

**UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES
ESCUELA DE CIENCIAS JURIDICAS
SEMINARIO DE GRADUACIÓN 2014
PLAN DE ESTUDIOS 2007**



**CRITERIOS DE IMPUTACION PERSONAL EN LAS ESTRUCTURAS
CRIMINALES SEGÚN LA LEY CONTRA EL CRIMEN ORGANIZADO Y
DELITOS DE REALIZACION COMPLEJA**

**TRABAJO DE GRADO PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIATURA EN CIENCIAS JURÍDICAS**

PRESENTADO POR:

**GONZÁLEZ ALFARO, JENNIFER GUADALUPE
PÉREZ ROJAS, LEVÍ OQUELÍ
RAYMUNDO LEIVA, BRIAND ALEXANDER**

DOCENTE ASESOR

LICENCIADO MARVIN HUMBERTO FLORES JUÁREZ

CIUDAD UNIVERSITARIA, SAN SALVADOR, NOVIEMBRE 2015

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

LICENCIADO JOSÉ LUIS ARGUETA ANTILLÓN
RECTOR INTERINO

INGENIERO CARLOS ARMANDO VILLALTA
VICERRECTOR ADMINISTRATIVO INTERINO

DOCTORA ANA LETICIA ZAVALA DE AMAYA
SECRETARÍA GENERAL INTERINA

MSc. CLAUDIA MARIA MELGAR DE ZAMBRANA
DEFENSORA DE LOS DERECHOS UNIVERSITARIOS INTERINA

LICENCIADA NORA BEATRIZ MELÉNDEZ
FISCAL GENERAL INTERINA

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

DOCTORA EVELYN BEATRIZ FARFÁN MATA
DECANA

DOCTOR JOSÉ NICOLAS ASCENCIO HERNÁNDEZ
VICE DECANO

MSC JUAN JOSÉ CASTRO GALDÁMEZ
SECRETARIO

LICENCIADO RENÉ MAURICIO MEJÍA MÉNDEZ
DIRECTOR DE ESCUELA DE CIENCIAS JURIDICAS

LICENCIADO MARVIN HUMBERTO FLORES JUAREZ
DOCENTE ASESOR DE TESIS

AGRADECIMIENTOS

Agradecemos:

A Dios porque nos permite culminar nuestra carrera, quien a lo largo de seis años nos ha acompañado, revistiéndonos de fuerzas para llegar a nuestra meta, manifestándose con su poder y dotándonos de la sabiduría necesaria para cursar cada ciclo de estudios, y que sin Él este logro no habría sido posible.

A nuestros padres, quienes desde el inicio de esta etapa de nuestras vidas, como estudiantes, nos han apoyado incondicionalmente, aconsejándonos, corrigiendo nuestros errores y proporcionándonos la ayuda material que nos ha permitido desenvolvemos como estudiantes y ahora como futuros profesionales.

A nuestra familia, especialmente a nuestros hermanos quienes a través de su presencia nos han animado a seguir adelante aun en los momentos que flaqueamos, porque a través de su existencia nos motivaron a culminar nuestra carrera universitaria forjando en nosotros ese deseo inminente de obtener una profesión y ser un apoyo para nuestros hogares.

A nuestros docentes que compartieron sus conocimientos y enseñaron día a día el valor que tiene nuestra profesión la que debemos poner en toda circunstancia al servicio de nuestra sociedad, ejerciéndola con coraje, responsabilidad y completa ética; recordándonos que siempre que *“el Derecho y la justicia entren en pugna debe prevalecer la justicia antes que el Derecho”*.

ÍNDICE

	PÁGS.
INTRODUCCION.	i
ABREVIATURAS.	iv
 CAPITULO I.	
ANTECEDENTES HISTORICOS SOBRE EL CRIMEN ORGANIZADO.	
1.1 Origen y evolución del crimen organizado.	1
1.1.1 Definiciones sobre el término “mafia”.	
1.1.2 Características de la mafia.	4
1.1.3 Origen y evolución de la mafia siciliana-italiana.	7
1.1.4 Orígenes y evolución de la mafia en Estados Unidos.	12
1.1.5 Evolución de la mafia china.	17
1.1.6 La mafia Japonesa.	22
1.1.7 Los cárteles de la droga en Latinoamérica.	27
1.1.7.1 Los cárteles en Colombia.	
1.1.7.2 Cárteles de la droga en México.	33
1.2 Historia del crimen organizado en El Salvador.	35
1.2.1 Hechos históricos sobre el crimen organizado en El Salvador.	
1.2.2 Reseña histórica sobre la regulación jurídica del Crimen organizado en El Salvador.	39
 CAPITULO II.	
CRIMEN ORGANIZADO: CONCEPTO, CARACTERISTICAS Y SU REGULACION JURIDICA.	
2.1. Nociones y características del crimen organizado.	42
2.1.1 Definiciones sobre crimen organizado.	44
Definición doctrinal.	
Conceptualización Jurídica.	49
2.1.2 Diferentes acepciones del término “organización criminal”..	52
Crimen organizado y Asociación Ilícita.	54

Delito de Agrupaciones Ilícitas en El Salvador.	59
2.1.3 Características que debe reunir una asociación delictiva	
Para ser considerado crimen organizado.	60
Pluralidad de sujetos.	
Finalidad permanente de delinquir.	63
Permanencia en el Tiempo.	64
Estructura jerarquizada.	65
Transnacionalización o vínculos internacionales.	67
2.2. Regulación jurídica actual relativa a la criminalidad organizada.	69
2.2.1 Regulación jurídica internacional.	
Legislación Española.	
Legislación Alemana.	72
Legislación Italiana.	74
Regulación jurídica en Estados Unidos.	75
Regulación jurídica Mexicana.	77
Regulación del crimen organizado en la región Centroamericana.	
2.1.2 Disposiciones jurídicas salvadoreñas.	81
 CAPITULO III.	
CRITERIOS PARA DETERMINAR AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN EN LAS ESTRUCTURAS DE CRIMEN ORGANIZADO.	
3.1 Imputación objetiva y subjetiva en el Derecho Penal.	86
3.1.1 Imputación Objetiva.	88
3.1.2 Imputación Subjetiva.	91
3.1.3 Imputación personal o individual.	92
3.2 Teorías sobre la autoría y la participación en el Derecho Penal.	93
3.2.1 Teorías objetivas.	
Teoría objetivo material.	

Teoría de la necesidad de la aportación causal (Teoría de la necesidad).	94
Teoría de la cooperación anterior y simultánea al hecho (Teoría de la simultaneidad).	95
Teoría de la supremacía del autor (Teoría de la supremacía).	96
Teoría objetivo formal.	97
3.2.2 Teoría subjetiva.	99
3.2.3 Teoría del dominio del hecho.	100
3.3 Tipos de autoría en el Derecho Penal.	109
3.3.1 Autor directo.	
3.3.2 Coautoría.	110
3.3.3 Autor Mediato.	113
3.4 Formas de participación criminal en el derecho penal.	116
3.4.1 Instigadores.	117
3.4.2 Complicidad.	119
3.5 Imputación personal en los delitos de crimen organizado.	121

CAPITULO IV.

IMPUTACION PERSONAL EN LOS DELITOS EJECUTADOS BAJO LA MODALIDAD DE CRIMEN ORGANIZADO.

4.1 Regulación jurídica a nivel internacional.	131
4.1.1 Aplicación de la perspectiva de la “inducción” al dirigente de la organización criminal.	133
4.1.2 Utilización de la figura “autor mediato” para penalizar la Participación del dirigente de la organización criminal.	138
4.1.3 Aplicación de la perspectiva en atención a la “coautoría”.	143
4.2 Imputación personal en los delitos de crimen organizado en El Salvador.	148

4.2.1 Agrupaciones Ilícitas como delito autónomo.	
4.2.2 Estructuras de Crimen Organizado.	154
4.2.3 Diferencias entre “Crimen Organizado y Agrupaciones Ilícitas.	158
4.2.4 Concurso de Delitos.	161
4.3 Forma de imputar responsabilidad penal en materia de Crimen Organizado en El Salvador.	163
4.3.1 La imputación personal a través de la Ley Especial contra el Crimen Organizado y Delitos de Realización Compleja.	
4.3.1.1 Situación problemática.	
1. Aplicación de la figura de la “Coautoría” para todos los procesados.	167
2. Aplicación de la “Autoría Mediata” únicamente al que emite la orden.	172
3. Criterio del juzgador cuando no se acusa por el delito de agrupaciones ilícitas, no existe forma para penalizar la estructura criminal.	176
4. Criterios contrarios ante mismo proceso, cuando es conocido por diferente juzgador (excusas).	178
4.3.1.2 Criterios según la Ley de Proscripción de maras, pandillas, agrupaciones, asociaciones y organizaciones de naturaleza criminal.	180
4.3.1.3 Análisis Jurisprudencial de la Competencia Común y Especializada.	181
CONCLUSIONES.	194
RECOMENDACIONES.	197
BIBLIOGRAFIA.	198
ANEXOS.	217

INTRODUCCION

La responsabilidad penal a título personal, entendida esta como el nivel de participación de una persona en un delito, es deducida a partir de la acción típica que esta ejecuta, la cual puede variar dependiendo del elemento tiempo y del elemento forma en que esta actúa. La legislación penal recoge los tipos de autoría y los grados de participación que pueden imputarse a un delincuente, siendo estos la autoría directa, autoría mediata y coautoría atendiendo a los primeros y complicidad e instigación a los últimos. Criterios tradicionales utilizados por los operadores de judiciales de acuerdo a cada caso que en particular se presentan en sus Tribunales.

La presente investigación se basa en la participación delincuenciales que se imputa a estas personas pero que a su vez actúan como parte de un grupo delincuenciales, es decir operando bajo la modalidad de criminalidad organizada, por lo que la misma tiene como finalidad analizar los criterios tradicionales y la forma en que estos se están aplicando en el sistema judicial, si esa forma es correcta y en el caso de no ser así, mostrar de acuerdo a la doctrina, legislación y jurisprudencia nacional e internacional cual es la forma adecuada para responsabilizar penalmente a un miembro que pertenece a una organización criminal y que ejecuta delitos como parte de ella.

Los motivos que impulsaron la investigación están relacionados a lo novedoso del tema y en consecuencia las falencias que se generan a partir del juzgamiento de delitos cometidos por estructuras criminales complejas. Partiendo del principio de legalidad el cual es vulnerado al no aplicarse un criterio determinado por la ley, asimismo el principio de proporcionalidad el

cual requiere que el juzgamiento sea conforme al actuar del sujeto y finalmente la seguridad jurídica que debe garantizarse a las partes procesales con un debido proceso el cual conlleva inmerso la correcta aplicación de la legislación penal vigente.

Es por esa razón que nos realizamos la interrogante: ¿Cuáles son las consecuencias jurídicas que se originan a partir de la falta de determinación de los criterios de imputación personal de los sujetos intervinientes en las estructuras criminales organizadas?, ya que por la falta de uniformidad en el criterio para imputar responsabilidad penal en crimen organizado se genera una problemática que necesita ser abordada.

Se pretende, con la presente investigación dar a conocer a profundidad las teorías que la doctrina recoge en relación a la imputación personal en materia penal y a su vez si estas son suficientes para ser aplicadas a todas las formas de delincuencia que se manifiestan en nuestra sociedad; esto debido a que la criminalidad evoluciona con el transcurrir del tiempo y la misma se torna más compleja de tratar. Además indicar los errores que la administración de justicia comete en cuanto a la temática en comento y las soluciones pertinentes a la misma.

La presente es una investigación bibliográfica y de campo en la que se ha retomado lo que juristas especializados en materia penal comentan y aportan sobre la autoría y participación en estructuras criminales y a su vez se ha visitado las instancias judiciales donde los operadores de justicia deciden sobre los casos particulares de la jurisdicción especializada obteniendo de ellos la correspondiente jurisprudencia y la opinión que cada uno tiene sobre la problemática desarrollada.

Los contenidos desarrollados parten de los antecedentes históricos del crimen organizado, en el que se desarrolla la existencia de la mafia italiana, china, japonesa y estadounidense, mencionándose las características de cada una de ellas, la expansión que estas tuvieron alrededor del mundo y la manera de cómo surgió lo que en la actualidad conocemos como crimen organizado. Específicamente mencionando el origen de este tipo de delincuencia en nuestro país y la evolución que esta ha tenido desde ese momento.

Además, se mencionan las definiciones que la doctrina y los instrumentos jurídicos nacionales e internacionales proporcionan sobre el crimen organizado, las características que deben identificarse para ser considerado como tal y las acepciones que tiene dicho concepto, que por lo general tiende a generar confusión en el ámbito jurídico y se desarrolla también la regulación jurídica de este tipo de delincuencia en la legislación internacional y nacional. Sin obviarse las teorías respectivas sobre la autoría y participación que reconoce la doctrina, desde la teoría objetiva hasta la teoría más novedosa proporcionada por Claus Roxin denominada Teoría funcional del hecho en aparatos organizados de poder.

Finalmente, se proporcionan las soluciones que se han adoptado a través de la jurisprudencia internacional para lograr una imputación objetiva, legal y proporcional a los miembros de organizaciones criminales, que tienen como actividad común la ejecución de delitos complejos, indicándose el criterio jurídico más adecuado para solventar la problemática.

ABREVIATURAS

CN. = Constitución de la República de El Salvador.

CP. = Código Penal Salvadoreño.

LECCODRC. = Ley Especial Contra el Crimen Organizado y Delitos de Realización Compleja.

RICO.= Racketeer Influenced and Corrupt Organizations (statute).

REF.= Referencia.

CAPITULO I

ANTECEDENTES HISTORICOS SOBRE EL CRIMEN ORGANIZADO.

1.1 Origen y evolución del crimen organizado.

1.1.1 Definiciones sobre el término “mafia”.

La mayoría de los autores coinciden en estimar que una asociación mafiosa¹ es una organización de crimen organizado concreta con fines altamente lucrativos, cuyos miembros son reclutados por iniciación, que recurren tanto a la corrupción como la violencia para obtener silencio y la obediencia de sus miembros, así como de terceros y de este modo alcanzar el poderío económico que garantice sus medios de acción. En ocasiones posee una historia y fuerte implantación sociocultural local, y por lo general, cuando adquiere fuerza, desarrolla sus actividades a escala internacional.²

En relación al término “mafia”, unos dicen que la palabra tiene su origen en el término árabe ‘*maha fat*’, que significa protección, inmunidad o exención; otros lo atribuyen a una leyenda, en la que cuentan que durante la invasión napoleónica, una joven siciliana a punto de contraer matrimonio fue violada por soldados franceses; para lavar tal afrenta un grupo de sicilianos se levantaron en armas contra los soldados de Napoleón Bonaparte, al grito de ‘*Morte Alla Francia, Italia Avanti*’, (Muerte A Francia, Italia Anhela), cuyas siglas formaban la palabra mafia.

¹ Entendida esta como un grupo de personas organizadas -cada grupo conocido ya sea como "familia", "clan", o "cosca", dependiendo del país en el que se desarrollaba,- con el fin de realizar actividades ilícitas, con el fin de obtener poder y dinero, estas asociaciones tienen su origen a mediados del siglo XIX, en la ciudad de Sicilia en Italia. Se cree que el término “mafia” como tal aparece por primera vez entre 1962 y 1963 cuando se representó en Palermo con gran éxito el drama popular de Giuseppe Rizzoto y Gaetano Mosca titulado *I mafiusi di Vicara*”.

² Vid. **DE LA CRUZ OCHOA**, Ramón, *Crimen organizado, delitos más frecuentes, aspectos criminológicos y penales*, año 2006, p. 3.

El uso de la palabra mafia se empezó a extender en el siglo XIX, algunos autores consideran que apareció en un texto italiano del siglo XVIII, que asociaba a la idea de ambición y arrogancia; otros mencionan que es un vestigio del dominio árabe en el siglo IX donde *'mohios'* significa hombre rudo y agresivo. En el siglo XIX Giuseppe Garibaldi, fue a Sicilia a efecto de integrarla, donde enfrento a los rebeldes a los que llamo mafiosos; de igual forma dentro de la historia se menciona que en el año de 1862, se estrenó una obra teatral llamada *'Los mafiosos de la vicaría'*, su popularidad fue tal en Europa que en 1865 la policía usaba la palabra para referirse a esas agrupaciones.³

Por lo que, la expresión mafia, se empleó por primera vez en el año (1865), por el prefecto de Palermo Filippo Gualtieri, Ministro del Interior, utilizada para referirse a una asociación delictiva.

En sus orígenes no puede afirmarse que la mafia era una asociación criminal, pues de algún modo se vincula con las particularidades sociales propias de la isla de Sicilia, se consideraba una sociedad de orden feudal, donde el poderoso asumía el deber de proteger al débil, y éste hallaba en aquél protección y cuidado; estas características fueron aprovechadas por el Estado italiano que se estaba formando, convirtiendo a la mafia en una especie de poder intermedio entre el Estado y la sociedad; fue en ese momento que comenzó a relacionarse con el poder político de ese país.⁴

Diego Gambetta en su libro *"La mafia Siciliana, el negocio de la protección*

³ Vid. **DE LA CRUZ OCHOA**, Ramón, Ob.Cit., p. 6

⁴ Vid. **RODRIGUEZ CARVENALI**, Raúl, *La criminalidad organizada, una aproximación al derecho penal Italiano, en particular la responsabilidad de las personas jurídicas y la confiscación*, Revista Ius et Praxis, año N° 16, N° 2, Ed. Universidad de Talca, Milán-Italia, año 2010, p. 274.

privada”⁵ consigna una aproximación de lo que es la mafia, mencionando que se trata de una empresa económica específica, una industria que produce, promueve y vende protección privada, la clave, pues, es la relación entre la oferta y la demanda de protección. Pero no es sólo eso, una simple oferta de un servicio especializado sino que es también un resultado del hecho de que la mafia estimula la desconfianza para crear y ensanchar su mercado; y esto es posible en una sociedad de mercado en la que además de la desconfianza entre los agentes, las instituciones estatales no funcionan como deberían hacerlo, no pueden garantizar el cumplimiento de las normas que garantizan unas transacciones limpias.

Los mafiosos, son empresarios de la protección y desarrollan su actividad para garantizar transacciones tanto legales como ilegales, por lo tanto es preciso que haya una demanda dispuesta a pagar por el servicio, en el caso que no exista esa demanda, ellos la crean, y para ello pueden recurrir a diferentes prácticas, de las cuales la extorsión no queda excluida.⁶ Las asociaciones mafiosas se ocupan de lograr el mantenimiento del orden, el cual es conseguido a través de su capacidad de ejercer violencia⁷; la mafia es ante todo un mecanismo de ascenso social, de enclasmiento y de

⁵ Publicado por Harvard University Press en 1993, aporta una nueva perspectiva sobre una institución extralegal como la mafia por lo que subraya la demanda del mercado de protección que satisfaga sus ideales a su vez mostrando rituales y comportamientos aparentemente extravagantes de mafiosos que tienen sentido organizacional. Este autor demuestra que la mafia lejos de ser una organización única y centralizada, es en realidad una serie de entidades comerciales que juegan un papel económico y político fundamental a través de la venta de protección.

⁶ Vid. **CAMACHO GUIADO**, Álvaro, *Mafia: los usos de un concepto polisémico y su aplicabilidad al caso colombiano*, Ed. Escuela de Gobierno de la Universidad de los Andes, Bogotá- Colombia, año 2009, p. 2009.

⁷ “En la definición de la mafia este componente es esencial; ya que no parece viable que se pueda organizar una empresa de protección privada sin que la violencia opere, a veces será necesario recurrir a ella y en todo caso aunque no sea una necesidad, es fundamental la coerción, ya que una negativa a aceptar los términos o una falla en la remuneración correspondiente pueden convertirse en una operación suicida”. Vid **GAMBETTA**, Diego, *La mafia siciliana. El negocio de la protección privada*, Fondo de Cultura Económica, México, año 2007, p. 29.

acumulación de capital para un grupo específico de una sociedad. Y es de su naturaleza que su actividad sea violenta, ilegal e histórica.

Por mafia no se entiende unas pocas organizaciones criminales, sino un estrato social “burguesía mafiosa”, o un conjunto de sujetos provenientes de clases inferiores que se proponen la meta de entrar a ser parte de las clases dominantes, que se sirven de medios violentos e ilegales, de un sistema propio y verdadero para acumular capital y para procurarse oportunidades de inversión además de adquirir y administrar posiciones de poder dentro del sistema de dominación en su conjunto, valiéndose de un código cultural, determinado pero no inmodificable, y gozando de un consenso social relativo, variable según la fase histórica y de los medios utilizados para obtenerlo.⁸

1.1.2 Características de la mafia

Posición Central de la Familia. En la sociedad china el sentido estricto del término familia, puede ser ampliado con un significado mayor al círculo familiar o aún más grande hasta abarcar al pueblo natal (barrio urbano por extensión) y al grupo étnico. Para los chinos la familia reagrupa a sus miembros de sangre y a sus aliados; se puede decir que hay filiación y afiliación. La familia así concebida dispone de un lugar para que prospere su autoridad y sus negocios en un distrito o un barrio.

El Sentido del Honor. En occidente en Sicilia, por ejemplo, el mafioso es un hombre de honor lo que significa que se encuentra sometido como en oriente a una regla que constituye su única ley; matar es el ejercicio de un deber

⁸ Vid. **SANTINO**, Umberto y Giovanni **LA FIURA**, *L'impresa mafiosa*, Ed. FrancoAngeli, Italia, año 1990, pp. 18-19.

para el hombre de honor, robar o seducir a una mujer de otro miembro de la organización son forma de actuar marcadas como injurias infames. El hombre de honor no miente jamás, el exterior de la mafia exige la verdad y la sinceridad, el exterior el mutismo.

La Cultura de la Muerte. Las referencias a ella se encuentran en forma omnipresente, se debe sacrificar la vida a favor del interés de la organización. Ellos se ve, tanto en las Tríadas⁹ Yakuza¹⁰ y la Cosa Nostra¹¹ para cuyos miembros matar, aporta prestigio sobre todo si se hace dignamente de acuerdo a las reglas y deberes del orden.

La Relación con Respecto al Estado y al Poder. Ciertas mafias disponen ahora de un poder igual o mayor que un Estado con potencial militar, económico. Falcone¹² decía que la Cosa Nostra no es un antiEstado sino una

⁹ “Tríadas” es un término genérico para designar a ciertas organizaciones criminales de origen chino que tienen su base en Hong Kong, Taiwán, China continental, las cuales se dedican al tráfico ilegal de personas, falsificación de tarjetas de crédito, talleres clandestinos, falsificación, venta y distribución de todo tipo de productos, prostitución, clínicas ilegales, muertes por encargo. Son llamadas así a causa de sus símbolos, un triángulo equilátero, cuyos puntos representan los tres conceptos de la China, cielo, la tierra y el hombre. - Vid. **MONTOYA, Mario D.**, *Mafia y Crimen Organizado*, Ob.cit., p. 29.

¹⁰ El término “Yakuza”, surgió a finales del siglo XIX, siendo utilizado por primera vez entre un grupo de delincuentes conocido como los bakuto, quienes se dedicaban a montar negocios de apuestas y juego ilegal; La yakuza es el equivalente japonés del crimen organizado, es una mafia japonesa que data del siglo XVII. El origen de la palabra no se conoce con exactitud, pero se dice que proviene de un juego de cartas llamado Oicho-Kabu, muy famoso entre los bakuto, en el que la peor mano consiste en un 8 (ya), un 9 (ku), y un 3 (za), significando “sin valor alguno”. La Yakuza moderna ha extendido sus actividades a la corrupción bancaria y política. Vid. **GIRALDO**, Juan Carlos, *Yakuza: La mafia japonesa y la trata de blancas*, Ed. Aguilar, Estados Unidos, año 2004, p. 206.

¹¹ “Cosa Nostra” es la organización mafiosa más importante en toda Europa y se encuentra entre las principales del mundo, nació en Sicilia occidental a principios de 1800, tiene su sede principal en la isla aludida y una estructura jerárquica con reglas precisas de comportamiento. Muchos capos de la Camorra y de la N'Draghenta son afiliados a la Cosa Nostra.- Vid. **MONTOYA, Mario D.**, Ob.Cit., pp. 47-48.

¹² El Juez Giovanni Falcone, fue director general del Ministerio de Justicia de Italia y símbolo viviente de la lucha contra la Mafia, el 23 de mayo de 1992 los enemigos de Falcone hicieron volar, con una tonelada de explosivos activados por control remoto, el vehículo blindado en que viajaba por la autopista Palermo-Trapani, a 20 kilómetros de la capital de Sicilia. Con el

organización paralela que intenta aprovechar las distorsiones del desarrollo económico para trabajar en la ilegalidad. La mafia no es una sociedad de servicios que opere a favor de la colectividad, sino una sociedad de socorros mutuos que despliega su actividad para el provecho de sus miembros; ese tipo de organización es parasitaria.

La Cosa Nostra en Sicilia no pierde la ocasión de denigrar o de burlarse de la impotencia gubernamental, en Japón por su parte, ha existido una relación entre la Yakuza y los partidos políticos de derecha; en Rusia es una característica de la mafia la relación con miembros del gobierno. Los mafiosos chinos fueron perseguidos por el gobierno comunista, sin perjuicio de tener en ciertas ocasiones relaciones con él, en algunas regiones, a través de formas de corrupción.

El Mito Fundacional. La Cosa Nostra, Las Tríadas y el Boryokudan¹³ japonés tienen una historia y un mito fundacional, la iniciación en todas las mafias es el pasaje de un estado a otro. Generalmente toman la forma de una ceremonia solemne que sacraliza el pasaje. Su significado quiere decir que todas las cosas que se mueren en una actividad, renacen en una nueva que

magistrado, que tres días atrás había cumplido 53 años, murieron su esposa y tres agentes de su custodia; cuatro meses antes, Falcone había sido designado al frente de la flamante Dirección Antimafia (*Direzione Investigativa Antimafia*, DIA).– Vid. **INSTITUTO DE CIENCIAS PENALES**, *Giovanni Falcone, La lucha contra el crimen organizado, tres conferencias*, Editorial del Instituto Nacional de Ciencias Penales, 4ª edición, México, año 2012.

¹³ Este término es utilizado por la policía para referirse a las organizaciones mafiosas en general en Japón; 'Boryokudan' es un grupo organizado para realizar actos ilegales antisociales tales como la ilícita demanda de dinero y artículos de valor, respaldadas en la violencia organizada para lograr fines personales. Entre los actos ilegales que realizan dentro de lo que ellos llaman su territorio son, demanda de dinero a los negocios de entretenimiento intervención violenta en asuntos civiles, tráfico de estupefacientes y estimulantes, finanzas en la oscuridad, fraude en las transferencias bancarias; esta organización está controlada por la ley de Violencia ejecutada en 1992. Vid. http://www.sumasen.com/manual_es/pdf consultado 22-06-14.

prima sobre el pasado fijando una pertenencia definitiva. La entrada a una mafia se parece a la entrada en una religión, no se cesa jamás de ser un sacerdote. Asimismo se estrechan los lazos de lealtad, fidelidad, obediencia, honor, bajo la amenaza de una sanción: la muerte.¹⁴

El empleo de la violencia, las mafias no utilizan un ritual para matar sino que algunas veces transmiten un mensaje a través de su actuación. La violencia es utilitaria y funcional pero es la última ratio, ya que es utilizada cuando faltan otros métodos tales como la sujeción a través de la influencia y la corrupción.

Estructura y Organización. Esta característica de la mafia, es una de las más importantes y trascendentales, en cuanto a los antecedentes del crimen organizado, ya que tanto los niveles jerárquicos y la distribución de funciones que existía entre los miembros que pertenecían a estas asociaciones criminales eran los que les permitían realizar sus actividades ilícitas, sin dejar rastro, logrando de esta manera sus fines reprochables.

1.1.3 Origen y evolución de la mafia siciliana-italiana

Los historiadores no coinciden en el origen de la mafia italiana, algunos la hacen remontar al siglo XVII, otros a la época de Napoleón, y hay quienes la ubican en el reinado de las dos Sicilias dentro del Reino de Italia, donde se ofrecían a asegurar el orden; lo que es certero es que la mafia se origina en

¹⁴ “En Sicilia un iniciado no se presentará jamás solo a otro hombre de honor, la regla exige la presencia de un tercer mafioso que pueda garantizar "este hombre es la misma cosa que nosotros" de ahí viene la expresión Cosa Nostra". - Vid. **MONTOYA, Mario D.**, *Mafia y Crimen Organizado*, Editorial Ad-Hoc, Argentina, año 2004, p. 29.

Italia protegida por una implacable ley del silencio¹⁵, la que fue durante muchos años una de las organizaciones criminales más herméticas. A principios de la década del año 1980, no se conocía nada sobre esta sociedad, hasta que varios de sus miembros aceptaron revelar a la justicia italiana los secretos de la organización.

Dentro de los orígenes del fenómeno mafioso, es necesario remontarse a la Edad Media, cuando Sicilia estaba bajo dominio extranjero y las familias adineradas obtenían obediencia formal gracias al control social de la tierra. La Mafia, organizacionalmente, no poseía una jerarquía, sino que estaba compuesta por grupos autónomos que se autodenominaban "hombres de honor".

En aquel tiempo, la aristocracia latifundista se alía con líderes sociales y crea al mismo tiempo una estructura de poder conservadora y estable estrategia que le permitió mantener su dominio en Sicilia a partir de entonces. Estas estructuras feudales vinculadas con la tierra, muy propia de la vieja mafia, empiezan a cambiar a fines del siglo XIX y comienzos del siglo XX con la inmigración siciliana a los Estados Unidos, ya que las posibilidades económicas que ofrecía el país americano eran enormes, además, el inmigrante siciliano no sólo no perdía su vínculo con su antiguo terruño, sino que además trasladaba sus costumbres, en cuanto a buscar protección con el poderoso. De esta manera, se formaron nuevas asociaciones mafiosas en los Estados Unidos.

¹⁵ La omertá llamada también "ley del silencio", es una norma no escrita que rige el comportamiento de los miembros de la mafia ante las autoridades, ya sean jueces, políticos o policías, y que les obliga a no cooperar con ellas. Incumplir esta ley es equiparable a traicionar el secretismo de la organización por lo que es castigado de la forma más severa posible. Una de las consecuencias de esta norma es que si alguien es acusado de cometer un delito que no ha cometido y para su defensa debe delatar a otro miembro de la mafia, deberá cumplir la condena sin decir palabra.

A medida que los miembros de las familias aristócratas se mudaban a Roma, Viena o París, la administración de sus tierras recaía en los *gabelloti* (capataces), que contaban con el respaldo de familiares y amigos para mantener el orden y castigar a los malhechores. Con el tiempo *los gabelloti* formaron bandas cuya influencia se extendió a los centros urbanos de la isla. La gente, conquistada por extranjeros una y otra vez, nunca esperó que el sistema le hiciera justicia sino que recurría a los "hombres de respeto" en busca de apoyo, protección y castigo a los agresores. A favor de la mafia pesó el mito de que sus miembros eran hombres de honor que preservaban el orden social y que no agredían a mujeres o niños¹⁶.

A mediados del siglo pasado los mafiosos incursionaron en la política local, aliados con el Partido Demócrata Cristiano, adquirieron mayor poder en 1974, cuando se rompió la conexión de la heroína entre Marsella y Estados Unidos. Entonces aprovecharon sus lazos familiares con la *Cossa Nostra* norteamericana para convertir a Sicilia en la capital mundial del tráfico de aquel enervante.

La mafia siciliana representó la encarnación más avanzada y compleja del simple bandidismo ya que el mafioso se presentaba como un vengador o un justiciero, y especialmente como un conciliador; se trata de un hombre de honor que conocía la vía buena y la mala para llegar a un fin y estaba dispuesto a recurrir indirecta o directamente a la acción de imposición y de fuerza que podía llegar hasta el delito para castigar a quienes faltaban a su palabra, tales como los espías, los adversarios obstinados, especialmente aquellos que se oponían a su desarrollo.

¹⁶ **BACA C.**, Pedro, Revista Hoy y Aquí, *Antídoto Siciliano para combatir la delincuencia*, Editorial Contenido SA, Abril 2010, p. 55.

Gaetano Mosca¹⁷ ha observado que la *vendetta* o venganza contra una determinada persona era una especialidad de la delincuencia siciliana. No obstante ello, se puede hablar de las características de la mafia tales como una estructura unitaria, jerárquica, compleja, bien estructurada y con ramificaciones internacionales; se habla de ramificaciones internacionales ya que estas asociaciones se valen de los inmigrantes, de sus paisanos que han viajado al exterior, para crear con éstos filiales mafiosas, estableciéndose en un territorio determinado sin ideología política y teniendo como meta sólo un fin de lucro¹⁸.

El juramento mafioso iniciático que signa la entrada en la "Onorata Società"¹⁹ establece una vez y para siempre su pertenencia un mundo aparte, exclusivo, masculino y violento. La negación de los propios sentimientos, el autocontrol y el rechazo al altruismo son la base sobre la cual se desarrolla la pertenencia a la mafia, junto con el espectro de la muerte violenta propia o de los otros la cual brinda una respuesta a cada posible duda, pregunta o tentación de ceder.

Entre las figuras que componen la mafia se pueden resaltar: a) *el Jefe*: quien es el que tiene la palabra final en las decisiones; b) *el consejero*: muchas veces un abogado de confianza, quien le sugiere al jefe, como actuar; c) *el subjefe*: actúa en representación del jefe cuando se encuentra imposibilitado de decidir; d) *los capos*: quienes son los administradores de los bienes y

¹⁷ Jurista, pensador y político italiano, nacido el 1 de abril de 1858 en Palermo y muerto en Roma el 8 de noviembre de 1941. Teórico político vinculado a la derecha italiana, famoso por sus críticas a los males del sistema parlamentario y por el planteamiento de una teoría sobre las clases políticas. Vid. www.mcnbiografias.com; consultado el 29-06-2014.

¹⁸ Vid. **MONTOYA, Mario D.**, Ob.Cit., p. 31.

¹⁹ La Onoratà Società que en español significa la Sociedad Honorable hace referencia a todas aquellas asociaciones constituidas bajo las reglas de la mafia y que son consideradas ramificaciones de esta en el plano internacional.

ganancias de la asociación mafiosa, y se encuentran en el nivel medio de la organización; e) *los soldados*: ellos informan directamente a los capos y a menudo operan en determinados negocios, se encargan de buscar constantemente nuevos negocios para la familia; f) *la Comisión*: agrupa a los más poderosos jefes de la mafia en un cuerpo central; g) *los operadores*, representantes de la familia que son utilizados para castigar a los traidores.²⁰

Para que una organización funcione de forma correcta además de tener una jerarquía, debe regirse por normas que son establecidas por los dirigentes de la misma, por lo que la mafia no es la excepción, dentro de la mafia desarrollada en Sicilia, se crearon diversas reglas de conducta²¹ que son un importante componente de su existencia.

Para algunos autores, la mafia es un conjunto de organizaciones criminales, de las cuales la más importante pero no la única es la Cosa Nostra, que se encuentra en el interior de un vasto y ramificado contexto de relaciones, configurando un sistema de violencia y de ilegalidad, cuya finalidad es la acumulación de capital y la adquisición y gestión del poder que se vale de un código cultural y goza de un cierto consenso social.

Como ya se acotó la mafia italiana, se dedicó a ensanchar su territorio por lo que la misma se encuentra conformada esencialmente de tres grandes organizaciones criminales a nivel internacional siendo estas la Cosa Nostra²²,

²⁰ **MONTOYA, Mario D.**, Ob.Cit., p. 32.

²¹ Entre ellas se encuentran: a) ser leal a los miembros de la organización, no interferir en los intereses del otro y no ser un informante; b) Ser un hombre de honor y actuar siempre derecho, respetando a las mujeres y a los más viejos; c) ser racional y conformar un miembro del equipo, no inmiscuirse en batallas si no se puede ganar; d) Mantener los ojos y oídos abiertos y la boca cerrada; e) Tener clase y ser independiente.

²² "Respecto a la Cosa Nostra, esta es considerada una peligrosísima asociación mafiosa que para combatirla es necesario perseguir a la organización y no sólo a sus delitos; asimismo es de mencionar que a la Cosa Nostra se puede ingresar únicamente cuando: a)

la N'Drangheta²³ y la Camorra²⁴; pese a ello también puede considerarse parte de ella una organización menor, la Sacra Corona Unita que se encuentra radicada en Puglia; todas estas manifestaciones de la mafia tienen en común, el control del territorio, las relaciones con la política y la internacionalización.

1.1.4 Orígenes y evolución de la mafia en Estados Unidos

La Mafia Ítalo-Americana²⁵, conocida a partir de la migración de italianos a Estados Unidos, fenómeno mafioso que alcanzó un gran poder económico a través del narcotráfico, ya que iniciaron con el contrabando de cigarrillos en

se han dado pruebas de capacidad criminal; b) se tiene una situación familiar límpida, según el concepto de honor propio de la Cosa Nostra; c) se carecen de vínculos de familia con policías, carabineros, magistrados. La persona que tiene estas características, el "picciotto", es observado largamente por parte de un hombre de honor que estudia su personalidad y valoriza la disponibilidad para cometer delitos, especialmente de sangre". Vid. **MONTOYA, Mario D.**, Ob.Cit., p. 48.

²³ "La mafia calabresa se llama N'Drangheta, tiene caracteres que la diferencian de la Cosa Nostra y de la Camorra, ya que posee una estructura horizontal. A ello contribuye el espacio geográfico donde se asienta. No le interesa, como a los otros grupos, ampliar su territorio sino, por el contrario, consolidar el poder total en el que le pertenece. La N'Drangheta está conformada por hombres pertenecientes a la misma familia natural, lo que sostiene su propia supervivencia, ya que de esa forma evitan la aparición de arrepentidos. Los grupos de N'Drangheta se dedican a las actividades propias de las organizaciones mafiosas, pero su especialidad es el secuestro de personas". - Vid. **GRATTERI, Nicola y Antonio NICASO, Hermanos de sangre, Historias de la N'Drangheta poderosa**, Penguin Random House Grupo Editorial, España, 2013, p. 15.

²⁴ "En Nápoles, en la provincia de Campania, una poderosa hermandad criminal, la Camorra, se desarrolló en los años 1820 como una sociedad de autoprotección conformada por hombre de las prisiones dominadas por españoles. La Camorra se encuentra constituida por una conjunción de bandas que se conforman y se separan con gran facilidad; este es el único fenómeno mafioso que tiene origen urbano, ya que la Cosa Nostra y la N'Drangheta provienen del sector agrario. Nace en los comienzos del siglo XIX en la ciudad de Nápoles y su mundo, a diferencia del mafioso, es abierto, dinámico, susceptible de los cambios más imprevistos. Es posible que su jefe sea un hombre joven, lo que se excluye en la Cosa Nostra que tiene la misma jefatura durante 20 años". Vid. **Ibíd.**, p. 50

²⁵ Llamada de esta forma por ser originada por hombres italianos migrantes. En la actualidad el concepto de nueva mafia tiene otro sentido y designa la organización de los gánster italoamericanos que ejercen actividades ilegales en el ramo de la venta de bebidas alcohólicas, los juegos de azar, prostitución; se trata de un nuevo grupo de mafiosos que se ha formado con la inmigración de miles de Italianos a los Estados Unidos. Vid. **MONTOYA Mario D.**, *Mafia y Crimen Organizado*. Ob.Cit. p. 41.

los años 20 y terminaron con el de las drogas; fue en los años 70 que decide insertarse al tráfico de estupefacientes, se desprovincializa y comienza a manejarse a nivel internacional. En 1901 Vito Cascio Ferro²⁶ escapó de Italia y se instaló en Nueva York formando la organización llamada la *mano negra*²⁷, dicho personaje para muchos es el padre de la mafia norteamericana. Los descendientes americanos de la mafia Italiana desde un principio se valieron del crimen con un solo objetivo, ganar grandes cantidades de dinero²⁸.

Fue durante el siglo XIX y principios del siglo XX que miles de italianos, en su mayoría granjeros y artesanos, emigraron a América en busca de una vida mejor, aquellos millones de emigrantes que llegaron en Estados Unidos buscando el sueño americano y que al descender de los barcos sólo encontraron desamparo y soledad; olvidados por sus países de origen (Especialmente los Italianos, que fueron quienes emigraron a Estados Unidos) y despreciados por el de acogida (Estados Unidos). Fueron los mafiosos, quienes llegaron en aquellos mismos barcos, los que se encargaron del control de las calles y de los comercios, a cambio de una cuota individual que podía ser fija o correlativa a las ganancias del mes.²⁹

En octubre de 1919, el Congreso de los Estados Unidos aprobó la Ley

²⁶ Es considerado el primer emperador de la Mafia y su reinado duró 20 años; en los años de 1901 y 1904 vivió en Estados Unidos (Nueva York y Nueva Orleans), donde hizo muchos contactos, a pesar de haber sido encarcelado cuando Mussolini llegó al poder desde la prisión impartía órdenes y dirimía conflictos entre Familias.

²⁷ La mano negra era una forma de extorsión de principios de siglo, dirigida contra el trabajador inmigrante, bajo la forma de cartas amenazadoras firmadas con un sencillo dibujo de una mano negra. En Sicilia se dibujaba la mano, una daga o un cráneo. Si las cartas no surtían efecto, el último aviso se hacía pintando una mano negra en la puerta del destinatario. – Vid. **DICKIE**, Jonh, *Cosa nostra*, Penguin Random House Grupo Editorial España, 2011, p. 50

²⁸ Vid. **MONTOYA** Mario D., *Mafia y Crimen Organizado*. Ob.Cit. p. 32

²⁹ **DICKIE**, Jonh, *Cosa nostra*, Ob.Cit., p. 53

Volstead, conocida como la Ley Seca³⁰, debido a que algunos ítalo-americanos se adentraron en el negocio contrabandista del alcohol, que estaba en auge, convirtiéndose en sofisticados delincuentes y llegando a ser unos verdaderos expertos en lavado de dinero, chantajes y contrabandismo. La nueva enmienda de esta ley ofreció a mafiosos como Johnny Torrio o Al Capone la oportunidad que esperaban. Y es que la ley Volstead estaba plagada de escapatorias, como la imposibilidad de custodiar los 31.000 km de frontera que separan a Estados Unidos de Canadá, país que desde entonces sería tomado como base de operaciones para producir el licor clandestinamente.³¹

Sólo rebajando el contenido de una botella de licor, los gánsteres obtenían otras cuatro, que vendían por entre 14 y 42 dólares, dependiendo de su pureza y como el licor se dispensaba en locales clandestinos, donde también se practicaba la prostitución y el juego, el negocio resultaba simplemente redondo. El director del FBI, J. Edgar Hoover, centró sus pesquisas en Capone y sus hombres; no es que Capone fuese el mafioso más importante del país, ni siquiera el más inteligente o peligroso, sino que con su actitud retaba a la autoridad y ésta no podía permitirse un descrédito semejante.

La primera medida promovida por Hoover consistió en despedir a los agentes sospechosos de corrupción y en profesionalizar el cuerpo, además creó brigadas especiales, como la de *Los Intocables* de Elliot Ness y supervisó personalmente las grandes redadas; lo que concluyó el 24 de octubre de

³⁰ Esta ley prohibía la venta, manufactura y comercio de bebidas alcohólicas en Estados Unidos, debido a que se había convertido en una actividad ilícita, mediante la cual las asociaciones mafiosas acaparaban el mercado y con las ganancias, abrían restaurantes, casas de juegos de azar y de prostitución.

³¹ **SÁENZ ROVNER**, Eduardo, *La prohibición norteamericana y el contrabando entre Cuba y los Estados Unidos durante los años veinte y treinta*, INNOVAR, revista de ciencias administrativas y sociales, No. 23, enero - junio de 2004, p. 147.

1931 con la condena de Capone a 11 años de cárcel por evasión de impuestos.³²

Gaetano Lucchese y Salvatore Lucania conocido como "Lucky" Luciano, comenzaron sus carreras criminales como ladronzuelos en East Harlem, un vecindario Italiano en Nueva York, en la década de 1910, ambos habrían de convertirse en jefes de la mafia siciliana en Estados Unidos. Lucchese sería el capo de una de las cinco "familias"³³ neoyorquinas eventualmente infiltradas y perseguidas por el FBI. Luciano representa una nueva generación en el mundo del crimen.

Richard Nixon expidió la Ley RICO ("Racketeer Influenced and Corrupt Organization Act")³⁴ que se orienta a castigar a las cabezas de las organizaciones criminales y no simplemente a los ejecutores de los crímenes, pero los efectos de esta nueva ley solo se hicieron manifiestos a partir del gobierno del presidente Jimmy Carter, quien nombró a William H. Webster, como juez de la Corte Federal en Saint Louis, y director del FBI, por lo que con la presión de esta última institución, durante los años ochenta y noventa varios jefes ofrecieron su colaboración a cambio de reducción de sus penas (muchos fueron condenados a penas de prisión de 100 años).³⁵

³² **SÁENZ ROVNER**, Eduardo, *La prohibición norteamericana y el contrabando entre Cuba y los Estados Unidos durante los años veinte y treinta*, INNOVAR, revista de ciencias administrativas y sociales, No. 23, enero - junio de 2004, p. 148.

³³ 1. Los Genovese, 2. Los Gambino, 3. Los Bonanno, 4. Los Luchese y 5. Los Colombo. Vid. **MONTOYA** Mario D., *Mafia y Crimen Organizado*, Ob.Cit., p. 4

³⁴ Vid. **RICHARDS, James R.**; *Transnational Criminal Organizations, Cybercrime, and Money Laundering*; S. Edi., Estados Unidos, 1999, p. 135. - "The Racketeer Influenced and Corrupt Organizations statute" en español: Ley de Chantaje Civil, Influencia y Organizaciones Corruptas (RICO), aprobada en 1970 por el congreso de los Estados Unidos como parte de la Ley de Control de la delincuencia Organizada, la historia legislativa de la Ley RICO está repleta de referencias a "mafiosos conocidos"; la ley RICO, hace ilegal para cualquier persona mantener al patrón de actividad de delincuencia organizada o utilizar el producto en inversiones, adquirir el control de o llevar a cabo los asuntos de cualquier empresa formal o informal interestatal.

³⁵ Vid. **MONTOYA** Mario D., *Mafia y Crimen Organizado*, Ob.Cit., p. 36.

Entre los delitos que esta ley recoge esta el Fraude con instrumentos de cambio o procedimientos de quiebra el cual trata sobre la falsificación, la cual se define usualmente como la realización, la creación o la alteración fraudulenta de un documento escrito con la intención de hacer daño a los intereses de un tercero, o para obtener una ganancia de forma fraudulenta, existe una variedad de documentos que pueden ser falsificados, como por ejemplo, pasajes o boletos de avión, certificados de acciones corporativas, escrituras, recetas médicas, testamentos, contratos, sellos, dinero, bonos entre otros.

Asimismo esta ley regula la *malversación de fondos de las uniones laborales*, esta actividad ilícita maneja una amplia gama de cargos criminales que van desde alegaciones menores que solo implican pequeñas cantidades de activos de una empresa, hasta sofisticadas confabulaciones que involucran grandes sumas de dinero como cargar gastos a la cuenta o los fondos de un cliente, alteración de recibos o información de una cuenta, facturar desde una cuenta falsa de proveedor, creación de puestos de trabajo fantasmas.

Otra actividad ilegal que condena este cuerpo normativo es el *lavado de dinero y delitos relacionados*, el cual ocurre comúnmente cuando personas o empresas llevan a cabo transacciones financieras con el propósito de ocultar la fuente del dinero obtenido ilegalmente.³⁶

En cuanto al delito de *extorsión*, se le imputa obtener bienes o servicios por medio de la amenaza, el chantaje es una forma de extorsión que ocurre cuando una persona amenaza a otra con revelar secretos personales o empresariales, causando daños. El soborno es otra forma de extorsión que

³⁶ Vid. **FRANK J.**, Marine, *CRIMINAL RICO: 18 U.S.C. §§ 1961-1968 A Manual for Federal Prosecutors*, quinta edición, año 2009, pp. 2-6, disponible en www.justice.gov.pdf.

ocurre cuando se ofrece dinero o bienes de valor con la intención de influenciar a una persona, entre otros ilícitos que recoge esta ley están la obstrucción a la justicia y apuestas ilegales.

Según esta ley, una persona considerada miembro de una empresa que ha cometido uno de los 37 delitos que enumera, siendo estos 29 delitos federales y 8 estatales³⁷, dentro de un periodo de diez años puede ser acusado de extorsión criminal; las personas declaradas culpables de crimen organizado pueden ser multados la cual va hasta los veinticinco mil dólares y condenados a veinte años de prisión por cada cargo de extorsión, asimismo el mafioso debe anular todas las ganancias mal habidas y el interés en cualquier negocio adquirido a través de un patrón de actividad de delincuencia organizada.

1.1.5 Evolución de la mafia china

La mafia en china está representada por las Tríadas, las que surgieron aproximadamente durante el siglo XVII como organizaciones políticas revolucionarias que evolucionaron en asociaciones criminales. Las Tríadas tienen una composición mixta ya que incluyen grupos “tongs”³⁸ o “gans”, los que guardan una estrecha relación con las pandillas chinas a fin de que éstas realicen determinados trabajos que hacen a la permanencia de los grupos mencionados en sociedad o en el poder.

La más antigua y arraigada de las sociedades secretas chinas fue la del Loto

³⁷ Vid. **SAMAHA**, Joel, *Criminal Law*, Cengage Learning, Estados Unidos, año 2013.

³⁸ “El término “Tong” es usado algunas veces para describir a los grupos chinos que se establecieron en los Estados Unidos y Canadá; estos son definidos también como una hermandad juramentada de sociedades secretas, con familias, distritos, asociaciones de dialectos que constituyeron los primeros grupos secretos en la sociedad china y aparecen cuando se entra a un nuevo territorio”. – Vid. **MONTOYA, Mario D.**, Ob.Cit., p. 65.

Blanco, que se conformó cuando Lui Pang³⁹ se rebeló contra la autoritaria dinastía Ching, en el siglo III a.C., para resurgir en 1133 como una poderosa sociedad secreta dedicada a derrocar a los emperadores Song (960-1279). Asimismo durante este período, se originó la revuelta organizada por la sociedad secreta de los “Cejas Rojas”, identificados por el color rojo en frente y cejas que usaban en los combates y que salieron de la clandestinidad en defensa del depuesto emperador Han Ai.

Nuevamente otro registro de la Sociedad del Loto Blanco lo tenemos en 1368, cuando terminó con el poder de los mongoles, bajo la dirección del monje Chu Yuan Chang quien se convirtió en el emperador Hung Wu, fundador de la dinastía Ming (1368-1644). Una vez más, apareció una nueva sociedad secreta a la caída de la dinastía Ming, predominantemente de la etnia china Han, que permitió la llegada al poder de los Ching (manchúes del norte).⁴⁰

En tal ocasión, un grupo de 133 monjes budistas iniciaron la insurrección, hasta que en 1674, treinta años después, los cinco principales líderes fueron apresados y brutalmente ejecutados; el monasterio que les había servido de cuartel general fue destruido. Los monjes continuaron la lucha y como emblema, tomaron el triángulo cuyos tres lados representan el cielo, la tierra y el hombre, elementos esenciales del universo chino –el número 3 tiene también fuerzas especiales para las actividades criminales–. Este grupo llamó a su organización Hung Mun (Sociedad del Cielo y la Tierra) y continuó

³⁹ Liu Pang, a título póstumo llamado Kao Tsu, gobernó como el primer emperador de la dinastía Han (206 aC-220 dC), a partir de 202 aC a 195 aC. La influencia de Liu Pang en China es significativo ya que su reinado estableció las bases para el sistema imperial de China, que duraría hasta principios del siglo XX. Vid. **CHONG**, José Luis, *Sociedades Secretas Chinas en Norteamérica (1980-1950)*, Editorial palabra de Clío, México, año 2011, p. 21.

⁴⁰ Vid. **CHONG**, José Luis, *Sociedades Secretas Chinas en Norteamérica*, Ob.Cit., p. 21

operando en el sur de China hasta el siglo XX, en que fue conocida como la “Liga Hung” o simplemente como “Sociedad de la Triada”.⁴¹

Es decir, el origen de esta asociación mafiosa parte del hecho de derrocar la Dinastía (a los Ching y restaurar a los Ming) lo cual se vería cumplido, con la creación del Kuomintang⁴² por Chan Kai Shek y el Dr. Sun Yat-Sen y más tarde la revolución comunista, el pueblo Chino recupero su identidad nacional, en cambio las Tríadas seguían teniendo miembros fuertemente motivados que enfocaban sus esfuerzos a enriquecerse rápidamente. La Tríada tenía una fuerte componente patriótica y mística, además de un intenso entrenamiento en artes marciales, el reclutamiento surgía de entre el pueblo, y cual secta, tenía sus propios ritos iniciáticos, valores, leyendas y señas de identidad.

Como en cualquier otro tipo de secta el vínculo con la organización era de por vida y se consideraba hermanos a los componentes de la misma, dentro de la cual existía una estructura perfectamente organizada y jerarquizada. La traición a la organización era mortalmente pagada, todos los miembros eran conscientes de lo grave de este delito y conocían la crueldad de medios para hacer pagar la traición; la horripilante descripción de los métodos usados contra los enemigos de las Tríadas tienen mucho que ver con lo que el Budismo Chan cree sobre el Infierno, casi se podría afirmar que tomaban como ideas de tortura las narradas en los textos budistas⁴³.

⁴¹ **Ibíd**em, pp. 21-22

⁴² Que literalmente significa “Partido Nacionalista Chino” el cual es un partido político de la República de China, fundado tras la Revolución de Xinhai de 1911, que conllevó a la abdicación de Puyi en 1912, último emperador de la dinastía Ching, y el abandono del gobierno imperial por el republicano, en la actualidad, es considerado como un partido conservador. - <http://www.laguia2000.com/china/el-kuomintang>. Consultado el 09-04-2015 16:45 hrs.

⁴³ Vid. **MONTOYA** Mario D., *Mafia y Crimen Organizado*. Ob.Cit., p. 70.

El rito de iniciación se basa en el concepto de pregunta y respuesta, el iniciado va pasando por diferentes niveles que representan un concepto o idea, al final de la iniciación se leen las reglas que el nuevo socio ha de cumplir. La organización criminal china es jerárquica por naturaleza, obtiene cada día más miembros, a tal grado que ello le permite elegir a los grupos que se encargarán de la parte administrativa mientras otros ejecuten el trabajo aislado de los soldados.

Las sociedades secretas en la época en que los chinos fueron dominados por los mongoles, y los manchúes sirvieron como grupos revolucionarios para restaurar las reglas chinas; otra fuente de serios problemas para China fue el incremento *a posteriori* del poder colonial que tomó territorio chino y forzó a importar tecnología y productos manufacturados. Morton Fried, un antropólogo que estudió China en 1947/48 expresó que algunas pequeñas sociedades secretas eran exclusivamente religiosas por naturaleza, pero de hecho, se encontraban envueltas en el crimen local y la política. En las áreas urbanas estas sociedades comenzaron a actuar cada vez más como *gangsters* involucrándose en negocios como la prostitución y la protección.⁴⁴

Tienden a reconocerse cinco valores que conforman el centro de los ideales que las sociedades secretas profesan: a) lealtad: b) honestidad: c) nacionalismo: d) hermandad, y e) secreto. En cuanto a la rectitud, es interpretada como una forma de proteger a la hermandad de los ataques de sus enemigos, aunque ello sea quebrantando la ley; matar o victimizar a los de afuera en nombre de la supervivencia del grupo o de sus integrantes es tener una conducta recta y honesta asimismo es considerado honesto robar al estilo Robin Hood, al rico para dar a la hermandad pobre. A pesar de ello,

⁴⁴ Vid. **CHONG**, José Luis, *Sociedades Secretas Chinas en Norteamérica (1980-1950)*, Editorial palabra de Clío, México, año 2011, p. 17.

los Tong, no son por definición grupos criminales.⁴⁵

Las Tríadas chinas mantienen una burocracia altamente organizada, muy bien estructurada y sofisticada como organización del crimen, esto ocurre porque las Tríadas en el curso de su vida han mantenido las jerarquías; en la mayoría de los grupos del crimen organizado esto no ha ocurrido; lo que ha llevado a esta asociación criminal a extender sus actividades ilegales a otros países ya que es conocido que las Tríadas trabajan con la mafia rusa en el área del contrabando de armas y material nuclear y que trafican narcóticos a occidente a través de Singapur, Malasia y Hong Kong.⁴⁶

Como ya se ha mencionado, la mafia en china se encuentra ligada a las pandillas, las cuales tienen características comunes a las de los Tongs, una de las características es que sus integrantes provienen de un nivel social económico bajo, con escasos conocimientos de inglés, su edad es de 22 a 27 años, sus miembros pueden ser divididos en dos grupos, de acuerdo a su edad y al rol que desempeñen. Los mayores se dedican a llevar adelante los negocios del grupo, conforman el liderazgo; los más miembros más jóvenes se encuentran más interesados en su propia imagen que en la del grupo, por esa razón ellos realizan los actos de violencia y resultan más peligrosos.⁴⁷

Además, de las actividades a las que la mafia en china se dedican, como el tráfico de droga, lavado de dinero, venta de armas, dentro de estas, armas de uso privativo de los Estados y armas nucleares; de igual forma los estratos más bajos que componen el crimen organizado en este país oriental como lo son las pandillas, se dedican a cometer crímenes relativos a la

⁴⁵ Vid. **MONTOYA**, Mario D., *Mafia y Crimen Organizado*. Ob.Cit., p. 71.

⁴⁶ Vid. **GARZON**, Baltasar, *Un mundo sin miedo*, Editorial Debolsillo, Googlebooks, España, año 2006, p. 218

⁴⁷ Vid. **MONTOYA**, Mario D., *Mafia y Crimen Organizado*. Ob.Cit., p. 68.

extorsión, exigiendo cantidades de dinero a los grandes y pequeños empresarios a cambio de no atentarse contra sus vidas y sus negocios, entre otras de esas actividades está la venta de protección, en la que exigen dinero para protegerles de otro tipo de delincuentes, aunque son actividades antiguas de origen, se continúan presentando en la sociedad china, actividades que aún se combaten con leyes especiales relativas al crimen organizado.

1.1.6 La mafia Japonesa

La mafia en Japón es denominada “Yakuza”, que como con anterioridad se anotó el origen de dicha palabra, se encuentra en el juego de cartas denominado *hanafuda* (naipes de las flores) en el que se reparten tres cartas a cada jugador, donde el valor de la mano equivale al último dígito de la suma de las tres cartas. En japonés 8 es *ya*, 9 es *ku* y 3 es *za* por lo tanto significa que un yakuza es un perdedor en toda regla o un separado social; y así es como se ve a la propia organización mafiosa, como unos desamparados sociales, despreciados por la sociedad; la Yakuza encuentra su origen en los jugadores profesionales llamados *bakuto* de los que heredan los tatuajes y el castigo corporal y de los samurái de los que se consideran herederos del código de honor del bushido.⁴⁸

La Yakuza junto a las Tríadas chinas, es considerada uno de los grupos del crimen organizado que está más rodeado de misticismo y leyenda; esta organización criminal se estableció tal y como la conocemos hoy tras el final de la Segunda Guerra Mundial, cuando tanto el gobierno estadounidense como el gobierno japonés permitieron su presencia ya que liberaron las

⁴⁸ Vid. **MONTOYA**, Mario D., *Mafia y Crimen Organizado*. Ob.Cit., p. 74.

cárceles de jefes yakuza para que pusieran al servicio del anticomunismo sus redes e influencias, por lo que estos no tardaron en afianzarse de un lucrativo mercado negro además de romper las huelgas obreras y reventar manifestaciones, tal como ocurrió en una concentración antiestadounidense en 1960 en la que la Yakuza hizo su parte a petición del Partido Liberal Democrático.⁴⁹

Por esa época adquirieron una íntima relación con dicho partido llegando a simpatizar con las ideas de la extrema derecha, esta estrecha alianza con la política ha permitido un alto grado de vinculación en la sociedad japonesa. No en vano Raisuke Miyawaki, principal combatiente en la lucha contra el crimen organizado japonés, alertó de la asistencia entre las relaciones entre los gánsters y las grandes corporaciones las cuales contrataban a la yakuza para llevar a cabo sus planes especulativos ya sea por un uso de intimidación o uso de la fuerza⁵⁰.

Las grandes empresas tampoco se libran de la extorsión, ya que la Yakuza obtiene una importantísima fuente de ingresos de dicha actividad ilegal, este procedimiento es realmente incómodo para quien lo sufre, ya que el *sokaiya*⁵¹ recopila información durante un tiempo sobre los altos ejecutivos de la empresa a extorsionar, tras recopilar información comprometida como sus relaciones con drogas o prostitución recurren al ejecutivo y con el uso de violencia verbal o física chantajea a la víctima hasta que cede a las pretensiones de la Yakuza.⁵²

⁴⁹ Vid. **DE LA CRUZ OCHOA**, Ramón, Ob.Cit.,p. 88.

⁵⁰ Vid. **DE LA CRUZ OCHOA**, Ramón, Ob.Cit., p. 89.

⁵¹ Este nombre es dado a los miembros que se encargan de realizar la actividad ilegal de la extorsión quienes son verdaderos artistas en el método de extorsionar, es decir, que deben estar preparados para realizarla ya que es un procedimiento muy complejo y preparado para que el mismo no sea fallido.

⁵² Vid. **MONTOYA**, Mario D., *Mafia y Crimen Organizado*. Ob.Cit., p. 87.

En los años 80 la policía japonesa tenía constancia de la existencia de unos 8000 *sokaiya* con una cifra de negocios de hasta 800 millones de dólares, pero una ley aprobada en 1982 que castigaba dicha actividad redujo considerablemente este acto de extorsión y a los propios ejecutantes.

En 1991 el gobierno aprobó la ley de prevención de actos ilegales de miembros de bandas de delincuencia organizada diseñada para cortarle las alas a la yakuza, con ésta ley se exigía a las familias o asociaciones que enviarán a la policía un informe anual con la lista de asociados y les prohibía exhibir sus símbolos en las puertas de sus despachos, pero claro que esto no era suficiente.

Esta ley ha sido tomada de la Ley RICO y se basa en la demostración de asociaciones criminales en vez de los crímenes específicos, esta ley sirvió de mucho a la caída de la Cosa Nostra americana y al igual que en el caso estadounidense, en Japón se ha requerido de varios años para que resultara efectivo en la lucha contra la Yakuza ya que la ha debilitado considerablemente consiguiendo encarcelar a varios jefes ya que la policía ha ganado más seguridad.⁵³

La mafia japonesa se encuentra integrada por tres organizaciones principales las cuales son la Yamaguchi-gumi⁵⁴ originaria de Kobe, la Sumiyoshi kai⁵⁵ y

⁵³ **DE LA CRUZ OCHOA**, Ramón, Ob.Cit., p. 87.

⁵⁴ La más importante de las organizaciones Yakuza nació en la portuaria ciudad de Kobe como un sindicato de estibadores en 1915, pero fue en 1946 cuando empezaron a expandir su imperio criminal, dedicándose a actividades como el juego, la extorsión, la prostitución o el tráfico de drogas. Dicha organización actualmente se está desplazando por todo el oeste de Japón y sus tentáculos se extienden por toda Asia, EE.UU. y Europa. Esta organización sola tenido seis padrinos, el hecho de tan escasa cifra corresponde a que los padrinos no se matan entre sí como puede ocurrir en la Cosa Nostra. **MONTOYA** Mario D., *Mafia y Crimen Organizado*, Ob.Cit., pp. 84-85.

⁵⁵ El segundo grupo criminal de Japón en la actualidad fue fundado en 1958 por Shigesaku Abe como una federación de pandillas, tiene su base en Tokio, Tiene una cadena de mando

la Inagawa-kai⁵⁶, ambas con base en Tokio. Estas organizaciones se rigen por un íntegro código de honor donde hay normas que piden una total sumisión al padrino como por ejemplo cumplir condena a pesar de no haber cometido crimen alguno en favor de un miembro de más alto rango, cortarse el dedo meñique si has cometido falta u ofensa grave.

El ritual de amputar un dedo se llama *yubitsume* y al acto de realizarlo *tobasu* este ritual es muy característico y exclusivo de la Yakuza, el cual tiene su origen en los *bakuto*. El dedo meñique es indispensable para sostener un sable por eso se consideraba tan importante en el Japón feudal. Cuando un *bakuto* no podía pagar su deuda se amputaba el dedo meñique y se consideraba como método alternativo de pago. Este acto confiere a la Yakuza una dimensión asombrosa y legendaria puesto que significa la total lealtad a un superior y la entrega en cuerpo y alma a la organización.⁵⁷

La Yakuza ejerce un control férreo sobre sus miembros pero a diferencia de otros grupos criminales como la Cosa Nostra, la mafia japonesa se basa en valores más tradicionales como el honor y el respeto familiar que en el

más flexible que el resto de las organizaciones ya que el jefe comparte algunas competencias con otros hombres de importancia. Históricamente ha sido el rival de la Yamaguchi-gumi. Vid. **MAI KRISTINN** Arnason, *Historia de la Yakuza*, Tesis en el idioma y la cultura japonesa, Universidad de Estudios Islandia Japonés Lengua y Cultura, año 2014, p. 6 disponible:http://translate.google.com/sv/translate?hl=es&sl=en&u=http://skemman.is/stream/get/1946/18070/42374/1/Kristinn_%25C3%2581rnason_-_Yakuza.pdf&prev=search. Consultado 24-07-2014 10:30 hrs.

⁵⁶ Fundada en 1949 en la ciudad de Atami en la localidad de Shizuoka por Kajuki Inagawa con el nombre de Inagawa-gumi, cambió su nombre en 1972. Aunque se dedican a actividades como la extorsión, el narcotráfico o la prostitución, durante muchos años su tradicional fuente de ingresos ha sido el juego. Vid. **MAI KRISTINN** Arnason, *Historia de la Yakuza*, Tesis en el idioma y la cultura japonesa, Universidad de Estudios Islandia Japonés Lengua y Cultura, año 2014, p. 6 disponible:http://translate.google.com/sv/translate?hl=es&sl=en&u=http://skemman.is/stream/get/1946/18070/42374/1/Kristinn_%25C3%2581rnason_-_Yakuza.pdf&prev=search. Consultado 24-07-2014 10:30 hrs.

⁵⁷ **GRAGERT**, Bruce A., *The warlords of Japanese organized Crime*, Revista Annual Survey of International & Comparative Law, volume 4, Estados Unidos, año 2010, pp. 4-5.

miedo, es decir, en esta asociación criminal rige un serio pánico a ser desprestigiado en la sociedad por lo que impera una versión asiática y mejorada de la *omertá* siciliana, rara vez un yakuza de bajo rango delata a un superior. La estructura de esta mafia se basa en un concepto de rol social, como la relación que hay entre un *oyabun* y un *kobun* (padre e hijo), por eso el padrino de un *boryokudan* se denomina *oyabun*, este está asesorado por un *saiko-komon* (administrador) que a su vez tiene bajo su cargo a un *shingiin* (abogado) y a un *kaikei* (contable) que hacen las labores puramente directivas en la organización⁵⁸.

Bajo el mando del *oyabun* se encuentra el *wakagashira* (primer teniente) y el *shateigashira* (segundo teniente) los cuales dirigen una larga pendiente escalonada entre los que se encuentran jefes de cuartel, jefes regionales o incluso líderes de pandillas callejeras, éstos a su vez se distinguen entre *kyodai* (hermanos mayores) que son los iniciados y los *shatei* (hermanos menores) que son algo así como los asociados. Los tatuajes dentro de la organización son muy importantes, revelan muchas veces el rango dentro de la organización, el clan al que se pertenece, el lema del clan, dragones de su mitología y samuráis. Empieza como un tatuaje pequeño al que se le hacen adiciones y terminan cubriendo grandes partes del cuerpo; el tatuaje es uno de los rasgos físicos más característicos de la yakuza.⁵⁹

Las seis reglas sagradas de la Yakusa, son: 1) Nunca revelar los secretos de la organización; 2) No involucrarse personalmente con narcóticos; 3) Jamás deshonrar a la esposa o a los hijos de otros miembros; 4) No retener dinero de la banda; 5) No fallar en la obediencia a los superiores y 6) No apelar a la

⁵⁸ Vid www.eldiariomontanes.es consultado el 10-07-2014, 06:08 pm.

⁵⁹ Vid. **AGOZINO**, Adalberto, *Yakuza Crimen Organizado en Japón*, año 2012, Buenos Aires Argentina. - <http://adalbertoagozino.blogspot.com>. consultado el 10-07-2014, 06:08 pm.

ley o a la Policía.⁶⁰ El cumplimiento de las aludidas reglas es lo que hizo a la organización del crimen japonés poderosa, éste no se ocupa sólo de negocios ilegales sino también, en la actualidad, de actividades legales.

1.1.7 Los Cáteles de la droga en la Latinoamérica

1.1.7.1 Los Cáteles en Colombia

En los años cincuenta, la droga no se percibía como problema debido a que no tenía la misma importancia económico- política que posee en la actualidad, ni su consumo había adquirido proporciones tan elevadas era más bien un universo misterioso, vinculado sobre todo a los opiáceos (morfina o heroína), propio de grupos marginales de la sociedad, desde integrantes de la aristocracia europea, médicos e intelectuales, músicos de jazz y grupos elitísticos de América Latina hasta delincuentes comunes. En los Estados Unidos los opiáceos no eran asunto de gran preocupación nacional, pues estaban más bien confinados a los *ghettos* urbanos, y en especial vinculados a los negros o puertorriqueños.⁶¹

En Inglaterra se empezaba a considerarla como amenaza social porque se vinculaba con la emigración negra de las Antillas y del oeste de África, cuyos integrantes eran vistos como "depravados sexuales" que buscaban a sus víctimas entre jovencitas inglesas.

En los países de la periferia, y concretamente en América Latina, también se asociaba la droga con la violencia, la clase baja y especialmente con la delincuencia. Pensar en las drogas era asociarlas con "los bajos fondos". En

⁶⁰ Vid. **MONTOYA**, Mario D., *Mafia y Crimen Organizado*. Ob.Cit., p. 77.

⁶¹ Vid. **DEL OLMO**, Rosa, *La cara oculta de la droga*, editorial Temis, Colombia, año 1988, p.13.

Colombia, sin embargo, algunos intelectuales como los *Nadaístas* comenzaban a elaborar una apología de la marihuana, tal como sucedería entre los intelectuales norteamericanos conocidos como *Beatniks*; pero ambos grupos eran tan marginales como los demás vinculados con la droga.⁶²

El término Cartel o Cártel, utilizado en informes relacionados a las drogas apareció a principios del siglo XX en 1920⁶³ y es con el que se identifica a una gran organización ilícita o a un conjunto de organizaciones criminales que establecen acuerdos de autoprotección, colaboración y reparto de territorios para llevar a cabo sus actividades criminales, utilizado en América Latina, es lo que equivale a la mafia en Italia o las tríadas en china, pero a diferencia de los mafiosos italianos, la Yakuza japonesa y las Triadas chinas, los orígenes y costumbres internas de los carteles como por ejemplo los colombianos no tienen una tradición histórica de resistencia nacional o local contra la opresión, es decir existe un carecimiento de un mito fundador, estos son más bien el producto aberrante de circunstancias económicas y sociológicas que ocurren en dichos países.⁶⁴

Lo que parece el surgimiento de la delincuencia organizada en Colombia no lo era, ya que desde la Colonia se sabía de rudimentarias organizaciones criminales; debido a que al descubrir los españoles lo jugoso que podía ser el negocio del narcotráfico, fomentaron la ampliación de los cultivos de coca y generalizaron su consumo entre la masa indígena, se señala que durante la Colonia, el comercio de coca fue uno de los negocios más lucrativos. Los españoles vieron en su cultivo una de las entradas más ricas del reino y lo

⁶² Vid. **DEL OLMO**, Rosa, Ob.Cit., p. 14.

⁶³ Vid. **MONTOYA, Mario D.**, *Mafia y Crimen Organizado*, Ob.cit., p. 154.

⁶⁴ **Ibíd**em, p. 155.

aumentaron considerablemente. A finales del siglo XIX y tan pronto comenzó el auge de la cocaína en Europa y Estados Unidos en 1884, destacados hombres públicos de Colombia previeron el futuro comercial de la nueva droga y con auténtica visión se dedicaron a divulgar y fomentar el cultivo de la coca y a promocionar la cocaína como una nueva y abundante fuente de riqueza para América.⁶⁵

Durante esa época el negocio de la cocaína ya era un problema que se manifestaba y los países vecinos Perú y Bolivia, junto a Colombia, comenzaron a competir en el mercado internacional de la coca con los ingleses y holandeses que la producían en sus colonias. Los precursores de los grandes narcotraficantes ya se destacaban en Colombia en 1959, de modo que ya para finales la década de 1950, Medellín se había convertido en el principal centro del tráfico de la marihuana, como lo demuestran las numerosas publicaciones de la época; dentro del capital monopolista el cártel⁶⁶ es una combinación que tiene el propósito consciente de dominar la competencia.

Aquella naciente mafia colombiana, al contrario de las tradicionales mafias de origen siciliano, no inició sus operaciones en forma cerrada, sino que trabajó de puertas abiertas, permitiendo que a la actividad del narcotráfico se

⁶⁵ Vid. **VASQUEZ TORRES**, Henry, *La delincuencia transnacional organizada en Colombia*, editorial Dikaion, Colombia, año 2013, pp. 120-121.

⁶⁶ De acuerdo con la gran enciclopedia de economía, hay que definir como cártel al sindicato o agrupación voluntaria de empresas para defender sus intereses. Las empresas que forman parte del mismo conservan su propia personalidad jurídica, su independencia financiera y no se hallan vinculadas a una administración común. El cártel nace siempre con la finalidad de limitar la competencia y aumentar los beneficios de las empresas y suele versar sobre precios (cárteles de precios) o sobre otros aspectos de la competencia, tales como producción, publicidad o reparto del mercado (cárteles de condiciones) es un pacto entre empresas de un mismo sector para eliminar o restringir la competencia entre ellas fijando de común acuerdo los precios y la producción. Se dice igualmente que es una agrupación de empresas que se unen para manejar la competencia dentro de una industria con el fin de favorecerse al introducir características monopólicas u oligopólicas. Vid. **Ibídem**, p. 121.

vincularan los más variados sectores y estamentos sociales, bien como socios, o a través del sistema llamado de la apuntada que consiste en que de cada viaje de la droga participan numerosas personas ajenas a la organización, de acuerdo a su capacidad financiera o posición frente al capo dueño del embarque.

El surgimiento de la delincuencia organizada en Colombia relacionada con Pablo Escobar Gaviria⁶⁷ capturado en 1976 por cargos de posesión de cocaína⁶⁸, quien fue el jefe del cártel de Medellín; su carrera delincencial iba de la mano de su espíritu empresarial criminal; para conseguir el rápido ascenso de su estructura criminal, en poco tiempo asume que debe posicionarse como político y benefactor local, para luego serlo en el ámbito nacional, lo que le permitió llegar incluso a ser representante a la Cámara en 1982.

Para llevar a cabo su producción, los carteles colombianos han priorizado la necesidad de contar con precursores químicos ya que para producir cocaína

⁶⁷ Pablo Emilio Escobar Gaviria, narcotraficante colombiano, fue uno de los fundadores del llamado Cartel de Medellín. Nació en Rio negro, Antioquia, en 1949, y murió en Medellín en 1993. A pesar de una carrera delictiva en la que se destacó por ser sanguinario y terrorista, construyó un barrio para personas pobres en Medellín, fue candidato por el Movimiento de Renovación Liberal, y salió elegido como suplente del Congreso de la República en 1982. Creó el movimiento Muerte a Secuestradores (MAS), asesinó a gran cantidad de personas, entre otros al director del diario *El Espectador*, Fidel Cano; al ministro de Justicia, Rodrigo Lara Bonilla, en 1984; a los candidatos a la presidencia de Colombia: Luis Carlos Galán, Carlos Pizarro León Gómez, Bernardo Jaramillo Ossa y Jaime Pardo Leal. Vid. **VASQUEZ TORRES**, Henry, Ob.Cit., p. 120.

⁶⁸ La cocaína es considerada como una de las dos drogas más peligrosas en el mercado mundial actual (la otra es la heroína) y lidera, con un valor estimado en alrededor de 18 mil millones de dólares al año, el nivel de ventas al por mayor, y con 70 mil millones de dólares el comercio minorista; casi toda la cocaína del mundo proviene de solo tres países: Colombia, Perú y Bolivia. Tradicionalmente, los traficantes colombianos han dominado el tráfico transnacional de cocaína, contrabandeando la droga a los mercados más lucrativos: a través de América Central y el Caribe hacia Estados Unidos y a través del Atlántico hacia Europa (directamente desde América del Sur o vía el Caribe). Vid. **PHILIP** de André, Amado, *El crimen organizado, el tráfico de drogas y el terrorismo: el nuevo talón de Aquiles de África Occidental*, Madrid, Fundación para las Relaciones Internacionales y el Diálogo Exterior (Fride), año 2008, citado en **Ibidem**.

se necesitan cincuenta y un sustancias químicas diferentes, entre las que se encuentran ácidos clorhídrico, amoniaco, permanganato de potasio, éter etílico o acetona, kerosene, ácido sulfúrico, cal viva, metanol, alcohol, entre otros productos, estos elementos son imprescindibles en la elaboración de las drogas tal como conocen en el mercado.

El ingreso al país de los millones de los millones de dólares provenientes de las exportaciones de marihuana, cocaína y pastillas alucinantes (llamadas jumbo) creó un nuevo mundo económico tradicional, que gracias a la complicidad de algunos banqueros, la venalidad de funcionarios públicos y la capacidad delictiva de las personas deseosas de dinero fácil, se fue poco a poco incorporando a la actividad económica legal a través de la operación conocida como 'lavado' de dólares.⁶⁹

Los años sesenta podrían calificarse como el período decisivo de difusión del modelo médico-sanitario y de consideración de la droga como sinónimo de dependencia, ya que desde que en 1961 las Naciones Unidas presentaron su *Convención única sobre Estupefacientes* en la Ciudad de Nueva York y en 1962 la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos especificaba ratificando lo planteado en 1924 que el consumidor no era delincuente sino enfermo, el discurso estaba cambiando. Fue en 1962, el presidente Kennedy convocó una conferencia en la Casa Blanca sobre uso indebido de drogas y crearía posteriormente el *Comité Asesor del Presidente sobre Estupefacientes y Uso Indebido de Drogas*.⁷⁰

Es interesante recordar sin embargo que hacia finales de la década y más específicamente en 1970, se lanza una campaña antidrogas con similar

⁶⁹ Vid. **ARANGO JARAMILLO**, Mario y Jorge **CHILD VÉLEZ**, *Narcotráfico imperio de la cocaína*, editorial Percepción, Colombia, año 1984.

⁷⁰ Vid. **DEL OLMO**, Rosa, Ob.Cit, p. 19.

contenido en varios países de América Latina, propaganda que venía de los Estados Unidos por conducto de sus embajadas, probablemente con la finalidad de incorporar a los países de América Latina al proceso antidrogas de una manera simbólica. Algunos gobiernos no obstante ya ratificaban la Convención Única sobre Estupefacientes de 1961 de la ONU, con lo cual modificaban la legislación introduciendo el discurso médico-jurídico. Venezuela, por ejemplo, modificaría su Código Penal para aumentar las penas; Brasil promulgaría el decreto-ley N° 159 en 1967, en cuyo título se habla de sustancias que producen dependencia.

De igual forma Colombia sanciona el *decreto* 1136 de 1970, por el que se dispone, como medida de protección social, la reclusión clínica de la persona que perturbe la paz pública cuando se hallare en estado de intoxicación. En la actualidad esta es la actividad organizada con mayor índice de operatividad en la republica colombiana dividiéndose estos grupos en diferentes carteles o cárteles siendo estos el cartel de medellín⁷¹, cartel de cali⁷², cartel del norte del valle⁷³ y cartel de la costa⁷⁴.

⁷¹ Este fue el nombre que le dio el Departamento de Antinarcóticos Estadounidense (DEA) a esta organización delictiva que entre tantas actividades, estaba dedicada al tráfico de cocaína, su máximo líder fue Pablo Emilio Escobar Gaviria, la cual tuvo su centro de operaciones en la ciudad de Medellín en Colombia, este nombre de "cartel" se le dio por la estructura jerárquica de dicha asociación criminal que contaba con un esquema de operación en el cual los distintos empresarios compartían recursos como rutas de envío de cocaína. Vid. **MEDINA GALLEGOS**, Carlos, *Mafia y Narcotráfico en Colombia: elementos para un estudio comparado*, Editorial CLACSO, Argentina, año 2012, p. 151.

⁷² El Cartel de Cali fue el nombre dado a la organización criminal dedicada al tráfico de cocaína, encabezada por los hermanos Gilberto y Miguel Rodríguez Orejuela, la cual recibe el nombre de la ciudad de Cali, en la cual tuvieron su principal base de operaciones. - **Ibídem** p. 157.

⁷³ Fue un cartel de drogas que operó principalmente en el Norte del Valle del Cauca, al Suroeste de Colombia, tuvo un importante crecimiento a mediados de los años de 1990, después de que los carteles de Medellín y Cali se fragmentaran y es conocido como una de las organizaciones más poderosas dedicadas al negocio de tráfico de droga. Vid. **Ibídem**. p. 160.

⁷⁴ El Cartel de la Costa o Cartel de la Costa Atlántica fue una organización delictiva dedicada a la fabricación y tráfico de droga que funcionó en el norte de Colombia entre los años 1980

1.1.7.2 Carteles de la droga en México

Después de 1993 México es considerado el primer proveedor de cocaína y marihuana de los Estados Unidos, luego de los cárteles Colombianos; la DEA estima que el 70% de la cocaína producida en Latinoamérica pasa por México, aprovechando su larga y porosa frontera, además de 6.622 Km de costas, tanto del lado del Pacífico como del Atlántico, con sus numerosos puertos clandestinos.

La gran extensión de la frontera mexicana con Estados Unidos (3.114Km) ha ayudado a los narcotraficantes de drogas a realizar tareas de contrabando y asegurar, por otra parte, el aprovisionamiento constante de precursores químicos americanos.⁷⁵

Actualmente se considera que Centroamérica es la zona de tránsito mediante la cual pasa el 88% de la cocaína que se destina a los Estados Unidos, una cifra de alrededor de 90 mil millones de dólares, de esa droga, la mayor parte ingresa por las fronteras mexicanas hacia Estados Unidos, ya sea por la ruta del Pacífico, que pasa por Sonora y Baja California hacia California y Arizona; la ruta del Centro, que se bifurca hacia Tamaulipas, Nuevo León y Coahuila, con destino a Texas y las zonas costeras, especialmente la caribeña, con destino a las rutas terrestres.⁷⁶

y 2010, el cual controlaba el comercio de droga en la Región Caribe con otras regiones del país, su centro de operaciones era la ciudad de Barranquilla. – <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-50120>. Consultado el 24-07-2014 11:20 a.m.

⁷⁵ Vid. **MONTOYA**, Mario D., *Mafia y Crimen Organizado*. Ob.Cit., p. 159.

⁷⁶ En realidad, las rutas del narco fluyen por todo el país, tanto en el tránsito de sur a norte como en la recepción de cargamentos en varios puntos costeros y aeropuertos con destino a Estados Unidos y al consumo nacional. Después de la zona metropolitana de la Ciudad de México y Jalisco, los estados que presentan mayor cantidad de denuncias por narcotráfico son los fronterizos. Vid. **BENÍTEZ MANAUT**, Raúl y Georgina **SÁNCHEZ**, *Crimen*

A principios del nuevo milenio, 19 cárteles u organizaciones principales se distribuyeron el mercado mexicano, conformando una especie de federación en la que los roles y territorios se encuentran bien delimitados; cada uno de los carteles se caracteriza por su organización piramidal, con distintos roles y protagonistas al estilo colombiano. Los cárteles mexicanos presentan como rasgo típico su especialización en el contrabando, no en la producción de drogas.

Las organizaciones más importantes en México son: 1) el Cártel de Guadalajara⁷⁷, 2) el Cártel del Golfo⁷⁸, 3) el Cártel de ciudad Juárez⁷⁹, 4) el Cártel de Tijuana⁸⁰, 5) el Cártel de Jalisco⁸¹. Los cabecillas de los principales cárteles de narcotraficantes mexicanos se reunieron en Apodaca para forjar una alianza y terminar con las luchas internas, reducir gastos y enfrentar las políticas antidrogas creadas durante el gobierno del presidente Vicente Fox. El último gran cártel de drogas mexicanos colapso en 1989 al ser arrestado

Organizado en América Latina y el Caribe: Las Fronteras de México y el Crimen Organizado, Editorial Catalonia, Chile, año 2008, p. 187.

⁷⁷ Con la jefatura de Miguel Félix Gallardo. En 1982 esta organización hacia pasar una tonelada de cocaína por mes a los Estados Unidos. Era el intermediario indispensable del Cártel de Medellín. El aludido jefe fue sospechoso de haber participado en el asesinato del agente de la DEA Enrique Camarena Salazar en 1985. - Vid. **MONTOYA**, Mario D., *Mafia y Crimen Organizado*. Ob.Cit., p. 160.

⁷⁸ Dirigido por Humberto García Abrego, a él se encontraba ligado Raúl Salinas, hermano del ex presidente de México, Carlos Salinas de Gortari. Salinas colocó camiones oficiales y vagones de tren a disposición de los traficantes y creó un sistema con el cual los cargamentos ilícitos podrían atravesar el territorio mexicano sin peligro de ser detenidos por la policía en determinados días. – Vid. **Ibíd.**

⁷⁹ Es una de las organizaciones de traficantes más poderosas de México, dirigida por Armando Carrillo Fuentes, conocido como el “Señor de los Cielos” por su especialidad de contrabandear drogas en líneas aéreas comerciales. Al principio se encontraba relacionado al Cártel de Medellín, y luego al de Cali. Dicho narcotraficante fue asesinado en el transcurso de una operación de cirugía estética para cambiar su rostro. – Vid. **Ibíd.**

⁸⁰ Aliado del Cártel de Cali ha extorsionado a otros traficantes de Tijuana, obligándolos al pago de un “impuesto” que proveía una ganancia de 230 millones de dólares anuales. – Vid. **Ibíd.**

⁸¹ Dirigido por Quinteros Payan, detenido en abril de 1993. Se dedicaba a producir anfetaminas en la zona de Guadalajara, la organización importaba de Europa y Asia precursores químicos para los laboratorios. – Vid. **Ibíd.**

su cabecilla, Miguel Ángel Félix Gallardo, a posteriori estallo una guerra entre los demás carteles por la supremacía en el mercado.

Lo más preocupante para la DEA y las organizaciones policiales de Europa, es que las organizaciones mexicanas y colombianas han establecido vínculos con agrupaciones criminales en África en países como Ghana, Nigeria, Guinea, Guinea-Bissau, Senegal y Togo. En México la tendencia de la importación de drogas también se ha transformado, y no sólo se concentra en el tráfico de cocaína de Colombia.

Ahora, de forma creciente, aumentan las importaciones de pseudoefedrinas y metanfetaminas, provenientes de China en su mayor parte. A inicios de 2007 se descubrió el tráfico de pseudoefedrinas, mediante el decomiso de más de 200 millones de dólares y euros en efectivo, *propiedad* del ciudadano de origen chino Zhenli Ye Gon. Al respecto, otra vulnerabilidad del sistema de aduanas es la corrupción de las aduanas marítimas. Ello ha llevado a los gobiernos de México y Estados Unidos a implementar el Plan Estratégico Bilateral México-Estados Unidos.⁸²

1.2 Historia del crimen organizado en El Salvador

1.2.1 Hechos históricos sobre el crimen organizado en El Salvador

Después de la conquista de El Salvador, ocurrida en el año 1522 este pasa a ser un dominio de la Corona Española y al no encontrar oro ni plata en abundancia, como en México y Perú se dedicaron a la agricultura y la ganadería, situación en la que surgió un fenómeno que transformó y que todavía sigue afectando a estas comunidades “el cuatrero”, consistente

⁸² Vid. **BENÍTEZ MANAUT**, Raúl y Georgina **SÁNCHEZ**, Ob.Cit., p. 190

en un grupo de individuos que se dedicaban al robo de ganado y en algunas ocasiones las cosechas, los cuales eran vendidos en otros sitios de la república.

A pesar de todos estos fenómenos al interior de la zona; también existió otro fenómeno que afectó de sobremanera a todas las colonias españolas en América, siendo estos la piratería; quienes se dedicaban a saquear a todas las embarcaciones españolas que transportaban los tributos de las colonias, incluyendo a El Salvador.

El país tuvo en tres ocasiones la presencia de flotas piratas, siendo la primera en el mes de abril de 1579 por el inglés sir Francis Drake pero este no desembarcó, solo pasó por el Golfo de Fonseca.

La segunda visita en las costas salvadoreñas fue por parte del inglés Thomas Cavendish, quien ancló en el mes de julio de 1587 en el Golfo de Fonseca, pero no existió ninguna clase de peligro; fue la tercera visita hecha por los piratas franceses, liderado por Eduard Davis, Tomas Eatan y Willan Dampier en el año de 1684 quienes arrasaron y saquearon al puerto de Amapala y el pueblo de Santa María de las Nieves de Amapala, hoy conocida como la Isla de Conchagueta, al igual que los habitantes de Santa María de Meanguera.⁸³

A nivel internacional se generó desconfianza de los sistemas liberales que predominaban en ese momento, porque surgieron nuevas corrientes de pensamiento que alcanzaron gran impacto; entre estos el comunismo, nazismo y fascismo, los cuales se enfrentaban a cada momento en el campo internacional y al interior de cada país.

⁸³ Vid. **CALLES, CAMILA y FÉLIX AMAYA**. *Los Piratas en El Salvador*. Revista Dominical, La Prensa Gráfica 18 de julio de 2004.

El Salvador no fue la excepción; en los años 20's se generaron en el país los primeros grupos comunistas, de manera clandestina que tenían el apoyo del comité del Partido Comunista de Guatemala, hasta el año 1929 que se constituyó el Partido Comunista de El Salvador, el cual creó un comité ejecutivo central en el año 1930; En ese tiempo la sociedad salvadoreña se regía bajo el código penal de 1904, el cual no permitía esa clase de grupos por considerarlos contrarios al orden y a la Moral Pública.

En la década de 1970 surgieron organizaciones guerrilleras quienes crecieron rápidamente, además, se dio un auge de organizaciones populares en el campo y la ciudad que estaba cansada de tanta injusticia, decidiendo organizarse para luchar por sus derechos y contra la represión; por lo que el gobierno y clase dominante del país se sintieron preocupados y fueron vistos como organizaciones criminales o delincuentes que se habían agrupado para conspirar contra el gobierno. En 1972 bajo la presidencia de Arturo Armando Molina se creó una serie de reformas entre las cuales estaba la de detener a los grupos organizados en el Bloque Popular Revolucionario (BPR) y el Frente de Acción Popular Unificada (FAPU).

Después de la guerra civil en El Salvador⁸⁴ que duro 12 años, la población civil percibe los flagelos sociales o secuelas de la guerra, y como consecuencia de ello hay un incremento excesivo de pobreza, marginación social, desempleo, desintegración familiar e incremento de los índices delincuenciales como grupos organizados que cometen secuestros, robos, violaciones, tráfico de drogas entre otros. En la sociedad salvadoreña se

⁸⁴ Conflicto armado entre el ejército gubernamental Salvadoreño, la Fuerza Armada de El Salvador, (FAES), en contra de las fuerzas insurgentes del Frente Farabundo Martí para la Liberación Nacional (FMLN), el cual nunca fue declarado en forma oficial, pero se considera usualmente que se desarrolló entre 1980 y 1992

había perturbado el orden público o la paz pública por el aumento de la delincuencia y como efecto del periodo de la guerra, se comenzaron a formar agrupaciones de jóvenes que habían sido deportados de Estados Unidos (específicamente de Nueva York y Los Ángeles) por pertenecer a pandillas juveniles.⁸⁵

Dichas deportaciones produjeron una transculturización que originó las grandes estructuras pandilleras hoy conocidas como maras. Actualmente el término se usa cada vez menos para designar a una agrupación de personas afines; se ha convertido en sinónimo de violencia y de criminalidad. Las maras son agrupaciones violentas, proclives a cometer todo tipo de delitos, incluyendo extorsiones, homicidios, secuestros y tráfico de drogas; pero no son las únicas responsables de la criminalidad del país.

En El Salvador el crimen organizado ha evolucionado en cuanto a las actividades a las que se dedican los sujetos que participan bajo esta modalidad de delincuencia, ya que durante los años 2000 las estructuras criminales se dedicaban al secuestro de empresarios, con el objeto de obtener mucho dinero a cambio de la libertad de las personas, como lo fue el caso del secuestro en perjuicio del derecho a la libertad individual de los señores *Ernesto Sol Meza y Juan Elías Saade Saade*⁸⁶.

Después de ello con el auge de las pandillas, que comenzaron a tomar más protagonismo en la realidad salvadoreña se dedicaban y dedican al tráfico ilícito de drogas, homicidios complejos y sobre todo inició a operar el delito

⁸⁵ **MARTINEZ VENTURA**, Jaime, *Maras en El Salvador y su relación con el crimen organizado transnacional*, Programa de Seguridad Regional, Colombia, año 2010, p. 2.

⁸⁶ **TRIBUNAL CUARTO DE SENTENCIA DE SAN SALVADOR**, bajo la referencia 203-1-2003, contra José Palacios Rivas y otros sujetos por el delito de Secuestro Agravado, sancionado en los arts. 149 y 150 CP.

de extorsión, mediante el cual desde hace aproximadamente quince años estos grupos (maras-pandillas) obtienen sus ingresos económicos.

1.2.2 Reseña histórica sobre la regulación jurídica del crimen organizado en El Salvador.

En El Salvador, el código de 1973 en su artículo 51 regulaba la participación delictual en muchedumbre, el cual establece que en toda muchedumbre delictual los inductores, dirigentes, agentes provocadores y cualquiera otra persona que realice actos que deban calificarse como determinantes del tumulto encaminado a la comisión de un delito o delitos, serán considerados como autores mediatos de máxima responsabilidad. Los que sin estar comprendidos en el inciso anterior participan por impulso de la muchedumbre en la ejecución de los actos delictuosos, que del tumulto se deriven, serán considerados como autores inmediatos con responsabilidad menor de los autores mediatos.

Los demás partícipes en el tumulto que no hubieran realizado actos ejecutivos, pero hubieran cooperado a la perpetración de los delitos, excitando o reforzando a los autores inmediatos, serán considerados como cómplices. Asimismo en Art. 52 del mismo cuerpo legal establecía que la responsabilidad penal de los partícipes principia desde el momento en que se ha iniciado la ejecución del delito y cada uno responderá en la medida de su propia culpabilidad.

Es en el código de 1998 que se adiciona con la reforma mediante Decreto Legislativo N° 280 del 8 de febrero del año 2001, el Art. 22-A denominado en su epígrafe “Crimen Organizado”, el cual en su texto establece que se

considera crimen organizado aquella forma de delincuencia que se caracteriza por provenir de un grupo 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 terrorismo⁸⁷.

De la anterior regulación mediante Decreto Legislativo N° 190 del veinte de diciembre de dos mil seis, con la creación de la Ley contra el crimen organizado y delitos de realización compleja se deroga la disposición del código penal y se establece en el Art. 1 inc. 2 de la Ley especial⁸⁸ una copia parcial de la definición que aporta la Convención de Palermo, ya que en ella se han eliminado dos características esenciales del crimen organizado, que se encuentran incluidas en la definición de la Convención de Palermo: a) Que el propósito sea cometer delitos graves, no cualquier delito; y b) Que el objetivo sea obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material. Además, mientras que según el tratado internacional la estructura es de tres o más personas, la ley salvadoreña establece dos o más⁸⁹.

⁸⁷ Es de resaltar que esta regulación es mucho más amplia que la actual, ya que también considera crimen organizado aquellas conductas 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, asociación ilícita, falsificación o alteración de moneda, actos de terrorismo, comercio de personas, contrabando, lavado de dinero y activos, trafico, 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.

⁸⁸ 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 actué concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos.

⁸⁹ Por otra parte, la definición de “delitos de realización compleja”, incluida en dicha ley, es confusa y equívoca. Primero, porque no establece características distintivas de este tipo de delitos y sólo indica tres circunstancias que difícilmente permiten diferenciarlos de los delitos comunes: a) realizados por dos o más personas; b) que haya dos o más víctimas; c) que provoque alarma o conmoción social. Segundo, porque según esta ley los delitos de realización compleja son sólo tres: a) homicidio simple o agravado; b) secuestro; y c) extorsión.

Es a partir de la creación de la ley contra el crimen organizado que se presenta una serie de problemáticas entre ellas la disparidad de criterio en cuanto a la imputación personal en los sujetos que intervienen en la ejecución de delitos bajo la modalidad de crimen organizado, ya que la ley no establece cuales son las formas en la que estos pueden participar en la materialización de los ilícitos penales, lo que nos hace remitirnos a la ley general, siendo este el código penal que tampoco regula las formas especiales que han sido reconocidas por el derecho internacional y que serán objeto de estudio de la presente investigación.

Por lo que es necesario precisar las falencias que dicha ley presenta, a efecto de solventar cada una de las dificultades que la jurisdicción especializada tiene en cuanto a la aplicación de la justicia en materia de criminalidad organizada. Para ello se abordara en el siguiente capítulo las definiciones de crimen organizado y sus características según el derecho internacional, para lograr establecer un razonamiento más integro de lo que el crimen organizado hace referencia y requiere para su tratamiento jurídico.

CAPITULO II

CRIMEN ORGANIZADO, CONCEPTO, CARACTERISTICAS Y SU REGULACION JURIDICA.

2.1 Nociones y características del crimen organizado

Una conceptualización de la criminalidad organizada ha de entenderse como un aspecto sumamente complejo, desde su estructura semántica, puesto que la dimensión del fenómeno “crimen organizado” presenta un marco bastante difuso, sin que medie un consenso en la doctrina respecto de la significación que puede acordarse a la criminalidad organizada. Es esta una cuestión dogmática bastante polémica en cuanto a los alcances extensivos o restrictivos que deben tomarse en cuenta para definir qué habrá de entenderse por crimen organizado.⁹⁰

La falta de concreción en una definición única de la delincuencia organizada, viene determinada por la heterogeneidad de sus acciones ilícitas y los múltiples sectores sociales, económicos o financieros en los que tejen sus redes criminales, así como por las diferentes legislaciones existentes en cada país. Cuando se habla de delincuencia organizada, instintivamente se piensa en grandes grupos perfectamente organizados, con numerosos recursos económicos, dedicados a la comisión de delitos graves: secuestros, robos altamente sofisticados, extorsión a una parte importante de la población y corrupción de las autoridades.⁹¹

Como se ha señalado el crimen organizado existe para proveer bienes y

⁹⁰ **SANCHEZ**, Carlos, “Sobre el concepto de crimen organizado, significación de su contenido en la Legislación penal Salvadoreña”, Revista Política y Seguridad Pública, Enero 2012, p. 31.

⁹¹ **GARCIA COLLANTES**, Ángel, *Delimitación conceptual, la delincuencia organizada*, Derecho y Cambio Social, España, año 2014, p. 2.

servicios ilegítimos que el público demanda, o bien que el crimen organizado provee bienes y servicios tanto lícitos como ilícitos, pero de manera ilícita, sin embargo, existe una considerable discusión teórica en torno a la definición de crimen o delito organizado; tal discusión principalmente jurídica es amplia y compleja, la cual señala la existencia de un tipo de delincuencia que se diferencia de lo que se denomina “delincuencia común”.⁹²

En este contexto, la criminalidad como fenómeno social normalizado encuentra ventanas de oportunidad para estabilizarse, sofisticarse y expandirse; debe partirse del hecho de que la criminalidad es un constructo social relativo, en cuanto su consideración como tal, varía de forma significativa según el momento (tiempo, espacio y lugar) donde se enmarque, y tiene un carácter convencional en la medida que se configura como un producto directo de la legislación, siendo esta misma efecto de un diverso conjunto de factores como son los distintos modelos políticos, tradiciones legislativas, sistemas de valores o convenciones internacionales suscritas.

Debido a los procesos de evolución o perfeccionamiento que caracterizan a al antiguo fenómeno del crimen organizado este se diferencia con la delincuencia común por varios elementos, entre ellos: a) rebasa los controles gubernamentales, b) establece líneas especiales de operaciones basadas en un sistema complejo de tipo empresarial, bien estructurado para la comisión de hechos delictivos, c) persigue por medio de determinadas acciones violentas la búsqueda y obtención de poder económico y social, no tanto político d) la delincuencia está muy delante de lo que caracteriza a la delincuencia común tradicional y convencional; e) adicionalmente, se puede señalar que el delito organizado posee una marcada dimensión transnacional

⁹² Vid. **ARAVENA ROJAS**, Francisco, *El crimen organizado internacional, una grave amenaza a la democracia de América Latina y El Caribe*, II Informe del Secretario General de FLACSO, Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales, Costa Rica, año 2006, p. 8.

y una alta capacidad de adaptación al nuevo contexto, así como una fuerte especialización en los ámbitos específicos⁹³.

2.1.1 Definiciones sobre crimen organizado

Definición doctrinal

En atención a las dos palabras que componen la expresión “*crimen organizado*” se encuentra, que el sustantivo *crimen* designa un género y el adjetivo *organizado* remite a una diferencia específica; el significado del género parece aludir a un tipo de actividad que comparte con otras su condición delictiva o antijurídica, una infracción de la ley, en principio punible. La característica que aporta el adjetivo nos permite distinguir entre crímenes de una u otra índole; según el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, organizar significa “*establecer o reformar algo para lograr un fin, coordinando las personas y medios adecuados*”; de esta forma al asociar el sustantivo “crimen” con el adjetivo “organizado”, se sugieren dos propiedades que resultan ajenas a gran cantidad de delitos.

De entrada la palabra organizar parece tener un significado bastante próximo al de planificar, de modo que el crimen organizado debe diferenciarse de aquellos otros actos delictivos espontáneos o que se cometen sin deliberación previa, bajo el efecto de reacciones impulsivas, como ocurre con los llamados “crímenes pasionales”. Además, ateniéndonos a la definición

⁹³ Cuando se habla de una fuerte especialización, se hace referencia a las actividades a las que estos grupos organizados se dedican, ya que al tomar un modo de operar ilícito, logran especializar dichas actividades, logrando mayores beneficios económicos, entre las actividades específicas a las que comúnmente se dedican las organizaciones criminales son el tráfico ilegal de estupefacientes, tráfico de armas, tráfico de personas, así como el blanqueo de dinero. Vid. Vid. **ARAVENA ROJAS**, Francisco, *El crimen organizado internacional*, Ob.Cit., p. 9.

académica, *organizar* exige poner en coordinación a varias personas, lo cual permite excluir otro buen número de delitos o crímenes, en contra punto de todos aquellos que suelen o pueden perpetrarse de forma individual. Ese factor organizativo, heredado en la modernidad de las instituciones políticas y de las entidades empresariales, implica especialización, distribución de funciones, capacidad de mando y sustitubilidad de las individualidades que lo componen.⁹⁴

La primera necesidad para definir la delincuencia organizada tiene como punto de partida diferenciar la organización criminal de una simple asociación para delinquir; es decir que se está ante algo más que una simple agrupación de personas que se juntan para realizar hechos ilícitos, se podría decir, que se trata de un grupo social con una cierta estructura y que sus miembros se organizan para la comisión de acciones delictivas⁹⁵, a diferencia de la delincuencia común, que en la mayoría de las ocasiones los sujetos activos actúan en solitario.⁹⁶

A consideración de algunos especialistas en materia de crimen organizado, este puede entenderse en *sentido amplio*, haciendo referencia que desde que una persona se asocia a otras para maximizar el rendimiento de su esfuerzo criminal, con un menor riesgo y una mayor facilidad de éxito en su propósito, existe, delincuencia organizada, entendiéndolo como tal la

⁹⁴ **GARCIA COLLANTES**, Ángel, Ob.Cit., pp. 3-4.

⁹⁵ Los componentes o sujetos que integran una banda de delincuencia organizada deben actuar conforme a las normas internas de la organización en cuanto a deberes, obligaciones y disciplina, que se imponen al momento de formar parte de dicha organización, como reglas fundamentales de pertenencia y operatividad en la misma.

⁹⁶ “Resulta claro que la criminalidad organizada no es el polo opuesto de la delincuencia individual; a pesar de que el término admite acepciones muy amplias, la delincuencia de grupo no se agota en la criminalidad organizada, de esta forma, de la delincuencia individual forman parte sin tener nada que ver con el crimen organizado, los actos delictivos puntuales con pluralidad de intervinientes, que eventualmente comparten vínculos de fondo pero sin estructuras, ni distribución de papeles precisos, aunque ciertos individuos pueden desempeñar papeles dominantes”. - Vid. **GARCIA COLLANTES**, Ángel, Ob.Cit., p. 4.

delincuencia grupal. Es por ello que HERRERO⁹⁷ afirma que delincuencia organizada ha existido siempre, por la misma razón que siempre ha existido también la actividad ilícita organizada, debido a la tendencia del hombre a planificar sus tareas cuando ha de trabajar en equipo.

Sin embargo, el *concepto estricto* del fenómeno no se refiere tanto a la delincuencia que utilice grados simples de organización, pues estos son inherentes a cualquier clase de delincuencia sino que, se circunscribe a la comisión de delitos en grupo, pero de forma estructurada, jerarquizada y permanente, con una finalidad de enriquecimiento ilegal o de efectuar hechos antijurídicos con intención sociopolítica, valedores de disciplina y coacción en relación a sus miembros y de toda clase de medios frente a terceros con el fin de alcanzar sus objetivos.⁹⁸

Las características distintivas de la organización criminal frente al simple grupo estructurado son la comisión de delitos de especial gravedad, estructura desarrollada, asignación de funciones y persecución de fines económicos o de otro orden material; existe una gran dificultad en el intento de reducir en un concepto manifestaciones tan dispares y dependientes, a lo que hay que añadir la diversidad de perspectivas con que se aborda el intento, ya que cada una de las organizaciones criminales conocidas operan con sus propias características, con *modus operandi* y tipologías criminales distintas.⁹⁹

Al igual que en otras áreas, la doctrina ha tenido dificultad para establecer un concepto de criminalidad organizada, sustituyéndolo en la mayoría de las

⁹⁷ HERRERO, Cesar, *Criminología*, Editorial Dykinson, España, año 1997; citado por GARCIA COLLANTES, Ángel, Ob.Cit., p. 5.

⁹⁸ Vid. *Ibíd.*

⁹⁹ GARCIA COLLANTES, Ángel, Ob.Cit., p. 4

ocasiones por la enumeración de una serie de características; estas características serían la corrupción, la violencia, la estructura organizada, las reglas propias, lazos de cohesión internos; pero en concreto los atributos fundamentales de una organización, son los siguientes: a) Un conjunto de individuos o de grupos de individuos; b) asociados entre sí para conseguir ciertos fines y objetivos; c) que asumen y desempeñan una variedad de funciones o tareas diferenciadas; d) que operan de forma coordinada y conforme a ciertas reglas; y e) Que actúan con una cierta continuidad temporal.

Según, Giménez Salinas¹⁰⁰ se entenderá *que el crimen organizado hace referencia a un conjunto de delitos cuya característica distintiva reside en el modo de comisión del delito, concretamente, en el hecho de que la acción delictiva se lleve a cabo por diversas personas que pertenecen a una organización* asimismo lo define como *cualquier organización creada con el propósito expreso de obtener y acumular beneficios económicos a través de su implicación continuada en actividades predominantemente ilícitas y que asegure su supervivencia, funcionamiento y protección mediante recurso a la violencia y la corrupción o la confusión con empresas legales.*¹⁰¹

Lo central, la esencia en el crimen organizado, además de su compleja organización y redes de articulación, radica en dos características: la primera está referida a la amenaza o el uso de la fuerza para sus actividades; y la segunda es el uso de la corrupción como instrumento principal para

¹⁰⁰ Vid. **GIMENEZ SALINAS** Andrea Framis, *La lucha contra el crimen organizado en la Unión Europea: La delincuencia organizada en Europa, extensión, factores facilitadores y rasgos principales*, Secretaria General Técnica del Ministerio de Defensa, España, año 2012, p. 11.

¹⁰¹ Vid. **GIMENEZ SALINAS** Andrea Framis, *La lucha contra el crimen organizado en la Unión Europea: La delincuencia organizada en Europa, extensión, factores facilitadores y rasgos principales*, Ob.Cit., p. 14

erosionar las capacidades del Estado y aumentar la impunidad de sus acciones.¹⁰²

Algunos autores consideran que es preciso diferenciar la criminalidad organizada en *sentido amplio* a la que ellos denominan *criminalidad en la empresa*¹⁰³, que abarca todas aquellas acciones que se desarrollan en el contexto de una actividad empresarial de la que se ocupa principalmente el derecho penal económico; así crimen organizado, en este sentido se refiere a la criminalidad que comprende todas aquellas actividades que igual se desarrollan en cualquier tipo de empresa, con lo cual se hace énfasis en una criminalidad de tipo económico, que tiene como fundamento la organización y la finalidad estrictamente lucrativa en el sentido de ventajas económicas, es decir un modelo de *enterprise crime*¹⁰⁴ o *corporate crime*¹⁰⁵.

Por otro lado una organización criminal en *sentido estricto* es aquella que tiene como objeto, precisamente, el delito (la criminalidad como empresa o proyecto empresarial), por lo que puede decirse que la organización es criminal cuando se plantea como objetivo principal la obtención de un lucro por medios ilícitos; este sentido hace referencia a la que se encuentra constituida por organizaciones criminales que tienen características

¹⁰² Vid. **ARAVENA ROJAS**, Francisco, Ob.Cit. p. 9.

¹⁰³ Vid. **CHOCLAN MONTALVO**, José Antonio, *La Criminalidad Organizada, aspectos sustantivos, procesales y organicos: La criminalidad Organizada. Concepto. La asociación ilícita*. Editorial Lerko Print, España, 2001, p. 235.

¹⁰⁴ En español "Delincuencia empresarial" la cual consiste en la combinación de un negocio y tácticas ilegales con el único propósito de hacer dinero, esta delincuencia empresarial se compone de dos categorías de actividad criminal: crimen de cuello blanco y el crimen organizado.

¹⁰⁵ "Crimen corporativo", también llamado crimen de cuello blanco o de la delincuencia organizada, se refiere a los delitos que son cometidos por personas en el curso de las actividades comerciales legítimas. Los crímenes a menudo no violentan e involucran delitos como fraude, abuso de información privilegiada, y el lavado de dinero, otro tipo de delito es delito estatal-corporativo, en el que las empresas que dependen de los estados para el apoyo financiero cometen delitos para obtener beneficios de forma ilegal.

especiales, que la diferencian de la criminalidad convencional, siendo su finalidad la de cometer masificadamente conductas delictivas homogéneas o heterogéneas; de ahí, la connotación que se le da a la criminalidad organizada estricta como la de *criminalidad como empresa*.

Se podría decir, que se trata de un grupo social con una cierta estructura y que sus miembros se organizan para la comisión de acciones delictivas. A diferencia de la delincuencia común, que en la mayoría de las ocasiones actúan en solitario¹⁰⁶.

Conceptualización Jurídica

El término de crimen organizado comenzó a emplearse en 1919, entre los miembros de la Comisión de Crimen de Chicago¹⁰⁷, el cual inicialmente aludía a una clase criminal, dedicada al desarrollo de actividades ilícitas, con impunidad ante el gobierno e incluso con simpatía popular. Hacia finales de los años veinte y principios de los treinta el término dejó de implicar una amorfa “clase criminal” para comenzar a equipararse con “sindicatos del crimen”, “gangs”, “organizaciones criminales”, entre otras denominaciones.¹⁰⁸ En ese periodo los conceptos de crimen organizado y mafia¹⁰⁹ virtualmente

¹⁰⁶ **GARCÍA COLLANTES**, Ángel, *Delimitación conceptual de la delincuencia organizada*, Artículo de Derecho y cambio social, 2014, p 4.

¹⁰⁷ La Comisión era el órgano rector de la mafia Estadounidense, formado en 1931 esta, sustituyó el título del "capo de todos los capos", con una especie de Comisión de gobierno, consistente en los jefes de las Cinco Familias de Nueva York y el jefe del Chicago Outfit (familia mafiosa de Chicago). La última reunión conocida de la Comisión que se celebró con todos los jefes fue en noviembre de 1985. Vid. **MORENO GONZALEZ, Rafael**; *Enfoque Criminológico del Crimen Organizado*; S. Edi., España, año 2005, p. 127.

¹⁰⁸ Vid. **MORENO GONZALEZ, Rafael**, Ob.Cit., p.128.

¹⁰⁹ Considerado esta como la Organización madre de la criminalidad organizada, ya que fue este nombre que se usó en Italia, para llamar a aquellas organizaciones que se dedicaba a realizar actividades ilícitas con el fin de adquirir ingresos económicos, como prostitución, juegos de azar, lavado de dinero y blanqueo de capitales.

se volvieron sinónimo ya que el crimen organizado era percibido como una organización integrada por individuos de diverso origen.

Fue por esto que el congreso Estadounidense articuló el estatuto federal contra el crimen organizado, en el que se incluyeron agrupaciones menos estructuradas y empresas ilícitas denominado Racketeer Influenced and Corrupt Organizations, RICO statute¹¹⁰ o Ley RICO conocida en los países Latinoamericanos. Este estatuto establece una definición sobre delincuencia organizada¹¹¹ y hace alusión a las diferentes actividades en las que puede operar este tipo de criminalidad, lo cual ha servido de base para la regulación especial de este tipo de hechos delictivos.¹¹²

¹¹⁰ Vid. **RICHARDS**, James R.; *Transnational Criminal Organizations, Cybercrime, and Money Laundering*; S. Edi., Estados Unidos, 1999, p. 135. - El congreso de los Estados Unidos aprobó "The Racketeer Influenced and Corrupt Organizations statute" en 1970 como parte de la Ley de Control de la delincuencia Organizada, la historia legislativa de la Ley RICO está repleta de referencias a "mafiosos conocidos"; la ley RICO, hace ilegal para cualquier persona mantener al patrón de actividad de delincuencia organizada o utilizar el producto en inversiones, adquirir el control de o llevar a cabo los asuntos de cualquier empresa formal o informal interestatal.

¹¹¹ Título 18, capítulo, 96, artículo 1961 del Estatuto RICO 1) "actividad de delincuencia organizada" significa lit., (A) cualquier acto o amenaza que implica el asesinato, el secuestro, el juego, el incendio, el robo, el soborno, la extorsión, el tráfico de material obsceno, o la negociación de una sustancia controlada o químico listado (como se define en la sección 102 de Ley de Sustancias Controladas), que es exigible bajo la ley estatal y la pena de prisión de más de un año.

¹¹² Título 18, capítulo, 96, artículo 1961 del Estatuto RICO, lit., B) cualquier acto que sea punible bajo cualquiera de las siguientes disposiciones del Título 18, Código de Estados Unidos: la Sección 201 (en relación con el soborno), sección 224 (en relación con el soborno de deportes), secciones 471, 472 y 473 (en relación con la falsificación), sección 659 (en relación con el robo de transporte interestatal) si el acto punible conforme a la sección 659 es criminal, la sección 664 (relacionado con la malversación de los fondos de pensiones y de asistencia social), las secciones 891 a 894 (en relación con las operaciones de crédito de extorsión), sección 1028 (en relación con el fraude y la actividad relacionada en relación con los documentos de identificación), sección 1029 (en relación con el fraude y la actividad relacionada en conexión con los dispositivos de acceso), sección 1084 (en relación con la transmisión de información de los juegos de azar), sección 1341 (en relación con el fraude electrónico), sección 1343 (en relación con fraude electrónico), sección 1344 (en relación con el fraude institución financiera), sección 1351 (en relación con el fraude en la contratación de mano de obra extranjera), sección 1425 (en relación con la adquisición de la ciudadanía o nacionalización ilegalmente)

Sin embargo, era necesaria la regulación de estos grupos criminales por un instrumento internacional, donde se incorporaran figuras jurídicas incorporables a las legislaciones de los países de todo el mundo, en concreto dicha regulación internacional fue efectuada a través de la Convención de Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional del año 2000, denominada *Convención de Palermo*¹¹³ en la que define en su artículo segundo literal a) como grupo delictivo organizado, aquel *grupo estructurado de tres o más personas que existe durante un cierto tiempo y que actúa concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves, con la intención de obtener, directa o indirectamente un beneficio material o económico.*

La definición ha sido muy criticada por su imprecisión, por su laxitud y por traicionar la pretensión original de reservar el concepto de *crimen organizado* para su aplicación exclusiva a casos de delincuencia grupal que tuvieran un elevado impacto social; por lo que otros organismos internacionales, han propuesto definiciones a partir de indicadores que sumados o de forma alternativa discriminan los grupos criminales pertenecientes a la categoría de crimen organizado.¹¹⁴

Como antecedente sobre la regulación jurídica de este fenómeno podemos citar la disposición contenida en el Tratado de la Unión Europea relativo a la

¹¹³ Celebrada en Palermo Italia y adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 15 de noviembre del 2000, mediante resolución A/RES/55/25.

¹¹⁴ Así por ejemplo el Consejo de Europa estableció en su Recomendación (2001) 11 una lista de indicadores que ha sido utilizada por la Agencia Europea de Policía (Europol), que incluye unos *indicadores obligatorios* como lo son: colaboración de dos o más personas, búsqueda de beneficios de poder, permanencia en el tiempo y sospecha de comisión de delitos graves. Y como *indicadores optativos* para considerarse crimen organizado: reparto de tareas específicas entre los miembros, existencia de mecanismos de control y disciplina interna, empleo de corrupción política, de medios de comunicación o justicia, actividad internacional, empleo de violencia e intimidación, empleo de estructuras comerciales y económicas y participación en blanqueo de capitales. Vid. **GIMENEZ SALINAS** Andrea Framis, Ob.Cit. p.13.

tipificación penal de la participación en una organización delictiva, en el artículo 1 el cual establece que *se entiende por organización criminal, la asociación estructurada, de más de dos personas, establecida en el tiempo y que actuando de forma concertada pretenda la comisión de una infracción calificada con una pena privativa de libertad de un máximo de al menos cuatro años, siempre que tales infracciones busquen el beneficio patrimonial o influir indebidamente en el funcionamiento de organismo públicos.*¹¹⁵

2.1.2 Diferentes acepciones del término “organización criminal”

A efecto de tener una noción concreta sobre el tema en comento, deben definirse de forma específica los diferentes términos con los cuales tiende a asociarse el crimen organizado entre ellos criminalidad organizada transnacional, estructura criminal, asociación o asociaciones ilícitas. En cuanto a la *criminalidad organizada transnacional* la Convención de las Naciones Unidas contra el Crimen Organizado Transnacional (UNTOC, por sus siglas en inglés) no contiene una definición precisa del término "crimen transnacional organizado" ni incluye una lista de los tipos de delitos que podrían constituirlo.

Esta ausencia de definición fue pensada para permitir una aplicación más amplia de los nuevos tipos de delito que emergen constantemente, a medida que las condiciones locales, regionales y globales se modifican en el tiempo. Sin embargo este concepto comenzó a ser utilizado por la rama de prevención del delito y justicia penal de Naciones Unidas en el año 1975, con él se identifica al fenómeno criminal que trasciende las fronteras internacionales, y que transgrede las leyes de diversos Estados, o que tienen

¹¹⁵ Vid. **CHOCLAN MONTALVO**, José Antonio, Ob.Cit., p. 236.

un impacto sobre otro país. En resumen se hace referencia a la actividad delictiva que se extiende dentro de distintos países y violando sus respectivas legislaciones.¹¹⁶

La Convención cubre, únicamente, delitos que son "transnacionales", siendo este un término bastante amplio, el cual se refiere no sólo a ofensas cometidas en más de un Estado, sino también a aquéllas ofensas que tienen lugar en un Estado pero que son llevadas a cabo por grupos que operan en más de un Estado, así como delitos cometidos en un Estado pero que tienen un impacto substancial en otro Estado.¹¹⁷

En cuanto a la *delincuencia organizada* en base a lo que se ha indicado, podemos decir que se trata de la forma de como un “grupo social” con una cierta estructura y con varios miembros se organizan para cometer acciones delictivas, es decir que cuando se habla de delincuencia organizada se hace referencia a la modalidad del crimen, se trata de un concepto genérico, ya que atendiendo a su concepto, es toda aquella delincuencia que logra sus objetivos o fines ilícitos de una forma organizada, de una forma especializada; el sujeto activo no es un individuo que actúa de forma independiente, sino es una pluralidad de sujetos que actúan de forma colectiva, estructurada y jerarquizada.

¹¹⁶ Vid. **NUNZI**, Alfredo “The Elaboration of the United Nations Convention against Transnational Organized Crime”, presentado por ISISC en el XVI Congreso Internacional de Derecho Penal, Budapest, Hungría, setiembre de 1999, para ver una evolución del concepto; citado por **LLERENA**, Patricia Marcela, Reforma legal y judicial y control de la corrupción en América Latina y El Caribe, año 2012, p. 1 disponible en <http://info.worldbank.org/etools/docs/library/106128/madrid2002/pdf/llerena.pdf>.

¹¹⁷ “En este contexto, la definición tácita de "crimen transnacional organizado" incluye virtualmente a todas las actividades criminales serias con fines de lucro y que tienen implicaciones internacionales. Esta definición tan amplia tiene en cuenta la complejidad global del problema y da lugar a la cooperación para afrontar el rango más extenso de preocupaciones comunes”.- <https://www.unodc.org/ropan/es/organized-crime.html> consultado 09-08-2014.

El término de *estructura criminal* hace alusión a la articulación de personas que componen una organización delictiva, ya que como hemos señalado y se abordara con profundidad más adelante, dentro de estas organizaciones existe una distribución de funciones, mediante las cuales les permite lograr eficazmente sus objetivos. El diccionario de la Real Academia de la lengua Española establece que estructura es la *distribución y orden de las partes de un edificio de un cuerpo o de otra cosa*, lo que nos hace tener la idea cierta que en una organización criminal, es una estructura la que opera dentro de ella y lo que hace que se mantenga con vida.

La estructura de la organización criminal dependiendo del lugar donde esta se desarrolle, está compuesta por líderes, jefes, ejecutores, colaboradores, ayudantes, entre otros; cumpliendo cada uno sus funciones dadas por los dirigentes de la misma, las cuales deben ser cumplidas por los miembros de esta, ya que si estos en un dado caso se niegan a realizarlas, son ejecutados y posteriormente reemplazados por otro que está dispuesto a obedecer.

Crimen organizado y asociación ilícita.

Asimismo un término que tiende a enlazarse con el crimen organizado es el de *Asociación o Asociaciones Ilícitas*, el cual en muchas legislaciones es adoptado como un delito autónomo e independiente. Desde sus orígenes el delito de asociación ilícita sirvió como un arma de lucha en contra de las conductas disidentes, pero, sobre todo, en contra de las denominadas bandas de malhechores, las que por su especial organización y estabilidad, portaban un grado importante de peligrosidad.

No obstante ello, la subsistencia de este delito, que se configura como una facilitación de imputación grupal genérica, ha recibido diversos reparos, ya

que por su amplitud y generalidad podría permitir la punición de ciertas conductas constitutivas de meros actos preparatorios.¹¹⁸

Si bien ha sido escasa la reflexión sobre este delito, algunos de los temas relevantes que se han discutido dicen tener relación con la determinación de su ratio legis¹¹⁹, la naturaleza del bien jurídico protegido, la imprecisión dogmática en la configuración del injusto específico, la delimitación con la figura de conspiración¹²⁰, eventual surgimiento de vacíos jurídicos en caso de su eliminación.

Asimismo, se cuestiona la necesidad político criminal de su existencia, considerando que la comisión de este delito también ha sido prevista por la legislación en materias como terrorismo, lavado de dinero y tráfico de drogas.¹²¹

Respecto al bien jurídico protegido en el delito de asociación ilícita (ahora denominado Agrupaciones Ilícitas), una parte de la doctrina ha estimado que se trata del orden público¹²². Sin embargo, las dificultades para determinar su

¹¹⁸ **CARNEVALI**, Raúl y Hernán **FUENTES**, *Informe jurídico sobre la eventual aplicación del delito de asociación ilícita establecido en el art. 16 de la Ley N° 20.000*, Política criminal, N° 6, 2008, D1, p. 3. Disponible en http://www.politicacriminal.cl/n_06/d_1_6.pdf.

¹¹⁹ "Razón de la ley" o "razón legal." Es el fundamento que debe inspirar el contenido y alcance de las normas jurídicas que componen el Derecho positivo. - Vid. **RODRÍGUEZ**, Agustín W., **GALETTA DE RODRÍGUEZ**, Beatriz, *Diccionario Latín Jurídico, Locuciones latinas de aplicación jurídica actual*, Ed. García Alonso, 1º Ed., Buenos Aires, 2008, p. 188.

¹²⁰ Art. 23 del Código Penal, delito de Proposición y conspiración el cual reza "Existe proposición cuando el que ha resuelto cometer un delito solicita de otra u otras personas que lo ejecuten o le presten su ayuda para ejecutarlo. Hay conspiración cuando dos o más personas se concertan para la ejecución de un delito y resuelven ejecutarlo.

¹²¹ **CARNEVALI**, Raúl y Hernán **FUENTES**, *Ob.Cit.*, p. 3

¹²² En nuestro ordenamiento jurídico regulado en el Art. 345 n° 1 del Código Penal como delito autónomo el cual dice "Serán consideradas penalmente ilícitas las agrupaciones, asociaciones y organizaciones siguientes: 1) aquellas con, al menos, estas características: que estén conformadas por tres o más personas; de carácter temporal o permanente; de hecho o de derecho; que posean algún grado de estructuración y que tengan la finalidad de delinquir. El bien jurídico protegido por este delito en la realidad jurídica salvadoreña es la Paz Pública definida como aquella situación de sosiego, calma o tranquilidad en la vida

contenido han sido hasta ahora insalvables. En este sentido, y para evitar la indeterminación de este concepto, otros autores se refieren a la autotutela del poder del Estado.¹²³ La conducta típica de la asociación ilícita consiste en el despliegue de una actividad por parte de una pluralidad de individuos que ha tener como base un concierto permanente y continuo con el propósito de ejecutar delitos contra determinados bienes jurídicos, en particular, el orden social, las personas y la propiedad.

Esta finalidad previa de cometer uno o diversos delitos en contra de dichos intereses penalmente cautelados, no requiere de una determinación precisa de sus ejecutores, víctimas, su momento, lugar o circunstancias del hecho. Lo que se exige es la presencia de una distribución de funciones entre los distintos intervinientes y un determinado nivel de jerarquización.¹²⁴

Así, las asociaciones esporádicas, ocasionales, o de poca frecuencia, a pesar que se desplieguen en un periodo de tiempo extenso han de resolverse conforme a las normas generales relativas a la pluralidad de intervinientes en el hecho punible (autoría y participación).

La asociación presupone una organización con una estructura jerárquica en los intervinientes, con un carácter más permanente; un cuerpo organizado en

pública, y en la que los ciudadanos pueden libremente ejercer la plenitud de sus derechos y las autoridades pueden cumplir sus funciones y ejercer sus facultades al servicio de la comunidad y especialmente de las personas que la conforman. **Vid. TRIBUNAL DE SENTENCIA DE SAN FRANCISCO GOTERA, MORAZAN, Sentencia Absolutoria Ref. P1201-15-2005** emitida por el Tribunal de Sentencia de San Francisco Gotera.

¹²³ Así, según esta interpretación, la mera existencia de la asociación ilícita supone una negación a la hegemonía y poder del Estado, de manera que tal agrupación de personas se erige como una institución regida por su propio ordenamiento. Las críticas a esta teoría apuntan a que el concepto de autotutela del Estado sufre de la misma vaguedad e imprecisión que la del orden público. Además, tiende a confundir o identificar el bien jurídico penalmente protegido con el sujeto pasivo del delito. - Vid. **CARNEVALI**, Raúl y Hernán **FUENTES**, Ob.Cit., p. 4.

¹²⁴ **ZIFFER**, Patricia, *El delito de asociación ilícita*, Buenos Aires: Ad-Hoc, 2005, p. 67.

que los partícipes deben haber tejido ciertas relaciones de colaboración estructuradas, a diferencia de la conspiración, en la cual los sujetos que han adoptado la resolución de cometer un delito no han puesto en obra los actos materiales necesarios para llevar a cabo su propósito. La asociación criminal está integrada por los que se asociaren u organizaren formando una unión de cierta duración para la comisión de algunos de los delitos previstos en la ley.¹²⁵

En cuanto a la esfera de la imputación subjetiva en el delito de asociaciones ilícitas, se descarta la realización de la conducta punible mediante dolo eventual y culpa ya que se requiere la presencia del elemento cognoscitivo y la voluntad de pertenecer como miembro de la organización con fines delictivos.

En materia de error, la ignorancia acerca de los fines ilícitos de la asociación puede configurar lo que la doctrina denomina *error de tipo*¹²⁶, en cuyo caso y ante la ausencia del tipo imprudente respectivo la conducta se excluye de la punibilidad. En cambio, un error de prohibición, dada la configuración del injusto, es difícil de concebir, ya que estamos ante una figura dirigida a atentar contra las personas, propiedades o el orden público, por lo que parece poco probable que alguien se represente que estas conductas están permitidas por el ordenamiento jurídico.

En materia de iter criminis, no se requiere que los delitos perseguidos por los intervinientes lleguen a la fase de consumación, ni siquiera se exige el inicio

¹²⁵ **CARNEVALI**, Raúl y Hernán **FUENTES**, Ob.Cit., p. 5.

¹²⁶ Conocido este como el desconocimiento de la concurrencia de algún elemento objetivo del tipo, por ejemplo el sujeto que dispara a una persona creyendo que lo hace a un animal actúa con error de tipo sobre el elemento "matarse a otro" del homicidio. En estos casos, existe una divergencia entre lo que quiere hacer el sujeto (plano subjetivo) y lo que realmente hace (plano fáctico). Por ello, todo error de tipo excluye siempre el dolo respecto del hecho objetivo que se desconoce.

de ejecución de esas conductas, al tratarse de un delito de mera actividad y de peligro abstracto, se identifica la tentativa con la frustración y la consumación; no se admite un fraccionamiento entre esas figuras por cuanto el principio de ejecución se produce con la inmediata puesta en peligro del bien jurídico. En lo que dice relación con la participación, se exige la concurrencia de más de una persona, esto se ha denominado en doctrina como “*concurrència necesaria*”¹²⁷.

En atención a lo anterior, pese a que el delito de agrupaciones ilícitas en su definición reúna varias características de lo que el Derecho Internacional ha considerado como crimen organizado, estamos hablando de cosas distintas ya que este delito es imputable a aquellas personas que se reúnen para planear delitos, como actos preparatorios a la ejecución de delitos y por el contrario el crimen organizado hace referencia a una modalidad de delincuencia, es un grupo destinado a cometer delitos, tienen como fin la ejecución de actividades ilícitas, con el objetivo de conseguir beneficios para su organización.

Asimismo el delito de proposición y conspiración recogido en el Art. 23 de nuestro código penal, hace referencia al hecho que dos o más personas se ponen de acuerdo para la materialización de un delito específico y único, donde opera generalmente una coautoría, lo que es totalmente opuesto al tema que se investiga, ya que la criminalidad organizada opera por tiempo indefinido y hay una distribución de roles para llevar a cabo la ejecución de los delitos. El Crimen organizado es una forma de delinquir, una modalidad adoptada por una asociación de personas, reuniendo las características

¹²⁷ En el Sistema Jurídico Penal existen leyes en los que se encuentran también algunos tipos delictivos, cuya estructura presupone la concurrencia de dos o más personas, a cada una de las cuales se le exige la realización de una parte determinada de la conducta. – Vid. **CURY USUA**, Enrique, *Derecho Penal, Parte General, Tomo II*, Editorial Jurídica de Chile, Chile, año 1997, p. 220.

adoptada por la ley especial contra la criminalidad organizada, y por su parte las agrupaciones ilícitas son tipificadas como un delito autónomo por la norma general, el cual si posee una penalidad.

En conclusión crimen organizado es la forma de operar del grupo estructurado y la agrupación ilícita es el delito en particular que cometen las personas que se asocian con una finalidad ilícita independientemente si sea bajo la modalidad de crimen organizado.

Delito de Agrupaciones Ilícitas en El Salvador

El artículo 345 del Código Penal Salvadoreño dice: *“serán consideradas penalmente ilícitas las agrupaciones, asociaciones y organizaciones...”*; según resolución clasificada bajo la referencia N° 1401-34-2007¹²⁸, el delito de agrupaciones ilícitas reviste los caracteres formal y permanente y este se comete por el simple hecho de afiliarse, inscribirse o asociarse a una asociación criminal con ánimo de permanecer en ella o con intención de cooperar al logro y consecución de sus fines, aun cuando el inscrito no haya realizado ni participado en ningún otro comportamiento activo distinto de la adscripción.

En un primer momento, el Art. 345 del Código Penal se reguló bajo el acápite "Asociaciones Ilícitas", a través del Decreto Legislativo No. 1030, de fecha 10 de enero de 1997, que prescribía: *"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"*.

¹²⁸ **TRIBUNAL DE SENTENCIA DE SENSUNTEPEQUE**, departamento de Cabañas, a las diecinueve horas con veinte minutos del día veintiocho de mayo del año dos mil siete.

Con posterioridad, mediante Decreto Legislativo No. 280, de fecha 8 de febrero de 2001, se reformó el articulado, manteniendo siempre el epígrafe, pero redactándolo de la siguiente forma: *"Cuando dos o más personas acuerden organizarse o se organicen para realizar, conductas que por si o unidas a otras, tienen como fin o resultado cometer delitos, serán sancionadas por ese solo hecho, con prisión de dos a ocho años. Los dirigentes o promotores serán sancionados con prisión de cinco a diez años.*

En seguida, por Decreto Legislativo 121, de fecha 24 de febrero de 2003, se modifica el acápite del delito, denominándolo como "Agrupaciones Ilícitas", aumentando considerablemente los rangos de penalidad. Refiriéndose este término al conjunto de personas u organismos que se asocian con algún fin, según el diccionario de la Real Academia Española.

Por el contrario "Asociación" es el conjunto de asociados para un mismo fin y, en su caso, persona jurídica por ellos formada. De lo anterior podemos concluir que agrupación es un vocablo más genérico, destinado a todo tipo de reunión de personas y la asociación hace alusión a una terminología más específica refiriéndose no solo al conjunto de personas sino al ente que se crea a partir de la agrupación.

2.1.3 Características que debe reunir una asociación delictiva para ser considerado crimen organizado

Pluralidad de sujetos.

Denominada también, por algunos autores, elemento subjetivo¹²⁹ de la criminalidad organizada, el cual hace referencia a la participación de al

¹²⁹ **COALICIÓN DE DERECHOS HUMANOS CONTRA LAS ESTRUCTURAS CLANDESTINAS**, *Crimen Organizado Una Aproximación*; S.E., Guatemala, año 2004, p. 23.

menos tres o más personas que están organizadas en un momento determinado, es decir, que han rebasado la fase del *iter criminis*¹³⁰ y de las voluntades criminales para materializar las acciones que se han propuesto.

Por tanto actúan concertadamente con un propósito debidamente definido con anterioridad, observando dentro de ese actuar principios o reglas de subordinación y coordinación, por lo que su actuar es estructurado, dentro de un ámbito temporal determinado.

El primer dato fundamental en la conformación del tipo penal del crimen organizado es el número de personas. Se habla en todos los casos de una acción grupal, es decir, de un tipo de delito donde el sujeto activo es plural. Se puede ver, por ejemplo en el artículo 1-, primer párrafo, de la Acción Común contra el Crimen Organizado del Consejo de la Unión Europea de diciembre de 1998, que la definición partía de considerar a la organización criminal como una asociación estructurada sobre la base de más de dos personas y con estabilidad en el tiempo.¹³¹

El elemento subjetivo, por ende, está conformado por un grupo estructurado, el cual puede entenderse que no es un grupo formado al azar, sino formado con el propósito de cometer delitos, sin que necesariamente sus miembros tengan roles definidos, por lo que puede ser cualquier tipo de grupo desde uno jerárquico hasta uno con una estructura flexible. El grupo estructurado tiene un elemento numérico mínimo de tres personas –según Convención de

¹³⁰ El delito no aparece de improviso, obedece a un proceso, lo que los clásicos denominaban, el "camino del delito" o "iter criminis"; para llegar a la consumación del delito, es necesario seguir un "camino", que va, desde la idea de cometerlo, que surge en la mente del sujeto, hasta la consumación. Ese conjunto de actos para llegar al delito, se denomina "iter criminis" o "camino del delito".

¹³¹ **YACOBUCCI**, Guillermo J., *El Crimen Organizado, Desafíos y perspectivas en el marco de la globalización: Los tipos penales relacionados con el crimen organizado*, Editorial Abaco de Rodolfo Depalma, pp 95 - 96.

Palermo- ; se bien el número exacto de personas no debe ser determinante para la tipificación, la idea básica tiene que ser la interrelación entre ellas con el propósito común de delinquir y que cada una de ellas tenga una participación en dicha acción.¹³²

Por esa razón, aparecen dificultades cuando se intenta distinguir esta situación de otras que, a pesar de la pluralidad de sujetos, no alcanzan a configurar la noción de crimen organizado; es preciso mencionar que en algunas legislaciones tradicionales se habla de la pluralidad de personas como un agravante del delito; de esa forma, en la parte especial algunos tipos agravan su pena si son cometidos por cierta pluralidad de sujetos. Una cuestión especial lo constituye el concepto anglosajón de *conspiracy*¹³³.

Básicamente, entonces, debe tenerse en cuenta que en el caso de la criminalidad organizada no se está frente a un simple concurso de personas, sino que se está frente a una asociación, es decir a un número de personas que se encuentran vinculadas entre sí por cierto afecto societario, es decir que no es necesario que haya un pacto escrito, pero sí que al menos tácitamente se pueda comprobar ese acuerdo de voluntades que tiene por objeto la comisión de hechos ilícitos futuros, es por eso el número va de la mano con el análisis de cierta permanencia, orientación y acuerdo material.¹³⁴

¹³² **COALICIÓN DE DERECHOS HUMANOS CONTRA LAS ESTRUCTURAS CLANDESTINAS**, Ob.Cit. p. 23.

¹³³ “Conspiracy” significa: *conspiración*. significado según el diccionario Webster’s Español-Inglés, Editorial Merriam-Webster, Estados Unidos de Norte América, 2012, p 207. Y *Conspiración* significa: *Acto preparatorio de un delito que existe cuando dos o más personas se conciertan para su ejecución y resuelven realizarlo.* según DE SANTO, VICTOR, en el Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas, Sociales y de Economía, Editorial Universidad, Segunda Edición , Argentina, año 2003, p 284.

¹³⁴ **YACOBUCCI**, Guillermo J., Ob.Cit., p. 96.

Finalidad permanente de delinquir.

Considerado como el elemento material u objetivo, refiriéndose a que los sujetos activos actúan con el propósito de cometer uno o más delitos graves, los cuales serán considerados como tales, según la Convención de Palermo, cuando las normativas penales de cada Estado tipifiquen un delito con una pena de cuatro años o superior.

Sin embargo, la actuación de dichos sujetos no es casuística ya que realizan las diferentes acciones con el previo acuerdo de cometer uno o más delitos graves¹³⁵, con la intención de obtener un beneficio económico o cualquier otro beneficio material. Es decir, que su finalidad básica es que el producto del delito¹³⁶ sea de provecho para todos y cada uno de ellos. Dicho de otra manera, la finalidad o intención del grupo de delincuencia organizada debe ser obtener de manera directa o indirecta beneficios financieros u otros beneficios materiales de resultados de la comisión de delitos graves; esta es la característica central de la delincuencia organizada: el desarrollo de una empresa criminal, es lo que les permite mantener activa la organización delictiva.¹³⁷

El crimen organizado no es ideológico, aunque para alcanzar sus objetivos puede perseguir algunos fines políticos; no busca el poder político como tal. Es decir, no hay un crimen organizado que sea el partido del narcoestado o del partido de los roba carros, sino que buscan incidir sobre el Estado, pero

¹³⁵ De acuerdo al artículo 2 de la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional, por “delito grave” se entenderá la conducta que constituya un delito punible con una privación de libertad máxima de al menos cuatro años o con una pena más grave.

¹³⁶ Convención de Palermo. Artículo 2.e Por “producto del delito” se entenderá los bienes de cualquier índole derivados u obtenidos directa e indirectamente de la comisión de un delito.

¹³⁷ **COALICIÓN DE DERECHOS HUMANOS CONTRA LAS ESTRUCTURAS CLANDESTINAS**, Ob.Cit. p. 24.

no tomar el poder por sí mismos.¹³⁸ Lo que buscan es tener, en un contexto de estabilidad, formas de influencia que les permitan un marco de impunidad para desarrollar su acción. En este sentido, el crimen organizado se diferencia del terrorismo¹³⁹ ya que el terrorismo busca objetivos políticos por medio del terror.

La finalidad principal del crimen organizado es obtener importantes ganancias de los actos criminales que ejecutan, a los cuales pueden asociarse otros tipos de crímenes, pero en su esencia el crimen organizado tiene una finalidad lucrativa, a tal grado que las ventajas económicas que se obtienen son reinvertidas en otras actividades criminales para obtener un mayor rendimiento.¹⁴⁰

Permanencia en el Tiempo.

Esta característica llamada también elemento temporal está representado por la continuidad en el tiempo, es decir, que exista una perdurabilidad de la empresa criminal. Este elemento es connatural tanto al tipo penal de crimen organizado como a la estructura misma del grupo, ya que el propósito del grupo es actuar en concierto¹⁴¹ durante un periodo de tiempo; sin olvidar que, el crimen organizado (como fenómeno en general) tiene por sí mismo una

¹³⁸ ¹³⁸ Vid. **ARAVENA ROJAS**, Francisco, Ob.Cit., p. 9.

¹³⁹ “En Europa ya se va tomando conciencia de que el fenómeno terrorista dista mucho de ser una manifestación del delito político, para situarlo en su real contexto, asociado a la organización criminal. Los grupos terroristas tienden a entablar relaciones con otras organizaciones criminales comunes, con la finalidad de extender su objeto a actividades que permitan su financiación, en este contexto en América Latina comienza a hablarse de *Narcoterrorismo*”. Vid. **CHOCLAN MOLTALVO**, José Antonio, Ob.Cit., p. 234.

¹⁴⁰ Vid. **SANCHEZ**, Carlos, Ob.Cit., p. 38.

¹⁴¹ El concierto: significa que las personas del grupo tienen la intención y saben (*mens rea*), en consecuencia que sus acciones (*actus reus*) apoyan a una organización delictiva, si la actividad criminal no es concertada sino producto casual no existe grupo de delincuencia organizada. Vid. **COALICIÓN DE DERECHOS HUMANOS CONTRA LAS ESTRUCTURAS CLANDESTINAS**, Ob.Cit. p. 25.

naturaleza continua, que por sus propias características se va transformando y perdurando en el tiempo.¹⁴²

El grupo debe tener cierta estabilidad o permanencia en el tiempo, esto es una consecuencia de la necesidad de distinguir la figura asociativa de las meras concurrencias o participaciones criminales.¹⁴³ La permanencia de la organización criminal es un aspecto importante para diferenciarla de los modelos de coautoría, pero además dicha permanencia tiene un aditivo, el cual se vincula al llamado programa criminal de la organización, la organización existe como tal para ejecutar determinados delitos y alcanzar fines específicos.

La permanencia sólo se explica, cuando se trata materialmente de una estructura de crimen organizado, a partir del diseño de la programática delictiva, la permanencia de la estructura criminal está vinculada a la ejecución de determinados delitos, con lo cual en materia de organizaciones criminales, es un parámetro que la diferencia de las asociaciones delictivas. El aspecto de la permanencia es de tal relevancia que el mismo es un elemento considerado dentro del marco de la definición que brinda la Convención de Palermo al expresar que por grupo delictivo organizado se entenderá: “un grupo estructurado de tres o más personas que exista durante cierto tiempo”.¹⁴⁴

Estructura jerarquizada.

La estructura criminal requiere la determinación de una clara jerarquía dentro de la organización, que responde a niveles complejos asimilados de las

¹⁴² Vid. **Ibíd.**

¹⁴³ Vid. **YACOBUCCI**, Guillermo J., Ob.Cit., p. 106.

¹⁴⁴ Vid. **SANCHEZ**, Carlos, Ob.Cit., p. 38.

formas tradicionales de organización de las empresas de las cuales se toman aspectos esenciales de su constitución, como lo son la organización funcional vinculada a estructuras jerárquicas y la división de labores a partir de dicha estratificación, con lo que las actividades criminales quedan separadas en diferentes niveles.¹⁴⁵

En una estructura jerárquica existe una autoridad que define y planifica los objetivos, estas estructuras de mando han adquirido cada vez mayores grados de flexibilidad. Los carteles de la droga en los distintos países de América Latina en la medida en que se ha logrado apresar a sus principales cabecillas, se han dispersado y fragmentado en forma considerable, generándose un segundo y tercer nivel de nuevos mandos de autoridad para continuar con las actividades ilícitas, lo que hace más compleja la tarea de represión. En cierto sentido se puede afirmar que dada la dimensión y gravitación de estos ilícitos se mantienen como una actividad continua y permanente independientemente que vayan "cayendo" distintas personas y mandos.

Una verdadera organización criminal debe estar revestida con una organización jerárquica, cuya verticalidad permita garantizar que las ordenes que se emiten en la cúpula de la estructura sean ejecutadas sin cuestionamiento por los ejecutores inmediatos.¹⁴⁶ En El Salvador, en cuanto a criminalidad organizada existen varias organizaciones dedicadas a la actividad criminal, pese a que existen bandas de roba vehículos, tráfico de armas, de personas y droga, son las pandillas o maras las que han acaparado la delincuencia bajo esta modalidad.

¹⁴⁵ Vid. **CHOCLAN MONTALVO**, José Antonio, Ob.Cit., p. 245.

¹⁴⁶ Vid. **FERRO VEIGA**, José Manuel; *Propiedad Inmobiliaria, blanqueo de Capital y Crimen Organizado*; Editorial Club Universitario; España, p. 41.

Las pandillas o maras, son lo que se equipara a las mafias internacionales, ya que han adoptado las formas de operar de ellas, entre los aspectos adoptados está la jerarquía vertical ya que dentro de las pandillas existe lo que conocemos como jefes, dentro de estas estructuras se dividen en rafleros y palabreros. Los rafleros son aquellos sujetos que se encuentran condenados o detenidos preventivamente y quienes ordenan desde el centro de reclusión la ejecución de diversos delitos, llevan la palabra a nivel nacional; los palabreros son los que reciben esas órdenes y que dirigen a la pandilla, como no se encuentran detenidos tienen contacto con los demás miembros y puede tomar decisiones inmediatas.

Asimismo dentro de la estructura jerarquizada se encuentran los denominados gatilleros quienes son los encargados de ejecutar delitos de homicidios, los soldados quienes son los que realizan ciertas actividades como recoger la renta y los colaboradores que son personas que no pertenecen a la pandilla pero prestan su ayuda a la organización, por diversas razones, amenazas, voluntad o para recibir algún beneficio económico.

Transnacionalización o vínculos internacionales.

Esta es una característica fundamental del crimen organizado ya que refiere a su extensión transnacional¹⁴⁷, la misma puede ser intrínseca en el sentido que la organización criminal en su programa criminal tiene trazado una forma de criminalidad que se ejecuta en distintos países y que necesita de estructuras criminales necesariamente establecidas en otras latitudes para que la empresa criminal pueda funcionar adecuadamente. En otros casos, la transnacionalidad sólo se manifestará en relaciones ocasionales entre

¹⁴⁷ **CHOCLAN MONTALVO**, José Antonio, Ob.Cit., p. 246.

diversas estructuras del crimen organizado, en ambos casos se trata de un carácter que trasciende del crimen local, lo cual no debe ser interpretado de manera rígida en el sentido que sólo es crimen organizado, el que presenta la característica de transnacionalidad.

El crimen organizado es crecientemente transnacional, la transnacionalización es una consecuencia creciente de la globalización, en este marco el crimen organizado adquiere una gran sofisticación cuando accede al uso de tecnologías de punta.¹⁴⁸

La transnacionalización del delito es una condición de aplicación obligatoria de la Convención, pero que no constituye un elemento de la definición de los tipos delictivos a regular. Este elemento está íntimamente ligado con el patrón de delitos graves, entendido como cuatro años o más en su pena máxima de privación de la libertad como sanción, sin embargo esto no significa que un país no pueda determinar como delito grave otro tipo de conductas, significa solamente que para efectos de la Convención de Palermo, en términos de colaboración internacional ellos están obligados a colaborar cuando exista una organización dedicada a cometer delitos de más de cuatro años.¹⁴⁹

El carácter internacional sólo hace referencia a que un grupo realiza delitos que van más allá de la frontera de un Estado. Sin embargo, la noción de “transnacional” se refiere a la cooperación entre grupos criminales de distintos países con el fin de gestionar alguna actividad ilícita lucrativa. Esto se da en especial en los casos de tráfico de estupefacientes, de armas¹⁵⁰,

¹⁴⁸ Vid. **ARAVENA ROJAS**, Francisco, Ob.Cit., p. 10.

¹⁴⁹ Vid. **COALICIÓN DE DERECHOS HUMANOS CONTRA LAS ESTRUCTURAS CLANDESTINAS**, Ob.Cit. p. 26.

¹⁵⁰ **YACOBUCCI**, Guillermo J., Ob.Cit., pp. 116-117.

residuos radiactivos, armas, obras de arte e incluso seres humanos.¹⁵¹

2.2 Regulación jurídica actual relativa a la criminalidad organizada.

2.2.1 Regulación jurídica internacional.

Legislación Española.

La Convención de Palermo contempla el compromiso de castigar la participación en organizaciones criminales cuando el propósito del grupo sea cometer "delitos graves", entendiendo por tales – como ya se mencionó anteriormente – aquellos que resulten punibles "con una privación de libertad máxima de al menos cuatro años o con una pena más grave", así lo establece el artículo 2.a y b).

El legislador español, sin embargo, consideró que debía llevar la punición al castigo de agrupaciones criminales cuyo fin sea cometer "delitos"; esto es: cualquier delito, cualquiera que sea su pena, y, no contento con ello, también si el propósito es cometer faltas; esto es: cualquier falta, siempre que se sea reiteradamente. De manera que, en su paroxismo punitivo, el legislador no sólo que no ha limitado la intervención a delitos con más de cuatros años de prisión, sino que la extiende hasta comprender también las faltas, desfigurando groseramente con ello el sentido propio de la criminalidad organizada y de la intervención penal ante la misma.¹⁵²

En efecto, antes de la modificación legal, en el Código penal español la

¹⁵¹ Estos bienes deben ser trasladados de los países de producción o apropiación a los países de consumo, atravesando a su vez distintos Estados. Se establece entonces una verdadera sinergia entre los distintos grupos que construyen una cadena a través de los diferentes países. Vid. **Ibíd**em, p. 117.

¹⁵² **GONZALEZ RUS**, Juan José, *La criminalidad organizada en el código penal español*, Universidad de Córdoba, España, año 2012, p. 19.

criminalidad organizada se contemplaba desde una doble perspectiva, por un lado, mediante el delito de asociación ilícita (artículos 515 a 521). En relación a las asociaciones ilícitas se castigaba a promotores, fundadores y directores y a los miembros activos y colaboradores de las mismas incluidas la provocación, la conspiración y la proposición para cometer el delito de asociación ilícita (artículo 516 a 521).

Por otra parte, el Código agravaba la pena en ciertas áreas delictivas, cuando el delito se realizaba en el marco de una asociación u organización criminal. La fórmula legal preferida era y sigue siendo la de incrementar sustancialmente la pena “cuando el culpable perteneciera a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicare a la realización de tales actividades”.

En su virtud, se mantuvo, tal y como la dejó la reforma de 2003, la regulación de las asociaciones ilícitas de objeto delictivo -artículo 515.1¹⁵³, que son las que guardan relación directa con la criminalidad organizada, castigando, en los mismos términos a directivos y miembros, así como la provocación, la conspiración y la proposición para cometer el delito, previendo la eventual disolución de la asociación y la inhabilitación absoluta para autoridades y funcionarios públicos (artículos 517 a 521).

De este cuerpo normativo jurídico común, se sustrajo a las organizaciones y grupos terroristas, que pasaron a contemplarse en la sección primera de un

¹⁵³ Artículo 515 Código Español “son punibles las asociaciones ilícitas, teniendo tal consideración: 1º Las que tengan por objeto cometer algún delito o, después de constituidas, promuevan su comisión; 2º Las bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas; 3º Las que, aun teniendo por objeto un fin lícito, empleen medios violentos o de alteración o control de la personalidad para su consecución; 4º Las organizaciones de carácter paramilitar y 5º Las que promuevan la discriminación, el odio o la violencia contra personas, grupos o asociaciones por razón de su ideología, religión o creencias, la pertenencia de sus miembros o de alguno de ellos a una etnia, raza o nación, su sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o minusvalía, o inciten a ello.

capítulo nuevo (artículo 571)¹⁵⁴, junto con los delitos de terrorismo (artículos 572 a 580). Además, se creó, también en el mismo Título XIII, otro capítulo específico "De las organizaciones y grupos criminales", en el que se daba carta de naturaleza en el derecho español a dos nuevas manifestaciones de la criminalidad organizada: las organizaciones criminales y los grupos criminales. En relación a cada una de ellas, se mantuvo la estructura tradicional de castigar separadamente a directivos y a miembros activos, diferenciando las penas en función de la gravedad de la infracción criminal que se pretende cometer (delitos graves, menos graves o faltas).

En definitiva, se castigan tanto las formas más consolidadas -organización criminal- como las menos estructuradas -grupo criminal- de manifestación de la criminalidad organizada, en relación a todos los delitos agravándose la pena especialmente en algunos de ellos, y de todas las faltas. De esta forma, se configuró un "innovador" concepto de criminalidad organizada que sirve para dar contundente respuesta desde a las más peligrosas bandas de la mafia rusa hasta a las uniones de no menos potencial lesivo que representan, por poner un sólo caso, tres jóvenes "grafiteros" que, sin la debida autorización, se dedican con descarada reiteración a manifestar sus inquietudes artísticas en vallas de solares y de casas abandonadas (falta del artículo 726).¹⁵⁵

El legislador en el año 2010, se vio en la necesidad de incrementar también significativamente el número de áreas delictivas en las que se prevén

¹⁵⁴ Capítulo VII, "De las organizaciones y grupos terroristas y de los delitos de terrorismo", Título XIII, "Delitos contra el orden público", Libro Segundo del Código penal. La separación según el autor es acertada y vino a hacer visible en el Código la distinción entre la criminalidad organizada "común", orientada fundamentalmente a la consecución del lucro económico, y la "política", propia de organizaciones terroristas Vid. **CANCIO MELIÁ**, *Delitos de organización: criminalidad organizada común y delitos de terrorismo*, cit., p. 645.

¹⁵⁵ **GONZALEZ RUS**, Juan José, Ob.Cit., p. 22.

subtipos agravados, cuando el delito se produce en el marco de una organización criminal; a menudo, incluso transitoria. Así, a los diez subtipos agravados por esta razón, la Ley Orgánica 5/2010¹⁵⁶ añadió otros siete nuevos de función semejante. Se configuró el “modelo” de punición de la criminalidad organizada actualmente vigente, dos vías de punición “general”, castigando cualquier forma de participación -en cualquiera de las posibilidades de dirección o membresía posibles-, tanto si se trata de uniones organizativamente bien estructuradas (asociación criminal y organización criminal), como de las menos, incluso transitorias (grupo criminal), y para todos los delitos y todas las faltas.

Además, una tercera vía específica, que viene a punir también todo lo relacionado con la criminalidad organizada en determinadas áreas delictivas, mediante la técnica de los subtipos agravados, los artículos 516 y 517 establecen las penas que se impondrán a los directores, promotores, miembros o integrantes de una organización criminal establecidas en los numerales del Art. 515; el artículo 519 penaliza la proposición y conspiración en el delito de agrupaciones ilícitas y finalmente los artículos 416 y 416 bis recogen las figuras de la asociación delictuosa y la asociación mafiosa respectivamente.

Legislación Alemana.

La lucha contra el crimen organizado domina la legal agenda política en Alemania desde finales de 1980. Es cierto que la atención de los medios se trasladó después del 11 de septiembre de 2001 y desde entonces se centra principalmente en la prevención y represión del terrorismo internacional. No

¹⁵⁶ Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio de 2010, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

obstante, dirigido específicamente al terrorismo el endurecimiento de la legislación penal y procesal penal en la comparación directa parecen intervenciones más oportunas. El foco de los cambios después de "9/11" fue claramente en la ley de policía, la ley de residencia y la inmigración y otros asuntos administrativos.

Nuevas formas de delincuencia se reflejan en cuanto a los delitos establecidos por el Código Penal Alemán, sobre el delito de organización tradicional más allá de que proporciona el apoyo o la participación en una organización criminal es punible según el Artículo 129 de ese cuerpo normativo el cual se denomina "conformación de asociaciones criminales" y establece que *"Quien forme una asociación criminal cuyo objeto o cuya actividad esté orientada a cometer hechos, o quien participe en una tal asociación como miembro, haga propaganda para ella o la apoye, será castigado con pena privativa de la libertad hasta cinco años o con multa"*.¹⁵⁷

Además menciona que la tentativa de fundar una asociación en el sentido del inciso 1, es punible: (4) Si el autor pertenece a los cabecillas o a los autores mediatos, o si se presenta algún caso especialmente grave, entonces se reconocerá pena privativa de la libertad de seis meses hasta cinco años. (5) El tribunal puede prescindir de un castigo de acuerdo con los incisos 1 y 3, en el caso de partícipes cuya culpa sea menor y su colaboración sea de importancia secundaria. (6) El tribunal puede atenuar la pena según su criterio (§ 49, inciso 2) o puede prescindir de un castigo según éstas normas cuando el autor: a. se empeñe libre y seriamente por impedir la continuación

¹⁵⁷ Continúa diciendo que "El inciso 1 no se aplicará 1. cuando la asociación sea un partido político, que el Tribunal Constitucional Federal no haya declarado como inconstitucional; 2. cuando la comisión de hechos solo sea un objeto o una actividad de significado secundario o 3. en la medida en que el fin o la actividad de la asociación se consideren hechos punibles según los §§ 84 a 87.

de la asociación o la comisión de un hecho punible que corresponda a uno de sus objetivos, o b. libremente revele su conocimiento a una autoridad pública tan oportunamente que los hechos punibles cuya planeación él conoce, todavía pueden impedirse; si el autor alcanza su meta de impedir la continuación de la asociación o si se alcanza sin su intervención, entonces él no será castigado.

En Alemania, como no existe un consenso acerca de lo que es criminalidad organizada, “se pueden encontrar opiniones diametralmente opuestas: según algunos, el crimen organizado en Alemania no existe; según otros, está ampliamente difundido, sin embargo uno de las manifestaciones más palpables de este tipo de delincuencia es fundamentalmente el lavado de dinero y a la corrupción.

Legislación Italiana.

El Código Penal italiano dispone en su art. 416, establece la figura de la “*associazione per delinquere*”, que requiere tres o más personas asociadas con el fin de cometer varios de delitos. Se trata de una figura “*plurisoggettiva necessaria*”, que realiza el paradigma de la ejecución colectiva de los delitos y que desde el código de 1930 expresa un particular rigor punitivo.

De alguna forma, esta figura también muestra la mayor importancia que le daba la escuela positivista a la peligrosidad delictiva asociada. Dicho artículo establece “*cuando tres o más personas conspiran para cometer delitos, los que promueven, construyen u organizan la asociación son castigados por esa sola razón y la pena es prisión de tres a siete años. Por el mero hecho de participar en la asociación, la pena será de prisión de uno a cinco años de prisión. Los cabecillas están sujetos a la misma pena que para los*

promotores. Si los miembros de la organización utilizan armas en el campo o en la calle, la pena de cinco a diez años. La pena aumenta si el número de miembros es de diez o más”.

La figura de asociación, en el derecho penal italiano, es criticada por las dificultades que presenta su determinación pues, en principio, resulta difícil distinguir entre el acuerdo y la asociación. En consecuencia, no se habla sólo de número de personas sino de la necesidad de demostrar un cierto tipo de relación o vínculo entre ellas.¹⁵⁸ En el Art. 416 bis se establecen las asociaciones de tipo mafioso el cual dice que *“cualquiera que tome parte en una de tipo mafioso formado por tres o más personas, será castigado con prisión de tres a seis años. Los que promuevan, gestionar y organizar la asociación son castigados por esa sola razón, con prisión de cuatro a nueve años”.*

“La asociación es de tipo mafioso cuando sus miembros usan la fuerza para intimidar a la unión asociativa y la condición de sometimiento como la conspiración de silencio que para cometer delitos, para adquirir, directa o indirectamente la gestión o sin embargo, el control de las actividades económicas, concesiones, autorizaciones, contratos y servicios públicos o para obtener beneficios o ventajas injustas para sí o para otros, o con el propósito de prevenir o impedir el libre ejercicio de los derechos de voto o conseguir votos para sí o para otros con motivo de las elecciones”.

Regulación Jurídica en Estados Unidos.

La actividad criminal organizada está definida en la sección 1961, sub sección 1 del título 18 del Código de los Estados Unidos. Dicha sección

¹⁵⁸ YACOBUCCI, Guillermo J., Ob.Cit., pp. 96 - 97.

contiene cinco sub divisiones de la A a la E, en ellas se enumeran todos los delitos que puede constituir una actividad criminal organizada. Para hacer valer el patrón de actividad criminal organizada requerida por el Estatuto RICO, debe hacerse referencia necesariamente a alguno de los delitos en listados en dicha sub sección uno.¹⁵⁹

A manera de ejemplo, en la subdivisión “A” de la Ley RICO según la cual constituye una actividad criminal organizada; *cualquier acto o amenaza que implique homicidio, secuestro, juego ilegal, incendio intencional, robo, soborno, extorsión, manejo de material obsceno de narcóticos u otras drogas peligrosas, el cual sea susceptible de imputarse de acuerdo con la ley estatal y que se castigue con prisión de más de un año.*

Así, en cada subdivisión se establece una lista de delitos o de actos específicos vinculados con la comisión de determinados delitos, como el soborno relacionado con actividades deportivas, el robo de cargamentos interestatales, el desfalco de fondos de pensión, las transacciones crediticias por medio de extorsión, la transmisión de información que permita obtener ganancias ilícitas mediante el juego y muchas otras.

A esta larga lista de crímenes se les llama en la terminología del medio judicial norteamericano “delitos predicados”, porque la imputación de cargos con base en el Estatuto RICO debe referirse necesariamente a alguno, por lo menos, de dichos delitos. Esta locución deriva del sentido lógico de la expresión predicado, que es aquello que se afirma del sujeto en una proposición. En este caso es el delito o delitos que se afirma cometió el agente de manera reiterada para involucrarse en un patrón de actividad

¹⁵⁹ **ANDRADE SANCHES**, Eduardo, *Instrumentos Jurídicos contra el crimen organizado*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, p. 72.

criminal organizada que haga posible la aplicación del Estatuto RICO.¹⁶⁰

Regulación jurídica Mexicana.

La Ley federal contra la delincuencia organizada¹⁶¹ en el Artículo 1 consagra que “...tiene por objeto establecer reglas para la investigación, persecución, procesamiento, sanción y ejecución de las penas, por los delitos cometidos por algún miembro de la delincuencia organizada. Sus disposiciones son de orden público y de aplicación en todo el territorio nacional”. Así también en su Artículo 2 menciona que “cuando tres o más personas se organicen de hecho para realizar, en forma permanente o reiterada, conductas que por sí o unidas a otras, tienen como fin o resultado cometer alguno o algunos de los delitos siguientes¹⁶², serán sancionadas por ese solo hecho, como miembros de la delincuencia organizada”.

Regulación del crimen organizado en la región centroamericana.

En Guatemala fue creada la ley contra la delincuencia organizada¹⁶³ en la cual se desarrollan definiciones, delitos y penalidad del crimen organizado, específicamente en el Artículo 2 esta ley, denominado *Grupo delictivo organizado u organización criminal*, establece que “Para efectos de la

¹⁶⁰ **ANDRADE SANCHES**, Eduardo, Ob.Cit., p. 73

¹⁶¹ Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 7 de noviembre de 1996.

¹⁶² Dichos delitos son: Terrorismo, Acopio y tráfico de armas, Tráfico de indocumentados, Tráfico de órganos, Corrupción, Pornografía, Turismo sexual, Lenocinio, Asalto, Tráfico de menores de dieciocho años o personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho; Robo de vehículos, así como los Delitos en materia de trata de personas y Las conductas previstas en los artículos 9, 10, 11, 17 y 18 de la Ley General para Prevenir y Sancionar los Delitos en Materia de Secuestro, Reglamentaria de la fracción XXI del artículo 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

¹⁶³ Decreto Número 21-2006, emitido el 19 de julio de dos mil seis, por la República de Guatemala, objeto establecer las conductas delictivas atribuibles a los integrantes y/o participantes de las organizaciones criminales; el establecimiento y regulación de los métodos especiales de investigación y persecución penal así como todas aquellas medidas con el fin de prevenir, combatir, desarticular y erradicar la delincuencia organizada.

presente Ley se considera grupo delictivo organizado u organización criminal, a cualquier grupo estructurado de tres o más personas, que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente, con el propósito de cometer uno o más delitos¹⁶⁴”.

En su inciso segundo menciona que, “*por grupo estructurado se entenderá un grupo no formado fortuitamente para la comisión inmediata de un delito y en el que no necesariamente se haya asignado a sus miembros funciones formalmente definidas ni haya continuidad en la condición de miembro o exista una estructura desarrollada.*” En el Artículo 3¹⁶⁵ del mismo cuerpo normativo se regula el delito de conspiración y en el Artículo 4¹⁶⁶ el delito de Asociación Ilícita.

¹⁶⁴ Entre esos delitos - continua diciendo- a) De los contenidos en la Ley Contra la Narcoactividad: tránsito internacional; siembra y cultivo; fabricación o transformación; comercio, tráfico y almacenamiento ilícito; promoción y fomento; facilitación de medios; alteración; expendio ilícito; receta o suministro; transacciones e inversiones ilícitas; facilitación de medios; asociaciones delictivas; procuración de impunidad o evasión; b) De los contenidos en la Ley contra el Lavado de Dinero u otros Activos: lavado de dinero u otros activos; c) De los contenidos en la Ley de Migración: ingreso ilegal de personas, tránsito ilegal de personas, transporte de ilegales; d) De los contenidos en la Ley para Prevenir y Reprimir el Financiamiento del Terrorismo: financiamiento del terrorismo y trasiego de dinero; e) De los contenidos en el Código Penal: e.1) Peculado, malversación, concusión, fraude, colusión y prevaricato; e.2) Evasión, cooperación en la evasión, evasión culposa; e.3) Asesinato, plagio o secuestro, hurto agravado, robo agravado, estafa, trata de personas; e.4) Terrorismo; e.5) Intermediación financiera, quiebra fraudulenta, fabricación de moneda falsa, alteración de moneda, introducción de moneda falsa o alterada; f) De los contenidos en la Ley Contra la Defraudación y el Contrabando Aduaneros: contrabando aduanero y de la defraudación aduanera. g) De los contenidos en la presente Ley: g.1) Conspiración, asociación ilícita, asociación ilegal de gente armada, entrenamiento para actividades ilícitas, uso ilegal de uniformes o insignias, obstrucción de justicia; g.2) Comercialización de vehículos y similares robados en el extranjero o en el territorio nacional; g.3) Exacciones intimidatorias, obstrucción extorsiva de tránsito. Lo anterior, con la finalidad de obtener, directa o indirectamente un beneficio económico o de cualquier índole para sí o para tercero.

¹⁶⁵ “Comete el **delito de conspiración** quien se concierte con otra u otras personas con el fin de cometer uno o más delitos de los enunciados en el presente artículo (mismos delitos que establece el Artículo 1 de la misma ley). Las penas a imponer a cada persona por conspiración serán las mismas señaladas para el delito que se conspira, independientemente de las penas asignadas a los delitos cometidos. .

¹⁶⁶ Comete el **delito de asociación ilícita**, quien participe o integre asociaciones del siguiente tipo: 1. Las que tengan por objeto cometer algún delito o después de constituidas,

En cuanto a Nicaragua, igualmente cuenta con una ley especial denominada “*Ley de prevención, investigación y persecución del crimen organizado y de la administración de los bienes incautados, decomisados y abandonados*”¹⁶⁷, la cual tiene por objeto, según el artículo 1 de la misma, regular las funciones del Estado para prevenir, detectar, investigar, perseguir y procesar los delitos relacionados con el crimen organizado y la administración y disposición de los bienes, objetos, productos, equipos u otros instrumentos utilizados o destinados a ser utilizados en la comisión de los delitos relativos a la materia de criminalidad organizada.

En el Artículo 2 se establece la definición de crimen organizado el cual establece que *Crimen organizado es un grupo delictivo organizado o banda nacional o internacional estructurada, de dos o más personas, que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con la finalidad de obtener directa o indirectamente, un beneficio económico o de cualquier índole, con el propósito de cometer uno o más delitos graves establecidos en la Ley*¹⁶⁸.

promuevan su comisión; y, 2. Las agrupaciones ilegales de gente armada, delincuencia organizada o grupos terroristas. Este delito será sancionado con pena de seis a ocho años de prisión, sin perjuicio de las penas asignadas a los delitos cometidos.

¹⁶⁷ Ley No. 735, Aprobada el 9 de Septiembre del 2010 Publicada en Las Gacetas Nos. 199 y 200 del 19 y 20 de Octubre del 2010, por la República de Nicaragua.

¹⁶⁸ Artículo 3 “se consideran **delitos de crimen organizado**”1) *Financiamiento ilícito de estupefacientes, psicotrópicos y sustancias controladas, tipificado en el artículo 348; Producción de estupefacientes, psicotrópicos y otras sustancias controladas, tipificado en el artículo 348; Producción, tenencia o tráfico ilícito de precursores, tipificado en el artículo 350; Industrialización o procesamiento ilegal de estupefacientes, psicotrópicos y otras sustancias controladas, tipificado en el artículo 351; Transporte ilegal de estupefacientes, psicotrópicos y otras sustancias controladas, tipificado en el artículo 352; Construcción o facilitación de pistas o sitios de aterrizaje, tipificado en el artículo 354; Almacenamiento de estupefacientes, psicotrópicos u otras sustancias controladas, tipificado en el artículo 355; Tráfico de estupefacientes, psicotrópicos y sustancias controladas, tipificado en el artículo 359 y Provocación, proposición y conspiración, tipificado en el artículo 360, todos del Código Penal. 2) Lavado de dinero, bienes o activos, tipificados en el artículo 282 del Código Penal. 3) Crimen organizado, tipificado en el artículo 393 del Código Penal. 4) Terrorismo, tipificado en el artículo 394 del Código Penal. 5) Financiamiento al terrorismo, tipificado en el artículo*

Costa Rica por su parte en el Artículo 1 de la Ley contra la delincuencia organizada, creada mediante Decreto Legislativo del veintidós de julio de dos mil nueve, establece que se entiende *“por delincuencia organizada, un grupo estructurado de dos o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves”*. Lo dispuesto en la presente Ley se aplicará, exclusivamente, a las investigaciones y los procedimientos judiciales de los casos de delitos de delincuencia organizada nacional y transnacional, además menciona que *“para todo el sistema penal, delito grave es el que dentro de su rango de penas pueda ser sancionado con prisión de cuatro años o más”*.

395 del Código Penal; 6) Secuestro extorsivo, tipificado en el artículo 164 del Código Penal. 7) Asesinato, tipificado en el artículo 140 del Código Penal 8) Trata de personas con fines de esclavitud, explotación sexual o adopción, tipificado en el artículo 182 del Código Penal. 9) Tráfico de migrantes ilegales; tipificado en el párrafo primero y tercero del artículo 318 del Código Penal. 10) Tráfico ilícito de vehículos, tipificado en el párrafo segundo y tercero del artículo 227 del Código Penal. 11) Tráfico y extracción de órganos y tejidos humanos, tipificado en el artículo 346 del Código Penal. 12) Tráfico ilícito de arma, tipificado en el párrafo primero del artículo 402; fabricación, tráfico, tenencia y uso de arma restringida, sustancia o artefactos explosivos, tipificada en el artículo 404; tráfico, acopio o almacenamiento de armas prohibidas, tipificada en el artículo 405 y construcción o facilitación de pista de aterrizaje, tipificado en el artículo 406 todos del Código Penal. 13) Defraudación aduanera y contrabando, tipificados en los artículos 307 y 308 respectivamente del Código Penal. 14) Delitos contra el sistema bancario y financiero, tipificados en los párrafos primero, segundo y quinto del artículo 280 del Código Penal. 15) Estafa agravada, tipificada en el artículo 230 del Código Penal. 16) Falsificación de moneda, tipificada en el artículo 291 del Código Penal. 17) Tráfico ilegal del patrimonio cultural, tipificado en el párrafo segundo del artículo 299 del Código Penal. 18) Explotación sexual, pornografía y acto sexual con adolescentes mediante pago, tipificado en el párrafo primero, segundo y cuarto del artículo 175 del Código Penal. 19) Promoción del turismo con fines de explotación sexual, tipificado en el artículo 177 del Código Penal. 20) Manipulación genética y donación de células, tipificado en el párrafo segundo del artículo 146 del Código Penal. 21) Manipulación genética para producción de armas biológicas, tipificado en el artículo 147 del Código Penal. 22) Delito de piratería, tipificado en el artículo 328 del Código Penal. 23) Cohecho cometido por autoridad, funcionario o empleado público; cohecho cometido por particular; requerimiento o aceptación de ventajas indebidas por un acto cumplido u omitido; enriquecimiento ilícito; soborno internacional; tráfico de influencias; peculado; fraude; exacciones; negocios incompatibles con el destino; uso de información reservada; y tercero beneficiado, tipificados en los artículos 445, 446, párrafo primero del 447, 448, 449, 450, 451, 454, 455, 457, 458 y 459 respectivamente, todos del Código Penal. 24) Prevaricato y obstrucción a la justicia, tipificados en el artículo 463 y en el párrafo tercero del artículo 480 respectivamente, ambos del Código Penal. 25) Corte, aprovechamiento y veda forestal, tipificado en el párrafo cuarto del artículo 384 del Código Penal. 26) Cualquier otro delito realizado en concurso o conexidad con los delitos anteriormente indicados.

2.1.2 Disposiciones jurídicas salvadoreñas

En cuanto a criminalidad organizada en nuestro país se ha generado una dificultad jurídica a partir de la creación de la Ley contra el crimen organizado y delitos de realización compleja¹⁶⁹ -en lo sucesivo LCCODRC-, ya que sus disposiciones son poco claras y generales, al momento de abordar los delitos y la penalidad relativos a la criminalidad organizada. Es así que en el Artículo 1 inciso primero de la misma menciona 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 actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos”*.

Además los delitos de realización compleja son los homicidios, extorsiones y secuestros, siempre y cuando estos hayan sido realizados por dos o más personas o que la acción recaiga sobre dos o más víctimas. Ciertamente la técnica elegida por el legislador no es la mejor, o dicho de otra manera ha sido completamente defectuosa.

El problema que se presenta es que una vez derogado tal artículo 22-A¹⁷⁰ del código penal el mismo ya no puede tener aplicación ni para la nueva legislación, ni para la anterior a ella, por cuanto la derogatoria de la ley implica la imposibilidad de aplicar el precepto normativo o como se ha sostenido “dejar sin efecto una ley o norma jurídica en general”, derogación

¹⁶⁹ Creada mediante Decreto Legislativo número 190, el veinte de diciembre de dos mil seis, publicada mediante Diario Oficial N° 13, Tomo 374 del veintidós de enero de dos mil siete.

¹⁷⁰ Denominado en su epígrafe “Crimen Organizado”, el cual en su texto establecía que *“se considera crimen organizado aquella forma de delincuencia que se caracteriza por provenir de un grupo 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”*. Vid. Código penal de 1998 que se adiciona con la reforma mediante Decreto Legislativo N° 280 del 8 de febrero del año 2001.

propriadamente dicha o derogación stricto sensu consiste en dejar parcialmente sin efecto una ley.

Es de resaltar que la regulación de la disposición derogada es mucho más amplia que la actual, ya que también considera crimen organizado aquellas conductas 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, asociación ilícita, falsificación o alteración de moneda, actos de terrorismo, comercio de personas, contrabando, lavado 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.

La actual ley especial carece de especificidad en cuando a los delitos en los cuales puede operar la criminalidad organizada, lo que genera un problema de aplicación de la norma, ya que pese a que esta es aplicada, se realiza de forma inadecuada o errónea. Es por esto entre tantas resoluciones que ha tenido que emitir la sala de lo penal y cámara especializada se encuentra la resolución de recurso de apelación con Referencia 67-APE-2014, emitida por la cámara especializada de San Salvador, el veintiuno de febrero de dos mil catorce.

En el extracto 3 de dicha resolución se menciona *“Debemos dejar sentado que no solo la Sala de lo Constitucional sino también la Sala de lo Penal han sido claras en detallar cuáles son los presupuestos o requisitos para que estemos frente a un caso de crimen organizado, bajo esa perspectiva un hecho delictivo por grave que sea cometido por uno, dos o un grupo de personas -no es crimen organizado-; así lo dijo la Sala de lo Penal en el proceso bajo referencia C73-03, del 30 septiembre de dos mil tres que: “la*

simple concurrencia de personas no es crimen organizado es coautoría”, asimismo existe jurisprudencia comparada como es la Sentencia del Tribunal Supremo Español bajo Ref. STS 18.04.1996 en la que en similares términos dijo: “la simple concurrencia de personas en un hecho delictivo, no implica crimen organizado, es coautoría”.

Continúa mencionando la resolución que se vuelve necesario que se analice si Agrupación Ilícita es lo mismo que crimen organizado, término que es utilizado por el legislador en la ley especial; es así que el Artículo 1 de dicha ley en su inciso segundo como ya se dijo, dice 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 actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos*, esto último no constituye un tipo penal o delito en nuestro sistema legal, ya que en otros países como México y Nicaragua existe el delito de crimen organizado, en ese sentido el legislador nos está dando, sino una definición, al menos unos parámetros de cuando se entenderá que estamos frente a crimen organizado, por lo que ya desde allí tenemos que no es lo mismo “grado de responsabilidad”, “tipo penal” y “definición”.

El término “crimen organizado” también es utilizado como “delincuencia organizada” el cual para algún sector de la doctrina no es lo mismo, lo cierto es que el término “crimen” en nuestro sistema no es utilizado para cualquier delito, sino para determinadas estructuras de delincuencia, y es acá donde comenzamos a ver los puntos de coincidencia con que el legislador reguló el delito de “agrupaciones ilícitas”, que ya de por sí hemos dicho en resoluciones anteriores, según la Cámara Especializada de lo Penal comprenden tres términos que tienen diferentes niveles de connotación, es así que atendiendo a las palabras “agrupación, asociación y organización”.

Estos términos no son exactamente lo mismo, aun cuando presenten ciertas características comunes, como puede ser la pluralidad de sujetos, actuando en conjunto, a todos ellos los guía un mismo fin, mantienen cierta permanencia para delinquir, entre otros, pero a la vez su orden secuencial en el art. 345 CP, no es antojadizo ya que agrupación a nuestro entender es una categoría menor que asociación, en cuanto que se refiere a un grupo menor de personas que lo que podría ser ya una asociación, que representa un segundo nivel de mayor complejidad en su conformación y accionar, por lo que organización implicaría ya un término mucho más amplio, complejo y aún más intenso que al de asociación.

De tal manera que estaríamos frente al género y especie, de no ser así y entenderlos que son sinónimos se estaría diciendo que el legislador fue reiterativo o repetitivo, lo cual consideramos que es improcedente. Sin entrar a señalar si es lo mismo “organización” (termino que utiliza el art. 345 CP) que “organizado” (termino que utiliza el inc. 2 del art. 1 LCCODRC), expresamente el legislador en esta definición ha dicho que para que se considere crimen “organizado”, debe provenir de un grupo estructurado de dos o más personas, y el art. 345 habla de algún grado de estructuración¹⁷¹.

Respecto al crimen organizado, debemos partir de la idea que el legislador en el art. 1 LCCODRC., determina que para que un delito pueda ser sometido a conocimiento de la competencia especializada debe cumplir con los presupuestos de: a) que se trate de un grupo compuesto de dos o más personas; b) que esté estructurado; c) que exista durante cierto tiempo; y d) que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos.

¹⁷¹ en ese sentido “*estructura*”, implica un soporte logístico con cierta complejidad elemental, en el que deben haber jefes o líderes, algún mando medio y parte operativa, en cuanto al número de personas.

La resolución de la Corte Suprema de Justicia con referencia 6-2009¹⁷², emitida el diecinueve de diciembre de dos mil doce, establece que *“...en orden a evitar dificultades probatorias, tomando como base un concepto de crimen organizado orientado a las consecuencias, en cuya esencia dos o más personas programen un proyecto, un plan o propósito para el desarrollo de la acción criminal, sin que sea precisa la existencia de una organización más o menos perfecta, bastando únicamente un principio de organización de carácter permanente”*.

“En este último sentido, ha de requerirse judicialmente una especial continuidad temporal o durabilidad que vaya más allá del simple u ocasional consorcio para el delito. Queda descartado entonces, dentro del programa normativo del inc. 2° del art. 1 de la LECODREC –pese a que una lectura fraccionada del texto lo señale–, la mera confabulación aislada para cometer un solo delito o la mera coautoría en la ejecución de un solo delito o aún de varios sin permanencia o continuidad de esa conjunción de personas o sin al menos el principio de una composición organizacional estable, que se proyecta más allá de sus miembros”.

¹⁷² *“La creación y mantenimiento de una estructura organizada criminal, supone un incremento significativo del peligro para los bienes jurídicos de los habitantes de una nación y de la misma configuración democrática de los Estados modernos. Por ende, su combate –principalmente mediante el Derecho penal– está más que justificado. a. Por ello es que, en la actualidad, dentro de las medidas que se han adoptado dentro del ámbito penal material se encuentran la modificación de tipos penales o la introducción de algunos nuevos; la reelaboración dogmática de algunas categorías de la teoría del delito, en especial de la autoría y la participación; y la creación de tipos de peligro abstracto que conlleven el castigo por la mera pertenencia a una agrupación criminal”*.

CAPITULO III

CRITERIOS PARA DETERMINAR AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN EN LAS ESTRUCTURAS DE CRIMEN ORGANIZADO.

3.1 Imputación objetiva y subjetiva en el Derecho Penal

El término 'imputación' es uno de los más representativos del lenguaje en que se expresa la actual teoría jurídica del delito, sin embargo, esto no ha sido siempre así; ya que tras haber ocupado un lugar central en la doctrina del iusnaturalismo racionalista del siglo XVIII, y en los penalistas hegelianos del siglo XIX, dicho término (imputación) cayó en desuso en Alemania en las dos últimas décadas del mismo siglo a consecuencia del naturalismo positivista, que se extendió en la doctrina alemana, sobre todo a través de la influencia del Tratado de von Liszt¹⁷³. Este enfoque naturalista, que evitaba conceptos valorativos, prefirió destacar el concepto de *causalidad* como espina dorsal del delito, que se situó en el terreno de lo empírico, como causación de una modificación del mundo exterior causada, a su vez, por un impulso voluntario.¹⁷⁴

En el conocimiento de los fenómenos jurídicos, la imputación es una operación mental consistente en atribuir una determinada consecuencia jurídica a un hecho o situación condicionante. Este concepto justifilosófico,

¹⁷³ "Tratado de derecho penal Alemán", año 1881, Von Liszt integra la corriente "causalista naturalista" en la teoría del delito, según los causalistas naturalistas, la acción es una causación o no evitación de una modificación (de un resultado) del mundo exterior mediante una conducta voluntaria.

¹⁷⁴ **MIR PUIG**, Santiago, *Revista Electrónica de ciencia Penal y Criminología*, "Significado y alcance de la imputación objetiva en Derecho penal", N° 05-05, año 2003, pp. 1-2.- Disponible en internet: <http://criminet.ugr.es/recpc/recpc05-05.pdf> - consultado 12-10-2014, 10:24 hrs. Nota: El presente artículo se publicó originariamente en el libro colectivo: *Modernas tendencias en la Ciencia del Derecho Penal y en la Criminología*, Madrid, UNED, 2001 y fue incorporado a esta edición.

ofrece importancia en el Derecho Penal por cuanto significa la atribución, a una persona determinada, de haber incurrido en una infracción penal sancionable. De ahí que algunos autores afirmen que imputar un hecho a un individuo es atribuírselo para hacerle sufrir las consecuencias; es decir, para hacerle responsable de él, puesto que de tal hecho es culpable.¹⁷⁵

La teoría de la "imputación objetiva", es relacionada con la utilización de las expresiones "imputación subjetiva" e "imputación individual" o "imputación personal". Lo que tienen de común todos estos usos de la palabra "imputación" es que expresan requisitos necesarios para poder atribuir a un sujeto la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico prevista en un tipo penal, y tales requisitos son necesarios para establecer la relación que ha de existir entre dicha lesión o puesta en peligro, con el autor de un delito.¹⁷⁶

En conclusión, la definición de imputación, entendida como atribución de responsabilidad penal, cuyo presupuesto es la "capacidad de culpabilidad", requiere lo siguiente: la capacidad de comprensión de los hechos, de su significación contraria a Derecho, así como la capacidad de acomodación de la conducta a dicha comprensión. En otras palabras, se requiere de una triple capacidad, *cognoscitiva* -de conocimiento de los hechos-, *valorativa* -de valoración de los mismos como contrarios a Derecho- y *volitiva* -de orientación del comportamiento conforme a la norma.¹⁷⁷

¹⁷⁵ **JIMÉNEZ DE ASUA** citado por **OSSORIO** y **FLORIT**; Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, Editorial Heliasta, Argentina, año 1984, p. 368.

¹⁷⁶ "Se habla de imputación subjetiva para indicar la afirmación del tipo subjetivo (que incluye el dolo en los delitos dolosos), y se emplea la expresión "imputación personal" en referencia al apartado dogmático tradicionalmente designado con el término 'culpabilidad'." – **Vid. AGUILAR CABRERA**, Denis Adán, *Imputación Objetiva, algunas consideraciones doctrinales*, Universidad San Pedro de Chimbote, Perú, p. 34.

¹⁷⁷ "Los tres niveles de imputación -objetiva, subjetiva y personal- constituyen exigencias del principio de culpabilidad, entendido en el sentido amplio que permite este término para servir

3.1.1 Imputación objetiva

El juicio de imputación jurídico-penal se inicia por la definición de la conducta que puede ser considerada ilícita, es así que lo ilícito será pues algo subjetivo –esa conducta-, más el juicio de ilicitud es objetivo, externo, ajeno a las representaciones del autor. Éste sólo aporta el objeto de lo ilícito -un algo exclusivamente subjetivo en la medida en que se sea consecuente con el principio de culpabilidad por el hecho, esto es, que se impute sólo lo dominado por la voluntad. El juicio de disvalor que funda ese carácter ilícito es, en cambio, objetivo.¹⁷⁸

El tipo subjetivo no se concibe con independencia del objetivo, sino que depende conceptualmente de éste, el autor actúa con dolo si y sólo si al actuar se representa las circunstancias que integran el tipo objetivo de una ley penal, esto es, si se representa los elementos constitutivos de una conducta definida como prohibida por el Derecho. En este sentido debe ser entendido aquí lo "objetivo" y también así su primacía en el juicio de imputación.¹⁷⁹

Según Zaffaroni la imputación objetiva “*es el intento de reemplazar el dogma causal por el aumento del riesgo*”¹⁸⁰, es decir solo se puede responsabilizar

de fundamento a todas las exigencias que entraña la prohibición de castigar a un inocente (no culpable) en un Estado social y democrático de Derecho respetuoso de la dignidad humana: el principio de personalidad de las penas, que impide hacer responsable al sujeto por delitos ajenos (y que se corresponde con la exigencia procesal de necesidad de rebatir la presunción de inocencia mediante la prueba de que el sujeto ha realizado materialmente el hecho), el principio de responsabilidad por el hecho, que proscribía la "culpabilidad por el carácter" y el llamado "Derecho penal del autor", el principio de dolo o culpa y el principio de imputación personal. **Vid. AGUILAR CABRERA**, Denis Adán, Ob.Cit., p. 34.

¹⁷⁸ **CANCIO MELIÁ**, Manuel y otros, *Estudios sobre la Teoría de la Imputación Objetiva*, “Una introducción a la teoría de la imputación objetiva”, Editorial AdHoc, Argentina, año 1998, p. 16.

¹⁷⁹ *Ibidem.*, pp. 16-17.

¹⁸⁰ **ZAFFARONI**, Eugenio Raúl, *Teoría del Delito*, EDIAR, Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera, Estados Unidos, año 1973.

al autor si su comportamiento provoca un aumento del riesgo más allá del riesgo permitido. Este criterio no solo prescinde del concepto ontológico de la conducta valiéndose de uno normativo, sino que prescinde de la causalidad misma. Por su lado Günther Jakobs define la imputación objetiva diciendo que *“es el reparto de responsabilidades para establecer a quien pertenece el suceso lesivo, por haberlo creado o haber permitido que tuviera lugar”*.¹⁸¹

Para Jakobs la teoría de la imputación objetiva cumple un papel fundamental que permite determinar los ámbitos de responsabilidad dentro de la teoría del delito, así faculta constatar cuando una conducta tiene carácter objetivamente delictivo.

La teoría de la imputación objetiva se divide para Jakobs en dos niveles: a) La calificación del comportamiento como típico *“imputación objetiva del comportamiento”* y b) La constatación, en el ámbito de los delitos de resultado, de que el resultado producido queda explicado precisamente por el comportamiento objetivamente imputable *“imputación objetiva del resultado”*.¹⁸²

Para Gunter Jakobs se parte de la idea de “autorresponsabilidad”, esto es, que en cuanto a autor, *“cada uno ha de responder de las consecuencias de su comportamiento y, para esto, es determinante el rol que esta persona ocupa”*; de esto se deduce que debe excluirse la imputación de aquellos hechos que un tercero extiende arbitrariamente del acontecimiento del que por el rol responde el primero, esto quiere decir que cada uno responde dentro del contexto de su acción, sin importarle en qué contexto otros

¹⁸¹ Vid. **JAKOBS**, Günther, *La imputación objetiva en el derecho penal*, Editorial Ad-Hoc, año 2002, Argentina, p. 14.

¹⁸² Vid. **JAKOBS**, Günther y Cancio **MELIÁ**. *El Sistema Funcionalista del Derecho Penal*, Editorial GRIJLEY, año 2000, p 23.

colocan su acción.¹⁸³

De acuerdo a la Teoría funcional de Jakobs se puede afirmar que el partícipe responde penalmente porque la ejecución, a través de una división vinculante del trabajo, es también una ejecución suya; por lo tanto, todos los partícipes ejecutan, debido a que por su mano se lleva a cabo la ejecución. Entonces se puede afirmar que el dominio del acto lo tiene el colectivo, ya que cualquier executor tiene el dominio del hecho en el sentido que cualquiera de ellos puede evitar la perpetración del ilícito penal, en consecuencia, es el colectivo el que domina la ejecución.

Para Jakobs el dominio del acto no es otra cosa que una cuestión de cantidad de la participación, es decir existe un más y un menos del dominio del acto de los partícipes, pero de ninguna manera una separación entre partícipes con dominio del acto y partícipes sin dominio del acto; por ende el dominio del acto lo tienen todos, es por eso que todo partícipe ha de responder no por lo configurado por el mismo, sino por la comunidad con otros establecida a través de la configuración, lo que equivale a la ejecución de la realización del tipo pero según su mayor o menor intensidad de su aportación.¹⁸⁴

Roxin afirma que para la imputación objetiva, es necesario verificar los tres elementos siguientes: a) Que la acción del sujeto haya creado un riesgo (peligro); b) Que ese riesgo sea jurídicamente desaprobado; y c) Que se haya concretado en un resultado típico. Para Claus Roxin hay exclusión de la

¹⁸³ **DONNA**, Edgardo Alberto, *La autoría y la participación criminal*, 2ª Edición, Rubinzal-Culzoni editores, Argentina, año 2002, p. 37.

¹⁸⁴ **DONNA**, Edgardo Alberto, *La autoría y la participación criminal*, Ob.Cit., p. 39.

imputación en caso de disminución del riesgo.¹⁸⁵ En conclusión *"la doctrina de la imputación objetiva interpreta la acción típica, delimitando los distintos ámbitos de responsabilidad, como realización de un riesgo no permitido; con ello proporciona un parámetro de interpretación que se orienta de manera inmediata en el injusto material, en la insoportable dañosidad social de la conducta del autor"*.¹⁸⁶

3.1.2 Imputación subjetiva

La imputación subjetiva es originada en lo interno, es decir en la mente del autor y consiste en apreciar si el agente conoce lo que hace, este conocimiento se divide en a) conocer el riesgo de la conducta y b) conocer la valoración jurídica de ese riesgo. En nuestras conductas el conocimiento de lo que hacemos incluye de ordinario saber, tanto que realizamos algo, como que ese algo es bueno o malo, correcto o incorrecto, ajustado a Derecho o injusto. Pero que se den habitualmente unidos ambos conocimientos no quita que se refieran a objetos distintos.¹⁸⁷

Lo que se constata en la tipicidad subjetiva es que el agente se ha representado el riesgo que despliega su conducta, pero el hecho que sepa

¹⁸⁵ "Refiere dicho autor que *"La imputación al tipo objetivo es un problema de la parte general cuando el tipo requiere un resultado en el mundo exterior separado en el tiempo y el espacio de la acción del autor"*.- Vid. **AGUILAR CABRERA**, Denis Adán, Ob.Cit., p. 40.

¹⁸⁶ **ROXIN**, Claus, *Problemas Actuales de Dogmática Penal*, Trad. Manuel Abanto Vásquez, Ara, Lima, 2004, p. 64.

¹⁸⁷ "Si se me permite la expresión, una cosa es *conocerlo* que se hace (que muevo violentamente la mano contra la cara de alguien) y otra *saberlo* que se hace (que ese movimiento está mal, es injusto), Esta distinción se halla en la base de la clásica diferenciación entre conocimiento del hecho y conocimiento del Derecho, *error facti* y *error iuris*, cuestiones de hecho y cuestiones de Derecho, y que ha dado lugar a las denominaciones más extendidas en la teoría del delito actual de *error de tipo* y *error de prohibición* (o sobre la antijuricidad)". Vid. **UNIVERSIDAD DE NAVARRA**, Facultad de Derecho Penal, *Teoría General del Delito*, El tipo doloso de comisión (II: la imputación subjetiva), disponible en www.unav.edu/departamento/penal/. – consultado 12-10-2014, 16:34 hrs.

que ello está prohibido, no es objeto del dolo, de la tipicidad subjetiva, sino de la culpabilidad. Dicho conocimiento es algo que pertenece a la estricta subjetividad del autor, a la cual el Derecho penal -y el proceso judicial- no puede acceder, porque la experiencia subjetiva ajena no comparece ante nuestros sentidos directamente.

Las teorías normativistas¹⁸⁸ determinan la relevancia penal de lo subjetivo en una interpretación del hecho que va desde lo externo hacia lo interno de la conducta. Lo externo relacionado al significado social perturbador de la conducta y lo interno al conocimiento en sentido normativo que se atribuye al pensamiento. Esto explica por qué las teorías normativistas, a diferencia de las psicologistas¹⁸⁹, no interpretan, ni verifican la consciencia del autor, sino más bien le atribuyen un sentido o un significado penalmente relevante.

3.1.3 Imputación personal o individual

La imputación personal en el derecho penal debe construirse sobre la base de la individualidad de la persona, esta individualidad no debe entenderse en un sentido naturalista como capacidad de motivar psicológicamente, sino como capacidad de ser autor de un suceso externo. Por esta razón, para el

¹⁸⁸ El Normativismo jurídico es una teoría del Derecho desarrollada por Hans Kelsen, que pretende desvincularse de cualquier pensamiento ideológico, y que establece un sistema jurídico basado en la Jerarquía de normas. Este normativismo jurídico reduciría el Estado a un conjunto de relaciones jurídicas, El Estado es contemplado como un orden coercitivo idéntico al "Derecho".

¹⁸⁹ "Las teorías psicologistas dejan intacto el conocimiento en su esencia natural dentro de la imputación jurídico-penal. Así, el conocimiento es punible cuando se dirige a la lesión de un bien jurídico ajeno, por lo que tanto el dolo como la culpa sólo expresan unos grados diferenciados y penalmente relevantes de la psiquis humana. Esta forma de entender el dolo había sido planteada antes por Feuerbach, "Betrachtung über dolus und culpa überhaupt und den dolus indirectus insbesondere", en 1804, para quien el "Derecho criminal, como es sabido, está unido en lo más íntimo con la Psicología", calificando a esta como una de las más importantes ciencias auxiliares". Vid. **CARO JOHN**, José Antonio, *Imputación Subjetiva*, Universidad de Bonn, Perú, año 2006, p. 3. disponible en www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/. – consultada 12-10-2014, 18:17 hrs.

juicio de culpabilidad no interesa la constitución motivacional del autor, sino solamente la posibilidad de reconducir un hecho a una unidad, a algo indivisible: a una persona. MIR PUIG¹⁹⁰ señala que tanto la imputación subjetiva como la imputación individual o personal son necesarias para poder considerar a alguien como autor culpable de una lesión o puesta en peligro típica.

En este sentido, la teoría de la imputación no se limita únicamente al tipo objetivo, sus alcances trascienden dicho ámbito llegando a influir en toda la teoría del delito. En otras palabras, lo que procura la teoría del delito es, a fin de cuentas, hallar criterios racionales para una adecuada atribución “imputación” de un hecho perturbador a una persona concreta. Por tanto, la teoría de la imputación abarca también no solamente las categorías sistemáticas de la culpabilidad y la tipicidad, sino también la denominada antijuricidad.¹⁹¹

3.2 Teorías sobre la autoría y la participación en el Derecho Penal

3.2.1 Teorías objetivas.

Teoría objetivo material.

Las teorías objetivo-materiales analizan la distinción entre autor y partícipe, buscando no ya el ámbito subjetivo de los intervinientes al hecho, sino un carácter material, ya que no se conforman con la remisión a los tipos de delito.¹⁹² Esta teoría es una especie de las teorías objetivas restrictivas, la cual pretende hacer una distinción en las formas de intervención en un hecho

¹⁹⁰ Vid. **MIR PUIG**, Santiago, Ob. cit., p. 257.

¹⁹¹ Vid. **AGUILAR CABRERA**, Denis Adán, Ob.Cit., p. 50.

¹⁹² **DONNA**, Edgardo Alberto, *La autoría y la participación criminal*, Ob.Cit., p.30.

punible, tomando como criterio diferenciador la intensidad del sujeto en su actuación. En tal sentido, esa distinción es estrictamente objetiva, pretendiendo buscar esa diferenciación entre quienes han puesto una causa y quienes una condición material en la realización del hecho punible.¹⁹³

Esta teoría se remite a un criterio material más allá de la mera descripción típica, es decir, atiende al valor sustancial de la aportación realizada; de forma que, autor es el que realiza una aportación al hecho de tal magnitud e importancia que permite, en una apreciación material, imputárselo como propio; y partícipe es quien no realiza tal tipo de aportación. Es autor quien aparte de realizar la acción típica proporciona una mayor peligrosidad al hecho.¹⁹⁴

Según Roxin dentro de las teorías objetivo-materiales se encuentran:

Teoría de la necesidad de la aportación causal (Teoría de la necesidad)

La cual encuentra su base en que al que realiza una aportación imprescindible al hecho, sin la cual éste no se habría podido ejecutar, hay que equipararlo al que ejecuta el hecho de propia mano. En cuanto al ámbito de aplicación de esta teoría, se limita a la distinción entre coautoría y complicidad, no sirviendo para distinguir la autoría, la autoría mediata y la inducción, de esta forma a manera de ejemplo, si alguien persuade a otro para que cometa un delito, a lo que el autor no habría llegado

¹⁹³ Vid. **ALBERTO TREJO**, Miguel y otros, *Manual de Derecho Penal, Parte General*, Centro de Investigación y Capacitación Proyecto de Reforma Judicial, Talleres gráficos UCA, El Salvador, 1992, p. 447-448.

¹⁹⁴ **SALAS BETETA**, Christian, *Revista internauta de práctica jurídica*, "El iter criminis y los sujetos activos del delito", n° 19, enero-junio, año 2007, p.10.

voluntariamente, no pasa de ser inductor, aunque haya aportado una condición “necesaria”.¹⁹⁵

Sin embargo, la teoría de la necesidad resulta inútil como criterio general de delimitación, debido a su punto de partida causal, metodológicamente incorrecto, pues será pura casualidad que coincidan en todos los supuestos la existencia o ausencia de causalidad “necesaria”, en el sentido de esta teoría, con las diferencias de significado jurídicamente determinantes, de ningún modo vinculadas a la categoría de la causalidad; y de hecho no es ése el caso ya que ni el coautor tiene que haber realizado siempre una aportación causal “necesaria” ni aquel que la ha realizado es en todo caso coautor, como resulta fácil demostrar con el ejemplo previamente mencionado.

Teoría de la cooperación anterior y simultánea al hecho (Teoría de la simultaneidad).

La distinción entre *concuras antecedens*, *concomitans* y *subsequens*, esto es, entre participación previa, simultánea y posterior, fue ya puesta de relieve por los juristas italianos del medievo y aplicada profusamente en el Derecho común junto a otros criterios de distinción. La participación posterior, hoy ya no reconocida como tal participación, queda descartada, sin embargo lo que se consideraba la cooperación durante el hecho como forma de participación especial, comparable a la actual coautoría, mientras que la cooperación previa a la ejecución coincidía aproximadamente con el concepto moderno de complicidad.¹⁹⁶

¹⁹⁵ **ROXIN**, Claus, *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*, 7ª Edición, Editorial Jurídicas y Sociales, S.A., España, año 2000, p 61.

¹⁹⁶ **ROXIN**, Claus, *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*, Ob.Cit., p. 61.

A efecto de representar el contenido de esta teoría, cabe entender porque el tan renombrado miembro de la banda de ladrones que se queda vigilando tiene que ser coautor en todo caso, mientras que aquel que ha atraído a la víctima al lugar solitario del crimen, con astucia y alevosía, ya no puede ser coautor porque su actividad ha concluido antes de los golpes mortales de su cómplice. Una delimitación puramente temporal en tales términos se queda excesivamente en lo externo, no penetrando en los criterios materiales.

Teoría de la supremacía del autor (Teoría de la supremacía)

Según Dahm define que, *“Quien toma parte con otro en la lesión de un bien jurídico es coautor si su comportamiento, con arreglo a la situación objetiva completa, verificable valorando todas las circunstancias del caso particular, se presenta como equivalente coordinado al otro comportamiento, con vistas a la lesión del bien jurídico; y es cómplice, si su comportamiento, en las mismas circunstancias, aparece como subordinado”*; mientras que Richard Schmidt señala: *“Se da coautoría cuando, a partir de las circunstancias del caso, tanto en el tipo de cooperación, a juicio de un observador externo (objetivamente), como según el tipo de formación de la resolución a partir del propio parecer del partícipe (subjektivamente), las aportaciones al hecho son equivalentes. Complicidad se da cuando, a partir de las circunstancias, tanto para el observador objetivo como para el propio partícipe, la aportación al hecho de uno se presenta como limitada y subordinada”*.¹⁹⁷

El punto de vista de la supremacía y la subordinación proporciona un baremo

¹⁹⁷ **ROXIN**, Claus, *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*, Ob.Cit., p. 70 – “Esta teoría materialmente se presenta como precursora directa de la teoría del dominio del hecho. Describir el comportamiento del autor como “el dominante en la situación global” o mediante el concepto del “dominio del hecho” no representa diferencia apreciable alguna. Y con la formulación de que entre varios coautores existe una “relación de coordinación” no se dice sino que se les atribuye una parte igual en el dominio del hecho”.

sumamente elástico, que deja amplio margen para la individualización. Por otra parte, tampoco incurre en el riesgo de la completa vaguedad, que convierte en inidóneos para la delimitación a conceptos puramente normativos como el de la peligrosidad. El que se dé relación de equivalencia o de subordinación no es cuestión de enjuiciamiento subjetivo, sino que resulta susceptible de concreción con auxilio de puntos de vista objetivos.

Teoría objetivo formal.

En esta teoría se considera como autor a quien ejecuta personalmente, ya sea total o parcialmente, la acción típica descrita en los tipos de la parte especial de la norma penal. En caso de que el delito sea pluriactivo, será autor el que realice aunque sea alguno de los elementos típicos. Desde este punto de vista sólo se tiene en cuenta si el sujeto realiza de propia mano el verbo típico; de esta forma a manera de ejemplo, es autor el que mata, según el Art. 128 del Código Penal, es el que sustrae una cosa con violencia, según el Art. 212 del mismo cuerpo normativo; cualquier otro tipo de aporte anterior o simultáneo es considerado como participación.¹⁹⁸

Los sostenedores de esta teoría han dado distintos fundamentos para justificarla, algunos consideran que el hecho de ejecutar el delito revela una mayor peligrosidad y reprochabilidad que el cometer un mero acto preparatorio o de colaboración. En este sentido se sostiene que está en consonancia con nuestra sensibilidad, castigar más duramente, entre varias personas que cometen conjuntamente un asesinato, a aquellos que han atentado contra la vida de la víctima que a aquellos otros que han actuado como vigilantes. En el mismo sentido WEGNER destaca que la realización de

¹⁹⁸ DONNA, Edgardo Alberto, *Ob.Cit.*, pp. 24-25.

la acción ejecutiva es para nosotros un indicio del máximo grado de energía criminal.¹⁹⁹

Bien observa Bacigalupo que la expresión "tomar parte en la ejecución" es totalmente inadecuada para sostener cualquier teoría sobre la distinción entre el autor y los demás partícipes, pues en verdad todos toman parte en la ejecución del hecho tanto los autores como los partícipes. Roxin ha sostenido en ambas ediciones de su libro algunas precisiones sobre la teoría. Hace notar sus ventajas en el sentido de que "no sólo evita los defectos del planteamiento causal, sino que se mantiene felizmente en el medio entre el modo de considerar exclusivamente valorativo y el simplemente captador de sentido"²⁰⁰.

Esta teoría delimita al autor del partícipe a partir del dato normativo representado por la tipicidad, de modo tal que, autor es quien realiza todos o algunos de los actos ejecutivos propios del delito de que se trate; y partícipe es quien realiza acciones preparatorias o de auxilio y no actos ejecutivos. Es autor quien realiza estrictamente la acción típica y sería entonces partícipe el que se limita a ayudar o cooperar en la ejecución del acto.²⁰¹ Finalmente es de mencionar que en cuanto al término formal, con el que se denomina a esta teoría, fue criticado, ya que desde Beling²⁰², quien decía que, si algo no

¹⁹⁹ **DONNA**, Edgardo Alberto, *Ob.Cit.*, p. 25

²⁰⁰ ROXIN además hace una interesante observación, en el sentido de que se llama objetiva sin razón, ya que, tiene en cuenta de manera amplia el elemento subjetivo final. La posición ha llevado a decir a DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO que "*las consideraciones de Roxin me parecen incuestionables y hacen justicia a la teoría formal objetiva, especialmente en su versión de autoría como realización de los elementos típicos, pues, como es lógico y por definición, autor será aquel cuya conducta puede subsumirse, sin más, en el tipo correspondiente y ello no podrá suceder más que si en el sujeto concurren todos los elementos del tipo, personales, objetivos y subjetivos*". Vid. **Ibíd**em p. 27.

²⁰¹ Vid. **ALBERTO TREJO**, Miguel y otros, *Ob.Cit.*, p. 446.

²⁰² Ernst Ludwig von Beling (Glogovia, 19 de junio de 1866 - Múnich, 18 de mayo de 1932) fue un jurista alemán especializado en Derecho penal.

tenía la teoría era lo formal, lo que él llama un defecto estético, debido a que sigue a los tipos penales que no son otra cosa que productos de la valoración material del legislador de la vida.²⁰³

3.2.2 Teoría Subjetiva

En general, se sostiene desde esta posición que será "autor el que actúe con *animus auctoris*, y partícipe, el que lo haga animus socii".²⁰⁴ De tal modo que Autor es quien, además considerarse así desde la perspectiva causal, ha causado con *animus auctoris*, es decir, con ánimo de realizar el hecho como propio; y partícipe es quien interviene en el hecho estimándolo como ajeno y no como propio, es decir, actúa con *animus socii*²⁰⁵.

Los partidarios de la teoría subjetiva consideran que la distinción entre autor y partícipe es necesaria y viene impuesta por la ley; en consecuencia, si desde el punto de vista objetivo la diferenciación es imposible, no queda otra alternativa que buscarla en el plano subjetivo. Como señala Gimbernat Ordeig²⁰⁶, el fundamento de la teoría es muy sencillo, ya que se parte de la teoría causal de la condición y en base a ella, se niega toda distinción objetiva entre la actividad del autor y la del cómplice, debido a que ambos no hacen más que colocar una condición del resultado, y a una condición no es posible distinguirla de otra condición.

El razonamiento a que entonces se acude es éste: *la ley positiva distingue entre autor y cómplice; las actividades de autor y cómplice no se distinguen*

²⁰³ DONNA, Edgardo Alberto, Ob.Cit., p. 27.

²⁰⁴ Ibidem., p. 17.

²⁰⁵ SALAS BETETA, Christian, Ob.Cit., p. 10.

²⁰⁶ GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Autor y cómplice en Derecho Penal*, Universidad de Madrid, Sección de Publicaciones e Intercambio, España, año 1966, p. 42; citado por DONNA, Edgardo, Ob.Cit., p. 18

objetivamente; por lo tanto la distinción ha de hallarse en el terreno subjetivo. Esta teoría posee dos corrientes, las cuales son la teoría del interés²⁰⁷ y la teoría del dolo²⁰⁸. El problema de esta teoría es dilucidar cuándo se quiere el resultado del hecho delictivo como propio y cuándo se quiere como ajeno. En este sentido, como el fundamento de esta teoría es el ánimo del sujeto, se dice que la realización del hecho delictivo se quiere como propia *“cuando se tiene interés en el resultado perseguido”*.

A pesar de las falencias que esta teoría pueda presentar en relación a como conocer cuando el sujeto quiere el hecho como propio o como ajeno, esta teoría tiene el mérito de haber orientado el análisis al plano subjetivo, donde realmente debe buscarse la solución.²⁰⁹

3.2.3 Teoría del dominio del hecho

Fue HEGLER el primero que empleó en Derecho penal la expresión “dominio del hecho”. En su monografía de 1915 sobre *Los elementos del delito*, introduce en numerosos lugares el término “dominio del hecho” o “dominio sobre el hecho” como concepto básico de la sistemática del Derecho penal. Pero HEGLER aún no anuda a esta palabra el contenido que hoy tiene. Bien es verdad que considera ya el dominio del hecho como elemento de la figura del autor o, más exactamente, del sujeto del delito, pero lo entiende referido

²⁰⁷ La teoría del interés siendo una vertiente de la teoría subjetiva, se basa, como previamente se mencionó, en el ánimo del sujeto que participa en la ejecución del delito y este puede ser un interés propio, lo que lo convierte en autor o un interés que no es propio sino que lo toma como tal, por lo que es considerado para la doctrina como cómplice.

²⁰⁸ El defensor más destacado de la teoría fue VON BURI, quien afirmaba que *“lo distinto del autor con respecto al partícipe sólo cabe individualizarlo en la independencia de la voluntad de autor y en la dependencia del partícipe. El partícipe quiere el resultado, sólo si el autor lo quiere, y si el autor no lo quiere, tampoco él. La decisión de si el resultado se va a producir o no debe, pues, dejarla a criterio del autor”*. – Vid. **VON BURI**, *Die kausalität trnd ihre strafipchtlichen Beziehungen*, p. 41; citado por **DONNA** Edgardo, Ob.Cit., p. 19

²⁰⁹ Vid. **ALBERTO TREJO**, Miguel y otros, Ob. Cit., p 449.

sólo a los requisitos materiales de la culpabilidad jurídico-penal, o sea, imputabilidad, dolo e imprudencia, así como la ausencia de causas de exculpación.²¹⁰

La teoría del dominio del hecho, ha sido desarrollada ampliamente en la actualidad por CLAUS ROXIN, quien pretende definir el concepto de autoría; es decir, considera autor a quien representa la figura central del acontecimiento punible, en base al criterio del “Dominio del Hecho”. Ahora bien, el citado autor llega a la conclusión de que tal criterio -el dominio del hecho- no es suficiente para abarcar las modalidades de todos tipos penales; tal afirmación se basa en la distinción que él hace entre “delitos de dominio”, “delitos de obligación” y “delitos de propia mano”.²¹¹

De acuerdo con tal distinción entre los delitos, la teoría del dominio del hecho no puede comprender los tres grupos; sólo da solución a los “delitos de dominio”,²¹² ya que en éstos sólo puede ser autor quien domina el acontecimiento total. ROXIN en 1963 empleo por primera vez en el derecho penal una categoría diferente a la mencionada, la cual es denominada “*delitos de infracción de deber*”, conocidos estos como aquellos tipos penales que por sí mismos no precisan de ningún dominio del hecho para su realización, como es el caso de los tipos cuyo núcleo lo conforma la posición

²¹⁰ “Según HEGLER, actúa culpablemente sólo el que tiene en este sentido “pleno dominio del hecho”, esto es, quien como autor imputable y no coaccionado ha sido “señor del hecho en su concreta manifestación” También atribuye tal dominio del hecho al autor imprudente, donde consistiría en la “falta de la voluntad de evitar el hecho tal como es, aun cuando era de esperar tal repercusión”. – Vid. **ROXIN**, Claus, Ob.Cit., p. 81

²¹¹ Vid. **ALBERTO TREJO**, Miguel y otros, Ob. Cit., p. 450.

²¹² a) *El dominio de la acción*, se presenta cuando alguien ejerce el dominio sobre los propios actos. Así, por ejemplo, cometer el delito en forma directa, no siendo determinado por otro. (Autor directo); b) *El dominio de la voluntad*, se presenta cuando alguien no participa en la ejecución directa, pero ejerce el dominio de la voluntad ajena, aquí quedan comprendidos todos los casos de autoría mediata. c) *Los delitos de dominio funcional*, se presentan en los casos en que dos o más autores comparten conjuntamente el trabajo delictual. Tal concepción está referida a los casos de coautoría. Vid. **Ibíd.**

del autor en el mundo de los deberes.²¹³

Es decir, tipos penales que -dicho en términos más directos- sólo son imaginables mediante la infracción de un deber especial del actuante, como ocurre, por ejemplo, en los delitos de funcionarios, en los que sólo el funcionario puede ser autor. En estos delitos no es la calidad de funcionario ni el dominio fáctico de la situación típica lo que convierte al sujeto en autor del delito, sino el deber infringido por el actuante como portador de un deber estatal de comportarse correctamente en el ejercicio de la administración pública; es por esta razón que *“el obligado es siempre autor, y ciertamente independiente de que él ostente el dominio del hecho o no”*.²¹⁴

Quiere decir que, por ejemplo, el magistrado que se sirve de un tercero para recibir un donativo de una de las partes, que sólo quiere obtener la sentencia a su favor, comete un delito de infracción de deber²¹⁵, no obstante no tomar él personalmente el donativo. Aquí el dato del dominio y la calidad de

²¹³ **CARO JOHN**, José Antonio, *Algunas consideraciones sobre los delitos de infracción de deber*; p. 1 disponible en: https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/anuario/an_2003_06.pdf, consultado el 30-10-2014, 10:40 hrs.

²¹⁴ “Según el planteamiento de Roxin, el centro de los delitos de infracción de deber lo constituye el deber especial del autor; este deber no se refiere al deber general de respetar la norma, que afecta a todas las personas, sino más bien a deberes extrapenales que se encuentran como realidades previas al tipo y que son necesarios para su realización, ‘se trata siempre de deberes que están antepuestos en el plano lógico a la norma del Derecho penal y que, por lo general, se originan en otros ámbitos del Derecho’. Roxin corrigió su concepción originaria según la cual los **delitos imprudentes** también debían considerarse como delitos de infracción de deber; esto fue así porque con posterioridad Roxin advirtió en que el deber en los delitos imprudentes ‘deber general de cuidado’ se refería a un mandato general que alcanza a todas las personas y no sólo a un grupo limitado de personas conocidas en el uso del lenguaje jurídico-penal como obligados especiales; Vid. **CARO JOHN**, José Antonio, Ob.Cit. p. 4.

²¹⁵ **Cohecho impropio** Art. 331 CP. -“El funcionario o empleado público, agente de autoridad o autoridad pública, que por sí o por persona interpuesta, solicitare o recibiere una dádiva o cualquiera otra ventaja indebida o aceptare la promesa de una retribución de la misma naturaleza, para realizar un acto propio de sus funciones o por un acto ya realizado propio de su cargo, será sancionado con prisión de dos a cuatro años e inhabilitación especial del cargo o empleo por igual tiempo”.

magistrado no son el fundamento del injusto, sino la infracción del deber de administrar justicia con imparcialidad y honestidad que constituyen la expectativa elemental de justicia en un Estado de Derecho, que debe ser garantizada mediante la aplicación correcta de la ley por todos los jueces.

Roxin cita como ejemplos de esta categoría a los deberes públicos de funcionarios, los deberes de ciertas profesiones que imponen un mandato de cuidado, las obligaciones jurídico-civiles de alimentos y de lealtad; en todos estos delitos el obligado tiene una especial relación con el contenido del injusto, el deber que porta lo convierte en “figura central” del suceso de la acción. En Jakobs la distinción entre delitos de dominio y delitos de infracción de deber se explica mediante *el criterio del ámbito de competencia del autor*²¹⁶.

Según esto, la persona vive inmersa en un mundo regido por normas donde debe satisfacer una diversidad de deberes que van dando forma a una competencia personal. La infracción de aquellos deberes mediante la incorrecta administración del ámbito de competencia personal fundamenta precisamente su responsabilidad jurídico-penal.²¹⁷

²¹⁶ Vid. **CARO JOHN**, José Antonio, Ob.Cit. p. 4.

²¹⁷ “Así el primer fundamento de la responsabilidad penal lo conforma la lesión de los deberes generales de actuación, los mismos que en la terminología jakobsiana se conocen como deberes en virtud de competencia de organización -cuyo equivalente en el lenguaje de Roxin lo constituirían los delitos de dominio-; cuando Jakobs habla que el primer fundamento de la responsabilidad se relaciona con los deberes generales de actuación, se está refiriendo al hecho de que cada persona, por ser persona, está obligada a cumplir deberes generales que incumben a todos en igualdad de condiciones, siendo el deber más general el de no lesionar a los demás sus bienes jurídicos. El segundo fundamento de la responsabilidad viene dado por la inobservancia de deberes especiales, esto es, deberes en virtud de competencia institucional -a los que pertenecen los delitos de infracción de deber-; estos deberes, a diferencia de lo anterior, no tienen que ver con la violación de los límites generales de la libertad, sino con la inobservancia de los límites trazados por un estatus especial; un estatus especial como el de padre, policía o juez fija una determinada forma de comportarse, pues en el fondo existe un deber de corte institucional que convierte a la persona en un obligado especial. En este sentido, en la lesión del deber radica para Jakobs

Los *delitos de infracción de deber* se diferencian de las figuras delictivas conocidas como “*delitos especiales*”; ya que mientras que los deberes positivos ocupan el centro de los delitos consistentes en la infracción de un deber, el núcleo de los delitos especiales lo constituye la descripción típica de los elementos personales del autor, o de la acción, o bien la forma en que un determinado objeto de bien jurídico puede ser lesionado²¹⁸.

En el delito de infracción de deber el autor tiene una relación institucional con el bien jurídico encomendado, siendo irrelevante la forma de cómo ha de ejercitarse la acción.

En cambio, en el ámbito de los delitos especiales la realización delictiva descrita en el tipo es lo que produce la relación del autor con el bien jurídico; como los elementos de configuración de la acción vienen dados por el tipo, entonces no hace falta que el autor sea portador de ningún deber y aunado a ello los delitos especiales pertenecen al grupo de los delitos de dominio.

Un ejemplo de los delitos especiales lo constituye la apropiación indebida - art. 217 CP²¹⁹, que sólo lo puede cometer el depositario, comisionista o administrador; si bien en este caso tanto el depositario como el comisionista y el administrador tienen la obligación de entregar, devolver o hacer un uso determinado de un bien mueble, no por eso son *obligados especiales*, en el

el fundamento de la imputación jurídico-penal, a diferencia de Roxin, para quien la lesión del deber es sólo un criterio que determina la autoría del hecho”. Vid. **CARO JOHN**, José Antonio, Ob.Cit. p. 4

²¹⁸ Por tanto, no deben equipararse los delitos de infracción de deber con los delitos especiales porque ello sólo evidencia una confusión de planos, pues mientras la dicotomía “delitos comunes-delitos especiales” se basa en condicionamientos formales establecidos por el legislador, la dicotomía “delitos de dominio-delitos de infracción de deber” sí recoge una diferenciación material.

²¹⁹ **Art. 217 Código Penal.**- “*El que teniendo bajo su poder o custodia una cosa mueble ajena por un título que produzca obligación de entregar o devolver la cosa o su valor, se apropiare de ella o no la entregare o restituyere a su debido tiempo en perjuicio de otro, será sancionado con prisión de dos a cuatro años*”.

sentido de los delitos de infracción de deber, porque la obligación a que se refiere el tipo no se basa en ninguna institución, ni se deriva de ningún deber positivo.²²⁰

Sin embargo, no ocurre lo mismo, por ejemplo, si en otro contexto similar es el funcionario público el que se apropia de los caudales a él confiados en razón de su cargo para la administración o custodia –peculado art. 387 CP²²¹; aquí entre el funcionario y los caudales situados en su esfera jurídica existe una relación de corte institucional que lo sujeta a un mundo en común donde actúa como portador del deber positivo de administrar y custodiar los bienes del Estado en un nivel de seguridad ajeno de peligros y lesiones. La Administración Pública como una institución estatal elemental se hace presente ante las personas para cubrir sus expectativas precisamente a través del servicio que prestan sus funcionarios.

“El dominio del hecho”, se trata de un concepto material de autor, que ha permitido explicar la autoría mediata, aunque como se ha sostenido tiene dificultades en explicar el delito imprudente, motivo por el cual WELZEL²²² se

²²⁰ En este caso el autor no se encuentra en una relación institucional con el bien mueble puesto bajo su esfera jurídica, sino solamente en una relación jurídica de organización que surge del acuerdo previo entre el titular del bien y la persona que asume voluntariamente la calidad especial de depositario, comisionista o administrador. Vid. **CARO JOHN**, José Antonio, Ob.Cit. p. 9.

²²¹ **Art. 325 CP.-** “El funcionario o empleado público o el encargado de un servicio público que se apropiare en beneficio propio o ajeno, de dinero, valores, especies fiscales o municipales u otra cosa mueble de cuya administración, recaudación, custodia o venta estuviere encargado en virtud de su función o empleo o diere ocasión a que se cometiere el hecho será sancionado con pena de prisión de acuerdo a las reglas siguientes: si el peculado fuere hasta cien mil colones, la sanción será de seis a ocho años. cuando fuere superior a cien mil colones pero inferior o igual a quinientos mil colones, la sanción será prisión de ocho a diez años. si el peculado fuere superior a quinientos mil colones, la sanción será prisión de doce a quince años”.

²²² “En 1939 aparece el concepto de dominio del hecho en WELZEL, que enlaza por vez primera la idea de dominio del hecho con la doctrina de la acción, derivando de ésta una “autoría final” basada en el criterio del dominio del hecho. “La autoría final es la forma más amplia de dominio del hecho final”. – **Vid. ROXIN**, Claus, Ob.Cit., p. 85.

vio obligado a realizar un desdoblamiento del concepto de autor; por lo que concluyo que en los delitos imprudentes, es autor aquel que contribuye a la producción del resultado con una conducta violatoria del deber objetivo de cuidado; y en los delitos dolosos, es autor quien tiene el dominio final del hecho.²²³

Por otra parte y dejando a un lado a WELZEL, para ésta teoría, autor es quien tiene el “señorío” sobre el hecho, es decir, el concepto de autor se obtiene atendiendo al dominio que objetivamente ejerce el sujeto sobre la conducción de la acción. El autor es el que decide, en líneas generales, la realización del delito; el que tiene la última palabra, tomando la decisión si este se comete o no; en tanto que, el partícipe es quien carece de tal dominio o control de la dirección del acontecimiento típico. Es por esto que el dominio del hecho puede consistir en: a) Dominio de la acción, b) Dominio funcional del hecho, y c) dominio de la voluntad de otro.

Dominio de la acción, (inmediata o de propia mano). Se refiere a la realización directa del tipo doloso, es decir, a la realización final y de propia mano de todos los elementos del tipo objetivo. Es el criterio de imputación objetiva al ejecutor o ejecutores del hecho típico. En este grupo de casos relativamente fácil anticipemos el resultado quien, no coaccionado y sin ser dependiente de modo superior a lo socialmente normal, realiza todos los elementos del tipo de propia mano, es autor. En todos los supuestos imaginables tiene el dominio del hecho.²²⁴

²²³ Vid. **DONNA**, Edgardo, Ob.Cit., p. 31.

²²⁴ Vid. **ROXIN**, Claus, Ob.Cit., p. 151. “Quien sin depender de otro realiza los elementos del tipo es sin duda autor. Éste es el caso del dominio de la acción, se trata aquí del prototipo de la autoría, de la manifestación más evidente de la figura central, de un supuesto en que coinciden incuestionablemente la “concepción natural de la vida” y la valoración del legislador. No puede dominarse un hecho de manera más clara que cuando lo realiza uno

Dominio funcional del hecho, (coautoría). Se da en casos en que varios autores dirigen el hecho y que cada uno depende del otro, es un dominio condicionado al actuar del plan global.²²⁵ Es el criterio de imputación de los coautores, a la concurrencia de varias personas en la realización del hecho, según división de funciones las cuales son esenciales y acordadas en común antes o durante la realización.²²⁶

Dichas funciones pueden ser ejecutadas por los sujetos antes, durante o posterior a la ejecución del delito y dependiendo del momento en el que estos actúan así será considerada su participación en la infracción penal.

La cooperación en la fase preparatoria: según WELZEL *“también el que objetivamente sólo prepara o auxilia es coautor si es cotitular de la resolución conjunta del hecho”* y BOCKELMANN: *“también llevar a cabo aquellas acciones que normalmente tienen mero carácter auxiliar o preparatorio puede fundamentar la pena por autoría, de cometerse sobre la base de una resolución del hecho conjunta”*.²²⁷ Sus posturas concuerdan entre sí, con arreglo a que la mínima participación en la preparación puede bastar para afirmar la autoría con tal de que se den los requisitos subjetivos.

Coautoría Aditiva: En la coautoría aditiva, los intervinientes en razón al acuerdo común, ejecutan sus aportes esenciales directamente sobre su

mismo; no se puede mantener en las propias manos de modo más firme que cuando se actúa de propia mano”.

²²⁵ “Sabemos ya que autor es, por una parte, aquel que lleva a cabo la acción típica; y por otra parte, quien se sirve de un ejecutor, forzando su voluntad, configurando el hecho, pasando por encima de la mente del otro, o que ese ejecutor, en virtud de su fungibilidad, aparece como instrumento del sujeto de atrás, lo hace de igual manera autor”. Vid. **ROXIN**, Claus, Ob.Cit., pp. 305-308

²²⁶ Vid. **SALAS BETETA**, Christian, Ob.Cit., p. 10.

²²⁷ Vid. **ROXIN**, Claus, Ob.Cit., pp. 323-325.

objetivo, siendo que solo uno de estos aportes será el que consiga realizar el tipo. Lo interesante de esta coautoría, es que se desconoce qué acción será la que cause el resultado típico.²²⁸

Coautoría sucesiva: Es posible la coautoría sucesiva, referida esta como aquella en la que el sujeto se suma con posterioridad a un hecho ya iniciado para continuar ejecutando el delito junto con los otros. No obstante, al que se suma no se le pueden atribuir circunstancias que ya estuvieran realizadas antes de su intervención. Es decir un sujeto no puede ser castigado como coautor por circunstancias que ya estaban ejecutadas al momento de su intervención.²²⁹

Cooperación en la fase ejecutiva: cada individuo domina el acontecer global en cooperación con los demás. Lo que quiere decir que el coautor no tiene por sí solo el dominio total del hecho, pero tampoco ejerce un dominio parcial, sino que el dominio completo reside en las manos de varios, de manera que éstos sólo pueden actuar conjuntamente, teniendo así cada uno de ellos en sus manos el destino del hecho global.²³⁰

²²⁸ Un ejemplo podría ser el siguiente: en un contexto cinco sujetos guardar una rencilla contra una persona que los estafa, por lo que deciden agruparse para darle muerte a balazos; realizando un acuerdo común y al ejecutar conjuntamente el hecho, todos disparan a la vez sobre el estafador, siendo que solo el disparo de uno o dos de ellos, pudo darle muerte a la víctima o siendo que todos estos disparos pueden haber dado muerte inmediata a la víctima (debido a que todos fueron al corazón, en este caso será el criterio del tiempo el que determine cuál pudo llegar primero). En este tipo de casos, podemos entender que no hay una verdadera coautoría, pues todos realizan su aporte no para realizar el delito en común, sino que el aporte de cada interviniente tiene como finalidad conseguir el resultado por sí mismo o en todo caso asegurarlo, independientemente del aporte de los demás. Vid. **SOTA SANCHEZ**, Percy André, *Análisis dogmático y jurisprudencial respecto a la coautoría como dominio funcional del hecho*, Revista Digital derecho y cambio social, Perú, 2007, pp. 21-22.- www.derechoycambiosocial.com/revista027/coautoría_dominio_del_hecho.pdf, consultado el 30-10-2014, 11:13 hrs.

²²⁹ Vid. **ROXIN**, Claus, Ob.Cit., pp. 320-323.

²³⁰ Vid. **ROXIN**, Claus, Ob.Cit., pp. 305-308. “En este sentido, WELZEL dice, con buen criterio: “Cada uno no es mero autor de una parte” y “la coautoría no es una forma especial de la autoría simple”, más bien cada uno es coautor del todo.

Dominio de la voluntad de otro, (autor mediato o de mano ajena). Este hace referencia al supuesto de la autoría mediata, en la cual el autor de atrás tiene su esencia en el poder de la voluntad conductora.²³¹ Entre las cuestiones más debatidas desde siempre se encuentra la de si es posible que pueda ser autor aquel que no ha ejecutado el hecho por sí mismo²³² y es este el caso, para la teoría del dominio del hecho, es autor el que se vale de otra persona como mero instrumento para ejecutar el hecho; este puede actuar por interposición de un instrumento humano, como mediador en el acto. La autoría mediata puede materializarse: 1. Utilizando a un hombre que obra por error; 2. Hacer uso de la fuerza; y 3. Mediante un aparato de poder organizado.²³³

En todos los casos es fundamental que el autor haya obrado con dolo, ya que el que obra sin dolo carece del dominio del hecho; las distinciones entre varios sujetos intervinientes en la comisión del delito se dan en base al grado de intervención de cada uno de ellos en el delito, es así que surgen figuras como el autor (directo o inmediato) y los partícipes (instigador y cómplice, necesario y no necesario).

3.3 Tipos de autoría en el Derecho Penal

3.3.1 Autor Directo.

Según el Artículo 33 del Código Penal Salvadoreño “*son autores directos los que por sí o conjuntamente con otro u otros sujetos cometen el delito*”. Es

²³¹ Vid. **DONNA**, Edgardo, Ob.Cit., p. 36.

²³² Vid. **ROXIN**, Claus, Ob.Cit., p. 165. “Se trata de casos en los que falta precisamente la “acción ejecutiva del sujeto de detrás” y por lo tanto el dominio del hecho sólo puede basarse en el poder de la voluntad rectora. Por eso, allí donde haya que afirmar el dominio del hecho hablamos de *dominio de la voluntad en el autor*”.

²³³ Vid. **SALAS BETETA**, Christian, Ob.Cit., p. 11.

decir autor directo o individual es quien ejecuta por sí mismo la acción típica, aquel cuya conducta es subsumible, en el tipo penal contemplado en la parte especial del ordenamiento jurídico penal; se trata, en fin, de supuestos en que la persona realiza la ejecución de propia mano, sin necesidad de otras personas. Como bien se ha afirmado, en estos casos el dominio de la acción es indudable, en tanto el sujeto haya actuado con dolo y se den los elementos del tipo.²³⁴

Para BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE: *“Autor principal o directo es el sujeto que domina la acción, realizando personalmente el comportamiento descrito en el tipo penal.”* WESSELS, por su parte, considera que: *“Es autor directo quien comete el hecho punible personalmente”* y QUINTERO OLIVARES dice que *“autor del delito será quien realiza el tipo legal correspondiente (el que hurta, el que falsifica, el que viola)”*.²³⁵

El autor directo unipersonal es el que presenta menores problemas interpretativos. Autor en este sentido sólo puede serlo el sujeto que domina el hecho.

3.3.2 Coautoría

La coautoría es autoría, su particularidad consiste en que el dominio del hecho unitario es común a varias personas. Para WELZEN, *“Coautor es quien en posesión de las cualidades personales de autor es portador de la decisión común respecto del hecho y en virtud de ello toma parte en la ejecución del delito”*.²³⁶ Cuando el delito es llevado a cabo conjuntamente por varios sujetos, también pueden surgir problemas en la delimitación de los

²³⁴ Vid. **DONNA**, Edgardo Alberto, Ob.Cit., p. 41.

²³⁵ Vid. **TREJO ESCOBAR**, Miguel Alberto, *Autoría y participación en derecho Penal*, Editorial Triple "D", El Salvador, 2000, pp. 89-90.

²³⁶ **Ibidem.**, pp. 122-123.

autores y de los partícipes, es a partir de ahí que esta forma múltiple de participación pueda dar lugar a los supuestos de coautoría.

Según JAKOBS, existe coautoría cuando *"según el plan de los intervinientes, se distribuyen las aportaciones necesarias para la ejecución, sea en todos los estadios del delito, sea entre los distintos estadios, de manera que personas no participantes de la ejecución codeterminan la configuración de ésta o el que se lleve o no a cabo"*.²³⁷ MUÑOZ CONDE, por su parte, define la coautoría como *"la realización conjunta de un delito por varias personas que colaboran consciente y voluntariamente"*. Sin embargo, este concepto es poco preciso para distinguir a quienes participan en el hecho sin ser coautores, dado que tiene una generalidad que hace posible comprender en él a los cómplices.

El profesor GONZALO QUINTERO OLIVARES en atención a la coautoría asigna la terminología de "coejecución", en la cual es posible de que más de una persona puede intervenir a la vez en la ejecución inmediata del hecho que se describe como realización conjunta, que no es sino la presencia de varios autores inmediatos del mismo hecho. La coautoría es una especie de conspiración llevada a la práctica y se diferencia de esta figura precisamente en que el coautor interviene de algún modo en la realización del delito, lo que por definición no sucede en la conspiración.²³⁸

Para hacer, entonces, una distinción con más precisión entre autores y partícipes, puede decirse que son coautores los que toman parte en la ejecución del delito codominando el hecho; la diferencia entre una y otra

²³⁷ JAKOBS, Günther, *Derecho Penal*, 2ª edición, p. 730; citado por Vid. DONNA, Edgardo Alberto, Ob.Cit., p. 42.

²³⁸ MARQUEZ CARDENAS, Álvaro E., *Revista Dialogo de saberes*, "La coautoría: concepto y requisitos en la dogmática penal", revista Nª 26, Colombia, Enero-Junio 2007, pp. 74-75

definición está en que el dominio del hecho lo tienen varias personas. Esta se basa, como ya se mencionó, en la división del trabajo, así cada coautor complementa con su parte en el hecho la de los demás en la totalidad del delito y responde por ese todo.²³⁹ De lo anterior puede establecerse la existencia de los elementos de la coautoría siendo estos:

*El co-dominio del hecho*²⁴⁰, Si el dominio del hecho es el elemento general de la autoría, el co-dominio se convierte en el elemento esencial también para esta forma de autoría colectiva. Aparecerá el co-dominio del hecho como un control funcional del hecho en el sentido de que cada uno de los coautores tiene en sus manos el dominio del hecho a través de una parte que le corresponde en la división del trabajo.²⁴¹ El carácter conjunto de la ejecución no requiere la cercanía espacial, ni la simultaneidad temporal, pudiendo concebirse hipótesis en la que la contribución ejecutiva al hecho común, de alguno o algunos de los coautores, tenga lugar a distancia o en un momento distinto de la de los restantes.

La decisión común al hecho: El acuerdo recíproco, expreso o tácito, sobre la perpetración común del hecho ilícito, que puede establecerse hasta el momento de la consumación. Cada coautor responde solo hasta donde alcanza el acuerdo y no habrá responsabilidad por el exceso del otro. No puede existir co-dominio del hecho sin la presencia de un acuerdo ejecutivo;

²³⁹ “Cada coautor ha de ser, subjetivamente, coportador de la decisión común, y, objetivamente, completar con su aportación los aportes de los demás, configurando un hecho unitario” Vid. Vid. **TREJO ESCOBAR**, Miguel Alberto, *Ob. Cit.*, p. 126.

²⁴⁰ Según JESCHECK, “la aportación de cada coautor debe encerrar un determinado grado de importancia funcional, de modo que la colaboración de cada uno de ellos mediante el desempeño de la función que a cada uno le corresponde, se presente como una pieza esencial para la realización del plan general. Vid. **Ibidem.**, pp. 125-126

²⁴¹ “El dominio funcional del hecho alude a la parcial realización del hecho típico por varios participantes. Es decir, que no se alude sólo a una realización compartida de actos de ejecución de la acción típica, sino a que varios comparten el dominio del hecho en la fase de realización. Se trata pues de un co dominio funcional del hecho”. Vid. **Ibidem**, pp. 126- 127.

para tales efectos, un plan concertado en coautoría, se requiere, además, que esté determinada una división del trabajo, en otras palabras, mediante la decisión común se vinculan funcionalmente los distintos aportes al hecho. En las tareas acordadas entre autor y cómplice resulta problemático distinguir la decisión que fundamenta la autoría. El criterio más aceptado está determinado por la existencia de subordinación o no respecto de otro o de otros, pues en la coautoría es necesario que no haya subordinación a la voluntad.²⁴²

3.3.3 Autor Mediato

Esta clase de autoría aparece como producto de la evolución técnica-teórica del concepto autor. El progreso del pensamiento jurídico habría llevado al convencimiento que el supuesto autor principal era únicamente aquel que ejecutaba el acto físico consumativo del delito; en el fondo era una idea meramente convencional de la doctrina, por no decir que era una afirmación arbitraria²⁴³. Hay casos en que el autor no necesita ejecutar el hecho por sus propias manos: se puede servir de instrumentos mecánicos o del accionar de otra persona, en cuanto sólo ella posea el dominio de la realización del tipo.²⁴⁴

Es autor mediato quien comete el hecho 'por medio de otro'; es decir que se sirve de otro ser humano como instrumento para la ejecución de un hecho punible; es por eso que si algo caracteriza a la autoría mediata es el *dominio*

²⁴² Vid. **TREJO ESCOBAR**, Miguel Alberto, *Ob. Cit.*, pp. 125- 126.

²⁴³ **MAGGIORE**, Giuseppe, Derecho Penal, Tomo II, Colombia, año 1954, p. 103 citado por **MARQUEZ CARDENAS**, Álvaro E., *Revista Dialogo de saberes*, "La autoría mediata: El autor detrás del autor, en organizaciones criminales, narcotráfico, paramilitares, guerrilleras y mafiosas,

²⁴⁴ Vid. **DONNA**, Edgardo Alberto, *Ob.Cit.*, p. 45.

de la voluntad de otro. En esta clase de autoría lo relevante está dado por la voluntad del hombre de atrás²⁴⁵, que aprovecha su inteligencia, la fuerza o el status superior que este posee. Por eso HIRSCH ha podido sostener que "En la autoría mediata queda claro que el 'dominio del hecho' constituye el decisivo punto de partida; ya que cuando el que actúa directamente es simplemente un instrumento del hombre de atrás, es precisamente porque éste último tiene el dominio sobre los acontecimientos".²⁴⁶

Para BACIGALUPO "Autor mediato es el que dominando el hecho y poseyendo las demás características especiales de la autoría, se sirve de otra persona como instrumento, para la ejecución de la acción típica". Así también BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, dice que "Es autor mediato quien no realiza directa y personalmente el hecho, sino que se sirve de otra persona, quien actúa como instrumento y quien es en definitiva la que lo realiza". Por su parte WESSELS, con una definición bastante sintética menciona que "Autor mediato es quien comete el hecho punible por medio de otra persona"; de manera gráfica ha dicho "que el autor mediato utiliza, para cometer un hecho propio, manos ajenas".²⁴⁷

La autoría mediata es una creación de la moderna ciencia penal alemana, su origen sistemático inicia con Cristoph Carl Stübel en la primera mitad del

²⁴⁵ Denominado este como la persona que no realiza la acción típica ilícita sino que se vale de otro para la ejecución de la misma. Se afirma que la autoría mediata no compagina con la teoría subjetiva ni con la formal-objetiva de autor, pues no es el *animus auctoris* ni la ejecución de propia mano del hecho punible lo que da la categoría de autor. La autoría mediata sólo es explicable bajo los postulados de la teoría del dominio del hecho, porque sin lugar a dudas es el hombre de atrás el que tiene en sus manos la voluntad del instrumento y las riendas del acontecer causal.

²⁴⁶ Vid. **HLRSCH**, Hans, Joachim, *Acercas de los límites de la autoría mediata, Derecho Penal*.

Obras completas, Libro homenaje, t. I, Argentina, Rubinzal-Culzoni, 1999, p. 197.

²⁴⁷ Vid. **TREJO ESCOBAR**, Miguel Alberto, *Ob. Cit.*, pp. 94 - 95.

siglo XIX, y quizá la mayor explicación la produjo en 1963 Claus Roxin en su obra *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal*²⁴⁸. Así, el origen, concepto, naturaleza jurídica, casos y la problemática en general aparecen en textos de autores alemanes, a quienes en un sentido u otro ha seguido la literatura penal española y latinoamericana.

Los casos en que una persona comete el delito valiéndose de otra como instrumento, normalmente no los prevén los ordenamientos penales, lo cual corresponde a una correcta técnica legislativa. Es la doctrina quien los ha delimitado y, como en casi todos los tópicos penales, no hay unanimidad al enumerarlos. Los casos de autoría mediata, tradicionalmente tienen como punto de partida que el instrumento ejecutor no es responsable.

Así, a manera LISZT, aduce como hipótesis cuando el instrumento no es imputable, cuando ha obrado sin libertad, cuando actúa sin dolo, cuando obra sin la intención o cualidad determinada y cuando el agente inmediato estaba obligado a ejecutar el acto por deberes del servicio o por disposición legal.²⁴⁹ Para MEZGER deben reconocerse como casos de autoría mediata cuando el instrumento actúa sin dolo, si lo hace sin voluntad de autor, cuando en un delito especial obra sin estar calificado para la autoría.²⁵⁰ Así mismo MIR PUIG menciona que cuando el tercero actúa con violencia, engaño, idoneidad, sin dolo, sin elementos subjetivos del injusto, amparado

²⁴⁸ Roxin, además de explicar el tema de la autoría mediata agregó una hipótesis que rompió con las bases acuñadas hasta 1963, pues alejándose de la no responsabilidad del instrumento, propuso que hay autoría mediata en los casos de dominio de la voluntad en virtud de estructuras de poder organizadas, en las cuales el instrumento actúa con plena responsabilidad penal pero sirve a la ejecución de un plan de una organización jerárquicamente organizada. Propone así un verdadero caso de “autor detrás del autor”.

²⁴⁹ LISZT, Franz Von, *Tratado de Derecho Penal*, tomo III, Reus, España, año 1999, pp. 80-82.

²⁵⁰ MEZGER, Edmundo, *Derecho Penal: Parte general, Libro de estudio*, Cárdenas, México, año 1990, p. 310.

por una causa de justificación o sin posibilidad de imputación objetiva.²⁵¹

El código penal salvadoreño únicamente establece en el Artículo 34 lo que debe ser considerado autoría mediata rezando literalmente “*Se consideran autores mediatos los que cometen el delito por medio de otro del que se sirven como instrumento*”. Puede observarse que lo característico de la autoría mediata es la responsabilidad predominante del autor mediato en virtud de su superior dominio de decisión. Esto quiere decir que al instrumento se le dificulta evitar la realización del tipo de un delito doloso de un modo que excluye la imputación, y de este dificultar es responsable el autor mediato.

3.4 Formas de Participación criminal en el derecho penal

Partícipe es aquel que no tiene el dominio del hecho, aunque haya tomado parte en él; es por eso que resulta cierta la afirmación que el partícipe no debe haber tenido el dominio del hecho, o no haber estado obligado por el deber especial en los delitos de infracción al deber. Por lo tanto, el concepto de participación alcanza a los cómplices e instigadores, porque sus acciones contribuyen a la realización del delito por el autor, con la aclaración de que no son acciones típicas en sí mismas, en el sentido de que no realizan por sí solas la acción descrita en el tipo, sino que se adhieren sobre la tipicidad del autor.²⁵²

El concepto de participación puede apreciarse doctrinariamente de dos maneras, siendo éstas: un concepto de participación en *sentido amplio* y

²⁵¹ **MIR PUIG**, Santiago, *Derecho Penal. Parte general*, Reppertar, España, año 2004, pp. 380-382.

²⁵² Vid. **DONNA**, Edgardo Alberto, Ob.Cit., p. 92.

otro, en *sentido estricto*²⁵³; siendo que por participación, en sentido amplio, se entienden todas las formas posibles de intervención en el hecho, ya sea en calidad de autor, como de instigador o de cómplice y cuando al concepto de participación se le da un sentido estricto, comprende únicamente la instigación y complicidad, y es en este último sentido que hemos delimitado el desarrollo de esta parte del trabajo.

3.4.1 Instigadores

Por instigación, según BACIGAPULO, se entiende “*la acción de dominar a otro dolosamente en forma directa a la comisión de un delito*”; con sustanciales diferencias MIR PUIG, define al instigador como “*aquél que voluntariamente en otro mediante un reflejo, psíquico, la resolución y realización de un tipo de autoría doloso e imprudente*”.²⁵⁴ Es la motivación dolosa de otra persona de cometer intencionalmente un delito; y más concretamente se trata de la corrupción de un hombre libre, con lo cual el inductor hace que otra persona adopte la resolución de voluntad de llevar a cabo una acción típica y antijurídica.²⁵⁵

La responsabilidad del inductor, tal como se ha venido afirmando, depende del autor principal, ya que es partícipe del delito cometido por el autor principal. Por consecuencia, como está atado a la suerte del principal, la pena depende de hasta dónde ha llegado el delito; esto es, si se consumó, tendrá la pena del delito consumado, si quedó tentado tendrá esa pena.

²⁵³ Vid. **TREJO ESCOBAR**, Miguel Alberto, *Ob. Cit.*, pp. 140-143.

²⁵⁴ “El instigador crea el dolo en la cabeza del autor, es decir, convence o motiva a otro para que tome la decisión o resolución de cometer un delito; pero quien decide y domina la realización del mismo es el inducido. Es indiferente el medio por el cual se crea el dolo; sin embargo, en todo caso se requiere una concreta influencia psicológica”. Vid. **Ibidem.**, p. 148.

²⁵⁵ Vid. **DONNA**, Edgardo Alberto, *Ob.Cit.*, p. 124.

Pero, como mínimo, el hecho principal debe haber tenido comienzo de ejecución, caso contrario la inducción es impune.²⁵⁶

El instigador responde sólo hasta donde el hecho coincide con su dolo, no responde por el exceso del autor, es decir, el hecho realizado por el autor sólo puede imputarse a los partícipes, si el contenido del ilícito y la orientación del ataque al bien jurídico coinciden, en sus elementos esenciales, con el hecho al cual se quiso determinar o instigar.²⁵⁷ Lo que define a la inducción es la libertad del autor o sujeto inducido, de manera que la decisión tomada por el propio autor elimina, tal como hemos visto, la posibilidad de otro autor detrás de él. Si el inductor toma las riendas del hecho, pasará a ser coautor o autor. Este dato no es menor, y es lo que parece no entender la teoría formal objetiva al limitar, de una manera arbitraria, el concepto de autor.

El Artículo 35 del código penal Salvadoreño menciona “*Se consideran instigadores los que dolosamente hubieren determinado a otro a cometer el delito*”. La instigación o inducción como se menciona en la doctrina, requiere que exista una determinación sobre el autor material del delito, de esta forma el ‘determinar’, según ZAFFARONI significa “*hacer surgir e el autor la decisión del hecho, es decir provocar que el autor decida*”.²⁵⁸

Es por esto que se puede sostener que también es objeto idóneo de la

²⁵⁶ Vid. **Ibíd.**

²⁵⁷ Vid. **TREJO ESCOBAR**, Miguel Alberto, *Ob. Cit.*, pp. 193 - 194.

²⁵⁸ “El determinar presupone la concreción del hecho: es necesario que se induzca a una determinada lesión típica de un bien jurídico, pues la exhortación genérica a cometer hechos punibles de cualquier naturaleza no es suficiente. La exigencia de concreción del hecho es satisfecha cuando el inductor describe el delito a cometer en sus rasgos generales. No es necesaria una descripción precisa del delito, si bien las instrucciones formuladas por el inductor deben dejar entrever una caracterización del hecho a realizar. Sólo es posible hablar de una determinación cuando la acción de inducción ha provocado la resolución delictiva en el inducido”. Vid. **DONNA**, Edgardo Alberto, *Ob.Cit.*, p. 127.

acción de inducción, aquel que en principio se encontraba inclinado al delito, aunque sin haberse decidido; y por el contrario, no es un objeto idóneo de la inducción aquel autor que, incluso antes de la aparición del inductor, se encontraba decidido a causar la lesión típica concreta al bien jurídico con todos sus elementos objetivos y subjetivos. En estos casos, no habrá responsabilidad por inductor, ya que la decisión libre del autor ya existe, de manera que no se puede hablar de corrupción del autor.²⁵⁹

La instigación se diferencia de la autoría mediata, en que el instigador debe persuadir al autor de manera determinante, es decir, debe generar en él la determinación de la perpetración del delito. El autor deberá entender que su decisión es delictiva, independientemente de la voluntad del instigador; lo importante en la instigación es que el instigador no tiene el dominio del hecho delictivo, por tanto no puede impedir ni modificar el curso de la acción típica.

La autoría mediata requiere el dominio del hecho por parte de la persona que se vale de otra, en la instigación o inducción el dominio del hecho lo observa la persona que ejecuta el ilícito penal, independientemente de las instigaciones que pueda recibir. La instigación requiere una persuasión eficaz, es decir lograr la determinación en el ejecutor, sin dominar el hecho delictivo, ya que deja a la libre decisión a autor material si materializar o no dicha acción antijurídica.

3.4.2 Complicidad

Para dar una primera aproximación se podría afirmar que el cómplice es aquel que interviniendo de cualquier manera en el hecho, sin el dominio

²⁵⁹ Vid. **DONNA**, Edgardo Alberto, Ob.Cit., p. 127.

funcional ni con las características de autor idóneo, participa en el hecho de otro.²⁶⁰ En cuanto a BACIGALUPO, él considera que es cómplice *“el que dolosamente y sin tener el dominio del hecho principal presta al autor o autores ayuda para la comisión del delito”*. Así mismo WESSELS, por su parte dice *“se castiga por complicidad a quien ha prestado dolosamente auxilio a otro para el hecho antijurídico cometido dolosamente”*.²⁶¹

El cómplice se limita a favorecer un hecho ajeno y como el instigador, no toma parte en el dominio del hecho; los cómplices son los cooperadores, es decir, son los que ayudan -en forma dolosa- al autor a realizar el hecho punible. La complicidad puede definirse como aquella contribución o auxilio al hecho, anterior o simultánea, que ha sido útil para la ejecución del plan del autor.

La complicidad doctrinariamente admite la subdivisión en dos categorías, “complicidad necesaria o primaria” y “complicidad no necesaria o secundaria”. Se afirma que es posible una complicidad mediante omisión, en tal caso es necesario que el agente tenga la obligación jurídica de actuar.

Complicidad necesaria: El Artículo 36 del Código Penal dice en su numeral 1, que serán considerados cómplices *“Los que presten al autor o autores una cooperación, de tal modo necesaria, que sin ella no hubiere podido realizarse el delito”*; El cómplice primario o el cooperador necesario es el que en la etapa de la preparación o ejecución del hecho aporta una contribución, sin la cual el delito no hubiere podido cometerse. El elemento que caracteriza a esta forma de complicidad, afirma BACIGALUPO, es la intensidad objetiva de

²⁶⁰ Vid. **Ibíd**em, p. 107.

²⁶¹ Vid. **TREJO ESCOBAR**, Miguel Alberto, Ob. Cit., pp. 152 - 154.

su aporte al delito, ya que sin éste el hecho no habría podido cometerse de la forma en que se lo hizo.²⁶²

Cómplice no necesario o secundario: El inciso 2 del artículo 36 antes mencionado dice que también son considerados cómplices “*los que presten su cooperación de cualquier otro modo a la realización del delito, aún mediante promesa de ayuda posterior a la consumación de aquél*”. La doctrina menciona que cómplice secundario es quien ha prestado una colaboración que no es indispensable para la comisión del delito.

Para diferenciar la complicidad primaria de la secundaria, afirma Fierro que el criterio más correcto es el objetivo, esto es analizar los aportes y su importancia en referencia al hecho y las necesidades del autor y de los cómplices. Por su lado NUÑEZ ha sostenido que son cómplices necesarios aquellos sin cuyo aporte el hecho no hubiera podido cometerse y cómplices secundarios son aquellos cuya intervención no era necesaria para que el hecho sucediera como sucedió.²⁶³

3.5 Imputación personal en los delitos de crimen organizado

La doctrina ha venido constantemente denunciando la insuficiencia de los criterios de imputación de la clásica teoría del delito desde la primera mitad del siglo XX, y es que los conceptos tradicionales de imputabilidad, culpabilidad, dolo, autoría mediata, complicidad e inducción, entre otros, habrían sido concebidos sobre la configuración de un modelo de imputación referente a la persona física.

²⁶² Vid. **BACIGALUPO**, Enrique, *Derecho Penal: Parte general*, 2ª edición, Editorial Hammurabi, Argentina, año 1999, pp. 486; citado por **DONNA**, Edgardo Alberto, Ob.Cit., p. 113.

²⁶³ Vid. **DONNA**, Edgardo Alberto, Ob.Cit., p. 121.

Aunado a lo anterior es conocido que no siempre la producción de un hecho delictivo es la obra de un solo delincuente, cuando esta clase de hechos se consuma mediante la actividad deliberada y consiente de dos o más personas nos encontramos frente a un supuesto de participación criminal. La pluralidad de sujetos activos, es pues un elemento esencial para configurar una hipótesis participativa, ese concurso de personas puede ser imprescindible o meramente circunstancial, pues a veces existen metas u objetivos que no pueden ser alcanzados individualmente y por ello se impone la necesidad de sumar esfuerzos y dividir el trabajo; mientras que en otras ocasiones la unión consiste en una concurrencia fortuita o accidental.²⁶⁴

Algo muy discutido es el título de imputación, respecto de aquel que no interviene directamente en la realización de delitos concretos que llevan a cabo otros, y que se limita a diseñar planificar y asumir la dirección de su realización. Se trata del caso del que no interviene en la ejecución de modo directo, pero que domina la realización de las actividades del aparato de poder que dirige y que funciona con una complejidad análoga a una máquina; en donde el flujo de instrucciones descienden desde la cúpula, pasando por intermedios que organizan y controlan el cumplimiento de esas órdenes hacia los que las ejecutan materialmente.

En la criminalidad organizada, no se trata de una concurrencia fortuita o accidental, sino que la pluralidad de sujetos²⁶⁵ es una característica de esta

²⁶⁴ **FIERRO**, Guillermo Julio; *Teoría de la Participación Criminal*; 2º Edición, Editorial Astrea, Argentina, año 2004, pp. 1-3.

²⁶⁵ “La mera pluralidad de sujetos activos ha sido considerada por la ley en muchas ocasiones como una circunstancia agravante en razón de la mayor peligrosidad que tal circunstancia entraña o, más específicamente según Francesco Carrara, en razón de la audacia que adquieren los malhechores al estar unidos”. Vid. **FIERRO**, Guillermo Julio; Ob.Cit, pp. 1-3. Además de ser considerada una agravante opera un dolo conjunto en relación a las acciones realizadas por cada uno de los sujetos que intervienen, con el ánimo de ejecutar el ilícito penal. En cuanto a la autoría como ya se mencionó cuando intervienen

modalidad de delincuencia, por lo que la imputación objetiva y subjetiva se extiende a todos los sujetos que forman parte de dicha organización o asociación delictiva. Sin embargo es necesario partir de las figuras que el derecho penal recoge en cuanto a la autoría y participación orientadas a una delincuencia común –no más de tres sujetos activos-; para posteriormente determinar la aplicación de estas en la criminalidad especializada organizada.

La decisión, planificación y ejecución de comportamientos delictivos por parte de organizaciones integradas por una pluralidad de personas, como lo son las organizaciones criminales, presenta perfiles peculiares y lo más característico es la división de funciones en el seno de la organización, de tal modo que, por lo general, las actividades indicadas radican en niveles diferentes, que además se encuentran jerarquizados. Entre los dirigentes deciden, diseñan y ulteriormente controlan la ejecución, esta última, la ejecución material, se encarga a los niveles inferiores.²⁶⁶

Para muchos autores, las categorías tradicionales que en el derecho captan la forma de exigir responsabilidad penal a los distintos intervinientes en estos tipos de procesos ejecutivos no resultan adecuadas²⁶⁷; ya que por ejemplo el

varios sujetos activos, deberá determinarse el tipo de actividad y si estos son autores –coautores- o partícipes del delito consumado o tentado. En relación a este tema nuestra legislación regula en la Ley de Ocurros de gracia en su artículo 3º ord. 3º que se concederá amnistía “*por delitos comunes cometidos por un número de personas que no baje de veinte*”, significando que esta institución se aplica en casos excepcionales de comisión de determinados delitos, es entonces que la amnistía extiende el velo del olvido sobre lo ocurrido o, al decir de otros comentaristas, borra la existencia del delito y de sus consecuencias.

²⁶⁶ **GARCIA DE PAZ**, Isabel Sánchez, *La Criminalidad Organizada, Aspectos penales, procesales, administrativos y policiales*, Dinkinson S.L., España, año 2005, pp. 157-158.

²⁶⁷ La dogmática alemana y nuestra legislación distingue dos categorías, siendo estas autores y partícipes entre los distintos intervinientes del hecho y la responsabilidad del partícipe puede revestir la forma de inductor o de cooperador o cómplice es además de

concepto, de autor se define además hoy mayoritariamente conforme a la denominada *teoría del dominio del hecho*, formulada en el seno de la teoría del delito, como aquel que tiene el dominio y las riendas del suceso, que controla el acontecer típico; este dominio puede predicarse no solo del autor directo y del coautor, sino también del autor mediato.

De acuerdo con este esquema, el dirigente de la organización encajaría, en principio, en figura del *inductor*, es decir el que instiga a otro a cometer el delito, sin intervenir en su ejecución. La doctrina, sin embargo, considera inadecuado y problemático castigar como simple inductor al dirigente de la organización que decide, ordena y controla la ejecución del hecho y como autor a su simple autor material. Por otra parte también resulta controvertida la definición del tipo de responsabilidad penal atribuible a los eslabones intermedios de la cadena de mando que transmiten la orden del emisor hasta su ejecutor.²⁶⁸

El tratamiento de inductor del dirigente de la organización si podría enfrentarse a un problema importante de compatibilidad con el derecho positivo, y es que este, al exigir que la inducción sea “directa”, parece excluir, a la denominada “inducción en cadena”, esta última referida a la calificación de inductor al que simplemente *induce a alguien a que a su vez induzca a otro al delito*²⁶⁹.

De modo que conforme a nuestro ordenamiento positivo, solo podríamos calificar de inductor al dirigente que induce directamente al ejecutor; cuando la orden del dirigente discurre por diferentes eslabones la doctrina propone

asesoría del autor, los cuales se encuentran contemplados en el Título II, capítulo IV del Código Penal Salvadoreño..

²⁶⁸ **GARCIA DE PAZ**, Isabel Sánchez, *Ob.Cit.*, p. 158.

²⁶⁹ **GIMBERNAT ORDEIGI**, Enrique, *Autor y complice en derecho penal*, España, año 1996, citado por **GARCIA DE PAZ**, Isabel Sánchez, *Ob.Cit.*, p. 159.

por lo general calificar a todos aquellos anteriores al último de cooperadores (necesarios o no) en el delito, es decir que solo al último podríamos calificarlo de inductor.²⁷⁰

Además, de lo anterior, es necesario retomar la denominada prohibición de regreso, la cual se refiere a aquellos casos en los que un comportamiento que favorece la comisión de un delito por parte de otro sujeto, no pertenece en su significado objetivo a ese delito, es decir que puede ser “distanciado” de él; es decir como el “aporte” del sujeto es inofensivo y cotidiano, no podría caer sobre su persona una imputación.

Es por eso, al encuadrar esta idea sistemáticamente, Jakobs establece que la prohibición de regreso excluye la imputación objetiva del comportamiento; la sugerencia jakobiana ubica a la prohibición de regreso sistemáticamente en la teoría de la participación.²⁷¹

La Teoría tradicional de la prohibición de regreso, señala que no pueden ser consideradas causas del resultado las condiciones de una posterior obtención del resultado, de forma libre y consciente por otro individuo que se sirve de aquellas condiciones primitivas (es decir, las aportaciones anteriores a una intervención dolosa y culpable, son penalmente inocuas ya que hacia

²⁷⁰ Así lo establecen los artículos 35 y 36 del código penal salvadoreño sobre los instigadores y los cómplices necesarios y no necesarios.

²⁷¹ Por ejemplo **a)** el autor (A) ata su obrar al comportamiento de otra persona (B) que lo hace en forma cotidiana. Así “A” lleva su conducta hacia lo delictivo. Por ejemplo: “A” le dice a “B” que si sigue casado con “C” va a cometer un atentado contra alguien. Como “B” no accede al pedido “A” comete el atentado. En este caso “B” no tiene ninguna responsabilidad. Y **b)** caso del “taxista”, el ejemplo dice que un taxi es abordado por delincuentes que solicitan al taxista los lleve a un destino determinado. En el camino lo anotan que en ese lugar van a robar. El caso ya nos señala que hay entre el taxista y los delincuentes “algo en común” pero –según Jakobs- ese algo en común carece de todo significado delictivo, de allí que el taxista no quebranta ningún rol, porque su función es precisamente esa: llevar gente a un lugar.

atrás de aquéllas opera una prohibición de regreso), la causalidad “promovida psicológicamente” no puede fundamentar la responsabilidad.²⁷²

Por otra parte, hay que observar la insatisfacción que puede suscitar el castigar como partícipe a quien realmente planifica y decide ejecutar el hecho, los tipos penales relativos a las actividades ilícitas comunes ejecutadas por la criminalidad organizada contienen descripciones típicas abiertas que en la línea del concepto unitario o extensivo de autor²⁷³, acaban permitiendo calificar la realización de actos ejecutivos en calidad de autor, toda una diversidad de conductas de alcance y de significación muy diferente; un ejemplo de esta criticable tendencia legislativa, son el tipo penal del tráfico de drogas²⁷⁴, el del blanqueo de capitales²⁷⁵ y del tráfico de

²⁷² Vid. **ZAROR**, Ignacio Ananías, *Prohibición de regreso*, Revista de Estudios de la Justicia, Nº 13, Chile, año 2010, p. 230.

²⁷³ El **concepto unitario** de autor hace referencia a que “se considera autor a cualquier sujeto que haya cooperado de algún modo en el hecho, sin hacer ningún tipo de diferenciación entre los distintos aportes de los intervinientes” y a través del **concepto extensivo de autor** se logra distinguir varias formas de intervención según el grado e importancia material de los aportes realizados; desde este punto de vista se procede a diferenciar al autor del resto de los partícipes, atribuyendo aquel carácter solo a la figura central del hecho. Vid. **DONNA**, Edgardo Alberto, *Ob.Cit.*, p. 13.

²⁷⁴ **Tráfico ilícito de drogas**, Artículo 33 de la Ley Reguladora de las actividades relativas a las drogas “*El que sin autorización legal adquiriere, enajenare a cualquier título importare, exportare, depositare, almacenare, transportare, distribuyere, suministrarre vendiere, expendiere o realizare cualquier otra actividad de tráfico, de semillas, hojas, plantas, florecencias o las sustancias o productos que se mencionan en esta Ley, será sancionado con prisión de diez a quince años y multa de cincuenta a cinco mil salarios mínimos mensuales urbanos vigentes.*” D.L. 153, publicada en D.O. 208, Tomo Nº 361, del siete de noviembre de dos mil tres.

²⁷⁵ **Lavado de dinero y activos**, Artículo 4 de la Ley contra el Lavado de dinero y activos “*El que depositare, retirare, convirtiere o transfiriere fondos, bienes o derechos relacionados que procedan directa o indirectamente de actividades delictivas, para ocultar o encubrir su origen ilícito, o ayudar a eludir las consecuencias jurídicas de sus actos a quien haya participado en la comisión de dichas actividades delictivas, dentro o fuera del país, será sancionado con prisión de cinco a quince años y multa de cincuenta a dos mil quinientos salarios mínimos mensuales vigentes para el comercio, industria y servicios al momento que se dicta la sentencia correspondiente. se entenderá también por lavado de dinero y de activos, cualquier operación, transacción, acción u omisión encaminada a ocultar el origen ilícito y a legalizar bienes y valores provenientes de actividades delictivas cometidas dentro o fuera del*

personas²⁷⁶; en estas figuras, la amplitud de la descripción típica, permite castigar como autor prácticamente a cualquier persona involucrada en el hecho.

Una solución propuesta en la doctrina pasa por apreciar los supuestos descritos en la figura de la *coautoría*, haciendo alusión a que el que decide y el que ejecuta serían considerados coautores del delito; en Alemania esta propuesta ha sido defendida por Jakobs y Jescheck, entre otros; por su parte Muñoz Conde la propone con respecto a la criminalidad organizada no estatal, al entender que *“la coautoría se adapta mejor que otras categorías de autoría y participación a algunas formas de realización del delito, en las que el cerebro o principal responsable no está presente en la ejecución, pero si en inmediata conexión con ella, controlándola y decidiendo su realización”*.²⁷⁷

Esta solución de nuevo supondría un cambio en la concepción tradicional de la dogmática de la autoría y de la coautoría en particular, entiende Muñoz Conde *“que dentro de la coautoría no solo cabe, una coautoría ejecutiva, total o parcial sino también otras formas de realización conjuntas del delito en las que alguno o algunos de los coautores, a veces los más importantes no*

país”. D.L. 498, publicada en D.O. 240, Tomo Nº 341, del veintitrés de diciembre de mil novecientos noventa y ocho.

²⁷⁶ **Tráfico ilegal de personas**, Artículo 367-A del Código Penal *“La persona que por sí o por medio de otra u otras, en contravención a la ley, intentare introducir o introduzca extranjeros al territorio nacional, los albergue transporte o guíe, con el propósito de evadir los controles migratorios del país u otros países, será sancionado con prisión de cuatro a ocho años. con igual pena, será sancionada la persona que albergue, transporte o guíe a nacionales con el propósito de evadir los controles migratorios del país o de otros países. en igual sanción incurrirán las personas que con documentación falsa o fraudulenta trataren de hacer o hicieren salir del país a salvadoreños o ciudadanos de cualquier otra nacionalidad; o los que utilizaren documentación auténtica, cuyo titular es otra persona”*.

²⁷⁷ **MUÑOZ CONDE**, Francisco, *Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada*, citado por **GARCIA DE PAZ**, Isabel Sánchez, *Ob.Cit.*, p. 164.

están presentes en la ejecución”. En este caso el fundamento de la coautoría es el llamado *dominio funcional del hecho*, donde lo importante no es solamente la intervención en la ejecución del delito, sino el control o dominio del hecho que un individuo tenga de la realización del mismo, aunque no intervenga en su ejecución estrictamente considerada.²⁷⁸

Sin embargo, Roxin critica esta postura, manifestando que en este tipo de delitos existe una falta de ejecución común, en razón que una instrucción y su observancia no son una determinación común para la comisión del hecho, a su vez tampoco existe una ejecución común, *porque el autor de la mesa de despacho no tiene la más mínima participación en la inmediata realización del tipo, es más la mayoría de las veces ni siquiera conoce al ejecutor*. Es decir que no hay una colaboración con reparto de trabajo mediante aportaciones al hecho entrelazadas, lo que comúnmente se considera como el criterio central de la coautoría y tampoco se aprecia en el dominio de la organización una unión recíproca de cómplices que colaboran al mismo nivel, que es característica de la coautoría.²⁷⁹

Fue Claus Roxin, que en su obra denominada “*Autoría y dominio del hecho penal*” que trato de dar solución a la problemática y propuso tratar al dirigente de la organización como *autor mediato del hecho* modificando la concepción tradicional de la autoría mediata, pensada para los casos en que el instrumento es penalmente irresponsable; debido a que aquí el ejecutor respondería como tal, como autor directo y de propia mano del hecho. En la teoría del dominio del hecho, formulada por el mismo, destaca que el autor mediato conserva en ocasiones el dominio absoluto de la ejecución del

²⁷⁸ **Ibídem.**

²⁷⁹ **ROXIN**, Claus, Revista de Estudios de la Justicia: “El dominio de organización como forma independiente de autoría mediata”, N° 7, Chile, año 2006, p. 13.

hecho; este dominio absoluto no está presente siempre que se comete un delito a través de una organización, sino que lo conservaría el autor mediato, en particular en aquellos casos de delitos cometidos a través de aparatos organizados de poder.²⁸⁰

Los requisitos necesarios para hacer responder como autor mediato al dirigente que no ejecuta el hecho y calificar de mero instrumento al ejecutor son a) el dominio de la organización, b) la fungibilidad o sustituibilidad de los ejecutores (que sean fácilmente sustituibles, en caso de negarse a ejecutar las órdenes recibidas) y c) que se trate de aparatos de poder que actúen como un todo al margen del derecho; estos casos suelen aparecer en situaciones en que el aparato de poder es el Estado, el cual es utilizado sistemáticamente para la comisión de delitos, por ejemplo los hechos criminales de genocidio y contra la humanidad aprovechándose del aparato organizado del poder estatal.²⁸¹

En definitiva, el autor mediato ya no es solo el autor tras un instrumento irresponsable, sino también un autor detrás del autor²⁸²; la autoría mediata del hombre de atrás derivaría en este caso de la fungibilidad de autor mediato, que permitiría que la organización funcione “automáticamente”, sin que importe la persona individual del ejecutor, otorgando así al anterior el dominio del hecho. Aunque el ejecutor domina la acción, esta circunstancia es irrelevante para el dominio por parte del sujeto de atrás, porque desde su atalaya el agente no se presenta como persona individual, libre y responsable, sino como figura anónima y sustituible.

²⁸⁰ **GARCIA DE PAZ**, Isabel Sánchez, *Ob.Cit.*, p. 161.

²⁸¹ **GARCIA DE PAZ**, Isabel Sánchez, *Ob.Cit.*, p. 161.

²⁸² El hombre de atrás puede considerarse como autor mediato o como inductor atendiendo a la Teoría del dominio del hecho, para distinguir entre una y otra situación se dice que si el dominio lo tiene el inimputable, el hombre de atrás es inductor y si el dominio del hecho lo tiene el hombre de atrás, éste será autor mediato.

Además, la teoría fue asumida por el Tribunal Supremo Alemán en dos casos significativos, los casos “*Staschynskij*” y “*Eichmann*”, este último conocido como “caso de los disparos en el muro”, por el que se condenó como autores mediatos a tres miembros del consejo nacional de la defensa de la antigua Alemania oriental, que ordenaron a los soldados a disparar, a matar a los que intentaban traspasar el muro que en Berlín que servía de frontera a las dos Alemanias.²⁸³

Según esta propuesta el “instrumento” que posibilita al hombre de atrás la ejecución de sus órdenes, no es sólo aquél que con sus propias manos ocasiona la muerte de la víctima, sino que el verdadero instrumento es más bien el aparato organizado como tal, el cual está compuesto por una pluralidad de personas, que están integradas en estructuras preestablecidas, que cooperan en diversas funciones relativas a la organización y cuyo esqueleto asegura al hombre de atrás el dominio sobre el resultado; el que actúa individualmente no desempeña un papel decisivo para el actuar de la organización porque puede disponer sobre muchos ejecutores dispuestos a hacer lo que se les pide.²⁸⁴

Con base en las propuestas de la doctrina y la jurisprudencia sobre la forma de establecer la participación criminal de los sujetos que forman parte de una estructura criminal en la ejecución de un ilícito penal, puede notarse, que la más acertada es la que ha aportado Roxin, catalogando como autor mediate al que da la orden y autor directo al que ejecuta dicha acción, resaltando que el dominio del hecho lo conserva el dirigente de dicho aparato organizado.

²⁸³ También en Argentina se ha seguido la teoría por la Corte Suprema de Justicia en procesos contra los comandantes en Jefe de las Fuerzas Armadas, en tiempos de la dictadura del general Videla que planificaron y ordenaron la ‘desaparición’ y ejecución de miles de personas.

²⁸⁴ **ROXIN**, Claus, Revista de Estudios de la Justicia: “El dominio de organización como forma independiente de autoría mediata”, *Ob.Cit.* p. 14.

CAPITULO IV
LA IMPUTACION PERSONAL EN LOS DELITOS DE CRIMEN
ORGANIZADO

4.1 Imputación jurídica a nivel internacional

Los esfuerzos dirigidos a combatir el crimen organizado actúan en diferentes frentes, en particular los propios del Derecho Penal material, el Derecho Procesal Penal y el Derecho Administrativo. En el ámbito del Derecho Penal material se trata de optimizar entre los Estados la legislación penal que criminaliza tanto la pertenencia a una organización criminal como los comportamientos criminales más característicos de las mismas.²⁸⁵

El Derecho penal es un mecanismo estatal de control social, lo que implica la necesidad de delimitar los comportamientos que, por suponer un peligro para la consecución de los fines institucionales propuestos, deberán prohibirse y sancionarse, es por ello, que debe quedar estrictamente delimitada cuál es la conducta prohibida y el sujeto que responde por su realización como autor o como partícipe.

²⁸⁵ “Desde la perspectiva **procesal penal** se busca superar las dificultades a las que habitualmente se enfrentan los procesos contra las organizaciones criminales – como la penuria de las pruebas-, para lo que encontramos formuladas, entre otras, propuestas dirigidas a la introducción de métodos invasivos y preventivos de investigación criminal y al fomento de la cooperación interestatal entre las autoridades judiciales. Desde el punto de vista del **Derecho Administrativo** también puede contribuirse a combatir el crimen organizado, por ejemplo estableciendo determinados mecanismos regulativos coercitivos de la actividad de bancos y otras entidades financieras y de otro tipo en el marco de la lucha contra un delito vinculado inexorablemente al crimen organizado como lo es el banqueo de capitales u otros como la financiación del terrorismo. En materia de policía la mejora de su eficacia pasa tanto por la creación de unidades especializadas como sobre todo por el fomento de la cooperación entre las policías de diferentes países incluso a través de fuerzas supranacionales policiales como Interpol y Europol”. **Vid. GARCÍA DE PAZ**, Isabel Sánchez, *La Criminalidad Organizada, aspectos penales, procesales, administrativos y policiales*, Op.Cit., pp.101-102

Si la delimitación de las figuras de autoría y participación pueden resultar complicadas en muchas ocasiones, dicha dificultad se multiplica exponencialmente en la imputación de responsabilidad penal en organizaciones criminales, sean de la apariencia que sean, tanto dentro del ámbito del narcotráfico, terrorismo, trata de personas, e inclusive la delincuencia empresarial, donde resulta esencial la determinación de la responsabilidad de los dirigentes o superiores de la organización por los crímenes cometidos por sus subordinados, dada su influencia y dominio sobre la ejecución de los hechos.

Como ya se mencionó en el capítulo anterior, según la doctrina, existen varias alternativas a optar por parte de los operadores de justicia, en cuanto a imputar responsabilidad penal a los sujetos que ejecutan delitos como parte de una organización criminal; además ha sido a través de la jurisprudencia que se han indicado criterios y parámetros para lograr determinar dicha situación, la cual por muchos años ha sido discutida, ya que se trata de identificar la participación de las personas que componen un aparato complejamente estructurado y jerarquizado y que a su vez tienen como finalidad una actividad ilícita y por ende la existencia de una pluralidad de delitos, autores y partícipes.

Dichas alternativas son basadas en *“la sanción del dirigente de la organización”*, debido a que es este sujeto el jefe, el que posee la máxima autoridad dentro de la estructura jerárquica y que por lo tanto ordena la ejecución de los delitos. Con anterioridad se han explicado tres de las soluciones que se han formulado en atención a este tema, las cuales son la inducción, la coautoría y la autoría mediata, siendo estas retomadas por diferentes países a nivel mundial, quienes han creado jurisprudencia a través de sus Tribunales de justicia, y que a través de ella pretenden combatir el

crimen organizado y que dichos criterios puedan ser retomados por otros países para lograr una aplicación especializada del derecho penal a este tipo de delincuencia.

4.1.1 Aplicación de la perspectiva de la “inducción” al dirigente de la organización criminal

El único criterio confiable, para distinguir entre autoría y participación, es el principio de responsabilidad²⁸⁶; y es conforme a este principio básico que se puede asegurar, que cuando el ejecutor realiza el tipo total del injusto doloso y con plena capacidad de culpabilidad, no cabe la responsabilidad del dirigente a título de autor, por lo que se limita la posibilidad de castigo a las formas de participación en el delito. En estos casos en particular el derecho penal español, castiga como inductor, cooperador necesario o cómplice al dirigente.²⁸⁷

Sin embargo, esto resulta válido especialmente para aquellos casos en los que conforme a la *teoría del dominio del hecho*, el autor actúa de manera inmediata y este domina ampliamente el acontecer, no sólo jurídicamente sino además, sobre todo, quiere dominarlo o -desde una perspectiva objetivo formal-, cuando el ejecutor material realiza la conducta típica en la que concurren todos los elementos exigidos por el tipo, es decir, cuando los

²⁸⁶ **Art. 4 Código Penal.**- “La pena o medida de seguridad no se impondrá si la acción u omisión no ha sido realizada con dolo o culpa, por consiguiente, queda prohibida toda forma de responsabilidad objetiva. La responsabilidad objetiva es aquella que se atribuye a una persona sin considerar la dirección de su voluntad, sino únicamente el resultado material a la que está unido causal o normativamente el hecho realizado por el sujeto. La culpabilidad sólo se determinará por la realización de la acción u omisión.

²⁸⁷ **GARCIA DEL BLANCO**, Victoria, *Seminario sobre cooperación y lucha contra la delincuencia organizada en el espacio iberoamericano*, “Imputación de responsabilidad penal en la organización criminal”, Centro de Estudios Iberoamérica, España, p. 2. Disponible en: <http://www.urjc.es/ceib/espacios/observatorio/seminarios/narcotrafico.pdf>. consultado 22-12-2014 11:23 hrs.

dirigentes aprovechan determinadas condiciones organizativas para la realización de hechos delictivos a través de los subordinados se trata -según algunos autores- de *instigación*, pues consistiría en la provocación de un suceso ajeno.²⁸⁸

Como se mencionó según el derecho Español cuando existe una organización criminal deberá imputarse responsabilidad a la persona que está en la cúspide jerárquica –cabecilla, dirigente, jefe- como inductor, cooperador necesario o cómplice. En concreto la imputación como inductor al dirigente de la organización según la doctrina es una de las vías más favorables para determinar el nivel de responsabilidad de una persona que si bien no ejecuta el delito, da la orden a otro u otros para que este pueda consumarse; existiendo de esta forma no solo voluntad en el que actúa –dolo- sino también en el que ordena, ya que en los casos de los grupos organizados es complejo determinar dicha situación.

De esta forma, en cuanto a imputar responsabilidad como inductor, al sujeto que da la orden de la realización del ilícito penal, podemos citar el sonado Caso Hipercor (Terrorismo de ETA²⁸⁹), clasificado bajo la referencia STS 4718/2004, de fecha dos de julio de dos mil cuatro²⁹⁰. Dicha sentencia que

²⁸⁸ **GARCIA DEL BLANCO**, Victoria, *Seminario sobre cooperación y lucha contra la delincuencia organizada en el espacio iberoamericano*, “Imputación de responsabilidad penal en la organización criminal”, Op.Cit., p. 2.

²⁸⁹ **Euskadi Ta Askatasuna**, expresión en euskera traducible al español como *País Vasco y Libertad*, conocida por sus siglas **ETA**, la cual es una organización de ideología nacionalista vasca que se proclama independentista, socialista y revolucionaria. Esta designada como una organización terrorista tanto por España como por Francia -países donde está activa-, además de por Reino Unido, Estados Unidos y la Unión Europea. Vid. **DOMINGUEZ, Florencio**, *ETA una Organización Terrorista en una Sociedad Democrática*, Fundación para la Libertad, España. - Vid. http://paralalibertad.org/wp-content/uploads/F_Dominguez.pdf. Consultado el 19-12-2014 20:40 hrs.

²⁹⁰ **CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL ESPAÑOL**, Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, ref. STS 4718/2004, Recurso de casación, año 2004. Disponible en <http://www.poderjudicial.es/search/index.jsp>. Consultada 20-12-2014 17:20 hrs.

fue recurrida en casación condenó a *D. Everardo* y a *D. Rodolfo* como autores de 21 delitos de asesinato, 30 delitos más de lesiones de diferente gravedad, 13 faltas de lesiones y un delito de estragos, al primero como inductor y cooperador necesario y al segundo como partícipe material en la colocación del artefacto que explotó en el establecimiento Hipercor de Barcelona el diecinueve de junio de mil novecientos ochenta y siete.

Hipercor consistente en una red de supermercados de España, con un establecimiento ubicado en Barcelona, en el que se instaló en un vehículo marca Ford Sierra 2.3 dicho explosivo, el cual consistía en un coche bomba cargado con unos treinta kilogramos de amonal, cien litros de gasolina, escamas de jabón y pegamento adhesivo, hecho que ocurrió a las dieciséis horas con diez minutos del día antes mencionado, momento en que estaba abierto el establecimiento, y el vehículo se encontraba aparcado en la segunda planta del sótano, debajo de la que estaba destinada para galería de alimentación.

En este caso, el sujeto nominado en la resolución en comento como Everardo fue condenado como inductor, ya que se determinó en el proceso que fue él, quien ordenó la realización del atentado en Hipercor pese a que no ejecuto el mismo y aunado a ello, en ese tiempo “(...)era el *dirigente de ETA bajo cuya responsabilidad en esas fechas actuaban los comandos armados, que no obran por su cuenta, sino obedeciendo órdenes superiores como es propio de la disciplina existente en esta clase de bandas criminales*”.²⁹¹

²⁹¹ **STS 4718/2004**, Lit. B), Ord. 8º, inc. 2º de parte resolutive en cuanto al recurso de casación, relacionado con el imputado Everardo quien fue condenado por veintiún delitos de homicidio, y por los delitos de lesiones graves y estragos, con un total de setecientos noventa años de prisión.

Tal como lo establece la legislación Española en el art. 28, lit. a) del código penal “*son autores: a) Los que inducen directamente a otro u otros a ejecutarlo*”. Sobre el concepto de inductor, la doctrina destaca que el inductor hace que otra persona adopte la resolución de voluntad de llevar a cabo una acción típica y antijurídica, mediante una influencia psíquica concreta y directa, es decir, hace nacer en otro la decisión de cometer un delito determinado.

Pese a que existió una persona que ideó y ordenó el hecho delictivo, el resto de sujetos que se encargaron de materializarlo obraron con plena voluntad, y es así que según los presupuestos necesarios de la inducción refieren a que el sujeto que ejecuta la acción típica “el inducido”, si bien comete el hecho habiendo sido influido psíquicamente por el inductor, tiene libertad para decidir su comisión o su no comisión, lo que elimina la posibilidad de otro autor detrás de él -autoría mediata-.

Es necesario resaltar una situación, debido a que normalmente se exige que la inducción sea directa, cosa que no ocurriría en aquellos supuestos en los que la orden de ejecución se transmite a través de una cadena larga de mando; pese a ello en la actualidad se sigue admitiendo que la inducción continua siendo directa puesto que los eslabones de la cadena actúan únicamente como meros portadores del mandato y efectivamente la cadena de mando de la organización se ha comportado únicamente como un mecanismo semiautomático en la transmisión de la orden.²⁹²

La jerarquía que existe dentro de una estructura criminal asegura simplemente que la orden se transmitirá, por lo que el fenómeno, desde el

²⁹² **GARCIA DEL BLANCO**, Victoria, *Seminario sobre cooperación y lucha contra la delincuencia organizada en el espacio iberoamericano, “Imputación de responsabilidad penal en la organización criminal”*, Op.Cit., P. 4

punto de vista de la conducta del primer inductor, se parece más a una inducción directa en la que el inductor ha elegido un mecanismo complejo para hacer llegar la orden, es decir el primer inductor sabe que su orden se transmitirá por la cadena de mando del aparato y su conducta no es menos peligrosa por el hecho de que haya personas intermedias.

Dichos mandos intermedios que ejercen autoridad al transmitir la orden deben ser castigados como co-inductores, pues hacia arriba de la jerarquía se comportan como un mero mecanismo de transmisión al obedecer la orden en el aparato de poder, pero hacia debajo de ella ejercen su autoridad -así es como funciona una cadena de mando en un aparato jerarquizado-, y, por lo tanto, su actividad es también de inducción. Lo cierto es que en los casos de inducción en cadena, el Tribunal Supremo Español castiga al primer inductor y a los intermediarios también como inductores²⁹³.

En relación a este punto, en nuestro país se consideran como presupuestos de punibilidad de la instigación los siguientes:

*“Que la acción del instigador debe ser tal que cause la decisión de cometer el hecho en el autor principal del ilícito, en consecuencia, es indispensable que el instigado no haya tomado antes la resolución de delinquir, debiendo ser la inducción determinante, intensa, adecuada y directa para causar impacto en la voluntad del delincuente; y, Debe ser eficaz, es decir, que el instigado por lo menos de inicio a la ejecución del ilícito”.*²⁹⁴

²⁹³ **GARCIA DEL BLANCO**, Victoria, *Seminario sobre cooperación y lucha contra la delincuencia organizada en el espacio iberoamericano*, “Imputación de responsabilidad penal en la organización criminal”, Op.Cit., P. 4

²⁹⁴ **HONORABLE SALA DE LO PENAL**, Corte Suprema de Justicia de El Salvador, Ref. 179-CAS-2007, de fecha veinticuatro de febrero de dos mil diez. Disponible en Centro de Documentación Judicial en: <http://www.jurisprudencia.gob.sv>. Consultado el 07-12-2014, 15:52 hrs.

La figura de la inducción, genera una dificultad al momento de establecer responsabilidad penal, debido a que es sumamente difícil determinar y probar que la persona inducida actuó con voluntad propia o si realmente el inductor logro convencerle de realizar un acto ilícito, más aun cuando nos encontramos frente a un aparato organizado, ya que las personas que se encuentran en los rangos inferiores tienden únicamente a obedecer sin voluntad concreta de cometer el delito, sino pretenden una aceptación por parte de su líder y resto de integrantes, siendo ese el motivo que lo lleva a realizar todas las actividades ilegales que le solicitan.

4.1.2 Utilización de la figura “autor mediato” para penalizar la participación del dirigente de la organización criminal

Se identifica como autoría mediata aquellos casos donde el delito es realizado por el agente u hombre de atrás, a través de un intermediario material o persona interpuesta. Por tanto, será un autor mediato aquél que se aprovecha o utiliza la actuación de otra persona para alcanzar su objetivo delictivo. Tales supuestos tradicionalmente han sido vinculados al empleo de la coacción sobre el intermediario material; o aprovechando el error en que éste se encuentra; o empleando en la ejecución del delito a personas incapaces.

Inicialmente, sólo se reconocían dos modalidades de autoría mediata: *La primera* provenía del “*dominio por error*”, en ella el autor mediato dominaba la voluntad del ejecutor a través del engaño sobre las circunstancias reales del hecho que éste realizaba, o al darle al suceso donde aquél intervenía, un sentido o significado distintos del que realmente le correspondía. *La segunda* modalidad era la del “*dominio por coacción*”, aquí, el hombre de atrás direccionaba la voluntad del ejecutor empleando la amenaza o intimidación

de un mal inminente y grave que estaba en sus facultades realizar. En ambos casos, pues, era el hombre de atrás quien condicionaba y decidía la estructura del hecho delictivo, de manera tal que la conducta realizada por la persona interpuesta sólo podía imputársele como obra suya.²⁹⁵

La *tercera modalidad* es conocida como “*autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos de poder organizados*”, en atención a ella, se denota que fue el jurista alemán CLAUS ROXIN quien a partir de mil novecientos sesenta y tres²⁹⁶ comenzó a construir las bases teóricas de una nueva forma de autoría mediata, a la que denominó “*autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos de poder organizados*”. De esta manera buscaba aportar una solución dogmática a los problemas de autoría que surgían en el debate sobre la vinculación y el status penal que debía imputarse a los órganos centrales o entes estratégicos de aparatos de poder organizados, que si bien no intervenían directamente en la ejecución de delitos realizados desde estas estructuras, sí los decidían programaban y planificaban.

Según la tesis central de su reflexión era posible identificar en estos casos un dominio de la voluntad distinto a los tradicionales supuestos basados en la coacción y el error. El surgimiento de esta propuesta tuvo como punto de partida el análisis de los *casos Eichmann*²⁹⁷ y *Staschynski*²⁹⁸. La evaluación

²⁹⁵ **SALA ESPECIAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DE PERÚ**, Sentencia A.V. 19-2001, de fecha siete de abril de dos mil nueve, proceso seguido contra Alberto Fujimori

²⁹⁶ **ROXIN, Claus**, *La Autoría mediata por dominio en la organización: “Problemas Actuales de Dogmática Penal”*, ARA Editores, Perú, año 2004, p. 223.

²⁹⁷ “*Adolf Eichmann* era un funcionario administrativo alemán que tenía a su cargo la Oficina Central para la Migración Judía, cuya función era perseguir, seleccionar y capturar a los judíos establecidos en Europa, para luego trasladarlos a los diversos campos de concentración, pero que directamente no había intervenido en la ejecución de persona alguna. Al finalizar la Segunda Guerra Mundial se refugió en la Argentina, país donde vivió con una identidad falsa, y en el que fue capturado por agentes de los servicios secretos

de estos procesos judiciales demostró que no era posible vincular a los procesados con las opciones clásicas de autoría mediata. Sin embargo, ROXIN constató que ambos implicados estuvieron integrados en un aparato de poder organizado y que los delitos que les fueron atribuidos en realidad respondían a designios y órdenes de los órganos centrales de dichas estructuras, los cuales dominaban y conducían su realización.

A partir de ello, se podía concluir que el ejecutor inmediato del delito, los mandos intermedios y el órgano central de la estructura de poder que ordenó su ejecución poseían distintas formas de dominar el hecho, pero que no eran excluyentes entre sí. Así, mientras el primero de ellos tenía en sus manos el *dominio de la acción*, esto es, la producción material del hecho punible, el segundo y el tercero poseían el *dominio de la organización*. Es decir, la posibilidad de influir y controlar la realización del evento delictivo, desde su respectivo nivel funcional, a través del aparato de poder que estaba a su disposición.

Por tanto, se trata de un dominio concreto que ejerce el mandante sobre la organización y no de un dominio directo o relación de persona a persona sobre el ejecutor inmediato. Por lo que se trata de un dominio concreto que ejerce el mandante sobre la organización y no de un dominio directo o relación de persona a persona sobre el ejecutor inmediato, siendo así, el fundamento de esta forma de autoría mediata ya que no puede basarse, en un dominio o control sobre la *'persona interpuesta'*, ya que ésta finalmente es

israelíes, quienes lo trasladaron a ese país en el que fue condenado como autor de los homicidios cometidos". -

²⁹⁸ El agente "Staschynski", por encargo de un servicio secreto extranjero, eliminó a tiros, en la vía pública, a dos altas personalidades políticas exiliadas. Fue condenado como cómplice en razón de que no obró por propio impulso, sino que cometió el delito en interés de su mandante". Vid. **ROXIN, Claus**, *Sobre la Autoría y Participación en el Derecho Penal: "Problemas Actuales de las Ciencias Penales y la Filosofía del Derecho"*, Ediciones Pannedille, Buenos Aires, año 1970, p. 56.

“una persona libre y responsable en la realización de sus propias acciones”²⁹⁹. Entonces el dominio del autor mediato se ejerce, sobre el aparato y su estructura, dentro de la cual está integrado y cohesionado el ejecutor.

La tesis de la autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos de poder organizados tiene como soporte fundamental la ‘*existencia previa de una organización estructurada*’. Ésta posee una línea jerárquica sólida que hará responsable a su nivel estratégico superior por las decisiones y designios de carácter delictivo que a su interior se adopten. Los cuales, luego, le serán asignados al ejecutor inmediato por la vía de la verticalidad que presenta su diseño organizacional. En tal virtud, una característica importante de esta clase de estructuras organizadas jerárquicamente y que pone de relieve su estricta verticalidad es la *asignación de roles*.

Igualmente es importante destacar como otra característica de estos aparatos de poder con estructuras jerárquicas organizadas, el hecho que desarrollan una vida funcional la cual es independiente a la de sus integrantes.

El fundamento de ello no radica en un estado de ánimo especial del nivel superior estratégico, sino en el ‘*mecanismo funcional del aparato*’³⁰⁰, esto es, su “*automatismo*” o desarrollo de un proceso o funcionamiento por sí sólo. En consecuencia, el hombre de atrás podrá confiar siempre en que su orden o

²⁹⁹ Vid. **PARIONA ARANA**, Raúl, *Autoría mediata por organización*, Editorial Grijley, Perú, año 2009, p. 59.

³⁰⁰ **CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL FEDERAL DE LA CAPITAL FEDERAL DE ARGENTINA**, Causa N° 13/84, originariamente instruida por el Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas en cumplimiento del decreto 158\83 del Poder Ejecutivo Nacional”, sentencia del 9 de diciembre de 1985. Disponible en http://idehpucp.pucp.edu.pe/images/boletin_ddhh/CASOS/cccf%20-%20causa%2013-9-12-85.pdf. Consultada el 27-12-2014 21:30 hrs.

designio criminal se van a cumplir sin necesidad de que tenga que conocer al ejecutor inmediato.

Este “*funcionamiento automático del aparato*”, es lo que realmente garantiza el cumplimiento de la orden del líder de la organización criminal. A esta conclusión arribó el gobierno de Argentina³⁰¹ al atribuir a los integrantes de la Junta Militar Argentina, Videla y Massera, responsabilidad penal como autores mediatos de los delitos de secuestro, torturas y posterior asesinato de la joven estudiante alemana Elisabeth Käsemann.

Según ellos, los militares argentinos “*podieron estar seguros de que sus órdenes tendrían consecuencias, pudieron confiar, por lo tanto, en el procedimiento reglado del aparato de poder por ellos conducido y que se creó a través de sus órdenes*”.³⁰²

En cuanto a la diferencia que existe entre esta figura con las demás, ROXIN ha aclarado que con relación a la coautoría “*falta una resolución común hacia el hecho, la cual, según la doctrina absolutamente dominante, es presupuesto de cualquier ‘comisión conjunta’ en el sentido de la coautoría. Y es que el hombre de atrás y el ejecutante mayormente ni siquiera se conocen, no acuerdan nada conjuntamente ni tampoco se consideran a sí mismos como portadores de decisiones con igual rango. La ejecución de un requerimiento, como el que se presenta en los casos en cuestión, se basa en una orden y no en una decisión conjunta*”.³⁰³

³⁰¹ **TRIBUNAL ORAL EN LO CRIMINAL FEDERAL Nº. 4**, Poder General de la Nación Argentina, ciudad de Buenos Aires 14 de julio de 2011. Disponible en <http://www.ecchr.de/elisabeth-kaesemann.html>. Consultado el 02-01-2015 14:30 hrs.

³⁰² **FERNÁNDEZ IBÁÑEZ**, Eva, *La Autoría mediata en aparatos organizados de poder*, Editorial Comares, España, 2006, p. 12.

³⁰³ **ROXIN, Claus** *La Autoría mediata por dominio en la organización. Op.Cit.*, p. 233.

Por otro lado con referencia a la instigación, él mismo ha sostenido que *“la diferencia decisiva también radica en que el inductor no domina la ejecución del hecho, la realización del tipo no depende de su voluntad. En el autor de escritorio esto es distinto: él es la figura central dominante del delito ordenado por él, mientras que los esbirros ejecutantes, si bien también son responsables como autores debido a su dominio de la acción, no pueden disputar al dador de la orden su superior dominio de la voluntad que resulta de la dirección del aparato”*.³⁰⁴

4.1.3 Aplicación de la perspectiva en atención a la “coautoría”

Los actos de la organización, en el marco de la ejecución de un hecho criminal con división de funciones, son aportes realizados y fundan por lo tanto una coautoría. La falta de superioridad jurídica, del autor de atrás, excluiría una calificación de autoría mediata; en razón de su decisión libre y responsable, el autor directo no está jurídicamente en una situación de inferioridad y, por lo tanto, está en el mismo nivel que el hombre de atrás, por lo que su carácter intercambiable es un dato irrelevante.³⁰⁵

Desde finales de los años 90 hasta la actualidad, el Tribunal Supremo Español repite sistemáticamente en todas sus sentencias la aplicación de la teoría del dominio funcional del hecho en la coautoría, pretendiendo con ello haber abandonado la *teoría del acuerdo previo*³⁰⁶ que ideó la jurisprudencia

³⁰⁴ **Ibídem.**

³⁰⁵ **GARCIA DEL BLANCO**, Victoria, *Op.Cit.*, p. 12.

³⁰⁶ *“Se trata de una doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo español, según la cual tienen la calidad de autor en un hecho ilícito quienes han acordado su ejecución, en forma previa o simultánea a su perpetración, sea tácita o expresamente, teniendo consciencia de que actúan en colaboración con otros, independientemente de cuál sea la entidad material de su aporte al hecho. Según esta doctrina, podría ser autor alguien cuya acción se encuentre muy alejada del resultado, incluso alguien que haya realizado un acto preparatorio, con tal que haya sido parte del acuerdo para la comisión del delito”*. – Vid.

española, esto para hacer responder como autor al organizador, lo cierto es que en muchas sentencias se aplica una versión propia de la teoría del dominio funcional que se aparta de la concepción mayoritaria en la doctrina.

Según la doctrina aquellos supuestos donde se verifica la actuación plural de varios individuos en la comisión del delito, es decir, cuando existe un dominio funcional del hecho, en virtud del cual todos los intervinientes responden a título de coautores, esta categoría se funda en el acuerdo previo de estos, para llevar adelante el delito y la división de funciones durante su ejecución. Así Zaffaroni³⁰⁷, considera que cuando en la realización de un hecho converge una pluralidad de sujetos, puede ocurrir que cada uno de ellos realice por sí la totalidad de la acción típica, y se trate de un supuesto de autoría plural que se conoce con el nombre de *autoría concomitante o paralela*.³⁰⁸

La otra forma de coautoría y que nos interesa, es cuando por efecto de una división de tareas, ninguno de los que toman parte en el hecho realizan más que una fracción de la conducta que el tipo describe, o sea que nadie realiza la totalidad del pragma, sino que este se produce por la sumatoria de los actos parciales, esta se trata de la *coautoría por dominio funcional del hecho*.³⁰⁹

La coautoría funcional presupone un aspecto subjetivo y otro objetivo, el primero es la decisión común al hecho y el segundo es la ejecución de esta

LAGOS CHANDÍA, Glenda Cecilia, *La Inducción*, Instituto Andaluz Interuniversitario de Criminología, Chile, año 2012, p. 10.

³⁰⁷ **ZAFFARONI, Eugenio**, Derecho Penal: Parte General, Ediar, Argentina año 200, p. 736.

³⁰⁸ Referida esta como el obrar conjunto de varios sujetos, pero que estos no tienen un acuerdo recíproco en la producción de cierto resultado. Es un tipo de autoría ya que el sujeto tiene el dominio y determinación del hecho, sin embargo la intervención plural de varias personas excluye la decisión o acuerdo entre ellas para la realización del mismo.

³⁰⁹ **POGGETTO, Pablo**, *La autoría penal en los delitos cometidos a través de organizaciones jerarquizadas*, Ad-Hoc, Argentina, año 2004, p. 90.

decisión mediante la división del trabajo. Los dos aspectos son imprescindibles.

Así, por su parte, WELSEL manifiesta que nada impide considerar también como coautor a quien realiza solo actos preparatorios, pero es portador de la decisión común al hecho. Por ello en el caso del jefe de la banda, que no participa en forma directa en la ejecución del hecho delictivo, pero que cuya contribución versó sobre la elaboración del plan y la designación de las diversas funciones que deberían cumplir cada uno de los ejecutores, nada impide considerarlo como coautor del hecho, ya que el *minus* de coparticipación objetiva en la realización típica tiene que ser compensado con el *plus* de coparticipación especial en el planeamiento del delito.³¹⁰

De igual forma JACKOBS, se inclina por considerar como coautor al jefe de la banda. Sin embargo ROXIN sostiene sobre este típico un punto de vista diferente. Afirma que en la coautoría cada interviniente tiene una posición clave, en donde ambos se necesitan en forma mutua para la realización de la acción delictiva, y cada uno de ellos tienen el dominio del hecho funcional sobre la totalidad del hecho.³¹¹

El aditivo estructural que exige ROXIN a la formulación de la coautoría funcional explicada, se refiere a la necesidad de la intervención del agente durante la ejecución, es decir, la actualidad del aporte durante esta fase, con lo cual negaría la posibilidad de considerar como autor a quien solo actúa la aportación en la etapa preparatoria. Esta negativa se funda en la necesidad de extirpar de la teoría del autor cualquier influjo de la teoría subjetiva lo cual

³¹⁰ MUÑOZ CONDE, Francisco y Mercedes GARCÍA ARÁN, *Derecho Pena, Parte General*, Tirantlo Blanch, España, año 1993, p. 455

³¹¹ ROXIN, Claus, *Autoría y dominio del hecho en el derecho penal*, Alemania, 1963, Tratado de Joaquín Cuello Contreras y José L. Serrano González de Murillo, España, año 2000, p. 307.

llevaría a difuminar la línea fronteriza que existe entre la autoría y la participación.³¹²

No obstante, la opinión presente se considera que la coautoría funcional puede adaptarse también a la realización de delitos en las que el cerebro o principal responsable no está presente en la ejecución. Como se mencionó se exigen dos requisitos: un acuerdo de voluntades y la intervención de los coautores en la ejecución del delito. Resulta muy importante distinguir entre coautoría ejecutiva, total o parcial y coautoría, en la que alguno o algunos de los coautores, a veces los más importantes, no intervienen en el tramo ejecutivo típico.

Si el fundamento de la coautoría es el llamado “dominio funcional del hecho”, lo importante no es solamente la intervención en la ejecución del delito sino en el control o dominio del hecho que un individuo tenga, aunque no esté presente en su ejecución. Solo así pueden considerarse también coautores al jefe y a los miembros de una banda que asumen funciones directivas u organizativas estrechamente relacionadas, o que son parte integrante fundamental de la realización del delito. Lo decisivo para la coautoría no es la presencia física de todos los miembros del grupo en el momento de la ejecución, sino la importancia de su contribución ejecutiva o, en la realización

³¹² En este aspecto este autor muestra en consecuencia una postura contraria a la sostenida por *WELSEL* y *JACKOBS*; ya que en el ejemplo del jefe de la banda, solo lo considera participe, salvo que tenga un dominio coactivo sobre los ejecutores (autoría mediata), o cuando dirige o cubre la ejecución de los delitos (coautoría). *ROXIN* se ocupa también de dar respuesta a las objeciones planteadas por parte de la doctrina a la solución por él dada. En primer lugar replica que el jefe de la banda no ocupa la posición central en la realización del acontecer típico, sin ser determinante para ello, la peligrosidad que el reviste. En segundo lugar, afirma que la tendencia imperante en los criminólogos de castigar al jefe de la banda como autor, obedece a que se valora la actividad criminal en forma íntegra del grupo como complejo cerrado, siendo aquel considerado como el dirigente de esa realización unitaria. Así se pierde de vista que el aporte del cabecilla de la banda puede resultar insignificante, siendo aquí lo relevante enjuiciar el papel que cumplió cada interviniente en la realización del hecho. – Vid. **POGGUETTO, Pablo**, *Op.Cit.*, p. 94.

del hecho. El concepto de realización es más amplio que el de la simple ejecución formal de un elemento del tipo.³¹³

Es así, que en algunas resoluciones, se considera que todos los intervinientes en el ilícito penal tenían el dominio del hecho, porque existió un mutuo acuerdo entre ellos en el cual se repartieron los papeles que cada uno debía representar, aunque alguno haya actuado exclusivamente en fase preparatoria o después de la ejecución; por ejemplo, el Tribunal Supremo Español condena –de igual manera– como coautor a quien ha participado en la organización y planeamiento del delito, afirmando que tal sujeto tenía *dominio del hecho* en el mismo grado que los demás intervinientes.³¹⁴

Es por esto que el acuerdo de voluntades, la aportación durante la fase ejecutiva y la esencialidad de la contribución, en muchas sentencias se abstiene de analizar, -incluso de exigir ese último elemento- , conformándose con que ésta se preste en fase ejecutiva –independientemente que esta sea esencial para la materialización del delito- según el plan común.³¹⁵

Entre esas resoluciones es oportuno citar la emitida por el Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado de Antioquia, Bogotá Colombia, el veinticinco de mayo de dos mil cuatro recurrida en casación en la Corte Suprema de Justicia de la Corte Suprema de Justicia de ese país, proceso No 23825, resuelto el siete de marzo de dos mil siete³¹⁶, dicho caso denominado “Machuca”, tuvo lugar el 18 de octubre de 1998, a las 12:30 de la mañana, en el humilde corregimiento de Machuca o Fraguas, situado en comprensión territorial del municipio de Segovia-Antioquia, Colombia.

³¹³ Vid. **POGGUETTO, Pablo**, *Op.Cit.*, p. 94.

³¹⁴ **GARCIA DEL BLANCO**, Victoria, *Op.Cit.*, p. 13.

³¹⁵ **Ibidem.**

³¹⁶ Disponible en <https://www.verdadabierta.com>. Consultado el 24-01-2015 a las 19:20 hrs.

Para golpear la infraestructura petrolera y con ello la economía nacional, varios guerrilleros adscritos a la compañía Cimarrones del Frente José Antonio Galán del Ejército de Liberación Nacional ELN, le colocaron un artefacto de gran poder detonante a la línea de conducción de crudos (petróleo) llamada Oleoducto Cusiana-Coveñas, produciéndose la destrucción total del oleoducto y el derramamiento del líquido en una considerable proporción. La Compañía Cimarrones del Frente José Antonio Galán, dinamitó un tramo del oleoducto Coveñas-Caño Limón lo que provocó un incendio devastador que mató a más de 100 personas de La Machuca.

La resolución fundamenta la coautoría de los intervinientes ya que no existió orden o mandato de los superiores jerárquicos sino, simplemente, una pluralidad de personas que –por voluntad propia– compartieron conscientemente los fines ilícitos propuestos, que estaban de acuerdo con los medios delictivos para lograrlo, que todos cooperaron armónicamente para alcanzar los fines propuestos y realizaron la tarea que a cada uno le correspondía, dominando el hecho colectivo y gobernando su propia voluntad, en la medida justa del trabajo que les correspondía efectuar, con base en la división de trabajo planificada de antemano por todos y cada uno de los miembros del ELN.

4.2 Imputación personal en los delitos de crimen organizado en El Salvador.

4.2.1 Agrupaciones Ilícitas como delito Autónomo

El ordenamiento jurídico penal salvadoreño, recoge en la parte especial, el delito de Agrupaciones Ilícitas, específicamente en el art. 345 CP, el cual contiene en su inciso primero dos numerales, que hacen referencias a los

sujetos que pueden ser responsables penalmente por este delito, dichos numerales dicen literalmente: *“Serán consideradas penalmente ilícitas las agrupaciones, asociaciones y organizaciones: 1) aquellas con, al menos, estas características: que estén conformadas por tres o más personas; de carácter temporal o permanente; de hecho o de derecho; que posean algún grado de estructuración y que tengan la finalidad de delinquir; 2) las mencionadas en el art. 1 de la ley de proscripción de maras, pandillas, agrupaciones, asociaciones y organizaciones de naturaleza criminal”*.

Cuando se hace referencia a las Agrupaciones Ilícitas es necesario recordar que estamos hablando de un delito autónomo que contiene su propia conducta típica y sanción para cada uno de los niveles de participación que este menciona, tanto dirigentes, miembros o colaboradores. Lo que significa que este no debe generar confusión al momento de hablar sobre criminalidad organizada, ya que esta última es una modalidad de ejecución de delitos, de la que se exigen ciertos elementos para ser considerada como tal y una vez corroborada la existencia de la estructura de crimen organizado, valorarse si esta ha incurrido en el delito de agrupaciones ilícitas.

De los numerales contenidos en el texto del art. 345 CP, se hace referencia, por separado a efecto de establecer las formas de cómo puede imputarse responsabilidad penal a todos aquellos grupos que tienen relación con la delincuencia organizada. Es así, que el numeral primero hace alusión a los grupos formados por más de tres personas y que reúnan los elementos de temporalidad, estructura y finalidad ilícita. Lo cual es muy similar a lo que regula la Ley Contra el Crimen Organizado, en su artículo 1 inc. 2 ³¹⁷.

³¹⁷ *“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 actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos”*.

Sin embargo, las Agrupaciones Ilícitas son unidades colectivas que en su existencia cometen delitos, el artículo 345 N° 1 CP., hace referencia a aquellos grupos de personas que se asocian con la finalidad de cometer hechos delictivos; sin embargo el crimen organizado es un acción colectiva, el artículo 1 inc. 2 de la LECCODRC, hace referencia a un modo de actuar, es decir que tanto las agrupaciones ilícitas y el crimen organizado tienen un mismo elemento teleológico, una misma finalidad, o como los artículos dicen, un objetivo o propósito, este es, el de cometer actividades ilícitas o delitos.

El delito de agrupaciones ilícitas es acusado a través de la jurisdicción ordinaria cuando, se identifica un nivel de estructura mínima, es decir cuando no se habla de una asociación compleja en cuanto a los niveles jerárquicos que la componen.

Si debe identificarse la característica de la permanencia y la finalidad delictiva, pero no es considerado criminalidad organizada porque su actuar no es tan complejo. En esta forma de incurrir en este delito se sanciona tanto al que toma parte como el que lidera dicha agrupación, tal como lo establece el código penal.

En relación a este delito MUÑOZ CONDE³¹⁸ -Agrupaciones Ilícitas-, considera que *“esta infracción penal por encontrarse dotada de autonomía puede ser muy importante para castigar adecuadamente algunas formas de criminalidad organizada, sobre todo por el castigo de la pertenencia o la dirección de una asociación ilícita, tanto más cuando se trata de las bandas armadas, organizaciones y grupos terroristas”*.

³¹⁸ **MUÑOZ CONDE**, Francisco, *Problemas de autoría y participación en el derecho penal económico*, en FERRÉ OLIVÉ, *Delincuencia organizada, aspectos penales, procesales y criminológicos*, Universidad de Huelva, España, año 1999. Citado por **POGGUETTO, Pablo**, *Op.Cit.*, p. 41

Es aquí que hablamos de un elemento esencial del tipo penal, como lo es la *pertenencia* a una agrupación asociación u organización de orden criminal, delito que constituye una mera actividad; el legislador en el texto de la norma ha incluido la pertenencia, de esta forma *“El que tomase parte en una agrupación, asociación u organización ilícita de las mencionadas en el apartado 1) de este artículo, será sancionado con prisión de tres a cinco años”*³¹⁹; y de igual forma establece esta disposición que *“El que tomase parte en las asociaciones u organizaciones indicadas en el apartado 2) de la presente disposición, será penado con prisión de cinco a ocho años”*.

En estos casos existe una modalidad de consumación ininterrumpida hasta que el sujeto activo decide abandonar el espacio antijurídico al que estaba dando vida, manteniendo persistentemente la renovación de la conducta antijurídica; el carácter permanente determina que el delito subsistirá siempre que la voluntad del autor consienta dicha adscripción, sin que el tipo exija una actividad determinada; y es que las acciones concretas realizadas por los miembros de la organización o grupo criminal constitutivas de una infracción penal autónoma, son independientes del delito de pertenencia a las mismas, pues se trata de hecho diferentes.

La acción prevista en el tipo consistente en “tomar parte en una asociación”, es punible con el mero acto de ‘asociarse’, de tal modo que, fuera de la existencia del pacto no sería necesaria ninguna actividad exterior; sin embargo la interpretación dominante, amplía excesivamente los límites del tipo penal, que se diluyen de una forma poco compatible con el principio de

³¹⁹ Artículo 345 inc. 1 N° 1) Código Penal: *“Aquellas con, al menos, estas características: que estén conformadas por tres o más personas; de carácter temporal o permanente; de hecho o de derecho; que posean algún grado de estructuración y que tengan la finalidad de delinquir”*.

legalidad. Afirmar la punibilidad de la conducta, por el solo hecho que el autor se adhiera a los fines de la organización es penar una mera tendencia interna, con lo cual la prohibición responde a un puro derecho penal de ánimo; de allí que sea un requisito de legitimidad el carácter de ser “miembro”, y que este se haya exteriorizado en un aporte concreto, dirigido a fomentar una finalidad delictiva concreta.

“Tomar parte” significa participar en las actividades de la asociación por lo cual nunca podría ser suficiente el “mero pertenecer” a la asociación si ello no se traduce al menos, en alguna colaboración, con la actividad de la asociación ilícita; el autor por lo tanto, debe realizar algún aporte efectivo a la asociación, que se traduzca exteriormente como tal frente a los otros miembros. De la acción de tomar parte que recoge el art. 345 CP., se denota el efecto típico de darle un carácter de permanencia a la acción típica. Es decir que la participación como miembro implica orientarse a formar parte con sentido de *permanencia*, en la vida de la sociedad, entendida esta como ser parte del grupo delictivo durante cierto lapso de tiempo.³²⁰

Dentro del texto de la disposición legal se inserta lo que se conoce como un derecho penal de acto³²¹ y del que se desprende que solo es miembro, quien toma parte, es decir quien realiza alguna conducta en beneficio del

³²⁰ “Afirmar que alguien es miembro de una asociación ilícita supone la realización de actividades con pretensión de permanencia y que tales actividades tiendan a favorecer a la organización o que son típicas de la actividad social en alguna forma relevante, o bien cuando a través de un actuar repetido dirigido a la realización de las acciones antijurídicas planeadas por la asociación es posible reconocer que el autor ha asumido como propios los fines del grupo. Vid. ZIFFER S., Patricia, *El delito de Asociaciones Ilícitas*, Ed. Adhoc, Argentina, año 2005, pp. 70-71.

³²¹ “**Derecho penal de acto**, es aquel que sanciona las conductas, o actos penalmente relevantes” y por su parte el **Derecho penal de autor**, es la renuncia al esfuerzo de respetar la esencia del ser humano y su expresión es perseguir y sancionar a alguien por quien es o como es y no por lo que hace. **CÁMARA ESPECIALIZADA DE LO PENAL, REF. 495-APE-2012 (10)**, de fecha siete de marzo de dos mil trece.

grupo *–participación–*; considerar que es suficiente el pacto, solo sería correcto en la medida que el contenido de dicho pacto, incluyera algo más que la sola decisión de asociarse, como por ejemplo asumir desde el primer momento un rol específico dentro de la organización.

Por ejemplo especificar la “apariencia física de una persona tatuada”, por antiestético que pueda parecer a cualquier persona, en su libertad de opinión, por sí solo no es una conducta penalmente relevante, en otras palabras para el Código Penal e incluso para Ley de Proscripción de Maras, Pandillas, agrupaciones, asociaciones y organizaciones de naturaleza criminal, el solo hecho de tener tatuajes no es delito y ello es así porque la responsabilidad penal no puede derivarse de las características físicas o vestimentas de un individuo.

En el delito de agrupaciones ilícitas, el legislador sanciona la conducta o el acto de agruparse no circunstancialmente una vez, sino de forma temporal o permanente, para fines delictivos, no siendo necesario probar que se han cometido efectivamente los delitos, pues es un delito de mera actividad. También se reconoce que el legislador en su libertad de configuración, ha incorporado una reforma a dicho tipo penal, que en principio solo exige se pruebe que una persona pertenece a una agrupación, no siendo necesario los demás requisitos, pero “probar o acreditar que pertenece”, aun para la etapa de juicio es menester tener cuidado, que no sea producto de la apariencia de las personas.³²²

La autonomía de este delito se manifiesta por un lado, en que no se requiere que sus miembros hayan cometido personalmente los delitos cuya comisión

³²² **CÁMARA ESPECIALIZADA DE LO PENAL**, REF. 495-APE-2012 (10), de fecha siete de marzo de dos mil trece.

se haya pactado; y por otro, en que los miembros que no hayan participado en la comisión de esos delitos, no responden por ellos, además se sostiene que si uno de los miembros comete uno de los delitos planeados, este es un hecho distinto e independiente que ocurre materialmente con la asociación ilícita.

4.2.2 Estructuras de Crimen Organizado

Según resolución de la Cámara Especializada de lo Penal, con referencia 67-APE-2014³²³, *“...el legislador reguló el delito de “agrupaciones ilícitas”, que comprenden tres términos que tienen diferentes niveles de connotación, es así que la palabra “agrupación”, “asociación” y “organización”, no son exactamente lo mismo, aun cuando presenten ciertas características comunes, como puede ser la pluralidad de sujetos, actuando en conjunto, a todos ellos los guía un mismo fin, mantienen cierta permanencia para delinquir; pero a la vez su orden secuencial en el art. 345 CP., no es antojadizo”*.³²⁴

En relación al término de organización que hace referencia la disposición citada, el legislador en la definición contenida en el art. 1 inciso segundo de la Ley Especial contra el Crimen Organizado y Delitos de realización Compleja, ha dicho que para que se considere crimen “organizado”, debe provenir de un grupo estructurado de dos o más personas, y el art. 345 habla

³²³ **CAMARA ESPECIALIZADA DE LO PENAL**, REF. 67-APE-2014, de fecha veintiuno de febrero de dos mil catorce.

³²⁴ Según dicho Tribunal, en la misma resolución, expresa que *“la agrupación a nuestro entender es una categoría menor que asociación, en cuanto que se refiere a un grupo menor de personas de lo que podría ser una asociación, que representa un segundo nivel de mayor complejidad en su conformación y accionar, por lo que organización implicaría ya un término mucho más amplio, complejo y aún más intenso que al de asociación, ello al margen de si es formal o no, de tal manera que estaríamos frente al género y especie, de no ser así y entenderlos que son sinónimos se estaría diciendo que el legislador fue reiterativo o repetitivo, lo cual consideramos que es improcedente”*.

de algún grado de estructuración, en ese sentido la “estructura”, implica un soporte logístico con cierta complejidad elemental, en el que deben haber jefes o líderes, algún mando medio y la parte operativa.

En atención al número de personas la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada (Convención de Palermo) ratificada por nuestro país y que de conformidad al art. 144 Cn es ley de la República, regula un número de tres personas al igual que el delito del art. 345 CP., y no dos como lo hace la ley especial. Al hacer un análisis de ambas definiciones orientativas, se llega a la conclusión que ambos términos llevan un mismo fin teleológico, la inconsistencia en número de personas puede ser superada con una integración, de las disposiciones en comento.

Según el Tribunal de Segunda instancia “...*el delito de Agrupaciones Ilícitas si responde a lo que es delincuencia organizada o sí se quiere para el caso ‘crimen organizado...’*”, esto pese a que el delito de agrupaciones ilícitas en su N° 2 del inciso primero, menciona que son penalmente responsables de este delito aquellas agrupaciones, asociaciones y organizaciones que se encuentran enunciadas en el art. 1 de la Ley de Proscripción de Maras, Pandillas, Agrupaciones, Asociaciones y Organizaciones de Naturaleza Criminal. “...*ya que si bien es cierto por un lado éste delito fue creado aparentemente y en principio para regular el fenómeno de las “maras” o pandillas...’*”; este también incluye grupos delincuenciales que operan para delinquir y que están al margen de las maras.³²⁵

Cuando se habla de Crimen Organizado este “...*no es exclusivo de los grandes carteles de la mafia como son los casos de la “Yakuza japonesa”, la*

³²⁵ **CAMARA ESPECIALIZADA DE LO PENAL**, REF. 67-APE-2014, de fecha veintiuno de febrero de dos mil catorce.

*“Cosa Nostra italiana” o “El cartel de los Zetas” de México, sino que como es lógico hay distintos niveles de intensidad de crimen organizado, a nivel doméstico de cada país y a nivel mundial y el nuestro no es la excepción, hay grupos incipientes que comienzan con poca organización, estructura escasa, casi elemental permanencia, pero que poco a poco van adquiriendo fuerza y van pasando ya de una agrupación a una asociación o a una organización transnacional más compleja”.*³²⁶

La Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia, así lo ha considerado en el proceso bajo Referencia 544-CAS-2007³²⁷, que *“En cuanto al delito de Agrupaciones Ilícitas Art. 345 Pn., (...) el tema que nos ocupa, la pertenencia a una asociación criminal como delito autónomo, es una modalidad afín a los tipos más graves de crimen organizado, con sutiles diferencias sobre todo en lo relativo a la estructura, pero sustancialmente similares en los demás aspectos, tal como el propósito que es la comisión de delitos”*. Por lo que en base a las resoluciones citadas podemos denotar que en efecto una organización criminal puede ser autora del delito de agrupaciones del cual deben ser comprobados sus elementos típicos.

La jurisdicción especializada salvadoreña recibe acusaciones por el delito de agrupaciones ilícitas, donde se señala el actuar de un grupo de personas que se juntan o reúnen con el fin de planificar hechos delictivos. En estos casos no se acusa por otros delitos sino únicamente a la asociación como unión ilegal de personas.

Pese a que la en la realidad nacional se conocen con más frecuencia

³²⁶ **CAMARA ESPECIALIZADA DE LO PENAL**, REF. 67-APE-2014, de fecha veintiuno de febrero de dos mil catorce.

³²⁷ **SALA DE LO PENAL, CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**, 544-CAS-2007, de fecha dieciocho de noviembre de dos mil nueve.

asociaciones relacionadas a las maras o pandillas, existen casos en los que también se presentan bandas que se dedican al robo, narcotráfico, secuestro o tráfico de armas, las cuales se incluyen en esta misma aplicación de la ley penal.

Se vuelve necesario citar a manera de ejemplo, en base a los delitos que regula la ley especial contra el crimen organizado, el proceso clasificado con la referencia 34-A-12, tramitado en el Juzgado Especializado de Sentencia “A” de esta ciudad contra siete personas por los delitos de secuestro y agrupaciones ilícitas, en el que se absolvió por el delito de agrupaciones ilícitas y se condenó por el delito de secuestro, ya que el Juzgador asumió la competencia especializada, es decir que en efecto se estaba en presencia de una estructura delincencial sin embargo los requisitos que exige el delito de agrupaciones ilícitas no pudieron ser corroborados en juicio.

Es así que en dicha resolución proveída a las diez horas del día diez de abril de dos mil trece se menciona que pese a que se cuenta con un testigo criteriado *“se carece de información que atisbe la permanencia en el tiempo de ese grupo, una mínima organización y solo se puede probar la premeditación y reparto de roles donde todos fueron ejecutores y cooperantes recíprocos de la privación de libertad en FIDEL y no se tienen rasgo alguno de jefaturas efectivas”*.

De igual forma puede mencionarse el proceso con referencia 4-C-2014-4 seguido en el Juzgado Especializado de Sentencia C, en el que se condenó a tres personas por el delito de extorsión y extorsión agravada, en el que no se acusó por el delito de agrupaciones ilícitas, pero el juez consideró que el mismo había sido realizado por una estructura criminal, en este caso por miembros de una pandilla. Denotándose de este caso que el delito de

agrupaciones ilícitas es en efecto un delito autónomo y requiere en primer lugar que este se acuse de forma independiente y se configure de acuerdo a los parámetros que plantea el código penal.

4.2.3 Diferencias entre “Crimen organizado” y Agrupaciones Ilícitas

Como se ha mencionado el crimen organizado es una ‘modalidad’ bajo la cual se cometen infracciones penales, es decir es una forma especial para la concusión de delitos, misma que ha evolucionado en los últimos años a nivel mundial, volviéndose con el pasar de los años más compleja y difícil de tratar. El Derecho Penal ha pretendido controlar dicha delincuencia a través de mecanismos de control legal, conocidos estos como leyes especiales, en los que se pretende dar un trato especializado a este tipo de organizaciones criminales.

El artículo 1 de la Ley contra el Crimen Organizado y Delitos de Realización Compleja menciona 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 actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos”*; de dicha disposición pueden extraerse ciertas características y es el hecho que debe ser: a) un grupo estructurado de dos o más personas, b) existir durante cierto tiempo y c) actuar concertadamente para cometer delitos, dichas características se asemejan a las que debe reunir el delito de agrupaciones ilícitas y es en este punto que se han generado discusiones sobre las diferencias entre estas figuras jurídicas.

Es así que por su parte el delito de agrupaciones ilícitas nos indica que lo son *“aquellas con, al menos, estas características: que estén conformadas*

por tres o más personas; de carácter temporal o permanente; de hecho o de derecho; que posean algún grado de estructuración y que tengan la finalidad de delinquir” (artículo 345 inc. 1º N° 1 CP), del que se sustrae: a) conformadas por tres o más personas, b) temporales o permanentes, c) de hecho o de derecho, d) con cierto grado de estructuración y e) con la finalidad de delinquir.

De las dos disposiciones citadas se puede observar la similitud que existe entre las mismas; sin embargo es irresponsable pensar que estamos frente a lo mismo, es evidente que el legislador redactó ambas disposiciones sin establecer las diferencias entre ellas, sin percatarse que las mismas generan dificultades para la aplicación de la Ley Especial y del delito inmerso en la Ley General; situación que como era de esperarse complica a los juzgadores al momento de dictar sus resoluciones, es por eso que a diario se emiten incompetencias por parte de los juzgados comunes y especializados generando conflicto de competencia por no tenerse un criterio en cuanto a esta temática, sin embargo la Corte Suprema de Justicia ha emitido varios pronunciamientos y sentado precedente en varias de sus resoluciones como 4-COMP-2010, 15-COMP-2010, 16-COMP-2010 y 17- COMP-2010 y 23-COMP-2010.

En dichas providencias judiciales se menciona, *“si bien es cierto, que tal disposición –art. 1 inc. 2 LECODREC- hace referencia a la confabulación de dos o más personas para la realización de un solo delito, gramaticalmente cuando se utiliza el término “organización”, ella requiere dentro de una concepción adecuada y estricta del término, que los miembros de la misma actúen dentro de una estructura caracterizada por un centro de decisiones y diversos niveles jerárquicos, con posibilidad de sustitución de unos a otros mediante una red de reemplazos que aseguren la supervivencia del proyecto*

*criminal con cierta independencia de las personas integrantes de la organización y que dificulten de manera extraordinaria la persecución de los delitos cometidos, aumentando al mismo tiempo el daño posible causado”.*³²⁸

Por las consideraciones expuestas el máximo Tribunal judicial expresa que, *“cuando la referida ley especial establece el actuar concertadamente con el propósito de cometer aunque sea un solo delito, debe entenderse como condición ineludible la existencia de una estructura u organización cuyo orden interno puede ser regularmente piramidal, de estructura claramente jerárquica, dentro de la cual los órganos decisivos no son los mismos que los ejecutivos”.*

Por otra parte, la criminalidad organizada como tal no posee una penalidad si no que se sancionan los delitos cometidos en los que se reúnen las características previamente citadas, tanto los mencionados por la Ley Especial como los el resto de delitos contenidos en la parte especial del Código Penal, esto indica que para considerar un hecho delictivo crimen organizado deberán analizarse previamente los elementos que este exige.

En el caso del delito de agrupaciones ilícitas este tiene su propia estructura y características pero será conocido por la jurisdicción especializada siempre que se establezca que hay un centro de poder dentro de la asociación, agrupación u organización.³²⁹

³²⁸ **CORTE PLENA**, Corte Suprema de Justicia de El Salvador, REF. 65-COMP-2014, de fecha cuatro de noviembre de dos mil catorce, Conflicto de Competencia entre Juzgado Especializado de Instrucción de San Salvador y Juzgado Primero de Instrucción de San Vicente.

³²⁹ **CAMARA ESPECIALIZADA DE LO PENAL**, REF. 67-APE-2014 *“...se analiza que el delito de Agrupaciones Ilícitas si responde a lo que es delincuencia organizada o sí se quiere para el caso crimen organizado, ya que si bien es cierto por un lado éste delito fue creado aparentemente y en principio para regular el fenómeno de las “maras” o pandillas delincuenciales, ello no es exclusivo y menos con la reforma penal que sufrió el art. 345 CPP*

4.2.4 Concurso de Delitos

El delito de pertenencia a organizaciones o grupos criminales, se configura como un tipo independiente de los delitos que pueden cometerse aprovechando la estructura, por lo tanto se habla de dos injustos penales distintos, uno el de la propia organización criminal y otro el del delito cometido o intentado.³³⁰

Desde otra perspectiva, la pertenencia a una organización o grupo criminal, debe considerarse como un delito de carácter permanente, en los que se mantiene una situación de antijuridicidad a lo largo de todo el tiempo en el que, por la voluntad del autor, se renueva continuamente la acción típica; se trata de un delito de mera actividad y permanente que se extiende en el tiempo desde el ingreso en la organización del agente hasta que se produce su apartamiento.

No obstante lo anterior, no es suficiente el sustrato subjetivo o voluntad de pertenencia o integración a la organización o grupo, sino que como requisito de la pertenencia a una organización o grupo criminal, junto al necesario sustrato de la existencia de la organización misma, es necesario un elemento

en su numeral uno y dos, en donde incluye además a “grupos delincuenciales” que operan para delinquir y que están al margen de las maras; siendo así que “crimen organizado” algunos lo han entendido que solo incluye a las grandes transnacionales delictivas, pero es un error, pues comparten características básicas con el delito de agrupaciones ilícitas y estas son: que deben tener alguna estructura, cierta permanencia en el tiempo y que el propósito u objetivo sea delinquir, no siendo necesario que además lleven a cabo un delito, es por ello que es un delito de mera actividad; es así que no se puede negar que el delito de Agrupaciones Ilícitas cumple con los parámetros que define el art. 1 inc. 2º de la LCCOYDRC, ya que se establece el requisito de la existencia de dos o más personas, que tiene cierto grado de estructuración, asimismo se cumple el requisito de la temporalidad del grupo o grupos y se configuran los dos elementos subjetivos como son que el sujeto activo del delito actuó con dolo que es el conocimiento y la voluntad de llevar a cabo un delito y que el propósito de sus miembros sea el de delinquir, siendo indiferente que efectivamente lleven a cabo algún delito, tal como se indicó”.

³³⁰ MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho Penal: Parte Especial*, Editorial Tirant lo Blanch. 18ª edición, p. 910.

material u objetivo consistente en la realización o posibilidad de llevar a cabo actividades para la misma que contribuyan a alcanzar la finalidad que persigue.³³¹

En relación a esta forma de determinar responsabilidad penal a un sujeto que es miembro activo de una estructura criminal, se cree que este responderá por aquellos delitos que haya cometido a consecuencia de una orden recibida por otro miembro, que se encuentre en un rango superior o por decisión propia, siempre y cuando esa ejecución este vinculada con la pertenencia del grupo delictivo.

Es decir todos aquellos miembros de organizaciones criminales serán acusados por los delitos que cometan, atendiendo a fines e intereses de la organización de la que forman parte. Es en este caso que se forma un concurso ideal³³² o concurso real³³³ de delitos.

En el caso de los homicidios, tiende a ocurrir que una acción afecta dos o más bienes jurídicos, configurándose un concurso ideal de delitos. Por el contrario atendiendo a la norma penal, si son dos o más acciones independientes, que ejecutan dos o más delitos se está frente a un concurso

³³¹ *"Por el cese voluntario o apartamiento de la misma, por la expulsión por parte de los órganos directivos, o por razón de un hecho de fuerza mayor, como puede ser la condena por dicho delito, lo que cierra y provoca la ruptura de la situación delictiva previa".* Vid. STS núm. 1117/2003, de 19 julio. Pte. Soriano Soriano, en relación a las organizaciones o bandas terroristas -EDJ 2003/80608. - *"Lo cual implica que "es posible cometer el delito una y más veces, si se llevan a cabo actividades de la misma naturaleza, después de concluida una etapa o periodo de pertenencia a la banda (ruptura de hecho) o por consecuencia de la condena por actos típicos de integración (ruptura jurídica)." Vid. STS núm. 388/2003, de 1 abril. Pte: Conde-Pumpido Tourón.*

³³² **Concurso Ideal art. 40 Código Penal.**- *"Hay concurso ideal de delitos cuando con una sola acción u omisión se cometen dos o más delitos o cuando un hecho delictuoso sea medio necesario para cometer otro, pero en todo caso no se excluirán entre sí".*

³³³ **Concurso Real, art. 41 CP.**- *"Hay concurso real cuando con dos o más acciones u omisiones independientes entre sí, se cometen dos o más delitos que no hayan sido sancionados anteriormente por sentencia ejecutoriada".*

real de delitos, como es el caso de la privación de libertad y posterior homicidio de una persona o en el caso de una banda dedicada al robo de vehículos, cada uno de los sujetos serán procesados por cada robo en el que hayan participado, siendo varias acciones y varios delitos.

Sin embargo, también en estructuras delincuenciales organizadas se imputa lo que nuestra legislación penal conoce como el delito continuado³³⁴; atendiendo a que será responsable por delito continuado aquel sujeto que realice varias acciones afectando a un mismo bien jurídico, como ocurre en aquellos grupos criminales dedicados a la extorsión quienes, realizan exigencias de dinero contra una misma persona, afectando su patrimonio de manera permanente, ya que la víctima debe cancelar cierta cantidad, cada cierto tiempo (diario, semanal quincenal o mensual), configurándose la continuidad del delito.

4.3 Formas de imputar responsabilidad penal en materia de Crimen Organizado en El Salvador

4.3.1 La imputación personal a través de la Ley Especial contra el Crimen Organizado y Delitos de Realización Compleja

4.3.1.1 Situación problemática

Mediante Decreto Legislativo N° 190, publicado en Diario Oficial N° 13, Tomo 374, el veintidós de enero de dos mil siete, fue creada la Ley contra el Crimen Organizado y Delitos de Realización Compleja, la que tiene por

³³⁴ **Delito Continuado, art. 42 CP.**-“*Hay delito continuado cuando con dos o más acciones u omisiones reveladoras del mismo propósito criminal y aprovechándose el agente de condiciones semejantes de tiempo, lugar y manera de ejecución, se cometen varias infracciones de la misma disposición legal que protege un mismo bien jurídico, aun cuando fueren de distinta gravedad*”.

objeto regular y establecer la competencia de los tribunales especializados, - tal como lo menciona el artículo 1 de dicho cuerpo legal-, mismos que fueron creados a través de Decreto Legislativo N° 246 de fecha veintitrés de febrero de dos mil siete y publicado en Diario Oficial N° 43, Tomo 374 el cinco de marzo de dos mil siete, los que conocen de todos aquellos delitos cometidos bajo la modalidad de criminalidad organizada.

La jurisdicción especializada salvadoreña se encuentra territorialmente distribuida en tres sedes, Santa Ana para la Zona Occidental, San Miguel para la zona Oriental y San Salvador en la zona central; es la jurisprudencia pronunciada por esta última sede la que ha sido objeto de análisis durante la investigación, de la cual se ha tomado una muestra en las que se ha advertido falta de criterio ante la forma de determinar responsabilidad a los miembros que cometen infracciones penales como parte de una estructura delincencial³³⁵; es de mencionar que en nuestro país lo más común de ser considerado crimen organizado son las maras o pandillas, aunque existen casos –en menor cantidad- de redes de narcotráfico, o dedicadas al robo o secuestro.

La presente investigación tiene como finalidad abordar las dificultades que se suscitan a partir de la creación de la mencionada competencia especializada, esto en cuanto al tema de autoría y participación de los que son considerados -para la justicia penal salvadoreña- miembros de una estructura delincencial de crimen organizado. Es de conocimiento general que una de las características esenciales de la criminalidad organizada es que debe tratarse de un grupo estructurado de personas, lo que hace alusión a la pluralidad de sujetos que deben concurrir en la comisión de las

³³⁵ **SALA DE LO CONSTITUCIONAL, Corte Suprema de Justicia, Ref. Inc. 6-2009**, dieciséis horas del día diecinueve de diciembre de dos mil doce.

actividades ilícitas a las que dicha agrupación se dedica.

Ante la concurrencia de varias personas el juzgador debe analizar la participación de cada una en la materialización del ilícito penal y es esta la problemática a la que se hace alusión, ya que según la jurisprudencia especializada –la cual no es basta, debido a lo reciente de su creación- se ha observado que la participación de los procesados bajo esta competencia no es analizada de forma personal o individual, es decir, no se observa que exista un análisis de autoría y participación por cada imputado, analizando la acción de cada uno durante la preparación y ejecución del delito, sino que independientemente de la fase en que este haya intervenido es considerado un autor directo o coautor, vulnerando el principio de Seguridad Jurídica que recoge nuestra legislación y por ende el Principio de Legalidad mismo.

Se entiende que, la seguridad jurídica debe cumplir con “...dos exigencias básicas: (a) *Corrección funcional, que implica la garantía de cumplimiento del Derecho por todos sus destinatarios y regularidad de actuación de los órganos encargados de su aplicación; es decir, la vinculación de todas las personas públicas y privadas a la ley, que emana de la soberanía popular a través de sus representantes, y que se dirige al reconocimiento y tutela de los derechos fundamentales, lo cual constituye el fundamento del Estado de Derecho; y (b) corrección estructural, en cuanto garantía de disposición y formulación regular de las normas e instituciones integradoras de un sistema jurídico*”.³³⁶

En materia penal el principio de legalidad³³⁷ contenido en el artículo 1 inciso

³³⁶ **SALA DE LO CONSTITUCIONAL**, Corte Suprema de Justicia, Proceso de Amparo, Ref. 48-98, de fecha diecisiete de diciembre de mil novecientos noventa y nueve.

³³⁷ **SALA DE LO CONSTITUCIONAL**, Corte Suprema de Justicia, Inconstitucionalidad 22-2007/42-2007/89-2007/96-2007 “...en materia penal persigue que los ciudadanos se

1 del Código Penal –CP- menciona que *“Nadie podrá ser sancionado por una acción u omisión que la ley penal no haya descrito en forma previa, precisa e inequívoca como delito o falta, ni podrá ser sometido a penas o medidas de seguridad que la ley no haya establecido con anterioridad”*; sobre el mismo en el artículo 2 inciso 1 del Código Procesal Penal –CPP- se indica que *“toda persona a la que se impute un delito o falta será procesada conforme a leyes preexistentes al hecho delictivo de que se trate...”*.

En el artículo 4 inciso 1 del mismo cuerpo normativo se expresa que *“La pena o medida de seguridad no se impondrá si la acción u omisión no ha sido realizada con dolo o culpa. Por consiguiente, queda prohibida toda forma de responsabilidad objetiva”*, en relación al principio de responsabilidad, y en su inciso 2 la misma disposición determina que *“la responsabilidad objetiva es aquella que se atribuye a una persona sin considerar la dirección de su voluntad, sino únicamente el resultado material a la que está unido causal o normativamente el hecho realizado por el sujeto”*.

En conclusión, la responsabilidad penal de cada persona debe responder a su acción al momento en que se ejecuta la infracción penal, esto pese a que el sujeto sea parte de una organización criminal ya que el hecho de pertenecer a un tipo de asociación delictiva no es sancionado por la LECCODRC, es decir que aunque durante el juicio se compruebe que el

abstengan de realizar determinada conducta si la prohibición es perceptible previamente y con la claridad suficiente. Es así, que sólo el carácter previo, claro y taxativo de la norma proporciona certeza a los individuos para orientar sus actos. Tal principio contiene cuatro garantías fundamentales: (a) una criminal, que exige que la conducta delictiva se encuentre estipulada en la ley; (b) una penal, que obliga a que la ley señale la pena que corresponda al hecho; (c) una de carácter jurisdiccional o procesal, que obliga a la existencia de un procedimiento penal de carácter previo y legalmente establecido para la determinación de la responsabilidad penal, y (d) una de ejecución, la cual requiere que el cumplimiento de una sanción penal se sujete a una normativa legal que la regule”.

imputado forma parte de la estructura delincencial el mismo solamente puede ser juzgado por la acción específica que realizó y no enmarcarse – fácilmente– como un coautor sin entrar a hacer un análisis de autoría y participación por parte del juzgador.

Lo anterior vulnera el derecho que poseen los procesados a ser juzgados únicamente por los actos que cometieron y no por los que sus acompañantes realizaron, inobservándose el principio de legalidad que rige el proceso penal, asimismo se ha identificado vulneración al principio de seguridad jurídica ya que cuando dos juzgadores conocen sobre el mismo proceso se generan resoluciones contrarias no contándose con precedentes judiciales y por ende no existiendo una uniformidad sobre la jurisprudencia especializada, generado inicialmente porque cada juzgador asume la “criminalidad organizada” en base a un criterio personal.

A continuación se enuncian las diversas dificultades que se han observado ante la aplicación de la legislación especial en atención a la imputación personal de los acusados:

1. Aplicación de la figura de la “Coautoría” para todos los procesados.

Ref. 34-A-2012, emitida a las diez horas del día dos de abril de dos mil trece, por el Juzgado Especializado de Sentencia “A” de San Salvador.

Proceso Penal instruido contra 1) José Luis Gómez Sánchez, 2) Eduardo De Jesús Gómez Sánchez, 3) José Leonel Rodríguez Barrera, 4) José Armando Baires Peña, 5) Oscar Antonio Cruz Hernández, 6) José Mauricio Meléndez Peña y 7) Jorge Alberto Rivas Campos, todos por el delito de a) Secuestro, previsto y sancionado en los Art. 149 CP, en perjuicio de la víctima con clave

“FIDEL”; b) Privación de Libertad, previsto y sancionado en el Art. 148 CP en perjuicio de la víctima denominada “ALEXANDER”, y c) AGRUPACIONES ILÍCITAS, previsto y sancionado en el Art. 345 CP en perjuicio de la Paz Pública.

Según la relación de hechos del presente caso los imputados se reunieron en dos ocasiones para planear la forma en que se realizaría el hecho delictivo, posteriormente siendo el día nueve de enero de dos mil diez cuando se realiza la privación de libertad. Aunque según la relación de hechos no se encontraban todos los procesados al momento que se sustrae a las víctimas de su libertad ambulatoria el juzgador en cuanto a la autoría y participación de los mismos indicó que *“deben ser declarados como coautores en el delito de Secuestro con la agravante especial antes descrita”*, siendo esa agravante la relacionada en el N° 3 del artículo 150 CP, ya que la víctima era mayor de sesenta años.

Se observa en dicha resolución que el juzgado no realiza un análisis de participación delincencial de cada uno de los siete procesados, no menciona la actividad específica que ejecuto cada uno para ser considerado un autor directo o coautor, lo que contraría el principio de responsabilidad que es base del derecho penal, así mismo el principio de legalidad por haber sido condenados a una pena que no es proporcional a la actividad realizada de forma individual.

Ref. 66-C-2014-1, emitida a las ocho horas del día nueve de diciembre de dos mil catorce, por el Juzgado Especializado de Sentencia “C” de San Salvador.

Proceso instruido en contra de 1) José Osmín Barrera Urquilla alias

“Marquito”, 2) José Antonio García Sosa alias “El Piruña”, 3) Wilber Oseas Cartagena Pérez alias “Trusto”, 4) Miguel Antonio Torres Alas alias “Pikorocho”, 5) Walter Bladimir Amaya del Cid alias “El Berruga”, 6) Melvin Armando Funes Rodríguez, 7) Jaime Antonio Hernández alias “El Enano” y 8) José Mario Martínez Trejo alias “ El Gallo”, todos procesados por el delito de EXTORSIÓN, previsto y sancionado en el artículo 214 N° 1 y 7 CP, en perjuicio de la víctima clave “CIRO”.

Según la relación de hechos, la víctima mencionó en sede policial que a finales de octubre de dos mil doce, se apersonaron tres sujetos alias “Trusto”, alias “Pepe” y alias “Balmore” quienes le exigieron el pago de la cantidad de veinte dólares mensuales en concepto de renta.

Es el caso que en atención a alias “Trusto” que responde al nombre de Wilber Oseas Cartagena Pérez es el único momento en que la víctima lo ubica, pese a que se dieron posteriormente cuatro entregas controladas, en ninguna de ellas se identificó a esta persona, sin embargo el Juzgado resolvió condenarlo por el delito que le fue acusado.

El fundamento de dicha resolución, es sobre el mismo razonamiento que “se ha establecido que los acusados actuaron conjuntamente para cometer el ilícito penal, situación que se verifica con la pluralidad de sujetos que tomaron parte en la ejecución del delito, sobre todo codominando el hecho, elemento esencial de la coautoría, el cual ha sido caracterizado por Claus Roxin como un: “dominio funcional del hecho”, en el sentido que cada uno de los coautores tiene en sus manos el dominio del hecho a través de una parte que le corresponde en la división del trabajo, configurándose como consecuencia de una decisión conjunta que vincula los diferentes aportes de los coautores en la comisión del delito”.

Ref. 269-B-12-5, proveída a las nueve horas y treinta minutos del diecisiete de enero de dos mil once, por el Juzgado Especializado de Sentencia “B” de esta ciudad.

Proceso penal instruido contra veinte personas, por trece casos de HOMICIDIO y AGRUPACIONES ILÍCITAS, en dicha resolución el juzgador concluyo que con los *“hechos acreditados y de las pruebas ofertadas e introducidas al proceso mediante el trámite de ley, se denota que existe en el presente caso una COAUTORÍA, en virtud que existió distribución de funciones entre los procesados sujetos activos del delito, en tal efecto que las acciones individuales de cada sujeto concurrieron en la acción típica, por ende queda establecida la distribución de roles con un mismo fin delictivo y con ello asumieron el resultado lesivo de la muerte”*.

Además indica el juzgado en su resolución que las *“acciones fueron determinantes para la producción del resultado, en vista que si alguno o algunos no hubiera realizado su rol o en su caso hubiere desistido o buscado que el otro desistiera, no se hubiera realizado el resultado; en esta especie de codominio de acciones la aportación individual de las acciones realizadas determinan la ejecución del ilícito, con ello si hipotéticamente suprimimos esas acciones nunca se hubiera vulnerado la norma, pues no se tendría el resultado muerte en las víctimas, requisito sine qua non del tipo penal en su elemento objetivo, y por ello queda plenamente establecido el nexo causal entre las acciones de los indiciados y dicho resultado, del mismo modo que el desistimiento en el momento constitutivo de alguno de los individuos hubiese podido abortar el resultado final”*.

Según ésta resolución dicho tribunal es del criterio que *“en estos casos toda colaboración esencial durante la fase de ejecución del delito ha de ser*

considerada como acto de coautoría, porque se abona directamente a la realización del hecho típico; así mismo retomando la teoría de la coautoría sucesiva, la cual viene a complementarse con la teoría funcional del dominio del hecho, se observa que estamos en presencia de una coautoría sucesiva, pues los imputados participaron en los delitos de Homicidios Agravado consumado, codominándolo, desde que estos comenzaron a ejecutarse, lo que denota el acuerdo previo que existió por parte de ellos, y por lo tanto el dominio de los hechos aparece compartido por los imputados, y por ello existe desde antes del delito una contribución objetiva en los hechos, de ahí que en base a las probanzas y a la presente teoría son responsables los imputados como Coautores directos, de conformidad a lo establecido en el Art. 33 CP”.

Es importante mencionar, que sobre la aplicación de este mismo criterio, de considerar coautores a todos los intervinientes en la ejecución del delito se mencionan las resoluciones representativas, que a la vez constituyen jurisprudencia de El Salvador, las siguientes:

Ref. 206/212-A-2014, resolución emitida a las quince horas treinta minutos del día siete de enero de dos mil quince y Ref. 93-A-2015, emitida a las ocho horas con quince minutos del día veintinueve de junio de dos mil quince, ambas resoluciones emitidas por el Juzgado Especializado de Sentencia “A”. Ref. 152-B-08-4 proveída a las doce horas del día veinte de agosto de dos mil ocho y Ref. 159-B-12-4, emitida a las quince horas del seis de julio de dos mil once ambas por el Juzgado Especializado de Sentencia “B” de San Salvador, Ref. 46-C-2013-2 emitida a las dieciséis horas del dieciocho de noviembre de dos mil trece. y, Ref. 79-C-2013-2(3), resolución emitida a las ocho horas del once de marzo de dos mil catorce, ambas resoluciones en comento por el Juzgado Especializado de Sentencia “C” de esta ciudad.

2. Aplicación de la “Autoría Mediata” únicamente al que emite la orden.

Ref. 482-A-11, de fecha diecisiete de febrero de dos mil doce, proveída por el Juzgado Especializado de Sentencia “A” de San Salvador.

Proceso Penal seguido contra 1) Perfecto José Jaime Muñoz Alvarado, 2) José Carlos Martínez Guardado, 3) Félix Alfonso Romero León, 4) Rubén Ernesto Valle Hernández, 5) Oscar Moisés González Aragón, 6) José Carmelo Pineda Hernández, 7) Víctor René Peña Tobar, 8) Herber Danilo Rivas Espinosa, 9) Rafael Ernesto Castellanos Artiga, 10) Roberto Vidal Rosa Rivas, 11) Karen Jazmín Márquez González, 12) Oscar Armando Peña Tobar, 13) Julio Ángel López, 14) María Aracely Echeverría, 15) José Rafael Escobar, 16) Jesús Fredy Canales Hernández, 17) José Félix Fausto Peña Aragón, 18) Luis Daniel Pocasangre, 19) Jose Alirio Bonilla García, 20) Alvaro De Jesús Portillo García, 21) Manuel De Jesús López, 22) Eduardo Luis Pocasangre Canales, 23) Daniel William Rivas, 24) Santos Alcides Muñoz Álvarez, 25) Luis Miguel Pocasangre, 26) José Santos Hernández Chacón, 27) Walter Adolfo Flores Hernández, 28) Mario Omar Meléndez López, 29) Edwin Francisco González Sánchez, 30) Roberto René Sorto Leiva, 31) Fredy Arnoldo Arévalo Fortis.

A quienes se les acusó la comisión de cuatro casos de HOMICIDIO AGRAVADO y el delito de AGRUPACIONES ILÍCITAS; particularmente en el homicidio denominado en autos como “caso 3”, se procesó a tres personas entre ellas Perfecto José Jaime Muñoz, quien según el testigo criteriado clave “Misterio” fue quien le dio la orden para que se perpetrara el homicidio en contra de un sujeto de la mara contraria –MS- quien respondía al nombre de Francisco Javier López Portillo.

El juzgador condenó a Jaime Muñoz como autor mediato del homicidio, ya que este no ejecuto el delito pero si utilizó un medio para la realización, además durante el juicio y con la declaración del testigo criteriado se determinó que esta persona era el palabrero de la estructura delincencial por lo que se le condeno a nueve años de prisión por el delito de Agrupaciones Ilícitas.

Al resto de procesados por este caso de les condenó como coautores aunque uno de ellos no disparó, sino que se quedó dando seguridad, sin embargo el juzgador es del criterio que en este tipo de casos funciona la teoría funcional del hecho ya que existió una distribución de roles o funciones. Es así que este criterio es más acorde con el principio de responsabilidad, ya que se realizó un análisis más personal en cuanto al que no estuvo presente en el hecho pero que dio la orden de su ejecución, al menos en cuanto a este imputado existió una proporcionalidad en cuanto a la acción realizada y la pena impuesta.

Ref. 211-A-2010, de fecha veintiséis de julio de dos mil diez, emitida por el Juzgado Especializado de Sentencia "A" de esta ciudad, en proceso penal instruido contra 1) Marta Zuleyma Ulloa Ramírez 2) Karla Mayenci Rivas Elías y 3) Walter Omar Baires, por el delito de Extorsión, según lo previsto y sancionado en el artículo 214 N° 1 y 7 CP, en perjuicio de la víctima con régimen de protección clave "UNIVERSO" representada legalmente por clave "ASTRO".

El administrador de justicia condenó a dos de los procesados, específicamente a Walter Omar Baires como autor directo, y *"...en cuanto a MARTA ZULEYMA ULLOA, se puede afirmar que por el tiempo de conocer al*

señor BAIRES y por residir en la misma Comunidad Nueva Israel, existe un conocimiento sobre el recogimiento del dinero era producto de un ilícito, sin embargo su participación en el ilícito solo es de cooperación secundaria, pero la omisión de su actividad no impediría la realización del delito; y es por ello que debe considerarse como CÓMPLICE NO NECESARIO del delito antes mencionado”.

De igual manera, que el caso anterior, se realizó un análisis de autoría y participación apegado al principio de responsabilidad y legalidad, ya que pese a que la procesada estuvo en el momento de la entrega del dinero producto de la extorsión y además de ello fue ella quien recibió el paquete, el juez tomó en cuenta los elementos periféricos que rodearon el hecho y determinó que la conducta ejecutada es típica pero el nivel de participación es el de complicidad no necesaria en base al artículo 36 inciso 1 N° 2 y el artículo 66 ambos del CP.

Ref. Ref. 62-C-2014-1, proveída a las ocho horas del veintidós de junio de dos mil quince, por el Juzgado Especializado de Sentencia “C” de San Salvador.

Proceso contra los imputados: 1) William Alexander Mejía alias “Báxer” o “Alex de Mejicanos”, 2) Ulises Ernesto Machado alias “Maizoro”, 3) Erick Adalberto Ruiz Santos alias “Oso” o “Chorro de Humo”, 4) Naun Antonio López Mena alias “El Cuerpo o Negro”, todos procesados por los delitos de a) Homicidio Agravado según lo previsto y sancionado en los artículos 128 y 129 N° 3 CP, en perjuicio del derecho a la vida de Francisco Alfonso Hernández Montes, quien también utilizaba el nombre de Mario Alexander Reyes Chávez y b) Agrupaciones Ilícitas, según el artículo 345 CP, en perjuicio de La Paz Pública, previstos y sancionados en el Código Penal.

Según los hechos acusados, los procesados se reunieron para planear el homicidio de la víctima quien se encontraba recluido en las bartolinas de la Delegación Policial de Panchimalco, ya que tenían conocimiento que el mismo era testigo criteriado, quien ha sido mencionado en autos también con la clave “JAGUAR”. Los indiciados se valieron de la ayuda de un bartolinerero para poder ingresar a dicho puesto policial y perpetrar el homicidio. Específicamente en el caso del imputado William Alexander Argueta Mejía, *“fue la persona que planificó la comisión del delito mediante llamadas telefónicas con el señor Ronald Elenilson Mena Mena, desde el momento que contactó y con quien mantuvo una comunicación directa días antes y una hora antes de la ejecución del delito, inclusive le afirmó que ya iban unos locos, refiriéndose a los ejecutantes para el lugar donde estaba la víctima, es decir dominando la voluntad de los ejecutores”*.

Esta persona no se trasladó hasta el lugar del hecho sino que a través de informe de extracción telefónica se concluyó que existió activaciones de antena del teléfono que correspondía a este imputado durante el recorrido hasta llegar al lugar del hecho lo que indicó -para el juzgador- que fue este sujeto el que dirigía al resto por lo que dicha sede judicial, en base a las pruebas y alegatos de las partes involucradas en el proceso, se resolvió condenarlo a treinta años de prisión en grado de autor mediato y al resto como coautores ya que en la *“situación que se verifica con la pluralidad de sujetos que tomaron parte en la ejecución del delito, sobre todo codominando el hecho, elemento esencial de la coautoría, el cual ha sido caracterizado por Claus Roxin como un: “dominio funcional del hecho”*.³³⁸

³³⁸ *“en el sentido que cada uno de los coautores tiene en sus manos el dominio del hecho a través de una parte que le corresponde en la división del trabajo, configurándose como consecuencia de una decisión conjunta que vincula los diferentes aportes de los coautores en la comisión del delito”*.

De lo anterior puede observarse que el procesado William Argueta Mejía no realizó la acción típica de “matar a otro”, sino que su actividad se adecua a la que establece el artículo 34 inciso 1 CP, “*se consideran autores mediatos los que cometen el delito por medio de otro del que se sirven como instrumento*”, ya que este sujeto fue quien ordeno la ejecución del delito, siendo este según la relación de hechos el palabrero del municipio de Ayutextepeque, Mejicanos y Zacamil, lo que lo convierte en dirigente de la organización delictiva, tal como lo acuso la representación fiscal, por lo que el juzgador determino su participación como un autor mediano en base a la disposición mencionada.

3. Criterio del juzgador cuando no se acusa por el delito de agrupaciones ilícitas, no existe forma para penalizar la estructura criminal.

Ref. 66-C-2014-1, emitida a las ocho horas del día nueve de diciembre de dos mil catorce, por el Juzgado Especializado de Sentencia “C” de San Salvador.

Proceso instruido en contra de 1) José Osmín Barrera Urquilla alias “Marquito”, 2) José Antonio García Sosa alias “El Piruña”, 3) Wilber Oseas Cartagena Pérez alias “Trusto”, 4) Miguel Antonio Torres Alas alias “Pikorocho”, 5) Walter Bladimir Amaya del Cid alias “El Berruga”, 6) Melvin Armando Funes Rodríguez, 7) Jaime Antonio Hernández alias “El Enano” y 8) José Mario Martínez Trejo alias “El Gallo”, todos procesados por el delito de Extorsión, previsto y sancionado en el artículo 214 N° 1 y 7 CP, en perjuicio de la víctima clave “CIRO”.

Este caso ya fue previamente mencionado, sin embargo es necesario referirse nuevamente a él ya que, del fallo emitido se puede determinar que

el juzgador llegó a la conclusión que 1) la forma de cometer el delito de extorsión fue bajo la modalidad de crimen organizado, ya que se asumió la competencia del mismo y 2) que los procesados forman parte de una estructura delincencial –y así lo dijo la víctima quien mencionó que dichas personas se identificaron como miembros de la pandilla dieciocho-, sin embargo pese a que se identificó una organización criminal no fue posible, sancionar a los miembros de ella por dos razones a) la representación fiscal no acusó por el delito de agrupaciones ilícitas y b) la ley especial contra el crimen organizado no establece penalidad para estos casos.

Cuando el administrador de justicia, concluye que existe una estructura delincencial pero no se acusó por el delito de agrupaciones ilícitas, es atarle, ya que no puede sancionar a la organización criminal como tal, la ley especial no proporciona el castigo que esta debe tener, entonces nos preguntamos ¿Cuál es la diferencia con la delincuencia común, si no existe una sanción para la delincuencia especial?.

La ley especial se queda corta, ya que si se creó una competencia especializada, debió incorporarse una sanción que la distinga de la común, si violentar el derecho constitucional de igualdad, ya que estas personas pueden ser distinguidas de las demás.

Ref. 60-C-2013-4; 67-C-2013-2; 2-C-2014-1, emitida a las diez horas del trece de agosto de dos mil catorce, por el Juzgado Especializado de Sentencia “C” de esta ciudad.

Este proceso –a diferencia del anterior- fue instruido contra veintinueve personas por el delito de Agrupaciones Ilícitas según lo previsto y sancionado en el artículo 345 CP, en perjuicio de la Paz Pública, donde el

juzgador, condeno a veintidós de ellas, ya que durante la etapa de juicio a través de la prueba inmediada se comprobó la existencia de la estructura delincencial denominada “Little Crazy Salvatruchos” en la zona del Centro Comercial San Luis, de este municipio.

Esta es la única forma que se puede perseguir a la delincuencia organizada, es decir el hecho de sancionarla directamente y no por los delitos que cometen. El Ministerio Público Fiscal necesita acusar por el delito de agrupaciones ilícitas, pese a que este –como se ha mencionado con anterioridad- es un delito autónomo; a criterio muy personal consideramos que LCCODRC debería contener una penalidad especial cuando se compruebe 1) la existencia de una organización criminal jerarquizada y 2) que se hayan cometido delitos bajo esta modalidad, esto a efecto de distinguirla de la delincuencia común.

Sobre estos casos se encuentran también las resoluciones Ref. 57-C-2014-4 emitida a las nueve horas del día diez de abril de dos mil quince, Ref. 56-Acum 57-C-2013-1, extendida a las ocho horas del día cinco de diciembre de dos mil catorce, ambas por el Juzgado Especializado de Sentencia “C” de esta ciudad, Ref. 462-A-2011 de fecha veintitrés de enero de dos mil doce, Ref. 87-A-2015 de fecha dos de junio de dos mil quince, ambas emitidas por el Juzgado Especializado de Sentencia “A” de esta ciudad.

4. Criterios contrarios ante mismo proceso, cuando es conocido por diferente juzgador (excusas).

Sobre este tema, se identificó un caso en particular y es el proceso clasificado bajo la referencia 58-C-2014-1, tramitado en el Juzgado Especializado de Sentencia “C” de esta ciudad, la primera audiencia de Vista

Pública fue realizada los días veintisiete, veintiocho, veintinueve, treinta y treinta y uno de octubre de dos mil catorce, en la que se conoció por cinco casos de homicidio, agrupaciones ilícitas, extorsión y tenencia, portación o conducción ilegal o irresponsable de arma de fuego, siendo procesadas veintinueve personas, a quienes el juez de sentencia específicamente en los homicidios ejecutados en perjuicio de Ever Alcides Torres Santamaría y Juan Alberto Santamaría, condeno a veinticinco años por el primero y quince años de prisión por el segundo.

A dicha audiencia no fue trasladado un procesado, por lo que se tramito excusa y la Cámara Especializada de lo Penal, designó juez suplente para que conociera sobre los mismos hechos y prueba únicamente por el imputado que no fue juzgado. Es el caso que en fecha dieciocho de diciembre de dos mil catorce, el juez suplente condenó a esta persona a veintisiete años de prisión por los mismos delitos de homicidio, siendo un total de cincuenta y cuatro años de prisión, situación que genera una vulneración a la seguridad jurídica de los imputados, por la diversa variedad de criterios que existe por parte de los jueces.

La competencia especializada en El Salvador, es relativamente nueva lo que ha generado que los operadores de justicia no definan un solo criterio sobre lo que debe ser considerado crimen organizado y la penalidad de los delitos que sean cometidos por este tipo de organizaciones delictivas, asimismo, hasta la fecha no se han establecido lineamientos por parte de la Corte Suprema de Justicia relativos a este tema, si no que se ha dejado a la discreción de los juzgadores sin haberles capacitado e informado sobre las problemáticas que la aplicación de la ley especial puede generar, esto para la emisión de resoluciones más apegadas a derecho.

4.3.1.2 Criterios según la Ley de Proscripción de Maras, Pandillas, Agrupaciones, Asociaciones y Organizaciones de Naturaleza Criminal.

Mediante Decreto Legislativo N° 458 de fecha nueve de septiembre de dos mil diez se creó la Ley de Proscripción de Maras, Pandillas Agrupaciones, Asociaciones y Organizaciones de Naturaleza Criminal –LPMPAyONC-, mismo que fue publicado en Diario Oficial N° 169, Tomo N° 388 el diez de septiembre de ese mismo año. Según los considerandos de dicha ley se indica que evidente el fortalecimiento y el incremento de la gravedad y el impacto de la actividad delictiva de las maras o pandillas, por lo que se vuelve necesario, aumentar el control sobre estas agrupaciones para implementar la política integral de justicia, seguridad pública y convivencia, especialmente en lo relativo a la prevención social de la violencia y el delito y, en la atención a la víctima.

Además que se han realizado abundantes estudios e informes, procesos y procedimientos administrativos y judiciales, a partir de los cuales se ha concluido que existen agrupaciones y organizaciones criminales dedicados a la comisión de delitos, cuya estructura se convierte en un medio propicio y peligroso que afecta los bienes jurídicos personales y de la colectividad.

Si bien es cierto esta ley es posterior a la LCCODRC, no aporta criterios nuevos en cuanto a la responsabilidad penal, sino que únicamente hace mención que se encuentran prohibidas *“las llamadas pandillas o maras tales como las autodenominadas Mara Salvatrucha, MS-trece, Pandilla Dieciocho, Mara Máquina, Mara Mao Mao y las agrupaciones, asociaciones u organizaciones criminales tales como la autodenominada Sombra Negra”* (artículo 1 LPMPAyONC).

Por su parte, en el artículo 2 de ese mismo cuerpo legal, se menciona que *“cualquier acto jurídico que como parte de laactividad delictiva o de su estructura realicen estos grupos por medio de sus integrantes u otras personas en su nombre serán ilícitos y por lo tanto acarrearán las responsabilidades penales, civiles y administrativas correspondientes para sus promotores, creadores, organizadores, dirigentes, miembros, colaboradores, financistas y cualquier persona que, a sabiendas de su ilegalidad, reciba provecho directa o indirectamente”*.

Esta ley, únicamente hace referencia que las pandillas se encuentran prohibidas, no se menciona penalidad para ellas, ni mayor referencia en cuanto al proceso judicial que debe seguirse en contra de los miembros de ellas.

Es por esta razón que cuando se pone a disposición de los tribunales, miembros de una clica o de una pandilla en sí, la Fiscalía General de la República acusa por el delito de agrupaciones ilícitas – artículo 345 CP- que es el que contiene la conducta típica, jerarquía y la sanción que debe imponerse a cada uno, asociándose el artículo 1 LPMPAyONC, ya que este último menciona que dichas asociaciones u organizaciones se encuentran prohibidas. Pero se reitera que dicha ley no crea criterios nuevos para los Jueces Especializados.

4.3.1.3 Análisis Jurisprudencial de la competencia común y especializada

Previo a la creación de la ley especial –LECCODRC-, era la competencia común quien conocía de los delitos cometidos por grupos organizados, aunque estos no eran considerados en sí “criminalidad organizada”, debido a

que dicha forma de delinquir estaba apenas en su génesis por lo menos en nuestro país- sin embargo si reunían ciertas características, de complejidad, pluralidad y distribución de funciones, que indiquen que era un tipo de criminalidad especial.

Los Tribunales de Sentencia comunes, tramitaban los casos de bandas de roba carros, contrabandista o secuestradores, que era lo más común durante el periodo del año 2000 al 2006.

Es por eso que se ha compilado jurisprudencia de esos Tribunales a efecto de realizar un análisis, con la finalidad de comparar la forma en que estos juzgados fallaban ante este tipo de delincuencia y la forma en que la competencia especializada lo realiza en la actualidad, con la finalidad de determinar si existen diferencias entre ellas y la manera en que debe hacerse conforme a la ley.

Ref. PS0101/57-00, emitida a las dieciocho horas del día veintinueve de septiembre del dos mil, por el Tribunal Primero de Sentencia de esta ciudad, en proceso penas seguido contra de Carmen Idalia Sánchez, Manuel Arquímides Vides Aguilar, Manuel Arnulfo Melgar Ayala, Jimmy Alexander Moran Rivas y José Luis Alvarado, por el delito de HOMICIDIO AGRAVADO previsto y sancionado en el artículo 129 N° 10 CP, en perjuicio de Francisco Javier Flores Sosa y José Luis Rodríguez Castro, la primera como cómplice y el resto como coautores.

Pese a la acusación realizada por el Ministerio Público Fiscal, dicho Tribunal colegiado, tomo en cuenta todos los elementos de prueba, valorando cada una de las actividades realizadas por los procesados, encontrando culpables únicamente a dos de ellos, como coautores del delito de homicidio, siendo

ellos Manuel Arquímedes Vides y José Luis Alvarado, esto debido a que según la prueba producida fueron quienes realizaron los disparos a las víctimas quienes eran agentes de la policía Nacional Civil. En cuanto a la complicidad de la señora Carmen Idalia, el Tribunal no dio credibilidad a la versión proporcionada por los testigos por lo que fue absuelta.

Es importante señalar, que en este caso la representación fiscal inicialmente de la investigación, determinó una participación para cada procesado, dotándole al juzgador una guía para el análisis de la participación personal de cada acusado; aunque fiscalía no haya realizado las actividades necesarias para demostrarle al juez la acción delictiva realizada por el o los procesados. Así mismo se puede observar que ante una pluralidad de sujetos se realizó un análisis personal de autoría o participación por imputado, no siendo un impedimento para emitir un fallo con forme a derecho.

Ref. 0102-41-2003, emitida a las diecisiete horas del día dos de abril de dos mil tres, por el Tribunal Segundo de Sentencia de esta ciudad.

Proceso penal instruido contra 1) Elmer Cornejo Martínez, 2) Mario Antonio Martínez o Mario Antonio Martínez Hernández, alias Cantinflas, 3) Santiago Portillo Villalobos, Alias El Seco, 4) Santos Neftaly López alias El Ojudo, 5) Roberto Gutiérrez o Roberto Salomón Gutiérrez Rivera, alias Petate, 6) Daniel Brizuela Molina, alias El Teniente, 7) Juan Manuel Sierra Guerra, alias El Chino, 8) Rutilio Vanegas o Rutilio Vanegas Rafailan, alias Pelo Parado y 9) Francisco Ernesto Orellana Navarro, C/P Mario Alberto Martínez Ramírez, Mario Alfredo Martínez y Como Milton Francisco López Alas, por los delitos de SECUESTRO, previsto y sancionado en los artículos 149 y 150 N° 2 en perjuicio de Roberto Antonio Espinoza y Carlos Humberto Alvarenga Navas.

Del elenco probatorio, el Tribunal concluyó que *“son coincidentes –los testimonios que desfilaron- en cuanto a que fueron tres personas las que privaron de libertad a la víctima en la Residencial San Rafael de Santa Tecla, también coincidiendo en la hora y el día del hecho, asimismo que fueron tres sujetos los que llevaron a la víctima al lugar de cautiverio, coincidiendo además en cuanto a lo manifestado por la víctima que su alimentación consistía en frutas y galletas, coincidiendo con los alimentos que llevó al lugar de cautiverio "Cantinflas", habiéndose establecido la participación de los imputados MARIO ANTONIO MARTINEZ O MARIO ANTONIO MARTINEZ HERNANDEZ, alias "Cantinflas", SANTIAGO PORTILLO VILLALOBOS, alias "El Seco", SANTOS NEFTALY LOPEZ, alias "el ojudo", ROBERTO GUTIERREZ O ROBERTO SALOMON GUTIERREZ RIVERA, alias "Petate", en el delito de Secuestro”.*

Afirmaron los jueces de dicha sede judicial que *“al respecto y tomando en cuenta las circunstancias a que ha hecho referencia en cuanto a la participación de estos dos imputados –Daniel y Frank- tuvo conocimiento de referencia a través del imputado apodado "el seco", no constándole personalmente a él dicha circunstancia, y no existiendo ningún otro elemento probatorio que reafirme dicha aseveración es procedente absolver a los imputados DANIEL BRIZUELA MOLINA, alias "El Teniente" y FRANCISCO ERNESTO ORELLANA NAVARRO, c/p Mario Alberto Martínez Ramírez, Mario Alfredo Martínez y como Milton Francisco López Alas, alias "Frank”.*

Los condenados por dicho Tribunal, se consideraron coautores, en los delitos de secuestro agravado, en perjuicio de Roberto Antonio Imbers Espinoza y Carlos Humberto Alvarenga Navas; ya que de conformidad a lo dispuesto en el artículo 33 del Código Penal, son autores directos los que por sí o conjuntamente con otros cometen el delito, *“en la coautoría hay un dominio*

del hecho común y conforme a éste criterio todos los intervinientes deben de compartir la decisión conjunta de realizar el hecho y además cada uno a de aportar objetivamente un contribución al mismo, que por su importancia resulte cualificada para un resultado; la coautoría produce el efecto de la reciproca imputación de las distintas contribuciones parciales, esto es, cada coautor es responsable de la totalidad del suceso y no solo de la parte asumida en la ejecución del plan”.

Además, en dicha resolución se mencionó que *“asimismo el autor Miguel Alberto Trejo Escobar, en su obra "Autoría y Participación del Derecho Penal", establece literalmente que " La coautoría sucesiva en la privación ilegítima de la libertad debido a que es un delito permanente como tal, el estado de antijuricidad típica se prolonga en el tiempo sin perder su delictuosidad, desde el inicio de la ofensa hasta que ésta cese, quien o quienes participan en la ejecución de un hecho cualquiera, desde ese momento es coautor”*, por lo que dicho tribunal es del criterio que todos los intervinientes en la ejecución del delito, sin importar la fase en que actúe son coautores.

Ref. 0103-07-2003, resolución emitida a las ocho horas con treinta minutos del tres de febrero de dos mil tres, por el Tribunal Primero de Sentencia de San Salvador, en proceso Penal contra 1) José Ramiro Gómez Chicas, 2) Aníbal Joaquín Murillo Mejía o Mena, 3) Cristian Walter Orellana Martínez y 4) Dennis Aarón Rodríguez o Dennis Aarón Rodríguez Martínez, por los delitos de HOMICIDIO AGRAVADO, según lo previsto y sancionado por los artículos 128 y 129 N° 3 CP, en perjuicio de José Millán Herrera Muñoz; y ROBO AGRAVADO, previsto y sancionado en los artículos 212 y 213 N° 2 y 3 CP, en perjuicio de Eduardo Velásquez Osorio y Francisco Alberto Quezada Paredes.

En cuanto a la autoría y participación de los acusados, el Tribunal hace referencia que *“ante una teoría unitaria de autor, ambos serían coautores, porque dicha teoría no hace ninguna diferencia entre los distintos partícipes del delito, considerando autores a todos los que intervienen o que aportan una contribución causal a la realización del delito. Es decir bastará una conexión causal en el hecho para llegar a la conclusión de que cualquier sujeto activo ha sido su autor a coautor.*

*Pero como en el código penal salvadoreño tiene un capítulo que se denomina " De los autores y partícipes " significa ello que desecha la teoría unitaria de autor, en razón de ello pasaremos a analizar los roles de los dos sujetos que participan en la muerte del señor José Millan Herrera Muñoz”.*³³⁹

En el delito de Robo Agravado *“dos de los cinco sujetos se quedan abajo del camión, estos en consecuencia no realizan los elemento objetivos del tipo penal de robo, pero hacen más posible le ejecución del hecho, es decir que han contribuido en el hecho, pero como su cooperación es mínima pero participan del hecho principal entonces son cómplice no necesario art. 36 N° 2 Pn”.*

³³⁹ Que en el caso del sujeto Anibal Joaquim Murillo Mejía o Mena, *“solo hace un señalamiento para que otro ejecute la acción de matar por medio de su arma de fuego que en ese momento portaba, significa que no realiza ningún elemento del tipo penal del art. 128 CP, pero si da una colaboración para que el otro sujeto haga efectivo el plan de matar a señor JOSE MILLAN HERRERA MUÑOZ, entonces hay que determinar el alcance o magnitud de esa ayuda, tiene una carácter accesorio, porque si no hace el señalamiento el que realiza la acción de matar al menos en ese momento no le priva de la vida a la víctima, esto a lo que nos va a conducir es afirmar que esa conducta del señalamiento fue una cooperación sin la cual no se hubiera podido consumar el delito de homicidio, por haber aportado al hecho principal una contribución sin la cual no se hubiera realizado ese delito. Como sin ese aporte " del señalamiento " no habría podido cometerse en la forma en que se hizo pero nunca tuvo el dominio del hecho, por ello estamos en presencia de un cómplice conocido en la doctrina como cómplice necesario y que en nuestro código penal está regulado en el art. 36 N° 1 Pn.- Entonces hay certeza de la participación de **ANIBAL JOAQUIN MURILLO MEJIA O MENA** en el delito de homicidio agravado en calidad **CÓMPLICE NECESARIO”.***

Uno de los sujetos que se quedan debajo del camión es Denis Aarón Rodríguez o Martínez de quien se establece su complicidad no necesaria en este delito. De esta resolución puede notarse que cada una de las acciones ejecutada por los procesados es analizada y proporcional a la pena impuesta.

Ref. 0131-02-2003, de las doce horas del dieciocho de febrero de dos mil tres, proveída por el Tribunal Cuarto de Sentencia de esta ciudad, en proceso penal seguido contra 1) Fermín Gustavo León Godínez, 2) Mario Orlando Beltrán Valencia, 3) José Armando Fuentes Hernández y 4) Mercedes Verónica Coto de Guardado, por los delitos de Secuestro y Secuestro Agravado, previsto y sancionado en los artículos 149 y 150 N° 2 CP.

Según el Tribunal, el vínculo que liga a los cuatro procesados es una autoría: Marvin Erick Rodas Uribe, y Joaquín Misael García González, como coautores mediatos; y Julio Cesar Melgar Hernández e Israel Alexander Cuellar Cantor, como coautores inmediatos en el secuestro de Ana Margarita Velázquez de Bustillo.

Los primeros, de quienes se origina la idea criminal de realizar el secuestro, por lo que se ligan con los contactos que mantenían en el exterior del reclusorio en donde estaban prisioneros (Mariona) para encargarse la realización del delito, que resultaron siendo los segundos.

El Tribunal retomó, como fundamento de su resolución, la “teoría funcional del hecho”³⁴⁰ y considerando “*que los imputados que en aquella fecha se*

³⁴⁰ *El que conjuntamente con otro u otros cometen el delito; según la doctrina española del "acuerdo previo" son coautores todos quienes se hayan unidos por dicho común acuerdo, con independencia de la objetiva intervención que hayan tenido en el delito; asimismo los*

encontraban en prisión tuvieron una mínima intervención en la forma violenta en que se ejecutó el delito, para ellos el juicio de reproche este Tribunal lo determina como mínimo, en tanto que su intervención también la cataloga como mínima o escasa, para la consumación del delito, y dado la poca trascendencia de la necesidad de la pena, puesto que ambos poseen una condena previa por otro delito, a los señores Marvin Erick Rodas Uribe y Joaquín Misael García González, en calidad de coautores mediatos se impone la pena de diez años de prisión, por el delito de Secuestro en la Señora Ana Margarita Velásquez de Bustillo”.

“De igual manera a los Señores Julio Cesar Melgar Hernández e Israel Alexander Cuéllar Cantor, como coautores inmediatos, dadas las circunstancias de violencia extrema en que realizan la privación de libertad, se les impone la pena máxima de veinte años de prisión, por el delito de Secuestro en la señora Ana Margarita Velásquez de Bustillo”. Al igual que la resolución anterior, se puede identificar que se realizó por parte del Tribunal un análisis personal de la participación de cada procesado, pero se erró al señalarlos a todos como coautores sin mencionar la autoría mediata para los que no ejecutaron la acción de la privación de libertad.

Ref. P0121-18-2002, proveída a las dieciséis horas del día uno de marzo de dos mil dos, por el Tribunal Sexto de Sentencia de San Salvador.

Proceso penal instruido contra 1) Luis Armando Torres, 2) Joaquín Misael García González, 3) Manuel Antonio Ventura, 4) Coronado Robles González,

coautores son autores que cometen el delito entre todos, y de acuerdo a la "Teoría del Domino del Hecho", es aquel que puede impedir o hacer avanzar a su albedrío, el hecho hasta el resultado final, en otras palabras coautor es aquel según dicha teoría, el que conjuntamente con otros y de acuerdo a las aportaciones que a cada quien le toque realizar para alcanzar el resultado dominan el hecho como suyo.

5) Marvin Erick Rodas Uribe, 6) Gaylord Gustavo Peñate Chicas, 7) Pedro Wilfredo Chávez Hernández, 8) Cayetano Bonilla Mejía, 9) Oscar Elizandro Martínez Alvarenga, 10) Miguel Ángel Navarro, 11) José Reynaldo Urbina, 12) Roberto Antonio Henríquez Y 13) Nelson Batres Ramírez, por los delitos de a) ROBO AGRAVADO, en perjuicio de la Sociedad AHORROMET SCOTIABANK; b) ROBO AGRAVADO en perjuicio de la Empresa de Seguridad WACKENHUT de El Salvador, S.A. de C.V.; y c) ASOCIACIONES ILICITAS, en perjuicio de la Paz Pública.

Sobre el caso de Robo en perjuicio de Ahorromet el Tribunal realiza un análisis en cuanto a la autoría y participación y se menciona que *“la teoría de la autoría y participación constituyen herramienta indispensable para determinar la forma de intervención de cada imputado, para estos jueces la teoría del dominio del hecho constituye el punto de partida, pues es autor el sujeto que domina un hecho por ende lo tiene bajo su control de determinación y realización y forma de producción o en palabras de MAURACH quien tiene “las riendas del acontecimiento típico, esto es, la posibilidad, conocida por el agente, de dirigir finalmente la configuración del tipo”, teoría que toma en cuenta aspectos de índole objetivo como subjetivo, dejando a un lado el planteamiento de las teorías netamente objetivas o subjetivas para definir la calidad de autor o partícipe de una persona”*.³⁴¹

“En el presente caso se observa una actividad que supone un acuerdo previo pues antes de apersonarse a AHORROMET se hace una distribución de funciones (ingreso al Banco, vigilancia, manejar vehículos para el traslado de

³⁴¹ *“La intervención de una persona en un hecho delictivo puede ser de diversas maneras: ejecutando la totalidad del hecho (autor directo), ejecutando parte del hecho en conjunto con la actividad de otros sujetos en la que todos ostentan el dominio del hecho (coautoría), utilizando a otro como instrumento (autoría mediata), contribuyendo a la actividad de otro esencial o secundariamente sin tener el dominio del hecho (complicidad primaria o secundaria), o determinando a otro la comisión del hecho (instigación)”*.

*los participantes), cada cual tiene asignada su respectiva función con el objetivo de sustraer dinero de una entidad bancaria. El dominio del hecho como elemento clave para definir si se trata de autoría o participación tiene sus especies, dominio de la acción que es el referido al que ejecuta la totalidad del hecho, dominio de la voluntad que es referente al autor mediato que dominando la voluntad de otra persona logra que ejecute un hecho delictivo, y el dominio funcional que implica la actividad de varias personas que tienen funciones distintas en la realización de un hecho delictivo pero gracias a ese actuar conjunto el hecho es posible”.*³⁴²

Del anterior análisis tanto de jurisprudencia especializada como común, se observan varias situaciones, la primera de ellas es que previo a la creación de la competencia especializada, los Tribunales de Sentencia que conocían sobre casos de criminalidad compleja, como secuestros, tráfico ilegal de personas, contrabando de mercaderías entre otros, y pese a la complejidad de los casos siempre se realizaba un análisis de participación personal atendiendo a la actividad realizada por cada imputado.

La segunda situación que puede observarse es que en los casos tramitados en los juzgados especializados, en los que son procesadas varias personas, no se realiza un análisis de participación de forma individual si no que a los que se haya culpables se les considera coautores de conformidad al artículo

³⁴² *“Teniendo cada una el dominio del hecho (unos se dedican a forzar el ingreso a la bóveda del Banco, otros mantienen vigilancia al interior de establecimiento, otros ejercen funciones de seguridad y otros como motoristas y también portando armas de fuego se encargan de trasladar como de llevar a todos los demás intervinientes). Para el presente caso precisa considerar el dominio funcional. En el presente caso el dominio funcional manifestado en el reparto de tareas conlleva un aspecto subjetivo consistente en acuerdo previo de los actores, como el objetivo materializado en una contribución esencial; elementos que conllevan a un codominio del hecho, teniendo cada uno de los coautores en sus manos el dominio del resultado buscado a través de la actividad que le corresponde en la división del trabajo. La coautoría en el aspecto objetivo no exige que la totalidad del hecho se ejecute por un sujeto, aunque la contribución debe ser esencial”.*

33 CP, esto puede atender a una comodidad por parte del Tribunal ya que realizar un análisis de participación a cincuenta reos –por ejemplo- genera un poco de complejidad para dicha sede judicial.

La tercera situación que puede observarse es que en ambas competencias – común y especializada – se toma como base a la teoría funcional del hecho, haciendo referencia a que todas las personas que intervienen en la ejecución del delito, sin importar la función que realicen, son coautores del mismo y por lo tanto se les impone la misma pena, debido a que cada actividad realizada conlleva a el aseguramiento del resultado.

Dicha situación genera una vulneración al principio de responsabilidad, legalidad y seguridad jurídica como lo hemos indicado con anterioridad, ya que los procesados únicamente deben responder penalmente por las acciones realizadas de forma individual y no colectivo.

Pese a dicha situación, se ha considerado que la criminalidad organizada es una modalidad –para delinquir- en evolución, por lo que el derecho penal debe responder a la realidad y no quedarse con las formas de participación clásicas, y en el caso que únicamente se apliquen con las que ya se cuenta en nuestro código penal, que el juzgador realice una interpretación más acorde a la realidad, que responda a la gravedad de los hechos. Sobre esto podemos mencionar la reciente sentencia de constitucionalidad emitida por la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, bajo la referencia 22-2007/42-2007/89-2007/96-2007³⁴³, el pasado veinticuatro de agosto del presente año, en la que se consideran grupos terroristas a las pandillas.

³⁴³ En dicha resolución se menciona que “...es un hecho notorio que las organizaciones criminales antes mencionadas, realizan dentro de su accionar, atentados sistemáticos a la vida, seguridad e integridad personal de la población, incluidos contra las autoridades civiles, militares, policiales y penitenciarias; contra la propiedad, mediante la ejecución de delitos de

Con dicha interpretación hecha por la Sala de lo Constitucional es que reiteramos que los juzgadores deben realizar interpretaciones de las formas de participación que se adecuen a la realidad o en su defecto utilizar el derecho comparado, ya que en muchos casos la participación de los procesados no puede encajarse en las que se encuentran taxativas dentro de nuestro código penal. Aunado a ello no se hace justicia al procesar a las personas que son parte de una organización criminal de la misma forma que un delincuente común con ello existe una vulneración al principio de igualdad, debido a que las personas que forman parte de una estructura delincencial, se encuentran en circunstancias agravantes por lo que debe existir una penalidad propia que sancione este tipo de delincuencia.

El crimen organizado debe, en primer lugar, ser legislado de una forma especializada, por lo que la ley requiere ser reformada en cuanto al tema de responsabilidad penal de los miembros de una estructura criminal, esto para

extorsión a personas naturales o jurídicas; vulneraciones al derecho de todo ciudadano de residir en cualquier lugar del territorio, obligándoles a abandonar sus residencias mediante amenazas; en contra del derecho a la educación, puesto que se obliga a la deserción de estudiantes, debido al temor de ser víctimas de aquellas organizaciones; contra el libre tránsito, debido a que hay zonas específicas donde ciertas personas no pueden circular, bajo riesgos de sufrir atentados a su vida o integridad; modifican la distribución territorial realizada por el Tribunal Supremo Electoral, máxima autoridad en la materia según el art. 208 Cn., para efectos del voto residencial, y lo adecuan a la distribución de los territorios según es controlada por ellos; paralizan el transporte público de pasajeros, incluso a nivel nacional y con frecuencia atacan contra la vida del personal de los servicios de transporte público; impiden la libre realización de actividades económicas y laborales de amplios sectores de la población; entre tantas acciones realizadas de manera sistemática, planificada y organizada.

Por esto, son grupos terroristas las pandillas denominadas Mara Salvatrucha o MS-13 y la Pandilla 18 o Mara 18, y cualquier otra pandilla u organización criminal que busque arrogarse el ejercicio de las potestades pertenecientes al ámbito de la soberanía del Estado –v. gr., control territorial, así como el monopolio del ejercicio legítimo de la fuerza por parte de las diferentes instituciones que componen la justicia penal–, atemorizando, poniendo en grave riesgo o afectando sistemática e indiscriminadamente los derechos fundamentales de la población o de parte de ella; en consecuencia, sus jefes, miembros, colaboradores, apologistas y financistas, quedan comprendidos dentro del concepto de “terroristas”, en sus diferentes grados y formas de participación, e independientemente de que tales grupos armados u organizaciones delictivas tengan fines políticos, criminales, económicos (extorsiones, lavado de dinero, narcotráfico, etc.), o de otra índole.

permitir que los juzgadores posean un mayor direccionamiento en cuanto al tema de autoría y participación y con la finalidad de generar uniformidad de criterios, precedentes y jurisprudencia.

CONCLUSIONES.

Conclusión General

La falta de criterio en cuanto a la imputación personal de la responsabilidad penal de los sujetos que ejecutan delitos como miembros de estructuras criminales, en base a la jurisprudencia especializada analizada, genera dificultades en la aplicación de la ley contra el crimen organizado y delitos de realización compleja, debido a que no existe uniformidad de las resoluciones emitidas por los Tribunales de Sentencia, vulnerándose de esta forma el principio de legalidad y seguridad jurídica, tanto de los procesados como de las víctimas.

Conclusiones específicas

El Código Penal Salvadoreño contiene las figuras para imputar autoría y participación penal a las personas que cometen hechos delictivos, sin embargo estas figuras son inaplicadas parcialmente por la competencia especializada, debido a que la figura más utilizada es la coautoría, de acuerdo a las sentencias que fueron consultadas, esta figura atendiendo a la teoría funcional del hecho, en la que a todos los intervinientes se les confiere título de autores. No existe dificultad para los juzgadores en cuanto a determinar cuándo se trata de una estructura de crimen organizado, pero si la existe para responsabilizar individualmente a cada miembro en base a la acción personal que efectuó al momento de la ejecución del delito.

De conformidad a la jurisprudencia internacional que se analizó, las figuras con las que ya cuenta nuestro sistema penal, sobre la autoría y participación son suficientes, pero estas deben ser interpretadas y aplicadas en base a la

realidad, es decir no deben aplicarse de la misma forma que a la delincuencia común, ya que por ser una competencia especializada, se trata de organismos o aparatos organizados de poder, con jerarquía y estructura compleja por lo que la interpretación de estas figuras debe realizarse con mayor rigor sin vulnerar derechos fundamentales de los imputados; sería a través de esta interpretación que se crearían precedentes jurisprudenciales a efecto de uniformar la jurisprudencia especializada de nuestro país.

El delito de agrupaciones ilícitas es un delito autónomo y la criminalidad organizada es una forma o modalidad para cometer infracciones penales. No estamos frente a lo mismo, pese a que pueda generar confusiones para los profesionales del derecho, debido a que ambas figuras tienen características similares. El delito de agrupaciones ilícitas es atribuible a personas que operan bajo delincuencia común como delincuencia organizada, requiriendo que exista un grupo de tres o más personas, que sea de hecho o de derecho, con cierto grado de estructura con la finalidad de cometer delitos. Por su lado se considera crimen organizado de acuerdo a la interpretación de la Sala de lo Constitucional el grupo de dos o más personas, que posea jerarquía, estructura, un centro de mando o poder y que tenga por actividad la comisión de hechos delictivos.

Determinada la existencia de una estructura de crimen organizado, la única forma para sancionarla es a través del delito de agrupaciones ilícitas, ya que la Ley contra el Crimen Organizado y Delitos de Realización Compleja no regula sanciones para este tipo de delincuencia, lo que consideramos que debería ser reformado, o al menos agravarse la penalidad cuando se compruebe que un delito ha sido cometido por una estructura delincencial organizado, esto debido a que no puede tratarse penalmente a la delincuencia especializada de la misma forma que la delincuencia común.

De conformidad a la sentencia de Inconstitucionalidad emitida por la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia bajo la referencia 6-2009, los delitos de realización compleja que establece la Ley contra el crimen organizado, no pueden ser considerados de forma taxativa, sino que debe entenderse que todos aquellos delitos que sean cometidos por una estructura organizada en la que exista un centro de mando que emita ordenes, una distribución de funciones y además de ello que los sujetos que deban cumplir dichas ordenes sean sustituibles, serán considerados delitos de realización compleja, es decir pueden ser de este tipo los delitos contenidos en la parte especial del código penal y así como los distribuidos en leyes especiales.

RECOMENDACIONES

A la Corte Suprema de Justicia que realice capacitaciones para los operadores de justicia, enfocadas a la administración de justicia especializada, donde se logre establecer un criterio de imputación penal personal en los delitos cometidos por miembros de una asociación de crimen organizado, con el fin de uniformar la jurisprudencia especializada.

A la Corte Suprema de Justicia que a través de la Sala de lo Penal, emita jurisprudencia correspondiente, en relación a las formas de determinar responsabilidad penal dentro de la competencia especializada, debido a que esta conoce de una forma de delincuencia compleja, esto a efecto de unificar el criterio que los juzgadores deben adoptar al momento de emitir sentencia, evitando así que existan en el ámbito jurídico sentencias contradictorias.

Al Ministerio Público Fiscal como ente acusador, que en sus solicitudes de imposición de medidas o dictámenes de acusación incorpore el grado de participación del acusado, que es miembro de una estructura delincencial y ha actuado como bajo los intereses de una estructura de crimen organizado.

BIBLIOGRAFÍA

LIBROS

ALBERTO TREJO, Miguel y otros, *Manual de Derecho Penal, Parte General*, Centro de Investigación y Capacitación Proyecto de Reforma Judicial, Talleres gráficos UCA, El Salvador, 1992.

AGOZINO, Adalberto, *Yakuza Crimen Organizado en Japón*, año 2012, Buenos Aires Argentina.

AGUILAR CABRERA, Denis Adán, *Imputación Objetiva, algunas consideraciones doctrinales*, Universidad San Pedro de Chimbote, Perú.

ANDRADE SANCHES, Eduardo, *Instrumentos Jurídicos contra el crimen organizado*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México.

BACIGALUPO, Enrique, *Derecho Penal: Parte general*, 2ª edición, Editorial Hammurabi, Argentina, año 1999.

CAMACHO GUIADO, Álvaro, *Mafia: los usos de un concepto polisémico y su aplicabilidad al caso colombiano*, Ed. Escuela de Gobierno de la Universidad de los Andes, Bogotá- Colombia, año 2009.

CHOCLAN MONTALVO, José Antonio, *La Criminalidad Organizada, aspectos sustantivos, procesales y organicos: La criminalidad Organizada. Concepto. La asociación ilícita*. Editorial Lerko Print, España, 2001.

CHONG, José Luis, *Sociedades Secretas Chinas en Norteamérica (1980-1950)*, Editorial palabra de Clío, México, año 2011.

CANCIO MELIÁ, Manuel y otros, *Estudios sobre la Teoría de la Imputación Objetiva*, “Una introducción a la teoría de la imputación objetiva”, Editorial AdHoc, Argentina, año 1998.

CURY USUA, Enrique, *Derecho Penal, Parte General, Tomo II*, Editorial Jurídica de Chile, Chile, año 1997.

DICKIE, Jonh, *Cosa nostra*, Penguin Random House Grupo Editorial España, 2011.

DE LA CRUZ OCHOA, Ramón, *Crimen organizado, delitos más frecuentes, aspectos criminológicos y penales*, año 2006.

DONNA, Edgardo Alberto, *La autoría y la participación criminal*, 2ª Edición, Rubinzal-Culzoni editores, Argentina, año 2002.

FERNÁNDEZ IBÁÑEZ, Eva, *La Autoría mediata en aparatos organizados de poder*, Editorial Comares, España, 2006.

FERRO VEIGA, José Manuel; *Propiedad Inmobiliaria, blanqueo de Capital y Crimen Organizado*; Editorial Club Universitario; España.

FIERRO, Guillermo Julio; *Teoría de la Participación Criminal*; 2º Edición, Editorial Astrea, Argentina, año 2004.

GARCIA DE PAZ, Isabel Sánchez, *La Criminalidad Organizada, Aspectos penales, procesales, administrativos y policiales*, Dinkinson S.L., España, año 2005.

GARCIA COLLANTES, Ángel, *Delimitación conceptual, la delincuencia organizada*, Derecho y Cambio Social, España, año 2014.

GAMBETTA, Diego, *La mafia siciliana. El negocio de la protección privada*, Fondo de Cultura Económica, México, año 2007.

GARZON, Baltasar, *Un mundo sin miedo*, Editorial Debolsillo, Googlebooks, España, año 2006.

GRATTERI, Nicola y Antonio NICASO, *Hermanos de sangre, Historias de la N'Drangheta poderosa*, Penguin Random House Grupo Editorial, España, 2013.

GIRALDO, Juan Carlos, *Yakuza: La mafia japonesa y la trata de blancas*, Ed. Aguilar, Estados Unidos, año 2004.

GIMENEZ SALINAS, Andrea Framis, *La lucha contra el crimen organizado en la Unión Europea: La delincuencia organizada en Europa, extensión, factores facilitadores y rasgos principales*, Secretaria General Técnica del Ministerio de Defensa, España, año 2012.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Autor y cómplice en Derecho Penal*, Universidad de Madrid, Sección de Publicaciones e Intercambio, España, año 1966.

GONZALEZ RUS, Juan José, *La criminalidad organizada en el código penal español*, Universidad de Córdoba, España, año 2012.

HLRSCH, Hans, Joachim, *Acerca de los límites de la autoría mediata, Derecho Penal. Obras completas, Libro homenaje*, t. I, Argentina, Rubinzal-Culzoni, 1999.

JAKOBS, Günther, *La imputación objetiva en el derecho penal*, Editorial Ad-Hoc, año 2002, Argentina.

JAKOBS, Günther y Cancio **MELIÁ**. *El Sistema Funcionalista del Derecho Penal*, Editorial GRIJLEY, año 2000.

LISZT, Franz Von, *Tratado de Derecho Penal*, tomo III, Reus, España, año 1999.

LAGOS CHANDÍA, Glenda Cecilia, *La Inducción*, Instituto Andaluz Interuniversitario de Criminología, Chile, año 2012.

MARTINEZ VENTURA, Jaime, *Maras en El Salvador y su relación con el crimen organizado transnacional*, Programa de Seguridad Regional, Colombia, año 2010.

MEZGER, Edmundo, *Derecho Penal: Parte general, Libro de estudio*, Cárdenas, México, año 1990.

MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal. Parte general*, Reppertar, España, año 2004.

MONTOYA, Mario D., *Mafia y Crimen Organizado*, Editorial Ad-Hoc, Argentina, año 2004.

MORENO GONZALEZ, Rafael; *Enfoque Criminológico del Crimen Organizado*; S. Edi., España, año 2005.

MUÑOZ CONDE, Francisco y Mercedes GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal, Parte General*, Tirantlo Blanch, España, año 1993.

PARIONA ARANA, Raúl, *Autoría mediata por organización*, Editorial Grijley, Perú, año 2009.

POGGETTO, Pablo, *La autoría penal en los delitos cometidos a través de organizaciones jerarquizadas*, Ad-Hoc, Argentina, año 2004.

RICHARDS, James R.; *Transnational Criminal Organizations, Cybercrime, and Money Laundering*; S. Edi., Estados Unidos, 1999.

RODRIGUEZ CARVENALI, Raúl, *La criminalidad organizada, una aproximación al derecho penal Italiano, en particular la responsabilidad de las personas jurídicas y la confiscación*, Revista *Ius et Praxis*, año N° 16, N° 2, Ed. Universidad de Talca, Milán-Italia, año 2010.

ROXIN, Claus, *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*, 7^o Edición, Editorial Jurídicas y Sociales, S.A., España, año 2000.

ROXÍN, Claus, *Sobre la Autoría y Participación en el Derecho Penal: "Problemas Actuales de las Ciencias Penales y la Filosofía del Derecho"*, Ediciones Pannedille, Buenos Aires, año 1970.

ROXIN, Claus, *Problemas Actuales de Dogmática Penal*, Trad. Manuel Abanto Vásquez, Ara Editores, Lima, Perú, 2004.

ROXIN, Claus, *Autoría y dominio del hecho en el derecho penal*, Alemania, 1963, Tratado de Joaquín Cuello Contreras y José L. Serrano González de Murillo , España, año 2000.

SANTINO, Umberto y Giovanni LA FIURA, *L'impresa mafiosa*, Ed. FrancoAngeii, Italia, año 1990.

YACOBUCCI, Guillermo J., *El Crimen Organizado, Desafíos y perspectivas en el marco de la globalización: Los tipos penales relacionados con el crimen organizado*, Editorial Abaco de Rodolfo Depalma.

ZIFFER S., Patricia, *El delito de Asociaciones Ilícitas*, Ed. Adhoc, Argentina, año 2005.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Teoría del Delito*, EDIAR, Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera, Estados Unidos, año 1973.

ZAFFARONI, Eugenio, *Derecho Penal: Parte General*, Ediar, Argentina año 2000.

LEGISLACION

Código Penal Salvadoreño.

Ley Contra el Crimen Organizado y Delitos de Realización Compleja.

Ley contra Actos de Terrorismo.

Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas.

Ley contra el Lavado de Dinero y Activos.

Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio de 2010, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal

JURISPRUDENCIA NACIONALES

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, referencia 4-COMP-2010.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, referencia 15-COMP-2010.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, referencia 16-COMP-2010.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, referencia 17-COMP-2010.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, referencia 23-COMP-2010.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, referencia 2-COMP-2014.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, referencia 65-COMP-2014.

SALA DE LO CONSTITUCIONAL, Corte Suprema de Justicia, Amparo 48-98.

SALA DE LO CONSTITUCIONAL, Corte Suprema de Justicia, Inc. 6-2009.

SALA DE LO CONSTITUCIONAL, Corte Suprema de Justicia, Inc. 22-200742-2007/89-2007/96-2007.

SALA DE LO PENAL, Corte Suprema de Justicia de El Salvador, Ref. 179-CAS-2007.

SALA DE LO PENAL, Corte Suprema de Justicia, 544-CAS-2007.

SALA DE LO PENAL, Corte Suprema de Justicia de El Salvador, con referencia 101-CAS-2013.

CÁMARA ESPECIALIZADA DE LO PENAL, Referencia N° 495-APE-2012 (10).

CAMARA ESPECIALIZADA DE LO PENAL, Referencia N° 67-APE-2014.

TRIBUNAL CUARTO DE SENTENCIA DE SAN SALVADOR, bajo la referencia N° 203-1-2003.

TRIBUNAL CUARTO DE SENTENCIA DE SAN SALVADOR, con referencia 131-02-2003.

TRIBUNAL CUARTO DE SENTENCIA DE SAN SALVADOR, con referencia 103-03-2003.

TRIBUNAL CUARTO DE SENTENCIA DE SAN SALVADOR, con referencia 131-28-2004.

TRIBUNAL PRIMERO DE SENTENCIA DE SAN SALVADOR, con referencia PS/0101-57-00.

TRIBUNAL PRIMERO DE SENTENCIA DE SAN SALVADOR, con referencia 0101-02-2003.

TRIBUNAL QUINTO DE SENTENCIA DE SAN SALVADOR, con referencia 141-32-2004.

TRIBUNAL SEXTO DE SENTENCIA DE SAN SALVADOR, con referencia 121-07-2003.

TRIBUNAL SEGUNDO DE SENTENCIA DE SAN SALVADOR, con referencia 102-62-2002.

TRIBUNAL SEGUNDO DE SENTENCIA DE SAN SALVADOR, con referencia 102-41-2003.

TRIBUNAL SEXTO DE SENTENCIA DE SAN SALVADOR, con referencia P0121-18-2002.

TRIBUNAL TERCERO DE SENTENCIA DE SAN SALVADOR, con referencia 0103-67-2004.

TRIBUNAL TERCERO DE SENTENCIA DE SAN SALVADOR, con referencia 0103-07-2003.

TRIBUNAL TERCERO DE SENTENCIA DE SAN SALVADOR, con referencia 0103-16-2003.

TRIBUNAL DE SENTENCIA DE SAN FRNACISCO GOTERA, MORAZAN, Sentencia Absolutoria Ref. N° P1201-15-2005.

TRIBUNAL DE SENTENCIA DE SENSUNTEPEQUE, CABAÑAS, referencia N° 1401-34-2007.

JUZGADO ESPECIALIZADO DE SENTENCIA “A” DE SAN SALVADOR,
con referencia 206/212-A-2014.

JUZGADO ESPECIALIZADO DE SENTENCIA “A” DE SAN SALVADOR,
con referencia 34-A-2012.

JUZGADO ESPECIALIZADO DE SENTENCIA “A” DE SAN SALVADOR,
con referencia 211-A-2010.

JUZGADO ESPECIALIZADO DE SENTENCIA “A” DE SAN SALVADOR,
con referencia 66-A-2012.

JUZGADO ESPECIALIZADO DE SENTENCIA “A” DE SAN SALVADOR,
con referencia 44-12-A-10.

JUZGADO ESPECIALIZADO DE SENTENCIA “A” DE SAN SALVADOR,
con referencia 482-A-11.

JUZGADO ESPECIALIZADO DE SENTENCIA “A” DE SAN SALVADOR,
con referencia 462-A-2011.

JUZGADO ESPECIALIZADO DE SENTENCIA “A” DE SAN SALVADOR,
con referencia 87-A-2015.

JUZGADO ESPECIALIZADO DE SENTENCIA “A” DE SAN SALVADOR,
con referencia 93-A-2015.

JUZGADO ESPECIALIZADO DE SENTENCIA “A” DE SAN SALVADOR,
con referencia 188-A-2014.

JUZGADO ESPECIALIZADO DE SENTENCIA “B” DE SAN SALVADOR,
con referencia 152-B-08-4.

JUZGADO ESPECIALIZADO DE SENTENCIA “B” DE SAN SALVADOR,
con referencia 159-B-12-4.

JUZGADO ESPECIALIZADO DE SENTENCIA “B” DE SAN SALVADOR,
con referencia 269-B-10-5.

JUZGADO ESPECIALIZADO DE SENTENCIA “C” de San Salvador,
referencia 35 Ac. 40 Ac. 44-C-2014-2 (1).

JUZGADO ESPECIALIZADO DE SENTENCIA “C” de San Salvador,
referencia 23-C-2013-3.

JUZGADO ESPECIALIZADO DE SENTENCIA “C” de San Salvador,
referencia 5-C-2015-1.

JUZGADO ESPECIALIZADO DE SENTENCIA “C” de San Salvador,
referencia 8-C-2015-4.

JUZGADO ESPECIALIZADO DE SENTENCIA “C” de San Salvador,
referencia 24-C-2013-4(3).

JUZGADO ESPECIALIZADO DE SENTENCIA “C” de San Salvador,
referencia 46-C-2013-2.

JUZGADO ESPECIALIZADO DE SENTENCIA “C” de San Salvador,
referencia 57-C-2014-4.

JUZGADO ESPECIALIZADO DE SENTENCIA “C” de San Salvador,
referencia 62-C-2014-2

JUZGADO ESPECIALIZADO DE SENTENCIA “C” de San Salvador,
referencia 70-C-2014-1.

JUZGADO ESPECIALIZADO DE SENTENCIA “C” de San Salvador,
referencia 73-C-2014-1.

JUZGADO ESPECIALIZADO DE SENTENCIA “C” de San Salvador,
referencia 79-C-2013-2.

JUZGADO ESPECIALIZADO DE SENTENCIA “C” de San Salvador,
referencia 71-C-2013-2.

JUZGADO ESPECIALIZADO DE SENTENCIA “C” de San Salvador,
referencia 58-C-2014-1 Y EXC. 58-C-2014-1.

JUZGADO ESPECIALIZADO DE SENTENCIA “C” de San Salvador,
referencia 4-C-2014-4.

JUZGADO ESPECIALIZADO DE SENTENCIA “C” de San Salvador,
referencia 66-C-2014-1.

JUZGADO ESPECIALIZADO DE SENTENCIA “C” de San Salvador,
referencia 62-C-2014-1.

JUZGADO ESPECIALIZADO DE SENTENCIA “C” de San Salvador,
referencia 60-C-2013-4/67-C-2013-2/2-C-2014-1.

JUZGADO ESPECIALIZADO DE SENTENCIA “C” de San Salvador, referencia 56 Ac. 57-C-2013-1.

JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL FEDERAL DE LA CAPITAL FEDERAL DE ARGENTINA, Causa N° 13/84, originariamente instruida por el Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas en cumplimiento del decreto 158\83 del Poder Ejecutivo Nacional, sentencia del 9 de diciembre de 1985.

CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL ESPAÑOL, Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, ref. STS 4718/2004, Recurso de casación, año 2004.

SALA ESPECIAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DE PERÚ, Sentencia A.V. 19-2001, de fecha siete de abril de dos mil nueve, proceso seguido contra Alberto Fujimori.

TRIBUNAL ORAL EN LO CRIMINAL FEDERAL N°. 4, Poder General de la Nación Argentina, ciudad de Buenos Aires 14 de julio de 2011.

CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL ESPAÑOL, Tribunal Supremo Español, Sala de lo Penal, ref. STS 2860/2015.

CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL ESPAÑOL, Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, ref. STS 1864/2015.

CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL ESPAÑOL, Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, ref. STS 31/2014.

CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL ESPAÑOL, Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, ref. STS 1977/2015.

CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL ESPAÑOL, Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, Audiencia Nacional SAN 5996/2010.

CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL ESPAÑOL, Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, Audiencia Nacional SAN 408/2008.

CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL ESPAÑOL, Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, Audiencia Nacional SAN 1705/2014.

CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL ESPAÑOL, Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, Audiencia Nacional SAN 3770/2010.

CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL ESPAÑOL, Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, Audiencia Nacional SAN 126-2015.

SALA DE CASACION PENAL, Corte Suprema de Justicia, ref. SP 1432-2013.

SALA DE CASACION PENAL, Corte Suprema de Justicia, ref. 13938-2014.

SALA DE CASACION PENAL, Corte Suprema de Justicia, ref. 657-2014.

OCTAVO CIRCUITO, TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL PRIMER CIRCUITO, Amparo Directo 768/2002.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL PRIMER CIRCUITO, Amparo Directo 303/2010.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL Y ADMINISTRATIVA DEL QUINTO CIRCUITO, Amparo Directo 258/2008.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL SEGUNDO CIRCUITO, Inconformidad 3/2008.

SALA DE LO PENAL, Corte Suprema de Justicia de Managua, Sentencia N° 28, fecha 20 de marzo de 2007.

SALA DE LO PENAL, Corte Suprema de Justicia de Managua, Sentencia de Casación de expediente 0214-ORM1-2009.

OTROS DOCUMENTOS – INSTITUCIONES

ARAVENA ROJAS, Francisco, *El crimen organizado internacional, una grave amenaza a la democracia de América Latina y El Caribe*, II Informe del Secretario General de FLACSO, Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales, Costa Rica, año 2006.

BACA C., Pedro, Revista Hoy y Aquí, *Antídoto Siciliano para combatir la delincuencia*, Editorial Contenido SA, Abril 2010.

CALLES, CAMILA y FÉLIX AMAYA. *Los Piratas en El Salvador.* Revista Dominical, La Prensa Gráfica 18 de julio de 2004.

CARO JOHN, José Antonio, *Imputación Subjetiva,* Universidad de Bonn, Perú, año 2006.

CARO JOHN, José Antonio, *Algunas consideraciones sobre los delitos de infracción de deber,* Perú, 2003.

COALICIÓN DE DERECHOS HUMANOS CONTRA LAS ESTRUCTURAS CLANDESTINAS, Crimen Organizado Una Aproximación; S. Edi., Guatemala, año 2004.

DOMINGUEZ, Florencio, *ETA una Organización Terrorista en una Sociedad Democrática,* Fundación para la Libertad, España.

GARCIA DEL BLANCO, Victoria, *Seminario sobre cooperación y lucha contra la delincuencia organizada en el espacio iberoamericano, “Imputación de responsabilidad penal en la organización criminal”,* Centro de Estudios Iberoamérica, España.

GRAGERT, Bruce A., *The warlords of Japanese organized Crime,* Revista Annual Survey of International & Comparative Law, volume 4, Estados Unidos, año 2010.

INSTITUTO DE CIENCIAS PENALES, *Giovanni Falcone, La lucha contra el crimen organizado, tres conferencias,* Editorial del Instituto Nacional de Ciencias Penales, 4ª edición, México, año 2012.

MARQUEZ CARDENAS, Álvaro E., *Revista Dialogo de saberes*, “La coautoría: concepto y requisitos en la dogmática penal”, revista N^o 26, Colombia, Enero-Junio 2007.

MIR PUIG, Santiago, *Revista Electrónica de ciencia Penal y Criminología*, “Significado y alcance de la imputación objetiva en Derecho penal”, N^o 05-05, año 2003.

RICHARDS, James R.; *Transnational Criminal Organizations, Cybercrime, and Money Laundering*; S. Edi., Estados Unidos, 1999.

ROXIN, Claus, *Revista de Estudios de la Justicia*: “El dominio de organización como forma independiente de autoría mediata”, N^o 7, Chile, año 2006.

SÁENZ ROVNER, Eduardo, *La prohibición norteamericana y el contrabando entre Cuba y los Estados Unidos durante los años veinte y treinta*, INNOVAR, revista de ciencias administrativas y sociales, No. 23, enero - junio de 2004.

SANCHEZ, Carlos, “Sobre el concepto de crimen organizado, significación de su contenido en la Legislación penal Salvadoreña”, *Revista Política y Seguridad Pública*, Enero 2012.

SALAS BETETA, Christian, *Revista internauta de práctica jurídica*, “El iter criminis y los sujetos activos del delito”, n^o 19, enero-junio, año 2007.

SOTA SANCHEZ, Percy André, *Análisis dogmático y jurisprudencial respecto a la coautoría como dominio funcional del hecho*, *Revista Digital derecho y cambio social*, Perú, 2007.

UNIVERSIDAD DE NAVARRA, Facultad de Derecho Penal, *Teoría General del Delito*, El tipo doloso de comisión (II: la imputación subjetiva).

ZAROR, Ignacio Ananías, *Prohibición de regreso*, Revista de Estudios de la Justicia, Nº 13, Chile, año 2010.

DICCIONARIOS

DE SANTO, VICTOR, Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas, Sociales y de Economía, Editorial Universidad, Segunda Edición, Argentina, año 2003.

RODRÍGUEZ, Agustín W., GALETTA DE RODRÍGUEZ, Beatriz, *Diccionario Latín Jurídico, Locuciones latinas de aplicación jurídica actual*, Ed. García Alonso, 1º Ed., Buenos Aires, 2008

PÁGINAS WEB

<http://adalbertoagozino.blogspot.com>.

<http://criminet.ugr.es/recpc/recpc05-05.pdf>

<http://info.worldbank.org/etools/docs/library/106128/madrid2002/pdf/lIlerena.pdf>

http://www.politicacriminal.cl/n_06/d_1_6.pdf

<http://www.eldiariomontanes.es>.

<https://www.unodc.org/ropan/es/organized-crime.html>

<http://www.unav.edu/departamento/penal/>

<http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/>

https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/anuario/an_2003_06.pdf

http://www.derechoycambiosocial.com/revista027/coautoria_dominio_del_hecho.pdf

<http://www.urjc.es/ceib/espacios/observatorio/seminarios/narcotrafico.pdf>

http://paralalibertad.org/wp-content/uploads/F_Dominguez.pdf

<http://www.poderjudicial.es/search/index.jsp>

<http://www.jurisprudencia.gob.sv>

http://idehpucp.pucp.edu.pe/images/boletin_ddhh/CASOS/cccf%20%20causa%2013-9-12-85.pdf

<http://www.ecchr.de/elisabeth-kaesemann.html>

<https://www.verdadabierta.com>

<http://www.laguia2000.com/china/el-kuomintang>

ANEXOS

Sobre la jurisprudencia internacional se ha tomado una muestra de los países que ofrecen criterios nuevos en cuanto a la autoría y participación de estructuras de crimen organizado, se detallan a continuación:

País	Resolución
España	<p>Roj: STS 1864/2015 - ECLI:ES:TS:2015:1864 Id Cendoj: 28079120012015100215 Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Penal Sede: Madrid Sección: 1 Nº de Recurso: 10598/2014 Nº de Resolución: 251/2014 Procedimiento: PENAL - PROCEDIMIENTO ABREVIADO/SUMARIO Fecha: 13 de abril de 2015</p> <p>En cuanto a la coautoría en materia de criminalidad organizada <i>“sostiene el recurso que no concurren los requisitos del grupo criminal y que nos encontramos ante un supuesto de codeincuencia”</i>. Sin embargo dicho Tribunal hace mención que <i>“frente a las críticas doctrinales que han cuestionado esta figura, en la idea de que los tratamientos históricos de la coautoría y la conspiración para delinquir, ofrecían ya las claves para el adecuado castigo de estos fenómenos, ha señalado esta Sala (entre otras STS 289/2014 de 8 de abril o la 445/2014 de 29 de mayo) que es perfectamente posible explicar el desvalor autónomo, en</i></p>

este caso, del grupo criminal. Un desvalor que puede justificarse sin relación con los delitos principales que hayan sido objeto de comisión.

Se trata de hacer frente al reforzado peligro que para determinados bienes jurídicos se deriva de la actuación concertada de varias personas cuya pluralidad, por sí sola, intensifica los efectos asociados a cualquier infracción criminal. Una actuación que, en no pocos casos, estará muy ligada a la profesionalidad que, con uno u otro formato, con mayor o menor estabilidad, puede convertir el delito en una verdadera fuente de recursos, con el consiguiente menoscabo de las reglas de convivencia. La realidad, en cada caso concreto, exigirá la definición de un criterio que, con tributo a los principios que legitiman cualquier sistema punitivo, distinga entre aquellos supuestos de simple concertación ajena a cualquier idea de lesividad y aquellos otros en los que esa acción concertada se hace merecedora de sanción penal.

La regulación del CP tras la reforma operada por la LO 5/2010 contempla como figuras delictivas diferenciadas la organización criminal y el grupo criminal. El artículo 570 bis define a la organización criminal como: "La agrupación formada por más de dos personas con carácter estable o por tiempo indefinido que, de manera concertada y coordinada, se reparten diversas tareas o funciones con el fin de cometer delitos, así como de llevar a cabo la perpetración reiterada de faltas".

Por su parte el artículo 570 ter in fine describe el grupo criminal como "la unión de más de dos personas que, sin reunir alguna o algunas de las características de la organización criminal definida en el artículo anterior, tenga por finalidad o por objeto la perpetración concertada de delitos o la comisión concertada y reiterada de faltas". El grupo se perfila como figura residual respecto a la organización. Ambas precisan la unión o Agrupación de más de dos personas y la finalidad de cometer delitos.

La organización criminal requiere, además, el carácter estable o su constitución o funcionamiento por tiempo indefinido, y que de manera concertada y coordinada se repartan las tareas o funciones entre sus miembros con aquella finalidad. El grupo criminal, sin embargo, puede apreciarse aunque no concurra ninguno de estos dos requisitos, o cuando concurra solo uno de ellos. A diferencia de la organización criminal, que exige para su afirmación la existencia de un "grupo estable o por tiempo indefinido", el grupo criminal debilita ese elemento sustituyéndolo por la exigencia de una relativa permanencia -formación no fortuita- y una estructura mucho más elemental para hacer realidad la actuación concertada de sus integrantes, sin necesidad de una asignación formal de funciones.

En este caso el juicio histórico contiene los presupuestos fácticos indispensables para el juicio de subsunción.

	<p><i>Comienza el mismo relatando que los acusados formaban un grupo dedicado al tráfico ilícito de sustancias estupefacientes, principalmente heroína y cocaína, en el Sur de la provincia de Pontevedra y el Norte de Portugal, para lo cual contaban con diversos medios específicos para el tráfico de drogas y un reparto de funciones o cometidos. Existió reparto de papeles. Existió coordinación y reparto de funciones con la finalidad de distribuir importantes cantidades de cocaína y heroína. Fue una unión que surgió con la vocación de desarrollar una pluralidad de acciones de tráfico. Sólo así puede considerarse a partir de la cantidad de droga y sustancias de corte incautadas, y las circunstancias de su ocupación.</i></p> <p><i>En definitiva, hubo una mínima estabilidad que permite afirmar que nos encontramos en una "formación no fortuita" algo más que el mero concierto para la comisión inmediata de un delito que nos reconduciría a Coautoría.</i></p>
España	<p>Roj: SAP PO 1269/2015 - ECLI:ES:APPO:2015:1269 Id Cendoj: 36038370042015100209 Órgano: Audiencia Provincial Sede: Pontevedra Sección: 4 Nº de Recurso: 21/2014 Nº de Resolución: 28/2015 Procedimiento: Procedimiento Abreviado Fecha: 16 de junio de 2015.</p>

Acerca de la autoría, la STS 151/2006 de 20 de febrero, dice: *"Es conocida la doctrina de esta sala que únicamente aplica la figura de la complicidad en estos delitos relativos a tráfico de drogas en casos muy excepcionales, habida cuenta de los amplios términos que utiliza el art. 368 del Código Penal al definir esta clase de infracciones penales, cuando habla de cualquier modo de promover, favorecer o facilitar el consumo ilegal de esta clase de sustancias estupefacientes o psicotrópicas. Cualquier forma de cooperar o auxiliar en estos hechos delictivos ha de ser considerada como autoría y, desde luego, en los casos de transporte de estas mercancías ilícitas, ya que es favorecer el consumo ilegal el acercamiento de la droga al lugar donde se va a proceder a su distribución o venta"*.

En el caso concreto, *"como ha quedado evidenciado a través de las comunicaciones telefónicas intervenidas a Severino, éste venía actuando de intermediario en las operaciones de compraventa de droga y en el transporte del día 31 procedió del mismo modo, si bien, la entrega de la sustancia estupefaciente debía realizarse en una localidad distinta de la de su residencia, por lo que hubo de concertarse con los otros dos acusados, Adrián y Luis Ángel, para que le auxiliaran en dicho transporte, distribuyéndose las funciones, como se puso de manifiesto a través de la operativa seguida, Adrián y Severino realizando funciones de vigilancia, circulando en un vehículo*

	<p><i>distinto por delante del vehículo en el que iba oculta la droga que iba conducido por Luis Ángel que la transportaba; actividad, en definitiva, la de los tres acusados, que cae de lleno en el concepto de autoría del Art. 28 del Texto Punitivo”.</i></p>
<p>España</p>	<p>Roj: SAN 1226/2015 - ECLI:ES:AN:2015:1226 Id Cendoj: 28079220012015100024 Órgano: Audiencia Nacional. Sala de lo Penal Sede: Madrid Sección: 1 Nº de Recurso: 20/2012 Nº de Resolución: 30/2015 Procedimiento: PENAL - PROCEDIMIENTO ABREVIADO/SUMARIO Fecha: 29 de abril de 2015</p> <p><i>Según esta sentencia “son autores también del delito de tráfico de droga Ezequiel Fidel, Vicente Fausto Constantino Iñigo y Antonio Segismundo , pues vigilaron las instalaciones de Ivan Hilario, y a sus empleados, lo que hemos dicho implica una conducta dirigida a obtener información para hacerse con la droga. Sus actos “favorecen o facilitan” dice el Código Penal el delito y se insertan en el plan preordenado para conseguir apoderarse y vender la misma; ayudaron a preparar la nave para la inicial idea de llevar a ella los contenedores que querían sustraer; acudieron a la zona de Jerez para realizar nuevas</i></p>

vigilancias a fin de obtener información preordenada al apoderamiento de la droga y al tráfico. Es cierto que Constantino Iñigo solo se ha probado que participó en las vigilancias realizadas en Algeciras, pero ello ya le hace autor del delito por el que se formula acusación”.

“Son todos ellos autores de un delito contra la salud pública del art 369 del código Penal. El art. 369 bis del Código Penal contempla un tipo agravado: la pertenecía a una organización. La jurisprudencia ha ido perfilando los caracteres que definen la existencia de esta agravante: intervención de una pluralidad de personas, con una cierta duración temporal o durabilidad que sobrepase la simple u ocasional "consorciabilidad" para el delito; existencia de un plan o propósito para desarrollar la idea criminal; concurrencia de una cierta estructura jerárquica con distribución de cometidos y con empleo de medios idóneos, dicen las STS de 31 de octubre de 2003 , 12 de marzo de 2004 ; 22 de octubre de 209 entre otras muchas”.

Además “participó una pluralidad de personas, se distribuyeron cometidos, hubo un plan estructurado, se utilizaron múltiples vehículos y emplearon distintos medios de vigilancia y todo ello bajo la indiscutible dependencia de Inocencio Donato. La cantidad de la droga, cocaína, de la que se adueñó la organización determinaría también aplicación del tipo agravado del art. 369.5 Código Penal, al ser la cantidad intervenida de notoria importancia. No

	<p><i>existen dudas sobre el peso de la sustancia intervenida, 211 kilos”.</i></p> <p><i>“El art. 369 bis Código Penal sanciona con mayor pena a los jefes de la organización. La dinámica comisiva prueba que Inocencio Donato era quien desempeñaba este papel organizando y distribuyendo las tareas de los demás integrantes en el grupo: organizó el viaje a Algeciras; alquiló la nave y el chale a través de una persona a la que él conocía. Estuvo presente en los secuestros del Algeciras y Lebrija que dirigió. Quienes acudieron a Algeciras lo hicieron, según su coartada, para participar en un negocio de TDTs organizado por él. Posteriormente a los secuestros o detenciones se reunió con las víctimas para completar la información y obtener los contactos que le permitiesen realizar nuevas operaciones. En los hechos de Lebrija era el juez, el que daba las instrucciones. Su jefatura era indiscutida e indiscutible”.</i></p>
España	<p>Roj: SAN 3770/2010 - ECLI:ES:AN:2010:3770</p> <p>Id Cendoj: 28079220042010100043</p> <p>Órgano: Audiencia Nacional. Sala de lo Penal</p> <p>Sede: Madrid</p> <p>Sección: 4</p> <p>Nº de Recurso: 103/2008</p> <p>Nº de Resolución: 45/2010</p> <p>Procedimiento: PENAL - PROCEDIMIENTO ABREVIADO/SUMARIO</p> <p>Fecha: 22 de julio de 2010</p>

Sobre la autoría esta resolución menciona que se trata de *“un delito contra la salud pública de sustancia que causa grave daño a la salud (cocaína), en cantidad de notoria importancia y con existencia de organización en la que todos los acusados, de común acuerdo, adoptaron la misión que le fue encomendada. En efecto, en relación a la complicidad en los supuestos de tráfico de sustancias estupefacientes, la S.T.S. de 27-2-2008 afirma que el cómplice no es sino un auxiliar eficaz y consciente de los planes y actos del ejecutor material, del inductor o del cooperador esencial que contribuye a la producción del fenómeno punitivo mediante el empleo anterior o simultáneo de medios conducentes a la realización del propósito que a aquéllos anima, y del que participa prestando su colaboración voluntaria para el éxito de la empresa criminal en el que todos están interesados; se trata, no obstante, de una participación accidental y de carácter secundario cuyo dolo radica en la conciencia y voluntad de coadyuvar a la ejecución del hecho punible, por lo que para que exista complicidad han de concurrir dos elementos: uno objetivo, consistente en la realización de unos actos relacionados con los ejecutados por el autor del hecho delictivo, que reúnan los caracteres de mera accesoriedad o periféricos, y otro subjetivo, consistente en el necesario conocimiento del propósito criminal del autor y en la voluntad de contribuir con sus hechos de un modo consciente y eficaz a la realización de aquél”.*

“Es lo que se ha venido a denominar "actos de favorecimiento al favorecedor del tráfico", que no ayudan directamente al tráfico, pero sí a la persona que lo favorece, que es quien tiene el dominio del hecho mediante la efectiva disponibilidad de la droga, sin que los actos realizados por el auxiliador tengan la eficacia y trascendencia que exige el concepto de autoría. Así, las S.T.S. de 13-3-2009 y 8-1-2009, evocando esta última a otra de 8-7-2008, parten del criterio de la inexistencia de obstáculos conceptuales para la admisión excepcional de la figura de la complicidad en relación con el delito de tráfico de drogas descrito en el artículo 368 del Código Penal; sin embargo, precisan que ha de tratarse de supuestos de colaboración mínima, por su carácter episódico, o de conductas auxiliares de escasa relevancia”.

“De esta forma, la complicidad se distingue de la coautoría en la carencia del dominio funcional del acto y de la cooperación necesaria en el carácter secundario de la intervención, sin la cual la acción delictiva podría igualmente haberse realizado, por no ser su aportación de carácter necesario, bien en sentido propio, bien en el sentido de ser fácilmente sustituible al no tratarse de un bien escaso, considerándose en la práctica como supuestos fácticos de complicidad: la conducta de quien acompañaba en el coche al procesado; la esposa que acompañaba a su marido a Bangkok donde éste traía la droga a España; acompañar a

	<p><i>los acusados principales a algunas entrevistas; conducir el coche donde se trasladó la droga; el mero acompañamiento a los compradores con indicación de cuál era el domicilio de los vendedores; llevar la droga en la mochila una persona que circula como paquete en la moto conducida por el propietario de aquélla, y la colaboración de un tercero en los pasos previos a la recepción de la droga enviada desde el extranjero, sin ser su destinatario ni tener la disponibilidad efectiva de la misma”.</i></p>
Colombia	<p>Sala de Casación Penal, Corte Suprema de Justicia Ref. SP 1432-2014 Radicado N° 40214 Fecha: 12 de febrero de 2014</p> <p>Sobre la autoría y la participación esta sentencia menciona que <i>“la situación planteada pone de relieve el problema jurídico que genera la delimitación de las figuras de autoría, coautoría y otras formas de participación, cuando de la imputación de responsabilidad a miembros de organizaciones jerarquizadas se trata. El tema ha suscitado interminables debates dogmáticos, generando la elaboración de diversas propuestas, que buscan hacer frente a estas formas de delincuencia en las que la nota característica es el distanciamiento que existe entre los integrantes de la cúpula de la organización respecto de aquellos que ejecutan personalmente las acciones delictivas, a pesar de lo cual la capacidad de decisión y</i></p>

ejecución de las ordenes de los dirigentes se encuentra garantizada.

El punto también ha sido tratado por la Sala en distintas oportunidades, siendo pertinente destacar el estudio efectuado en el fallo de la casación CSJ SP, 8 de agosto de 2007, Rad. 25.974, ocasión en la cual, partiendo del contenido de los artículos 29 y 30, inciso 2º, del Código Penal, se tocan los conceptos de autor material, autor mediato y las categorías de participación en el delito conocidas como coautoría material propia e impropia. Frente a estas últimas, destaca la Sala que la primera se presenta cuando varios individuos mediante acuerdo previo o concomitante realizan la conducta, pero todos actualizan el verbo rector definido en el tipo, la segunda tiene lugar cuando entre las personas que concurren a la comisión de delito media división de trabajo, figura que también se conoce como “empresa criminal”, donde todos realizan una parte del delito, independientemente de su trascendencia individual, pues lo que cuenta es el aporte a la empresa y la obtención del objetivo buscado.

En el caso colombiano la Sala ha considerado que quienes imparten las ordenes dentro de una de las organizaciones criminales –donde existe poder de mando-, tienen la condición de coautores materiales impropios por división de trabajo y no de autores mediatos – como lo refiere Roxin en su teoría-. No obstante a ese criterio reiterado, enfrentada la

	<p><i>Corte al proceso de justicia y paz regulado en la Ley 975 de 2005 y al tipo de criminalidad que allí se debate, vio la necesidad de admitir posiciones doctrinales foráneas que permitieran la imputación de responsabilidad por cadena de mando como se reconoce en la sentencia CSJ SP, 2 de septiembre de 2009, Rad. 29.221, donde se afirma que la figura de la autoría mediata en aparatos organizados de poder, es aplicable en materia transicional.</i></p> <p><i>La tesis roxiniana de autoría mediata con responsabilidad del ejecutor material requiere como elemento fundamental, de la expedición de ordenes específicas que van descendiendo jerárquicamente en la línea de mando y por ello vinculan a quien la profirió, al que la trasmitió y a aquel que efectivamente la ejecutó en el entendido, desde luego, que este último responde como autor material directo, dado que la tesis ha sido construida para vincular a los mandos altos y medios, que así se determinan penalmente como autores mediatos, los primeros en la pirámide y coautores los gestores”.</i></p>
Colombia	<p>Sala de Casación Penal, Corte Suprema de Justicia Referencia: SP13938-2014 Radicado N° 41253 Fecha: 15 de octubre de 2014</p> <p><i>Leyla Yolima Ordóñez Mera, fue llamada a responder en juicio por los delitos de concierto para delinquir agravado y</i></p>

administración de recursos relacionados con actividades terroristas. Y sobre su responsabilidad penal se estimó que *“con fundamento en criterio interpretativo pacífico, la Sala recordó que cuando existe un acuerdo común por parte de los rebeldes, y entre ellos existen personas dedicadas a las relaciones políticas del grupo insurgente (es decir, actores no armados) que se presentan ante la sociedad con diferente matrícula (rol) en la actividad insurgente (como la de financiadores del grupo ilegal, o quienes obtienen inversiones públicas para luego utilizar la facultad decisoria para desviar el dinero oficial a la subversión, etc.), no hacen cosa diferente que fortalecer la actividad del grupo insurgente y desde luego, la imputación que debe hacerse lo es a título de autor y no de cómplice.*

Precisó la Sala en aquella oportunidad, cuando varió la forma de participación en la imputación por rebelión, que no es autor solamente el promotor armado en el conflicto, pues cuando se trata de organizaciones complejas –reconocidas como aparatos de poder u organizaciones de poder estructuradas, jerárquicamente afianzadas, con división de tareas, etc.-, a los actores que hacen parte del ala política, de la estructura económica y financiera del grupo (dedicados a labores de planeación, instrucción, adoctrinamiento, apoyo económico, financiero, publicidad, relaciones internacionales, infiltración, suministro, asistencia médica, logística), también se les considera autores del delito, en la medida que la naturaleza del aporte es

	<p><i>fundamental en el éxito de la misión ilícita. En suma, porque financiar la rebelión es de la esencia de la coautoría”.</i></p>
Colombia	<p>Sala de Casación Penal, Corte Suprema de Justicia Ref: SP657-2014 Radicación 41.234 Fecha: 29 de enero de 2014</p> <p>La decisión apelada sostuvo que la intervención criminal de los postulados, en calidad de miembros de las Autodefensas Unidas de Colombia, no puede definirse utilizando una sola institución penal y por ello dependerá del caso concreto para resolver la calidad que ostentaba el procesado. Conforme a esto, se enumeraron aquellos cargos que se legalizaron en calidad de autor, otros en condición de coautor y otros como determinador. Los hechos que no se incluyeron en las categorías anteriores fueron legalizados bajo la figura de responsabilidad del superior, toda vez que su actuación como comandante del frente “William Rivas” de la AUC, cumple con los elementos de tal figura jurídica como son: (i) la existencia de una relación de subordinación, (ii) el superior sabía o tenía razones para saber que el acto criminal iba a ser cometido o había sido cometido; y (iii) el superior omitió tomar las medidas necesarias y razonables para prevenir el acto criminal o castigar al autor por su comisión.</p>

Esta sentencia sobre la autoría y participación menciona que *“en materia de justicia transicional, para el caso colombiano, es viable la aplicación de la teoría de la ‘concurrencia de personas en el delito y los aparatos organizados de poder’, ‘autoría mediata en aparatos organizados de poder con instrumento fungible pero responsable” o “autor detrás del autor. Afirmando la Sala que el fenómeno de intervención plural de personas articuladas de manera jerárquica y subordinada a una organización criminal, que mediante división de tareas realizan conductas punibles, debe comprenderse a través de la metáfora de la cadena: En este instrumento el que se constituye en un todo enlazado, los protagonistas que transmiten el mandato de principio a fin se relacionan a la manera de los eslabones de aquella. En esa medida, puede ocurrir que entre el dirigente máximo quien dio la orden inicial y quien finalmente la ejecuta no se conozca”*.

“Así como se presenta en la cadeneta, el primer anillo o cabeza de mando principal se constituye en el hombre de atrás, y su designio delictuoso lo termina realizando a través de un autor material que se halla articulado como subordinado (con jerarquía media o sin ella) a la organización que aquel dirige. Dada la ausencia de contacto físico, verbal y de conocimiento entre el primer cabo ordenador y el último que se consuma la conducta punible, sucede que el mandato o propósito se traslada de manera

	<p><i>secuencias y descendente a través de otros dependientes. Estos como eslabones articulados conocen de manera inmediata a la persona antecede de quien escucharon la orden y de forma subsiguiente a quien se la transmiten. Todos se convierten en anillos de una cadena en condiciones de plural coautoría”.</i></p> <p><i>Para la existencia de una coautoría deben demostrarse dos elementos “I) desde el aspecto subjetivo, la existencia de un acuerdo común y el convencimiento sobre el dominio del hecho, y II) en la fase objetiva el codominio funcional de la acción criminal y el aporte significativo del implicado”.</i></p>
<p>México</p>	<p>Octavo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito.</p> <p>Amparo directo 768/2002</p> <p>Semanario Judicial de la Federación y su gaceta, Tomo XXXII, Noviembre de 2010</p> <p>Fecha: 18 de abril de 2002.</p> <p>Coautoría: se actualiza cuando varias personas, en consenso y con codominio conjunto del hecho, dividiéndose las acciones delictivas y mediante un plan común acordado antes o durante la perpetración del suceso, concurren a la ejecución del hecho punible (legislación del distrito federal).</p> <p><i>“La figura de la coautoría a que se contrae la <u>fracción II del artículo 22 del Código Penal para el Distrito Federal</u>, se</i></p>

	<p><i>actualiza cuando varias personas en consenso y con codominio conjunto del hecho, dividiéndose las acciones delictivas y mediante un plan común acordado antes o durante la perpetración del suceso, concurren a la ejecución del hecho punible y, por tanto, son responsables en igualdad de condiciones; de ahí que una aportación segmentada, adecuada y esencial al hecho puede bastar para ser considerada y penada como coautoría, aunque formalmente no sea parte de la acción típica, habida cuenta que aquélla se refiere no únicamente a una ejecución compartida de actos que se realizan en sentido objetivo-formal, como porciones pertenecientes a la acción típica, sino a que varios agentes reparten entre sí el dominio del hecho en la etapa de su realización, por lo cual la doctrina ha llamado a esta intervención compartida "codominio funcional del hecho"; sin embargo, esa actuación funcional para convertir al agente como coautor, debe ser necesaria y esencial para la realización del hecho delictivo".</i></p>
<p>México</p>	<p>Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito Amparo Directo 303/2010. Semana Judicial de la Federación y su gaceta Tomo XXXII, Noviembre de 2010 Fecha: 8 de octubre de 2010. Coautoría y Agravante De Pandilla, Coexistencia.</p> <p><i>"La coautoría prevista en la <u>fracción II, del artículo 22, del Código Penal para el Distrito Federal</u>, y la agravante de</i></p>

	<p><i>pandilla contemplada en el diverso numeral <u>252</u> de dicha codificación, son figuras jurídicas coexistentes, pues una no excluye la existencia de la otra; en tanto que, la primera implica que en la comisión de la conducta delictiva intervienen dos o más individuos, con dominio funcional del hecho, determinado éste por la actividad que corresponde a cada uno de los activos en su realización, lo cual hace que respondan del delito en su integridad, pero sin que ello trascienda al resultado de la sanción; mientras que la segunda, requiere para su actualización, la existencia de tres o más sujetos activos, que sin estar organizados con fines delictuosos, se reúnan habitual u ocasionalmente y cometan un ilícito en común, calificativa que obviamente incide en el cuántum de las penas, pero no determina la forma de intervención del autor del delito. En consecuencia, el hecho de que la coautoría implique un acuerdo por parte de los activos para cometer un ilícito, el cual puede ser previo a su comisión, concomitante con el hecho o incluso de naturaleza tácita, de ninguna manera origina que no se actualice la agravante de pandilla”.</i></p>
México	<p>Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal y Administrativa del Quinto Circuito Amparo directo 258/2008. Semana Judicial de la federación y su gaceta Tomo XXVIII, Diciembre de 2008 Fecha: 1o. de septiembre de 2008.</p>

Coautoría. En esta forma de participación cada copartícipe debe responder del delito en forma unitaria, sin que sea dable imputar la aportación parcial que cada uno de los inculpados realizó.

“El autor de un delito no es únicamente quien realiza materialmente la conducta típica, sino todo aquel que posee bajo su control directo la decisión total de llegar al resultado, es decir, quien tiene a su alcance la posibilidad de materializar el hecho delictivo o dirigir el proceso causal del acontecimiento criminal, contemplado en forma unitaria, es decir, comprendiendo al tipo básico y sus modalidades. En aquellos casos en que el autor comparte el actuar delictivo con otros autores, los cuales concurren con él en la comisión del delito mediante una distribución y división del trabajo delictivo, es decir, cuando hay pluralidad de activos, se configura la participación conjunta, que constituye la coautoría cuando, a pesar de la división de funciones, los autores concurrentes se encuentran en el mismo plano de participación, o bien, uno tiene el dominio directo, pues es quien realiza la etapa ejecutora del evento criminal, pero aun así los demás partícipes coadyuvan a la producción del resultado típico, por lo que estos últimos suelen constituirse como coautores, dada la división del trabajo colectivo mediante un plan común preconcebido, ya que su concurrencia en la ejecución del hecho punible importa la realización conjunta del delito por varios sujetos con

	<p><i>codominio funcional del hecho. Por tanto, en los casos de coautoría no es dable imputar exclusivamente a cada uno de los inculpados la aportación parcial que realizó sino que, por el dolo encaminado a la consecución total del resultado, cada copartícipe debe responder del delito, considerado en forma unitaria como un solo resultado de la suma de conductas múltiples, precedidas de un designio criminal y de un acuerdo conjunto llamado ‘pacto criminoso’.”</i></p>
<p>México</p>	<p>Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Segundo Circuito. Inconformidad 3/2008. Semana Judicial de la federación y su gaceta, Tomo XXVII, Abril de 2008 Fecha: 12 de febrero de 2008.</p> <p>Coautoría y Responsabilidad Correspectiva no Pueden Coexistir.</p> <p><i>“La coautoría con codominio funcional del hecho es una forma de responsabilidad o intervención punible, que supone la identificación plena de la conducta atribuida a cada uno de los activos del delito, requisito indispensable para establecer que su actuar fraccionado y con codominio del hecho, trajo como consecuencia la ejecución del hecho punible; mientras que la responsabilidad correspectiva se contempla como una atenuante específica de la pena para el delito de homicidio, en la que si bien se comprueba una</i></p>

	<p><i>efectiva intervención conjunta en la comisión del hecho punible, es precisamente el desconocimiento del actuar específico de cada uno de los que intervinieron en el hecho, lo que actualiza la figura de que se trata; consecuentemente, la coautoría y la responsabilidad correspectiva no pueden coexistir”.</i></p>
<p>Nicaragua</p>	<p>Sentencia Nº 28 Sala de lo Penal, Corte Suprema de Justicia de Managua Fecha: 20 de Marzo de 2007.</p> <p><i>“Estima ésta Sala que en los delitos de “Abuso en el Mando”, su común denominador, en cuanto al sujeto activo, radica en la exigencia de que el agente ostenta la condición de “jefe o superior”, elemento, a su vez, normativo, cuyo concepto aparece explicitado en el artículo que antecede. Como acertadamente se ha expuesto, se trata de delitos especiales ya que “presuponen” necesariamente que sólo puede ser sujeto activo de la infracción un militar que tenga la calidad de jefe o superior frente al subordinado o subalterno sujeto pasivo o víctima del delito; más concretamente, los tipificados en la Ley Provisional de los Delitos Militares pertenecen a la categoría de los denominados delitos de propia mano ya que “requieren una propiaintervención corporal del autor directo en el hecho”, deduciendo de ello que en tales delitos sólo pueden ser autores, coautores o autores mediatos sujetos calificados</i></p>

	<p><i>por la condición de jefe superior, “no consistiendo otra participación en la infracción que la del autor inmediato, salvo que concurra la condición de superior en otras formas de participación criminal”.</i></p>
<p>Nicaragua</p>	<p>Sala de lo Penal, Corte Suprema de Justicia Sentencia de Casación Expediente 0214-ORM1-2009</p> <p><i>“Que nuestro Código Penal en su artículo 393 dispone que comete delito de crimen organizado: “Quien forme parte de un grupo delictivo organizado o banda nacional o internacional estructurada, de dos o más personas, que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con la finalidad de obtener directa o indirectamente un beneficio económico o de cualquier índole, con el propósito de cometer uno o más delitos graves, será sancionado con pena de cinco a siete años de prisión”. Que dicho concepto es amplio y para su mejor comprensión se debe recurrir a la doctrina, donde en efecto el concepto de organización no puede ser equiparado al de simple coautoría, esto es, a la mera participación en el hecho de una pluralidad de personas que se distribuyen funcionalmente los respectivos cometidos, que el Tribunal de Apelaciones yerra cuando concluye que el trabajo organizado al cometer el delito es lo que determina que nos encontramos frente a una organización del crimen, dado que en realidad está describiendo el escenario de la coautoría en la ejecución del</i></p>

robo agravado, pero que esa noción está alejada de lo que significa crimen organizado, en tanto el aparato organizado de poder es una categoría dogmática distinta de la coautoría, por ello las leyes penales suelen disponer una penalidad agravada, a diferencia de la coautoría en la que basta para su apreciación la estimación de una relación común del hecho y reparto de roles entre los intervinientes, los cuales intervienen en plano de igualdad sin subordinación de los unos respecto de los otros, sino plenamente mediante una división funcional del trabajo, y, en todo caso, con un aporte esencial en la fase de ejecución del delito, cuando se alude a la organización criminal es necesario comprobar que una pluralidad de personas completan una estructura jerarquizada y en consecuencia con cometidos de los subordinados dependientes de la acción organizativa de otras personas que actúan como gestores, jefes o administradores de una empresa criminal”.