

LAS AGRUPACIONES ILÍCITAS COMO DELINCUENCIA ORGANIZADA



Leonardo Ramírez Murcia

LAS AGRUPACIONES ILÍCITAS COMO DELINCUENCIA ORGANIZADA

Autor

Leonardo Ramírez Murcia

364.143

R173a Ramírez Murcia, Leonardo, 1961-

Las agrupaciones ilícitas como delincuencia organizada / Leonardo
sv Ramírez Murcia. -- 1a. ed. -- San Salvador, El Salv. : Multilibros,
2009.

181 p. ; 22 cm.

ISBN 978-99923-836-1-2

1. Asociación delictuosa. 2. Actos ilícitos. 3. Crimen organizado.
I. Título.

BINA/jmh

Las agrupaciones ilícitas como delincuencia organizada

400 ejemplares

Noviembre, 2009

Derechos Reservados®

Editorial Multilibros, S.A. de C.V.

21ª. Avenida Norte # 211, San Salvador, El Salvador, C.A.

Tels.: (503) 2208-8674 • 2208-8680

Diagramación

Evelyn Elizabeth Reyes

Correcciones

Mary Cruz Jurado

Braulio Galdámez

Impresión

Tecnoimpresos, S.A. de C.V.

19 Av. Norte No. 125, San Salvador, El Salvador.

Tel.: (503) 2275-8861 • e-mail: gcomercial@utec.edu.sv

LEONARDO RAMÍREZ MURCIA

*Especialista en Justicia Penal
Estudios de Maestría en Justicia Penal
Profesor universitario
Director de tesis de grado
Juez del Tribunal Quinto de Sentencia,
San Salvador.*

El propium de la criminalidad organizada consiste en la paralización del brazo que ha de combatirla, con la corruptibilidad del aparato estatal es cuando realmente entraría en funcionamiento una nueva forma de criminalidad.

W. Hassemer

Índice

Prólogo

I.- Introducción.....	18
II.- Aproximación al concepto de agrupaciones ilícitas: (Desde una tipología jurídico-penal).	
a) Generalidades	24
b) Del concepto de agrupaciones ilícitas y sus elementos.....	30
b.1) Agrupamiento de personas (el todo sustituye al individuo).....	35
b.2) Permanente	38
b.3) Acciones delictivas ejecutadas dentro del plan inicial o sobrevenido de cometer delitos	40
b.4) Del propósito delictivo propiamente dicho	44
b.5) Agrupamiento estructurado	48
III.- Marco constitucional del Derecho de Asociación y sus límites	52
IV.- Tipicidad y agrupaciones ilícitas.....	58
V.- Algunas consideraciones sobre la figura penal en las agrupaciones ilícitas	
a) Generalidades	69
b) Del concepto de figura penal	70
c) Figuras dominantes del tipo penal en las agrupaciones ilícitas	72
c.1).- Figura básica	74
c.2).- Figura agravada y especialmente agravada.....	76
VI.- Elementos objetivos del tipo penal de agrupaciones ilícitas	82
a) La acción típica.....	82
b) El bien jurídico protegido.....	89
VII.- Elemento subjetivo del delito de agrupaciones ilícitas	100

VIII.- La política criminal para combatir las agrupaciones ilícitas	
como crimen organizado.....	106
a) La política criminal en relación con las agrupaciones ilícitas	108
b) Medidas para enfrentar y combatir a las agrupaciones ilícitas.....	111
b.1) La construcción del tipo penal de las agrupaciones	
ilícitas y la implementación de penas y medidas drásticas	
para los delitos relacionados con la delincuencia organizada...	116
b.2) Necesidad de darle asidero legal y eficacia a la figura	
del criterio de oportunidad.....	118
b.3) El agente encubierto, el infiltrado y la entrega	
controlada	123
b.3.1) De la entrega controlada.....	125
b.4) El arrepentido	126
b.5) Medidas contra la corrupción y la protección	
de víctimas y testigos.....	128
c) La ley como soporte de la política criminal y su evolución	
configurativa entre el año de 1999 y el 2004.....	139
Morfología del art. 345 y otras disposiciones del código	
penal, relacionadas con las agrupaciones ilícitas como crimen	
organizado	142
IX.- Conclusión	171
X.- Bibliografía	178

PRÓLOGO

al libro de Leonardo Ramírez Murcia
**“LAS AGRUPACIONES ILÍCITAS
COMO DELINCUENCIA ORGANIZADA”**

**ACERCA DE LA LUCHA EN CONTRA DE LA
CRIMINALIDAD EN EL ESTADO DEMOCRÁTICO
Y SOCIAL DE DERECHO.**

LA HISTORIA DE UNA INVOLUCIÓN.

Prologar un libro siempre es un gran honor, sobre todo cuando se trata de una obra indispensable y necesaria para la reflexión de la ciencia y la praxis y ése es el caso de este libro del colega Leonardo Ramírez. La tarea se hace más meritoria cuando se trata de otro aporte, que hace un querido discípulo a la discusión científica de su país, con proyecciones de indudable importancia para la crítica de la política criminal, que está construyéndose en nuestros países.

El influjo de constructos ideológicos propios de un derecho penal del enemigo y de una filosofía del combate o de guerra contra un fenómeno fantasmal y criminológicamente mal comprendido, como lo es, sin duda, el de la criminalidad organizada, obliga a una

reconstrucción, primariamente dogmática de dichos constructos, para hacerlos evidentes y, por supuesto, someterlos a un análisis de sus consecuencias.

Los estudios de este tipo no son frecuentes en nuestro margen cultural, muy proclive a disertaciones complacientes con la política criminal de nuestro tiempo, y a tratar de fortalecer ideológicamente las tendencias violatorias de los derechos humanos y reductoras de las garantías procesales. Es más, afrontar la tarea de describir los fenómenos y aportar a la crítica de algunas de sus características, podría ser castigado hoy como una “herejía” en contra de las víctimas y a recibir epítetos de que se trata, en algún caso, de una obra complaciente en contra del derecho colectivo de rescatar a la sociedad de la inseguridad y el miedo. Es por ello, que publicar hoy requiere una buena dosis de valentía, sobre todo si se hace desde la jurisdicción y desde la óptica de un derecho penal democrático.

Don Leonardo, por ello, y con mucho coraje, nos invita a estudiar el tema de las agrupaciones ilícitas siguiendo una dinámica doble: por un lado, nos pide seguir el derrotero del marco constitucional en relación con el derecho de asociación, para después proceder a un estudio de los grupos criminales, como una forma de organización o de acuerdo de voluntades con fines ilícitos. Esta última vía promueve una identificación de los requisitos de derecho penal sustantivo, para luego pasar revista a las usuales herramientas de combate: agentes encubiertos, infiltrados, testigos de la corona, medidas punitivas y otras formas de reacción jurídico-penal.

En torno a los problemas que describe y disecciona Ramírez Murcia, salta a la vista, en primer lugar, el gran inconveniente de describir una conducta que no es tal, sino una especial predisposición a delinquir, a fraguar planes para realizar una actividad por caminos ilícitos o asociarse para tal fin. Un tipo penal construido de esta forma parece sintetizar, no sólo un arquetipo casi puro de un derecho penal de autor, sino también de un derecho penal de convicción, que pretende exigir al sistema penal a controlar los fines, los planes, las

ideaciones de un grupo o asociación de personas, que aún no han delinquido pero que pueden llegar a hacerlo. Por más que el legislador ha pretendido redondear una “concreción del riesgo” existe, por lo menos en las figuras estudiadas en este texto, una aparente intención de punir intenciones aún no desarrolladas o exteriorizadas.

Una descripción de tal jaez propone una lesión directa al viejo principio liberal, cuya versión latina dice “*cogitationis poenam nemo patitur*” (“Nadie sufre pena por su pensamiento” – “El pensamiento no delinque”). Proponer un castigo penal de este tipo exige un adelantamiento de la función de castigo del Estado, a etapas o momentos de la realización de un hecho delictivo, en donde éste no es más que un proyecto de acción o, a lo sumo, una preparación lejana. El derecho penal del Estado Democrático y Social de Derecho se opone a tales tendencias, al exigir reacción penal frente a los actos exteriorizados de una persona. En otras palabras, un derecho penal liberal exige que se castiguen conductas humanas exteriorizadas, conductas humanas que ya manifiesten, por lo menos, un peligro concreto para un bien jurídico y que no sean, al menos en su carácter simbólico, la mera exposición a un proyecto futuro de criminalidad. La esencia de aquel principio enunciado en latín radica, precisamente, en la conexión legitimadora que le provee la necesidad de proteger esos entes valiosos para el contrato social mediante el derecho penal: Sólo serán protegidos aquellos bienes jurídicos que sean centrales para el mantenimiento de ese contrato social, en estricto apego al principio de *última ratio* y mínima intervención del derecho penal, y cuando la punición de tales daños sea reconducible a una acción exterior que, como mínimo, represente un peligro concreto para un bien jurídico.

Como puede verse, el derecho penal de acto es mucho más que la mera pretensión de construir una función de castigo, a partir de acciones humanas. Se trata de perseguir mediante el derecho penal y de sancionar las transgresiones que, además, pongan en grave peligro las bases fundamentales sobre las que se ha montado todo el proyecto social de una determinada colectividad. De aquí se deduce que no

toda conducta humana puede ser objeto de persecución penal, como tampoco no todo bien jurídico tiene la entidad suficiente de recibir la tutela de la herramienta más poderosa en manos del Estado, para someter a sus ciudadanos. Por ello, la labor de hacer realidad esta aspiración democrática, la de someter a tutela penal sólo las acciones humanas que afecten gravemente la vida de convivencia, es una labor constante de escogencia y, por supuesto, de discusión sobre cuáles son esas bases fundamentales que se desea proteger, y por qué ha de acudir al derecho penal para protegerlas adecuadamente.

Estas reflexiones viven, con todo, un mal momento. Hoy impera por doquier la lógica de la seguridad como elemento esencial de las políticas públicas y constituye un requerimiento elemental para la vida de convivencia.

El temor al delito y a ser víctima de un acto criminal lleva al ciudadano a exigir seguridad a cualquier costo, incluso de las garantías y libertades que, por centurias, han engalanado las constituciones liberales. La “epistemología del riesgo” exige ya del legislador penal la posibilidad de adelantarse a riesgos lejanos, a puestas en peligro de bienes jurídicos apenas contingentes y procurar, a través de mecanismos normativos, la reducción de tales riesgos a su mínima expresión.

Lo que podríamos denominar una “política posmoderna” desarrollada en Europa, y reproducida, de alguna manera, en América Latina y los Estados Unidos, sobre todo, después del atentado sufrido en dicho país el 11 de septiembre del 2001, ha revelado una poderosa tendencia en el derecho y en la praxis del sistema de justicia penal, que hace uso de cada vez más poderosos conceptos de carácter funcional, que tienen el objetivo de modificar las tradicionales limitaciones del derecho penal y permitir investigaciones de más amplio espectro para perseguir y controlar, sobre todo, el terrorismo y otras formas de criminalidad globalizada.

La amenaza del delito se ha convertido en la moneda común de los profetas de la inseguridad, quienes exigen de manera estentórea, una reacción contundente e inmisericorde contra el delito y los delincuentes, dibujando escenarios de muerte, de violación, de angustia y sufrimiento, que guardan mucha semejanza con las estadísticas de impunidad que no se cansan de lanzar a los cuatro vientos. Las exigencias son tan “urgentes” que una reacción racional, tranquila y acorde a las circunstancias, no es posible. Los paisajes de inseguridad, de miedo y de pérdida de orientación parecen haberse apoderado de las clases políticas de los países, y las soluciones de “mano dura” y de “súper mano dura” son las ocurrencias con las que se han aderezado los últimos cambios de la legislación, por lo menos en Centroamérica, en los últimos años.

Por supuesto, el problema de la criminalidad ha alcanzado niveles de profunda preocupación, como también los niveles de profunda inequidad en los que se han sumido las sociedades modernas, donde la separación entre ricos y pobres se hace cada vez más profunda y dolorosa, donde el acceso al alimento, al trabajo o a una vivienda digna resulta una lucha cotidiana para numerosas personas, en las sociedades latinoamericanas de hoy en día. El paisaje de las víctimas del delito, de los refugios supervigilados y controlados en los que habitan los más pudientes de las clases emergentes de nuestro margen cultural, así como el crecimiento exponencial de las policías privadas y de la hipervigilancia de los espacios públicos, son los elementos con los que es indispensable identificar nuestras modernas sociedades, y donde, cada vez más, las herramientas de carácter procesal, como los testigos de la corona, los arrepentidos, los infiltrados y los mecanismos diversos de observación y de intercambio de información constituyen los medios más “eficientes” para brindarnos la seguridad perdida. Ahí comienza recién el problema al que nos quiere invitar el trabajo del colega Leonardo Ramírez.

El Estado se ha movido, con pasos decididos, del lado de la libertad hacia el lado de la seguridad. En su condición de “partner” se pone al servicio de las sociedades angustiadas y les ofrece instrumentos para recuperar la seguridad perdida, pero sin detenerse en sus siempre presentes necesidades de información para todos los fines imaginables. Los métodos para el control de las conductas desviadas y que generan inseguridad implican también lesiones a derechos fundamentales de los ciudadanos inocentes, que quedan en las redes informativas de los mecanismos de control instaurados con el fin de obtener la ansiada y huidiza seguridad. Algunas de las herramientas procesales que hemos listado, y que disfrutan de un análisis concienzudo en este libro de Ramírez, parecen situar el problema desde la óptica de lo que es indispensable, pero nunca desde la óptica de lo que es proporcional o soportable para el régimen de garantías democráticas del proceso penal moderno.

La ciencia del derecho penal parecía oponerse a estas tendencias, sobre todo en la última parte del siglo XX; pero este nuevo siglo parece recomponer las líneas de batalla, y si se quiere también absolutiza algunas de las consecuencias y las perpetúa en el análisis jurídico y en la respuesta legislativa.

El concepto de seguridad en boga es aquél que conecta, directamente, con la idea de alcanzar paz a cualquier costo, incluso de garantías fundamentales y no se escatiman esfuerzos en implementar todo aquello que sea técnicamente posible, casi sin atender a ninguna consideración de carácter constitucional.

La prevención del delito significa hoy “combate de la criminalidad a cualquier costo” y los acercamientos teóricos y jurídicos provenientes del populismo penal, hacen natural y razonable que los ciudadanos entreguen sus derechos y libertad para alcanzar una seguridad que les es huidiza y mítica.

Las “víctimas” de este proceso de “repensamiento” del derecho penal liberal, no son otras más que la dogmática de los

derechos fundamentales y el mismo marco de referencia del concepto antropológico constitucional, en la búsqueda de un reposicionamiento de fines y objetivos de carácter colectivo, que ya no parece ser posible limitar o incluso matizar en su enfrentamiento con libertades y derechos individuales.

Estos cambios ya es posible observarlos en la jurisprudencia y en la legislación comparada, donde el afán consiste en darle “funcionalidad” a la administración de justicia penal a través, principalmente, de una desformalización del proceso penal y de un equilibrio contradictorio con los derechos fundamentales del acusado. Los elementos de este proceso discursivo se toman de la discusión sobre el “derecho fundamental a la seguridad”, que ya apunta, por sí mismo, a una absolutización de los fines de la sociedad.

Los retos del combate de la criminalidad globalizada, principalmente la criminalidad organizada, el terrorismo y la criminalidad por medios electrónicos, proponen, sin embargo, la necesidad de nuevos elementos de reacción.

Tipos penales de peligro abstracto, bienes jurídicos difusos de carácter supraindividual, y el castigo de ciertas “convicciones” inconvenientes parecen ser el punto de partida de un “nuevo” elenco de artefactos para recomponer la realidad y poner las cartas del lado de los órganos del control penal.

Como ya lo hemos planteado en su momento¹, y lo reafirmamos ahora, el estudio de este instrumentario de reacción contra la criminalidad organizada implica reflexionar sobre los efectos sociales, político-criminales² y científicos, que el funcionamiento de las

1 Chirino, Alfredo. La Seguridad como un topos discursivo en la política criminal centroamericana. Perspectivas de una desesperanza, en: Revista Estudiantil Hermeneútica. San José, Costa Rica. Facultad de Derecho. Universidad de Costa Rica. No. 14, junio del 2005, pp. 35 y ss.

2 Lo que al mismo tiempo implica plantearse la pregunta de si tales criterios pertenecen exclusivamente a reglas de la parte general del Código Penal, como lo podría ser, por ejemplo, el criterio de la mínima afectación del Bien Jurídico, o si por el contrario se trata de una mera constatación en cuanto al interés de la

agencias encargadas de la investigación de los hechos de interés para el sistema penal producen. Por ello, un estudio de la reacción frente a los grupos criminales no puede ser una mera explicación normativa, sino que debe acarrear, por fuerza de sus contradicciones y del papel que cumple en el eje justificativo de las funciones del derecho penal, una propuesta que sirva para reconducir la discusión de la praxis de la administración de la justicia penal al examen de sus consecuencias³.

El trabajo que hoy nos ofrece la inquietud intelectual de este jurista salvadoreño, es un primer paso en este camino hacia la comprensión de estas tendencias, de los rasgos de ese “nuevo” derecho penal contundente que se está configurando en nuestra región centroamericana, y el cual hay que conocer y analizar a profundidad.

Estoy seguro de que esta obra llega en buen momento también para El Salvador, donde se discute ya una reforma integral del derecho penal sustantivo, y donde, además, estoy seguro, tendrán un lugar preponderante las trincheras de combate ya conocidas entre un

persecución desde el punto de vista de “funcionalidad de la administración de la justicia”, aspecto este último que revelaría una peligrosa tendencia en la posible interpretación de los conceptos.

- 3 Hassemer resume de esta manera la propuesta de orientación a las consecuencias, al menos desde la perspectiva metodológica: “La orientación a las consecuencias del derecho penal no significa la autodisolución en los intereses político-criminales, de política de seguridad o de política interna del Estado, tampoco significa un acomodo ciego a las tendencias de la modernización y “efectivización”. Orientación a las consecuencias significó y significa la admisión de los efectos prácticos del derecho penal en el arsenal de los temas que merecen un examen y crítica desde la perspectiva de la ciencia del derecho penal, ella busca enriquecer el pensamiento penal y moverse de manera más cercana a su práctica y no someterse meramente a los intereses externos de actuación. “La orientación a las consecuencias” debe significar hoy: considerar de manera sistemática los efectos de esta modernización para el derecho penal, tanto para su teoría como para su práctica; así como también para la Política Criminal”. Hassemer, Winfried, *Perspektiven einer neuen Kriminalpolitik*, en: *Strafverteidigervereinigungen* (edit), *Aktuelle Probleme der Strafverteidigung unter neuen Rahmenbedingungen*, 19. *Strafverteidigertag* (Décimo novena Reunión de Defensores Penales), celebrada del 24 al 26 de marzo de 1995 en Friburgo de Brisgovia, República Federal de Alemania, Colonia, Ed. Der Andere Buchladen, Primera Edición, 1995, p. 46.

derecho penal contundente y un derecho penal orientado a garantías. El triunfo de este último dependerá, como siempre, de la capacidad de convicción que las garantías y el discurso democrático tengan en el acomodo de fuerzas políticas que se ventilan en una reforma penal.

Quiero dejar unas últimas palabras de agradecimiento a Don Leonardo, una vez más, por haberme dado la primicia de leer esta obra cuando todavía se encontraba en los procesos previos a su publicación, y prologarla desde la mirada de un académico que tiene ya lazos profundos e intensos de amistad con ese joven grupo de juristas que ha hecho del derecho penal su objeto de estudio en El Salvador. El hecho de que esta amistad se haya fraguado en los estudios universitarios que culminaron estos juristas en Costa Rica, sólo es una muestra más de que la unión de este hermoso pedazo de América Latina se está produciendo, antes que de una manera política, desde una perspectiva solidaria, de intercambio y de producción intelectual de la mayor intensidad.

Le auguro al autor un público, atento y crítico, con el fin de que sus aportes científicos, oportunas observaciones y talento descriptivo iluminen el difícil camino de encontrar soluciones a los problemas que acongojan a nuestros países en este principio de siglo, tan lleno de oscuridades y contradicciones.

Prof. Dr. Alfredo Chirino Sánchez

Catedrático de la Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica
Juez del Tribunal de Casación, Segundo Circuito Judicial de San José, CR.

Tres Ríos, Cartago, noviembre del 2008.

I. INTRODUCCIÓN

La criminalidad organizada se ha convertido en un factor delictivo muy recurrente en nuestras sociedades, debido a que se ha vuelto más visible a partir de la generalización de su accionar, tanto en términos geográficos y sociales, como también, en lo que respecta a la diversidad de valores ético sociales que lesiona o que pone en riesgo, visibilidad que va de la mano con la elevada alarma social que provoca; lo anterior, debido a que la manera de actuar de los sujetos que conforman los “núcleos” impulsores de la delincuencia estructurada, han combinado la tecnología, recursos bélicos, las destrezas y el conocimiento especializado, la cual adquiere dimensiones peculiares que la hacen diferente de la delincuencia común u ordinaria.

El delincuente organizado hace uso de los recursos disponibles en la presente era tecnológica, tanto desde las estructuras del Estado, para realizar espionaje a través del ciberespacio y el seguimiento en el terreno de “sus objetivos”, en función de provocar chantajes políticos y económicos, extorsiones, vender información clasificada a otros delincuentes, para controlar a determinados líderes sociales, políticos y religiosos o anticiparse a las acciones que la oposición realiza.

La delincuencia organizada ajena a las estructuras del Estado, de igual manera, hace uso de la tecnología en el campo de las telecomunicaciones, la que utiliza de apoyo para alcanzar el éxito en sus operaciones delictivas, llámese narcotráfico, terrorismo, robos, tráfico de mercancías, etc. Lo grave de todo esto es que, en buena medida, detrás del fenómeno criminal que se manifiesta hay una estructura criminal dotada de poder político y económico que, desde la cobertura de la legalidad que les proporciona la institucionalidad estatal o empresarial, pasan como honorables funcionarios de la seguridad y del orden, o como distinguidos filántropos del mundo de las libertades.

Este fenómeno requiere un tratamiento excepcional por parte de la teoría del delito y consecuentemente de las agencias punitivas del Estado, pues va más allá de aquellas manifestaciones delictivas ordinarias, ejecutadas por sujetos que, sin directrices ni planes previos, se ven envueltos en hechos delictivos; lo anterior debido a que les une la circunstancia del hecho en general, no el propósito delictivo que renuevan constantemente. La comisión de delitos cuya característica es la complejidad de los hechos y de los resultados lesivos, por lo general, requiere de la concurrencia de varios sujetos, de la existencia de una estructura –humana, logística y tecnológica– suficiente y necesaria para lograr su cometido. Es a ello que se orienta el presente trabajo.

La idea de darle un desarrollo conceptual al tema de las agrupaciones ilícitas, tiene algunas motivaciones que hacen necesario plantearlo: resulta que existe poca bibliografía nacional o centroamericana, que formule un examen de la delincuencia organizada a cuya base están las agrupaciones delictivas como elemento esencial de tal fenómeno. Ello no implica que se desconozcan valiosos trabajos llevados a cabo por distinguidos juristas del istmo, de los que se omite su inventario dado que no es éste el propósito. Como consecuencia de lo anterior, se produce un mal manejo del concepto ante las instancias judiciales, en cuanto a la adecuación típica del fenómeno delictivo concursal con relación a las agrupaciones delictivas, y ello hace fracasar muchos intentos de juzgamiento de sospechosos de formar una agrupación delictiva por haber participado en diferentes ilícitos.

Referirse al crimen organizado implica hacer hincapié, tanto a la base estructural que le da soporte al delito como a su manifestación delictiva “independiente” una de otra; tal es la agrupación para delinquir con relación a los ilícitos que cometen sus integrantes actuando en unidad de acción en el marco de los planes delictivos propuestos. De allí que el presente estudio referido a la asociación ilícita, se hace como si se tratara de cualquiera de los delitos que tienen

matices de ser ejecutados dentro de un esquema estructurado, del que cabe mencionarse el narcotráfico, la trata de personas, el sicariato, el secuestro, el tráfico de mercaderías o de armas de fuego, y el robo de vehículos o valores bancarios; lo que se hace es fijar el lente de la observación en la organización criminal y la composición de su estructura, en el elemento que subyace en el fenómeno delictivo, que pasa inadvertida siendo un ilícito debido a que está inmersa en la sociedad y en el mundo jurídico político, que le sirve de escenario, y en determinado momento, de camuflaje.

En consecuencia, se tiene un vacío teórico que le dé sustento doctrinario a la norma jurídica y oriente los criterios jurisprudenciales respecto al delito de agrupaciones ilícitas. La norma jurídica se presume clara y entendible, en cuanto al objeto de regulación luego que el legislador le dota del atributo formal y, en algunos aspectos, puede que el intérprete demande del auxilio de la *Hermenéutica*, para reafirmar a la norma en el contexto de los hechos típicos; sin embargo, existe la tendencia predominantemente política –no jurídica– de que quien lee la norma, la descifra a su manera o a su conveniencia, y cuando dicha disquisición proviene de una posición dominante de poder, se impone, pretendiéndose que se asuma como verdad, y conveniente para toda la sociedad, aunque ésta sólo implique la defensa de intereses sectoriales no declarados o revelados expresamente, en detrimento de los derechos fundamentales de la persona humana.

De ahí que, cualquier acción delictiva llevada a cabo por varios sujetos –coautoría por ejemplo– integrada por “vagos”, “mendigos”, “pandillas” o personas pertenecientes a comunidades precarias, que afectan intereses o costumbres sociales dominantes o la tranquilidad pública, se pretende que se les atribuya el delito de una agrupación delictiva como ilícito cometido per se o complementario con otros como desórdenes públicos o daños a la propiedad, por ejemplo; aunque en realidad, hayan actuado bajo la modalidad del concurso de delincuentes.

Cabe agregar que el tipo penal objeto de tratamiento en el presente estudio, está diseñado de tal manera –lo que constituye una deficiencia en la configuración de la norma– que absorbe “cualquier circunstancia” en sus elementos típicos que, muchas de ellas, no son de la esencia del crimen organizado. Un ejemplo es el contemplar conceptos objetivos en el tipo, por los que deban considerarse como agrupaciones ilícitas los agrupamientos que se manifiestan a través de pandillas, o sujetos que se identifiquen por medio de tatuajes, lenguaje codificado o se vistan de tal o cual manera que caracterice a dicho movimiento social. Esto no sólo es en sí una norma con destinatario anunciado, sino que además, carece de bien jurídico por proteger.

Desde la óptica de una sociedad agobiada por políticas criminales de tipo “mano dura”, “súper mano dura”, “mano de hierro” o “tolerancia cero”, típica de gobiernos totalitarios y radicalmente conservadores, como opción para combatir la criminalidad en general –aunque con ello se extienda al combate de la criminalidad organizada– lejos de constituir una opción para llevar seguridad al conjunto social sin distingos de ninguna naturaleza, genera una amenaza a la mayoría de la colectividad, puesto que el Estado despliega una serie de medidas indiscriminadamente tendentes a reprimir fuertemente a la clase social marginada, generándose una violación masiva de derechos fundamentales de la persona humana.

¿Qué tiene que ver lo antes indicado, con que no exista un desarrollo teórico jurídico de esta modalidad de delincuencia?

En efecto, *la falta de una formulación teórica* consecuente con un derecho penal democrático, que tenga en cuenta, sin distingos de ninguna clase, la dignidad de la persona humana y sus derechos fundamentales, unido a una jurisprudencia proclive a respaldar un derecho penal del enemigo, una jurisprudencia que, lejos de reivindicar las garantías y derechos fundamentales de la persona humana, justifica todas las acciones del Estado en la persecución del delito, son factores que favorecen y legitiman las flagrantes violaciones a los derechos

y garantías fundamentales. Se legitiman así, las capturas masivas e indiscriminadas de “sospechosos” que, por lo general, resultan ser jóvenes marginados por el sistema económico y social impulsado por los grupos de poder.

En este orden de ideas, al delimitar el concepto del fenómeno que ocupa este trabajo, también se le señala al Estado los márgenes de actuación, los linderos de sus facultades punitivas, y por otra parte, se delimita al sujeto-objeto de persecución, al que se le aplican los métodos de investigación y las medidas represivas más drásticas acordes al fenómeno delictivo, dada la peligrosidad que ello representa, a diferencia del delincuente no organizado.

Es necesario indicar que el punto de partida que se privilegia para el análisis del tema objeto de estudio es, en primer lugar, el contexto constitucional, seguido de la norma secundaria (sin dejar de lado al derecho internacional de los derechos humanos), a manera que el lector tenga presente que, siempre que se está ante un fenómeno como las agrupaciones para delinquir, existe un derecho básico de asociación y manifestación como fundamento de realización del ser humano, dada su condición social, que puede ser lesionado por el Estado en el marco de la persecución y represión del delito de las agrupaciones ilícitas, vale decir, que puede ser denegado violentamente por las fuerzas policiales y persecutoras del delito, bajo el argumento falaz de que se “protege a la sociedad”.

El estudio de la “agrupación para delinquir” se hace tomando en cuenta los postulados que brinda la teoría del tipo penal, como lo es la tipicidad, la acción, el bien jurídico tutelado y, en fin, el tipo subjetivo del ilícito, entre otros. A ello, se suma un examen de los principales aportes que la política criminal proporciona a los entes encargados de llevar a cabo las acciones para proteger a la sociedad de este flagelo, independientemente de que sea asumido por éstos.

Cobra especial relevancia, no tanto por su efectividad y eficacia en el combate de las agrupaciones delictivas como delincuencia

estructurada, sino por el abuso que se hace de ello, la utilización excesiva y exagerada del simbolismo de la norma jurídico-penal por parte del legislador, lo que ha llevado, por un lado, a crear un exceso de expectativas en la sociedad respecto a las bondades de ésta, como si la norma penal fuese la única medicina para el terrible mal de la delincuencia, y también a *deformar* el sistema normativo penal, provocando vacíos que, en alguna medida, el juzgador ha tenido que suplir a través de la función interpretativa, cuidándose de no invadir la labor del legislador y, de no violentar derechos fundamentales, pues, en muchas ocasiones, ha llevado a enfrentar a los poderes del Estado, particularmente desde el Órgano Ejecutivo con relación al juzgador, en la que aquél ha pretendido que éste sea un fiscal o policía más, y cuando no, un representante de este poder del Estado, situación que está lejos de lo previsto por la Constitución de la República y de todo sistema democrático.

Este exceso del legislador puede ser verificado y examinado en el penúltimo apartado de este trabajo, donde se hace un resumen de la producción legislativa relacionada con la criminalidad organizada y las agrupaciones para delinquir, lo cual constituye una elocuente muestra de lo que antes se ha dicho.

El autor.

II. APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE AGRUPACIONES ILÍCITAS (desde una tipología jurídico-penal)

a) Generalidades.

Las agrupaciones ilícitas son un fenómeno criminal de interés para las ciencias penales, que adquiere relevancia en la medida que los medios, los sujetos, los bienes jurídicos y víctimas afectadas se muestran o se presentan complejos. Bajo esta denominación –no obstante su metamorfosis conceptual– se contempla en la legislación penal salvadoreña, como una decisión–acción del Estado para encarar esta modalidad de delito que se comete por individuos que actúan con un mismo plan criminal, haciendo un solo cuerpo en la acción delictiva y, en el que el agrupamiento no se agota con la realización de un ilícito, por el contrario, se fortalece “moral” y logísticamente para continuar delinquiendo. Es un monstruo que crece poco a poco a la sombra del anonimato, del poder formal y fáctico y, en muchas ocasiones, también de la impunidad que se experimenta a raíz de la falta de transparencia de las instituciones vinculadas a la administración de justicia.

Dadas sus peculiaridades –que examinaremos después– resultaría inoficioso y vano analizar este tipo de criminalidad al margen del contexto social en que adquiere vigencia temporal y territorial la norma jurídica, y al margen también, de la naturaleza de esta expresión delictiva. Por ello es necesario –por no decir obligatorio– abordar su estudio sobre la base de la norma jurídica vigente; las expresiones de criminalidad que muestra la sociedad y el carácter estructurado en que actúan los sujetos involucrados en las agrupaciones delictivas.

Lo anterior implica que este tipo de delitos que denominamos agrupaciones ilícitas, debe ser analizado en relación con el concepto de “crimen organizado” por presentar una variedad de facetas

extraordinarias, que trascienden la delincuencia común. En ese sentido, el crimen organizado al cual se inscribe el delito que nos ocupa, tiende a afectar bienes jurídicos de mucho interés para la colectividad, lo que en el fondo se traduce en la afectación de valores generales y supra nacionales como el orden social, la paz social o la estabilidad social. En su oportunidad, se regresará a este punto cuando se examine el bien jurídico que se protege con este tipo penal.

El tema de las agrupaciones ilícitas⁴ aparece directamente vinculada a otros conceptos descriptores de comportamientos humanos debidamente penalizados por el Estado, como las asociaciones subversivas; asociaciones ilícitas como se les denominaba en un principio en la legislación penal y generalmente se localiza en hechos criminales de realización planificada y compleja, como el secuestro, el narcotráfico, el lavado de dinero y activos, etc. En concreto, es una expresión esencial del crimen organizado. Una especie de núcleo que amerita un tratamiento separado e individualizado respecto a la lesividad y a las acciones configuradoras de delitos autónomos que resulten del actuar de la agrupación.

El inciso segundo del artículo primero de la ley contra el crimen organizado y delitos de realización compleja, establece que “se considera crimen organizado aquella forma de delincuencia que se caracteriza por provenir de un grupo estructurado de dos o más personas, que exista durante cierto tiempo y que actúan

4 Sería más apropiado denominarlas “**Asociación para delinquir o agrupación para delinquir**”, puesto que una agrupación puede existir de hecho, como normalmente ocurre. Mientras la administración pública no le otorga la personalidad jurídica, los individuos actúan bajo un nombre determinado de facto, lo que no implica necesariamente que tal agrupamiento sea para cometer delitos o que su comportamiento constituya delito, aunque sea ilícita –ilegal– su existencia no se puede penalizar ese comportamiento. En todo caso, las consecuencias podrían ser de tipo administrativo como el que no surtan efectos jurídicos los actos que la agrupación realice ante sus miembros o ante terceros. Un ejemplo de ello sería dos juntas directivas de un sindicato o de un partido político, que se disputan la legitimidad y la legalidad de su agrupamiento. Una agrupación puede ser ilícita, más no delictiva.

concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos”⁵. Esta ley vino a derogar el artículo 22-A del Código Penal que, para efectos de referencia histórica dicho artículo en su inciso segundo, establecía que “también se considera crimen organizado aquellas conductas que, por sí o unidas a otras, cometidos por dos o más personas tienen como fin o **resultado**⁶ cometer los delitos de ... Asociaciones ilícitas...”(Sic). Nótese que en la norma derogada había una referencia explícita al tema de las agrupaciones ilícitas como crimen organizado, mientras que en el decreto antes indicado desaparece.

Se suman a las disposiciones y al tema que se estudia, otras regulaciones especiales como la que se encuentra en la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas (Art. 52); y el considerando V de la Ley contra el Lavado de Dinero y Activos, cuando dice que el lavado de dinero *influye de manera manifiesta en el aumento de*

-
- 5 Al respecto consúltese el decreto legislativo 190, de fecha veinte de diciembre del año dos mil seis, cuya vigencia la obtuvo a partir del uno de abril del año dos mil siete. Con esta ley también se crearon algunos juzgados de instrucción, tribunales de sentencia y cámaras quienes conocerán de delitos como el homicidio simple y agravado; el secuestro y la extorsión. A estas instancias les dio en llamar el legislador “Juzgados y Cámaras especializadas”.
- 6 Independientemente de que el artículo 22-A del CP haya perdido vigencia dada la derogatoria de la que fue objeto con el D L 190, del veinte de diciembre del 2006 y que, el artículo 345 del Código Penal fue reformado mediante D.L. 393 de fecha 28 de junio del 2004, es necesario decir que en ambas disposiciones se consignaba –refiriéndose al tipo de asociación o agrupación que se tenía por ilícita o como crimen organizado, según el caso– el término **RESULTADO (...tienen como fin o resultado cometer delitos...)** del que, si tomásemos la literalidad de dicho concepto, tratándose de la naturaleza de las agrupaciones ilícitas, podríamos arribar a conclusiones equívocas, en el sentido de que, se entendía que, al margen de la dirección de la acción consciente de los sujetos que realizan el comportamiento típico, indefectiblemente del elemento subjetivo, siempre habría delito. No olvidemos que nuestro código penal no sanciona el resultado dañoso per se, sin que se tomen en cuenta las diversas formas de dolo que pueden concurrir en el hecho. Esto implica que los partícipes sean coautores, cómplices o instigadores, deben presentar condiciones de atribuibilidad, responsabilidad e imputabilidad, no basta el acto dañoso o concretamente peligroso. En ese sentido, se manifiesta el Código Penal Salvadoreño en su artículo cuatro, al contemplar que “... queda prohibida toda forma de responsabilidad objetiva”.

la delincuencia organizada. Al comprender la dimensión jurídica del delito de lavado de dinero y activos, y su vinculación complementaria de éste, con otras de realización compleja u organizada, es dable concluir en la concordancia con el carácter estructurado de las agrupaciones delictivas, tal como lo presenta el legislador penal.

Entre los instrumentos internacionales o regionales que el Estado de El Salvador ha suscrito, está la Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional que, en sus artículos dos y cinco, hace una referencia al tema de la Criminalidad Organizada. Así, el literal “a” del primer artículo referido da una definición de lo que se debe entender por *Crimen Organizado*⁷, mientras que el segundo de los artículos se refiere a la “*penalización de la participación en un grupo delictivo organizado*” por lo que de manera expresa, establece que debe ser penalizada la actividad ilícita de este tipo de grupos. A ello también se suma la Convención Interamericana Contra la Corrupción, que en su artículo 6.1.e), referido a los actos de corrupción, señala expresamente la aplicación de dicha convención a las diversas formas de participación *en asociación o confabulación* para la comisión de cualquiera de los actos a los que se refiere la misma.

Los diversos tipos penales pueden desarrollarse con la concurrencia de dos o más sujetos, sea como autores, cómplices o instigadores, con fines comunes dirigidos a la lesión de bienes jurídicos tutelados y, no por ello de manera automática, conforman el tipo penal de agrupaciones ilícitas. Por ello, el parámetro para concluir que se está en presencia no del delito de agrupaciones ilícitas sino, de una forma de coautoría (concurso de delincuentes y/o de delitos)

7 Al comparar esta visión universal de Crimen Organizado con lo que el Legislador salvadoreño establece en el inciso segundo del artículo uno de la Ley Contra el Crimen Organizado y Delitos de Realización Compleja, ya no hay correspondencia, pareciera que ambos niveles poseen visiones diferentes y, tal falta de concordancia, puede hasta favorecer en circunstancias determinadas a este tipo de delincuencia que es una verdadera amenaza a la colectividad (impunidad).

no es el número de sujetos que, circunstancialmente o de manera especial, intervienen en la ejecución de un plan criminal, ni el efecto lesivo a diversos bienes jurídicos. El concurso de delincuentes con las circunstancias particularmente concurrentes, debe examinarse en cada caso, para descartar o confirmar la presencia de una agrupación ilícita.

La sociedad se encuentra estructurada de tal manera que su existencia depende, entre otras circunstancias, del entramado de relaciones que unos individuos establecen con otros. Relaciones que muchas veces resultan efímeras, circunstanciales, esporádicas, que sólo tienen sentido en la medida en que sirven para alcanzar los objetivos, que, de manera singular o grupal, se fija el ser humano; sin embargo, ocurren otros vínculos que descansan en propósitos compartidos y permanentes. Esto último hace que aparezcan agrupamientos con relativa permanencia en tiempo y espacio, los que en un momento dado, sustituyen al individuo como tal, por una expresión mucho más abstracta, con capacidad de obrar, de convocar y de movilizar al grupo social hacia determinados objetivos.

Las acciones que realizan los individuos en concordancia con otros, serán jurídicamente válidas –y aceptadas– en la medida en que reflejen las expectativas que la sociedad tiene respecto a las mismas, o que respondan a los comportamientos no punibles. Así, cabe pensar, por ejemplo, en un agrupamiento de hecho que se proponga la realización de un juego de lotería de dos automóviles y una casa, cuyos boletos se venden a quien los compre. Para ello cumplen con todos los requisitos administrativos (ante el gobierno municipal y central) con el fin de ser autorizada la rifa. La expectativa social es que llevada a cabo la venta de boletos, hagan el sorteo y entreguen los bienes ofrecidos o promocionados y consecuentemente, la ganancia obtenida llegue al destino por el que se justificó la iniciativa.

En el caso que, de ese entramado social y fuera de las conductas socialmente esperadas, surjan comportamientos penalmente

reprochables por el Estado y la sociedad, por transgredir bienes estimados como valiosos por el conglomerado, y además, ocurran dentro de las relaciones permanentes de los individuos, tiende a preocupar a la sociedad y ve en ese entramado un riesgo y una amenaza real de que se violenten determinados bienes jurídicos.

Los fines que pueden establecer los individuos no necesariamente serán lícitos, tal como sucede en la mayoría de relaciones que predominan, pues también se genera un tipo de “concierto” entre varios individuos con el propósito entendido (tácito) o compartido y asentido expresamente (expreso), de dedicarse a determinadas actividades ilícitas, como el tráfico o comercio de estupefacientes, el tráfico de mercancías, el lavado de dinero y activos, secuestro o terrorismo.

En buena parte de hechos que configuran un tipo penal de estafa, por lo general se encuentran más de dos individuos vinculados al mismo. En el ejemplo de la lotería de los vehículos y la casa, los promotores no obtuvieron los permisos, vendieron los boletos y finalmente –para efectos de respaldar “legal” y moralmente sus actuaciones– solamente sortearon un vehículo y una casa que no correspondían a las características de los bienes ofrecidos, sino que otros de menor valor económico; esta conducta se convirtió en regla posteriormente. Al ver que les dejaba jugosas ganancias, se dedicaron a repetir las acciones y consolidar el andamiaje organizativo y logístico.

Por lo general, se tiene la percepción de que el origen de las agrupaciones ilícitas radica en el seno de la sociedad civil, es decir, que allí se gestan, se desarrollan y “allí delinquen”; la realidad dice lo contrario, ya que una estructura puede funcionar independiente del Estado, entiéndase de su cobertura formal, pero necesita o se apoya en la logística y engranaje jurídico-político que sólo el Estado puede brindar. Sólo allí puede “garantizarse” el agrupamiento, la consumación efectiva del hecho criminal y proveerse de impunidad.

Como ejemplo se tienen aquellos actos que se traducen en resultados lesivos a los intereses del fisco y la sociedad en general, así, la evasión de impuestos, licitaciones y compras de bienes y servicios de parte de funcionarios de gobierno, obviando los preceptos legales, el mal uso –constante– de bienes del Estado por funcionarios y empleados, para fines estrictamente personales o de grupos de poder a los cuales representa o es miembro, el tráfico ilegal de armas de fuego, la compra y venta de activos del Estado, a precio muy por debajo de su valor real, etc.

b) Del concepto de agrupaciones ilícitas y sus elementos.

Teniendo en cuenta lo planteado hasta este momento en torno a las agrupaciones ilícitas, conviene hacer un intento de conjuntar las ideas que lleven a la formulación de una definición de las mismas, con el propósito de delimitar conceptualmente el objeto de estudio. Entiéndase por ***Agrupación Ilícita*** a aquella *entidad de hecho o formalmente constituida por un conjunto de individuos con carácter permanente, localizable, con planes delictivos diversos, con jerarquía y mando o dirección reconocida entre sus integrantes, cuyo propósito manifiesto o tácito, inicial o sobrevenido, es el de realizar acciones lesivas a bienes jurídicos protegidos, para beneficiarse del producto de dichas acciones delictivas o generar beneficios a terceros*. Para que este tipo de delincuencia organizada se configure como delito autónomo, se requiere de la concurrencia de todos los elementos típicos, no es suficiente uno o dos de ellos.

Respecto a la definición antes indicada, cabe decir que a costa de ser exhaustiva puede perder universalidad; sin embargo, se pretende balancear ambos aspectos debido a lo complejo que resulta el análisis de este tipo de criminalidad no convencional. En el mismo orden se encuentran otras formulaciones respecto al mismo tema, que, mayoritariamente presentan coincidencias con algunas variantes.

Para el jurista Juan José González Rus⁸, las agrupaciones ilícitas o asociaciones de objeto delictivo “son organizaciones que tienen como finalidad esencial, inicial o sobrevenida, la comisión de delitos –nunca faltas– de manera que el objeto delictivo es o deviene del único, al menos el más importante, de los fines perseguidos por el grupo criminal. El delito se comete con la fundación, dirección o la sola incorporación a la misma, sin necesidad de participar en la realización de hechos criminales previos.”

Desde el punto de vista del Derecho Constitucional, la doctrina pertinente es coincidente al sostener que “El Derecho de Asociación está condicionado a un fin y la Constitución lo reconoce cuando ese fin es “útil”. Toda asociación que se proponga alterar el orden público, coartar la libertad o dificultar la prosperidad general, o sea al bien común, está fuera del ámbito protector de la Constitución”⁹.

Se tiene la concepción de que, al respecto presenta el jurista Luis Alonso Brucet Anaya,¹⁰ quien desde un punto de vista mucho más cercano a la idea de criminalidad organizada nos dice que “La sola forma de asociación, como una manera de organización, con características delictivas, no es definitivamente una apreciación de delincuencia organizada, sino simplemente un aspecto característico de delincuencia común.” Y agrega “El vínculo de la asociación delictuosa con la delincuencia organizada radica en que, si bien es cierto, la delincuencia organizada tiene raíces en la asociación ilícita, la delincuencia organizada se fundamenta básicamente en el accionar delictivo de alcance macro-delictivos y de mayores consecuencias

8 González Rus, Juan José. Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Córdoba, España. Artículo “Asociación para delinquir y criminalidad Organizada”. Sobre la propuesta de desaparición del delito basado en una peculiar interpretación de la STS del 23 de octubre de 1997. Caso Filesa. Revista actualidad penal No. 27. Del 3 al 9 de julio del 2000. Párrafo 564.

9 Bielsa Rafael. Derecho Constitucional. 3.^a Edición. Aumentada Roque de Palma Editor. Buenos Aires. 1959. pág. 304.

10 Brucet Anaya, Luis Alonso, El Crimen Organizado. Editorial Porrúa, México 2001. Página 58.

graves; es decir, la delincuencia organizada es un tipo de asociación delictiva, pero a escala mucho mayor, inclusive llegando a abarcar planos internacionales y donde el uso de la violencia extrema, la estructura jerárquica permanente, la disciplina jerárquica y subordinada, constituyen los rasgos característicos esenciales reconocibles de su existencia”.

En El Salvador, también se han pronunciado algunos *precedentes jurisprudenciales* que, en razonable medida, guardan relación con otros de igual naturaleza planteados por otros sistemas de justicia penal o con la doctrina referida supra. Así, en un primer intento de definición del delito de asociación ilícita —entiéndase agrupaciones ilícitas como lo define el acápite del artículo 345 C. Pn. reformado— mediante sentencia de fecha 9 de Marzo de 1999, el Tribunal de Sentencia del Departamento de Usulután estableció que “Mediante esta figura penal se trata de proteger la paz pública siendo necesario, para su configuración, el que una persona tome parte en una agrupación, organización o asociación que tenga por objeto cometer delitos; ... con este delito se trata de castigar la participación en una asociación dedicada a cometer actos delictivos y no castigar la participación en un solo delito. Para que se pueda hablar de asociación, es necesaria la característica de la permanencia, debiendo tomarse en cuenta los planes que tenga la asociación, es decir, que es necesaria una pluralidad de planes delictivos, pues la simple impresión de un nombre de una supuesta organización al pie de un anónimo, no configura tal delito, sino que deben existir planes descubiertos en la investigación que lleven a concluir la existencia.”

Asimismo, el referido Tribunal, mediante Sentencia del 28 de abril del 2000, amplió esta idea, y dejándola más clara señaló que “se encuentran tres requisitos para la existencia de este ilícito: 1º) Se requiere de una pluralidad de personas, las cuales deberían ser, al menos, dos. 2º) Dichas personas deben estar de acuerdo, de cualquier modo, con una estructura más o menos compleja, según la

actividad que se proponga; es decir, que de alguna manera tiene que haber un reconocimiento negativo de ese grupo de personas, en el cual, se conoce una estructura de mando o de operaciones; en efecto, requerirá una investigación de la banda o agrupaciones mas allá de una sola incriminación de delitos a un grupo de personas, y 3º) En consecuencia, debe existir una permanencia en el tiempo, es decir, una estabilidad temporal de sus miembros en ella que denote una persistencia en su accionar y una continuidad de sus actos delictivos.” (Sentencia de 28/04/00, Tribunal de Sentencia de Usulután).

Por su parte, el Tribunal Tercero de Sentencia de San Salvador en la Sentencia numero 50-2003-2 , de fecha 08 de agosto del 2003, en el Folio 145, establece que “...el substrato del delito de Asociaciones Ilícitas radica en organizarse o asociarse con el objeto de cometer delitos; ése es el centro de la tipicidad, el que exista una agrupación de personas, una organización de personas o una asociación de personas, cuya finalidad es la de ejecutar conductas que el Código Penal establece como delitos”. Sin ánimos de sobreabundar en este asunto con jurisprudencia de los tribunales sentenciadores, se tiene la sentencia 246-03-06 de fecha dieciséis de noviembre del dos mil seis, emitida por el Tribunal Quinto de Sentencia de San Salvador; en el punto pertinente a este ilícito, el Tribunal estableció”... tenemos que el delito de agrupaciones ilícitas nos plantea algunos elementos objetivos, a los que el comportamiento observado por las personas involucradas en los hechos que se juzgan, adquieren relevancia con el propósito de definir el nivel o grado de reproche al que se hace merecedor caso de ser así. Los elementos del tipo penal que nos sirven de guía podemos resumirlos en los siguientes: 1. Pueden ser agrupamientos permanentes o temporales. 2. Los pueden conformar un número ilimitado en orden ascendente de personas, sólo que no pueden ser menos de dos. 3. Que en estas personas se observe un grado de organización y, 4. La razón de existir del agrupamiento de dichas personas, es decir, lo que les une es el propósito de realizar o

cometer delitos...”. Puede consultarse la sentencia antes referida en la cual se abunda en la prueba sobre cada uno de los elementos objetivos del tipo penal antes indicado.

El Tribunal Supremo Español, por su parte, en la sentencia de Casación¹¹ número 19/2000-P, (RJ 2001/2943), sostuvo que “La Asociación Ilícita precisa la unión de varias personas organizadas para determinados fines, con la siguiente exigencia: a) pluralidad de personas asociadas para llevar a cabo una determinada actividad. b) Existencia de organización más o menos compleja en función del tipo de actividad prevista. c) Consistencia o permanencia en el sentido de que el acuerdo asociativo ha de ser duradero y no puramente transitorio. d) El fin de la asociación –en el caso del artículo 515.1º inciso primero– ha de ser la comisión de delitos, sin llegar a la precisión total de cada acción individual en el tiempo y lugar” y en la sentencia del 28 de octubre de 1997 (RJ 1997, 7843) el referido Tribunal ha expresado que “el delito de asociación no se consuma cuando en ese desenvolvimiento societario se cometen determinadas infracciones, sino desde que se busca una finalidad ya inicialmente delictiva”.

Con las ideas planteadas por la jurisprudencia, la doctrina y el concepto enunciado de *Agrupación Ilícita* que primeramente se expuso, debe decirse que, para que un cuadro fáctico refleje autónomamente este ilícito, es necesario que se manifiesten con claridad los siguientes elementos: a) que se trate un agrupamiento de personas. b) Que sea permanente. c) Que las acciones delictivas se ejecuten dentro de los márgenes del plan inicial o sobrevenido de cometer delitos. d) Con un propósito delictivo y, e) que se trate de un agrupamiento estructurado.

11 Recurso de Casación por infracción de ley interpuesto por los acusados Bogumil F. G. y cinco más, contra la sentencia de la audiencia provincial de Barcelona (sección 6ª) de 25 – 5 – 1999, que les condenó como autores de los delitos de pertenecer a asociación ilícita, falsedad documental y delito continuado de robo con fuerza.

b.1) Agrupamiento de personas (el todo sustituye al individuo).

Este elemento resulta ser un poco cercano al concurso de delincuentes como modalidad de ejecución del delito, lo que en sistemas penales demasiado rígidos y totalitarios permite que el concurso de delincuentes sea castigado como un ilícito independiente, como una banda organizada, y no cuando mucho como una agravante. En El Salvador, ha habido algún debate al respecto; sin embargo, se mantiene la diferenciación entre el concurso de delincuentes como una agravante dentro del tipo penal con respecto a la agrupación organizada para el crimen (véase al respecto el delito de Robo Agravado regulado en el artículo 212 en relación con el 213 # 2, y el Hurto Agravado, comprendido en el artículo 208 # 6, ambos del código penal, en cuyas disposiciones se castiga el robo o el hurto de manera agravada *cuando el hecho es ejecutado por dos o más personas*). Lo cual confirma que el número de partícipes en la ejecución de un delito por sí solo, no es razón suficiente para creer que estamos frente a un caso de crimen organizado. Teniendo como marco de referencia el sistema penal argentino, Omar Gabriel Orsi¹² dice que “la especial redacción de la norma hace de ella un caso intermedio entre las agravantes basada entre el número de intervinientes y aquéllas que refieren a un sujeto plural como la banda o la asociación”, lo que es lo mismo a decir que la consideración del número de actuantes en un ilícito, cuando no reúne otros elementos propios de la delincuencia organizada solamente debe ser tenida como una agravante por el efecto lesivo y la alarma social que provoca esta manera de ejecución del delito.

La concurrencia de individuos o de grupos de éstos en el curso de la ejecución de delitos, para que adquiera el carácter de “asociación”

12 Orsi, Omar Gabriel. Sistema Penal y Crimen Organizado, Estrategias de Aprehensión y Criminalización del Conflicto. Editores del Puerto, Buenos Aires, Argentina. Pág. 90

criminal exige otros elementos de su esencia que se han enunciado antes y que luego se desarrollarán. Lo que sí cabe señalar, es que el agrupamiento no tiene límites máximos de integrantes, aunque la ley indica un mínimo de miembros que puede variar de una y otra legislación, en unas se considera ya el agrupamiento ilícito desde dos individuos y en otras, el piso es de tres sujetos que la integren.

Independientemente de lo que señala la ley, el número de integrantes será el requerido por las actividades que los planes delictivos demanden y las funciones asignadas a cada uno, antes durante y después de la ejecución del delito, como también, de aquellos que se mantengan en constante contacto y comunicación, con el fin de preparar otros hechos delictivos. La pregunta que cabe responder es, si en este delito es posible la concurrencia de partícipes, vale decir, de autores, coautores, cómplices e instigadores. La respuesta, desde el punto de vista de la norma penal, es clara y concreta; sin embargo, desde el punto de vista de la doctrina y la *realidad fáctica* del desenvolvimiento de este tipo de criminalidad, resulta ser otra, con márgenes de poca probabilidad.

Desde el punto de vista normativo tenemos que los incisos último y penúltimo del artículo 345 prevén la posibilidad de que concurra otra modalidad de participación, cuando nos dice “Los que promovieren, cooperaren, facilitaren o favorecieren la conformación o permanencia de la agrupación, asociación u organización ilícita, “... “La proposición y conspiración para cometer este delito será sancionado...”. Con ello se confirma que es posible que, en la configuración del delito de agrupaciones ilícitas, pueda concurrir una gama de acciones provenientes de diversas calidades de los sujetos que intervienen en la realización de éste ilícito diferentes a la autoría o la coautoría.

Sin embargo, al margen de la consideración que hace la ley, debe decirse que lo anterior es una posibilidad bastante lejana porque, en primer lugar, debe distinguirse el delito objeto de estudio y el, o

los ilícitos, que el agrupamiento pueda cometer; de allí que en este último, sí es posible la gama de partícipes y autores, tal como abunda la doctrina al respecto, no así en el delito de agrupaciones ilícitas. Aquí el que promueve la organización a través de la proposición y la conspiración o el que coopera directamente, que implica llanamente hacer reclutamientos para la agrupación, darles cobertura a sus miembros y hacer propaganda a su favor, será porque comparte sus fines ilícitos y está interesado en su existencia, aunque no participe directamente en la ejecución de las acciones delictivas.

Esta forma de participación como la de favorecer secundariamente (cómplice) la existencia del agrupamiento no puede darse si no se es parte de la misma, lo que habrá son niveles de responsabilidad, de roles y por ende, jerarquía. Lo anterior se explica porque el delito que nos ocupa en realidad es de *peligro concreto* y no de resultados, y cualquier intervención marginal de un sujeto, con respecto a la existencia de la agrupación, debe ser querida y conocida por éste para que sea determinante en su efectividad y peligrosidad, de cara a favorecer su existencia.

Dicho lo anterior habría que estimar que la figura a que se refieren los dos últimos incisos del artículo 345 del código penal va orientada —ésta es la posibilidad— a incorporar en el ámbito de la amenaza penal, aquellas conductas marginales que favorezcan la existencia, crecimiento y desenvolvimiento de la agrupación criminal como tal, independiente de las acciones delictivas que ejecuten los sujetos como grupo. El aporte y favorecimiento debe ser secundario, porque, si se observara contribución concreta como se ha dicho antes, que estimulen la organización y además, en la ejecución de delitos, deja de ser simple participación marginal para convertirse en miembros de la agrupación.

Pero la cuestión no queda concluida con lo que se ha dicho antes, pues si bien se admite la autoría y la probabilidad de una participación

de cara al favorecimiento y cooperación para la comisión del ilícito de agrupaciones ilícitas, también es de admitir que es posible hablar de ***conurrencia de agrupaciones delictivas*** para la realización de uno o varios planes criminales, concurrencia que puede ser permanente o circunstancial, según el caso. Esta experiencia puede verse, por lo general, en procesos delictivos de carácter transnacional como el tráfico de estupefacientes, la trata de personas, el blanqueo de capitales y activos, etc.

b.2) Permanente.

Por lo general, la realización de actos delictivos trae consigo otros afanes necesarios, ya para perfeccionar lo realizado y garantizar la impunidad, o para convertirlos en medios para cometer otros. De igual manera, la participación en hechos delictivos no sólo convierte al individuo en pieza clave del resultado lesivo a bienes jurídicos protegidos, sino en responsable de los mismos que deberá correr la misma suerte que los otros miembros del grupo criminal, de cara a responder ante la justicia por sus actos, y es en esta última situación que también lo unirá al grupo más allá del reparto del producto del delito, como “privilegios” o el “botín” que el grupo ha podido atesorar.

Debe entenderse por permanente el carácter de una agrupación, cuando la relación y los roles delictivos de los individuos que la integran, los mantiene unidos de manera indefinida y no se extingue luego de la realización o agotamiento de un ilícito; por el contrario, la consumación de un hecho criminal trae consigo la renovación del carácter grupal de los individuos que la integran y continúan indefinidamente asociados por el oscuro camino del delito.

Si, por diversas circunstancias, el grupo se desintegra después de algún tiempo considerable de estar unidos bajo la estructura cometiendo ilícitos, éstos siempre serán responsables del delito de

agrupaciones ilícitas durante el tiempo que se mantuvo operando como tal, siempre que se cumpla con el presupuesto de legalidad¹³.

El perfil permanente de una agrupación puede estar revestido de formalidad que le imprima alguna aparente legalidad jurídica, como ocurre con las sociedades anónimas de cualquier naturaleza que, por lo general, se dedican a la industria hotelera o a la edificación de infraestructura, por ejemplo, con la cual el delincuente grupal logra la cobertura necesaria para participar en los negocios según su giro económico o participar en “licitaciones públicas” prenegociadas y que luego “adquieren” en aparente buena lid ante otros competidores. Esta manifestación de crimen organizado se mueve dentro de la legalidad, declaran sus impuestos provenientes de actividades económicas (lícitas o disfrazadas) y sus representantes resultan ser honorables empresarios o filántropos, que se mueven en círculos empresariales o políticos exclusivos.

Contrario a esta manifestación del agrupamiento de personas que se expresa bajo un manto de legalidad, se tienen aquellos agrupamientos de individuos en los que toda la actividad que realizan como grupo organizado es ilegal, es delictivo, está al margen de la ley, independientemente de sus actividades personales y compromisos sociales como el tener una familia, estudiar o realizar algún deporte. Se trata de un organismo de facto, con la característica de la anterior

13 Respecto al principio de legalidad el distinguido jurista Carlos Sánchez Escobar ha señalado que “La concepción del principio de legalidad se fundamenta en una limitación respecto al poder configurativo del orden penal, de ahí que mediante el desarrollo de la estricta legalidad, es posible tutelar aspectos vitales del ser humano como lo son la libertad y la igualdad..... “ y agrega que, conforme el desarrollo de los tiempos, el principio de legalidad fue adquiriendo su fundamentación actual, derivada de los postulados anteriores, “y precisamente a esa nueva dimensión obedece su clásica formulación en el sentido de *nullum crimen, nulla poena, sine lege praevia, scripta, stricta et certa*” Léase Límites Constitucionales del Derecho Penal. Del autor antes referido. Textos de Apoyo del Consejo Nacional de la Judicatura, CNJ y la Cooperación Española. Talleres Gráficos UCA, El Salvador, abril de 2005. Páginas de la 82 a la 84.

figura delictiva, que tampoco es efímera, mantiene la unidad entre sus miembros en el tiempo y en el espacio, más allá del agotamiento del o los delitos que se propone realizar.

b.3) Acciones delictivas ejecutadas dentro del plan inicial o sobrevenido de cometer delitos.

Preliminarmente habría que decir que un plan delictivo es aquella predisposición ordenada, que orienta y fundamenta la eficacia de las acciones del grupo y que, objetivamente, constituye uno de los núcleos del tipo penal, como una peculiaridad principal del agrupamiento, que es el que fundamenta la razón de ser y existir de ésta. En sentido más explicativo, debe decirse que el propósito delictivo da origen a los planes que orientan la adecuación del comportamiento de los sujetos como del desenvolvimiento del conjunto, de cara a la puesta en peligro o lesión de bienes jurídicos protegidos. Este elemento característico del tipo penal en la legislación penal salvadoreña establece que, “serán consideradas ilícitas las agrupaciones, asociaciones u organizaciones temporales o permanentes.... cuyo objeto o uno de ellos sea la comisión de delitos”. Se dirá entonces que los planes delictivos de la agrupación –expresada en la relación de los sujetos con diferentes hechos delictivos acaecidos en diferentes momentos históricos y lugares– son la manifestación de las intenciones por las que se unen, que no es si no la de realizar delitos, lo que permite construir lo que se denomina el “propósito de la asociación”.

El término “objeto” delictivo de la agrupación se refiere a la finalidad o propósito de la misma, no se puede confundir con el tema de “planes delictivos” de la agrupación; sin embargo, ambos conceptos están en una relación muy cercana, de manera tal que se autoimplican y se autodeterminan, en una relación de continente a contenido. Para clarificar lo anterior, habría que decir que, el o los planes criminales

del agrupamiento responderán a los fines y propósitos de la misma, es decir, del objeto o razón de ser. De igual manera el objeto de la agrupación que se traduce al propósito en general de cometer delitos, lo alcanzará a través de los planes delictivos que se propongan en los casos específicos.

Ahora bien, cuando se habla de “planes delictivos” en plural, como elemento *sine qua non* a la organización criminal, como peculiaridad de su esencia, que a su vez le hace ser parte elemental de lo que se denomina crimen organizado, no tiene porqué esperarse que ésta funcione con registros y formalidades o que cada hecho delictivo tenga su particular manera de concebirse y plasmarse en documento alguno. Recuérdese que la regla es no dejar huellas de las actuaciones que comprometa a los sujetos que la integran.

Lo que se produce, en buena parte de los casos, es que la planificación y los requerimientos de recursos técnicos, humanos y materiales, el agrupamiento los discute y define de manera oral, ante el menor número de testigos posibles y frente a delitos que plantean un grado de complejidad. Tratándose de una empresa legalmente establecida y con objeto lícito, la ilicitud se monta en la legalidad y en los planes y proyecciones legítimos de la empresa; así se verá una doble contabilidad, cuando se trata de evadir impuestos, o la alteración de la venta de bienes o servicios para justificar determinados ingresos provenientes de actividades comerciales ficticias, de la que se declaran al fisco los impuestos correspondientes.

En ese sentido, los planes a que se refiere el presente apartado, según el requisito configurativo del ilícito que nos ocupa, es la definición y ordenamiento de pasos, de recursos y tiempos de intervención de cada uno de sus elementos en el sumario delictivo, producto de la operación mental con la que el delincuente se plantea objetivos, metas, resultados y recursos por utilizar para alcanzar el mismo, es decir, su objetivo –de lo que se hacía referencia ya– inmediato en un tiempo determinado. Previendo, además, la manera

de garantizarse el “éxito de la operación” y la impunidad, evitando ser detectado, capturado y sometido a la justicia.

A este respecto deben estimarse como válidos los conceptos generales sobre la teoría de la planificación, como disciplina que orienta la “buena administración” en todo negocio, con la única salvedad que para el presente estudio, se trata de herramientas aplicadas por el delincuente social; en ese sentido, se dirá que el plan delictivo *es aquel proceso de toma de decisiones en torno a medios y recursos, como de la ubicación de cada uno de ellos, de acuerdo a la función que se le requiere, para que, una vez puestos en acción se orienten hacia la obtención del resultado lesivo previsto*. En términos macro, a lo anterior se le denomina Iter Criminis, cuyo lapso de preparación de las condiciones objetivas y subjetivas, luego de la ideación, puede llevar minutos, horas, días, semanas o meses, todo depende de lo complejo y delicado del plan que se ejecutará y la preparación del recurso humano y logístico que demanda la organización.

Tráigase a cuenta el caso¹⁴ conocido como el de los “topos” de la veintinueve avenida norte de la Colonia Layco, en la ciudad de San Salvador, descubierto el día veintinueve de noviembre del dos mil cinco, en horas de la mañana, cuando incidentalmente un camión de carga pesada (recolector de basura) se hundió junto con la carpeta asfáltica en el pasaje dos, entre la tercera y la quinta avenidas norte, de la ciudad de San Salvador, debido a que varios sujetos venían realizando excavaciones de manera sigilosa bajo la pavimentada. Se constató que, en el interior de una vivienda (alquilada), había un orificio de forma de túnel, “el cual contenía una instalación eléctrica a lo largo de dicho orificio, verificándose la existencia de un túnel en

14 Sentencia número 156-06-1, de fecha dieciocho de agosto del dos mil seis, pronunciada por el Tribunal Sexto de Sentencia de San Salvador, contra las dos personas que fueron encontradas al interior del túnel que habían excavado, quienes fueron condenados por los delitos de Hurto Agravado en Grado de Tentativa; Daños Agravado y Falsedad Ideológica, dada la diversidad de hechos que se les atribuyó por el ministerio Público Fiscal.

forma de “T”, el cual atraviesa de la casa en mención del pasaje dos, luego se divide uno con rumbo poniente con leve desviación hacia el sur y éste se dirige hacia el Banco Agrícola, que se ubica en la esquina de la veintinueve Calle Poniente y Quinta Avenida Norte, Colonia Layco, y el otro túnel hacia el oriente con leve desviación hacia el sur, con dirección y destino al Banco Cuscatlán”; asimismo, se encontró en el interior de la vivienda de donde conectaba el túnel, una cantidad considerable de sacos llenos de tierra.

Se estimó que, debido a lo avanzado del “trabajo“, los sujetos ya tendrían varias semanas de estar excavando, pues la circunferencia del hueco que iban haciendo era bastante grande, cabía un hombre de tamaño normal en posición de cuclillas y además, ya habían avanzado bastantes metros, pues estaban próximos a cruzar la calle y llegar a los bancos. En el caso que se expone, los sujetos estaban en la ejecución de un plan criminal que, por la modalidad y sus características, permitía deducir que se trataba de un Hurto Agravado o un Robo Agravado, según concluyera la operación delincuencia, ya habían pasado de la mera *ideación*, del momento de la *determinación* de ejecutarlo, habían recurrido a la preparación de los recursos y de las condiciones materiales y objetivas para la comisión del ilícito, tomando en cuenta la modalidad de las acciones que iban a ejecutar.

Contrario a lo anterior se tiene el otro hecho, de dos sujetos que, siendo parte de un agrupamiento dedicado a la comisión de robos de mercaderías, se encontraban en una zona rural al occidente del país, en busca de una infraestructura amplia para embodegar el producto de sus atracos, y estando en la carretera vieron que iba un pick up cargado de mercadería (productos de limpieza, plásticos, detergentes, etc.) y deciden sin mayor deliberación alguna, darle persecución en su vehículo, así que, al asegurarse de que no llevaba seguridad armada y que solo iba un acompañante con el conductor, los interceptaron, los encañonan con sus armas de fuego e intervienen el vehículo. Se los llevaron a un lugar aislado y los amarraron, dejándolos allí, mientras

que la mercadería junto con el vehículo de la víctimas se la llevaron los sujetos, con lo cual consumaron el robo¹⁵.

Como se advertirá en este último caso, la ideación y la resolución parecen no contar con un puente temporalmente sustancial que les separe, que indique con claridad en qué momento se produce una, y en cuál la otra; se producen casi de inmediato, para dar paso a la acción, es decir, a la ***ejecución de las acciones*** que conducirían a la realización del hecho delictivo, que en este caso, se caracteriza por la persecución, el sondeo y cálculo sobre los riesgos para los sujetos activos, y finalmente, la intervención y apoderamiento con violencia de los bienes muebles ajenos en provecho propio.

b.4) Del propósito delictivo propiamente dicho

Este elemento configurativo de las agrupaciones ilícitas tiene una estrecha relación con el apartado anterior, en el sentido de que se

¹⁵ Este hecho se desprende de las circunstancias acreditadas en juicio contra la agrupación conocida como la banda de ***Margarita Grimaldi***, según Sentencia del Tribunal Quinto de Sentencia de San Salvador, número 87-01-2004, de fecha ocho de octubre del 2004, en el que se conoció por nueve hechos delictivos cometidos por la organización, mayoritariamente robos a furgones cargados de mercaderías, almacenes y homicidio bajo la forma del sicariato, durante el tiempo que se mantuvo operando que duró aproximadamente de tres a cinco años. Si bien, la mayoría de los delitos se tuvieron acreditados, éste fue una excepción por la insuficiencia de la prueba sobre la participación delincuencia, no respecto al hecho en sí; sin embargo, se trae a cuenta porque permite ilustrar mejor el tema objeto de estudio, en el sentido de que no siempre, al hablar de planes delictivos debe entenderse como el involucramiento de largos o moderadas porciones de tiempo o de elaborados métodos de planificación. Muchas veces la idea en el delincuente organizado conduce de manera inmediata a la acción y en el curso de la misma, va ajustando las medidas para alcanzar el fin propuesto, porque los intervinientes en la ejecución del plan delictivo, están mentalmente condicionados y materialmente preparados para llevar a cabo el delito dentro del gran propósito de la agrupación criminal. Algo que cabe decir al respecto es que curiosamente el ministerio Público Fiscal no acusó a los sujetos implicados en todos los ilícitos atribuidos, por Asociaciones Ilícitas como se calificaba antes este tipo penal.

ha afirmado que una organización criminal puede desde el principio de su creación, tener el propósito de cometer delitos, o tal finalidad esencial, puede sobrevenir en el curso de su existencia dadas las condiciones criminológicas en que se desenvuelve la misma.

El propósito delictivo de una agrupación es un elemento intrínseco al agrupamiento; mientras tanto, lo referido a la ejecución de los planes delictivos tiene una manifestación extrínseca –ya sea que provengan de otro agrupamiento o también que, por definición, el delito no puede nacer ni quedar en el propio grupo– sobre todo por que, independientemente de que sea concebido en el seno de la agrupación o por otro grupo organizado, siempre habrá una manifestación de lesión o de amenaza real de lesión a bienes jurídicos al interior de la sociedad, que es lo que en realidad se castiga. El propósito criminal, la pluralidad de sujetos, al igual que la estructura funcional de la misma, son elementos sustanciales, que responden a la condición intrínseca de la organización, mientras que los planes y la ejecución de éstos, obedecen a aquellos elementos y están condicionados a la realidad externa de la organización criminal, lo que es lo mismo, a decir a los hechos delictivos que se proponen ejecutar, al grado de dificultad que ello implica, a los requerimientos de recursos humanos y financieros o materiales, etc..

En ese orden de ideas, los elementos que se han indicado y eliminando el referido al “propósito de ejecutar” delitos por parte del agrupamiento, no existirá la organización delictiva, por ende, sería atípica una agrupación y dejaría de calificarse como ilícita como lo perfila la ley penal. Un agrupamiento con estos elementos primeramente indicados, y sin el propósito criminal, no implica ninguna amenaza de lesión a bienes jurídicos tutelados.

Concretamente esta peculiar característica implica –o debe entenderse– que toda organización criminal, para que adecue su existencia y accionar a lo que prevé el ordenamiento jurídico penal, debe tener, como fin primordial, la realización de actividades que

están previstas con anterioridad al hecho, como delitos. Obviamente que se trata de delitos y no faltas o transgresiones reglamentarias de la administración pública de manera aislada, es decir, transgresiones a reglas administrativas que no son medios o instrumentos para lesionar bienes jurídicos tutelados, y por lo tanto, trasciendan al ámbito penal.

Se ha dicho además, en los apartados que anteceden, que una agrupación ilícita puede serlo desde el momento de su constitución, y tener una existencia clandestina, en la que, indirectamente, la sociedad y de manera directa la víctima, sólo siente su accionar aunque no puede ver rostro alguno, personas en las que se materializa el grupo; como también, que puede tener todas las formalidades y requisitos que la ley exige para funcionar como persona jurídica con fines lícitos, contar con su representante legal y, en el curso de su existencia y desenvolvimiento, va derivando sus fines hacia prácticas que contravienen preceptos jurídico-penales, con la consecuente lesión a bienes jurídicos, sean patrimoniales (privados o públicos), personales o macrovalores como la Paz Pública, la Salud Pública, etc. En ese sentido, se tiene que el propósito criminal de una agrupación puede producirse:

a) desde sus inicios.

b) Convertirse a tal, después de su fundación como persona jurídica.

Entiéndase la primera como la condición que, desde el principio en que se forma el agrupamiento, sus integrantes saben que el propósito con el que se están agregando es para ejecutar acciones delictivas. Los creadores del agrupamiento son conocedores de que, lo que pretenden como grupo, está prohibido; por ende, deben tener noción que agruparse para fines delictivos —eso es lo que se castiga— es una conducta igualmente ilícita, no se exige que tengan conocimiento detallado de lo que dice la ley penal al respecto.

El propósito delictivo sobrevenido de la agrupación, no es otro que, aquella situación en que un grupo de personas ha venido, desde su unión inicial, trabajando dentro de los márgenes permitidos por la ley, y llegado un momento del giro económico de la empresa o del negocio, sus directores van decantándose hacia actividades prohibidas, mantienen sus actividades lícitas y, en medio de ellas, procesan el delito, sea por ejemplo, el lavado de dinero y activos, el narcotráfico, la evasión de impuestos, el tráfico de mercancías, las negociaciones ilícitas, etc.

El convertir una empresa legalmente establecida en una fachada del crimen organizado, sólo requiere la vinculación a este, mediante la decisión y la voluntad de sus “directores” de entrar a este submundo, con toda la infraestructura legalmente creada, con todas sus relaciones, con toda su “credibilidad o fama” alcanzada a través del tiempo de su existencia.

Resulta difícil creer que una determinada cantidad de personas va a agruparse para cometer delitos, con la única perspectiva de cometerlos, de “disfrutar” cómo lesiona bienes jurídicos protegidos y de cómo evade la justicia y las investigaciones policiales, sin que haya un objetivo que justifique o explique la relación entre el hecho delictivo micro y el gran propósito. No necesariamente se debe esperar una relación causalmente directa, entre el delito, el producto o resultado de éste y el beneficio de aquel, puesto que en hechos complejos de criminalidad organizada, muchas veces no se puede ver o es difícil verla, si no se le estudia de manera sistemática a partir de su naturaleza, y quizá eso la hace ser más peligrosa y tenebrosa para la sociedad o la humanidad. Piénsese al respecto el tema del terrorismo o el narcoterrorismo, que con su accionar tocan los cimientos políticos, económicos y culturales de la sociedad.

Por otra parte, el beneficio que producirá el delito a escala organizada, no siempre implica una manifestación en el incremento al patrimonio del delincuente, de manera directa e inmediata en

detrimento del de la víctima, pues ese beneficio puede ser de diferente índole, es decir, como puede ser patrimonial en sentido estricto, también puede ser religioso, político o racial, y quien haga uso o goce del producto del delito, será de manera directa el miembro del agrupamiento, o terceros, como también puede ser mixto, es decir, beneficiarse los miembros de la agrupación criminal, y otras personas o instituciones, como partidos políticos, instituciones bancarias etc.

b.5) Agrupamiento estructurado.

No es cualquier tipo de relaciones humanas y logísticas que se juntan circunstancialmente, y se colocan en una posición de complementaria dependencia o supremacía, unas respecto a otras, que trasciendan los linderos del delito de manera aislada; es una especie de articulación que permanece indisolublemente ligada al grupo, y que funciona como un aditivo o recurso cualificado que da poder al mismo. La estructura a la que se refiere el ilícito debe examinarse en varios planos: en el plano de la identidad individuo-grupo; del comportamiento del elemento humano en relación a los recursos utilizados y, en la manera de fluir la decisión y el mando para la acción colectiva, en relación con el resultado. Todo, en una particular relación con el tiempo, con los medios utilizados, las habilidades personales, que, dinamizado de manera coordinada bajo una dirección, produce una diversidad de daños a los valores sociales tutelados.

En ese orden de ideas, se tiene que la relación individuo-grupo, se expresa mediante la conjunción de diversos elementos que tienen su particular identidad, sólo que, al integrarse al todo, lo singular se pierde para asumir otra más global, más fuerte y más efectiva, de cara a alcanzar los propósitos compartidos y que por sí, individualmente, los integrantes no podrían lograr. Un primer rasgo esencial de este perfil denominado estructura criminal, será entonces *el engranaje de manera preconcebida y funcional de elementos humanos, materiales*

y financieros, que se establecen para fines contrarios al orden constitucional, previstos como delitos por la norma penal local o nacional y por el orden penal internacional.

Con el componente humano, y por supuesto el logístico, también se articulan de manera estructurada otros elementos propios ligados a la condición de tal, como lo son las cualidades, los conocimientos generales y especializados, que se resumen en las capacidades de cada uno de los integrantes, lo que hace que logren conformar un equipo fuerte y efectivo en su accionar delictivo y en su capacidad destructiva hacia los valores sociales protegidos, tanto en la ejecución del plan propiamente dicho como para alcanzar otros resultados más globales como la impunidad, el dominio regional o sectorial del grupo tanto territorial y socialmente. Así, la agrupación estará integrada por individuos que desempeñan determinada profesión, técnica u oficio, o simplemente un empleo en un puesto clave de la administración pública; por individuos que tienen determinado liderazgo social, religioso o político; cuentan con influencias en determinadas esferas del poder; etc. de igual manera entra a colectivizarse estructuradamente para fines ilícitos el conocimiento técnico y las destrezas como las emanadas de la disciplina militar, el deporte, la ingeniería, la topografía, la mecánica, el conocimiento sobre el mercado que presenta la capacidad de absorber el producto de los ilícitos, entre otros aspectos.

En cuanto a los sujetos que abandonan su condición individual para colectivizarse y colectivizar su técnica, su conocimiento y su “propósito” de lesionar valores jurídicos protegidos, al pasar a integrar la agrupación, se someten a determinadas reglas y a determinados patrones de comportamiento y también a obedecer la “voz de mando” y las directrices de quien la tiene, en su caso, a asumir los valores –o antivalores– y principios creados para ser practicados dentro del agrupamiento. Esto hace que *los diferentes elementos humanos y materiales adquieran un sentido de cuerpo al actuar bajo las anteriores condiciones con la orientación que determina el propósito general de*

la agrupación y en particular el plan delictivo. Independientemente de que sea uno o varios los que conciben el plan delictivo específico, lo importante es que al ser conocido por los demás, es asumido por todos y eso reafirma a la agrupación con más sentido de cuerpo; de allí que la amenaza para la sociedad es mayor que si fuera un solo individuo el que eventualmente actúa. Esta condición de cuerpo constituido por los individuos hará que la acción delictiva fluya de tal manera que pueda golpear a la sociedad.

Al referirnos al concepto de estructura como característica del agrupamiento, además de lo ya explicado, también debe considerarse la existencia de una relación entre los individuos que conforman el grupo, en la cual cada uno desempeña roles determinados debidamente previstos y asignados, no por azar, en la que *unos ejercen función de mando o de dirección con respecto a los otros.* Mientras hay quienes producen ideas, proporcionan técnicas y recursos o herramientas, otros, cumplen las órdenes, desarrollan las ideas y los planes, etc. según los requerimientos.

Vale señalar también que el concepto de *estructura* de un agrupamiento se deriva del mismo concepto de organización social, con la diferencia de que, en la primera se observa una mayor rigidez que de suyo trae imbibida la idea de sujeción de los individuos a determinadas reglas y a un liderazgo. Lo anterior sirve de base a la norma penal, que configura este elemento para conformar el tipo penal objeto de estudio, así en su inciso primero, parte final del artículo 345 C. Pn. establece que “los organizadores, jefes o cabecillas serán sancionados con una pena mayor a la de los que sólo tomen parte en la organización”. De esta manera, está diciendo el legislador que hay diferentes calidades de miembros en una agrupación y por ende, con diferentes roles, en la que están de manera resumida aquéllos que tienen la habilidad de organizar, de concebir los planes, de asumir mandos y los que ejecutan las ideas, las órdenes y las acciones de manera directa. Lo cual no quiere decir que los primeros no se

involucren directamente en la ejecución de los ilícitos también, sólo que mantienen el liderazgo y el mando.

Si bien se asume entonces que una estructura implica una relación rígida lineal con carácter vertical, donde sobresalen el mando y la obediencia, también debe advertirse que esto no es una verdad absoluta, no debe esperarse que siempre esto suceda, dado que, en determinadas circunstancias, los integrantes de la agrupación pueden estar capacitados para actuar por sí solos, guiados por una sola decisión del mando (aprobación de la operación) y lo demás, queda a disposición del agente bajo las líneas, principios y valores que caracterizan al grupo de manera general. Puede suceder –aunque es menos frecuente– que el sujeto activo miembro de la agrupación planifique una acción y sean otros individuos los que se coloquen al servicio del plan, asumiendo diferentes roles de manera acostumbrada, como lo sería en los casos de crimen organizado transnacional en el que participan, incluso, diferentes agrupaciones con aportes específicos, parciales y complementarios. Piénsese aquí en el narcotráfico o el lavado de activos y dinero.

En resumen, el delito de agrupaciones ilícitas, en realidad implica la concurrencia de acciones de varios individuos con objetivos comunes, que no son sino los de realizar o cometer delitos de diferente naturaleza, vale decir, lesionar bienes jurídicos protegidos previo concierto y de manera constante, que actúan coordinadamente con un plan previo en el que los sujetos, también se encuentran sometidos a una estructura de mando, dirección y relación jerárquica, entre sus integrantes. Dicha subordinación puede ser flexible o rígida debido a reglas de seguridad impuestas por el grupo, pues las consecuencias pueden ser fatales al ser rotas por uno de los miembros que la integran. Esto es clave para asimilar a las agrupaciones ilícitas con el crimen organizado y diferenciarla de las formas concursales de participación criminal ordinaria o delincuencia convencional.

III. MARCO CONSTITUCIONAL DEL DERECHO DE ASOCIACIÓN Y SUS LÍMITES.

Si retomamos los conceptos desarrollados en el capítulo anterior, en el sentido de que el carácter asociativo (entiéndase gregario) del ser humano es natural y es consustancial a su propio ser. Por ello, vale cuestionarse: ¿Por qué limitar o en su caso, prohibir algunas formas de organización? Al limitar o prohibir algunas expresiones organizativas, ¿no se están violentando derechos elementales, que guardan relación directa con sus facultades gregarias? La respuesta no puede ser unívoca ni absoluta, independientemente de que ésta caiga por su propio peso.

El derecho de asociación, ciertamente no responde a un vacío anhelo del constituyente reconocerlo o no, pues, independientemente de su voluntad de positivarlos y elevarlos a la categoría de dogma constitucional, la humanidad ha ido forzando a los Estados a que se abran y reconozcan este tipo de derechos, a raíz de reivindicaciones que buscan elevar la dignidad de la persona humana, por una parte y, por la otra, la propia realidad social del ser humano, en el sentido de que éste, por inercia busca el contacto con sus semejantes, la comunicación y la coordinación, con fines diversos como una necesidad venida de su esencia, de la misma manera en que busca el agua para calmar la sed. El problema de las acciones concertadas u organizadas objeto de estudio en este trabajo, que preocupan a la sociedad, va más allá que lo antes señalado.

En virtud de esa peculiaridad humana de agregarse para alcanzar objetivos comunes, que por sí mismo y de manera aislada no puede lograr, necesarios y justos, también se agrupa intencionalmente con el propósito de producir resultados, que no son esenciales para elevar su dignidad, y menoscaba a propósito otros derechos, bienes o valores importantes para el resto del conglomerado. Es este doble perfil del derecho de asociación y de reunión, que ha llevado al Estado

a regularlo desde el marco constitucional y la norma secundaria¹⁶, no con el fin de anularlo –pues, como ya se dijo, sería como negar el derecho a saciar la sed al sediento- sino, con el propósito de enmarcar el rol de los seres humanos con respecto al del Estado, y el poder que se expresa en él y prevenir los abusos que, a través de su estructura, puedan cometerse contra los titulares de derechos consagrados: el ser humano. Además, para evitar que los individuos, actuando de manera asociada u organizada, ataquen valores supremos de la sociedad en general.

Como contrapartida a las limitaciones que se autoimpone el Estado, se produce también la necesidad de colocarle límites al ejercicio del derecho de asociación y reunión, tanto porque el Estado no puede quedar desprovisto de protección ni de márgenes de legitimación, como porque los integrantes del conglomerado social (en su condición de individuos o de grupos) aspiran a una estabilidad y demandan del Estado ciertos niveles de seguridad. Esto último entiéndase en sentido amplio.

Tanto el derecho de asociación como el de reunión no son absolutos¹⁷, sobre todo cuando su ejercicio está relacionado o

16 Véase el D. L. del 21 de Noviembre de 1996, publicado en el D. O. 238, Tomo 333 que contiene la Ley de Asociaciones y Fundaciones sin Fines de Lucro, entre otras reglas pertinentes.

17 El carácter relativo de los derechos y garantías que otorga la Constitución de la República ha sido abordado por la Jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional de la CSJ, la que al respecto ha dicho: “En todos los casos en que el ejercicio de un derecho constitucional entra en conflicto con derechos de terceros o con otros bienes constitucionales, la relación de tensión existente debe ser resuelta mediante la consecución de un equilibrio proporcionado de los intereses constitucionalmente protegidos en conflicto, con el fin de alcanzar su optimización..... es el legislador quien, dentro de los “límites de los límites”, define los bienes, intereses o valores cuya salvaguardia exige el sacrificio, esto es, la limitación de los derechos consagrados en la Ley Suprema o simplemente su regulación bajo la forma de prohibiciones o mandatos...” (véase sentencia de Inconstitucionalidad Ref, 30-96/10-97/10-99/29-2001 de fecha viernes 15 de marzo de 2002). Asimismo, la referida Sala de lo Constitucional, en otra Sentencia, retomando jurisprudencia española consigna que “La Constitución no impide al Estado pro-

vinculado a otros derechos y garantías, mucho más esenciales, que involucran a más individuos, por no decir a la totalidad social, en cuyo caso, el interés individual debe ceder paso al general, y si proteger a la sociedad implica necesariamente que el legislador limite este derecho dentro de los márgenes que le da la Constitución, obvio es que el Estado debe hacerlo, regulando su ejercicio, limitándolo o prohibiéndolo.

Efectivamente, la Constitución de la República (Art. 7 Cn. P.), establece que los habitantes de El Salvador *tienen derecho a asociarse libremente y a reunirse pacíficamente y sin armas para cualquier objeto lícito. Nadie podrá ser obligado a pertenecer a una asociación. No podrá limitarse ni impedirse a una persona el ejercicio de cualquier actividad lícita, por el hecho de no pertenecer a una asociación. Se prohíbe la existencia de grupos armados de carácter político, religioso o gremial.* Esta disposición se conecta cercanamente con el artículo 8 de la Carta Magna, que dice “*nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda ni a privarse de lo que ella no prohíbe*”. Las dos disposiciones con rango constitucional, permiten concluir silogísticamente que todo individuo puede hacer –según le dicte su libre albedrío– lo que desea, pues es libre y se le respeta y

teger Bienes Jurídicos constitucionalmente reconocidos a costa del sacrificio de otros bienes igualmente reconocidos, ya se trate de derechos fundamentales, ya de otros bienes o valores que gozan de protección constitucional. – Mantener el criterio contrario es tanto como impedir a los órganos estatales que cumplan adecuadamente con las tareas que les impone el ordenamiento constitucional y desconocer que los conflictos entre intereses constitucionalmente protegidos deben resolverse dentro de la Constitución (...) – En este marco constitucional, el Legislador puede imponer las limitaciones al contenido normal de los derechos fundamentales que vengan justificadas en la protección de otros bienes constitucionales y sean proporcionadas a las mismas, que no sobrepasen su contenido esencial”.(consúltese al respecto la sentencia de Inconstitucionalidad 15-96/16-96/17-96/19-96/20-96/21-96/23-96 acum. del 14 de febrero del año 1997, en la que se declaró la inconstitucionalidad de algunas disposiciones de la Ley Transitoria de emergencia Contra la Delincuencia y el Crimen Organizado. Apartado XVIII.3 de la referida sentencia.

garantiza esta libertad. Que hay determinados comportamientos –en el mundo fáctico– que no pueden admitirse, aunque así sea al amparo del derecho de asociación, esto es, el de conformar o pertenecer a **grupos armados de carácter político, religioso o gremial**.

El factor limítrofe está claro entre lo permitido y lo no permitido, y en este último territorio es que se inscribe el tema de las agrupaciones ilícitas. Por consiguiente, se reconoce el derecho de asociación sin más límites que aquellos que puedan producir riesgo real de lesión a bienes jurídicos tutelados. La unión de individuos con armas de fuego, resulta “sanamente” inexplicable, y de inmediato causa alarma a la sociedad. ¿para qué fines desearía un grupo de individuos asociarse y reunirse permanentemente armados?.

Al texto constitucional que se ha revisado respecto al derecho de asociación, se suma el artículo veinte de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los artículos veintiuno y veintidós del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos. En este último instrumento, se hace una separación del derecho de asociación y el de reunión. Ambos derechos tienen una relación dialéctica, en tanto que coexisten y se determinan mutuamente, una existe en la medida que se produce la otra. *El ejercicio del derecho de asociación –dice el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en el párrafo segundo del artículo veintidós– sólo podrá estar sujeto a las restricciones previstas por la ley que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad pública o para proteger la salud o moral pública y los derechos y libertades de los demás.*

El carácter ilícito de una asociación no deviene de su proceso de agrupamiento para poder ser reconocida en el seno de la sociedad, como ente jurídicamente independiente de los elementos que la integran, por errores en el trámite de formación, inobservancia de requisitos (caso de pretender formalidades) o por cualquier otro motivo ajeno a los límites que impone nuestra carta de principios.

Esto es distinto. Lo ilícito para la ley penal –que ya se abordará oportunamente– no estriba en su forma, pues ello corresponde a otras ramas del derecho resolverlo, como el Derecho Administrativo por ejemplo, sino a su objeto, a su naturaleza, a su razón de existir y a la capacidad de causar graves, múltiples e indiscriminados daños a la sociedad. En síntesis, lo ilícito lo constituyen las conductas lesivas, continuas, planificadas, estructuradas, que en el devenir delictual el agrupamiento suplanta al individuo, volviéndolo potencialmente más peligroso, porque le da mayor capacidad de causar daño a la sociedad, mediante acciones grupales. *El agrupamiento se convierte en un instrumento de los individuos –a título personal– para cometer delitos y para garantizarse impunidad.*

Al recurrir a la reciente historia constitucional salvadoreña, se encuentra que ése es el espíritu que el constituyente reflejó en su manifiesto cuando discutió lo concerniente a los derechos fundamentales. “Se añadió –dijo el constituyente de 1983– al derecho de asociación, una prohibición y ésta es la del funcionamiento de asociaciones paramilitares fuera del control de la Fuerza Armada... La existencia de grupos paramilitares sin responsabilidad es la fuente de los más incalificables abusos de los Derechos Humanos”. Lo anterior se traduce al hecho de que no pueden existir “grupos armados” que no sean los que legítimamente instituye el Estado, como son la policía local o Nacional o la Fuerza Armada. Todo lo demás es contrario a los márgenes legítimos que brinda la Constitución de la República. A la luz de lo anterior, el tema de las empresas de seguridad privada requiere de un análisis constitucional de manera particular que, para este trabajo, no viene al caso hacerlo. Es importante destacar que la codificación de la Constitución de la República en el año de 1983, se produjo en el contexto de un conflicto armado de carácter insurreccional, que tenía varios años de haber comenzado, por lo que la alusión a ello por el constituyente es más que lógico y explicable.

La Fuerza Armada había penetrado toda la estructura del Estado y la sociedad; mientras que, del seno de la misma sociedad surgieron grupos con fines manifiestamente políticos, cuya forma de buscar sus objetivos fue a través del uso de las armas.

Con lo anterior, no sólo se explica el marco histórico de la norma constitucional, también permite advertir que las agrupaciones ilícitas, lejos de quedar descontextualizadas –falta de justificación política– por la ausencia de conflicto armado, su ilicitud se mantiene en aquellas formas de organización criminal que se sustentan, en una estructura y coordinación de planes, que desembocan en hechos como el narcotráfico, el secuestro, robo y tráfico de mercancías, etc.

Tal ilicitud, por tanto, debe descansar en los fines que se proponga el agrupamiento gremial, político o religioso, el cual debe ser –tal como su definición doctrinaria y legal lo indica– la realización de acciones delictivas, con las que se afecten valores protegidos, independientemente de su naturaleza que puede ser humano, patrimonial, salud pública, sistema político o la integridad del Estado, entre otras.

En ese orden, se debe trazar una línea imaginaria en el cuerpo social, que permita ubicar con suficiente claridad aquellas acciones que se producen dentro de una aparente expresión organizativa (coautoría por ejemplo) que generen desvalores de acción y de resultado, contra bienes jurídicos protegidos de naturaleza diversa, con respecto de aquéllas que realmente son la expresión de la organización –estructura permanente, mandos, planes, recursos, etc.– creada o asimilada conscientemente por los individuos con el propósito exclusivo de realizar delitos. Esta es una de las grandes tareas y responsabilidades que asumen, por una parte el legislador, al diseñar la norma penal, o el juez penal al aplicar la norma al caso concreto del supuesto de agrupaciones ilícitas.

IV. LA TIPICIDAD EN LAS AGRUPACIONES ILÍCITAS.

La tipicidad vista de manera genérica tiene dos elementos que sirven de puntos de referencia para su configuración: por un lado el supuesto de hecho, integrado por sus elementos dogmáticos, que configuran el delito y, por el otro, la “realidad social” o hecho social concreto, que se pretende subsumir o incorporar a ese supuesto normativo. En caso de que haya concordancia entre la descripción hipotética que da la norma jurídica y la realidad social concreta (conducta penalmente subsumida o socialmente desaprobada), se dirá que ese hecho es típico, caso contrario, ocurrirá lo que se denomina atipicidad. En este último caso, puede ser que la conducta sea cuestionable desde cualquier sistema normativo, excepto el jurídico-penal, por lo que cabe la posibilidad de que el valor ético-social afectado, sea regulado y sancionado por otras reglas de comportamiento social, incluso, por normas de carácter administrativas (no punibles), provenientes de ordenanzas, acuerdos o reglamentos.

Lo que se ha dicho, concretamente en lo concerniente a la subsunción del hecho socialmente relevante al supuesto normativo, se explica con el ejemplo siguiente: en la construcción de un edificio, el arquitecto Robles ha diseñado en el plano de construcción, las ventanas con medidas uniformes de 0.80 metros de ancho por 1.10 de alto (supuesto de hecho). Por su parte al Ingeniero Torres, amigo de aquél, que se desempeña como responsable de otro proyecto de construcción le han sobrado unas ventanas de madera, con acabados de lujo, de las medidas siguientes: 0.85 metros de ancho por 1.15 de alto. El Arquitecto Robles las mira, las mide, constata sus características especiales o particulares (fácticas) y las compara a los requerimientos presupuestados y concluye, en efecto, que los objetos que bien fueron diseñados para un mismo fin –servir de ventanas y prodigar el ambiente de una habitación- por más que se haga el esfuerzo, no

quedan en los orificios de las paredes del edificio que construye, como tampoco pueden ser subsumidos abstractamente en el diseño –al hacer la adecuación mental de una y otra realidad– previsto en el plano de la edificación. Al pretender ensamblar las ventanas en los orificios pequeños, se deformará el diseño y producirá un efecto en las expectativas de quien o quienes encomendaron esa obra (expectativa social).

Este ejemplo, propio de una realidad particular, de la experiencia común sin tecnicismos jurídicos ni complicados términos que dificultan la comprensión de lo que, a veces, se quiere dar a entender, permite –con las limitaciones del caso– sostener que, para que haya tipicidad (adecuación social) es necesario que un hecho encaje adecuadamente, sin fuerza, en el diseño o supuesto previsto por el arquitecto de la ley, el legislador.

La **tipicidad** es la adecuación de un hecho con todos sus elementos esenciales y circunstanciales a la descripción que de él, hipotéticamente, consagra el legislador a través de la norma jurídica. Mediante la ley penal, el Estado configura (prefigura) con antelación, un comportamiento y por ende un hecho social que desea y espera no suceda. Para ello amenaza, en el sentido de que, en caso de suceder, impondrá una sanción a quien lo realice o deje de realizar, sin causa fundamentalmente justificada o sin motivos que le excluyan de responsabilidad por haber actuado dentro de los márgenes permitidos por la misma norma. La sanción penal es el corolario de la descripción hipotética del hecho penalmente amenazado.

El tipo penal –afirma Bacigalupo¹⁸– en sentido estricto, es la descripción de la conducta prohibida por la norma. Realizar un tipo penal significa llevar a cabo la conducta descrita como lesiva por la norma... en general –agrega– “tipo” es una expresión que designa todo

18 Bacigalupo, Enrique. Derecho Penal. Parte General. Editorial Hammurabi SRL. Segunda Edición. 1987. Buenos Aires, Argentina. Pág. 159.

conjunto de elementos unidos con una significación común. El tipo penal es el conjunto de elementos que caracteriza a un comportamiento como contrario a la norma.

Desde el punto de vista de la lógica del comportamiento desaprobado por la norma jurídica y la sociedad, el tipo penal será la concurrencia de los diferentes elementos hipotéticamente preestablecidos por el legislador en la disposición normativa o mejor dicho, en el diseño descriptivo del hecho típico, considerado como contrario a la norma socialmente esperada por el conjunto social.

Lo anterior permite afirmar que el comportamiento de un individuo o un grupo de ellos, lesivo a bienes jurídicos, en realidad no es que sea contraria a la norma penal sino que *será adecuada a ella*, –adecuación jurídico-social del desvalor de la acción y del resultado- y por ser tal, adquiere el status de “típica”. Por tanto, lo que francamente ocurre es que un comportamiento lesivo resulta contrario a la norma, entendida ésta como **la expectativa de comportamiento que la sociedad tiene del individuo**, según espera que se comporte y al ser así, se le aplica la sanción hipotéticamente prevista, misma que se traduce cuantitativa y cualitativamente en la pena.

Con ello se redimensiona el concepto de norma, pasando de ser –o dejando de verse y asumirse– una disposición que comúnmente denominamos “artículo” o “precepto” para convertirse¹⁹ en expectativa de comportamiento esperado, ante lo cual, todo comportamiento que

19 Se utiliza el término “convertirse”, para darle sentido lógico al predicado ya que se viene abordando el aspecto de la relación norma-norma, lo que es lo mismo norma jurídica y expectativa social del comportamiento humano. Lo importante es que se comprenda que los antecedentes de las expectativas sociales no son las normas jurídicas, sino que a la inversa: las expectativas sociales alimentadas por las normas éticas, de comportamiento social y el aspecto criminógeno, son las que conducirán a configurar un tipo de normas jurídicas con las que se pretende generar un clima de convivencia, al castigar hechos que lesionan valores iales o socialmente necesarios. Tanto la norma de conducta socialmente esperada como la norma jurídica se mezclan en una relación dialéctica donde esta influye en aquella y se auto implican.

genera un desvalor en un bien jurídico tutelado será contrario a la expectativa que la sociedad tiene de las conductas de las personas (según su particular realidad); pero será adecuada a la descripción hipotética que hace la disposición jurídico-penal, al que denominamos “tipo”.

En la línea de pensamiento que expone Bacigalupo, lo hacen también Welzel²⁰ y Muñoz Conde²¹ en torno a la concepción del tipo. El primero señala que el tipo es la materia de prohibición de las disposiciones penales: es la descripción objetiva, material de la conducta prohibida que ha de realizarse con especial cuidado en el derecho penal. Advierte Welzel que la equiparación de tipo con la materia de prohibición es –le parece- discutible. El derecho no puede prohibir la causación de un determinado resultado, sino sólo la realización de acciones dirigidas o que lleven consigo la posibilidad (peligro) de la lesión del bien jurídico.

La postura de Welzel se explica a partir de las bases filosóficas de la teoría finalista de la acción, dada la relación objetiva que presenta el mundo del ser con respecto al deber ser, que caracteriza a la norma jurídico-penal. En ese contexto, se ubican las acciones que van dirigidas a lesionar o poner en peligro bienes jurídicos protegidos.

De allí que manejar la idea de la relación entre el tipo y la materia de prohibición no debe trascender hasta el resultado de manera automática, puesto que esto último, obviamente se rige por las leyes de la causalidad que, en caso de contemplarse como tal a espaldas de la voluntad del causante, puede llevar a configurar una especie de derecho penal de autor en lugar del de acto, siendo esto

20 Welzel, Hans. El nuevo sistema del Derecho Penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista. Editorial B de F. Montevideo, Uruguay y Buenos Aires Argentina. Página 71. En su comentario de pie de página Welzel argumenta: “no me parece viable sin embargo, excluir el resultado del tipo de lo injusto. Lo injusto criminal queda solo plenamente constituido, a mi entender, cuando el desvalor de la acción se añade al desvalor del resultado en el mismo sentido.

21 Muñoz Conde, Francisco. Teoría General del Delito. Editorial Temis S. A. Bogotá Colombia 2001. segunda edición. Páginas 31 y 32.

último, lo regulado en el código penal salvadoreño (véase el artículo 4 C. Pn. Salv.), como también, es a lo que se inclina la doctrina penal mayoritariamente.

Por su parte, Muñoz Conde considera que deberá entenderse por tipicidad la adecuación de un hecho cometido, a la descripción que de ese hecho se hace en la ley penal. El tipo penal es la esencia –al igual que los demás elementos como la antijuridicidad, el bien jurídico y la culpabilidad– para que la norma jurídica específica sea garante del Estado Constitucional y Social de Derecho.

La responsabilidad del Estado de propiciar seguridad a los integrantes del conglomerado, de velar porque los derechos y garantías consagrados en la Constitución de la República no sean conceptos muertos o simples aspiraciones, es grande; por lo que en su función de perseguir la criminalidad –representar a las víctimas y buscar la reparación del daño social dejado por el delito– puede generar abusos, irrespeto a garantías a unos y a otros; excesos en el uso o desuso de sus facultades, como que se formulen, por ejemplo, descripciones “típicas” o delitos que sancionen comportamientos que no conllevan lesiones a bienes jurídicos tutelados, o se tipifiquen conductas que estima que con la mera actividad se pone en riesgo una pluralidad de valores protegidos, en los límites de lo permitido y lo prohibido.

Precisamente, por este rumbo se dirige una de las principales funciones político-criminales del tipo penal, que sustentan la validez histórica del derecho penal y más aún, tratándose de delitos como el que ocupa el presente trabajo, del que sobresalen –límites al poder soberano que le dan sentido y trascendencia– de manera principal los siguientes elementos:

A) *El marco conceptual.* Son los dispositivos de la comunicación escrita que proporciona la semántica y la gramática al legislador, que sirven de sustento y permiten la comprensión de lo que se quiere prohibir, de lo que se desaprueba y se castiga. El “tipo” construido a base de conceptos, sirve para delimitar las figuras prohibitivas, es decir las circunstancias de hecho constitutivas

del ilícito, para que a tal fin puedan ser sometidos a juzgamiento, sobre la base del castigo de las conductas lesivas de bienes jurídicos tutelados.

Evidentemente que un tipo penal técnicamente diseñado, donde se recoge con claridad (sin ambigüedades) el hecho considerablemente desaprobado por la sociedad, junto a las acciones generadoras de lesión a bienes jurídicos, en las que se ubican con igual claridad los sujetos activo y pasivo del mismo con sus respectivas cualidades o calidades, producen igualmente definición y certeza, misma que se traduce en seguridad jurídica. El lenguaje escrito, técnico y depurado es la herramienta indispensable para ello.

Con la delimitación conceptual del tipo penal también se configuran otros derroteros, que sirven de parámetro al ejercicio del *ius puniendi* del Estado, en el que se involucran elementos intrínsecos al tipo como son: el bien jurídico tutelado, la acción típica y la culpabilidad. A ello se suma la pena como una “consecuencia” al desvalor provocado por la acción lesiva, la cual debe ser claramente definida, sobre la base de su naturaleza y finalidad, como lo es el de la resocialización del delincuente o trasgresor de la expectativa social que entraña la norma penal.

B) *El marco legal*. Existe un entorno constitucional que nos indica de manera expresa que un hecho no puede ser calificado ni considerado como delito, simplemente porque quien actúa a nombre del Estado en la fase de elaboración de la norma jurídica, así lo considere, motivado por razones mezquinas o desproporcionadas en la represión de conductas que no representan lesión a bienes jurídicos protegidos. Es necesario que el hecho que se estima digno de reproche penal, conlleve una lesión o una puesta en peligro concreto de bienes tutelados y además, exista tal configuración en el mundo de la norma jurídica con anterioridad al hecho²². Desde el punto de vista

22 El artículo 15 de la Constitución de la República establece que “Nadie puede ser juzgado sino conforme a las leyes promulgadas con anterioridad al hecho de que

formal, la legalidad de la norma deviene de los procedimientos para su formación, tanto en la única fuente productora de ley como lo es el órgano constitucionalmente habilitado para ello, complementado con la intervención del Órgano Ejecutivo para su examen final, a través de la sanción, promulgación y publicación en el Diario Oficial (Véanse los artículos 15 y 133 y siguientes de la Constitución de la República).

C) A lo anterior se suma otro elemento que actúa en la condición de garante de que el Estado no exceda su poder ante la persona humana y sus elementales derechos, se impone la necesidad de que la aplicación de la ley penal responda al principio (dato incuestionable) de **la irretroactividad de la norma jurídica**, con la excepción de que puede aplicarse la ley que surja posteriormente al hecho siempre y cuando sea más benigna o que favorezca al delincuente. ¿qué pasaría si una tendencia de endurecer las medidas de represión del crimen, se crean tipos penales o se configuran nuevas circunstancias a penalizar o se elevan las penas y se endurecen las medidas de seguridad, etc. y comienza a perseguir hechos pasados que al momento de su realización no eran calificados como delitos, si no faltas o meras transgresiones a reglas administrativas? No cabe duda de que la inseguridad que se produciría es de consecuencias inimaginables, superiores a la que generaría la propia delincuencia o, en su caso, el “daño social” que se busca enmendar.

La irretroactividad de la ley penal tiene su fundamento en la Constitución y en la Ley²³. “Es un corolario del principio de mera

se trate, y por los tribunales que previamente haya establecido la ley”. En esta disposición se encuentra además del principio de legalidad, la garantía procesal del juez natural. Por su parte, se debe advertir que el artículo uno del código penal expresamente plantea que nadie podrá ser sancionado por una acción u omisión que la ley penal no haya descrito de forma previa, precisa e inequívoca como delito. El artículo 133 y siguientes de la Constitución de la República por su parte, se refiere al proceso de formación de la ley.

23 Véase artículo 21 de la Constitución de la República: “Las leyes no pueden tener efecto retroactivo, salvo en materia de orden público, y en materia penal”

legalidad –dice Ferrajoli²⁴- cuya formulación completa es ***nulla poena, nullum crimen sine praevia lege poenali***” (no hay delito ni pena sin ley penal previa). Si la pena, afirma Hobbes, -quien es citado por Ferrajoli- supone un hecho considerado como una trasgresión por la ley, el daño inflingido por un hecho perpetrado antes de existir una ley que lo prohibiera no es pena, sino un acto de hostilidad, pues antes de la ley no existe trasgresión a la ley.

El Estado, al desplegar sus acciones en persecución del delito bajo los parámetros antes señalados, está garantizando el mínimo de la seguridad (jurídica, social y política) y el respeto a las garantías que demanda la sociedad. Los anteriores elementos se erigen como delimitadores incuestionables al poder del Estado y por ende, previenen los abusos de autoridad y de poder de los funcionarios que le representan en su función constitucional y, de esa manera, se propicia legitimidad y fortaleza al Estado constitucional de Derecho. No se entienda que el Estado deba permitir que la criminalidad que se manifiesta de manera organizada o la delincuencia convencional haga lo que quiere, sin encontrar firmeza de parte del Estado para su control; todo lo contrario, firmeza dentro del marco constitucional.

Por otra parte, atendiendo a los alcances de la “acción criminal”, al daño, lesión o puesta en peligro del bien jurídico y, de manera particular la naturaleza y esencialidad del valor ético-social tutelado, los tipos penales pueden ser de mera actividad o de resultado, que en la práctica muchos doctrinarios trasladan esta acepción al delito en su conjunto; así prefieren hablar de delitos de mera actividad o de lesión. Serán delitos de mera actividad aquellas acciones lesivas, que no dejan un daño palpable por el cual ingrese a la experiencia y al conocimiento humano de manera directa y, no sea cognoscible mediante el contacto físico; sin embargo, lo anterior no implica que no haya lesividad y

cuando la nueva ley sea favorable al delincuente. En iguales términos, se pronuncia el artículo 14 del Código Penal.

24 Ferrajoli, Luigi. Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal. Editorial Trotta. Cuarta edición. Año 2000. página 381.

que dicho comportamiento esté exento de responsabilidad penal. Lo anterior depende del elemento material o inmaterial que soporta la acción lesiva, como el orden público o la paz pública.

Los tipos penales que se denominan de resultado, lo constituyen aquellos hechos que, como producto del desvalor de la acción, generan un daño concreto en el objeto material que soporta el impacto y la fuerza del acto lesivo; en este caso el daño es palpable, materialmente cognoscible a través de cualquiera de los sentidos y se encuentra directamente asociado al objeto –no es requisito indispensable– sobre el cual recae la acción, como la integridad física, el patrimonio, la salud física, etc. En este caso es posible evidenciar con un breve examen y de manera inmediata, el desvalor de la acción y el de resultado.

Ahora bien, retomando el tipo penal de las agrupaciones ilícitas²⁵, al revisar su relación conceptual con todos sus elementos esenciales, se concluye que se está en presencia de un hecho delictivo que se configura con la mera actividad de parte de los sujetos que la integran (el hecho de agruparse o asociarse con fines criminales

25 En síntesis con la reforma penal del 28 de julio del 2004, D L 393, D. O. del 30 del mismo mes y año, quedó este delito redactado de la manera siguiente: **AGRUPACIONES ILÍCITAS.- Art. 345 CP.**

El que tomare parte en una agrupación, asociación u organización ilícita, será sancionado con prisión de tres a cinco años. Los organizadores, jefes, dirigentes o cabecillas, serán sancionados con prisión de seis a nueve años.

Serán consideradas ilícitas las agrupaciones, asociaciones u organizaciones temporales o permanentes, de dos o más personas que posean algún grado de organización, cuyo objetivo o uno de ellos sea la comisión de delitos, así como aquéllas que realicen actos o utilicen medios violentos para el ingreso de sus miembros, permanencia o salida de los mismos.

Si el autor o partícipe fuera autoridad pública, agente de autoridad, funcionario o empleado público, la pena se agravará hasta la tercera parte del máximo e inhabilitación absoluta del cargo, por igual tiempo.

Los que promovieren, cooperaren, facilitaren o favorecieren la conformación o permanencia de la agrupación, asociación u organización ilícita, serán sancionados con una pena de uno a tres años de prisión.

La proposición y conspiración para cometer este delito, será sancionada con prisión de seis meses a dos años.

específicos, genera un riesgo inminente a valores tutelados) con la que el legislador ha determinado que se pone en peligro valores individuales y colectivos, al darse la posibilidad de lesión a los mismos de manera sistemática y organizada.

Debido a que la sumatoria de recursos humanos, financieros y materiales, destinados a los propósitos delictivos, genera una fuerza extraordinaria, produce inestabilidad e inseguridad social y proporciona capacidad a los individuos que integran una agrupación, de lesionar bienes jurídicos relevantes y de interés de la colectividad, es que el legislador ha considerado necesario tipificar este hecho –el asociarse para cometer delitos– y sancionarlo.

Las agrupaciones ilícitas están indisolublemente ligadas a la ejecución de planes criminales de manera permanente. Podría parecer que, en determinados períodos, no actúa la organización (manifestación extrínseca de su esencia), aunque se mantengan siempre unidos sus integrantes. Esta etapa siempre es activa, es utilizada para planificar y abastecer o garantizar la logística que luego permitirá desencadenar las acciones criminales como el secuestro, robo, narcotráfico, contrabando o lavado de activos, entre otros. En cuyo caso, el delito se está ejecutando, puesto que siempre se mantiene –en tiempo y espacio- una estructura que impone el mando y la obediencia de sus integrantes; la organización se mueve con el perfil que le demanda el propósito criminal, de cuyos planes, algunos quedarán en eso, otros definitivamente alcanzarán su realización.

Con lo anterior se confirma la tesis del carácter independiente y autónomo del delito de agrupaciones ilícitas con respecto a los demás tipos penales que pudieran resultar del actuar criminal de la agrupación: Homicidios, hurtos, falsedad material o ideológicas, comercio y tráfico de drogas, falsificación o alteración de moneda, robo, tráfico de mercancías, terrorismo, etc. En todo caso, el hecho calificado como agrupaciones ilícitas queda sujeto a ser demostrado con evidencia, que indique objetivamente las acciones criminales

concertadas, estructuradas, entre otros, con la que se produce un peligro específico a determinado bien jurídico. Debe, en estos casos, evidenciarse la relación de causalidad e intencionalidad, entre las acciones del grupo delictivo y los valores jurídicos constitucionalmente tutelados, que resultaren lesionados o puestos al filo del riesgo de manera concreta.

Es necesario advertir que la configuración del delito de agrupaciones ilícitas, está condicionado a la existencia de otros ilícitos que hayan sido causados o que estén en curso; por ende, coexiste junto a otros hechos delictivos, según sea la realidad fáctica que lo sustente. Esta circunstancia, que permite comprender el carácter autónomo de las agrupaciones ilícitas, se encontraba normada en el inciso tercero del artículo 345 C. Pn. derogado (D L 393, D. O. del 30 del mes de julio del año 2004), en el que el legislador penal había dispuesto: que ***“En los casos dispuestos en los incisos que anteceden, se adicionará a la pena anterior la que corresponda al delito respectivo, si éste se hubiera consumado”***. Con la norma vigente, el legislador no dijo nada respecto al carácter autónomo del delito de agrupaciones ilícitas, lo que no implica que deba entenderse lo contrario; la doctrina mayoritaria es unánime al considerar el carácter autónomo de este delito con relación a otros, que se produzcan en razón al propósito criminal de la agrupación, por lo que es posible que se configure el concurso real o ideal de delitos.

V. ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LA FIGURA PENAL EN LAS AGRUPACIONES ILÍCITAS.

a) Generalidades.

Desde el punto de vista normativo, las agrupaciones ilícitas se configuran de manera autónoma, por lo que fácticamente existe relación causal y final entre la conducta penalmente reprochable y el resultado, y entre éste con los hechos constitutivos de delitos, pues ésta es la razón de ser del agrupamiento, en cuyo caso, dicha relación requiere de una manifestación concreta: la existencia de la organización criminal debidamente estructurada (historial delincuencia del grupo), y la vinculación de los individuos con la organización.

No obstante, por la cercana relación con el riesgo natural que los seres humanos, enfrentan en su medio social y natural y el peligro al que los diversos valores se encuentran expuestos, se suma la amenaza de agentes estructurados contra bienes constitucionalmente protegidos. El tipo penal que se estudia propicia las condiciones para que el Estado extienda su poder sancionatorio hacia hechos que representan un peligro para el conglomerado.

La sociedad está plagada de riesgos; desarrollarse y sobrevivir en ella presupone necesariamente sortear tales riesgos. Si el Estado asumiera la penalización de toda acción, que ponga en peligro en abstracto determinados valores que estime necesario proteger, se convertiría en un limitador de libertades, en un Estado arbitrario y condicionador de las acciones y decisiones de la persona humana. La máxima constitucional que el *“origen y fin de la actividad del Estado es la persona humana”* (artículo 1 de la Constitución de la República de El Salvador), quedaría sólo en vana aspiración pues, lejos de producir libertad y seguridad a la colectividad, se convertiría en la misma cárcel de los ciudadanos que le dan origen.

Pues bien, el Estado, a través del legislador, perfila los comportamientos que estima deben ser reprimidos; para ello utiliza el derecho penal y en su normativa coloca determinados conceptos, que se convierten en *núcleos orientadores de las acciones, condiciones, cualidades, calidades y formas, etc.* a grado tal que en su conjunto permite dibujar una especie de imagen que se representa en la mente del intérprete de la norma, del jurista, de los destinatarios de la misma. A esa imagen, que nace del contenido de la norma, es a lo que se denomina figura penal, y una norma podrá tener diversas figuras según sean los rangos, roles, cualidades y calidades de los actores y según sea el bien jurídico que se dispone proteger con la norma penal.

b) Del concepto de figura penal.

En materia de Derecho penal, en particular, referido al estudio de la parte especial, con frecuencia se encuentran expresiones tales como: ***“figura penal”, “figura del tipo” o “configuración”***. La figura penal no es sinónimo de tipo penal, pues este último, trabajado con la técnica legislativa adecuada, recoge en su seno una forma específica, que conduce a delinear una situación jurídica particular, que lleva a delimitar a la primera, de manera concreta.

Dentro de la descripción típica que el legislador hace en la norma penal, se encuentra una serie de conceptos interrelacionados dotados de contenido fáctico y gramatical a tal grado que, en su esencia, construyen las circunstancias de hecho objeto de la prohibición, el reproche y la consecuencia, a lo que también se suman las variantes que el hecho objeto de prohibición tiene.

De allí que, al hacer referencia a la “figura penal” cualquiera sea el tipo, debe entenderse como la conjugación de elementos y circunstancias fácticas, y cualidades y calidades de los sujetos intervinientes en cualquiera de los extremos de la relación jurídica objeto de regulación. Tipo y figura parecen uno como se ha dicho, y

lo son cuando el primero contiene a la segunda, y en la medida que ésta última tenga definición y contenido, el tipo resultará con igual textura. Por ello es fácil identificar un tipo penal de otro, debido a la “figura penal” que le da consistencia, que se amalgama, es decir, cuando recoge los elementos y circunstancias que el legislador estima necesario proscribir, con base a valores previamente reconocidos en la norma primaria.

Compárese, para fines ilustrativos, la figura penal contenida en el artículo 128 C. Pn. “El que matare a otro...” con la que contiene el artículo 148 del mismo cuerpo de leyes: “El que privare a otro de su libertad individual...” en el primer caso se trata de una figura que da base al tipo penal de Homicidio Simple y, en el segundo, hay una afectación a la libertad personal. No es lo mismo quitarle la vida a una persona, que limitar su libertad. Es clave la imagen que se destaca, pues en el primer caso ocurre la interrupción definitiva de la vitalidad, la eliminación física de la persona en donde la vida es el bien o valor protegido; y en el otro, física y vitalmente está presente la persona, sólo se afecta un componente de su esencia y dignidad, que se expresa a través de su autonomía personal o individual, donde la libertad del ser humano es el bien jurídico protegido.

La figura penal es la forma en abstracto que adquiere un substrato de la realidad expresada en la norma penal, mediante la delimitación de una imagen, tendente a salvaguardar valores ético-sociales, sean de carácter individual o colectivos. La función que la figura tiene en el texto de la norma, además de proporcionar contenido e identidad al tipo, es decir, hacerlo separable y diferenciable de otras expresiones típicas, es que contribuye a darle solidez a la definición normativa y sobre todo, delimita el valor ético-social tutelado por la norma. En términos generales, la figura penal es construida por el legislador en virtud de la función normatizadora que le señala el Art. 121 y 131 de la Constitución de la República. A través de la figura, se recogen elementos esenciales como: a) el hecho y sus

circunstancias. b) Partícipes. c) El bien jurídico objeto de protección. d) Calidad y cualidad del autor, o partícipes en la ejecución de los fines de la agrupación y, e) cualidad y calidad de la víctima. Todos estos elementos giran en torno al bien jurídico, como núcleo central de protección y actúan como verdaderos patrones individualizadores de un tipo a otro.

c) Figuras dominantes del tipo penal en las agrupaciones ilícitas:

El tipo penal de agrupaciones ilícitas, según la norma penal, presenta diversas manifestaciones figurativas, que constituyen algunas peculiaridades en la conformación del mismo, y por ende, sirven de base para sustentar criterios de penalización. Estos aspectos pueden ser sintetizados en tres elementos.

- a. Atendiendo a la conjunción de las acciones.
- b. Atendiendo al rol de los integrantes de la organización delictiva y,
- c. Atendiendo a la calidad de los partícipes.

Estos elementos aparecen coexistiendo en la descripción del hecho supuesto por el legislador, juntamente con otros aspectos de menor relevancia para la definición del tipo, pero no por ello intrascendentes. Como podrá advertirse, en el tipo penal en estudio se encuentran expresiones como el de “tomar parte”, “Agrupación, Asociación u Organización Ilícita”, “cometer delitos”, entre otros, que circunscriben las acciones esperadas o presupuestadas, como también circunscriben el enunciado objeto de prohibición: la Organización delictiva. Ello permite ubicar los comportamientos, circunstancias del hecho, resultados y fines desaprobados que se convierten en el basamento del supuesto prohibitivo. En la descripción típica que hace el legislador, se encuentra una “figura” básica o simple, y otra, calificada; esta última se bifurca en dos, una consistente en perfilar

una agravante normal, que responde al rol que juegan los autores o partícipes de la organización delictiva, y la última constituye una agravante especial, que atiende a la calidad de los integrantes de la organización por desempeñar funciones importantes dentro de la administración pública. Esta agravante especial puede ser sancionada con la pena máxima considerada para los organizadores aumentada hasta en una tercera parte.

Cada concepto adquiere un estatus de categoría que, por sí mismo y en relación con el contexto descriptivo, es capaz de formar una imagen específica como la que el legislador pretende, a fin de tenerla como relevante para los efectos de fijar lo permitido y lo no permitido. La expresión “tomar parte”, se refiere a desempeñar una actividad, principal o secundaria, dentro de la organización delictiva, con el propósito de coadyuvar a la realización de todo o en parte del plan delincuenciales propuesto. Las categorías “Agrupación, Asociación u Organización Ilícita”, son otra muestra de lo que antes se ha dicho; así, la imagen que se encarna a partir de la experiencia (relación concepto-realidad social, es decir, la vinculación entre el mundo abstracto y el concreto), es la unión estructurada de individuos de manera permanente con fines y planes delictivos diversos.

El artículo 345 del Código Penal, que entró en vigencia el 20 de abril del año 1998, al regular el delito de agrupaciones ilícitas (en aquel momento se le denominó asociación ilícita), hace referencia a la figura básica: “*El que tomare parte en una agrupación... que tuviere por objeto cometer delitos...*” y agravó la pena para casos de conductas y roles sobresalientes dentro del propósito de la agrupación y para quienes la promovieran o la dirigieran. Con esta descripción típica del delito, el Estado no hizo ninguna distinción en cuanto a los bienes jurídicos puestos en peligro, con el comportamiento desaprobado, como lo hizo posteriormente en otra reforma a la disposición que luego derogó; eso sí, en la disposición originaria se limitó a distinguir de los partícipes, “aquellos que realicen funciones de liderazgo dentro

de la organización”. En la actualidad, la disposición tiene el mismo espíritu que le imprimió en sus orígenes, en cuanto a los integrantes de la organización, sólo que ahora se refiere a “los organizadores, jefes, dirigentes o cabecillas”.

En el orden de lo que se ha venido tratando, se puede decir que la disposición penal de las agrupaciones ilícitas proporciona varias figuras típicas, que van desde una propiamente básica, y dos perfiles agravados, de los que se advierte que el legislador ha tomado como base para ello, lo que se decía antes: la calidad y el rol de los sujetos que integran la organización criminal.

c.1) Figura básica del delito de agrupaciones ilícitas.

En cuanto a la figura básica debe decirse que se encuentra contemplada en la parte primera del inciso primero y en el inciso segundo del artículo 345 del Código Penal, en los que destacan algunos elementos descriptivos importantes: el hecho de agruparse con fines ilícitos puede ser realizado por dos personas o más. El número de “dos o más personas” es un dato específico y determinado que proporciona el punto de partida de integrantes, no puede producir equívocos, sin embargo, es un aspecto excesivo del legislador al considerar este mínimo porque la doctrina mayoritaria y la normativa internacional sobre este tipo de criminalidad organizada, generalmente admiten de tres o más sujetos, con los que es factible que se puedan conformar con mayor claridad las características de una verdadera organización delincencial, así como de la complejidad de las acciones, los niveles de mando, diferentes roles y espacio territorial donde opere la organización simultánea o secuencialmente. La realidad de este tipo de criminalidad lleva a pensar que es factible que se configure con mayor facilidad una agrupación para el crimen con un número superior a tres que de dos. En ese sentido, se tiene que en otros sistemas normativos no se contempla el requisito de “dos o más sujetos” para conformar

la agrupación o asociación, y para que se establezca la misma, exigen que sean “tres” como mínimo²⁶.

En la medida que el número de integrantes de la organización delictiva crece o se manifiesta numerosa, con planes compartidos, permanente en tiempo y espacio, en esa medida la existencia de la misma –con sus atributos esenciales- deja de ser una especulación para convertirse en una realidad jurídicamente relevante para el derecho penal, como delincuencia organizada. Por el contrario, si el número de partícipes es mínimo –dos para el caso- se desvanece la existencia de una posible organización para el crimen, pues, resulta más probable que sea absorbida por una forma de coautoría, con lo que no debe entenderse que está fuera de las posibilidades que pueda darse un tipo penal organizado con sólo dos sujetos, lo que es bastante remoto.

La relación de coordinación entre sujetos para realizar un delito, no dice mucho de la peligrosidad de la unión de éstos como delincuencia organizada, pues no hay nada complejo en el entramado criminal, no hay mayor capacidad de alcance lesivo de valores protegidos más allá del que lesionan, y por lo tanto, difícilmente se encuentra la estructura, la persistencia de los sujetos en el camino del delito, etc. aunque no es requisito que opere con niveles de mando y con planes complejos para que pueda darse la forma simple de este delito. En una unidad bancaria, por ejemplo, dos empleados que se desempeñan como cajeros, hurtan un poco de dinero cada semana de los fondos de la caja que manejan y documentan dicho faltante como retiros u otros gastos por operaciones bancarias. Esto lo hacen durante dos años, cada quien lo hace cada uno según el momento y la oportunidad; pero se comparten la información, y el resultado, ambos se protegen. Ni uno obedece al otro, ni mucho menos hay un plan conjunto; sin embargo, se salvaguardan porque de ser descubierto uno,

26 Consúltense la legislación penal argentina o española, o, la Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional.

caerá el otro. Es difícil percibir una expresión de crimen organizado y planificado, más bien sugiere una autoría y cuando mucho la coautoría.

En este tipo de criminalidad, caracterizado por el número de individuos que participan, indiscutiblemente que el fantasma de la coautoría está presente, cuya fundamentación queda sujeta a la relación que exista entre el fáctum con respecto a los elementos que conforman las diferentes figuras típicas que haya previsto el legislador. La descripción que se encuentra en la parte primera del inciso primero del artículo 345 del Código Penal, sirve de base para la figura agravada, sin embargo, proporciona una relación hipotética de los hechos que deberán tenerse como delito y, por ende, el legislador penal le asignó una pena considerada menor en relación a los máximos que se contemplan, según los diversos elementos que concurren como agravantes.

c.2) La figura agravada y especialmente agravada.

En el inciso primero del artículo 345 del C. Pn. en la parte final se encuentra un componente que, caso de concurrir complementariamente a la figura básica, debe ser objeto de un tratamiento agravado por parte del juzgador al momento de dictar sentencia condenatoria, esto es, *el rol que desempeñan algunos miembros de la agrupación en su seno para mantener la estructura, la cohesión del grupo y la planificación de los actos delictivos*. Es de esperar que en alguna medida, uno o más sujetos que la integran ejerzan funciones de liderazgo, con actividades como la organización, la planificación, y en ellos se concentran el mando y las decisiones respecto a los asuntos propios de la organización y a las actividades criminales, contraria a la norma socialmente esperada, a diferencia de aquéllos que no giran directrices ni lineamientos, sino simplemente obedecen, ejecutan las decisiones emanadas del mando.

Aparece en el fondo de lo que, en primer momento, constituye una figura simple o básica, un componente que obra como ***criterio para agravar*** la pena al autor del ilícito, como ya se señaló, que responde al papel que éste juega, con funciones específicas que le diferencian del resto. En ese orden, aparece este elemento definido por el legislador como criterio para diferenciar la pena que hipotéticamente deberá imponérseles a quienes resultaren condenados por el delito de Agrupaciones ilícitas. Así, la disposición en referencia establece que “los organizadores, jefes, dirigentes o cabecillas serán sancionados con prisión de seis a nueve años”. Diferente es con aquéllos que son simplemente partícipes en la organización ilícita, que pueden ser sancionados con penas que van de tres a cinco años de prisión.

Otro elemento que se encuentra en el tipo penal que, de igual manera obra como criterio constructor de una figura agravada, diferente a la que se ha hecho referencia, es lo relativo a ***la calidad de los partícipes***; en este caso no importa si es o no simple miembro, dirigente o “cabecilla” de la agrupación; sin embargo, el legislador lo ubica dentro de una escala superior a la agravante de dirigir la organización debido a que, con la calidad que se prevé, tenga el sujeto activo, la organización puede ser mucho más peligrosa, con mayor efectividad para lograr los propósitos lesivos y, además, garantizarse la impunidad.

En efecto, el legislador penal ha previsto en la norma que independientemente el rol del sujeto activo dentro de la organización y más allá de la circunstancia agravante del tipo que se ha comentado, merecerá mayor reproche aquella conducta del sujeto que, teniendo participación en la organización delictiva, ostente simultáneamente la calidad de Autoridad Pública, Agente de Autoridad, Funcionario o Empleado Público.²⁷

27 Para efectos penales –reza el artículo 39 del CP– se consideran: 1) ***Funcionarios Públicos***, todas las personas que presten servicios, retribuidos o gratuitos, permanentes o transitorios, civiles o militares en la Administración pública del Estado, del municipio o de cualquier institución oficial autónoma, que se hallen

La razón de ello radica en que las personas que delinquen teniendo u ostentando un cargo como los referidos, amparándose a la cobertura que le proporciona el cargo público, le garantiza más efectividad a la organización para la realización de los delitos que se propone. La decisión también de aumentarse la pena para quienes tienen tal calidad, se debe a que hay una mala utilización del cargo —que se ha creado para brindar un servicio público a la comunidad— por parte del sujeto activo que, ante los ojos de la sociedad, le merece la total confianza pues está legitimado por la ley del servicio civil o de la carrera administrativa de que se trate, nunca esperaría que una persona le sorprenda de tal manera.

En síntesis, esto es un fraude a la sociedad, porque estos sujetos, desde la cobertura que les proporciona la función o el servicio público, harán todos los esfuerzos para que el hecho o los delitos queden dentro de los márgenes de la impunidad, en aquella franja de delitos que la ley no toca por una serie de “extrañas” razones, trátense de delitos relacionados con el fisco, con el tráfico legal de mercancías y capitales, el tráfico de estupefacientes, etc.

La delincuencia organizada que se expresa con la participación de individuos que ostentan la calidad de funcionario, autoridad, empleado público o agente de autoridad, produce un daño o un inminente peligro doblemente grave porque:

a) Atenta contra los bienes jurídicos tutelados que, directa o indirectamente, hacen impacto en los diferentes sectores sociales, y contra valores difusos de interés de la colectividad como la paz o el orden público, la seguridad nacional, la administración de justicia y,

investidos de la potestad legal de considerar y decidir todo lo relativo a la organización y realización de los servicios públicos. 2) **Autoridad Pública**, los funcionarios del Estado que, por sí solos o por virtud de su función o cargo o como miembros de un tribunal, ejercen jurisdicción propia. 3) **Empleados públicos y municipales**, todos los servidores del Estado o de sus organismos descentralizados que carecen del poder de decisión y actúan por orden o delegación del funcionario o superior jerárquico. y 4) **Agente de Autoridad** y los Agentes de la Policía Nacional Civil.

b) Atentan contra la institucionalidad del Estado, la confianza que la sociedad tiene de los servidores públicos.

El inciso tercero del artículo 345 del CP señala que “Si el autor o partícipe fuera autoridad pública, agente de autoridad, funcionario o empleado público, la pena se agravará hasta la tercera parte del máximo e inhabilitación absoluta del cargo, por igual tiempo”. La pena máxima referida, que sirve de base para aumentarla en una tercera parte es la máxima prevista para los organizadores, jefes, dirigentes o cabecillas, a quienes se les establece la pena grave intermedia. Por consiguiente, el elemento que proporciona la calidad de los sujetos, partiendo del rol que desempeñen, conllevan a conformar otra figura y la pena en este caso es mayor que la contemplada para los organizadores o dirigentes.

Siguiendo la línea de este enfoque, respecto a que la figura básica del tipo penal de las agrupaciones ilícitas se localiza en la parte primera del inciso primero del artículo 345 del C. Pn. y, haciendo eco del elemento descriptivo como criterio primario de interpretación de la norma y orientador de la lógica del derecho, se examinará ahora el inciso último del artículo en referencia. Los elementos que se desprenden de la disposición, independientemente del carácter simple, agravado o del especialmente agravado, de la figura penal, lleva a reafirmar el propósito del legislador de ir con la amenaza penal, más allá de la participación en una agrupación para la comisión de delitos, cuando dice que también se impondrá una pena determinada para aquellas conductas o acciones que impliquen *la proposición o la conspiración para cometer el delito de agrupaciones ilícitas*.

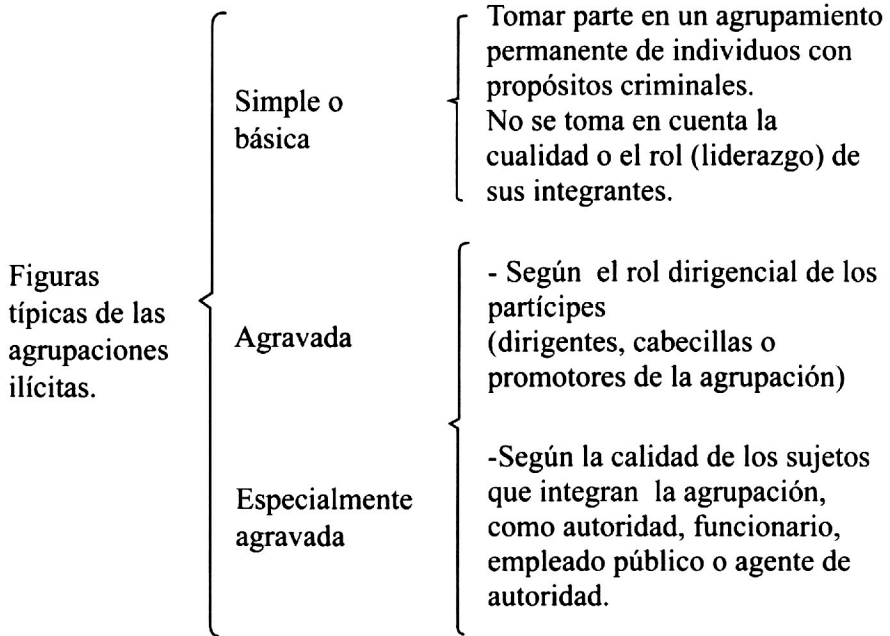
Pareciera ser que, al sancionar equivalentemente esta conducta con la de “tomar parte”, el legislador está sancionando un comportamiento que se ubica dentro de los márgenes de lo no punible, por tratarse de aquellas conductas que generan un peligro abstracto, una mera actividad que no lleva peligro concreto a valores constitucionalmente tutelados; sin embargo, cabe decir que no es así,

cuando alguien realiza acciones tendentes a constituir u organizar un grupo de personas que se dedicarán a la comisión de delitos, esa parte del hecho que refleja la *conformación de la organización a través del reclutamiento* es un paso importante que trasciende la ideación del delito, pues adquiere forma externa que, al concretarse, dará como resultado el fortalecimiento de la organización a través de nuevos integrantes con destrezas y conocimientos especiales para los fines delictivos, por lo que, si de la proposición o conspiración hay un solo paso para organizar un grupo delictivo, de la conformación de la estructura delincencial hay menos que un paso para la realización de delitos, puesto que la organización se desarrolla concomitantemente a la ejecución de sus fines.

La proposición o conspiración no sólo puede ser para darle nacimiento a la organización, sino también para incorporar elementos con determinadas técnicas o cualidades de utilidad a la estructura, al igual que la de planificar clandestinamente la creación, funcionamiento o financiación para el mantenimiento de la organización. Sobre este particular, no se debe confundir agrupación ilícita con la conducta penalmente reprochable de la conspiración para cometer otros delitos, que es el propósito esencial de la agrupación. La conspiración o proposición para cometer delitos diferentes al de las agrupaciones ilícitas, deberá ser abordado de manera autónoma e independiente.

Los anteriores aspectos pueden llevar a pensar que la regulación contenida en el inciso último del artículo que se comenta, y que da continuidad a la figura simple referida en el inciso primero, es ajeno al tipo penal de agrupaciones ilícitas; sin embargo, no es así, sobre todo cuando el presupuesto normativo trascienda a la concreción y se produzca una relación causal y final, que establezca inequívocamente que la conducta se enmarca en los presupuestos normativos del tipo penal como el plan, la estructura y la amenaza de lesión de bienes jurídicos.

A manera de corolario, véase el siguiente esquema mediante el cual, se resume lo que se ha venido explicando en el presente capítulo, en el que se reflejan las diferentes figuras dominantes que contempla el tipo penal de las agrupaciones ilícitas.



VI. ELEMENTOS OBJETIVOS DEL TIPO PENAL DE AGRUPACIONES ILÍCITAS.

Si se parte de la idea clásica de que delito es la lesión o la puesta en peligro de un bien jurídico protegido, mediante actos típicamente antijurídicos, culpables y sometidos a condiciones de punibilidad, es bueno examinar algunos aspectos indispensables que lo conforman a la luz del ilícito, cuya utilidad se orienta a clarificar la concurrencia de éstos en el tema central objeto de estudio. La doctrina, en consonancia con el conjunto normativo penal, considera que acuden a darle definición a la noción de delito, los conceptos de Acción Típica, Antijuridicidad y Culpabilidad. Por ello se habla de tipicidad del hecho, cuando éste se encuentra íntimamente vinculado con el principio de legalidad.

Independientemente de las ideas diversas que subyacen en la configuración del delito, de cómo lo concibe el legislador y la doctrina penal, más allá de considerarlo como una perturbación grave al orden social, en este apartado se abordarán solamente dos elementos:

- 1) la Acción Típica y,
- 2) el Bien Jurídico Protegido.

El otro elemento que corresponde al contexto subjetivo del hecho punible, se abordará a continuación.

a) La acción típica.

Con los parámetros que la disposición penal contempla como presupuesto para la realización del ilícito, se reflexionará sobre lo que constituiría la “acción” que deberá clasificarse como punible, lo cual permitirá separarla del resto de comportamientos, que forman parte de ilícitos diferentes al de las agrupaciones ilícitas o son comportamientos no punibles que resultan irrelevantes para el derecho penal.

Todo hecho generado e intermediado por el ser humano, puede tener como presupuesto de realización, la acción u omisión, según el grado, nivel y rol de los involucrados en el mismo, siendo esto, en términos concretos, la determinación de obtener específicos resultados, al asumir la realización de comportamientos lesivos según el plan preestablecido y acordado (activo); o también, debiendo y pudiendo evitar el resultado del actuar de los otros miembros de la agrupación, el agente con *conocimiento y conciencia*, permite que el hecho suceda (omisión)²⁸.

El conocimiento y conciencia respecto a la comisión por acción u omisión del ilícito de agrupaciones ilícitas presenta dos facetas:

- 1) El que tiene el agente respecto a la especie de agrupamiento al que se está incorporado, que promueve y fortalece con su inserción, sabiendo a su vez el propósito delictivo del grupo, es decir, teniendo conciencia de la naturaleza delictiva del mismo.
- 2) Aquél que tiene o experimenta el individuo respecto a su propia realidad objetiva y subjetiva, en el sentido de que sus aspiraciones y propósitos son coherentes y corresponden a lo que el agrupamiento se propone alcanzar, con acciones lesivas a valores ético – sociales; de allí su pertenencia al grupo y adhesión al plan o planes criminales que realizan.

Ambas premisas, de alguna manera, no sólo se encuentran en el ámbito del conocimiento y la experiencia en general que obran

28 Las normas jurídicas constituyen prohibiciones o mandatos. Prohíben ciertas acciones o bien mandan hacer determinados comportamientos. Las prohibiciones se infringen; por lo tanto, haciendo, es decir mediante acciones positivas. Los mandatos, a su vez, no haciendo lo ordenado, es decir, omitiendo (...) a estas formas de la infracción de las normas corresponde los delitos de comisión y los de omisión respectivamente. Bacigalupo, Enrique. Lineamiento de la Teoría del Delito. Editorial Hammurabi, Buenos Aires, Argentina. Segunda reimpre-
sión, 1989, Pág. 3 y 4. Además, consúltense los artículos 19 y 20 del Código Penal Salvadoreño, en los que se regula la acción y la comisión por omisión respectivamente.

como principales fuentes de referencia, sino que también han sido consideradas por el legislador penal, en los artículos 19 y 20 del Código Penal. El comportamiento activo u omisivo de una persona tiene importancia para el derecho penal, para la criminología o para la política criminal “definida” e impulsada por el Estado, en la medida en que ésta se dirige a lesionar o colocar en potencial riesgo bienes jurídicos tutelados.

La idea que se tiene de la “acción” sin adjetivos ha alcanzado un nivel de profunda discusión entre los juristas o tratadistas dedicados al estudio de la ciencia penal y de alguna manera se han adscrito en las diversas escuelas del pensamiento jurídico-penal. Así, para los causalistas la acción es todo movimiento corporal generado por un acto que, a su vez, transgrede la norma jurídica y lesiona bienes jurídicos protegidos. Frisch, por ejemplo, plantea que tres son las condiciones objetivas del resultado... “se exige que el autor haya provocado el resultado de modo causal por su actuación; que haya creado con su conducta un peligro desaprobado y debe de haberse realizado en el resultado ese peligro desaprobado”. Asimismo, plantea una fórmula que permita la descripción de la causalidad: la teoría de la *conditio sine qua non* y la fórmula de la condición legal²⁹. Según esta doctrina –dice Welzel– la acción debe ser el mero proceso causal que desencadena la voluntad (el “impulso voluntario” o la “enervación”) en el mundo exterior (efecto de la voluntad); con independencia de que el autor lo haya querido o incluso pudiera preverlo (contenido de la voluntad)³⁰.

Para los Finalistas, dentro de los que destaca su creador (Welzel)³¹ “el carácter final de la acción, se basa en que el hombre, gracias a su saber causal, puede prever, dentro de ciertos límites, las consecuencias posibles de su conducta. Asignarse, por tanto, fines

29 Frisch, Wolfgang. Tipo Penal e Imputación Objetiva. Editorial Colex, España, 1995, Páginas 29 y 30.

30 Welzel, Hans. El Nuevo Sistema del Derecho Penal. Una introducción a la doctrina finalista. Editorial B de F. Montevideo, Buenos Aires. 2001. Pág. 50

31 Welzel, Hans. *Ibidem*. Pág. 41 y siguientes.

diversos y dirigir su actividad, conforme a un plan, a la consecución de estos fines”.

Tras los avances proporcionados por la escuela finalista, cobra relevancia nuevamente el *concepto social de la acción*, el cual precede a aquella cronológicamente. Este sector de la doctrina representado por Engesch y Jescheck, concibe la acción como la generación voluntaria de consecuencias socialmente relevantes. Aunque, de manera breve, no se puede dejar de mencionar el sistema funcional del derecho penal o funcionalismo teleológico expuesto por Roxin y el funcionalismo estratégico de Jacobs,³² cuyos postulados son igualmente importantes

32 Choclan Montalvo, José Antonio y Calderón Cerezo, Angel. La acción Típica y la Imputación Objetiva. Revista Justicia de Paz No. 6, año III –Vol. II Mayo – Agosto 2000. Proyecto de Asistencia Técnica a los Juzgados de Paz, Corte Suprema de Justicia de El Salvador. Impresión Talleres Gráficos de la UCA. Págs. 94 y 95. Conforme a un sistema racional – final o teleológico se introducen categorías que innovan el panorama tradicional: así, *la imputación objetiva (categoría normativa)* viene a sustituir al problema de la causalidad (categoría ontológica o científico- natural), dependiendo la imputación de un resultado al tipo objetivo de la realización de un peligro no permitido dentro del *fin de protección de la norma*. ROXIN, pretendiendo una coordinación de los elementos básicos del delito con los fines político- criminales, amplía la culpabilidad por medio de la categoría de la responsabilidad, añadiendo a la culpabilidad, la necesidad preventiva (especial o general) de la sanción penal. Solo cuando la culpabilidad y la necesidad de la pena se dan conjuntamente, puede hablarse de responsabilidad penal (concepto funcional de la culpabilidad). JAKOBS, partiendo de la teoría de los sistemas sociales de Luhman, elabora un sistema de Derecho Penal en el que la acción se define con arreglo al criterio de la evitabilidad y se elabora una teoría acerca de los fines de la pena basada en la *prevención general positiva* que absorbe la culpabilidad y que se considera suficiente para cumplir el papel limitador de la medida de la pena, aunque este punto de vista ha sido criticado por la opinión dominante. Constituyendo un imperativo funcional la estabilización normativa, la misión del Derecho penal, de acuerdo con este modelo funcionalista (*funcionalismo sistémico*), es el mantenimiento de la configuración social, en la forma dada y exigida legalmente, vigencia efectiva de la norma. Desde el funcionalismo, JAKOBS propone un concepto de acción basado en la *causación de un resultado individualmente evitable*. Al derecho penal, le compete la motivación hacia la evitación del comportamiento prohibido, de acuerdo con este concepto, la evitabilidad es individual, es decir, se determina en función de las capacidades individuales del autor, y sirve para englobar tanto el actuar doloso como el imprudente. De acuerdo con este concepto, no son acciones, como por

para este estudio, pues contribuyen a redefinir el concepto de acción, sobre todo, cuando tal noción es importante para ubicarla revestida de tipicidad, a fin de configurar el delito de agrupaciones ilícitas, o, dicho en otras palabras, observar la relevancia social –debido a los macrovalores afectados o puestos en potencial peligro– de un comportamiento dañoso, merecedor del reproche³³.

Teniendo presente entonces, las reflexiones hechas en torno al concepto de “acción”, y los parámetros objetivos-normativos, se dirá que la acción típica del delito de agrupaciones Ilícitas constituye aquella *actividad consciente del ser humano orientada a **tomar parte, promover, cooperar, facilitar o favorecer** la conformación de una estructura permanente de individuos, recursos materiales y financieros, con el propósito compartido de realizar hechos lesivos a bienes jurídicos tutelados, dotada de jerarquía, sometida a uno o varios mandos*. Hay algunas acciones que pueden estar revestidas de la calidad como del rol que desempeñen los sujetos que ejecuten las acciones como se ha indicado ut supra.

Este delito puede consumarse con la verificación de la sola conducta de “agruparse” para realizar u obtener resultados lesivos, de allí que, entre otras razones, el solo hecho de agruparse o el de pertenecer se entiende como una circunstancia contraria a la ley, que por sí misma afecta la estabilidad social, puesto que su existencia

ejemplo, las reacciones de sujetos en estados de sueño profundo y de total inconsciencia, pues en esos casos no puede el sujeto motivarse hacia la evitación del comportamiento prohibido.

- 33 Para ampliar más sobre las diferentes escuelas y los inconvenientes que presentan (limitaciones y fortalezas de cada una), en la implementación de la dogmática penal, consúltese a Frisch, Wolfgang. Tipo Penal e Imputación Objetiva. Editorial Colex, España, 1995; Bacigalupo, Enrique, Lineamientos de la Teoría del Delito Editorial Hanmurabi, Buenos Aires Argentina, Primera reimpression de la segunda edición, marzo de 1989, páginas de la 5 a la 9. Sancinetti, Marcelo A. Subjetivismo e Imputación Objetiva en Derecho Penal. Primera Edición, marzo de 1997, editorial Ad hot, Buenos Aires Argentina. Todo el Texto es un examen de las dos principales teorías –causalista y finalista– a partir de los postulados de Jacobs se examina la concepción subjetiva del ilícito.

es más que una amenaza a la sociedad. A esta conclusión nos llevan algunos conceptos normados en la disposición penal como: “tomar parte...”, “...personas que posean algún grado de organización, cuyo objetivo o uno de ellos sea la comisión de delitos” “...realicen actos o utilicen medios violentos para el ingreso de sus miembros, permanencia o salida de los mismos”. etc.

En principio deben tomarse en cuenta las premisas que sustentan hipotéticamente el comportamiento desvalioso referido en los párrafos que preceden, por lo que los núcleos rectores representan un perfil central del tipo penal, y por regla general, la producción de hechos lesivos a bienes jurídicos. Con esta forma de manifestarse, el crimen organizado puede ser predominantemente una “conducta” activa; sin embargo, no es la única, es decir, que “el tomar parte en una agrupación”, al igual que otras formas de manifestarse la voluntad humana, puede devenir omisivamente, permitiendo –expresión tácita de la voluntad– que las acciones orientadas a la creación o funcionamiento de una estructura criminal para dedicarse a la comisión de delitos se realicen conforme la voluntad de quienes dirigen, planifican, distribuyen y asumen los roles, debiendo y pudiendo evitar que tal resultado sobrevenga. La conducta pasiva se experimenta cuando el agente, debiendo y pudiendo evitar que el desvalor se produzca, no lo hace.

Un ejemplo de lo anterior es la del agente de policía que, a raíz de sus indagaciones de varios crímenes que muestran patrones de realización similares, tiene conocimiento de que el sargento Mechón Lara se frecuenta, desde aproximadamente tres años, con varios sujetos que no tienen nada que ver con el trabajo policial; es más, éstos se dedican a negocios diversos, oscuros algunos de ellos. Intermediación para el alquiler de bodegas, compra y venta de automóviles en la que algunos de ellos han presentado reporte de robo, salen frecuentemente del país y prestan servicios de transporte de mercancías para el área centroamericana, entre otros. A uno de estos sujetos lo ha detectado

que se reúne más frecuentemente con el Sargento Mechón Lara y además, tiene conocimiento que este sujeto, a quien sólo sabe que le dicen “el Güisquil”, es parte de un grupo de individuos adiestrados en el uso de armas de guerra y técnicas militares por haber prestado servicio militar, de quienes se tiene referencia que se dedican al robo de mercancías, del robo de autos por encargo y al sicariato.

Siguiendo los hilos de una pesquisa, el investigador policial se encontró con evidencia directa que confirmaba que el sujeto conocido como “el Güisquil” participó en el robo de tres cajeros automáticos de una institución bancaria, en el homicidio de un agente de seguridad de un supermercado, y se percibe que en estos hechos tuvo un grado de participación el sargento Mechón Lara. Dado lo anterior, el agente investigador detuvo la sustanciación de la carpeta de cada uno de los casos que investigaba, y cada evidencia o información que guardaba relación con los mismos no la registraba para no comprometer a dicho sujeto, guardó las diligencias y no puso en conocimiento a la fiscalía los hallazgos.

Como podrá notarse, esta conducta omisiva de parte del agente investigador, de no poner en conocimiento de sus superiores los hallazgos de manera repetitiva, donde se involucra a los sujetos relacionados con el sargento Mechón Lara, de no informar a la fiscalía de los mismos, lo coloca en el filo de la participación por omisión en una agrupación ilícita, independientemente de que, por ello, reciba un beneficio patrimonial determinado, que si bien el tipo penal no lo especifica, sí se infiere que puede ser por lo general económica, política, religiosa o racial. Este comportamiento del agente investigador lo vincula a la estructura criminal, aunque no a los delitos que ésta haya cometido y que llegaron al conocimiento del investigador por las funciones que tenía. Lo anterior es independiente a la posible comisión de uno o más delitos contra la administración de justicia, en aras de favorecer a la estructura criminal.

Con el anterior comportamiento, el agente –doblemente agente: de policía y del delito- omitió dismantelar la organización teniendo el deber legal de hacerlo y permitió, por ende, que esta estructura operara, protegiéndoles y garantizándoles impunidad.

El obrar por omisión es diferente a la conducta activa propiamente dicha; en esta última es fácil identificar el fin o propósito que persigue el agente del delito; así, el conjunto de enervaciones del sujeto para levantar el arma de fuego, halar el gatillo a la altura del tórax de la víctima, son signos inequívocos de los elementos del dolo (conocimiento y querer del resultado de tal comportamiento, independientemente de que lo exprese verbalmente), mientras que con el obrar por omisión la lógica no funciona de la misma manera. Es determinante el deber de afrontar el riesgo, ya sea que la ley se lo mande o que lo haya provocado –el peligro- conscientemente. A partir de tal presupuesto, es posible tratar la omisión en igualdad de condiciones con la acción del agente del delito³⁴.

b) El bien jurídico protegido.

La razón de ser de los tipos penales es la protección de valores ético – sociales que, en el contexto del Derecho penal se denominan bienes jurídicos, sean éstos individuales o colectivos, que la persona humana estima esenciales e importantes para su existencia con dignidad, para desarrollarse en un ambiente de seguridad y estabilidad en el seno de la sociedad a la que pertenece. La norma penal no puede estar o elaborarse vacía de valores trascendentales, es

34 El que omite impedir un resultado, responderá como si lo hubiera producido, si tiene el deber jurídico de obrar y su omisión se considerará equivalente a la producción de dicho resultado. El deber jurídico de obrar incumbe a quien tenga por ley obligaciones de cuidado, protección o vigilancia, al que con su comportamiento precedente creó el riesgo y al que, asumiendo la responsabilidad de que el resultado no ocurriría, determinó con ello que el riesgo fuera afrontado (Artículo 20 del Código Penal).

parte de la esencia de la norma el contenido u objeto de protección; es consustancial a los fines del derecho penal moderno; asimismo, debe haber en la norma penal una correspondencia directa con la norma primaria; así, la relación jerárquica de valores dignos de protección –referido al tema de este trabajo– la da el artículo 246 de la Constitución de la República cuando dice en la parte última del inciso segundo que “El interés público tiene primacía sobre el interés privado”. Consecuentemente, el ejercicio del Derecho de Asociación de los individuos también encuentra su contrapartida en el deber de garantizar y hacer que prevalezca el “interés público” por parte del Estado, cuando el ejercicio de aquel derecho ponga en riesgo otro derecho más universal, con mayor alcance humano.

A este respecto el jurista salvadoreño Mario Solano, al examinar el tema del derecho de Asociación ha manifestado “Me parece que no hay otra disposición constitucional donde se defina con más claridad cuál es el interés público que el artículo 246 ordena que el bien público prevalecerá sobre los intereses particulares; de tal manera que la creación de las estructuras organizativas que el bien jurídico requiere, se impone según la lógica constitucional”³⁵ (Sic). Se complementa a la idea anterior –referente a la regulación del orden público como valor ético social consignado en nuestro cuerpo constitucional– el inciso primero del artículo 6 y el artículo 29 de la Constitución de la República.

Cualquier norma que no tenga definido con claridad el bien o valor jurídico protegido, deja de ser herramienta sustentadora del Estado constitucional de Derecho y, legitimadora de los fines esenciales del Estado (véase art. 1 de la Cn. P.) para decantarse hacia un Estado peligrosista, excesivamente represivo y proclive al totalitarismo penal. Tendencia esta última, a la que con facilidad se inclinan (consciente o inconscientemente) quienes detentan el poder

35 Solano Ramírez, Mario Antonio. Estado y constitución. Publicación Especial, CSJ primera edición, 1998, Página 222.

real y formal, ya por comodidad, por costumbre (cultura de fuerza y violencia), por desconocimiento de la real función del derecho penal, o también, por el conocimiento del valor simbólico que el derecho penal tiene al interior de la sociedad, y por ello se abusa de esta herramienta sin importar la eficacia del exceso de tales medidas para la represión del delito (prevención y castigo).

Al margen del valor ético-social que está recogido en el código penal salvadoreño, sobre las agrupaciones ilícitas, es menester que se reflexione sobre la posible existencia de otros valores que, directa o indirectamente, se ven afectados positivamente o protegidos con la decisión del legislador penal de castigar las conductas que se orientan a la constitución de grupos permanentes para realizar delitos diversos. Al respecto, la doctrina ha sorteado diferentes valores objeto de protección con la tipificación del delito en estudio, de allí que surgen tres concepciones o posturas en las que se fundamenta el valor ético – social que el Estado estaría protegiendo directamente:

- a) La Asociación Lícita como Derecho Constitucional reconocido.
- b) La organización e integridad del Estado, y
- c) La paz pública.

A este último valor también se le asimila con la tranquilidad pública, el orden público e incluso como el orden jurídico. Para los efectos de este estudio se hará referencia a la Paz Pública o al orden público; sin embargo, debe decirse que estos conceptos presentan algunas diferencias, pero no es el propósito por hoy hacer un examen minucioso de cada uno de ellos pues, al final, todos cabrían en el ámbito de protección de la norma penal, según se presente el hecho como se verá.

Al examinar algunas tendencias doctrinarias, jurisprudenciales y normativas se advertirá que, tanto el primero (a) como el último (c) de los valores socialmente relevantes y universalmente aceptados, han adquirido más adeptos o, por lo menos, son discutidos con mayor

frecuencia por los juristas. Cercana a las posturas de la doctrina también se circunscribe el conjunto normativo (véanse los códigos penales de España, Argentina, Costa Rica, El Salvador, entre otros), cuya relación se explica a partir de la mutua implicación que de ambas esferas de la cultura jurídica se crea.

En cuanto a la segunda tesis (b), ésta se aleja más de ser un bien jurídico lesionado con el comportamiento que se deriva de las Agrupaciones Ilícitas, porque los individuos que se asocian para realizar delitos, por lo general persiguen fines ordinarios, de naturaleza económica o contra la integridad física de la persona humana, aunque excepcionalmente presenten perfiles políticos. Obviamente que la masiva concurrencia de hechos delictivos –con una base estructural permanente– genera inestabilidad social, económica y política. Si bien afecta el normal funcionamiento de las instituciones del Estado, su esencia e integridad no se ven eliminadas.

En el caso de que se fije como valor tutelado “*La Organización e Integridad del Estado*”, se abre la puerta a un gravísimo problema de definición del valor por proteger y se reduce entonces la capacidad del Derecho Penal de extender la amenaza a comportamientos estructurados capaces de lesionar valores colectivos en ese sentido, si el valor por proteger es la organización e integridad del Estado, sólo cabrían en el catálogo de comportamientos dignos del reproche penal algunos actos extraordinarios, estructurados y subordinados, dirigidos a la destrucción de la organización estatal; aquí cabe pensar en un agrupamiento de cualquier signo ideológico o interés para cometer actos de terrorismo. Consecuentemente quedarían fuera todas aquellas estructuras criminales, que no tienen como fin o resultado la eliminación de la organización e integridad del Estado, aunque estructuradamente secuestren, trafiquen drogas, roben, extorsionen, blanqueen capitales y activos, etc.

La mayor parte del crimen organizado, no persigue modificar, transformar o destruir al Estado y su organización, pues su propósito

está claramente determinado con su comportamiento, es más, se nutre de su engranaje, de los vacíos que la organización jurídico-político tiene a su interior, para mantenerse operando con algún margen de legitimidad e impunidad. La agrupación ilícita, en buena medida, coexiste en la legalidad e institucionalidad que proporciona el Estado, en particular cuando se trata de aquellos delitos de naturaleza económica, que requieren de una amplia red de influencia y apoyo de círculos de poder o por lo menos, utiliza muchas relaciones dentro de la administración pública como cobertura. Otra parte de esta criminalidad tiene su núcleo de operaciones en la sociedad civil, aunque algunos elementos estén relacionados con niveles de mando en la estructura del Estado.

Debe reconocerse que, de manera indirecta, este delito –aunque no sea el propósito o parte de los objetivos del plan criminal- produce inestabilidad y socava la confianza de la ciudadanía en las instituciones del Estado. Excepcionalmente podría existir una estructura delictiva, que tenga como fin la destrucción o eliminación del Estado, la cual se daría en caso de invasión de una fuerza externa –con apoyo interno– contra un Estado nacional por motivos expansionistas, teniendo a su base fundamentalismos políticos, económicos o religiosos, que presentan amplio poder de arraigo, aglutinación y destrucción de múltiples valores sociales. Esta excepción no es suficiente para estimar como un hecho general y absoluto, el que se pretenda proteger la integridad del Estado con la medida penal de castigar el delito de asociaciones para delinquir, sobre todo porque en estos casos, se sobrepasa la capacidad de efectividad del derecho penal y, debido a ello, la comunidad internacional ha depositado la confianza en el Derecho de la Guerra (convenios de Ginebra).

Al analizar si con la figura penal de las agrupaciones para cometer delitos, se pretende garantizar *el correcto ejercicio del derecho constitucional de asociación*, se concluye que, no obstante esa es una consecuencia per se, al convertir en punible aquellos

comportamientos que bajo el ejercicio de esta facultad lesionan diversos bienes jurídicos protegidos, no es del todo correcto, pues la dimensión del desvalor del resultado que provoca un agrupamiento delictivo va mucho más allá que el simple incumplimiento de reglas administrativas, que señalan la manera de darle legalidad y legitimidad a una asociación de personas.

En otras palabras, para que el correcto ejercicio del derecho de asociación sea el bien jurídico por proteger, se requiere como premisa, que el Estado prohíba cualquier tipo de agrupamiento que se genere de facto al interior de la sociedad y, sólo admitir como válidas –ante la sociedad y el Estado mismo– aquéllas que se constituyan mediante procedimientos legales, a fin de que adquieran existencia, fáctica y jurídica. El espíritu constitucional que se expresa en el inciso último del artículo 7 de la norma primaria señala: “Se prohíbe la existencia de grupos armados de carácter político, religioso o gremial” y por tal razón no puede entenderse como una prohibición general, que le dé validez únicamente a aquellos agrupamientos debidamente autorizados por la administración pública. Las asociaciones de personas, siempre que no sean con fines lesivos, serán de facto y de iuri. En ese sentido, tal premisa no es compatible con el derecho de asociación consagrado en la Constitución de la República.

Si para la sociedad es irrelevante que un grupo social se mantenga unido o desaparezca por cualquier motivo, que le lleve a juntarse o separarse, es obvio entonces que será intrascendente que el Estado proteja el derecho de asociación mediante un mensaje negativo, mediante la amenaza de castigo o la penalización de aquellas conductas que se desvían de sus fines que les garantice el desarrollo, orientándose a lesionar bienes jurídicos protegidos.

El ser gregario es una cualidad humana –al igual que la de otras especies vivas sobre la tierra– que deviene originalmente de manera espontánea, que responde a diversos intereses, muchos o la mayoría radica en la búsqueda de soluciones a los inconvenientes que el medio

social y natural le plantea al ser humano en su lucha constante por su existencia o la sobrevivencia.

A pesar de la idea esbozada en los párrafos anteriores, en torno a la ubicación del Derecho de Asociación como garantía constitucional, y ser este valor para un sector de la doctrina, el bien jurídico que se protege con el tipo penal de las agrupaciones ilícitas, aparecen planteamientos jurisprudenciales que, ante una posible falta de consenso o acuerdo mayoritario al respecto, prefiere considerarlas a todas, como opciones posibles. Para el caso, cabe traer a cuenta la sentencia del Tribunal Supremo Español número 234 / 2001,³⁶ que al respecto sostiene: “ en el delito de Asociaciones Ilícitas... –asociación para delinquir- el bien jurídico protegido es el derecho de asociación como garantía constitucional, según un sector doctrinal, o, según otro, el orden público y en particular la propia institución estatal, su hegemonía y poder, frente a cualquier organización que persiga fines contrarios y antitéticos a los de aquella”.

Otro sector de la doctrina no comparte la tesis que, con este delito, se pretende proteger el correcto ejercicio del Derecho de Asociación, y se inclina más bien por “**La Paz Pública**”. En este sentido, Moreno Carrasco y Rueda García,³⁷ al comentar el Código Penal salvadoreño, sostienen que en definitiva, “el bien jurídico protegido (con el delito de las asociaciones ilícitas) no es el correcto ejercicio del Derecho de Asociación sino, en primer lugar, la propia paz pública, pues en el caso de que el Derecho de Asociación se use para cometer delitos, se potencia grandemente la posibilidad de que

36 Tribunal Supremo Español, Sentencia número 234 / 2001. Sala de lo Penal RJ 2001 / 2943. El TS declaró no haber lugar al recurso de casación, por infracción de ley, interpuesto por los acusados Bogumil F. G. y cinco más, contra la sentencia de la audiencia Provincial de Barcelona (sección 6ª) de 25-5-1999, que les condenó como autores de los delitos de pertenencia a Asociaciones Ilícitas, Falsedad Documental y Delito Continuo de Robo con Fuerza.

37 Moreno Carrasco, Francisco y Rueda García, Luis. Código Penal Salvadoreño Comentado. República de El Salvador, Agosto 1999. proyecto de Asistencia Técnica a los Juzgados de Paz. C S J página 860.

se vea perturbado el normal desenvolvimiento de la actividad pública y, en último lugar, el propio Estado, que es una organización cuya propia existencia se podría ver cuestionada por la existencia de organizaciones con fines incompatibles”.

Ahora bien, en la búsqueda de consideraciones teóricas, que ayuden a clarificar si la “Paz Pública” es un valor socialmente relevante, que tiene correspondencia inmediata con la existencia y, por lo tanto, el carácter punible de las agrupaciones ilícitas, se observa que la doctrina mayoritaria ha alcanzado algún nivel de acuerdo al respecto.

Se asume entonces que la Paz Pública *es aquel estado de tranquilidad y relativa armonía, en que transita la sociedad en un momento determinado, debido a que el orden jurídico y las instituciones del Estado, que surgen como producto de la necesidad y del consenso social (contrato social) funcionan a grado que la persona humana encuentra estabilidad, seguridad y solución a sus dificultades*. La tranquilidad pública deviene y se fortalece con la ausencia de hechos o acontecimientos, que alteran el normal funcionamiento del orden jurídico y social, de las reglas de convivencia económica y política.

Doctrinariamente, la paz pública se asocia al concepto de orden público en el entendido de que la paz es una consecuencia macro-social del orden público u orden social históricamente establecido, de la correspondencia entre las condiciones materiales y espirituales de vida y las expectativas que la sociedad o sectores importantes de ella, tienen para permitirse una convivencia armónica. Para el jurista Conde-Pumpido Ferreiro³⁸, por ejemplo, el orden público en tanto

38 Conde-Pumpido Ferreiro, Cándido. (Teniente Fiscal del Tribunal Superior) De-
recho Penal, Parte Especial. Obra acomodada a los vigentes programas de las
oposiciones a las carreras judicial y fiscal. Segunda edición, Editorial COLEX.
1990. Página 676. Consúltese además a Cornejo, Abel. Asociaciones Ilícitas y
Delitos Contra el Orden Público. Edit. Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires,
Mayo 2001, páginas 16 a la 24.

realidad social “Viene a ser la armónica y pacífica coexistencia de los ciudadanos bajo la soberanía del Estado y del Derecho, y en ese sentido, es sinónimo de Paz Pública”.

Es necesario señalar que el orden público o la paz pública, como bien jurídico protegido por el ordenamiento penal, se ve seriamente alterado cuando, en virtud de la asociatividad, las personas violentan el derecho a la vida, a la integridad, al patrimonio y a la seguridad, de manera continua e indiscriminada. Sin embargo, este valor jurídico –como bien protegido en el orden normativo– no está exento de críticas, pues se argumenta que se trata de categorías o valores excesivamente abiertas, tan amplias que se vuelven difusas y, ante la falta de concreción como valor poco materializable, deja al arbitrio de los gobernantes que ellos definan en qué medida una situación altera el orden público o no, tanto es así, que se podrían incorporar a ese macrovalor todos los tipos penales, pues todos los delitos, de una u otra manera, alteran la convivencia pacífica, “todos provocan una alteración de la paz colectiva y del sentimiento de tranquilidad de los individuos... y aun los más graves, perturban, el sentimiento de seguridad ciudadana”³⁹. En ese orden, se pronuncia Oscar Tomás Vera Barrios⁴⁰, al comentar el artículo 210 del código penal de Argentina, para cuya realidad normativa el bien jurídico es la tranquilidad pública. Sostiene este autor que la referencia a la *tranquilidad pública* “es un enunciado más explícito y preciso respecto al objeto de protección, ya que la expresión orden público tiene el defecto de ser demasiado ambigua”. En materia penal –dice– *Orden Público* es una expresión que no revela con claridad y precisión cuáles son los bienes dignos de tutela.

39 Conde-Pumpido Ferreiro, Cándido. (Teniente Fiscal del Tribunal Superior) De-recho Penal, Parte Especial. Ibídem. Pág. 676

40 Vera Barrios, Oscar Tomás, Asociaciones Ilícitas (artículo 210 CP) Algunas consideraciones. Páginas 594 y siguientes. En el libro Nuevas Formulaciones de las Ciencias Penales, Homenaje al Profesor Claus Roxín. Editora Córdoba, Argentina año 2001.

De los diversos valores jurídicos protegidos –sea el derecho constitucional de asociación, la integridad del Estado y la paz u orden público– que se han venido examinando, al margen de las críticas que puedan caberles y se les formule a cada una, adquiere mayor correlación y aceptación doctrinaria y normativa este último, para considerarlo como el bien jurídico directamente afectado con el delito de agrupaciones ilícitas, puesto que la armonía social se ve alterada al tener conocimiento la sociedad de su existencia, y sufrir además, los embates de estructuras dedicadas al crimen. La tranquilidad se altera, la paz se pierde.

En la línea de asignarle relevancia a la paz pública como bien jurídico protegido con el tipo penal estudiado, se han pronunciado también Creus y Fontan Balestra.⁴¹ Para el primero, la existencia de una asociación “cuyo objetivo sea la comisión de delitos afecta, por sí misma, la tranquilidad pública, no sólo porque el hecho del conocimiento de su existencia produce inquietud social, sino también por el peligro que implica para la preservación del orden social establecido y legalmente protegido.” Por su parte, el segundo de los autores referidos, asegura que este modo de estar concebida la figura –de las asociaciones ilícitas– responde a las necesidades de protección de la tranquilidad pública, que aparece ya afectada por la existencia de ese tipo de agrupaciones”.

La tesis de la afectación de la paz pública como bien jurídico protegido es el que, en definitiva sigue el código penal salvadoreño; es ese valor social directamente relevante el que resulta lesionado, con el hecho típico de las agrupaciones ilícitas. Se agregan, como delitos que afectan la paz pública el terrorismo, la tenencia, portación o conducción de armas de guerra, la fabricación, portación, tenencia o comercio ilegal o irresponsable de armas de fuego o explosivos,

41 Creus, Carlos. Derecho Penal, parte especial. Tomo II, 6ª Edición actualizada y ampliada. Editorial Astrea, Buenos Aires. 1997. Pág. 108. Véase también a Fontan Balestra, Carlos. Derecho Penal, parte especial. 9ª Edición. 1980. Editorial Abeledo-Perrot. Buenos Aires, Argentina. Pág. 461.

caseros o artesanales, desórdenes públicos, la apología del delito, entre otros (Artículos del 343 al 349 C. Pn.). Son hechos que rompen o alteran la armonía en la sociedad por la conciencia que ésta tiene del efecto expansivo (peligro masivo y concreto) que producen.

VII. ELEMENTO SUBJETIVO DEL DELITO DE AGRUPACIONES ILÍCITAS.

El pensamiento jurídico-penal ha llegado a concluir –respecto a la culpabilidad y sobre todo, al componente subjetivo (dolo) del tipo– que debe responder penalmente por la conducta lesiva, aquél que conoce de la ilicitud de su actuar y, además, su propósito está acorde con el desvalor de resultado que persigue la agrupación, a la que se encuentra vinculado de manera principal o accesoria. Esto implica que debe haber correspondencia entre la pretensión del individuo con el resto de sujetos, misma que se materializa mediante el conocimiento que tiene aquel respecto a la ocupación del grupo y del sometimiento voluntario a la jerarquía o reglas de “honor” que tácitamente predominan en el mismo.

A todo comportamiento lesivo por sí, independiente del contenido volitivo de quien lo realiza, no le es dable de suyo y de manera automática la consecuencia penal, ya porque ésta autorice tal resultado –una legítima defensa por ejemplo– o que lo justifique, porque el agente no pudo obrar de otra manera, o en su caso, obró en cumplimiento de un deber legal. Quedaría fuera del alcance de la norma penal también (entiéndase su consecuencia o el reproche), la conducta lesiva del sujeto activo que carece de voluntad de pertenecer y “tomar parte” en una agrupación y de participar en los ilícitos que se proponga. Esto sugiere indiscutiblemente un examen de las causas de justificación que son el soporte de la antijuricidad⁴² como elemento

42 Para ampliar sobre este tema consúltese Bustos Ramírez, Juan. Manual de Derecho Penal, Parte General. Editorial Ariel, Barcelona, 3ª Edición aumentada, corregida y puesta al día, 1989. Págs. 188 y siguientes. De igual manera a Muñoz Conde, Francisco. Teoría General del Delito, Segunda edición. Editorial Temis SA, Bogotá Colombia. 2001, Págs. 71 y siguientes. Mezger, Edmundo. La Antijuricidad en Materia Penal. Editorial Leyer, Bogotá Colombia, mayo del 2005. Así Mezger sostiene que cuando el carácter injusto del acto se halla excluido, falta a la acción la característica de la antijuricidad bien se la designa como “no prohibida”, o expresamente como acción que se realiza en virtud de un derecho,

consustancial al delito.

En este trabajo, se ha venido enfatizando, en los elementos esenciales del tipo objetivo (en el que destacan aquéllos que la doctrina denomina normativos, personales y descriptivos) que, dotados de unidades específicas como la acción típica o el bien jurídico tutelado, roles y cualidades de los autores, constituyen la manifestación objetiva o material del tipo penal. Posiblemente con la combinación de los elementos objetivos referidos en una relación de causalidad, bastaría para dar por establecida la responsabilidad penal del o los autores del ilícito, y se concluiría que existe –en el caso de las agrupaciones delictivas– una amenaza realmente innegable contra valores jurídicos protegidos de carácter individual de manera mediata y, a la paz u orden público de forma directa o inmediata; sin embargo, no es suficiente.

La dogmática penal entiende como tipo subjetivo aquel componente necesario del delito que se mantiene oculto en la interioridad del sujeto activo que, a través de cualquier manifestación externa, adecua su comportamiento al presupuesto normativo. Es de advertir que todo resultado de la acción humana, prevista por la norma penal, presupone la existencia de dos aspectos: uno que se denomina externo o tipo objetivo y el otro, interno o tipo subjetivo. El primero no es más que aquella manifestación externa de la acción criminal percibida por la sociedad, puede ser el “reunirse”, “el comunicarse por cualquier medio electrónico con uno o más miembros de la banda”, “la conspiración o la proposición para fortalecer la organización”; el segundo hace referencia a aquel aspecto que no se percibe de manera expresa o existiendo tal manifestación, requiere que ésta se corresponda con las acciones de los sujetos. Es por ello que dicho elemento subjetivo del tipo penal requiere de una inferencia lógica a partir de diferentes factores: humanos, culturales, circunstanciales del obrar, es decir, de la relación causal de las acciones y el resultado.

o, incluso, como acción “exigida”, puesta por el ordenamiento Jurídico.(Op. Cit. Página 10).

Así se puede concluir sobre la real voluntad o intención del sujeto activo de quitarle la vida a una persona cuando, portando un arma de fuego, la dispara en dirección vertical hacia arriba, teniendo a la “víctima de homicidio” a una distancia –frente a él– de cinco metros, luego del disparo la guarda en su cintura. Ante el disparo la persona que estaba frente al sujeto activo, reacciona asustado y corre en busca de su casa de habitación. El aspecto subjetivo en este caso, consistente en el querer el resultado y el conocer cómo lograrlo, se inferirá de los elementos objetivos y de las circunstancias del hecho, los que dicen que podría concurrir en la acción experimentada, otro tipo de pretensión, menos el de quitarle la vida. A este componente del tipo se le conoce como “teoría de la voluntad” y se le subdivide en dos elementos como condición de su existencia: a) el elemento cognitivo y, b) elemento volitivo. En síntesis, ambos se conjugan para traducirse en el “dolo”, que conforma todo delito.

En efecto, el dolo es el factor central del tipo subjetivo y consiste en el *conocimiento y la voluntad* de parte del sujeto activo del resultado lesivo que producirá con sus actos y la manera efectiva de lograr el mismo que, para el caso, sería la realización conjunta con los otros integrantes de la agrupación de los elementos objetivos del delito de agrupaciones ilícitas, como son el “tomar parte”, “promover”, “cooperar”, “facilitar o “favorecer” la conformación o permanencia de la agrupación, asociación u organización ilícita.

El obrar con conocimiento implica que la persona o agente activo del delito tiene entendimiento elemental –no necesariamente de los detalles– que los sujetos a los que se integra o con quienes está tomando parte se dedican a la comisión de delitos. Debe tener noción de los elementos del tipo objetivo, que no es lo mismo: a) Que sepa con exactitud que tal comportamiento está sancionado por la ley penal y b) Que conozca cuáles son esos elementos del tipo objetivo. En otras palabras, no se exige erudición, basta el saber y el entender medianamente, al común de las personas que viven en ese

contexto histórico-social, de lo que significa una organización para el crimen. Al respecto, Creus⁴³ sostiene que, dadas las características del delito, su aspecto subjetivo llena, en gran medida, la totalidad típica: el acuerdo –para el caso en estudio, equivale a decir “tomar parte” en una agrupación– de la asociatividad, requiere necesariamente en el autor, el conocimiento de que está integrándose voluntariamente a un círculo de personas, y que ese grupo de personas pretende o se dedica a actividades lesivas a bienes jurídicos protegidos de manera permanente.

Ahora bien, el tipo de conocimiento que se exige del autor depende del elemento descriptivo del tipo objetivo, el que no presenta ninguna complicación al respecto, ya que los conceptos utilizados por el legislador son del entendimiento común; se procesan a través de los códigos de la comunicación oral y escrita, según su significado. Para el caso dice “El que tomare parte...”, “Los organizadores, jefes...”, “Serán consideradas ilícitas las agrupaciones, asociaciones u organizaciones... de dos o más personas que posean algún grado de organización, cuyo objetivo o uno de ellos, sea la comisión de delitos...” Mientras que, por otro lado, están los elementos normativos que subyacen en el texto de la ley, el que, para su correcto entendimiento, corresponde encontrar su significado en un plano diferente, es decir, a través de una valoración en el texto de la misma, en la que tiene particular importancia el contexto referencial del autor o las pautas culturales donde se inscribe la conducta lesiva, interpretación que se hace sobre la base de la integración del derecho. Este último punto es un conocimiento especializado, producto de la operacionalización lógica de la norma que se denomina interpretación, al que no llega el del autor, ni se le exige que lo tenga, para adecuar su comportamiento al tipo subjetivo de las agrupaciones ilícitas como de cualquier otro delito. Esta es labor propia del intérprete cuando aplica la norma al caso concreto, no cuando se está en camino de romperla.

43 Creus, Carlos. Op. Cit. Pág. 114

Mientras que el otro elemento del dolo, que consiste en la *Voluntad de realización de los elementos objetivos del tipo*, también responde al mundo interno del autor, sólo que ya no sobre la base de la información o conocimiento que pueda tener de los elementos del tipo objetivo, sino que, en este caso, se hace referencia de manera muy particular *al fuero interno del autor*, a la voluntad propiamente dicha. Dadas las formas en que puede presentarse la voluntad del sujeto activo del ilícito objeto de estudio, en ésta puede concurrir el dolo directo o el dolo eventual, no así el llamado dolo de consecuencias necesarias dadas las características que presenta la acción típica y los medios empleados para su realización. Otra cosa es el dolo en los ilícitos que realice la agrupación como parte de sus propósitos criminales, sólo que este último aspecto está contemplado en el tipo objetivo.

El dolo directo es la voluntad manifiesta a través de la acción del sujeto activo, que corresponde con el resultado de peligro o amenaza de lesión a valores protegidos. Dicha manifestación de voluntad puede ser expresada a través de cualquier medio de comunicación, o tácita, cuando se deduce de los elementos objetivos descritos en la norma penal. La voluntad de querer un resultado alude a la representación del mismo en el sujeto activo, por lo que, *al concebir una estructura permanente con fines delictivos* y verse integrada en ella, y en ese sentido constituirla, el sujeto tiene una imagen clara de lo que obtendrá como resultado al pertenecer a la agrupación o, al igual que realizar otros comportamientos, tendentes a garantizar su existencia, fortalecimiento, crecimiento o expansión.

Por su parte, en el dolo eventual se produce la representación en el sujeto activo, respecto a que dicho agrupamiento funciona de manera estructurada y la razón de ser y existir es la comisión de ilícitos; pero, a diferencia del dolo directo, en el eventual, tal representación se produce como probable, como posible, dada la manera de comportarse el agrupamiento y, aunque el sujeto no pretenda la realización de delitos a priori e individualmente, continúa actuando en la línea de

pertenecer a dicho agrupamiento y participa en las acciones que éstos llevan a cabo para mantenerse unidos. Los resultados –la existencia de la agrupación para fines delictivos– los acepta, porque están dentro de las probabilidades de que pueda delinquir el agrupamiento: caso de ser así, obviamente, el sujeto tendría un grado de involucramiento que el legislador prevé como el de “tomar parte” en la misma, tal eventualidad pasa al plano de la concreción.

El dolo de consecuencias necesarias podría darse en los ilícitos a los que se dedique la agrupación como parte de sus fines (no en el pertenecer o tomar parte), cuya lesión a bienes jurídicos o puestos en peligro, como producto de sus actividades, devienen de la lesión de aquéllos que espera o tiene como objetivo lesionar. Es decir, se trata de la representación de resultados lesivos colaterales al valor jurídico principal objeto de ataque; pero considerada necesaria por los sujetos activos. Así, la muerte del motorista y del funcionario, en el que el objetivo es este último, en un atentado llevado a cabo con ametralladoras en un tramo de la carretera donde pasaban yendo a una reunión. En todo caso, sobre este aspecto, cabe su examen con el dolo directo al analizarse el hecho concreto, en el desvalor de la acción desplegada por los sujetos integrantes de la agrupación criminal, el cual podría, en todo caso, constituir dolo directo y no de consecuencias necesarias.

VIII. LA POLÍTICA CRIMINAL PARA COMBATIR LAS AGRUPACIONES ILÍCITAS COMO CRIMEN ORGANIZADO.

La delincuencia organizada, como podrá notarse a partir del análisis que se ha venido haciendo bajo la perspectiva de las herramientas que proporciona la dogmática penal, tiene una diversidad de facetas que es lo mismo decir, una variedad de manifestaciones, y una capacidad de causar daño a la sociedad, tanto en los valores que cimientan su unidad como de las instituciones que fundamentan su estructura organizacional, y para enfrentar esta modalidad de delincuencia se requiere de los aportes técnico-científicos de la política criminal.

Es este campo del saber especializado del ser humano, el que proporciona el sustento de las decisiones que debe tomar el Estado para hacerle frente a cualquier tipo de delincuencia, particularmente la que motiva el objeto del presente trabajo. Previo entonces a que se desarrolle el contenido de este apartado, es bueno que se traigan a cuenta algunas ideas que se han instituido en torno a la política criminal como disciplina científica, autónoma e integradora de las diversas disciplinas de la enciclopedia penal, que integran la Criminología, el Derecho Penal y Procesal Penal y el Derecho Penitenciario o de ejecución penal. No siendo el propósito estudiar las diversas disciplinas antes referidas, no se hará el enfoque de cada una de ellas, aunque se recurrirá a ellas según corresponda.

Se entiende por política criminal aquella disciplina científica integrante de las ciencias penales que, sobre la base del estudio del fenómeno criminal, propone medidas de naturaleza económica, social y jurídica para que el Estado las implemente: así también, se ocupa de las acciones que pueden realizarse para prevenir o combatir la criminalidad, sea común u organizada. Esta disciplina descansa

básicamente en las decisiones que el Estado toma o asume para prevenir o combatir el delito y proteger a la sociedad.

Mientras la Criminología se ocupa del estudio de las causas del delito como un hecho social e individual, la personalidad del delincuente y de la víctima, del comportamiento desviado y del control social, *la política criminal* tiende a formular aportes en el sentido de buscar la adecuación del Derecho Penal y otras normas afines, junto a otras medidas que competen a la administración pública para que, de manera eficaz, se cumpla con la tarea de protección de la sociedad. No obstante, debe decirse que ambas disciplinas, al igual que el Derecho Penal, Procesal Penal y Penitenciario, les caracteriza el que son interdisciplinarias, no son disciplinas puras.

Siendo, por tanto, la política criminal un orden teórico multidisciplinario, que tiene como principal empresa el de proporcionar opciones que se traduzcan en decisiones-acciones, por parte de las diferentes instancias del Estado, con el fin de prevenir o perseguir el delito y el de proteger a la sociedad, será ésta la que fundamente las medidas adecuadas que lleven eficacia en el tratamiento del delito de las agrupaciones ilícitas y de la delincuencia organizada en general.

Para que se produzca un efectivo aporte de la política criminal al propósito de enfrentar al delincuente organizado, se requiere que el Estado tenga una estructura especializada permanente, en la que converjan la mayoría de las agencias judiciales, a través de la cual se monitoree constantemente la evolución de la delincuencia, ponga particular atención a determinados hechos delictivos y sugiera la adopción de medidas de tipo social, económico, jurídico y policial, o medidas estrictamente penales bajo la óptica de prevenir el delito o sancionarlo, según el caso. Esto requiere que el Estado tenga estructurada su política criminal, que los especialistas asuman su rol técnico por encima de los vaivenes político-partidistas, pues este factor distorsiona las medidas para combatir o prevenir eficazmente el delito, y conduce a deslegitimar y desnaturalizar a la política

criminal, como deslegítima a las otras disciplinas relacionadas, sobre todo al Derecho Penal, al que se proyecta ante la sociedad como ser la salvación frente a las embestidas de la delincuencia.

a) La política criminal en relación con las agrupaciones ilícitas.

La determinación de la existencia de un agrupamiento de personas para delinquir, pasa obviamente, por enfrentar a la *delincuencia organizada*, lo que equivale a decir que para llegar a perfilar al grupo delictivo, deben primero tocarse los hilos que sostienen el propósito delictuoso de dicho agrupamiento; es por ello que en la investigación de los delitos producidos por una agrupación, es necesario establecer la forma de operar, de realizar las acciones por parte de los integrantes del agrupamiento, las relaciones conformadas por los mismos tanto entre ellos como con los elementos sociales y materiales contaminados con ilícitos, así, se tiene que, a través de la ubicación de los delitos causados en diferentes momentos, lugares y en víctimas también distintas, unido a la modalidad de sus operaciones y los medios tecnológicos –bélicos o no– utilizados, es posible concluir en la existencia de un tipo de delincuencia basado en una estructura operativa.

La doctrina, por lo general, al abordar el estudio de la criminalidad por obligada razón, no ignora la existencia de una forma de delincuencia que se manifiesta compleja y estructurada, y otra de realización simple; de allí que se habla de la delincuencia no convencional u organizada y convencional u ordinaria, de cuya concepción se ha tratado en el capítulo dos de este trabajo. Dicha ubicación conceptual obedece a una metodología para determinar la esencia del fenómeno, y no a un capricho del investigador, con el fin principal de proponer o sugerir soluciones prácticas, que permitan la prevención o el combate de esta forma de delincuencia estructurada.

Criminalidad organizada y agrupación ilícita constituyen categorías que, si bien son diferentes, resultan complementarias; una facilita la realización de la otra y ésta no puede manifestarse sin aquélla; la primera tiene a su base la segunda.

Se tiene por criminalidad organizada aquella forma de manifestación del delito que se realiza utilizando, además de los medios ordinarios y naturales para la obtención del resultado lesivo, a la organización, al agrupamiento que funciona acorde a un plan, a los recursos en general, a una estructura organizativa, con funciones y mandos en su interior, orientados hacia el delito.

La criminalidad organizada es el fenómeno que la sociedad percibe una vez son ejecutados los crímenes, es la materialización de los planes delictivos que causan alarma, desesperan y desestabilizan el orden social, mientras que el agrupamiento delictivo subyace en el fenómeno delincencial, es invisible para la sociedad, no así para los integrantes del agrupamiento. Es el resultado de la coordinación permanente entre delincuentes, para cometer delitos, según los rubros a que se dedique, o según su especialización. El propium de la criminalidad organizada –dice Hassemer– *“consiste en la paralización del brazo que ha de combatirla, con la corruptibilidad del aparato estatal es cuando realmente entraría en funcionamiento una nueva forma de criminalidad”*⁴⁴.

Ante lo expuesto, surgen algunas interrogantes: ¿Qué medidas deben tomarse para combatir las agrupaciones ilícitas? ¿Debe combatirse las agrupaciones ilícitas por separado de la criminalidad organizada? ¿Qué aportes puede dar la política criminal para enfrentar efectivamente a las agrupaciones ilícitas y al crimen organizado? y ¿Los métodos de prevención o de lucha por implementar en uno y otro caso son los mismos?.

44 Hassemer, Winfried. Límites del Estado de Derecho para el Combate contra la Criminalidad Organizada. Revista Justicia de Paz, Número 11, año V, vol. I, enero – abril, 2002. Página 3. Corte Suprema de Justicia, El Salvador, Centro América.

El tratamiento de cualquier fenómeno delictivo está sujeto a los diferentes factores criminógenos que experimenta la sociedad. Para hacerle frente a la delincuencia convencional u ordinaria, se requiere que el Estado adopte una serie de decisiones políticas y medidas de diversa índole, según sea el hecho delictivo; en tal sentido, aquellas medidas que responden a factores criminógenos ordinarios serán efectivas para ese tipo de delincuencia, y serán inefectivas y hasta cierto punto contraproducentes, al ser aplicadas automáticamente a la criminalidad organizada, creyéndose que aquellas medidas de control, de prevención, de persecución o de sometimiento punitivo, darán iguales resultados cuando se aplican a la delincuencia no convencional u organizada.

Cada una de las manifestaciones del delito tiene su origen, su propia naturaleza y su trascendencia lesiva, por lo que requieren de la política criminal, particular atención y especiales recomendaciones de medidas para enfrentar cualquier forma de delincuencia, sea común u organizada. Esta última demandará, por supuesto, medidas duras y hasta drásticas según el nivel en que se encuentre desarrollada, es decir afincada en la sociedad, verbigracia el terrorismo, el narcotráfico o el secuestro.

Esto da pie para afirmar que la política criminal, como disciplina científica y como elemento integrante e integrador de la enciclopedia penal, tiene relevante importancia para enfrentar la delincuencia no convencional, que se manifiesta a partir de la conformación de estructuras con propósitos delictivos pues, a partir de sus proposiciones técnicas, se genera una diversidad de medidas orientadas a la prevención o combate de la delincuencia, que generen niveles tolerables de seguridad y protección de la sociedad.

b) Medidas para enfrentar y combatir las agrupaciones ilícitas.

La delincuencia organizada, al igual que la convencional es de esencia social, se genera dentro de las relaciones e intereses sociales, es obra del ser humano, que es además un amasijo de elementos biológicos, psíquicos y volitivos; las causas y los efectos de este fenómeno son sociales, independientemente de que intermedien en, más o en menos, intereses económicos, políticos, religiosos, raciales, etc. De allí que, en las más de las veces, antes de convertirse en organizada, la delincuencia surge en forma ordinaria, la sofisticación de los recursos empleados, tecnificación y especialización de los integrantes, unidos a la permanencia y a la cohesión de los sujetos en el contexto operativo, es que la vuelve compleja y poderosa.

Las medidas de política criminal que impulsa el Estado, pueden ser **de tipo preventiva, preventiva con tendencia reactiva, y punitiva**. Las medidas de tipo preventiva son aquellas de contenido predominantemente social, ocupacional o económico, dirigido a grupos sociales que se ubican en potencial riesgo de ser absorbidos por grupos dominantes que se mueven en los márgenes del delito. Piénsese al respecto en la franja poblacional de jóvenes de edades entre los doce a los diecisiete años, que provienen de hogares desintegrados y se encuentran sometidos a condiciones de pobreza material y espiritual, quienes, al no encontrar respaldo o apoyo a sus necesidades o expectativas de vida digna, terminan “aceptando” las propuestas que les plantea el medio: la calle y el barrio, los medios masivos de comunicación. Estos segmentos de población pueden ser absorbidos por alguna de las expresiones del crimen organizado, entre los que destacan el narcotráfico, el robo organizado, el lavado de dinero y activos, la prostitución infantil o la trata de personas, etc.

Frente a esta amenaza, que se desprende de la realidad concreta, es comprensible que el Estado implemente medidas

sociales, económicas o culturales, orientadas a mantener a dicho segmento poblacional vulnerable, en condiciones de ocupación, y así, que la delincuencia no tenga posibilidad de penetrarlos. Para ello se crean programas, instituciones y acciones específicas como: a) la atención y seguimiento de los padres de familia o sus parientes cercanos, encargados de la tutela del joven. b) Garantizar que los jóvenes cumplan con la responsabilidad escolar, la asistencia a clases o a los talleres. c) La implementación de programas de educación o capacitación –alternativa o complementaria– en áreas específicas como el deporte, las artes o el aprendizaje de oficios, orientados a tecnificar la mano de obra.

Esto es sólo un ejemplo, puesto que hay una diversidad de medidas, algunas programáticas como la generación de empleo, la educación formal y formación de valores, y otras, muy puntuales, como las que se han mencionado primeramente, con el fin de prevenir la delincuencia como objetivo mediato o inmediato, según se trate. Indiscutiblemente que a este esfuerzo institucional se suman las instancias organizadas de la sociedad civil como las iglesias, las asociaciones y fundaciones sin fines de lucro, los medios de comunicación social e incluso la empresa privada, y por supuesto, la familia.

Respecto al segundo componente denominado ***preventiva con tendencia reactiva***, constituye un conjunto de decisiones que toma el Estado, frente a una delincuencia creciente en la que se combinan aquéllas de contenido social, económico, político y jurídico, y las complementa con acciones de contenido administrativo – policial – preventivo, con el fin de orientar providencias concretas hacia grupos específicos que están siendo acechados por el crimen organizado.

Se le da en llamar ***reactivo*** a esta fase porque se va respondiendo o reaccionando a la amenaza que va apareciendo en los grupos vulnerables que se van detectando y se decide que deben recibir o ser beneficiarios de programas más específicos. Las acciones de carácter

preventivo son llevadas a los grupos sociales de mayor riesgo, para disputarle y eliminarle espacio a la criminalidad, cuyo objeto no se agota con la sola disputa de la influencia como se podría entender, sino la de evitar el crecimiento de la criminalidad, cerrarle espacio a la delincuencia organizada y combatirla frontalmente.

Piénsese en algunas acciones dentro del programa de atención a objetivos específicos, como los que desarrolla la Policía Comunitaria en colonias, barrios, comunidades o instancias culturales, en las que se liga permanentemente con la comunidad y las familias que allí residen, o que realiza trabajo directo con algunos centros educativos; con grupos de jóvenes que se encuentran en fase de recuperación (resocialización) por cuestiones de drogas, por carecer de la protección familiar o por haber sido separados de grupos violentos que aparecen perfilados como probables responsables de delitos menores.

Las medidas que en este contexto se implementan, se caracterizan principalmente porque en su ejecución, tienden a alejarse o distanciarse de aquellas que son predominantemente sociales, para enfatizar en medidas de tipo policial preventivo; la fuerza policial y penal se muestra a través de la orientación que ejecuta la Policía Comunitaria en las comunidades y los centros educativos, sin descuidar el trato humano. Es por ello que la responsabilidad de la ejecución de medidas de política criminal a este nivel, no está (o no debe estarlo) a cargo de instituciones civiles, sino de entidades más disciplinadas y estructuradas, como una dependencia policial o fiscal especializada, en coordinación con profesionales en áreas humanísticas.

El tener contacto con la Policía por parte de los jóvenes influenciados por la delincuencia –pero que no han delinquido aún, por lo menos en el rubro de los delitos graves o mayores– y conocer directamente las consecuencias (personales y familiares) del delito a través de experiencias propias o ajenas, seguramente causará una **disuasión** en los mismos para que se abstengan de integrar las cifras delincuenciales, de igual manera habrá otros, en menor número, que

no sean disuadidos por este tipo de medidas, que tarde o temprano, serán parte de las estadísticas delincuenciales que experimente la sociedad.

Muchas veces los Estados invierten muy poco de sus recursos –escasos de por sí– en atender las *medidas de carácter preventivo y preventivo reactivo*, y prefieren enfatizar en medidas de choque contra la violencia de la delincuencia, prefieren focalizar sus escasos recursos en atacar el fenómeno de la criminalidad convencional y organizada de manera frontal, mientras desatienden las causas que la originan, se descuida a la juventud, a la niñez, a la familia y en resumen, se previene la delincuencia muy poco. Esto es similar a lo que sucede en el campo de la salud, en el sentido de que se invierte menos en la prevención de las enfermedades y las epidemias, y el mayor presupuesto para atender la salud de la población se utiliza para “curar las enfermedades”, para resolver la enfermedad del presente. Por ello el problema de la seguridad pública, alterada por la delincuencia como el de la salud a que tiene derecho la población, es la de nunca acabar, se vuelve un círculo vicioso que mantiene a Sísifo en constante subir y bajar.

En ese orden de ideas, se tiene el otro tipo de medidas dentro de la diversidad de opciones que proporciona la política criminal, que se agrupan en aquéllas que se denominan *medidas punitivas*, las que se caracterizan por ser represivas, y las acciones del Estado se dirigen hacia el hecho punible y contra los autores del mismo. Por lo general, resulta más tentador echar mano de estas opciones, tanto por lo que se ha dicho en el párrafo anterior como porque es una opción inmediata, produce resultados cuantificables en corto tiempo con los que se alimentan las estadísticas y, además, por lo general la delincuencia convencional y no convencional son un fenómeno social, que puede generar ganancia política a los grupos de poder o de presión, en la medida en que ésta pueda ser manipulada a conveniencia con apoyo mediático.

Si bien es correcta la idea de que un método para enfrentar al crimen organizado será útil también para esclarecer las acciones delictivas que realiza el agrupamiento, sí debe decirse que para identificar con todos sus elementos a una **agrupación delictiva**, el mecanismo viene a ser uno –luego se tratará ampliamente este aspecto– el cual permite en muchos casos, establecer la manera de cómo se organiza la misma y ejecuta las acciones criminales. Es decir, que, para establecer la estructura, los sujetos que la integran, los niveles de mando o los responsables de mantener y dirigir la agrupación, así como sus planes delictivos, los recursos con que cuenta, etc. se requiere de la figura político procesal denominada **criterio de oportunidad**⁴⁵, institución mediante la cual se combinan la política criminal y el Derecho Procesal Penal.

El Estado puede hacer uso de diversos mecanismos para combatir la criminalidad organizada y a las agrupaciones ilícitas como delito autónomo, de los que se mencionan:

- 1) La construcción del tipo penal de las agrupaciones ilícitas y la implementación de penas y medidas drásticas para los delitos relacionados con la delincuencia organizada.
- 2) Necesidad de darle asidero legal y eficacia a la figura del criterio de oportunidad.
- 3) El agente encubierto, el infiltrado y la entrega vigilada,
- 4) El arrepentido.
- 5) Medidas contra la corrupción y la protección de víctimas y testigos.

En algunos países, se tiene la figura de la intervención de las telecomunicaciones o de la correspondencia; sin embargo, en El Salvador es un tema aún en debate debido a que la Constitución de la República lo prohíbe expresamente. El abrir esta posibilidad en el texto

45 Ramírez Murcia, Leonardo. Mecanismos Alternos al Juicio en los Poros de la Justicia. Editorial Universitaria, Universidad de El Salvador. San Salvador, El Salvador, 2002, páginas 78 – 83

constitucional o no, es también un asunto de decisión gubernamental y una opción de política criminal, con el cual se abre un flanco más para el combate a la delincuencia organizada.

b.1) La construcción del tipo penal de las agrupaciones ilícitas y la implementación de penas y medidas drásticas para los delitos relacionados con la delincuencia organizada.

Aunque respecto a este punto versará el tema comprendido en el literal “c” infra, el abordaje que se hace en estas líneas es referido a la escala de acciones de naturaleza estrictamente jurídica que el Estado implementa, con el fin de afrontar el fenómeno delictivo organizado. Se ha dicho que se trata de medidas punitivas, de las que una de las principales y de mayor relevancia –la base de todo el esfuerzo configurativo de contenido correccional– viene a ser ***la creación del tipo penal referido a las agrupaciones ilícitas*** como un delito autónomo, independiente de las acciones delictivas cometidas por los sujetos que integran la agrupación como consecuencia de los fines propuestos por el agrupamiento. Tal decisión debió pasar por el convencimiento del legislador que el fenómeno resultante de la integración de varios sujetos con fines delictivos y de manera permanente, constituye una fortaleza delictiva que no puede tratarse como una simple coautoría o un concurso de delincuentes, y esto lo comprende la doctrina a tal grado que también es unánime. Una de las medidas será entonces la de configurar el ilícito, dado que la Constitución de la República de El Salvador presenta la base jurídico – político suficiente, al estar dotada del valor macrosocial –léase la paz o el orden público– digno de ser protegido, pues de ello dependen la convivencia y la armonía en la sociedad.

La sola configuración del tipo penal de agrupaciones ilícitas, obviamente, no es suficiente para enfrentar dentro de los cánones éticos esta modalidad de delincuencia y la que se deriva de ella, porque el

delincuente profesional no se verá intimidado por la sola amenaza de una consecuencia penal producto de su conducta lesiva; por ello se complementa con otras medidas de la misma naturaleza de tipo penal y procesal penal, de las que se puede mencionar el incremento de las penas y la eliminación o la negación de alguna medidas sustitutivas de la pena o de la prisión preventiva.

En el caso de la primera, se tiene que en El Salvador se han incrementado las penas de prisión para delitos graves y para casos de concurso real, llegándose a contemplar penas de hasta setenta y cinco años de prisión, independientemente de que la Constitución de la República prohíbe las penas perpetuas y la pena de muerte. Respecto a la pena de muerte ha habido muchos intentos por reimplantarla sin éxito, debido a que para ello es necesaria una reforma constitucional para lo cual los promotores no han alcanzado correlación favorable en el congreso legislativo, mientras que en otros países aún la contemplan como opción para castigar hechos delictivos graves, como parte de su política criminal.

En la línea de endurecer las penas, ocurre que el texto original del artículo 129 del Código Penal fue reformado el veintitrés de febrero del año dos mil uno (Decreto Legislativo número 486) con lo que se incrementó la pena para los casos en que ***el homicidio fuese perpetrado en razón de preparar, facilitar, consumir u ocultar los delitos de Asociaciones Ilícitas (Sic)***, además de mencionar la mayoría de hechos delictivos que, por su naturaleza, son propios de la criminalidad organizada, como el secuestro, el terrorismo, el lavado de dinero y activos y el narcotráfico, entre otros.

El legislador también eliminó la posibilidad de que fuesen conciliables entre la víctima y el imputado, los hechos constitutivos *de agrupaciones ilícitas*, el secuestro, etc. (Inciso segundo del artículo 32 del Código Procesal Penal), y además, endureció la medida cautelar de la detención provisional, en el sentido de que la sustitución de prisión

preventiva por otras medidas menos gravosas, no puede otorgarse a aquellas personas procesadas por secuestro, extorsión, narcotráfico, trata de personas, etc.

b.2) Necesidad de darle asidero legal y eficacia a la figura del criterio de oportunidad.

Para los efectos del tema en estudio, se entiende por Criterio de Oportunidad aquella decisión del ente titular de la acción penal, controlada por el juzgador, de prescindir de la misma a favor de una persona que ha cometido delitos junto con otros individuos, con quienes ha formado o constituido una organización para tales fines, toda vez que el favorecido haya contribuido, de manera fundamental, al esclarecimiento del o los ilícitos complejos llevados a cabo por dicha estructura criminal⁴⁶. El otorgamiento de esta medida se condiciona a la colaboración del coimputado en la investigación, y a la validez y eficacia de la información rendida a las autoridades judiciales por éste, que se le denomina “criteriado”, en el sentido de que la información vertida sea el único camino legítimo para llegar a individualizar a los integrantes de la estructura y a esquematizar los crímenes cometidos. Asimismo, también se extiende este principio a aquellos ilícitos de poca importancia o relevancia social por lo insignificante del hecho o porque el mismo titular o interesado del bien jurídico protegido que haya sido lesionado, es la misma víctima o terceros afectivamente vinculados a ella, que han contribuido a su lesión.

En ambos extremos, entendiéndose delitos bagatelarios y de extrema gravedad por tratarse de criminalidad organizada, es posible que el ente titular de la acción penal pueda prescindir de la

46 Véase el artículo veinte, número dos in fine C Pr. Pn. que dice “En las acciones públicas el fiscal podrá solicitar al juez que se prescinda de la persecución penal... ***cuando el imputado haya contribuido decisivamente al esclarecimiento de la participación de otros imputados en el mismo hecho o en otro más grave***”.

persecución penal bajo el concepto del criterio de oportunidad, sólo que en ambos la finalidad es totalmente diferente y opuesta, como diferente resulta el efecto tratándose de la coautoría. Así, para los hechos insignificantes o de poca relevancia social, la idea rectora de la medida es descongestionar al sistema de administración de justicia, descargar de casos a la policía, a la fiscalía y a los jueces, para que dediquen más tiempo y recursos a la persecución de delitos de mayor relevancia social; mientras que, en la utilización de tal principio por parte de fiscalía en casos de hechos delictivos graves llevados a cabo por la delincuencia estructurada, el fin es llegar hasta el fondo del entramado de la organización criminal y a los delitos cometidos por ésta a fin de que no queden impunes.

Como se dijo en el párrafo anterior, se tiene también otra diferencia que atiende a los efectos, en el sentido de que el beneficio del criterio de oportunidad aplicado a casos comunes e irrelevantes, se extenderá hasta todos los partícipes, mientras que si el hecho que se trata es de crimen organizado, el beneficio sólo será para quien se otorga y proveerá de información valiosa para esclarecer el o los hechos criminales; no alcanza a los partícipes, autores, cómplices ni mucho menos, a los intelectuales y dirigentes, pues se entiende que se está tras los integrantes de la organización criminal y la manera efectiva de alcanzarlos o que los alcance la acción de la justicia es mediante la labor probatoria que desempeñe un integrante de la organización de quien se prescinde su persecución.

El Criterio de Oportunidad⁴⁷ es un mecanismo de política

47 Al respecto la Exposición de Motivos del Código Procesal Penal vigente, de abril de 1998, entre otros argumentos plantea: “ Hoy día, resulta innegable de que aun cuando la persecución penal resulta obligatoria, el mismo sistema frente a su incapacidad de poder presentar una solución efectiva para cada uno de los conflictos sociales que se le presentan, ha generado su propio mecanismo de selectividad que ha terminado por concentrarlo y desgastarlo en la delincuencia de bagatela, sin que pueda desarrollar una acción eficaz frente a aquella delincuencia que, en realidad, ocasiona mayores perjuicios en el seno social (como por ejemplo el contrabando, el narcotráfico, la corrupción estatal, las grandes

criminal que el Estado utiliza racionalmente para encarar a la delincuencia organizada prioritariamente, aunque a la sombra de esta medida se atiendan los casos insignificantes por la relevancia del hecho o por la pena que puede resultar; es así que se convierte en una excepción al deber-poder que tiene el Ministerio Público Fiscal de perseguir la criminalidad, dentro de la que destaca la delincuencia no convencional, que para su combate y dada su naturaleza, requiere de recursos probatorios extraordinarios. El carácter extraordinario de este principio deviene de la naturaleza del fenómeno que se está atacando, mismo que no se puede esclarecer con simples acciones de investigación y recolección de evidencia.

Para llegar al fondo de la organización e identificar los componentes de una célula delictiva, no hay mecanismo más idóneo que la utilización de una pieza de su propia estructura, un elemento que siendo parte de la organización, se vuelca contra ella. A esta figura, específicamente al órgano de prueba, también se le denomina **testigo de la corona** porque viene a ser la principal herramienta con que se cuenta —o puede disponer el Estado— para llegar hasta los escalones superiores de la estructura, criterio que también se encuentra ligado a la figura del arrepentido.

Hassemer⁴⁸ al referirse al testigo de la corona en relación

defraudaciones, los delitos ecológicos, etc.) por esa razón es importante la introducción de esos criterios de discrecionalidad en el ejercicio de la persecución, que le permitan a sus órganos una utilización más racional de sus recursos tanto humanos y materiales para un efectivo control y combate de la lucha contra la delincuencia” También consúltese sobre el principio o criterio de oportunidad en: José María Casado Pérez, Juan Antonio Durán Ramírez, y otros. En Código Procesal Penal Comentado, tomo I, artículos del 1 al 252. Actualización y Anotación Jurisprudencial de Martín Rogel Zepeda y otros. Consejo Nacional de la Judicatura, sin editorial ni año de publicación. Páginas del 117 al 134. También a Nores Cafferata, La Prueba en el Proceso Penal, cuarta edición actualizada y ampliada. Ediciones Depalma, Buenos Aires Argentina. Año 2001, páginas 219 al 229, referido a medios extraordinarios de prueba.

48 Hassemer, Winfried. Crítica al Derecho Penal de Hoy, norma, interpretación, procedimiento, límites de la prisión preventiva. Traducción de Patricia S. Ziffer.

con el arrepentido ha sostenido que “para mejorar la situación frente al difícil estado de la necesidad de las investigaciones que se plantean ante todo frente a hechos como el terrorismo, el legislador, luego de largas idas y vueltas, y con ciertas dudas decidió atraer al llamado *testigo de la corona* en los hechos de terrorismo mediante la atenuación de la pena o el sobreseimiento del proceso para acercarse a través de él al grupo investigado”. El otorgamiento del criterio de oportunidad plantea una serie de aspectos a favor y en contra, lo que vuelve poco pacífica la figura, principalmente el razonamiento de que no debiera premiársele al delincuente con la exoneración de la persecución penal y que, quien delinque, debe responder por las lesiones causadas; mientras que por otro lado, se dice que la manera de enfrentar a las agrupaciones delictivas y su poder ofensivo contra valores macrosociales como la estabilidad de las instituciones del Estado, la seguridad interna y externa, condensado todo esto en el concepto de orden, integridad del Estado y la paz pública, no es otra que, utilizando su propio rastro, haciendo uso de elementos integrantes de la organización que se conviertan en la prueba principal contra ella misma. Definitivamente que, en este ir y venir, como le llama Hassemer, prevalece la ponderación de valores que se ponen en juego, y evidentemente sin restarle méritos a la primera argumentación, los estados se inclinan por la segunda, con determinadas restricciones

Dicho lo anterior, cabe agregar que en la figura del criteriado y para que su rol sea realmente el de testigo y fundamente razonablemente su existencia para casos de criminalidad organizada, se requiere, además de los requisitos consignados en la ley (artículos 20 número

Primera edición mayo 1995. Segunda edición febrero de 1998. Editorial Ad Hoc, Buenos Aires Argentina. Páginas 97 y 98. Es evidente –dice el autor– que el testigo de la corona constituye un ataque central a los principios del estado de derecho del derecho procesal penal. Esta persona es beneficiada jurídicamente por la traición, y el beneficio no tiene nada que ver con el arrepentimiento; los inculpados son tratados de forma desigual, la confianza de la población en una administración de justicia que pacta con delincuentes graves no puede ser ilimitada.

2 y 21 inciso 3° del Código Procesal penal) que éste haya tenido un rol importante dentro de la organización en calidad de miembro y no debe ser cabecilla, principal o fundador de la estructura, salvo que se trate de varias células o varias estructuras en las que se expresen diversas cabezas o liderazgos. Consecuentemente se pretende alcanzar a todas las cabezas, por una razón sencilla: porque entonces se pierde la naturaleza y la razón de ser de la figura, ya no se justifica, porque el propósito del mecanismo de oportunidad es llegar a la corona, al poder, a la cabeza de la estructura, al liderazgo, y en caso se tenga como testigo criteriado a la cabeza, no es posible que se pueda llegar más arriba porque no lo hay. En tal caso, no puede operar la figura del testigo de la corona bajo la denominación del criterio de oportunidad tanto por razones éticas como por cuestiones de política criminal, puesto que se estaría beneficiando al principal cuando el sentido de este mecanismo es llegar a la cabeza de la estructura, y a partir de ello, desmantelar la organización delictiva.

Otro aspecto importante que se convierte en una limitante para el ente titular de la acción penal, y por ende para el otorgamiento del criterio de oportunidad a un delincuente que asuma la condición de testigo de la corona, es que dicho beneficio se limita a los delitos que vinculan a la estructura delictiva a la que él pertenezca, sea que él haya participado de forma directa o simplemente tenga conocimiento por ser parte de la estructura. Debe tratarse de hechos delictivos ejecutados por la organización delictiva. Consecuentemente no puede otorgarse el criterio de oportunidad a un testigo que haya generado hechos delictivos por su propia cuenta, en virtud de su inclinación a cometer delitos de cualquier naturaleza. Un ejemplo de ello sería que el testigo criteriado haya cometido delito de violación en perjuicio de la libertad sexual de la trabajadora doméstica de su hogar, mientras integraba una organización dedicada a robos de mercaderías y agencias bancarias.

Los ilícitos por los que puede prescindirse de la persecución penal son aquéllos que haya cometido el beneficiado junto con los integrantes de la organización delictiva, incluyendo el de agrupaciones ilícitas, y sobre ellos se requerirán detalles de los hechos, es decir, el modo, el tiempo de realización de cada uno, lugares, resultados, partícipes, etc. Sin embargo, tratándose de delitos ejecutados por el testigo en forma singular o en compañía de otros individuos, que no tienen relación con la estructura delictiva y de forma circunstancial, el testigo deberá responder penal y civilmente por su conducta delictiva, lo que equivale a decir que el Ministerio Público Fiscal no puede, bajo ningún punto de vista ampararse a la colaboración que dará éste para el esclarecimiento de los hechos cometidos por la organización criminal para no juzgarle. Salvo que se trate de un hecho insignificante o de poca relevancia social como se ha dejado dicho.

b.3) El agente encubierto, el infiltrado y la entrega controlada.

El encubierto o el infiltrado es un método de investigación del delito que se utiliza más en hechos de realización compleja o de crimen de esencia organizada, que por su naturaleza no es posible descubrirlo, identificarlo, dimensionarlo y combatirlo en todos los niveles de su estructura, con mecanismos de investigación tradicionales; con ello también se pretende que ninguno de los hechos delictivos realizados por los integrantes de la organización queden en la impunidad.

Es, además, un método que se caracteriza porque las acciones de investigación van de fuera hacia dentro de la organización, en el que, quien se infiltra lleva como misión, colarse como uno de la organización, ganarse la confianza de los integrantes de la misma y obtener la mayor cantidad y calidad de la información posible que implique la identificación de los miembros de la organización, los que ejercen funciones de dirección, los miembros que carecen de mando

y la red de cooperadores, así como las operaciones delictivas que realizan o que han ejecutado y también, las fuentes de abastecimiento logístico y financiero, entre otros.

Debido a que este tipo de mecanismos conlleva el que al encubierto o infiltrado se le está encausando a que sea parte de planes delictivos y, por lo tanto, ejecutará delitos teniendo la obligación de evitarlos, es que el Estado, a través del Ministerio Público Fiscal, sopesará en qué casos es conveniente y procedente su utilización, aparte del peligro a que se expone al agente investigador al introducirlo a una organización que está dispuesta a eliminar cualquier prueba en su contra; sin embargo, debido a lo primero, el legislador ha dispuesto que la utilización de este mecanismo de política criminal sea acompañado de la correspondiente autorización, por parte del fiscal general de la República, como responsable de la persecución del delito. Así lo contempla el inciso quinto del artículo quince del Código Procesal Penal cuando refiere que “...tratándose de **operaciones encubiertas** practicadas por la Policía Nacional Civil, se permitirá el uso de medios engañosos con el exclusivo objeto de detectar, investigar y probar conductas delincuenciales del crimen organizado, delitos de defraudación al fisco y delitos contenidos en la ley especial para sancionar infracciones aduaneras, previa autorización, por escrito del fiscal general de la República”.

Esta herramienta, si bien es efectiva, en caso de darse para detectar, investigar y probar los delitos relacionados con la criminalidad organizada, es también un mecanismo de doble filo, porque puede suceder que el mismo infiltrado o encubierto se empodere tanto de la rutina delincencial y de la cómoda doble vida que ésta le propicie que, al final, aunque lo retiren del caso siempre mantendrá los vínculos o las relaciones sociales o comerciales ilícitas preestablecidas. Esto puede suceder en el campo del narcotráfico o del lavado de dinero o activos, el tráfico de mercancías, etc.

b.3.1) De la entrega controlada.

El recurso del agente encubierto o infiltrado, unido a la “compra controlada” o la “entrega controlada” se contemplan en leyes especiales, que se refieren a delitos de realización compleja y organizada, como la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas (artículos 57 y siguientes), la Ley Especial Contra Actos de Terrorismo (artículo 42), etc. relacionados con el artículo 15 del Código Procesal Penal. La entrega controlada es una técnica utilizada más en el combate del delito de extorsión o en el de secuestro, dada la modalidad de su operación delictiva, y consiste en que el agente investigador que ha venido dándole seguimiento a un proceso delictivo, en el que se exige la entrega de determinada cantidad de dinero u objeto a condición de no causar daño a bienes materiales o de restituir la libertad de una persona, procede a realizar la entrega de lo que se pide, en el lugar y en el momento en que el delincuente lo señala, según las circunstancias del caso.

Muchas veces no es el mismo agente el que realiza la entrega, sino la persona que designa el delincuente para darse seguridad de que no esté la policía detrás de ellos en el momento de que se entregue lo pedido, en cuyo caso, siempre está el agente investigador detrás de la persona designada que hará la entrega y por lo tanto, es controlada la entrega.

Ahora bien, en lugar de estos recursos investigativos que se han indicado antes, tratándose de la detección y combate del delito relacionado con el lavado de dinero y activos, el Estado ha optado por utilizar otro método que, en cierta medida, colisiona con el derecho a la intimidad personal y el secreto bancario como su complemento en el orden económico; sin embargo, dado el valor macrosocial que se tutela, al combatir la criminalidad organizada, dispone que este derecho debe ceder un poco ante los mecanismos de prevención bajo determinadas circunstancias. Esto es, que los bancos e instituciones

que son parte del sistema financiero tienen la obligación de informar a la Unidad de Investigaciones Financieras y a la Fiscalía General de la República, sobre transacciones económicas realizadas por personas o instituciones en una sola operación o en varias, en el lapso de treinta días que sean iguales o superiores a cincuenta y siete mil ciento cuarenta y tres dólares o su equivalente en colones. Lo anterior es un parámetro con el que se clasifican las transacciones como de *sospechosas* y registrar el origen y destino de los fondos, para controlar los movimientos financieros y descubrir o evitar el lavado de dineros y activos.

b.4) El arrepentido.

La tendencia lógica que se espera ordinariamente de la norma penal, en relación con los hechos punibles es que todo aquél que adecua su comportamiento lesivo al presupuesto consignado en la misma, *debe recibir* el reproche estipulado; sin embargo, por cuestiones inherentes a la realidad social o de conveniencia político criminal no siempre sucede así, para lo cual el legislador se permite dejar abierta la posibilidad de que, quien se encuentre en circunstancias en las que su conducta lesiva se adecua a la prescripción legal, pueda ser eximido de la persecución penal otorgándosele una oportunidad, siempre que colabore en el sentido de que proporcione la información necesaria y suficiente para esclarecer el hecho. (Al respecto véase el tema del criterio de oportunidad abordado ut supra).

El caso del delincuente arrepentido es una opción que el Estado tiene como recurso para combatir las agrupaciones ilícitas y a la criminalidad organizada en general, ya que se trata de un sujeto que, de manera libre, consciente y voluntaria, en un momento dado, perfiló sus actividades en el mundo de la criminalidad, de tal manera que creó y contribuyó con otros sujetos a edificar un andamiaje organizativo, operativo y logístico para alcanzar fines delictivos. Sin

embargo, llegada una etapa del desarrollo delincencial y por diversas circunstancias, entre las que podrían estar una crisis de poder al interior de la agrupación, porque se haya generado desconfianza mutua a su interior, o también porque las pesquisas policiales y judiciales han cercado al grupo y por lo mismo, es capturado el sujeto que se arrepiente de lo que ha hecho, como signo de tal “arrepentimiento”, colabora con las investigaciones, a cambio de penas atenuadas o que se prescinda de la persecución penal de uno a varios hechos delictivos.

En ese sentido, se entiende que, como muestra de *su “arrepentimiento”*, el individuo proporciona datos relacionados con la organización delictiva, integrantes, responsables de determinadas destrezas o funciones, jefes y colaboradores, logística con que cuenta la organización y quién se encarga de administrarla, sobre las operaciones y los ilícitos llevados a cabo con detalle circunstanciado sobre víctimas, lugares, modo de planificación y ejecución de los mismos, el resultado de las acciones y el destino del producto del ilícito cuando es por móviles económicos. El arrepentimiento no nace de la autonomía personal por lo que, en estricto sentido, no es propiamente tal, doctrinariamente se le denomina así debido a que, en el fondo, la colaboración que presta el delincuente está basado en el ofrecimiento de beneficios procesales y penales, que le llevan en cierta forma a manifestar una especie de *remordimiento* por los daños causados a la sociedad.

Como podrá advertirse, a diferencia de los casos referidos al agente encubierto, al infiltrado y a la entrega vigilada, cuyo esfuerzo operativo policial y fiscal se dirige de fuera hacia dentro de la organización criminal, en el caso del arrepentido⁴⁹ para quien, en

49 Edwards Carlos Enrique, *El Arrepentido, el Agente Encubierto y la entrega vigilada*. Editorial Ad hoc, primera edición, 1996. Buenos Aires Argentina, páginas de la 31 a la 41. Entre otros aspectos el autor sostiene que las características del arrepentido son cinco: a) reviste la calidad de imputado de un delito (referido a estupefacientes dice, aunque, este concepto se aplica a todo aquel delito de realización compleja y con características de delincuencia organizada). b) Debe

efecto, cobra plena dimensión el criterio de oportunidad, presenta dirección opuesta que va, desde dentro de la organización y de los delitos cometidos por los integrantes de la misma, hacia fuera, quien es cooptado y utilizado por el Ministerio Público fiscal y la Policía para obtener la información necesaria de la organización criminal y alcanzar de esa manera, la punibilidad de todos o de la mayoría de los delitos, incluyendo el de las agrupaciones ilícitas, asimismo que todos los integrantes de la organización alcancen castigo por sus crímenes.

b.5) Medidas contra la corrupción y la protección de víctimas y testigos.

Resulta que la fenomenología de la criminalidad organizada se traduce a un *alto poder ofensivo y una capacidad de generarse impunidad*, cuyo efecto la padece directa o indirectamente la sociedad, a través del “daño” o la lesión en la persona natural o jurídica que soporta el ataque. También se puede observar una cantidad de hechos contra el patrimonio constitutivos de robos o hurtos, en diferentes lugares y momentos, cuyas acciones devienen de manera individual o grupal, con medios bélicos de poco alcance destructivo, como la utilización de armas cortas o chuchillos, en víctimas por lo general desprevenidas, que en alguna medida, si bien, son causa de alarma para las víctimas directamente y para determinados sectores sociales a los que cotidianamente se vincula ésta, no lo son para el conjunto de la sociedad porque están dentro de los márgenes de control del aparato del Estado, en el sentido de que puede combatirlos y lograr que no queden en la impunidad, que no se desborden y salgan del control.

brindar información. c) Debe tratarse de información significativa. d) Esta información tiene la finalidad de identificación de personas o de secuestro de cosas. y, e) Se favorecerá con una reducción o eximición de la pena.

El carácter ofensivo de la criminalidad estructurada como se ha dicho, va más allá de la violencia que representa la delincuencia ordinaria, porque pone en tensión el bagaje material, jurídico y ético del Estado, y en cierta forma lo rebasa, hace que el Estado vea disminuidas, su efectividad y su capacidad de controlarla. Ese perfil ofensivo de la criminalidad estructurada, tiene la característica de que, al producirse las acciones delictivas y advertir la sociedad la dimensión de sus efectos, se genera en ella una sensación de impotencia, de inseguridad, de manera que subjetivamente se ve sometida al delincuente organizado, mientras nace la desconfianza en el Estado y le concibe indigno de dar la seguridad que se le ha confiado que brinde. Esto es grave porque ante la falta de institucionalidad y efectividad de la gestión del Estado, la sociedad civil organizada se verá legitimada y forzada a tomar la tarea de hacer “justicia” a como lo entiende, según las circunstancias históricas.

Sucede que el agrupamiento delictivo presenta una peculiaridad consustancial a su naturaleza, que es la de generar impunidad para los crímenes que comete, siendo por tanto que realiza diferentes acciones –además de las propiamente delictivas producto de sus fines y propósitos– tendentes a garantizarse su existencia y no ser descubierta por las fuerzas punitivas del Estado. Estas acciones que si bien no son parte de sus fines, sí resultan propias de su esencia, pues busca sobrevivir a cada etapa delictiva. Dichas acciones se enmarcan en tres vías que le permiten mantenerse a flote y hasta sobrevivir a la persecución estatal: la corrupción de funcionarios, agentes de autoridad y autoridades públicas; la alteración o la destrucción de evidencias y, la eliminación de víctimas o testigos mediante la amenaza, el soborno o el asesinato.

a) La corrupción en el ámbito gubernamental ha sido un aspecto de mucha preocupación, sobre todo porque es un fenómeno en el que se oculta un entramado de relaciones que dan soporte a la estructura delictiva, y si bien es cierto que la corruptela no es exclusiva de la organización criminal, una y otra por lo general

aparecen autoimplicadas, de manera que la mayoría de los hechos de corrupción aparecen relacionados a grupos dedicados a cometer delitos. Generalmente son penetrados los cuerpos policiales, fiscales o aduanales, como también la administración de justicia a través de los empleados, jueces o magistrados; asimismo, viene a ser infiltrada la administración pública, que afecta por lo general aéreas como las licitaciones, compras o las contrataciones de obras o servicios profesionales.

No obstante lo anterior, no sólo en el aparato del Estado se producen conductas desviadas de los fines del servicio público, aunque es allí donde se conecta la estructura delictiva, mientras sus tentáculos se traslapan al sector privado, a través de empresas de servicios financieros, hoteleros, migratorios, o entidades de desarrollo social no gubernamentales al igual que en los partidos políticos. De allí que la corrupción se puede localizar en esa doble vía, desde el sector privado en general que conforma la sociedad civil como concepto gramsciano,⁵⁰ hacia la administración pública y de ésta, hacia el sector privado.

Enfrentar la corrupción es un aspecto de decisión política, mientras que decidir cómo y bajo qué medios hacerlo para lograr eficacia, es cuestión de política criminal, tanto porque dicho fenómeno es un cáncer que, poco a poco, destruye las sociedad, no la deja alcanzar sólidamente su desarrollo económico y los estándares de existencia que dignifiquen la vida humana, como porque ella

50 Si para la *ideología alemana*, representada principalmente por Marx y Hegel, la sociedad civil es “el verdadero hogar y escenario de toda la historia... abarca todo el intercambio material de los individuos en una determinada fase del desarrollo de las fuerzas productivas”, para la concepción gramsciana la sociedad civil está formada por el conjunto de los organismos vulgarmente llamados privados...y que corresponden a la función de hegemonía que el grupo dominante ejerce en toda la sociedad”. Consúltense la obra de Hugues Portelli, Gramsci y el Bloque Histórico. Editorial siglo XXI, México DF, abril de 1992, págs... 14 y siguientes. Al respecto, Portelli sostiene que Bobio ha advertido que Gramsci se inspiró esencialmente en ciertos pasajes de la filosofía del Derecho donde Hegel incluye también en el seno de la sociedad civil a las asociaciones políticas y sindicales, o sea, las corporaciones que constituyen el contenido ético del Estado.

permite que se mantengan vivas las estructuras delictivas y realicen constantemente delitos contra la sociedad, lo que es lo mismo a decir, que, mediante la corrupción de funcionarios, empleados públicos o agentes de autoridad, las agrupaciones delictivas mantienen su engranaje operativo con total impunidad.

Producto de esa decisión del Estado de enfrentar la corrupción se crea, por ejemplo, a nivel constitucional el marco conceptual de lo que constituye el enriquecimiento ilícito (artículo 240 inciso segundo de la Constitución de la República) y se configura el delito de *enriquecimiento ilícito*, el que puede ser cometido por funcionario, autoridad pública o empleado público, *que en el ejercicio del cargo o función obtuviere incremento patrimonial no justificado* (artículo 333 del Código Penal); lo mismo que se establece a nivel constitucional una contraloría general a través de la cual, se fiscaliza la Hacienda Pública, denominada Corte de Cuentas de la República (artículo 195 y siguientes de la Constitución de la República). Ahora bien, que funcione dicha contraloría con eficiencia y eficacia en detectar corrupción al interior de la administración pública y que los funcionarios que la dirigen no cohonesten con la corrupción del gobierno central o de las municipalidades, es un aspecto que requiere un examen particular e independiente al presente trabajo.

Coincidente con ese compromiso se cuenta con una ley que se denomina Ley sobre enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados públicos, la que regula el procedimiento y sanciones a aplicar a aquellos funcionarios públicos que, desde la fecha en que hayan tomado posesión de su cargo hasta aquella en que cesaron en sus funciones, muestren un aumento de capital notablemente superior al que normalmente hubiere podido tener en virtud de los sueldos y emolumentos que hayan percibido legal y legítimamente.

Se tiene también la Convención Interamericana Contra la Corrupción, instrumento de carácter regional suscrito en Caracas, Venezuela, el veintinueve de marzo de mil novecientos noventa

y seis, mediante el cual se establece que los estados reconocen la necesidad de crear lineamientos que le cierren espacio a la corrupción y, perfila una serie de comportamientos constitutivos de tal práctica lesiva, de la que destaca, a los fines de este trabajo, la “*asociación o confabulación para la comisión de cualquiera de los actos a los que se refiere el presente artículo*”, haciéndose alusión al artículo VI, de la Convención en comento.

Es necesario destacar que la corrupción, además de favorecer a la impunidad cuando atañe a la desviación de una correcta e imparcial administración de justicia, desde el rol de la policía, la fiscalía o los jueces, también es uno de los medios utilizados por la organización delictiva para alcanzar sus objetivos que, no sólo es ya el de realizar delitos, pues la impunidad se vuelve otra prioridad.

b) La impunidad también se produce mediante el mecanismo de la alteración de elementos de prueba material, con acciones directas en la escena del delito, en el sentido de que se le hace perder la naturalidad de cómo quedó después del suceso. Un ejemplo de ello es la provocación de un incendio en el bien que contiene material testigo como un apartamento, un vehículo con documentos o la víctima en su interior. También con acciones contra datos o información fuera de la escena del crimen, que tiene información comprometedor, verbigracia el hurto de documentos en lugares donde se resguardan, la destrucción de información almacenada en la base de datos de un ordenador o también, alterando resultados periciales a través de contactos vinculados a la organización, que han sido infiltrados en las agencias persecutoras del delito. En fin, investigaciones defectuosas o incompletas, darán como resultado la impunidad.

c) Finalmente cabe decir que en función de proveerse de impunidad, el delincuente organizado también ha recurrido al mecanismo de la *eliminación física de personas que adquieren la calidad de víctimas o testigos* de un ilícito que se investiga. Cuestión que mueve a reflexión cuando se hace un enfoque de esta práctica

sobre la base de la ética y la norma jurídica, pues ambos sistemas normativos cuestionan el ataque a la vida cuando ésta no pone en riesgo otra vida. Sin embargo, ni uno ni otro de los mecanismos normativos ha producido en el delincuente organizado la suficiente convicción de respetar la vida de las personas, sobre todo cuando este valor supremo está dentro de los cálculos de bienes por lesionar.

En muchos delitos graves como secuestros, extorsiones en serie, homicidios con características propias del sicariato o la narcoactividad, etc. intermediados por grupos estructurados de sujetos, ante la posibilidad de ser descubiertos y aprehendidos por las agencias punitivas del Estado, optan por eliminar medios de pruebas y proceden a quitarles la vida a aquellas personas que, bajo diferentes motivaciones o circunstancias, son parte de un proceso penal en calidad de víctimas, testigos o peritos. Así, el atentado contra la vida de estas personas puede ocurrir inmediatamente después del hecho caso de encontrarse circunstancialmente en el mismo; durante el tiempo que dure la fase de investigación y la instrucción del procedimiento hasta antes de la audiencia de la vista pública; de igual manera, en caso de que haya participado efectivamente en el juicio y más aún, si su declaración ha sido eficaz para alcanzar una condena, el delincuente organizado puede eliminar físicamente al testigo después de la referida audiencia.

En cualquiera de los momentos del proceso, donde se requiere de la participación de una persona como perito, víctima o testigo, debe tomarse en cuenta que no sólo estará en riesgo la vida de ésta, sino también su entorno familiar próximo. A este panorama se suma, con frecuencia, otro, y es que mientras se tramita el proceso debido en sede fiscal o judicial, la familia del imputado o particulares vinculados con la agrupación delictiva entran en contacto directo o indirecto con la víctima o testigo, con el fin de “persuadirlo” de que se abstenga de participar como tal, para ello ofrecen dinero o le amenazan con

quitarle la vida a él o a parientes cercanos, o simplemente como se ha dicho, lo eliminan físicamente.

A raíz de esta peculiaridad nacida del carácter violento de la criminalidad organizada, es que, como componente de la política criminal que permita soportar y sortear dicha violencia en más víctimas, y para enfrentar con eficacia a la estructura y al crimen organizado en su conjunto, el Estado decide crear un mecanismo jurídico que viabilice y haga efectiva dicha protección en las personas con información relevante sobre el hecho delictivo y los posibles autores que integran la célula o la organización, tanto para proteger los elementos de prueba que subyacen en el conocimiento sobre los hechos que tiene el testigo y la víctima, como también, dar una respuesta ética y jurídica para proteger la vida de estas personas.

Así se emite una ley especial para la protección de víctimas y testigos⁵¹, junto a la cual se crea también una estructura material y logística que haga efectivo el propósito de la ley. Evidentemente que la sola creación de la norma no es suficiente, requiere de otras decisiones de carácter administrativo, financiero y logístico, tendentes a la realización de los objetivos por los que se crea dicha norma, aunque merece resaltar la decisión del Estado de crear las condiciones jurídicas, como parte de su política criminal, que refuerza la estrategia de enfrentar a la delincuencia organizada.

De las principales acciones de protección que se obliga el Estado a impulsar por ministerio de ley, se tienen medidas de protección ordinarias, de protección extraordinaria y las denominadas medidas de atención.

A las primeras pertenecen las siguientes: que en las diligencias de investigación administrativas o de carácter judicial, no consten los datos generales de la persona protegida, ni cualquier otro que pueda servir para su identificación; designarle una sede como domicilio

⁵¹ Ley especial para la protección de víctimas y testigos, D. L. 1029, del 26 de abril del 2006, vigente a partir del 26 de noviembre del mismo año.

personal; que las personas protegidas sean conducidas a cualquier lugar donde hubiere de practicarse alguna diligencia; durante el tiempo que las personas protegidas permanezcan en los lugares en que se lleve a cabo la diligencia, se les facilite un sitio reservado y custodiado; que las personas protegidas comparezcan para la práctica de cualquier diligencia, utilizando las formas o medios necesarios para imposibilitar su identificación visual; que se impida que la persona protegida sea fotografiada o se capte su imagen por cualquier otro medio; que rinda su testimonio en ambientes no formales, ni hostiles, y que se grabe su testimonio por medios audiovisuales para facilitar su reproducción en la vista pública, cuando la persona no pudiere comparecer a la audiencia.

Respecto a las medidas de protección extraordinarias se contempla implementar las siguientes: brindar seguridad policial mientras se mantengan las circunstancias de peligro; proporcionar residencia temporal en albergues o lugares reservados; facilitar el cambio de residencia, lugar de trabajo o centro de estudios; facilitar la salida del país y residencia en el extranjero de las personas protegidas, cuando las medidas antes señaladas sean insuficientes para garantizar su seguridad. En este caso, se podrá considerar la expedición de documentos para una nueva identidad, lo cual será objeto de un régimen especial.

Y, como medidas denominadas de atención, se contemplan: proveer atención médica y psicológica de urgencia; brindar tratamiento médico o psicológico, cuando, por sus condiciones socioeconómicas, no los pudiere sufragar el protegido. En este caso, apoyará la red hospitalaria pública o privada, y se conservarán rigurosamente las medidas de seguridad y confidencialidad que se consideren pertinentes; brindar apoyo para la reinserción laboral o escolar y otorgar asesoría jurídica gratuita entre otras.

Dado que las agrupaciones ilícitas presentan también una dimensión transnacional, lo que equivale a decir que organizan

redes de apoyo u operaciones en diferentes lugares, más allá de las fronteras de los países, y por lo que un testigo puede ser eliminado por estas agrupaciones, aunque salga de su territorio, en el marco de la reunión de jefes de Estado y de gobiernos de los países integrantes del SICA⁵², se tomó la decisión de crear el Convenio centroamericano para la protección de víctimas, testigos, peritos y demás sujetos que intervienen en la investigación y en el proceso penal, particularmente en la narcoactividad y la delincuencia organizada. Lo anterior, resulta ser una decisión que tiene como base la Convención de Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional y sus protocolos.

Con base de una diversidad de principios como de *protección, necesidad, proporcionalidad, confidencialidad y celeridad y eficiencia*, aquellos Estados y gobiernos asumen el compromiso, de dar a los testigos, peritos, víctimas y demás sujetos del proceso penal, seguridad física, asistencia médica, legal, social, psicológica y alojamiento, el resguardo de la identidad de las personas sujetas a protección e impedir que éstas sean identificadas en la práctica de diligencias penales, el traslado y el alejamiento del lugar del riesgo o la reubicación temporal o definitiva de las personas sujetas de protección. Para ello acuerdan impulsar medidas de cooperación, capacitación, intercambio de experiencia y la aplicación de estrategias de cumplimiento de medidas de protección conjunta o mutua.

Existen medidas de protección orientadas a garantizar la seguridad de aquellas personas que, por diferentes circunstancias, se han visto involucradas en los procesos de investigación criminal y enjuiciamiento penal, por poseer información valiosa sobre los hechos delictivos, lo que les ha llevado a asumir la calidad de víctimas, testigos o peritos, sin cuya información no sería posible esclarecer los vínculos y entramados de la estructura, llegar a las raíces de

52 Sistema de Integración Centroamericana, llevada a cabo en Bosques de Zambrano, Francisco Morazán, Honduras el tres de octubre del 2006. Convenio suscrito por los gobiernos de Belice, Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Panamá y República Dominicana.

los crímenes ejecutados y llevar ante la justicia a los responsables. La protección de la víctima, del testigo o de peritos, en todos los aspectos es un asunto de política criminal, si se quiere tener éxito en la persecución y desmantelamiento de la criminalidad organizada.

Sin embargo, no debe ignorarse o soslayarse un asunto: este mecanismo conlleva un riesgo hacia la convivencia democrática de la sociedad, pues la utilización de la “protección” de testigos no debe ser una medida indiscriminada en el sentido de que se otorgue a todo aquel que lo solicite, sin tomar en cuenta el riesgo efectivo que afronta por encontrarse en la condición de testigo, víctima o perito; el peligro no debe ser subjetivo, no debe responder al temor natural que experimenta toda persona, al participar en un juicio en aquella calidad, sabiendo que su información ayudará a que se produzca una condena, por haber mantenido una acusación material sin fundamento.

La utilización de la reserva de la identidad del testigo, víctima o perito, también debe conducirse con cautela porque éste puede falsear o prestarse a alterar la información relevante escudándose en el anonimato frente al acusado, siendo este último el que podría saber de algunos detalles del testigo protegido o sobre los hechos, más allá de la versión que le ha dado al ente acusador o de la intimidad entre el testigo y el acusado, y podría ponerlo al descubierto, en virtud de su defensa material; lo anterior, independientemente de que las partes técnicas o el juzgador, le identifiquen formalmente y en privado. De allí que no está fuera de lógica el que, para lograr la verdad forense y alcanzar la justicia, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, o “Pacto de San José”, obligue a los Estados partes, a garantizar que a toda persona inculpada de delitos, se le asegure el derecho de la defensa material, facultándolo para “*interrogar a los testigos en el Tribunal*” (artículo 8.2, literal “F” de la referida convención).

La alteración de los hechos puede ser a instancia del testigo con identidad reservada, o promovida a conveniencia por el Ministerio Público Fiscal, con la finalidad de hacer coincidir la versión sobre los

hechos con la prueba testifical, en cuyo caso, si la responsabilidad es del testigo, víctima o perito, podría producirse un falso testimonio o una falsedad material o ideológica, dependiendo de quién y cómo se falsee la realidad, y si es del ente acusador, al darse la alteración de los hechos a través de la versión del declarante, se estaría ante un fraude procesal⁵³. Ahora bien, se señala que la fragilidad de este mecanismo, sin embargo, no es patrimonio exclusivo del mismo, más bien es un aspecto digno de considerar, en casos como el agente encubierto, el

53 A manera de ejemplo, la sentencia con referencia número 278 – 2 – 2007, emitida por el Tribunal Quinto de Sentencia, de San Salvador, de las quince horas del día veintiuno de enero del año dos mil ocho, ante la notoria alteración de la realidad por un testigo con identidad reservada por encontrarse bajo régimen de protección, se dijo lo siguiente: “dichas inconsistencias no son producto simplemente de la falta de preparación del testigo clave UNO – 849 – 07, pues el Tribunal y las partes técnicas verificaron la identidad del testigo mencionado y el ente requirente no puede alegar que desconocía la identidad de éste, la información que verdaderamente recibió... las cuales se utilizaron para presentar a un testigo que no existe, que no presenció los hechos en la forma que declaró en juicio.... Y, al verificarse la identidad de dicho testigo, se advierte una alteración de la verdad respecto al hecho que se conoce, y no se puede dejar pasar por alto, como más adelante se explicará... el Tribunal se encuentra imposibilitado de ahondar en la inexistencia del testigo y consecuentemente de su declaración, en virtud de que profundizar al respecto implicaría revelar la identidad del mismo”.

En otro pasaje de la referida sentencia, el Tribunal ha dicho: “Se colige que los fiscales del caso y el agente que solicitó el régimen de protección, conocen la identidad del testigo protegido y la información que éste brindaría durante el juicio...siendo intolerable que con la finalidad de intentar sorprender a los jueces y por ende, a la administración de justicia por parte del Ente requirente, quien lastimosamente está haciendo uso del régimen de protección de víctimas y testigos, se utilice para generar una falsa eficacia en la solución de los conflictos de naturaleza penal. Circunstancia que debilita el Estado Constitucional de Derecho; que va en contra de la ética profesional, y que atenta contra los derechos fundamentales de los ciudadanos.” Y agregó, “incidente grave y delicado que no puede dejar de pasar desapercibido, pues al no existir la declaración del testigo, se ha querido incorporar información inexistente, falsa, lo que puede haber generado un falso testimonio y a la vez, un fraude procesal y la violación a derechos humanos fundamentales, ya que es probable que se ha manipulado la información con el propósito de lograr una condena, mediante la inducción a un error judicial. Lo que, desde todos los puntos de vista, resulta nefasto”.

infiltrado o el arrepentido, ya sea que actúe con identidad reservada o con un criterio de oportunidad, o en ambas circunstancias, porque existiendo en ellos un móvil extraordinario o un tratamiento especial de parte del Estado (un beneficio procesal o penal), sabiéndose seguros, pueden alterar la información buscando a toda costa que la justicia incline la balanza en contra del acusado, lo cual no los tacha o elimina de su condición de medios de prueba per se, solamente que esta peculiaridad excepcional requiere que se le ponga un poco más de atención por parte del juzgador, al momento de valorarles tanto en su declaración sobre la versión de los hechos como de su carácter de medio de prueba.

***c) La ley como soporte de la política criminal y su evolución configurativa:
Del examen de una porción de la historia.***

En todos los aspectos que se han venido desarrollando en el presente apartado, referido a la política criminal para combatir las agrupaciones ilícitas como factor central de la criminalidad organizada, está presente la norma jurídica por ser el legislador el que traduce en ley las decisiones gubernamentales constitutivas de su política criminal, convirtiendo falazmente en un momento determinado la ley, por su inmediatez y su simbología, en sinónimo de política criminal. Por su parte, las agencias de represión del delito, sea la policía o la fiscalía, implementan acciones a través de acuerdos o memorandos que determinan ciertas reglas de conducta a sus elementos de cara al fenómeno criminal en la búsqueda de eficiencia y eficacia. En ese contexto, la policía bajo la dirección funcional del Ministerio Público Fiscal implementa las capturas masivas (redadas) de sospechosos de cometer delitos de agrupaciones delictivas, con lo que se crea un ambiente al interior de la sociedad, como si se estuviera haciendo “algo” por combatir la delincuencia, mientras la real criminalidad

organizada no es alcanzada. La represión policial únicamente toca a las capas sociales marginadas y muy poco a las estructuras delictivas organizadas. -

Es necesario señalar que la ley no es sinónimo de política criminal, más bien es el instrumento a través del cual, se traducen las decisiones del Estado para llevar a cabo el combate de este tipo de criminalidad. En la práctica, los gobernantes han pretendido hacer creer que *con sólo la creación de la ley penal, con el incremento de penas o la creación de delitos* el fenómeno delictivo desaparecerá, abusando de su condición simbólica. La norma jurídico-penal es únicamente el medio que resguarda la legitimidad y la institucionalidad del Estado; por ello, la política criminal debe tener una manifestación objetiva que exige realización concreta de parte de los responsables de llevarla a la práctica. Todas las grandes, y a veces polémicas decisiones, como el de otorgar beneficios penitenciarios, el de proporcionar un criterio de oportunidad (prescindir de la persecución penal) a un delincuente a quien se le atribuye ser parte de una estructura delincencial, pasa necesariamente por la ley, como pasan también por ella los diversos medios o mecanismos de persecución del crimen organizado que han sido tratados en este capítulo.

Con todo lo que se ha dicho, y que corresponde a medidas extrínsecas para el combate de la criminalidad organizada amparadas por la legalidad, en el presente apartado interesa volcar la atención de manera muy particular y crítica al aspecto de cómo el Estado de El Salvador se ha visto sumergido en la dinámica normativizadora, en busca de una definición del hecho constitutivo del ilícito, para lo que le llevó a crear, reformar, derogar y recrear el tipo penal referido a las agrupaciones ilícitas, en relación con otras conductas vinculadas a ella que, en resumen, refleja un problema de falta de definición del sujeto delictivo para combatirlo con eficacia, como asociación delictiva, tomando en cuenta el bien jurídico que requiere protección.

En tal sentido, el enfoque al tema de la ley como soporte de la política criminal, se hará únicamente a partir del examen de la evolución legislativa del artículo 345 del código penal y de otras disposiciones intrínsecamente relacionadas con esta disposición, en el lapso comprendido entre el año 1999 y el 2004, período en el que se produjeron cambios en la normativa que implicó una mayor utilización del Derecho Penal, en la línea de privilegiar las medidas penales en detrimento de otras menos violentas y preventivas. Los resultados son evidentes, la criminalidad no se detuvo y, aunque se disminuyó la tendencia de los delitos de secuestro, no fue producto de aquellas enmiendas sino de la eficacia investigativa y la decisión del ente acusador de perseguir estos delitos; pero el narcotráfico, las extorsiones, el lavado de dinero y activos han continuado en ascenso.

Para ello es oportuno y más ilustrativo, presentar a través de un cuadro sinóptico la evolución de la labor legislativa referente al tratamiento legal de las agrupaciones ilícitas como crimen organizado, en el que se toma en cuenta la referencia del acto legislativo conocido como Decreto Legislativo, la fecha del mismo y el texto de la norma creada o derogada, tanto del precedente como del subsiguiente, a fin de que el lector pueda hacer las comparaciones que estime convenientes y saque o extraiga sus propias conclusiones; además, se anexa al cuadro una columna donde se hacen algunas consideraciones puntuales, referidas a la reforma de que se trata, apuntalando algunos datos históricos o consideraciones dignas de tener en cuenta.

Con la visión completa del cuadro, el lector tendrá un panorama integral de la labor legislativa del Estado, al igual que de su preocupación para combatir “las agrupaciones ilícitas” y, la prioridad que en este período dio a la norma jurídico – penal, sobre la base del simbolismo que ello representa ante la sociedad y no de su eficacia frente a la delincuencia organizada, lo que es lo mismo decir, pretendiendo que la norma jurídica sea el remedio para curar a la sociedad de la enfermedad que le abate: la criminalidad organizada.

Cuadro sinóptico

Morfología del art. 345 y otras disposiciones del código penal relacionadas con las agrupaciones ilícitas como crimen organizado (en un período aproximado de cinco años)

D. L. EMISIÓN Y VIGENCIA	TEXTO DEL TIPO PENAL CREADO POR EL LEGISLADOR Y SUS VARIANTES			COMENTARIOS EN GENERAL
	TIPO PENAL ANTERIOR	D. L. EMISIÓN Y VIGENCIA	TIPO PENAL POSTERIOR	
D.L.1030 del 26 de abr. de 97 y vigente a partir del 20 de abril de 1988. (Véase art. 409 del C. Penal Salv.	ASOCIACIONES ILÍCITAS: Art. 345 CP. El que tomare parte en una agrupación, organización o asociación que tuviere por objeto cometer delitos, será sancionado con prisión de uno a tres años. Los dirigentes o promotores serán sancionados con prisión de dos a cinco años.			Con estos elementos descriptivos se inició el tipo penal, creado en el Código Penal vigente desde abril de 1998, que vino a caracterizar “la nueva época” del Estado salvadoreño -en lo que al ius puniendi se refiere- y que se le dio en llamar, derecho penal democrático y garantista.

D. L. EMISIÓN Y VIGENCIA	TEXTO DEL TIPO PENAL CREADO POR EL LEGISLADOR Y SUS VARIANTES			COMENTARIOS EN GENERAL
	TIPO PENAL ANTERIOR	D. L. EMISIÓN Y VIGENCIA	TIPO PENAL POSTERIOR	
				Independientemente de las valoraciones que se hagan al respecto, lo cierto es que se deja atrás un sistema penal cerrado, absolutista e inquisitivo, desconocedor de principios y garantías fundamentales.

D. L. EMISIÓN Y VIGENCIA	TEXTO DEL TIPO PENAL CREADO POR EL LEGISLADOR Y SUS VARIANTES			COMENTARIOS EN GENERAL
	TIPO PENAL ANTERIOR	D. L. EMISIÓN Y VIGENCIA	TIPO PENAL POSTERIOR	
<p>D. L. 703, del 09 de septiembre de 1999. Publicado en el D. O. del 04 de octubre de 1999 y vigente a partir del 13 de oct. de 1999.</p>	<p>EXCEPCIONES A LAS NORMAS SUSTITUTI-VAS. Art. 92-A CP. No se aplicará el artículo 85 a los sujetos reincidentes, habituales, a los que hayan conciliado antes del nuevo delito, en los últimos cinco años una infracción similar, o a los que pertenezcan a organizaciones ilícitas o con finalidad ilícitas, bandas o pandillas criminales,</p>			<p>Los elementos normativos y descriptivos que contienen estas disposiciones penales, fueron incorporados con el propósito de limitar el otorgamiento de la libertad condicional a los condenados por delitos que en el art. 92-A se contemplan. Respecto a la parte del inciso último del artículo 348 y que califica como desórdenes públicos tal contenido, no</p>

D. L. EMISIÓN Y VIGENCIA	TEXTO DEL TIPO PENAL CREADO POR EL LEGISLADOR Y SUS VARIANTES			COMENTARIOS EN GENERAL
	TIPO PENAL ANTERIOR	D. L. EMISIÓN Y VIGENCIA	TIPO PENAL POSTERIOR	
	<p>a los que realicen su conducta en grupo de cuatro o más personas, en los casos de delitos que lesionan o pongan en peligro la vida, la integridad personal, la libertad ambulatoria, la libertad sexual o el patrimonio.</p> <p>Se considera reincidente o habitual el sujeto que comete el hecho punible en las circunstancias establecidas en el numeral</p>			<p>representa ningún progreso en la técnica legislativa (no hay justificación jurídico- penal para regularse), pues prácticamente se están incorporando al ámbito del derecho penal aspectos que no son de su esencia a parte de que no hay congruencias entre la conducta que recibe la amenaza con relación al acapite o materia normarse. El fenómeno de las</p>

D. L. EMISIÓN Y VIGENCIA	TEXTO DEL TIPO PENAL CREADO POR EL LEGISLADOR Y SUS VARIANTES			COMENTARIOS EN GENERAL
	TIPO PENAL ANTERIOR	D. L. EMISIÓN Y VIGENCIA	TIPO PENAL POSTERIOR	
	<p>16 del artículo 30 de este código.</p> <p>DESÓRDENES PÚBLICOS: Inc. último del Art. 348 CP. Los que conformaren pandillas armadas en pueblos, ciudades, vecindarios o zonas pobladas a fin de provocar desórdenes e intimidación a las personas, serán sancionados con prisión de dos a cuatro años.</p>			<p>pandillas juveniles causante de la violencia social, tiene orígenes económicos, sociales y culturales que, sólo acciones de política criminal integrales podrían controlarla, mientras que la violencia penal y policial desmedida para combatirla, lejos de resolver la demanda social de justicia, seguridad y tranquilidad la agravaría, el exceso de</p>

D. L. EMISIÓN Y VIGENCIA	TEXTO DEL TIPO PENAL CREADO POR EL LEGISLADOR Y SUS VARIANTES			COMENTARIOS EN GENERAL
	TIPO PENAL ANTERIOR	D. L. EMISIÓN Y VIGENCIA	TIPO PENAL POSTERIOR	
				<p>violencia no es el camino para detener la violencia que tiene a su base necesidades insatisfechas.</p> <p>Este escenario de violencia social, es el presupuesto básico que favorece a la criminalidad estructurada,</p>

D. L. EMISIÓN Y VIGENCIA	TEXTO DEL TIPO PENAL CREADO POR EL LEGISLADOR Y SUS VARIANTES			COMENTARIOS EN GENERAL
	TIPO PENAL ANTERIOR	D. L. EMISIÓN Y VIGENCIA	TIPO PENAL POSTERIOR	
		D. L. 280, de fecha 08 de feb. del 2001, publicado en el D. O. el 13, y entró en vigencia el 22 del mismo mes y año.	ASOCIACIONES ILÍCITAS.- Art. 345 CP. Cuando dos o más personas acuerden organizarse o se organicen para realizar conductas que por sí o unidas a otras, tienen como fin o resultado cometer delitos, serán sancionados por ese solo hecho, con prisión de dos a ocho años. Los dirigentes o promotores serán sancionados con prisión de cinco a	El contexto social que dominaba y por ende justifico la primer reforma al artículo 345 del código penal fue el que el país transitaba por una tempestad de hechos criminales excesivamente violentos, que pusieron a prueba la capacidad de la policía para hacerle frente a una criminalidad con recursos fuera de lo normal.

D. L. EMISIÓN Y VIGENCIA	TEXTO DEL TIPO PENAL CREADO POR EL LEGISLADOR Y SUS VARIANTES			COMENTARIOS EN GENERAL
	TIPO PENAL ANTERIOR	D. L. EMISIÓN Y VIGENCIA	TIPO PENAL POSTERIOR	
			<p>diez años.</p> <p>Si se tratare de una agrupación, organización o asociación que tuviere por objeto cometer el delito de homicidio, homicidio agravado o secuestro, el que tomare parte en ella se le impondrá la pena de cinco a diez años de prisión, y si se tratará de los delitos de robo, extorsión o los comprendidos en el Capítulo IV de la Ley Reguladora</p>	<p>Hechos realizados por varios sujetos y dentro de planes específicos, como secuestros, robo de mercancías y de vehículos, narcotráfico, entre otros.</p>

D. L. EMISIÓN Y VIGENCIA	TEXTO DEL TIPO PENAL CREADO POR EL LEGISLADOR Y SUS VARIANTES			COMENTARIOS EN GENERAL
	TIPO PENAL ANTERIOR	D. L. EMISIÓN Y VIGENCIA	TIPO PENAL POSTERIOR	
			<p>de las Actividades Relativas a las Drogas, se le impondrá la pena de tres a ocho años de prisión.</p> <p>En los casos dispuestos en los incisos que anteceden, se adicionará a la pena anterior, la que correspondiere al delito respectivo, si éste se hubiere consumado.</p> <p>En la pena del primer inciso incurrirán los que en compañía de</p>	

D. L. EMISIÓN Y VIGENCIA	TEXTO DEL TIPO PENAL CREADO POR EL LEGISLADOR Y SUS VARIANTES			COMENTARIOS EN GENERAL
	TIPO PENAL ANTERIOR	D. L. EMISIÓN Y VIGENCIA	TIPO PENAL POSTERIOR	
			<p>una o más personas, sin justificación alguna, merodearen, acecharen o se apostaren con gorros o pasamontañas, aparatos de miras telescópicas o visores nocturnos, cargadores o armas de fuego, registradas o no, en carreteras, caminos rurales o en parajes urbanos, oscuros o favorables para la comisión del delito.</p>	

D. L. EMISIÓN Y VIGENCIA	TEXTO DEL TIPO PENAL CREADO POR EL LEGISLADOR Y SUS VARIANTES			COMENTARIOS EN GENERAL
	TIPO PENAL ANTERIOR	D. L. EMISIÓN Y VIGENCIA	TIPO PENAL POSTERIOR	
		<p>D. L. 280, de fecha 08 de Feb. de 2001, publicado en el D. O. el 13, y entró en vigencia el 22 del mismo mes y año.</p>	<p>Art. 22-A CRIMEN ORGANIZADO Se considera Crimen Organizado aquella forma de delincuencia que se caracteriza por provenir de un conjunto de personas dedicadas a mantener una estructura jerarquizada, con el propósito de planificar y ejecutar hechos antijurídicos con la finalidad de lucrarse con bienes y servicios ilegales o realizar actividades de terrorismo.</p>	<p>Se inicia por parte del Legislador Penal la incorporación de definiciones de conceptos jurídicos, al texto legal, circunstancia que cuando se creó la nueva normativa penal se cuidó mucho de no hacerlo. En ese sentido, se introduce esta figura relativa al crimen organizado por el legislador penal, con el propósito de crear un marco d e s c r i p t i v o</p>

D. L. EMISIÓN Y VIGENCIA	TEXTO DEL TIPO PENAL CREADO POR EL LEGISLADOR Y SUS VARIANTES			COMENTARIOS EN GENERAL
	TIPO PENAL ANTERIOR	D. L. EMISIÓN Y VIGENCIA	TIPO PENAL POSTERIOR	
			También se considerará crimen organizado aquella conducta que por sí o unidas a otras, cometidas por dos o más personas, tienen como fin o resultado cometer los delitos de homicidio, homicidio agravado, privación de libertad, secuestro, robo, robo agravado, extorsión, asociaciones ilícitas, falsificación o alteración de moneda, actos de terrorismo, comercio de personas, contrabando, lavado	normativo, que contemple algunas formas en que se manifiesta la criminalidad no convencional. Esta práctica legislativa dada la amplitud en que se pretende regular las acciones lesivas corren el riesgo de que reciban un mismo tratamiento -en perspectiva de gravedad del hecho según la norma- por el juzgador,

D. L. EMISIÓN Y VIGENCIA	TEXTO DEL TIPO PENAL CREADO POR EL LEGISLADOR Y SUS VARIANTES			COMENTARIOS EN GENERAL
	TIPO PENAL ANTERIOR	D. L. EMISIÓN Y VIGENCIA	TIPO PENAL POSTERIOR	
			de dinero y activos, tráfico, fabricación y comercio ilegal de armas de fuego y los comprendidos en el capítulo IV de la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas.	circunstancia que debe ser controlada equilibrándolas con la aplicación de las garantías constitucionales. Esta disposición fue derogada mediante D. L. 190 del 22 de enero del 2007.

D. L. EMISIÓN Y VIGENCIA	TEXTO DEL TIPO PENAL CREADO POR EL LEGISLADOR Y SUS VARIANTES			COMENTARIOS EN GENERAL
	TIPO PENAL ANTERIOR	D. L. EMISIÓN Y VIGENCIA	TIPO PENAL POSTERIOR	
<p>D. L. 280, de fecha 08 de Feb. de 2001, publicado en el D. O. el 13, y vigente a partir del 22 del mismo mes y año.</p>	<p>ASOCIACIONES ILÍCITAS Art. 345 CP. Cuando dos o más personas acuerden organizarse o se organicen para realizar, conductas que por sí o unidas a otras, tienen como fin o resultado cometer delitos, serán sancionados por ese solo hecho, con prisión de dos a ocho años.</p> <p>Los dirigentes o promotores serán</p>	<p>D. L. 121 del 04 de Septiembre del 2003, publicado en el D. O. el 24 de Octubre y vigente el 02 de Noviembre del 2003.</p>	<p>AGRUPACIONES ILÍCITAS.- Art. 345 CP. Cuando dos o más personas se reúnan u organicen para realizar, conductas que por sí o unidas a otras, tengan como fin o resultado cometer delitos, serán sancionados por ese solo hecho, con prisión de tres a ocho años.</p> <p>A quienes dirijan o promuevan la reunión u organización, serán</p>	<p>Si bien es cierto que en el Decreto Legislativo 280, hay otras disposiciones atinentes al crimen organizado, para efectos comparativos interesa lo relativo a las agrupaciones ilícitas.</p> <p>Debe destacarse que de los elementos descriptivos que subyacen entre la disposición derogada y la nueva, en el fondo, no hay</p>

D. L. EMISIÓN Y VIGENCIA	TEXTO DEL TIPO PENAL CREADO POR EL LEGISLADOR Y SUS VARIANTES			COMENTARIOS EN GENERAL
	TIPO PENAL ANTERIOR	D. L. EMISIÓN Y VIGENCIA	TIPO PENAL POSTERIOR	
	<p>sancionados con prisión de cinco a diez años.</p> <p>Si se tratare de una agrupación, organización o asociación que tuviere por objeto cometer el delito de homicidio, homicidio agravado o secuestro, el que tomare parte en ella se le impondrá la pena de cinco a diez años de prisión, y si se tratare de los delitos de robo, extorsión, o los comprendidos en el</p>		<p>sancionados con prisión de seis a doce años.</p> <p>Si se tratare de una reunión, agrupación, organización, asociación o miembros de pandillas denominadas maras que tuvieran por objeto cometer el delito de homicidio, homicidio agravado, secuestro, el que tomare parte en ella se le impondrá la pena de cinco a diez años de prisión, y si se tratare de los delitos</p>	<p>diferencias capitales, sin embargo se puede advertir que se localizan diferencias en el acápite de ambas disposiciones, existe además, alguna modificación en lo referente a la pena mínima o máxima con que se castiga la mera participación y a la que realiza un rol dirigenal o promotora de la organización criminal.</p>

D. L. EMISIÓN Y VIGENCIA	TEXTO DEL TIPO PENAL CREADO POR EL LEGISLADOR Y SUS VARIANTES			COMENTARIOS EN GENERAL
	TIPO PENAL ANTERIOR	D. L. EMISIÓN Y VIGENCIA	TIPO PENAL POSTERIOR	
	<p>capítulo IV de la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas, se le impondrá la pena de tres a ocho años de prisión.</p> <p>En los casos dispuestos en los incisos que anteceden, se adicionará a la pena anterior, la que correspondiere al delito respectivo, si este se hubiere consumado.</p> <p>En la pena del primer inciso incurrirán los</p>		<p>de robo, extorsión, lesiones, privación de libertad, coacción, delitos contra la libertad sexual, amenazas agravadas, o los comprendidos en el capítulo IV de la ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas, se le impondrá la pena de tres a ocho años de prisión.</p> <p>En los casos dispuestos en los incisos que anteceden, se adicionará a la pena</p>	<p>Utiliza el legislador conceptos más concretos como la de promover la “reunión u organización”, a diferencia del tipo derogado que únicamente se refería a “dirigentes o promotores”.</p> <p>En la nueva disposición se incorpora conceptos como “pandillas o maras”, lo que refleja una desproporción del legislador por</p>

D. L. EMISIÓN Y VIGENCIA	TEXTO DEL TIPO PENAL CREADO POR EL LEGISLADOR Y SUS VARIANTES			COMENTARIOS EN GENERAL
	TIPO PENAL ANTERIOR	D. L. EMISIÓN Y VIGENCIA	TIPO PENAL POSTERIOR	
	que en compañía de una o más personas, sin justificación alguna, merodearen, acecharen o se apostaren con gorros o pasamontañas, aparatos de miras telescópicas o visores nocturnos, cargadores o armas de fuego, registradas o no, en carreteras, caminos rurales o en parajes urbanos, oscuros o favorables para la comisión del delito.		anterior, la que correspondiere al delito respectivo, si este su hubiere consumado. En la pena del primer inciso incurrirán los que en compañía de una o más personas, sin justificación alguna, merodearen, acecharen o se apostaren con gorros o pasamontañas, aparatos de miras telescópicas o visores nocturnos, cargadores o armas de fuego,	desconocimiento del significado sociológico de estos términos, dándoles de iuri el carácter de crimen organizado, como también puede decirse que, a sabiendas de su significado optó por extender la amenaza penal a esta manifestación de la violencia social, de la que se aprovecha verdaderamente la real criminalidad organizada como

D. L. EMISIÓN Y VIGENCIA	TEXTO DEL TIPO PENAL CREADO POR EL LEGISLADOR Y SUS VARIANTES			COMENTARIOS EN GENERAL
	TIPO PENAL ANTERIOR	D. L. EMISIÓN Y VIGENCIA	TIPO PENAL POSTERIOR	
			registradas o no, en carreteras, caminos rurales o en parajes urbanos, oscuros o favorables para la comisión del delito.	el narcotráfico, el tráfico de personas, el tráfico ilegal de armas. el espionaje delictivo, etc.

D. L. EMISIÓN Y VIGENCIA	TEXTO DEL TIPO PENAL CREADO POR EL LEGISLADOR Y SUS VARIANTES			COMENTARIOS EN GENERAL
	TIPO PENAL ANTERIOR	D. L. EMISIÓN Y VIGENCIA	TIPO PENAL POSTERIOR	
D. L. 642 del 17 de Junio de 1999, publicado en el D. O. del 9 de julio y vigente a partir del 18 del mismo mes y año.	ABUSO DE SUPERIORIDAD Art. 30, 5) CP. Abusar de superioridad en el ataque, aprovecharse de la debilidad de la víctima por su edad u otra causa similar, o emplear medios que debiliten la defensa del ofendido.	D. L. 121 del 04 de Septiembre del 2003, publicado en el D. O. el 24 de Octubre y vigente el 02 de Noviembre del 2003. Ídem.	ABUSO DE SUPERIORIDAD ART. 30, 5) CP. Abusar de superioridad en el ataque, aprovecharse de las debilidades de la víctima por su edad u otra causa similar, emplear medios que debiliten la defensa del ofendido, o el accionar de las agrupaciones ilícitas tales como las pandillas denominadas maras.	La diferencia que se vislumbra en esta reforma radica en que se agregan expresamente aspectos relativos a la violencia social, así se incorporó lo siguiente: "... o el accionar de las agrupaciones ilícitas tales como las pandillas denominadas maras", aspecto que en nada enriquece al derecho penal, esto es contrario a la

D. L. EMISIÓN Y VIGENCIA	TEXTO DEL TIPO PENAL CREADO POR EL LEGISLADOR Y SUS VARIANTES			COMENTARIOS EN GENERAL
	TIPO PENAL ANTERIOR	D. L. EMISIÓN Y VIGENCIA	TIPO PENAL POSTERIOR	
			<p>DAÑOS AGRAVADOS Art. 222 CPn. Se le adiciona el numeral cinco. 5) cuando el daño se ejecutare por una o más personas pertenecientes a una agrupación ilícita tales como pandillas denominadas maras.</p>	<p>técnica legislativa, evidencia que no se tiene política criminal estructurada y coherente con la realidad histórico – social. Asimismo, da la impresión que el legislador perdio de vista que el Derecho Penal se le aplica sólo a las personas naturales que son los que delinquen, y no a las organizaciones o instituciones. Esto último, que</p>

D. L. EMISIÓN Y VIGENCIA	TEXTO DEL TIPO PENAL CREADO POR EL LEGISLADOR Y SUS VARIANTES			COMENTARIOS EN GENERAL
	TIPO PENAL ANTERIOR	D. L. EMISIÓN Y VIGENCIA	TIPO PENAL POSTERIOR	
				<p>se denomina organización, es el medio que crea el delincuente y por lo tanto es irrelevante bajo que denominación lleve a cabo los delitos. Esta misma situación se encuentra registrada -y de igual manera cabe el razonamiento- en la reforma planteada por el legislador en el artículo 222 del código penal.</p>

D. L. EMISIÓN Y VIGENCIA	TEXTO DEL TIPO PENAL CREADO POR EL LEGISLADOR Y SUS VARIANTES			COMENTARIOS EN GENERAL
	TIPO PENAL ANTERIOR	D. L. EMISIÓN Y VIGENCIA	TIPO PENAL POSTERIOR	
D. L. 121 del 04 de Septiembre del 2003, publicado en el D. O. el 24 de Octubre y vigente el 02 de Noviembre del 2003.	AGRUPACIONES ILÍCITAS.- Art.345CP.- Cuando dos o más personas se reúnan u organicen para realizar, conductas que por sí o unidas a otras, tengan como fin o resultado cometer delitos, serán sancionados por ese solo hecho, con prisión de tres a ocho años. A quienes dirijan o promuevan la reunión u organización, serán sancionados con prisión	D. L. 393 del 28 de Julio del 2004 Y vigente a partir del 06 de Agosto del 2004.	AGRUPACIONES ILÍCITAS.- ART. 345 CP. El que tomare parte en una agrupación, asociación u organización ilícita, será sancionado con prisión de tres a cinco años. Los organizadores, jefes, dirigentes, o cabecillas, serán sancionados con prisión de seis a nueve años. Serán consideradas ilícitas las agrupacio-	A simple lectura se advierte que las variantes entre una y otra descripción típica (la anterior y la posterior), el legislador, haciendo caso omiso a criterios técnicos de política criminal, atomizo el tipo penal anterior que, si bien no estaba del todo bien, obviamente era más claro y completo. a) En esencia no hay mucha variación

D. L. EMISIÓN Y VIGENCIA	TEXTO DEL TIPO PENAL CREADO POR EL LEGISLADOR Y SUS VARIANTES			COMENTARIOS EN GENERAL
	TIPO PENAL ANTERIOR	D. L. EMISIÓN Y VIGENCIA	TIPO PENAL POSTERIOR	
	de seis a doce años. Si se tratare de una reunión, agrupación, organización, asociación o miembros de pandillas denominadas maras que tuvieren por objeto cometer el delito de homicidio, homicidio agravado, secuestro, el que tomare parte en ella se le impondrá la pena de cinco a diez años de prisión, y si se tratare de los delitos de robo, extorsión, lesiones,		nes, asociaciones u organizaciones temporales o permanentes, de dos o más personas que posean algún grado de organización, cuyo objetivo o uno de ellos sea la comisión de delitos, así como aquellas que realicen actos o utilicen medios violentos para el ingreso de sus miembros, permanencia o salida de los mismos. Si el autor o partí-	relevante entre una y otra disposición desde el punto de vista de la eficacia del derecho penal capaz de ser respuesta a las expectativas de la sociedad, excepto la incorporación de la calidad del sujeto activo (funcionarios, agente de autoridad, empleados, etc.), y lo relativo a la pena máxima prevista para cada caso, (se disminuye la pena

D. L. EMISIÓN Y VIGENCIA	TEXTO DEL TIPO PENAL CREADO POR EL LEGISLADOR Y SUS VARIANTES			COMENTARIOS EN GENERAL
	TIPO PENAL ANTERIOR	D. L. EMISIÓN Y VIGENCIA	TIPO PENAL POSTERIOR	
	<p>privación de libertad, coacción, delitos contra la libertad sexual, amenazas agravadas, o los comprendidos en el capítulo IV de la ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas, se le impondrá la pena de tres a ocho años de prisión.</p> <p>En los casos dispuestos en los incisos que anteceden, se adicionará a la pena anterior, la que</p>		<p>cipe fuera autoridad pública, agente de autoridad, funcionario o empleado público, la pena se agravará hasta la tercera parte del máximo e inhabilitación absoluta del cargo, por igual tiempo.</p> <p>Los que promovieren, cooperaren, facilitaren o favorecieren la conformación o permanencia de la agrupación, asociación u</p>	<p>máxima).</p> <p>b) En la reforma del decreto 393, el legislador trastoca la redacción anterior (reformado) y la vuelve más enredada que, salvo lo de la pena y la calidad del sujeto activo de este delito, lo demás resultaba innecesario modificar.</p> <p>c) Incorpora elementos descriptivos específicos y definitorios, el cual</p>

D. L. EMISIÓN Y VIGENCIA	TEXTO DEL TIPO PENAL CREADO POR EL LEGISLADOR Y SUS VARIANTES			COMENTARIOS EN GENERAL
	TIPO PENAL ANTERIOR	D. L. EMISIÓN Y VIGENCIA	TIPO PENAL POSTERIOR	
	<p>correspondiere al delito respectivo, si este su hubiere consumado.</p> <p>En la pena del primer inciso incurrirán los que en compañía de una o más personas, sin justificación alguna, merodearen, acecharen o se apostaren con gorros o pasamontañas, aparatos de miras telescópicas o visores nocturnos, cargadores o armas de fuego, registradas</p>		<p>organización ilícita, serán sancionados con una pena de uno a tres años de prisión. La proposición y conspiración para cometer este delito, será sancionado con prisión de seis meses a dos años.</p>	<p>puede ser hasta contraproducente para la eficacia del derecho penal, ya que puede favorecer la impunidad cuando consecuentemente, se traslada el asunto al campo del derecho probatorio.</p> <p>Esta es una disposición que se desvía de la percepción que tiene el legislador del agente generador del delito agrupado</p>

D. L. EMISIÓN Y VIGENCIA	TEXTO DEL TIPO PENAL CREADO POR EL LEGISLADOR Y SUS VARIANTES			COMENTARIOS EN GENERAL
	TIPO PENAL ANTERIOR	D. L. EMISIÓN Y VIGENCIA	TIPO PENAL POSTERIOR	
	o no, en carreteras, caminos rurales o en parajes urbanos, oscuros o favorables para la comisión del delito.			<p>en lo que refiere como “pandillas” o “maras”.</p> <p>Este fenómeno ha generado que muchas viviendas en lugares populosos queden en abandono, lo que le sirve a estos grupos para pernoctar o cometer allí delitos; lo cual es bueno como medida de política criminal, sin embargo la cuestión sigue en pie: ¿Es allí donde se localiza la agru-</p>

D. L. EMISIÓN Y VIGENCIA	TEXTO DEL TIPO PENAL CREADO POR EL LEGISLADOR Y SUS VARIANTES			COMENTARIOS EN GENERAL
	TIPO PENAL ANTERIOR	D. L. EMISIÓN Y VIGENCIA	TIPO PENAL POSTERIOR	
		<p>D. L. 393 del 28 de Julio del 2004.</p> <p>D. L. 393 del 28 de Julio del 2004.</p>	<p>UTILIZACIÓN U OCUPACIÓN ILEGAL DE INMUEBLES.</p> <p>Art. 345-A CP. La utilización u ocupación de bienes inmuebles, lugares deshabitados o abandonados, con la finalidad de realizar las conductas descritas en el artículo anterior, serán sancionadas con prisión de uno a tres años.</p>	<p>pación ilícita como crimen organizado? o es sólo, la manifestación de la delincuencia llevada a cabo por individuos en barrios o suburbios empobrecidos y dominados por la misma delincuencia y drogadicción.</p> <p>Al igual que se agrava el delito en casos de delincuencia común, cuando concurren más de dos individuos en la</p>

D. L. EMISIÓN Y VIGENCIA	TEXTO DEL TIPO PENAL CREADO POR EL LEGISLADOR Y SUS VARIANTES			COMENTARIOS EN GENERAL
	TIPO PENAL ANTERIOR	D. L. EMISIÓN Y VIGENCIA	TIPO PENAL POSTERIOR	
			<p>CONCURRENCIA DE AGRUPACIONES ÍLCITAS O DE CRIMEN ORGANIZADO.</p> <p>Art. 30 CP. Son circunstancias que agravan la responsabilidad penal:</p> <p>19) Cuando el delito se ejecutare mediante el concurso de los integrantes de una agrupación ilícita o de crimen organizado.</p>	<p>ejecución del hecho, verbigracia, el robo agravado por dos o más sujetos; en el presente caso, tratándose de crimen organizado el hecho se agrava por la concurrencia de agrupaciones ilícitas, como lo refiere el acápite. El contenido del texto de la norma, no es muy congruente con el encabezado de la disposición, pues, refiere al “concurso de los integrantes</p>

D. L. EMISIÓN Y VIGENCIA	TEXTO DEL TIPO PENAL CREADO POR EL LEGISLADOR Y SUS VARIANTES			COMENTARIOS EN GENERAL
	TIPO PENAL ANTERIOR	D. L. EMISIÓN Y VIGENCIA	TIPO PENAL POSTERIOR	
				de una agrupación ilícita o de crimen organizado” no clarifica que se refiera a los integrantes de diferentes organizaciones delictivas, que es a lo que se refiere el acápite y a lo que debiera normarse, pues el concurso de delincuentes en el hecho criminal sea convencional o no convencional, está más que regulado.

IX. CONCLUSIÓN.

Se ha afirmado que la delincuencia organizada tiene como base la conjunción permanente de acciones de dos o más sujetos (según la ley penal salvadoreña), que actúan de forma coordinada y bajo un mando que le da dirección con fines delictivos, la que está tipificada y sancionada penalmente por tratarse de una amenaza real a la Paz y a la tranquilidad pública.

Dado el desarrollo que tienen las estructuras criminales en la actualidad, apuntaladas con información clasificada de potenciales víctimas y con tecnología al servicio de sus fines que rebasan la capacidad de la policía y fiscalía, los Estados han ido creando un marco jurídico penal –local e internacionalmente– tendente a sancionarlas de forma independientes a los ilícitos que cometen. La doctrina diríase que es unánime, al considerar a estos agrupamientos conformados para delinquir como unidades típicamente autónomas y por ello, el derecho penal les da un tratamiento también independiente de los ilícitos que producen sus integrantes cuando actúan en el contexto de los planes delictivos.

Tomando en cuenta que el propósito de cometer delitos, por parte del agrupamiento, es uno de los requisitos para la configuración del tipo penal, y por ende, para que se produzca la consecuencia prevista en la referida norma, o, que funcione el conjunto de forma estructurada, entre otros aspectos, debe decirse que estos elementos del tipo *constituyen una garantía de equilibrio para que no se sancione por este ilícito a cualquier colectivo que haya cometido del itos de forma aislada*, más allá del desvalor provocado por la acción lesiva, por ejemplo, una usurpación de un terreno por un grupo de personas, las manifestaciones sociales de carácter reivindicativo o cualquier ilícito en el que intervienen más de un sujeto, siendo esto la coautoría. El carácter delictivo de todo agrupamiento para que constituya ilícito en sí, autónomo como se ha dicho, se requiere que

se manifieste a través de planes criminales en momentos, lugares y víctimas diferentes, aunque esto último no es un requisito del tipo penal.

La Constitución de la República, de manera expresa, consagra el valor ético social digno de protección a favor de la persona humana y de la colectividad, como lo es el de asociarse y reunirse pacíficamente para fines lícitos, o también, el que el individuo debe gozar de la tranquilidad y la paz pública; sin embargo, estos derechos fundamentales tienen sus límites que corresponden al mismo rango constitucional, por lo que llegan hasta donde, en tanto, la conducta de “asociarse” o “manifestarse” se enmarca en los postulados constitucionalmente permitidos o, en su caso, se lo permiten otros valores de carácter colectivo. Es por ello que el mismo ordenamiento proscribire, de manera expresa, aquel comportamiento que, con el argumento de hacer uso del derecho subjetivo de asociación o manifestación, utilizan armas de cualquier tipo (exámínese al respecto el artículo 6 de la Constitución de la República), con la que se enfrenta la fuerza regular del Estado.

Lo anterior se complementa con el artículo 246, inciso segundo, parte final del mismo cuerpo normativo, que consagra: “*el interés público tiene primacía sobre el interés privado*”, y el artículo 6 en relación con el 29 de la referida Constitución configuran el contexto normativo que da sustento al otro valor ético social digno de tutela, que se denomina *orden público o paz pública*, al cual se contraponen la facultad de “asociarse” del ser humano, cuando este derecho es llevado a los límites de convertirse en instrumento de violencia y lesión a bienes jurídicos protegidos. Esta realidad normativa faculta al legislador crear las figuras penales adecuadas para proteger dichos valores, o por lo menos, para darles un balance a favor de la colectividad, así aparece el tipo penal de las agrupaciones ilícitas, al igual que otros de similar efecto.

En el desarrollo de este trabajo se abordó un concepto que es común en esta especie de estudios, que se denomina “Figura Penal” la que ha tenido la necesaria atención, debido a que el tipo penal de las agrupaciones ilícitas, tanto desde la óptica del concepto normativo o desde la realidad social donde despliega su accionar es compleja. A través de este enfoque se concluye que el legislador ha creado tres figuras penales diferenciables entre sí, formando parte del mismo tipo penal: Una **figura básica** que parte de la idea de la mera vinculación (“tomar parte”) a la agrupación; otra que es **agravada** en virtud del rol que desempeñan sus integrantes como la de dirigir u organizar el agrupamiento y, otra más que se ha denominado **especialmente agravada**, dado que se ubica por encima de la figura agravada ordinaria y se basa en la calidad que ostenten los sujetos que la integren, calidad que está definida complementariamente en el artículo 39 del Código Penal, es decir, cuando el sujeto que integra a la organización delictiva sea autoridad pública, agente de autoridad, funcionario o empleado público.

La razón para configurar esta última agravante, e incluso, darle un tratamiento diferente de aquellos que realicen actos de dirección denominados “cabecillas” de la estructura, es evidente y comprensible, pues en este caso el sujeto que se asocia para delinquir y tiene una de las calidades como la de funcionario, empleado, autoridad pública o agente de autoridad, involucra a su vez, con dicha conducta lesiva el cargo y traiciona la confianza que la sociedad tiene en la institución del Estado que el individuo representa. Además, el hecho de ampararse el sujeto activo del ilícito, en el cargo, vuelve más difícil la persecución del delito y del delincuente, lo que le resta eficacia al derecho penal y al trabajo de las agencias punitivas del Estado y esto es gravísimo porque genera impunidad, de allí que el legislador ha estimado que el reproche debe ser mayor.

Con el auxilio de herramientas propias de la teoría del delito como la acción típica, la tipicidad, el bien jurídico protegido, etc. se

han examinado los elementos descriptivos y normativos que presenta el tipo penal de Agrupaciones ilícitas comprendido en el ordenamiento jurídico penal salvadoreño, a cuyo análisis acuden como nutrientes algunas referencias –dentro de lo poco que se ha caminado en este campo del crimen organizado– jurisprudenciales de tribunales de justicia, especialmente resoluciones emitidas por jueces de sentencia, al igual que algunas referencias a instrumentos internacionales que forman parte de los esfuerzos de los Estados por controlar y combatir el flagelo de la delincuencia organizada transnacional.

Una vez que se han sentado las bases teóricas del concepto de las agrupaciones para delinquir y se ha delimitado dicho fenómeno, es más factible diferenciarlo de otras manifestaciones delictivas consistentes en los llamados concursos que, para el presente efecto, pueden ser de delitos y de delincuentes. En el caso del concurso de delitos es evidente que debe darse, dado que uno de los fines de las agrupaciones para delinquir es la de cometer delitos y, siendo así, no puede existir ésta sin que se establezca la comisión de diferentes delitos como parte de su finalidad; el asunto que motiva una mayor reflexión es la del concurso de delincuentes que es otro de los requisitos también del tipo penal.

En efecto, ¿es posible hablar de concurso de delincuentes en el delito de agrupaciones ilícitas? Pareciera ser que sí, si tomamos en cuenta que para que una agrupación se constituya es elemental la concurrencia de dos o más personas, sólo que esto es un elemento consustancial al tipo penal, como lo viene a ser la finalidad de cometer delitos, lo que implica que un solo individuo no puede manifestarse cometiendo este delito en coautoría con otro u otros, porque esto se subsume en el tipo de agrupaciones delictivas y constituye ya uno de los elementos del tipo penal. Una cosa es el concurso de delincuentes (coautoría) en la ejecución de los planes delictivos y otra la concurrencia de varios individuos para conformar la agrupación para delinquir que

es el requisito normativo, de allí que no se puede hablar de coautoría para la conformación de una agrupación, pero sí, una vez verificados los delitos producto de la realización de los fines del agrupamiento, sí corresponde considerar el concurso en aquellos de delincuente, no así en el delito de agrupaciones ilícitas.

En un trabajo como el presente no podía dejar de mencionarse la política criminal, cuyo abordaje ha ido muy puntual. En ese sentido, se ha examinado la relación de esta disciplina con el derecho penal y con las funciones preventivas e investigativas de las instancias policiales y fiscales, tendentes a lograr la prevención y el combate de la criminalidad en general y particularmente la delincuencia no convencional. Al respecto se ha señalado que el Estado puede impulsar diversas medidas de tipo preventiva, preventiva con tendencia reactiva y acciones de política criminal propiamente punitivas.

Al detallarse las tres opciones de política criminal identificadas, se ha advertido la trascendencia de las dos primeras por ser menos violentas y traumáticas que, al implementarse a profundidad proporcionarían resultados a posteriori de una disminución en los niveles de delincuencia y consecuentemente de una sociedad más pacífica; sin embargo, se ha advertido que a estas opciones se les asigna poco interés y recursos por parte del Estado, debido a diversas motivaciones predominantemente de tipo económico y político. Mientras tanto, la última de ellas cobra especial relevancia, medidas de tipo punitivas, que en efecto constituyen una diversidad de actos de naturaleza administrativa, policial, carcelaria y jurídico penal, con el fin de identificar la estructura con que opera la agrupación criminal, evitar que cometa delitos, darles captura a los delincuentes, someterlos a juzgamiento y darles un tratamiento en la fase de ejecución penal acorde a la peligrosidad de los sujetos.

A tal efecto, resultan de mucha importancia algunas tácticas y técnicas de investigación policial como el agente encubierto, el infiltrado, el testigo con identidad reservada y el testigo criteriado,

entre otras opciones sugeridas por la política criminal, a fin de obtener mayor eficacia en el combate de este tipo de criminalidad. A lo anterior se suman otras medidas, que son esencialmente jurídicas cuya competencia corresponde a instancias políticas del Estado, como la Asamblea Legislativa y el Ejecutivo, que dotan de instrumentos jurídicos a las instituciones técnicas especializadas de la policía, la fiscalía y el Órgano Judicial para llevar a cabo su trabajo, según los cánones emanados de la Constitución de la República.

Dicho lo anterior, se ha examinado la labor legislativa correspondiente al período que oscila entre el año 1998 y el año 2004, en el que se refleja una sobreproducción de leyes penales, mediante las que se crearon o derogaron situaciones jurídico-penales relacionadas con las agrupaciones delictivas y el crimen organizado, de cara a dotar a las instancias punitivas del Estado de un marco jurídico favorable, para combatir esta delincuencia no convencional y llevar tranquilidad a la sociedad. Sin embargo, al revisar el cuadro sinóptico donde se refleja la evolución de las normas y examinar la realidad social en la que subyace la delincuencia no convencional, lo que se concluye es que, lejos de alcanzar el objetivo de llevar tranquilidad a la sociedad a través de la disminución de la delincuencia común y estructurada, se abusó del carácter simbólico del Derecho Penal, haciéndole creer a la sociedad que con la amenaza de penas altas y la represión policial se resolvería el problema de la inseguridad pública. Nada más alejado de la realidad, ni se disminuyó la delincuencia y terminaron volviendo más frágil y contradictoria la normativa penal como se puede ver en el cuadro sinóptico referido.

Finalmente debe decirse que las ideas desarrolladas en este trabajo, constituyen la base y el punto de partida para incursionar al estudio de aquellas expresiones delictivas que se cometen de forma asociativa y con las características del crimen organizado, vale decir, de aquellos hechos delictuosos que pueden ser calificados como blanqueo de capitales, narcotráfico, evasión Fiscal, trata de blancas,

tráfico de personas, negociaciones ilícitas, como también aquellas manifestaciones de crimen organizado excepcionalmente especiales como el terrorismo y el narcoterrorismo, aunque estos dos últimos trascienden los márgenes del simbolismo y la eficacia del derecho penal.

X.- BIBLIOGRAFÍA.

- 1.- Bacigalupo, Enrique. Derecho Penal. Parte General. Editorial Hammurabi SRL. Segunda Edición. 1987. Buenos Aires, Argentina.
- 2.- Bacigalupo, Enrique. Lineamiento de la Teoría del Delito. Editorial Hammurabi, Buenos Aires, Argentina. Segunda reimpresión, 1989.
- 3.- Bielsa, Rafael. Derecho Constitucional. 3^o Edic. Aumentada. Roque de Palma Editor. Buenos Aires. 1959.
- 4.- Brucet Anaya, Luis Alonso. El Crimen Organizado. Editorial Porrúa, México 2001.
- 5.- Bustos Ramírez, Juan. Manual de Derecho Penal, Parte General. Editorial Ariel, Barcelona, 3^a. edición aumentada, corregida y puesta al día, 1989.
- 6.- Casado Pérez, José María; Durán Ramírez, Juan Antonio y otros. En Código Procesal Penal Comentado, tomo I, artículos del 1 al 252. Actualización y Anotación Jurisprudencial de Martín Rogel Zepeda y otros. Consejo Nacional de la Judicatura, sin editorial ni año de publicación. Páginas del 117 al 134.
- 7.- Código Procesal Penal vigente desde abril de 1998,, Exposición de Motivos del Código Procesal Penal
- 8.- Constitución de la República de El Salvador de 1983 y su exposición de motivos.
- 9.- Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional.
- 10.- Convenio suscrito por los gobiernos de Belice, Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Panamá y República Dominicana, en Bosques de Zambrano, Francisco Morazán, Honduras el tres de octubre del 2006.
- 11.- Conde-Pumpido Ferreiro, Cándido. Derecho Penal, Parte Especial. Seg. Edic. Edit. Colex, Año 1990.

- 12.- Cornejo, Abel. Asociaciones Ilícitas y Delitos Contra el Orden Público. Edit. Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, Mayo 2001.
- 13.- Creus, Carlos. Derecho Penal, parte especial. Tomo II, 6ª Edición actualizada y ampliada. Editorial Astrea, Buenos Aires. 1997.
- 14.- Choclan Montalvo, José Antonio y Calderón Cerezo, Ángel. La Acción Típica y la Imputación Objetiva. Revista Justicia de Paz No. 6, año III –Vol. II Mayo – Agosto 2000.
- 15.- D. L. del 21 de Noviembre de 1996, publicado en el D. O. 238, Tomo 333, Ley de Asociaciones y Fundaciones sin Fines de Lucro.
- 16.- Decreto Legislativo 190, de fecha veinte de diciembre del año dos mil seis, vigencia a partir del uno de Abril del año 2007.
- 17.- Edwards, Carlos Enrique. El Arrepentido, el Agente Encubierto y la entrega vigilada. Editorial Ad Hoc, primera edición, 1996. Buenos Aires Argentina, páginas de la 31 a la 41.
- 18.- Ferrajoli, Luigi. Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal. Editorial Trotta. 4ª. edición año 2000.
- 19.- Fontan Balestra, Carlos. Derecho Penal, parte especial. 9ª Edición., Tomo II, 1980. Editorial Abeledo-Perrot. Buenos Aires, Argentina. Año 1980.
- 20.- Frisch, Wolfgang. Tipo Penal e Imputación Objetiva. Editorial Colex, España, año 1995.
- 21.- González Rus, Juan José. Artículo “Asociación para delinquir y criminalidad Organizada”. Sobre la propuesta de desaparición del delito basado en una peculiar interpretación de la STS del 23 de Octubre de 1997. Caso Filesa. Revista actualidad penal No. 27. Julio del 2000.
- 22.- Hassemer, Winfried. Límites del Estado de Derecho para el Combate contra la Criminalidad Organizada. Revista Justicia de Paz, Número 11, año V, vol. I, enero – abril, 2002. Página 3.

- Corte Suprema de Justicia, El Salvador, Centro América.
- 23.- Hassemer, Winfried. Crítica al Derecho Penal de Hoy, norma, interpretación, procedimiento, límites de la prisión preventiva. Traducción de Patricia S. Ziffer. Primera edición mayo 1995. Segunda edición febrero de 1998. Editorial Ad Hoc, Buenos Aires Argentina. Páginas 97 y 98.
 - 24.- Hugues, Portelli. Gramsci y el Bloque Histórico. Editorial siglo XXI, México DF, abril de 1992, págs... 14 y siguientes.
 - 25.- Ley especial para la protección de víctimas y testigos, DL 1029, del 26 de abril del 2006, vigente a partir del 26 de noviembre del mismo año.
 - 26.- Mezger, Edmundo. La Antijuricidad en Materia Penal. Editorial Leyer, Bogotá Colombia, mayo del 2005.
 - 27.- Moreno Carrasco, Francisco y Rueda García, Luis. Código Penal Salvadoreño Comentado. República de El Salvador, Agosto 1999. Proyecto de Asistencia Técnica a los Juzgados de Paz. C S J.
 - 28.- Nores, Cafferata. La Prueba en el Proceso Penal, cuarta edición actualizada y ampliada. Ediciones Depalma, Buenos Aires Argentina. Año 2001, páginas 219 al 229.
 - 29.- Muñoz Conde, Francisco. Teoría General del Delito. Editorial Temis S. A. Bogotá Colombia, Segunda Edición, 2001.
 - 30.- Orsi, Omar Gabriel. Sistema Penal y Crimen Organizado, Estrategias de Aprehensión y Criminalización del Conflicto. Editores del Puerto, Buenos Aires, Argentina. Pág. 90.
 - 31.- Righi, Esteban. La Imputación Subjetiva, Editorial Ad Hoc, Buenos Aires, Primera Edición, Año 2002.
 - 32.- Sancinetti, Marcelo A. Subjetivismo e Imputación Objetiva en Derecho Penal. Primera Edición, editorial Ad Hoc, Buenos Aires Argentina, marzo de 1997.
 - 33.- Sánchez Escobar, Carlos Ernesto. Límites Constitucionales del Derecho Penal. Textos de Apoyo del Consejo Nacional de la

Judicatura, CNJ y la Cooperación Española. Talleres Gráficos UCA, El Salvador, abril de 2005. Páginas de la 82 a la 84.

- 34.- Sentencia con referencia número 278 – 2 – 2007, emitida por el Tribunal Quinto de Sentencia, de San Salvador, de las quince horas del día veintiuno de enero del año dos mil ocho.
- 35.- Sentencia de Inconstitucionalidad 15-96/16-96/17-96/19-96/20-96/21-96/23-96 acum. del 14 de febrero del año 1997, en la que se declaró la inconstitucionalidad de algunas disposiciones de la Ley Transitoria de emergencia Contra la Delincuencia y el Crimen Organizado. Apartado XVIII.3.
- 36.- Sentencia número 156-06-1, de fecha dieciocho de agosto de dos mil seis, pronunciada por el Tribunal Sexto de Sentencia de San Salvador.
- 37.- Sentencia pronunciada por El Tribunal Supremo Español número 234 / 2001, Sala de lo Penal RJ 2001 / 2943.
- 38.- Solano Ramírez, Mario Antonio, Estado y constitución. Publicación Especial, CSJ primera edición, 1998.
- 39.- Vera Barrios, Óscar Tomás, Asociaciones Ilícitas (artículo 210 CP) Algunas consideraciones. En el libro Nuevas Formulaciones de las Ciencias Penales, Homenaje al Profesor Claus Roxín. Editora Córdoba, Argentina a año 2001.
- 40.- Welzel, Hans. El nuevo sistema del Derecho Penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista. Editorial B de F. Montevideo, Uruguay, Septiembre de 2001.

En torno a los problemas que describe y disecciona Ramírez Murcia, salta a la vista, en primer lugar, el gran inconveniente de describir una conducta que no es tal, sino una especial predisposición a delinquir, a fraguar planes para realizar una actividad por caminos ilícitos o asociarse para tal fin. Un tipo penal construido de esta forma parece sintetizar, no sólo un arquetipo casi puro de un derecho penal de autor, sino también de un derecho penal de convicción, que pretende exigir al sistema penal a controlar los fines, los planes, las ideaciones de un grupo o asociación de personas, que aún no han delinquido pero que pueden llegar a hacerlo. Por más que el legislador ha pretendido redondear una "concreción del riesgo" existe, por lo menos en las figuras estudiadas en este texto, una aparente intención de punir intenciones aún no desarrolladas o exteriorizadas.

La amenaza del delito se ha convertido en la moneda común de los profetas de la inseguridad, quienes exigen de manera estentórea, una reacción contundente e inmisericorde contra el delito y los delincuentes, dibujando escenarios de muerte, de violación, de angustia y sufrimiento, que guardan mucha semejanza con las estadísticas de impunidad que no se cansan de lanzar a los cuatro vientos. Las exigencias son tan "urgentes" que una reacción racional, tranquila y acorde a las circunstancias, no es posible. Los paisajes de inseguridad, de miedo y de pérdida de orientación parecen haberse apoderado de las clases políticas de los países, y las soluciones de "mano dura" y de "súper mano dura" son las ocurrencias con las que se han aderezado los últimos cambios de la legislación, por lo menos en Centroamérica, en los últimos años.

El trabajo que hoy nos ofrece la inquietud intelectual de este jurista salvadoreño, es un primer paso en este camino hacia la comprensión de estas tendencias, de los rasgos de ese "nuevo" derecho penal contundente que se está configurando en nuestra región centroamericana, y el cual hay que conocer y analizar a profundidad.

