el tratamiento de la criminalidad organizada:

1. Elevar a tres el número mínimo de integrantes de la organización criminal al que alude el artículo 317° del Código Penal.
2. Reemplazar toda referencia a banda o asociación ilícita por la de organización, en los artículos del Código Penal y leyes complementarias que se refieran a formas estructuradas de delincuencia Para ello se puede adoptar como modelo la terminología empleada en el artículo 317° (“organización... destinada a cometer delitos”) o en el párrafo in fine del artículo 189° (“actúa en calidad reintegrante de una organización delictiva”).
3. Incorporar como nuevas circunstancias agravantes específicas en el artículo 317°, que el agente tenga la calidad de dirigente o mando; y que la organización esté destinada a la comisión de delitos contra la administración pública o formas de secuestro extorsivo. Además se deben modificar las penas en estos casos para hacerlas más proporcionales.
4. Modificar la redacción del artículo 317° para incluir los actos de

constitución de organizaciones delictivas.

Para concluir, de lege ferenda se propone una nueva redacción del artículo 317° del Código Penal y que sería la siguiente:

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

La pena será no menor de ocho ni mayor de veinte años:

1. Cuando la organización esté destinada a cometer delitos contra la humanidad, contra la seguridad y tranquilidad públicas, **contra la administración pública**, contra el Estado y la defensa nacional, contra los Poderes del Estado y el orden constitucional; o de extorsión con mantenimiento en rehén de personas.
2. Cuando el integrante fuera el líder, jefe, o dirigente de la organización.
3. Cuando el agente es e quien financia la organización.

Pero, a nuestro modo de ver, el principal problema de la política criminal peruana para la prevención y control de la delincuencia organizada, no está en relación con los defectos u omisiones del artículo 317° del Código Penal.

Sus reales disfunciones provienen de ámbitos distintos a la mera formalización de la criminalización primaria de las estructuras criminales. Ellas se sitúan, más bien, en el espacio trascendente del planeamiento estratégico. Esto es, en el diseño de lo que debe hacerse en torno a dicho fenómeno social, a su dinámica de gestación y desarrollo, así como en razón a las contingencias y efectos nocivos que el crimen organizado proyecta en la vida social, económica y política

del país. Es en este dominio donde deben concentrarse las acciones estatales.

Lamentablemente, hasta el momento lo único que detectamos en este nivel estratégico es una endémica respuesta lineal plagada de incertidumbre y de uso simbólico de la sobre criminalización. El Estado peruano demuestra así que poco conoce sobre una situación problemática de etiología y proyección sistémica, como la criminalidad organizada. Es por ello que su capacidad reactiva persiste en la definición de objetivos incoherentes o en el ensayo reiterado de estrategias parciales y carentes de efectividad. En efecto, las medidas propuestas siempre se expresan en leyes penales dispersas, que, además, solo han sido pensadas solo incidir en la sanción sobredimensionada pero individual de los integrantes de las organizaciones. Ese es el caso del uso generalizado de penas graves como la cadena perpetua o el retorno a un derecho penal de autor a través de la reciente reincorporación de agravantes específicas fundadas en ambiguas categorías de reincidencia y habitualidad. Al respecto sostiene ORÉ SOSA lo siguiente: “El análisis de las Leyes 28726 y 28730 nos ha permitido confirmar algunas características de las últimas reformas del Código Penal. En primer lugar, que estas se inscriben en un proceso de endurecimiento del sistema penal, el mismo que parte de una fe ciega en el Derecho punitivo o, peor aún, del empleo del Derecho Penal con fines simbólicos, demagógicos o coyunturales” (Cfr. Eduardo A. Oré Sosa. El Endurecimiento del Derecho Penal. A propósito de las Leyes 28726 y 28730. Separata. Lima. Junio de 2006, p. 22).

Esta miope perspectiva y de reacción sobre síntomas, hace que las estrategias estatales dibujen círculos periféricos dejando, pues, las más de las veces, intactas a las estructuras y niveles de las organizaciones delictivas, las cuales pese a la detención de sus líderes e integrantes mantienen en el tiempo, aunque con nuevos compo-

mentes, su actividad corporativa.

Se hace necesario, entonces, un replanteamiento total de la política criminal y social del país. En este cambio a la vez que se deben priorizar mejores condiciones de vida para la población, el Estado tiene que diseñar y fortalecer nuevas estrategias que tengan la capacidad de afectar el núcleo real de los grupos delictivos. Que tengan, pues, aptitud e idoneidad suficientes para neutralizar significativamente su *modus operandi* y sus fuentes de financiamiento. De allí que resulte indispensable, a futuro, implementar mejores controles sobre el lavado de dinero. Así mismo, se deben crear nuevas figuras delictivas sobre el acuerdo o la conspiración criminal. Esto es, adelantar la criminalización a un acto no ejecutivo pero trascendente para la eficacia de las agencias de control. Igualmente confiscar sus recursos financieros directos e indirectos. Los ejemplos internacionales en este dominio son numerosos, baste con recordar el rol importante que tuvieron en los Estados Unidos leyes como el Estatuto sobre Organizaciones de Actividades Delictivas Permanentes. En lo esencial, la principal utilidad de esta legislación fue la de posibilitar la sanción de todos aquellos que permitan o promuevan el desarrollo o surgimiento de organizaciones criminales (Cfr. Luis Lamas Puccio. Manifestaciones del crimen organizado, en Derecho Penal y Criminología. N° 39, 1989., p. 166 y ss).

También favorecerá la aplicación de mejores estrategias, la construcción de un sistema de inteligencia y monitoreo de la delincuencia organizada el cual puede iniciarse en base al observatorio de la criminalidad que hoy posee el Ministerio Público. Por lo demás, las posibilidades inmediatas que ofrece el nuevo Código Procesal Penal a través de sus procedimientos sobre agente encubierto, entrega vigilada, colaboración eficaz e interceptación de comunicaciones, deben



explotarse con eficiencia, pero respetando siempre la legalidad y los derechos fundamentales. En fin hay mucho por hacer en la política criminal nacional contra la criminalidad organizada. Quizás el primer paso sea promover la investigación criminológica del fenómeno y algo de ello hemos querido hacer.

## V. FUNDAMENTOS DE LA AUTONOMÍA DEL CRIMEN ORGANIZADO

Juan Carlos Portocarrero Zamora\*

**Resumen:** El desarrollo económico producto de la inversión de diversos capitales en nuestro país, trae como consecuencia el aumento de los índices de criminalidad, esto dado a que en su evolución viene desarrollando nuevos mecanismos para la perpetración de injustos penales que atentan contra el adecuado desarrollo social, económico y cultural de la ciudadanía; entre las expresiones más importantes y por ende más peligrosas de esta evolución criminal, encontramos a las Organizaciones Criminales, cuya conformación es cada vez más recurrente y de la misma forma viene interviniendo en la comisión de un mayor número de delitos, que afectan diversos bienes jurídicos intermedios, como los patrimoniales, la vida y la salud, el medio ambiente, el correcto funcionamiento de la función pública, la salud pública, entre otros; generando como consecuencia inexorable, la afectación del bien jurídico supra individual -tranquilidad pública-, esto con el fin último de obtener un beneficio económico o material (lucro).

**Palabras clave:** Crimen organizado, corrupción, convención de Palermo, desvalor de acción, asociación ilícita para delinquir, política criminal.

---

\*Procurador Público de la Procuraduría Especializada en Delitos de Orden Público

## I. INTRODUCCIÓN:

El crimen organizado como presupuesto de la comisión de otros ilícitos penales, no debe ser visto solo como una nueva forma de criminalidad, sino como el paradigma de la evolución delictiva y el incremento de estas organizaciones que afectan distintos intereses particulares como colectivos, cada cual con sus propios matices particularidades, lo que ha obligado a redoblar esfuerzos para hacer frente a esta nueva delincuencia.

Las iniciativas surgidas a partir de La Convención de Palermo, han hecho que se tomen medidas legales, a fin de hacer frente al problema que genera la criminalidad organizada. Ciertamente, los efectos de la globalización han obligado a las legislaciones a rediseñar y ampliar el concepto que tradicionalmente se tenía del delito, cuando este es cometido mediando una determinada organización, a fin de comprender estos hechos en su real dimensión; es así, que los supuestos que conforman la tipología de crimen organizado, ya se encuentran calificados como tales en la norma sustantiva, pero al ser cometidos en el marco de una organización criminal, es decir una asociación de personas que conjugan sus intereses para pretender realizar actos ilícitos (Asociación Ilícita para Delinquir art. 317° del Código Penal), estos involucran un mayor desvalor, de ahí la denominación de “crimen” que adquieren estas conductas.

Ahora bien, no obstante ser cierto que reconocemos que la Asociación Ilícita como los delitos fin perpetrados por ésta tienen el mismo nivel de reproche en la norma sustantiva, hay que resaltar, como lo hemos indicado anteriormente, que el concepto de crimen organizado, parte de entender que no estamos ante la verificación de autores individuales o de una conjunción de intereses que se pueda dar de manera eventual y esporádica, como en el caso de otras tipo-

logías; sino de entender que cuando la Asociación Ilícita responde a una organización, con un orden determinado, que tiene permanencia en el tiempo y en la cual sus integrantes tienen una determinada función, esta Asociación Ilícita corresponde a una Organización Criminal y los delitos que cometan son crímenes; por tanto, merecedor de un mayor desvalor frente al delito.

Estos elementos comunes para todos los injustos penales que conforman la tipología del crimen organizado, se consolidan en torno a su utilidad y al denominador común entre ellos; no obstante su individualidad que les da autonomía propia cuando no se realizan en dicho contexto. En tal sentido, si hacemos un análisis de los mismos individualmente tenemos, por ejemplo, el secuestro que protege la libertad individual, el terrorismo, que atenta contra la tranquilidad pública y que procura lograr sus objetivos mediante la implantación del terror y la corrupción funcional, entre otros que integran la forma agravada del artículo 317° del Código Penal seguirán formando parte del delito de Asociación Ilícita desde el desvalor del delito de peligro y no como crimen organizado, pues no cuenta con elementos de mayor desvalor propio de esta forma de conducta de contenido penal; es decir, la complejidad y la trascendencia nacional, como así lo plantea la Ley N° 30077.

Estas conductas se encuentran frecuentemente relacionadas en forma proporcional al paulatino desarrollo económico que viene atravesando nuestro país, lo que se refleja en el incremento de eventos delictivos de diversa índole y en la aparición o masificación de tipos delictivos como los delitos contenidos en la Ley N° 30077. Es justamente, para la perpetración de estos nuevos ilícitos penales, que la delincuencia se viene organizando, dando aparición a organizaciones criminales que buscan a través de su conformación, no solamente lograr perpetrar los ilícitos penales que se han propuesto y de esa ma-

nera obtener su objetivo principal que es la obtención de un beneficio económico o material (lucro );<sup>164</sup> sino además, actuar en impunidad, esto es, evitar ser investigados, procesados y sancionados por su accionar delictivo.

Con el objeto de enfrentar efectivamente estas nuevas formas de criminalidad el Derecho Público Internacional ha venido implementando diversas normas internacionales, que regulan Crímenes contra la Humanidad, entre ellos al Crimen Organizado, denotando una clara manifestación de un Derecho Penal de tercera velocidad<sup>165</sup>, tendencia Político Criminal que ha sido asimilada por el Perú. De tal forma que, siguiendo esta tendencia en nuestro país, el legislador, ha venido implementando paquetes legislativos, que contemplan tanto incorporaciones y modificaciones a la norma sustantiva penal, como la creación de nuevos tipos penales, circunstancias agravantes, o incrementos de penas, modificaciones en la norma procesal penal e incluso conforme a la Ley N° 30077 se ha emitido una norma especial que regula al crimen organizado.

## **II.- PRECISIONES CONCEPTUALES:**

Laura Zúñiga Rodríguez, resalta la especial dificultad de establecer una definición internacional de criminalidad organizada, pues esta suele mostrar caras distintas en los diversos países; sin embar-

164 La Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional ha definido lo que debe entenderse por Organización Criminal, llamándolo Grupo Delictivo Organizado, refiriendo que consiste en 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 de orden material.

165 Al respecto Fiandaca citado por Laura Zúñiga EN Criminalidad Organizada y Sistema de Derecho penal”, Editorial Comares, Granada, 2009, Pág. 197. Refiere que es posible asumir ante el fenómeno mafioso, una aproximación que no sea ni la del “enemigo” ni la que se realiza desde el garantismo, sino más bien, una suerte de tercera vía, más crítico-dialéctica donde “se observe las novedades de la legislación de emergencia con mayor conciencia “político criminal, que tenga en cuenta las características criminológicas de la criminalidad organizada”

go, el objetivo final debe ser consensuar una noción común para poder coadyuvar a una cooperación policial y judicial eficaz, ante el auge principalmente de la criminalidad internacional. En los trabajos internacionales desarrollados y orientados a sentar los lineamientos para establecer qué se entiende por criminalidad organizada se ha evidenciado, como no podía ser de otra forma, dificultades para encontrar un equilibrio entre el objetivo de armonización, de consenso y, por tanto de abstracción de los elementos básicos, comunes y las peculiaridades normativas de cada país; asimismo, otra de las cuestiones a debatir en las convenciones internacionales ha sido la de caracterizar a la criminalidad organizada por los delitos que comete o por su forma de actuar, al respecto Medina Ariza refiere que “el crimen organizado no puede ser definido exclusivamente por unos actos, sino también debe referirse a las personas que trabajan juntas como grupo para cometer dichos actos”<sup>166</sup>. En orden a lo expuesto, determinar la noción de Crimen Organizado por los delitos que comete supondría renunciar a una concepción común de la misma, lo que haría difícil establecer mecanismos generales de prevención y represión, como fenómeno criminal que adquiere ciertas características propias.

Se ha conceptualizado al crimen organizado como el grupo de personas que buscando alcanzar sus objetivos (que pueden ser riqueza, poder, etc.), realizan acciones que van en contra de la legislación existente. La diferencia central entre crimen organizado y grupo criminal, es que en el primero existen personas con los vínculos necesarios para evitar ser perseguidos por los delitos que cometen para evitar la pena o castigo de los mismos, y el grupo criminal no tiene estos vínculos<sup>167</sup>.

---

166 Medina Ariza, Juan. Una introducción al estudio criminológico del Crimen Organizado en Ferrè Olivè/Anarte Brrallo (Eds.) Delincuencia organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos. Univ. De Huelva, 1999, pàg. 111.

167 La Delincuencia en el Perú: Propuesta de intervención articulada, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Consejo Nacional de Política Criminal, 2013, pp. 09.

La Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, define al crimen organizado como un grupo delictivo organizado, estructurado de tres o más personas, que exista por 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 parte de la Política Criminal desarrollada por el Estado, con fecha 20 de agosto del 2013, se publicó la Ley N° 30077 (Ley contra el Crimen Organizado), norma que además de modificar el Código Penal y el Código Procesal Penal; estableció el objeto, definición y ámbito de aplicación de los delitos cometidos por una Organización Criminal, definiéndola como 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 dicha Ley.

Como podemos apreciar el legislador nacional ha seguido en mayor medida la concepción de Crimen Organizado, establecida en la Convención de Palermo, posición de suma relevancia, especialmente en la Política Criminal que va a enfrentar este fenómeno, por cuanto siguiendo el concepto internacional de crimen organizado, los Estados deben desarrollar una Política Criminal dirigida a combatir a las propias Organizaciones Criminales y no solo enfrentar en forma aislada los diversos delitos concretos que ésta ejecuta.

Esta lucha pasa por entender que el Crimen Organizado como conducta de contenido penal se encuentra en un nivel de desvalor mayor al de los delitos.

### III.- EL CRIMEN ORGANIZADO EN LA LEGISLACIÓN NACIONAL

El Derecho internacional público, es el ordenamiento jurídico que regula el comportamiento de los Estados y otros sujetos internacionales, en sus competencias propias y relaciones mutuas, sobre la base de ciertos valores comunes, para realizar la paz y cooperación internacionales; las cuales nacen de normas internacionales específicas, pero a su vez va íntimamente ligado al Derecho interno de los Estados parte, especialmente con el Derecho Penal y el Derecho Constitucional.

El Crimen Organizado no ha quedado exento de ser regulado por el Derecho internacional público, es así que la Asamblea General –como se mencionó líneas antes- adopta la Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, en diciembre del 2000, en la ciudad de Palermo, cuyo propósito principal de la misma, fue promover la cooperación entre los Estados para prevenir y combatir más eficazmente la delincuencia organizada, donde dicho documento establece que los Estados que son parte (como el caso del Perú) se obligan a:

- a) Penalizar en sus ordenamientos jurídicos determinadas conductas delictivas: como la participación en un grupo delictivo organizado, el lavado de activos, la corrupción de funcionarios, públicos y la obstrucción de la justicia.
- b) Adoptar medidas de carácter legislativo, administrativo o de otra índole para combatir el blanqueo de dinero.
- c) Extraditar o enjuiciar los delitos contemplados en la Convención.
- d) Cooperar a los fines de decomiso, asistencia judicial y llevar a cabo investigaciones conjuntas, así como a la adopción de medidas destinadas a intensificar la cooperación con las autoridades encargadas de hacer cumplir la ley.



Entonces, se advierte del contenido de la Ley N° 30077 – Ley de Crimen Organizado, que el legislador, ha buscado desarrollar una Política Criminal dirigida a la lucha contra las Organizaciones Criminales, acorde con la tendencia evolutiva de la criminalidad y en consonancia con el Derecho internacional antes expuesto, elevando a la categoría de “crimen” y dando lugar al nacimiento del subsistema crimen organizado, al cual no solo ha conceptualizado y llenado de contenido, conforme al artículo 2° de la Ley en mención; sino también, ha señalado su implicancia procesal, su ámbito de competencia, entre otras disposiciones complementarias con el fin de viabilizar la aplicación de este nuevo subsistema penal.

#### **IV.- NATURALEZA JURÍDICA DEL CRIMEN ORGANIZADO**

El Derecho Penal, como el derecho de castigar, es un conjunto de normas que sancionan una conducta prohibida, con el fin de coadyuvar a la convivencia social; es decir, describe una conducta desvalorada socialmente, la cual tiene como consecuencia una sanción penal. Entre estas conductas desvaloradas y sujetas a sanción, el Derecho ha reconocido a las Faltas, Los Delitos y los Crímenes. Las Faltas son aquellas conductas que implican mínimas transgresiones o dirigidas a bienes jurídicos de menor relevancia, los Delitos aquellos que afectan bienes jurídicos relevantes, de necesaria protección para la adecuada convivencia social; sin embargo, cuando nos referimos al Crimen, se hace alusión a una categoría que implica un especial desvalor de acción y por ende un mayor reproche penal; esto debido a que dicha conducta ilícita en su configuración no solo afecta al sujeto pasivo de la acción, sino a toda una colectividad, puesto que el Crimen suele afectar bienes jurídicos supraindividuales de especial relevancia para el desarrollo de un Estado de Derecho, tales como la Tranquilidad y Paz Pública; ejemplo en el supuesto de Genocidio estamos frente a un Crimen, que si bien la conducta física implica

matar como en el Homicidio, el Genocidio como categoría de Crimen, afecta bienes jurídicos que van más allá del bien jurídico vida; así lo ha reconocido el ordenamiento jurídico internacional, puesto que ha dictado normativas e instrumentos internacionales con el fin de dotar a los Estados de mayores herramientas para la lucha contra el crimen organizado.

El legislador nacional también ha comprendido la necesidad de regular este tipo de conductas que van más allá de la mera afectación de uno o varios bienes jurídicos individuales y alcanza afectar bienes jurídicos supraindividuales, de tal modo que ante la gravedad que reviste el Crimen Organizado y la necesidad de proteger a la sociedad de los efectos de su accionar delictivo, ha adelantado la barrera de la punibilidad, sancionando esta conducta, por cuanto advierte que hay un mayor desvalor de la acción, lo señalado se ve reflejado con el delito de Asociación Ilícita, en que pese a tratarse de una conducta de peligro abstracto, las penas impuestas al mismo son muy gravosas (no menor de 8 ni mayor de 15 años de pena privativa de la libertad).

## V. CONCLUSIONES:

- La Ley N° 30077 –Ley de Crimen Organizado publicada el 20 de agosto del 2013, ha cumplido con lo dispuesto en la Convención de Palermo del año 2000, introduciendo en nuestro ordenamiento jurídico, un nuevo subsistema jurídico-penal, con las herramientas necesarias que permitan una adecuada persecución y lucha contra las organizaciones criminales, cuyas conductas revisten especial peligrosidad y sensibilidad social, por lo que lo que, el legislador le ha reconocido la categoría de Crimen, conforme a las disposiciones internacionales.

- Para comprender a cabalidad al crimen organizado y efectuar una adecuada interpretación de la Ley N° 30077, resulta imprescindible remitirse a la fuente de la misma, esto es, la legislación internacional, de tal modo que no puede soslayarse la concepción teleológica del mismo, esto es, que la Organización Criminal se conforma con el fin de obtener un provecho económico o material (fin de lucro).

- Que si bien el Crimen Organizado para la consecución de su objetivo final (lucro), incurre en la perpetración de diversos ilícitos penales como delitos contra la Vida, el Cuerpo y la Salud, contra la Administración Pública, entre muchos otros; es evidente, que éstos, dado la naturaleza jurídica del mismo y su objeto final, solo concurren como medios para la obtención del fin patrimonial.

- Estando a que el Crimen Organizado afecta bienes jurídicos supraindividuales, que es la génesis de estos delitos intermedios y por ende reviste un desvalor de acción superior, resulta coherente que se elevado a la categoría de Crimen.

- En este sentido, el Crimen Organizado, a quien se le ha reconocido un mayor desvalor de acción, conforme a su redacción norma-

tiva sigue manteniendo su autonomía frente a los delitos que perpetra como parte de la búsqueda de concretar su fin último, esto es, el beneficio económico o material (lucro); puesto que, de materializarse el o los delitos fin, estaremos ante un concurso real de delitos, por cuanto cada uno de ellos es independiente del otro; máxime, si en consonancia con la normativa internacional, mediante la Ley N° 30077 se ha dado lugar a un nuevo subsistema jurídico-penal, de modo que considerar al Crimen Organizado como una simple agravante, no solamente colisiona contra la normativa internacional, que ha reconocido la trascendencia del mismo y la necesidad de una regulación especial y específica de la materia en los ordenamientos jurídicos internos, sino que también es incoherente con la Ley de Crimen Organizado que ha introducido los elementos descriptivos y normativos que contiene dicha conducta, así como la norma procesal

- De lo expuesto, el crimen organizado por su propia naturaleza y *modus operandi*, vulnera una pluralidad de bienes jurídicos intermedios, afectando de esta manera diversos derechos fundamentales, lo que se traduce en buena cuenta en el menoscabo de las bases mismas de la sociedad, a través de la lesión del bien jurídico supra-individual -Tranquilidad Pública-. Por ello, no debe perderse de vista que la Organización Criminal, es la génesis de la comisión sistemática de una serie de delitos, cuya modalidad delictiva viene evolucionando constantemente, aprovechando el avance tecnológico, económico-financiero y de las comunicaciones, de modo que la investigación que se realice, debe ser integral, manteniendo su autonomía dado que estamos ante un supuesto de macro criminalidad, que concurre en concurso con otros delitos.



## **VI. LA UTILIZACIÓN DEL DELITO DE ASOCIACIÓN ILÍCITA PARA DELINQUIR EN LA LUCHA CONTRA EL CRIMEN ORGANIZADO.**

Dr. Juan Carlos Portocarrero Zamora \*

Dr. Roger Armando Ponce Colque \*\*

**Delito y delincuencia en enfoque consecuente exigen un análisis interdisciplinario. Lo demás es temerario<sup>168</sup>**

### **El crimen organizado en el Perú: Situación actual**

Estudiar las diversas manifestaciones de la delincuencia organizada, así como las fórmulas o métodos para combatirla -ya sea mediante acciones de represión o prevención- de manera eficaz, pero respetuosa de los derechos fundamentales de las personas y principios del modelo procesal garantista que inspira el ya no tan nuevo modelo procesal acusatorio de corte garantista, constituye, hoy por hoy, todo un reto en nuestro país.

En principio, el sentido común y la lógica nos dice que para solucionar cualquier tipo de problema debemos conocer primero el problema. Así, para saber cómo enfrentar, combatir y formular estrategias de solución que hagan frente al fenómeno de la criminalidad organizada, debemos tener muy en claro qué factores y causas la

---

168 Luna Bisbal, Mauricio, Poesía criminológica. Teoría de la autenticidad, Bogotá. VERTICE, 1980, pág. 7.

\* Profesor de Derecho Penal. Doctor en Derecho por la Universidad de Salamanca (España).

\*\* Miembro de Oficina Especializada de Análisis de Crimen y Conflictos de la Procuraduría de Orden Público del Ministerio del Interior (POP). Ex integrante del Área de Defensa Legal del Instituto de Defensa Legal (IDL).

originan, así como establecer cuáles son las consecuencias, repercusiones e influencia de este fenómeno en el ámbito económico, social y político en nuestra sociedad.

Las implicancias del crimen organizado en el ámbito económico y social, además de tener cierta longevidad en el tiempo son bastante conocidas, y las podemos resumir, por el lado económico, en inyección de capitales ilícitos en el tráfico económico del país, y, por el lado social, en el incremento de la sensación de inseguridad ciudadana, la pérdida de confianza en las autoridades, el debilitamiento de las instituciones, la gobernabilidad y con ello la democracia.

Es en el ámbito político y en el de las instituciones del propio aparato estatal, donde la influencia y vinculación de la criminalidad organizada ha dado pasos agigantados y temerarios si se quiere. Después del “Caso Fujimori y Montesinos”, el cual representa, sin lugar a dudas, la conformación de una de las más grandes organizaciones criminales<sup>169</sup> que ha existido en nuestro país: aquella proveniente de la más altas esferas del Estado; los casos “César Álvarez”, “Rodolfo Orellana”, “Roberto Torres”, merecen un especial estudio ya que son claros ejemplos de cómo organizaciones criminales pueden generarse y expandirse al interior de la política en general y de los políticos en particular.

Desde el ámbito de la vinculación del crimen organizado al interior de determinadas instituciones del Estado esta problemática se agrava, pero si ésta se presenta a nivel de las instituciones del sistema de justicia y de poderes del Estado, el tema cobra dimensiones

---

169 Al igual que la organización criminal liderada por Abimael Guzmán Reynoso: Sendero Luminoso, la cual, de acuerdo al informe final de la Comisión de la Verdad y Reconciliación (CVR) fue la responsable del 54% de las víctimas del conflicto armado interno, y por tanto el principal perpetrado de crímenes y violaciones a los derechos humanos (Informe Final de la CVR, Tomo VIII, Los Responsables del Conflicto, Conclusión N° 13).

siderales, toda vez que el gobierno y los aparatos de justicia son los primeros llamados en combatir el crimen organizado y no a aliarse con él. Lo alarmante de esta situación es que no se ha aprendido de las experiencias y las lecciones del pasado.

Sucede que el problema del incremento en la incidencia de la criminalidad organizada lo podemos entender –en tanto fenómeno complejo que avanza conforme la sociedad se moderniza y con ella el crimen organizado-, lo que no se puede comprender sin embargo, es cómo habiendo tenido a casi todas las instituciones del Estado tomadas por la organización criminal Fujimori-Montesinos por poco más de una década, y una vez caído el régimen y sancionados la mayoría de sus integrantes incluyendo al propio expresidente de la República, nuestro país nuevamente se vea desde el ámbito de las instituciones estatales involucrado e inmerso en problemas de similar naturaleza pero esta vez a nivel regional o municipal. Volteamos la página y no advertimos que el crimen organizado no distingue entre regímenes dictatoriales o gobiernos democráticos, o entre gobiernos nacionales, regionales o locales. Se adapta e innova. Si ayer su aliado fue un presidente de la república, hoy lo son los presidentes regionales y los alcaldes. Pero la lista ahí no acaba y se extiende a las cabezas o representantes de entidades del sistema de justicia y afines.

Nos referimos pues a las investigaciones que, por el “Caso An-cash”, se han iniciado en contra de algunos funcionarios y altas autoridades del Poder Judicial, el Ministerio Público, el Consejo Nacional de la Magistratura y hasta el propio Congreso de la República.

Ni el Tribunal Constitucional se ve exento de denuncias por casos de corrupción vinculados a organizaciones criminales. Tal es el caso del exalcalde de la Municipalidad de Chiclayo, Roberto Torres Gonzáles, quien habría pagado 160 mil dólares para que dos magis-



trados del máximo intérprete de la Constitución emitieran un fallo a favor de la anulación de una sentencia emitida en su contra por un caso de corrupción <sup>170</sup>.

Así las cosas, podemos concluir esta primera parte señalando que, desde el lado de las actuales repercusiones e influencias de la criminalidad organizada en el ámbito político e institucional- en el Perú, poco se ha avanzado, o en todo caso, poco se ha aprendido de anteriores experiencias.

Ahora, independientemente de estos casos de criminalidad vinculados a las entidades del Estado y la política, que son las más visibles y por tanto de mediana duración debido a su sobreexposición, tenemos aquellas otras formas de delincuencia organizada que, se mantienen en la semiclandestinidad, pero que han aparecido con fuerza conforme nuestro país ha mutado social, cultural y económicamente, y que aún no han sido objeto de un análisis y estudio profundo. Tales son los casos del sicariato, la extorsión, el secuestro, la trata de personas, la tala y la minería ilegal.

En relación a estas nuevas manifestaciones de crimen organizado y aquellas expresiones “clásicas” de este fenómeno, como el tráfico ilícito de drogas, la corrupción de funcionarios y el lavado de activos, nuestro país ha tenido una respuesta penal, predeciblemente, represiva antes que preventiva.

Por ello, para determinar si la respuesta por parte del Estado en relación a estas nuevas expresiones del crimen organizado introducidas normativamente a través de la Ley N° 30077, es el resultado de la aplicación de una adecuada Política criminal acorde con nuestra

170 La República, 17/10/2014, “Acusan a dos magistrados del TC de recibir dinero de Torres”. En <http://www.larepublica.pe/17-10-2014/acusan-a-dos-magistrados-del-tc-de-recibir-dinero-de-torres>

realidad criminológica, necesariamente tenemos que desarrollar algunos alcances relacionados a su concepto y su estrecha relación con la criminología.

### **Política criminal y criminología y su “aplicación” en la elaboración de la Ley contra el crimen organizado**

Se entiende por política criminal al conjunto de actividades, acciones y decisiones que el Estado realiza o emite en relación al fenómeno de la delincuencia común u organizada, con la finalidad de mantener la paz social y el normal desenvolvimiento de las personas al interior de la sociedad. Estas decisiones son emitidas, principalmente, a nivel del poder ejecutivo o gobierno, pero también de los otros poderes del Estado (legislativo y judicial) y de las instituciones u organismos estatales que por mandato legal o de coordinación son llamadas a elaborar y dar seguimiento a políticas criminales. Y es que una buena política criminal no se agota con su expedición sino con el seguimiento que se le dé, a fin de determinar si cumplió el objetivo previsto al momento en que se diseñó.

Así, la programación y realización de una correcta y coherente política criminal dependen del conocimiento del fenómeno delictuoso y de los diferentes modos de reacción social. Cuanto más amplio y profundo sea, será menos complicado determinar las “estrategias apropiadas para frenar el avance de la criminalidad, así como los excesos de control social”<sup>171</sup>. De esta manera, se evitará la reacción sea

171 El control social es una condición básica de la vida social. Con él se aseguran el cumplimiento de las expectativas de conducta y los intereses contenidos en las normas que rigen la convivencia, confirmándolas y estabilizándolas contrafácticamente, en caso de su frustración o incumplimiento, con la respectiva sanción impuesta en una determinada forma o procedimiento. El control social determina, pues, los límites de la libertad humana en la sociedad, construyendo, al mismo tiempo, un instrumento de socialización de sus miembros. *Dentro del control social la norma penal, el sistema jurídico-penal, ocupa un lugar secundario, puramente confirmador y asegurador de otras instancias mucho más sutiles y eficaces.* La norma penal no crea, en efecto, nuevos valores, ni constituye un sistema au-

espontánea o inorgánica, motivada solo por el afán de dar satisfacción a los movimientos de la “opinión pública”, originados por la comisión de ciertas infracciones (política criminal del “golpe por golpe”, del “coup par coup”), o destinada a sosegar, mediante la multiplicación o agravación indiscriminada de la represión, a un público impresionado o temeroso ante la frecuente comisión de ciertos delitos <sup>172</sup>.

Pues bien, para conocer a profundidad al fenómeno delictuoso nos valemos de la Criminología, toda vez que la Política criminal como tal no tiene autonomía científica; es simplemente el resultado de aplicar los conocimientos sobre la criminalidad y su control, que brinda la Criminología, para adoptar decisiones que convertidas en normas jurídicas determinan el marco en el que deben moverse los operadores de la Administración de Justicia en sentido amplio (Policía, Ministerio Fiscal, Jueces y sistema penitenciario). Naturalmente, esas decisiones políticas deben encuadrarse en unas directrices que vienen impuestas por el ordenamiento jurídico <sup>173</sup> y que son vinculantes a todos los poderes públicos, cualquiera que sea el criterio criminológico que se considere más conveniente para el control de la criminalidad. Ahora bien, en esta búsqueda de conocimientos en torno al fenómeno de la delincuencia (ya sea en su aspecto común u organizado) con miras a su estudio y posterior entendimiento y propuestas de solución, la

---

tónomo de motivación del comportamiento humano en sociedad. Es inimaginable un derecho penal completamente desconectado de las demás instancias de control social. (Muñoz Conde, Francisco, Derecho Penal y Control Social, TEMIS, Bogotá, 2012, pág. 25).  
172 Hurtado Pozo, José y Prado Saldarriaga, Víctor, Derecho Penal, Parte General, IDEM-SA, Lima, 2011, pág. 52.

173 No olvidemos que toda norma jurídica surge de una decisión política. Toda norma jurídica traduce una decisión política. La decisión política da origen a la norma jurídica, pero ello no implica que la norma jurídica quede sometida a la decisión política. Nadie puede argumentar que la norma no traduce adecuadamente la decisión política para pretender que está prohibido lo que el orden jurídico no prohíbe, aunque el legislador lo haya querido prohibir. La norma jurídica es hija de la decisión política, lleva su carga genética, pero el cordón umbilical entre la decisión política-penal y la norma, lo corta el principio de legalidad, al menos en cuanto a extensión punitiva. (Raúl Zaffaroni, Eugenio. Manual de Derecho Penal. Parte General, Ediciones Jurídicas, Buenos Aires, 1990, pág. 86)

criminología tiene que valerse a su vez de otra disciplina sin la cual no podría emitir conclusiones y recomendaciones sólidas y útiles. Hablamos aquí de la Estadística, la cual, según el profesor de la Universidad Estatal de Oregón, Jerome ChingRen Li, significa la recolección y tabulación de datos y el señalamiento de conclusiones a partir de estos datos .<sup>174</sup>

Y es que en su pretensión de construir una disciplina científica, la criminología no puede sustraerse del adecuado manejo de estadísticas. Desde la necesidad de lograr aproximaciones rigurosas al fenómeno real de la criminalidad, más allá de los registros oficiales, hasta el señalamiento de correlaciones entre algunos factores y ciertas especies de conducta divergente o desviada o la eficacia de una específica política de control social, las indagaciones criminológicas precisas de un manejo riguroso de las técnicas propias de la estadística<sup>175</sup>.

Así, la estadística informa a la criminología con datos empíricos relevantes, ésta los estudia, analiza y emite opiniones dando cuenta si determinada política normativa penal cumple o no objetivo, y, finalmente, a través de la Política criminal, el Estado y sus instituciones, toman las decisiones político –normativas (no exclusivamente penales) que resulten más convenientes para enfrentar al fenómeno criminal existente en determinada realidad social y periodo de tiempo. Dicho esto, podemos decir, sin temor a equivocarnos, que nuestro país no ha seguido estos pasos previos de estudio criminológicos –e incluso sociológicos- al momento de diseñar políticas criminales eficientes, para de esta manera poder tomar medidas penales correctivas o de control social oportunas<sup>176</sup>.

174 Jerome C. R. Li, *Statistical Inference*, 4th printing, Ann Arbor (Michigan), Edward Brothers, Inc., 1968, Vol. I., pág. 1.

175 Restrepo Fontalvo, Jorge, *Criminología. Un enfoque humanístico*, TEMIS, Bogotá, 2014, pág. 35.

176 Pues, como ya se ha señalado, el Derecho Penal no es el único medio o instrumento de control social que posee el Estado, pero sí el de menor costo y esfuerzo político. Gene-

El Perú en materia de lucha contra la delincuencia común ha respondido *ex post y no ex ante*, de forma coyuntural e improvisada, creando nuevas figuras delictivas, agravando las sanciones penales o recortando beneficios penitenciarios; acciones que, de cara a la realidad, no han obtenido el resultado –previsiblemente deseado, y esto último se ha visto reflejado en el aumento de los índices de criminalidad y percepción de inseguridad ciudadana. Para dar cuenta de ello, basta revisar los informes que el propio Estado ha elaborado a través del MINJUS en torno a los resultados del endurecimiento punitivo frente a la lucha contra delincuencia.

Así tenemos el “Documento de Trabajo N° 1”, de la Dirección General de Política Criminal y Penitenciaria del Ministerio de Justicia, intitulado: *“La delincuencia en el Perú: Propuesta de Intervención Articulada”*, de enero de 2013, el cual nos muestra datos interesantes que a continuación detallaremos.

Nos dice, por ejemplo, que de la expedición del Código Penal de 1991 hasta diciembre de 2012, el referido cuerpo normativo ha tenido 408 modificaciones. De ellas, el 73.5% modificaron penas y con una única finalidad: agravarlas; el 22% incorporó nuevas conductas; y un 4.5%, fueron de carácter derogatorias. La misma suerte ha corrido el Código de Ejecución Penal, que de la fecha de su expedición (02 de agosto de 1991) hasta el 2012, se han producido 28 modificaciones. De ellas, el 72% se han modificado con la finalidad de restringir o elevar la valle de los requisitos necesarios para la obtención de beneficios penitenciarios, el 14% para incorporar mayores requisitos en su obtención; y el 14% restante con carácter derogatorio. En el periodo

rar una norma penal que sancione drásticamente determinadas conductas, resulta mucho más fácil que diseñar un conjunto de políticas públicas de inclusión social o educativas que tengan por objeto prevenirlas. Véase a modo de ejemplo la frustrada incorporación en nuestro Código penal del tipo penal del “negacionismo” (Proyecto de Ley N° 1464/2012-PE), el cual buscaba solucionar una problemática social -léase caso MOVADef- que más que una pena requería una propuesta educativa y de información por parte del Estado.

2006-2011, el capítulo de los delitos contra el patrimonio del Código Penal ha sido modificado dieciséis veces. El 87.5% de las mismas fueron para agravar penas; el restante 12.5%, para incorporar agravantes.

Ahora bien –continúa el documento-, para verificar si dichas modificaciones tuvieron el impacto deseado, revisaremos la fuente estadística criminal que representa la denunciabilidad a nivel policial en dichos años. Así, para el año 2009, la incidencia de denunciabilidad sobre delitos contra el patrimonio aumentó en un 8% respecto al 2008. Para el año 2010, un año después de las modificaciones mencionadas, dicha incidencia siguió incrementándose, alcanzando un 14.4%, y en un 12.6% para el año 2011.

En relación a las cifras de victimización, señala que en los últimos quince años las variaciones de criminalidad, conforme al indicador de victimización, han tenido una fluctuación promedio del 37.7% anual. No obstante ello, ha existido años en los que las variaciones y, por consiguiente, los índices de criminalidad han aumentado significativamente, como en el 2000 (48%), 2004 (47%), 2006 (43%) y 2011 (40%).

Por último, el referido documento concluye señalando que la Política criminal reactiva que ha experimentado el país en los últimos años se ha basado en un endurecimiento punitivo de las normas frente a problemas coyunturales, lo que ha caracterizado su naturaleza cortoplacista, sin base empírica, carente de un enfoque de derechos humanos, mucho menos monitoreada, lo que ha determinado su inoportunidad para reducir los índices de criminalidad. Asimismo, la falta de información empírica al momento de tomar las decisiones de política criminal determina no solo una omisión del legislador al crear las normas, sino también el problema que tiene el Estado para generar la

misma, habiéndose detectado problemas en las fuentes de información (quienes registran), las unidades de análisis (qué es lo que se registra), el seguimiento y monitoreo de la información (capacidad de la aplicación de instrumentos de recolección) y de cómo se interpreta dicha información (homologación de data transversal o sistémica) <sup>177</sup>.

Todo ello nos lleva a concluir que en materia de lucha contra la delincuencia, nuestro país a través de los años ha mantenido una política de constante endurecimiento penal irracional, en tanto y en cuanto los datos criminológicos arrojados han demostrado que el sendero adoptado era el equivocado, o en todo caso, no daba los resultados esperados. Esto demuestra, una vez más, cuan errados se encuentran aquellos que piensan el Derecho Penal puede resolver o aminorar una problemática que ciertamente escapa a naturaleza y finalidad.

Con justa razón André Callegari, citando a Pérez Cepeda <sup>178</sup>, señala que la utilización política del Derecho Penal simbólico se debe al hecho de que, con ella, el legislador adquiere una “buena imagen” delante de la sociedad, a medida que, a partir de decisiones político-criminales irracionales atiende a las demandas sociales, obteniendo así, reflejadamente, una gran cantidad de votos. No obstante, la utilización del Derecho Penal simbólico representa la alternativa más “barata” a la hora de articular soluciones para problemas sociales, puesto que las medias y programas sociales son siempre más costosos desde el punto de vista financiero.

---

<sup>177</sup> El contenido íntegro del referido documento lo podemos encontrar en: <http://www.minjus.gob.pe/wp-content/uploads/2013/07/Documento-de-Trabajo-No.-01.pdf>

<sup>178</sup> Callegari, André Luis, Crimen Organizado: Concepto y posibilidad de tipificación delante del contexto de la expansión del Derecho Penal. En Gaceta Penal y Procesal Penal, TOMO 25, julio de 2011, pág. 154. Pérez Cepeda, Ana Isabel. La seguridad como fundamento de la deriva del derecho penal postmoderno. Madrid: Listel, 2007.

En todo caso, la Política Criminal del Estado de Derecho no tiene siempre que recurrir al Derecho Penal para combatir eficazmente la criminalidad. Sobre todo en el aspecto preventivo, tiene que ser consciente de que muchas veces hay otras formas de prevenir la delincuencia, como mejorar el nivel cultural, educativo y económico, hacer una mejor política de redistribución de rentas, ayudar a la promoción e integración social de los más débiles con medidas de carácter social, posibilitar la reinserción social de los que ya han sido condenados, mejorar el sistema penitenciario, etc. Siempre se ha dicho que la mejor Política criminal es una buena Política social (económica, educativa, etc.)<sup>179</sup>

Ahora, si esta es la situación actual en relación a la delincuencia común, cuál es el diagnóstico respecto a la delincuencia no convencional o a lo que se conoce como criminalidad organizada, a propósito de la entrada en vigencia de la Ley N° 30077. Es más que evidente que el diagnóstico resulta ser el mismo. Y es que lo que ha ocurrido con la Ley Contra el Crimen Organizado, es lo que siempre pasa al momento de elaborar la mayoría de normas penales en nuestro país: presentar proyectos de leyes sin estudios criminológicos previos.

Sin embargo y pese a las críticas que, desde el ámbito de un Derecho Penal Garantista se han presentado, la Ley N° 30077 representa una respuesta del Estado un tanto elaborada y estructurada, en tanto recoge las recomendaciones y los compromisos internacionales asumidos por el Perú en materia de lucha contra la delincuencia supranacional -léase Convención de Palermo-, e incorpora en su derecho interno sus lineamientos y disposiciones, adaptando los mismos a nuestra realidad socio – jurídica .<sup>180</sup>

---

179 Hassemer, Winfried y Muñoz Conde, Francisco, Introducción a la criminología y a la política criminal, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pág. 27.

180 Entre otros y desde el plano sustantivo: incorpora figuras delictivas que no se encuentran establecidas en la Convención, como la trata de personas, el se-



Siguiendo esta visión desde el lado político criminal sobre la Ley Contra el Crimen Organizado y antes de entrar a analizarla brevemente, el Estado en lo que se refiere a un estudio previo del fenómeno del Crimen Organizado, no ha hecho mucho, salvo el diagnóstico que realiza, nuevamente, la Dirección General de Política Criminal y Penitenciaria del Ministerio de Justicia, en su Documento de Trabajo N° 3, titulado: “*Diagnóstico Situacional del Crimen en el Perú*”,<sup>181</sup> de junio de 2013, en el que brinda información, datos y estadísticas relacionados a los delitos de tráfico ilícito de drogas, terrorismo, minería ilegal, trata de personas, tráfico ilegal de armas y lavado de activos, pero sin realizar una propuesta de solución concreta en torno a este fenómeno <sup>182</sup>.

## **El delito de asociación ilícita y su utilización como herramienta destinada a combatir el crimen organizado desde una óptica preventiva.**

Pese a que la Ley Contra el Crimen Organizado tiene poco menos de un año de entrada en vigencia ya se ha escrito regular sobre sus alcances <sup>183</sup>. No pretendemos redundar en lo que otros ya han

---

cuestro, la extorsión, etc. Es decir, si bien es cierto que con la dación de la ley se acoge lo dispuesto por Palermo, amoldamos su finalidad a nuestro contexto.  
181 En: <http://www.minjus.gob.pe/wp-content/uploads/2013/12/libro-03-minjus-2013-color.pdf>

182 Aunque no forma parte de un trabajo del Estado Peruano, es de resaltar el estudio sobre los costos que ocasiona el Crimen Organizado al Estado, elaborado por la Oficina de las Naciones Unidas Contra la Droga y el Delito Para Perú y Ecuador, titulado: “El Costo Económico de la Delincuencia Organizada en el Perú”. Lo podemos ubicar en la siguiente dirección electrónica: <http://www.unodc.org/documents/peruandecuador/Publicaciones/UNODC-costo-crimen.pdf>

183 Así tenemos, entre otros, a Pisfil Flores, Daniel Armando, Notas Sobre la Prescripción de la Acción Penal: Especial Referencia a la Duplicación de los Plazos de Prescripción señalada por la Ley N° 30077, Gaceta Penal y Procesal Penal, TOMO 51, Setiembre de 2013, pág. 53. Alcócer Povis, Eduardo, Comentario a las Leyes N° 30076 y N° 30077 que modificaron la parte especial del Código Penal, Gaceta Penal y Procesal Penal, TOMO 51, Setiembre de 2013, pág. 81. Saldaña Pineda, Roger, La intervención de las comunicaciones en el marco de la lucha contra el crimen organizado, Gaceta Penal y Procesal Penal, TOMO 53, noviembre de 2013, pág. 47.

señalado, pero sí dar por sentado algunos puntos sobre su configuración y su relación con el delito de Asociación Ilícita Para Delinquir, tipificado en el artículo 317° del Código penal, todo ello con la finalidad de aterrizar en el objetivo del presente artículo, cual es, informar e insistir en la lucha contra las organizaciones criminales desde el ámbito político criminal preventivo, utilizando para tal efecto el referido tipo penal.

En primer lugar, debemos señalar que la dación de la Ley Contra el Crimen Organizado era necesaria, puesto que requeríamos de un marco normativo penal especial que haga frente a las nuevas formas de delincuencia organizacional que hoy por hoy aquejan a nuestra sociedad y que afectan la institucionalidad del país. Pero vamos, no nos engañemos y digamos las cosas tal cual: la Ley N° 30077 es la prueba máxima de cómo el modelo procesal garantista inspirado en el Código Procesal del 2004, no fue diseñado para estas manifestaciones de criminalidad no convencional. No es casualidad que la referida norma se haya preocupado más en desarrollar la parte procesal <sup>184</sup> que la parte sustantiva, y dotar a los operadores del sistema de justicia con armas de corte inquisitivo “más flexibles” que las del modelo acusatorio. Si queda alguna duda, vayamos a la fuente, es decir, a la voluntad del propio legislador. Así, en la sesión del 17 de julio del 2013, al interior del Congreso de la República, en circunstancias en que se debatía el proyecto que hoy es ley, la congresista Marisol Pérez Tello, quien estuvo a cargo de la Presidencia de la Comisión de Justicia y como tal de la elaboración del dictamen recaído en los Proyectos de Ley N° 1803/2012-CR, 1833/2012-PE y 1946/2012-CR, los cuales proponían la Ley sobre Criminalidad Organizada, señaló:

---

184 Nótese que en el último párrafo del artículo 3° de la Ley, se señala expresamente que “Los alcances de la ley son de aplicación a los delitos en los que se contemple como circunstancia agravante su comisión mediante una organización criminal y a cualquier otro delito cometido en concurso con los previstos en el presente artículo”, esto es, se refiere a los alcances de persecución procesal y de procesamiento penal.

“La señora Pérez Tello de Rodríguez (APGC).- Presidente, quiero aclarar algunos comentarios que hoy se han expresado y que podrían generar confusión. La ley contra el crimen organizado tiene un objetivo, y el objetivo es perseguir determinadas conductas que con la ley penal no se pueden perseguir porque no tiene los mecanismos procesales. Lo que esta ley habilita son mecanismos procesales para que se pueda acreditar prueba y, finalmente, sancionar a quienes, escondidos, enmarañados en el poder económico y en la capacidad logística que tienen, utilizan los recovecos de la investigación criminal para eludir su responsabilidad. Esto es un mecanismo procesal”<sup>185</sup>

En segundo lugar, que de la definición y la configuración que la norma realiza del Crimen Organizado en su artículo 2° y lo desarrollado por la doctrina y la jurisprudencia del tipo penal de asociación ilícita del artículo 317° del Código Penal, no hay mayor distinción alguna, en tanto ambas regulan un mismo fenómeno. Lo que hace la Ley N° 30077 es básicamente brindar herramientas procesales para combatir la criminalidad organizada, mientras que el art. 317° constituye el instrumento sustantivo para su sanción. Basta revisar, por ejemplo, los tipos penales contempladas como agravantes en el tercer párrafo del art. 317° y cotejarlas con el listado de delitos que hace referencia la Ley N° 30077 en su artículo 3° para darnos cuenta que básicamente son los mismos. O si se quiere, revisemos los proyectos de ley presentados por el Poder Ejecutivo y el Poder Judicial que dieron vida a esta ley (Proyectos N° 1833/2012-PE y N° 1627/2012/PJ, respectivamente). En ambos proyectos se propuso modificar la denominación del ilícito contemplado en el artículo 317°, bajo la figura de “organización criminal” o la de “organización ilícita”.

---

185 Diario de los Debates del Congreso, Segunda Legislatura Ordinaria de 2012, 6° I SESIÓN, miércoles 17 de julio de 2013. En: [http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/DiarioDebates/Publicad.nsf/SesionesPleno/05256D6E0073DFE905257BAC005715CD/\\$FILE/SLO-2012-6I.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/DiarioDebates/Publicad.nsf/SesionesPleno/05256D6E0073DFE905257BAC005715CD/$FILE/SLO-2012-6I.pdf)

Así, la doctrina <sup>186</sup> ha señalado que, en efecto, dicho dispositivo legal tiene como *nomen iuris* “asociación ilícita”, sin embargo del tenor de su texto se reprime al que forma parte de una organización de dos o más personas destinadas a cometer delitos. Conforme se aprecia lo que en puridad reprime este articulado es la presencia de los grupos criminales organizados y no de simple asociaciones ilícitas, que más bien aluden a bandas criminales. El tenor del artículo 317° se asemeja más a la propuesta de regulación de la Convención de Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional (Convención de Palermo), y no olvidemos que la Ley N° 30077 recoge sus lineamientos para luego establecer su definición.

Por tales motivos, no se advierte distinción importante entre una y otra figura normativa; mientras que una se construye de forma normativa taxativa, la otra se deduce desde lineamientos marcadamente interpretativos. Los móviles tampoco son predicables, en tanto que si estos son de orden económico o político igual pueden asimilarse a una u otra figura <sup>187</sup>.

Vayamos ahora, finalmente, a la fórmula que creemos que debe utilizar el Estado para enfrentar a la delincuencia no convencional, de la mano del Ministerio Público, Poder Judicial y las Procuradurías Públicas. Como se ha desarrollado *in extenso*, la receta normativa-represiva no ha funcionado, por tanto trabajemos con lo que tenemos, y lo que tenemos ciertamente no es poca cosa.

En primer lugar, se ha puesto en vigencia una norma que, más allá de las críticas, allana el camino procesal para denunciar, procesar y sancionar al Crimen Organizado; asimismo, también contamos con

---

186 YSHÍ MEZA, Alejandro. política criminal y regulación penal de las organizaciones criminales vinculadas al tráfico ilícito de drogas y al lavado de activos a propósito de la Ley N° 30077

187 Peña Cabrera Freyre, Alonso, El Crimen Organizado y su relación con el Derecho Penal Simbólico en el marco de la Ley N° 30077, Gaceta Penal y Procesal Penal, TOMO 57, Marzo de 2014, pág. 112

un instrumento el cual hemos poseído siempre, pero que pocos operadores del Sistema de Justicia se han tomado el trabajo de utilizar, y es, el delito de asociación ilícita para delinquir.

Según reconoce la doctrina, el delito de asociación para delinquir cumple básicamente una función política criminal de naturaleza preventiva por su misma condición de delito-para algunos- de preparación, al facilitar el castigo a aquellos que no han llegado a delinquir, pero que se han agrupado para tal fin .<sup>188</sup>

Si bien desde el momento que constituyen una asociación con fines criminales la persona o los sujetos que la integran se hacen acreedores a una sanción penal pena privativa de libertad, por lo general, no debe quedar duda acerca de su sentido marcadamente preventivo, toda vez que con su configuración se busca remover el peligro que nace de la comisión de delitos objeto del programa asociativo, anticipándose la fase de intervención.<sup>189</sup> La razón de su castigo reside en el hecho que la existencia de la asociación suscita inevitablemente alarma y preocupación en la ciudadanía, independientemente de si los delitos se ha cometido o no <sup>190</sup>.

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

El delito de asociación para delinquir forma parte de una tutela avanzada de la sociedad respecto a la manifestación de la criminali-

188 CASTILLO ALVA, José Luis, Asociación Para Delinquir, Grijley, Lima, 2005, pág. 14

189 ídem, pág. 14

190 ibídem, pág. 14

dad organizada, tanto común como política.<sup>191</sup> Por otro lado, se ha dicho que los delitos cometidos a través de asociaciones criminales no importan al momento de sancionar penalmente a la asociación misma, esto es, no importan los “delitos fines”, dado que no es la organicidad del núcleo de la tipicidad del delito de asociación ilícita, en el esquema punitivo peruano, sino el hecho de formar parte de la misma, siendo indiferente que realmente (en la práctica concreta) la asociación y sus miembros se vean o no involucrados en la comisión de actos delictivos. Se constituye de este modo un delito de peligro abstracto que anticipa la represión penal a fases previas a la ejecución material de los delitos previstos en los planes delictivos y las previsiones normativas, y que nos permitirá percibir los niveles o matices de diferencia con las bandas y organizaciones delictivas preconfiguradas al interior de otras especies delictivas\*.

Es por ello que desde el ámbito de la criminalidad –o sea, del estudio de sus causas o factores-, ello guarda mucho sentido, toda vez que los objetivos de las organizaciones criminales no son, pues, la comisión de delitos, sino la búsqueda de ganancias económicas. Más que un fin, los delitos cometidos por la asociación criminal, desde el ámbito de la criminología, representan el medio para conseguir su objetivo ilícito perseguido. Tal vez sea la razón por la cual, el delito de lavado de activos o también conocido como blanqueo de capitales ha cobrado tanta importancia hoy en día.

Dicho esto y en el entendido que el tipo penal de asociación ilícita para delinquir constituye el instrumento de persecución y sanción de las organizaciones criminales, hay ciertos problemas que en principio debemos afrontar. Existen algunos que hemos identificado,

---

191 *ibídem*, pág. 15

\* ROJAS VARGAS, Fidel, Derecho Penal, Estudios Fundamentales de la Parte General y Especial, Gaceta Penal y Procesal Penal, Lima, 2013, pág. 360.

pero solo mencionaremos aquellos que ciertamente nos preocupan. Si partimos del hecho que los miembros de las organizaciones criminales son investigados, procesados y eventualmente condenados en atención al tipo penal regulado en el artículo 317° del Código Penal, y este ilícito penal combate social y judicialmente el fenómeno del crimen organizado; se entiende, en primer término, que todos estos casos deben iniciarse sí y solo sí nos encontramos, al menos preliminarmente, frente a una verdadera organización criminal, y ello significa que la misma contenga las características político-criminales que tanto la doctrina y la jurisprudencia ha desarrollado en torno a las organizaciones delictuales de corte permanente, estructurado y jerarquizado.

Pese a ello, un número considerable de fiscales e incluso juzgados penales, inician investigaciones y procesos judiciales - por el delito de asociación ilícita para delinquir - a bandas criminales que por lo general cometen delitos de corte patrimonial, basándose, fundamentalmente, en el número de los miembros de dicha organización y la repercusión mediática que pueda ostentar el caso, cuando se ha establecido hasta la fatiga que una organización criminal se considera como tal, más que por el número de sus miembros, por su permanencia en el tiempo, por la estructura en su formación, por la jerarquía de sus integrantes, por su amplia cobertura criminal, por los altos pero ilícitos ingresos económicos y por su elevada dañosidad social.

Ahora bien, con la creación del subsistema de persecución e investigación del Crimen Organizado materializado en la implementación de las Fiscalías Especializadas en Criminalidad Organizada a nivel nacional, este problema pareciera tener fin, puesto que se entiende que todos los casos, los verdaderos casos, de crimen organizado, deben ser asumidos por dichas dependencias.

Asimismo, y desde el plano de la prueba, al ser la criminalidad organizada una forma no convencional de manifestación de la delincuencia, requiere, bajo la misma lógica, una clase o procedimiento de prueba no convencional, como lo es la prueba indiciaria, tanto más si este tipo de criminalidad no tiene “verdaderas víctimas”, y por tanto, no hay quien pueda dar fe, de forma directa, de su existencia o conformación.

De igual forma, la figura del agente encubierto o la de la colaboración eficaz cobra elevada importancia, puesto que quien mejor que el miembro de una organización criminal o el efectivo policial infiltrado en ella, que pueda informar y dar detalles sobre su conformación, integrantes, empresas, etc. Es decir, brindar el “dato” “desde dentro”, con lo cual se demostraría – a nivel probatorio- la permanencia, la estabilidad y la estructura de la organización, presupuestos necesarios –exigidos por la jurisprudencia nacional- para poder denunciar y condenar a las personas que forman parte de las organizaciones criminales, así como a las personas jurídicas que les sirvieron de fachada para infiltrar sus dineros ilícitos en el tráfico lícito.

Y es que, el tipo penal de Asociación Ilícita Para Delinquir ataca, de forma directa, a las organizaciones criminales, sin importar los delitos que por motivo de su formación se hayan cometido o se cometan en el futuro. Si esto es así, por qué no aunar todos los esfuerzos para atacar, penalmente, a las asociaciones criminales *per se*, y no a los delitos que se cometan a través de las mismas. No confundamos y perdamos el norte en torno al por qué, desde el ámbito político – criminal, el tipo penal de asociación castiga a la estructura criminal y no a los tipos penales cometidos por ella. Como se ha dicho *supra*, las empresas criminales no buscan cometer delitos violentos, ese no es su fin, sino obtener un beneficio económico.



Para combatir a las organizaciones criminales el trabajo de inteligencia policial es, sin duda alguna, la piedra angular o la base de esta estrategia de lucha contra la delincuencia organizada desde el ámbito de la prevención, y este se logra fundamentalmente, al interior del proceso penal, en la etapa de investigación preliminar y preparatoria.

En un primer momento, es un trabajo técnico de campo antes que de escritorio. En un segundo momento, ciertamente la estrategia jurídica procesal a cargo del fiscal resulta trascendente y para ello la coordinación entre Ministerio Público y Policía Nacional resulta más que necesaria. Pese a los roces entre instituciones, sin un trabajo coordinado entre Ministerio Público y Policía Nacional Especializada, las investigaciones en casos de Crimen Organizado no tienen futuro alguno. Y es que la Policía brinda la experiencia y fundamento en la persecución de las organizaciones criminales, mientras que la Fiscalía la cubre con su manto de legalidad, con la finalidad de no afectar derechos constitucionales o vulnerar principios del Derecho Penal o Procesal Penal.

Prevenir determinado fenómeno significa evitar sus causas, eliminar los condicionamientos que llevan a la producción de ese fenómeno. Si se busca prevenir la criminalidad organizada, habrá que comprender lo más posible, qué se entiende por dicho fenómeno. De esto nos falta mucho pero ya hemos avanzado algo. Contamos con una herramienta que es la asociación ilícita para delinquir que no se utiliza para combatir a las organizaciones del crimen, ya sea por la divergencia en los criterios, desconocimiento de su real utilidad por parte de los operadores de justicia o por una inadecuada visión del Derecho que, so pretexto de garantizar derechos y garantías constitucionales, olvida que frente a la exigencia de la ciudadanía, es una obligación de todo Estado luchar contra la delincuencia en general y contra la criminalidad organizada en particular.

## **VII. LA CONVENCION DE PALERMO**

### **CONVENCION DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DELINCUENCIA ORGANIZADA TRANSNACIONAL**

#### **Artículo 1**

##### **Finalidad**

El propósito de la presente Convención es promover la cooperación para prevenir y combatir más eficazmente la delincuencia organizada transnacional.

#### **Artículo 2**

##### **Definiciones**

Para los fines de la presente Convención:

- a) Por grupo delictivo organizado se entenderá un grupo estructurado de tres o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves o delitos tipificados con arreglo a la presente Convención con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material;
- b) Por delito grave se entenderá la conducta que constituya un delito punible con una privación de libertad máxima de al menos cuatro años o con una pena más grave;
- c) Por grupo estructurado se entenderá un grupo no formado fortuitamente para la comisión inmediata de un delito y en el que no neces-

riamente se haya asignado a sus miembros funciones formalmente definidas ni haya continuidad con la condición de miembro o exista una estructura desarrollada;

d) Por bienes se entenderá los activos de cualquier tipo, corporales o incorporales, muebles o inmuebles, tangibles o intangibles, y los documentos o instrumentos legales que acrediten la propiedad u otros derechos sobre dichos activos;

e) Por producto del delito se entenderá los bienes de cualquier índole derivados u obtenidos directa o indirectamente de la comisión de un delito;

f) Por embargo preventivo o incautación se entenderá la prohibición temporal de transferir, convertir, enajenar o mover bienes, o la custodia o el control temporales de bienes por mandamiento expedido por un tribunal u otra actividad competente g) Por decomiso se entenderá la privación con carácter definitivo de bienes por decisión de un tribunal o de otra autoridad competente;

h) Por delito determinante se entenderá todo delito del que se derive un producto que pueda pasar a constituir materia de un delito definido en el artículo 6 de la presente Convención;

i) Por entrega vigilada se entenderá la técnica consistente en dejar que remesas ilícitas o sospechosas salgan del territorio de uno o más Estados, lo atraviesen o entren en él, con el conocimiento y bajo la supervisión de sus autoridades competentes, con el fin de investigar delitos e identificar a las personas involucradas en la comisión de éstos;

j) Por organización regional de integración económica se entenderá una organización constituida por Estados soberanos de una región

determinada, a la que sus Estados miembros han transferido competencia en las cuestiones regidas por la presente Convención y que ha sido debidamente facultada, de conformidad con sus procedimientos internos, para firmar, ratificar, aceptar o aprobar la Convención o adherirse a ella; las referencias a los Estados Parte con arreglo a la presente Convención se aplicarán a esas organizaciones dentro de los límites de su competencia.

### **Artículo 3** **Ámbito de aplicación**

1. A menos que contenga una disposición en contrario, la presente Convención se aplicará a la prevención, la investigación y el enjuiciamiento de:

a) Los delitos tipificados con arreglo a los artículos 5, 6, 8 y 23 de la presente Convención; y

b) Los delitos graves que se definen en el artículo 2 de la presente Convención; cuando esos delitos sean de carácter transnacional y entrañen la participación de un grupo delictivo organizado.

2. A los efectos del párrafo 1 del presente artículo, el delito será de carácter transnacional si:

a) Se comete en más de un Estado;

b) Se comete dentro de un solo Estado pero una parte sustancial de su preparación, planificación, dirección o control se realiza en otro Estado;

c) Se comete dentro de un solo Estado pero entraña la participación de un grupo delictivo organizado que realiza actividades delictivas en más de un Estado; o

d) Se comete en un solo Estado pero tiene efectos sustanciales en otro Estado.

## **Artículo 4**

### **Protección de la soberanía**

1. Los Estados Parte cumplirán sus obligaciones con arreglo a la presente Convención en consonancia con los principios de igualdad soberana e integridad territorial de los Estados, así como de no intervención en los asuntos internos de otros Estados.

2. Nada de lo dispuesto en la presente Convención facultará a un Estado Parte para ejercer, en el territorio de otro Estado, jurisdicción o funciones que el derecho interno de ese Estado reserve exclusivamente a sus autoridades.

## **Artículo 5**

### **Penalización de la participación en un grupo delictivo organizado**

1. Cada Estado Parte adoptará las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente:

a) Una de las conductas siguientes, o ambas, como delitos distintos de los que entrañen el intento o la consumación de la actividad delictiva:

i) El acuerdo con una o más personas de cometer un delito grave con un propósito que guarde relación directa o indirecta con la obtención de un beneficio económico u otro beneficio de orden material y, cuando así lo prescriba el derecho interno, que entrañe un acto perpetrado por uno de los participantes para llevar adelante ese acuerdo o que entrañe la participación de un grupo delictivo organizado;

ii) La conducta de toda persona que, a sabiendas de la finalidad y actividad delictiva general de un grupo delictivo organizado o de su intención de cometer los delitos en cuestión, participe activamente en:

a. Actividades ilícitas del grupo delictivo organizado;

b. Otras actividades del grupo delictivo organizado, a sabiendas de que su participación contribuirá al logro de la finalidad delictiva antes descrita;

b) La organización, dirección, ayuda, incitación, facilitación o asesoramiento en aras de la comisión de un delito grave que entrañe la participación de un grupo delictivo organizado.

2. El conocimiento, la comisión de cualesquiera de los delitos tipificados con arreglo al presente artículo, así como la asociación y la confabulación para cometerlos, el intento de cometerlos, y la ayuda, la incitación, la facilitación y el asesoramiento en aras de su comisión.

2. Para los fines de la aplicación o puesta en práctica del párrafo 1 del presente artículo:

a) Cada Estado Parte velará por aplicar el párrafo 1 del presente artículo a la gama más amplia posible de delitos determinantes;

b) Cada Estado Parte incluirá como delitos determinantes todos los delitos graves definidos en el artículo 2 de la presente Convención y los delitos tipificados con arreglo a los artículos 5, 8 y 23 de la presente Convención. Los Estados Parte cuya legislación establezca una lista de delitos determinantes incluirán entre éstos, como mínimo, una amplia gama de delitos relacionados con grupos delictivos organizados;

c) A los efectos del apartado b), los delitos determinantes incluirán los delitos cometidos tanto dentro como fuera de la jurisdicción del Estado Parte interesado. No obstante, los delitos cometidos fuera de la

jurisdicción de un Estado Parte constituirán delito determinante siempre y cuando el acto correspondiente sea delito con arreglo al derecho interno del Estado en que se haya cometido y constituyese asimismo delito con arreglo al derecho interno del Estado Parte que aplique o ponga en práctica el presente artículo si el delito se hubiese cometido allí;

d) Cada Estado Parte proporcionará al secretario general de las Naciones Unidas una copia de sus leyes destinadas a dar aplicación al presente artículo y de cualquier enmienda ulterior que se haga a tales leyes o una descripción de esta;

e) Si así lo requieren los principios fundamentales del derecho interno de un Estado Parte, podrá disponerse que los delitos tipificados en el párrafo 1 del presente artículo no se aplicarán a las personas que hayan cometido el delito determinante;

f) El conocimiento, la intención o la finalidad que se requieren como elemento de un delito tipificado en el párrafo 1 del presente artículo podrán inferirse de circunstancias fácticas objetivas.

## **Artículo 7**

### **Medidas para combatir el blanqueo de dinero**

1. Cada Estado Parte:

a) Establecerá un amplio régimen interno de reglamentación y supervisión de los bancos y las instituciones financieras no bancarias y, cuando proceda, de otros órganos situados dentro de su jurisdicción que sean particularmente susceptibles de utilizarse para el blanqueo de dinero a fin de prevenir y detectar todas las formas de blanqueo de dinero, y en ese régimen se hará hincapié en los requisitos relativos a la identificación del cliente, el establecimiento de registros y la denuncia de las transacciones sospechosas;

b) Garantizará, sin perjuicio de la aplicación de los artículos 18 y 27 de la presente Convención, que las autoridades de administración, reglamentación y cumplimiento de la ley y demás autoridades encargadas de combatir el blanqueo de dinero (incluidas, cuando sea pertinente con arreglo al derecho interno, las autoridades judiciales), sean capaces de cooperar e intercambiar información a nivel nacional e internacional de conformidad con las condiciones prescritas en el derecho interno y, a tal fin, considerará la posibilidad de establecer una dependencia de inteligencia financiera que sirva de centro nacional de recopilación, análisis y difusión de información sobre posibles actividades de blanqueo de dinero.

2. Los Estados Parte considerarán la posibilidad de aplicar medidas viables para detectar y vigilar el movimiento transfronterizo de efectivo y de títulos negociables pertinentes, con sujeción a salvaguardias que garanticen la debida utilización de la información y sin restringir en modo alguno la circulación de capitales lícitos. Esas medidas podrán incluir la exigencia de que los particulares y las entidades comerciales notifiquen las transferencias transfronterizas de cantidades elevadas de efectivo y de títulos negociables pertinentes.

3. Al establecer un régimen interno de reglamentación y supervisión con arreglo al presente artículo y sin perjuicio de lo dispuesto en cualquier otro artículo de la presente Convención, se insta a los Estados Parte a que utilicen como guía las iniciativas pertinentes de las organizaciones regionales, interregionales y multilaterales de lucha contra el blanqueo de dinero.

4. Los Estados Parte se esforzarán por establecer y promover la cooperación a escala mundial, regional, subregional y bilateral entre las autoridades judiciales, de cumplimiento de la ley y de reglamentación financiera a fin de combatir el blanqueo de dinero.



## **Artículo 8**

### **Penalización de la corrupción**

1. Cada Estado Parte adoptará las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente:

a) La promesa, el ofrecimiento o la concesión a un funcionario público, directa o indirectamente, de un beneficio indebido que redunde en su propio provecho o en el de otra persona o entidad, con el fin de que dicho funcionario actúe o se abstenga de actuar en el cumplimiento de sus funciones oficiales;

b) La solicitud o aceptación por un funcionario público, directa o indirectamente, de un beneficio indebido que redunde en su propio provecho o en el de otra persona o entidad, con el fin de que dicho funcionario actúe o se abstenga de actuar en el cumplimiento de sus funciones oficiales.

2. Cada Estado Parte considerará la posibilidad de adoptar las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito los actos a que se refiere el párrafo 1 del presente artículo cuando esté involucrado en ellos un funcionario público extranjero o un funcionario internacional. Del mismo modo, cada Estado Parte considerará la posibilidad de tipificar como delito otras formas de corrupción.

3. Cada Estado Parte adoptará también las medidas que sean necesarias para tipificar como delito la participación como cómplice en un delito tipificado con arreglo al presente artículo.

4. A los efectos del párrafo 1 del presente artículo y del artículo 9 de la presente Convención, por funcionario público se entenderá todo funcionario público o persona que preste un servicio público conforme

a la definición prevista en el derecho interno y a su aplicación con arreglo al Derecho Penal del Estado Parte en el que dicha persona desempeñe esa función.

### **Artículo 9**

#### **Medidas contra la corrupción**

1. Además de las medidas previstas en el artículo 8 de la presente Convención, cada Estado Parte, en la medida en que proceda y sea compatible con su ordenamiento jurídico, adoptará medidas eficaces de carácter legislativo, administrativo o de otra índole para promover la integridad y para prevenir, detectar y castigar la corrupción de funcionarios públicos.

2. Cada Estado Parte adoptará medidas encaminadas a garantizar la intervención eficaz de sus autoridades con miras a prevenir, detectar y castigar la corrupción de funcionarios públicos, incluso dotando a dichas autoridades de suficiente independencia para disuadir del ejercicio de cualquier influencia indebida en su actuación.

### **Artículo 10**

#### **Responsabilidad de las personas jurídicas**

1. Cada Estado Parte adoptará las medidas que sean necesarias, de conformidad con sus principios jurídicos, a fin de establecer la responsabilidad de personas jurídicas por participación en delitos graves en que esté involucrado un grupo delictivo organizado, así como por los delitos tipificados con arreglo a los artículos 5, 6, 8 y 23 de la presente Convención.

2. Con sujeción a los principios jurídicos del Estado Parte, la responsabilidad de las personas jurídicas podrá ser de índole penal, civil o administrativa.

3. Dicha responsabilidad existirá sin perjuicio de la responsabilidad penal que incumba a las personas naturales que hayan perpetrado los delitos.

4. Cada Estado Parte velará en particular porque se impongan sanciones penales o no penales eficaces, proporcionadas y disuasivas, incluidas sanciones monetarias, a las personas jurídicas consideradas responsables con arreglo al presente artículo.

## **Artículo 11**

### **Proceso, fallo y sanciones**

1. Cada Estado Parte penalizará la comisión de los delitos tipificados con arreglo a los artículos 5, 6, 8 y 23 de la presente Convención con sanciones que tengan en cuenta la gravedad de esos delitos.

2. Cada Estado Parte velará por que se ejerzan cualesquiera facultades legales discrecionales de que disponga conforme a su derecho interno en relación con el enjuiciamiento de personas por los delitos comprendidos en la presente Convención a fin de dar máxima eficacia a las medidas adoptadas para hacer cumplir la ley respecto de esos delitos, teniendo debidamente en cuenta la necesidad de prevenir su comisión.

3. Cuando se trate de delitos tipificados con arreglo a los artículos 5, 6, 8 y 23 de la presente Convención, cada Estado Parte adoptará medidas apropiadas, de conformidad con su derecho interno y tomando debidamente en consideración los derechos de la defensa, con miras a procurar que al imponer condiciones en relación con la decisión de conceder la libertad en espera de juicio o la apelación se tenga presente la necesidad de garantizar la comparecencia del acusado en todo procedimiento penal ulterior.

4. Cada Estado Parte velará por que sus tribunales u otras autoridades competentes tengan presente la naturaleza grave de los delitos comprendidos en la presente Convención al considerar la eventualidad de conceder la libertad anticipada o la libertad condicional a personas que hayan sido declaradas culpables de tales delitos.

5. Cada Estado Parte establecerá, cuando proceda, con arreglo a su derecho interno, un plazo de prescripción prolongado dentro del cual pueda iniciarse el proceso por cualquiera de los delitos comprendidos en la presente Convención y un plazo mayor cuando el presunto delincuente haya eludido la administración de justicia.

6. Nada de lo dispuesto en la presente Convención afectará al principio de que la descripción de los delitos tipificados con arreglo a ella y de los medios jurídicos de defensa aplicables o demás principios jurídicos que informan la legalidad de una conducta queda reservada al derecho interno de los Estados Parte y de que esos delitos han de ser perseguidos y sancionados de conformidad con ese derecho.

## **Artículo 12**

### **Decomiso e incautación**

1. Los Estados Parte adoptarán, en la medida en que lo permita su ordenamiento jurídico interno, las medidas que sean necesarias para autorizar el decomiso:

- a) Del producto de los delitos comprendidos en la presente Convención o de bienes cuyo valor corresponda al de dicho producto;
- b) De los bienes, equipo u otros instrumentos utilizados o destinados a ser utilizados en la comisión de los delitos comprendidos en la presente Convención.

2. Los Estados Parte adoptarán las medidas que sean necesarias para permitir la identificación, la localización, el embargo preventivo o la incautación de cualquier bien a que se refiera el párrafo 1 del presente artículo con miras a su eventual decomiso.

3. Cuando el producto del delito se haya transformado o convertido parcial o totalmente en otros bienes, esos bienes podrán ser objeto de las medidas aplicables a dicho producto a tenor del presente artículo.

4. Cuando el producto del delito se haya mezclado con bienes adquiridos de fuentes lícitas, esos bienes podrán, sin menoscabo de cualquier otra facultad de embargo preventivo o incautación, ser objeto de decomiso hasta el valor estimado del producto entremezclado.

5. Los ingresos u otros beneficios derivados del producto del delito, de bienes en los que se haya transformado o convertido el producto del delito o de bienes con los que se haya entremezclado el producto del delito también podrán ser objeto de las medidas previstas en el presente artículo, de la misma manera y en el mismo grado que el producto del delito.

6. Para los fines del presente artículo y del artículo 13 de la presente Convención, cada Estado Parte facultará a sus tribunales u otras autoridades competentes para ordenar la presentación o la incautación de documentos bancarios, financieros o comerciales. Los Estados Parte no podrán negarse a aplicar las disposiciones del presente párrafo amparándose en el secreto bancario.

7. Los Estados Parte podrán considerar la posibilidad de exigir a un delincuente que demuestre el origen lícito de presunto producto del delito o de otros bienes expuestos a decomiso, en la medida en que ello sea conforme con los principios de su derecho interno y con la índole del proceso judicial u otras actuaciones conexas.

8. Las disposiciones del presente artículo no se interpretarán en perjuicio de los derechos de terceros de buena fe.

9. Nada de lo dispuesto en el presente artículo afectará al principio de que las medidas en él previstas se definirán y aplicarán de conformidad con el derecho interno de los Estados Parte y con sujeción a este.

### **Artículo 13**

#### **Cooperación internacional para fines de decomiso**

1. Los Estados Parte que reciban una solicitud de otro Estado Parte que tenga jurisdicción para conocer de un delito comprendido en la presente Convención con miras al decomiso del producto del delito, los bienes, el equipo u otros instrumentos mencionados en el párrafo 1 del artículo 12 de la presente Convención que se encuentren en su territorio deberán en la mayor medida en que lo permita su ordenamiento jurídico interno:

a) Remitir la solicitud a sus autoridades competentes para obtener una orden de decomiso a la que, en caso de concederse, darán cumplimiento; o

b) Presentar a sus autoridades competentes, a fin de que se le dé cumplimiento en el grado solicitado, la orden de decomiso expedida por un tribunal situado en el territorio del Estado Parte requirente de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 12 de la presente Convención en la medida en que guarde relación con el producto del delito, los bienes, el equipo u otros instrumentos mencionados en el párrafo 1 del artículo 12 que se encuentren en el territorio del Estado Parte requerido.

2. A raíz de una solicitud presentada por otro Estado Parte que tenga jurisdicción para conocer de un delito comprendido en la presente Convención, el Estado Parte requerido adoptará medidas encamina-

das a la identificación, la localización y el embargo preventivo o la incautación del producto del delito, los bienes, el equipo u otros instrumentos mencionados en el párrafo 1 del artículo 12 de la presente Convención con miras a su eventual decomiso, que habrá de ordenar el Estado Parte requirente o, en caso de que medie una solicitud presentada con arreglo al párrafo 1 del presente artículo, el Estado Parte requerido.

3. Las disposiciones del artículo 18 de la presente Convención serán aplicables mutatis mutandis al presente artículo. Además de la información indicada en el párrafo 15 del artículo 18, las solicitudes presentadas de conformidad con el presente artículo contendrán lo siguiente:

- a) Cuando se trate de una solicitud relativa al apartado a) del párrafo 1 del presente artículo, una descripción de los bienes susceptibles de decomiso y una exposición de los hechos en que se basa la solicitud del Estado Parte requirente que sean lo suficientemente explícitas para que el Estado Parte requerido pueda tramitar la orden con arreglo a su derecho interno;
- b) Cuando se trate de una solicitud relativa al apartado b) del párrafo 1 del presente artículo, una copia admisible en derecho de la orden de decomiso expedida por el Estado Parte requirente en la que se basa la solicitud, una exposición de los hechos y la información que proceda sobre el grado de ejecución que se solicita dar a la orden;
- c) Cuando se trate de una solicitud relativa al párrafo 2 del presente artículo, una exposición de los hechos en que se basa el Estado Parte requirente y una descripción de las medidas solicitadas.

4. El Estado Parte requerido adoptará las decisiones o medidas previstas en los párrafos 1 y 2 del presente artículo conforme y con sujeción a lo dispuesto en su derecho interno y en sus reglas de procedimiento

o en los tratados, acuerdos o arreglos bilaterales o multilaterales por los que pudiera estar vinculado al Estado Parte requirente.

5. Cada Estado Parte proporcionará al Secretario General de las Naciones Unidas una copia de sus leyes y reglamentos destinados a dar aplicación al presente artículo y de cualquier enmienda ulterior que se haga a tales leyes y reglamentos o una descripción de esta.

6. Si un Estado Parte opta por supeditar la adopción de las medidas mencionadas en los párrafos 1 y 2 del presente artículo a la existencia de un tratado pertinente, ese Estado Parte considerará la presente Convención como la base de derecho necesaria y suficiente para cumplir ese requisito.

7. Los Estados Parte podrán denegar la cooperación solicitada con arreglo al presente artículo si el delito al que se refiere la solicitud no es un delito comprendido en la presente Convención.

8. Las disposiciones del presente artículo no se interpretarán en perjuicio de los derechos de terceros de buena fe.

9. Los Estados Parte considerarán la posibilidad de celebrar tratados, acuerdos o arreglos bilaterales o multilaterales con miras a aumentar la eficacia de la cooperación internacional prestada con arreglo al presente artículo.

#### **Artículo 14**

#### **Disposición del producto del delito o de los bienes decomisados**

1. Los Estados Parte dispondrán del producto del delito o de los bienes que hayan decomisado con arreglo al artículo 12 o al párrafo 1 del artículo 13 de la presente Convención de conformidad con su derecho interno y sus procedimientos administrativos.



2. Al dar curso a una solicitud presentada por otro Estado Parte con arreglo al artículo 13 de la presente Convención, los Estados Parte, en la medida en que lo permita su derecho interno y de ser requeridos a hacerlo, darán consideración prioritaria a la devolución del producto del delito o de los bienes decomisados al Estado Parte requirente a fin de que este pueda indemnizar a las víctimas del delito o devolver ese producto del delito o esos bienes a sus propietarios legítimos.

3. Al dar curso a una solicitud presentada por otro Estado Parte con arreglo a los artículos 12 y 13 de la presente Convención, los Estados Parte podrán considerar en particular la posibilidad de celebrar acuerdos o arreglos en el sentido de:

a) Aportar el valor de dicho producto del delito o de dichos bienes, o los fondos derivados de la venta de dicho producto o de dichos bienes o una parte de esos fondos, a la cuenta designada de conformidad con lo dispuesto en el apartado c) del párrafo 2 del artículo 30 de la presente Convención y a organismos intergubernamentales especializados en la lucha contra la delincuencia organizada;

b) Repartirse con otros Estados Parte, sobre la base de un criterio general o definido para cada caso, ese producto del delito o esos bienes, o los fondos derivados de la venta de ese producto o de esos bienes, de conformidad con su derecho interno o sus procedimientos administrativos.

## **Artículo 15**

### **Jurisdicción**

1. Cada Estado Parte adoptará las medidas que sean necesarias para establecer su jurisdicción respecto de los delitos tipificados con arreglo a los artículos 5, 6, 8 y 23 de la presente Convención cuando:

a) El delito se cometa en su territorio;

b) El delito se cometa a bordo de un buque que enarbole su pabellón o de una aeronave registrada conforme a sus leyes en el momento de la comisión del delito.

2. Con sujeción a lo dispuesto en el artículo 4 de la presente Convención, un Estado Parte también podrá establecer su jurisdicción para conocer de tales delitos cuando:

a) El delito se cometa contra uno de sus nacionales;

b) El delito sea cometido por uno de sus nacionales o por una persona apátrida que tenga residencia habitual en su territorio; o

c) El delito:

i) Sea uno de los delitos tipificados con arreglo al párrafo 1 del artículo 5 de la presente Convención y se cometa fuera de su territorio con miras a la comisión de un delito grave dentro de su territorio;

ii) Sea uno de los delitos tipificados con arreglo al inciso ii) del apartado b) del párrafo 1 del artículo 6 de la presente Convención y se cometa fuera de su territorio con miras a la comisión, dentro de su territorio, de un delito tipificado con arreglo a los incisos i) o ii) del apartado a) o al inciso i) del apartado b) del párrafo 1 del artículo 6 de la presente Convención.

3. A los efectos del párrafo 10 del artículo 16 de la presente Convención, cada Estado Parte adoptará las medidas que sean necesarias para establecer su jurisdicción respecto de los delitos comprendidos en la presente Convención cuando el presunto delincuente se encuentre en su territorio y el Estado Parte no lo extradite por el solo hecho de ser uno de sus nacionales.

4. Cada Estado Parte podrá también adoptar las medidas que sean necesarias para establecer su jurisdicción respecto de los delitos comprendidos en la presente Convención cuando el presunto delincuente se encuentre en su territorio y el Estado Parte no lo extradite.

5. Si un Estado Parte que ejerce su jurisdicción con arreglo a los párrafos 1 o 2 del presente artículo ha recibido notificación, o tomado conocimiento por otro conducto, de que otro u otros Estados Parte están realizando una investigación, un proceso o una actuación judicial respecto de los mismos hechos, las autoridades competentes de esos Estados Parte se consultarán, según proceda, a fin de coordinar sus medidas.

6. Sin perjuicio de las normas del derecho internacional general, la presente Convención no excluirá el ejercicio de las competencias penales establecidas por los Estados Parte de conformidad con su derecho interno.

## **Artículo 16**

### **Extradición**

1. El presente artículo se aplicará a los delitos comprendidos en la presente Convención o a los casos en que un delito al que se hace referencia en los apartados a) o b) del párrafo 1 del artículo 3 entrañe la participación de un grupo delictivo organizado y la persona que es objeto de la solicitud de extradición se encuentre en el territorio del Estado Parte requerido, siempre y cuando el delito por el que se pide la extradición sea punible con arreglo al derecho interno del Estado Parte requirente y del Estado Parte requerido.

2. Cuando la solicitud de extradición se base en varios delitos graves distintos, algunos de los cuales no estén comprendidos en el ámbito del presente artículo, el Estado Parte requerido podrá aplicar el presente artículo también respecto de estos últimos delitos.

3. Cada uno de los delitos a los que se aplica el presente artículo se considerará incluido entre los delitos que dan lugar a extradición

en todo tratado de extradición vigente entre los Estados Parte. Los Estados Parte se comprometen a incluir tales delitos como casos de extradición en todo tratado de extradición que celebren entre sí.

4. Si un Estado Parte que supedita la extradición a la existencia de un tratado recibe una solicitud de extradición de otro Estado Parte con el que no lo vincula ningún tratado de extradición, podrá considerar la presente Convención como la base jurídica de la extradición respecto de los delitos a los que se aplica el presente artículo.

5. Los Estados Parte que supediten la extradición a la existencia de un tratado deberán:

a) En el momento de depositar su instrumento de ratificación, aceptación o aprobación de la presente Convención o de adhesión a ella, informar al Secretario General de las Naciones Unidas de si considerarán o no la presente Convención como la base jurídica de la cooperación en materia de extradición en sus relaciones con otros Estados Parte en la presente Convención; y

b) Si no consideran la presente Convención como la base jurídica de la cooperación en materia de extradición, esforzarse, cuando proceda, por celebrar tratados de extradición con otros Estados Parte en la presente Convención a fin de aplicar el presente artículo.

6. Los Estados Parte que no supediten la extradición a la existencia de un tratado reconocerán los delitos a los que se aplica el presente artículo como casos de extradición entre ellos.

7. La extradición estará sujeta a las condiciones previstas en el derecho interno del Estado Parte requerido o en los tratados de extradición aplicables, incluidas, entre otras, las relativas al requisito de una pena mínima para la extradición y a los motivos por los que el Estado Parte requerido puede denegar la extradición.

8. Los Estados Parte, de conformidad con su derecho interno, procurarán agilizar los procedimientos de extradición y simplificar los requisitos probatorios correspondientes con respecto a cualquiera de los delitos a los que se aplica el presente artículo.

9. A reserva de lo dispuesto en su derecho interno y en sus tratados de extradición, el Estado Parte requerido podrá, tras haberse cerciorado de que las circunstancias lo justifican y tienen carácter urgente, y a solicitud del Estado Parte requirente, proceder a la detención de la persona presente en su territorio cuya extradición se pide o adoptar otras medidas adecuadas para garantizar la comparecencia de esa persona en los procedimientos de extradición.

10. El Estado Parte en cuyo territorio se encuentre un presunto delincuente, si no lo extradita respecto de un delito al que se aplica el presente artículo por el solo hecho de ser uno de sus nacionales, estará obligado, previa solicitud del Estado Parte que pide la extradición, a someter el caso sin demora injustificada a sus autoridades competentes a efectos de enjuiciamiento. Dichas autoridades adoptarán su decisión y llevarán a cabo sus actuaciones judiciales de la misma manera en que lo harían respecto de cualquier otro delito de carácter grave con arreglo al derecho interno de ese Estado Parte. Los Estados Parte interesados cooperarán entre sí, en particular en lo que respecta a los aspectos procesales y probatorios, con miras a garantizar la eficiencia de dichas actuaciones.

11. Cuando el derecho interno de un Estado Parte le permita conceder la extradición o, de algún otro modo, la entrega de uno de sus nacionales solo a condición de que esa persona sea devuelta a ese Estado Parte para cumplir la condena que le haya sido impuesta como resultado del juicio o proceso por el que se haya solicitado la extradición o la entrega, y cuando ese Estado Parte y el Estado Parte que solicite la

extradición acepten esa opción, así como otras condiciones que estimen apropiadas, esa extradición o entrega condicional será suficiente para que quede cumplida la obligación enunciada en el párrafo 10 del presente artículo.

12. Si la extradición solicitada con el propósito de que se cumpla una condena es denegada por el hecho de que la persona buscada es nacional del Estado Parte requerido, este, si su derecho interno lo permite y de conformidad con los requisitos de dicho derecho, considerará, previa solicitud del Estado Parte requirente, la posibilidad de hacer cumplir la condena impuesta o el resto pendiente de dicha condena con arreglo al derecho interno del Estado Parte requirente.

13. En todas las etapas de las actuaciones se garantizará un trato justo a toda persona contra la que se haya iniciado una instrucción en relación con cualquiera de los delitos a los que se aplica el presente artículo, incluido el goce de todos los derechos y garantías previstos por el derecho interno del Estado Parte en cuyo territorio se encuentre esa persona.

14. Nada de lo dispuesto en la presente Convención podrá interpretarse como la imposición de una obligación de extraditar si el Estado Parte requerido tiene motivos justificados para presumir que la solicitud se ha presentado con el fin de perseguir o castigar a una persona por razón de su sexo, raza, religión, nacionalidad, origen étnico u opiniones políticas o que su cumplimiento ocasionaría perjuicios a la posición de esa persona por cualquiera de estas razones.

15. Los Estados Parte no podrán denegar una solicitud de extradición únicamente porque se considere que el delito también entraña cuestiones tributarias.

16. Antes de denegar la extradición, el Estado Parte requerido, cuando proceda, consultará al Estado Parte requirente para darle amplia oportunidad de presentar sus opiniones y de proporcionar información pertinente a su alegato.

17. Los Estados Parte procurarán celebrar acuerdos o arreglos bilaterales y multilaterales para llevar a cabo la extradición o aumentar su eficacia.

### **Artículo 17**

#### **Traslado de personas condenadas a cumplir una pena**

Los Estados Parte podrán considerar la posibilidad de celebrar acuerdos o arreglos bilaterales o multilaterales sobre el traslado a su territorio de toda persona que haya sido condenada a pena de prisión o a otra pena de privación de libertad por algún delito comprendido en la presente Convención a fin de que complete allí su condena.

### **Artículo 18**

#### **Asistencia judicial recíproca**

1. Los Estados Parte se prestarán la más amplia asistencia judicial recíproca respecto de investigaciones, procesos y actuaciones judiciales relacionados con los delitos comprendidos en la presente Convención con arreglo a lo dispuesto en el artículo 3 y se prestarán también asistencia de esa índole cuando el Estado Parte requirente tenga motivos razonables para sospechar que el delito a que se hace referencia en los apartados a) o b) del párrafo 1 del artículo 3 es de carácter transnacional, así como que las víctimas, los testigos, el producto, los instrumentos o las pruebas de esos delitos se encuentran en el Estado Parte requerido y que el delito entraña la participación de un grupo delictivo organizado.

2. Se prestará asistencia judicial recíproca en la mayor medida posible conforme a las leyes, tratados, acuerdos y arreglos pertinentes del Estado Parte requerido con respecto a investigaciones, procesos y actuaciones judiciales relacionados con los delitos de los que una persona jurídica pueda ser considerada responsable de conformidad con el artículo 10 de la presente Convención en el Estado Parte requirente.

3. La asistencia judicial recíproca que se preste de conformidad con el presente artículo podrá solicitarse para cualquiera de los fines siguientes:

- a) Recibir testimonios o tomar declaración a personas;
- b) Presentar documentos judiciales;
- c) Efectuar inspecciones e incautaciones y embargos preventivos;
- d) Examinar objetos y lugares;
- e) Facilitar información, elementos de prueba y evaluaciones de peritos;
- f) Entregar originales o copias certificadas de los documentos y expedientes pertinentes, incluida la documentación pública, bancaria y financiera, así como la documentación social o comercial de sociedades mercantiles;
- g) Identificar o localizar el producto del delito, los bienes, los instrumentos u otros elementos con fines probatorios;
- h) Facilitar la comparecencia voluntaria de personas en el Estado Parte requirente;
- i) Cualquier otro tipo de asistencia autorizada por el derecho interno del Estado Parte requerido.

4. Sin menoscabo del derecho interno, las autoridades competentes de un Estado Parte podrán, sin que se les solicite previamente, transmitir información relativa a cuestiones penales a una autoridad competente de otro Estado Parte si creen que esa información podría



ayudar a la autoridad a emprender o concluir con éxito indagaciones y procesos penales o podría dar lugar a una petición formulada por este último Estado Parte con arreglo a la presente Convención.

5. La transmisión de información con arreglo al párrafo 4 del presente artículo se hará sin perjuicio de las indagaciones y procesos penales que tengan lugar en el Estado de las autoridades competentes que facilitan la información. Las autoridades competentes que reciben la información deberán acceder a toda solicitud de que se respete su carácter confidencial, incluso temporalmente, o de que se impongan restricciones a su utilización. Sin embargo, ello no obstará para que el Estado Parte receptor revele, en sus actuaciones, información que sea exculpatoria de una persona acusada. En tal caso, el Estado Parte receptor notificará al Estado Parte transmisor antes de revelar dicha información y, si así se le solicita, consultará al Estado Parte transmisor. Si, en un caso excepcional, no es posible notificar con antelación, el Estado Parte receptor informará sin demora al Estado Parte transmisor de dicha revelación.

6. Lo dispuesto en el presente artículo no afectará a las obligaciones dimanantes de otros tratados bilaterales o multilaterales vigentes o futuros que rijan, total o parcialmente, la asistencia judicial recíproca.

7. Los párrafos 9 a 29 del presente artículo se aplicarán a las solicitudes que se formulen con arreglo al presente artículo siempre que no medie entre los Estados Parte interesados un tratado de asistencia judicial recíproca. Cuando esos Estados Parte estén vinculados por un tratado de esa índole se aplicarán las disposiciones correspondientes de dicho tratado, salvo que los Estados Parte convengan en aplicar, en su lugar, los párrafos 9 a 29 del presente artículo. Se insta encarecidamente a los Estados Parte a que apliquen estos párrafos si facilitan la cooperación.

8. Los Estados Parte no invocarán el secreto bancario para denegar la asistencia judicial recíproca con arreglo al presente artículo.

9. Los Estados Parte podrán negarse a prestar la asistencia judicial recíproca con arreglo al presente artículo invocando la ausencia de doble incriminación. Sin embargo, de estimarlo necesario, el Estado Parte requerido podrá prestar asistencia, en la medida en que decida hacerlo a discreción propia, independientemente de que la conducta esté o no tipificada como delito en el derecho interno del Estado Parte requerido.

10. La persona que se encuentre detenida o cumpliendo una condena en el territorio de un Estado Parte y cuya presencia se solicite en otro Estado Parte para fines de identificación, para prestar testimonio o para que ayude de alguna otra forma a obtener pruebas necesarias para investigaciones, procesos o actuaciones judiciales respecto de delitos comprendidos en la presente Convención podrá ser trasladada si se cumplen las condiciones siguientes:

- a) La persona, debidamente informada, da su libre consentimiento;
- b) Las autoridades competentes de ambos Estados Parte están de acuerdo, con sujeción a las condiciones que éstos consideren apropiadas.

11. A los efectos del párrafo 10 del presente artículo:

- a) El Estado Parte al que se traslade a la persona tendrá la competencia y la obligación de mantenerla detenida, salvo que el Estado Parte del que ha sido trasladada solicite o autorice otra cosa;
- b) El Estado Parte al que se traslade a la persona cumplirá sin dilación su obligación de devolverla a la custodia del Estado Parte del que ha sido trasladada, según convengan de antemano o de otro modo las autoridades competentes de ambos Estados Parte;
- c) El Estado Parte al que se traslade a la persona no podrá exigir al

Estado Parte del que ha sido trasladada que inicie procedimientos de extradición para su devolución;

d) El tiempo que la persona haya permanecido detenida en el Estado Parte al que ha sido trasladada se computará como parte de la pena que ha de cumplir en el Estado del que ha sido trasladada.

12. A menos que el Estado Parte desde el cual se ha de trasladar a una persona de conformidad con los párrafos 10 y 11 del presente artículo esté de acuerdo, dicha persona, cualquiera que sea su nacionalidad, no podrá ser enjuiciada, detenida, condenada ni sometida a ninguna otra restricción de su libertad personal en el territorio del Estado al que sea trasladada en relación con actos, omisiones o condenas anteriores a su salida del territorio del Estado del que ha sido trasladada.

13. Cada Estado Parte designará a una autoridad central encargada de recibir solicitudes de asistencia judicial recíproca y facultada para darles cumplimiento o para transmitir las a las autoridades competentes para su ejecución. Cuando alguna región o algún territorio especial de un Estado Parte dispongan de un régimen distinto de asistencia judicial recíproca, el Estado Parte podrá designar a otra autoridad central que desempeñará la misma función para dicha región o dicho territorio. Las autoridades centrales velarán por el rápido y adecuado cumplimiento o transmisión de las solicitudes recibidas. Cuando la autoridad central transmita la solicitud a una autoridad competente para su ejecución, alentará la rápida y adecuada ejecución de la solicitud por parte de dicha autoridad. Cada Estado Parte notificará al Secretario General de las Naciones Unidas, en el momento de depositar su instrumento de ratificación, aceptación o aprobación de la presente Convención o de adhesión a ella, el nombre de la autoridad central que haya sido designada a tal fin. Las solicitudes de asistencia judicial recíproca y cualquier otra comunicación pertinente serán transmiti-

das a las autoridades centrales designadas por los Estados Parte. La presente disposición no afectará al derecho de cualquiera de los Estados Parte a exigir que estas solicitudes y comunicaciones le sean enviadas por vía diplomática y, en circunstancias urgentes, cuando los Estados Parte convengan en ello, por conducto de la Organización Internacional de Policía Criminal, de ser posible.

14. Las solicitudes se presentarán por escrito o, cuando sea posible, por cualquier medio capaz de registrar un texto escrito, en un idioma aceptable para el Estado Parte requerido, en condiciones que permitan a dicho Estado Parte determinar la autenticidad. Cada Estado Parte notificará al Secretario General de las Naciones Unidas, en el momento de depositar su instrumento de ratificación, aceptación o aprobación de la presente Convención o de adhesión a ella, el idioma o idiomas que sean aceptables para cada Estado Parte. En situaciones de urgencia, y cuando los Estados Parte convengan en ello, las solicitudes podrán hacerse oralmente, debiendo ser confirmadas sin demora por escrito.

15. Toda solicitud de asistencia judicial recíproca contendrá lo siguiente:

- a) La identidad de la autoridad que hace la solicitud;
- b) El objeto y la índole de las investigaciones, los procesos o las actuaciones judiciales a que se refiere la solicitud y el nombre y las funciones de la autoridad encargada de efectuar dichas investigaciones, procesos o actuaciones;
- c) Un resumen de los hechos pertinentes, salvo cuando se trate de solicitudes de presentación de documentos judiciales;
- d) Una descripción de la asistencia solicitada y pormenores sobre cualquier procedimiento particular que el Estado Parte requirente desee que se aplique;
- e) De ser posible, la identidad, ubicación y nacionalidad de toda persona interesada; y
- f) La finalidad para la que se solicita la prueba, información o actuación.

16. El Estado Parte requerido podrá pedir información complementaria cuando sea necesaria para dar cumplimiento a la solicitud de conformidad con su derecho interno o para facilitar dicho cumplimiento.

17. Se dará cumplimiento a toda solicitud con arreglo al derecho interno del Estado Parte requerido y en la medida en que ello no lo contravenga y sea factible, de conformidad con los procedimientos especificados en la solicitud.

18. Siempre que sea posible y compatible con los principios fundamentales del derecho interno, cuando una persona se encuentre en el territorio de un Estado Parte y tenga que prestar declaración como testigo o perito ante autoridades judiciales de otro Estado Parte, el primer Estado Parte, a solicitud del otro, podrá permitir que la audiencia se celebre por videoconferencia si no es posible o conveniente que la persona en cuestión comparezca personalmente en el territorio del Estado Parte requirente. Los Estados Parte podrán convenir en que la audiencia esté a cargo de una autoridad judicial del Estado Parte requirente y en que asista a ella una autoridad judicial del Estado Parte requerido.

19. El Estado Parte requirente no transmitirá ni utilizará, sin previo consentimiento del Estado Parte requerido, la información o las pruebas proporcionadas por el Estado Parte requerido para investigaciones, procesos o actuaciones judiciales distintos de los indicados en la solicitud.

Nada de lo dispuesto en el presente párrafo impedirá que el Estado Parte requirente revele, en sus actuaciones, información o pruebas que sean exculpatorias de una persona acusada. En este último caso, el Estado Parte requirente notificará al Estado Parte requerido antes de revelar la información o las pruebas y, si así se le solicita, consultará al Estado Parte requerido. Si, en un caso excepcional, no es po-

sible notificar con antelación, el Estado Parte requirente informará sin demora al Estado Parte requerido de dicha revelación.

20. El Estado Parte requirente podrá exigir que el Estado Parte requerido mantenga reserva acerca de la existencia y el contenido de la solicitud, salvo en la medida necesaria para darle cumplimiento. Si el Estado Parte requerido no puede mantener esa reserva, lo hará saber de inmediato al Estado Parte requirente.

21. La asistencia judicial recíproca podrá ser denegada:

- a) Cuando la solicitud no se haga de conformidad con lo dispuesto en el presente artículo;
- b) Cuando el Estado Parte requerido considere que el cumplimiento de lo solicitado podría menoscabar su soberanía, su seguridad, su orden público u otros intereses fundamentales;
- c) Cuando el derecho interno del Estado Parte requerido prohíba a sus autoridades actuar en la forma solicitada con respecto a un delito análogo, si este hubiera sido objeto de investigaciones, procesos o actuaciones judiciales en el ejercicio de su propia competencia;
- d) Cuando acceder a la solicitud sea contrario al ordenamiento jurídico del Estado Parte requerido en lo relativo a la asistencia judicial recíproca.

22. Los Estados Parte no podrán denegar una solicitud de asistencia judicial recíproca únicamente porque se considere que el delito también entraña asuntos fiscales.

23. Toda denegación de asistencia judicial recíproca deberá fundamentarse debidamente.

24. El Estado Parte requerido cumplirá la solicitud de asistencia judicial recíproca lo antes posible y tendrá plenamente en cuenta, en la

medida de sus posibilidades, los plazos que sugiera el Estado Parte requirente y que estén debidamente fundamentados, de preferencia en la solicitud. El Estado Parte requerido responderá a las solicitudes razonables que formule el Estado Parte requirente respecto de la evolución del trámite de la solicitud. El Estado Parte requirente informará con prontitud cuando ya no necesite la asistencia solicitada.

25. La asistencia judicial recíproca podrá ser diferida por el Estado Parte requerido si perturbase investigaciones, procesos o actuaciones judiciales en curso.

26. Antes de denegar una solicitud presentada con arreglo al párrafo 21 del presente artículo o de diferir su cumplimiento con arreglo al párrafo. 25 del presente artículo, el Estado Parte requerido consultará al Estado Parte requirente para considerar si es posible prestar la asistencia solicitada supeditándola a las condiciones que estime necesarias. Si el Estado Parte requirente acepta la asistencia con arreglo a esas condiciones, ese Estado Parte deberá observar las condiciones impuestas.

27. Sin perjuicio de la aplicación del párrafo 12 del presente artículo, el testigo, perito u otra persona que, a instancias del Estado Parte requirente, consienta en prestar testimonio en un juicio o en colaborar en una investigación, proceso o actuación judicial en el territorio del Estado Parte requirente no podrá ser enjuiciado, detenido, condenado ni sometido a ninguna otra restricción de su libertad personal en ese territorio por actos, omisiones o declaraciones de culpabilidad anteriores a la fecha en que abandonó el territorio del Estado Parte requerido.

Ese salvoconducto cesará cuando el testigo, perito u otra persona haya tenido, durante quince días consecutivos o durante el periodo acordado por los Estados Parte después de la fecha en que se le

haya informado oficialmente de que las autoridades judiciales ya no requerían su presencia, la oportunidad de salir del país y no obstante permanezca voluntariamente en ese territorio o regrese libremente a él después de haberlo abandonado.

28. Los gastos ordinarios que ocasione el cumplimiento de una solicitud serán sufragados por el Estado Parte requerido, a menos que los Estados Parte interesados hayan acordado otra cosa. Cuando se requieran a este fin gastos cuantiosos o de carácter extraordinario, los Estados Parte se consultarán para determinar las condiciones en que se dará cumplimiento a la solicitud, así como la manera en que se sufragarán los gastos.

29. El Estado Parte requerido:

a) Facilitará al Estado Parte requirente una copia de los documentos oficiales y otros documentos o datos que obren en su poder y a los que, conforme a su derecho interno, tenga acceso el público en general.

b) Podrá, a su arbitrio y con sujeción a las condiciones que juzgue apropiadas, proporcionar al Estado Parte requirente una copia total o parcial de los documentos oficiales o de otros documentos o datos que obren en su poder y que, conforme a su derecho interno, no estén al alcance del público en general.

30. Cuando sea necesario, los Estados Parte considerarán la posibilidad de celebrar acuerdos o arreglos bilaterales o multilaterales que sirvan a los fines del presente artículo y que, en la práctica, hagan efectivas sus disposiciones o las refuercen.



## **Artículo 19**

### **Investigaciones conjuntas**

Los Estados Parte considerarán la posibilidad de celebrar acuerdos o arreglos bilaterales o multilaterales en virtud de los cuales, en relación con cuestiones que son objeto de investigaciones, procesos o actuaciones judiciales en uno o más Estados, las autoridades competentes puedan establecer órganos mixtos de investigación. A falta de acuerdos o arreglos de esa índole, las investigaciones conjuntas podrán llevarse a cabo mediante acuerdos concertados caso por caso. Los Estados Parte participantes velarán por que la soberanía del Estado Parte en cuyo territorio haya de efectuarse la investigación sea plenamente respetada.

## **Artículo 20**

### **Técnicas especiales de investigación**

1. Siempre que lo permitan los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico interno, cada Estado Parte adoptará, dentro de sus posibilidades y en las condiciones prescritas por su derecho interno, las medidas que sean necesarias para permitir el adecuado recurso a la entrega vigilada y, cuando lo considere apropiado, la utilización de otras técnicas especiales de investigación, como la vigilancia electrónica o de otra índole y las operaciones encubiertas, por sus autoridades competentes en su territorio con objeto de combatir eficazmente la delincuencia organizada.

2. A los efectos de investigar los delitos comprendidos en la presente Convención, se alienta a los Estados Parte a que celebren, cuando proceda, acuerdos o arreglos bilaterales o multilaterales apropiados para utilizar esas técnicas especiales de investigación en el contexto de la cooperación en el plano internacional. Esos acuerdos o arreglos

se concertarán y ejecutarán respetando plenamente el principio de la igualdad soberana de los Estados y al ponerlos en práctica se cumplirán estrictamente las condiciones en ellos contenidas.

3. De no existir los acuerdos o arreglos mencionados en el párrafo 2 del presente artículo, toda decisión de recurrir a esas técnicas especiales de investigación en el plano internacional se adoptará sobre la base de cada caso particular y podrá, cuando sea necesario, tener en cuenta los arreglos financieros y los entendimientos relativos al ejercicio de jurisdicción por los Estados Parte interesados.

4. Toda decisión de recurrir a la entrega vigilada en el plano internacional podrá, con el consentimiento de los Estados Parte interesados, incluir la aplicación de métodos tales como interceptar los bienes, autorizarlos a proseguir intactos o retirarlos o sustituirlos total o parcialmente.

### **Artículo 21**

#### **Remisión de actuaciones penales**

Los Estados Parte considerarán la posibilidad de remitirse actuaciones penales para el enjuiciamiento por un delito comprendido en la presente Convención cuando se estime que esa remisión obrará en beneficio de la debida administración de justicia, en particular en casos en que intervengan varias jurisdicciones, con miras a concentrar las actuaciones del proceso.

### **Artículo 22**

#### **Establecimiento de antecedentes penales**

Cada Estado Parte podrá adoptar las medidas legislativas o de otra índole que sean necesarias para tener en cuenta, en las condiciones

y para los fines que estime apropiados, toda previa declaración de culpabilidad, en otro Estado, de un presunto delincuente a fin de utilizar esa información en actuaciones penales relativas a un delito comprendido en la presente Convención.

### **Artículo 23**

#### **Penalización de la obstrucción de la justicia**

Cada Estado Parte adoptará las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente:

- a) El uso de fuerza física, amenazas o intimidación, o la promesa, el ofrecimiento o la concesión de un beneficio indebido para inducir a falso testimonio u obstaculizar la prestación de testimonio o la aportación de pruebas en un proceso en relación con la comisión de uno de los delitos comprendidos en la presente Convención;
- b) El uso de fuerza física, amenazas o intimidación para obstaculizar el cumplimiento de las funciones oficiales de un funcionario de la justicia o de los servicios encargados de hacer cumplir la ley en relación con la comisión de los delitos comprendidos en la presente Convención. Nada de lo previsto en el presente apartado menoscabará el derecho de los Estados Parte a disponer de legislación que proteja a otras categorías de funcionarios públicos.

### **Artículo 24**

#### **Protección de los testigos**

1. Cada Estado Parte adoptará medidas apropiadas dentro de sus posibilidades para proteger de manera eficaz contra eventuales actos de represalia o intimidación a los testigos que participen en actuaciones penales y que presten testimonio sobre delitos comprendidos en la presente Convención, así como, cuando proceda, a sus familiares y demás personas cercanas.

2. as medidas previstas en el párrafo 1 del presente artículo podrán consistir, entre otras, sin perjuicio de los derechos del acusado, incluido el derecho a las garantías procesales, en:

a) Establecer procedimientos para la protección física de esas personas, incluida, en la medida de lo necesario y lo posible, su reubicación, y permitir, cuando proceda, la prohibición total o parcial de revelar información relativa a su identidad y paradero;

b) Establecer normas probatorias que permitan que el testimonio de los testigos se preste de modo que no se ponga en peligro su seguridad, por ejemplo aceptando el testimonio por conducto de tecnologías de comunicación como videoconferencias u otros medios adecuados.

3. Los Estados Parte considerarán la posibilidad de celebrar acuerdos o arreglos con otros Estados para la reubicación de las personas mencionadas en el párrafo 1 del presente artículo.

5. Las disposiciones del presente artículo también serán aplicables a las víctimas en el caso de que actúen como testigos.

## **Artículo 25**

### **Asistencia y protección a las víctimas**

1. Cada Estado Parte adoptará medidas apropiadas dentro de sus posibilidades para prestar asistencia y protección a las víctimas de los delitos comprendidos en la presente Convención, en particular en casos de amenaza de represalia o intimidación.

2. Cada Estado Parte establecerá procedimientos adecuados que permitan a las víctimas de los delitos comprendidos en la presente Convención, obtener indemnización y restitución.

3. Cada Estado Parte permitirá, con sujeción a su derecho interno, que se presenten y examinen las opiniones y preocupaciones de las víctimas en las etapas apropiadas de las actuaciones penales contra los delincuentes sin que ello menoscabe los derechos de la defensa.

## **Artículo 26**

### **Medidas para intensificar la cooperación con las autoridades encargadas de hacer cumplir la ley**

1. Cada Estado Parte adoptará medidas apropiadas para alentar a las personas que participen o hayan participado en grupos delictivos organizados a:

a) Proporcionar información útil a las autoridades competentes con fines investigativos y probatorios sobre cuestiones como:

i) La identidad, la naturaleza, la composición, la estructura, la ubicación o las actividades de los grupos delictivos organizados;

ii) Los vínculos, incluidos los vínculos internacionales, con otros grupos delictivos organizados;

iii) Los delitos que los grupos delictivos organizados hayan cometido o puedan cometer;

b) Prestar ayuda efectiva y concreta a las autoridades competentes que pueda contribuir a privar a los grupos delictivos organizados de sus recursos o del producto del delito.

2. Cada Estado Parte considerará la posibilidad de prever, en los casos apropiados, la mitigación de la pena de las personas acusadas que presten una cooperación sustancial en la investigación o el enjuiciamiento respecto de los delitos comprendidos en la presente Convención.

3. Cada Estado Parte considerará la posibilidad de prever, de conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno,

la concesión de inmunidad judicial a las personas que presten una cooperación sustancial en la investigación o el enjuiciamiento respecto de los delitos comprendidos en la presente Convención.

4. La protección de esas personas será la prevista en el artículo 24 de la presente Convención.

5. Cuando una de las personas mencionadas en el párrafo 1 del presente artículo que se encuentre en un Estado Parte pueda prestar una cooperación sustancial a las autoridades competentes de otro Estado Parte, los Estados Parte interesados podrán considerar la posibilidad de celebrar acuerdos o arreglos, de conformidad con su derecho interno, con respecto a la eventual concesión, por el otro Estado Parte, del trato enunciado en los párrafos 2 y 3 del presente artículo.

## **Artículo 27**

### **Cooperación en materia de cumplimiento de la ley**

1. Los Estados Parte colaborarán estrechamente, en consonancia con sus respectivos ordenamientos jurídicos y administrativos, con miras a aumentar la eficacia de las medidas de cumplimiento de la ley orientadas a combatir los delitos comprendidos en la presente Convención. En particular, cada Estado Parte adoptará medidas eficaces para:

a) Mejorar los canales de comunicación entre sus autoridades, organismos y servicios competentes y, de ser necesario, establecerlos, a fin de facilitar el intercambio seguro y rápido de información sobre todos los aspectos de los delitos comprendidos en la presente Convención, así como, si los Estados Parte interesados lo estiman oportuno, sobre sus vinculaciones con otras actividades delictivas;

b) Cooperar con otros Estados Parte en la realización de indagaciones con respecto a delitos comprendidos en la presente Convención acerca de:

i) La identidad, el paradero y las actividades de personas presuntamente implicadas en tales delitos o la ubicación de otras personas interesadas;

ii) El movimiento del producto del delito o de bienes derivados de la comisión de esos delitos;

iii) El movimiento de bienes, equipo u otros instrumentos utilizados o destinados a utilizarse en la comisión de esos delitos;

c) Proporcionar, cuando proceda, los elementos o las cantidades de sustancias que se requieran para fines de análisis o investigación;

d) Facilitar una coordinación eficaz entre sus organismos, autoridades y servicios competentes y promover el intercambio de personal y otros expertos, incluida la designación de oficiales de enlace, con sujeción a acuerdos o arreglos bilaterales entre los Estados Parte interesados;

e) Intercambiar información con otros Estados Parte sobre los medios y métodos concretos empleados por los grupos delictivos organizados, así como, cuando proceda, sobre las rutas y los medios de transporte y el uso de identidades falsas, documentos alterados o falsificados u otros medios de encubrir sus actividades;

f) Intercambiar información y coordinar las medidas administrativas y de otra índole adoptadas con miras a la pronta detección de los delitos comprendidos en la presente Convención.

2. Los Estados Parte, con miras a dar efecto a la presente Convención, considerarán la posibilidad de celebrar acuerdos o arreglos bilaterales o multilaterales en materia de cooperación directa entre sus respectivos organismos encargados de hacer cumplir la ley, y cuando tales acuerdos o arreglos ya existan, de enmendarlos. A falta de tales acuerdos o arreglos entre los Estados Parte interesados, las Partes podrán considerar la presente Convención como la base para la coo-

peración en materia de cumplimiento de la ley respecto de los delitos comprendidos en la presente Convención. Cuando proceda, los Estados Parte recurrirán plenamente a la celebración de acuerdos y arreglos, incluso con organizaciones internacionales o regionales, con miras a aumentar la cooperación entre sus respectivos organismos encargados de hacer cumplir la ley.

3. Los Estados Parte se esforzarán por colaborar en la medida de sus posibilidades para hacer frente a la delincuencia organizada transnacional cometida mediante el recurso a la tecnología moderna.

### **Artículo 28**

#### **Recopilación, intercambio y análisis de información sobre la naturaleza de la delincuencia organizada**

1. Los Estados Parte considerarán la posibilidad de analizar, en consulta con los círculos científicos y académicos, las tendencias de la delincuencia organizada en su territorio, las circunstancias en que actúa la delincuencia organizada, así como los grupos profesionales y las tecnologías involucrados.

2. Los Estados Parte considerarán la posibilidad de desarrollar y compartir experiencia analítica acerca de las actividades de la delincuencia organizada, tanto a nivel bilateral como por conducto de organizaciones internacionales y regionales. A tal fin, se establecerán y aplicarán, según proceda, definiciones, normas y metodologías comunes.

3. Los Estados Parte considerarán la posibilidad de vigilar sus políticas y las medidas en vigor encaminadas a combatir la delincuencia organizada y evaluarán su eficacia y eficiencia.



## Artículo 29

### Capacitación y asistencia técnica

1. Cada Estado Parte, en la medida necesaria, formulará, desarrollará o perfeccionará programas de capacitación específicamente concebidos para el personal de sus servicios encargados de hacer cumplir la ley, incluidos fiscales, jueces de instrucción y personal de aduanas, así como para el personal de otra índole encargado de la prevención, la detección y el control de los delitos comprendidos en la presente Convención. Esos programas podrán incluir adscripciones e intercambios de personal. En particular y en la medida en que lo permita el derecho interno, guardarán relación con:

- a) Los métodos empleados en la prevención, la detección y el control de los delitos comprendidos en la presente Convención;
- b) Las rutas y técnicas utilizadas por personas presuntamente implicadas en delitos comprendidos en la presente Convención, incluso en los Estados de tránsito, y las medidas de lucha pertinentes;
- c) La vigilancia del movimiento de bienes de contrabando;
- d) La detección y vigilancia de los movimientos del producto del delito o de los bienes, el equipo u otros instrumentos utilizados para cometer tales delitos y los métodos empleados para la transferencia, ocultación o disimulación de dicho producto, bienes, equipo u otros instrumentos, así como los métodos utilizados para combatir el blanqueo de dinero y otros delitos financieros;
- e) El acopio de pruebas;
- f) Las técnicas de control en zonas y puertos francos;
- g) El equipo y las técnicas modernos utilizados para hacer cumplir la ley, incluidas la vigilancia electrónica, la entrega vigilada y las operaciones encubiertas;
- h) Los métodos utilizados para combatir la delincuencia organizada transnacional mediante computadoras, redes de telecomunicaciones u otras formas de la tecnología moderna; y
- i) Los métodos utilizados para proteger a las víctimas y los testigos.

2. Los Estados Parte se prestarán asistencia en la planificación y ejecución de programas de investigación y capacitación encaminados a intercambiar conocimientos especializados en las esferas mencionadas en el párrafo 1 del presente artículo y, a tal fin, también recurrirán, cuando proceda, a conferencias y seminarios regionales e internacionales para promover la cooperación y fomentar el examen de los problemas de interés común, incluidos los problemas y necesidades especiales de los estados de tránsito.

3. Los Estados Parte promoverán actividades de capacitación y asistencia técnica que faciliten la extradición y la asistencia judicial recíproca. Dicha capacitación y asistencia técnica podrán incluir la enseñanza de idiomas, adscripciones e intercambios de personal entre autoridades centrales u organismos con responsabilidades pertinentes.

4. Cuando haya acuerdos o arreglos bilaterales y multilaterales vigentes, los Estados Parte intensificarán, en la medida necesaria, sus esfuerzos por optimizar las actividades operacionales y de capacitación en las organizaciones internacionales y regionales, así como en el marco de otros acuerdos o arreglos bilaterales y multilaterales pertinentes.

### **Artículo 30**

#### **Otras medidas: aplicación de la Convención mediante el desarrollo económico y la asistencia técnica**

1. Los Estados Parte adoptarán disposiciones conducentes a la aplicación óptima de la presente Convención en la medida de lo posible, mediante la cooperación internacional, teniendo en cuenta los efectos adversos de la delincuencia organizada en la sociedad en general y en el desarrollo sostenible en particular.

2. Los Estados Parte harán esfuerzos concretos, en la medida de lo posible y en forma coordinada entre sí, así como con organizaciones internacionales y regionales, por:

a) Intensificar su cooperación en los diversos niveles con los países en desarrollo con miras a fortalecer las capacidades de esos países para prevenir y combatir la delincuencia organizada transnacional;

b) Aumentar la asistencia financiera y material a fin de apoyar los esfuerzos de los países en desarrollo para combatir con eficacia la delincuencia organizada transnacional y ayudarles a aplicar satisfactoriamente la presente Convención;

c) Prestar asistencia técnica a los países en desarrollo y a los países con economías en transición para ayudarles a satisfacer sus necesidades relacionadas con la aplicación de la presente Convención. A tal fin, los Estados Parte procurarán hacer contribuciones voluntarias adecuadas y periódicas a una cuenta específicamente designada a esos efectos en un mecanismo de financiación de las Naciones Unidas. Los Estados Parte también podrán considerar en particular la posibilidad, conforme a su derecho interno y a las disposiciones de la presente Convención, de aportar a la cuenta antes mencionada un porcentaje del dinero o del valor correspondiente del producto del delito o de los bienes ilícitos decomisados con arreglo a lo dispuesto en la presente Convención;

d) Alentar y persuadir a otros Estados e instituciones financieras, según proceda, para que se sumen a los esfuerzos desplegados con arreglo al presente artículo, en particular proporcionando un mayor número de programas de capacitación y equipo moderno a los países en desarrollo a fin de ayudarles a lograr los objetivos de la presente Convención.

3. En lo posible, estas medidas no menoscabarán los compromisos existentes en materia de asistencia externa ni otros arreglos de cooperación financiera en los planos bilateral, regional o internacional.

4. Los Estados Parte podrán celebrar acuerdos o arreglos bilaterales o multilaterales sobre asistencia material y logística, teniendo en cuenta los arreglos financieros necesarios para hacer efectiva la cooperación internacional prevista en la presente Convención y para prevenir, detectar y combatir la delincuencia organizada transnacional.

### **Artículo 31**

#### **Prevención**

1. Los Estados Parte procurarán formular y evaluar proyectos nacionales y establecer y promover prácticas y políticas óptimas para la prevención de la delincuencia organizada transnacional.

2. Los Estados Parte procurarán, de conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno, reducir las oportunidades actuales o futuras de que dispongan los grupos delictivos organizados para participar en mercados lícitos con el producto del delito adoptando oportunamente medidas legislativas, administrativas o de otra índole. Estas medidas deberían centrarse en:

a) El fortalecimiento de la cooperación entre los organismos encargados de hacer cumplir la ley o el ministerio público y las entidades privadas pertinentes, incluida la industria;

b) La promoción de la elaboración de normas y procedimientos concebidos para salvaguardar la integridad de las entidades públicas y de las entidades privadas interesadas, así como códigos de conducta para profesiones pertinentes, en particular para los abogados, notarios públicos, asesores fiscales y contadores;

c) La prevención de la utilización indebida por parte de grupos delictivos organizados de licitaciones públicas y de subsidios y licencias concedidos por autoridades públicas para realizar actividades comerciales;

d) La prevención de la utilización indebida de personas jurídicas por parte de grupos delictivos organizados; a este respecto, dichas medidas podrían incluir las siguientes:

i) El establecimiento de registros públicos de personas jurídicas y naturales involucradas en la constitución, la gestión y la financiación de personas jurídicas;

ii) La posibilidad de inhabilitar por mandato judicial o cualquier medio apropiado durante un periodo razonable a las personas condenadas por delitos comprendidos en la presente Convención para actuar como directores de personas jurídicas constituidas en sus respectivas jurisdicciones;

iii) El establecimiento de registros nacionales de personas inhabilitadas para actuar como directores de personas jurídicas; y

iv) El intercambio de información contenida en los registros mencionados en los incisos i) y iii) del presente apartado con las autoridades competentes de otros Estados Parte.

3. Los Estados Parte procurarán promover la reintegración social de las personas condenadas por delitos comprendidos en la presente Convención.

4. Los Estados Parte procurarán evaluar periódicamente los instrumentos jurídicos y las prácticas administrativas pertinentes vigentes a fin de detectar si existe el peligro de que sean utilizados indebidamente por grupos delictivos organizados.

5. Los Estados Parte procurarán sensibilizar a la opinión pública con respecto a la existencia, las causas y la gravedad de la delincuencia organizada transnacional y la amenaza que representa. Cuando proceda, podrá difundirse información a través de los medios de comunicación y se adoptarán medidas para fomentar la participación pública en los esfuerzos por prevenir y combatir dicha delincuencia.

6. Cada Estado Parte comunicará al Secretario General de las Naciones Unidas el nombre y la dirección de la autoridad o las autoridades que pueden ayudar a otros Estados Parte a formular medidas para prevenir la delincuencia organizada transnacional.

7. Los Estados Parte colaborarán entre sí y con las organizaciones internacionales y regionales pertinentes, según proceda, con miras a promover y formular las medidas mencionadas en el presente artículo. Ello incluye la participación en proyectos internacionales para la prevención de la delincuencia organizada transnacional, por ejemplo mediante la mitigación de las circunstancias que hacen vulnerables a los grupos socialmente marginados a las actividades de la delincuencia organizada transnacional.

### **Artículo 32**

#### **Conferencia de las Partes en la Convención**

1. Se establecerá una Conferencia de las Partes en la Convención con objeto de mejorar la capacidad de los Estados Parte para combatir la delincuencia organizada transnacional y para promover y examinar la aplicación de la presente Convención.

2. El Secretario General de las Naciones Unidas convocará la Conferencia de las Partes a más tardar un año después de la entrada en vigor de la presente Convención. La Conferencia de las Partes aprobará reglas de procedimiento y normas que rijan las actividades enunciadas en los párrafos 3 y 4 del presente artículo (incluidas normas relativas al pago de los gastos resultantes de la puesta en marcha de esas actividades).

3. La Conferencia de las Partes concertará mecanismos con miras a lograr los objetivos mencionados en el párrafo 1 del presente artículo, en particular a:

- a) Facilitar las actividades que realicen los Estados Parte con arreglo a los artículos 29, 30 y 31 de la presente Convención, alentando inclusive la movilización de contribuciones voluntarias;
- b) Facilitar el intercambio de información entre Estados Parte sobre las modalidades y tendencias de la delincuencia organizada transnacional y sobre prácticas eficaces para combatirla;
- c) Cooperar con las organizaciones internacionales y regionales y las organizaciones no gubernamentales pertinentes;
- d) Examinar periódicamente la aplicación de la presente Convención;
- e) Formular recomendaciones para mejorar la presente Convención y su aplicación.

4. A los efectos de los apartados d) y e) del párrafo 3 del presente artículo, la Conferencia de las Partes obtendrá el necesario conocimiento de las medidas adoptadas y de las dificultades encontradas por los Estados Parte en aplicación de la presente Convención mediante la información que ellos le faciliten y mediante los demás mecanismos de examen que establezca la Conferencia de las Partes.

5. Cada Estado Parte facilitará a la Conferencia de las Partes información sobre sus programas, planes y prácticas, así como sobre las medidas legislativas y administrativas adoptadas para aplicar la presente Convención, según lo requiera la Conferencia de las Partes.

### **Artículo 33**

#### **Secretaría**

1. El Secretario General de las Naciones Unidas prestará los servicios de secretaría necesarios a la Conferencia de las Partes en la Convención.

2. La secretaría:

- a) Prestará asistencia a la Conferencia de las Partes en la realización de las actividades enunciadas en el artículo 32 de la presente Convención y organizará los periodos de sesiones de la Conferencia de las Partes y les prestará los servicios necesarios;
- b) Prestará asistencia a los Estados Parte que la soliciten en el suministro de información a la Conferencia de las Partes según lo previsto en el párrafo 5 del artículo 32 de la presente Convención; y
- c) Velará por la coordinación necesaria con la secretaría de otras organizaciones internacionales y regionales pertinentes.

## **Artículo 34**

### **Aplicación de la Convención**

1. Cada Estado Parte adoptará, de conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno, las medidas que sean necesarias, incluidas medidas legislativas y administrativas, para garantizar el cumplimiento de sus obligaciones con arreglo a la presente Convención.

2. Los Estados Parte tipificarán en su derecho interno los delitos tipificados de conformidad con los artículos 5, 6, 8 y 23 de la presente Convención independientemente del carácter transnacional o la participación de un grupo delictivo organizado según la definición contenida en el párrafo 1 del artículo 3 de la presente Convención, salvo en la medida en que el artículo 5 de la presente Convención exija la participación de un grupo delictivo organizado.

3. Cada Estado Parte podrá adoptar medidas más estrictas o severas que las previstas en la presente Convención a fin de prevenir y combatir la delincuencia organizada transnacional.



## **Artículo 35**

### **Solución de controversias**

1. Los Estados Parte procurarán solucionar toda controversia relacionada con la interpretación o aplicación de la presente Convención mediante la negociación.

2. Toda controversia entre dos o más Estados Parte acerca de la interpretación o la aplicación de la presente Convención que no pueda resolverse mediante la negociación dentro de un plazo razonable deberá, a solicitud de uno de esos Estados Parte, someterse a arbitraje. Si, seis meses después de la fecha de la solicitud de arbitraje, esos Estados Parte no han podido ponerse de acuerdo sobre la organización del arbitraje, cualquiera de esos Estados Parte podrá remitir la controversia a la Corte Internacional de Justicia mediante solicitud conforme al Estatuto de la Corte.

3. Cada Estado Parte podrá, en el momento de la firma, ratificación, aceptación o aprobación de la presente Convención o adhesión a ella, declarar que no se considera vinculado por el párrafo 2 del presente artículo. Los demás Estados Parte no quedarán vinculados por el párrafo 2 del presente artículo respecto de todo Estado Parte que haya hecho esa reserva.

4. El Estado Parte que haya hecho una reserva de conformidad con el párrafo 3 del presente artículo podrá en cualquier momento retirar esa reserva notificándolo al Secretario General de las Naciones Unidas.

## **Artículo 36**

### **Firma, ratificación, aceptación, aprobación y adhesión**

1. La presente Convención estará abierta a la firma de todos los Estados del 12 al 15 de diciembre de 2000 en Palermo (Italia) y después de esa fecha en la Sede de las Naciones Unidas en Nueva York hasta el 12 de diciembre de 2002.

2. La presente Convención también estará abierta a la firma de las organizaciones regionales de integración económica siempre que al menos uno de los Estados miembros de tales organizaciones haya firmado la presente Convención de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 1 del presente artículo.

3. La presente Convención estará sujeta a ratificación, aceptación o aprobación. Los instrumentos de ratificación, aceptación o aprobación se depositarán en poder del Secretario General de las Naciones Unidas. Las organizaciones regionales de integración económica podrán depositar su instrumento de ratificación, aceptación o aprobación si por lo menos uno de sus Estados miembros ha procedido de igual manera. En ese instrumento de ratificación, aceptación o aprobación, esas organizaciones declararán el alcance de su competencia con respecto a las cuestiones regidas por la presente Convención. Dichas organizaciones comunicarán también al depositario cualquier modificación pertinente del alcance de su competencia.

4. La presente Convención estará abierta a la adhesión de todos los Estados u organizaciones regionales de integración económica que cuenten por lo menos con un Estado miembro que sea Parte en la presente Convención. Los instrumentos de adhesión se depositarán en poder del Secretario General de las Naciones Unidas. En el momento de su adhesión, las organizaciones regionales de integración

económica declararán el alcance de su competencia con respecto a las cuestiones regidas por la presente Convención. Dichas organizaciones comunicarán también al depositario cualquier modificación pertinente del alcance de su competencia.

### **Artículo 37**

#### **Relación con los protocolos**

1. La presente Convención podrá complementarse con uno o más protocolos.

2. Para pasar a ser parte en un protocolo, los Estados o las organizaciones regionales de integración económica también deberán ser parte en la presente Convención.

3. Los Estados Parte en la presente Convención no quedarán vinculados por un protocolo a menos que pasen a ser parte en el protocolo de conformidad con sus disposiciones.

4. Los protocolos de la presente Convención se interpretarán juntamente con esta, teniendo en cuenta la finalidad de esos protocolos.

### **Artículo 38**

#### **Entrada en vigor**

1. La presente Convención entrará en vigor el nonagésimo día después de la fecha en que se haya depositado el cuadragésimo instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión. A los efectos del presente párrafo, los instrumentos depositados por una organización regional de integración económica no se considerarán adicionales a los depositados por los Estados miembros de tal organización.

2. Para cada Estado u organización regional de integración económica que ratifique, acepte o apruebe la presente Convención o se adhiera a ella después de haberse depositado el cuadragésimo instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión, la presente Convención entrará en vigor el trigésimo día después de la fecha en que ese Estado u organización haya depositado el instrumento pertinente.

### **Artículo 39**

#### **Enmienda**

1. Cuando hayan transcurrido cinco años desde la entrada en vigor de la presente Convención, los Estados Parte podrán proponer enmiendas por escrito al Secretario General de las Naciones Unidas, quien a continuación comunicará toda enmienda propuesta a los Estados Parte y a la Conferencia de las Partes en la Convención para que la examinen y decidan al respecto. La Conferencia de las Partes hará todo lo posible por lograr un consenso sobre cada enmienda. Si se han agotado todas posibilidades de lograr un consenso y no se ha llegado a un acuerdo, la aprobación de la enmienda exigirá, en última instancia, una mayoría de dos tercios de los Estados Parte presentes y votantes en la sesión de la Conferencia de las Partes.

2. Las organizaciones regionales de integración económica, en asuntos de su competencia, ejercerán su derecho de voto con arreglo al presente artículo con un número de votos igual al número de sus Estados miembros que sean Partes en la presente Convención. Dichas organizaciones no ejercerán su derecho de voto si sus Estados miembros ejercen el suyo, y viceversa.

3. Toda enmienda aprobada de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo estará sujeta a ratificación, aceptación o aprobación por los Estados Parte.

4. Toda enmienda refrendada de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo entrará en vigor respecto de un Estado Parte noventa días después de la fecha en que este deposite en poder del Secretario General de las Naciones Unidas un instrumento de ratificación, aceptación o aprobación de esa enmienda.

5. Cuando una enmienda entre en vigor, será vinculante para los Estados Parte que hayan expresado su consentimiento al respecto. Los demás Estados Parte quedarán sujetos a las disposiciones de la presente Convención, así como a cualquier otra enmienda anterior que hubiesen ratificado, aceptado o aprobado.

#### **Artículo 40**

##### **Denuncia**

1. Los Estados Parte podrán denunciar la presente Convención mediante notificación escrita al Secretario General de las Naciones Unidas. La denuncia surtirá efecto un año después de la fecha en que el Secretario General haya recibido la notificación.

2. Las organizaciones regionales de integración económica dejarán de ser Partes en la presente Convención cuando la hayan denunciado todos sus Estados miembros.

3. La denuncia de la presente Convención con arreglo al párrafo 1 del presente artículo entrañará la denuncia de sus protocolos.

#### **Artículo 41**

##### **Depositario e idiomas**

1. El Secretario General de las Naciones Unidas será el depositario de la presente Convención.

2. El original de la presente Convención, cuyos textos en árabe, chino, español, francés, inglés y ruso son igualmente auténticos, se depositará en poder del Secretario General de las Naciones Unidas.

En fe de lo cual, los plenipotenciarios infrascritos, debidamente autorizados por sus respectivos gobiernos, han firmado la presente Convención.

La presente es copia fiel y completa en español de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el quince de noviembre de dos mil.



## **VIII. LEY N° 30077 - LEY CONTRA EL CRIMEN ORGANIZADO**





# LEY N° 30077

**EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA  
POR CUANTO:**

**EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA;  
Ha dado la Ley siguiente:**

## **LEY CONTRA EL CRIMEN ORGANIZADO**

### **TÍTULO I**

#### **OBJETO, DEFINICIÓN Y ÁMBITO DE APLICACIÓN**

##### **Artículo 1. Objeto de la Ley**

La presente Ley tiene por objeto fijar las reglas y procedimientos relativos a la investigación, juzgamiento y sanción de los delitos cometidos por organizaciones criminales.

##### **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.

2. La intervención de los integrantes de una organización criminal, personas vinculadas a ella o que actúan por encargo de la misma puede ser temporal, ocasional o aislada, debiendo orientarse a la consecución de los objetivos de la organización criminal.

### **Artículo 3. Delitos comprendidos**

La presente Ley es aplicable a los siguientes delitos:

1. Homicidio calificado-asesinato, de conformidad con el artículo 108 del Código Penal.
2. Secuestro, tipificado en el artículo 152 del Código Penal.
3. Trata de personas, tipificado en el artículo 153 del Código Penal.
4. Violación del secreto de las comunicaciones, en la modalidad delictiva tipificada en el artículo 162 del Código Penal.
5. Delitos contra el patrimonio, en las modalidades delictivas tipificadas en los artículos 186, 189, 195, 196-A y 197 del Código Penal.
6. Pornografía infantil, tipificado en el artículo 183-A del Código Penal.
7. Extorsión, tipificado en el artículo 200 del Código Penal.
8. Usurpación, en las modalidades delictivas tipificadas en los artículos 202 y 204 del Código Penal.
9. Delitos informáticos, en las modalidades delictivas tipificadas en los artículos 207-B y 207-C del Código Penal.
10. Delito contra la propiedad industrial, tipificado en el artículo 222 del Código Penal.
11. Delitos monetarios, en las modalidades delictivas tipificadas en los artículos 252, 253 y 254 del Código Penal.
12. Tenencia, fabricación, tráfico ilícito de armas, municiones y explo-

sivos y demás delitos tipificados en los artículos 279, 279-A, 279-B, 279-C y 279-D del Código Penal.

13. Delitos contra la salud pública, en las modalidades delictivas tipificadas en los artículos 294-A y 294-B del Código Penal.

14. Tráfico ilícito de drogas, en sus diversas modalidades previstas en la Sección II del Capítulo III del Título XII del Libro Segundo del Código Penal.

15. Delito de tráfico ilícito de migrantes, en las modalidades delictivas tipificadas en los artículos 303-A y 303-B del Código Penal.

16. Delitos ambientales, en las modalidades delictivas tipificadas en los artículos 310-A, 310-B y 310-C del Código Penal.

17. Delito de marcaje o reglaje, previsto en el artículo 317-A del Código Penal.

18. Genocidio, desaparición forzada y tortura, tipificados en los artículos 319, 320 y 321 del Código Penal, respectivamente.

19. Delitos contra la administración pública, en las modalidades delictivas tipificadas en los artículos 382, 383, 384, 387, 393, 393-A, 394, 395, 396, 397, 397-A, 398, 399, 400 y 401 del Código Penal.

20. Delito de falsificación de documentos, tipificado en el primer párrafo del artículo 427 del Código Penal.

21. Lavado de activos, en las modalidades delictivas tipificadas en los artículos 1, 2, 3, 4, 5 y 6 del Decreto Legislativo 1106, Decreto Legislativo de lucha eficaz contra el lavado de activos y otros delitos relacionados a la minería ilegal y crimen organizado.

Los alcances de la presente Ley son de aplicación a los delitos en los que se contemple como circunstancia agravante su comisión mediante una organización criminal y a cualquier otro delito cometido en concurso con los previstos en el presente artículo.

#### **Artículo 4. Ámbito de aplicación**

Para la investigación, juzgamiento y sanción de los integrantes de una organización criminal, personas vinculadas a ella o que actúan por encargo de la misma, que cometan los delitos señalados en el artículo 3 de la presente Ley, rigen las normas y disposiciones del Código Procesal Penal aprobado por Decreto Legislativo 957, sin perjuicio de las disposiciones especiales contenidas en la presente Ley.

## **TÍTULO II INVESTIGACIÓN, CONSECUENCIAS JURÍDICAS APLICABLES Y EJECUCIÓN PENAL**

### **CAPÍTULO I**

#### **INVESTIGACIÓN Y PROCESO PENAL**

#### **Artículo 5. Diligencias preliminares**

1. Conforme a lo dispuesto en el inciso 2 del artículo 334 del Código Procesal Penal aprobado por Decreto Legislativo 957, el plazo de las diligencias preliminares para todos los delitos vinculados a organizaciones criminales es de sesenta días, pudiendo el fiscal fijar un plazo distinto en atención a las características, grado de complejidad y circunstancias de los hechos objeto de investigación.

2. Para determinar la razonabilidad del plazo, el Juez considera, entre otros factores, la complejidad de la investigación, su grado de avance, la realización de actos de investigación idóneos, la conducta procesal

del imputado, los elementos probatorios o indiciarios recabados, la magnitud y grado de desarrollo de la presunta organización criminal, así como la peligrosidad y gravedad de los hechos vinculados a esta.

### **Artículo 6. Carácter complejo de la investigación preparatoria**

Todo proceso seguido contra integrantes de una organización criminal, personas vinculadas a ella o que actúan por encargo de la misma, se considera complejo de conformidad con el inciso 3 del artículo 342 del Código Procesal Penal aprobado por Decreto Legislativo 957.

## **CAPÍTULO II**

### **TÉCNICAS ESPECIALES DE INVESTIGACIÓN**

#### **Artículo 7. Disposiciones generales**

1. Se pueden adoptar técnicas especiales de investigación siempre que resulten idóneas, necesarias e indispensables para el esclarecimiento de los hechos materia de investigación. Su aplicación se decide caso por caso y se dictan cuando la naturaleza de la medida lo exija, siempre que existan suficientes elementos de convicción acerca de la comisión de uno o más delitos vinculados a una organización criminal.

2. Las técnicas especiales de investigación deben respetar, escrupulosamente y en todos los casos, los principios de necesidad, razonabilidad y proporcionalidad.

3. La resolución judicial que autoriza la ejecución de las técnicas especiales de investigación previstas en este capítulo, así como el requerimiento mediante el que se solicita su ejecución, según sea el caso, deben estar debida y suficientemente motivados, bajo sanción de nulidad, sin perjuicio de los demás requisitos exigidos por la ley.

Asimismo, deben señalar la forma de ejecución de la diligencia, así como su alcance y duración.

4. El juez, una vez recibida la solicitud, debe resolver, sin trámite alguno, en el término de veinticuatro horas.

### **Artículo 8. Interceptación postal e intervención de las comunicaciones. Disposiciones comunes**

1. En el ámbito de la presente Ley, se respetan los plazos de duración de las técnicas especiales de interceptación postal e intervención de las comunicaciones previstas en el inciso 2 del artículo 226 y en el inciso 6 del artículo 230 del Código Procesal Penal aprobado por Decreto Legislativo 957, respectivamente.

2. El trámite y realización de estas medidas tienen carácter reservado e inmediato.

### **Artículo 9. Interceptación postal**

1. Solo se intercepta, retiene e incauta la correspondencia vinculada al delito objeto de investigación vinculado a la organización criminal, procurando, en la medida de lo posible, no afectar la correspondencia de terceros no involucrados.

2. Toda correspondencia retenida o abierta que no tenga relación con los hechos investigados es devuelta a su destinatario, siempre y cuando no revelen la presunta comisión de otros hechos punibles, en cuyo caso el fiscal dispone su incautación y procede conforme al inciso 11 del artículo 2 de la Ley 27697, Ley que otorga facultad al Fiscal para la intervención y control de comunicaciones y documentos privados en caso excepcional.

## **Artículo 10. Intervención de las comunicaciones**

1. En el ámbito de la presente Ley, la grabación mediante la cual se registre la intervención de las comunicaciones es custodiada debidamente por el fiscal, quien debe disponer la transcripción de las partes pertinentes y útiles para la investigación.

2. Las comunicaciones que son irrelevantes para la investigación son entregadas a las personas afectadas con la medida, ordenándose, bajo responsabilidad, la destrucción de cualquier transcripción o copia de las mismas, salvo que dichas grabaciones pongan de manifiesto la presunta comisión de otro hecho punible, en cuyo caso se procede de conformidad con el inciso 11 del artículo 2 de la Ley 27697.

## **Artículo 11. Audiencia judicial de reexamen**

Ejecutadas las técnicas especiales de investigación previstas en los artículos 9 y 10, el afectado puede instar la realización de la audiencia judicial de reexamen prevista en el artículo 228 y en los incisos 3 y 4 del artículo 231 del Código Procesal Penal aprobado por Decreto Legislativo 957.

## **Artículo 12. Circulación y entrega vigilada de bienes delictivos**

1. El fiscal se encuentra facultado a disponer la circulación o entrega vigilada de cualquier bien relacionado a la presunta comisión de uno o más delitos vinculados a una organización criminal, conforme a lo dispuesto en el artículo 340 del Código Procesal Penal aprobado por el Decreto Legislativo 957.

2. Las personas naturales que colaboren, con autorización o por encargo de la autoridad competente, en la ejecución de esta diligencia se encuentran exentas de responsabilidad penal, siempre que su actuación se haya ceñido estrictamente al ámbito, finalidad, límites y características del acto de investigación dispuesto por el fiscal para el caso concreto.



Del mismo modo, no puede imponerse consecuencia accesoria ni medida preventiva alguna a las personas jurídicas que obran en dentro de estos márgenes permitidos.

### **Artículo 13. Agente encubierto**

Los agentes encubiertos, una vez emitida la disposición fiscal que autoriza su participación, quedan facultados para participar en el tráfico jurídico y social, adquirir, poseer o transportar bienes de carácter delictivo, permitir su incautación e intervenir en toda actividad útil y necesaria para la investigación del delito que motivó la diligencia, conforme a lo dispuesto en el artículo 341 del Código Procesal Penal aprobado por Decreto Legislativo 957.

### **Artículo 14. Acciones de seguimiento y vigilancia**

El fiscal, de oficio o a instancia de la autoridad policial, y sin conocimiento del investigado, puede disponer que este o terceras personas con las que guarda conexión sean sometidos a seguimiento y vigilancia por parte de la Policía Nacional del Perú, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 207 del Código Procesal Penal aprobado por Decreto Legislativo 957.

### **Artículo 15. Deber de colaboración y de confidencialidad de las instituciones y entidades públicas y privadas**

1. Todas las instituciones y organismos del Estado, funcionarios y servidores públicos, así como las personas naturales o jurídicas del sector privado están obligadas a prestar su colaboración cuando les sea requerida para el esclarecimiento de los delitos regulados por la presente Ley, a fin de lograr la eficaz y oportuna realización de las técnicas de investigación previstas en este capítulo.

2. La información obtenida como consecuencia de las técnicas previstas en el presente capítulo debe ser utilizada exclusivamente en

la investigación correspondiente, debiéndose guardar la más estricta confidencialidad respecto de terceros durante y después del proceso penal, salvo en los casos de presunción de otros hechos punibles y de solicitudes fundadas de autoridades extranjeras del sistema de justicia penal.

3. Los referidos deberes se extienden a las personas naturales que intervengan en una investigación en el marco de la presente Ley.

4. El incumplimiento de estas obligaciones acarrea responsabilidad penal, civil o administrativa, según corresponda.

### **CAPÍTULO III**

#### **MEDIDAS LIMITATIVAS DE DERECHOS**

#### **Artículo 16. Levantamiento del secreto bancario, reserva tributaria y bursátil**

1. El juez, a solicitud del fiscal, puede ordenar, de forma reservada y de forma inmediata, el levantamiento del secreto bancario o de la reserva tributaria, conforme a lo establecido por el Código Procesal Penal aprobado por Decreto Legislativo 957. La información obtenida solo puede ser utilizada en relación con la investigación de los hechos que la motivaron.

2. El juez, previa solicitud del fiscal, puede ordenar que se remita información sobre cualquier tipo de movimiento u operación bursátil, relacionados a acciones, bonos, fondos, cuotas de participación u otros valores, incluyendo la información relacionada a un emisor o sus negocios según lo establecido en los artículos 40 y 45 del Decreto Legislativo 861, Ley del Mercado de Valores, en la medida en que pudiera resultar útil para la investigación. Asimismo, la autoridad fiscal o judicial puede solicitar cualquier información sobre los compradores o

vendedores de los valores negociados en el sistema bursátil, de conformidad con lo establecido en el inciso a) del artículo 47 del Decreto Legislativo 861.

## **CAPÍTULO IV INCAUTACIÓN Y DECOMISO**

### **Artículo 17. Procedencia**

En todas las investigaciones y procesos penales por delitos cometidos a través de una organización criminal, según lo previsto por la presente Ley, la Policía Nacional del Perú no necesita autorización del fiscal ni orden judicial para la incautación de los objetos, instrumentos, efectos o ganancias del delito o cualquier otro bien proveniente del delito o al servicio de la organización criminal, cuando se trate de una intervención en flagrante delito o peligro inminente de su perpetración, debiendo darse cuenta inmediata de su ejecución al fiscal.

### **Artículo 18. Proceso de pérdida de dominio**

Son de aplicación las reglas y el procedimiento del proceso de pérdida de dominio para los bienes señalados en el anterior artículo, siempre que se presente uno o más de los supuestos previstos en el artículo 4 del Decreto Legislativo 1104, que modifica la legislación sobre pérdida de dominio.

### **Artículo 19. Administración y custodia de los bienes de carácter delictivo**

1. El fiscal o la Policía Nacional del Perú ejercen sus funciones de conformidad con las normas y los reglamentos que garantizan la seguridad, conservación, seguimiento y control de la cadena de custodia de los bienes señalados en el artículo 17 de la presente Ley.
2. Para los efectos de recepción, registro, calificación, conservación, administración y disposición de los bienes a que hace referencia el ar-

título 17 de la presente Ley, asume competencia la Comisión Nacional de Bienes Incautados (CONABI), de conformidad con lo dispuesto por el Decreto Legislativo 1104, siempre que dichos bienes provengan de los delitos en agravio del patrimonio del Estado.

## **CAPÍTULO V**

### **VALORACIÓN DE LA PRUEBA**

#### **Artículo 20. Prueba trasladada**

1. En los casos de delitos cometidos a través de una organización criminal, las pruebas admitidas y actuadas a nivel judicial pueden ser utilizadas o valoradas en otro proceso penal, siempre que su actuación sea de imposible consecución o de difícil reproducción debido al riesgo de pérdida de la fuente de prueba o de amenaza para un órgano de prueba.

2. En los casos en que no se presenten tales circunstancias, puede utilizarse los dictámenes periciales oficiales, informes y prueba documental admitida o incorporada en otro proceso judicial, dejando a salvo el derecho a la oposición de la prueba trasladada, la cual se resuelve en la sentencia.

3. La sentencia firme que tenga por acreditada la existencia, estructura, peligrosidad u otras características de una determinada organización criminal, o que demuestre una modalidad o patrón relacionados a la actuación en la comisión de hechos delictivos, así como los resultados o consecuencias lesivas derivados de los mismos, constituye prueba respecto de tales elementos o circunstancias en cualquier otro proceso penal.

4. Para estos efectos, debe tenerse en consideración los siguientes criterios:

- a) El valor probatorio de la prueba trasladada está sujeto a la evaluación que el órgano judicial realice de todas las pruebas actuadas durante el proceso en que ha sido incorporada, respetando las reglas de la sana crítica, la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicos.
- b) La prueba trasladada debe ser incorporada válidamente al proceso, debiendo respetarse las garantías procesales establecidas en la Constitución Política del Perú.
- c) La persona a la que se imputa hechos o circunstancias acreditados en un anterior proceso penal tiene expedito su derecho para cuestionar su existencia o intervención en ellos.

## **CAPÍTULO VI**

### **CONSECUENCIAS JURÍDICAS APLICABLES Y EJECUCIÓN PENAL**

#### **Artículo 21. Inhabilitación**

En el supuesto previsto en el literal c) del inciso 1 del artículo 22 de la presente Ley, se impone inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal.

#### **Artículo 22. Agravantes especiales**

1. El Juez aumenta la pena hasta en una tercera parte por encima del máximo legal fijado por el delito cometido, sin que en ningún caso pueda exceder los treinta y cinco años, en los siguientes supuestos:

- a) Si el agente es líder, jefe o cabecilla o ejerce funciones de administración, dirección y supervisión de la organización criminal.
- b) Si el agente financia la organización criminal.
- c) Si el agente, en condición de integrante de la organización criminal o persona vinculada a ella o que actúa por encargo de la misma, es

funcionario o servidor público y ha abusado de su cargo o se ha valido del mismo para cometer, facilitar o encubrir el delito.

d) Si el agente, en condición de integrante de la organización criminal o persona vinculada a ella o que actúa por encargo de la misma, utiliza a menores de edad u otros inimputables para la comisión del delito.

e) Si el agente, en condición de integrante de la organización criminal o persona vinculada a ella o que actúa por encargo de la misma, atenta contra la integridad física o psicológica de menores de edad u otros inimputables.

f) Si el agente, en condición de integrante de la organización criminal o persona vinculada a ella o que actúa por encargo de la misma, utiliza a terceras personas valiéndose de su conocimiento, profesión u oficio, o abusando de su posición de dominio, cargo, vínculo familiar u otra relación que le otorgue confianza, poder o autoridad sobre ellas.

g) Si el agente hace uso de armas de guerra para cometer los delitos a que se refiere la presente Ley.

h) Si el agente, en condición de integrante de la organización criminal o persona vinculada a ella o que actúa por encargo de la misma, posee armas de guerra, material explosivo o cualquier otro medio análogo.

2. Estas circunstancias agravantes no son aplicables cuando se encuentren ya previstas como tales por la ley penal.

### **Artículo 23. Consecuencias accesorias**

1. Si cualquiera de los delitos previstos en la presente Ley han sido cometidos en ejercicio de la actividad de una persona jurídica o valiéndose de su estructura organizativa para favorecerlo, facilitarlo o encubrirlo, el Juez debe imponer, atendiendo a la gravedad y naturaleza de los hechos, la relevancia de la intervención de la persona jurídica en el delito y las características particulares de la organización criminal, cualquiera de las siguientes consecuencias accesorias de

forma alternativa o conjunta:

- a) Multa por un monto no menor del doble ni mayor del triple del valor de la transacción real que se procura obtener como beneficio económico por la comisión del delito respectivo.
- b) Clausura definitiva de locales o establecimientos.
- c) Suspensión de actividades por un plazo no mayor a cinco años.
- d) Prohibición de llevar a cabo actividades de la misma clase o naturaleza de aquellas en cuya realización se haya cometido, favorecido o encubierto el delito.
- e) Cancelación de licencias, derechos y otras autorizaciones administrativas o municipales.
- f) Disolución de la persona jurídica.

2. Simultáneamente a la medida impuesta, el Juez ordena a la autoridad competente que disponga, de ser el caso, la intervención de la persona jurídica para salvaguardar los derechos de los trabajadores y de los acreedores, hasta por un período de dos años.

3. Para la aplicación de las medidas previstas en el inciso 1 del presente artículo, el juez tiene en consideración los criterios establecidos en el artículo 105-A del Código Penal.

#### **Artículo 24. Prohibición de beneficios penitenciarios**

No pueden acceder a los beneficios penitenciarios de redención de la pena por el trabajo y la educación, semilibertad y liberación condicional:

- 1. Las personas a que hacen referencia los literales a), b) y e) del inciso 1 del artículo 22 de la presente Ley.
- 2. Los demás integrantes de la organización criminal, siempre que el

delito por el que fueron condenados sea cualquiera de los previstos en los artículos 108, 152, 153, 189 y 200 del Código Penal.

### **Artículo 25. Sistema de Control Reforzado de Internos de Criminalidad Organizada (SISCRICO)**

El Instituto Nacional Penitenciario (INPE) se encarga del diseño, implementación y administración del Sistema de Control Reforzado de Internos de Criminalidad Organizada (SISCRICO), que contenga una base de datos y elementos para almacenar información sobre la situación penal, procesal y penitenciaria de todos los procesados y condenados por la comisión de uno o más delitos en condición de integrantes de una organización criminal, vinculadas a ella o por haber actuado por encargo de la misma, así como el registro de las visitas que reciben los internos antes aludidos, con la finalidad de hacer un seguimiento administrativo a efecto de garantizar el imperio de la ley, la seguridad penitenciaria, el orden y su rápida localización en los establecimientos penitenciarios.

## **TÍTULO III**

### **COOPERACIÓN INTERNACIONAL Y ASISTENCIA JUDICIAL**

#### **Artículo 26. Obligación del Estado de colaborar**

1. El Estado peruano, a través de las agencias del sistema penal, presta cooperación internacional o asistencia judicial recíproca, incluyendo a la Corte Penal Internacional, en las investigaciones, los procesos, así como las actuaciones fiscales y judiciales relacionados con los delitos a que se refiere la presente Ley.

2. Las autoridades competentes pueden solicitar cooperación o asistencia a otros Estados y organismos internacionales, de conformidad con los tratados multilaterales o bilaterales ratificados por el Estado en materia de cooperación o asistencia jurídico-penal.



3. En caso de que exista un tratado de cooperación internacional o asistencia judicial aplicable a los delitos contemplados en el artículo 3 de la presente Ley, sus normas rigen el trámite de cooperación internacional, aplicándose en forma complementaria lo dispuesto por la presente Ley.

4. La solicitud de cooperación o asistencia judicial solo procede cuando la pena privativa de libertad para el delito investigado o juzgado no sea menor de un año y siempre que no se trate de delito sujeto exclusivamente a la legislación militar.

5. En las circunstancias no previstas en la presente Ley, se aplican las disposiciones establecidas sobre Cooperación Judicial Internacional reguladas en el Código Procesal Penal aprobado por Decreto Legislativo 957.

### **Artículo 27. Cooperación judicial y principio de doble incriminación**

Para que las autoridades nacionales den lugar a la cooperación o asistencia judicial, no es necesario que el hecho por el que se solicita la asistencia sea considerado como delito por la legislación nacional, salvo en las situaciones previstas en el literal h) del inciso 1 del artículo 511 del Código Procesal Penal aprobado por el Decreto Legislativo 957.

### **Artículo 28. Actos de cooperación o asistencia internacional**

1. Las autoridades judiciales, el Ministerio Público y la Policía Nacional del Perú pueden prestar y solicitar asistencia a otros Estados en actuaciones operativas, actos de investigación y procesos judiciales, de conformidad con la legislación nacional y los tratados internacionales ratificados por el Perú, a través del Ministerio de Relaciones Exteriores.

2. En especial, los actos de cooperación y asistencia son los siguientes:

a) Recibir entrevistas o declaraciones de personas a fin de esclarecer los hechos materia de investigación o juzgamiento.

Las autoridades nacionales pueden permitir la presencia de las autoridades extranjeras requirentes en las entrevistas o declaraciones.

b) Emitir copia certificada de documentos.

c) Efectuar inspecciones, incautaciones y embargos preventivos.

d) Examinar e inspeccionar objetos y lugares.

e) Facilitar información, elementos de prueba y evaluaciones de peritos.

f) Entregar originales o copias auténticas de documentos y expedientes relacionados con el caso, documentación pública, bancaria y financiera, así como también la documentación social o comercial de personas jurídicas.

g) Identificar o localizar los objetos, instrumentos, efectos o ganancias del delito u otros elementos con fines probatorios.

h) Facilitar la comparecencia voluntaria de personas en el Estado requirente.

i) Detener provisionalmente y entregar a las personas investigadas, acusadas o condenadas.

j) Remitir todos los atestados en casos de entrega vigilada.

k) Cualquier otra forma de cooperación o asistencia judicial autorizada por el derecho interno.

3. Sin perjuicio de los actos de cooperación y asistencia señalados, se puede autorizar la práctica de operaciones conjuntas entre autoridades peruanas y autoridades extranjeras para el análisis y búsqueda de pruebas, ubicación y captura de las personas investigadas y cualquier otra diligencia necesaria para los fines de la investigación o proceso penal, según sea el caso.

## **Artículo 29. Trámite de cooperación o asistencia**

1. Las solicitudes de cooperación o asistencia son dirigidas a la Fiscalía de la Nación del Ministerio Público, en su calidad de autoridad central en materia de cooperación judicial internacional.
2. El Ministerio de Relaciones Exteriores brinda el apoyo necesario a la Fiscalía de la Nación en sus relaciones con los demás países y órganos internacionales, así como interviene en la tramitación de las solicitudes de cooperación que formulen las autoridades nacionales.
3. El Estado requerido cubre los gastos de la ejecución de solicitudes de asistencia o cooperación internacional, salvo pacto en contrario.

## **Artículo 30. Formalidades para la obtención de la Prueba**

Las pruebas provenientes del extranjero, en cuanto a la formalidad de su obtención, se regulan por la ley del lugar de donde provienen y, en cuanto a su valoración, se rigen conforme a las normas procesales vigentes en la República del Perú, así como por lo dispuesto en los instrumentos internacionales aplicables en territorio peruano.

## **DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS FINALES**

### **PRIMERA. Vigencia**

La presente Ley entra en vigencia a los ciento veinte días de su publicación en el diario oficial El Peruano.

### **SEGUNDA. Reglamentación del SISCRICO**

El Poder Ejecutivo, a través del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, en el plazo de ciento veinte días, debe aprobar un reglamento que describa el diseño informático y establezca normas y procedimientos para la administración y cuidado de la información, los grupos

de internos de especial seguimiento y la gestión de la base de datos a que hace referencia el artículo 25 de la presente Ley.

### **TERCERA. Competencia de la Sala Penal Nacional**

La investigación y procesamiento de los delitos comprendidos en el artículo 3 de la presente Ley vinculados a organizaciones criminales son de competencia de la Sala Penal Nacional del Poder Judicial.

## **DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS TRANSITORIAS**

### **PRIMERA. Vigencia del Código Procesal Penal aprobado por Decreto Legislativo 957 para casos de criminalidad organizada**

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 4, conjuntamente con la presente Ley, entra en vigencia el Código Procesal Penal aprobado por Decreto Legislativo 957 para todos los delitos previstos en el artículo 3 cometidos por integrantes de una organización criminal, personas vinculadas a ella o que actúan por encargo de la misma.

### **SEGUNDA. Aplicación a investigaciones y procesos en trámite**

Para las investigaciones y procesos en trámite a la fecha de entrada en vigencia de la presente Ley seguidos contra integrantes de una organización criminal, personas vinculadas a ella o que actúan por encargo de la misma, se respetan las siguientes reglas:

1. En los casos en que se encuentren a cargo del Ministerio Público, en etapa de investigación preliminar y pendientes de calificación, es de aplicación inmediata la presente Ley bajo la vigencia del Código Procesal Penal aprobado por Decreto Legislativo 957.
2. En los casos seguidos bajo la vigencia del Código de Procedimientos Penales, en que el fiscal haya formalizado denuncia penal pero el juez aún no la haya calificado, se procede a la devolución de los

actuados al Ministerio Público a fin de que se adecuen a las reglas del Código Procesal Penal aprobado por Decreto Legislativo 957.

3. Los procesos penales ya instaurados con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente Ley, ya sea bajo la vigencia del Código de Procedimientos Penales o del Código Procesal Penal aprobado por Decreto Legislativo 957, siguen su trámite regular, bajo esas mismas reglas según corresponda, hasta su conclusión.

### **TERCERA. Adelanto de vigencia**

Dispónese la entrada en vigencia a nivel nacional del Título V de la Sección II del Libro Segundo y la Sección VI del Libro Quinto del Código Procesal Penal aprobado por Decreto Legislativo 957.

No se aplica la reducción de la pena establecida en el artículo 471 del Código Procesal Penal a quienes cometan los delitos comprendidos en el artículo 3 de la presente Ley como integrantes de una organización criminal, personas vinculadas a ella o que actúan por encargo de la misma.

### **CUARTA. Financiamiento**

La aplicación de la presente Ley se financia con cargo al presupuesto institucional de las entidades involucradas, sin demandar recursos adicionales al Tesoro Público, y en el marco de las leyes anuales de presupuesto.

## **DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS MODIFICATORIAS**

### **PRIMERA. Modificación de los artículos 80, 152, 179, 181, 186, 189, 225, 257-A, 272, 297, 310-C, 317 y 318-A del Código Penal**

Modificándose los artículos 80 in fine, 152 incisos 8, 179 incisos 7, 181 inciso 4, 186 in fine, 189, 225, 257-A, 272, 297, 310-C, 317 y 318-

A del Código Penal, en los siguientes términos:

“Artículo 80. – Plazos de prescripción de la acción penal

(...)

En casos de delitos cometidos por funcionarios y servidores públicos contra el patrimonio del Estado o de organismos sostenidos por este, o cometidos como integrante de organizaciones criminales, el plazo de prescripción se duplica.

Artículo 152. – Secuestro

(...)

La pena será no menor de treinta años cuando:

(...)

8. Se comete para obligar al agraviado a incorporarse a una organización criminal.

(...)

Artículo 179. – Favorecimiento a la prostitución

(...)

La pena será no menor de cinco ni mayor de doce años, cuando:

(...)

7. El agente actúa como integrante de una organización criminal.

Artículo 181. – Proxenetismo

(...)

La pena será no menor de seis ni mayor de doce años, cuando:

(...)

4. El agente actúa como integrante de una organización criminal.

(...)

Artículo 186. – Hurto agravado

(...)

La pena será no menor de ocho ni mayor de quince años cuando el agente actúa en calidad de jefe, cabecilla o dirigente de una organización criminal destinada a perpetrar estos delitos.

Artículo 189. – Robo agravado (...)

La pena será de cadena perpetua cuando el agente actúe en calidad de integrante de una organización criminal, o si, como consecuencia del hecho, se produce la muerte de la víctima o se le causa lesiones graves a su integridad física o mental.

Artículo 225. – Condición y grado de participación del agente

Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cinco años y con noventa a trescientos sesenta y cinco días-multa e inhabilitación conforme al artículo 36, inciso 4:

a) Si el agente que comete el delito integra una organización criminal destinada a perpetrar los ilícitos previstos en el presente capítulo.

(...)

Artículo 257-A. – Formas agravadas

Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de catorce años y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa el que comete los delitos establecidos en los artículos 252, 253, 254, 255 y 257, si concurriera cualquiera de las siguientes circunstancias agravantes:

1. Si el agente actúa como integrante de una organización criminal.

(...)

Artículo 272. – Comercio clandestino

(...)

En los supuestos previstos en los incisos 3), 4) y 5) constituyen circunstancias agravantes sancionadas con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de ocho años y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa, cuando cualquiera de las conductas descritas se realice:

(...)

c) Por una organización criminal;

(...)

Artículo 297. – Formas agravadas

La pena será privativa de libertad no menor de quince ni mayor de veinticinco años, de ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa e inhabilitación conforme al artículo 36, incisos 1), 2), 4), 5) y 8) cuando:

(...)

6. El hecho es cometido por tres o más personas o en calidad de integrante de una organización criminal dedicada al tráfico ilícito de drogas o que se dedique a la comercialización de insumos para su elaboración.

(...)

Artículo 310-C. – Formas agravadas

(...)

La pena privativa de libertad será no menor de seis ni mayor de diez años, cuando:

1. El agente actúa como integrante de una organización criminal.

(...)

Artículo 317. – Asociación ilícita

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

La pena será no menor de ocho ni mayor de quince años, de ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multas e inhabilitación conforme a los incisos 1), 2) y 4) del artículo 36, imponiéndose además,



de ser el caso, las consecuencias accesorias previstas en los incisos 2 y 4 del artículo 105, debiéndose dictar las medidas cautelares que correspondan, en los siguientes casos:

- a) Cuando la organización esté destinada a cometer los delitos previstos en los artículos 106, 108, 116, 152, 153, 162, 183-A, 186, 188, 189, 195, 200, 202, 204, 207-B, 207-C, 222, 252, 253, 254, 279, 279-A, 279-B, 279-C, 279-D, 294-A, 294-B, 307-A, 307-B, 307-C, 307-D, 307-E, 310-A, 310-B, 310-C, 317-A, 319, 320, 321, 324, 382, 383, 384, 387, 393, 393-A, 394, 395, 396, 397, 397-A, 398, 399, 400, 401, 427 primer párrafo y en la Sección II del Capítulo III del Título XII del Libro Segundo del Código Penal; en los artículos 1, 2, 3, 4, 5 y 6 del Decreto Legislativo 1106, de lucha eficaz contra el lavado de activos y otros actos relacionados a la minería ilegal y crimen organizado y en la Ley 28008, Ley de los Delitos Aduaneros, y sus respectivas normas modificatorias.
- b) Cuando el integrante fuera el líder, jefe o dirigente de la organización.
- c) Cuando el agente es quien financia la organización.

Artículo 318-A. – Delito de intermediación onerosa de órganos y tejidos

Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años el que, por lucro y sin observar la ley de la materia, compra, vende, importa, exporta, almacena o transporta órganos o tejidos humanos de personas vivas o de cadáveres, concurriendo las circunstancias siguientes:

(...)

b. Constituye o integra una organización criminal para alcanzar dichos fines.

(...)”

**SEGUNDA. Incorporación del artículo 105-A al Código Penal**  
**Incorpórase el artículo 105-A al Código Penal, en los siguientes términos:**

“Artículo 105-A. – Criterios para la determinación de las consecuencias aplicables a las personas jurídicas

Las medidas contempladas en el artículo anterior son aplicadas de forma motivada por el juez, en atención a los siguientes criterios de fundamentación y determinación, según corresponda:

1. Prevenir la continuidad de la utilización de la persona jurídica en actividades delictivas.
2. La modalidad y la motivación de la utilización de la persona jurídica en el hecho punible.
3. La gravedad del hecho punible realizado.
4. La extensión del daño o peligro causado.
5. El beneficio económico obtenido con el delito.
6. La reparación espontánea de las consecuencias dañosas del hecho punible.
7. La finalidad real de la organización, actividades, recursos o establecimientos de la persona jurídica.

La disolución de la persona jurídica se aplica siempre que resulte evidente que ella fue constituida y operó habitualmente para favorecer, facilitar o encubrir actividades delictivas”

**TERCERA. Modificación de los artículos 227, 230, 231, 249, 340, 341, 342 y 473 del Código Procesal Penal aprobado por Decreto Legislativo 957**

Modifícase los artículos 227, 230, 231, 249, 340, 341, 342 y 473 del Código Procesal Penal aprobado por Decreto Legislativo 957, en los siguientes términos:

“Artículo 227. – Ejecución

(...)

2. La apertura, examen y análisis de la correspondencia y envíos se efectuará en el lugar donde el Fiscal lo considere más conveniente para los fines de la investigación, atendiendo a las circunstancias del caso. El Fiscal leerá la correspondencia o revisará el contenido del envío postal retenido. Si tienen relación con la investigación dispondrá su incautación, dando cuenta al Juez de la Investigación Preparatoria. Por el contrario, si no tuvieren relación con el hecho investigado serán devueltos a su destinatario, directamente o por intermedio de la empresa de comunicaciones. La entrega podrá entenderse también con algún miembro de la familia del destinatario o con su mandatario o representante legal. Cuando solamente una parte tenga relación con el caso, a criterio del fiscal, se dejará copia certificada de aquella parte y se ordenará la entrega a su destinatario o viceversa.

(...)

Artículo 230. – Intervención, grabación o registro de comunicaciones telefónicas o de otras formas de comunicación y geolocalización de teléfonos móviles.

(...)

3. El requerimiento del Fiscal y, en su caso, la resolución judicial que la autorice, deberá indicar el nombre y dirección del afectado por la medida si se conociera, así como, de ser posible, la identidad del teléfono u otro medio de comunicación o telecomunicación a intervenir,

grabar o registrar. También indicará la forma de la interceptación, su alcance y su duración, al igual que la dependencia policial o Fiscalía que se encargará de la diligencia de intervención y grabación o registro.

El juez comunicará al Fiscal que solicitó la medida el mandato judicial de levantamiento del secreto de las comunicaciones. La comunicación a los concesionarios de servicios públicos de telecomunicaciones, a efectos de cautelar la reserva del caso, será mediante oficio y en dicho documento se transcribirá la parte concerniente.

4. Los concesionarios de servicios públicos de telecomunicaciones deben facilitar, en forma inmediata, la geolocalización de teléfonos móviles y la diligencia de intervención, grabación o registro de las comunicaciones que haya sido dispuesta mediante resolución judicial, en tiempo real y en forma ininterrumpida, las 24 horas de los 365 días del año, bajo apercibimiento de ser pasible de las responsabilidades de ley en caso de incumplimiento. Los servidores de las indicadas empresas deberán guardar secreto acerca de las mismas, salvo que se les citare como testigo al procedimiento.

Dichos concesionarios otorgarán el acceso, la compatibilidad y conexión de su tecnología con el Sistema de Intervención y Control de las Comunicaciones de la Policía Nacional del Perú.

Asimismo, cuando por razones de innovación tecnológica los concesionarios renueven sus equipos y software, se encontrarán obligados a mantener la compatibilidad con el Sistema de Intervención y Control de las Comunicaciones de la Policía Nacional.

(...)

5. La interceptación no puede durar más de sesenta días. Excepcionalmente podrá prorrogarse por plazos sucesivos, previo requerimiento sustentado del Fiscal y decisión motivada del Juez de la Investigación Preparatoria.

Artículo 231. – Registro de la intervención de comunicaciones telefónicas o de otras formas de comunicación

1. La intervención de comunicaciones telefónicas, radiales o de otras formas de comunicación que trata el artículo anterior será registrada mediante la grabación y aseguramiento de la fidelidad de la misma. Las grabaciones, indicios y/o evidencias recolectadas durante el desarrollo de la ejecución de la medida dispuesta por mandato judicial y el Acta de Recolección y Control serán entregados al Fiscal, quien dispone su conservación con todas las medidas de seguridad al alcance y cuida que las mismas no sean conocidas por personas ajenas al procedimiento.

2. Durante la ejecución del mandato judicial de los actos de recolección y control de las comunicaciones se dejará constancia en el Acta respectiva de dichos actos. Posteriormente, el Fiscal o el Juez podrán disponer la transcripción de las partes relevantes de las comunicaciones, levantándose el acta correspondiente, sin perjuicio de conservar la grabación completa de la comunicación. Las grabaciones serán conservadas hasta la culminación del proceso penal correspondiente, ocasión en la cual la autoridad judicial competente dispondrá la eliminación de las comunicaciones irrelevantes.

Igual procedimiento adoptará el Fiscal en caso la investigación no se judicialice, previa autorización del Juez competente.

Respecto a las grabaciones en las que se aprecie la comisión de presuntos delitos ajenos a los que son materia de la investigación, el Fiscal comunicará estos hechos al juez que autorizó la medida, con la celeridad e inmediatez que el caso amerita.

Las Actas de Recolección y Control de las Comunicaciones se incorporarán a la investigación, al igual que la grabación de las comunicaciones relevantes.

(...)

#### Artículo 249. – Medidas adicionales

(...)

2. El fiscal decidirá si, una vez finalizado el proceso siempre que estime que se mantiene la circunstancia de peligro grave prevista en este título, la continuación de las medidas de protección, con excepción de la reserva de identidad del denunciante, la que mantendrá dicho carácter en el caso de organizaciones criminales.

#### Artículo 340. – Circulación y entrega vigilada de bienes delictivos

(...)

4. Los bienes delictivos objeto de esta técnica especial son: a) las drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, así como otras sustancias prohibidas; b) las materias primas o insumos destinados a la elaboración de aquellas; c) los bienes, dinero, títulos valores, efectos y ganancias a que se refiere el Decreto Legislativo 1106; d) los bienes relativos a los delitos aduaneros; e) los bienes, materiales, objetos y especies a los que se refieren los artículos 228, 230, 308, 309, 252 a 255, 257, 279 y 279-A del Código Penal.

#### Artículo 341. – Agente encubierto

1. El Fiscal, cuando se trate de Diligencias Preliminares que afecten actividades propias de la criminalidad organizada, y en tanto existan indicios de su comisión, podrá autorizar a miembros especializados de la Policía Nacional del Perú, mediante una Disposición y teniendo en cuenta su necesidad a los fines de la investigación, a actuar bajo identidad supuesta y a adquirir y transportar los objetos, efectos e instrumentos del delito y diferir la incautación de los mismos. La identidad supuesta será otorgada por el Fiscal por el plazo de seis meses, prorrogables por períodos de igual duración mientras perduren las condiciones para su empleo, quedando legítimamente habilitados para actuar en todo lo relacionado con la investigación concreta y a

participar en el tráfico jurídico y social bajo tal identidad. En tanto sea indispensable para la realización de la investigación, se pueden crear, cambiar y utilizar los correspondientes documentos de identidad.

(...)

Artículo 342. – Plazo

(...)

2. Tratándose de investigaciones complejas, el plazo de la Investigación Preparatoria es de ocho meses. Para el caso de investigación de delitos perpetrados por imputados integrantes de organizaciones criminales, personas vinculadas a ella o que actúan por encargo de la misma, el plazo de la investigación preparatoria es de treinta y seis meses. La prórroga por igual plazo debe concederla el juez de la investigación preparatoria.

3. Corresponde al Fiscal emitir la disposición que declara complejo el proceso cuando:

- a) requiera de la actuación de una cantidad significativa de actos de investigación;
- b) comprenda la investigación de numerosos delitos;
- c) involucra una cantidad importante de imputados o agraviados;
- d) demanda la realización de pericias que comportan la revisión de una nutrida documentación o de complicados análisis técnicos;
- e) necesita realizar gestiones de carácter procesal fuera del país;
- f) involucra llevar a cabo diligencias en varios distritos judiciales;
- g) revisa la gestión de personas jurídicas o entidades del Estado; o
- h) comprenda la investigación de delitos perpetrados por integrantes de una organización criminal, personas vinculadas a ella o que actúan por encargo de la misma.

Artículo 473. – Ámbito del proceso y competencia

1. Los delitos que pueden ser objeto de acuerdo, sin perjuicio de los

que establezca la ley, son los siguientes:

(...)

b. Para todos los casos de criminalidad organizada previstos en la ley de la materia.

(...)"

**CUARTA. Incorporación del inciso 5 al artículo 231, del literal h) al inciso 2 del artículo 248 y del artículo 341-A del Código Procesal Penal**

Incorpóranse el inciso 5 al artículo 231, el literal h) al inciso 2 del artículo 248 y el artículo 341-A del Código Procesal Penal, en los siguientes términos:

“Artículo 231. – Registro de la intervención de comunicaciones telefónicas o de otras formas de comunicación

(...)

5. Si durante la ejecución del mandato judicial de intervención y control de las comunicaciones en tiempo real, a través de nuevos números telefónicos o de identificación de comunicaciones, se tomará conocimiento de la comisión de delitos que atenten contra la vida e integridad de las personas, y cuando se trate de los delitos de terrorismo, tráfico ilícito de drogas y secuestro, a cometerse en las próximas horas, el Fiscal, excepcionalmente y dando cuenta en forma inmediata al Juez competente para su convalidación, podrá disponer la incorporación de dicho número al procedimiento de intervención de las comunicaciones ya existente, siempre y cuando el Juez en el mandato judicial prevenga esta eventualidad.

Artículo 248. – Medidas de protección

(...)



2. Las medidas de protección que pueden adoptarse son las siguientes:

(...)

h) Siempre que exista grave e inminente riesgo para la vida, integridad física o libertad del protegido o la de sus familiares y no pueda salvaguardarse estos bienes jurídicos de otro modo, se podrá facilitar su salida del país con una calidad migratoria que les permita residir temporalmente o realizar actividades laborales en el extranjero.

#### Artículo 341-A. – Operaciones encubiertas

Cuando en las diligencias preliminares se trate de identificar personas naturales y jurídicas, así como bienes y actividades propias de la criminalidad organizada, en tanto existan indicios de su comisión, el Ministerio Público podrá autorizar a la Policía Nacional del Perú a fin de que realice operaciones encubiertas sin el conocimiento de los investigados, tales como la protección legal de personas jurídicas, de bienes en general, incluyendo títulos, derechos y otros de naturaleza intangible, entre otros procedimientos, pudiéndose crear, estrictamente para los fines de la investigación, personas jurídicas ficticias o modificar otras ya existentes.

La autorización correspondiente será inscrita en un registro especial bajo los parámetros legales señalados para el agente encubierto. Por razones de seguridad, las actuaciones correspondientes no formarán parte del expediente del proceso respectivo sino que formarán un cuaderno secreto al que solo tendrán acceso los jueces y fiscales competentes. ”

**QUINTA. Modificación de los artículos 1 y 2 de la Ley 27697, Ley que otorga facultad al Fiscal para la intervención y control de comunicaciones y documentos privados en caso excepcional**

Modifícanse el artículo 1 y el inciso 7 del artículo 2 de la Ley 27697, Ley que otorga facultad al Fiscal para la intervención y control de comunicaciones y documentos privados en caso excepcional, en los siguientes términos:

“Artículo 1. – Marco y finalidad

La presente Ley tiene por finalidad desarrollar legislativamente la facultad constitucional otorgada a los jueces para conocer y controlar las comunicaciones de las personas que son materia de investigación preliminar o jurisdiccional.

Solo podrá hacerse uso de la facultad prevista en la presente Ley en los siguientes delitos:

1. Secuestro.
2. Trata de personas.
3. Pornografía infantil.
4. Robo agravado.
5. Extorsión.
6. Tráfico ilícito de drogas.
7. Tráfico ilícito de migrantes.
8. Delitos contra la humanidad.
9. Atentados contra la seguridad nacional y traición a la patria.
10. Peculado.
11. Corrupción de funcionarios.
12. Terrorismo.
13. Delitos tributarios y aduaneros.
14. Lavado de activos.

Artículo 2. – Normas sobre recolección, control de comunicaciones y sanción

(...)

7. La solicitud que se presente estará debidamente sustentada y contendrá todos los datos necesarios.

Tendrá como anexo los elementos indiciarios que permitan al Juez emitir bajo su criterio la respectiva autorización.

El Juez, después de verificar los requisitos establecidos en el primer párrafo de este numeral, emitirá resolución autorizando la realización de la medida hasta por el plazo estrictamente necesario, que no será mayor que el período de la investigación en el caso de la interceptación postal, y de sesenta días excepcionalmente prorrogables por plazos sucesivos a solicitud del Fiscal y mandato judicial debidamente motivado, en el caso de la intervención de las comunicaciones.

(...)"

### **SEXTA. Modificación del artículo 1 de la Ley 27379, Ley de procedimiento para adoptar medidas excepcionales de limitación de derechos en investigaciones preliminares.**

Modifícase el artículo 1 de la Ley 27379, Ley de procedimiento para adoptar medidas excepcionales de limitación de derechos en investigaciones preliminares, en los siguientes términos:

“Artículo 1. – Ámbito de aplicación

La presente Ley está circunscrita a las medidas que limitan derechos en el curso de investigaciones preliminares, de carácter jurisdiccional. Las medidas limitativas previstas en la presente Ley podrán dictarse en los siguientes casos:

1. Delitos perpetrados por una pluralidad de personas, siempre que en su realización se hayan utilizado recursos públicos o hayan intervenido funcionarios o servidores públicos o cualquier persona con el consentimiento o aquiescencia de estos.

(...)

4. Delitos contra la libertad, previstos en los artículos 152 al 153-A, y delito de extorsión, previsto en el artículo 200 del Código Penal, siempre que dichos delitos se cometan por una pluralidad de personas.”

## **DISPOSICIÓN COMPLEMENTARIA DEROGATORIA ÚNICA**

### **Derogación de normas**

Deróganse los siguientes dispositivos:

1. La Ley 27378, Ley que establece beneficios por colaboración eficaz en el ámbito de la criminalidad organizada.
2. Los artículos 12, 13, 14, 15 y 17 del Decreto Legislativo 1106, Decreto Legislativo de lucha eficaz contra el lavado de activos y otros delitos relacionados a la minería ilegal y crimen organizado.

Comuníquese al señor Presidente Constitucional de la República para su promulgación.

En Lima, a los veintiséis días del mes de julio de dos mil trece.

VÍCTOR ISLA ROJAS

Presidente del Congreso de la República

JUAN CARLOS EGUREN NEUENSCHWANDER

Segundo Vicepresidente del Congreso de la República

AL SEÑOR PRESIDENTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA

POR TANTO:

Mando se publique y cumpla.

Dado en la Casa de Gobierno, en Lima, a los diecinueve días del mes de agosto del año dos mil trece.

OLLANTA HUMALA TASSO

Presidente Constitucional de la República

JUAN F. JIMÉNEZ MAYOR

Presidente del Consejo de Ministros

## **Mapa de casos judicializados por el delito de Asociación Ilícita para Delinquir (Periodo 2009-2014)**

La Procuraduría Pública Especializada en Delitos contra el Orden Público elaboró en octubre de 2014, el mapa de la incidencia sobre delito de Asociación Ilícita en el Perú. Para ello, tuvo que recabar información sobre delitos de Asociación Ilícita durante el período 2009 hasta octubre de 2014 a nivel nacional; procesando dicha información y estableciendo cuatro niveles de criminalidad. Los resultados dieron paso a 6213 procesos penales en trámite, asimismo, debemos mencionar que no está determinado que los procesos judiciales incoados perfilan el concepto real de organización criminal.

En ese contexto, debemos señalar que la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (Convención de Palermo) define al grupo delictivo organizado como “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”.

Tal definición, determina que existen criterios como el beneficio económico que dan lugar a una criminalidad de tipo empresarial, razón por la cual no se aplican las normas sobre crimen organizado a las organizaciones terroristas. Afirmación, que tiene cabida en el artículo 3° Ley N° 30077, que indica la lista de los delitos a los cuales les son aplicables la ley.

Además, del criterio relativo al beneficio económico, otro elemento que caracteriza a las organizaciones criminales es la estructura

organizativa, aparato sobre el cual se construyen propiamente las organizaciones criminales, y al cual se une esencialmente la permanencia; así como, la perpetración de delitos graves.

Por ello, las organizaciones criminales se distinguen de las “bandas” porque la estructura organizacional de esta última no es estable, pues obedece a una simple conexión de personas para la comisión de delitos; con cierto grado de planificación y estabilidad que las distingue de la simple coautoría.

Prado Saldarriaga precisa que: para la mayoría de expertos estas estructuras (asociaciones ilícitas y bandas), mayormente amorfas, no constituyen parte de la criminalidad organizada por poseer un *modus operandi* notorio y artesanal. Carecen de roles establecidos y de procesos de planificación complejos. Su dimensión operativa se restringe en función al escaso número y especialización de sus integrantes. Estas estructuras delictivas se ubican en un escenario y coyuntural que las conecta generalmente con delitos convencionales violentos como el robo, la extorsión o los secuestros. Su influencia sobre el entorno es mínima lo que determina que sus integrantes sean frecuentemente intervenidos por la policía.<sup>192</sup>

De ahí que el artículo 2°, definición y criterios para determinar la existencia de una organización criminal, de la Ley N° 30077 señala que: 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.

---

192 PRADO SALDARRIAGA, *Criminalidad organizada y lavado de activos*, p. 79

El objetivo en la elaboración de este mapa que da cuenta del número de casos judicializados por el delito de asociación ilícita para delinquir, en atención al número de denuncias presentadas; estuvo dirigido a contabilizar la reacción del sistema de justicia penal frente a la comisión este delito, el grado de conocimiento y comprensión esta vez por parte de fiscales y jueces acerca del tipo penal de Asociación Ilícita para Delinquir y lo que realmente sanciona. Finalmente, lo que se quiso saber es cuántos casos por este delito se encuentran judicializados.

Después de revisar algunos de estos casos judicializados observamos que muchos de ellos no debieron, en atención de lo desarrollado por la Doctrina y Jurisprudencia, haber pasado el filtro fiscal y menos aún el judicial. Es decir, muchos de estos casos se han judicializado pese a que no se presentaban –en los hechos y las pruebas- los elementos o presupuestos del delito de Asociación Ilícita Para Delinquir, esto es, la permanencia, estabilidad y nivel de jerarquía que se requiere para la tipificación y configuración de este delito. Muchos de estos casos se formalizaron a nivel del Ministerio Público y del Poder Judicial, por el sólo número de los imputados. Bastaba que en un determinado caso se supere la barrera del número de personas que hace referencia el artículo 317 del Código Penal (dos a más) para que se inicie todo un proceso judicial por dicho delito.

Esperemos que con la dación de la Ley N° 30077, la reiterada jurisprudencia sobre este tipo penal que desarrolla sus características, esta situación cambie, por el bien de la imagen de las instituciones que integran el sistema de justicia, y por el real entendimiento jurídico penal de este ilícito de connotación nacional.



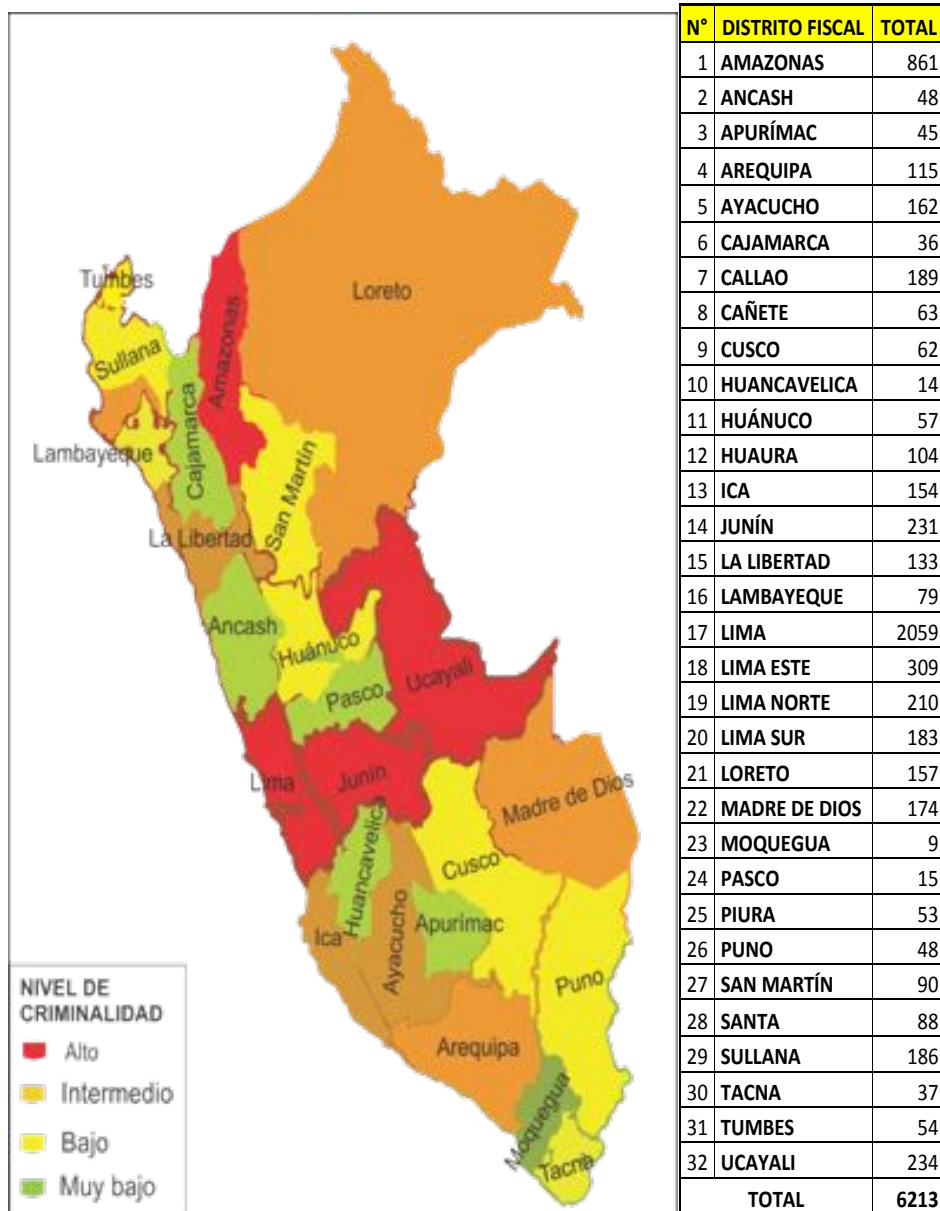


**IX. MAPA DE CASOS JUDICIALIZADOS POR EL DELITO DE ASOCIACIÓN ILÍCITA PARA DELINQUIR (PERIODO 2009 - 2014)**



## MAPA DE CASOS JUDICIALIZADOS POR EL DELITO DE ASOCIACIÓN ILÍCITA PARA DELINQUIR

(PROCESOS EN GIRO)



\*Información recopilada sobre el delito de Asociación ilícita en los Distritos Fiscales a nivel nacional, hasta 31 de octubre del 2014.

\*\* Periodo 2009 – 2014 (PROCESOS EN GIRO)



**X. ESTADÍSTICAS SOBRE CASOS JUDICIALIZADOS POR EL DELITO DE ASOCIACIÓN ILÍCITA PARA DELINQUIR 2009 - 2014, OFICINA ESPECIALIZADA DE INVESTIGACIÓN EN CRIMEN Y CONFLICTOS - OEIC.**



**ESTADÍSTICAS  
SOBRE CASOS  
JUDICIALIZADOS  
POR DELITO DE  
ASOCIACIÓN ILÍCITA  
PARA DELINQUIR  
2009 - 2014**

Procuraduría  
Especializada  
en Delitos  
Contra el  
Orden  
Público

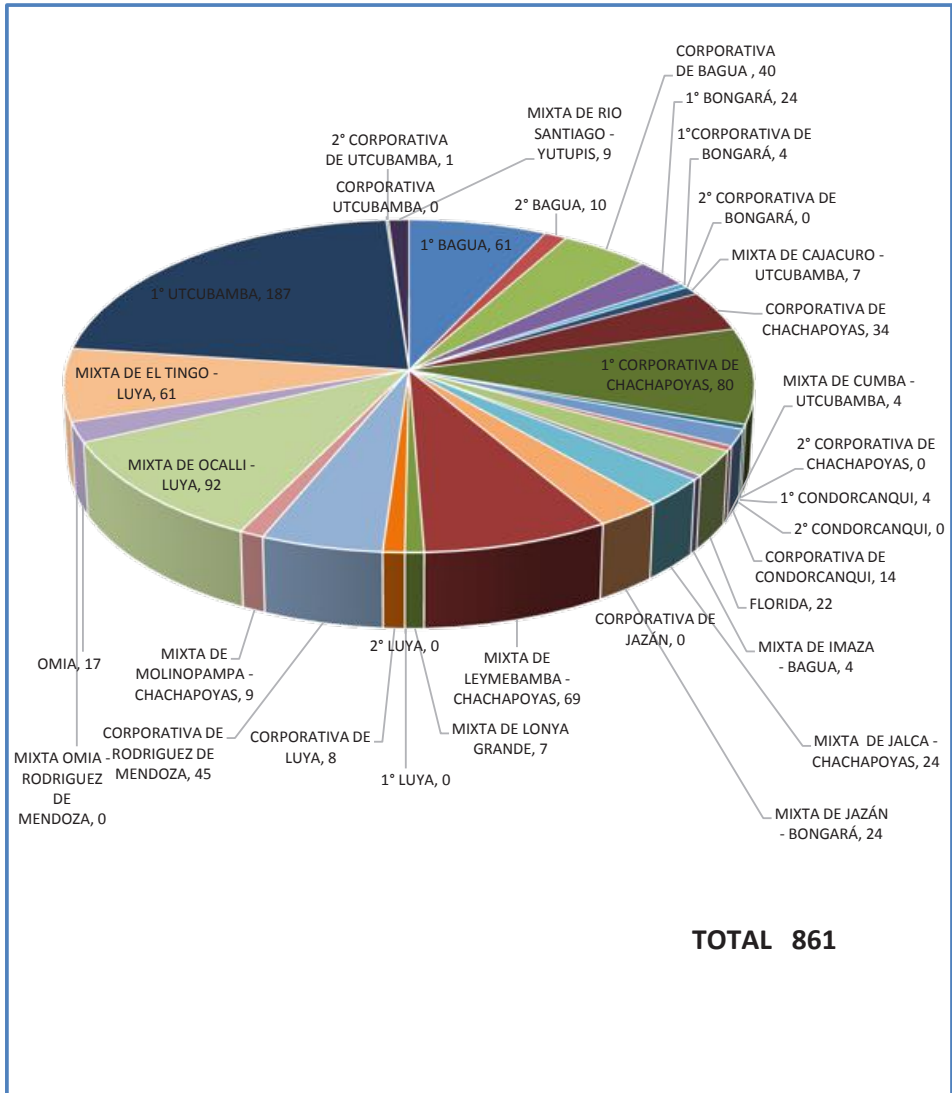
DICIEMBRE



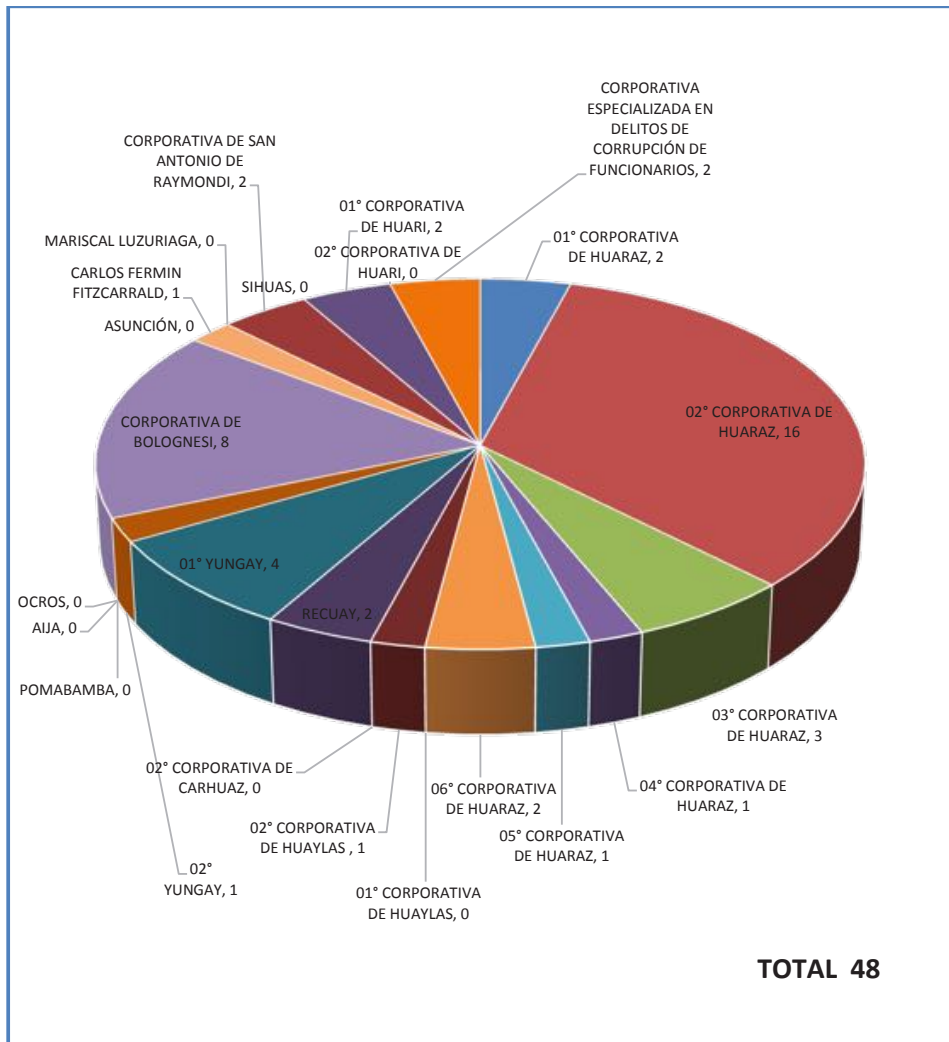


# ESTADÍSTICAS DE CRIMINALIDAD ORGANIZADA PROCESOS EN GIRO

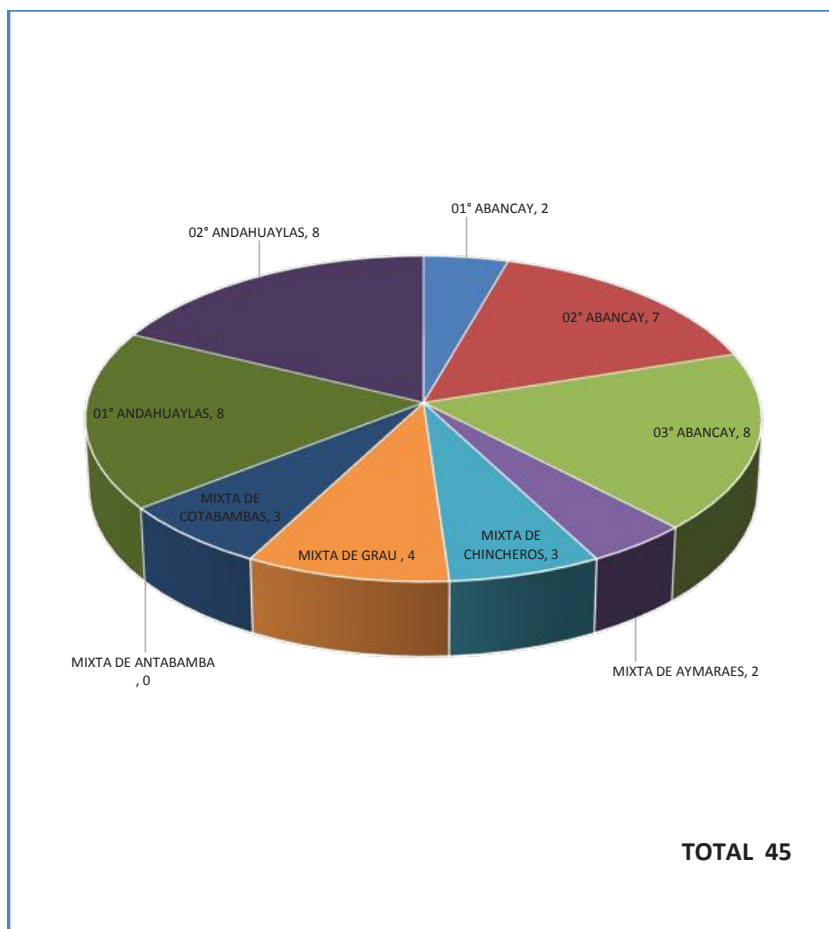
## AMAZONAS



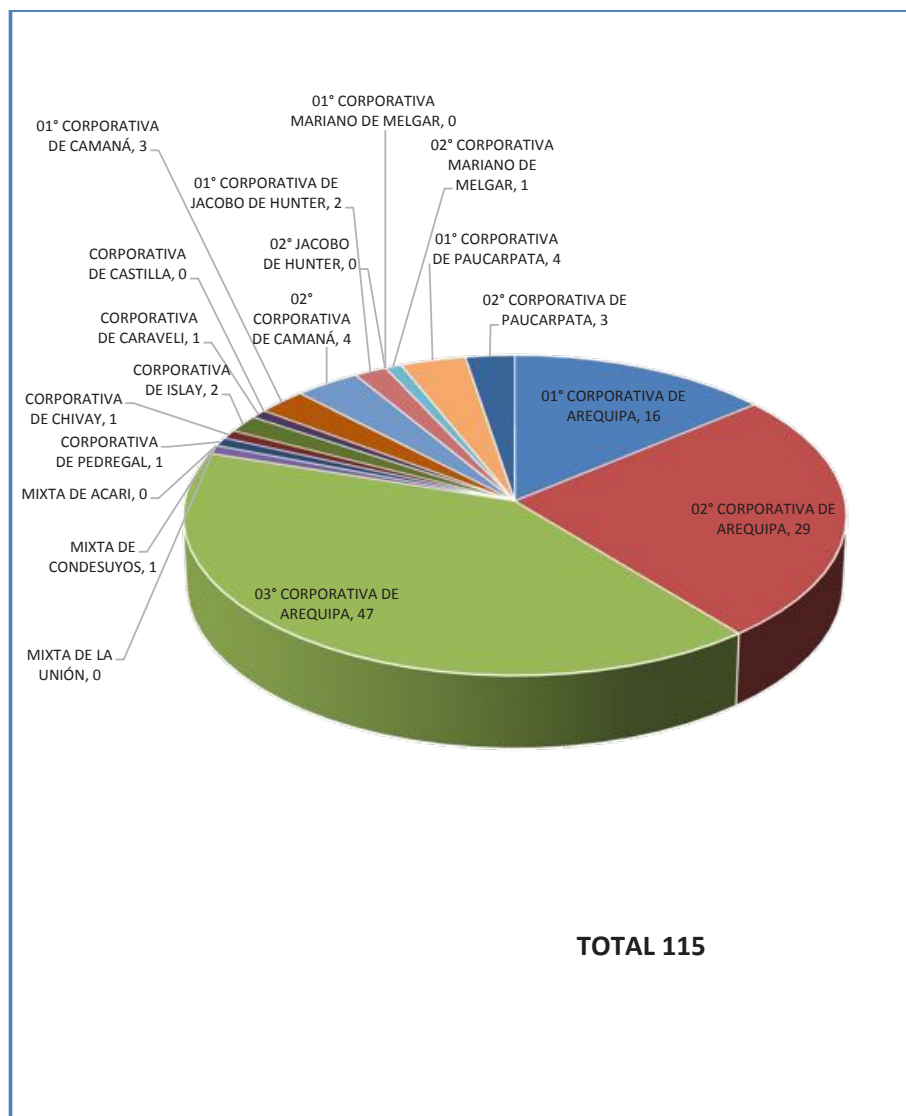
# ANCASH



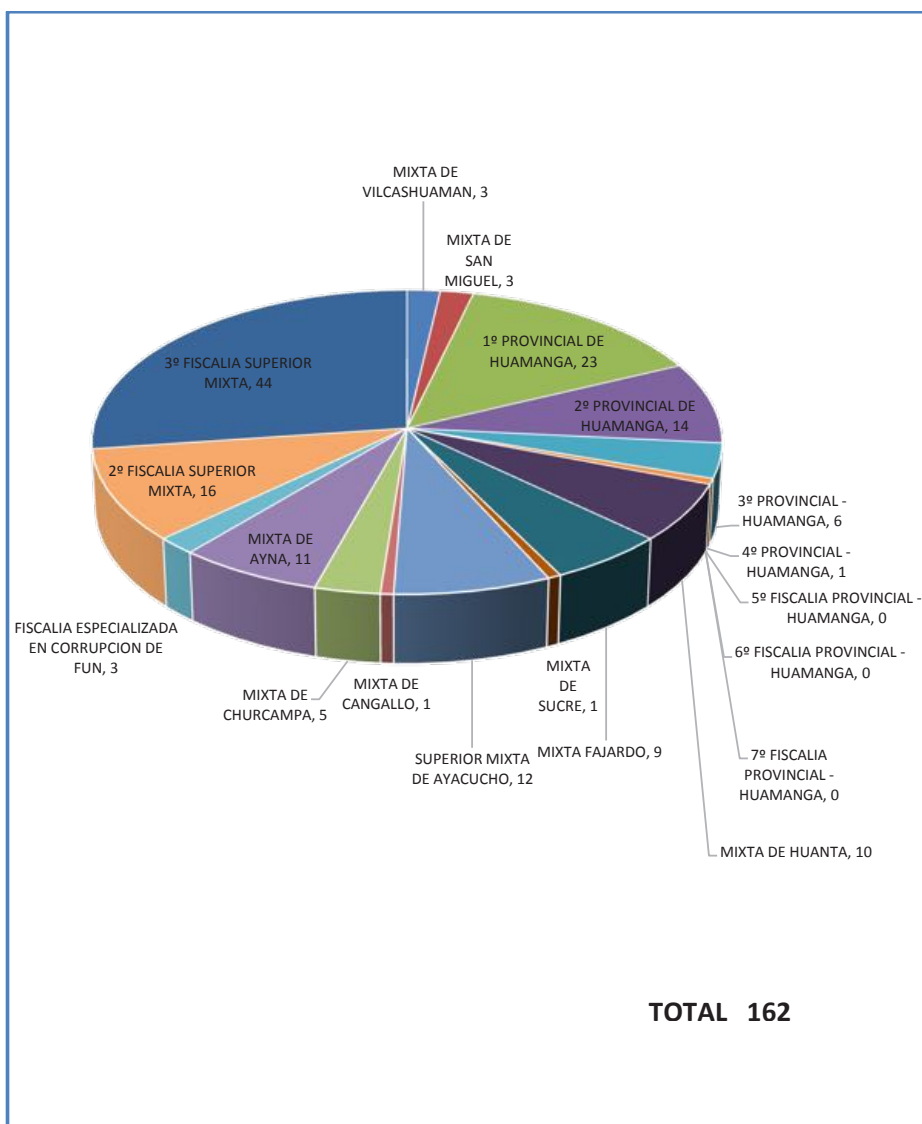
# APURÍMAC



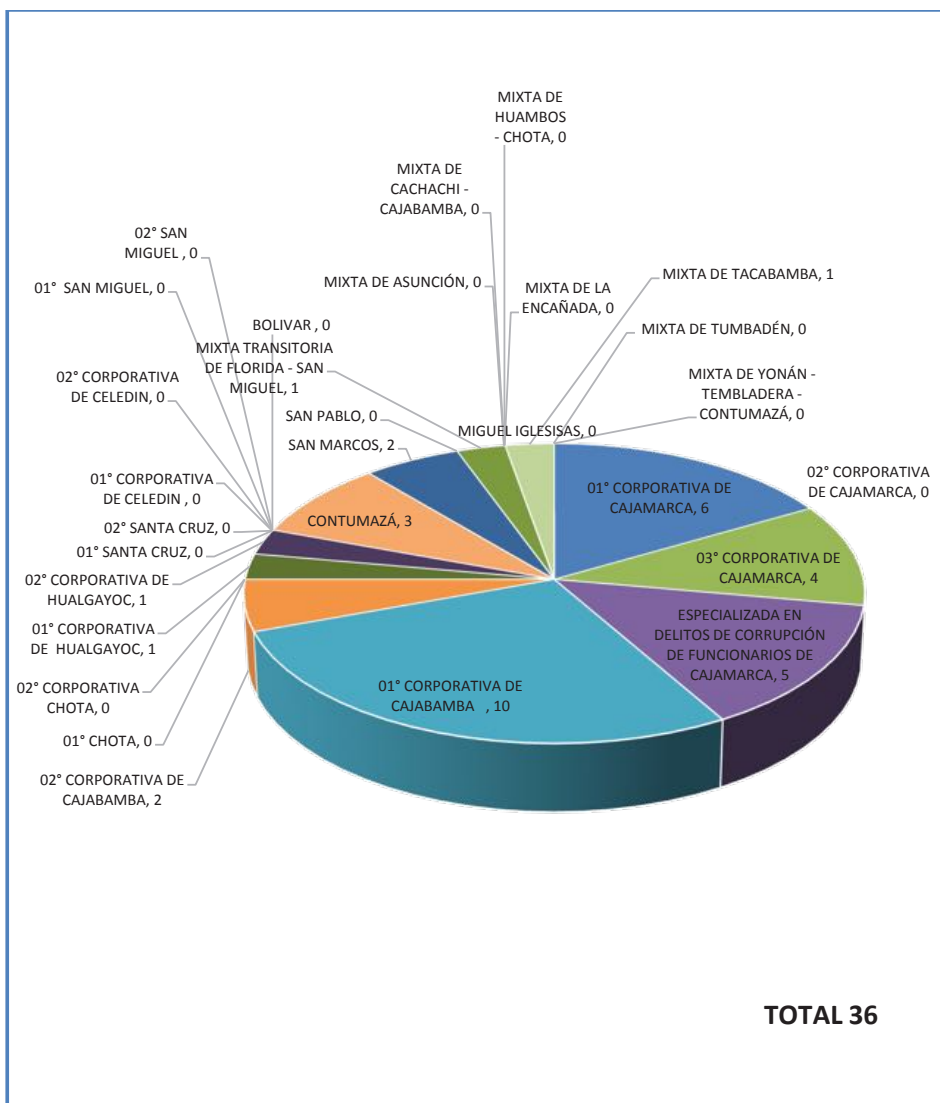
# AREQUIPA



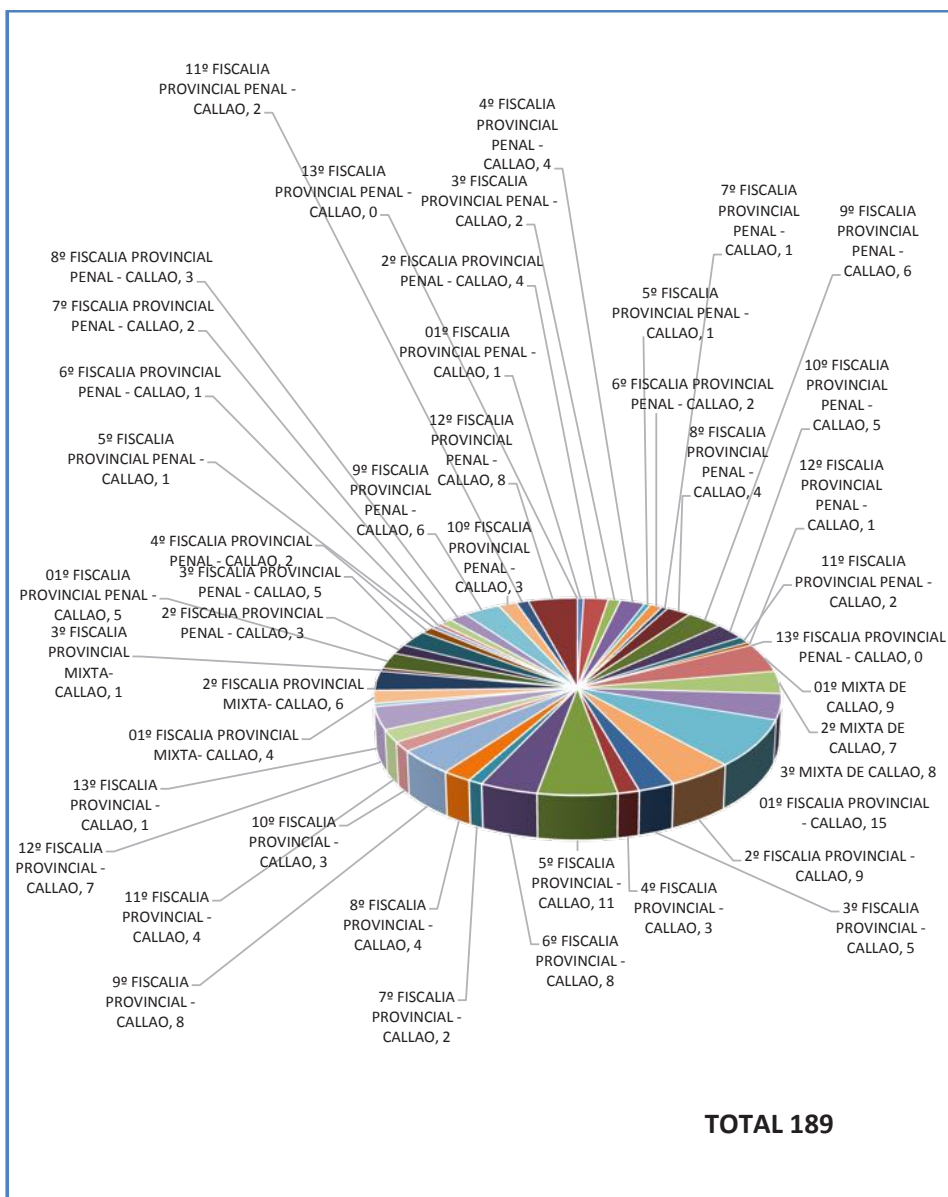
# AYACUCHO



# CAJAMARCA

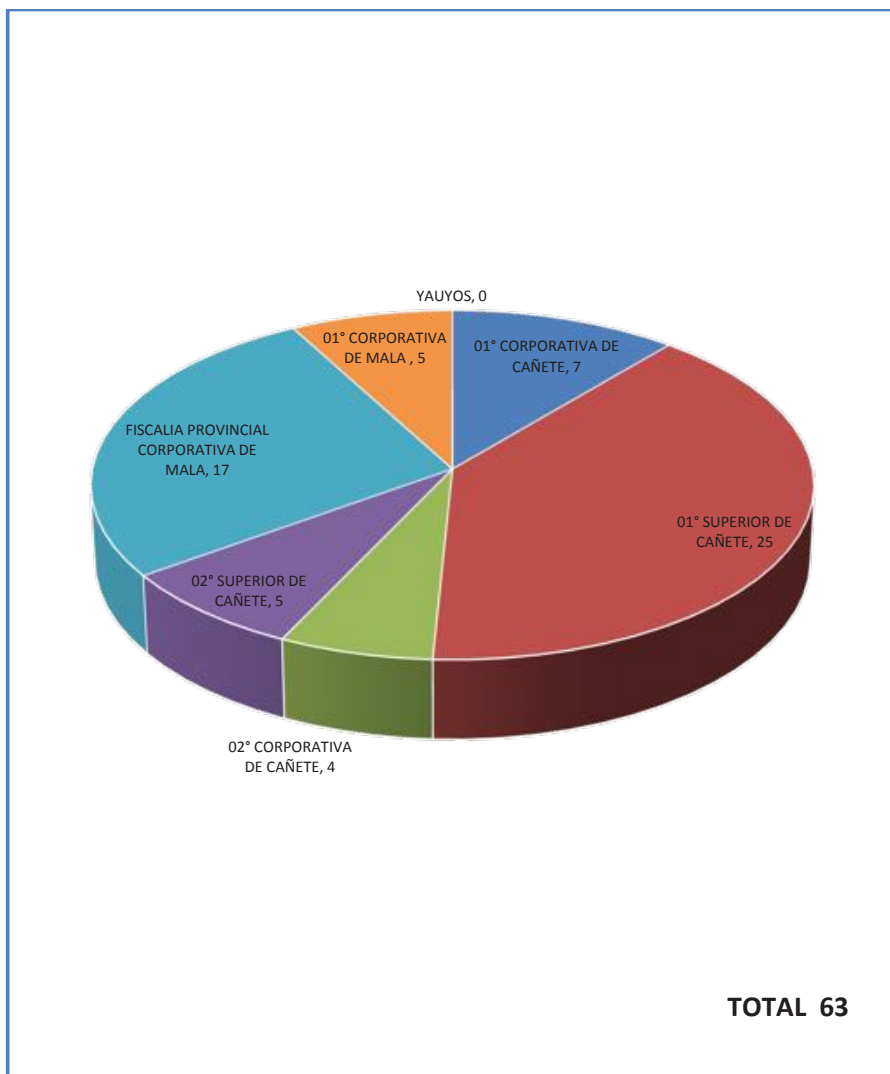


# CALLAO

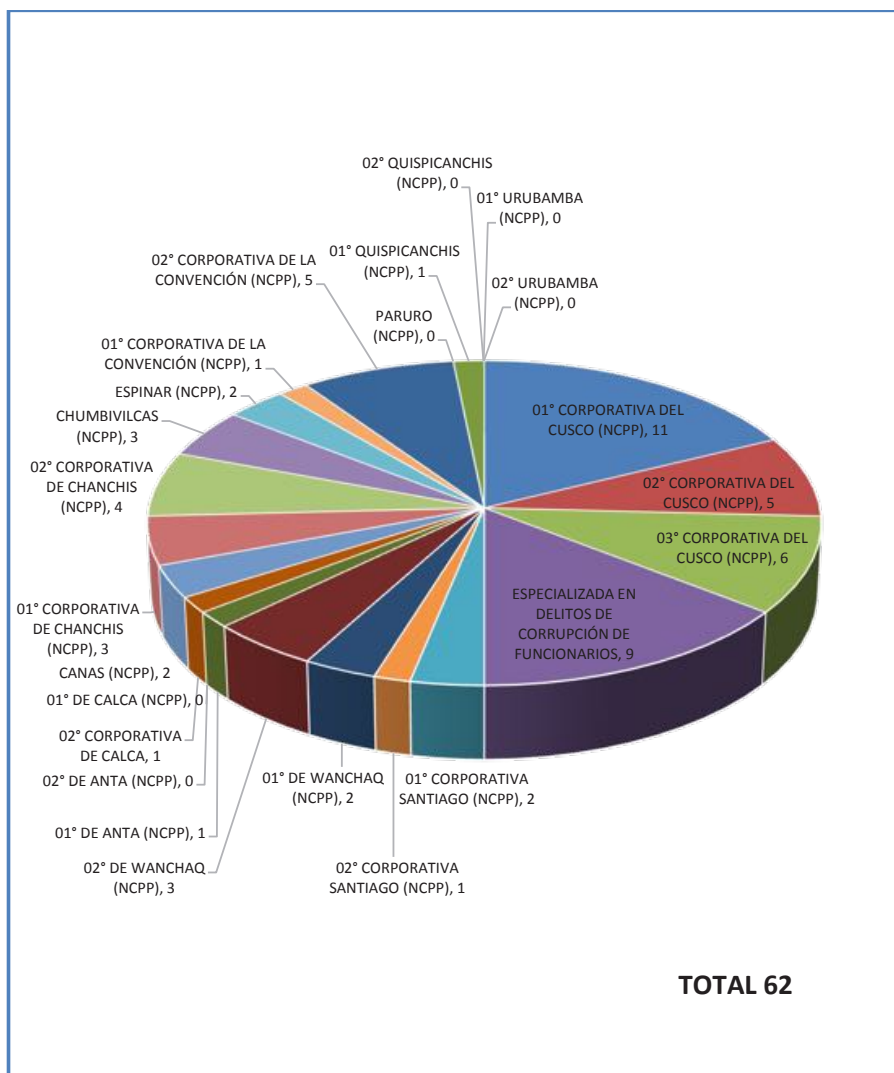




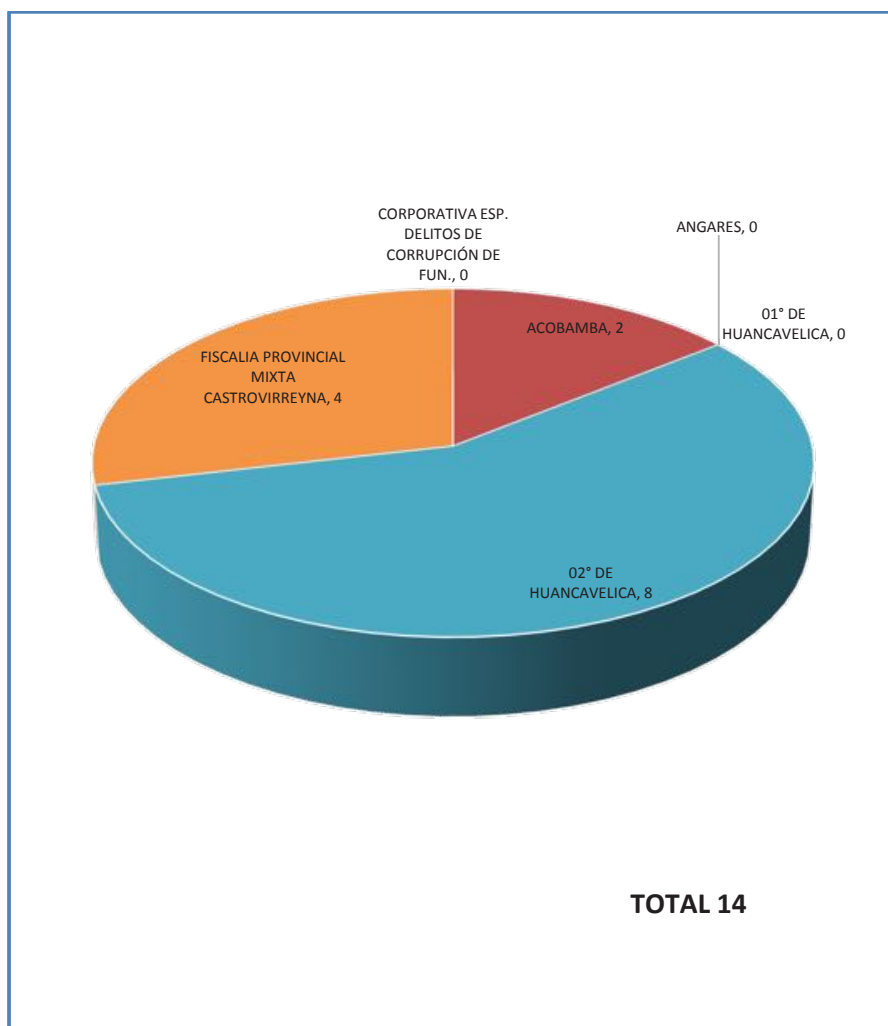
## CAÑETE



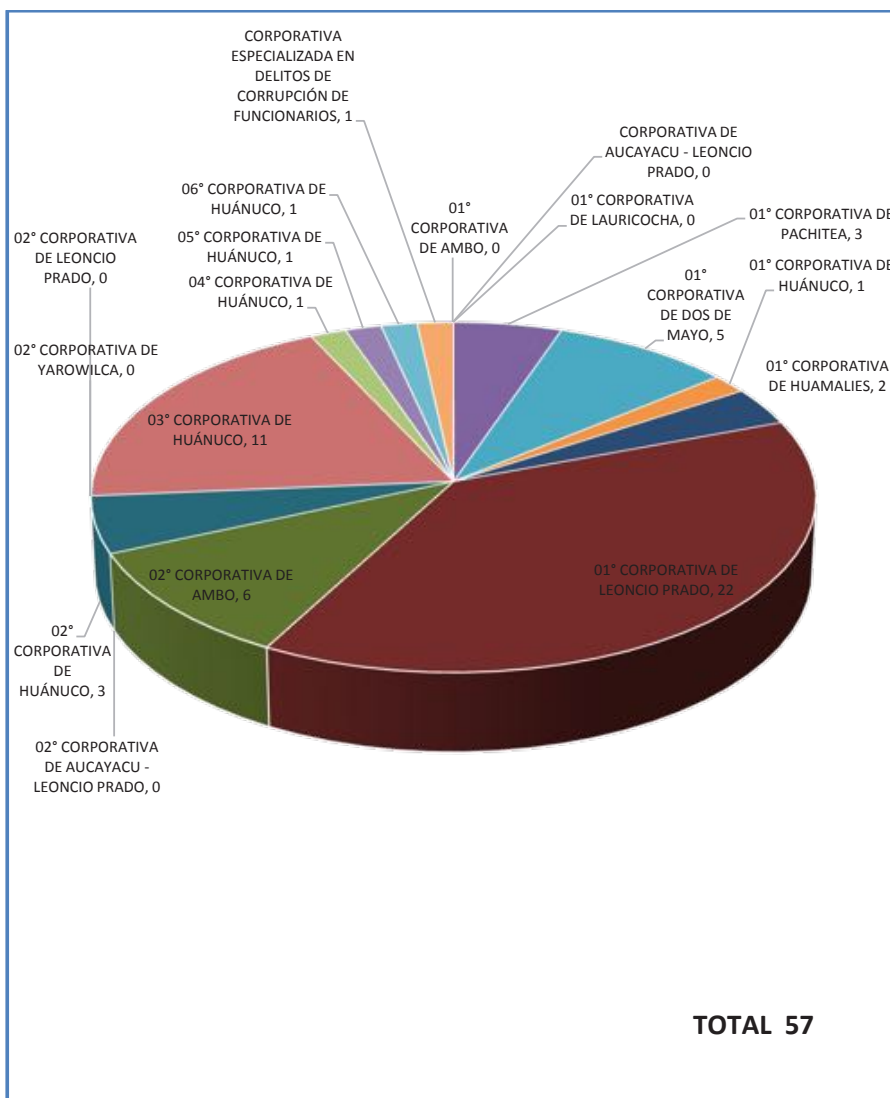
# CUSCO



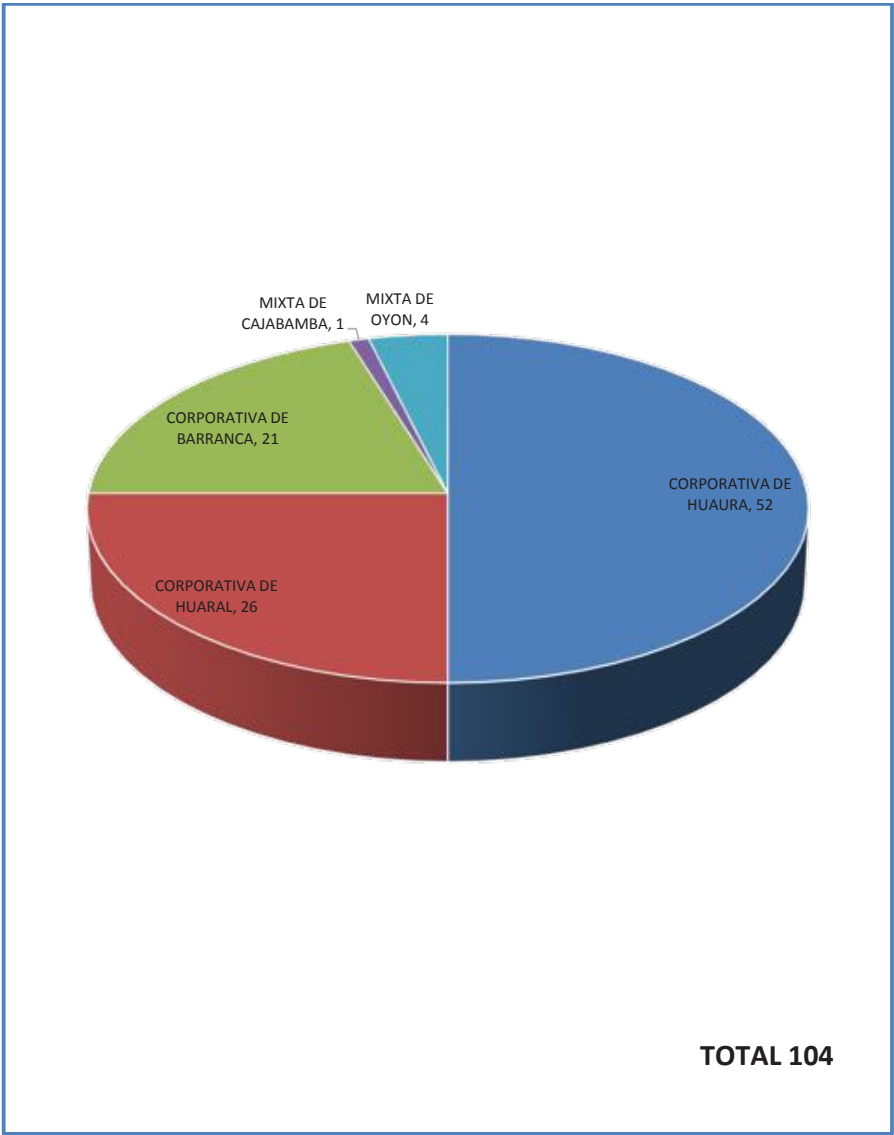
## HUANCAVELICA



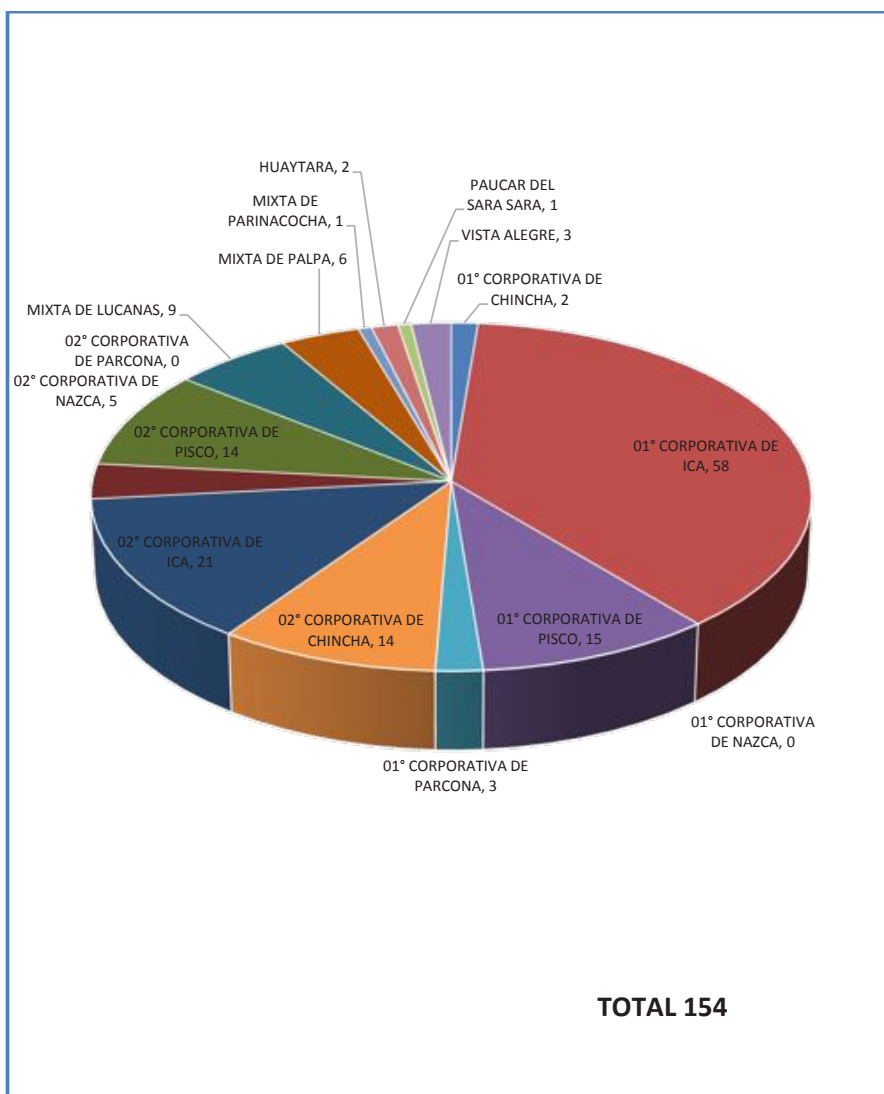
# HUÁNUCO



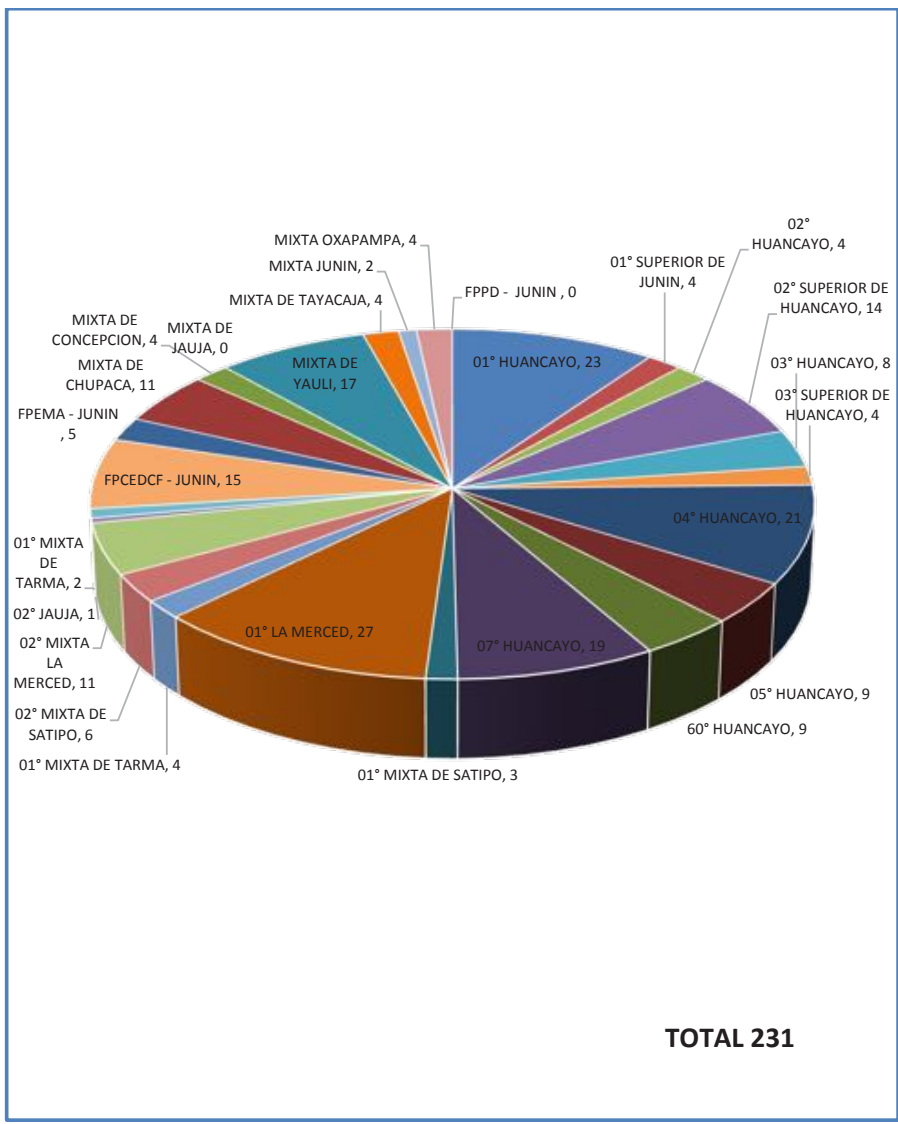
# HUAURA



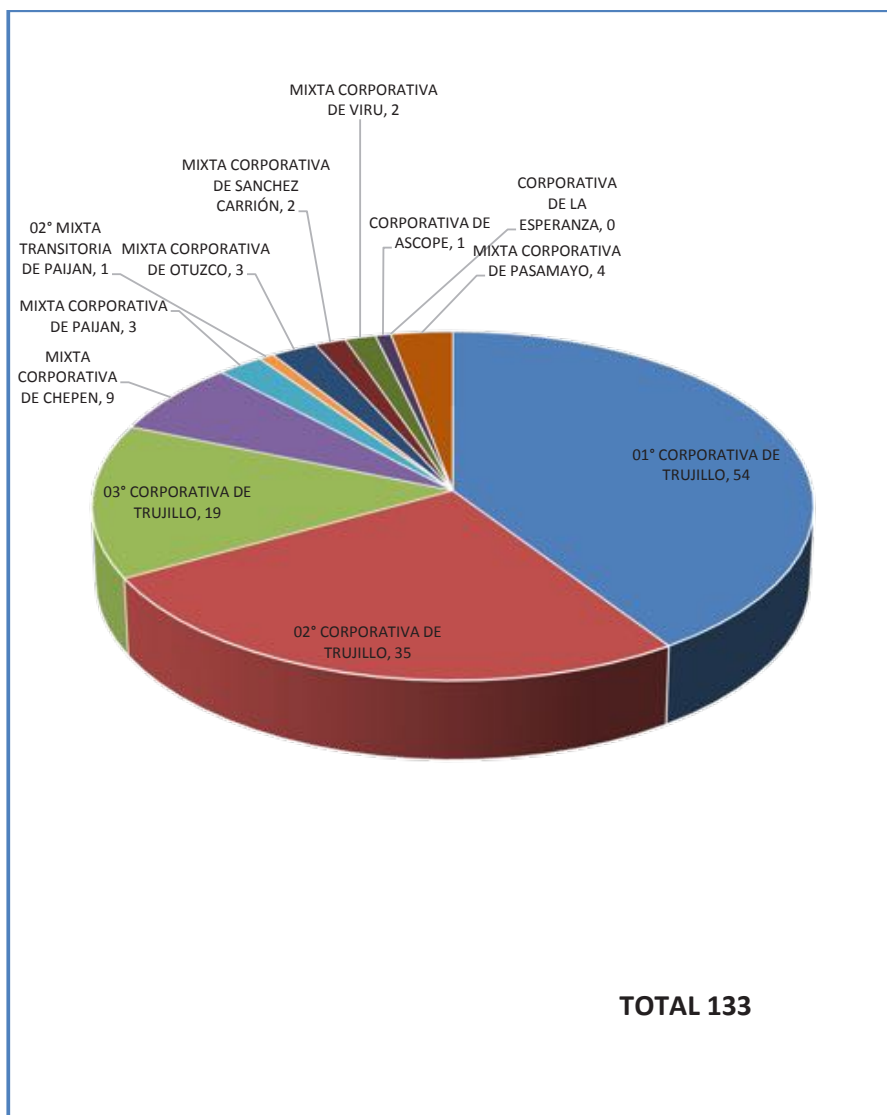
# ICA



# JUNIN



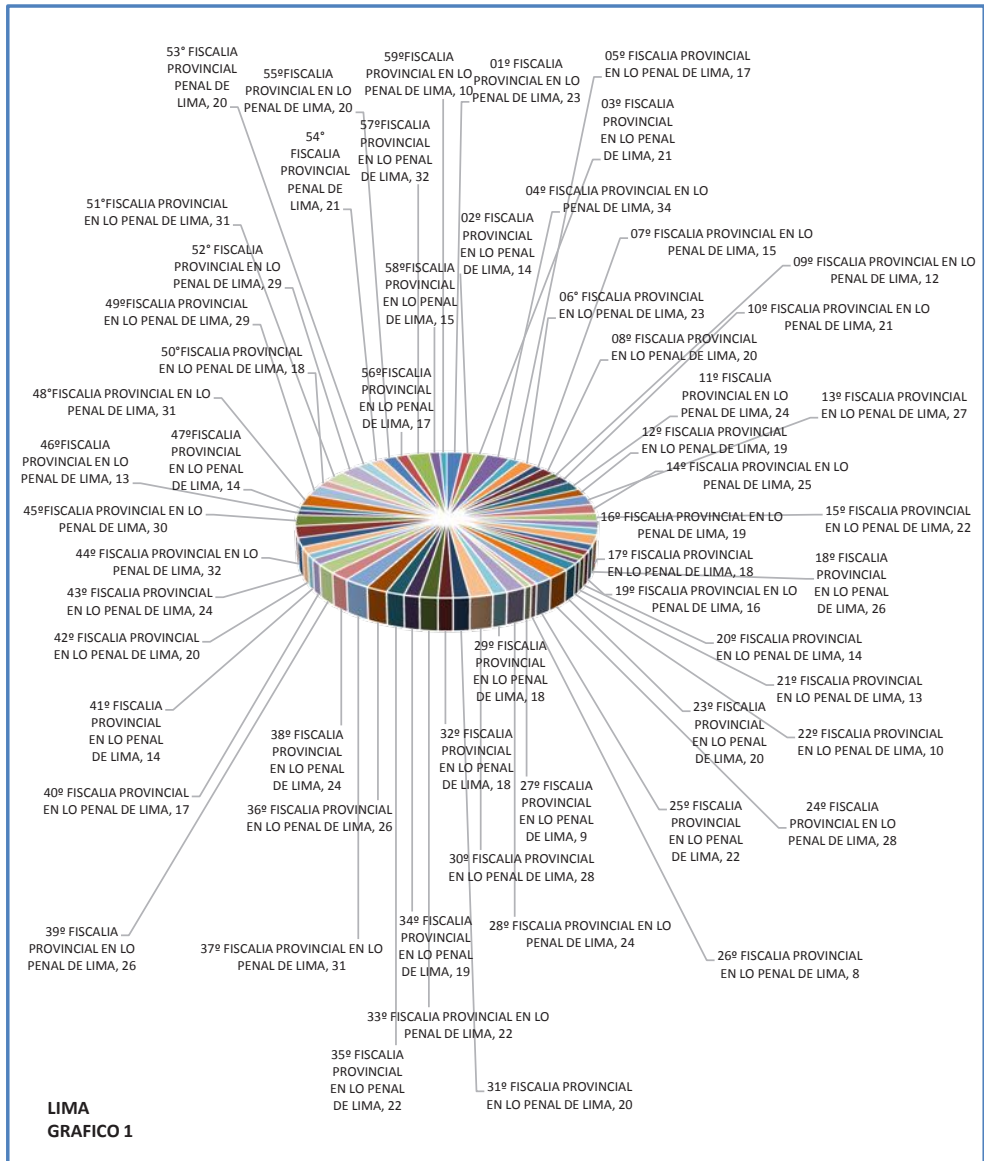
# LA LIBERTAD

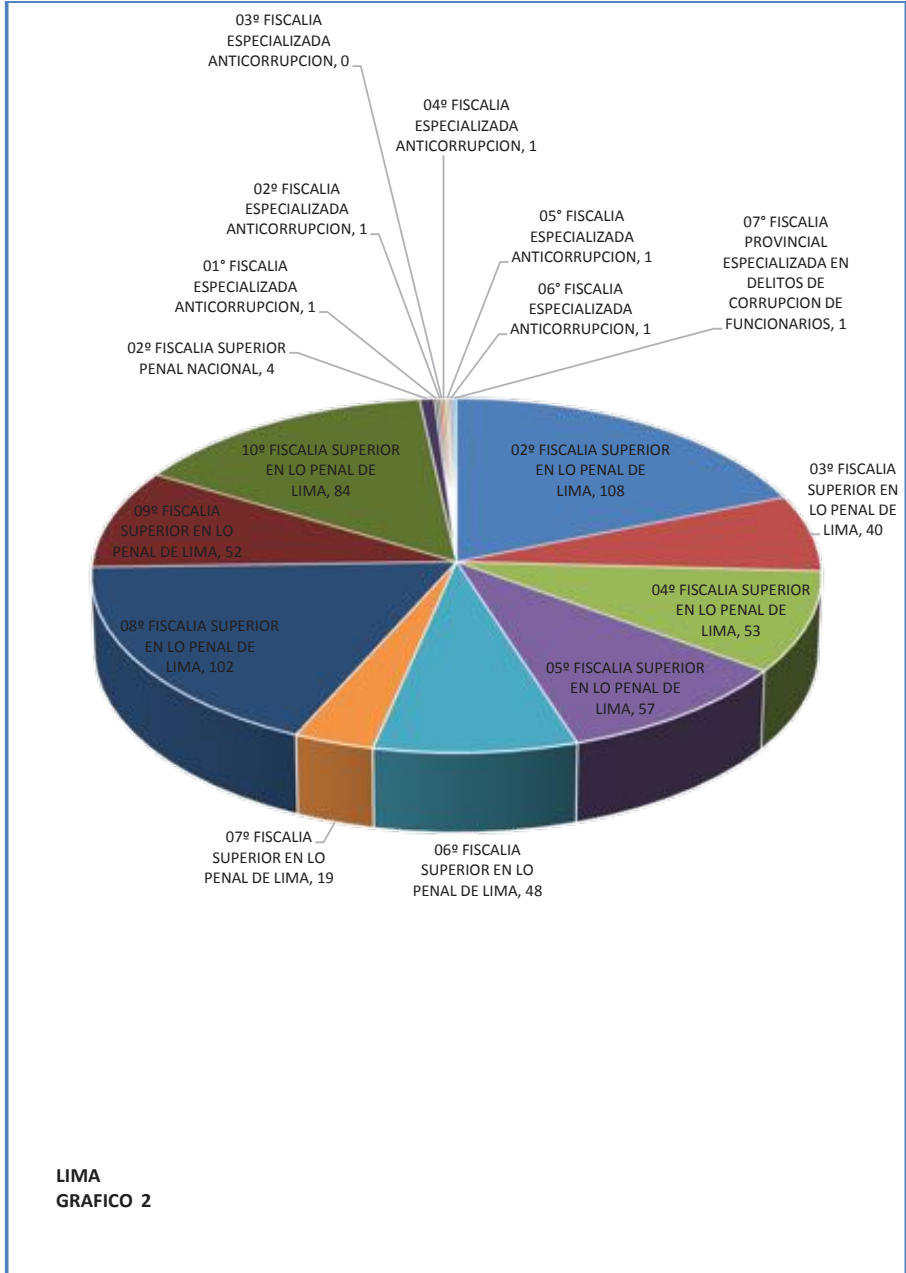


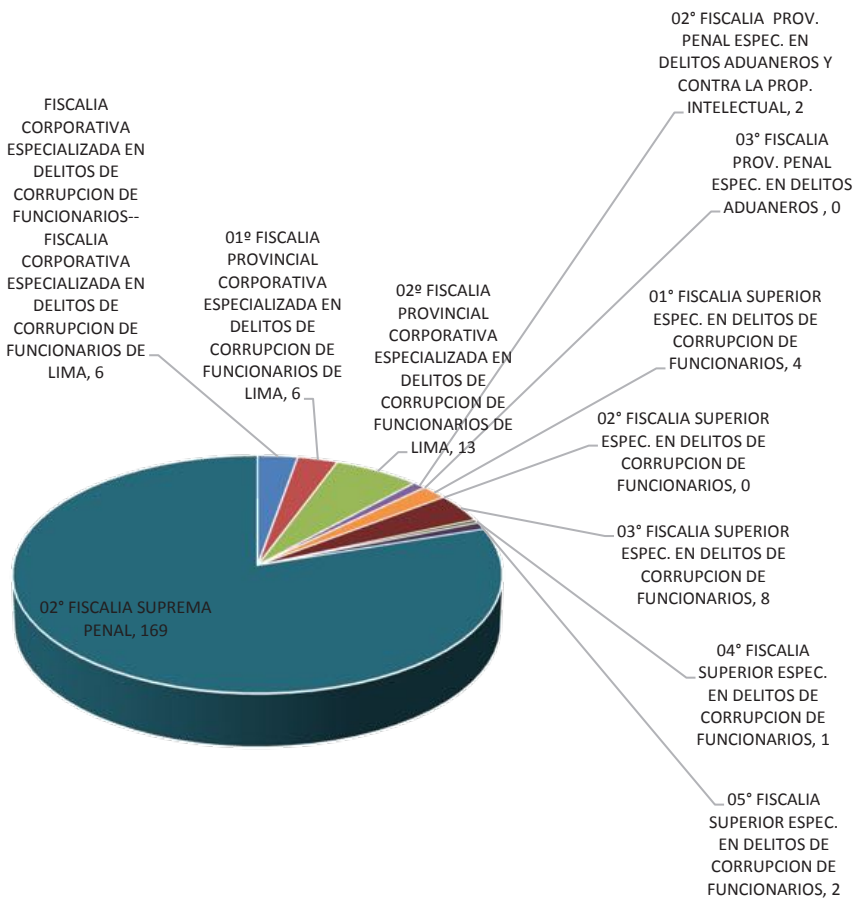




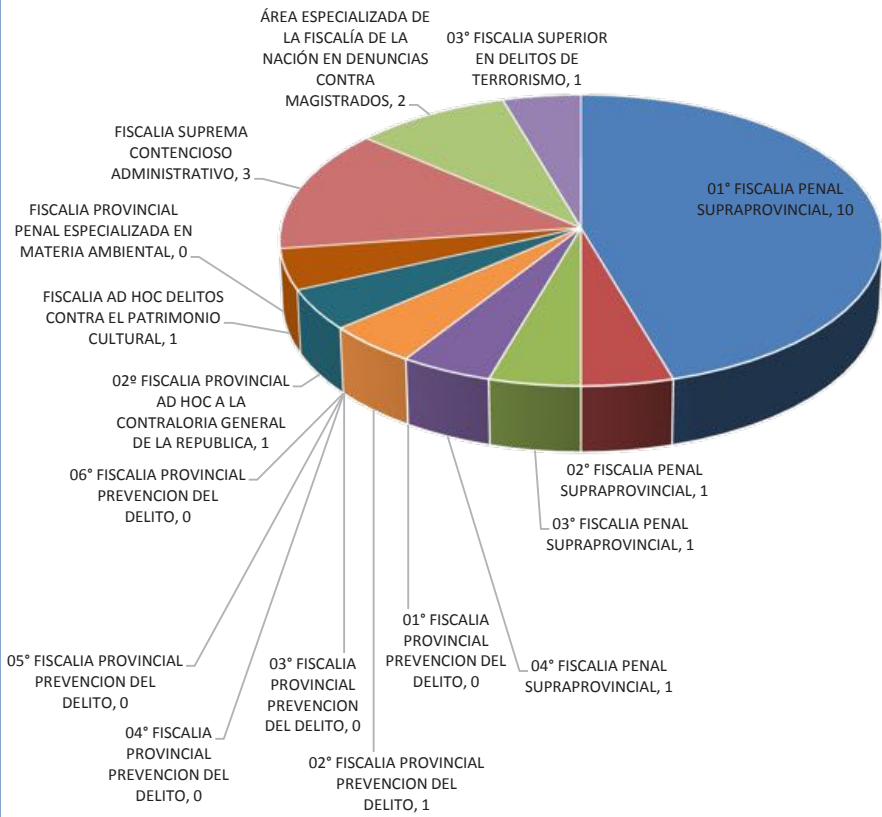
# LIMA







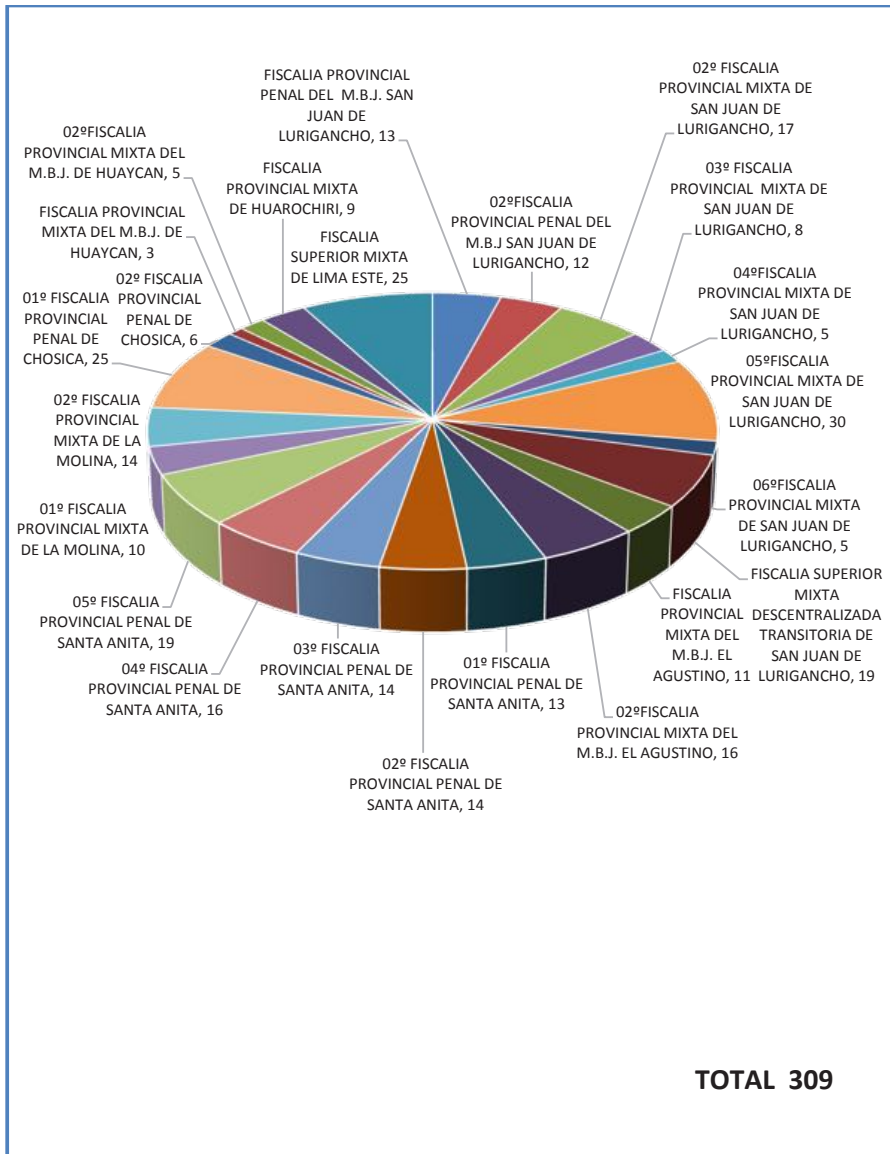
LIMA  
GRAFICO 3



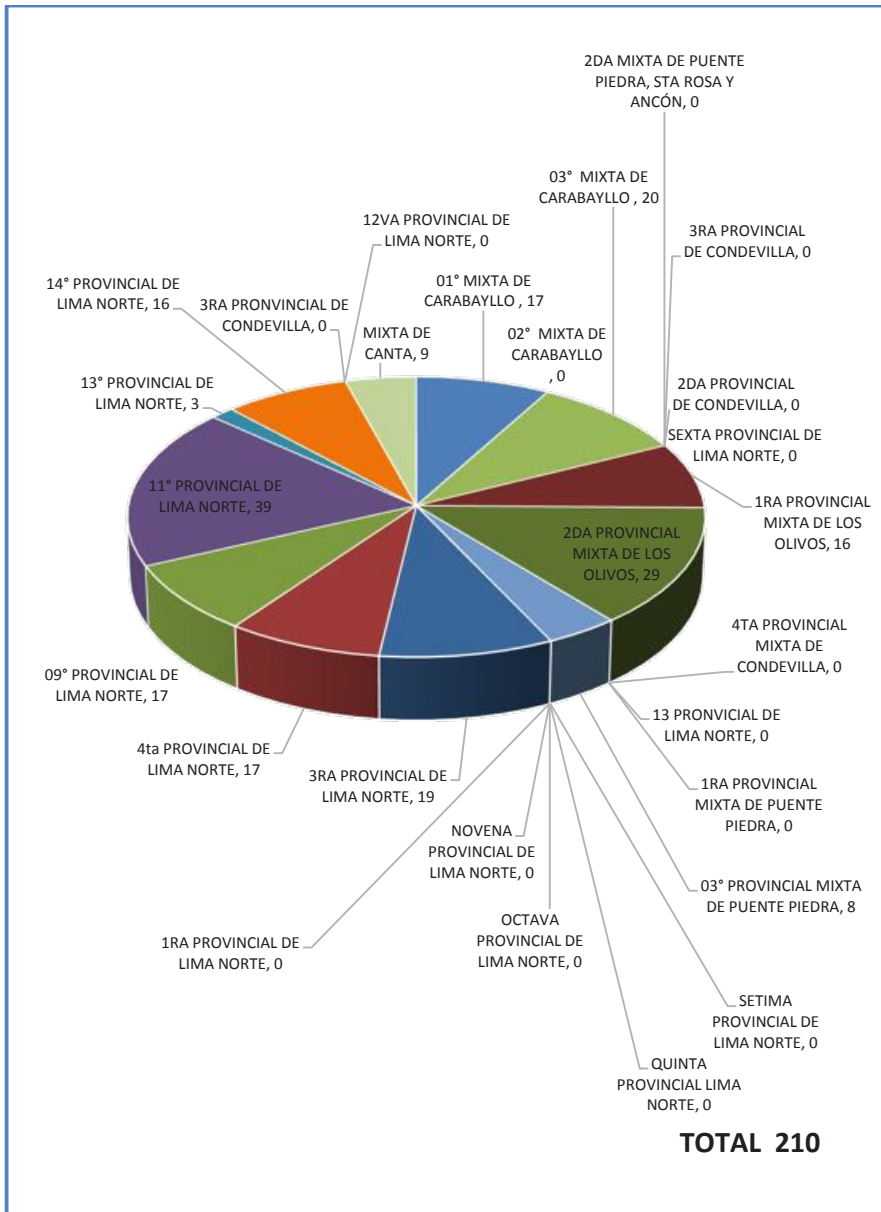
LIMA  
GRAFICO 4

TOTAL 2059

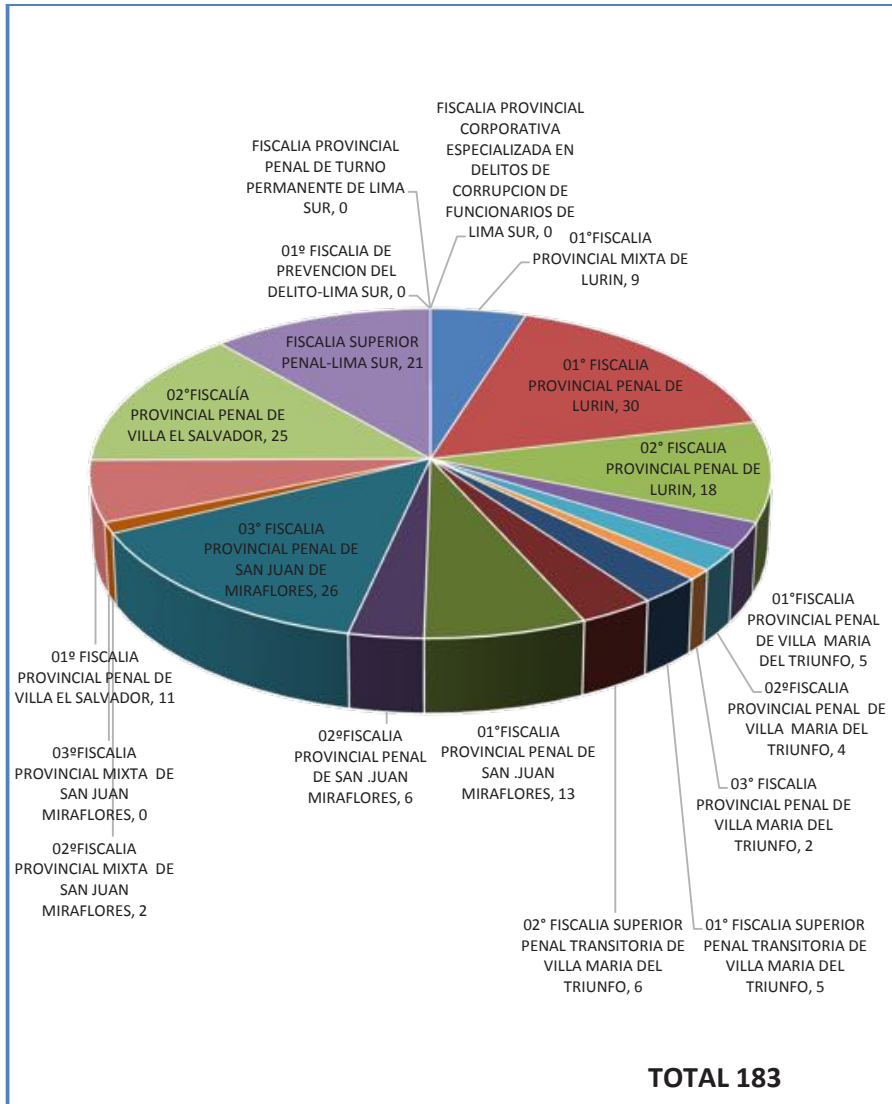
# LIMA ESTE



# LIMA NORTE

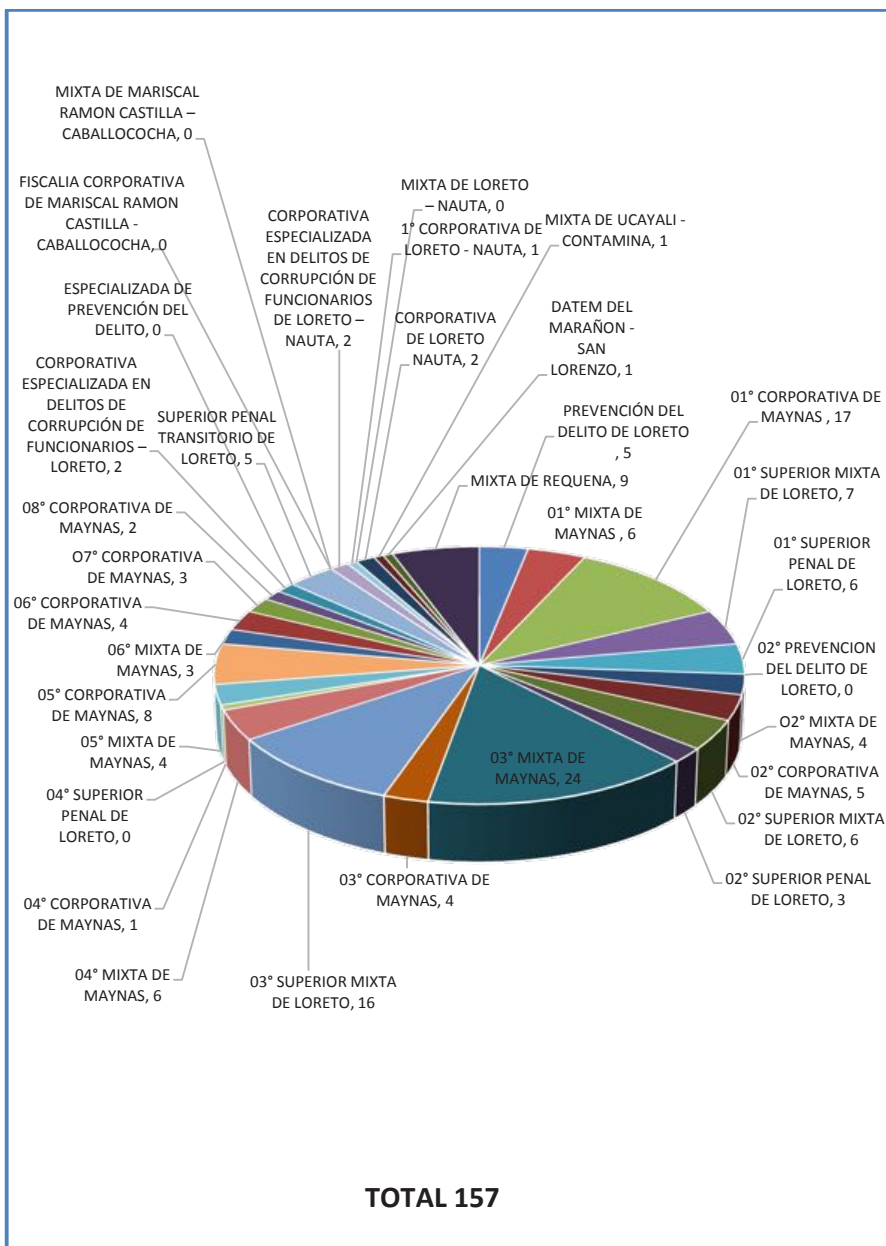


# LIMA SUR

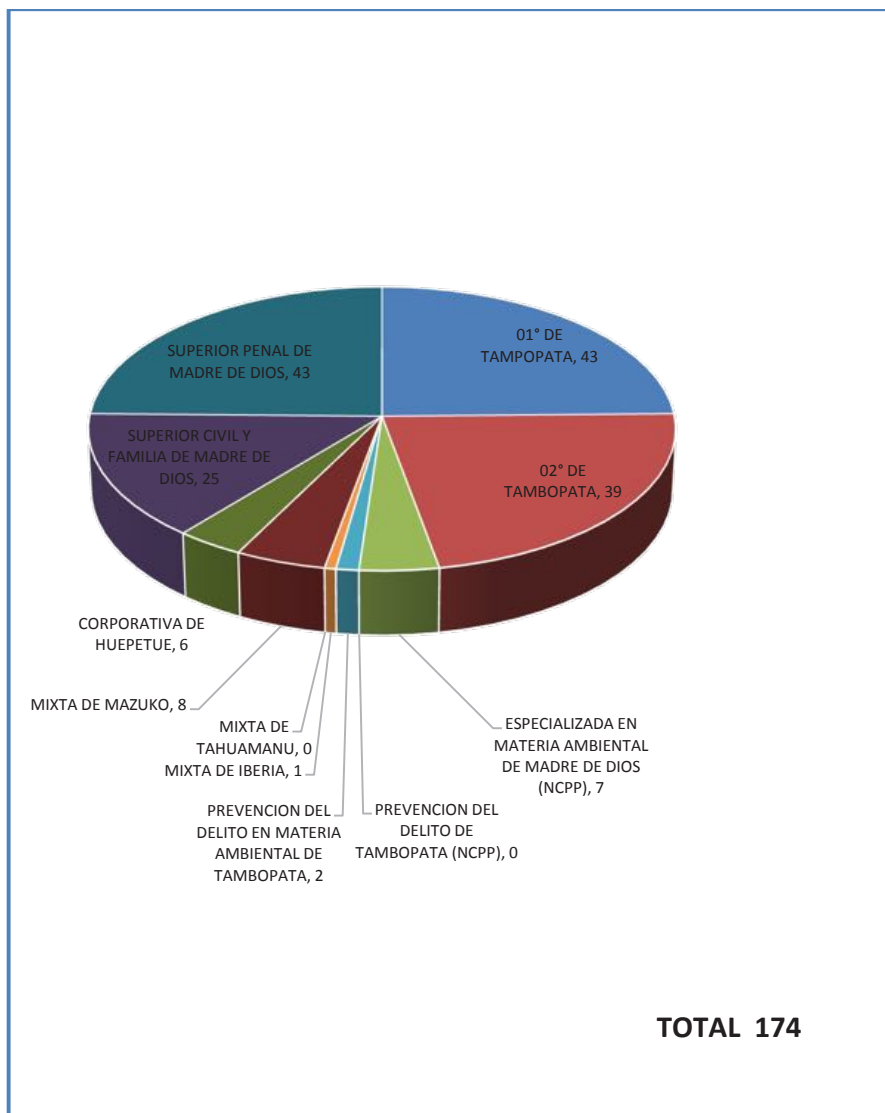




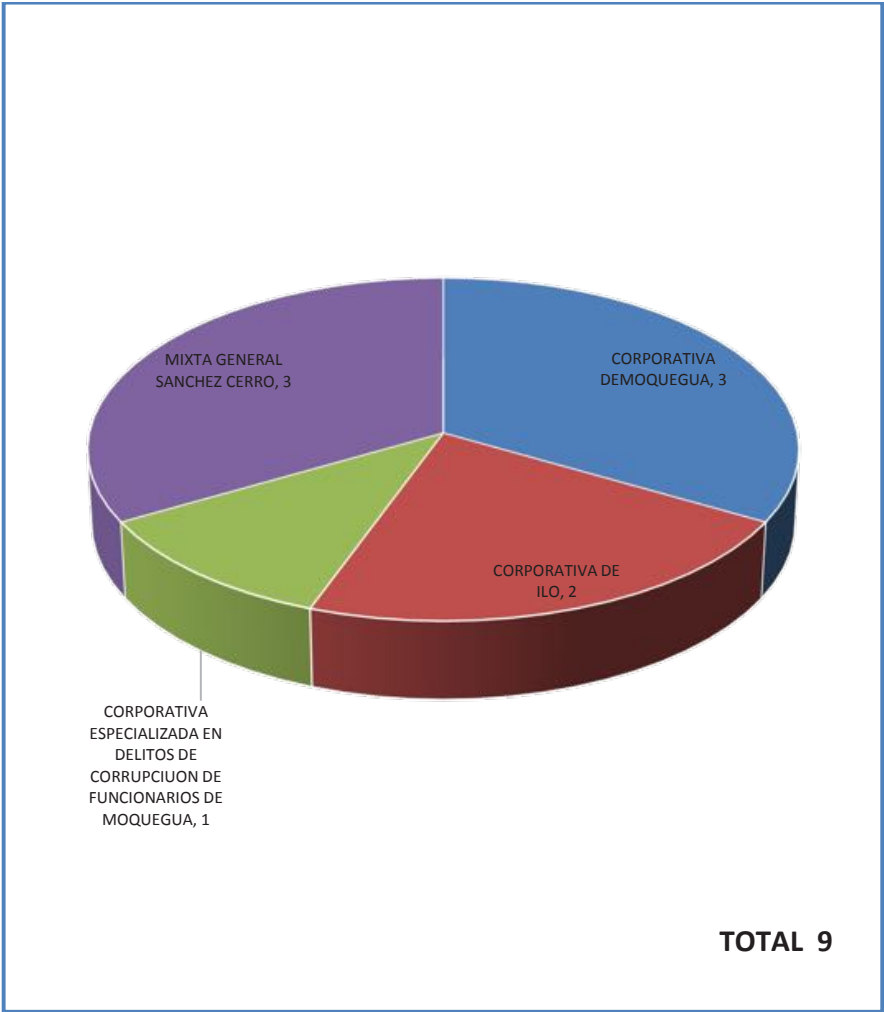
# LORETO



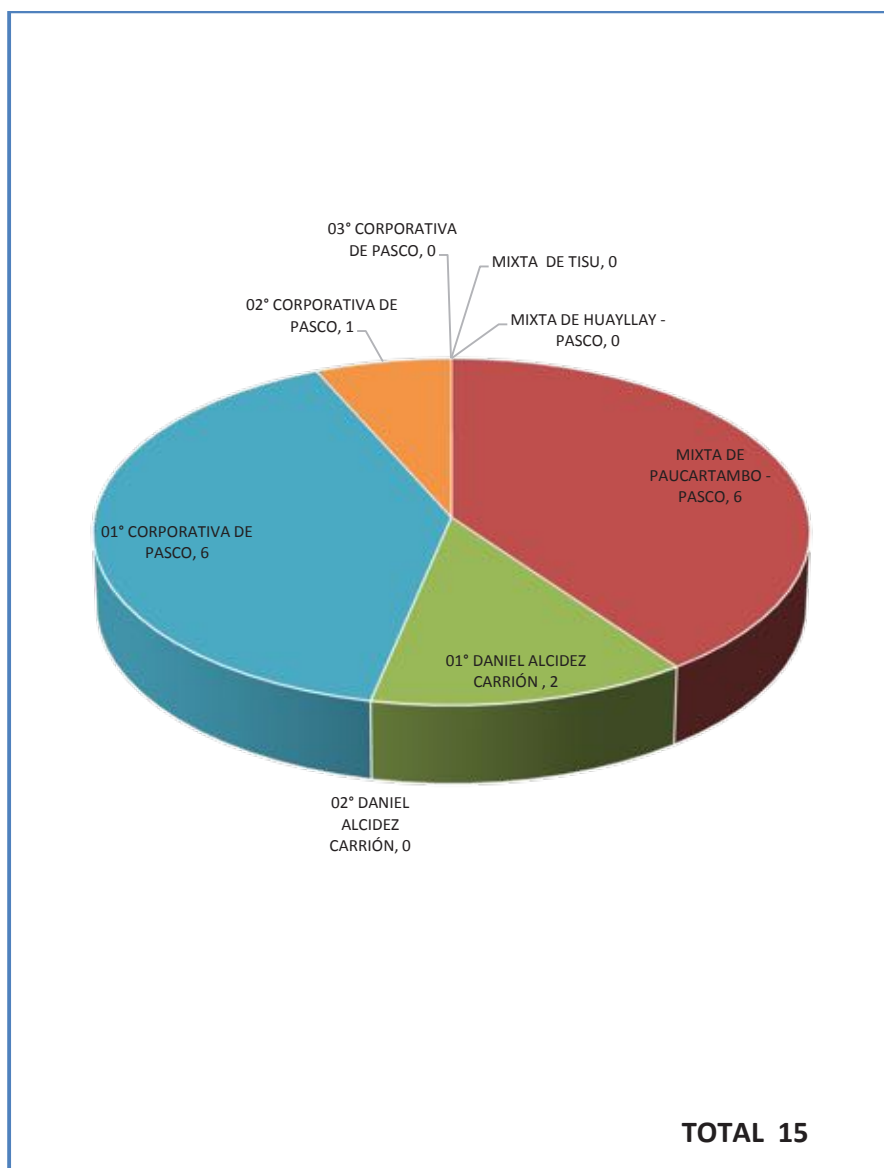
# MADRE DE DIOS



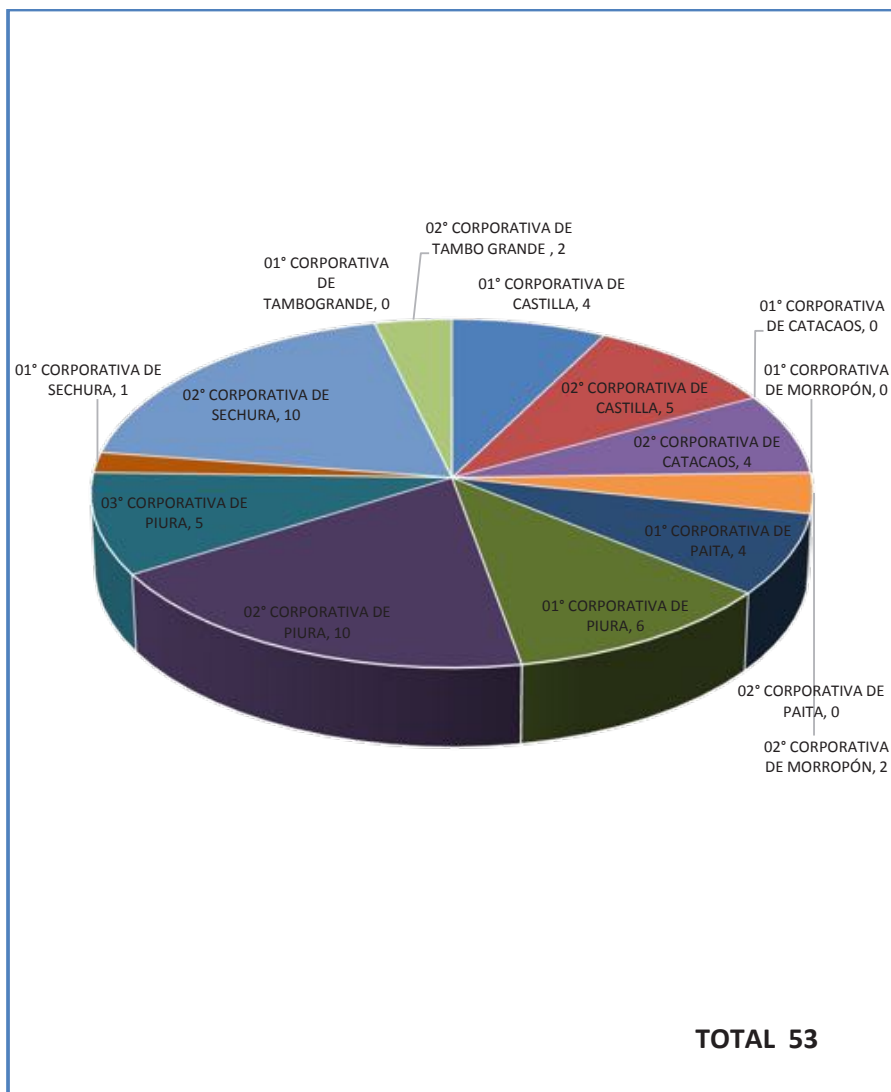
# MOQUEGUA



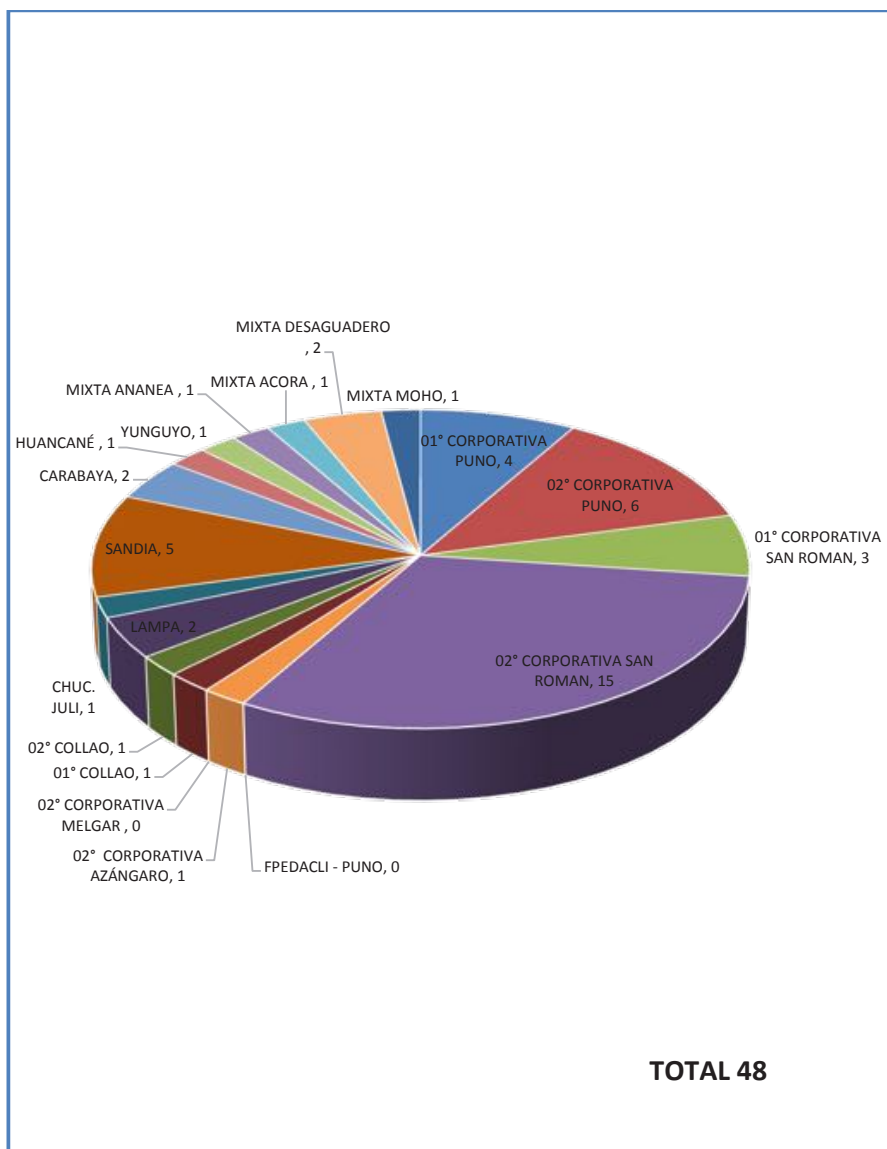
# PASCO



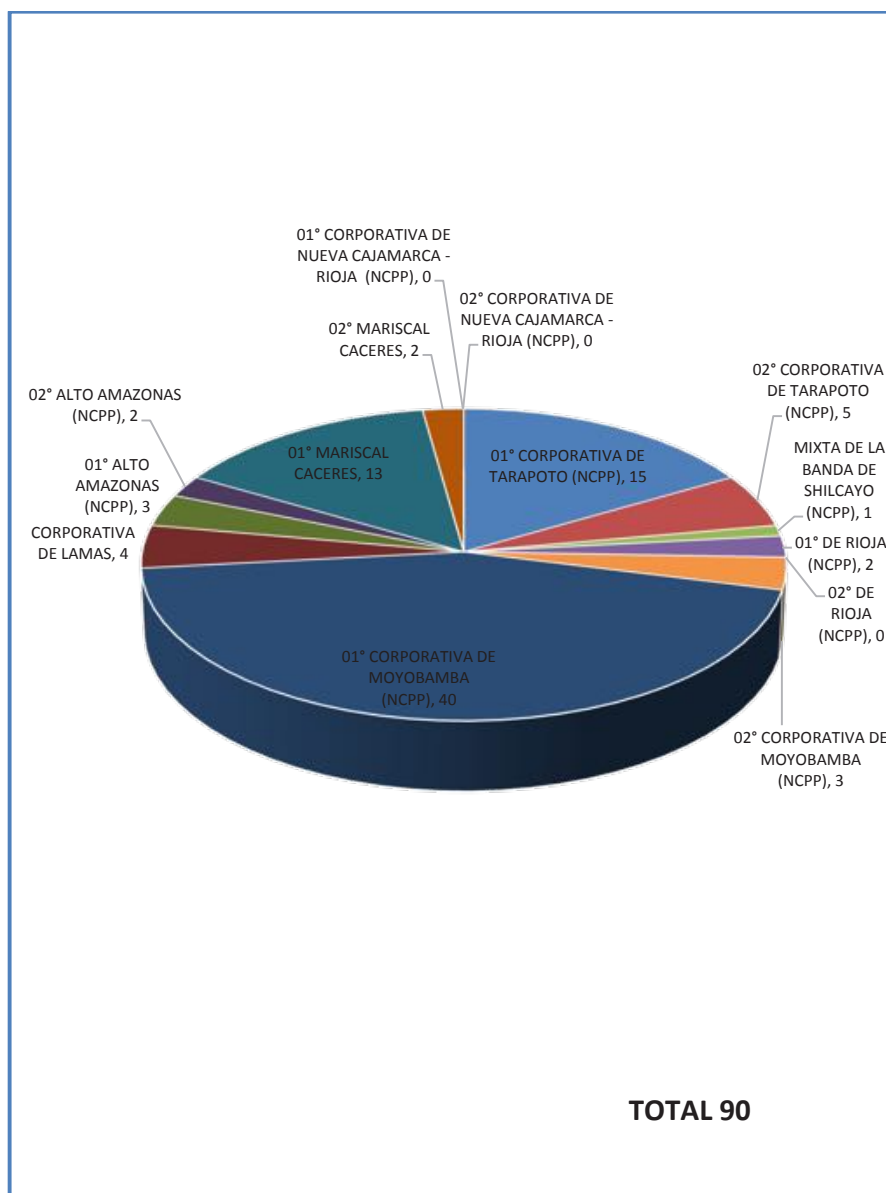
# PIURA



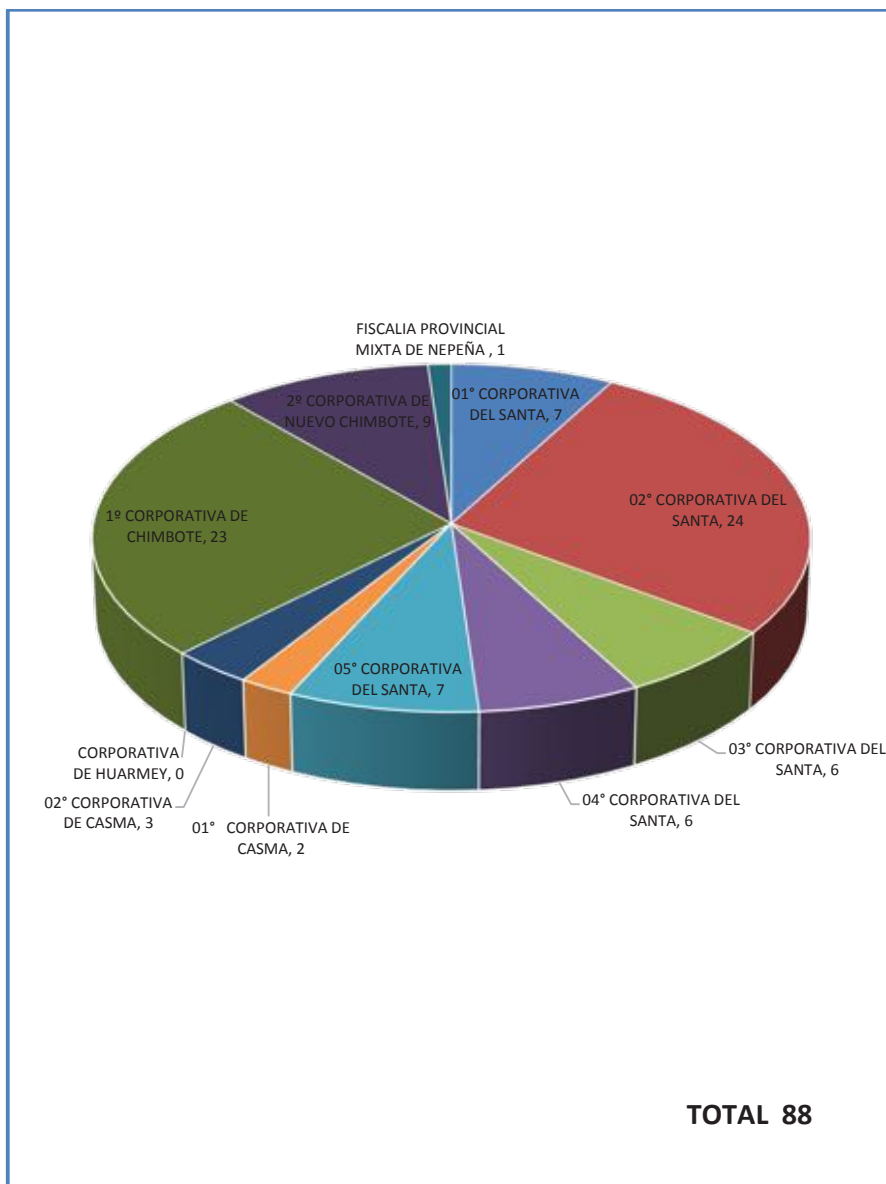
# PUNO



# SAN MARTÍN

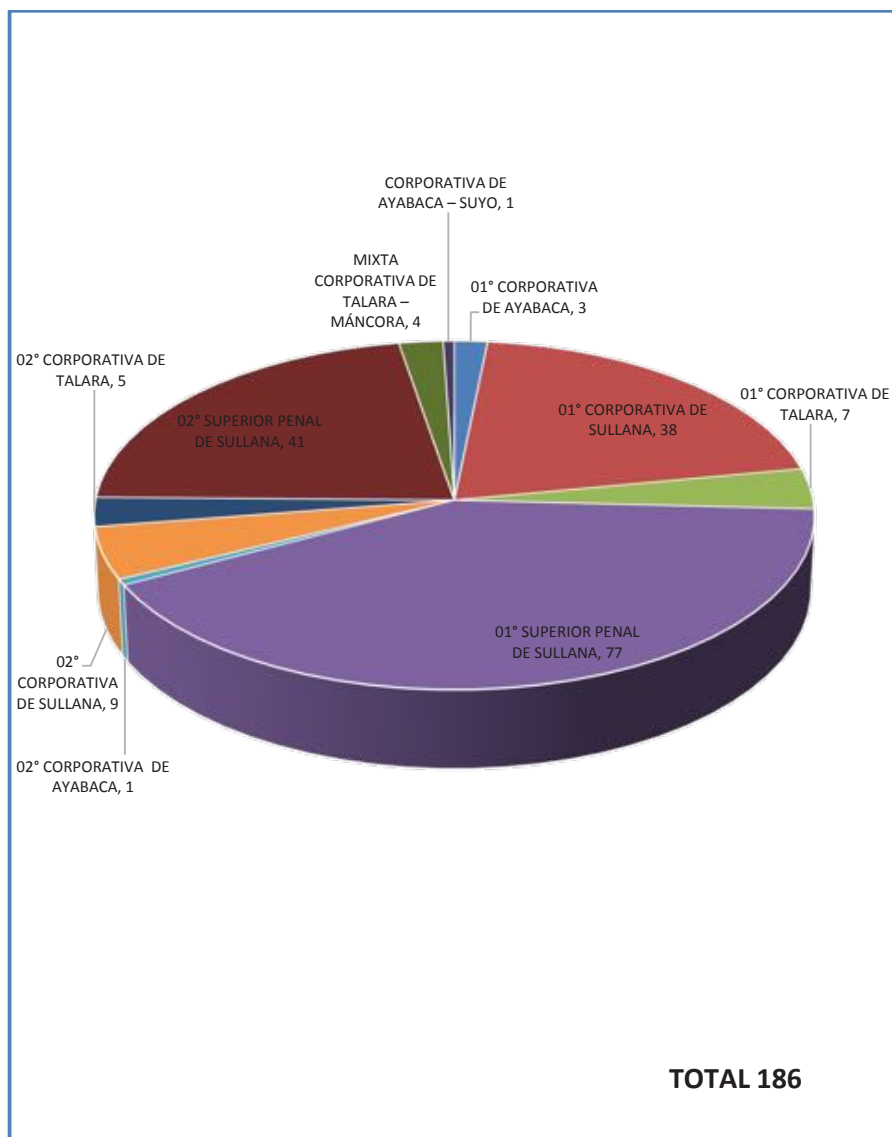


# DEL SANTA

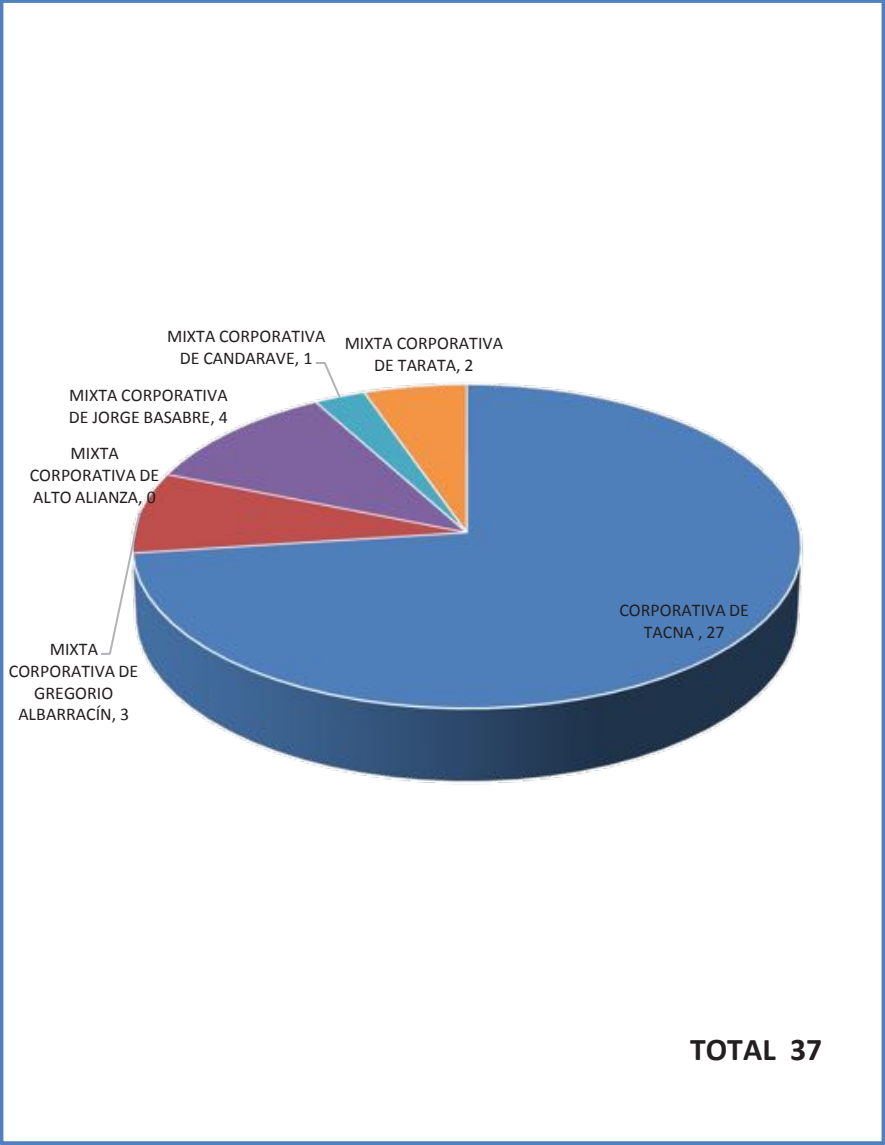




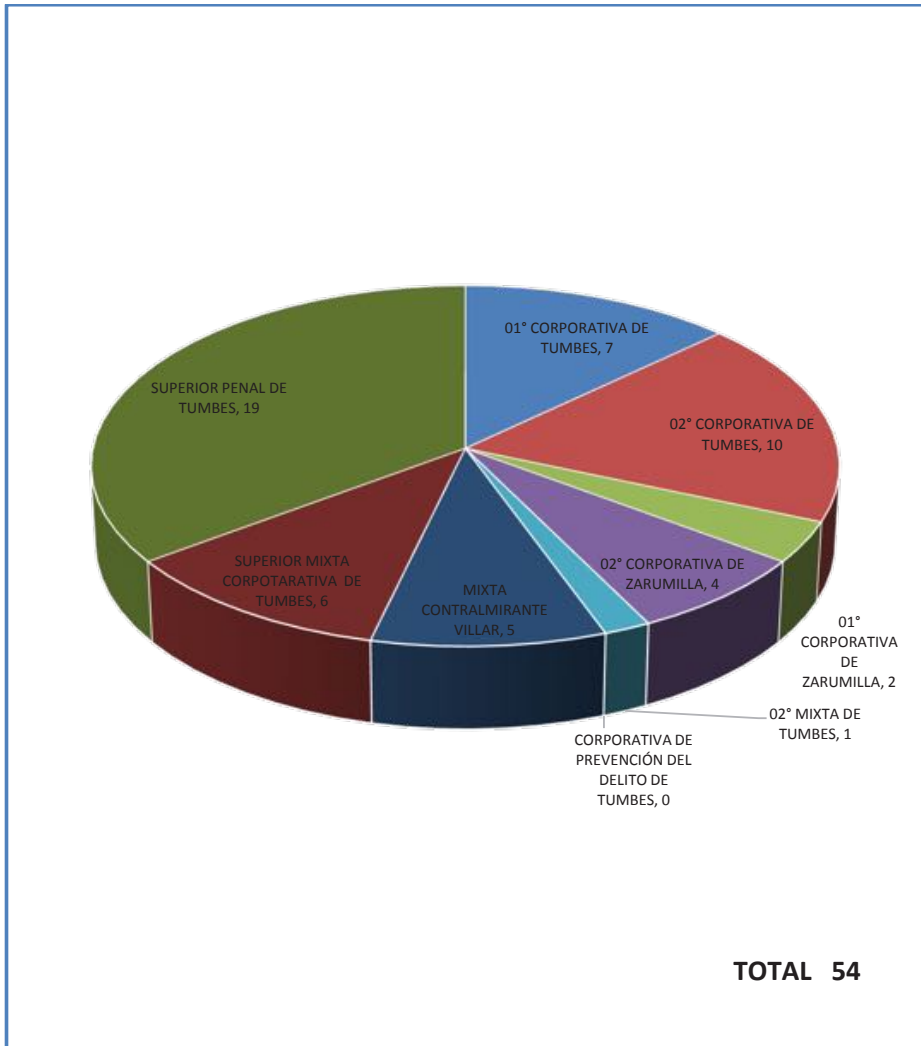
# SULLANA



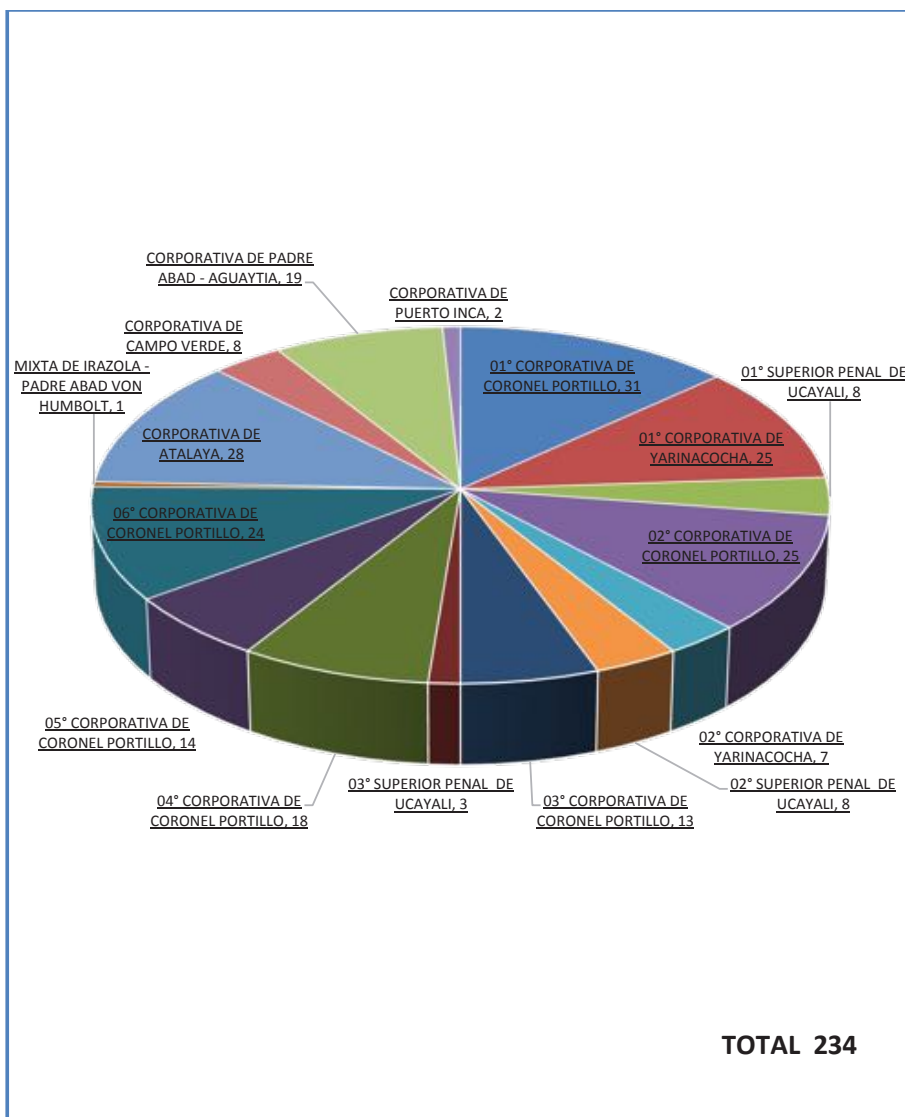
# TACNA



# TUMBES



# UCAYALI





Este libro se terminó de imprimir  
en los Talleres Gráficos de la Universidad Alas Peruanas  
Los Gorriones 264 Chorrillos  
Lima –Perú 2015



Este trabajo aborda una de las principales manifestaciones de la criminalidad organizada: la corrupción, tanto en el ámbito público como en el privado. Los temas han sido desarrollados por los distinguidos juristas españoles Juan Carlos Ferré Olivé, Laura Zúñiga Rodríguez y Adán Nieto Martín. Complementan esta interesante información los jurisperitos peruanos Víctor Prado Saldarriaga, Roger Armando Ponce Colque y el doctor Juan Carlos Portocarrero Zamora, quien aparte de ser autor de dos interesantes artículos es el coordinador de esta obra.

Completan el presente compendio la transcripción literal de la Convención de Palermo, la Ley N° 30077-Ley Contra el Crimen Organizado, y las Estadísticas sobre Casos Judicializados por el Delito de Asociación Ilícita para Delinquir, lo cual contribuirá decididamente a que este compendio se convierta en una utilísima herramienta para la sociedad civil y los operadores del sistema de justicia, brindándoles la información necesaria que ha logrado recopilar la Procuraduría Pública Especializada en Delitos contra el Orden Público.



ISBN: 978-612-4097-97-3



9 786124 097973