CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

XI PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE, TRANSITORIA Y ESPECIAL

ACUERDO PLENARIO N° 08-2019/CIJ-116

***Base legal*: Artículo 116 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial**

***Asunto*: Diferencias hermenéuticas entre organización criminal, banda criminal y delitos cometidos por integrantes de una organización criminal**

Lima, diez de septiembre de dos mil diecinueve

Los jueces supremos de lo Penal, integrantes de las salas penales Permanente, Transitoria y Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidos en Pleno Jurisdiccional, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, han pronunciado el siguiente:

ACUERDO PLENARIO

I. ANTECEDENTES

1.° Las salas penales Permanentes, Transitoria y Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República, en virtud de la Resolución Administrativa 120-2019-P-PJ, de veintiuno de febrero de dos mil diecinueve, con el concurso del Centro de Investigaciones Judiciales, bajo la coordinación del señor San Martín Castro, realizaron el XI Pleno Jurisdiccional Supremo en materia Penal de los Jueces Supremos de lo Penal – dos mil diecinueve, que incluyó la participación respectiva en los temas objeto de análisis propuestos por la comunidad jurídica, a través del Link de la Página Web del Poder Judicial –abierto al efecto– al amparo de lo dispuesto en el artículo 116 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial –en adelante LOPJ– y la aprobación de Acuerdos Plenarios para concordar la jurisprudencia penal y definir la doctrina legal correspondiente.

2.° El XI Pleno Jurisdiccional Supremo en materia Penal de dos mil diecinueve se realizó en tres etapas.

∞ La primera etapa estuvo conformada por dos fases. Primera: la convocatoria a la comunidad jurídica y la selección de los temas del foro de aportes con participación ciudadana, para proponer los puntos materia de análisis que necesitan interpretación uniforme y la generación de una doctrina jurisprudencial para garantizar la debida armonización de criterios de los jueces en los procesos jurisdiccionales a su cargo. Segunda: la selección preliminar de temas alcanzados por la comunidad jurídica, designación de jueces supremos ponentes y fecha de presentación de ponencias, respecto a las propuestas temáticas que presentaron los abogados y representantes de instituciones públicas y privadas.

3.° El 25 de abril último se publicaron en la página web del Poder Judicial los temas seleccionados para el debate identificándose ocho mociones: **A.** Pena efectiva: principio de oportunidad y acuerdo reparatorio. **B.** Diferencias hermenéuticas en los delitos de organización criminal y banda criminal, así como técnicas especiales de investigación en estos delitos. **C.** Impedimento de salida del país y diligencias preliminares**. D.** Absolución, sobreseimiento y reparación civil, así como prescripción y caducidad en ejecución de sentencia en el proceso penal. **E.** Prisión Preventiva: presupuestos, así como vigilancia electrónica personal**. F.** Problemas concursales en los delitos de trata de personas y explotación sexual. **G.** Viáticos y delito de peculado. **H**. Actuación policial y exención de responsabilidad penal.

∞ En la sesión del 28 de mayo de 2019, se seleccionaron a las personas e instituciones que harían uso de la palabra en Audiencia Pública.

4.° Han presentado, a través de la página web del Poder Judicial, informes en relación a las diferencias hermenéuticas en los delitos de organización criminal y banda criminal, así como técnicas especiales de investigación en estos delitos, los siguientes:

1. Michael Jaime García Coronel – Área de Crimen Organizado del Ministerio del Interior.
2. Taller de Dogmática Penal de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.
3. Cristhian Joel Pineda Villanueva – Bachiller en Derecho por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

5.° La segunda etapa consistió en el desarrollo de la audiencia pública que se realizó el martes 9 de julio de 2019. Hicieron uso de la palabra, en cuanto a las diferencias hermenéuticas en los delitos de organización criminal y banda criminal, así como técnicas especiales de investigación en estos delitos: **A.** Arturo Mosquera Cornejo (Fiscal perteneciente a la Segunda Fiscalía Supraprovincial Corporativa contra la Criminalidad Organizada), **B.** Irene Mercado Zavala (Fiscal perteneciente a la Segunda Fiscalía Supraprovincial Corporativa contra la Criminalidad Organizada); y, **C.** Michael Jaime García Coronel – Área de Crimen Organizado del Ministerio del Interior.

6.° La tercera etapa radicó, primero, en la sesión reservada de análisis, debate, deliberación de las ponencias; y, segundo, en la votación y obtención del número conforme de votos necesarios, por lo que, en la fecha, se acordó pronunciar el Acuerdo Plenario que se emite conforme a lo dispuesto en el artículo 116° de la LOPJ, que faculta a las Salas Especializadas de la Corte Suprema de Justicia de la República a pronunciar resoluciones vinculantes con la finalidad de concordar y definir criterios jurisprudenciales que han de ser de obligatorio cumplimiento en todas las instancias judiciales.

7.° Ha sido ponente el señor Prado Saldarriaga.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

§ 1. *Antecedentes*

8.° La regulación de delitos de organización criminal no ha sido homogénea en el contexto internacional a pesar de que la mayoría de Estados y legislaciones han buscado adaptar sus normas a las propuestas emergentes de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional [Cfr.: Prado Saldarriaga, Víctor Roberto*: Lavado de Activos y Organizaciones Criminales en el Perú*, IDEMSA, Lima, 2019, pp. 275-306]. En el caso peruano la situación normativa no ha sido ajena a todas esas variantes y dilemas técnicos o hermenéuticos. Es así que la legislación penal vigente contiene hasta cuatro clases de preceptos que hacen referencia directa o indirecta a la delincuencia organizada. Sobre todo a la criminalización de delitos de organización criminal y al tratamiento penal que debe aplicarse a los delitos cometidos desde una organización criminal.

∞ En efecto, en primer lugar, está el delito de organización criminal tipificado en el artículo 317 del Código Penal, el cual ha sido construido como un tipo penal autónomo, de peligro abstracto, que sanciona los actos de constituir, organizar, promover o integrar una organización de tres o más personas destinada a cometer delitos. A esta disposición legal se le agregó, en segundo lugar, con el Decreto Legislativo 1244, de 27 de octubre de 2016, otro tipo penal contenido en el artículo 317-B para reprimir un inédito delito de banda criminal, y que se regula de manera subsidiaria o alterna al delito de organización criminal.

9.° Además, en el Código Penal de mil novecientos noventa y uno igualmente se incluyeron circunstancias agravantes específicas que operan con la comisión de diferentes delitos realizados desde una organización criminal. Estas agravantes toman en cuenta, para su configuración y eficacia punitiva, que la realización de tales hechos punibles haya sido ejecutada por un agente que actúa en calidad de integrante de una organización criminal. Ello ocurre, por ejemplo, en los artículos 186, párrafo segundo, inciso 2 (delitos de hurto); 189, párrafo *in*

fine (delitos de robo); 297, inciso 6 (delito de tráfico ilícito de drogas); 10, inciso e, de la Ley 28008 (delitos aduaneros) y 4, inciso 2, del Decreto Legislativo 1106 (delitos de lavado de activos).

∞ Y, finalmente, también se identifica en el artículo 2 de la Ley 30077 o Ley Contra el Crimen Organizado, una noción legal dirigida a caracterizar los componentes normativos que sirven para identificar la existencia de una organización criminal, destacando la necesidad de que ella este compuesta por "tres o más personas". Cabe precisar que se trata estrictamente de un concepto meramente operativo, que no desarrolla un tipo penal, ni integra o limita el tipo penal del artículo 317 del Código Penal –este último no es una ley penal en blanco–. Es más, la función de la Ley 30077 es (***i***) delimitar la competencia objetiva de una jurisdicción especializada (Corte Superior de Justicia Especializada en Delitos de Crimen Organizado y Corrupción de Funcionarios) y (***ii***) establecer un régimen procesal especial para la investigación y el juzgamiento de organizaciones criminales que cometan los delitos a los que alude el artículo 3 de la citada Ley. De igual forma, instituye solo para tales hechos punibles, algunas consecuencias jurídicas, también especiales, que se consignan en los artículos 22 y 23 de esta Ley.

10.° Esta difusa pluralidad de disposiciones legales, dirigidas a regular la relevancia penal de las organizaciones criminales y de su actividad delictiva, ha promovido también un interés criminológico y dogmático dirigido a establecer y explicar las funciones y diferencias que subyacen entre todas ellas. Esto es, delimitar con meridiana precisión cuáles son sus características, sus efectos y sus componentes normativos.

∞ En la doctrina nacional, por ejemplo, se ha intentado establecer algunas distinciones entre los conceptos de organización criminal, banda criminal o concierto criminal. En ese sentido, por ejemplo, Casas Ramírez ha propuesto algunos criterios de diferenciación bastante confusos y que aluden a la estructura, la permanencia operativa, el número de integrantes e incluso la conexión sistemática del concepto de organización criminal con la parte general o parte especial del Derecho Penal. Según dicho autor: "La diferencia entre la categoría jurídica denominada banda criminal y organización criminal radica en que en la primera no existe la característica de la 'estructura'; en lo concerniente a la característica de "permanencia", en la banda criminal es sólo parcial, muy débil e incipiente; en cuanto a la característica de 'número y magnitud del delito', la banda criminal puede cometer delitos graves y simples, la categoría de la organización criminal mantiene como elemento numérico un mínimo de tres personas, mientras que la categoría de banda criminal acepta la posibilidad que sea desde dos personas; en lo concerniente a la característica de 'distribución', esta se presenta en la organización criminal, mientras que en la banda criminal no aparece toda vez que los miembros actúan de manera más espontanea" [Casas Ramírez, Wilfredo: *Organización Criminal y su Deslinde con Otras Acepciones Semejantes*. En: Actualidad Penal 41, Noviembre, 2017, pp.180-181].

11.° Ahora bien, la discusión hermenéutica sobre la presencia e intervención de organizaciones criminales en casos judiciales posee también importantes antecedentes en la construcción y producción de jurisprudencia de eficacia vinculante. Efectivamente, sobre dicha materia se han expedido Acuerdos Plenarios que han abordado diferentes aspectos relacionados con la función y utilidad del artículo 317 del Código Penal, que tipifica el delito de organizaciones criminales, así como de aquellos que regulan la configuración y alcances de las circunstancias agravantes específicas previstas para determinados delitos, cuando estos hayan sido cometidos por quien actuó como "integrante de una organización criminal".

∞ Pero, también, a través de estos precedentes jurisprudenciales, se ha distinguido y delimitado la operatividad y eficacia de otra circunstancia agravante específica referida a la ejecución de hechos punibles por una pluralidad de agentes que actúan conjuntamente en concierto criminal.

12.° Sobre la línea evolutiva jurisprudencial descrita, cabe mencionar lo establecido en el Acuerdo Plenario 8-2007/CJ-116, de 16 de noviembre de 2007. En dicho precedente de eficacia vinculante se debatieron y resolvieron tres problemas específicos. En primer lugar, se analizaron las diferencias entre las circunstancias agravantes por pluralidad de agentes y por integración en una organización criminal, reguladas en el artículo 189 del Código Penal. En segundo lugar, se examinó la posibilidad de considerar la segunda de estas circunstancias agravantes en concurso ideal con el delito tipificado por el artículo 317 del Código Penal. Y, en tercer lugar, se discutió sobre las opciones del hecho punible tipificado en este último dispositivo legal, para la realización de un concurso real de delitos homogéneo cuando el mismo agente integró varias organizaciones criminales.

13.° Los Acuerdos y criterios hermenéuticos adoptados fueron los siguientes:

> **1.** Las circunstancias agravantes por pluralidad de agentes y por integración a una organización criminal son incompatibles. La primera se configura sólo a partir de un supuesto de autoría funcional o coautoría, por lo que exige la intervención concertada y con co-dominio del hecho de dos o más agentes en la ejecución del robo. La segunda, en cambio, demanda siempre la actuación del agente como integrante de una organización criminal; esto es, ejecutando, aún de manera individual, los designios de una estructura criminal a la cual pertenece.
> **2.** La realización del robo con el agravante de ser integrante de una organización criminal, excluye la posibilidad de un concurso ideal con el delito de peligro abstracto contemplado en el artículo 317 del Código Penal. Es más, el delito de integración en una organización criminal, que prevé dicho artículo, sólo puede operar como tipo penal subsidiario del delito de robo con agravantes.
> **3.** El artículo 317 del Código Penal permite el concurso real homogéneo de delitos, siempre que una misma persona integre de modo sucesivo o simultáneo varias organizaciones criminales independientes.

§ 2. *Sobre la problemática hermenéutica actual*

14.° Con la promulgación del Decreto Legislativo 1244, de 27 de octubre de 2016, se introdujeron modificaciones significativas en la redacción típica del artículo 317 del Código Penal que criminalizaba la organización criminal. Paralelamente, dicho cambio legal fue acompañado también de la inclusión de un nuevo delito de "banda criminal" regulado en el artículo 317-B del Código Penal.

∞ Lamentablemente, en ambos casos, la técnica legislativa empleada fue muy deficiente e imprecisa, lo que ha dado origen al surgimiento de diferentes conflictos y dudas jurisdiccionales sobre sus componentes normativos, su oportunidad y presupuestos de aplicación. En efecto, por ejemplo, no ha quedado claro para los jueces y fiscales nacionales, las diferencias que cabe establecer operativa y legalmente entre la organización criminal tipificada en el artículo 317 del Código Penal y el innovado delito de banda criminal que se describe en el artículo 317-B del Código Penal. Fundamentalmente, debido a que este último artículo establece como un presupuesto negativo que otorga tipicidad propia a la banda criminal únicamente cuando ella no reúna "[…] *alguna o algunas de las características de la organización criminal dispuestas en el artículo 317*".

15.° No obstante, el delito de organización criminal regulado por el artículo 317 del Código Penal, al ser objeto de modificaciones en su redacción precedente al Decreto Legislativo 1244, también se ha complejizado con una reformulación legal recargada de elementos normativos e innecesarios que aluden a varios componentes típicos que en realidad constituyen semánticamente sinónimos de una misma conducta o característica típica –sobre características típicas y circunstancias agravantes de este delito [Prado Saldarriaga, Víctor: *Ob. Cit.*, pp. 337-349]–. Por ejemplo, cuando se exige en la norma que se trate de "*una organización criminal de tres o más personas con carácter estable, permanente o por tiempo indefinido, que de manera organizada, concertada o coordinada, se*

repartan diversas tareas o funciones, destinada a cometer delitos […]".

16.° En resumen, los nuevos conflictos hermenéuticos detectados podrían plantearse y debatirse a partir de las siguientes interrogantes:

1. ¿Qué características no deben concurrir en una organización criminal para que ella no resulte subsumible en los alcances del artículo 317 del Código Penal y pueda ser identificada como una banda criminal en los términos descritos por el artículo 317-B del citado Código?
2. ¿Qué diferencias cabe establecer entre el delito de banda criminal y las circunstancias agravantes específicas que la legislación vigente regula para cuando el delito sea ejecutado por quien actúa en calidad de integrante de una organización criminal; o en concierto criminal o pluralidad de agentes que concurren funcionalmente a la ejecución de un hecho punible?

∞ En torno, pues, al problema planteado corresponde fijar los siguientes criterios de desarrollo jurisprudencial, los cuales se han construido en base a una reflexión hermenéutica que se sustenta en la fuente legal extranjera seguida por el legislador nacional para la redacción del artículo 317-B del Código Penal, así como en las referencias y contenidos afines a dicho precepto que son mencionados para justificar su incorporación al Código Penal en la Exposición de Motivos del Decreto Legislativo 1244.

§ 3. *Acerca de la configuración típica del delito de banda criminal del artículo 317-B del código penal*

17.° El inédito delito de banda criminal fue regulado a partir de una propuesta generada por el Ministerio del Interior y la Policía Nacional del Perú. Dicha iniciativa legislativa respondía a la frustración institucional generada por el archivamiento de los procesos penales derivados de la detención de personas que habían ejecutado conjuntamente delitos comunes, mayormente violentos, como el robo, la extorsión o el secuestro, y a los cuales el Ministerio Público o los órganos jurisdiccionales no podían vincular típicamente con la realización del delito de organización criminal –mal llamado "asociación ilícita para delinquir"–, previsto por el artículo 317 del Código Penal.

∞ Sobre estos aspectos resulta pertinente citar los siguientes pasajes de la Exposición de Motivos del Decreto Legislativo 1244:

"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 documento, cual es, dar cuenta de la carencia o la inexistencia de un tipo penal que sancione a aquellos grupos criminales que, sin presentar la complejidad de las grandes organizaciones criminales de corte empresarial en su conformación, la permanencia en su duración y la periodicidad en su accionar ilícito, afectan con mucho mayor ámbito, frecuencia y rigor a nuestra sociedad"
"*el 73% de la carga* […] *Está conformada por casos donde no existen elementos para poder acreditar la existencia de organizaciones criminales, debido a que el grueso de estos casos son bandas, las cuales no presentan las características de alta complejidad de su composición en el número de sus integrantes, organización, permanencia y estabilidad* […]"
Segundo, que al no existir un tipo penal que sancione a las bandas criminales, los operadores de justicia aplican el tipo penal más cercano que es asociación ilícita para delinquir, trayendo como consecuencia que en el transcurrir del tiempo dichos casos sean archivados en tanto nunca se configuró el citado delito, dejando así impune las conductas criminales o sancionándolas por conductas más leves"
"*Asimismo, este estudio nos permitió darnos cuenta que si realmente se quiere luchar contra la criminalidad, debe crearse un tipo penal que sancione a las bandas (delincuencia común), ya que esta figura no necesita estructura tan compleja como el delito de asociación* […]"
Este tipo penal asimismo se presenta como una propuesta normativa novedosa, toda vez que se incorpora un ilícito que no estaba previsto en el código penal cubriendo así un vacío normativo, y no limitándose a aumentar penas de otros delitos ya establecidos. Es decir, este tipo penal no presenta lo que la opinión pública conoce como 'más de lo mismo', y por tanto creemos que políticamente será bien tomado por la ciudadanía"

18.° Ahora bien, otro instrumento de doctrina policial sobre organizaciones criminales es el Glosario Policial de la materia, que permite detectar la preocupación de la agencia policial por diferenciar a las organizaciones criminales de las bandas criminales [cfr.: Ministerio del Interior: *Megaoperativos contra el Crimen Organizado* – Primer Año de Gestión, MININTER, Lima, 2017, pp.183-186]. En dicho documento se alude a las organizaciones criminales a partir de su mayor capacidad operativa y complejidad organizacional, lo que les permite activar economías ilegales o procesos de producción de bienes y servicios ilegales propios del crimen organizado. La existencia, pues, de un proyecto criminal de tales características, determina, además, la necesaria continuidad operativa de esta modalidad de organizaciones criminales y su permanencia en el tiempo. En ese sentido, por ejemplo, el concepto policial de crimen organizado es el siguiente:

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

19.° En el mismo documento citado, se busca, igualmente, relacionar a las organizaciones criminales del artículo 317 del Código Penal con la realización de los "Megaoperativos" y con la ejecución de delitos graves propios del crimen organizado a los que se refiere la Ley 30077. En torno a estas categorías criminalísticas y criminológicas, el aludido Glosario Policial desarrolla las siguientes nociones:

"*Megaoperativo una operación policial que: i) involucra la acción de un mínimo de dos unidades policiales; ii) que supone la participación de unidades de inteligencia, que suministraron la información necesaria para la planificación de la operación; iii) que cuenta con la participación del Ministerio Público, para garantizar el respeto de la ley y los derechos fundamentales de las personas durante la operación; iv) que tenga por objetivo la persecución de delitos vinculados al crimen organizado (Ley 30077) o terrorismo y que, por lo tanto, permita desbaratar en parte o completamente a una organización criminal.*
Organización criminal: *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 Ley 30077*"

20.° Por consiguiente, es de destacar y precisar que la banda criminal es igualmente una estructura criminal pero de menor complejidad organizativa que la que posee una organización criminal (artículo 317 del Código Penal) y que

ejecuta un proyecto delictivo menos trascendente y propio de la "delincuencia común urbana". La banda criminal, por tanto, no se dedica a activar y mantener negocios o economías ilegales; no es, pues, una organización criminal "productiva" sino simplemente "de despojo mayormente artesanal y violenta". Esto es, de aquellas que producen inseguridad ciudadana a través de su actuación en la comisión reiterada de robos, secuestros, extorsiones o actos de marcaje y sicariato. De allí que su número de integrantes puede ser reducido y su *modus operandi* suele ser rutinario y basado mayormente en la sorpresa y el asalto o en el empleo de medios violentos como la agresión física o la amenaza.

21.° En lo que concierne a la fuente legal extranjera que siguió el legislador nacional para introducir un delito de banda criminal en el artículo 317-B del Código Penal, ella se detecta en el artículo 570 ter del Código Penal español vigente, que tipifica el delito de "grupo criminal". En efecto, en el párrafo final de dicha disposición legal el legislador hispano se preocupó también en distinguir al grupo criminal de la organización criminal, por lo que precisó lo siguiente: "*A los efectos de este Código se entiende por grupo criminal la unión de más de dos personas que, sin reunir alguna o algunas de las características de la organización criminal definida en el artículo anterior, tenga por finalidad o por objeto la perpetración concertada de delitos*"**.**

∞ A ello hay que agregar que el artículo 570 bis del Código Penal ibérico, había colocado también como una nota distintiva de la organización criminal, el que se trate de una "*agrupación formada por más de dos personas con carácter estable o por tiempo indefinido, que de manera concertada y coordinada se repartan diversas tareas o funciones con el fin de cometer delitos*"**.** Esto es, los mismos rasgos de caracterización que asimiló el legislador peruano para reformar el texto legal del artículo 317 de nuestro Código Penal nacional.

22.° Por lo demás, en torno a la aludida fuente legal, utilizada para construir el artículo 317-B de nuestro Código Penal y la tipicidad de la banda criminal, en España se ha cuestionado y criticado lo poco trascendente y residual del delito de grupo criminal y de sus semejanzas con la codelincuencia o concierto criminal. En torno a ello, por ejemplo, Llobet Anglí ha señalado que "es realmente difícil diferenciarlo de la mera *codelincuencia*" [Llobet Anglí, Mariona: *Delitos Contra el Orden Público*. En: Silva Sánchez, Jesús-María (Dir.) – Ragués I Vallés, Ramón (Coord.): *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial*, Quinta Edición, Atelier, Barcelona, 2018, p. 443].

∞ Por su parte Muñoz Conde ha destacado que "*menos prolija es la descripción de la conducta típica en el art. 570 ter.1 que sólo recoge las conductas de constitución, financiamiento o integración en el grupo criminal. Pero dada la estrecha relación del grupo con la organización criminal, es probable que los casos más relevantes de constitución o financiación del grupo sean reconducibles a la organización criminal, mientras que, si no llega al nivel de concertación y coordinación que exige ésta ni tiene una cierta permanencia en el tiempo, no tiene por qué ser tratado de forma diferente a las distintas formas de codelincuencia, sean estas constitutivas de coautoría, cooperación necesaria o complicidad, o la preparatoria de conspiración*" [Muñoz Conde, Francisco: *Derecho Penal – Parte Especial*, 21ª Edición, Tirant Lo Blanch, Valencia. 2017, p. 773].

∞ Ahora bien, en lo que concierne al ámbito de la jurisprudencia española también se han sugerido algunas alternativas hermenéuticas para marcar las diferencias del grupo criminal con la organización criminal. Es así que en la Sentencia del Tribunal Supremo 134/2018, se ha llegado a sostener que "*mientras que la organización criminal requiere necesariamente la concurrencia de ambos requisitos conjuntamente: estabilidad y reparto de tareas, el grupo criminal puede apreciarse cuando no concurra ninguno de ellos, o cuando concurra uno solo*" (citado por Llobet Angli, Mariona: *Obra citada*, p. 443).

∞ Atendiendo, pues, a lo antes expuesto, cabe señalar que la figura delictiva del artículo 317-B del Código Penal, referida a la banda criminal, sólo debe de aplicarse para sancionar a las estructuras delictivas de constitución básica y cuyo modo de accionar delictivo carece de complejidad operativa y funcional, al estar dedicada a la comisión de delitos comunes de despojo y mayormente violentos como el robo, la extorsión, el secuestro, el marcaje o el sicariato, entre otros.

§ 4. *Banda criminal y circunstancias agravantes específicas*

23.° En torno a la eficacia de la conducta delictiva establecida por el artículo 317-B del Código Penal como banda criminal, es de precisar que se trata, al igual que el artículo 317 del referido Código, sobre el delito de organización criminal, de un tipo penal de peligro abstracto y de operatividad estrictamente residual frente a aquellos delitos comunes que sean ejecutados por sus integrantes. Esto significa que si quienes componen la banda criminal cometen un delito de hurto, de robo o de marcaje-reglaje en calidad de integrantes de esta modalidad de organización criminal, se deberá tipificar dicha conducta como delito de hurto, robo o marcaje-reglaje pero, además, con la concurrencia de la circunstancia agravante especifica que regula la legislación vigente para tales casos (confróntese: artículos 186, 189 y 317-B del Código Penal).

24.° Ahora bien, en aquellos delitos comunes que ejecute la banda criminal y en los cuales no exista la agravante específica por organización criminal, en los términos antes referidos, se podrá calificar a tales conductas punibles como constitutivas de un concurso real de delitos y aplicarse las reglas y efectos que el artículo 50 del Código Penal establece para tales casos. Dicha situación puede ocurrir, por ejemplo, en el delito de secuestro que no contempla tal circunstancia calificante (confróntese: artículo 152 del Código Penal).

25.° No obstante, cuando hechos punibles como el hurto, robo o similares, hayan sido ejecutados por una pluralidad de agentes que actúan en concierto criminal, pero entre los cuales no existe adscripción o dependencia alguna a una banda criminal, tales actos ilícitos serán reprimidos únicamente como delitos de hurto o robo, etcétera, respectivamente, con la concurrencia de la agravante específica o genérica (artículo 46, numeral 2, literal 'i', del Código Penal), que también para esos supuestos de coautoría funcional ha consignado el legislador nacional como "pluralidad de agentes" para ejecutar conjuntamente el delito cometido.

III. DECISIÓN

26.° En atención a lo expuesto, las salas penales Permanente, Transitoria y Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en el Pleno Jurisdiccional Casatorio, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116 de la LOPJ:

ACORDARON

27.° Establecer como doctrina legal, los criterios expuestos en los fundamentos jurídicos 17.° al 26.° del presente Acuerdo Plenario.

28.° Precisar que los principios jurisprudenciales expuestos, que contiene la doctrina legal antes mencionada, deben ser invocados por los jueces de todas las instancias, sin perjuicio de la excepción que estipula el segundo parágrafo del artículo 22 de la LOPJ, aplicable extensivamente a los Acuerdo Plenarios dictados al amparo del artículo 116 del citado Estatuto Orgánico.

29.° Declarar que, sin embargo, los jueces que integran el Poder Judicial en aras de la afirmación del valor seguridad jurídica y del principio de igualdad ante la ley, solo pueden apartarse de las conclusiones de un Acuerdo Plenario si incorporan nuevas y distintas apreciaciones jurídicas respecto de las rechazadas o desestimadas, expresa o tácitamente, por la Corte Suprema de Justicia de la República.

30.° Publicar el presente Acuerdo Plenario en el diario oficial *El Peruano*.

Hágase saber.

S.S.

SAN MARTÍN CASTRO

PRADO SALDARRIAGA

SALAS ARENAS

BARRIOS ALVARADO

FIGUEROA NAVARRO

BALLADARES APARICIO

PRÍNCIPE TRUJILLO

NEYRA FLORES

CASTAÑEDA ESPINOZA

NUÑEZ JULCA

CASTAÑEDA OTSU

SEQUEIROS VARGAS

PACHECO HUANCAS

GUERRERO LÓPEZ

CHAVEZ MELLA

FUNDAMENTOS ADICIONALES A LOS TÉRMINOS DEL ACUERDO PLENARIO POR EL SEÑOR FIGUEROA NAVARRO:

FUNDAMENTOS ADICIONALES

No obstante concordar en la existencia de diferencias típicas entre banda y organización criminal, estimo pertinente expresar los siguientes fundamentos adicionales:

§ 1. *Naturaleza jurídica de la diferencia conceptual*

1° Las diferencias conceptuales entre organización criminal y banda criminal no responden a una mera disquisición académica –de orden criminológico o político criminal– o a la necesidad de delimitar la política de Estado para combatir la criminalidad organizada. Se trata, a efectos hermenéuticos, de una cuestión dogmático penal. La importancia de tal delimitación conceptual radica en las consecuencias jurídicas de carácter penal, procesal penal y penitenciario. En el ámbito penal sustantivo, la diferencia entre banda y organización criminal tiene implicancias en el plazo de prescripción; en las consecuencias accesorias, en el grado de exigencias típicas, en las circunstancias agravantes y en la penalidad. En el ámbito procesal, las diferencias inciden en los plazos procesales, en las medidas cautelares, en las técnicas especiales de investigación y en la valoración de la prueba. Finalmente, en el ámbito de la ejecución penal, la declaración de responsabilidad en determinados supuestos considerados graves, en el contexto de una organización criminal, implica la restricción absoluta de beneficios penitenciarios.

§ 2. *Banda y organización: evolución legislativa*

2° Los términos de banda y organización criminal no aparecieron en la legislación en los mismos periodos, ni fueron utilizados con similar significado. Su uso ha ido variando a lo largo de la historia legislativa. Sus antecedentes se remontan al Código Penal español de 1822, cuyo origen en la materia tiene como referente el Código Penal napoleónico de 1810, a través de la denominada "asociación de malhechores" (*association de malfaiteurs* – artículo 265), cuya versión hispánica se encontraba en el artículo 338. El término cuadrilla –usado en la legislación española– tiene su equivalente al término "*bande*" en francés. La descripción de la asociación de malhechores de la legislación española fue acogida en el Código Penal de Santa Cruz de 1834, de vigencia efímera en nuestro país durante el periodo de existencia de la Confederación Peruano-Boliviana. En el artículo 237 de dicho Código se reprodujo literalmente la formula típica del Código Penal Español. En el Código Penal de 1863 no hubo una norma autónoma, fuera de la previsión general, como circunstancia agravante de la responsabilidad criminal (artículo 10.10). En el Código Penal de 1924 se restringió el concepto de delincuencia grupal o corporativa para determinados delitos, como el robo (artículo 238). Luego, esta técnica de tipificación no autónoma se aplicaría al tráfico ilícito de drogas. En el Decreto Legislativo 122, de 12 de junio de 1982, se considera como circunstancia agravante "[…] *cuando el delincuente: 1°. Cometiere el hecho en banda o en calidad de afiliado a una banda destinada al tráfico ilícito de drogas* […]" (artículo 55–A). En los supuestos simples, el delito se cometía individual –como integrante– o colectivamente –en banda–. En materia de terrorismo, en el Decreto Legislativo N° 046, se ratifica el criterio de agravar la pena "[…] *si el agente perteneciera a una organización o banda que para lograr sus fines, cualesquiera que sean, utilice como medio el delito de terrorismo tipificado en el artículo 1*" (artículo 2.a).

§ 3. *Diferencia conceptual y principio de legalidad*

3.° La determinación de los alcances de las disposiciones legales y, en particular, de las que describen conductas típicas está sujeta a determinadas exigencias propias del principio de legalidad. Una primera dificultad es la forma en que es redactado el tipo penal de banda criminal. La diferencia radicaría en que la banda no reúne "alguna o algunas de las características de la organización criminal dispuestas en el artículo 317". No se pueden describir conductas mediante un criterio residual o imperfecto –si faltase alguna o algunas de las características típicas de otro tipo penal–. Por otro lado, la mención a la inexistencia alternativa de más de un elemento típico de la organización criminal es superflua y abona más a la confusión, pues debe entenderse que el o los elementos faltantes deben ser los que son propios de la organización criminal y no de la banda criminal.

§ 4. *Elementos típicos comunes*

4.° Los tipos penales concernidos presentan los siguientes elementos similares.

Primero. En ambos supuestos típicos se describen formas de delincuencia colectiva. La diferencia en cuanto al número mínimo de participantes es mínima: dos personas en el caso de la banda criminal y tres en el caso de la organización criminal. Esta diferencia cuantitativa es tan banal que no constituye un criterio decisivo para diferenciar ambos tipos de conducta.

Segundo. La finalidad típica de ambas figuras delictivas es la cometer delitos. No puede sostenerse que exista diferencia entre una y otra forma de delincuencia corporativa por el tipo de delitos que estén destinadas a cometer. Si bien en la Convención de Palermo se dice que "*los grupos delictivos organizados*" deben tener como propósito la comisión de "[…]*uno o más delitos graves* […]" y que estos son los que tienen una pena conminada mínima de cuatro años o más, sus efectos solo se aplican a la criminalidad organizada transnacional. Asimismo, en la Ley 30077 se establece el ámbito de aplicación de las instituciones procesales y penales allí reguladas. En el artículo 3 se asume una lista de delitos que pudieran relacionarse con el accionar de las organizaciones criminales. En su mayoría se trata de delitos con una pena conminada mínima de 4 años o más. Sin embargo, aparecen otros que no superan este baremo como el hurto agravado (artículo 186); defraudaciones (artículo 197); usurpación simple (artículo 202); entre otros. El hecho que en la descripción típica de la conducta prevista en el artículo 317 no se exija que la finalidad mediata o última de la organización sea la de obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material, como se establece en la Convención de Palermo (artículo 2 a), coincide con la finalidad de la banda criminal: la de cometer delitos. Abona a la irrelevancia típica de la

finalidad lucrativa de las organizaciones criminales el que, en su accionar delictivo, puedan cometer delitos que no generen o consoliden ganancias, pero que sirven para el mantenimiento de su operatividad (delitos instrumentales como el homicidio, la falsificación, el cohecho activo).

Tercero. Las organizaciones y bandas criminales deben tener cierta la estabilidad temporal. Dicha estabilidad es consustancial a su finalidad: la de cometer delitos. Es ilógico considerar la existencia de una banda, cuya existencia esté orientada a cometer indeterminadamente delitos, que no funcione con cierta estabilidad en el tiempo. Si la finalidad concertada fuera la de cometer esporádicamente determinado delito no se diferenciaría del acuerdo criminal, pues en estos casos dos o más personas se ponen de acuerdo para realizar un delito concreto. Por otro lado, cuando en la descripción típica de la banda criminal se alude al hecho de "integrar una unión", el contenido semántico va más allá de un acuerdo circunstancial o esporádico, para cometer un delito concreto –circunstanciado en tiempo, lugar, modo, medio–.

Cuarto. Se presenta una coincidencia parcial en el ámbito de los sujetos que pueden ser considerados como autores. En ambos tipos penales pueden ser autores tanto los que constituyan la unión u organización, como los que la integren. De este modo también hay coincidencia en cuanto a los verbos típicos de constituir o integrar, según el caso, la banda o la organización criminal. No es aceptable la idea que considera como criterio diferenciador de la banda respecto a la organización, el que la primera constituya una modalidad de la conspiración –como en los delitos de conspiración para el sicariato o el tráfico ilícito de drogas–. Por exigencia insuperable del principio de legalidad, no se puede crear una modalidad típica no establecida en el artículo 317-B, como sucede en los delitos antes mencionados.

Quinto. Ambas conductas son de carácter doloso. Para su configuración se requiere del conocimiento potencial de los alcances de la conducta realizada, en el contexto de las características del funcionamiento presente o futuro de una banda u organización destinada a la comisión indeterminada de delitos.

§ 6. *Elementos típicos relativamente diferenciados*

5.° Sin embargo, las diferencias entre ambos supuestos típicos serían las siguientes:

A. En el delito de organización criminal el círculo de autores es más amplio que en el delito de banda criminal. Tienen esta calidad además de los fundadores o integrantes, en la modalidad básica, los promotores u organizadores de la organización criminal. Estos sujetos no aparecen calificados como tales en el supuesto típico de banda criminal. De igual modo, las modalidades típicas propias del delito de organización criminal son las de promover u organizar el grupo criminal.

B. El artículo 317 presenta dos tipos de circunstancias agravantes: a. por la calidad del sujeto activo; b. por el resultado. En el primer tipo de agravación se considera a los financistas, jefes, cabecillas o dirigentes; condiciones personales que no son señaladas en el tipo penal de banda criminal. Relacionada con estas diferencias, en cuanto al sujeto activo, se encuentra la diferencia por las modalidades típicas implícitas realizables por dichos sujetos: financiar, liderar o dirigir la organización criminal.

C. Con relación a la estructura es de señalar que la banda criminal puede formarse mediante un proceso simple. Implica ciertamente un acuerdo para formar la unión de dos o más personas, con la finalidad de cometer delitos "de manera concertada". Distinto es el nivel de estructuración de una organización criminal. Primero, los actos previos a la existencia de la organización denotan un proceso de mayor complejidad que la mera constitución: pueden implicar actos de promoción o ayuda para la conformación del grupo delictivo. Comprende también actos de organización, entendido como el proceso de acopiamiento, gestión y distribución de recursos; actividades que son propias de colectivos estructurados. Por la envergadura de las actividades puede requerir la financiación para su funcionamiento. Segundo, el funcionamiento de la organización criminal implica la distribución de tareas o funciones, como han sido definidas precedentemente. No se requiere, como se señala en la Convención de Palermo, que las funciones asignadas a sus miembros estén formalmente definidas. La organización criminal puede montarse en una organización lícita, pero funcionar con encargos ilícitos. Tercero, una organización criminal puede tener jefes, cabecillas y dirigentes al interior de la organización. Cuarto, la condición de integrantes y el cumplimiento de las tareas o funciones no deben necesariamente ser rígidas. Al respecto se señala en la Convención de Palermo que no es requisito esencial en el grupo estructurado que haya continuidad en la condición de miembro. Lo permanente o indefinido es la organización criminal, pero no sus integrantes, pues estos pueden ser fungibles o sustituibles –reemplazables por otros– y también polifuncionales –cumplir diversas tareas o funciones–. Quinto, finalmente, en las organizaciones criminales se requiere, por exigencia típica, de la organización o coordinación; interacciones más sofisticadas que en la concertación –elemento común de la banda y organización criminal–.

Sr.

FIGUEROA NAVARRO

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

XI PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE, TRANSITORIA Y ESPECIAL

ACUERDO PLENARIO N° 09-2019/CIJ-116

***Base legal*: Artículo 116 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial**

***Asunto*: Violencia contra las mujeres e integrantes del grupo familiar. Principio de oportunidad, acuerdo reparatorio y problemática de su punición**

Lima, diez de septiembre de dos mil diecinueve

Los jueces supremos de lo Penal, integrantes de las salas penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidos en Pleno Jurisdiccional, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, han pronunciado el siguiente:

ACUERDO PLENARIO

I. ANTECEDENTES

1.° Las salas penales Permanentes, Transitoria y Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República, en virtud de la Resolución Administrativa 120-2019-P-PJ, de veintiuno de febrero de dos mil diecinueve, con el concurso del Centro de Investigaciones Judiciales, bajo la coordinación del señor San Martín Castro, realizaron el XI Pleno Jurisdiccional Supremo en materia penal de los Jueces Supremos en lo Penal – dos mil diecinueve, que incluyó la participación respectiva en los temas objeto de análisis propuestos por la comunidad jurídica, a través del Link de la Página Web del Poder Judicial –abierto al efecto–, al amparo de lo dispuesto en el artículo 116 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial –en adelante, LOPJ–, a fin de dictar Acuerdos Plenarios para concordar la jurisprudencia penal y definir la doctrina legal correspondiente.

2.° El XI Pleno Jurisdiccional Supremo en materia Penal de dos mil diecinueve se realizó en tres etapas.

∞ La primera etapa estuvo conformada por dos fases. Primera: la convocatoria a la comunidad jurídica y la