

## **LA TEORÍA DE LA CONSTITUCIÓN Y OPERATIVIDAD MACROFÍSICA DEL PODER DELICTIVO DEL CRIMEN ORGANIZADO (\*)**

Por: Alex R. Zambrano Torres



**L**os nuevos postulados o teorías sobre el Crimen Organizado de nuestra creación son los siguientes: 1) Teoría de la constitución y operatividad macrofísica del poder delictivo; 2) Teoría del Crimen Organizado como delito colectivo; 3) Teoría de la pluralidad de voluntades o concertación pluripersonal antes que pluralidad de personas; 4) Teoría de la autoría colectiva; 5) Teoría de la imputación colectiva; 6) Teoría de la interdependencia funcional; 7) Teoría de la responsabilidad penal colectivizada; 8) Teoría de la instrumentalización delictiva del fin económico; 9) Teoría del crimen organizado como delito flagrante; 10) Teoría del crimen organizado como delito permanente; 11) Teoría del dolo colectivo organizacional.

Con esta teoría intentamos explicar que la aparición y tipificación de la delincuencia organizada, el estudio, tratamiento y sanción del mismo crea un nuevo territorio de análisis y ejercicio: el ámbito macrofísico, porque el crimen organizado revela que el fenómeno delictivo ya no está dentro del marco personal, individual, del dominio unipersonal del hecho, microfísico, sino que su escenario y realización se encuentra en un mundo más amplio, macroscópico, más complejo, y por ello mismo debe ser estudiado dentro de este marco colectivo, macrofísico, cósmico, como un fenómeno que

supera la individualidad y afecta al todo sistémico, a lo macro y no ya solo a lo micro, que era un medio pequeño, reducido al individuo, siendo que el nuevo tipo delictivo «se ejerce por un colectivo de personas» y tiene sus efectos en el mundo colectivo o macro (pluralidad de sujetos, voluntades, efectos, escenarios, etc.).

Esta idea, la de estudiar el crimen organizado dentro de un escenario macro físico, tiene como antecedente antónimo el núcleo de las investigaciones de Michel Foucault, quien encontró en la microfísica el ratio o factor desde el cual hacer análisis. Foucault, desarrollando un trabajo de arqueología del saber (estudio de la sociedad por las capas culturales que atravesaba) analizaba a la sociedad (macro) y sus fenómenos normativos desde la microfísica, desde el individuo (micro), como fenómeno primario, básico y origen de cualquier conducta o específicamente «voluntad de poder». Esta noción de Foucault, de traer todo estudio o empezar todo estudio en el individuo antes que en el grupo social le sirvió para fundamentar que el «poder» es antes que un factor colectivo (Estado, sociedad, grupos de poder) un factor individual, personal (micro), por lo que el poder no estaría ya solo exclusiva y excluyentemente en los estamentos institucionales, sino que se encontraría en cada individuo como «voluntad de poderío» (al decir de Nietzsche). Desde este análisis en contrario escenario entendimos que en el Crimen Organizado el fenómeno ya no puede ser analizado desde el individuo (sin quitarle importancia, certeza y genialidad a las postulaciones de Foucault sobre la microfísica del poder), sino que tiene que ser estudiado desde el campo macrofísico, desde el cosmos, el «todo»<sup>1</sup>, lo colectivo, puesto que su propia definición como ente colectivo así lo revela.

Por eso, usando las nociones de Michel Foucault cuando explicaba y redefinía la noción del poder en su libro

---

<sup>1</sup> Al respecto del «todo», como sistema, grupo, sociedad, existe un libro sumamente interesante escrito dentro de los rasgos -al parecer- de las líneas del anarquismo, escrito por el multitemático y prolijo escritor español, Fernando Savater, cuyo título es: “Panfleto contra el todo”, que obtuvo el Premio de ensayo Mundo de 1978. También está otro libro con esta palabra, del extraordinario científico Stephen Hawking, que titula “Teoría del Todo”.

«Microfísica del Poder», hemos contrapuesto el mismo sistema de análisis para entender que la operatividad del Crimen Organizado es al inverso, operativizado en el ámbito y escenario colectivo, macro, es decir, universal, internacional, global, total.

Así, podríamos enumerar los siguientes factores: 1) el crimen organizado tiene su ámbito de aplicación en la superación de las fronteras microfísicas, individuales, personalísimas y se presenta más bien como un fenómeno «macrofísico»; 2) el delito nacional, soberano, personalísimo, con fronteras ha sido desbordado y se ha instalado o reconocido el delito globalizado, internacionalizado, que la constituye la delincuencia organizada; 3) el crimen organizado como fenómeno jurídico debe ser estudiado y actuado dentro del marco macrofísico no solo microfísico; 4) el crimen organizado es un fenómeno de orden colectivo, global, social, universal, internacional; 5) el delito de organización criminal deja de tener un marco geográfico estatal y se constituye como supranacional; 6) La regulación normativa, positiva, legal, de la delincuencia organizada es de orden transnacional, es decir, de lo más grande a lo más pequeño, de lo universal a lo nacional o estatal, de lo internacional a lo nacional.

En ese contexto podemos decir que la teoría de la constitución y operatividad macrofísica del poder delictivo del crimen organizado contiene los siguientes elementos: a) **Ámbito macrofísico.** El crimen organizado como fenómeno que debe ser estudiado y actuado dentro del marco macrofísico y no solo microfísico; b) **Universalismo.** Crimen organizado como orden colectivo, global, social, internacional; c) **Desborde del ámbito nacional, estatal;** d) **Desborde del marco geográfico, territorial;** e) **Desborde del ámbito poblacional;** f) **Desborde del ámbito individual.** Factores que pasaremos a desarrollar a continuación.

#### **a) *Ámbito macrofísico del crimen organizado.-***

Nuestra idea de estudiar la delincuencia organizada dentro del marco «macro» -como antelamos- tuvo su origen en la

investigación que hizo Michel Foucault sobre el poder, quién, específicamente en su libro «Microfísica del poder» (1977) y en «La arqueología del saber» (1969) estudió la realidad desde un factor micro: el individuo. En el primer libro Foucault expone que el poder no está en las clases dominantes, en los que tienen la propiedad de los medios de producción -como se pensaba por los intelectuales de antaño-, sino afirmaba que el poder estaba en todos, en cada una de las personas; por tanto, el poder no era «propiedad» sino «ejercicio», puesto que no es una cosa sino cierta «capacidad de afectar y ser afectado», dentro del marco público y privado. Esta idea «democratiza» la noción del poder y la describe como un fenómeno individual, microfísico, es decir, propone al individuo como el centro y origen del poder y del todo social, negando que el poder esté en los objetos, propiedad de los medios de producción, cargos o estatus exclusivamente. En el segundo libro, «La arqueología del saber», Foucault postula como método de investigación la arqueología, por la cual analiza la historia de las ideas por capas culturales, sociales, como en la arqueología, para entenderlo y ver su evolución. Foucault desmitifica, contradice y supera las nociones del poder como propiedad de un grupo o clase social, cuya noción llevaba a la deformación (¿alienación?) de la sociedad, porque la dividía, la confrontaba en el mismo hecho de sectorizarla por clases (clase pobre o pueblo, clase media, clase noble, pudiente o propietaria de los medios de producción, clase clerical, etc.). La importancia de esto es que el filósofo francés limpia los análisis de todo rasgo de confrontación y autodiscriminación (clases sociales, dueños de los medios de producción, etc.) que se habían formado y utilizado en el discurso social.

En concreto, unas clases sociales no son superiores a otras por ser las propietarias de los medios de producción, y por lo tanto «propietarios del poder (público y privado)», sino que en realidad – explica Foucault- el poder se encuentra en cada individuo, indistintamente de su condición o clase social, por lo que ya no se trataba de derribar a la clase opresora (como parece se entendió en la ideología marxista) sino de

encontrar consensos individuales y sociales entre individuos desiguales por naturaleza e iguales por la constitución social, educativa, económica. No había ya motivo para el resentimiento. Ésta fue, a nuestro parecer, el gran aporte de Foucault: eliminar la autodiscriminación, el resentimiento, que evitaba a su vez el actuar libre (de prejuicios o autocensuras), porque en la realidad de los hechos el poder no es propiedad de la clase dominante, sino es ejercida por cada individuo, en su condición de ciudadano, persona, ser humano. Con esta noción se desarrollan luego todos los poderes privados y públicos. El destino y progreso del individuo y de la sociedad ya no está en manos de unos a costa de otros, sino en cada individuo que puede hacer con ella el factor de su superación. A esto se le llama «*libertad*» y en términos de Foucault y Nietzsche: «voluntad de poder», «poder en ejercicio individual».

Esta noción del poder como *ejercicio individual* trae otra noción consigo, la diferencia entre el poder público y el poder privado. Diferencia necesaria porque con las ideas de la edad media, de la etapa de la oscuridad, el poder privado sobresalía y hasta atropellaba los derechos y poderes de un grupo que no tenía la propiedad; por lo que con la definición del poder público, como democratización del uso del poder político y del poder económico, se trae también la democratización de los sistemas sociales basados en un Estado, porque con la creación de este último en la modernidad, la propiedad, los derechos y todo lo individual y social tienen que encontrarse dentro del marco del Estado moderno, esto es, que solo hay propiedad si es avalado, reconocido y garantizado por el Estado, que es el representante de la voluntad individual y popular. De esta forma el poder privado es regulado en el marco de lo social; así, con la Ilustración, el Iluminismo y la Revolución Francesa, el poder privado deja de ser absoluto (que estaba en los reyes, monarcas, nobles, clero, etc.) para ser poder derivado, del nuevo soberano: toda la sociedad y no solo el pueblo, que en aquel entonces era, según Sieyes, una sola parte de la sociedad (Nobleza, Clero y pueblo): el Tercer Estado. Así, el poder no

puede ser ya del Estado absoluto (rey, emperador, zar) sino de cada individuo como parte de aquel Estado, aunque tenga bienes y derechos privados, porque el todo prevalecía ante el individuo, que si bien es una noción didáctica nos explica la razón del Estado: el individuo como centro de todo lo social. Por eso el estudio de Foucault es trascendental, porque vuelve a poner al individuo, al ciudadano, a la persona, al ser humano, en el centro de todo. De allí su microfísica del poder.

Esta noción de poner al individuo como factor central del cual debe partir todo estudio, análisis y operatividad, que planteaba Foucault, en el marco del delito de crimen organizado ya no es funcional, porque la tipificación -consensuada doctrinaria y legal- asume que la criminalidad organizada solo puede ser cometida por un grupo de tres o más personas. Frente a tal prescripción resalta la idea de «macro», es decir, de generalidad, grupo, colectivo y específicamente de macrofísica, como una dimensión que abarca la totalidad, los efectos de la conducta en la totalidad; así no solo el número de personas (tres personas o más) sino los efectos grupales, sociales, totales, macrofísicos es lo que define al tipo delictivo de crimen organizado. Entonces, solo cabe estudiar este fenómeno jurídico delictivo dentro del orden macrofísico.

De allí que el nivel de estudio, el macrofísico, nos remonta a un nuevo tipo de visión y análisis del fenómeno delictivo: el todo, el cosmos. Así, en la historia tenemos a grandes personajes que pueden servirnos para entender este fenómeno de entender el mundo desde el cosmos o lo macro, como Copérnico, Giordano Bruno, Galileo Galilei, quienes «descentraron» el estudio del mundo y del propio universo porque a contracorriente de su tiempo postularon que el centro no era la tierra, que el sol no giraba alrededor de la tierra -como se pensaba con Ptolomeo y su sistema cósmico-, sino que era todo lo contrario: la tierra giraba alrededor del sol, el sol era el centro de nuestro universo y los movimientos orbitales no eran circulares sino en forma de óvalo, porque solo de esta manera podía entenderse y encajar matemáticamente el tiempo, los 365 días del año en el ciclo circular del planeta,

formándose las estaciones. La historia narra cómo estas ideas científicas no fueron aceptadas por la Iglesia, puesto que cuando surgía alguna duda cognoscitiva, lo primero que se hacía era consultar al oráculo de aquel tiempo: la Biblia, que era la fuente para salir de toda duda. La Biblia, sin embargo, no decía que la tierra no era el centro, sino se entendía todo lo contrario: el centro del mundo era la tierra. En consecuencia las versiones de dichos astrónomos, científicos estarían contradiciendo a la Biblia y por lo tanto constituirían herejías, así que los religiosos de aquel tiempo sometieron a investigaciones inquisitoriales a quienes profirieron dichas afirmaciones, así apresaron a Giordano Bruno y lo quemaron en la inquisición, mientras que a Galileo Galilei le hicieron desdecirse de sus afirmaciones y terminó en una especie de arresto domiciliario (a pesar que Galileo se las había ingeniado para ofrecer sus descubrimientos a los poderosos, les había regalado el telescopio que mejoro a uno de aquellos poderosos, dedicó uno de sus libros a otro y hasta le puso a las cuatro lunas de júpiter que descubrió los nombres de los Médicis, “Planetas Medicianos”, para congraciarse con ellos). Aun así, en contra de todos los esfuerzos de la religión por ocultar los descubrimientos de los científicos, igual estos hicieron entender que el mundo debía estudiarse y analizarse desde lo macro, desde el todo, no con un microscopio sino con un telescopio, macroscópicamente.

La religión se había forjado en la idea de un Dios todopoderoso, omnipotente, omnipresente, que lo veía todo y estaba en todas partes al mismo tiempo, que mostraban la omnisciencia total de Dios, que servía como un instrumento para vigilar y sancionar a los *pecadores*. Sin embargo, la ciencia logró vencer la visión basada en la fe y justificarse en los hechos, lo que permitió ver el mundo desde todas las aristas y no solo desde una autárquica posición.

La idea de investigar al individuo, y por lo tanto que el centro fuera el *individuo*, empezó con los griegos pero fue desapareciendo cuando las decisiones se tuvieron que someter al consenso, el todo, que también los griegos defendían en sus

ciudades-estados (que eran una especie de democracias republicanas). Fue recién desde la época de la Ilustración y la revolución francesa desde donde el individuo se afianzó con un documento atemorizador: “La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano” (aprobada por la Asamblea Nacional Constituyente francesa el 26 de agosto de 1789), desde donde el individuo -en contraposición al grupo social, reyes, emperadores, nobles y clero- llegaba a asumir su propio destino y por lo tanto «todo debía empezar en el individuo», que podía consensuar con los demás, pero que era el verdadero *centro de todo*.

Ya en la actualidad el individuo es el centro indiscutible, al cual se llegó por el Constitucionalismo, siendo prueba de ello el hecho que en la Constitución peruana de 1993, en su primer artículo se refiere al individuo como el objeto y sujeto preferente de la defensa y respeto de su dignidad que tienen que garantizar el Estado y la sociedad. Además, también el Código Penal se construyó en esa línea, naciendo luego las teorías de la autoría penal personalísima, responsabilidad penal personalísima, voluntad personalísima, etc. Dichos conceptos reinaron por mucho tiempo como indiscutibles; sin embargo, todo aquello en los esquemas del delito de Crimen Organizado ya no son suficientes, porque no sirven para combatir el nuevo fenómeno delictivo que antaño se presentaba con características microfísicas (el individuo en el centro con autoría, responsabilidad y voluntad personalísima), siendo que con el Crimen Organizado se presenta con características colectivas, por lo que las nociones de autoría, responsabilidad penal personalísima, y otras, deben adecuarse dentro de un marco macrofísico, colectivo, puesto que una Organización Criminal es un fenómeno «colectivo», tanto interna como externamente, porque en principio se constituye por un colectivo, porque afecta a toda la sociedad global y no solo a un grupo nacional o federal de sociedad. Así, el Crimen Organizado no afecta solo a la sociedad, Estado, nación en la que se esté realizando el delito, sino que afecta sistémicamente

a todo el mundo. El Crimen Organizado prueba por primera vez el funcionamiento como “sistema” del fenómeno jurídico penal.

Del anterior contexto podemos deducir que las organizaciones criminales, como fenómeno penal, deben ser estudiadas, analizadas, investigadas y tratadas dentro de un marco macrofísico, por lo que se requiere que las etapas de investigación, procesamiento y sentencia respecto de causas sobre el crimen organizado deben practicarse desde una óptica o visión holística, total, macrocósmica. Esto cambia todo el escenario penal y procesal penal, porque todo el fenómeno delictivo de la criminalidad organizada afecta directamente al mundo y no solo a un individuo, comunidad, sociedad, Estado, nación o gobierno. Un nuevo foco en atención: el Crimen organizado pone en relieve y en el centro el carácter sistémico de la vida, de las acciones u omisiones humanas; la necesidad de un nuevo escenario: el macrocósmico.

Este nuevo escenario global, macrocósmico, macrofísico (siendo ésta una “rama de la física que estudia la estructura y componentes del átomo) expone varios factores: como un escenario global, la formación de una identidad macrocósmica, ejercicio macrocósmico, consecuencias macrocósmicas, desborde de lo microfísico, individual, entre otras que abordaremos posteriormente.

----- & **Númerus Apertus** &-----

## **OBJECIONES** AL **INTERROGATORIO DENTRO DEL JUICIO ORAL**

Las objeciones que se pueden hacer al interrogatorio en el juicio oral son las siguientes:

- 1) Argumentativa: “Posee una deducción o inferencia”
- 2) Repetitiva: “Ya ha sido respondida”
- 3) Especulativa: Hechos que no ocurrieron o que ocurrieron de tal manera
- 4) Sugestiva: “Lleva la respuesta inserta en la pregunta”
- 5) Impertinente: “No guarda relación con el objeto del interrogatorio”
- 6) Ambigua: “No se puede comprender”
- 7) De opinión: Testigo no puede dar su opinión. Solo los peritos
- 8) Impropia: Atenta contra la dignidad del testigo
- 9) Capciosa: “Se quiere inducir a error”.

----- & **Númerus Apertus** &-----

## b) Universalismo del Crimen Organizado.-

La palabra “universalismo”, “universal”, en el derecho tiene su más importante expresión en la «Declaración Universal de Derechos Humanos» (que fuera dada el 10 de diciembre de 1948, en la ciudad de París, por la Asamblea General de las Naciones Unidas, mediante Resolución 217 A III), porque además de introducir unos determinados derechos irrefutables, sólidos, trajo consigo el fundamento de que el carácter de dichos derechos es “universal”, es decir, «vale para todas las personas» independientemente de su condición social, económica, racial, etc., y «tiene vigencia en todo el mundo».

En este contexto, podemos afirmar que el Crimen Organizado ha adquirido dicha forma conceptual, es “universal”; baste observar el alcance que tiene o llega a tener este tipo delictivo, el hecho que sus efectos no afectan solo a una nación, Estado, o un grupo de personas dentro de un determinado territorio, sino que sobrepasan incluso la soberanía, el territorio, la población e incluso geografía donde se producen los hechos delictivos, configurándose efectos de carácter «universal».

Esta textura está ya expuesta en normas internacionales. Así podemos encontrar que en la edición Ilustrada de la Declaración Universal de Derechos Humanos, publicada por las Naciones Unidas el año 2015, en su Introducción se escribe: “La Declaración Universal promete a todas las personas unos derechos económicos, sociales, políticos, culturales y cívicos que sustenten una vida sin miseria y sin temor. No son una recompensa por un buen comportamiento. No son específicos de un país concreto, ni exclusivos de una determinada era o grupo social. Son los derechos inalienables de todas las personas, en todo momento y en todo lugar: de personas de todos los colores, de todas las razas y etnias, discapacitados o no, ciudadanos o migrantes, sin importar su sexo, clase, casta, creencia religiosa, edad u orientación sexual.”.

Esta noción «universalizante» de los derechos de los seres humanos permite que la protección y defensa de la persona se

conciba como sistémica, pero dicha concepción no se podía aún apreciar como tal porque los derechos se defendían dentro de un Estado, nación, país, como si la delincuencia solo afectara a aquellos lugares donde se producía el acto delictivo; frente a esta concepción aparece la tipificación normativa de un hecho social delictivo cada vez más preeminente, con arraigo casi de «tradición», sin llegar a dicha nomenclatura por su lesividad e ilicitud, pero que en la realidad sigue imponiéndose como un hecho repetitivo, constante y continuo: el crimen organizado.

El crimen organizado tiene un carácter universal, no solo por su configuración delictiva, sino por los efectos extraestatales y globales de su existencia, ejecución e irradiación. De esta forma el delito ya no puede ser tomado dentro de un carácter nacional, particular, parcial, sino total, global, universal.

Esto nos lleva a entrar en la esfera del Derecho Internacional, y es que el crimen organizado está dentro de aquel marco internacional porque ya no se rige solo por las normas del derecho nacional - como son la Ley 30077 – Ley contra el Crimen Organizado, el Artículo 317 del Código Penal, que mediante el Decreto Legislativo N° 1244, modificando la figura delictiva de Asociación ilícita, la convirtió y adecuó al delito de “Organización Criminal”-, sino que rigen también normas internacionales como la Convención de Palermo, la Convención de Viena, Convención de Mérida, etc., que legislan sobre el crimen en todos los países miembros de las Naciones Unidas que hayan ratificado dichos acuerdos o convenios. Estas normas suponen también el proceso de reconocimiento de la universalización del fenómeno delictivo como el crimen organizado.

### **c) Superación del ámbito nacional, estatal.-**

Nuestro análisis nos lleva a la convicción que el Crimen Organizado es un tipo delictivo que ha superado el concepto de derecho penal nacional. Eso es lógico por cuanto su origen normativo proviene primero de la Convención de Palermo, que es la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia

Organizada Transnacional, es decir, que su regulación es de naturaleza «internacional», y también porque la constitución, ejercicio y efectos de las organizaciones criminales se producen no solo dentro del marco del país donde se revelan sus resultados, sino también pueden tener marcos de acción, producción y beneficios fuera de la nación en el cual se aprecian sus efectos delictivos. La nación como eje geográfico para determinar la criminalidad ha quedado desbordada, insuficiente.

La institución de «nación» en nuestro medio tiene una historia relevante. Ante la independencia con las ideas liberales de la Ilustración y de la Revolución francesa, los países liberados tenían que elegir cuál sería su forma de gobierno como «nación» o como «federación»; la primera consistía en características como la unidad, concentración y monopolización. Por su parte, el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española señala que nación proviene del latín *natio, ōnis*, que significaría 'lugar de nacimiento', 'pueblo, tribu', y concluye que la nación es un “Conjunto de los habitantes de un país regido por el mismo Gobierno”, “Conjunto de personas de un mismo origen y que generalmente hablan un mismo idioma y tienen una tradición común.”. Así, una nación responde especialmente a un Estado unitario, con ciertos elementos constitutivos como: 1) gobierno nacional centralizado; 2) descentralización del gobierno solo por transferencia del Estado centralizado; 3) territorio como “única entidad de soberanía”; 4) Gobierno central soberano.

Entre los Estados Unitarios tenemos: 1) Perú; 2) Colombia; 3) Bolivia; 4) Chile; 5) Ecuador, 6) Francia, 7) Grecia; 8) Paraguay; 9) Uruguay; 10) Panamá; 11) Polonia; 12) Portugal; 13) Turquía; 14) Irlanda; 15) Italia; 16) Nicaragua; 17) Haití; 18) Corea del Sur; 19) Croacia; etc.

Por otro lado, los Estados Federados tienen las siguientes características: 1) son estados con gobiernos autónomos que no requieren de la autorización del gobierno central; 2) Existen varios estados con autogobierno, 3) Se constituyen de

forma voluntaria; 4) Existe soberanía de sus estados integrantes.

Entre los Estados Federados en América tenemos: 1) Estados Unidos de Norteamérica; 2) Estados Federados de México; 3) Brasil; 4) Venezuela; 5) Argentina. En otras partes del mundo se tiene: 1) Suiza; 2) Alemania; 3) Austria; 4) Bélgica; 5) Rusia; 6) India; 7) Birmania; 8) Pakistán.

Visto el anterior marco, debe tenerse en cuenta que el crimen organizado desborda cualquier tipo de organización gubernamental o de poder político, como los Estados Unitarios (naciones) o Estados federados, porque sus elementos constitutivos, como el concierto de voluntades (pluralismo de personas), pueden darse indistintamente en uno o más países, Estados nación o federados; así también, la constitución de las organizaciones criminales pueden darse en cualquier país, siendo que el ejercicio de sus finalidades instrumentales (comisión de delitos) se pueden ejecutar en cualquier lugar del mundo; así también, la conformación de sus integrantes pueden estar ubicadas, domiciliadas y residir en distintos países del mundo, etc. Estamos entonces ante un fenómeno delictivo que desborda el concepto de nación o Estado porque el problema no es de una sola entidad gubernamental o de poder público (Estado) que debe enfrentarse a los efectos del crimen organizado, sino que éste cruza todas sus fronteras, por ejemplo, la logística puede provenir de un país, los delitos se pueden cometer en otro país, los integrantes cabecillas, jefes y demás integrantes pueden encontrarse en otro país o Estado. Todo esto supera el marco nacional y de derecho interno del fenómeno delictivo de las organizaciones criminales.

La «Nacionalidad» como institución jurídica se encuentra contenida en el Art. 52 de la Constitución Política de 1993, que prescribe: "Nacionalidad ." Artículo 52.- Son peruanos por nacimiento los nacidos en el territorio de la República. También lo son los nacidos en el exterior de padre o madre peruanos, inscritos en el registro correspondiente, conforme a ley. / Son asimismo peruanos los que adquieren la nacionalidad por naturalización o por opción, siempre que

tengan residencia en el Perú.” Esta norma define que la nacionalidad da la condición de peruano, y por lo tanto, sujeto de derechos y deberes de acuerdo con las normas jurídicas peruanas. La condición de nacional puede servir como una variable para el juzgamiento, como es el caso de extradición, pero en los hechos el crimen organizado desborda esta definición. Además, resalta una nueva pregunta ¿No son responsables por los actos de sus nacionales los Estados?, ¿No tendrían que responder política y económicamente los Estados por los daños, infracciones, delitos cometidos por sus nacionales? Los derechos y deberes entre países y entre particulares de diferentes países o estados se regula la costumbre internacional, convenios bilaterales, trilaterales, tratados, cortes internacionales, principios de reciprocidad, etc.; pero no existe un «Fondo para la indemnización y pago por los daños, delitos y faltas cometidos por los ciudadanos de los Estados diversos en el país agraviado», que podría ser una forma de involucrar directamente a los Estados en la lucha contra la corrupción.

#### d) Desborde del marco geográfico.-

El crimen organizado evidentemente supera y desborda el marco nacional de los Estados, esto se traduce en ciertos tipos específicos, como el desborde geográfico.

Por este factor el concepto de crimen organizado desborda la idea geográfica del delito, puesto que los integrantes de dicho ilícito no se centra exclusiva y excluyentemente en un país (geografía) sino que su tendencia es a ser de muchos países. Esto nos lleva a repensar las ideas sobre la jurisdicción y competencia.

En el crimen organizado, como hecho delictivo, pueden concurrir muchas variables, a ser, por ejemplo:

- 1) La decisión y orden de realizar el hecho delictivo se realiza en un país determinado (país donde se producirán el hecho delictivo o, país en donde no se producirá el hecho delictivo);

- 2) La ejecución del hecho delictivo se toma en el país donde se recibió la orden de cometer el acto delictivo o, en un país distinto al del cual se recibió la orden de cometer el hecho delictivo;
- 3) La logística (dinero, armas) provienen del país donde se realizó el hecho delictivo, o provienen otro país distinto al de donde se realizó el hecho criminal;

En este contexto este tipo delictivo requiere la utilización de otros instrumentos específicos de relación interestatal, con figuras como la «Extradición», «Tratados», «Principios de Reciprocidad», entre otros.

En principio, el marco o jurisdicción y competencia territorial se encuentra enmarcado en la Constitución Política del Perú, en su Art. 54, que prescribe que “El territorio del Estado es inalienable e inviolable. Comprende el suelo, el subsuelo, el dominio marítimo, y el espacio aéreo que los cubre”. / El dominio marítimo del Estado comprende el mar adyacente a sus costas, así como su lecho y subsuelo, hasta la distancia de doscientas millas marinas medidas desde las líneas de base que establece la ley. / En su dominio marítimo, el Estado ejerce soberanía y jurisdicción, sin perjuicio de las libertades de comunicación internacional, de acuerdo con la ley y con los tratados ratificados por el Estado. / El Estado ejerce soberanía y jurisdicción sobre el espacio aéreo que cubre su territorio y el mar adyacente hasta el límite de las doscientas millas, sin perjuicio de las libertades de comunicación internacional, de conformidad con la ley y con los tratados ratificados por el Estado.”

Sin embargo, el crimen organizado puede cometerse desbordando los límites «territoriales» de los Estados. Estos límites fronterizos nacen la edad moderna, donde toda tierra tiene un dueño: un particular o el Estado; las zonas eriazas o desérticas pertenecen al Estado, a diferencia de antaño donde aún existían «tierras de nadie», es decir, tierras que no pertenecían a ninguna persona o Estado.

La determinación de la soberanía territorial de los Estados encontramos, las delimitaciones jurisdiccionales, con instituciones como la «jurisdicción» y la «competencia». En el área penal la jurisdicción es la potestad administrar justicia por los juzgados y salas penales del Poder Judicial y Salas del Tribunal Constitucional en el ordenamiento nacional, además está la Corte Penal Internacional que conoce procesos de genocidio, guerra, agresión y lesa humanidad; debiendo, a nuestro parecer agregar el delito de organización criminal, dado la naturaleza de los efectos globales, internacionales de dicho tipo delictivo.

En el Código Penal peruano de 1991 (Decreto Legislativo N° 635) el territorio se trata en su Exposición de motivos, donde se señala sobre la Aplicación Espacial la novedad de “(...) aceptar el criterio de la ubicuidad para determinar el lugar de comisión del delito, pudiendo ser aquel sitio en que se produjo la acción u omisión o el de la manifestación del resultado (artículo 5).” , es decir, donde se provocó el hecho delictivo o donde se produjeron los resultados del hecho delictivo.

El Art. 1 del Código Penal define el “Principio de Territorialidad” prescribiendo que la ley penal se aplica a todo el que comete un hecho punible en el territorio de la República, así como en las naves, aeronaves nacionales públicas en donde se encuentren, la naves o aeronaves nacionales privadas que se encuentren en alta mar o en espacio aéreo donde ningún Estado ejerza soberanía, salvo las excepciones del Derecho Internacional. Por lo tanto, la regla es que el derecho penal se aplica a toda conducta ilícita, delictiva cometida en «territorio» peruano, o aquello que «se considere territorio peruano», como las naves, aeronaves, etc., nacionales públicas y privadas peruanas.

Así también, el Art. 2 del Código Penal establece el Principio de Extraterritorialidad, Principio Real o de Defensa y Principio de Personalidad Activa y Pasiva, por la cual “La Ley penal peruana se aplica a todo delito cometido en el extranjero cuando: 1. El agente es funcionario o servidor público en desempeño de su cargo; 2. Atenta contra la seguridad o la

tranquilidad pública o se traten de conductas tipificadas como lavado de activos, siempre que produzcan sus efectos en el territorio de la República; 3. Agravia al Estado y la defensa nacional; a los Poderes del Estado y el orden constitucional o al orden monetario; 4. Es perpetrado contra peruano o por peruano y el delito esté previsto como susceptible de extradición según la Ley peruana, siempre que sea punible también en el Estado en que se cometió y el agente ingresa de cualquier manera al territorio de la República; 5. Se trate del delito de cohecho activo transnacional perpetrado por peruano o representante de una persona jurídica domiciliada en el Perú; 6. El Perú está obligado a reprimir conforme a tratados internacionales."

Así también, por el "Principio de Representación. Artículo 3.- La Ley Penal peruana podrá aplicarse cuando, solicitada la extradición, no se entregue al agente a la autoridad competente de un Estado extranjero."

Además, el Código Penal establece las "Excepciones al Principio de Extraterritorialidad.- Artículo 4.- Las disposiciones contenidas en el Artículo 2, incisos 2, 3, 4 y 5, no se aplican: 1. Cuando se ha extinguido la acción penal conforme a una u otra legislación; 2. Cuando se trata de delitos políticos o hechos conexos con ellos; y, 3. Cuando el procesado ha sido absuelto en el extranjero o el condenado ha cumplido la pena o ésta se halla prescrita o remitida. / Si el agente no ha cumplido totalmente la pena impuesta, puede renovarse el proceso ante los tribunales de la República, pero se computará la parte de la pena cumplida.

Y por último el Código Penal expresa: "Principio de Ubicuidad.- Artículo 5.- El lugar de comisión de un delito es aquél en el cual el autor o partícipe ha actuado u omitido la obligación de actuar o en el que se producen sus efectos".

Sin embargo, el Código aún está tratando de regular a sus nacionales, a ciudadanos de un Estado, a personas como integrantes de un Estado dentro de un territorio, enmarcados también en funciones públicas de aquel territorio donde se ubica el Estado moderno, con sus fronteras geográficas y sus

islas, naves, buques, aviones, embajadas, etc., que siguen expresando la nacionalidad o territorialidad del ciudadano, para determinar la responsabilidad del individuo, dentro de unas fronteras que el mundo actual ha superado, vulnerado, hace ya bastante tiempo, desde que se inventaron las computadoras, se hicieron democráticas el uso de las redes sociales y el internet, que desconocen y saltan toda frontera territorial; así la legislación sobre el lugar donde se realiza el hecho delictivo no tiene mayor relevancia, actualidad ni aplicación. No importa el territorio o geografía donde se haya realizado el hecho o se produzca el resultado, lo importante es la vulneración al derecho, sin fronteras, sin soberanías, sin nacionalidades, ni ubicuidad territorial, o espacios geográficos ficticios como las naves, buques, embajadas, etc. El hecho delictivo en el mundo informático responde a otras realidades, y aunque exista una prescripción legal que sancione un hecho con las características del marco de territorialidad, ubicuidad, extraterritorialidad, estos factores han perdido relevancia ante lo verdaderamente importante, evitar el delito, perseguir al delincuente, reparar el daño causado a la víctima. El Crimen Organizado ha universalizado el tipo delictivo de organización criminal en todo el mundo, con características similares en un noventa y más por ciento. Siendo el Crimen organizado de orden colectivo, puede suceder que los integrantes (el colectivo) cumplan con todos los requisitos de la territorialidad, extraterritorialidad, ubicuidad, etc., porque no se trata de un individuo, sino de un colectivo (un grupo de personas) que perfectamente cometen todos aquellos presupuestos. Entonces, los conceptos de territorialidad y demás que venimos analizando, se derrumban, porque han sido construidos para determinar la responsabilidad penal de un individuo, para juzgar a una persona dentro de una condición territorial, nacional, o dentro de un espacio territorial.

La tipificación del delito de organización criminal permite que se presenten todos los supuestos que antes estaban separados con el derecho penal común o nacional; así, una

persona puede estar cometiendo el delito en un país, pero a la misma vez otra persona puede estar ejecutando el delito en otro país; los integrantes de la organización pueden estar realizando la actividad, su función, en distintos países, siendo que el delito no es cometido por uno sino por tres o más, los presupuestos para definir la territorialidad, ubicuidad, extraterritorialidad, excepcionalidad, no concuerdan con el tipo delictivo, sino solo para determinar la comisión de un delito así como determinar la responsabilidad penal personalísima.

#### **e) Desborde del ámbito poblacional.-**

Por el desborde del ámbito poblacional se entiende que el crimen organizado no se produce en una población de un determinado país sino también en poblaciones indistintamente del país. El marco de existencia, operación y consecuencias desborda los límites geográficos, pero a la vez desborda el concepto de población, como se conceptúa en el derecho nacional interno. La población afectada no está determinada dentro de los márgenes de un Estado, país o nación, sino que es un atentado contra el concepto de población, contra toda la población, que significa, conjunto de personas existentes y con derechos y deberes. De esta forma, no importa la nacionalidad de los sujetos atacantes, autores del crimen organizado, ni tampoco la nacionalidad de los sujetos agraviados. La nacionalidad, consagrada como una adherencia y pertenencia a un determinado país no significa nada más que un límite temporal, porque la criminalidad organizada vulnera al concepto “población” y no distingue entre qué tipo de población sea.

La población es solo un marco numérico mediante la cual se mide el número de personas que habitan dentro de un determinado marco estatal, jurídico o geográfico. Así, el concepto de agraviado no puede recaer ya solo en un individuo, el Estado, o una determinada población nacional, sino en todo el mundo. Esto es así, porque sus efectos y su naturaleza no respeta los límites geográficos ni de nacionalidad, y porque

para realizar dichas actividades las organizaciones criminales necesitan proveerse de recursos que pueden provenir de cualquier tipo de población. El concepto de población, como unidad de habitantes dentro de un territorio nacional o de un país se derrumba, porque el afectado, agraviado es toda la sociedad, puesto que el crimen organizado es un atacante primero del propio Estado nacional y después de todo el mundo organizado y sistematizado jurídicamente. Los conceptos de población, nacionalidad, soberanía, territorio, entre otros, quedan insuficientes para comprender el fenómeno del crimen organizado que ya no opera dentro de un determinado territorio específico y solo con una población específica, porque sus efectos causan daños a derechos universales.

#### **f) Desborde del ámbito individual.-**

Por el desborde del ámbito individual, se entiende que el delito de crimen organizado no responde al concepto clásico de la responsabilidad penal personal, sino que solo habrá dicha responsabilidad penal si el fenómeno supera el ámbito individual y es más bien colectivo.

Por esta noción entendemos que la responsabilidad penal ya no es personalísima sino colectiva, puesto que el delito de Organización Criminal solo puede configurarse, como tipo, si se cometen en grupo de tres o más personas, por lo tanto, siendo así, no existe responsabilidad penal individual, sino solo colectiva. O, dicho, en otros términos, solo existe responsabilidad penal si existe grupo de personas responsables.

El delito de organización criminal desborda el concepto de individualidad, de individuo como sujeto de derecho punitivo, o sujeto activo del delito, porque su configuración responde a dos aspectos colectivos: voluntad colectiva (acuerdo colectivo para cometer ilícitos) y participación colectiva (tres o más personas).

Así, ya no es probable una especie de “hombre unidimensional”, como titulara y explicara en su libro el

filósofo Herbert Marcuse, sino un colectivo responsable. Entender al individuo no es suficiente, como por el contrario lo planteaban obras como: “El lobo estepario” de Hermann Hesse, “El extranjero” de Albert Camus, o “Historia de la Ilustración” de Emmanuel Kant.

La teoría filosófica del individualismo tampoco es suficiente, porque aquella corriente centra el análisis en el individuo y su libertad, siendo el crimen organizado un fenómeno de un individuo y su libertad a unirse a otros individuos para concertar cometer delitos.

(\*) Parte del libro “EL CRIMEN ORGANIZADO- Los delitos colectivos y empresariales ¿La muerte del Derecho Penal Común? Nuevas Teorías sobre Organización Criminal”. Alex Ricardo Zambrano Torres