

UNIVERSIDAD GERARDO BARRIOS
FACULTAD DE POSTGRADO Y EDUCACIÓN CONTINUA
MAESTRÍA EN DERECHO PENAL



TRABAJO PARA OPTAR AL GRADO DE MAESTROS EN DERECHO PENAL

“ANÁLISIS DE LA ADECUACIÓN JUDICIAL DEL TIPO PENAL DE ORGANIZACIONES TERRORISTAS A LA CRIMINALIDAD ORGANIZADA”

PRESENTADO POR:

CARLOS JOSUÉ ARGUETA SARAVIA

FEDERICO JOSÉ UMAÑA

LISANDRO MANUEL MEMBREÑO MEMBREÑO

ASESOR:

ALEJANDRO ANTONIO QUINTEROS ESPINOZA

EL SALVADOR, SAN MIGUEL, AGOSTO DE 2019.

Ing. José Salvador Alvarenga Rivera
RECTOR

Máster Licdo. Napoleón Alberto Ríos-Lazo Romero
FISCAL

Máster Lic. Miguel Antonio Flores Castro
DECANO

AGRADECIMIENTOS.

Dios Todo Poderoso: por sus infinitas bendiciones en cada día desde el amanecer hasta el anochecer, por la inmensa misericordia del Padre, por el eterno amor del hijo y la fuerza y sabiduría del Espíritu Santo que orientaron el camino Académico y la culminación del Trabajo de Graduación, a su santa invocación refugio en muchos momentos de angustia, preocupación y tristeza que se presentaron durante este largo camino, y de quienes he recibido con firme confianza regocijo y esperanza.

A mi Madre y mi Padre: por estar conmigo en todo momento por su apoyo incondicional, pilar fundamental en mi carrera profesional y estudios de post- grado, por ser modelo de fortaleza y comprensión y enseñarme a no decaer, sino a seguir adelante siempre.

A mis hermanos: porque con sus palabras de apoyo y sentimientos compartidos contribuyeron a que el tiempo de estudio no se sintiera tan extenso.

A mis amigas: Tania Robles, Liliana Ordoñez, Rosi Argueta, Glenda Escobar, Abigail Ferrufino: que con su apoyo espiritual y buenos deseos estuvieron al pendiente de mis estudios, siendo quien me impulsara a estudiar esta maestría.

A mis compañeros de Tesis: porque a pesar de las dificultades, siempre hicimos un buen equipo de trabajo, compartiendo el deseo de fortalecer conocimientos y culminar la meta que desde el primer día iniciamos.

A mis amigos, y demás personas que, con sus palabras de ánimo, me ayudaron a no rendirme en el camino, y a ti mi niño hermoso que estas en el cielo, gracias Iker por hacerme feliz.

Al Asesor de tesis, y a todas las personas que participaron en este trabajo, a través de su orientación académica y profesional.

A todos Gracias.

Lic. Carlos Josué Argueta Saravia

AGRADECIMIENTOS

A Dios Padre Todopoderoso, por llenarme de su bendición, y permitirme culminar este logro académico con vida, salud, sacrificio y sabiduría, a quien solo puedo pagar con mi servicio y entrega eterna.

A mi madre, hermano, abuelos y demás familia: por su espera, sacrificio, y amor, que son invaluable para mí, porque sé que al estar ahí presente con su paciencia, este trabajo rinde frutos, y por eso lo dedico a ustedes, mi motivo de vivir, y de seguir adelante, los amo.

A todas aquellas personas especiales: que de alguna u otra forma estuvieron conmigo durante este proceso y de quienes conté con su apoyo, y por motivarme a seguir adelante en mi camino de aprendizaje, por sus buenos deseos, y estar pendiente de mí siempre.

A mis compañeros de tesis: por haberme permitido trabajar con ustedes en equipo, a pesar de las dificultades de tiempo y trabajo que se nos presentaban, pues con dedicación se pudo obtener este gran logro.

A nuestro Asesor de tesis y a todos los compañeros de la Maestría en Derecho Penal, que me guiaron y estuvieron conmigo en el seguimiento, constancia y mejoramiento de toda la maestría y de este proyecto investigativo.

A todo muchas gracias y bendiciones.

Lic. Federico José Umaña

AGRADECIMIENTOS

A Dios todopoderoso: por brindarme el precioso don de la vida, fortaleza, sabiduría y permitirme alcanzar una de mis metas, que con su amor eterno e infinita sabiduría me oriento en el camino Académico y la culminación del Trabajo de Graduación.

A mi Madre: por estar conmigo en todo momento dándome su apoyo incondicional, pilar fundamental en mi vida, carrera profesional y estudios de post- grado, por ser un gran modelo de vida, fortaleza, trabajo y comprensión y enseñarme a no seguir adelante y no desistir de mis propósitos.

A mi hermana, porque con sus palabras de apoyo y sentimientos compartidos contribuyo a que el tiempo de estudio no se sintiera tan extenso.

A mis compañeros de Tesis: por ser un gran equipo, que a pesar de las dificultades, siempre hicimos una gran labor, compartiendo el deseo de fortalecer conocimientos y culminar la meta que desde el primer día iniciamos.

A mis amigos, y demás personas que con sus palabras de ánimo, me ayudaron a no rendirme en el camino.

Al Asesor de tesis, y a todas las personas que participaron en este trabajo, a través de su orientación académica y profesional.

A todos Gracias.

Lic. Lisandro Manuel Membreño Membreño

INDICE.

	Pág
INTRODUCCIÓN	10
CAPITULO I: PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN	12
1.1 SITUACIÓN PROBLEMÁTICA	13
1.2 DELIMITACION DE LA INVESTIGACION	17
1.2.1 EN EL TIEMPO	17
1.2.2 EN EL ESPACIO	17
1.2.3 EN LA TEMÁTICA.	18
1.2.2 EN EL ESPACIO.	18
1.2.3 EN LA TEMÁTICA.	18
1.3 ENUNCIADO DEL PROBLEMA.	18
1.4 JUSTIFICACIÓN	18
1.5 OBJETIVOS	19
1.5.1 OBJETIVO GENERAL.	19
1.5.2 OBJETIVOS ESPECÍFICOS.	19
CAPÍTULO II: METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN	20
2.1 TIPO DE ESTUDIO	21
2.2 METODO	21
2.3 POBLACIÓN Y MUESTRA	22
2.3.1 POBLACIÓN	22
2.3.2 MUESTRA	23
2.4 TÉCNICAS E INSTRUMENTOS	24
2.4.1. ENTREVISTA EN PROFUNDIDAD	24
2.4.2. INSTRUMENTO	25

2.5 ETAPAS DE LA INVESTIGACIÓN	25
2.5.1 ETAPA I: FORMULACIÓN, PROPUESTA Y APROBACIÓN DEL PROYECTO	25
2.5.2 ETAPA II: ELABORACIÓN DE ESTRATEGIA METODOLÓGICA	25
2.5.3 ETAPA III: REVISIÓN DE SENTENCIAS, JURISPRUDENCIA, DOCTRINA, INSTRUMENTOS INTERNACIONALES Y DERECHO COMPARADO.	26
2.5.4 ETAPA IV: DISEÑO Y CONSTRUCCIÓN DEL PROYECTO, MEDIANTE LA CONSECUCIÓN DE LOS OBJETIVOS.	26
2.5.5 ETAPA V: TRABAJO DE CAMPO	26
2.5.6 ETAPA VI: ANÁLISIS DE RESULTADOS	26
2.5.7 ETAPA VII: VERIFICACIÓN DE CUMPLIMIENTO DE OBJETIVOS	26
2.5.8 ETAPA VIII: ELABORACIÓN DEL PROYECTO	26
2.5.9 ETAPA IX: ELABORACIÓN FINAL, DEFENSA Y APROBACIÓN DEL PROYECTO DE INVESTIGACIÓN	27
2.6 PROCEDIMIENTO DE ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE RESULTADOS	27
CAPÍTULO III: MARCO TEÓRICO	28
3.1 ANTECEDENTES HISTÓRICOS	29
3.1.1 BREVE RESEÑA HISTORICA DEL ORIGEN DEL TERRORISMO	29
3.1.2 EL TERRORISMO EN CENTROAMÉRICA	30
3.2 ELEMENTOS TEÓRICOS	32
3.2.1 CONCEPTO DE TERRORISMO	32
3.2.2 EL TERRORISMO Y EL DERECHO PENAL INTERNACIONAL	33
3.2.3 INSTRUMENTOS JURIDICOS INTERNACIONALES CONTRA EL TERRORISMO	35
3.2.4 ANTECEDENTE LEGISLATIVO CONTRA LA CRIMINALIDAD ORGANIZADA	45
3.2.4.1DEFINICIÓN DE CRIMEN ORGANIZADO	48

3.2.5 CONTEXTO HISTORICO DE LA LECAT.	50
3.3 PRECEDENTE CONSTITUCIONAL EN EL DELITO DE ORGANIZACIONES TERRORISTAS	52
3.3.1 LA FUERZA VINCULANTE DE LAS SENTENCIAS EN MATERIA CONSTITUCIONAL	59
3.4 EL TIPO PENAL (PRINCIPIO DE LEGALIDAD)	68
3.4.1 PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y LA TIPICIDAD EN EL DELITO DE TERRORISMO	70
3.4.2 EL CONTENIDO DE INJUSTO DE LOS DELITOS DE TERRORISMO. DIFERENCIA ENTRE ESTAS FIGURAS, LOS DELITOS COMUNES Y OTRAS TIPOLOGÍAS DE DELINCUENCIA ORGANIZADA Y VIOLENTA.	72
3.4.3 EL DELITO DE ORGANIZACIONES TERRORISTAS COMO DELITO DE ORGANIZACIÓN	74
3.5 ÁMBITO DE LA APLICACIÓN JUDICIAL DEL DELITO DE ORGANIZACIONES TERRORISTAS	76
3.5.1 EL DISEÑO LEGAL Y JURISPRUDENCIAL DEL TERRORISMO DE MARAS, A PARTIR DE LA SENTENCIA 22-2007/42-2007/96-2007 Acu.	77
3.5.2 RASGOS DISTINTIVOS DEL TERRORISMO Y LÍMITES CON OTRAS MODALIDADES DELICTIVAS	81
3.5.3 CONSTRUCCIÓN DE LA TIPOLOGIA DEL DELITO DE ORGANIZACIONES TERRORISTAS, A PARTIR DE LA SENTENCIA 22-2007/42-2007/96-2007 Acu.-	86
3.5.3.1 LA FINALIDAD DE SUBVERTIR EL ORDEN DEMOCRÁTICO	86
3.5.3.2 EL DOMINIO TERRITORIAL COMO SUBVERSIÓN DEL ORDEN CONSTITUCIONAL	88
3.5.3.3 EJECUCIÓN DE CRÍMENES VIOLENTOS COMO ALTERACIÓN DE LA PAZ PÚBLICA	90
3.5.3.4 LA DESESTABILIZACIÓN DEL SISTEMA DEMOCRÁTICO	92
3.5.3.5 EL TERRORISMO INDIVIDUAL DE LOS MIEMBROS DE MARAS	94
3.5.3.6 SOLUCIÓN A LA PROBLEMÁTICA PLANTEADA.	97
3.6 DEFINICION Y OPERACIONALIZACION DE TERMINOS BASICOS	99

CAPITULO IV HALLAZGOS EN LA INVESTIGACIÓN	101
4.1. PRESENTACIÓN Y DISCUSIÓN DE RESULTADOS	102
4.1.1. ANÁLISIS DE LOS PRESUPUESTOS ADOPTADOS POR LA SALA DE LO CONSTITUCIONAL, PARA DETERMINAR LA EXISTENCIA DE LAS ORGANIZACIONES TERRORISTAS.	100
CAPITULO V CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	111
5.1. CONCLUSIONES	112
5.2. RECOMENDACIONES	115
BIBLIOGRAFIA	116

INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo de investigación se desarrolla un análisis de la aplicación judicial del tipo penal de organizaciones terroristas y como este es aplicado a las estructuras criminales que componen las pandillas. Asimismo, se analiza el criterio de la Sala de lo Constitucional en la sentencia 22-2007/42-2007/96-2007 Acu., respecto del abordaje del referido tema, en el sentido en que históricamente se consideran a las organizaciones terroristas como una forma de criminalidad que tradicionalmente ha tenido ciertas características específicas, como lo son, la relación que la misma ha tenido con una finalidad ideológica o política, e incluso con la religión, desarrollada a través de acciones que han pretendido causar terror en una población determinada o en parte de esta, con la finalidad de derrocar un gobierno o causarle desestabilización; o en otros casos aspectos políticos, filosóficos, ideológicos, raciales, étnicos, religiosos o de cualquier otra índole que se hagan valer para justificarlas.

Ahora, dicho concepto tradicional es acogido en nuestro país *en la Ley Especial Contra Actos de Terrorismo (LECAT)*, sufriendo un cambio o modificación con la sentencia de Inconstitucionalidad antes mencionada (22-2007/42-2007/96-2007 Acu.), en donde la Sala de lo Constitucional establece que las organizaciones criminales (grupos de maras o pandillas), 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 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; por lo anterior, la Sala denomina a dichas estructuras criminales como terroristas.

Lo que más interesa de lo anteriormente expresado, es el reconocimiento expreso de los grupos denominados maras o pandillas, como organizaciones terroristas; lo cual se hizo necesario estudiar para establecer si realmente lo son, teniendo en cuenta esencialmente la finalidad perseguida por estas, y a partir de ello se verificó la aplicación por los operadores de justicia del tipo penal de Organizaciones Terroristas a dichas estructuras delincuenciales.

Para estudiar este problema fue necesario establecer las causas que originaron la misma, por ello fue necesario revisar los antecedentes históricos, abordando

paulatinamente la evolución que han tenido las organizaciones terroristas a nivel internacional y a nivel nacional, haciendo énfasis en sus características y distinciones; de la misma forma se analizó la fuerza vinculante que tiene la sentencia referida en los aplicadores de justicia de nuestro país, los cuales desde que se dictó la aludida sentencia de alguna manera han tenido en consideración para el abordaje del fenómeno pandilleril y su tratamiento como grupos terroristas, a petición de la Fiscalía General de la República.

La presente investigación es de gran interés nacional, ya que desde el momento en que se dictó la sentencia 22-2007/42-2007/96-2007 Acu., por la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, se genera una gran inquietud en la comunidad jurídica salvadoreña, provocando críticas y análisis jurídicos que consideran dicha valoración de la Sala como violadora de principios y garantías fundamentales de los justiciables, creando su mayor impacto directamente en la aplicación del delito de Organizaciones Terroristas.

Asimismo, fue necesario estudiar si dicho análisis de la Sala de lo Constitucional, mediante el cual agregó nuevos elementos al concepto de terrorismo, y específicamente al de Organizaciones Terroristas, haciendo una definición propia para la realidad de nuestro país, si respeta el sistema de configuración normativa, lo cual resulta de gran interés para toda la comunidad jurídica de nuestro país.

Finalmente, es importante a mencionar que la metodología con la cual se abordó esta problemática, fue de tipo cualitativa-descriptiva, por lo que este proyecto constituye una recopilación de fuentes doctrinarias, que en la etapa de trabajo de campo fueron contrastadas, con entrevistas a expertos y aplicadores de las normas jurídicas, para tener una visión más clara de la realidad en que se están aplicando los tipos penales contemplados en la Ley Especial Contra Actos de Terrorismo, y específicamente el de Organizaciones Terroristas.

En cuanto a la población que fue tomada en cuenta para el presente trabajo es muy extensa, por lo que se hizo uso de muestras con expertos claves en la materia, de diferentes sectores, para tener un conocimiento variado y diversificado de la problemática planteada.

La finalidad de esta investigación fue la de conocer si está siendo adecuadamente aplicado por los operadores de Justicia, el tipo penal de Organizaciones Terroristas y por ende si el análisis realizado por la Sala de lo Constitucional, es válido para ser aplicado en la realidad nacional del pueblo salvadoreño.

CAPITULO I

PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

CAPITULO I: PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

1.1 SITUACIÓN PROBLEMÁTICA

En el entendido que la sociedad es cambiante, y que dichos cambios modifican la forma en que las personas percibimos nuestro entorno, como seres humanos siempre hemos tenido la necesidad de adaptarnos a dichos cambios; pues en el ámbito jurídico es igual, ya que ante dichos cambios que surgen en la sociedad, las formas de criminalidad que se presentan también evolucionan y por ello surge la necesidad que se genere una respuesta jurídica a dichos fenómenos, lo anterior para obtener una eficaz protección a los bienes jurídicos que tutelan el ordenamiento, para mantener el orden, la seguridad social y la paz en el país.

Ahora, uno de los más molestos problemas con los que actualmente se enfrenta la sociedad salvadoreña, son los grupos delincuenciales denominados “maras” o “pandillas”, estructuras que con el paso del tiempo han venido creciendo y desarrollándose de tal forma, en que son consideradas en la actualidad la problemática social más importante y de mayor impacto en nuestra sociedad, incluso por encima de la pobreza, y que políticas de endurecimiento de penas y de planes de seguridad de mano dura o súper mano dura, o la llamada “tregua”, lejos de contribuir a minimizar el problema, generaron su fortalecimiento y expansión en el territorio nacional, y la agudización de los métodos violentos para demostrar su hegemonía territorial.

Desde luego, una problemática como ella, siempre será objeto de respuesta por parte de los legisladores, para generar una percepción al menos aparente, de combate del problema de violencia y criminalidad, y generar la confianza perdida por la población, y en ese contexto aparecieron en dos mil seis, leyes como la Ley Contra el Crimen Organizado, a partir de la cual se crearon Juzgados Especializados Contra el Crimen Organizado, y que tenía por finalidad regular un procedimiento especializado que con mayor celeridad y eficacia sancionara hechos relacionados al crimen organizado, e incluso al establecer juzgados especializados para atender con exclusividad ese tipo de flagelos.

Incluso, ese mismo año se aprobó la Ley Especial Contra Actos de Terrorismo, de la que se dijo, que El Salvador como suscriptor de la Carta de la Organización de las Naciones Unidas, que contiene principios fundamentales para los Estados, como mantener la paz y la seguridad internacional, debía tomar medidas eficaces para prevenir, combatir y

erradicar amenazas contra la paz, considerando entre las más graves el terrorismo y todas sus manifestaciones.

Y un poco más adelante, ya más orientado a la persecución del fenómeno de las “maras” o “pandillas”, se aprobó en el año dos mil trece, la Ley de Proscripción de Maras, Pandillas, Agrupaciones, Asociaciones y Organizaciones de Naturaleza Criminal, y respecto de su aprobación se indicó por el legislador que era 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 volvía 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.

Pero, es de especial relevancia una sentencia que se dictó por la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, en el año dos mil quince, que surgió en un contexto de desplazamientos forzados, violencia extrema hacia la población civil, e incluso paros al transporte público, y, en ese ámbito se dictó la sentencia 22-2007/42-2007/96-2007 Acu., de la Sala de lo Constitucional, proveída el día veinticuatro de agosto del año dos mil quince, en donde se establece que los grupos delincuenciales de las pandillas o maras son consideradas como grupos terroristas, abriendo la oportunidad para que los delitos contemplados en la LECAT pudieran ser atribuidos a dichos grupos criminales, surgiendo desde ese momento un debate jurídico aún no resuelto, relacionado como la aplicación de la mencionada ley a las maras o pandillas, y a partir de esa sentencia, se abre especialmente la aplicación judicial del tipo penal de Organizaciones Terroristas a la criminalidad organizada.

Ahora, en el contexto social que vivía el país en el momento que la Sala de lo Constitucional dicta esta polémica sentencia era el propicio, pues se vivía un estado de caos ocasionado por las estructuras criminales de las pandillas, quienes en acciones criminales devastadoras como el ametrallamiento y quema de unidades de transporte, el paro de las unidades por el temor ocasionado por las mismas pandillas y las reiteradas quejas de la población por la extorsión y control de territorio que ejercían dichas estructuras delincuenciales, fue el contexto en que la Sala de lo Constitucional en la sentencia introduce a nuestro ámbito jurídico, una nueva configuración del terrorismo, el que adecuó a la realidad de la delincuencia nacional que se vivía en el país.

Es innegable que las pandillas se adjudican funciones que son propias del Estado, como el hecho de cobrar “renta”, que no es más que la extorsión disfrazada de una especie

de tributación impuesta mediante violencia o intimidación, para que las personas naturales o jurídicas desarrollen sus actividades en los territorios controlados por estos grupos delincuenciales, que es precisamente de lo que se valen para propiciar la obtención de los mismos, lo anterior, junto al control territorial, la “seguridad” que ofrecen en los mismos para aquellos que atienden sus exigencias, entre otras, son atribuciones propias del Estado, y por lo tanto, ilegales para cualquier grupo que se arrogue el ejercicio de las mismas, que han sido ejecutadas de manera forzosa, lo que crea ese ambiente de inseguridad y temor generalizado en la población.

Debido a lo anterior, y en ese contexto social, la Sala de lo Constitucional emite la sentencia 22-2007/42-2007/96-2007 Acu., que supuso ser una herramienta que sería utilizada para el combate a la delincuencia, específicamente para las estructuras criminales denominadas maras o pandillas; el problema que se genera a partir de lo anterior es que con dicha interpretación expuesta por la Sala de lo Constitucional en la sentencia antes referida, en donde se consideran a las “maras” o “pandillas” como grupos terroristas, propicia ineludiblemente una aplicación judicial del tipo penal que regula el artículo 13 de la LECAT, denominado Organizaciones Terroristas, en donde se ha previsto una conducta en alguna medida similar a la de agrupaciones ilícitas, pero que esencialmente le diferencian con la finalidad que persiguen las organizaciones terroristas.

De lo anterior, es necesario indicar que una Organización Terrorista, esencialmente por su finalidad tiene una configuración diferente a una estructura criminal organizada, como lo son las pandillas, ya que cada una de ellas posee características que las individualizan y las hacen ser diferentes, y que van desde la forma del como surgen y nacen cada una de ellas hasta la finalidad ideológica que persiguen las primeras. Podemos decir que históricamente las organizaciones terroristas nacen con la necesidad y finalidad de obtener control político, orientados al cambio del sistema, a través de métodos como infundir terror generando ataques contra la población civil, y las pandillas por otro lado buscan obtener beneficio económico, hacia el cual se orienta el control territorial, y el uso de la violencia e intimidación.

Un ejemplo de lo anterior pueden ser los grupos islámicos radicales, el grupo terrorista ETA en España y otras organizaciones terroristas a lo largo del mundo cuyo objetivo primordial es político o religioso, sin embargo, dicha finalidad es muy distinta a la que representa el problema de las pandillas en nuestro país, que como ya se mencionó anteriormente, la finalidad que las mismas persiguen es de tipo económica.

Sin duda, esta diferenciación entre grupos terroristas y las organizaciones o estructuras criminales es de mucha importancia, debido a que cuando se determinan las consecuencias jurídicas de los actos criminales, que cometen dichas organizaciones debe existir un quantum de la pena, la cual como se sabe, cuando se trata de organizaciones terroristas las penas tienden a ser más drásticas, por lo que, al no existir o hacer dicha diferenciación entre ambas organizaciones, se puede estar equiparando en el abordaje de ambos problemas, siendo dos fenómenos completamente distintos.

Otro elemento de la problemática es, que no existe a nivel internacional un acuerdo en cuanto a la definición de organización terrorista, por lo que se puede generar una adecuación interpretativa de lo que es el terrorismo, de acuerdo a las distintas realidades que vive cada país en todo el mundo, lo que generaría a nuestro juicio inseguridad jurídica a nivel internacional, en cuanto a las formas de valorar cuando una organización se debe considerar como terrorista, generando problemas a la hora de querer combatir o enfrentar dicho fenómeno.

Existe otra postura o punto de vista en cuanto a la forma en que debe conceptualizarse las organizaciones terroristas, como por ejemplo hay quienes consideran que esa vieja idea en que los penalistas han crecido, en cuanto a que el terrorismo y el crimen organizado son muy distintos, ha cambiado, ya que si bien es cierto la finalidad que persiguen ambas organizaciones son distintas (terroristas y crimen organizado), pues ambas manejan un mismo método para ejecutar lo que persiguen, el cual es infundir terror.

Por otro lado, debe indicarse que existen diferencias muy marcadas entre ambas organizaciones, como por ejemplo, en cuanto al crimen organizado podemos decir que las víctimas a las cuales dirige sus ataques son fungibles, ya que no existe una vinculación personal con la víctima, sino que se ataca a la persona por el rango o cargo que la misma posee, lo que la hace ser objeto de ataque, siendo al mismo tiempo una estrategia de comunicación por medio del terror; siendo por el contrario muy distinto cuando se trata de las organizaciones terroristas, los cuales si bien es cierto buscan infundir terror, pero lo hacen con ataques sistematizados que en ocasiones van dirigidos a la población en general.

Es muy importante tener en cuenta que en virtud de lo establecido en la LECAT, la problemática no la constituye la existencia de la ley, sino la aplicación que de la misma se hace en el ámbito judicial a partir de la sentencia anteriormente aludida, ya que los tipos penales que contiene, están diseñados para combatir a las organizaciones o estructuras

terroristas; en tal sentido, el problema se genera cuando la Sala lo Constitucional interpreta que las pandillas en nuestra realidad social constituyen grupos terroristas, lo que las hace ser objeto de esa ley, y particularmente del artículo 13 de la LECAT, el cual regula el tipo penal de Organizaciones Terroristas, que describe como supuesto de hecho, el formar parte de una organización con la finalidad de cometer cualquier de los delitos contemplados en esa Ley.

Lo anterior, genera debate ya que previamente a este tipo penal ya existía en el artículo 345 del Código Penal, el delito de Agrupaciones Ilícitas, orientado a la persecución de estructuras que, por su sola existencia, ya que generan peligro a la sociedad y que se contraponen al derecho de asociación, en tanto, que es posible forma parte de asociaciones con finalidad lícitas.

Lo indicado, sin duda genera la posible ambivalencia entre conductas que podrían adecuarse en dos tipos penales distintos y con penas diametralmente desiguales, ya que las Agrupaciones Ilícitas reguladas en el artículo 345 del Código Penal, se sanciona el tomar parte de ellas con una pena de prisión que oscila entre tres a cinco años, y el delito de Organizaciones Terroristas, contemplado en el artículo 13 de la LECAT, contempla una pena que oscila entre ocho a doce años de prisión, generando una gran problemática a la hora de la aplicación judicial estos tipos penales a los grupos denominados maras o pandillas, siendo de vital importancia la diferenciación y el análisis de si realmente se trata de un grupo terrorista como lo dice la Sala de lo Constitucional en la sentencia 22-2007/42-2007/96-2007 Acu., o se está en presencia de una estructura criminal organizada.

1.2 DELIMITACION DE LA INVESTIGACION

1.2.1 EN EL TIEMPO:

La investigación inició en el mes de enero de 2019 con la selección temática, posteriormente la aprobación e inscripción en el mes de febrero de 2019, y se finalizó en el mes de junio de 2019.

1.2.2 EN EL ESPACIO:

La investigación se delimitó espacialmente a distintos operadores del sistema de administración de justicia de los departamentos de San Miguel y San Salvador, para la explorar la incidencia de la sentencia de la Sala de lo Constitucional con referencia 22-2007 AC, en la aplicación del tipo penal de Organizaciones Terroristas, a las maras o pandillas.

1.2.3 EN LA TEMÁTICA:

La investigación estuvo dirigida a explorar la incidencia de la sentencia de la Sala de lo Constitucional con referencia 22-2007/42-2007/96-2007 Acu., en la aplicación del tipo penal de Organizaciones Terroristas, a las maras o pandillas, por lo que, se entrevistaron distintos operadores y operadores del sistema con incidencia directa en su aplicación, a partir de los criterios desarrollados por el Tribunal Constitucional en la referida sentencia, y la repercusión que ésta ha tenido, especialmente en la los juzgados especializados contra el crimen organizado.

1.3 ENUNCIADO DEL PROBLEMA:

¿Qué dificultades genera la aplicación del tipo penal de Organizaciones Terroristas, a partir de la sentencia 22-2007 de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia?

1.4 JUSTIFICACIÓN

La importancia de realizar esta investigación es para proporcionar un instrumento de carácter jurídico, que permita a los profesionales del derecho, conocer la incidencia de la sentencia antes aludida, en la aplicación del tipo penal de Organizaciones Terroristas y fundamentalmente, la aplicación judicial que del mismo se ha realizado desde que la misma se dictó, lo que evidentemente está relacionado con principios como el de legalidad y seguridad jurídica, en tanto, que es el legislador el que crea los tipos penales, de manera previa, clara, inequívoca, para que sobre una adecuada estructuración, el juzgador aplique los mismos, y los justiciables puedan tener seguridad jurídica, del alcance de cada configuración penal realizada por el legislador.

El interés por llevar a cabo esta investigación es el resultado del reciente apogeo constitucional a partir de controversiales sentencias dictadas por la Sala de lo Constitucional, y cómo desde su jurisprudencia se ha incidido en la aplicación de un tipo penal como el antes indicado.

Por lo antes indicado, la investigación se considera de particular importancia porque el fenómeno de las “maras” o “pandillas”, ha propiciado un endurecimiento no solo de las leyes, sino de elevar a estos grupos, vía una sentencia como la antes referida, a la calidad

de grupos terroristas, por ello, es de especial importancia estudiar si el fenómeno pandilleril bajo su actual modo de operar, permite aplicar un tipo penal como el de Organizaciones Terroristas.

En tal sentido, el estudio radicó esencialmente en la problemática que genera la aplicación del tipo penal en mención, a partir de los postulados que desarrolló la Sala de lo Constitucional en la aludida sentencia.

La investigación es de trascendencia, por la relevancia de la sentencia que dictó por la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, en el año dos mil quince, en un contexto de desplazamientos forzados, violencia extrema hacia la población civil, e incluso paros al transporte público, y, en ese ámbito surgió la sentencia 22-2007 AC, en donde se establece que los grupos delincuenciales de las pandillas o maras son consideradas como grupos terroristas, abriendo la oportunidad para que los delitos contemplados en la LECAT pudieran ser atribuidos a dichos grupos criminales, surgiendo desde ese momento un debate jurídico aún no resuelto, relacionado como la aplicación de la mencionada ley a las maras o pandillas, y, particularmente la aplicación judicial que del tipo penal de Organizaciones Terroristas se ha estado haciendo en la praxis judicial, a la criminalidad organizada.

1.5 OBJETIVOS

1.5.1 OBJETIVO GENERAL:

- Analizar la configuración del tipo penal de organizaciones terroristas a las maras o pandillas.

1.5.2 OBJETIVOS ESPECÍFICOS:

- Desarrollar los criterios de la sentencia 22-2007/42-2007/96-2007 Acu. En el tipo penal de organizaciones terroristas a las maras o pandillas.
- Caracterizar el diseño jurisprudencial y legal del delito de Organizaciones Terroristas a partir de la sentencia 22-2007/42-2007/96-2007 Acu., a las Maras o Pandillas.
- Distinguir la criminalidad organizada y las organizaciones terroristas.

CAPITULO II

METODOLOGIA DE LA

INVESTIGACION

CAPÍTULO II: METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN

2.1 TIPO DE ESTUDIO

Es de especial importancia determinar el método de investigación que se retomó dentro de la problemática estudiada, ya que del mismo dependió la obtención de unos resultados con la mayor precisión y certeza que se esperaban. Es por esto que es de relevancia tener claro que la metodología de una investigación debe concebirse como un cúmulo de ideas que rigen y orientan la investigación a realizar. Por ello, considerando el tipo de temática que se investigó, la metodología abordó características que permitieron contextualizar, interpretar, y ahondar sobre las especiales circunstancias que presentó el objeto de estudio, por ello, el mismo fue cualitativo. Partiendo de ese enfoque cualitativo se enfocó el estudio de la sentencia de la Sala de lo Constitucional, con referencia 22-2007AC de fecha veinticuatro del mes de agosto del año dos mil quince, y las repercusiones de ella en la aplicación del tipo penal de Organizaciones Terroristas, regulado en el artículo 13 de la Ley Especial Contra Actos de Terrorismo, ya que con ella se origina la valoración de los criterios que posteriormente generaron su aplicación, objeto de estudio del presente trabajo, por los operadores de justicia en El Salvador.

2.2 METODO

Importante para la presente investigación y la obtención de los mejores resultados, es poder determinar el método a utilizar, porque de ello dependió, la recolección de datos y las técnicas empleadas para tal fin. Considerando entonces para tal consecución como abono a la presente temática es el análisis doctrinario, el análisis Jurisprudencial, y el análisis de las valoraciones de personas que se encuentran vinculadas en la aplicación de dicho tipo penal. Por ello, se utilizó un método descriptivo y cualitativo, con el fin de encontrar el enfoque e interpretación que los aplicadores de justicia están considerando en la interrelación del delito, asimismo se tuvo en cuenta lo que se ha escrito con anterioridad en el abordaje propiamente de grupos u organizaciones terroristas, tanto a nivel nacional e internacional, y por órganos nacionales e internacionales de aplicación de justicia, y otros sujetos que se inmiscuyen en la dinámica de la problemática.

2.3 POBLACIÓN Y MUESTRA

2.3.1 POBLACIÓN

La población corresponde al grupo de personas que se encuentran conglomeradas bajo un mismo territorio regidos por reglas y normas en común, siendo para nuestro caso que la población está representada por aquellos sujetos que interrelación en la dinámica del delito de Organizaciones Terroristas, siendo estos los Tribunales que aplican justicia penal, fiscales que promueven la acción penal y los defensores tanto públicos como particulares.

TIPOS DE SUJETOS PARTICIPANTES	UBICACIÓN	INSTITUCION	OBJETO DE SELECCIÓN
Ex Magistrados de la Sala de lo Constitucional y/o Colaboradores Jurídicos	San Salvador	Corte Suprema de Justicia	Redactores de la Sentencia 22-2007/42-2007/96-2007 Acu. de fecha veinticuatro del mes de agosto del año dos mil quince, en la cual se pronunciaron sobre el tipo penal de Organizaciones Terroristas
Jueces de Sentencia Especializados de San Miguel y San Salvador	El Salvador	Órgano Judicial	Aplicadores de las Normativas Penales
Agentes Fiscales que promueven el ejercicio de la acción penal	El Salvador	Fiscalía General de la Republica	Son los profesionales que ejercen el accionar penal

Agentes Auxiliares de la Procuraduría General de la Republica, del área de Defensoría Penal, que hayan llevado casos de Actos de Terrorismo.	Zona Oriental	Procuraduría General de la Republica	Intervienen en los procesos asegurándose que se respeten las garantías del debido proceso
Defensores Particulares que se dedican a la defensa penal	Zonal Oriental	Asociaciones de Abogados y abogados en el ejercicio libre de la profesión	Intervienen en los procesos asegurándose que se respeten las garantías del debido proceso

2.3.2 MUESTRA

Esta consiste en la selección de un grupo de la población, con el fin de extraer sus valoraciones en cuanto a la problemática objeto de estudio, y con lo cual poder tener un parámetro de lo que sucede dentro de la aplicación del delito de Organizaciones Terroristas.

TIPOS DE SUJETOS PARTICIPANTES	UBICACIÓN	INSTITUCION	OBJETO DE SELECCIÓN
Magistrados o Ex Magistrados de la Sala de lo Constitucional, y/o Colaboradores Jurídicos	San Salvador	Corte Suprema de Justicia	Importante conocer mediante la entrevista de un Magistrado de la Sala de lo Constitucional, los motivos y razones que los llevaron a la fundamentación en cuanto a lo resuelto en la Sentencia 22-2007/42-2007/96-2007 Acu. de fecha veinticuatro del mes de agosto del año dos

			mil quince, sobre el tipo penal de Organizaciones Terroristas
Jueces Especializados de Sentencia.	San Salvador y San Miguel	Órgano Judicial	Importante conocer su valoración en la dinámica del ejercicio jurisdiccional y aplicación de Justicia en cuanto al delito de Organizaciones Terroristas
Agentes Fiscales que promueven el ejercicio de la acción penal	San Salvador y San Miguel	Fiscalía General de la Republica	Conocer que consideraciones trascienden para activar el ejercicio de la acción penal en el presente delito.
Agentes Auxiliares de la Procuraduría General de la Republica, del área de Defensoría Penal, que hayan llevado casos de actos de terrorismo.	Zona Oriental	Procuraduría General de la Republica	Obtener su valoración sobre la aplicación de los delitos de organizaciones terroristas
Defensores Particulares que se dedican a la defensa penal	Zonal Oriental	Asociaciones de Abogados y abogados en el ejercicio libre de la profesión	Obtener su valoración sobre la aplicación de los delitos de organizaciones terroristas

2.4 TÉCNICAS E INSTRUMENTOS

2.4.1. ENTREVISTA EN PROFUNDIDAD

Esta es una técnica muy provechosa y de obtención de mucha información de la cual se puede obtener puntos muy importantes y trascendentales en cuanto a la temática que se estudió. Consistiendo la entrevista en una herramienta mediante la cual se formulan preguntas dirigidas al profesional empapado en el área de investigación y de lo que se obtuvo datos concretos, específicos, en tiempo real, y asimismo permite poder obtener la opinión sobre el caso en concreto por parte del entrevistado. Y la cual fue elaborada con idénticas interrogantes a los entrevistados, para así poder obtener distintos puntos de vista sobre el mismo punto y con sus respuestas se realizaron las valoraciones pertinentes.

2.4.2. INSTRUMENTO

Estos fueron los que nos sirvieron para recabar información complementaria, siendo estos, entrevistas semi-estructuradas respondidas por personas profesionales del derecho y que se ven relacionados con la aplicación del delito de organizaciones terroristas.

2.5 ETAPAS DE LA INVESTIGACIÓN

2.5.1 ETAPA I: FORMULACIÓN, PROPUESTA Y APROBACIÓN DEL PROYECTO

En este punto inicial de la investigación el grupo se presentó la situación problemática de la aplicación del Tipo Penal de Organizaciones Terroristas, regulado en el Artículo 13 de la Ley Especial contra Actos de Terrorismo, por parte de los Administradores de Justicia Penal y asimismo por parte del resto de entes relacionados en esa dinámica, siendo que se encontró efectivamente varios contrapuntos en cuanto al abordaje del problema por lo que se determinó estudiar el mismo, a fin de analizarlo de la mejor manera, a partir de lo cual se inició la investigación, y con ese objeto se formula el proyecto para su aprobación por la autoridades correspondientes para que validen sobre su desarrollo.

2.5.2 ETAPA II: ELABORACIÓN DE ESTRATEGIA METODOLÓGICA

En este apartado, se determina el tipo de método que se empleó, la técnica, el tipo de investigación que se realizó, que como se ha dicho la misma es descriptiva cualitativa, ya que se describe de una manera precisa concreta y concisa el estado actual de la problemática en el ámbito jurisdiccional, y se recabó toda aquella información apta para ser valorada, de la cual se obtuvieron puntos de vista, opiniones personales, valoraciones tanto jurídicas y sociales que puedan realizar los aplicadores del tipo penal en estudio, y la problemática que se propició a partir de la sentencia de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, a que se ha hecho referencia.

2.5.3 ETAPA III: REVISIÓN DE SENTENCIAS, JURISPRUDENCIA, DOCTRINA, INSTRUMENTOS INTERNACIONALES Y DERECHO COMPARADO.

En esta etapa se llevó a cabo el análisis de la sentencia 22-2007/42-2007/96-2007 Acu., emitida por parte de la Sala de lo Constitucional, mediante la cual declara como organizaciones terroristas a las maras y pandillas, también sentencias relacionadas sobre ese punto sobre el que se pronunció dicha Sala de lo Constitucional, y se llevó a cabo el estudio de aquella jurisprudencia relacionada con ese delito, se analizó lo que profesionales del derecho han escrito en cuanto a esta problemática, y finalmente, se examinó cómo el derecho internacional ha interactuado en cuanto a la misma.

2.5.4 ETAPA IV: DISEÑO Y CONSTRUCCIÓN DEL PROYECTO, MEDIANTE LA CONSECUCIÓN DE LOS OBJETIVOS.

Esta etapa constituye la relación del proyecto iniciando desde el planteamiento de la problemática de estudio, el marco metodológico hasta el marco teórico, los cuales sirvieron para la consecución de los fines últimos de los hallazgos de la investigación.

2.5.5 ETAPA V: TRABAJO DE CAMPO

En esta etapa se desarrollaron las técnicas y se utilizaron las herramientas que sirvieron para la obtención de la información por parte de las fuentes que conocen sobre el tema en investigación.

2.5.6 ETAPA VI: ANÁLISIS DE RESULTADOS

Esta etapa es cuando ya se ha llevado a cabo el análisis del trabajo de campo, del que se obtuvo toda la información disponible y necesaria fue analizada e interpretada, y los cuales se ilustrarán en esquemas gráficos para una mejor comprensión.

2.5.7 ETAPA VII: VERIFICACIÓN DE CUMPLIMIENTO DE OBJETIVOS

En esta etapa es donde corresponde confrontar los objetivos planteados con los resultados obtenidos por parte de la recolección de toda la información, y con ello se verificó que los objetivos se estaban llevando a cabo.

2.5.8 ETAPA VIII: ELABORACIÓN DEL PROYECTO

Esta es una etapa muy importante, ya que es la realización del proyecto que será llevado ante un tribunal calificador, es decir, que en esta etapa es donde se realizó un estudio minucioso, a efecto de realizar las correcciones pertinentes antes de poder ser llevado a evaluación, por parte de los jueces miembros del tribunal que emitirá una posible aprobación.

2.5.9 ETAPA IX: ELABORACIÓN FINAL, DEFENSA Y APROBACIÓN DEL PROYECTO DE INVESTIGACIÓN

Esta es la etapa crucial en donde la investigación está finalizada y es objeto de valoración y aprobación por parte del Tribunal Evaluador, y que se lleva a cabo mediante la exposición de todo lo investigado, la presentación de las conclusiones y el resultado de los objetivos planteados en un inicio.

2.6 PROCEDIMIENTO DE ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE RESULTADOS.

Con esto se realiza el análisis e interpretación de la información obtenida mediante las entrevistas realizadas a las personas relacionadas con la problemática, el estado actual y sus valoraciones en consideración de la misma, y de lo cual se presentan registros gráficos con la interpretación de esos resultados.

CAPITULO III

MARCO TEORICO

CAPÍTULO III: MARCO TEÓRICO

3.1 ANTECEDENTES HISTÓRICOS

3.1.1 BREVE RESEÑA HISTORICA DEL ORIGEN DEL TERRORISMO

El terrorismo no es un fenómeno moderno. Desde la antigüedad, muchos de los métodos utilizados para subvertir órdenes políticos podrían ser hoy calificados de terroristas; el apuñalamiento en el senado romano de Julio César por Bruto, las conjuras medievales mediceas y el uso de venenos, el asesinato de Abraham Lincoln por John Wilkes Booth, o el del Archiduque austriaco Francisco Fernando en Sarajevo en 1914, son sólo algunos conocidos ejemplos. Sin embargo, es en nuestros tiempos cuando el terrorismo ha cambiado su fisionomía y ha pasado a ser una Hidra de múltiples cabezas, capaz de asesinar en masa, utilizando como parapeto ideológico religiones o políticas manipuladas para sus propios fines, y teniendo un alcance netamente transnacional.

Al igual que en nuestro Hemisferio, en otras regiones del mundo la lucha contra estas nuevas formas de terrorismo retumbaba como un eco de las propias explosiones y tiroteos. Ahora bien, aunque la simiente de una coordinación internacional de esfuerzos en materia de lucha antiterrorista—incluyendo el aspecto jurídico—, esparcida desde los años 1960, existía, no germinó hasta los atentados del 11 de septiembre de 2001, cometidos en los Estados Unidos de América (EE.UU.). La brutalidad de los mismos, el efecto simbólico—por ser un ataque a nuestras sociedades abiertas, al modo libre y democrático de entender nuestra existencia—y el impacto mediático producido en todo el mundo desembocaron en una catarata de hechos bien conocida por todos (FERNÁNDEZ DE LA CIGOÑA).

Pero, realmente, la emergencia histórica de la violencia con las características de lo que ahora entendemos por terrorismo, su verdadero origen, hay que situarlo en la Revolución francesa y específicamente en el periodo del Terror pues ciertamente con la Revolución francesa cuando el terrorismo hace su aparición como violencia organizada (FERNÁNDEZ DE LA CIGOÑA), aunque es incuestionable la conexión con el entramado de ideas que impulsaba la Revolución desde sus preparativos más remotos. El terrorismo es un instrumento privilegiado de la revolución. Forma parte, con la huelga política, la desobediencia civil, la crítica, etc., del instrumental político de la ideología revolucionaria.

Al radicar el origen del terrorismo en la Revolución francesa se hace en contra de la opinión de Walzer de que el terrorismo en su sentido estricto, el asesinato aleatorio de personas inocentes, no surgió como estrategia de lucha revolucionaria, sino en el periodo posterior a la Segunda Guerra Mundial, es decir, sólo después de haberse convertido en una de las características de la guerra convencional (WALZER, 2001), y ello porque en la Revolución se opera una redefinición de los aspectos fundamentales de la cultura humana que se habían elaborado históricamente y del entramado institucional que los plasmaba; de ese modo afecta al arte, a la religión, a la historia, etc., y también al derecho; va unida a una nueva visión de la responsabilidad que anteriormente era personal y ahora, como efecto del individualismo, se hace indefinida e independiente de los propios actos, se desplaza a la historia, a la situación social, a las leyes económicas, es el reverso de los derechos subjetivos, de la secularización y de la tolerancia y, también, su consecuencia (WALZER, 2001).

En el ámbito jurídico, esta corriente se canalizó a través de dos instrumentos clave, el primero, perteneciente al dominio universal, la adopción de la Resolución 1373 (2001) del Consejo de Seguridad de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), y el segundo, de alcance regional, la adopción en Barbados el 3 de junio de 2002 de la Convención Interamericana contra el Terrorismo (CICT).

3.1.2 EL TERRORISMO EN CENTROAMÉRICA

El tipo de violencia política usado en Centroamérica se puede denominar como guerras intestinas, guerras civiles, guerra de baja intensidad, guerra de guerrillas; dentro de ellas y como expresión táctica se producen hechos de carácter terrorista. La diferencia fundamental entre guerra interna y terrorismo está radicada en que, en el primer caso, involucra una división profunda de la sociedad y donde se busca alcanzar el poder o mantenerse en él por medios extralegales; en el segundo será la aplicación del terror, como elemento simbólico y dramático, el camino usado para alcanzar los objetivos políticos (K. Zawodny, 1979). De aquí que los blancos del terrorismo, en general, no se correspondan con los objetivos militares tradicionales en cualquier clase de conflicto y que la producción de efectos psicológicos sea más importante que los efectos militares, como instrumentos para el cambio social (K. Zawodny, 1979).

Alex Schmid en un estudio sobre el terrorismo ha citado más de cien definiciones, elaboradas entre 1936 y 1981 (Schmid., 1987), lo que dificulta su análisis, recuento y comparación. Tener una definición o una tipología es importante ya que a partir del concepto se podrán desarrollar lineamientos teóricos. No se intenta proponer una nueva definición, pero sí se trata de usar los elementos claves de definiciones ya propuestas, así como restringir el uso de otras.

Una consideración inicial es fundamental: el terrorismo se define por su carácter o su vínculo con la política, de esta forma se diferencia de otras formas de violencia que aplican el terror para lograr sus metas, por ejemplo, las acciones de la *mafia*. De aquí que la percepción sobre las "causas" que motivan la violencia pueden ser usadas, según sea quien analice la situación, para legitimar a unos y deslegitimar a otros, más que para aprehender el hecho y darle una respuesta. En el caso centroamericano, la Casa Blanca define como terroristas a los movimientos subversivos en El Salvador y Guatemala, en cambio son "luchadores por la libertad" los grupos equivalentes en Nicaragua. Los que son terroristas para unos son héroes para otros. La desideologización del concepto es fundamental ya que el término terrorismo es una "etiqueta pegajosa" que produce un rechazo moral, político y ético (Nef, 1987).

La lógica terrorista es distinta a la racionalidad de la política. La lógica del terrorismo parecería seguir la máxima "tanto pero tanto mejor". Sobre esta base se buscaría alcanzar el precepto de Clausewitz de "ascensión a los extremos", es decir provocar una reacción que conlleve un mayor uso de la fuerza, reforzando los elementos de terror. De esta forma, la respuesta esperada también se inscribe en la lógica de la guerra descrita por Clausewitz: "el uso ilimitado de la fuerza", como producto de la presión de la opinión pública para detener la violencia y el horror. Sobre esta base, el terrorismo buscaría crear una situación como la descripción hobsiana de "*estado de naturaleza*", o la nada política, imposibilitando la acción del Estado; pero con su acción el terror puede destruir, pero no construir un orden legítimo (Varas, 1987).

En el caso centroamericano considerando a los actores podemos decir, que ha existido terrorismo subversivo, terrorismo de Estado y terrorismo transnacional. Por terrorismo subversivo entendemos el desarrollado por organizaciones contrarias al

gobierno establecido, independientemente de su adscripción ideológica; por terrorismo de Estado al que es desarrollado por el Estado como institución; y el transnacional el que es ejecutado en un tercer Estado, pero su objetivo está en otro. Desde la década de los sesenta el terrorismo parece haber entrado en una nueva fase con dos cambios importantes: su carácter transnacional y el desarrollo de una estrategia autosuficiente.

El terrorismo en el área y más en general en América Latina ha tenido sus orígenes en razones políticas domésticas, lo que lo diferencia en forma notable del que se produce en otras regiones geográficas como el Medio Oriente. Allí las causas se encuentran en el conflicto derivado de la creación del estado de Israel y el subsecuente conflicto árabe-palestino-israelí. Es así como Bassiouni considera que resuelto en forma justa y pacífica el conflicto en el Medio Oriente probablemente desaparezca el terrorismo. En cambio, en América Latina la multitud de fuentes que le sirven de soporte excluyen esa posibilidad y más bien puede aumentar (K. Zawodny, 1979).

3.2 ELEMENTOS TEÓRICOS

3.2.1 CONCEPTO DE TERRORISMO

Por terrorismo se entienden comúnmente actos de violencia dirigidos contra los civiles procurando objetivos políticos o ideológicos. En términos jurídicos, aunque la comunidad internacional aún no ha adoptado una definición general de terrorismo, en declaraciones, resoluciones y tratados «sectoriales» universales vigentes relacionados con aspectos concretos del terrorismo se definen ciertos actos y elementos básicos. En 1994 la Asamblea General aprobó la Declaración sobre medidas para eliminar el terrorismo internacional en su resolución 49/60, en cuyo párrafo 3 señaló que el terrorismo incluye «actos criminales con fines políticos concebidos o planeados para provocar un estado de terror en la población en general, en un grupo de personas o en personas determinadas», y que esos actos son «injustificables en todas las circunstancias, cualesquiera sean las consideraciones políticas, filosóficas, ideológicas, raciales, étnicas, religiosas o de cualquier otra índole que se hagan valer para justificarlos (Unidas C. d., 2004)».

Diez años más tarde el Consejo de Seguridad, en su resolución 1566 (2004) (Unidas C. d., 2004), se refirió a «actos criminales, inclusive contra civiles, cometidos con la

intención de causar la muerte o lesiones corporales graves o de tomar rehenes con el propósito de provocar un estado de terror en la población en general, en un grupo de personas o en determinada persona, intimidar a una población u obligar a un gobierno o a una organización internacional a realizar un acto o a abstenerse de realizarlo». Posteriormente, ese año, el Grupo de alto nivel sobre las amenazas, los desafíos y el cambio describió el terrorismo como «cualquier acto destinado a causar la muerte o lesiones corporales graves a un civil o a un no combatiente, cuando el propósito de dicho acto, por su naturaleza o contexto, sea intimidar a una población u obligar a un gobierno o a una organización internacional a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo» e identificó algunos elementos clave, haciendo referencia a las definiciones que figuraban en el Convenio Internacional para la represión de la financiación del terrorismo y en la resolución 1566 (2004) del Consejo de Seguridad (Unidas C. d., 2004).

3.2.2 EL TERRORISMO Y EL DERECHO PENAL INTERNACIONAL

Durante cuatro decenios la comunidad internacional, con los auspicios de las Naciones Unidas, ha elaborado 13 convenios relativos a la prevención y eliminación del terrorismo. Estos convenios llamados sectoriales, que tratan cuestiones que van desde el secuestro de aeronaves y la toma de rehenes hasta la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas, contribuyen al régimen jurídico mundial contra el terrorismo y proporcionan un marco para la cooperación internacional. Esos convenios obligan a los Estados a adoptar medidas concretas para prevenir la comisión de actos terroristas y prohibir los delitos relacionados con el terrorismo, en particular tipificando como delitos determinadas conductas, estableciendo criterios jurisdiccionales (por ejemplo, el conocido principio de *aut dedere aut judicare*, es decir, «extraditar o enjuiciar»), y sienta las bases jurídicas para la cooperación en materia de extradición y asistencia legal.

La mayoría de esos tratados relativos a aspectos concretos del terrorismo definen como delitos determinados actos y exigen que los Estados los tipifiquen como tales. Abarcan delitos relacionados con la financiación del terrorismo, delitos basados en la condición jurídica de la víctima (como la toma de rehenes y los delitos contra personas internacionalmente protegidas), delitos relacionados con la aviación civil, delitos relacionados con buques y plataformas fijas y delitos relacionados con materiales peligrosos (Unidas O. d., 2004). Por ejemplo, de conformidad con el Convenio Internacional para la represión de la financiación del terrorismo, se considera acto terrorista cualquier

«acto destinado a causar la muerte o lesiones corporales graves a un civil o a cualquier otra persona que no participe directamente en las hostilidades en una situación de conflicto armado, cuando el propósito de dicho acto, por su naturaleza o contexto, sea intimidar a una población u obligar a un gobierno o a una organización internacional a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo». El Convenio obliga a tipificar delitos concretos relacionados con la financiación del terrorismo tal como en él se define.

El Consejo de Seguridad ha considerado que la ratificación y la aplicación efectiva de los instrumentos universales contra el terrorismo tienen la máxima prioridad. El 28 de septiembre de 2001, actuando en virtud del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, aprobó la resolución 1373 (2001), en la que se declara explícitamente que todo acto de terrorismo constituye una amenaza para la paz y la seguridad internacionales y que «los actos, métodos y prácticas terroristas son contrarios a los propósitos y principios de las Naciones Unidas». En la resolución también se exige a todos los Estados que tipifiquen como delito los actos de terrorismo, castiguen los actos de apoyo o preparación de delitos de terrorismo, tipifiquen como delito la financiación del terrorismo, despolitizen los delitos de terrorismo, congelen los fondos de las personas que cometan, o intenten cometer, actos de terrorismo, e intensifiquen la cooperación internacional en materia penal (Unidas C. d., 2004).

Dependiendo del contexto, los actos terroristas pueden también constituir delitos en el marco del derecho internacional. Durante la elaboración del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional varias delegaciones abogaron por la incorporación del terrorismo en la jurisdicción de la Corte como delito per se. Sin embargo, la mayoría de los Estados no estuvieron de acuerdo con esa posibilidad, debido precisamente a la cuestión de la definición. El Acta Final de la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional, celebrada en Roma el 17 de julio de 1998, recomendó que una Conferencia de Revisión del Estatuto de Roma, que podría organizarse siete años después de la entrada en vigor del Estatuto, es decir, en 2009, examinara varios delitos, entre ellos el terrorismo, con miras a alcanzar una definición aceptable e incluirlos en la lista de delitos incluidos en la competencia de la Corte.

Aunque el Estatuto de Roma no incluye el «terrorismo» como delito distinto, tipifica varios delitos que pueden incluir conductas terroristas, dependiendo de los hechos y circunstancias concretos de cada caso. Un acto de terrorismo puede constituir un crimen de lesa humanidad, tipificado en el artículo 7 del Estatuto de Roma, cuando se cometa

como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque¹. Además, actos tales como los ataques deliberados o indiscriminados contra civiles o la toma de rehenes podrían considerarse crímenes de guerra, tal como se definen en el artículo 8 del Estatuto de Roma.

Las disposiciones del derecho penal internacional contra el terrorismo también han sido utilizadas en la práctica por los tribunales internacionales. En 2003 el Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia, actuando con arreglo al artículo 3 de su estatuto, condenó, por primera vez, a una persona por el delito de terror contra la población civil de Sarajevo, que consideró como crimen de guerra. El Tribunal llegó a la conclusión de que el delito de terror contra la población civil incluía elementos comunes a otros crímenes de guerra, además de otros elementos extraídos del Convenio Internacional para la represión de la financiación del terrorismo².

3.2.3 INSTRUMENTOS JURIDICOS INTERNACIONALES CONTRA EL TERRORISMO

Para comenzar a enfatizar los Instrumentos Jurídicos Internacionales, tenemos que tomar en cuenta la relevancia de la resolución 1373 del Consejo de Seguridad³. Esta resolución forma parte del conjunto de resoluciones que el Consejo de Seguridad ha ido emitiendo en materia de lucha contra el terrorismo, y de las que, a modo de resumen, pueden destacarse además de la mencionada, las resoluciones relativas a los talibanes y al-Qaeda (números 1267, 1333, 1390, 1455, 1526, 1617, 1735 y 1822) y aquellas relativas a armas de destrucción masiva (números 1540, 1673, y 1810).

La resolución 1373 está adoptada bajo el Capítulo VII de la Carta de la ONU y las medidas que promueve, en virtud de los artículos 24, 25 y 48 de la Carta, son vinculantes para todos los Estados Miembros⁴ y se aplican sin limitaciones geográficas o temporales. En cuanto a los contenidos de la resolución, además de crear el Comité contra el Terrorismo

¹ Christopher Greenwood, «International Law and the «War against Terrorism», *International Affairs*, vol. 78, Nº 2 (Abril de 2002), pág. 301. En 2001 el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos describió como crimen de lesa humanidad los atentados terroristas ocurridos en los Estados Unidos el 11 de septiembre de 2001.

² Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia, *El Fiscal c. Gali c* caso Nº IT-98-29, sentencia de 5 de diciembre de 2003. El tribunal agregó los siguientes elementos concretos (párr. 133): 1. Actos de violencia dirigidos contra la población civil o personas civiles que no participan directamente en las hostilidades con resultado de muerte o consecuencias graves para la integridad física o la salud de esas personas; 2. El autor sometió intencionadamente a esos actos de violencia a la población civil o a personas civiles que no participaban en las hostilidades; 3. El delito mencionado fue cometido con el objetivo principal de aterrorizar a la población civil.

³ S/RES/1373 (2001) de 28 de septiembre de 2001; así como la S/RES/1566 (2004) de 8 de octubre

⁴ A la fecha, 193 Estados son miembros de la ONU. Todos los Estados Miembros de la OEA son miembros de la ONU, de ahí la importancia de la interacción entre el marco normativo universal y el interamericano.

de la ONU (CTC, por sus siglas en inglés, y que tiene entre sus funciones principales el controlar el grado de aplicación de la resolución), la misma se vertebra en torno a tres ejes:

a) *La prevención y eliminación de la financiación del terrorismo*, que contiene a su vez la obligación de tipificar como delito la financiación del terrorismo; la congelación de los fondos de las personas que cometan, o intenten cometer, actos de terrorismo o participen en ellos o faciliten su comisión; y la prohibición de que se pongan cualesquiera fondos, recursos financieros o económicos a disposición de los terroristas.

b) *La prevención y tipificación como delito de los actos terroristas*, que conlleva la represión de los actos de apoyo y de preparación (incluidos el reclutamiento y el abastecimiento de armas); la negación del refugio a quienes financian, planifican o cometen actos de terrorismo (principio *no safe haven*); la tipificación como delitos graves de los actos de terrorismo y el enjuiciamiento de toda persona involucrada en la preparación o comisión de esos actos; la necesidad de proporcionar recíprocamente asistencia judicial y policial; y la de controlar las fronteras y prevenir la falsificación de documentos de identidad y de viaje.

c) *La cooperación internacional*, parte en la que se promueve la intensificación y agilización del intercambio de información operacional; la promoción de los acuerdos y convenios bilaterales y multilaterales; la ratificación y aplicación plena de los convenios y protocolos internacionales⁵; el asegurar que el estatuto de refugiado no sea utilizado de modo ilegítimo; y la inaplicabilidad de la excepción por motivaciones políticas como causa de denegación de la extradición.

La resolución 1267 del Consejo de Seguridad (Unidas C. d., 1999), adoptada en octubre de 1999 también bajo el amparo del Capítulo VII de la Carta de la ONU, y subsiguientes⁶ se refieren al régimen sancionatorio contra los talibanes y al-Qaeda. Concretamente, tratan de la congelación de activos, el impedimento de ingreso o tránsito y la prohibición de venta o suministro de armas y materiales conexos, en relación a la lista de individuos identificados como pertenecientes a alguno de dichos grupos y Osama Bin Laden. Esta lista, elaborada por los miembros del Consejo de Seguridad⁷, es gestionada

⁵ La resolución habla de “acuerdos relevantes” en materia de lucha contra el terrorismo. En este sentido, considero una interpretación adecuada del texto y espíritu de la resolución el que se incluyan bajo esta categoría también los instrumentos regionales contra el terrorismo. Consecuentemente, la ratificación y aplicación plena de la Convención Interamericana contra el Terrorismo también sería vinculante para todos los Estados Miembros. En el mismo sentido: *United Nations Office on Drugs and Crime, “Legislative Guide to the Universal Legal Regime against Terrorism”*; ed. UN, New York, 2008, p. 4.

⁶ En este sentido es importante destacar la S/RES/1822 (2008) que trata el régimen de sanciones (congelación de activos, restricción de viaje y embargo de armas).

⁷ Para acceder a la lista: <http://www.un.org/sc/committees/1267/consolist.shtml>. La elaboración de esta lista, conocida como “Lista Consolidada” ha sido objeto de agrias polémicas. Se ha puesto en cuestión por parte de sectores críticos—encabezados por el Consejo de

por un Comité, creado en virtud de la propia resolución 1267, que supervisa la puesta en práctica de las sanciones, compila, pone al día y hace circular las listas de personas y las entidades conforme a las sanciones, y analiza los informes de los Estados Miembros. Esta resolución, y las relativas al mismo asunto, piden buscar soluciones en el ámbito de la cooperación internacional para asegurar el enjuiciamiento efectivo de las personas identificadas en la lista—en este sentido, han sido de especial trascendencia las circulares de INTERPOL, tanto la naranja como la especial de la ONU. Finalmente, sería importante recalcar que nos hallamos ante un doble régimen jurídico, puesto que la resolución 1373 (2001) es también aplicable en su totalidad a los miembros de estos grupos.

Por último, las resoluciones 1540, 1673 y 1810 del Consejo de Seguridad⁸, se refieren al establecimiento de controles domésticos para evitar la proliferación de armas de destrucción masiva. Así mismo, tratan de impedir que se proporcione ayuda, bajo cualquier forma, a los agentes no-estatales que pretendan desarrollar, adquirir, fabricar, transportar o utilizar armas de destrucción masiva. También la resolución 1540 establece un Comité dependiente del Consejo de Seguridad y que, como experto, lo asesora en esta materia. Finalmente, estas resoluciones promulgan la aplicación de medidas de contabilización, protección física, control fronterizo y de policía, y controles nacionales de exportación y transbordo (incluidos los del suministro de fondos y servicios, así como la financiación, relacionados con esas exportaciones y transbordos).

Prosiguiendo con la lógica deductiva que nos lleva de lo general a lo particular, es importante mencionar algunos tratados universales contra el terrorismo que, como se mencionó anteriormente, representan los esfuerzos de la sociedad internacional, desde los años 1960 por luchar contra el terrorismo desde un punto de vista jurídico.

Si se tuviera que destacar el elemento más importante que ofrecen estos 16 instrumentos⁹—convenios, convenciones, protocolos y enmiendas—para luchar contra el

Europa—, no sólo el proceso de elaboración de la lista sino también el (inexistente hasta la reciente reforma del mecanismo por parte de las resoluciones 1730 y 1735 del Consejo de Seguridad) de “des-listado”. En torno a ello se sitúan argumentos relativos a la vulneración de derechos individuales, como el de propiedad o tránsito, por ejemplo, sin opciones a recurso por vía judicial con la consecuente indefensión de los incluidos en la lista. Aunque las posiciones, tras sucesivas reformas del mecanismo, se han ido acercando, aún quedan en nuestra opinión muchos asuntos por resolver y la herramienta dista mucho de ser perfecta.

⁸ S/RES/1540 (2004); S/RES/1673 (2006); S/RES/1810 (2008)

⁹ Convenio sobre las Infracciones y Ciertos Otros Actos Cometidos a Bordo de las Aeronaves (1963); Convenio para la Represión del Apoderamiento Ilícito de Aeronaves (1970); Convenio para la Represión de Actos Ilícitos Contra la Seguridad de la Aviación Civil (1971); Convención sobre la Prevención y el Castigo de Delitos Contra las Personas Internacionalmente Protegidas (1973); Convención Internacional Contra la Toma de Rehenes (1979); Convención sobre la Protección Física de los Materiales Nucleares (1980); Protocolo para Represión de Actos Ilícitos en Aeropuertos que Presten Servicio a la Aviación Civil Internacional (1988); Convenio para la Represión de Actos Ilícitos contra la Seguridad de la Navegación Marítima (1988); Protocolo para la Represión de Actos Ilícitos Contra la Seguridad de las Plataformas Fijas (1988); Convenio sobre la Marcación de Explosivos Plásticos para los Fines de Detección (1991); Convenio Internacional para la Represión de los Atentados Terroristas Cometidos con Bombas (1997); Convenio Internacional para la Represión de

terrorismo, éste sería sin duda el de requerir que los Estados que los adopten, tipifiquen los más de 50 actos de terrorismo identificados en su interior. Esta aseveración conlleva dos dimensiones, una expansiva—existe una gran variedad de herramientas y mecanismos legales que se pueden utilizar para combatir el terrorismo—, y otra restrictiva—el principio jurídico que impregna toda esta variedad: *aut dedere aut indicare*, con lo que el fin último es uno, el de traer a los terroristas frente a la justicia. A raíz de esto último, y también a modo de consideración general, es necesario recalcar que la acción jurídica para la aplicación de estas medidas está en manos de los Estados en virtud de su propia soberanía. A pesar que durante las negociaciones del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional,¹⁰ se discutió acerca de incorporar el terrorismo como uno de los delitos sobre los que la Corte podría tener competencia—además de los de genocidio, crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad y crímenes de agresión—, y que se especula con cierta frecuencia acerca de la posible revisión de esta decisión en caso de enmendarse el Estatuto, lo cierto es que no existe a día de hoy, ningún tribunal internacional con jurisdicción sobre los delitos tipificados en los instrumentos universales.

Se puede, siguiendo un razonamiento weberiano, agrupar los 16 instrumentos legales universales contra el terrorismo en 4 categorías; aquellos relativos a la seguridad marítima—los cuales fueron desarrollados por la Organización Marítima Internacional (OMI)—, los referidos a la seguridad de la aviación civil—desarrollados por la Organización de Aviación Civil Internacional (OACI)—, los que tratan sobre la protección del material nuclear—desarrollados por la Agencia Internacional de Energía Atómica (AIEA)—, y aquellos otros impulsados por la Asamblea General de la ONU—el de Personas Internacionalmente Protegidas (1973), el de Toma de Rehenes (1979), el Convenio de 1997 sobre atentados con bombas, el de 1999 sobre Financiación, y el de 2005 sobre Terrorismo Nuclear—. ¿Qué elementos comunes tienen todos estos tratados? En primer lugar, la tipificación de la conducta definida; segundo, el establecimiento de la jurisdicción sobre ese tipo penal; y tercero, la obligación de enjuiciar o extraditar (*aut dedere aut iudicare*), así como medidas sobre cooperación internacional y sus elementos propios. La excepción al elemento de tipificación de conductas terroristas emana de dos de los dieciséis

la Financiación del Terrorismo (1999); Convenio Internacional para la Represión de los actos de Terrorismo Nuclear (2005); Enmienda de la Convención sobre la protección física de los materiales nucleares (2005); Protocolo del Convenio para Represión de Actos Ilícitos Contra la Seguridad de la Navegación Marítima (2005); Protocolo para la Represión de Actos Ilícitos Contra la Seguridad de las Plataformas Fijas (2005). Todas las convenciones están disponibles en: <http://www.unodc.org/unodc/en/terrorism/conventions.html>.

¹⁰ Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. El texto del Estatuto de Roma que se distribuyó como documento A/CONF.183/9, de 17 de julio de 1998, enmendado por los procès-verbaux de 10 de noviembre de 1998, 12 de julio de 1999, 30 de noviembre de 1999, 8 de mayo de 2000, 17 de enero de 2001 y 16 de enero de 2002. El Estatuto entró en vigor el 1o de julio de 2002. Disponible en: [http://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute\(s\).pdf](http://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute(s).pdf).

instrumentos, el Convenio Sobre las Infracciones y Ciertos Otros Actos Cometidos a Bordo de las Aeronaves, de 1963, el cual trata básicamente de resolver el tema de la jurisdicción en caso de que se cometan esas determinadas conductas, y el Convenio de 1991 sobre la Marcación de Explosivos Plásticos para los Fines de Detección, el cual trata temas de detección que no necesitan ser, por su naturaleza, tipos penales.

En lo relativo al tema del establecimiento de la jurisdicción es importante destacar que nos encontramos, al tomar en cuenta las resoluciones y los tratados contra el terrorismo, ante lo que el Profesor Cassese¹¹ denominó una jurisdicción cuasi-universal. Este concepto se desprende de la gran variedad de recursos de que se disponen en los instrumentos universales para establecer la jurisdicción al cometerse un acto de terrorismo. La jurisdicción se puede establecer sobre la base del principio de territorialidad, del país de registro del buque o aeronave, de la nacionalidad del inculpado, de la nacionalidad de la víctima (establecimiento opcional de la jurisdicción), sobre la base del principio del interés nacional, e incluso sobre la base de la presencia del presunto delincuente en el territorio de un tercer Estado.

Antoine de Saint-Exupery dijo, «*L'homme se découvre quand il se mesure avec l'obstacle*»¹², así pues, veamos ahora los obstáculos que podemos encontrarnos al utilizar estos instrumentos. Además del problema de la aplicación de estos tratados señalado en párrafos anteriores, el problema práctico más acuciante es probablemente el de la difícil conjunción de la imperatividad en cuanto a la ratificación e implementación de los instrumentos, emanada de la adopción bajo el Capítulo VII de la Carta de la resolución 1373 del Consejo de Seguridad, con la falta de recursos técnicos, humanos y financieros de ciertos países para ponerlos en práctica. Ante ello, la sociedad internacional, sobre todo a través de los países donantes y de las organizaciones internacionales, regionales y sub-regionales competentes, ha reaccionado prestando asistencia técnica y fondos a los Estados que así lo solicitan. En ese sentido, es destacable la labor, respaldada por sus donantes, de la Subdivisión para la Prevención del Terrorismo de la ONUDD—de alcance universal—y de la Secretaría del CICTE—de alcance regional—por sólo poner un ejemplo de una eficiente asociación estratégica en la materia¹³.

¹¹ Por ejemplo, en: Cassese, Antonio, *International Criminal Law*; ed. Oxford, Oxford University Press, 2003.

¹² “El hombre se descubre al medirse con el obstáculo”.

¹³ Otros ejemplos destacados de asistencia en el ámbito legislativo serían aquellos proporcionados por los Comités de la ONU nacidos de las resoluciones 1267, 1540 y 1373 (en especial el Directorio Ejecutivo de este último), el Fondo Monetario Internacional y el GAFI en lo que respecta a la financiación del terrorismo, así como la Secretaría de la *Commonwealth*, CARICOM, la Comisión para el Control del Abuso de Drogas de la OEA (OEA/SSM/CICAD), y la Secretaría de Asuntos Jurídicos de la OEA, en el ámbito regional, entre otros.

Otro obstáculo destacable sería el asunto de los actos preparatorios. Habría que clarificar que, hasta los Convenios de 1997 y 1999, los instrumentos legales universales habían seguido un patrón creativo condicionado por las circunstancias de cada caso (acciones terroristas concretas) y por lo tanto, tienen una naturaleza reactiva ante las diferentes amenazas terroristas. A partir de 1997 el patrón es más bien proactivo, por lo que el aspecto de prevención que debe ser parte de cualquier política de justicia penal efectiva ya sí está plasmado. Yendo al detalle, las convenciones y protocolos no recogen las figuras jurídicas de la conspiración, planificación, preparación u otras medidas prospectivas, sino sólo la comisión, tentativa, complicidad, el dar orden a, el dirigir, y el contribuir a. Sin embargo, desde 1997 y sobre todo a partir de la resolución 1373 (“aquellos que participen en el (...) financiamiento, planificación y preparación de dichos actos”) y el Convenio de 1999, la tendencia se invierte.

En torno a este aspecto preventivo de un sistema de justicia penal efectiva gira también la cuestión de la conveniencia (o no) de recoger en la legislación antiterrorista el tipo del “*incitement*”, es decir, la apología del o instigación (o incitación) al terrorismo. En realidad el problema, que es uno relativo al respeto de las libertades—en especial la de expresión—básicas de nuestros sistemas político-jurídicos, no es tal en caso de que los Estados quieran recoger dicho tipo delictivo. Y ello porque la solución técnico-jurídica viene de la mano de diferentes fuentes. En primer lugar, ya en el artículo 20.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se señala que: “Toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia estará prohibida por la ley”¹⁴. Evidentemente, el terrorismo contemporáneo tiene esos factores nacional/racial/religioso primordialmente, por lo que el artículo sería aplicable en lo que nos concierne. Esta posición también estaría refrendada por la alusión que hace el Estatuto de Roma de la CPI21 en su artículo 25.3.e, al tratar el delito de genocidio, y por el párrafo 5 de la resolución 1373 del Consejo de Seguridad de la ONU, en el que se prohíbe explícitamente la incitación¹⁵, y la resolución 1624 (2005) del Consejo de Seguridad de la ONU sobre el asunto¹⁶. También ha sido tratada la cuestión en el ámbito regional, como prueba la formulación del artículo 5 de la Convención de 2007 sobre Prevención del

¹⁴ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966, entrada en vigor: 23 de marzo de 1976. Disponible en: http://www.unhchr.ch/spanish/html/menu3/b/a_ccpr_sp.htm.

¹⁵ Op. cit. “Respecto del crimen de genocidio, haga una instigación directa y pública a que se cometa”.

¹⁶ Op. cit. “*Declara* que los actos, métodos y prácticas terroristas son contrarios a los propósitos y principios de las Naciones Unidas y que financiar intencionalmente actos de terrorismo, planificarlos e incitar a su comisión también es contrario a dichos propósitos y principios de las Naciones Unidas.

Terrorismo, adoptada por el Consejo de Europa, en donde se intenta equilibrar la solución garantizando la libertad de expresión y limitando el tipo penal a declaraciones públicas y actos dolosos¹⁷.

Para concluir este punto sería conveniente hacer una somera alusión, a la inclusión de elementos intencionales en la tipificación de los actos de terrorismo. Si bien no existe óbice a la inclusión de la finalidad terrorista en relación a un acto concreto—y de esta manera se recoge, por ejemplo, en la legislación británica—, parece recomendable en este sentido prescindir de cualquier elemento de finalidad o expresiones como: “con fines terroristas”, para no tener que probar la finalidad subjetiva; los convenios universales no exigen, por ejemplo, tener una determinada ideología para castigar la acción de un terrorista de hacer explotar un avión¹⁸. De este modo también se simplifican las cosas para cumplir, por ejemplo, con el requisito de la doble incriminación llegado el caso de una posible extradición del inculpaado.

El marco jurídico interamericano contra el terrorismo está construido alrededor de la Convención Interamericana contra el Terrorismo (CICT)¹⁹. La CICT ha sido firmada por todos los Estados Miembros de la OEA y 24 de ellos la han ratificado. La Convención, nacida como reacción de los Estados Miembros de la OEA a los brutales atentados del 11 de septiembre de 2001, se configura como un novedoso instrumento jurídico contra el terrorismo—sobre todo en lo relativo a la defensa del pleno respeto de los derechos humanos en la lucha contra esta lacra—que tiene por objetivo principal, el que los Estados Miembros adopten “medidas eficaces para prevenir, sancionar y eliminar el terrorismo mediante la más amplia cooperación.”²⁰ Ahora bien, ¿cómo se integra esta voluntad regional, traducida en un instrumento jurídico propio, con aquella universal que hemos venido estudiando?.

La respuesta la tenemos en el artículo 2 de la CICT, el cual hace una referencia explícita a los instrumentos legales universales contra el terrorismo y reenvía a ellos en

¹⁷ S/RES/1624 (2005). Esta resolución está adoptada bajo el capítulo VI de la Carta de la ONU.

¹⁸ *Council of Europe Convention on the Prevention of Terrorism*. Firmada en Varsovia el 16 de abril de 2005 y en vigor en 2007. No existe una traducción oficial al español, sólo disponible en inglés o francés: <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/196.htm>.

¹⁹ Convención Interamericana contra el Terrorismo, aprobada en Barbados el 3 de junio de 2002. AG/RES. 1840 (XXXII-O/02). Entrada en vigor el 10 de julio de 2003. Disponible en: http://www.oas.org/xxiiiga/espanol/documentos/docs_esp/AGres1840_02.htm. En el ámbito interamericano existe un precedente normativo, la Convención Para Prevenir y Sancionar los Actos De Terrorismo Configurados en Delitos Contra las Personas y La Extorsión Conexa cuando estos Tengan Trascendencia Internacional, Suscrita en el Tercer Período Extraordinario de Sesiones de la Asamblea General, celebrada en Washington, DC, el 2 de febrero de 1971; disponible en: <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-49.html>. Este precedente, ha sido derogado de facto por la remisión del artículo 2 de la CICT a los instrumentos universales, los cuales ya recogen los tipos delictivos que esta Convención de 1971 pretende sancionar.

²⁰ Op. cit. Preámbulo, párrafo 3. En el mismo sentido, ver artículo 1.

materia de tipos penales. Esta hábil fórmula permite al legislador interamericano adoptar las medidas propias recogidas en la CICT al tiempo que asegura una armonización jurídica con el nivel geográfico-legislativo inmediatamente superior. El artículo 2 nombra explícitamente 10 instrumentos legales universales contra el terrorismo. Esto se debe a que, en el momento de su elaboración, existían únicamente 12 instrumentos, dos de los cuales no contenían tipos penales—tal y como vimos en el punto 2.2 de este trabajo—. A pesar de la mención explícita, creo que, por el espíritu en el que está redactada la CICT, sería aceptable la interpretación de esta lista como un *numerus non clausus*, debiéndose incluir, por lo tanto, los instrumentos legales universales en la materia nacidos con posterioridad a la entrada en vigor de la CICT²¹.

La fórmula del artículo 2, al concordarse con el marco universal, hace posible no sólo una mayor alineación legislativa de los Estados, sino que también contribuye a que exista una mayor garantía de que los tipos penales relativos al terrorismo sean precisos y no ambiguos, y por ende a que se respeten las premisas básicas de los principios de legalidad y seguridad jurídica, tal y como señalan las normas del derecho internacional de los derechos humanos. Los artículos 4, 5 y 6 de la CICT tratan, respectivamente, sobre la obligación que tienen los Estados de legislar para prevenir, combatir y erradicar la financiación del terrorismo; para identificar, congelar, embargar y decomisar fondos relacionados con actos terroristas; y para el establecimiento de delitos de terrorismo como determinantes (precedentes) de delitos de lavado de dinero. La inclusión de estas obligaciones en una parte tan temprana del articulado de la convención parece responder adecuadamente a la importancia que la sociedad internacional ha otorgado al tema de la financiación del terrorismo—como pone de manifiesto, por ejemplo, la resolución 1373 del Consejo de Seguridad de la ONU o el Convenio de 1999 sobre la materia—. De hecho, estas previsiones están en línea con el marco legal universal, como acabamos de mencionar, y con las Recomendaciones del GAFI²². El delito de financiación del terrorismo debe ser legislado de manera autónoma—por ser determinante o precedente del de lavado de activos y por tener características propias que lo diferencian de aquél—y se puede incurrir en él con independencia de que finalmente se cometa el acto de terrorismo. Esto

²¹ En virtud de la imperatividad de ratificación y aplicación de los instrumentos nacida de la resolución 1373 del Consejo de Seguridad, los nuevos instrumentos universales tienen también vigencia en el marco interamericano, independientemente de que no estén explícitamente mencionados en el artículo 2 de la CICT. Por supuesto, y ésta es otra cuestión con matices, el principio sí regiría en el caso de que el acto de terrorismo se hubiera cometido antes de que el país se hubiera obligado (ratificado) e implementado dicho instrumento en el ámbito interno.

²² Sobre las 40 Recomendaciones y las 9 Recomendaciones Especiales del Grupo de Acción Financiera (GAFI), y su importancia internacional ver: http://www.fatfgafi.org/pages/0,2987,en_32250379_32235720_1_1_1_1_1,00.html.

último es de especial importancia puesto que refleja la aproximación de justicia penal preventiva que venimos tratando.

En los artículos 11, 12 y 13 de la CICT tenemos otros buenos ejemplos de cómo entroncan los principios del marco legal universal con los del marco interamericano. Estos artículos se refieren, respectivamente, a la inaplicabilidad de la excepción de delito político en las solicitudes de extradición y asistencia jurídica mutua, y a la inaplicabilidad del estatus de refugiado o la aplicación del asilo a presuntos autores de delitos terroristas. Como se puede deducir, el principio que subyace en estos artículos es el de “*no safe haven*”. Podemos encontrar cláusulas similares en el Convenio Internacional para la Represión de los Atentados Terroristas cometidos con Bombas de 1997 (artículo 11), en la Convención de las Naciones Unidas sobre el Estatuto de los Refugiados²³, y en el Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo de 1999 (artículo 14). Un efecto jurídico trascendente en el ámbito interamericano de la aplicación de estos artículos es la no aplicabilidad—basada en los principios *lex specialis derogat lex generalis* y *lex posterior derogat anterior*—para los casos de terrorismo, del artículo 9 inciso c.) de la Convención Interamericana sobre Asistencia Mutua en Materia Penal²⁴, que establece: “el estado requerido podrá denegar la asistencia cuando a su juicio (...) la solicitud se refiere a un delito político, o conexo con un delito político, o delito común perseguido por una razón política”; y del artículo 4.4 de la Convención Interamericana sobre Extradición²⁵, que establece que “la extradición no es procedente (...) cuando con arreglo a la calificación del estado requerido se trate de delitos políticos, o de delitos conexos o de delitos comunes perseguidos con una finalidad política”, y del artículo 6 que establece que no debe limitarse el derecho de asilo en los procesos de extradición.

Partiendo de los principios señalados por los instrumentos universales contra el terrorismo, y en su conjunción con la CICT, podemos concluir que los Estados, para adecuarse a ambos marcos normativos, deberán incluir en su legislación sobre extradición:

- El principio “aut dedere aut judicare” —extraditar o juzgar—²⁶.

²³ Convención de la ONU sobre el Estatuto de los Refugiados, firmada el 14 de diciembre de 1950; entrada en vigor: 22 de abril de 1954. Disponible en: http://www.unhchr.ch/spanish/html/menu3/b/o_c_ref_sp.htm.

²⁴ Convención Interamericana sobre Asistencia Mutua en Materia Penal. Firmada en Nassau el 23 de abril de 1992. Vigésimo segundo período ordinario de sesiones de la Asamblea General de la OEA. Entrada en vigor el 14 de abril de 1996. Disponible en: <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-55.html>.

²⁵ Convención Interamericana sobre Extradición. Firmada en Caracas el 25 de febrero de 1981. Conferencia Interamericana Especializada sobre Extradición. Entrada en vigor el 28 de marzo de 1992. Disponible en: <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-47.html>.

²⁶ Recogido por ejemplo en la Resolución 1373 (2001) y en la Resolución 1566 (2004) del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas.

- Los delitos de terrorismo se considerarán incluidos de pleno derecho en cualquier tratado de extradición existente o futuro—efecto modificadorio de los tratados que sean contradictorios—.
- Si no existe la condición de tener tratado de extradición los delitos de terrorismo serán considerados extraditables automáticamente.
- Se dará tratamiento a los delitos como si hubieran sido cometidos en el territorio del Estado al que se pide la extradición.
- Cuando se requiera un tratado de extradición y a falta del mismo se podrá utilizar el convenio universal específico como la base jurídica para la extradición.
- Tratándose de los delitos de financiación del terrorismo no debe negarse la extradición o la asistencia por la excepción de secreto bancario ni de delito fiscal.

Además de las medidas legislativas que en virtud de la ratificación de la CICT los Estados Parte tienen la obligación de poner en vigor, también se incluyen en la convención una serie de artículos que tratan sobre la necesaria cooperación internacional en la materia—artículo 4, sobre intercambio de información financiera, artículo 7, sobre controles fronterizos, artículo 8, sobre la efectiva aplicación de la ley, y artículo 9, sobre asistencia jurídica mutua.

Hay que cooperar para poder luchar eficientemente contra el terrorismo, pero, además, hay que hacerlo dentro del pleno respeto al Estado de Derecho. Como adujo elocuentemente el pensador John Locke, “*Wherever law ends, tyranny begins*”²⁷. La CICT recoge este imperativo de la sociedad internacional contemporánea y se constituye en el primer instrumento internacional contra el terrorismo que dedica un capítulo específico para establecer como una condición esencial en la lucha contra el terrorismo el respeto a los derechos humanos fundamentales. El artículo 14 reconoce una excepción a la obligación de ofrecer asistencia jurídica—y no a la extradición—en aquellos casos en que el Estado solicitado tiene razones fundadas para creer que la solicitud ha sido hecha con el fin de enjuiciar o castigar a una persona por motivos de raza, religión, nacionalidad, origen étnico u opinión política; esto coincide con el principio de igualdad ante la ley y de no

²⁷ “Allí donde termina la ley, comienza la tiranía”. John Locke, “*Second Treatise of Civil Government*”, 1689; disponible en diversas editoriales.

discriminación establecido en la Declaración Universal de los Derechos Humanos²⁸. Por su parte, el artículo 15 de la convención establece la obligación de respetar el Estado de Derecho, los derechos humanos, las libertades fundamentales, el derecho internacional, el derecho internacional humanitario, el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional de los refugiados. En este artículo se establece específicamente el derecho de los detenidos a un trato justo y al goce de todos sus derechos y garantías conforme a la legislación del lugar donde se encuentren y a las disposiciones del derecho internacional²⁹.

3.2.4 ANTECEDENTE LEGISLATIVO CONTRA LA CRIMINALIDAD ORGANIZADA

La Ley Contra el Crimen Organizado y Delitos de Realización Compleja, ahora Ley Contra el Crimen Organizado, según decreto legislativo No. 65, del 20 de julio de 2018, publicado en el diario oficial No. 148, tomo 420, del 14 de agosto de 2018, fue decretada como un imperativo adquirido por El Salvador, al ratificar y aprobar el Convenio de las Naciones Unidas Contra el Crimen Organizado Transnacional [Convenio de Palermo], el que constituye ley de la República por mandato del artículo 144 de la Constitución de la República. Esta ley es la máxima expresión de la política criminal de la globalización desarrollada por el legislador salvadoreño hasta antes de la LECAT; es la lucha contra el crimen organizado la que debió servir de base para la configuración de la misma, sin embargo, el legislador salvadoreño fue parco en la forma de regular con la ley, al no mantener la delimitación entre crimen común con la delincuencia organizada, dando un tratamiento semejante a ambos fenómenos criminales, afectando el artículo 3 de la Constitución de la República, en materia político-criminal, y otra serie de garantías constitucionales que se vierten a favor del crimen común, al considerarlo bajo el rubro de la política criminal de la globalización, en esa línea las pandillas no se pudieron frenar con el derecho penal liberal.

Con la ratificación por parte de nuestro país de la Convenio de Palermo, se establecen los requisitos mínimos para considerar la existencia del crimen organizado, y estos son: 1. El cometimiento de hechos punibles catalogados como *delitos graves*; 2. La finalidad de obtener *beneficios económicos o materiales*; 3. Cierta *permanencia temporal*,

²⁸ Declaración Universal de los Derechos Humanos. Adoptada y proclamada por la Resolución de la Asamblea General 217 A (iii) del 10 de diciembre de 1948. Artículos 2.1 y 7 particularmente. Disponible en: <http://www.un.org/spanish/aboutun/hrights.htm>. En el mismo sentido, Convención Interamericana sobre Asistencia Mutua en materia Penal, artículo 9 inciso b).

²⁹ Sobre la relaciones entre derechos humanos y terrorismo, es muy recomendable la lectura y estudio del Informe publicado en 2002 por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), disponible en: <http://www.cidh.oas.org/Terrorism/Spain/indice.htm>

y; 4. El *acuerdo común* de realizar los delitos graves para lograr la finalidad lucrativa. Estos requisitos deberían estar directamente plasmados en la ley por orden del artículo 144 de la Constitución de la República.

La definición actual de crimen organizado que nos encontramos en la ley en el Art. 1 Inc. 2° es: **“Se considera crimen organizado aquella forma de delincuencia que se caracteriza por provenir de un grupo estructurado de tres o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves, con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio”**, y de lo cual se debe destacar que el legislador, mediante la reforma a la mencionada ley, del 20 de julio de 2018, ya que esta corrigió las omisiones en su configuración inicial³⁰.

Posteriormente fue que el legislador tuvo a bien reformar dicho precepto legal, y por ello no solo incluyó tres personas o más como mínimo para ser considerado crimen organizado, que debe tratarse de uno o más delitos graves, sino que además se incluyó por finalidad la de obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio, lo que originalmente no estaba considerado. Sólo la finalidad lucrativa o de subversión política, determina que una organización sea criminal conforme a la doctrina actual (Barja de Quiroga, 2001), por ello, desligado de la definición ese requisito esencial adquiere una ampliación en la aprehensión de conductas, y se incluiría como objeto de mayor represión penal a la criminalidad común, que debe gozar de la plena vigencia de derechos y garantías fundamentales.

En cuanto al número de personas para que se pueda considerar una estructura como crimen organizado, la ley actualmente establece un mínimo de tres, con lo cual se adecuó al Convenio de Palermo, que señala como mínimo tres personas, en su artículo 2 letra a. Luego, ahora en la definición de la ley, se determina que los hechos punibles realizados en el seno del crimen organizado deben ser catalogados como graves, por lo cual no puede tratarse de delitos menos graves, lo que en su configuración original era atentatorio para el Convenio de Palermo, ya que éste exige que los delitos realizados en el

³⁰ Previo a la reforma, se definía como crimen Organizado como: “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.”

seno del crimen organizado sean de carácter *grave*, «*Por —delito grave—* –según el artículo 2. b. de la Convención– *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*», y en el CP: «*Son delitos graves los sancionados con pena de prisión cuyo límite máximo exceda de tres años (...)*», y aunque en abstracto, en los máximos no existen actualmente tipos penales con fracciones en meses, arriba de los tres años de prisión, debe considerarse que cuando se trata de delitos imperfectos o de la aplicación de circunstancias que puedan variar la dosimetría de las penas, podrían en concreto considerarse penas de prisión superiores a tres años e inferiores a los cuatro años de prisión, en cuyo caso de conformidad al artículo 144 de la Constitución de la República, se debe aplicar lo dispuesto en el Convenio, la cual es una disposición más beneficiosa al contemplar el delito grave el mayor a cuatro años de prisión y no simplemente mayor a tres años de prisión como lo establece el artículo 18 del Código Penal.

Por lo tanto, el legislador ha establecido, que la política criminal de la globalización, ha sido una herramienta para poder combatir la delincuencia organizada, incluyendo bajo el mismo manto normativo los supuestos delitos, de categoría común o convencional, comprendiendo los injustos de homicidio simple y agravado, secuestro y extorsión, incluyendo sus respectivas formas preparatorias las que, desde luego, su persecución esta encaminada a combatir aquellos actos preparatorios que como grupo criminal buscan realizar aquellos delitos comunes pero que tienen una legitimación dentro de la actuación criminal (Ferrajoli L. , 1992).

Una falencia sustantiva de la Ley del Crimen Organizado es haber formulado la misma sin haberse criminalizado expresamente el *tipo de crimen organizado*, tal como lo ordena la Convención de Palermo en el Art. 5, semejante obligación es expresa en tal disposición al mandar que: «*1. Cada Estado Parte adoptará las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometen intencionalmente: (...)*», y a continuación describe las conductas de autor y partícipe de crimen organizado que deben penalizarse, precisamente eso fue lo que obvió nuestro legislador, es por ello el pecado legislativo más serio de dicha ley. Esas conductas típicas serían el basamento del injusto, y, por lo tanto, la necesaria referencia legal para la determinación de la autoría y participación. La autoría y participación en el injusto del crimen organizado no tiene existencia legal, al no observar punibilidad, su constatación es de

carácter material en nuestro medio y por supuesto también dogmático como se da a conocer en la presente investigación.

A nivel *orgánico* la ley ha mostrado cierto desarrollo, con la creación de juzgados especializados en el conocimiento del crimen organizado, por lo menos, eso es lo que pretendió el legislador, pero en realidad su competencia también está referida como se expuso al crimen común, por lo que no es de extrañar la concreta sobrecarga de casos. A nivel *procesal* la ley enfatiza la utilización de métodos científicos para efectos probatorios, y es admitida expresamente *la prueba testimonial de referencia* en ciertos casos según el Art. 10 Ley del Crimen Organizado y se le da carácter público a la acción penal de acuerdo al Art. 15; es en el marco de ésta política criminal que se decretó también la Ley Especial para la Protección de Víctimas y Testigos, mediante la que se busca la protección del sujeto pasivo y del testigo del injusto cometido por el crimen organizado, en detrimento de ciertos derechos y garantías constitucionales.

3.2.4.1 DEFINICIÓN DE CRIMEN ORGANIZADO

Hasta hace poco no había un consenso en la doctrina sobre lo que constituía crimen organizado, sin embargo, en la actualidad a partir de la definición de crimen organizado que se efectúa en la Convención de Palermo, la comunidad internacional llegó a un acuerdo sobre las pinceladas jurídicas esenciales del delito del crimen organizado, con la obligación paralela de tipificar esta forma de criminalidad en las legislaciones nacionales, que en el caso de El Salvador como suscriptor de la referida Convención, cumplió por lo menos a nivel formal y aparente con las obligaciones internacionales derivadas de dicho instrumento con la formulación de la Ley del Crimen Organizado que entró en vigencia el 01/04/2007, y en cuyo Art. 1 Inc. 2° se consagra que: «*se considera crimen organizado aquella forma de delincuencia que se caracteriza por provenir de un grupo estructurado de tres o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves, con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio*», se trata como se verá de una definición legal muy excesiva, que se sale del contenido definido en el Convenio de Palermo.

Si bien hay muchos autores que señalan una serie de características que destacan la esencia del crimen organizado, las mismas son relativas y pueden estar o no presente en tal forma de crimen asociativo, pero las que forman parte de su esencia son: 1) una estructura de tres o más personas, 2) que tiene por finalidad directa o indirecta la obtención

lucro o beneficios materiales, 3) que para el logro de sus fines utiliza una serie de delitos graves como medio efectivo de su realización, 4) y se trata de una entidad que posee cierta permanencia en el tiempo. El adjetivo «organizado» se modula a partir de la distribución y enlace de los roles de sus miembros para que se pueda obtener el lucro que guía su accionar, desde luego, la organización no implica una actividad fugaz o efímera, si no que existe un ánimo de perdurabilidad en el tiempo, como si se tratase de una empresa criminal, haciéndola más peligrosa al ser la ejecución de crímenes graves su giro principal.

En la actualidad se ha expandido la configuración jurídica del crimen organizado, y de manera paralela y alternativa se ha incluido aquel tipo de crimen organizado que tiene por finalidad la subversión constitucional, en otras palabras, las organizaciones terroristas son una forma de crimen organizado. Claro está que la configuración de los tipos de terrorismo en virtud del principio de reserva de ley, han tenido que ser objeto de una tipificación específica por parte del legislador, lo que permite perfilar dos vertientes diferentes del crimen organizado, pero solo a partir de sus objetivos marcadamente distintos. Ahora bien, si se analiza detenidamente la definición legal de este fenómeno criminal, el legisferante confundió la finalidad con el medio, en vez de comprender que la organización tiene como propósito la obtención directa o indirecta de beneficios económicos o materiales, erróneamente consignó: «*el propósito de beneficio económico u otro beneficio*», los crímenes son el medio para obtener lucro, y además no se trata de la comisión de cualquier crimen, sino que deben ser crímenes catalogados como graves según el Código Penal.

Otra cuestión muy importante es que la Ley Contra el Crimen Organizado no solamente debía definir crimen organizado, sino también convertir la definición en un supuesto de hecho, y enlazarle la correspondiente consecuencia jurídica, pero no lo hizo, en ese sentido, las disposiciones de dicha ley, con la constitución de los juzgados especializados y la regulación de un procedimiento más inquisidor, no necesariamente para el crimen organizado. Lo anterior resulta relevante por varios motivos, en primer lugar, no es de recibo en un Estado democrático confundir el crimen organizado con la criminalidad común, el crimen organizado es objeto de la política criminal de la globalización, y como bien es sabido, debido al alto poder de corrosión de los elementos básicos de la democracia que produce el crimen organizado, es que se ha diseñado un tipo de respuesta proporcional evidentemente más represiva, hay una considerable reducción de derechos y garantías fundamentales en el trámite del procedimiento penal, que se ve reflejado tanto en la

situación jurídica de los imputados como en la recolección de información forense, de tal manera que aplicar dichos mecanismos restrictivos en la criminalidad común resulta injustificable a la luz de la ley suprema.

3.2.5 CONTEXTO HISTORICO DE LA LECAT.

En el período que nos ocupa, en El Salvador se observaba una tendencia político-criminal que extendía el concepto de actos terroristas a diversos tipos de conflictividad social y delincencial que se observaba —y aún se observa— en este país. Uno de ellos es el fenómeno de las maras o pandillas, el cual claramente tiene una expresión delincencial, ya que muchos miembros de estas agrupaciones cometen delitos de todo tipo, incluso asesinatos atroces, extorsiones y hechos delictivos relacionados con el crimen organizado. Sin embargo, también es claro que este es un fenómeno que responde a diversos factores causales, entre ellos los de carácter social, político y económico.

Esos factores causales que hace más de veinte años dieron origen a las maras o pandillas no fueron atendidos suficientemente; por el contrario, se privilegiaron acciones, medidas y políticas principalmente punitivas, con las que las pandillas fueron tratadas como la peor amenaza para la seguridad del país y, en aquel entonces, se las vinculó de manera oficial con el terrorismo, tal como quedó de manifiesto en el discurso de un expresidente de la república, durante la cadena de radio y televisión mediante la cual lanzó públicamente los operativos policiales de Mano Dura, el 23 de julio de 2003³¹. La utilización del terrorismo para el control del fenómeno de las maras o pandillas no comenzó con el lanzamiento del operativo policial Mano Dura; antes del 2003, la Policía Nacional Civil y la Fiscalía General de la República hacían uso del delito de *actos de terrorismo*, tipificado en el artículo 343 del Código Penal, para la captura y el procesamiento de estudiantes de tercer ciclo de educación básica y de bachillerato detenidos por participar en riñas grupales callejeras. Entre 2000 y 2002, según datos de la Dirección de Juventud del Ministerio de Educación, 29 estudiantes fueron capturados y procesados por actos de terrorismo, aunque ninguno de esos casos prosperó en los tribunales correspondientes, ya que las conductas no cumplían con los elementos típicos del delito de actos de terrorismo exigidos por el Código Penal, como el empleo de medios inflamables o explosivos, susceptibles de causar daño a

³¹ En dicho discurso, el expresidente Francisco Flores dijo: “Esta operación que se llama ‘Mano Dura’ busca la desarticulación de las pandillas y la encarcelación de sus miembros. Estamos convencidos que el conjunto de medidas que estamos proponiendo le darán a la sociedad salvadoreña instrumentos necesarios para pelear esta batalla contra los criminales y su *terrorismo delincencial*”. Véase *El Diario de Hoy*, 24.7.2003, p. 5.

la vida o la integridad personal, así como la intención especial de causar temor o terror generalizado en la población (FESPAD, Informe anual sobre justicia penal juvenil., 2004).

Las manifestaciones públicas también fueron tratadas como actos de terrorismo por algunos discursos, acciones y decisiones legislativas³². Entre los antecedentes inmediatos de esta tendencia están los actos de protesta contra la privatización de la seguridad social, realizados por médicos y trabajadores del Instituto Salvadoreño del Seguro Social (ISSS), que fueron reprimidos por policías antimotines. Una de estas represiones tuvo lugar el 28 de abril de 2004, cuando un grupo de personas realizó una toma pacífica de la catedral metropolitana en apoyo a las protestas antes referidas. A raíz de ello se produjeron disturbios callejeros, incluidos actos vandálicos contra bienes públicos y privados que fueron filmados por medios de comunicación televisivos. Como consecuencia de aquellos hechos, el Ministerio de Gobernación de ese entonces anunció la creación de una Ley Antidisturbios que tendría por objeto controlar y sancionar ese tipo de manifestaciones, con disposiciones que otorgarían validez probatoria a los videos tomados por los medios de comunicación (FESPAD, Estado de la seguridad pública y la justicia penal en El Salvador 2004, 2004).

En ese contexto, El Salvador ratificó la Convención Interamericana contra el Terrorismo el 13 de marzo de 2003, la cual entró en vigencia el 10 de julio de ese mismo año. Casi de inmediato, en el mismo mes, el gobierno presentó ante la Asamblea Legislativa el primer anteproyecto de la Ley Especial contra Actos de Terrorismo, pero este no tuvo el respaldo político suficiente y fue enviado al órgano ejecutivo con recomendación de hacerle reformas. El gobierno siguiente (período 1.6.2004 a 31.5.2009), a través del ministro de Gobernación, reenvió a la Asamblea Legislativa el anteproyecto de la Ley Especial contra Actos de Terrorismo, el 29 de noviembre de 2005, pero nuevamente no tuvo consenso en la Comisión de Legislación del Parlamento y en consecuencia el texto tampoco fue aprobado.

El 5 de julio de 2006, en los alrededores del campus de la Universidad de El Salvador, en San Salvador, estudiantes universitarios y miembros de movimientos sociales realizaron una manifestación. Esta fue infiltrada por unos sujetos que con un fusil automático dispararon a un contingente de la Unidad de Mantenimiento del Orden de la

³² Para un análisis sobre la tendencia hacia la criminalización de la protesta social, y la preeminencia de este derecho en el Estado de derecho, véase Roberto Gargarella, *El derecho a la protesta. El primer derecho*, Buenos Aires: Universidad de Buenos Aires y Ad-Hoc, 2005.

Policía Nacional Civil, lo que dejó como resultado dos policías muertos y diez lesionados. El anteproyecto de Ley contra Actos de Terrorismo entró al debate legislativo un día después de ese ataque, el cual fue aprovechado por el gobierno y su fracción legislativa para pedir una rápida aprobación, que se logró el 21 de septiembre de 2006.

En ese contexto, El Salvador, en 2006, aprobó la Ley Especial contra Actos de Terrorismo (LECAT)³³, vigente desde el 16 de noviembre de 2006³⁴, mediante la cual fueron derogados los artículos 343 y 344 del Código Penal vigente, que tipificaban respectivamente los tipos penales de actos de terrorismo y proposición y conspiración para actos de terrorismo, con lo que se reemplazó el tratamiento jurídico-penal del terrorismo que formaba parte del capítulo II (“Delitos relativos a la paz pública”), título XVII (“Delitos relativos al sistema constitucional y la paz pública”), del referido código.

3.3 PRECEDENTE CONSTITUCIONAL EN EL DELITO DE ORGANIZACIONES TERRORISTAS

Para el desarrollo del presente trabajo, es muy importante realizar un análisis crítico de la Sentencia de la Sala de lo Constitucional 22-2007/42-2007/96-2007 Acu, ya que de la misma deviene la problemática en cuestión y que es ahora objeto de estudio. Asimismo, es importante resaltar por parte de este grupo investigador los aspectos que se consideran acertados, así como también aquellos que nos resulten vulneradores o exagerados por parte de la intervención de la Sala de lo Constitucional.

En tal sentido, se puede decir que, como muy bien se expresa en la sentencia referida, es la Asamblea Legislativa el único ente al que le compete realizar la creación de normas y leyes que son las que forman el cuerpo jurídico y normativo de nuestro país; por lo que en ese sentido corresponde también a la misma Asamblea Legislativa el determinar las conductas que determinan si un determinado acto es constitutivo de delito o no, siendo función del Órgano Judicial el realizar la interpretación necesaria, para adecuar dichas conductas al marco legal establecido por el ente creador de las normas, para que el mismo no corra el peligro de ser manipulador de sanciones o penas, debido a esto es importante manifestar en esta parte, que dicha función de interpretar la norma, que tiene el Órgano

³³ Aprobada mediante decreto legislativo 108, del 21.9.2006, publicado en el *Diario Oficial* 193, tomo 373, del 17.10.2007. Su texto puede ser consultado en <<http://www.asamblea.gob.sv/eparlamento/indice-legislativo/buscador-de-documentos-legislativos/ley-especial-contra-actos-de-terrorismo>>.

³⁴ El artículo 53 de la LECAT dice: “El presente Decreto entrará en vigencia treinta días después de su publicación en el Diario Oficial”.

Judicial, no puede ir más allá de la misma, por lo que no es parte de las funciones del mismo el definir conceptos para que una acción se adecue a determinado tipo penal.

Ahora bien, en la exposición que realiza la Asamblea Legislativa en la sentencia objeto de estudio se hace un análisis por parte de la misma en la que aborda una definición doctrinaria de terrorismo, lo anterior, debemos entender, para establecer una idea de lo que debe ser entendido por terrorismo, justificando al mismo tiempo la creación de la Ley Especial Contra Actos de Terrorismo (de ahora en adelante LECAT) emitida por dicha entidad, y expresando que es así como cumple la función preventiva respecto de esta modalidad actual de delincuencia que se vive a nivel mundial, como lo es el terrorismo.

En este sentido se sabe que, aunque no exista una definición establecida de lo que es terrorismo, su actuar tiene características propias que le identifican como tal, como lo son el actuar con premeditación, el que su finalidad no es la víctima afectada, sino la consecución del cambio que se persigue, que generalmente es político, ideológico o religioso y que buscan lograr dichos objetivos a través de la infusión del terror y de la calamidad social; por lo que es en razón de combatir todo lo anterior y en atención a las políticas internacionales del combate del terrorismo que se crea la LECAT.

De la misma forma y cuando se le corrió traslado al señor Fiscal General de la República, se mantiene la línea de análisis en cuanto a que la finalidad del terrorismo es política o de alteración de la paz pública, agregando que considera a la misma una forma de criminalidad organizada, prácticamente no distinguiendo entre una y otra. En este punto hay que tener mucho cuidado ya que, aunque se tenga la necesidad de crear un medio que sea eficaz para el combate del terrorismo, no se pueden abarcar dentro de la tipificación cualquier tipo de estructuras que tengan alguna similitud con la terrorista, ya que, como todo Estado Democrático de Derecho, hay una serie de principios constitucionales y de derechos fundamentales que hay que respetar.

Cuando se habla de principios constitucionales y derechos fundamentales que se deben respetar, se refiere al principio de legalidad, que es lo que se conoce como la *ley scripta*, que se refiere a que se necesita una ley que sea escrita y que describa el delito a punir y su punición; luego el principio de taxatividad o *lex certa*, que se refiere a que la ley sea precisa en su lenguaje descriptivo, con relación a la construcción del tipo en cada artículo y precisa en el lenguaje normativo de las consecuencias que impone cada artículo; y por último hablamos de la prohibición de analogía o *lex stricta*, que no es más que la aplicación de un precepto legal contraria al reo (in malam partem), por lo que, en ese sentido

debe entenderse que toda ley penal que emane del legislador, debe ser respetuosa de estos principios.

Por otra parte, si bien existe la necesidad de crear legislaciones especiales como la cuestionada, ya que deviene de la globalización de la criminalidad, se hace necesario también que los Estados reformulen sus políticas de combate a la criminalidad, a fin de tener una respuesta penal efectiva y acorde con los nuevos contextos mundiales, en especial, respecto del terrorismo, lo que como se está de acuerdo (Torres, 2018).

En razón de los planteamientos expresados, no se puede decir que la LECAT, sea una ley manifiestamente injusta, ya que se ajusta a los estándares internacionales, que se exigen sobre el tema en discusión, pero lo que si entra en altercado en un análisis crítico es que la Sala se haya atribuido la potestad de definir a las pandillas como grupos terroristas, y que debido a eso exista una aplicación judicial de la mencionada ley en dicho sentido, y no como la estructura criminal organizada que realmente son, lo cual se desarrollará más a fondo en los siguientes párrafos.

Ahora bien, en el desarrollo que hace la Sala de lo Constitucional en su sentencia 22-2007/42-2007/96-2007 Acu., también afirma que dentro del marco del Derecho Internacional no existe un consenso acerca de qué, debe entenderse por dicho tipo de criminalidad, como lo es el terrorismo, y que es debido a ello la complejidad que presenta este tema en cuestión. De la misma forma realiza un estudio de las definiciones doctrinarias que existen sobre el terrorismo, y al ver que no existe consenso y que se encuentran muchas divergencias sobre el tema, la Sala se permite concluir: *“es en el Derecho interno donde caben más posibilidades de establecer una definición normativa del terrorismo que tome en cuenta sus actuales niveles organizativos, tácticos, armamentísticos y de financiación; de manera que su regulación en un Código Penal o en una Ley Especial no es per se inconstitucional”*³⁵, lo que se considera es una manipulación de la Sala de lo Constitucional en esta sentencia, al atribuirse la capacidad de definir lo que es grupo terrorista, lo cual en cualquier caso, sería función del ente legislador y creador de las normas.

Seguidamente, al haberse atribuido la función de definir el terrorismo, la Sala expone como justificación que la definición legal interna de terrorismo responde a las exigencias de los organismos internacionales para lograr un eficaz combate a dicha problemática, siendo

³⁵ Página 37 de la Sentencia 22-2007, emitida por la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador.

ello que, aunque se le exija al Estado que tome las medidas apropiadas a nivel nacional para la eliminación rápida y definitiva del problema, sigue sin ser la Sala de lo Constitucional el ente facultado para definir qué o quiénes conforman los grupos terroristas.

La Sala de lo Constitucional en la referida sentencia, a efectos de emitir una definición interna de lo que son los grupos terroristas en el país, toma de base criterios internacionales que le permitan acercarse o semejar las características que poseen los grupos terroristas a nivel mundial, es así como hace referencia a la definición elaborada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en sus distintas resoluciones y declaraciones sobre medidas tendientes a la eliminación del terrorismo, en la que expresa que *“los actos criminales con fines políticos concebidos o planeados para provocar un estado de terror en la población en general, en un grupo de personas o en personas determinadas (que) son injustificables en todas las circunstancias, cualesquiera sean las consideraciones políticas, filosóficas, ideológicas, raciales, étnicas, religiosas o de cualquier otra índole que se hagan valer para justificarlos”*³⁶; por lo que, se puede evidenciar que siempre se maneja la característica repetitiva en todas las definiciones que los grupos terroristas tienen una finalidad política perseguida, a través de la infusión del terror.

De acuerdo a la Sala de lo Constitucional, la criminalización del terrorismo en cualquier estatuto penal se muestra legítima si es vista desde la óptica o es desarrollada por el Tribunal Constitucional, y es por ello que expresa seguidamente que *“es el legislador interno quien debe dictaminar normativamente los alcances básicos y últimos del término terrorismo de acuerdo con los lineamientos temporales y especiales que rigen en su nación y a sus circunstancias históricas –consideración del tiempo y lugar en que se da la regulación–, con una adecuada técnica legislativa y de forma respetuosa del marco constitucional e internacional”*³⁷, arrojando la potestad de definir el terrorismo al legislador interno, lo cual en todo caso sería lo ideal.

Al haber expresado la Sala de lo Constitucional, que es en todo caso obligación del legislador interno, quien debe marcar los alcances de la normativa y por ende, a quien le corresponde definir el término del terrorismo, siempre deben tenerse en cuenta los diversos métodos, objetivos o formas de estructura asociativa, entre otros aspectos, para poder brindar una correcta formulación legal que genere una aplicación judicial efectiva de los tipos penales que contemple dicha Ley. Asimismo, dicha formulación técnica debe respetar

³⁶ *Declaración de la ONU sobre medidas para eliminar el terrorismo internacional*, anexa a la Resolución 49/60 de la Asamblea General, documento A/RES/49/60, de 17 de febrero de 1995, artículo 3.

³⁷ Página 38 de la Sentencia 22-2007, emitida por la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador.

los estándares fijados por la Constitución de la República y erigirse bajo los principios fundamentales que la misma recoge. De la misma manera, al ser el terrorismo un fenómeno criminal, debe responder a los mismos cánones de regulación penal como cualquier otro delito, como lo son, actos que constituyan una indiscutible lesividad social y que asimismo vaya acompañado del elemento subjetivo del dolo, como capacidad volitiva en la realización de dichas conductas delictivas.

Ahora bien, la Sala de lo Constitucional en su desarrollo interpretativo analiza los elementos que el Legislativo considera como propias de las conductas del terrorismo, y en dicho análisis complementa o toma como base únicamente los elementos que asemejan mucho el actuar delincuenciales que ejercen las pandillas al de los grupos terroristas, dando un realce a la importancia del móvil o a la finalidad que persiguen ambos grupos, incluso con el entendido de que la criminalidad organizada mafiosa, persigue primordialmente una motivación netamente lucrativa, por lo que debe entenderse que existiría por lo menos en cuanto a esta finalidad, una diferencia ya de por sí marcada en la realidad, de lo que es el actuar delincuenciales que ejercen las pandillas en el país.

Aunado a lo anterior, la Sala toma como base las semejanzas que pueden llegar a tener y que por lo mismo pueden generar confusión en cuanto a la diferenciación de las pandillas y los grupos terroristas; como por ejemplo el hecho de que ambas estructuras utilizan como medio para cometer sus fines el uso sistemático, generalizado, organizado e indiscriminado de la violencia, asimismo el intimidar a grandes sectores de la población, tomar el control de diversas partes del territorio, incidir en las decisiones que pueda efectuar los diferentes entes gubernamentales, paralizar la estructura económica de la nación, poner en riesgo el sistema de libertades comprendidos en la Constitución y afectar sensiblemente el sistema democrático, de lo que cabe decir que si bien es cierto existen estas semejanzas, pero es válido aclarar que estas características constituyen en sí la finalidad de infundir terror, para lograr sus objetivos ideológicos o políticos, en lo que respecta al terrorismo, y las mismas características funcionan en las pandillas como medio para obtener su finalidad el cual es netamente lucrativo o monetario (Torres, 2018).

Hay que aclarar que, no obstante, una estructura criminal como lo son las pandillas, es capaz de producir sin objetivo político alguno, una situación de alarma y en consecuencia, una situación de emergencia en la seguridad pública, semejante a los efectos antes mencionados, por el carácter sistemático y reiterado de su actividad, no hay que olvidar que lo característico de cada estructura y lo que diferencia una de otra resulta

ser el propósito que cada una tiene, o en todo caso, el efecto que su accionar tiene en la sociedad.

De la misma forma, ya existían precedentes de la Sala, en la que manifestaba lo siguiente: “esta Sala es consciente que en los últimos años se ha producido un serio agravamiento en el ámbito de la criminalidad en el país y en la región. Así, frente a las actividades clásicas llevadas a cabo de forma individual, se observa el progresivo desarrollo de una criminalidad organizada, que en la actualidad representa un grave peligro para la seguridad de los derechos de la población (Sentencia de Inconstitucionalidad LECAT, 2015)”, asimismo manifestó “En otras palabras, no resulta admisible desde las bases del Estado Constitucional de Derecho, el uso de mecanismos para-jurídicos que impliquen negociaciones con el crimen en general, y menos con el crimen organizado, bajo las condiciones de reducir los índices delincuenciales a cambio de beneficios que no encajan en el marco normativo penitenciario que informa la finalidad de la pena –art. 27 Cn.–; o a cambio de dejar sin efecto la vigencia y aplicación de la legislación penal”³⁸; dando a entender en ambas interpretaciones que el problema criminal que se originaba por las pandillas era considerado como criminalidad organizada, ya que todo su actuar apuntaba a características propias de dicho tipo de delincuencia.

Ahora bien, aunque la Sala nunca manifestó expresamente que dichos hechos de violencia eran producto de las pandillas y tampoco definió a las mismas como modalidad de criminalidad organizada (porque no era de su competencia), era evidente que dicha escala de criminalidad eran producto del actuar delincencial que las mismas realizaban, y las cuales se habían mantenido constantes a través de un período considerable de tiempo.

Lo que llama mucho la atención de la sentencia 22-2007/42-2007/96-2007 Acu. y la cual es objeto de estudio del presente trabajo, es que precedido de un análisis de legalidad de la LECAT, la Sala hace objeto de interpretación el modus operandi de las pandillas y asimismo del terrorismo, llegando a una conclusión que debido al actuar de las pandillas tales como atentados sistemáticos a la vida, seguridad e integridad personal de la población, contra la propiedad, en contra del derecho a la educación, contra el libre tránsito; y tomando ejemplos como la paralización del transporte público, entre tantas acciones realizadas de manera sistemática, planificada y organizada, la Sala expresamente indica que: “*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*

³⁸ Sentencia 19-XII-2012, Inc. 6-2009, emitida por la Sala de lo Constitucional de la CSJ.

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”³⁹.

Lo anterior ratifica que se está en presencia de una sentencia manipulativa aditiva por parte de la Sala de lo Constitucional, ya que como se había dicho en los párrafos anteriores, la Sala se atribuye una función que no le compete, como lo es el crear una definición para interpretar la norma, por lo que en ese sentido añade ciertos parámetros interpretativos a la sentencia, los cuales no deberían de estar contemplados. De la misma forma esta sentencia resuelve una cuestión que va más allá del objeto de la pretensión, ya que resolvió una cuestión que no fue objeto de pretensión, relacionado con la definición del terrorismo, por lo que, se interpreta que la Sala aprovecha dicho proceso de inconstitucionalidad, por el estado de violencia extrema, desplazamientos forzados, paros al transporte público, entre otros, para generar propiciar o contribuir en el abordaje de un problema de descomunales dimensiones, vinculado directamente al actuar de los grupos denominados maras o pandillas, soslayando con ello principios y derechos fundamentales de vital importancia en el Derecho tanto Constitucional como Penal.

Lo anterior, también es generador de problemas para la aplicación judicial de la LECAT, ya que los Tribunales de Justicia se encuentran ante un análisis interpretativo de ese tipo, en una sentencia de gran valor e injerencia como lo son las que genera la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia; ocasionando inseguridad jurídica, tanto para el operador de justicia como para el justiciable en lo que se refiere a la *lex stricta*.

Asimismo, se genera discusión específicamente en lo referente al artículo 13 de la LECAT, el cual contempla el tipo penal de Organizaciones Terroristas; ya que, con el análisis de la sentencia emitida por la Sala, resulta atribuible este tipo penal a los miembros de las pandillas, que como se ha venido estudiando, fueron calificados por la Sala como estructuras terroristas, siendo en verdad una organización criminal. Ahora bien, se debe

³⁹ Página 44 de la Sentencia 22-2007, emitida por la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador.

tener claro que ya existía un tipo penal que tipificaba como un delito a la reunión de dos o más personas con fines delictivos, entendiendo también que se puede tratar de una institución o empresa dedicada a la consecución de fines delictivos y que es diferente a la mera suma de las personas físicas que persiguen unos objetivos comunes; lo anterior se encuentra regulado en el artículo 345 de nuestro Código Penal, el cual sanciona las Agrupaciones Ilícitas (Torres, 2018).

Por si lo anterior, no era lo suficientemente lesivo para los derechos y garantías penales y constitucionales, la Sala no se queda ahí, y en otro apartado de su 22-2007/42-2007/96-2007 Acu., va más allá, expresando que: *“la agrupación criminal terrorista es un delito que atenta contra la seguridad del Estado y contra los derechos fundamentales de la población. Por lo tanto, se justifica que sea objeto de sanción penal no solo la consumación de hechos concretos constitutivos de terrorismo, sino también la simple pertenencia a esas organizaciones”*. Lo que es cuestionable de lo expresado por la Sala, es que expresa que la diferencia que existe entre el delito de organizaciones terroristas y las agrupaciones ilícitas radica en su finalidad. Ahora bien, si se consideran a las pandillas como una organización terrorista, ¿en dónde quedan entonces encerrados todos los hechos delictivos que cometen dichos grupos criminales y que no llevan esa finalidad terrorista, política o ideológica y que se sale del contexto provisto por la Sala como terrorista?, ¿Qué se debe entender entonces que los delitos que cometan las pandillas y que persigan únicamente como finalidad el lucro también deben ser considerados actos terroristas?, o por ejemplo ¿un delito aislado que cometa una persona perteneciente a este grupo se debe entender también como terrorista solo porque se conoce que es miembro activo de dicha organización?; aquí veremos como la Sala crea un gran problema para los aplicadores de justicia, debido a la forma en que deliberadamente interpreta y manipula su sentencia para crear este tipo de jurisprudencia.

3.3.1 LA FUERZA VINCULANTE DE LAS SENTENCIAS EN MATERIA CONSTITUCIONAL.

En virtud de los fenómenos en el sistema de fuentes⁴⁰, propios del neoconstitucionalismo, el juez en El Salvador, especialmente el juez constitucional, ha

⁴⁰ En este sentido la Sala de lo Constitucional establece que: En ese sentido, la mencionada concepción obliga a reafirmar nuestro sistema de fuentes del Derecho, toda vez que ha de aceptarse que la jurisprudencia constitucional es parte del mismo y, por tanto, de obligatoria observancia para los intérpretes y aplicadores del ordenamiento jurídico. De ahí que los criterios jurisprudenciales en materia constitucional se erijan como una base normativa idónea y suficiente para fundamentar en ellos, jurídicamente, las resoluciones judiciales y administrativas.

asumido un papel determinante en la comprensión y aplicación de las fuentes del sistema jurídico. Las normas constitucionales, vinculantes a todos los poderes públicos – especialmente en torno a los derechos fundamentales–, logran su concreción mediante reglas y sub-reglas, diseñadas por el juez constitucional.

Sin embargo, debido a la redacción de la norma constitucional que consagra el sistema de fuentes en El Salvador, el empleo de estas reglas y sub-reglas ha ocasionado dos cuestionamientos fundamentales, relacionados con la vinculatoriedad y el método. La primera cuestión, que puede considerarse como fundamental y permanente en el Derecho Salvadoreño, consiste en el valor vinculante de las reglas y sub-reglas establecidas por los jueces; en otras palabras, el Derecho se pregunta si es posible sostener la existencia de un precedente.

Dicha cuestión, que a inicios de la jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional suscitó varios interrogantes y conflictos, se ha superado en cierta medida. Por una parte, la jurisprudencia constitucional construyó un discurso jurídico que sostiene el valor vinculante de las decisiones judiciales, como garantía de los principios de igualdad, seguridad jurídica y confianza legítima, ya que la misma Sala, ha establecido que: *“Las resoluciones y fallos de la Sala de lo Constitucional no pueden entenderse como documentos conformados por segmentos aislados e incoherentes, carentes de efectos obligatorios, sino como un todo armónico y unitario en el que se reflejan y concretiza la actuación jurisdiccional y la fundamentación y decisión del tribunal, todo lo cual está dotado de plena obligatoriedad para las partes procesales; y en el caso de las resoluciones y fallos de la Sala de lo Constitucional, estos tienen efectos vinculantes jurídicamente para las autoridades”* (Wilver Alexander Rivera Monge vs Fiscal General de la Republica, 2014).

De otra forma, si bien tales criterios jurisprudenciales no tienen una finalidad específica tendiente a resolver el conflicto del que conoce en el caso concreto en el que se emiten, y fijan la postura de la Sala con respecto a la disposición constitucional que interpreta son útiles y necesarios para complementar e ilustrar sus decisiones de fondo; por tanto, le será vinculante al tribunal para decidir en un caso futuro en el que se proponga como parámetro el precepto constitucional interpretado, permite a los justiciables conocer el criterio plasmado por el tribunal y obliga a las autoridades judiciales y administrativas a atenerse a lo dispuesto en los mismos.

Lo contrario tendría como consecuencia considerar que el tribunal constitucional emite criterios que, al no ser parte de la *ratio decidendi* de un caso concreto, carecen de relevancia para la labor interpretativa que se le encomienda; con lo cual, en un caso futuro no servirían para analizar el mantenimiento o modificación de tal postura, cuando los justiciables la utilicen como parte de sus pretensiones; ello anularía la vigencia y fuerza vinculante de ese tipo de interpretaciones hechas por el tribunal.

De este carácter vinculante de las decisiones judiciales –precedente– surge la segunda inquietud y consiste, básicamente, en cómo determinar *qué es lo vinculante* de una decisión judicial, es decir, cuál de las partes de la decisión judicial, expuestas por la Sala de lo Constitucional, obligan a los jueces y las autoridades a un respeto y cumplimiento de las mismas. Esta cuestión implica la necesidad de una metodología de identificación de la *regla del precedente*, que le permita al operador jurídico disgregar una decisión judicial y poder tomar las reglas y sub-reglas establecidas en una sentencia, interpretarlas y aplicarlas al caso objeto de decisión.

En una primera apreciación puede señalarse que dos son los tipos de sentencias que la Sala de lo Constitucional emite: unas estimatorias o estimativas y otras desestimatorias o desestimativas de las pretensiones constitucionales. No obstante, esta clasificación superficial no propone ningún sentido de claridad frente a las diferentes circunstancias en que se encuentra la Sala de lo Constitucional para resolver los casos sometidos a su enjuiciamiento y que no requieren ya de la llana decisión de estimar o de desestimar la pretensión.

Por esta consideración se hace necesario identificar cuáles son los tipos de sentencias que los Tribunales Constitucionales emiten en su labor jurisdiccional, a saber:

1. Sentencias Simples: En estas sentencias la Sala de lo Constitucional se limita a fundamentar su decisión sobre estimar la pretensión de vulneración constitucional o desestimarla. Por ello pueden clasificarse en: a) Estimativas: las que, por ejemplo, conceden ha lugar el amparo ante la vulneración de un derecho constitucional de los protegidos por esa vía, o concede ha lugar el habeas corpus cuando se constata la violación a la libertad personal o en los procesos de inconstitucionalidad cuando se declara inconstitucional una disposición normativa impugnada como tal. Es decir que en ellas se declara la inconstitucionalidad del objeto de control. b) Desestimativas: cuando el sentido de la sentencia y la decisión en la misma es contraria a las pretensiones de la parte

demandante. Ellas declaran no existir vulneración de derechos fundamentales o inconstitucionalidad por los motivos y argumentos expuestos por la parte demandante. Si la Sala de lo Constitucional estima la pretensión de inconstitucionalidad actúa como legislador negativo, expulsando del ordenamiento jurídico con carácter erga omnes y de manera perpetua la disposición normativa declarada inconstitucional. Y se dice que actúa como legislador negativo porque, si la Asamblea Legislativa por ejemplo es quien crea la disposición a través de su mandato de legislar, le corresponde a la Sala de lo Constitucional expulsar la disposición cuando de la misma se ha constatado por ésta que va contra la Constitución, es decir cuando se ha constatado que el legisferante se ha apartado de su mandato constitucional de legislar conforme a la Constitución (Sentencia de Inaplicabilidad, 2010).

2. Hay otras sentencias que incorporan a la ley algún elemento normativo, a ellas la doctrina las llaman “sentencias unilaterales” o “sentencias intermedias”, cuya principal característica consiste en que el Tribunal Constitucional remedia el vicio de inconstitucionalidad provocado por el legislador; pero a través de la incorporación a la ley hecha directamente por el Tribunal Constitucional de algún elemento normativo, mientras la disposición impugnada pervive. Ellas pueden clasificarse de la manera siguiente: a) Sentencias Interpretativas. Cuando a la disposición impugnada la Sala de lo Constitucional le encuentra una interpretación acorde a la Constitución dentro de las varias interpretaciones racionales que caben, de forma que interpretada de esa cierta manera la disposición objeto de control no contraría a la Constitución. Rechazan el vicio de inconstitucionalidad y establecen una interpretación concreta y diferente de la literalidad del precepto legal y, por tanto, una nueva norma, más amplia o más restrictiva que la creada en principio por el legislador⁴¹. b) Sentencias de Inconstitucionalidad parcial cuantitativas. Ocurre cuando la Sala de lo Constitucional anula una palabra o frase de la disposición impugnada de inconstitucional, de forma que, eliminándola, la disposición no es

⁴¹ El principal referente de este tipo de sentencias se puede encontrar en la por la que la Sala de lo Constitucional declaró sin lugar la inconstitucionalidad del artículo 4 inc. 2° de la Ley Especial para la Garantía de la Propiedad o Posesión Regular de Inmuebles (LEGPPRI), emitido por D.L. n° 23, de 20-V-2009, publicado en el D.O. n° 94, tomo 383, de 25-V-2009, que contiene la obligación del juez de realizar inspección una vez presentada la solicitud a que da lugar dicho decreto. Dicha disposición señala: “Dentro de las veinticuatro horas posteriores de haber recibido la denuncia, el juez de paz deberá apersonarse al inmueble invadido a fin de realizar inspección de campo con la finalidad de verificar la realidad de los hechos denunciados, haciéndose acompañar por la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos, de agentes de la Policía Nacional Civil, de su Secretario y de peritos o ingenieros topógrafos si lo considera conveniente”. La Sala señala que si este inciso se interpreta en el sentido que: “i) antes de la realización de la inspección judicial, ésta deberá hacerse de conocimiento previo del demandado, garantizando a las partes una efectiva contradicción; y ii) al utilizar el vocablo “invasor”, habrá de entender que hace alusión, simplemente, al sujeto pasivo de la pretensión a quien deberá garantizársele la realización de un proceso equitativo en el cual exista una paridad en el desfile probatorio”, no existe confrontación normativa de dicha disposición con lo dispuesto en los artículos 11 y 12 de la Constitución. También en la Sentencia de 24-IX-2010, Inc. 91-2007 que en el considerando VII y VIII de la misma la Sala de lo Constitucional realiza una interpretación conforme a la Constitución del Art. 191 del Código Penal vigente.

inconstitucional. Es decir que solo anulan una palabra o frase del conjunto normativo impugnado con lo que cambia el sentido del precepto⁴². c) Sentencia de Inconstitucionalidad parcial cualitativa. Son las que a través de ellas se excluye una norma contenida en la disposición sin suprimir el precepto o disposición impugnada; en ocasiones ellas pueden identificarse cuando en su interpretación la Sala expresa frases como “en cuanto que”, “en la medida en que” su sentido contraría a la Constitución⁴³. d) Sentencias de Inconstitucionalidad que afecta todo el texto normativo o “inconstitucionalidad simple de carácter total”. En ellas, al declararse la inconstitucionalidad de la disposición o disposiciones principales, por ejemplo, la disposición que se refiere al objeto de la ley, hace que por derivación todo el texto normativo impugnado sea inconstitucional o por lo menos los componentes esenciales, volviéndolo prácticamente inoperable⁴⁴.

Es de hacer notar que los doctrinarios afirman que a través de estas sentencias el Tribunal Constitucional ejerce un rol de legislador positivo, porque prácticamente legisla; por ejemplo, al suprimir palabras o frases manipula el texto normativo para que se adecue a la Constitución o cuando excluye la norma si la interpretación se realiza “en la medida que” su sentido contraría la Constitución; y he aquí uno de los motivos de confrontación generados frente al legislador que ve aparentemente una intromisión de la Sala de lo Constitucional en su labor, y por ello en variadas ocasiones realiza pronunciamientos acusando a ésta de usurpar sus funciones legislativas.

Por su parte la Sala de lo Constitucional salvadoreña, por vía de jurisprudencia acepta que tiene esa facultad, generalmente ante la omisión del legislador; así ha dicho: “No debe olvidarse que la jurisdicción constitucional salvadoreña recibe influencia de la

⁴² Verbigracia en la sentencia de 18-XII-2009, Incs. 23-2003 y Acums., en la que la Sala de lo Constitucional en el punto 7 de su fallo declara la inconstitucionalidad del ahora extinto artículo 532 del Código de Procedimientos Civiles, únicamente en cuanto prescribe que, luego de la notificación de la declaratoria de rebeldía, no se harán más notificaciones al demandado, pues ello vulnera el derecho de audiencia y el derecho de recurrir, afectando el núcleo esencia del éstos.

⁴³ El ejemplo práctico de este tipo de sentencias lo encontramos en la Sentencia de 24-IX-2010, Inc. 91-2007, por la que la Sala de lo Constitucional declara inconstitucional solamente el inciso 3° del Artículo 191 del Código Penal referido a la no punibilidad de los juicios desfavorables de la crítica política, literaria, artística, histórica, científica, religiosa o profesional cuando no demuestran un propósito calumnioso, injurioso o de ataque a la intimidad o la propia imagen de la persona. En ese sentido se expresa en la sentencia que existe una diferenciación desproporcionada que viola el principio de igualdad en la formulación de la ley favoreciendo injustamente a los medios escritos, radiales, televisivos e informáticos en que se publique los juicios y conceptos antes expresados, los propietarios, directores, editores, gerentes del medio de comunicación social o encargados del programa en su caso, a quienes se les aplicaba la no punibilidad; no obstante ello el artículo 191 del Código Penal queda subsistente pero elimina el inciso 3° del mismo, es decir que la norma de no punibilidad a los últimos mencionados ha sido extirpada del ordenamiento jurídico, declarándose que en lo demás no existe inconstitucionalidad ya que dicho artículo admite una interpretación conforme a la Constitución

⁴⁴ Un ejemplo de este tipo de sentencias en la de 1-IV-2004, Inc. 52-2003 y acums., sobre la Ley Antimaras contenida en el D.L. N° 158 de 9-X-2003, D.O. N° 188, tomo 361 de 10-X-2003, que en el apartado número 16 del fallo declara la existencia de la inconstitucionalidad alegada de los artículos 1 inc. 1° y 3 de dicha ley, referido el primero al objeto de la ley y el segundo a la generalidad de aplicación de la misma y en seguida en el apartado 17, por derivación declara la inconstitucionalidad de los arts. 2 incs. 1°, 2° y 4°, 4 incs. 1° al 7°, 5, 6 incs. 3° al 5°, 7, 8 inc. 1°, 10 al 15, 16 inc. 2°, 17, 20, 21, 24, 26 al 28, 29 inc. 3° y 31 al 49 de dicha ley; es decir, en resumidas cuentas, de toda la estructura vertebral de la ley, volviéndola de imposible operatividad.

tradición jurídica romano-germánica –con énfasis en algunos aspectos propios del common law–. Mucho se ha discutido sobre la labor del juez y su actuación respecto a la ley en el primer sistema; sin embargo, no puede concebirse ya tal actuación como se diseñó en el siglo XVIII, como la boca que pronuncia las palabras de la ley; debe aceptarse la concepción que en la actividad jurisdiccional se crea derecho. Los Tribunales Constitucionales, que comenzaron actuando como "legisladores en sentido negativo" han evolucionado a tal punto que desde hace tiempo han abandonado en gran medida tal función y se ha dado un paso más asumiendo tareas claramente positivas de creación de derecho. (Ley de Integración Monetaria, 2001).

3. También existen otras sentencias denominadas "bilaterales" o "estimatorias exhortativas". Que son aquellas que no solucionan de inmediato la invalidez de la disposición y piden colaboración del legislador, por lo que implican determinar la inconstitucionalidad mediante dos decisiones conjuntas. En ellas el Tribunal Constitucional declara la inconstitucionalidad pero no anula la disposición como ocurriría en las sentencias simples, ni tampoco remedia el vicio de inconstitucionalidad como lo haría en las sentencias unilaterales, sino que encomienda su modificación al legislador. De ellas se pueden clasificar así: a) Declaración de que una ley "todavía no es inconstitucional" pero el legislador debe cambiarla. b) Declaración de inconstitucionalidad sin anulabilidad y proposición en el tiempo de entrada en vigor de los efectos de la inconstitucionalidad. Aquí el Tribunal otorga un plazo al legislador para reparar el vicio (Sentencia de Inconstitucionalidad, 2010). c) Sentencias con mandatos y recomendaciones al legislador, llamadas sentencias admonitorias o directivas. Estas contienen observaciones, orientaciones y mandatos dirigidos al legislador para orientarle líneas que debe contener la futura ley (Candidaturas Independientes, 29).

4. Sentencias aditivas. Estas sentencias se dictan en los casos de inconstitucionalidad por omisión del legislador (SAGÜÉS, 2011). También se encuentran dentro de este tipo de sentencias las de inconstitucionalidad por omisión parcial, por violación al derecho de igualdad en caso de exclusión arbitraria de beneficios; Sobre este tipo de pronunciamientos, en la Sentencia de 13-I-2010, Inc. 130-2007, la Sala de lo Constitucional ha reconocido su existencia, señalando que son: "[...] aquellas que tienen lugar como resultado del examen que realiza el Tribunal Constitucional de una disposición cuya redacción cuenta con un contenido normativo "menor" del exigible constitucionalmente. En tales casos, la oposición con la Constitución no resulta de lo que

el precepto dice, sino de lo que no dice, de una omisión relativa o parcial del legislador” (Sentencia de Inconstitucionalidad, 2010).

Es de aclarar que no es que las Sentencias de la Sala de lo Constitucional obedezcan unitariamente a cada una de las clasificaciones supra apuntadas, sino que una sola sentencia puede contener decisiones que encajen en una, cualquiera o todas las clasificaciones apuntadas, por cuanto los problemas constitucionales planteados en la mayoría de los casos son complejos y su abordaje requiere de distinto tipo de resolución, lo que no es óbice para que se emitan en un solo cuerpo formal (JAIRO DANIEL CHÁVEZ MATA, JAIME TARCICIO MOLINA GALVEZ, 2017).

La Sala de lo Constitucional se ha pronunciado ya sobre los distintos tipos de sentencias que se puede emitir por un tribunal constitucional y sobre su clasificación. Las sentencias paradigmáticas al efecto son la de 12-VII-2005 Inc. 59-2003, Considerando V y la sentencia de 13-XI-2001 Inc. 41-2000 Ac. En la primera de ellas ha sostenido lo siguiente: “Esta Sala ya precisó, en la Sentencia de 12-IX-2001 pronunciada en el proceso de Inc. 41-2000 Ac., lo referente a la tipología que hasta este momento se ha configurado en la jurisprudencia constitucional salvadoreña. Previamente debemos recordar que nuestra jurisdicción constitucional ha recibido la influencia de la tradición jurídica romano-germánica –con énfasis en algunos aspectos propios del common law– y esto ha permitido que los Tribunales Constitucionales, que comenzaron actuando como "legisladores negativos" hayan evolucionado a tal punto que desde hace tiempo se ha abandonado en gran medida tal función y se ha dado un paso más asumiendo tareas claramente positivas, adoptando tipos de sentencia, conocidas con diferentes denominaciones según los países, v, gr., interpretativas, aditivas, manipulativas, sustitutivas, constructivas, apelativas, etc. Aja-González Beilfuss nos recuerda que los Tribunales Constitucionales han ido poco a poco asumiendo tareas claramente positivas –referidas fundamentalmente al efecto nomotético”.

Continúa afirmando que: “En las últimas décadas, de manera habitual, los Tribunales Constitucionales vienen adoptando un tipo de sentencia, conocidas con diferentes denominaciones según los países que los configuran como legislador positivo, ya que no se limitan a suprimir el precepto legal contrario a la Constitución, sino que incorporan una norma nueva al ordenamiento; este tipo de sentencias, que puede encontrar precedentes aislados más o menos lejanos, resulta un fenómeno nuevo por la intensidad que presenta en las últimas décadas, y por tanto no debe ignorarse ni minimizarse”.

Al referirse a las sentencias sustitutivas, también las encuadra dentro de las sentencias manipulativas, y sobre aquellas, señala: «Una importante "novedad" que algunos tribunales constitucionales han incluido en la ratio de sus sentencias es la relativa a las sentencias manipulativas-sustitutivas. Aquí, Italia (López Guerra, 1981), por ejemplo, dio otro importante paso cuando no se limitó a declarar la inconstitucionalidad de las normas que no están escritas en la ley, pero que se pueden extraer del texto por vía de interpretación, sino que llegó incluso a indicar qué otra debía ocupar el lugar de la que estaba contenida en el texto de la ley, para que el principio constitucional violado por aquella fuese, en cambio, respetado.

Este tipo de sentencias, se caracterizan por el hecho que con ellas la Corte declara la inconstitucionalidad de una ley en la parte en la que prevé una determinada cosa, en vez de prever otra. La decisión sustitutiva, por tanto, se compone de dos partes diferentes: una anuladora de contenido de la disposición impugnada y la otra reestructurativa con la que la Corte procede a dotar a esta misma disposición de un contenido diferente de conformidad con los principios constitucionales».

No obstante, es consciente también la Sala de lo Constitucional sobre los riesgos que puede acarrear semejantes facultades, por ello, ha sostenido que: «Con el fin de reducir el margen de discrecionalidad de la propia intervención manipulativa, la jurisprudencia constitucional, a menudo, considera necesario indicar al juez la "frase" de la adición y subraya de todos modos que la solución "aditiva" o "sustitutiva" que se añade debe venir impuesta por la lógica del sistema normativo constitucional, evitándose de este modo superposiciones peligrosas con las opciones reservadas al legislador. Es decir, la Corte Constitucionales no crea libremente, al igual que el legislador, sino que extrae una norma ya presente en el ordenamiento, por lo que su intervención no es en absoluto libre sino "obligada", una legislación que según la célebre tesis de Crisafulli es plenamente acogida por la jurisprudencia constitucional "a rime obbligate"».

Por su parte la Sala de lo Constitucional salvadoreña, también ha contribuido en la tipología de las sentencias que emite, de forma que también ha confeccionado un tipo de ellas, las "sentencias integrativas". Respecto de estas afirmó que dicha Sala: « [...] se ha pronunciado en los casos de interpretación conforme (sentencias interpretativas) v. gr., en las sentencias recaídas en los procesos de Inconstitucionalidad 15-96 (Ley de Emergencia Contra la Delincuencia y el Crimen Organizado); 5-99 (Ley del Consejo Nacional de la Judicatura) y 24-97 (Ley de Amnistía General para la Consolidación de la Paz). Y, sobre

todo, en el caso que nos ocupa, en un tipo de sentencia que puede denominarse integrativa o basada en la interpretación sistemática o unitaria, cuyo precedente lo encontramos en el proceso de Inconstitucionalidad 3-93 (Ley de Creación del Centro Nacional de Tecnología Agropecuaria y Forestal).

En esta última sentencia se hizo relación –Considerando IV–, que desde un enfoque lógico-sistemático la norma debe ser estudiada en su racionalidad y en sus relaciones con las demás disposiciones, conjuntamente con las cuales configuran un sistema orgánico; asimismo, que la interpretación de las leyes debe practicarse teniendo en cuenta el contexto general y los fines que la informan, pues la inconsecuencia o la falta de previsión jamás debe suponerse en el legislador, por lo cual se reconoce como un principio básico que la interpretación de las leyes debe hacerse siempre evitando darles aquel sentido que ponga en pugna sus disposiciones, destruyendo las unas por las otras, y adoptando, como verdadero el que las concilie y deje a todas con valor y efecto.

Es así como, las disposiciones legales, dentro del cuerpo normativo al que pertenecen, deben ser interpretadas teniendo en cuenta el conjunto de normas que conforman el cuerpo legal; es decir, es insuficiente que el intérprete de la ley extraiga los mandatos, la normas dimanantes de las disposiciones de una ley, sin tener en cuenta el contenido de las demás con las que conforma el cuerpo normativo, ya que la ausencia de una interpretación sistemática genera la posibilidad de llegar a conclusiones erróneas respecto de los mandatos que el legislador dicta a través de las leyes [...]».

Cuando se refiere a las sentencias aditivas las define de la forma siguiente: «Algunos Tribunales Constitucionales han utilizado un tipo especial de sentencias denominadas: sentencias manipulativas. El Tribunal Constitucional austriaco ha delimitado una de ellas: las aditivas derivando directamente normas de la Constitución que complementan una ley ordinaria, convirtiéndola de esta forma en una ley constitucional. [...] En España, el Tribunal Constitucional también ha hecho uso de las sentencias manipulativas, superando los límites propiamente interpretativos, actuando como legislador positivo en el caso de las sentencias recaídas en procesos de inconstitucionalidad.[...] Justamente, al igual que Austria, Italia ha concretado uno de los tipos especiales de sentencias manipulativas, es decir, las aditivas. Estas, separan las interpretaciones del mismo texto, con el objeto de expulsar una de ellas del ordenamiento jurídico; se trata de casos en los que una disposición legislativa se presta a diferentes interpretaciones, de tal suerte que, en éstas, se hace referencia a aquel tipo de decisiones con las que la Corte

declara inconstitucional una cierta disposición en cuanto que omite decir algo ("en la parte en la que no prevé que"). Es idea común que las sentencias aditivas han permitido la extensión de los derechos sociales, porque mediante la interpretación constitucional añaden ("aditivas") nuevos sectores, o nuevos derechos, al contenido de las leyes. Este nuevo tipo de sentencias reinterpreta las leyes, anulan parcialmente una norma para dar otro sentido a la ley, limitando algunos efectos de las propias sentencias, incluyendo nuevos sectores sociales en leyes que no les afectaban, dirigen mandatos al legislador, etc.»

Siguiendo a Nogueira Alcalá, válidamente cabe aquí plasmar su manifestación literal al respecto de los tipos de sentencias: "Los distintos tipos de sentencias constituyen diferentes formas de buscar la solución más justa, adecuada y adaptada al contexto y condiciones en que la sentencia deberá operar, teniendo en consideración las consecuencias jurídicas del fallo en diversos ámbitos de la realidad de la sociedad, lo que exige al Tribunal Constitucional extremar los cuidados de sus decisiones, con suficiente sentido de prudencia para evitar la adopción de decisiones arriesgadas y respetando la distribución de potestades establecidas por la Constitución. El juicio sobre este tipo de sentencias debe realizarse sobre cada caso en particular, sin perjuicio de reconocer su aporte positivo a la búsqueda de las soluciones jurisdiccionales más adecuadas y justas para cada situación específica (Nogueira Alcalá, 2004)"

3.4 EL TIPO PENAL (PRINCIPIO DE LEGALIDAD)

Antes de referirse al tipo penal y al juicio de tipicidad es imperativo referirse al principio en el cual se sustenta esta categoría dogmática. El principio de legalidad no es posesión propia y exclusiva del derecho penal, pero juega en el mismo un papel preponderante. Este principio expresado en la ya revisada máxima de Feuerbach *nullum crimen, nulla poena, sine lege*, "adquirió carácter fundamental en el derecho penal como principio constitucional y como principio propiamente penal, independientemente de cualquier teoría de la pena" (Bacigalupo, 2004). Esto porque la mencionada teoría suponía que la función de la pena era preventiva y como tal la ley penal debía ser anterior a la acción delictiva.

El principio de legalidad establece que no puede existir crimen ni pena sin ley, lo que supone de entrada una garantía para los ciudadanos de que cometerán un delito y recibirán una pena siempre que aquellos dos presupuestos se hallen contemplados en una ley. La Constitución también establece este doble precepto como garantía básica del debido

proceso, ya que nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que al momento de cometerse no esté previsto como tal en la Constitución o la ley.

Ferrajoli, desde una perspectiva político constitucional, propone una teoría garantista que contiene algunas condiciones normativas que deben cumplirse para que una persona sea merecedora de pena. Propone lo que el denomina axiomas o principios axiológicos fundamentales', de los cuales, para el efecto tomaremos dos: 'Nulla poena sine crimine'y 'nullum crimen sine lege'. Los llama "principio de retributividad o de la sucesividad de la pena respecto del delito y principio de legalidad, en sentido lato o en sentido estricto" (Ferrajoli L. , 2004), respectivamente. La teoría de Ferrajoli, al ser mirada desde una perspectiva filosófica, epistemológica, ética y lógica, hace que tome como piedra angular el axioma de la retributividad para armar su marco teórico. El decir que 'no hay pena sin crimen', es prácticamente comenzar por lo que la teoría del delito terminaría, pues hasta el momento se ha mencionado que la punibilidad es acaso la fase final de la comprobación de una acción u omisión típica, antijurídica y culpable, luego de lo cual recién se analiza la pena como tal. Pero el italiano lo hace a propósito. Lo que establece de inicio es solo la condición de retribución, lo que quiere decir que, como premisa básica de un estado de derecho, no puede existir una pena sino existe un crimen o delito (Ferrajoli L. , 2004), abriendo el abanico para interrogarse donde se establece que debe entenderse por crimen o delito?

Ahí es donde aterriza el segundo axioma del florentino, 'no hay crimen sin ley', armado sobre el precepto general del principio de legalidad expresado en la máxima no hay crimen, no hay pena sin ley'. Ahora, esa legalidad según la teoría de los axiomas (Ferrajoli L. , 2004), tiene dos vertientes, la que nos compete, por ahora, es la que se denomina mera o lata legalidad que establece "que solo las leyes (y no también la moral u otras fuentes externas) dicen lo que es delito y que las leyes solo dicen que es delito (y no también que es pecado)

Este principio de mera legalidad actúa como garantía para los ciudadanos, pues sabemos que nuestros actos solo constituyen delito en la medida en que estén preestablecidos en la ley como tal. Si mato a una persona, esa conducta deberá estar detallada en la ley, de hecho lo está con la figura del homicidio, pero además la pena para esa conducta también deberá estar preestablecida en la ley, de hecho lo está de quince a

veinte años. Pero además este principio está dirigido a los jueces, quienes deben, en la práctica aplicar lo que la ley ha previsto en cada caso.

3.4.1 PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y LA TIPICIDAD EN EL DELITO DE TERRORISMO

Sostenida en ese principio, el derecho penal desarrolla su primera categoría dogmática conocida como tipicidad, entendida como “la adecuación de un hecho cometido a la descripción que de ese hecho se hace en la ley penal” (Conde, 2005). Cuando en la ley se describe el ánimo de apropiarse de una cosa ajena, de modo fraudulento, sin violencias ni amenazas contra las personas o fuerza en las cosas, se están detallando circunstancias que en la ley penal equivalen al tipo del hurto. En la práctica, si Pedro escala un muro de una casa con el fin de obtener una podadora de césped que no le pertenece, entonces, se realiza el ejercicio de tipicidad para ver si esas circunstancias se adaptan a la descripción de los hechos que engloban ese delito.

El tipo es, en ese sentido, “la descripción de la conducta prohibida que lleva a cabo el legislador en el supuesto de hecho de una norma penal”. En efecto, el legislador tiene la labor de seleccionar las conductas más lesivas o dañosas para la sociedad y rotularlas dentro de los códigos penales, que es donde se describen estas conductas merecedoras del castigo más grave, como es la privación de la libertad. Como describir todos los supuestos de hecho que pueden acontecer en el mundo del delito, puede ser ilimitado, el legislador adopta una “imagen conceptual lo suficientemente abstracta para poder englobar en ella todos aquellos comportamientos que tengan unas características esenciales comunes”. Así a las circunstancias de apropiarse de cosa ajena, de manera fraudulenta, sin violencias o amenazas, el legislador le rotula con el nombre de hurto.

La muestra de estos tipos penales en los códigos aparece como garantía para todos los ciudadanos en el sentido de que solo esas circunstancias realizadas de determinados modos son consideradas delitos y por lo tanto contiene una pena en el caso que se verifiquen. Se recalca en el sentido que, no cualquier comportamiento puede ser apreciado por el legislador, como delito, pues habrá de ser uno que implique una grave afectación a la convivencia pacífica de la sociedad o a lo que la doctrina ha rotulado como bien jurídico protegido.

Por lo mencionado se afirma que “una de las mayores conquistas del liberalismo jurídico frente al poder del Estado fue limitar esa amenaza de pena, en un sistema cerrado, donde se describen algunas acciones que van en contra de la norma y, por lo tanto, que afectan el bien jurídico” (Donna, 2008). Por consiguiente, el tipo cumple, según algunos tratadistas, una triple función: garantiza, selecciona y motiva. Garantiza que solo las conductas establecidas en la ley pueden ser castigadas, selecciona los comportamientos penalmente relevantes y motiva en la medida que establece penas para ese grupo de conductas, previniéndoles a sus ciudadanos de sus consecuencias en el caso de realizarlas.

Ahora, dentro del marco jurídico internacional vigente respecto de la lucha contra el terrorismo enuncia obligaciones con respecto al terrorismo, sin dar una definición amplia de la expresión. Podría entenderse que los llamamientos hechos por la comunidad internacional para luchar contra el terrorismo sin definirlo dejan a cada Estado que entienda por éste lo que él defina. Esto abre la posibilidad de dar cabida a abusos de derechos humanos e incluso al mal uso deliberado del término (Unidas C. E., 2005).

Un ejemplo concreto en este contexto es el respeto del principio de legalidad, consagrado en el artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y que no puede ser suspendido, incluso en tiempos de emergencia pública. Implica que la imposición de la responsabilidad penal está limitada a disposiciones claras y precisas, de manera de respetar el principio de certidumbre del derecho y de velar por que no esté sujeto a interpretaciones que amplíen indebidamente el alcance de la conducta prohibida. Los Estados pueden utilizar las definiciones excesivamente vagas o amplias del terrorismo como un medio para abarcar acciones pacíficas encaminadas a proteger, entre otras cosas, derechos laborales, los derechos de las minorías o los derechos humanos, o, más en general, para limitar cualquier tipo de oposición política.

Por ende, el principio de legalidad constituye sin lugar a dudas un importante límite externo al ejercicio del poder punitivo del Estado. Lo anterior significa que todos los poderes estatales se encuentran limitados en cuanto a sus facultades en materia de delitos y penas (SENTENCIA DE AMPARO, 1997). Así, el poder legislativo, aun reconociéndosele el amplio poder de configuración de lo punible, debe reconocer límites irreductibles derivados del principio de legalidad, en cuanto a la configuración del tipo penal y de las consecuencias

jurídicas. En igual sentido, el poder judicial en el ámbito de la aplicación de la ley, encuentra límites precisos que le son fijados desde el principio de legalidad; en virtud de ellos es plausible sostener que el principio de legalidad tiene un carácter defensivo frente a los abusos del poder en el ámbito de la sistemática penal, que es precisamente el área más sensible en cuanto a la restricción de los derechos fundamentales.

En cuanto a la igualdad, el principio de legalidad impone que la construcción del supuesto de hecho se enuncie de una manera general, respecto de las acciones u omisiones que deben quedar comprendidas en el tipo penal, evitándose con ello una formulación personal en la construcción típica, que pueda después derivar en un derecho penal de autor. Si el anterior fundamento es de índole política (SENTENCIA LEY ANTI MARAS, 2004), en la cuestión dogmática la función del principio de legalidad, está impregnada de un carácter valorativo, que está vigente inclusive en la época actual, puesto que sólo resulta legítimo prohibir y sancionar, aquellos hechos que pueden ser conocidos por los destinatarios, es decir, de que conductas las personas se deben abstener de realizar y cuales les están permitidas ejecutar.

3.4.2 EL CONTENIDO DE INJUSTO DE LOS DELITOS DE TERRORISMO. DIFERENCIA ENTRE ESTAS FIGURAS, LOS DELITOS COMUNES Y OTRAS TIPOLOGÍAS DE DELINCUENCIA ORGANIZADA Y VIOLENTA.

Ante todo, los delitos de terrorismo se caracterizan, como es sabido, por la comisión de infracciones comunes, a las que se les añade su virtualidad de causar terror entre la población (CARBONELL MATEU, 2006), esto es, de alterar la paz pública, en orden a la obtención de determinados objetivos. De este modo, el terrorismo contiene un plus de desvalor respecto a la delincuencia común, puesto que, a diferencia de los meros homicidios, lesiones, etc., cada acto concreto contribuye a la creación de una situación de alarma o miedo colectivo idónea para alterar la normalidad de la convivencia ciudadana y el ejercicio de los derechos fundamentales. Así, el hecho terrorista trasciende al daño concreto causado (Sentencia de Inconstitucionalidad LECAT, 2015) ya que conlleva un mensaje delictivo ulterior que amenaza la seguridad del resto de la sociedad.

Ahora bien, en la realidad cohabitan muchas actividades delictivas organizadas, reiteradas y violentas que atentan contra la paz, libertad y seguridad esenciales en nuestras

sociedades democráticas. Así, junto a organizaciones de las que nadie pone en duda su carácter de terroristas, como ETA, el IRA o Al Qaeda, por ejemplo, existen grupos mafiosos (CANCIO MELIÁ, 2005), bandas juveniles que atemorizan a vecindarios enteros, asociaciones racistas u organizaciones parapoliciales que se dedican a “campañas de exterminación de delincuentes comunes”. De este modo, hay que determinar si todos estos fenómenos comparten los mismos rasgos de manera que se les pueda hacer merecedores de un único rótulo, y, por ende, de unas consecuencias penológicas idénticas; o, por el contrario, si alguno de ellos contiene determinados rasgos que permiten diferenciar distintas tipologías delictivas violentas susceptibles de atemorizar a la población.

Pues bien, en nuestra, de la observación de la realidad puede deducirse que los grupos de los que nadie duda su naturaleza terrorista tienen un elemento que permite diferenciarlos del resto de la delincuencia violenta: la comisión de delitos por tales bandas y la alteración de la paz social se dirigen, en último término, a coaccionar a los gobiernos democráticos para que sucumban a sus peticiones. De este modo, no sólo no respetan el marco legal de una sociedad libre y abierta, es decir, los derechos y libertades fundamentales reconocidos en las constituciones y la convivencia pacífica, sino tampoco los mecanismos democráticos de toma de decisiones políticas. En otras palabras, los interlocutores de dichos grupos son tanto los miembros de una sociedad democrática como sus gobernantes (constituidos o en proceso de constitución).

En cambio, las diversas manifestaciones del crimen organizado aludidas no persiguen la subversión política de un país, sino, al contrario, manipular el existente en orden a conseguir sus intereses. Así, dichas bandas u asociaciones pretenden crear un sub-sistema normativo al margen del impuesto por el Estado (CANCIO MELIÁ, Manuel, GARCÍA VALDÉS, Carlos/CUERDA RIEZU, Antonio/MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita/ALCÁCER GUIRAO, Rafael/VALLE MARISCAL DE GANTE, Margarita, 2008), a fin de obtener poder (normalmente económico, aunque también pueden tener un origen xenófobo), pero no obligar a los gobiernos a que cambien sus políticas en contra de las decisiones tomadas libremente por la mayoría de ciudadanos. De este modo, tales fenómenos delictivos no son terroristas -desde una perspectiva penal-, aunque también puedan llegar a representar un problema político.

En consecuencia, el bien jurídico atacado por el terrorismo en los estados democráticos es triple: en primer lugar, el bien jurídico concreto protegido por cada delito común, esto es, la vida, integridad física, libertad, etc.; en segundo lugar, la paz pública en su acepción de estado colectivo de tranquilidad y sosiego por la propia vida; y, por último, las vías democráticas de toma de decisiones políticas, es decir, el poder del pueblo como único legitimado para decidir sobre el contenido de las leyes y de las políticas públicas, desde un plano simbólico. Por el contrario, en el resto de modalidades delictivas citadas no concurre dicho tercer elemento, esto es, la exclusividad de los mecanismos constitucionales que encauzan la disputa política, por lo que su contenido de injusto es algo menor. En definitiva, mientras que estos fenómenos no pretenden modificar el “continente” democrático, sino que alteran su “contenido”, el terrorismo ataca ambos elementos.

3.4.3 EL DELITO DE ORGANIZACIONES TERRORISTAS COMO DELITO DE ORGANIZACIÓN

El *factum* de la existencia de una organización puede tener relevancia jurídico-penal en tres niveles que pueden y deben ser conceptualmente diferenciados⁴⁵. En primer término, una organización puede tener relevancia como *contexto* de una imputación; en segundo lugar, como *objeto* de una imputación; y en tercer lugar, como *sujeto* de una imputación. Cada uno de estos tres niveles se corresponde con un ámbito de elaboración dogmática diferenciada⁴⁶.

Cuando se trata de la pregunta de la organización como *contexto* de una imputación, la cuestión se suscita en relación con las reglas de imputación de la “parte general” que especifican los criterios de atribución de responsabilidad aplicables en el ámbito de la intervención de varias personas en un mismo hecho punible. En este nivel, el factor organizacional no tiene impacto alguno en la identificación del objeto de imputación; su incidencia se agota, más bien, en la posibilidad de que una determinada estructura

⁴⁵ Sentencia 47-15 CÁMARA TERCERA DE LO PENAL DE LA PRIMERA SECCION DEL CENTRO: En ciudad de San Salvador, a las doce horas con dos minutos del día veintiuno de abril del año dos mil quince. Sobre este tema ha establecido que: Cuestión previa es la delimitación del concepto de agrupación, organización o asociación, ya que es necesario distinguirlas de la figura de la conspiración. En realidad, los tres conceptos coinciden en una sola realidad social: la unión de un grupo de personas, estructuradas para la consecución de uno o más finalidades determinadas. De esta manera las características propias de ellas serán la pluralidad de personas, que parece que deberán ser, al menos, más de dos, puestas de acuerdo de cualquier modo, con una estructura más o menos compleja según la actividad que se proponga, y con una permanencia en el tiempo. Estas notas las diferencian de la conspiración, en la que no es precisa la organización ni la permanencia temporal y en la que, por contra, hace falta una intención de cometer delitos concretos, que no es precisa en las agrupaciones, organizaciones o asociaciones a las que nos estamos refiriendo, en las que no hace falta acreditar esa voluntad, sino de pertenecer o dirigir o impulsar esas uniones de personas organizadas con duración temporal con la finalidad genérica de delinquir.

⁴⁶ Mañalich, Juan Pablo (2009): *Nötigung und Verantwortung* (Baden-Baden, Nomos). pp. 283 y ss., 289 y ss., 296.

organizacional –criminal, empresarial, militar, etc.– haga operativos determinados criterios de imputación, específicamente pertinentes. Aquí cobra sentido, por ejemplo, la discusión acerca de la demarcación entre la autoría mediata y la coautoría –o bien entre alguna de éstas y alguna forma de intervención accesoria– en referencia a quienes delinquen en el marco de la operación de un “aparato organizado de poder”.

Frente a ello, la especificidad jurídico-penal de la tipificación de *delitos de organización*, que en nuestra tradición legislativa se reconduce a la categoría de la así llamada “Organización Terrorista”, recién se deja advertir cuando el factor organizacional pasa a ser constitutivo de un *objeto* de imputación determinado⁴⁷. El injusto de una Organización constituye, de este modo, un injusto objetivo diferenciado, el cual –como se intentará demostrar más abajo– es predicable de formas de comportamiento punible cuya estructura es la de un delito de estatus, en circunstancias de que el estatus típicamente relevante es exhibido por quien ocupa una cierta *posición* referida a una determinada *organización*. Con arreglo a esta comprensión de la estructura típica de la asociación ilícita *qua* delito de organización, la existencia de la organización en cuestión tiene que ser entendida como el resultado (“permanente”) de la conjunción o “acumulación” de las instancias de comportamiento individual consistente en la integración de la organización “desde dentro”, tratándose de miembros, o bien en el apoyo a su operación “desde fuera”, tratándose de no-miembros.

El hecho de que la existencia de la organización como tal se corresponda, en este nivel, con el resultado en cuya sustentación converge la *vinculación delictiva* de diferentes personas a esa organización determina que, en este mismo plano, la organización no pueda a su vez fungir como el *sujeto* pasivo de una imputación. Es este último problema, por su parte, aquel de cuya solución depende la viabilidad de un régimen de responsabilidad jurídico-penal de personas jurídicas. Pues para esto es necesario que la respectiva organización sea jurídicamente reconocida como *persona* de derecho, en circunstancias de que el respectivo ordenamiento jurídico no puede reconocer personalidad a una

⁴⁷ De acuerdo con la definición que hace la LECAT de las “Organizaciones Terroristas” y conforme a la interpretación constitucional que de la misma ha efectuado la Sala de lo Constitucional en la sentencia Inc. 22-2007 Acu. 42-2007/89-2007/96/2007, la cual expresamente establece que: “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”.

organización si al mismo tiempo identifica su existencia con el resultado de la convergencia del comportamiento delictivo de varias personas.

Silva Sánchez ha ofrecido un intento por defender la así llamada “doctrina de la anticipación” para dar cuenta de la significación jurídico-penal de la existencia de una organización de personas constituida para la materialización de un determinado programa delictivo⁴⁸. Pero es precisamente la autonomía de injusto de tal organización lo que pone en cuestión la propuesta de Silva, que en tal medida admite ser descrita como un intento de *disolución* del pretendido injusto autónomo de los delitos de organización. Pues, según Silva, la organización sólo vendría en consideración como “un sistema de acumulación institucionalizada de aportaciones individuales favorecedoras de la ejecución de los delitos-fin de la asociación delictiva”.

3.5 ÁMBITO DE LA APLICACIÓN JUDICIAL DEL DELITO DE ORGANIZACIONES TERRORISTAS. -

Es importante y necesario hacer un estudio sobre la trascendencia que tienen los criterios de la Sala de lo Constitucional, sobre el delito de organizaciones terroristas, lo cual es un aspecto fundamental del planteamiento problemático de esta investigación, pues dicha Sala, con la Sentencia bajo referencia 22-2007/42-2007/96-2007 Acu., adopta una postura, en donde expresamente y bajo sus argumentaciones jurídicas y doctrinarias, denominan como terroristas a los grupos delincuenciales de las pandillas en nuestro país. Ahora bien, luego de haberse emitido dicha Sentencia, hubo muchos pronunciamientos a favor y en contra de dicha postura, sin embargo, uno de los efectos más trascendentales, fue en el ámbito judicial, del cual no existe un pronunciamiento o un estudio, que establezca cual es el tipo de influencia que tiene, en la forma que se acusan a personas pertenecientes a pandillas.

La Ley Especial contra los Actos de Terrorismo, fue creada en el 2006, sin embargo, en ese entonces no supo dar respuesta a la problemática de la delincuencia que aquejaba al país, por lo que dicha ley se volvió inoperante e ineficaz para el combate de la criminalidad; de la misma forma se sabe que su creación se respondió más que nada a presiones internacionales, como se ve reflejado claramente en el considerando dos de dicha ley, en donde expresa que nuestro país debe tomar medidas eficaces para prevenir,

⁴⁸ Silva, Jesús (2008): “La ‘intervención a través de organización’, ¿una forma moderna de participación en el delito?”, en Cancio, Manuel y Silva, Jesús, *Delitos de organización* (Montevideo y Buenos Aires, BdF), pp. 87-118.

combatir y erradicar amenazas contra la paz, considerando entre las más graves al terrorismo.

Ahora bien, en la actualidad, la LECAT es una de las mejores herramientas del sistema judicial para condenar las acciones de las pandillas, formando parte del *Ius Puniendi* del Estado, y alejándose (según nuestro criterio) de la finalidad de prevención, combate y erradicación que conlleva el mismo poder coercitivo que ostenta el Estado. Se sabe que dicho poder punitivo tiene sus limitantes y se erige bajo ciertos principios rectores, tal y como lo mencionábamos al principio, por lo que se puede decir que dicho poder no es ilimitado.

Por otro lado, como grupo investigador se considera que si bien es cierto la sentencia 22-2007/42-2007/96-2007 Acu., de la Sala de lo Constitucional denota cierto componente político, también posee un efecto jurídico, ejercido a través de la Fiscalía General de la República, y por el Órgano Judicial; cada uno con la función que le corresponde, pues en el primer caso, la Fiscalía se encarga de promover la acción penal de oficio o a petición de parte, tratando en el caso que nos atañe, a todas las pandillas como grupos terroristas y por el otro lado, el Órgano Judicial, se encarga de Juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, también dando ese trato de estructuras terroristas a las pandillas.

Expresado lo anterior, es muy importante destacar que existe o se le ha dado un nuevo enfoque a esta potestad de castigar que tiene el Estado, por lo que el *Ius Puniendi* ha sido redirigido en esta nueva dirección, en donde el Órgano Judicial, está jugando un papel muy importante, pues es a través de las imputaciones ejercidas por la Fiscalía General de la República, que se están ejecutando penas o sanciones contra estas estructuras criminales por este hecho como terroristas, ejecutando una mayor actividad punitiva y en donde se le acusará por el tipo penal de Organizaciones Terroristas a toda forma delincencial que se entienda parte de las pandillas, dejando a un lado la imputación por el delito de Agrupación ilícita, y ejecutándose un Derecho Penal Simbólico, que en su momento fue decretado para asestar un golpe a la opinión pública de nuestro país.

3.5.1 EL DISEÑO LEGAL Y JURISPRUDENCIAL DEL TERRORISMO DE MARAS, A PARTIR DE LA SENTENCIA 22-2007/42-2007/96-2007 Acu..

Es de tomar en cuenta lo que expresa LAMARCA PÉREZ: «*Proponer un concepto de terrorismo no constituye una tarea fácil; nuestra cultura jurídica carece de un significado*

unívoco y preciso y ello, seguramente, porque el terrorismo, además de hacer referencia a un hecho delictivo, es un concepto histórico con una fuerte carga emotiva o política, que en cada momento y lugar ha sido aplicado a realidades muy diversas que difícilmente pueden recibir un tratamiento unitario y las definiciones legislativas se van adoptando en función de los intereses políticos de cada Estado» (Lamarca Pérez, 2008). Situación que como se verá, ha tenido lugar en el país, las acciones delictivas de las maras se adecuan perfectamente dentro del crimen organizado, sin embargo, se observa cómo es que está construida una mara, con énfasis en su finalidad de lucro o de obtención de beneficios materiales, pero la mecánica criminal de las pandillas no se agota con ello, el lado más perverso solo es posible captarlo si se la coloca dentro de las organizaciones terroristas, que es una subespecie del crimen organizado [la más dañina], que se caracteriza por un tipo de violencia que trasciende a los elementos esenciales de un sistema democrático e implica una lesión irreversible sistemática a derechos fundamentales esenciales para las personas, así como la conversión de la ingeniería financiera de una mara que se concreta en una ingeniería terrorista, que la coloca en la cúspide de la criminalidad más violenta en el país, al llevar ínsita un ánimo de subvertir el orden constitucional. En el caso de El Salvador que está asentado en una democracia representativa como lo define el Art. 85 Cn., *ad litteram*: «*El Gobierno es republicano, democrático y representativo*». La evolución criminal de las maras y el volumen considerable de homicidios y extorsiones sistemáticas, han afectado las fibras esenciales del Estado frenando el desarrollo democrático del país, hasta el punto que San Salvador es la «capital mundial del homicidio», un título nada glorioso para la patria salvadoreña, puesto que deja al descubierto la falta de protección jurídica institucional de la vida de los salvadoreños, por lo cual es necesaria una política criminal de la globalización antiterrorista como lo señalan TURYN y FREEDMAN (Turyn, A., & Freedman, D.).

El Art. 4. m) LECAT define que: «*Organizaciones Terroristas: Son aquellas agrupaciones provistas de cierta estructura de la que nacen vínculos en alguna medida estables o permanentes, con jerarquía y disciplina y con medios idóneos, pretenden la utilización de métodos violentos o inhumanos con la finalidad expresa de infundir terror, inseguridad, alarma, arrogarse el ejercicio de potestades pertenecientes a la soberanía de los estados o afectar sistemáticamente los derechos fundamentales de la población o parte de ella, de uno o varios países*», como se percibe su género próximo es el crimen organizado, el énfasis en esta normativa ya no recae sobre la ingeniería financiera, sino sobre la comisión de métodos violento para subvertir el orden constitucional establecido, dañando seriamente la seguridad pública, entendiéndose como parte integrante del método, la

ejecución de los delitos graves que forman parte del catálogo de la misma ley, hay que integrar la interpretación con el Art. 13 de tal cuerpo normativo. La afectación sistemática de derechos fundamentales de la población adquiere una relevancia considerable sobre todo en cuanto a la protección del derecho a la vida, a la integridad física y moral, el patrimonio entre otros, de allí que se trate de un delito pluri-ofensivo al proteger derechos fundamentales contra la vida, la integridad física y moral, el patrimonio, el sistema democrático y la paz pública (JAIRO DANIEL CHÁVEZ MATA, JAIME TARCICIO MOLINA GALVEZ, 2017).

La LECAT inspirada como era de esperar por la política criminal de la globalización, tipifica expresamente la pertenencia a una organización criminal terrorista, en el Art. 13 criminaliza el delito de Organizaciones Terroristas y construye la imputación por autoría para: *«Los que formen parte de organizaciones terroristas, con el fin de realizar cualquiera de los delitos contemplados en la presente Ley, serán sancionados con prisión de ocho a doce años. Los organizadores, jefes, dirigentes o cabecillas, serán sancionados con prisión de diez a quince años»*, se trata de un tipo de autoría penal grave, permanente y estadísticamente de peligro concreto, así se salva la brecha del distanciamiento jurídico formal que se concreta en la ejecución, prescindiéndose de ésta, para elevar a la categoría de figura central, aquellas posiciones organizativas que no podrían ser tildadas de autoría sin la sanción expresa del legislador, esta ley también fue parte de la influencia de EEUU como producto inicial de los atentados del 11S en el 2000, al decretarse no se tenía la visión que las maras eran las organizaciones terroristas que operantes en el país, es por ello que los tribunales con competencia penal aplicaban al respecto el delito de agrupaciones ilícitas.

Cuando se adoptó esta ley por el legislador en el 2006 no se tenía muy claro el alcance de la aplicación que podía tener en el país, puesto que las maras en aquel entonces estaban aún lejos de ser consideradas como organizaciones terroristas, al contrario, es estaban ensayando otra serie probetas jurídicas y remedios político criminales en contra de las maras, sin embargo, tuvieron que transcurrir más de diez años, en todo lo cual, e incluso años antes, muchas probetas jurídicas ya se venían quebrando junto con su producto, para tratar de frenar la constante evolución de las maras, lo que implicó implementar infinidad de medidas provenientes del derecho penal de emergencia, hasta llegar al actual derecho penal del enemigo, representado en la política criminal de la globalización que el Estado salvadoreño incesantemente ha tratado de aplicar sin resultados satisfactorios, hasta que por medio del proceso de inconstitucionalidad la SC puso en el juego la sentencia 22-

2007/42-2007/96-2007 Acu., de fecha 24/08/15 en la que se reestructura jurisprudencialmente, pero con efectos *erga omnes* la visión que se tenía de las pandillas, que pasó de criminalidad común a considerarse como criminalidad organizada de tipo terrorista, la cual ha sido bastante operativa, sin embargo, hay cuestiones jurídicas que merecen ser desarrolladas en el sistema penal para luchar con mayor eficacia en el ámbito de la represión penal.

En el sentido anterior, la sentencia 22-2007/42-2007/96-2007 Acu. de la SC es el producto del devenir jurídico penal, que se desarrolló en los diversos periodos *supra* desarrollados, es de tener presente que esta sentencia hace un análisis dogmático del comportamiento de las pandillas y con base en eso realizó de forma muy atinada su adecuación como organizaciones terroristas, independientemente de los factores criminológicos que permiten a un individuo ingresar como parte de la estructura. WOLF con escaso criterio expresó que las maras son unos grupos de mareros que no tienen ningún objetivo en sí, lo cual constituye una falacia si se revisa el daño irreversible que han causado y le siguen causando a la sociedad salvadoreña con cimiento en programas criminales concretos (Wolf, 2019), más bien los siguientes factores que rodean el *modus operandi* de las pandillas revela el grado de perversidad jurídica que las rodea, y son las principales promotoras de la cultura de violencia y muerte en el país, como resultado no es de recibo que sean neutralizados con medidas administrativas o penales de carácter triviales, sino con herramientas propias de la política criminal de la globalización.

Por eso es que la SC (Sentencia de Inconstitucionalidad LECAT, 2015) consideró, que: *«Como se sostuvo en la sentencia de 19-XII-2012, Inc. 6-2009, —esta Sala es consciente que en los últimos años se ha producido un serio agravamiento en el ámbito de la criminalidad en el país y en la región. Así, frente a las actividades clásicas llevadas a cabo de forma individual, se observa el progresivo desarrollo de una criminalidad organizada, que en la actualidad representa un grave peligro para la seguridad de los derechos de la población»* [III. 3, B, 5° párrafo]. De tal manera que, según su jurisprudencia de la SC las maras como organizaciones terroristas se configuran, conforme a la siguiente visión: *«Así, el concepto de organización terrorista cuenta en su dimensión objetiva de las siguientes características: (a) se constituye en un grupo armado; (b) existe una vinculación y pertenencia de los integrantes como miembros o colaboradores activos de la organización; (c) existe una permanencia en el tiempo de la organización; y (d) cuenta con una estructura interna que puede ser, entre otros, de carácter jerárquico-vertical y aún de*

carácter celular», parte estructural que fue desarrollada *supra*, lo novedoso de la SC es que destaca el carácter armado de las estructuras pandilleras, en tanto que, del elemento teleológico adujo que: *«Por otra parte, en su dimensión subjetiva debe perseguirse la finalidad de ocasionar temor o pánico entre la población, lo cual no necesariamente debe implicar el acceso o toma del poder político»* [IV, 2, A, d], elemento éste que se desarrolla con más detenimiento, si bien la SC destaca que las maras afectan una serie de derechos constitucionales y el sistema democrático, irónicamente no fundamentó esos aspectos con base en la propia Cn., donde efectivamente se encuentran previstos.

3.5.2 RASGOS DISTINTIVOS DEL TERRORISMO Y LÍMITES CON OTRAS MODALIDADES DELICTIVAS.

Así, en el apartado anterior se ha delimitado el terrorismo respecto de otras formas de delincuencia organizada y violenta. Ahora bien, dicha frontera no es la única que tiene que trazarse en este ámbito. Como se ha indicado, también se relaciona tal fenómeno con los desórdenes públicos, los meros incendios o el ciberespacio, por citar algunos ejemplos. Por tanto, a continuación, hay que seguir depurando dicho término, lo que, a su vez, sólo puede realizarse a partir del contenido de injusto de los delitos de terrorismo que se ha establecido. Es decir, una vez determinados los bienes jurídicos tutelados por tales figuras se está en disposición de extraer, por un lado, el método a través del cual es posible atacarlos, esto es, la forma de comisión, la clase de delitos, el tipo de armas y la base orgánica susceptibles de vulnerar los elementos protegidos; y, por el otro, la finalidad perseguida por el fenómeno que nos ocupa. De este modo, en los apartados que siguen se fijará el concepto de terrorismo, esto es, se establecerán sus rasgos característicos y los límites con aquellas modalidades delictivas que no alcancen ese grado de injusto, bien en términos cuantitativos, bien en términos cualitativos.

Sin embargo, antes de entrar en esta cuestión se expondrá, brevemente, el estado de la cuestión sobre el concepto de terrorismo y sus elementos característicos en la doctrina penalista.

A) Estado de la cuestión en la doctrina penalista

Como pone de relieve BONANATE (BONANATE, 1979), en la doctrina existen tantas definiciones de terrorismo como autores se han ocupado de tal fenómeno. No obstante, si bien es cierto que cada académico ha aportado su propio concepto, no lo es

menos que existen unos rasgos característicos comúnmente aceptados: el sustrato armado, el modus operandi y la creación de un estado de miedo y coacción.

En primer lugar, quienes han tratado esta materia ponen de relieve que una de las características del terrorismo es el uso habitual de armamento idóneo para la realización de sus finalidades delictivas⁴⁹. En concreto, hacen referencia a la utilización de armas de fuego y artefactos explosivos (LAMARCA PÉREZ, 2006), como parte del esquema y funcionamiento de la actividad terrorista.

En segundo lugar, se afirma unánimemente que este fenómeno es una forma de criminalidad que se caracteriza por la realización de delitos graves contra las personas: homicidios, asesinatos, lesiones, secuestros, coacciones, etc., de manera reiterada (CARBONELL MATEU, 2006) e indiscriminada, mediante el uso de las armas y los explosivos que posee ese grupo. De este modo, la violencia es el medio del que se vale el terrorismo para conseguir sus propósitos.

En tercer lugar, la doctrina considera que el terrorismo es susceptible de crear un estado de inseguridad, miedo colectivo y coacción (GARCÍA ARÁN, 2004). Sin atacar la paz pública o a la seguridad ciudadana –de toda la sociedad en general o de un grupo en particular-, los terroristas no tienen nada con lo que obligar a un Gobierno, a la población o a un grupo a que adopte ciertas decisiones o se comporte de una manera determinada. De este modo, dicho elemento se encuentra indefectiblemente unido al anterior (MARTÍNEZ-CARDÓS, 1998): es necesario que de modo continuado se realicen delitos graves e indiscriminados contra las personas para que objetivamente se pueda crear tal situación de terror.

Por el contrario, se discute sobre si es necesaria la existencia de una organización delictiva que dé cobertura a las acciones terroristas (ASÚA BATARRITA, 2002), o puede practicarse por individuos aislados; y tampoco existe acuerdo respecto a la finalidad última perseguida por este fenómeno: si sólo es política o caben objetivos de otra naturaleza. Así, aunque se comparte la idea de que la comisión de delitos contra las personas de manera violenta y reiterada, actividad que es idónea para crear una situación de miedo y coacción, responde a un fin último, no hay unanimidad sobre cuál es su contenido. Mientras que según

⁴⁹ Lamarca Pérez, Tratamiento jurídico del terrorismo, pp. 233-234, para que concurra una banda armada “será necesario que sus acciones delictivas se realicen habitualmente con armas aun cuando en un delito concreto se haya prescindido de su utilización”

el sector doctrinal mayoritario es necesario que el terrorismo se oriente a la consecución de una meta política, para otros autores dicha finalidad puede tener otra naturaleza, esencialmente social (ARROYO ZAPATERO, 1985).

B) El método: la violencia reiterada e indiscriminada contra las personas susceptible de crear terror en el público

Como se ha indicado, una vez establecido el estado de la cuestión en la doctrina penalista, es hora de tomar postura sobre el concepto y características del fenómeno que nos ocupa. Así, a grandes rasgos, con el término terrorismo deben denominarse, en mi opinión, aquellas conductas delictivas violentas, reiteradas e indiscriminadas; dirigidas contra bienes jurídicos personalísimos; capaces de instrumentalizar a las personas para conseguir fines políticos; y realizadas bien por bandas, organizaciones o grupos armados, bien por sujetos individuales. Por tanto, el terrorismo utiliza un método determinado, a saber, el uso de una violencia de tal intensidad que es susceptible de originar terror en la sociedad, mediante la cual persigue la finalidad de conseguir cambios políticos; pero no es necesario que concurren determinadas características estructurales, esto es, aunque suele actuar con la cobertura de una organización, conceptualmente también puede aparecer a título individual.

I) La reiteración e indiscriminación delictiva como mecanismo de instrumentalización de las personas

Como se ha indicado, en el ámbito del terrorismo cada acto concreto no sólo lesiona el bien jurídico personal atacado por ese atentado, sino que trasciende al daño específico. De este modo, la actividad delictiva contra las personas característica del terrorismo tiene que realizarse de modo reiterado (es decir, continuo) e indiscriminado (esto es, aleatorio). El mensaje de un atentado terrorista es que volverá a ejecutarse ese hecho u otro igual de destructivo, mientras el statu quo que se pretende modificar siga inalterado –de aquí la importancia de la continuidad o la reiteración delictiva-. Así, a la concreta persona atacada no sólo se le lesionan sus bienes más fundamentales, sino que también es instrumentalizada (FERRAJOLI, 1985), y lo es en un doble nivel.

Por un lado, el recado enviado con la comisión del hecho se dirige a toda la sociedad o a un grupo (instrumentalización de primer nivel) y conlleva la alteración de la paz pública, esto es, la transformación de un “estado de tranquilidad y sosiego [social]

trascendentes” en una situación de miedo o terror colectivo por la propia vida. De aquí la relevancia del elemento de indiscriminación, puesto que, de este modo, la concreta víctima “tiene sólo un valor simbólico, como portadora del mensaje, con efectos masivos, de que a cualquiera puede sucederle lo mismo”; sobre todo a aquéllos que se interpongan en su camino o se opongan a sus planes (GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, 2006). Pese a que, en términos estadísticos, existen más posibilidades de morir o sufrir lesiones por otras causas, el impacto psicológico del daño es mucho más elevado en el terrorismo. Es decir, la sensación de seguridad, esto es, la seguridad subjetiva, se ve mucho más afectada por este fenómeno aunque objetivamente otras causas sean más peligrosas para la vida e integridad de las personas; y, ello es debido a que el modus operandi utilizado, a saber, la aleatoriedad y la repetición (lo que también se relaciona con la magnitud del daño), incide en la psiquis de las personas de un modo especialmente intenso, sobre todo en la era de las armas de destrucción masiva y de la comunicación de masas.

Por el otro lado, el mensaje del acto concreto también se dirige al gobierno (instrumentalización de segundo nivel) con la intención de conseguir unos fines (políticos) determinados; mensaje que no llamaría su atención si no existiese esa situación de miedo colectivo. Puesto que la sociedad reclama protección del Estado, éste es más vulnerable a las demandas terroristas si la población está atemorizada. Por tanto, la creación de terror general es a la vez fin y medio.

En definitiva, el alcance físico de esa interacción social violenta, que es menos letal y destructiva que la ocasionada por otros fenómenos, conlleva un impacto psíquico de tal magnitud que es idóneo para atemorizar a los miembros de una sociedad determinada y para dirigir los comportamientos de los gobiernos.

II) La ejecución de delitos contra la vida, la libertad y la integridad de las personas.

Así, como acaba de indicarse, el terrorismo se caracteriza por la ejecución de delitos violentos contra las personas que de modo repetido y aleatorio sean susceptibles de instrumentalizar a sus víctimas en el doble nivel mencionado. Por tanto, las concretas infracciones que tiene que realizar una organización terrorista (o un sujeto aislado) han de atacar contra los bienes personales más esenciales de los individuos, puesto que tienen que ser idóneas para producir intimidación y conmoción. Sólo vulnerando y poniendo en peligro la vida, salud, integridad y libertad de las personas es posible alterar la paz pública

en el sentido indicado, esto es, crear temor por la propia vida, y, en consecuencia, forzar a los gobiernos a que atiendan las peticiones terroristas.

En consecuencia, ante todo no puede ser terrorista la actividad que sólo atente contra la propiedad y otros bienes materiales o aquélla que únicamente produzca altercados públicos: por ejemplo, los actos de un grupo ecologista que ejecute permanentemente delitos de daños contra los edificios e instituciones de un Gobierno poco respetuoso con el medio ambiente; o los grupos antiglobalización que realizan desórdenes públicos.

Por último, hay que analizar la “capacidad terrorista” de la mera ejecución del delito de amenazas. Si una organización sólo conmina a la sociedad con un mal determinado – por ejemplo, comenzaremos a matar aleatoriamente y no pararemos hasta conseguir nuestras metas (políticas)-, ¿puede tener la consideración de terrorista? Pues, bien, en mi opinión, parece claro que si ha pasado un tiempo sin que se haya ejecutado el daño con el que se amenazaba, los gobiernos y la población no tienen nada que temer –por lo que no puede hablarse de terrorismo-. Ahora bien, esta solución es más discutible durante el periodo en que esa amenaza parezca seria y susceptible de atemorizar a toda o parte de la sociedad, por desconocer ésta si, efectivamente, se ejecutará el mal anunciado o no en caso de no cumplirse la condición requerida. Sin embargo, pese a ello, me parece más correcto subsumir estos hechos en la figura de amenazas contra un colectivo (Sentencia de Inconstitucionalidad LECAT, 2015).

Del mismo modo, si la intimidación se dirige contra personas concretas (amenaza individual) o concretables (amenaza dirigida contra un colectivo en el que cada miembro pueda sentirse aludido personalmente) con la finalidad de condicionar la libre expresión de su voto tampoco puede hablarse de fenómeno terrorista. Ahora bien, en mi opinión, una asociación que utilice tales medios con dicho fin, aunque tampoco es terrorista, excede del fenómeno mafioso. Como se ha indicado, éste se caracteriza por crear sub-sistemas normativos al margen del impuesto por el Estado para procurarse poder económico, no por alterar el proceso democrático de toma de decisiones políticas, con el fin de favorecer sus intereses. Por tanto, dichas organizaciones son un tertium genus entre las bandas armadas terroristas y los grupos mafiosos: como en el terrorismo, atacan los cauces democráticos, pero no despersonalizan a las víctimas; y, como sucede en el ámbito del fenómeno mafioso, crean una situación de miedo entre las personas afectadas por las amenazas, de modo que no pueden ejercitar sus derechos fundamentales (en concreto, el derecho de voto), pero, además, alteran el proceso democrático.

Por ello, de lege ferenda, las asociaciones que mediante la intimidación pretendan alterar los procesos electorales deberían castigarse con una pena situada entre la prevista para el terrorismo y la establecida en los supuestos de delincuencia organizada violenta que sólo altera el orden público.

3.5.3 CONSTRUCCIÓN DE LA TIPOLOGIA DEL DELITO DE ORGANIZACIONES TERRORISTAS, A PARTIR DE LA SENTENCIA 22-2007/42-2007/96-2007

3.5.3.1 LA FINALIDAD DE SUBVERTIR EL ORDEN DEMOCRÁTICO

Una característica que forma parte de la esencia de las pandillas en El Salvador, es que se trata de grupos armados, son organizaciones criminales armadas para matar (Hazen, 2010). El monopolio de las instituciones armadas únicamente lo posee el Estado, es por esa razón que el Art. 7 Inc. 3º Cn., prescribe que «*Se prohíbe la existencia de grupos armados de carácter político, religioso o gremial*», por supuesto no es norma taxativa, y como bien es sabido, las maras son organizaciones terroristas de carácter armado, por ello se trata de organizaciones incompatibles con el Estado democrático, en el 2015 el gobierno de turno declaró la guerra contra las pandillas, lo que permitió que se terminaran de acentuar como organizaciones armadas y que los homicidios se dispararán sin precedente alguno. Las armas son el principal componente del arsenal que disponen las pandillas para controlar los territorios donde se han instalado, de igual forma, son utilizadas para poder enfrentarse constantemente contra la PNC y la FAES, la intranquilidad que generan en la población debido a la disponibilidad que tienen de las armas es muy considerable. (JAIRO DANIEL CHÁVEZ MATA, JAIME TARCICIO MOLINA GALVEZ, 2017)

Las armas les permiten a las pandillas no solo atemorizar a la población, sino además tener el control de sus territorios, hacer efectivas las extorsiones, y mantener altas las estadísticas de los homicidios, ya que las armas de fuego son los instrumentos más comunes en el cometimiento de los homicidios. La situación se agrava si se toma en cuenta la existencia de la guerra cruzada entre las pandillas rivales, las autoridades y la sociedad civil, bueno el solo hecho de que una persona forme parte de la pandilla contraria es «razón suficiente» para quitarle la vida, así como no pagar la «renta», o que una persona civil entre a un territorio donde opera una pandilla rival a la del lugar donde reside, casi cualquier cosa es suficiente para que los pandilleros maten a una persona, y como la mayoría de miembros son parte de las bases de sus organizaciones, se trata de soldados rasos que se caracterizan por tener una inestabilidad mental muy marcada, puesto que el nivel de

violencia que ejercita cada soldado le otorga estatus dentro de su organización criminal, y la sociedad salvadoreña está expuesta constantemente a ese tipo de comportamientos irracionales anti-vida, es muy común que los pandilleros de menor edad sean los más violentos, lo anterior implica que cada expresión que dimana de las pandillas es una clara oposición al sistema democrático, tan solo la propia existencia de una mara es ya una prohibición grave cuanto más, llevar a cabo los designios criminales de las mismas (Sentencia de Inconstitucionalidad LECAT, 2015).

Sobre lo anterior, la SC sostuvo: «[...] que el terrorismo constituye el ejercicio organizado y sistemático de la violencia, que mediante afectaciones concretas de bienes jurídicos individuales o colectivos, busca intimidar de forma general a la población, controlar territorios poblacionales, compeler a las autoridades gubernativas a negociar concesiones penitenciarias o de otra índole, afectar el sistema económico de una nación, afectar el marco de la institucionalidad democrática y el sistema de derechos fundamentales contemplados en la Constitución» [III. 3, B], por eso es que más adelante utiliza como trampolín la Ley de Proscripción de Pandillas, Agrupaciones, Asociaciones y Organizaciones de Naturaleza Criminal, y luego de referirse al crimen organizado independientemente de su denominación centra el péndulo de su razonamiento en las maras: «Sin embargo, es un hecho notorio que las organizaciones criminales antes mencionadas [las pandillas], 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 extorsión a personas naturales o jurídicas [III, 3, b]», unos cuantos párrafos de la sentencia le dan un giro contundente a la política criminal de la globalización en el país, puesto que le imprime una interpretación judicial ecológica capturando el accionar de las pandillas a nivel global, pero con repercusiones geográficas particulares, sella y actualiza la esencia criminal de las pandillas, a saber: «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 [III, 3, B, último párrafo]», la visión difusa y confusa que poseía el legisferante es suplantada, y puesta a prueba con la versión subversiva del crimen organizado que le asignó la SC a esta forma de criminalidad asociativa (Sentencia de Inconstitucionalidad LECAT, 2015).

Al respecto, es de tomar en cuenta que la subversión del sistema constitucional no implica una revolución total para destruir la institucionalidad, o la utilización de causas no democráticas para sustituir al Estado, más bien el terrorismo va dirigido a minar los elementos esenciales del Estado entorpeciendo su eficacia, poniendo en grave peligro la gobernabilidad del aparato estatal, por eso es de recibo lo que manifiesta Lamarca Pérez: *«Es cierto que, normalmente, el programa político de estos grupos será efectivamente transformador, revolucionario, por cuanto la defensa de los objetivos políticos dominantes corre a cargo del propio aparato estatal, pero nada impide conceptuar como terrorista a un grupo políticamente conservador o contrarrevolucionario que hace de la violencia un obstáculo al cambio, ya sea al cambio legítimo en una sociedad democrática, ya sea al propio cambio revolucionario y, en definitiva, nada impide acoger también, y este es el fondo de la cuestión, los supuestos del denominado terrorismo de Estado, esto es, del terrorismo practicado desde dentro del sistema político»* (Lamarca Pérez, 2008). No hay que percibir al ente gubernamental como la suma de sus instituciones, es necesario percibir el rol de sus piezas que hacen posible su operatividad constitucional, y de las que depende la propia existencia del Estado, como es la soberanía que ejerce sobre su territorio, y el factor vital para que las instituciones puedan cumplir los fines constitucionales que le asigna la ley suprema a ese andamiaje estatal, que son situaciones que están siendo minadas por las pandillas.

3.5.3.2 EL DOMINIO TERRITORIAL COMO SUBVERSIÓN DEL ORDEN CONSTITUCIONAL

El dominio criminal de las pandillas que ejercen en diversas zonas del territorio salvadoreño, es una condición alarmante que pone en jaque el elemento esencial de la democracia como lo es en especial la soberanía del Estado, atentando contra el Artículo. 4 Cn., conforme al que: *«Toda persona es libre en la República»*, y el Artículo 5 Cn., prescribe que: *«Toda persona tiene libertad de entrar, de permanecer en el territorio de la República y salir de éste, salvo las limitaciones que la ley establezca»*, disposición que regula la libertad de locomoción externa, que es la potestad de entrar y salir del país cuando la persona lo desee, y la libertad locomotiva interna, que consiste en la facultad que tienen las personas de desplazarse a cualquier parte del territorio conforme a su voluntad. El Inc. 2° de la misma disposición consagra que: *«Nadie puede ser obligado a cambiar de domicilio o residencia, sino por mandato de autoridad judicial, en los casos especiales y mediante los*

requisitos que la ley señale», y en tiempos recientes, cuántas familias salvadoreñas han tenido que abandonar sus residencias, debido a que las maras amenazaron con acabar con sus vidas, y con sus bienes jurídicos constitucionales más elementales. Y qué decir del territorio del Estado, el Art. 83 Cn., es expreso al establecer que: «El Salvador es un Estado soberano. La soberanía reside en el pueblo, que la ejerce en la forma prescrita y dentro de los límites de esta Constitución», en la misma línea el Art. 84 Cn., comprende que: «El territorio de la República sobre el cual El Salvador ejerce jurisdicción y soberanía es irreductible [...]», el dominio criminal del territorio ejercido por las pandillas es un acto de ilicitud intolerable en un Estado democrático, en primer término, porque restringen la libertad de las personas en el sentido más amplio, y en segundo plano, está en juego la soberanía del pueblo enlazada con su territorio, tanta importancia le dio el constituyente a las normas que regulan el territorio soberano, que incluso las colocó en cláusulas pétreas, esas mismas que las pandillas han relativizado a través del terror que ejercen en la población, sin que el Estado pueda reaccionar de forma efectiva.

En el Art. 6 LECAT hay un tipo penal, al que podría adecuarse el dominio que las maras o pandillas ejercen sobre los diferentes barrios o territorios que dominan, se trata de la Ocupación Armada de Ciudades, Poblados y Edificios, que describe lo siguiente: *«El que participare en forma individual o colectiva en tomas u ocupaciones de ciudades, poblados, edificios o instalaciones privadas, lugares de uso público, sedes diplomáticas, o de lugares destinados a cualquier culto religioso, sea total o parcialmente, empleando para ello armas, explosivo su artículos similares, afectando de esa manera el normal desarrollo de las funciones u actividades de los habitantes, personal o usuarios, será sancionado con prisión de veinticinco a treinta años»*, que como se vio *supra*, las maras son grupos criminales de carácter armado, con las armas y la coacción es que se imponen en las comunidades, se toman todo el sector y lo controlan a su antojo, y la desorganización social de la comunidad es uno de los efectos de la gestión delictiva de una pandilla en una población, sin embargo, la Fiscalía General de la República todavía no tiene la suficiente claridad de la adecuación de este tipo penal a las maras o pandillas. (JAIRO DANIEL CHÁVEZ MATA, JAIME TARCICIO MOLINA GALVEZ, 2017)

El salto que realizó la Sala de lo Constitucional en la sentencia relacionada, respecto de este elemento esencial del terrorismo de maras, es el siguiente: *«Sin embargo, es un hecho notorio que las organizaciones criminales antes mencionadas, realizan dentro de su*

accionar, [...] 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 (Sentencia de Inconstitucionalidad LECAT, 2015)», por supuesto, lo idóneo hubiera sido que la SC hubiese incorporado evidencia sobre todo estadística para sustentar sus aseveraciones, pero en todo caso, no por ello se pierden los efectos normativos de la misma.

3.5.3.3 EJECUCIÓN DE CRÍMENES VIOLENTOS COMO ALTERACIÓN DE LA PAZ PÚBLICA

La SC en la sentencia 22-2007/42-2007/96-2007 Acu., adiciona al portafolio criminal de las pandillas una serie de ilícitos graves ejemplificativos, que por su constante ejecución generan terror y alarma en la sociedad: *«Por esto, son grupos terroristas las pandillas [...] MS-13 y [...] 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» [III, 3, B, último párrafo]. Si se estima que desde los años 80 las pandillas vienen funcionando como grupos armados, es de tener presente que en su *infra*-mundo, existen muchas interconexiones criminales, la mayoría de ellas destinadas a mantener su longevidad y normalidad dentro de sus territorios, las reacciones penales por parte del Estado, condicionan reacciones determinadas en los programas pandilleros, para evadir a futuro la justicia penal y asegurar*

su óptimo funcionamiento criminal, como la conversión masiva al cristianismo de las maras fuera y dentro de los centros penitenciarios (Hazen, 2010)

Como bien es sabido, la SC adecuó el accionar criminal de las pandillas como terrorismo debido a la visibilidad y crueldad con que la sociedad percibe sus delitos, que son cometidos de manera sistemática y con lujo de barbarie, el portafolio criminal de las maras, ha postrado a la sociedad, disparando los niveles de inseguridad objetiva y subjetiva, los delitos que más han puesto a las pandillas sobre la vitrina criminológica son los homicidios, las extorsiones, la ocupación de los poblados, entre otros. De allí que sobre el fenómeno del terrorismo se sostiene que: *«El fenómeno terrorista suscita reacciones emocionales, condiciona actitudes, intenta influir en el proceso de toma de decisiones de la sociedad, intenta menoscabar y modificar el funcionamiento de las instituciones y afecta a la manera en que se estructura y se distribuye el poder en una sociedad democrática. Obliga al Estado a crear una respuesta empujándolo a ingresar en un espacio diferente y desde su irregularidad modifica las dimensiones de las operaciones tácticas y estratégicas, dimensiones que no sólo no se circunscriben al campo de batalla sino que obligará a los poderes públicos y a toda la sociedad a implicarse en la seguridad de su Estado»* (Aparicio-Ordás González-García, 2012), eso básicamente es lo que han producido las maras en El Salvador, lo han empujado en una situación sumamente caótica, con depresiones agudas en el campo de la seguridad pública, en la economía, en la gobernabilidad de las instituciones debido al alto índice de crímenes violentos que ejecutan sistemáticamente, de lo que se suscita lo siguiente: ¿cómo debe estar diseñada la política criminal de la globalización, para neutralizar la tasa de homicidios más alta en el mundo cometida por las pandillas?. (JAIRO DANIEL CHÁVEZ MATA, JAIME TARCICIO MOLINA GALVEZ, 2017)

Respecto del homicidio, habría que preguntarse realmente si el apalancamiento operativo de las maras ha sido posible por las extorsiones o por los homicidios que suelen ejecutar con significativa ignominia, los homicidios juegan un rol importante en las maras, en argumentos de la SC en la sentencia 22-2007/42-2007/96-2007 Acu.: *«[...] 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»* [III, 3, B, penúltimo párrafo]. Matar es un delito industrializado para las pandillas, lo fabrican en masa, tienen miembros especializados en ello, los gatilleros, los sicarios, los artilleros, pero la

cultura de matar la inician desde los primeros eslabones de la estructura, para ir ascendiendo en la organización, aunque en un momento determinado todo miembro de una pandilla debe estar preparado para matar, y se rigen por la simpleza que ser parte de la pandilla contraria o residir en su zona es razón suficiente para matar, el dominio de las pandillas ha pasado por vulnerar sistemáticamente el bien jurídico constitucional vida de una manera alarmante, lo que ha posicionado al país como el más violento del mundo, las noticias en los diversos medios de comunicación no pueden dejar de publicar varios homicidios al día perpetrados por las pandillas y con razón de ellas (Hazen, 2010).

La capacidad que tienen de incidir en el sistema de transporte a nivel nacional ha sido otra circunstancia que ha puesto de relieve su fuerza criminal para alterar el orden público. Por eso fue punto de razonamiento para la SC en la sentencia 22-2007/42-2007/96-2007 Acu., las pandillas según sus designios criminales: *«paralizan el transporte público de pasajeros, incluso a nivel nacional y con frecuencia atentan 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»* [III, 3, B, penúltimo párrafo], éstas organizaciones criminales no permiten el establecimiento de una paz holística en el país, ya que han condicionado las estructuras sociales, económicas y políticas del sistema democrático, entonces la calidad de enemigos para todos los ámbitos del sistema es un hecho que debe acentuarse mucho más, situaciones extraordinarias requieren medidas extraordinarias, el gobierno a inicios del 2015 les declaró la guerra agudizando aún más situación, en cambio construir y refinar su calidad de enemigos y por ende un trato como tales, es la mejor opción de política criminal de la globalización, puesto que ello no implica una declaración abierta de guerra, lo cual aparte de innecesario es hasta contra producente, pero si a tales organizaciones y a sus miembros se les construye un tratamiento contra-fáctico de persona-enemiga es posible diseñar remedios más efectivos y eficaces como el formulado por la SC al tildarlos de «terroristas», son soluciones adecuadas a este fenómeno criminal [enemigo parece un término más sutil que terrorista.

3.5.3.4 LA DESESTABILIZACIÓN DEL SISTEMA DEMOCRÁTICO

Tanto la mara MS como la 18 son organizaciones nacionales y transnacionales, y como tales no solo toman decisiones delictivas en torno a un hábitat determinado, sino que

también tienen la capacidad de globalizar su comportamiento criminal, por eso es que la SC establece que: *«Tales ideas deben ser complementadas con aquellas postulaciones que realzan la importancia del móvil o la finalidad, y que permiten distinguirlo de otras formas de criminalidad convencional –v. gr. la criminalidad organizada mafiosa que persigue primordialmente una motivación netamente lucrativa–»* [III, 3, B, 1° párrafo]. (Sentencia de Inconstitucionalidad LECAT, 2015) la peligrosidad de las maras se intensifica si se toma en cuenta que no solo buscan una finalidad terrorista, sino que para poder mantener su institucionalidad buscan, además, una finalidad de lucro u obtener beneficios económicos, de allí es que la SC siguió aduciendo que: *«En efecto, lo relevante en esta materia, además del uso sistemático, generalizado, organizado e indiscriminado de la violencia, es la consecución de una finalidad que puede ser intimidar a grandes sectores de la población, tomar el control de diversas partes del territorio, incidir en las decisiones que pueda efectuar los diferentes entes gubernamentales, paralizar la estructura económica de la nación, poner en riesgo el sistema de libertades comprendidos en la Constitución y afectar sensiblemente el sistema democrático, poniendo en riesgo o afectando todo ello los derechos fundamentales de la población»* [III, 3, B, 2° párrafo], en efecto, tantas fibras sensibles de la sociedad que sufren su descontrolada e irracional violencia y cultura de muerte.

Si bien, el péndulo de la política criminal ha transitado desde la implementación de mecanismos represivos provenientes del derecho penal de emergencia, lo que constituye un error más tolerable, que el hecho de que el Estado haya «flexibilizado» el sistema normativo penal para hacer concesiones a las pandillas, de allí que resulte de recibo lo que razonó la SC al expresar que: *«Desde tal perspectiva, no resulta aceptable dentro del marco del respeto de la Constitución y la ley, la formulación de acuerdos de no persecución criminal o el establecimiento de alguna prerrogativa para dispensar la aplicación de las disposiciones jurídicas para quien las viole, pues ello pone en entredicho el mismo ordenamiento jurídico y el ejercicio de fidelidad al Derecho que todo funcionario y ciudadano debe tener en relación con este último», en otras palabras eso es pura desconfianza institucional, lo que termina reafirmando de la siguiente manera: «—En otras palabras, no resulta admisible desde las bases del Estado Constitucional de Derecho, el uso de mecanismos para-jurídicos que impliquen negociaciones con el crimen en general, y menos con el crimen organizado, bajo las condiciones de reducir los índices delincuenciales a cambio de beneficios que no encajan en el marco normativo penitenciario que informa la finalidad de la pena –art. 27 Cn.—; o a cambio de dejar sin efecto la vigencia y aplicación de*

la legislación penal» [III, 3, B]. (Sentencia de Inconstitucionalidad LECAT, 2015) Y esto es así por una precisa razón, el Estado democrático sería el primero en venderle su alma al diablo, uno de sus elementos esenciales como es el rule of law, quedó comprometido seriamente con la tregua entre las pandillas, el Estado prácticamente se degradó con su enemigo, y las repercusiones fueron muy palpables en la sociedad salvadoreña. (JAIRO DANIEL CHÁVEZ MATA, JAIME TARCICIO MOLINA GALVEZ, 2017)

3.5.3.5 EL TERRORISMO INDIVIDUAL DE LOS MIEMBROS DE MARAS

Los pandilleros si bien su pertenencia es permanente en la organización criminal, existen determinados supuestos en los cuales actúan de forma personal. Para lo cual es menester determinar qué es pertenencia o integración de una persona en la mara, lo que se persigue en sí no es una condición personal, sino un acto personal, como lo destaca CANCIO MELÍA, lo importante consiste en determinar cuáles son los aspectos fácticos que permiten configurar la pertenencia a la organización, los cuales están a su vez definidos por una catálogo de situaciones fácticas de aportaciones concretas, sobre las que precisamente debe recaer la prueba, predominantemente indiciaria, ya que se trata [debido a la naturaleza de la organización] más que de un delito de mera actividad, que supera la mera integración inactiva, para lograr posicionarse como organizaciones terroristas, debido al volumen considerable de sus crímenes violentos, se requiere que cada miembro tome en serio su rol criminal, y si a eso le agregamos que el grueso de pandilleros están representados por los miembros regulares, como los soldados rasos y los de más bajo nivel estructural que por su posición y jerarquía, reclaman por medio de la aplicación de una mayor violencia y a una serie de homicidios, un estatus cada vez mayor dentro de su organización, por eso es que son inestables y prácticamente muy peligrosos (Cancio Melía, 2010).

Un miembro de pandilla es un «delincuente por convicción» puesto que su sistema de antivalores, así como la cultura de violencia y muerte que asimila dentro de la estructura, es superpuesta contra el sistema de valores democráticos de la sociedad salvadoreña [asociación diferencial], en la línea anterior LAMARCA PÉREZ razonó que: «*En cuanto a los pertenecientes, se trata, sin duda alguna, de las personas que forman parte de las bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas; al margen del concreto papel que cumplan o de la jerarquía que ostenten en la organización lo que define la cualidad de pertenecientes es su total disponibilidad para desempeñar las acciones que les sean*

encomendadas» (Lamarca Pérez, 2008). Sin embargo, la convicción se refleja en diversas formas, según sea el rol que un miembro ocupe en la organización, y los delitos de terrorismo están integrados por ilícitos periféricos como las distintas colaboraciones que reciben de sus familiares, amigos allegados u otras personas cercanas a las pandillas, luego tenemos los delitos instrumentales, que son los que les permiten a las maras lograr sus objetivos antidemocráticos, como son los homicidios, las extorsiones, portación y tráfico de armas de fuego, ocupación de territorios poblados, y por último, están los ilícitos estructurales como es la pertenencia a la organización terrorista, y como su forma más agravada, ser parte de la misma como dirigente, cabecilla, palabrero o jefe. No obstante, es menester en virtud del principio de legalidad descubrir la limitación típica del contenido fáctico de pertenencia en sus facetas como órgano militante y como órgano de dirección, y los actos de colaboración que no implican pertenencia o integración (Hazen, 2010).

Los agentes militantes, son los que por lo general ejecutan directamente los delitos instrumentales del terrorismo, como los homicidios y las extorsiones, pero también llevan a cabo actos de pertenencia, aceptar ser parte de una mara [lo pateen o no], como encargarse de vigilar el territorio dominado por ellos en manos de los «postereros», entregar noticias de las extorsiones, llevar a cabo la intimidación o amenazas con fines homicidas o de lucro, así como recoger los importes de las mismas, abrir cualquier tipo de negocio para la pandilla, poseer equipo tecnológico como ordenadores y celulares donde se registren datos acerca de la organización, utilizar tecnología de comunicación para estar enlazado como parte de la pandilla [enviar y recibir mensajes a la misma clica u otras], tener y proporcionar lugares para albergar a los pandilleros, encargarse de la alimentación de éstos, realizar frecuentemente cualquier tipo de transacción que implique ganancias para la organización, reclutar, permitir o inducir a que otros [inclusive menores] para que formen parte de la organización, recibir adiestramiento para la utilización de armas de fuego y usarlas dentro de los fines de la pandilla, fabricar «armas hechizas», controlar o espiar a los miembros de la pandilla rival, financiar las actividades de la mara, recoger información sobre personas que se pretenden asesinar o extorsionar, adoctrinar con la cultura de violencia o muerte a los integrantes, reunirse para hacer planes con la pandilla, hacer grafitis alusivos a la pandilla en el sector en que opera la misma, hacerse tatuajes alusivos a la mara a la que pertenece el sujeto, patear a los nuevos integrantes de la pandilla [ejecutar el rito de admisión], entre otras (Hazen, 2010).

Situaciones éstas que deben ser acreditadas en el marco del procedimiento penal, y no solamente la mera adjudicación de un determinado rol, de lo contrario, no resulta de recibo dar por establecido el peligro objetivo que pesa sobre los hombros de una persona a quien se le imputa la pertenencia o integración a una pandilla.

Ahora respecto de los colaboradores es de tener el cuidado de no confundir su aportación con la conducta de pertenencia o integración a la pandilla. Si bien es posible hacer depender la cuestión de la frecuencia de la aportación, así como de la finalidad que asuma el colaborador, la verdad es que no se puede imputar una mera conducta de colaborador si no se tienen en cuenta cuales son los sustratos fácticos y las aportaciones concretas que son subsumibles al tipo de colaboración, lo que sí es de tener presente es la ineludible aplicación del principio de legalidad para resolver esta cuestión, ya que la conducta de colaboración siempre ha de venir de aquella persona que no forma parte de la estructura pandillera, como bien lo dice Lamarca Pérez se trata de un «*extraneus*», pero por mucha que sea la frecuencia de la ayuda, o por más que encontremos la finalidad de subversión del orden democrático o de la paz pública, en la medida que el apoyo sea efectuado por un sujeto ajeno a la organización no puede tildarse la aportación como pertenencia, éste necesariamente deberá quedarse en la mera colaboración (Lamarca Pérez, 2008).

Ahora bien, el Art. 33 LECAT regula la figura de la complicidad diferenciando la penalidad de conformidad al Art. 36 Código Penal, entre necesaria y no necesaria, esto implica que no elevó a nivel de autoría por disposición legal los actos de colaboración en el terrorismo, en ese sentido deben aplicarse las reglas generales del derecho penal, y ante la especialidad de la conducta de colaboración la solución legal, es tipificar dichas conductas si se subsumen directamente en los supuestos de colaboración contenidos en el Art. 345 Código Penal del Inc. 4° en adelante, atendiendo desde luego los verbos de las respectivas conductas y entroncando la estructura terrorista en virtud del Art. 1 de Ley de Proscripción de Pandillas [...]. Claro hay que tener presente que estos tipos han sido diseñados para los colaboradores de las maras, que hacen un aproximado de 500, 000 personas en el país, ante lo que hay que preguntarse si el sistema penal tiene la capacidad funcional de aplicar eficazmente dicha disposición, lo que pasa por tomar en cuenta, que incluso la imputación por pertenencia a las maras es un trabajo muy dificultoso para la FGR, cuanto más investigar los casos de colaboración y complicidad que requieren de un mayor

esfuerzo probatorio y probático (Sentencia de Inconstitucionalidad LECAT, 2015). En todo caso partiendo de lo anterior, cuando un pandillero realice un delito fuera de los lineamientos de la organización, sino con base en su propia voluntad, si bien no se descarta la imputación por pertenecer a una estructura delictiva, se le debe imputar a título personal el injusto que ha cometido conforme a sus propios procesos de maquinación mental.

3.5.3.6 SOLUCIÓN A LA PROBLEMÁTICA PLANTEADA.

En el fenómeno de las pandillas en nuestro país, que ha sido enmarcado como un fenómeno terrorista, por parte de la Sala de lo Constitucional, y el cual ha sido objeto de estudio de este trabajo de investigación, es necesario sentar una solución que sea efectiva para que la Sentencia de la Sala de lo Constitucional 22-2007 AC, no se convierta en el instrumento mediático de crítica, del cual es objeto en la actualidad, por ser una herramienta que permite atribuir en su generalidad, el tipo penal de Organizaciones Terroristas, a cada uno de los miembros que componen las pandillas, lo cual sin duda alguna y como se ha demostrado a través del desarrollo del presente trabajo, genera inseguridad jurídica.

Para tener una solución, se debe tener muy claro el problema que se genera a la hora de aplicar, en los Juzgados de la república, el tipo penal de Organizaciones Terroristas, ya que se tiene que el actuar de las pandillas su finalidad es controversial, ya que esta puede ser delinquir, percibir beneficios económicos de su actuar delictivo, o de subsistencia para los mismo miembros de la estructura criminal, y en fin ultimo generar o infundir terror en la población; por ello es que se genera el problema de cual es el fin último de la estructura. Y es que, por medio de la sentencia de la Sala a la que se ha hecho alusión, el delito de Organizaciones Terroristas opera hacia las pandillas por el solo hecho de haber sido denominadas por la Sala como una estructura Terrorista, restringiendo en cierta medida, esa capacidad a los Jueces de hacer las valoraciones respectivas para cada caso y realizar ese proceso intelectual que permita determinar si en realidad, la finalidad con la que operan las mismas es terrorista, y que si la misma en cada una de las acciones criminales que realizan que las pandillas cometen; porque también es de resaltar, que las maras o pandillas pueden cometer ilícitos penales, que no busquen o persigan esa finalidad terrorista, la cual es necesaria para poder imputárseles un tipo penal, como el referido, siendo en dichos casos, en que se vuelve completamente ilógico, ilegal y vulnerador, imputar dicho tipo penal, solo por categorizar a toda la estructura delictiva, como una organización terrorista.

Ahora bien, teniendo dicho panorama planteado, se puede decir que el problema no radica en el tipo penal de Organizaciones Terroristas, ya que el mismo se encuentra bien planteado y desarrollado dentro de la LECAT; lo cual permite decir en cuanto a los objetivos planteados, que la legitimidad de dicho tipo penal no vulnera el principio de legalidad, ya que cumple con todos los requisitos y elementos que componen el mismo, como lo son la de conformar una Ley cierta, estricta y previa.

Desarrollado lo anterior, y habiendo establecido que el problema lo genera el carácter “vinculante” que para muchos Jueces genera la Sentencia de Inconstitucionalidad 22-2007 AC de la Sala de lo Constitucional, merece la pena preguntar, ¿Cómo combatir el hecho de que los Jueces se sientan obligados a tratar a todos los pandilleros como terroristas, debido a que dicha Sentencia de la Sala los categoriza como tal?; la respuesta es: **a través de la Independencia Judicial**, la cual está contenida en el artículo 172 inciso final de la Constitución de la República, el cual literalmente nos dice: “Los Magistrados y Jueces en el ejercicio de la función jurisdiccional, son independientes y están sometidos exclusivamente a la constitución y a la leyes”; asimismo el artículo 186 inciso 3° de la misma Ley nos dice: “La ley deberá asegurar a los Jueces protección para que ejerzan sus funciones con toda libertad, en forma imparcial y su influencia alguna en los asuntos que conocen y los medios que le garanticen una remuneración justa y un nivel de vida adecuado a la responsabilidad de sus cargos”.

Está bien que la Sala haya definido a las maras o pandillas como grupos Terroristas, pero eso no implica que los Jueces están obligados a resolver sus procesos, direccionados por una Sentencia que prácticamente les está diciendo, la forma en que ellos deben categorizar a dichas estructuras, ya que eso sería una grave intromisión a la independencia que cada Juez tiene a la hora de realizar el análisis intelectual que cada caso en particular requiere. Y dentro de ese análisis que realiza el Juzgador, debe de existir una valoración razonable de si el actuar realizado por los miembros de las pandillas, se adecua al tipo penal por el cual están siendo procesados, realizando así un juicio de tipicidad que le permita valorar si el caso que está siendo objeto de su estudio, se adecua ya sea al tipo penal de Agrupaciones Ilícitas, o en su caso al delito de Organizaciones Terroristas.

La Independencia Judicial supone la sola sumisión a la ley y no a ninguna influencia del exterior, cuya garantía es la negación a los principios jerárquicos de cualquier posibilidad en el ejercicio de la función. Es así que la Independencia Judicial se puede ver traducida a la posibilidad interna del Juez de resolver en conciencia y conforme a las leyes,

según su recta interpretación, al margen de presiones e intereses encaminados a incidir en la esfera de acción que el mismo tiene, lo que la vuelve la herramienta fundamental para poder combatir fenómenos como el objeto de investigación del presente trabajo.

3.6 DEFINICION Y OPERACIONALIZACION DE TERMINOS BASICOS

En este apartado hemos tomado a bien como grupo investigador, y definir ciertos términos básicos que son parte del trabajo de investigación, con la finalidad de establecer una claridad para el lector de aquellos conceptos o definiciones desde el punto de vista jurídico, para lo cual se han utilizado diversas fuentes como Diccionarios Jurídicos y el Internet.

a) ORGANIZACIÓN: Una organización es un grupo social formado por personas, tareas y administración, que interactúan en el marco de una estructura sistemática para cumplir con sus objetivos.

b) ORGANIZACIÓN CRIMINAL: Es 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.

c) TERRORISMO: Forma violenta de lucha política, mediante la cual se persigue la destrucción del orden establecido o la creación de un clima de terror e inseguridad susceptible de intimidar a los adversarios o a la población en general.

d) TERRORISTA: Se le llama así a la persona que practica o que defiende al terrorismo.

e) SOBERANÍA: La soberanía es el poder político supremo que corresponde a un Estado independiente, sin interferencias externas. En teoría política, la soberanía es un término sustantivo que designa la autoridad suprema que posee el poder último e inapelable sobre algún sistema de gobierno. En su etimología, la palabra soberanía proviene de la voz latina "super omnia", que significa "sobre todo" o "poder supremo", que también tiene como sinónimo a la palabra latina "principatus", que proviene de la voz latina "primus inter pares", que significa "primero entre pares" o "principal".

f) RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD: Es uno de los procesos constitucionales a través de los que el Tribunal Constitucional garantiza la supremacía de la Constitución y enjuicia la conformidad o disconformidad con ella de las leyes, disposiciones normativas y actos con fuerza de ley del Estado y de las Comunidades Autónomas.

g) ERGA OMNES: Licuación latina Contra todos. Expresa que la ley, el derecho, o la resolución abarcan a todos, hayan sido partes o no; y ya se encuentren mencionados u omitidos en la relación que se haga.

h) NULLUM CRIMEN, NULLA POENA SINE PRAEVIA LEGE. Locución latina que significa que no existe delito y no existe pena sin ley previa.

i) PRECEDENTE: Anterior en el tiempo o en el espacio. Resolución similar de un caso planteado antes y que se invoca para reiteración por aquel a quien favorece.

j) CONSTITUCIONAL: Significa que pertenece a la Constitución de un Estado. Es constitucional, en principio de los significados, todo aquello que se ajusta o es conforme a las normas que la Constitución establece, así como es inconstitucional todo aquello que se aparta de ella o la vulnera. Representa una cuestión vinculada con la supremacía de la Constitución, o sea, con un ordenamiento jurídico por el cual la sociedad, constituida políticamente, subordina a ella todos los demás actos de los poderes públicos, así como las normas legales, que carecen de validez en cuanto las desconozcan o contradigan.

CAPITULO IV

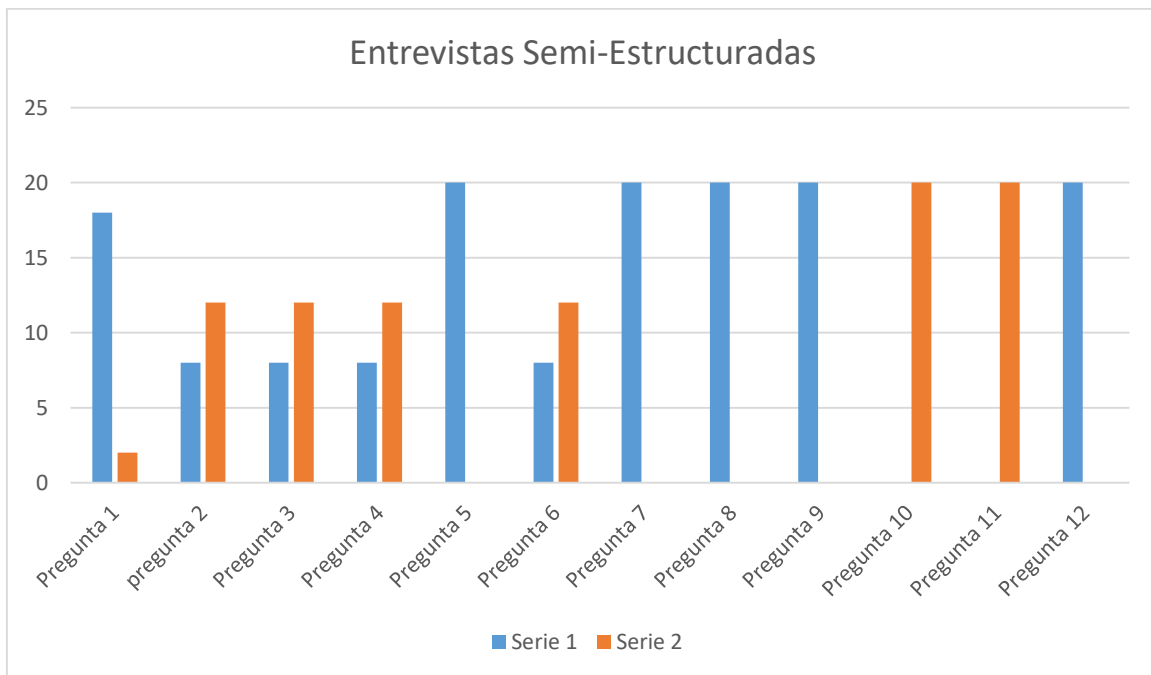
HALLAZGOS EN LA

INVESTIGACIÓN

4.1. PRESENTACIÓN Y DISCUSIÓN DE RESULTADOS

4.1.1. ANÁLISIS DE LOS PRESUPUESTOS ADOPTADOS POR LA SALA DE LO CONSTITUCIONAL, PARA DETERMINAR LA EXISTENCIA DE LAS ORGANIZACIONES TERRORISTAS

En este apartado se desarrollará e interpretaran los resultados de la investigación, tomaremos en cuenta la población y la muestra investigada en el trabajo de campo, lo cual se realizo a través de diferentes interrogantes como parte de los instrumentos que se efectuaron como es el caso de las entrevistas a diferentes profesionales que se desenvuelven en distintos ámbitos del ejercicio de la Justicia y los cuales tienen experiencia y conocimiento directo de la temática en investigación, ya que a diario tiene relación sea como acusadores, defensores o juzgadores por los casos prácticos que se suscitan a diario en las instancias jurisdiccionales; lo cual se hizo de la siguiente manera:



1.- ¿Para usted las Sentencias dictadas por la Sala de lo Constitucional tienen fuerza normativa vinculante?

Sobre este punto el 80% de los entrevistados, entre los que se comprenden jueces, fiscales y defensores, son del criterio que las sentencias de inconstitucionalidad dictadas por la Sala de lo Constitucional efectivamente son vinculantes; sin embargo, el criterio de los jueces Especializados de Sentencia de San Salvador respecto de las sentencias de inconstitucionalidad, es que no son vinculantes, aunque en principio la mayoría o casi unánimemente dicen que si lo son. Hay que tener en cuenta hasta donde puede vincular un concepto esgrimido por la Sala de lo Constitucional, como concepto normativo, esto porque la Sala no puede crear tipos penales, puede ilustrar una definición del contenido de un tipo penal, o puede quitarlo por considerarlo inconstitucional, pero jamás crearlo, ya que esa función es competencia única y exclusiva del poder legislativo. Cabe aclarar que el Juez especializado de Sentencia de San Miguel manifestó en la entrevista que dichas sentencias de inconstitucionalidad si tienen carácter vinculante, por lo que se denota distinto criterio al de los jueces especializados de San Salvador entrevistados.

2.- ¿Considera acertada la decisión de la Sala de lo Constitucional de declarar a las pandillas como una organización terrorista?

En lo referente a esta respuesta pudimos constatar que el 40% de las personas en entrevistas realizadas, mantienen una misma postura en cuanto a que si consideran acertada la decisión de la Sala de lo Constitucional de declarar a las pandillas como grupos terroristas, lo anterior manifestado así ya que en principio se ve un desarrollo jurisprudencial hecho por la Sala de lo Constitucional en donde eleva las actuaciones de grupos criminales a organizaciones terroristas, y en ello se ha podido observar que la criminalidad organizada ha tenido una significativa evolución, y por tal razón, la Fiscalía General de la República ve acertado como la Sala de lo Constitucional coadyuva al combate la delincuencia al elevarlas a la categoría antes indicada.

Ahora bien, el 60% de los entrevistados son del criterio que este tipo de sentencia es un exceso de las pretensiones incoadas por los demandantes en los procesos de inconstitucionalidad, ya que dicha Sala dentro de sus facultades resolutorias no puede excederse de lo peticionado (extra petitum).

De la misma forma los Jueces entrevistados han expresado que con independencia de cuál fue el sentido o la intención de la resolución emitida por la Sala de lo Constitucional, lo que sí está claro es que “fue un a propósito de”, es decir, la sentencia que en este caso

fue interpretativa, se aprovechó de una circunstancia, las peticiones de inconstitucionalidad de la LECAT fueron en el 2007 y esta sentencia fue emitida en el año 2015, es decir, en el 2007, ya se avistaba el fenómeno de las pandillas, que estaba siendo un problema de seguridad pública, la cuestión está en que aquel momento no tenía la envergadura que tiene hoy en día, por lo que la Sala aprovechándose de esa circunstancia en el 2015, en donde ya tenía una envergadura propia, hacen una lectura social de inseguridad y de algunos actos cometidos, y la insertan como organizaciones terroristas, esa fue una definición que dio, aprovechándose también de que como antesala a este suceso, ya había resuelto la constitucionalidad de la ley contra el crimen organizado, entonces son momentos que aprovechó la Sala para interpretar que las pandillas, cualquiera que fuese la denominación son organizaciones terroristas. Entre forma coloquial, la Sala de lo constitucional, también convirtió a las pandillas en grupos beligerantes; exteriormente se entiende que en este país se tienen muchos terroristas, si decimos que hay más de sesenta mil personas vinculadas con las que colaboran hay otros doscientos mil, quiere decir que, se tiene dentro de un millón de habitantes trescientas mil personas que son terroristas, o por lo menos colaboradores de terroristas algo que no concuerda, que no es lógico con la realidad que vivimos, ahora lo que si concuerda en la realidad es que hay determinados actos que ejecutan estas personas que si deben ser juzgados como actos de terrorismo, y no por organizaciones terroristas, pero aquí hemos llegado a la disfuncionalidad que a un pandillero se le acusa de organizaciones terroristas, y de repente se le acusa de un homicidio simple, es decir, es una lógica no congruente con el sistema judicial, en segundo lugar se les acusa por ser pandillero de una organización terrorista aprovechándose de la definición de la Sala de lo Constitucional y lo que realiza son delitos comunes, entonces pierden la finalidad propia, fuera del contexto de los delitos comunes, y tercero en ese ámbito también la definición por si misma lo que hizo fue agregarle a una definición de la ley, es más provocó una reforma, a la LECAT, entonces la sentencia no puede estar creando conceptos ni definiciones que la misma ley ya tenía, y por jurisprudencia no pueden crearse tipos penales ni de forma analógica circunstancias y eso es así porque de lo contrario muchos tribunales constitucionales estarían creando tipos penales. Más allá, como cuarta dimensión, no se puede hacer prevalecer retroactivamente una definición de una resolución de una Sala de lo Constitucional en perjuicio de aquello, máxime por la penalidad, aquí en nuestro medio hemos tenido disfuncionalidad en la aplicación como esta, los hechos atribuidos a las pandillas son desde el 2009 al 2012 por decirle algo y los vienen acusando por organizaciones terroristas en el 2016 en adelante, como es que se va a poner

una definición de organización terrorista, por ser pandillero si estos hecho ocurrieron diferentes contextos.

3.- ¿Qué efectos ha podido observar en la realidad nacional luego que la Sala de Constitucional emitió la sentencia 22-2007/42-2007/96-2007 Acu., en la que declara a las pandillas como organizaciones terroristas?

Varios puntos de vista fueron expuestos en cuanto a la respuesta que se dio por los entrevistados a esta pregunta, aunque generalmente manteniendo la coherencia esperada dependiendo de la institución o grupo entrevistado. Es así que el 40 % de los entrevistados entre ellos la Fiscalía General de la República en su mayoría sostiene la idea de que la sentencia de la Sala de lo Constitucional ha servido como herramienta para poder construir un tipo penal y así poder reforzar las acusaciones y atacar profundamente las estructuras terroristas.

Por otro lado, el 60 % de los entrevistados entre ellos. los defensores públicos y privados expresaron en síntesis que se da una injusticia al tratar como terrorista incluso a personas que no deberían tener esa calidad, debido a la estructura compleja que tiene una organización criminal, no se puede generalizar con las mismas, por lo que desde ese punto de vista se excede en la practica el carácter punitivo de dicho delito.

Al respecto los Jueces manifestaron a esta interrogante que en la realidad en todos los contextos son terroristas los pandilleros, es decir, mencionar a un pandillero es lo mismo que decir, agente terrorista, pero asimismo exponen que el decir que una persona es pandillero de cierta pandilla y por lo tanto, considerársele por ese hecho como terrorista tiene unas implicaciones graves para el Estado, porque el estado tiene que responder a que una sociedad nacional e internacional está tratando con terroristas y aunado a eso se hace referencia a que se están tratando con terroristas que cometen incluso algunos delitos de poca monta, así como algunos delitos también de extremada violencia, por lo que se está percibiendo una realidad de terrorismo que, no es el asunto principal de la inseguridad, ya que si bien es cierto las pandillas son un problema nacional, pero asimismo es una realidad que no se puede etiquetar o dimensionar de esa forma a niveles internacionales.

4.- ¿Cuál considera que es la finalidad de las actividades delictivas que realizan las pandillas o las maras?

En cuanto a este punto el 40 % de los entrevistados, entre ellos los representantes de la Fiscalía General de la República consideraron que la finalidad de las pandillas o maras

es realizar acciones terroristas para desestabilizar al Estado, y que lo mismo se puede observar en las actividades criminales que ellos realizan, y que su finalidad, es infundir terror en la población.

Por otro lado el 60 % de los entrevistados fueron del criterio que las pandillas tienen múltiples finalidades, que el problema de las pandillas como tal es una expresión sociocultural, que pasará muchos años, para que se pueda mitigar o terminar, porque se está transculturizando en nuestro mismo medio, o sea que este fenómeno está pasando de generaciones, como por ejemplo, si matan al palabrero, este tiene hijos, el hijo tiene doce años, pero el modus vivendi de su papá, es suave, beber, tomar, etc., él era un líder, entonces ese niño lo capta así, y ese es un problema educacional que hay y que le corresponde a otras dimensiones no represivas el resolverlo, sin embargo, si este muchacho, ya se involucra a las actividades delictivas, ya será represiva la respuesta, entonces es de un ciclo interminable.

Ahora la pobreza no es un factor de delincuencia, ni vamos a penalizar la pobreza, pero se puede evidenciar, que es en los asentamientos más poblados en donde tenemos este tipo de problemas, sin embargo, ya trascendió, que en asentamientos medianos o bajos ya existe, es decir las dimensiones son múltiples, y al tener las dimensiones múltiples, tenemos ciertos grupos, que están incursionando a otro tipo de delincuencia más rentables, es decir ya no estamos hablando de la renta, extorsión, estamos hablando de tráfico de armas, narcotráfico, y todo eso les sirve para expandirse. Y claro, esto no es en todas las pandillas, sino en ciertos grupos, pero la finalidad primordial de las pandillas es la manutención y obviamente lo económico.

5. ¿Cuál es la finalidad que persiguen las organizaciones terroristas?

En cuanto a esta interrogante es de aclarar que se mantiene una postura similar entre el 100% de los entrevistados, manifestó que la finalidad que persigue una organización terrorista es infundir terror y desestabilizar al Estado, así como también el arrogarse funciones del estado y desestabilizar el status quo.

De la misma forma se expuso por parte de los entrevistados que una organización terrorista puede verse con varias dimensiones pero que siempre tendrán un objetivo que es el de desestabilizar el status quo.

Unas organizaciones terroristas, tienen una finalidad anárquica, no quieren un status quo, sino que lo atacan porque quieren otro, y lo atacan por cualquier medio, a través de la seguridad y la integridad pública. Ahora en día nos salimos de los esquemas tradicionales

de las organizaciones terroristas del medio oriente, ya que todos tenemos en mente la finalidad terrorista de los grupos religiosos, que conforman la guerra santa, y es ahí en donde vemos terrorismo en grandes dimensiones, y observamos que lo que se pretende es siempre atacar para suplantar y establecer un estado propio, pero ya no son grupos revolucionarios, son grupos terroristas que llevan cualquier medio, pero no anárquico. Esto ya implica otra dimensión, ya que estamos hablando que buscan la desestabilización, para ponerse en un lugar determinado, es ahí el terrorismo de estado, suplantar un status quo determinado para poner el que yo pueda manipular o convivir en si mismo. Ahora en nuestro medio lo que ha variado es la finalidad revolucionaria que existió antes, que utilizaron métodos violentos, pero para suplantar, y por eso en esa época ganaron beligerancia los delitos contra actos de terrorismo en el código penal que existían. La finalidad de una organización terroristas se define por los actos que ejecuta y no por la organización misma que tiene la estructura.

6.- ¿Según su criterio es correcta la aplicación del tipo penal de organizaciones terroristas a las estructuras criminales que componen las pandillas?

Ante esta interrogante se mantienen posturas diversas el 40% de los entrevistados manifiestan que efectivamente si es correcta la aplicación del tipo penal de organizaciones terroristas a las estructuras de las pandillas.

Ahora bien, el 60% de los entrevistados expusieron que dicha aplicación seria correcta si su finalidad en cuanto al delito cometido efectivamente sea terrorista, no porque lo dijo la Sala de lo Constitucional, sino porque se adecua de acuerdo a la actividad probatoria al tipo penal, por lo que siempre y cuando existan todos los elementos objetivos y subjetivos de los artículos 1, 13 y 4 literal "m" de la LECAT, estaría bien aplicado.

7.- ¿Desde qué momento considera usted que una persona debe ser considerada parte de una organización terrorista para poder imputársele el artículo 13 previsto en la LECAT?

En cuanto a esta respuesta se mantiene un consenso entre el 100% de los entrevistados, siendo la mayoría los que son de la idea que para que una persona pueda ser considerada parte de una organización terrorista, tal y como está prevista en el artículo 13 de la LECAT, es necesario establecer el vínculo y qué acciones propias ha realizado en favor de la estructura cada individuo. Es decir, que hay que probar la finalidad terrorista del individuo, ello con independencia de la existencia de la sentencia 22-07 de la Sala de lo

Constitucional. Es así que no basta solo hacer alusión a que una persona es miembro de una organización terrorista como las pandillas, sino que es necesario establecer ese vínculo y establecer que acciones propias ha realizado el individuo en favor de la estructura criminal para el cometimiento de hechos delictivos, ya que será a partir de ese análisis que de manera personal se establecerán los niveles de pertenencia del individuo, por lo que no hay parámetros específicos para decir que sujeto es y que sujeto no es miembro de una organización terrorista.

8.-¿Qué criterios deberían considerarse para imputar el delito de organizaciones terroristas a una persona que ha tomado parte de una estructura jerarquizada como los que componen las pandillas?

La respuesta a esta interrogante básicamente mantuvo concordancia entre el 100% los entrevistados, siendo que se expresó que los criterios para imputar el delito de organizaciones terroristas a una persona deben ser los establecidos en los elementos objetivos y subjetivos del artículo 13, 4 y literal m y artículo 1 todos de la LECAT.

Ahora bien, es competencia del juzgador realizar un análisis de imputación del delito, por lo que habrá de hacer un esfuerzo de valoración probatoria, ya que podría darse el caso en que estemos juzgando a una estructura criminal que ha cometido setenta hechos delictivos, cuarenta extorsiones, veinte robos, y aparece una persona vinculada únicamente en un hecho donde de manera casual su colaboración puede considerarse hasta como accidentada como producto del temor o represión ejercido por los miembros de la estructura, porque en las comunidades donde dominan los miembros de las pandillas, un ciudadano no puede negarse a colaborarles ya que si no lo hace esa persona es considerada como enemiga de la estructura y como potencial candidato a matar, porque no pueden tener gente en su territorio que no coaligue con sus principios y una de las líneas de coaligar con ellos es colaborar. Es por ello que no consideran como parte de la estructura sino más bien como paros o colaboradores, quienes no participan en las decisiones de la criminalidad a la que ellos se dedican, pero si los hacen formar parte porque los utilizan ejerciendo una actividad de vigilancia de control de traslado de armas, etc., entonces esos casos hay son los que hay que estudiar con mucho cuidado.

9.-¿Se valorara el dolo de cada persona en el delito de organizaciones terroristas?

El 100% de los entrevistados concuerdan en que, si se debe valorar el dolo de pertenecer a la organización terrorista, y es que eso es lo que ocurre en los delitos

asociativos, en todos ellos debe probarse la pertenencia, el conocimiento y la voluntad de pertenecer, hay que probar el espíritu de pertenencia.

10.-¿El tipo penal de organizaciones terroristas determina que los que formaren parte de esta con el fin de realizar cualquiera de los delitos contemplados en esta ley se les podrá imputar el mismo, deberá el tipo penal de organizaciones terroristas imputarse junto con otro u otros artículos de la LECAT que pretendía o hubieran realizado?

La respuesta a esta pregunta fue clara y contundente entre el 100% de los entrevistados, quienes manifestaron que no es necesario imputarse el delito de organizaciones terroristas junto con otro de la LECAT, ya que el delito de organizaciones terroristas tiene autonomía propia, lo que sí es de aclarar es que los delitos que persigue este tipo penal deben tener finalidad terrorista, unos opinan que los delitos que debe cometer son los contemplados en la LECAT y otros opinan que no necesariamente, que puede ser cualquier delito. La finalidad terrorista es el eje de una organización y para esa finalidad terrorista pueden converger cualquier delito, es decir, como por ejemplo en el caso del lavado de dinero, si este delito se ejecuta con función de mantener el grupo con la finalidad terrorista, entonces si habría que ver si es de los delitos contemplados en la ley, o por ejemplo la finalidad de extorsionar no está en la ley, pero si la finalidad es mantener la organización con la finalidad terrorista, debemos pensar en ello, porque si solo nos vamos por los delitos de la LECAT, se restringiría mucho el ámbito de aplicación de dicho delito, por lo que siempre es necesario estudiar cada caso en concreto.

11.-¿Para usted se ve violentado el principio de legalidad en la aplicación del tipo penal de organizaciones terroristas a las pandillas o maras?

El 100% de los entrevistados respondieron que no, ya que si se ve desde el punto de vista de la aplicación de la LECAT no podría ser, porque dicha ley ya regula la organización terrorista, la cual tiene sus características propias, lo que sí se puede violentar de alguna manera y según criterio de los jueces especializados entrevistados en San Salvador es si tomamos los aditivos de la sentencia de la Sala de lo Constitucional 22-2007/42-2007/96-2007 Acu. para complementar el tipo penal del cual se está conociendo, es decir, que no porque lo dijo dicha sentencia se va a tener incorporado en el tipo penal.

12.-¿Cuáles deberían ser los rasgos o características que debería tener en consideración el juzgador para determinar si una persona o grupo de personas pertenecientes a una pandilla forman parte de una organización terrorista o únicamente de una agrupación ilícita?

Según el 100% de los entrevistados los rasgos o características que se deben tener en consideración por parte del Juzgador para determinar si una persona es parte de una organización terrorista o de una agrupación ilícita, es el de probar los elementos objetivos y subjetivos que caracterizan a cada tipo penal, como lo son en el caso de las organizaciones terroristas la pertenencia en el tiempo, relevo de mandos en sus jefaturas, esquema organizativo claramente definido, así como los defensores manifiestan la importancia que hay en enfocarse en la finalidad política, religiosa o anárquica, que busque desestabilizar el gobierno que debe tener una organización terrorista; asimismo son claves los actos que ejecutan, y la finalidad que busca cada uno.

CAPITULO V
CONCLUSIONES
Y
RECOMENDACIONES

5.1. CONCLUSIONES

Luego de haber concluido la investigación, referente a la adecuación judicial del delito de organizaciones terroristas aplicado a la criminalidad organizada, partiendo del problema de investigación, y de los objetivos que nos planteamos, como grupo investigador hemos concluido lo siguiente:

Que existen muchas posturas, criterios, y opiniones en relación al concepto de terrorismo, que mantienen en ocasiones una definición tradicionalista, pues contiene los elementos, que coinciden con los fines típicos como el causar terror, mantener control de territorio, desafiar el status quo del Estado, emplear medios violentos para la obtención de poder, sin olvidar el aspecto ideológico, político y religioso; sin embargo, ese terrorismo, de acuerdo a nuestra investigación, es un fenómeno, que debe entenderse como una figura que aún mantiene esos elementos tradicionales, pero que se ha adecuando a nuestra realidad nacional por la Sala de lo Constitucional en su sentencia de inconstitucionalidad 22-2007/42-2007/96-2007 Acu.; sin embargo, en ningún momento debemos olvidar que no existe un concepto unitario de terrorismo, y por tanto, la discusión sobre el mismo, se mantendrá siempre, pues dependerá de cada Estado, Institución, u organismo, como se definirá.

Que doctrinaria y jurisprudencialmente, las sentencias de la Sala de lo Constitucional, si poseen fuerza vinculante como parte del control de constitucionalidad que ejerce este tribunal para la mayoría de los abogados en nuestro país; y en este caso, la Sentencia 22-2007/42-2007/96-2007 Acu., agrega un aspecto importante, porque incorpora elementos objetivos, subjetivos, normativos, además de conceptos, presupuestos, y características especiales, que debe poseer toda organización terrorista; tomando en cuenta que esta Sentencia es una de carácter manipulativa de tipo aditiva, ello quiere decir que la utilidad de este tipo de Sentencia, es su aspecto de interpretación complementaria de la Ley, no violentando en ningún momento el principio de legalidad, ya que el contenido de la Sentencia puede ser interpretado conforme al marco de valores y principios contemplados en la Constitución y el Derecho Internacional, y analizarse de acuerdo, al estado actual de la dogmática penal, relativa a los delitos de organización; y por lo tanto, será utilizada como una Jurisprudencia dominante, en la consolidación de un modelo de derecho penal que proteja la seguridad nacional y los bienes jurídicos.

A nivel de tipificación del delito de Organizaciones Terroristas, en comparación con los considerandos de la Sentencia y los Presupuestos de la Organización Terrorista, queda desvanecida la postura de la inoperancia del artículo 13 de la LECAT, por la falta de adecuación de conductas realizada por los grupos de pandillas, de tal manera que, reunidos los elementos que contempla la Sentencia, es viable el procesamiento de delitos comunes, cometidos por las Organizaciones Terroristas.

Ya que, a nivel de posturas establecidas en las entrevistas realizadas, particularmente podemos observar que tenemos diferentes posiciones, a partir de que rol juega cada entrevistado, es por ello, que se considera que las posturas que mantuvieron los jueces Especializados de Sentencia de San Salvador es totalmente opuestas a la que se mantiene por el Juez Especializado de Sentencia de San Miguel y los suplentes del mismo tribunal.

Esto debido al tratamiento jurídico que se le debe dar a las pandillas, ya que si observamos (ver anexo) el índice de sentencias condenatorias por el delito de Organizaciones Terroristas es totalmente opuesta en cada sede judicial, ya que mientras en San Salvador la tasa es poca o nula, el índice que se observa en San Miguel es mucho mayor; ya que esto se deriva de la forma de como plantean sus dictámenes de acusación la Fiscalía General de la Republica.

Esto se concluye ya que según las respuestas dadas por la sede de la Fiscalía General de la República de San Miguel, ellos manifiestan que la óptica de trabajo en la zona radica principalmente en que se debe de probar como las maras o pandillas tratan de arrogarse con las potestades que tiene el Estado y buscan crear una desestabilidad total; por tal razón resaltan ellos que el tema probatorio que desarrollo la Sala de lo Constitucional, en cuanto a sus dificultades es muy importante cubrirlo.

Así mismo podemos observar que dentro de la presente investigación hemos establecido los parámetros diferenciadores entre el Terrorismo cometido por maras o pandillas y otros tipos de criminalidad organizada, ya que debemos considerar siempre al realizar un juicio de tipicidad, los elementos que se establecen en el delito de Organizaciones Terroristas y Agrupaciones Ilicitas, que aunque están en cuerpos

normativos penales diferentes, conllevan una estructura similar, debemos entender como se diferencian.

Ya que si bien es cierto el Art. 345 Pn, regula dentro de su contenido en su n°2 regula que dentro de las agrupaciones ilícitas lo siguiente: “*el Art. 1 de la Ley de Proscripción de Maras, Pandillas, Agrupaciones, Asociaciones y Organizaciones de Naturaleza Criminal*”; esta no debe entenderse que es la única aplicable a las maras o pandillas, ya que el delito de Organizaciones Terroristas por sí también es aplicable siempre y cuando se logre establecer el acto terrorista dentro de una imputación penal.

El cumplimiento del primer objetivo específico de éste trabajo de investigación, se cumple al analizar los presupuestos que toma la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia en su Sentencia de Inconstitucionalidad 22-2007/42-2007/96-2007 Acu; ya que se ha estudiado como dicha Sala ha denominado aquellos grupos organizados que componen las maras o pandillas, como una Organización Terrorista. Lo anterior permite que sea a través de dicho análisis, que estudia como puede ser imputable el tipo penal regulado en el art. 13 de la LECAT, a dichas estructuras, y que ahora en la realidad los Juzgados de todo el país aplican las Organizaciones Terroristas a las mismas y no el de las Agrupaciones Ilícitas.

El desarrollo del segundo objetivo específico de la presente tesis se realiza al hacer las valoraciones respectivas de como es que una organización criminal como las pandillas, pueden realizar acciones criminales que se adecuen al actuar de organizaciones terroristas. Ha sido objeto de estudio el hecho de que si bien es cierto, pueden darse las circunstancias en que dichos grupos criminales adecuen su actuar delictivo a los presupuestos y características que se requieren para realizar acciones que son propias del terrorismo, pero asimismo también existen acciones de los mismos que no se adecuan a las mismas, y por lo tanto, deberían de ser sancionadas por el Derecho Penal tradicional, por lo que en ese sentido podemos concluir que el referido objetivo específico se cumple al llegar al análisis que las maras o pandillas si bien es cierto pueden cometer delitos estipulados en la LECAT, pero asimismo pueden cometer delincuencia común, por lo que no se puede generalizar a la hora de Juzgar a estas personas, y habrá que analizar cada caso concreto en particular.

5.2. RECOMENDACIONES. -

A LOS OPERADORES DE JUSTICIA: Tener la responsabilidad de realizar un eficaz, imparcial y verdadero análisis de imputación, valoración y juzgamiento del delito, hacer un esfuerzo en cuanto al tratamiento que se le debe de dar al delito de organizaciones terroristas, mantener una misma línea de criterios en cuanto a la adecuación que este tipo penal requiere para no generar inseguridad jurídica. De la misma forma se recomienda buscar la capacitación continua para mantener actualizadas nuestras líneas de pensamiento y mantener así una sintonía en lo referente a tener un conocimiento más amplio y especializado del tema que se está tratando. Así mismo se recomienda estudiar sobre los efectos de las Sentencias de la Sala de lo Constitucional, a efecto que nos encaminemos como comunidad jurídica a una unificación de criterios y conocimientos, y así establecer un correcto tratamiento penal de este tipo penal.

A LA SALA DE LO CONSTITUCIONAL: Se recomienda a la Sala de lo Constitucional generar lineamientos jurisprudenciales que abonen a la solución de los problemas sociales de manera eficaz, buscando siempre armonizar su contenido con los fundamentos del derecho, pues encontramos en la investigación, opiniones que se oponen a aceptar los efectos de las Sentencias manipulativas aditivas, de la Sala de lo Constitucional, especialmente respecto del delito de Organizaciones Terroristas, pues consideran que debe prevalecer el principio de reserva de ley, y que solamente mediante la libertad de configuración dotada a la asamblea legislativa, es que puede crearse una norma jurídica.

A LAS FACULTADES DE DERECHO Y ESCUELAS DE POSTGRADO: Se recomienda establecer en sus programas de estudio temas que incluyan las problemáticas jurídicas que son de trascendencia para nuestra sociedad, que se estudie a profundidad temas como los delitos de organización, ya que nuestra realidad nacional nos reclama la tenacidad y capacidad para tratar estos problemas. Así mismo se insta el fomentar en los estudiantes el interés de tener una base normativa amplia y llena de conocimiento para tener un porvenir en nuestra comunidad jurídica que nos ayude a solventar los problemas jurídicos de la actualidad.

Bibliografía

- Aparicio-Ordás González-García, L. A. (2012). Enfrentamiento asimétricos. La respuesta del Estado Español frente a la amenaza del terrorismo: asimetría y simetría en el conflicto. *SABERES*, 10, 2-21.
- ARROYO ZAPATERO, L. (1985). *Terrorismo y sistema penal*. Madrid.
- ASÚA BATARRITA, A. (2002). Concepto jurídico de terrorismo y elementos subjetivos de finalidad. Fines políticos últimos y fines de terror instrumental. *Estudios Jurídicos en Memoria de José María Lidón*, 41-87.
- Bacigalupo, E. (2004). *Derecho Penal Parte General*. Lima: Ara editores.
- Barja de Quiroga, J. L. (2001). Posición de la Unión Europea sobre el Crimen Organizado. *La Criminalidad Organizada. Aspectos sustantivos, procesales y orgánicos, II*, 117-150.
- BONANATE, L. (1979). *Dimensioni del terrorismo político*. Milan.
- CANCIO MELIÁ, M. (2005). *Estructura típica e injusto en los delitos de terrorismo . Un estudio de Derecho penal español*. Madrid.
- Cancio Meliá, M. (2010). El delito de pertenencia a una organización terrorista en el Código Penal Español. *Revista de Estudios de la Justicia*, 149-167.
- CANCIO MELIÁ, Manuel, GARCÍA VALDÉS, Carlos/CUERDA RIEZU, Antonio/MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita/ALCÁCER GUIRAO, Rafael/VALLE MARISCAL DE GANTE, Margarita. (2008). *Sentido y límites de los delitos de terrorismo*. Madrid.
- Candidaturas Independientes, Inc. 61-2009 (Sala de lo Constitucional 2010 de julio de 29).
- CARBONELL MATEU, J. C. (2006). *Terrorismo: Algunas Reflexiones Sobre el Concepto y el Tratamiento Penal*. Madrid: Tirant lo Blanch.
- Conde, F. M. (2005). *Teoría General del Delito*”,. Bogota: Temis S.A.,
- Donna, E. A. (2008). *Derecho Penal Parte General*. Santa Fe: Rubinzal.
- FERNÁNDEZ DE LA CIGOÑA, M. D. (s.f.). *Guerra, moral y derecho*.
- FERRAJOLI, L. (1985). *La violencia y la política*. Madrid.
- Ferrajoli, L. (1992). Derecho Penal Mínimo y Bienes Jurídicos Fundamentales. *Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica*.
- Ferrajoli, L. (2004). *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*. Madrid: Editorial Trotta.

- FESPAD. (2004). *Informe anual sobre justicia penal juvenil*. San Salvador: FESPAD.
- FESPAD. (2004). *Estado de la seguridad pública y la justicia penal en El Salvador 2004*. San Salvador: FESPAD.
- GARCÍA ARÁN, M. (2004). *Comentarios al Código Penal. Parte Especial (Vol. II)*. Madrid-Barcelona.
- GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, F. (2006). *La Lucha contra el terrorismo en la sociedad de la información . Los peligros de estrategias antiterroristas desbocadas*. Madrid.
- Hazen, J. (2010). Análisis de las pandillas desde la perspectiva de los grupos armados. *International Review of the Red Cross*, 1-22.
- JAIRO DANIEL CHÁVEZ MATA, JAIME TARCICIO MOLINA GALVEZ. (2017). *IMPACTO DEL CRIMEN ORGANIZADO EN FORMA DE PANDILLAS EN LA DEMOCRACIA DEL ESTADO SALVADOREÑO*. SAN SALVADOR.
- K. Zawodny. (1979). Enciclopedia Internacional de las Ciencias Sociales. Madrid: David L. Sills ed.
- LAMARCA PÉREZ, C. (2006). *Tratamiento jurídico del terrorismo*. Madrid.
- Lamarca Pérez, C. (2008). *Legislación penal antiterrorista: análisis crítica y propuestas*. Getafe: Universidad Carlos III.
- Ley de Integración Monetaria, 41-2000/2-2001/3-2001/4-2001 (Sala de lo Constitucional 13 de noviembre de 2001).
- López Guerra, L. (1981). *El Tribunal Constitucional y el principio stare decisis (Vol. II)*. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales.
- MARTÍNEZ-CARDÓS, L. (1998). El terrorismo: aproximación al concepto. *Actualidad Penal*, nº 26, 479- 487.
- Nef, J. (1987). Terrorismo y Política: algunas consideraciones básicas. En A. V. (comp.), *Jorge Nef, "Terrorismo y Política: algunas consideraciones básicas Paz, Desarme y Desarrollo en América Latina (págs. 131-149)*. Buenos Aires.: Ed. GBL.
- Nogueira Alcalá, H. (2004). *Consideraciones sobre las sentencias de los tribunales constitucionales y sus efectos en América del Sur*. lus et Praxis.
- Organizado., C. d. (s.f.). <http://es.insightcrime.org>. Obtenido de <http://es.insightcrime.org/noticias-sobrecrimen-organizado-en-el-salvador/mara-salvatrucha-ms-13-perfil>
- SAGÜÉS, N. P. (2011). *Los tribunales constitucionales como agentes de cambio social*. Montevideos: Konrard Adenauer Stiftung.

- Schmid., A. (1987). Political Terrorism: A research guide. . En W. Laqueur, *Reflexiones sobre el terrorismo* (págs. 26-31.). Washington, D. C. USA,: Facetas, N° 3.
- SENTENCIA DE AMPARO, 422-97 (SALA DE LO CONSTITUCIONAL 28 de MAYO de 1997).
- Sentencia de Inaplicabilidad, Inc./Inap. 402009/41-2009 (Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia 12 de noviembre de 2010).
- Sentencia de Inconstitucionalidad, 5-2001/10-2001/24-2001/25-2001/34-2002/40-2002/3-2003/10-2003/11-2003/12-2003/14-2003/16-2003/19-2003/22-2003/7-2004 (Sala de lo Constitucional 23 de diciembre de 2010).
- Sentencia de Inconstitucionalidad, 130-2007/22-2008 (Sala de lo Constitucional trece de enero de 2010).
- Sentencia de Inconstitucionalidad LECAT, 22-2007/42-2007/96-2007 Acu. (SALA DE LO CONSTITUCIONAL 24 de AGOSSTO de 2015).
- SENTENCIA LEY ANTI MARAS, 52-2003/56-2003/57-2003 (SALA DE LO CONSTITUCIONAL 1 de JUNIO de 2004).
- Torres, G. S. (Julio de 2018). Un Terrorismo Vernáculo (Aproximación a la Sentencia de Inconstitucionalidad 22 acum. 42/89/96/2007). *Ley, Derecho, Jurisprudencia*, 10(2018), 87-101.
- Turyn, A., & Freedman, D. (s.f.). Lineamientos para una política pública antiterrorista en un Estado respetuoso del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. *Revista Cejil*, 134-140.
- Unidas, C. d. (1999). *RESOLUCIÓN 1267* . Nueva York, Estados Unidos de América: Organización de las Naciones Unidas.
- Unidas, C. d. (2004). *Un mundo más seguro: la responsabilidad que compartimos, resolución 1566 (2004)*. Organización de las Naciones Unidas, Departamento de Información Pública de las Naciones Unidas. Nueva York, Estados Unidos de América: Organización de las Naciones Unidas. Obtenido de <https://undocs.org/es/A/59/565>
- Unidas, C. E. (2005). *INFORME DEL EXPERTO INDEPENDIENTE SOBRE LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y LAS LIBERTADES FUNDAMENTALES EN LA LUCHA CONTRA EL TERRORISMO*. NEW YORK.
- Unidas, O. d. (2004). *Guía legislativa de las convenciones, los convenios y los protocolos universales contra el terrorismo*. (N. U. DELITO, Ed.) Nueva York, Estados Unidos de América: Naciones Unidas.

Varas, A. (Augusto Varas, "Las relaciones íter-estatales y el terrorismo a escala internacional", Defensay Desaenero-marzo de 1987). Las relaciones íter-estatales y el terrorismo a escala internacional. *Defensa y Desarme en América Latina y el Caribe, N° 1, I.*

WALZER, M. (2001). Guerras justa e injustas. Un razonamiento moral con ejemplos históricos. En t. d. Eguibar. Barcelona: Paidós.

wilver Alexander Rivera Monge vs Fiscal General de la Republica, 445-2014 (Sala de lo Constitucional 25 de septiembre de 2014).

Wolf, S. (12 de mayo de 2019). *distintas latitudes*. Obtenido de <https://distintaslatitudes.net/hay-terroristas-en-el-salvador>