

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES
SEMINARIO DE GRADUACION EN CIENCIAS JURIDICAS AÑO 2005
PLAN DE ESTUDIO 1993



**“LA EFICACIA DE LA APLICACIÓN DE LOS
CRITERIOS DE OPORTUNIDAD EN LA PERSECUCION
DEL CRIMEN ORGANIZADO”**

TRABAJO DE INVESTIGACIÓN PARA OBTENER EL GRADO Y TITULO DE:

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS

PRESENTADO POR:

OSCAR RODOLFO ARCHILA ESCAMILLA

JUAN JOSE DE LEON PEREZ

NIEVES MARLENE RIVERA GALDAMEZ

DOCENTE DIRECTOR DEL SEMINARIO

LIC. LEVIS ITALMIR ORELLANA

JUNIO DE 2007

CIUDAD UNIVERSITARIA, SAN SALVADOR, EL SALVADOR

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

RECTORA

DRA. MARIA ISABEL RODRÍGUEZ

VICERRECTOR ACADÉMICO

ING. JOAQUÍN ORLANDO MACHUCA GÓMEZ

VICERRECTORA ADMINISTRATIVA

LIC. CARMEN ELÍZABETH RODRÍGUEZ DE RIVAS

SECRETARIA GENERAL

LIC. LIDIA MARGARITA MUÑOZ VELA

FISCAL GENERAL

LIC. PEDRO ROSALIO ESCOBAR CASTANEDA

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

DECANA

LICDA. MORENA GUADALUPE NÓCHEZ DE ALDANA

VICEDECANO

LIC. ÓSCAR MAURICIO DUARTE GRANADOS

SECRETARIO

LIC. FRANCISCO ALBERTO GRANADOS HERNÁNDEZ

COORDINADORA DE LA UNIDAD DE SEMINARIO DE GRADUACIÓN

LICDA .BERTA ALICIA HERNANDEZ AGUILAR

DIRECTOR DEL SEMINARIO

LIC. LEVIS ITALMIR ORELLANA

AGRADECIMIENTOS

A DIOS, por iluminarme, por enseñarme el camino y bendecirme en cada momento de mi vida.

A MIS PADRES, por su apoyo incondicional, por compartir conmigo un ideal y haber hecho siempre un gran esfuerzo para que pudiera culminarlo.

A MI ESPOSO, con el que hemos aprendido juntamente que la vida consiste no en mirarnos cada uno con defectos y virtudes, sino en mirar ambos un solo horizonte.

A MIS HERMANOS, quienes han conocido los esfuerzos y sacrificios que ha costado para que pueda llegar a este momento;

A NUESTRO ASESOR, por transmitirnos sus conocimientos, pero sobre todo por la confianza e inspiración que nos contagió durante este proceso.

NIEVES MARLENE RIVERA GALDÁMEZ

DEDICATORIA:

A DIOS TODOPODEROSO: Creador de todo cuanto existe por darme la sabiduría y el empeño necesario para alcanzar un logro más en la vida.

A MI MADRE: Edita Nirma Escamilla de Archila (Q.D.D.G.) quien con sacrificio y abnegación me guió por el camino del bien y hasta el último día de su vida me apoyó sin condición y es a quien dedico y debo el triunfo obtenido.

A MI PADRE: Rodolfo Archila Henríquez, por su comprensión y cariño.

CON CARIÑO A MIS HERMANAS: Natalia, Yaseni, Wendi y Sulman: quienes cooperaron incondicionalmente para que pudiera alcanzar este logro y me alentaron en momentos difíciles.

A MIS SOBRINOS: César Alejandro y Wilfredo Ariel, con mucho amor para que sigan adelante y logren alcanzar sus objetivos.

A MIS CUÑADOS: Lic. Wilfredo Benjamín y Lic. Julio César, quienes con sus consejos me ensañaron a seguir adelante y esforzarme para alcanzar los objetivos y metas que me propusiera.

OSCAR RODOLFO ARCHILA ESCAMILLA

DEDICATORIA

A DIOS TODOPODEROSO: Por ser el guía espiritual de mi vida y darme la sabiduría necesaria para llegar a alcanzar mí meta propuesta.

A MIS PADRES: Juan Humberto De León Pérez y Marta Lilian Pérez de De León por darme su apoyo moral y económico para alcanzar el triunfo obtenido.

A MI HERMANO: Rolando Humberto De León Pérez por estar siempre a mi lado cuando más lo necesite en mi lucha y sacrificio para culminar mi carrera.

“Para que un gran sueño se haga realidad primero hay que tener un gran sueño”

JUAN JOSÉ DE LEÓN PÉREZ

INDICE

	Página
INTRODUCCION.....	i
CAPITULO I	
SISTEMATICA DE LA INVESTIGACION.....	12
1.1 EL OBJETO DE LA INVESTIGACION.....	12
1.2 IMPORTANCIA DE LA INVESTIGACION.....	14
1.3 OBJETIVOS DE LA INVESTIGACION.	15
1.3.1 Objetivo General.....	16
1.3.2 Objetivos Particulares.....	16
1.4 ALCANCES DE LA INVESTIGACION	17
1.4.1 Alcances Conceptuales.....	17
1.4.2 Alcances Especial.....	22
1.4.3 Alcance Temporal.....	22
1.5 PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.....	23
1.6 HIPOTESIS DE TRABAJO.	24
1.6.1 Hipótesis General.....	24
CAPÍTULO II	
ANTECEDENTES HISTORICOS DEL CRITERIO DE OPORTUNIDAD.	28

2.1 BASES HISTÓRICAS DE LA REACCIÓN PUNITIVA EN LAS PRIMERAS COMUNIDADES.....	29
2.1.1 La Autotutela de los derechos.....	29
2.1.2 Los Sistemas de venganza.....	30
2.1.3 La Auto composición.....	31
2.2 DEL APARECIMIENTO DEL SISTEMA DE EJERCICIO DE LA ACCIÓN PENAL PÚBLICA HACIA LAS FORMAS DE EVITAR EL PROCESO PENAL.....	32
2.3 ORÍGENES DEL CRITERIO DE OPORTUNIDAD.....	36
2.3.1 El Criterio de oportunidad en Alemania.....	37
2.3.2 El Criterio de oportunidad en los Estados Unidos de América.....	41
2.4 ANTECEDENTES DEL CRITERIO DE OPORTUNIDAD EN LA LEGISLACIÓN SALVADOREÑA.....	34
CAPITULO III	
FUNDAMENTOS DOCTRINARIOS DEL CRITERIO DE OPORTUNIDAD Y DEFINICIÓN DE CRIMEN ORGANIZADO.....	53
3.1 GENERALIDADES.....	53
3.2 DISTINCIÓN ENTRE LOS CONCEPTOS “PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD” Y “CRITERIO DE OPORTUNIDAD”.....	53
3.3 EL BINOMIO LEGALIDAD- OPORTUNIDAD.....	56
3.4 DEFINICIÓN DE CRITERIO DE OPORTUNIDAD.....	59
3.5 FUNDAMENTOS DOCTRINARIOS DEL CRITERIO DE OPORTUNIDAD.....	64

3.5.1	Modificación de los fines de la pena.....	65
3.5.2	Oportunidad como instrumento de Descriminalización.....	66
3.5.3	El Criterio de oportunidad como correctivo de la selección.....	67
3.5.4	Razones de eficiencia en la persecución.....	69
3.6	DISTINCIÓN ENTRE LOS TÉRMINOS CRIMEN, CRIMINAL Y CRIMINALIDAD.....	71
3.7	NOCIONES DE CRIMINALIDAD ORGANIZADA.....	72
3.8	DEFINICIÓN DE CRIMEN ORGANIZADO Y ESTRUCTURA.....	75
3.9	CRIMINALIDAD ORGANIZADA Y SU DIFERENCIA CON ALGUNAS FORMAS DE PLURALIDAD CRIMINAL.....	76
3.10	FORMAS DE CONTROL POLÍTICO CRIMINAL DEL CRIMEN ORGANIZADO.....	80
 CAPITULO IV		
	ANÁLISIS JURÍDICO DEL CRITERIO DE OPORTUNIDAD EN LA PREVENCIÓN Y ERRADICACIÓN DEL CRIMEN ORGANIZADO.....	87
4.1	LOS CRITERIOS DE OPORTUNIDAD Y SU FUNDAMENTACIÓN CONSTITUCIONAL.....	87
4.2	LOS CRITERIOS DE OPORTUNIDAD EN EL CÓDIGO PROCESAL PENAL VIGENTE.....	93
4.3	EL CRIMEN ORGANIZADO EN LA LEGISLACIÓN PENAL SALVADOREÑA.....	101
4.3.1	El Artículo 22-A del Código Penal.....	102
4.3.2	Ley contra el crimen organizado y Delitos de Realización Compleja.....	108
4.4	FUNCIÓN POLÍTICO CRIMINAL DEL CRITERIO DE OPORTUNIDAD EN EL CONTROL DEL CRIMEN ORGANIZADO.....	124

CAPITULO V

MARCO COYUNTURAL DE LA APLICACIÓN DE LOS CRITERIOS DE OPORTUIDADEN EL CONTROL DEL CRIMEN ORGANIZADO.....	109
--	-----

CAPITULO VI

5.1 LA FISCALIA GENERAL DE LA REPUBLICA Y LA APLICACIÓN DEL NUMERAL 2 DEL ARTICULO 20 DEL CODIGO PROCESAL PENAL.....	131
5.2 ETAPA PROCESAL PARA LA APLICACIÓN DEL NUMERAL 2 DEL ARTICULO 20 DEL CODIGO PROCESAL PENAL.....	132
5.3 NECESIDAD DE LA APLICACIÓN DEL NUMERAL 2 DEL ARTÍCULO 20 DEL CODIGO PROCESAL PENAL.....	137

CAPITULO VI

RESULTADOS DE LA INVESTIGACION.....	139
-------------------------------------	-----

CAPITULO VII

CONCLUSIONES Y RECOMENSACIONES

7.1 CONCLUSIONES.....	151
7.1.1 Refiriéndonos al marco histórico.....	151
7.1.2 Respecto de marco doctrinal.....	152
7.1.3 En cuanto al marco jurídico.....	152
7.1.4 Con referencia al marco conyuctural.....	153
7.1.5 En razón de los resultados de investigación.....	154
7.2 RECOMENDACIONES.....	155
7.2.1 Recomendamos a la Fiscalía general de la república.....	156
7.2.2 Recomendamos a los Jueces de Paz, Instrucción y Sentencia...156	
7.2.3 Recomendaciones al Órgano Ejecutivo como el ente encargado de decidir sobre Política Criminal.....	156
BIBLIOGRAFIA.....	156

INTRODUCCION

El trabajo de investigación que a continuación desarrollamos lleva por título **“La eficacia de la aplicación de los criterios de oportunidad en la persecución del crimen organizado ”**, el cual se encuentra vinculado al Derecho Procesal Penal, y de modo particular esta centrado en el abordaje de los mecanismos o formas de ejercitar o poner en movimiento el órgano jurisdiccional cuando se han lesionado o puesto en riesgo bienes jurídicos tutelados penalmente; siendo lo interesante de este análisis que en lugar de centrarnos en el “Derecho de Acción” lo hemos hecho a partir de su modalidad contraria, cual es la facultad de prescindencia de la persecución penal mediante la aplicación de “Criterios de Oportunidad”, particularmente la figura del que delata la organización y participación de otros miembros de la estructura criminal que ejecuta hechos delictivos en la forma llamada **CRIMEN ORGANIZADO**.

De manera que las bases de nuestro estudio se define a partir del régimen legal que configura la aplicación de criterios de oportunidad, resultando importante evaluar que su incorporación se da con la entrada en vigencia de la actual normativa penal y procesal penal a partir del 20 de abril de 1998, representando desde aquel momento una transformación en el diseño procesal penal para la persecución del delito, especialmente por la posición de la crítica en considerar que con la aplicación de criterios de oportunidad se vulneran o

dejan de lado los principios de legalidad, oficiosidad y oficialidad que son fuentes del ejercicio penal atribuida como función a la Fiscalía General de la Republica.

Desde esa perspectiva efectuamos el desarrollo de los aspectos, cuyo análisis es premisa para considerar que la eficacia de la aplicación de numeral 2 del artículo 20 del Código Procesal Penal en la persecución del Crimen organizado depende de la formulación de una Política Criminal que establezca objetivos específicos para el uso de los mismos, la cual debe encontrar sus límites en la Constitución de la Republica, y en la necesidad de su aplicación.

Así pensado, el documento se estructura en seis capítulos. En el capítulo primero de la SISTEMÁTICA DE LA INVESTIGACIÓN se precisa el método de estudios utilizado; en el capítulo segundo de los ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LOS CRITERIOS DE OPORTUNIDAD explicamos los aspectos históricos importantes a nivel nacional e internacional de la institución estudiada; en el capítulo tercero FUNDAMENTOS DOCTRINARIOS DE LOS CRITERIOS DE OPORTUNIDAD Y DEFINICIÓN DE CRIMEN ORGANIZADO se definen y desarrollan los conceptos y teorías que a nivel científico sustentan las instituciones en estudio; en el capítulo cuarto ANÁLISIS JURÍDICO DE LOS CRITERIOS DE OPORTUNIDAD EN LA ERRADICACIÓN Y CONTROL DEL CRIMEN ORGANIZADO se puntualiza los aspectos que a escala normativa del proceso penal articulan ambas instituciones en una

relación de medio a fin, que para ser eficaz debe subordinarse a linamientos de política criminal; en el capítulo quinto MARCO COYUNTURAL DE LA APLICACIÓN DE LOS CRITERIOS DE OPORTUNIDAD EN EL CONTROL DEL CRIMEN ORGANIZADO enunciamos lo que actualmente se manifiesta con la aplicación de los criterios de oportunidad en el control del crimen organizado; y finalmente en el capítulo sexto RESULTADOS DE LA INVESTIGACION se muestra el producto de la investigación de campo, las CONCLUSIONES y RECOMENDACIONES como nuestro aporte a la solución a la aplicación eficaz de los criterios de oportunidad en la persecución del crimen organizado.

CAPITULO I

SISTEMATICA DE LA INVESTIGACION

1.1 EL OBJETO DE LA INVESTIGACION

Los criterios de oportunidad tienen dentro de sus principales efectos la renuncia a la persecución penal del imputado por parte del Ministerio Público Fiscal que es la entidad designada por imperativo constitucional¹ y legal² para ejercer la acción penal conforme a la constitución y demás leyes.

Por ende, contrapuesto al derecho del ejercicio de la acción penal, este criterio tiene como objetivo fundamental *“Regular un hecho innegable, como lo es la selección de casos que se produce en la administración de justicia.”*³ En este orden de ideas dicha institución vendría a ser una forma de control y selección discrecional y al mismo tiempo una propuesta de criterios rectores que únicamente pueden ser adoptados por medio del control jurisdiccional, con la finalidad añadida de administrar eficazmente los recursos del Sistema Penal y reorientarlos hacia casos de mayor incidencia y alarma social entre los que destacan los cometidos por la criminalidad organizada.

¹ El Art. 193 Cn establece entre las atribuciones del Fiscal General de la República en el Ord. 4° *“La promoción de la acción penal de oficio o a petición de parte.”*

² Al respecto se desarrolla tal función constitucional a través de lo preceptuado en el Art. 83 CPP y en el mismo sentido lo es en la Ley Orgánica del Ministerio Público.

³ Véase la Exposición de Motivos del Código Procesal Penal, con respecto al romano III sobre el Régimen de la Acción Penal.

Así el artículo 20 CPP, establece los casos de procedencia de un criterio de oportunidad como lo son los delitos de bagatela,⁴ los casos en que la participación del agente es de mínima importancia cuando en mismo haya sufrido daños físicos o morales equivalentes a la lesión del bien jurídico o bien que aporte conocimiento sobre el ilícito penal cometido cuando este haya sido producido en conjunto con otro sujetos.

Es con relación a este último caso que el criterio de oportunidad se torna un instrumento procesal importante para el control de ciertas formas de criminalidad en especial del crimen organizado, con lo cual se pretende sostener su legitimación formal sobre la base que al conocer el criterio de oportunidad a un imputado sobre la base que colabore a la determinación de los demás autores y partícipes no se está hablando de impunidad o desventaja para el delator sino que se está desplazando una discusión delicada en la que se busca prevalecer el interés general de la sociedad que ve más tolerable la exclusión del ejercicio punitivo de un sujeto, que la posibilidad que una organización criminal persista.

Precisamente en función de lo advertido se trata de observar si la legitimación formal contiene al mismo tiempo una legitimación material en el

⁴ CAFFERATA NORES, José. **“Principio de Legalidad y Oportunidad de la Acción Penal”** en Cuadernos de Política Criminal para la reforma del Sistema, Ciudad de Guatemala, 1999.

sentido que lo planificado sea acorde con la realidad social, circunstancia que ineludiblemente deberá pasar por la eficacia de la aplicación de los criterios de oportunidad como un mecanismo de persecución del crimen organizado y qué factores determinan tal eficacia que es a lo que primordialmente nos referimos.

1.2 IMPORTANCIA DE LA INVESTIGACION.

Tomando en cuenta la visión que generalmente produce el delito ante la ciudadanía, como “*estado de Alarma Social*”⁵ no tanto por lo que el hecho haya provocado la lesión de un bien jurídico tutelado por la norma penal sino por que se produce el temor a que el delito también les alcance a ellos⁶, se llega así a comprender el interés de la sociedad en informarse a cerca del modo en que se resolverán los conflictos penales.

Es decir que la misma sociedad define que tan grave es el hecho respecto al orden de valores o bienes con iguales efectos que posee la comunidad jurídica.

El primer escalón de la estructura de persecución del delito que posee el Estado como lo es la Policía Nacional Civil y la Fiscalía General de la Republica uno u otro o ambos según el caso; y la principal causa de discriminación del hecho a ser perseguido (investigado) lo constituye la clasificación del delito;

⁵ ARMENTA DEU Teresa. “**Criminalidad de Bagatela y Principio de Oportunidad: Alemania y España**” PPU, Barcelona 1991, especialmente en Nota Preliminar.

⁶ ABALOS Raúl Washington. “**Derecho Procesal Penal**”, Tomo I Ediciones Jurídicas, Santiago de Chile.1991 Págs. 236 y 237.

esto implica que la instancia policial o fiscal hace las consideraciones debidas al procedimiento.

Tenemos entonces un primer nivel de aplicación de los criterios de oportunidad, que puede decirse es uno de los criterios de selección para la persecución de la criminalidad organizada.

Todo eso incide por que entra a las consideraciones a cerca del nivel de convivencia o no de que se acuse al responsable del delito, lo que puede dar la pauta a que genere impunidad con la aplicación de dichos criterios, es entonces que surge la necesidad que el Estado garantice la eficacia de dichos criterios ya que no puede quedar a la deriva y a la libre determinación de quien lo aplica. En este sentido al realizar nuestra investigación pretendemos contribuir a proporcionar un panorama general de la selección de casos del crimen organizado a través de la aplicación de los criterios de oportunidad por parte de la Fiscalía General de la Republica y además generar recomendaciones para el uso efectivo de los mismo, esto es procurar desde el ámbito académico propuestas político criminales que puedan responder a la prevención y erradicación de la delincuencia organizada.

1.3 OBJETIVOS DE LA INVESTIGACION.

1.3.1 Objetivo General.

Determinar el grado de eficacia de la Fiscalía General de la Republica en la aplicación de los criterios de oportunidad en la persecución del crimen organizado; identificar los factores que inciden en esa eficacia .con base a las conclusiones obtenidas, dar recomendaciones que contribuyan a superar los problemas que enfrenta la aplicación de los criterios de oportunidad .

1.3.2 Objetivos Particulares

- 1) Establecer qué beneficios reciben los delatores implicados en una estructura de crimen organizado.
- 2) Indagar sobre la constitucionalidad y legalidad de los criterios de oportunidad.
- 3) Explicar la contra posición del principio de legalidad y los criterios de oportunidad.
- 4) Determinar los fundamentos históricos, criminológicos y político-criminales que han influenciado la incorporación legislativa de los beneficios de extinción de la acción penal en el caso de la figura del Delator.

1.4.- ALCANCES DE LA INVESTIGACION

1.4.1 Alcances conceptuales.

A partir del enunciado de nuestra investigación nos encontramos que en el mismo aparecen una serie de conceptos que en virtud de su puntual relación procesal requiere su delimitación previa en cuanto a su significado y alcance razón por la cual nos referimos a los siguientes:

CRITERIO DE OPORTUNIDAD:

Según SALAS BETETA, *“Es la facultad que tiene el Ministerio Público como el titular de la acción pública para (bajo determinadas condiciones establecidas expresamente por la ley) abstenerse de su ejercicio; o en su caso, para solicitar jurisdiccionalmente el sobreseimiento de la causa bajo los mismos supuestos”*⁷

EFICACIA:

Resultado adecuado de un procedimiento o sistema procesal⁸.

⁷ SALAS BELETA, Christian. **“EL Principio de Oportunidad en el Proceso Penal”**

⁸ OSORIO, Manuel. **“Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales”**, Editorial Claridad S. A., Buenos Aires, 1984, Pág. 275

CRIMEN ORGANIZADO:

Es un conjunto de personas que se unen con la finalidad de dedicarse a una actividad delictiva en forma más o menos constante. Suelen cometer los delitos actuando como empresa es decir suministrando bienes y servicios ilícitos o bienes lícitos que han sido adquiridos por medios ilícitos⁹

PERSECUCION DEL CRIMEN:

Son las acciones que llevan a acabo los operadores del sistema penal (fiscales, policías, investigadores etc.) para contra restar los ilícitos penales.¹⁰

IMPUNIDAD:

Estado por el cual queda un delito o falta sin castigo o pena que por ley le corresponde.¹¹

CONTROL DEL CRIMEN:

Son las políticas encaminadas a prevenir y erradicar el fenómeno delictivo.¹²

⁹ DONNA Edgardo Alberto, “**El problema del derecho penal en la actualidad**” en Revista Nada personal...Ensayo sobre crimen organizado y sistema de justicia, Ediciones De palma, Buenos Aires, 2000 Pág. 69

¹⁰ GRUPO OCEANO, “Diccionario Enciclopédico”, Grupo Editorial Océano, Madrid, 1996. Pág.1272

¹¹ CABANELLAS, Guillermo. “**Diccionario Enciclopédico de Derecho usual**”, Tomo II, 28° Edición, Editorial Heliasta, 2000.

¹² www.diccionariojuridico.ar.com

IMPUTADO DELATOR:

Es aquella persona a quien se imputa un delito y que brinda a la autoridad judicial información significativa sobre la identidad de los autores, coautores, partícipes o encubridores de tales delitos beneficiándose con la reducción de la pena o con la extinción de la acción penal.¹³

ACCION PENAL:

Consiste en el requerimiento del Ministerio Público acerca de una noticia Criminis; cuyo contenido es un hecho presuntamente atrapado por una norma penal sustantiva; solicitando al Juez una decisión sobre dicho requerimiento.¹⁴

ACCION PENAL PÚBLICA:

Es la que se ejercita a nombre de la sociedad para obtener el castigo de todo delito que deba perseguirse de oficio, y puede ser ejercida por toda persona capaz de comparecer en juicio siempre que no tenga especial prohibición por la ley.¹⁵

¹³ EDWARDS, Carlos Enrique. “**El Arrepentido, El Agente encubierto y la Entrega Vigilada**”, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 1996. Pág. 31

¹⁴ ABALOS, Raúl Washington Ob. Cit, Tomo I Pág.338

¹⁵ ABALOS, Raúl Washington. Ob. Cit. Tomo I Pág. 344

IMPUTADO:

Es la persona a quien se le atribuye la presunta comisión de un hecho delictuoso.¹⁶

JUEZ:

Es el funcionario público del Estado y cuya actividad se desarrolla y manifiesta el ejercicio de la jurisdicción en el proceso.¹⁷

PRINCIPIO DE LEGALIDAD:

Este principio tiene como antecedente la Carta Magna Inglesa del 17 de junio de 1215 que en su numeral 39 dispuso: *“Ningún hombre libre será arrestado o detenido en prisión o desposeído de sus bienes, proscrito o desterrado, o molestado de alguna manera; y no dispondremos de él, ni lo pondremos en prisión, sino por el juicio legal de sus pares o por la ley del país”*.¹⁸ Desde esta perspectiva, de acuerdo a GATGENS GOMEZ¹⁹, el principio de legalidad ha sido concebido, como la automática e inevitable reacción del Estado frente a la posible comisión de un delito, concretada en

¹⁶ ABALOS, Raúl Washington. Ob. Cit , Tomo II , Pág. 87

¹⁷ TREJO, Miguel Alberto y otros. **“Manual de Derecho Procesal Salvadoreño”**, Centro de Investigaciones Jurídicas, San Salvador 1998. Pág. 342

¹⁸ LLOBET RODRÍGUEZ, Javier. **“Proceso Penal Comentado (Código Procesal Penal Comentado)”**, Segunda Edición, Editorial Jurídica Continental, San José, 2003, Pág. 41

¹⁹ GATGENS GOMEZ, Erick y RODRÍGUEZ CAMPOS, Alexander. **“El Principio de Oportunidad. –Conveniencia Procesal de la Persecución Penal-”**, Editorial Juritexto, San José, 2000, Págs. 35 y 36

una acción penal que lleva la hipótesis delictiva ante los jueces, requiriendo su investigación y juzgamiento.

PRINCIPIO DE OFICIOSIDAD:

Este principio significa que el Ministerio Público debe siempre ejercer la acción pública en todos los casos, salvo que la misma ley establezca alguna excepción al respecto. Esa promoción de oficio incumbe al Ministerio Público, con la posibilidad que actualmente ostentan los particulares de provocar la promoción de la acción penal al establecerse la querrela en los delitos de acción pública²⁰.

PRINCIPIO DE OFICIALIDAD.

Implica que el órgano estatal encargado de hacer valer la acción penal debe accionar por iniciativa propia, sin requerir de ninguna excitación exterior, pues se trata del cumplimiento de un deber funcional. Es una potestad y como toda potestad constituye un poder deber del ejercicio obligatorio para el Ministerio Público. El ejercicio de la acción no podrá suspenderse, interrumpirse ni hacerse cesar, salvo expresa disposición legal en contrario²¹.

²⁰ GATGENS GOMEZ, Erick y RODRÍGUEZ CAMPOS, Alexander. *Ob. Cit.*, Págs. 31 y 32

²¹ ABALOS, Raúl Washington. *Ob. Cit.*, Tomo I, Pág. 347

1.4.2 Alcance Espacial.

La investigación que se presenta se adscribe al manejo que la problemática tiene al respecto la Fiscalía General de la Republica en la Sede Central ubicada en el Municipio de San Salvador, a cargo del Lic. Belisario Amadeo Artiga; y, dentro de la estructura del referido Ministerio Público nos centraremos específicamente en la Unidad Contra el Crimen Organizado; en ese orden lo que se pretende es cubrir como unidades de observación 15 Juzgados de Paz; 10 Juzgados de Instrucción y 6 Tribunales de Sentencia, todos ubicados en el Municipio de San Salvador.

1.4.3) Alcance Temporal.

La investigación que formularemos se extiende el análisis a partir de la entrada en vigencia de la actual normativa procesal penal desde el 20 de Abril de 1998 y como antecedentes inmediatos desde la entrada en vigencia de la Constitución de la Republica de 1983.

1.5) PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.

Si tomamos como punto de partida la necesidad de volver más eficaz la administración de justicia, cuestión que adopta un valor mayor cuando se trata de la justicia penal especialmente por las implicaciones humanas que conlleva la figura de la víctima. De modo que las exigencias de los ciudadanos están

centradas especialmente en que haya celeridad en el proceso y que las sanciones penales sean más severas y certeras, como respuestas a la afectación de sus bienes jurídicos, atendiendo en no pocos casos a la experiencia de otros modelos de proceso penal.²²

En función de ese fenómeno, una importante reforma introducida con la actual normativa procesal penal es la aplicación de criterios de oportunidad, establecida dicha figura en el artículo 20 CPP la que implica prescindir de la persecución penal cuando la Fiscalía General de la Republica lo estime conveniente en los casos determinados por la norma. De modo que el criterio de oportunidad es una institución que en contraposición del imperativo constitucional del artículo 193 ordinal 4º Cn., por medio del cual se define la obligación del ente persecutor de ejercer la acción penal, faculta al aparato fiscal a ejercer tal derecho de acción en función de fines político criminales como lo son: por una parte redistribuir el recurso económico, humano y material con que cuenta el sistema penal, seleccionando aquellos delitos de bagatela y de otro procura el esclarecimiento de acciones delictivas en las que haya participado el sujeto a quien se pretende otorgar el criterio de oportunidad considerando que colabore en el descubrimiento de la verdad material que permitirá construir la culpabilidad de otro sujetos co-autores o con participación en el hecho delictivo, en virtud de lo cual se desarrollara nuestro enfoque.

²² ARMENTA DEU, Teresa, *Ob. Cit.*

1.6 HIPOTESIS DE TRABAJO.

1.6.1 OPERACIONALIZACIÓN DE LA HIPÓTESIS

HIPOTESIS GENERAL:

“La aplicación de los criterios de oportunidad en el control del crimen organizado es eficaz si existe una política criminal emitida por el Órgano Ejecutivo para su aplicación”.

DESCOMPOSICION:

VARIABLE INDEPENDIENTE (X): Política criminal emitida por el Organo Ejecutivo acerca de la aplicación de los criterios de oportunidad en el control del crimen organizado.

VARIABLE DEPENDIENTE (Y): Eficaz aplicación de los criterios de oportunidad para el control del crimen organizado.

HIPOTESIS ESPECÍFICA:

1. “La inadecuada política criminal para la aplicación de los criterios de oportunidad en el control del crimen organizado es determinante para el uso arbitrario por parte de los Fiscales”.

DESCOMPOSICION:

VARIABLE INDEPENDIENTE:

Inadecuada política criminal para la aplicación de los criterios de oportunidad en el control del crimen organizado.

VARIABLE DEPENDIENTE:

Uso arbitrario de los criterios de oportunidad

2. El uso arbitrario de los criterios de oportunidad para el control del crimen organizado genera impunidad”.

DESCOMPOSICION:

VARIABLE INDEPENDIENTE: Uso arbitrario de los criterios de oportunidad en el control del crimen organizado.

VARIABLE DEPENDIENTE: Genera Impunidad.

3. “Es necesario un efectivo control jurisdiccional sobre la aplicación de los criterios de oportunidad por que el procedimiento de la disconformidad que establece el artículo 258 del Código Procesal Penal quebranta la independencia judicial”.

DESCOMPOSICION:

VARIABLE INDEPENDIENTE (X): El procedimientos de la disconformidad quebranta la independencia Judicial.

VARIABLE DEPENDIENTE (Y): Necesidad de un Inefectivo control jurisdiccional en la aplicación de los criterios de oportunidad para el control del crimen organizado.

4. “El testimonio de un criteriado será prueba si se obtiene y se introduce al proceso conforme a las normas establecidas sobre el régimen de la prueba en el código procesal penal”.

DESCOMPOSICION:

VARIABLE INDEPENDIENTE (X): Introducción del testimonio de un criteriado al proceso conforme a las normas establecidas en el régimen de la prueba del Código procesal Penal.

VARIABLE DEPENDIENTE (Y): El testimonio de un criteriado es prueba en el proceso penal.

5. “La definición actual de crimen organizado no describe características que puedan diferenciarlo inequívocamente de otras formas de participación criminal establecidas en el código penal”

DESCOMPOSICION:

VARIABLE INDEPENDIENTE:

La definición de crimen organizado que establece el artículo 1 de La Ley Contra el Crimen Organizado y delitos de realización compleja no describe la esencia del fenómeno.

VARIABLE DEPENDIENTE:

No puede diferenciarse de forma inequívoca el crimen organizado de otras formas de participación criminal que establece el código penal.

CAPÍTULO II

ANTECEDENTES HISTORICOS DEL CRITERIO DE OPORTUNIDAD.

2.1) BASES HISTÓRICAS DE LA REACCIÓN PUNITIVA EN LAS PRIMERAS COMUNIDADES.

En este apartado pretendemos esbozar algunas generalidades acerca de los mecanismos que originariamente empleó el ser humano para proteger o resguardar sus derechos frente ataques producidos contra tales derechos; de esa manera podremos inicialmente advertir las respuestas existentes en las primeras comunidades ante los actos que les eran lesivos o contrarios a su organización socio-jurídica, tomando en cuenta que en este caso la realización de la consecuencia jurídica –llámese pena- no se encontraba precedida por la tramitación de un proceso, apareciendo este último solo a partir de la consagración del Estado.

A partir de ello diremos que contamos con la posibilidad de advertir el origen de la publicación de la pena, como consecuencia jurídica del delito, hecho que se concreta con el monopolio de “la realización del derecho penal”²³, lo cual consiste en la restricción casi plena del ejercicio de la acción penal por

²³ Véase, MAIER, Julio B.J. **“Derecho Procesal Penal”**, Tomo I, Editorial Hammurabi, Buenos Aires.

parte del Estado. Lo anterior que es una forma de institucionalizar las reacciones penales, tiene en la actualidad de los distintos Sistemas Procesales Penales una suerte de variación político-criminal a partir de las características de la persecución penal, que en algunos casos deja la facultad “discrecional” para que el órgano requirente decida qué casos con incidencia penal llegarán hasta sede jurisdiccional y aquellos que se resolverán en una instancia previa; así mismo en otros casos el ejercicio de la acción penal es de orden “reglamentario”, por lo que la no perseguibilidad de los delitos estará prohibida o limitada a casos específicos.

2.1.1) La Autotutela de los derechos.

La más antigua forma de reacción ante los delitos y la que resulta natural, como tendencia primitiva del ser humano, es la de la fuerza²⁴. En este estadio de la existencia humana, comienzan a suscitarse los conflictos, en virtud que las cosas naturales que el ser humano anhela son limitadas, por lo que para procurárselas constantemente debe combatir con los otros de su especie, éste es el deseo natural que HOBBS²⁵ les atribuye a los seres humanos: “el estado de Guerra”, que les da motivos para atacarse y defenderse²⁶.

²⁴ Véase, VÉSCOVI, Enrique. “**Teoría General del Proceso**”, Segunda Edición Actualizada, Editorial Temis, Bogotá, 1999, Pág. 1

²⁵ Citado por ABAGNANO, Nicolás. “**Historia de la Filosofía**”, Volumen II

²⁶ En contraposición de esta idea: MONTESQUIEU, Luis de Secondat y Barón de la Bréde. “**Del Espíritu de las Leyes**”, Sexta Edición, Editorial Heliasta, Buenos Aires, 1984, Pág. 52

Siendo así que el individuo solo cuenta con sus propias fuerzas y la de los miembros de su grupo o clan para defenderse y también proteger sus otros bienes. Esa forma es la que se reconoce como “Autotutela” (defensa propia) en virtud de la cual el titular de la situación asume la defensa de ella.²⁷

2.1.2) Los Sistemas de Venganza.

Tomando en cuenta que la aplicación de una pena, de cualquier modo que se observara respondía calculadamente a un mecanismo de persecución penal que solo hasta el final se vería complementado con la pena. Es así que en la edad de la infancia de la humanidad, el proceso como mecanismo de resolución de conflictos según lo conocemos y entendemos actualmente no existe, siendo la comunidad que inmediatamente responde ante una agresión de sus elementos vitales de existencia. De modo que la venganza aparece como constante de reacción en diversas sociedades primitivas, sin que ello signifique su exclusividad²⁸.

En este caso, por una parte, estaba la *venganza privada*, institución según la cual el individuo o sus parientes que recibían una afrenta, podrían hacerse justicia por su propia mano. En los hechos graves el castigo asumía la

²⁷ VÉSCOVI, Enrique. *Ob. Cit.*, Pág. 2

²⁸ Cfr. VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. “**Derecho Penal –Parte General–**”, Segunda Edición, Editorial Temis, Bogotá, 2004, Pág. 164

forma de la *venganza de la sangre* que se tornaba en un derecho colectivo, mientras que en los leves se reducía al azotamiento del culpable o al pago de una compensación en dinero o multa; sin embargo en algunos casos –como ocurrió con los Germanos- la comisión de un crimen originaba un estado de enemistad entre la familia del ofendido y la del ofensor, llamado *Faida*, que daba ocasión a la guerra.²⁹

2.1.3) La Auto composición.

En el caso del Sistema compositivo, la misma consistía en compensar las ofensas delictivas mediante una forma de pagos, esto es, reemplazaba la pena por el pago en especie o en dinero; al comienzo se trató de una institución voluntaria, pero luego se tornó obligatoria, lo que sirvió para evitar muchos conflictos. Una parte del pago, sin embargo, se designaba a la autoridad pública encaminada a recobrar la protección del poder oficial, era el dinero de la paz o *Friendingeld*; la otra parte se le entregaba al afectado, y se conocía como el precio del hombre o *Manngeld*. Esta institución incluso se mantuvo como aplicable en los primeros siglos del derecho germánico, antes de la influencia del derecho romano y del canónico.

²⁹ Véase, VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. *Ob. Cit.*, Pág. 167

Cuando se trataba de delitos de poca gravedad, este modelo operaba mediante la entrega de pequeñas multas o *Busse*. De cualquier forma que lo fuere, lo importante era que al realizarse el arreglo se evitaba afrontar el proceso y en consecuencia no se llegaba a determinar una pena.

2.2) DEL APARECIMIENTO DEL SISTEMA DE EJERCICIO DE LA ACCIÓN PENAL PÚBLICA HACIA LAS FORMAS DE EVITAR EL PROCESO PENAL.

Si tomamos como punto de origen que acción y proceso forma una relación inescindible, en tanto y cuanto la primera comprende la potestad de movimiento que dará inicio al segundo. De tal modo los pueblos con mayor civilización del mundo antiguo, como lo fueron Grecia y Roma, comprendieron cada uno a su manera el ejercicio de la acción penal, instituto al que fueron dotando de características que aún actualmente en su mayoría le son aplicables.

Diremos, entonces, que el ejercicio de la acción penal como atribución del ciudadano refleja en estos pueblos el legítimo panorama del desarrollo del pensamiento, ya que implicaba un límite a las formas primarias de autodefensa de los derechos, tales como las que con anterioridad hemos explicado³⁰; por el

³⁰ Pasada la etapa de la venganza privada o de la composición (*Wergeld*), la Sociedad por medio de sus Órganos (y, el Estado desde que nace) es la que se encarga de la sanción de la comisión de delitos. Y no el particular... Así, VÉSCOVI, Enrique. *Ob. Cit.*, Pág. 66

contrario, viene a conformar la base del Estado en quien se deposita la facultad plena de Administrar Justicia.

En Grecia, por ejemplo, existió durante la República una división de las acciones penales en privadas y públicas.³¹ En el caso de las privadas, el trámite o procedimiento que seguían era idéntico al procedimiento civil; mientras que las públicas seguían en esencia el procedimiento que configuraba el Sistema Acusatorio griego. Tratándose de las acciones penales públicas, cualquier ciudadano estaba facultado para formular la acusación ante un *arconte*.³² La función del arconte era evaluar si la acusación formulada gozaba de seriedad, según las pruebas ofrecidas por el querellante y con el juramento de éste de que continuaría el juicio hasta la sentencia.

Con ello se observa que el querellante no contaba con autorización alguna para desbaratar el proceso una vez iniciado, ya que al jurar sobre su continuación lo que adquiría más bien era un compromiso que comprobaría los extremos de su reclamación, so pena de ser él finalmente a quien se castigara por iniciar una acción infundada; de modo que aun si el acusador hubiere deseado concluir el proceso sin agotar el juicio, estaba constreñido a agotarlo sin excepción alguna.

³¹ Véase, MAIER, Julio B.J. "Derecho..." *Ob. Cit.*, Págs. 29 y 30

³² Véase, VÉLEZ MARICONDE, Alfredo. "**Derecho Procesal Penal**", Tomo I, Tercera Edición, Editorial Lerner, Córdoba, 1981, Pág. 21

Por otra parte, el Sistema Acusatorio Romano, también conocido como “*la accusatio*” o “*quoestio romana*”, también reconoció la distinción entre delitos de acción pública y de acción privada. Tratándose de la acción pública, al igual que en Grecia, cualquier ciudadano podía ejercerla; en cuanto a la acción privada el único facultado era la víctima originando el juicio privado. El procedimiento se iniciaba con la acusación de cualquier ciudadano con garantías suficientes de honorabilidad. Los jueces no eran más que árbitros del combate entre el acusado y el acusador, a quien se le confirió en un principio la potestad de investigar. El debate era oral, público y contradictorio.

En conclusión, se denota que a partir de estos modelos procesales más definidos se principian con la expropiación por parte del Estado de la facultad sancionadora. El Estado ejerce el *ius puniendi* para el caso en que la ley penal es violentada, lo que ha provocado en el decurso histórico del derecho penal la creación del principio *nullum crimen, nulla poena, sine lege*; a la par de este principio ha surgido sobre la base de los derechos humanos el principio *nulla poena sine indicio*, esto es que ninguna pena debe ser impuesta sino por el poder judicial y mediante un determinado proceso (juicio) que ofrece un mínimo de garantías.³³

Es así que el Estado no ejecuta libremente su pretensión punitiva, sino por medio de sus Tribunales ya establecidos de antemano y mediante un

³³ Cfr. VÉSCOVI, Enrique. *Ob. Cit.*, Pág. 66

determinado procedimiento, configurado en el Código Procesal Penal³⁴. Siendo que con el correr del tiempo, después de enormes vicios y arbitrariedades, se llega a la conclusión que el Juez no puede estar investido del poder de juzgar y a la vez de iniciar y tramitar el proceso penal de oficio, sino que con esa finalidad, se crea el Ministerio Público a quien se dota de la función de requerir (Órgano Requirente) al Juez la aplicación de la pena por medio del proceso penal.

Es decir, que el propio Estado crea un órgano especial, fuera del poder judicial, que se encargará de reclamar el ejercicio de la pretensión punitiva. La acción que ejerce este órgano requirente tiene caracteres especiales como lo son: la oficialidad u obligatoriedad de la acción penal, los cuales conducen y se relacionan con el principio de indisponibilidad. Lo anterior significa que del ejercicio de la acción penal en el correr del tiempo se ha tenido la visión exclusiva de la obligatoriedad para el ministerio público de su realización y que no es disponible o discrecional en cuanto a la persecución de los hechos.

A pesar que la postura anterior es todavía dominante en la mayor parte de legislaciones procesales penales, ya desde hace un tiempo se ha comenzado a desarrollar un planteamiento doctrinal en que se conceda al Ministerio Fiscal la condición para seleccionar aquellos asuntos que deban o no llegar a juicio, con lo cual se vuelva relativo el carácter de indisponibilidad en el

³⁴ *Ibidem*

ejercicio de la acción penal en ciertos casos, tema que ha adquirido cada vez más respaldo ya sea por razones político-criminales o de índole económico, por lo que a ello nos referiremos a continuación.

2.3) ORÍGENES DEL CRITERIO DE OPORTUNIDAD.

De conformidad a lo manifestado en la Exposición de Motivos del Código Procesal Penal, la regulación del criterio de oportunidad responde en términos esenciales a la apropiada regulación de los denominados delitos de bagatela, la efectiva persecución de los delitos no convencionales y la efectiva tutela de los derechos fundamentales, mismos que de acuerdo al texto antes citado son fuente novedosa de nuestra legislación. Sin embargo, a razón de certeza los planteamientos que en el mismo orden apuntamos fueron objeto de reflexión en épocas y lugares igualmente lejanos, que son los que actualmente ilustran las transformaciones legislativas en materia procesal penal, no solo en El Salvador, sino en casi toda Latinoamérica.

En atención a ello, es importante aludir a la regulación del instituto conocido como “criterio de oportunidad” a partir de sus antecedentes en el Sistema Alemán y en los Estados Unidos de América, por la marcada importancia que han tenido y tienen en la legislación procesal penal latinoamericana en la cual se incluye la nuestra, por lo que se constituyen en útiles herramientas de orientación.

2.3.1) El Criterio de oportunidad en Alemania.

En sus orígenes, el derecho procesal alemán se ocupaba tanto de los asuntos penales como de los civiles, no fue sino en época posterior que surgieron los primeros rudimentos del principio de legalidad, el cual informaría el procedimiento inquisitivo alemán, de igual manera que ocurrió en los demás sistemas europeos influenciados por las mismas ideas.³⁵

Es durante la primera mitad del siglo XVI que se consagra en el orden constitucional alemán (la denominada Constitución Carolina) la potestad de ejercer la acción penal ante determinados supuestos que se encontraban previstos en el mismo cuerpo legal primario. Debido a los excesos denotados en los jueces inquisidores, que eran los sujetos facultados para ejercer las acciones penales, se pasó a un estadio de cuestionamiento sobre la forma que revestía el poder del juez, que desarrollaba al mismo tiempo las funciones de “acusador” y “juzgador”.

Debido, especialmente a la influencia que produjo en Europa Continental, a principios del siglo XIX el Código de Instrucción Criminal Francés³⁶, la misma alcanzó Alemania, provocando como resultado la adopción en este último de la figura del Ministerio Público como un órgano independiente

³⁵ Véase, CHANG PIZARRO, Luis Antonio. “**Criterios de Oportunidad en el Código Procesal Penal**”, Segunda Edición Actualizada, Editorial Jurídica Continental, San José, 2000, Pág. 31

³⁶ Sobre ello, GONZÁLEZ ALVAREZ, Daniel. “**Diversos Sistemas Procesales Penales**”, San José.

encargado de la función de acusar³⁷ y el control sobre el Juez instructor, con lo cual se ve reflejado y sustentado el principio de separación e independencia de poderes, que desde entonces se vincula al proceso penal como fundamento democrático³⁸.

De ese modo, el citado Código Francés, además de influir en la redefinición de los roles de los sujetos procesales, también incidió en el planteamiento de una nueva regulación del principio de legalidad, pues por primera vez se contempló en Alemania la consideración del principio de oportunidad como solución a los conflictos de trascendencia penal. Tal hecho sin precedente en Europa hasta entonces, tuvo como verdadera motivación el interés de un sector doctrinal en Alemania que trataba de impulsar la reforma procesal argumentando en el sentido de abolir las instituciones inquisitivas, para lo cual se valían de presentar las conveniencias de otorgar al fiscal el poder discrecional para decidir sobre la existencia del interés público en la persecución penal, particularmente en materia de delitos leves.

Se llegó a hablar del principio de legalidad a partir de su aplicación intransigente por los funcionarios, lo cual implicaba de acuerdo al dicho de sus detractores “la persecución innecesaria de nimiedades delictivas, sin que

³⁷ La figura del fiscal, fue tomada como modelo en Prusia, a mediados de 1846, Véase DEU, Armenta. *Ob. Cit.*, Pág. 52

³⁸ En efecto la incorporación del Órgano o funcionario Acusador independiente solo llegó a Alemania como resultado de la imagen deteriorada del Juez Instructor, debido a los cuestionamientos que lo precedían. Así, CHANG PIZARRO, Luis Antonio. *Ob. Cit.*, Pág. 32

concurriera el interés público correspondiente y con el consecuente desperdicio de los recursos estatales”.³⁹

Pese a que los cuestionamientos de la doctrina procesal fueron creciendo, esto no alcanzó eco a nivel institucional, pues adversamente al movimiento reformador, entró en vigencia, en 1877, la Ordenanza Procesal Penal del imperio Alemán, a través de la cual el principio de legalidad, bajo la concepción absolutista desarrollada a partir de las teorías de KANT⁴⁰ y HEGEL, logra su máxima expresión. No obstante, la aplicación rígida del principio de legalidad nuevamente va evidenciando desventajas que conllevan la progresiva disminución de su vigencia en la praxis judicial.

Un hecho que marca definitivamente la obsolescencia del modelo rígido en el ejercicio de la acción penal en Alemania, es la saturación de los tribunales a causa de la persecución indiscriminada de delitos fútiles, que provoca a principios del siglo XX la creación de una comisión parlamentaria, a la que se le encomienda la reforma procesal. La delegación legislativa rindió un dictamen favorable a la regulación del principio de oportunidad, con relación a los delitos menores y los que carecieren de interés público. Pese a lo favorable

³⁹ CHANG PIZARRO, Luis Antonio. *Ob. Cit.*, Pág. 33

⁴⁰ El principal representante de la teoría absoluta de la pena es Emmanuel Kant, para quien la pena es un imperativo categórico, lo que es concordante con el establecimiento del principio de legalidad en el ejercicio de la acción penal sin excepciones. Véase KANT, Emmanuel. **“Fundamentación de la metafísica de las costumbres y otros”**, Editorial Porrúa, México, Pág. 168

del dictamen este aun no rindió frutos, debido a que la situación legislativa se mantuvo invariable.

Otro de los estadios importantes en la evolución del proceso en cuestión es el que se registra en 1923, al adoptarse como medida de urgencia la denominada <<Reforma Emminguer>>, mediante la cual, se trastoca en lo esencial la concepción tradicional del principio de legalidad, consagrándose algunos de los criterios de oportunidad en la Ordenanza Procesal Penal Alemana, como son los supuestos de mínima culpabilidad o escasa reprochabilidad.⁴¹

Durante el periodo de entre guerras mundiales el ámbito de aplicación del principio de oportunidad se amplía progresivamente, al eliminarse en la década de 1930 la necesidad de un proceso para las contravenciones carentes de interés público.

La evolución del criterio de oportunidad sufre una pausa con la derrota de Alemania en la Segunda Guerra Mundial, propiciándose de ese modo una nueva discusión en torno a la regulación del instituto, sin que se materialice ninguna reforma legislativa en esa dirección, a excepción de la aplicación del criterio de oportunidad en la legislación de menores infractores en 1953. El desarrollo del criterio de oportunidad continúa en 1957, al incorporarse nuevos

⁴¹ CHANG PIZARRO, Luis Antonio. *Ob. Cit.*, Pág. 34

criterios relacionados con la inutilidad del reproche jurídico penal, los motivos políticos y el arrepentimiento activo del agente. También se amplían otros supuestos relativos a la prejudicialidad civil y administrativa, la falsa sospecha y las injurias.

Finalmente, desde la etapa de la última posguerra mundial hasta la actualidad las circunstancias con respecto al criterio de oportunidad han variado muy poco, limitándose a reformas de poca relevancia en la Ordenanza Procesal Penal Alemana.

2.3.2) El Criterio de Oportunidad en los Estados Unidos de América.

En principio, es válido aclarar que en realidad no se puede hablar de un modelo norteamericano, dadas las características del sistema de Estados Federados, no obstante lo cual puede afirmarse que existen lineamientos generales que se siguen en las diferentes legislaciones locales.

A diferencia de nuestro sistema procesal, en el caso de los Estados Unidos de América se desarrolló un proceso basado en el denominado "Common Law" o Derecho Consuetudinario, por lo que consideramos importante hacer una referencia sucinta del mismo. En principio el common law se basa en el hecho que los casos se deben resolver tomando como referencia las sentencias judiciales previas, en lugar de someterse en exclusiva a las leyes escritas realizadas por los cuerpos legislativos. Este principio es el que

distingue el common law del sistema del Derecho continental europeo y del resto de los países. Mientras que en el ámbito jurídico continental, los jueces resuelven los casos fundamentando sus sentencias en preceptos legales fijados con antelación, en el common law, los jueces se centran más en los hechos del caso concreto para llegar a un resultado justo y equitativo para los litigantes.

Cuando se reúne un número de sentencias judiciales sobre una serie concreta de respuestas semejantes, se extraen reglas generales o precedentes, que se convierten en guías orientadoras para cuando los jueces tengan que resolver casos análogos en el futuro. Sin embargo, los casos posteriores pueden contener distintos hechos y consideraciones derivados, por ejemplo, de cambios sociales o de diferentes condiciones tecnológicas. Un juez del common law es por tanto libre para desmarcarse o disentir de la doctrina establecida por el precedente y disponer una nueva regla para la decisión, que a su vez se convertirá en un nuevo precedente si es aceptada y usada por otros jueces. De esta manera el common law mantiene una continua dinámica de cambio difícil de llevar en el sistema continental. Lo anterior puede ilustrarse retomando las palabras que el Juez del Tribunal Supremo de los Estados Unidos Oliver Wendell Holmes escribió en su libro **The Common Law** (1881): “la vida del common law no ha sido lógica, sino que ha sido experimental”.⁴²

⁴² Biblioteca de Consulta Microsoft ® Encarta ® 2005 © 1993-2004 Microsoft Corporation.

En todos los sistemas del common law se perfila una estructura piramidal de tribunales para definir y clarificar la ley. En la base de la pirámide se halla el trial court (tribunal de primera instancia). En los procesos criminales, junto al juez, también participa un jurado: el juez decide e instruye a sus componentes sobre la ley y son éstos los que deciden sobre las cuestiones de hecho. Excepto para los casos de difamación, enjuiciamiento malicioso y detención ilegal, que son resueltos por un jurado, en las acciones civiles sólo decide el juez, tanto en lo que atañe a las cuestiones jurídicas como a las fácticas.

Por encima de los tribunales de primera instancia se encuentran los tribunales de apelación, compuestos en exclusiva por jueces responsables de dirimir las controversias. Estas discusiones se centran en averiguar si los tribunales de primera instancia han aplicado los principios legales correctos y si han extraído las conclusiones adecuadas de los datos de hecho probados en los casos civiles. Las interpretaciones de la ley hechas por los tribunales de apelación se constituyen en precedentes que informarán las resoluciones de casos futuros. Hay que tener en cuenta que la importancia de un precedente para cualquier tribunal depende de la posición del tribunal en la estructura jerarquizada ya descrita. Por ejemplo, un precedente establecido por un tribunal de apelación tiene una fuerza jurídica mayor para los tribunales de primera instancia que para el resto de los otros tribunales de apelación.

El common law ha sido conocido como derecho no escrito porque no está recogido en una sola fuente. Sólo circularon de forma ocasional, entre el siglo XII y el XVI, compilaciones de las decisiones judiciales de las que deriva el common law. A principios del siglo XVII, personas privadas publicaron compilaciones legales de estas sentencias. Estas colecciones tempranas fueron complementadas por algunos, aunque infrecuentes, tratados académicos, que resumían importantes partes del common law, como el de sir Edward Coke (publicado en 1628) y el de Sir William Blackstone (publicado entre 1765 y 1769). Como las compilaciones mejoraron y aumentaron, la influencia de los autores de tales estudios disminuyó. En el siglo XIX los propios tribunales tomaron la responsabilidad de revisar las publicaciones de las sentencias, tanto en Inglaterra como en Estados Unidos. Desde entonces se publican sobre todo las decisiones de los tribunales de apelación y sólo con carácter excepcional las de los tribunales de primera instancia.

El common law se distingue de otros Derechos judiciales dotados de sistemas de tribunales paralelos. En la edad media, por ejemplo, los tribunales del common law eran laicos, frente a los tribunales eclesiásticos de la Iglesia católica. El common law no abordaba el Derecho mercantil, que correspondía a los mercantile courts (tribunales de comercio), ni el Derecho marítimo, competencia del admiralty court (tribunal del almirantazgo).

El sistema más importante, por sus paralelismos y semejanzas con el common law, era la jurisdicción llamada de equidad. La solución de equidad se originaba en el temprano Derecho Inglés cuando los súbditos se presentaban al monarca para pedir justicia. Más tarde esas reclamaciones fueron delegadas al Lord Chancellor y más tarde a una corte que se llamó tribunal de la cancillería. Al principio, los tribunales del common law estaban más vinculados por los precedentes que los tribunales de equidad, que proveían remedios basados en nociones de justicia, a unos litigantes que rechazaban sus soluciones más técnicas.

Hacia el final de la edad media, el common law y el sistema de equidad formaban la parte más importante y amplia del Derecho inglés. El common law fue evolucionando hacia un menor formalismo y la jurisdicción de equidad acumuló sus precedentes específicos, de tal forma que estas dos visiones de Derecho judicial fueron acercándose y creciendo juntas. Al fin, en la Ley de la Judicatura de 1873, se abolió la distinción entre common law y jurisdicción de equidad en Inglaterra. La última consecuencia del crecimiento y posterior absorción de la jurisdicción de equidad por parte del common law fue el gradual aumento de competencias de los tribunales formales.

Desde la Revolución Industrial, como respuesta a la complejidad creciente de la ley y la necesidad de mayor claridad y accesibilidad, el Parlamento británico se instauró como la principal fuente de las nuevas leyes,

modificando o añadiendo normas al cuerpo del Derecho judicial. En la actualidad las leyes del Parlamento han llegado a abarcar la mayoría de las relaciones jurídicas en general. A pesar de ello, el common law continúa teniendo importancia para interpretar las normas que son muchas veces reformulaciones de las reglas y principios del common law primitivo.

La mayoría del common law inglés, tal y como existía en tiempos de la guerra de la Independencia Estadounidense, ha sido el origen de los distintos sistemas legales de Estados Unidos. El common law ha variado en cada estado, pero sólo en uno de ellos, Luisiana, el sistema legal difiere de una forma significativa de los demás, pues se basa en el modelo francés de Derecho civil codificado.

Dentro del Sistema de Common Law, el proceso penal tiene una condición especial, en la que se cuenta con una flexibilidad en cuanto al ejercicio de la acción penal por parte del ente fiscal. De hecho, una de las prácticas surgidas del sistema anglosajón es la de *plea bargaining*, verdadera negociación de la acción penal, mediante la cual el fiscal puede concertar con el imputado, condiciones más favorables para este último, a cambio de una declaración de culpabilidad (*guilty plea*)⁴³Una de las justificaciones con las que

⁴³ Véase, GUARIGLIA, Fabricio. “**Facultades Discrecionales del Ministerio Público e investigación preparatoria: el principio de oportunidad**” en El Ministerio Público en el Proceso Penal, Editorial Ad Hoc, Reimpresión, Buenos Aires, 2003, Págs. 90 y 91

se pretendía hacer valer este mecanismo procesal, era que a través del pacto entre las partes se evitaba la saturación del Sistema Judicial.

Pese a tal fundamento, no todos los Estados de la Unión Americana mantuvieron la figura, así al menos en Alaska y California el ejercicio del *plea bargaining* se eliminó o al menos restringió durante las décadas de 1950 y 1960 y se mantuvo formalmente prohibida hasta 1970, año en el cual la Corte Suprema se pronunció a favor de su admisión. De acuerdo con GOLDSTEIN⁴⁴ durante ese tiempo coexistieron dos sistemas de justicia criminal: uno ficto, en el cual se suponía que no tenía lugar ninguna negociación, y el real, “en el que las negociaciones se adecuaban a lo que resultaba útil para los intereses de las partes –fiscal y acusado-, pero no necesariamente para el interés público. Es así que en la actualidad se pretende acentuar el efectivo control jurisdiccional de los actos del ministerio público fiscal, particularmente los pedidos de reducción de cargos, sobreseimiento o culpabilidad, al igual que conseguir una mayor participación de la víctima en el procedimiento.

⁴⁴ Citado por GUARIGLIA, Fabricio. *Ob. Cit.*, Pág. 91

2.4) ANTECEDENTES DEL CRITERIO DE OPORTUNIDAD EN LA LEGISLACIÓN SALVADOREÑA.

El 15 de septiembre de 1821, la República de El Salvador obtiene su independencia política de España, no así en cuanto al orden jurídico vigente que continúa siendo de forma transitoria las denominadas “Leyes de Indias”⁴⁵, lo cual fue respaldado por el acta de independencia que en su ordinal séptimo literalmente disponía *“Que entre tanto, no haciéndose novedad en las autoridades establecidas, sigan éstas ejerciendo sus atribuciones respectivas, con arreglo a la Constitución, decretos y leyes, hasta que el Congreso indicado determine lo que sea más justo y benéfico”*, por supuesto que dicha acta se refería a la Constitución Española y demás leyes vigentes en ese mismo año, mientras no se convocara al nuevo Parlamento y se promulgara la Constitución de los Estados Federados de Centro América.⁴⁶

Sin embargo, tanto en la época del Federalismo como posteriormente tratándose de la República Unitaria a partir de la elaboración de la Constitución Política de El Salvador de 1824, la influencia de la legislación española siguió haciéndose notar en la legislación salvadoreña, especialmente en el proceso

⁴⁵ Las Leyes de Indias fueron el principal ordenamiento jurídico aplicado en la época de la Colonia, al respecto, véase, CASTILLO LARRAÑAGA, José y DE PINA, Rafael. **“Derecho Procesal Civil”**, 3ª Edición, Editorial Porrúa, México, 1955, Pág. 38

⁴⁶ En la época colonial, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua y Costa Rica conformaban un territorio español, bajo el dominio político de la Capitanía General de Guatemala. La Real Audiencia establecida al efecto tenía jurisdicción sobre toda Centroamérica. Así, RODRÍGUEZ, Delmer y otros. **“Manual de Derecho Procesal Penal”**, Centro de Estudios Jurídicos, San Salvador, 1998, Pág. 98

penal donde subsistió por largo tiempo la tradición inquisitiva heredada de España.

Sobre los procedimientos que debían seguirse en materia penal, la República de El Salvador ha tenido los siguientes Códigos: El Código de Procedimientos Judiciales y el Código de Fórmulas de 1857, el Código de Instrucción Criminal de 1863, el Código de Instrucción Criminal de 1882, el Código Procesal Penal de 1973 y el Código Procesal Penal vigente a partir del 20 de abril de 1998.

En el caso del Código de Procedimientos Judiciales de 1857, el mismo fue elaborado por el Jurisconsulto y Doctor Isidro Menéndez, estableciendo dicho cuerpo de leyes la forma de proceder tanto en asuntos civiles como en asuntos criminales. Debe mencionarse que por aquella época además de la influencia inquisitoria de la Corona Española en el ámbito procesal, también hubo un predominio de las ideas de la ilustración, entre los que resaltaba el principio de legalidad como pilar del Estado de Derecho.

Tales ideas efectivamente impregnaron el referido Código de modo que su Parte Preliminar, el Art. 2º expresaba que: *“Los procedimientos no penden del arbitrio de los jueces, los cuales no pueden dispensarlos, restringirlos ni ampliarlos, sino en los casos que la ley lo determine. Las partes pueden renunciar los procedimientos establecidos a su favor, en lo civil, de una manera*

expresa y no tácitamente; pero no en lo criminal"; con ello se destacaba la vinculación estricta de parte del Juez al ejercicio y aplicación de la ley, incluyendo por supuesto el de la acción penal, que no estaba al arbitrio del juez ni de las partes.

Al Código de 1857 siguió el Código de Instrucción Criminal del 12 de enero de 1863, cuyo objetivo básico era la ubicación de los procesos civiles y penales en legislaciones separadas, debido a las dificultades prácticas de un solo Código, que aparte de lo novedoso de la división de los procesos no aportó ninguna modificación en el ejercicio de la acción penal encomendada al juez con obligación de llevarla hasta sus últimas consecuencias en el proceso.

Por Decreto del Poder Ejecutivo del 3 de abril de 1882, se tuvo por Ley de la Republica el Código de Instrucción Criminal de esa fecha, mismo que se mantendría vigente hasta 1974. Los noventa y dos años de vigencia del referido Código lo señalan como uno de los ordenamientos jurídicos más consistentes en la corta historia legislativa de nuestro país, sobre todo tomando en cuenta que en ese periodo se dieron a nivel jurídico promulgación de varias constituciones; y en el aspecto político se incluyen Golpes de Estado y Dictaduras bastante prolongadas. Con respecto al tema de los criterios de oportunidad, dicho Código no contaba con ninguna remisión expresa y ni siquiera tácita para la aplicación de una figura que extinguiera el ejercicio de la acción penal por la voluntad del funcionario de no continuar con el proceso.

En el lapso comprendido entre los años 1973 y 1974, a fin de superar antiguos ordenamientos penales, se llevó a cabo una reforma integral en el Sistema Penal, consistente en: El Código Penal, Código Procesal Penal, Código de Menores y Ley del Régimen de Centros Penales y de Readaptación⁴⁷.

Siendo así, que mediante Decreto Legislativo Número 450, del 11 de octubre de 1973, publicado en el Diario Oficial N° 208, Tomo N° 241 del 9 de noviembre de 1973, dicho Código Procesal Penal entró en vigencia el día 15 de junio de 1974. Éste a pesar de ser presentado como una formulación del Sistema Procesal Mixto Clásico, en la práctica no fue más que una extensión del sistema inquisitivo que había venido usándose en el Sistema Judicial Salvadoreño, caracterizándose por la aplicación de los principios de oficialidad y oficiosidad de modo contundente y categórico.

Es nuestro actual Código Procesal Penal vigente desde el 20 de abril de 1998 que presenta la novedad de incorporar la figura del “criterio de oportunidad” como una autorización reglada para que el Ministerio Público Fiscal disponga la selección de los casos que serán llevados a juicio, según los casos expresamente determinados en la ley. De esa manera nuestra legislación procesal en materia penal se coloca a tono con la idea del Sistema Procesal

⁴⁷ Véase, SILVA, José Enrique. “**Derecho Penal Salvadoreño**”, (Parte General) Tercera Edición, San Salvador, 1990, Pág. 16

Mixto Moderno que impregna los Códigos Procesales Penales en Ibero América.

CAPÍTULO III

FUNDAMENTOS DOCTRINARIOS DEL CRITERIO DE OPORTUNIDAD Y DEFINICIÓN DE CRIMEN ORGANIZADO.

3.1) GENERALIDADES.

La apropiada regulación de la delincuencia de bagatela, la efectiva persecución de los delitos cometidos por la criminalidad organizada y la efectiva tutela de los derechos fundamentales, han sido objetivos prioritarios que en el ámbito de la administración de justicia de nuestro país, tal y como reiteradamente lo hemos venido señalando en el transcurso de este trabajo de investigación, se ha presentado de cierto modo como “novedoso”; de igual manera se ha planteado la respuesta a tales conflictos por medio del diseño y aplicación de criterios de oportunidad, como fundamento para la exclusión o terminación del proceso, a cuyo estudio nos dedicaremos a continuación.

3.2) DISTINCIÓN ENTRE LOS CONCEPTOS “PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD” Y “CRITERIO DE OPORTUNIDAD”.

Antes de continuar con la exposición de los fundamentos doctrinarios que dan lugar y justifican al mismo tiempo la procedencia y aplicación del criterio de oportunidad, consideramos oportuno referirnos a dos términos que si bien se encuentran vinculados por su esencia, sirven para caracterizar dos realidades dimanantes del Derecho Procesal Penal, se trata de los vocablos

“principio de oportunidad” y “criterio de oportunidad”; siendo la razón de tratar su distinción en virtud que ambos términos suelen ser empleados de modo indiferente en los textos de derecho procesal penal, circunstancia que hemos constatado personalmente al realizar esta investigación. De manera que consideramos oportuno retomar ambos términos, desarrollando su debida separación conceptual y señalando el carácter en que se deberán entender los mismo al ser empleados en este trabajo.

Así, en primer lugar, la distinción entre los términos “principio de oportunidad” y “criterio de oportunidad”, responde a una condición de las vertientes subjetivas y objetivas del Derecho Procesal penal de modo que en primer caso, se trata de la parte científica del Proceso, por cuanto el concepto “principio de oportunidad” indica el estudio doctrinal de esta figura procesal; por su parte al hablar de criterio de oportunidad nos referimos a la situación de la Praxis de la figura dentro del proceso penal, esto es a su condición dentro de la legislación procesal penal y su aplicación en el Sistema de Justicia.

Lo anterior queda claro al advertir que en la doctrina procesal penal los autores, al referirse a los fundamentos históricos y doctrinarios de la figura procesal le denominan “principio de oportunidad”; mientras que al tratarse de remisiones expresas a la legislación procesal penal de un país en cuanto a la misma figura, tanto el legislador como el estudioso del proceso penal se refieren como “criterio de oportunidad”. Esta situación tiene como base el hecho

que al hablar de “principio de oportunidad”, se trata de explicar que consiste en una figura contraria al principio de legalidad en el ejercicio de la acción penal, por el cual el Ministerio Fiscal una vez participa o tiene conocimiento por cualquier canal de información de un hecho delictivo,⁴⁸ está obligado a llevarlo hasta sus ulteriores consecuencias en el proceso. Por su parte el llamado “criterio de oportunidad” debe tal conceptualización a que particularmente el término “criterio” da la idea de “juicio”, “razonamiento”, “razón”, por la que pretende identificar el caso de ser dicha figura un mecanismo por el que se faculta de modo reglamentario al Ministerio Fiscal a seleccionar los hechos que han de llegar a conocimiento del sistema judicial y los que no lo serán.

Esa misma idea de distinción entre ambos conceptos está presente en nuestro país, así por ejemplo en la obra “Selección de Ensayos Doctrinarios”, en el artículo concerniente al estudio de la figura antes indicada TREJO ESCOBAR⁴⁹ señala lo siguiente: «*El nuevo Código Procesal Penal presenta múltiples novedades, entre ellas, en el ámbito concerniente al ejercicio de la acción penal, la figura conocida por la doctrina como: “PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD”, regulado en los Arts. 20 y 21 del citado código, bajo los epígrafes “Oportunidad de la Acción Pública” y “Efectos”, respectivamente»*

⁴⁸ Estos son la denuncia o el conocimiento oficioso a los que se denomina “*notitia criminis*” de acuerdo al planteamiento de Alberto Binder en su obra: “**Introducción al Proceso Penal**”, Editorial Ad Hoc, Buenos Aires.

⁴⁹ TREJO ESCOBAR, Miguel Alberto: “El Principio de Oportunidad en el ejercicio de la Acción Penal”, en Selección de Ensayos doctrinarios –nuevo código procesal penal-, UTE, San Salvador, 2000, Pág. 428

Podemos en ello denotar que efectivamente el autor antes citado, hace la debida separación entre ambos conceptos ya que si bien menciona que la misma impregna de novedad el actual Código Procesal Penal, dicha figura es doctrinalmente conocida como “principio de oportunidad”, mas no legalmente, donde el legislador se decantó por designarla únicamente como “oportunidad de la acción pública”, con lo cual se refleja el predominio de la idea de “criterio” en su sentido de selección.

En conclusión, habiendo advertido que el uso de los términos aplicados no puede emplearse de forma indistinta, por cuanto implican las facetas del saber y de la praxis, en esa orientación también procedemos en el presente trabajo, de forma que en los casos donde hablamos de “principio de oportunidad” debe entenderse que nos estamos refiriendo aspectos doctrinarios y si se menciona el “criterio de oportunidad” el nivel de análisis y de estudio se encuentra en la legislación, así como su aplicación práctica.

3.3) EL BINOMIO LEGALIDAD- OPORTUNIDAD.

Mediante el estudio del principio de legalidad y su confrontación con el principio de oportunidad se pueden reconocer dentro del ámbito del Derecho Procesal Penal cuándo y bajo qué condiciones debe incoarse, no incoarse, continuar o no continuar la persecución penal⁵⁰. Efectivamente, el análisis del

⁵⁰ TREJO ESCOBAR, Miguel Alberto. *Ob. Cit.*, Pág. 430

principio de legalidad se debe entender como el basamento de toda la estructuración doctrinaria y jurídica de la oportunidad de la acción pública, por cuanto puede ser comprendida en los países con tradición en el derecho procesal penal continental, como excepción a la regla del principio de legalidad de la acción penal con su bien marcadas dimensiones de los principios de oficiosidad y oficialidad.

En ese orden de ideas, el principio de legalidad de acuerdo a GIMENO SENDRA implica el ceñimiento de un sistema procesal a la circunstancia que el procedimiento penal ha de iniciarse inevitablemente ante la sospecha de la comisión de cualquier hecho punible con la correspondiente intervención de la Policía, de la Fiscalía o del Juez, sin que tales órganos persecutores estén facultados para hacer cesar la persecución penal, en tanto subsistan los presupuestos materiales que le han provocado y se haya descubierto el presunto autor.⁵¹

Por su parte MANZINI, principal redactor del Código Procesal Penal Italiano de 1930, para definir el principio de legalidad en el ejercicio de la acción penal y justificar la exclusión de la regulación de criterios de oportunidad, indicó: *“La pretensión punitiva del Estado derivada de un delito, debe hacerse valer por el órgano público al efecto, siempre que concurren en concreto las condiciones de ley, en cumplimiento de un deber funcional, absoluto e*

⁵¹ GIMENO SENDRA, Vicente y otros. **“Derecho Procesal Penal”**, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1993, Pág. 54

inderogable, que excluye toda consideración de oportunidad".⁵² De acuerdo con lo anterior, el principio de legalidad en el ejercicio de la acción penal por el Ministerio Público era visto por MANZINI como una expresión de la vinculación del mismo a la ley, por lo que en dicho sentido manifestó también: *"Este canon fundamental pasa bajo el nombre de regla de la legalidad del proceso penal, precisamente porque el procedimiento se verifica por directa ejecución de una obligación de ley, y no por efecto de un acto discrecional del ministerio público o del pretor"*.⁵³ Expresiones similares fueron concedidas por la doctrina latinoamericana, tal fue el caso de VÉLEZ MARICONDE⁵⁴, principal redactor de los Códigos Procesales Penales de Córdoba de 1939 y 1970 y del Código Procesal Penal Costarricense de 1973.

Frente al principio de legalidad se sitúa por ende, su antitético, es decir, el principio de oportunidad por el cual los titulares de la acción penal están autorizados, bajo ciertos presupuestos previstos por la ley, a hacer uso de su ejercicio, evitando o impidiendo la persecución penal de hechos punibles⁵⁵.

⁵² Citado por LLOBET RODRÍGUEZ, Javier. **"Proceso Penal Comentado (Código Procesal Penal Comentado)"**, Segunda Edición, Editorial Jurídica Continental, San José, 2003, Pág. 80

⁵³ *Ibidem*

⁵⁴ Véase, VÉLEZ MARICONDE, Alfredo. "Derecho..." Tomo II *Ob. Cit.*, Pág. 180

⁵⁵ Véase, TREJO ESCOBAR, Miguel Alberto. *Ob. Cit.*, Pág. 431

La justificación que se ha dado por la doctrina al establecimiento de criterios de oportunidad reglados como excepciones al principio de legalidad en el ejercicio de la acción penal, es la imposibilidad real del Estado de juzgar todos los delitos que se cometan en su territorio, de modo que si no se prevén legalmente criterios de oportunidad, se da la situación que los mismos siempre operarán en la práctica con el perjuicio que lo serán sin ningún control.⁵⁶

3.4) DEFINICIÓN DE CRITERIO DE OPORTUNIDAD.

De acuerdo a lo que hemos venido manifestando, lo cual genera argumentos para justificar el diseño del criterio de oportunidad como mecanismo procesal que permite el mejor manejo de los recursos y como herramienta político criminal enfocada en la prevención y erradicación de la criminalidad organizada. Al mismo tiempo es importante, antes de entrar al estudio de los fundamentos particulares del criterio de oportunidad, contar con una definición que cubra los aspectos esenciales de esta figura.

En nuestro medio, las características definitorias de la oportunidad de la acción pública se encuentran en el Código Procesal Penal, estrictamente en las disposiciones legales que regulan dicha institución y no en una norma general. Esto es claro, por dos razones, **en primer lugar**, si se considera que históricamente el principio de legalidad fue el primero en surgir, y por tanto, el

⁵⁶ Cfr. MAIER, Julio B.J. "Derecho Procesal Penal...", Tomo I, *Ob. Cit.*, Pág. 555

primero en incorporarse a nuestro enjuiciamiento penal;⁵⁷ y, **en segundo lugar**, en atención a que la mayor parte de la doctrina se ha limitado a definir lo que es el principio de oportunidad sin dotar de una definición estricta del criterio de oportunidad.

Como ejemplo, podemos observar la posición de BACIGALUPO, quien sostiene una posición amplia en la definición del principio de oportunidad, pues para él no debe entenderse sólo la renuncia a la acción penal por parte del ente fiscal, sino más bien *“todo tratamiento penal diferenciado del conflicto social representado por el hecho delictivo”*⁵⁸ Como puede notarse, tal posición sobrepasa el marco de referencia que nos hemos trazado, el cual se vincula al régimen jurídico de la institución, por lo que dicha definición no es útil para nuestros fines prácticos.

Una concepción más estricta ve manifestaciones del criterio de oportunidad en los supuestos en que se presenten las siguientes características: a) *Subjetivamente*, referirse al Fiscal y al órgano jurisdiccional; b) *Objetivamente*, circunscribirse al contenido de sus obligaciones esenciales

⁵⁷ Véase GATGENS GÓMEZ, Erick y RODRÍGUEZ CAMPOS, Alexander. **“El Principio de Oportunidad. Conveniencia Procesal de la persecución penal”**, Editorial Juritexto, San José, 2000, Pág. 93

⁵⁸ Véase, BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. **“Descriminalización y prevención”**, Cuadernos del Poder Judicial, Madrid, 1987, Pág. 14

en el proceso; y, c) *Teleológicamente*, dirigidas a enervar las citadas obligaciones o parte de ellas con arreglo al principio de legalidad.⁵⁹

En similares términos a los previamente indicados, MAIER define el criterio de oportunidad como: *“la posibilidad de que los órganos públicos a quienes se les encomienda la persecución penal, prescindan de ella, en presencia de la noticia de un hecho punible o, inclusive, frente a la prueba más o menos, completa de su perpetración, formal o informalmente, temporal o definitivamente, condicionada o incondicionalmente por motivos de utilidad social o razones político-criminales”*⁶⁰

Para CAFFERATA NORES, el criterio de oportunidad es *“la posibilidad que tienen los órganos encargados de la promoción de la persecución penal, fundada en razones diversas de política criminal y procesal de no iniciar la acción, o de suspender provisionalmente la acción iniciada, o de limitarla en su extensión objetiva y subjetiva, o de hacerla cesar definitivamente antes de la sentencia, aún cuando concurren las condiciones ordinarias para perseguir y castigar”*⁶¹

De acuerdo a lo que hemos venido manifestando, lo cual genera argumentos para justificar el diseño del criterio de oportunidad como

⁵⁹ Véase GATGENS GÓMEZ, Erick y RODRÍGUEZ CAMPOS, Alexander. *Ob. Cit.*, Pág. 95

⁶⁰ Véase, MAIER, Julio B.J. “Derecho Procesal Penal...”, Tomo I, *Ob. Cit.*, Pág. 556

⁶¹ Véase, CAFFERATA NORES, José. **“El principio de oportunidad en el Derecho Argentino”** en Nueva Doctrina Penal, Editores Del Puerto, 1996-A, Buenos Aires, 1996, Pág. 12

mecanismo procesal que permite el mejor manejo de los recursos y como herramienta político criminal enfocada en la prevención y erradicación de la criminalidad organizada. Al mismo tiempo es importante, antes de entrar al estudio de los fundamentos particulares del criterio de oportunidad, contar con una definición que cubra los aspectos esenciales de esta figura.

En nuestro medio, las características definitorias de la oportunidad de la acción pública se encuentran en el Código Procesal Penal, estrictamente en las disposiciones legales que regulan dicha institución y no en una norma general. Esto es claro, por dos razones, en primer lugar, si se considera que históricamente el principio de legalidad fue el primero en surgir, y por tanto, el primero en incorporarse a nuestro enjuiciamiento penal;⁶² y, en segundo lugar, en atención a que la mayor parte de la doctrina se ha limitado a definir lo que es el principio de oportunidad sin dotar de una definición estricta del criterio de oportunidad.

Como ejemplo, podemos observar la posición de BACIGALUPO, quien sostiene una posición amplia en la definición del principio de oportunidad, pues para él no debe entenderse sólo la renuncia a la acción penal por parte del ente fiscal, sino más bien *“todo tratamiento penal diferenciado del conflicto social*

⁶² Véase GATGENS GÓMEZ, Erick y RODRÍGUEZ CAMPOS, Alexander. **“El Principio de Oportunidad. Conveniencia Procesal de la persecución penal”**, Editorial Juritexto, San José, 2000, Pág. 93

*representado por el hecho delictivo*⁶³ Como puede notarse, tal posición sobrepasa el marco de referencia que nos hemos trazado, el cual se vincula al régimen jurídico de la institución, por lo que dicha definición no es útil para nuestros fines prácticos.

Una concepción más estricta ve manifestaciones del criterio de oportunidad en los supuestos en que se presenten las siguientes características: a) *Subjetivamente*, referirse al Fiscal y al órgano jurisdiccional; b) *Objetivamente*, circunscribirse al contenido de sus obligaciones esenciales en el proceso; y, c) *Teleológicamente*, dirigidas a enervar las citadas obligaciones o parte de ellas con arreglo al principio de legalidad.⁶⁴

En similares términos a los previamente indicados, MAIER define el criterio de oportunidad como: *“la posibilidad de que los órganos públicos a quienes se les encomienda la persecución penal, prescindan de ella, en presencia de la noticia de un hecho punible o, inclusive, frente a la prueba más o menos, completa de su perpetración, formal o informalmente, temporal o definitivamente, condicionada o incondicionalmente por motivos de utilidad social o razones político-criminales”*⁶⁵

⁶³ Véase, BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. **“Descriminalización y prevención”**, Cuadernos del Poder Judicial, Madrid, 1987, Pág. 14

⁶⁴ Véase GATGENS GÓMEZ, Erick y RODRÍGUEZ CAMPOS, Alexander. *Ob. Cit.*, Pág. 95

⁶⁵ Véase, MAIER, Julio B.J. “Derecho Procesal Penal...”, Tomo I, *Ob. Cit.*, Pág. 556

Para CAFFERATA NORES, el criterio de oportunidad es *“la posibilidad que tienen los órganos encargados de la promoción de la persecución penal, fundada en razones diversas de política criminal y procesal de no iniciar la acción, o de suspender provisionalmente la acción iniciada, o de limitarla en su extensión objetiva y subjetiva, o de hacerla cesar definitivamente antes de la sentencia, aún cuando concurren las condiciones ordinarias para perseguir y castigar”*⁶⁶

3.5) FUNDAMENTOS DOCTRINARIOS DEL CRITERIO DE OPORTUNIDAD.

De conformidad a las posiciones generalizadas de la doctrina procesal penal, todas las instituciones requieren una justificación que legitime sus condiciones de procedencia dentro del proceso penal, a esta realidad tampoco escapa la figura del “criterio de oportunidad”, de modo que en sintonía con las ideas del profesor BINDER que motivan al estudio en detalle de la reforma de la justicia penal en América Latina,⁶⁷ en nuestro caso nos enfocamos a continuación con el interés de ubicar de forma sistemática los aspectos en que se fundamenta el criterio de oportunidad tanto doctrinaria como legalmente.

⁶⁶ Véase, CAFFERATA NORES, José. **“El principio de oportunidad en el Derecho Argentino”** en Nueva Doctrina Penal, Editores Del Puerto, 1996-A, Buenos Aires, 1996, Pág. 12

⁶⁷ Véase, BINDER, Alberto Martín. **“Ideas y Materiales para la Reforma de la Justicia Penal”**, Editorial Ad Hoc, Buenos Aires, 2000, Pág. 17

3.5.1) Modificación de los fines de pena.

El Criterio de oportunidad supone un replanteamiento de las tradiciones dogmáticas del Derecho Penal y el Derecho Procesal Penal, sobre todo en relación a las ideas políticas de los fines de la pena del Absolutismo Penal y aún de la Ilustración⁶⁸. De hecho en las tradicionales políticas que han informado el Sistema de reacción penal, se enfoca sobre todo el interés en la persecución de aquellas infracciones que revistan mayor dañosidad social⁶⁹, y restringiéndola o eliminándola respecto de los delitos leves.

Desde un punto de vista predominantemente criminológico, el criterio de oportunidad es una institución que contribuye a contraer la reacción penal a formas menos gravosas en contra del infractor de la norma penal, presentándose como una solución alternativa a la tramitación ordinaria del enjuiciamiento criminal.⁷⁰

En ese orden, el criterio de oportunidad está vinculado a las teorías utilitarias sobre la legitimación, el fin y los límites de la pena estatal⁷¹. De hecho afirma MAIER que *“...si ya no es concebible –ni posible- que la pena se dedique al fin exclusivo de retribuir la culpabilidad del agente (expiación del delito) y menos aún como única forma de recomponer el orden jurídico, sino*

⁶⁸ Véase, ZAFFARONI, Eugenio Raúl. “En busca de las penas perdidas”, Editorial Heliasta, Buenos Aires, Pág.----

⁶⁹ GATGENS GOMEZ, Erick y RODRÍGUEZ CAMPOS, Alexander. *Ob. Cit.*, Pág. 108

⁷⁰ *Ibidem*

⁷¹ Véase, MAIER, Julio B. “Derecho Procesal Penal Argentino...” *Ob. Cit.*, Tomo I, Pág. 556

que se sostiene para ello fines utilitarios, como el papel de la integración social que cumple la definición de los comportamientos punibles, sería un contrasentido aplicar la pena a una gran cantidad de integrantes de una sociedad, posiblemente la mayoría, desintegrándola de hecho.”⁷²

De lo anterior se desprende que hay mayor proximidad ideológica con la teoría de la prevención general positiva que fundamenta la pena en la reafirmación de los bienes jurídicos básicos de la integración social, fin que se alcanza con la imposición de la misma a algunos hechos más disvaliosos.⁷³

3.5.2) Oportunidad como instrumento de Descriminalización.

Con frecuencia la doctrina vincula el Criterio de Oportunidad con los efectos que dicho instituto le aportan al Sistema Penal, en este sentido nos referimos especialmente a los “descriminalizantes”, porque elimina o suspende la persecución de presuntas delincuencias en etapas tempranas del procedimiento penal. Sin embargo, se afirma por otra parte que el Criterio de Oportunidad no es un verdadero instrumento de Descriminalización, ya que solamente pueden comprenderse por tales los que corresponden al Derecho Penal Material.⁷⁴

⁷² MAIER, Julio B. “**Derecho Procesal Penal. Fundamentos**”, Ediciones Del Puerto, 2ª Edición, Tomo I, 1996, Págs. 831 a 835

⁷³ *Ibidem*

⁷⁴ GATGENS GOMEZ, Erick y RODRÍGUEZ CAMPOS, Alexander. *Ob. Cit.*, Pág. 109

Con relación a esta última postura, HASSEMER señala: *“Es en la teoría una contradicción del sistema, y políticamente un engaño público establecer criminalizaciones en las normas penales y luego eliminarlas clandestinamente en el derecho procesal: entre más se oriente al Derecho Penal Material en los fundamentos de la relatividad y la fragmentaridad, existiría menos razón para un procedimiento oportunista”*⁷⁵

De tal manera que el criterio de oportunidad si bien comprende un mecanismo de Descriminalización, lo es de forma accesoria por constituir una solución transitoria frente a un problema de naturaleza del derecho penal material, que es donde se debe buscarse la respuesta, como se ha enfocado criminológicamente al hablar del “Derecho Penal de Mínimos”.⁷⁶

3.5.3) El Criterio de Oportunidad como correctivo de la selección informal del Sistema Penal.

Aquí nos encontramos frente a un fundamento de estricto carácter procesal, que parte de un hecho práctico “la imposibilidad material de investigar y perseguir todos los casos que ingresen al sistema de justicia penal”, lo cual conduce a la creación de mecanismos de selección informales para darle prioridad a ciertos hechos, dificultándose así la implementación de una política

⁷⁵ Véase HASSEMER, Winfried. **“La persecución penal: legalidad y oportunidad”** en Revista Justicia, San José, Número 21, 1988, Pág. 175

⁷⁶ Véase, FERRAJOLI, Luigi. **“Derecho y Razón”**, Pág. ---

criminal coherente, así como fijar la responsabilidad política y jurídica del órgano estatal encargado de definir y aplicar los criterios de persecución.⁷⁷

En ese orden, los criterios selectivos informales se establecen por dos tipos de procesos: falta o incompleta información de los órganos de persecución, sea que la adquieran por revelación de otros, como en el caso de las denuncias; o por su propia iniciativa (excitación por conocimiento oficioso); y la imposibilidad práctica de dedicarse con el mismo afán a la persecución de todos los hechos punibles.

Teniendo en cuenta el cuadro de situación desarrollado en el acápite anterior, el criterio de oportunidad se alza como una herramienta indispensable para la optimización de los recursos destinados al proceso penal⁷⁸.

Los factores que motivan la selección han sido bien resaltados por el profesor MAIER⁷⁹ quien sostiene que los mismos van desde la decisión política estimativa del mayor o menor daño social según la apreciación de los órganos de persecución penal estatales, las necesidades políticas circunstanciales o permanentes, las posibilidades económicas o presupuestarias, el cálculo en la

⁷⁷ GATGENS GÓCHEZ, Erick y RODRÍGUEZ CAMPOS, Alexander. *Ob. Cit.*, Pág. 111

⁷⁸ Véase, **“Principio de Oportunidad y Salidas Alternativas al Juicio Oral en América Latina”** Coordinado por STIPEEL, Jörg y MARCHISIO, Adrián. Editorial Ad Hoc, Buenos Aires, Pág. 24

⁷⁹ Véase: MAIER, Julio B. **“Enjuiciamiento penal del Siglo XX”** en Revista El Poder Penal del Estado –Homenaje A Hilde Kaufmann- Ediciones De Palma, Buenos Aires, 1985, Pág. 285

efectividad en la persecución penal, hasta la persona del autor y su posición social o política.

La selección en la persecución penal es un fenómeno sociológico inherente al sistema que dificulta conocer las verdaderas razones por las que se persigue con mayor avidez unos delitos que otros, e impide la atribución de responsabilidad a cualquier funcionario que se escuda en la práctica anónima que el mismo sistema tolera por la afirmación estricta del principio de legalidad. Y si tal selectividad no se puede erradicar lo más adecuado es perfeccionarla, racionalizándola a través de regulaciones legales.

Por consecuencia consideramos que la adopción formal del criterio de oportunidad constituye el único medio idóneo para permitir no sólo un adecuado funcionamiento del sistema de enjuiciamiento penal en términos de eficiencia, sino también para evitar la selectividad inherente a la que antes nos referimos y que genera en la práctica una aplicación irracional y desigual de la ley penal.⁸⁰

3.5.4) Razones de eficiencia en la persecución.

Esta idea se justifica a partir de la propuesta de BINDER en sus diez principios para la reforma de la justicia penal, cuando refiere que el problema de la acción se ha ido diluyendo entre la intrascendencia y el conceptualismo, y

⁸⁰ Cfr. GUARIGLIA, Fabricio. *Ob. Cit.*, Pág. 89

ambos hicieron perder de vista que las normas relativas a la acción son las grandes reguladores del poder penal, en consecuencia ellas deben ser las que más claramente reflejen los grandes postulados de una política criminal democrática.⁸¹

En este sentido la pregunta de rigor es ¿Cómo destinar la mayor parte de los recursos estatales a delitos más importantes como son los llamados “delitos de cuello blanco” y delincuencia organizada que tanto daño hacen a la sociedad?

Ante esa pregunta la respuesta en algunos ordenamientos de naturaleza procesal penal en América Latina se acentúa en la rigidez del ejercicio de la acción por parte del Ministerio Fiscal, es decir que no admite excepciones, como resabio inquisitivo de la legislación española que se trasladó a sus colonias de América.

Doctrinariamente se admite que, con la aplicación del criterio de oportunidad, se busca la eficiencia del sistema penal, permitiendo que la persecución se concentre en aquellas formas de delincuencia que reclaman la intervención estatal como instrumento de control.⁸² De modo que si se puede prescindir de la persecución de los delitos menores, se descongestionaría el

⁸¹ Véase, BINDER, Alberto Martín. “Política Criminal. De la formulación a la praxis”, Editorial Ad Hoc, Buenos Aires, 1997

⁸² GATGENS GÓCHEZ, Erick y RODRÍGUEZ CAMPOS, Alexander. *Ob. Cit.*, Pág. 116

nivel de asuntos que conocen las autoridades y, es de esperar que reaccionarán con mayor vigor frente a los delitos de mayor gravedad.

3.6) DISTINCIÓN ENTRE LOS TÉRMINOS CRIMEN, CRIMINAL Y CRIMINALIDAD.

El propósito de la distinción entre los términos, tiene como finalidad determinar su sentido desde la perspectiva criminológica.

Los términos crimen, criminal y criminalidad pueden confundirse debido a que están relacionados con la idea de delito, no obstante, la similitud es solo parcial pues se refieren realidades jurídicas diversas.

Según Osorio, Crimen es: Delito grave, según la definición de la academia y es también el concepto que corrientemente se le da al vocablo⁸³.

Por otro lado Criminal es Relativo al crimen y por extensión al delito en general propio del derecho criminal o penal. Como sustantivo, autor de un crimen o grave delito⁸⁴.

Por ultimo Criminalidad es: Calidad o circunstancia que hace que una acción sea criminosa. Numero de los crímenes cometidos en un territorio o tiempo determinado⁸⁵.

⁸³ Manuel Osorio. "Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y sociales; Editorial Claridad, 1984, Argentina, cita, pagina 183.

⁸⁴ Ibid, cita, pagina 184.

Vistas las definiciones podemos advertir las diferencias entre los conceptos diciendo que CRIMEN es el hecho delictivo cometido, o sea, el delito; CRIMINAL es el calificativo que se le atribuye a un sujeto que ha cometido un hecho delictivo y CRIMINALIDAD es el calificativo de una actividad como delictiva y la cifra o expresión cuantitativa, temporal y / o espacial de los hechos delictivos cometidos.

3.7) NOCIONES DE CRIMINALIDAD ORGANIZADA.-

En atención a que el principal objeto para revisar los fundamentos doctrinarios y jurídicos del criterio de oportunidad en el presente trabajo, está orientado en verificar si dicha figura procesal es eficaz para el control de la criminalidad organizada, consideramos por consecuencia importante detallar de forma sintética ciertos ámbitos de lo que doctrinal y legalmente se ha reconocido como “Crimen Organizado”.

3.7.1) Orígenes del concepto crimen organizado

Una de las principales críticas acerca de la definición de crimen organizado apunta de que se trata a un término de contenido vacío, caracterizado por la incorporación de distintos comportamientos delictivos que no poseen similitudes entre sí. En otras ocasiones las exposiciones diatribas centran su postura en que al hablar de crimen organizado se está haciendo

⁸⁵ Ibid.

referencia a un término con fundamentos de orden político y no en sentido de la ciencia penal⁸⁶, ya sea abordado en la Dogmática Penal o en la Criminología.

De modo que para ubicar el sentido mas preciso del concepto crimen organizado se vuelve necesario determinar los antecedentes ideológicos mas próximos que lo has llevado hasta su inclusión en el campo normativo de las distintas legislaciones penales nacionales e internacionales, así como a las agendas donde se analizan en el marco de una política criminal para su prevención.

Es así que al decir parte de la doctrina, la expresión crimen organizado tiene claro origen político partidista, siendo inventada por los políticos norteamericanos hace algunas décadas y sobre todo desde la ultima posguerra por razones clientelistas⁸⁷. En esencia su formulación responde alas expectativas sociales derivadas de los mitos en el funcionamiento de las mafias u organizaciones secretas y jerarquizadas, existiendo una opinión generalizada que eran esos grupos los responsables de todos los males que aquejaban a la sociedad. Todo parece indicar que se utilizo en el planteamiento de políticas electorales constituyendo una teoría conspirativa, con al menos dos fines bien delineados: a) Incentivar la curiosidad de la sociedad civil acerca de las

⁸⁶ Acerca de las derivaciones de la Ciencia Penal en dos ramas: la Dogmática Penal y la Criminología, se puede revisar la obra: DE LA CUESTA AGUADO, Paz M. **“Tipicidad e imputación Objetiva”**, Editorial Jurídica Cuyo, Mendoza, 1995, Pág.19.

⁸⁷ ALBEÑO, Luis. **“Consideraciones Político Criminales del concepto de Crimen Organizado en la legislación penal salvadoreña”**, Revista Maracaibo, Número 13, Caracas, 2005

estructuras organizadas de forma alternativa al sistema social, pero reconociendo y aplicando las normas aprendidas en una fase previa de control social informal⁸⁸; b) Procurar la disminución de los sentimientos colectivos de intranquilidad e inseguridad ciudadana por parte de la sociedad civil ante males de origen desconocido⁸⁹.

Así posteriormente pasa del ámbito político clientelista hacia el periodismo, ocupando en los medios de comunicación social un importante espacio sobre todo en las notas rojas donde se caracteriza el crimen organizado a partir del comportamiento delictivo de ciertos individuos dedicados a la extorsión, robos, asesinatos a sueldo, frecuentemente asociados y dirigidos por un sujeto que controla dicha organización por su capacidad de dirección delictiva. La condición privilegiada de los medios frente a la sociedad, en el sentido de la canalización unilateral de la información⁹⁰ permitió que la población acogiera prontamente ese término y que se utilizara a pesar del desconocimiento de su contenido exacto⁹¹.

⁸⁸ Cfr. CONDE PUMPIDO FERREIRO. "Violencia social y seguridad ciudadana", en Revista Poder Judicial, Consejo General del Poder Judicial, número especial, Madrid, 1989, Pág. 96 y siguientes.

⁸⁹ Ibidem .

⁹⁰ ELBER Carlos Alberto "Criminología Latinoamericana". Parte segunda, editorial Universidad, Buenos Aires. 1997, página 181.

⁹¹ ALBEÑO, Luis. "Consideraciones Político Criminales..." *Ob. Cit.*, Pág. 45

Después del periodismo, el término recayó en las orientaciones criminológicas, sobre todo, aquellas interesadas en evaluar la incidencia del entorno social en el incremento de los comportamientos criminales, sobresaliendo en este aspecto la atención del fenómeno por parte de la escuela Ecológica⁹², la teoría de la Anomia⁹³ y la teoría estructural funcionalista⁹⁴. Siendo posterior al estudio criminológico que el término recaló en el derecho penal, sin que en el camino haya logrado perfeccionar su contenido.

3.8) DEFINICIÓN DE CRIMEN ORGANIZADO Y ESTRUCTURA

En general las definiciones de crimen organizado tratan de acercarse a elementos, conductas o actividades delincuenciales, que por las formas, medios, métodos o instrumentos evidencian un grado determinado de organización e infraestructura adecuada a la consecución del objetivo final.

La Unión Europea define al crimen organizado como las actividades, acciones, conductas y manifestaciones delictivas en las que los propósitos estén planificados y coordinados, existiendo una estructura jerarquizada, un reparto de los cometidos en respuesta a los intereses de la organización y por ende unos beneficios distribuidos conforme al grado de implicación o

⁹² DEL CID MOLINE Y LARRAURI, Elena. "Teorías Criminológicas", Editorial Bosch, Barcelona, 2001.

⁹³ ELBERT, Carlos Alberto: "Manual Básico de Criminología", Editorial Eudeba, Buenos Aires, 1998, pagina 89.

⁹⁴ ELBERT, Carlos Alberto: "Manual..."Op. Cit., Pág. 88

responsabilidad en la misma.⁹⁵ Dicha definición si bien no es la única, nos servirá para comprender los límites de la criminalidad organizada respecto de algunas formas de criminalidad con las cuales pudiera confundirse.

3.9) CRIMINALIDAD ORGANIZADA Y SU DIFERENCIA CON ALGUNAS FORMAS DE PLURALIDAD CRIMINAL.

Debido a la complejidad del tema del crimen organizado es necesario establecer algunas precisiones doctrinales para esbozar, siquiera superficialmente su contenido. En ese sentido distinguiremos entre criminalidad organizada en sentido amplio y criminalidad organizada en sentido estricto para luego diferenciar la criminalidad organizada de algunas formas de pluralidad criminal. Crimen organizado en sentido amplio se refiere a la criminalidad de Empresa que comprende el accionar delictivo, que se desarrollan en relación a las actividades empresariales, lo que se conoce como criminalidad desde la empresa, constituyendo a su vez el llamado Derecho Penal Económico⁹⁶; en cambio Crimen organizado en sentido estricto está constituido por organizaciones criminales...con la finalidad de cometer masivamente conductas delictivas homogéneas o heterogéneas, lo que se conoce por criminalidad como empresa.⁹⁷

⁹⁵ Ilícitos penales asociados al crimen organizado, por Licenciado. Nelson Rodolfo Mena Rosales, en Boletín Divulgación Jurídica año 7, N° 2, Abril del 200, Pág. 44.

⁹⁶ Francisco Moreno Carrasco y Otro, Código Penal de El Salvador Comentado Tomo 1, Consejo Nacional de la Judicatura, cita pagina 121.

⁹⁷ *Ibidem*.

Ahora vale hacer también algunas distinciones entre Criminalidad Organizada, Asociación Criminal y Coautoria Material o Funcional. El criterio fundamental que distingue a la criminalidad organizada de las formas de pluralidad criminal es la organización, presupuesto sine qua non, para la configuración de la misma, el cual no es un concepto rudimentario, que se homologue a la reunión o la planificación, o la puesta en común del delito, o la participación plural de personas⁹⁸, si no que requiere de una cierta complejidad⁹⁹ caracterizada por la intensidad y extensión de la empresa criminal¹⁰⁰. Para el caso la criminalidad asociada comparte algunos elementos de la estructura de la criminalidad organizada¹⁰¹ pero no con la misma intensidad y extensión de esta última, así por ejemplo tenemos: a) organización; b) sentido de pertenencia del sujeto la asociación; c) Jerarquía, d) distribución de roles; e) objetivos delictivos generales; f) uso meridano de logística y g) sentido de permanencia de la asociación¹⁰². Por otro lado coautoria funcional o codelincuencia asume mínimos niveles de organización fundamentada en el reparto de roles para cometer el delito¹⁰³.

⁹⁸ Ibidem ob cit.

⁹⁹ Ibidem, ob cit.

¹⁰⁰ Ib ídem, cita pagina 123.

¹⁰¹ Ib ídem, ob cit.

¹⁰² Ib ídem, ob cit.

¹⁰³ Ib ídem, ob cit.

3.9.1) ESTRUCTURA.

Son los componentes básicos de una organización criminal. (Tomado del Código Penal Comentado de El salvador¹⁰⁴)

- a) **Centro de Poder:** cuya actividad consiste en tomar las decisiones de orientación criminal;
- b) **Niveles de jerarquía y sectorización de las actividades:** Para la consecución de las actividades de la empresa criminal se conforman niveles de jerarquía diferentes que a su vez desarrollan las actividades de forma sectorial, de modo que en cada nivel de la jerarquía los recursos humanos conocen y realizan exclusivamente determinadas actividades o dicho en otras palabras “desconocen la totalidad de los planes, ... conociendo solo el área que les toca desarrollar¹⁰⁵
- c) **Logística, Tecnología y Profesionalidad:** Son instrumentos esenciales la tecnología de punta, la logística en la planeación y ejecución de las actividades, así como también la profesionalidad en el desarrollo de las mismas.
- d) **Estabilidad y anonimato de los Miembros de la cúpula.** Los miembro que conforman los altos niveles de la organización criminal o sea los que conforman el centro de poder, tienden a mantenerse en su nivel y en sus

¹⁰⁴ Ibidem, pagina 122.

¹⁰⁵ Ib id, cita pagina 123.

funciones, para ello se torna indispensable el anonimato no solo respecto de los miembros inferiores si no también respecto de terceros.

e) **Fungibilidad absoluta de los miembros inferiores:** Los miembros inferiores de la organización criminal son renovados constantemente.

f) **Obediencia y Disciplina:** ambos conceptos son complementarios de una sujeción a los niveles superiores de la organización criminal, pues con la primera se denota el respeto absoluto por las decisiones tomadas y el cumplimiento inmediato e irrestricto de las ordenes emanadas de los superiores. Con la segunda se expresa la capacidad de la cúpula de imponer las reglas y los castigos por el incumplimiento de estas.

g) **Transnacionalidad y Corporatividad en el crimen internacional.**

Dicha elemento se refiere a que la empresa criminal se extiende mas alla de un territorio nacional determinado asi mismo constituye una organización , en este caso criminal basada en la agrupación de personas sin distinción de nacionalidad en razon de sus intereses .

h) **Apariencia de legalidad e infiltración en los Centros Financieros;**

este elemento consiste en que para que un delito pueda ser prolongado a un tiempo de duración mas amplio debe ser cometido de una forma aparente mente legal y para que dicha ejecución pueda realizarse se necesita tanto de instituciones financieras como de personal infiltradas en las mismas.

- i) **Vinculación con centros de poder Estatal de mediana y larga Identidad** este elemento se refiere a que la organización criminal puede generar vínculos con centros de poder para obtener inmunidad para los delitos que puedan cometer en un determinado país.

3.10) FORMAS DE CONTROL POLÍTICO CRIMINAL DEL CRIMEN ORGANIZADO.

Para establecer las formas de control político criminal del crimen organizado es necesario plantear en lo pertinente y de forma breve el contenido de la política criminal. La política criminal trata de averiguar los objetivos precisos a fin de incidir sobre la criminalidad de un país y seleccionar los medios necesarios para disminuirla, su función, es decir, el papel que desempeña, o dicho en otras palabras la actividad que realiza es dirigida por su finalidad, la cual, según Sánchez Escobar, es... ser un instrumento de contención del fenómeno delictivo¹⁰⁶ ... para lo cual se desarrolla en un área determinada¹⁰⁷..., la que puede abarcar diversas esferas de la realidad¹⁰⁸... y puede dirigirse tanto a ámbitos previos y remotos del delito como a las conductas desviadas conceptualizadas en ese nivel¹⁰⁹. Respecto del área en que desarrolla su actividad, la política criminal puede clasificarse en: Política

¹⁰⁶ Sánchez Escobar, Carlos Ernesto. El Sistema Penal Salvadoreño, en Ventana Jurídica N° 1, Año 1, Vol. 1, Mayo – Agosto 2003 C N J, cita, pagina 90

¹⁰⁷ Ib ídem cita pagina 90

¹⁰⁸ Ib ídem cita pagina 90

¹⁰⁹ Ib ídem cita pagina 90

criminal en sentido amplio: que se enmarca en la totalidad del sistema de control social e intercepta con otras áreas de la política estatal, particularmente el sector social ¹¹⁰, y Política criminal en sentido estricto llamada también Política Penal en la que se hace referencia a la política específica dirigida al sistema de justicia penal con sus componentes tradicionales de legislación penal, policía, poder judicial y sistema penitenciario¹¹¹.

Ambas direcciones de la política criminal lejos de ser excluyentes, confluyen cuando de cumplir con la finalidad esencial de prevenir el fenómeno criminal se trata, de ahí que se pueden estructurar las medidas de prevención en 3 niveles, en los que se reflejan las áreas en las que se pretende incidir. En ese sentido la política criminal en sentido amplio se relaciona perfectamente en el primer nivel llamado: **Medidas de Prevención Primarias**: que son las que se dirigen a la evitación de los orígenes del fenómeno delictivo, en su mas amplio espectro y se consideran las mas eficaces, pues se extienden a estructuras, sociales, culturales, educacionales, familiares¹¹²; el segundo y tercer nivel están referidas a la incidencia en el sistema penal de modo que se relacionan con la política criminal en sentido estricto o política penal, son las llamadas **Medidas de Prevención Secundarias**: que consisten en una actividad disuasoria normativa , pues se pretende la abstención de conductas delictivas mediante mecanismos intimidatorios, respecto de quien comete el delito y respecto de los

¹¹⁰ Ib ídem cita pagina 90

¹¹¹ Ib ídem cita pagina 90

¹¹² Ib ídem cita pagina 90

espectadores sociales¹¹³, y las **Medidas de Prevención Terciarias**: que están vinculadas específicamente a los diferentes modelos del tratamiento y que pretenden evitar la reincidencia delictiva¹¹⁴. La política Criminal pretende esencialmente contener el fenómeno delictivo, para ello se propone objetivos más específicos y selecciona los instrumentos para cumplirlos, pero ¿Cómo realiza este proceso? , al respecto el Dr. Manuel Moran responde que dicho proceso consta de 3 fases íntimamente ligadas a la criminología y al Derecho Penal, de ahí establece la relación entre estas disciplinas penales. En ese sentido expresa: “una política criminal científica parte de la perfecta coordinación entre los 3 conceptos o realidades¹¹⁵ política criminal, criminología y derecho penal, lo cual logra con tres fases:

Fase empírica: se trata de hacer un análisis de la criminalidad... un estudio serio sobre la realidad criminal, el perfil de los delitos y de los delincuentes¹¹⁶;

Fase decisoria: Procura la selección de objetivos y medios para la consecución de dichos objetivos¹¹⁷. En estos niveles juega un papel importante la Criminología como ciencia que estudia el fenómeno delictivo, de cuyos datos

¹¹³ Ib ídem cita pagina 90

¹¹⁴ Ib ídem cita pagina 90

¹¹⁵ MORÁN, Manuel. Política Criminal y Derecho Penal en Boletín Divulgación Jurídica, Año 7, Nº 2, Abril del 2000, cita pagina 37.

¹¹⁶ Ib ídem cita pagina 38

¹¹⁷ Ib ídem cita pagina 38

se nutre la política criminal para tomar decisiones y establecer criterios de selección de objetivos y medios.

Fase técnica: supone el uso de los medios necesarios para conseguir el objetivo que persigue la política criminal¹¹⁸. Es en esta fase es que el derecho penal, derecho procesal penal y derecho penitenciario juega un papel de ser...uno de los muchos medios para corregir la realidad criminal¹¹⁹.

Ahora, corresponde plantear la cuestión de cómo la política criminal trata el problema del crimen organizado. Particularmente en nuestro país el problema es atendido de la forma que se enmarca en la política criminal en sentido estricto utilizando el derecho penal por excelencia como instrumento de control. La política criminal usa al derecho penal para incidir en las manifestaciones del crimen organizado en nuestro país, estas son el narcotráfico (conexiones con sur América y USA), tráfico ilegal de automóviles a nivel nacional y regional, secuestro, extorsión, robo, contrabando, fraudes financieros¹²⁰ y lavado de dinero. Estas medidas son las siguientes:

- 1) La suscripción del Convenio de las Naciones Unidas contra el crimen organizado transnacional, el Protocolo para prevenir; reprimir y sancionar la trata de personas; especialmente mujeres y niños; que complementa

¹¹⁸ Ib ídem cita pagina 38

¹¹⁹ Ib ídem cita pagina 38

¹²⁰ MENA ROSALES, Nelson. Ilícitos penales asociados al crimen organizado internacional, en Boletín Divulgación Jurídica, Año 7, N° 2, Abril de 2000, UTE, cita pagina 45.

la convención de las naciones unidas contra la delincuencia organizada transnacional. Dicho Instrumento vigente en nuestro país, fue suscrito el 15 de Octubre del 2003 y publicado en el Diario Oficial el 12 de Noviembre del mismo año cuyo objetivo primordial es luchar contra la delincuencia organizada transnacional.

- 2) La suscripción del Convenio centroamericano para la prevención y la represión de los delitos de lavado de dinero y de activos, relacionados con el tráfico ilícito de drogas y delitos conexos que fue ratificado el 30 de Octubre de 1997 y publicado en el Diario Oficial el 4 de Diciembre del mismo año, vigente en la actualidad, cuyo objetivo principal es fomentar la armonización de las legislaciones de los países centroamericanos con la convención de naciones unidas contra el trafico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas y el modelo de legislación promovido por el programa de las naciones unidas para la fiscalización internacional de drogas.
- 3) La entrada en vigencia de la Ley Represiva contra el lavado de dinero y de activos, la cual se encuentra vigente. El lavado de dinero o legitimación de capitales... es el mejor aliado del crimen organizado¹²¹ dicho fenómeno se origina por tres causas: a) la necesidad de ocultar o encubrir el verdadero origen o propiedad del dinero, b) la necesidad de la transformación del producto de las actividades ilícitas a fin de reducir los

¹²¹ Ibídem cita pagina 44.

enormes volúmenes de efectivo que generan y b) La necesidad de tener control y recibir el producto de sus actividades ilegales.

- 4) La suscripción del Convención de las naciones Unidas contra el Trafico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas vigente en nuestro país, la cual reconoce los vínculos que existen entre el trafico ilícito y las actividades delictivas organizadas relacionadas con el, que socavan las economías licitas y amenazan la estabilidad, la seguridad y la soberanía de los Estados¹²².
- 5) La Inclusión en el Código Penal de la figura del crimen organizado del artículo 22-A, derogado al entrar en vigencia el decreto legislativo 190.
- 6) La creación de la Ley Contra el Crimen Organizado y delitos de Realización compleja (Decreto Legislativo 190).
- 7) La práctica de los Métodos de investigación contra el crimen organizado de los cuales podemos mencionar:
 - Informantes,
 - Agentes encubiertos;
 - Operaciones secretas,
 - Entrevistas e interrogatorios,
 - Operaciones de vigilancia;
 - Operaciones de allanamiento;
 - Operaciones de registros;

¹²² Ibídem, cita pagina 45.

- Entregas vigiladas;
- Compras simuladas;
- Intervenciones telefónicas.¹²³
- Utilización de los criterios de oportunidad.

Las anteriores medidas corresponden pretenden incidir en las manifestaciones del crimen organizado ejerciendo un control formal.

¹²³ *Ibíd*em, cita página 52.

CAPITULO IV

ANÁLISIS JURÍDICO DEL CRITERIO DE OPORTUNIDAD EN LA PREVENCIÓN Y ERRADICACIÓN DEL CRIMEN ORGANIZADO.

4.1) LOS CRITERIOS DE OPORTUNIDAD Y SU FUNDAMENTACIÓN CONSTITUCIONAL.

La Constitución es Ley Fundamental o Carta Magna¹²⁴ de un país. La anterior afirmación produce dos características que son básicas, una es la FUNDAMENTALIDAD por la que las normas constitucionales establecen los cimientos para la construcción de todo el ordenamiento jurídico (adopción de tratados internacionales, leyes secundarias-decretos ley, reglamentos, ordenanzas municipales y circulares administrativas) y la segunda que es la SUPREMACÍA, la cual expresa que sus normas prevalecen sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. En ese sentido, dada la importancia que entraña la aplicación de criterios de oportunidad, debido a que se prescinde de la persecución penal de la manera y en los casos previstos, es que debemos advertir en principio su correspondencia o no con la constitución de la Republica. Para ello y tomando en cuenta que los criterios de oportunidad se

¹²⁴ En ese sentido Osorio expresa "Partiendo de la segunda de las acepciones señaladas, que define la Constitución como la Ley Fundamental o "carta magna" (v) de un país, es de señalar que ninguna de las leyes o normas legales que se dicten para regular aspectos concretos de la vida nacional puede estar en oposición con las normas constitucionales, so pena de nulidad, derivada precisamente de su inconstitucionalidad; por que de otro modo, la constitución resultaría letra muerta y violado el principio de supremacía". Osorio Manuel, Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales, primera Edición, Editorial Claridad S. A., cita pagina 159.

sustentan en los presupuestos del principio de oportunidad por ser su manifestación en la forma reglada, expondremos los argumentos que en su caso proclaman la armonía constitucional del principio de oportunidad, o los que reclaman su contradicción, para luego tomar postura al respecto.

En primer lugar se dice que el principio de oportunidad quiebra los principios de “LEGALIDAD U OBLIGATORIEDAD DE LA ACCION PENAL, IGUALDAD y SEGURIDAD JURIDICA”.

- LOS CRITERIOS DE OPORTUNIDAD Y EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD U OBLIGATORIEDAD DE LA PERSECUCION PENAL”.

El artículo 193 numerales 2, 3, 4, 6, y 11, establecen para el ejercicio de la acción penal, la obligatoriedad en su promoción y así mismo los artículos 19, 83 numeral 1, 235 numeral 1 del Código Procesal Penal. Si la obligatoriedad significa, parafraseando a Leone¹²⁵, que una vez llegado al ministerio público fiscal la noticia criminal y realizado las indagaciones pertinentes debe iniciar la acción penal y proseguirla hasta su conclusión, entonces el principio de oportunidad y por consiguiente los criterios de oportunidad, quiebran con él, ya que permiten a las fiscalía general de la republica prescindir de la acción penal publica.

Frente a este, existe el argumento que si es la misma ley la que fija los

¹²⁵ Giovanni Leone, tratado de Derecho Procesal Penal, Buenos Aires pagina 141, Citado por José María Casado Pérez y otros, Derecho Procesal Penal Salvadoreño, CSJ-AECI, primera Edición, pagina 188.

supuestos de oportunidad de la acción pública, ósea, la llamada oportunidad reglada, entonces no se contradice.

- LOS CRITERIOS DE OPORTUNIDAD Y EL PRINCIPIO DE IGUALDAD JURIDICA.

El artículo 3 de la Constitución de la República, en donde partimos de la igualdad de las personas ante la ley, de ello se esboza que es pilar fundamental del principio de Obligatoriedad del ejercicio de la acción penal, este presupone que la ley debe aplicarse de una forma igualitaria todo aquel que cometa un ilícito penal, pero al aplicar el criterio de oportunidad se estaría concibiendo el uso de la arbitrariedad institucionalizada¹²⁶ al ente facultado para proseguir y promover la acción penal, entrando al error de aceptar desigualdades jurídicas establecidas, frente a ello tenemos que la sala de lo Constitucional se ha pronunciado argumentado que el principio de igualdad busca garantizar a los iguales el goce de los mismo beneficios y a los desiguales diferentes beneficios, esta diferenciación debe regirse por el principio de proporcionalidad que establecerá los límites hasta donde se puede formularse un tratamiento desigual, por lo tanto el legislador puede dictar normas que hagan diferenciaciones, pero no extralimitándose, apegado a desigualdades

¹²⁶ De esta idea es SPIEGELBERG en su libro "Derecho Procesal Penal" Pag. 197.

reales¹²⁷. Al aplicar el principio de proporcionalidad esto da la idea que en el caso particular se debe renunciar a la aplicación del castigo cuando los motivos de prevención no lo exigen, lo que da paso al principio de oportunidad.¹²⁸

- LOS CRITERIOS DE OPORTUNIDAD Y EL PRINCIPIO DE SEGURIDAD JURIDICA.

Los artículos 1 y 2 de la Constitución de la Republica establecen el principio de seguridad jurídica concebida como elemento esencial de un Estado democrático de derecho. La seguridad jurídica surge como condición de la predeterminación hecha por el ordenamiento jurídico, de los ámbitos de la actuación lícita o ilícita de los individuos, garantizando derechos fundamentales de una persona y limitando al poder público arbitrariedades. El criterio de oportunidad hace un ataque directo al principio de seguridad jurídica, por que implica un cierto margen de discrecionalidad para la administración publica, y un sacrificio de derechos fundamentales que supone un grave retroceso en nuestro sistema de garantías, Armenta Deu¹²⁹ dice que solo el principio de

¹²⁷ Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia en el *Proceso de Amparo* marcado bajo la referencia 429-99 del 12 de junio de 2000 citado por Patricia Ivonne Inglés Aquino, en su libro "Criterios de oportunidad, la colaboración del imputado en el Proceso Penal" pag.16.

¹²⁸ INGLÉS AQUINO, Patricia Ivonne. Criterios de Oportunidad: La colaboración del imputado en el proceso penal, en prensa.

¹²⁹ Citado por SPIEGELBERG, en su Libro Derecho Procesal Penal Salvadoreño en la pagina 196.

legalidad garantiza la seguridad, por el otro extremo se dice que tiene que enfocarse la seguridad jurídica desde dos puntos de vista uno subjetivo y el otro objetivo el primero crear la confianza del individuo dándole a conocer de antemano como se va ordenar su conducta y como se supone que tienen que se esperan que tienen que hacer las otras personas incluyendo al Estado mismo y el segundo enfoque es por medio de la creación de normas con directrices capaces de resguardar el sentimiento de seguridad, dando certeza de contar con reglas del derecho, es ahí donde la implementación de el instituto jurídico de discrecionalidad como es el criterio de oportunidad sea reglada, dando uniformidad en los casos en que se puede aplicar, brindando así una seguridad jurídica que el uso de ellos no será arbitrario.

En conclusión las posturas antes tomadas del quebrantamiento o no, derivan en común del problema de la lucha antagónica entre la eficacia de la persecución del delito y la premisa de la defensa de los derechos y garantías, pero quien decide en ultima instancia es el legislador quien en concordancia o no con la constitución de la republica refleja a través de las leyes la tendencia a seguir sea equilibrando o no la eficiencia en el control de la criminalidad y el respeto a las garantías constitucionales.

A nuestro parecer los criterios de oportunidad en su formulación legal tienen la características de la constitucionalidad lo cual podemos sostener si

partimos de la primicia que el artículo 193 en sus numerales 2, 3 y 4 el segundo establece que le corresponde al Fiscal General de la República Promover de oficio o a petición de parte la acción de la justicia en defensa de la legalidad, el tercero Dirigir la investigación del delito con la colaboración de la Policía Nacional Civil en la forma que determine la ley, el cuarto numeral la de Promover la acción penal de oficio o a petición de parte. Si damos un vistazo a nuestra legislación veremos que en ella se implementa esta figura de los criterios de oportunidad en forma reglada, pretendiendo crear límites a los aplicadores de la justicia penal, teniendo una impresión que nuestro legislador busca la eficacia de la ley penal, sin embargo con las reglas claras del Juego.

De todo esto y analizando la constitución no encontramos una norma en la cual este supeditada a una interpretación absolutista para la aplicación de la pena al momento de la realización de un delito si no mas bien le deja al legislador secundario la potestad de crear normas de procedimiento oportuno para llevar a cabo los fines que propone una política criminal cimentada en un Estado democrático, por lo tanto nuestra postura es a favor de los argumentos de propugnan que no quebranta ningún principio y de todo lo dicho anteriormente a nuestro criterio al menos a nivel teórico no es inconstitucional la aplicación del criterio de oportunidad siempre y cuando exista una adecuada y precisa selección de los casos estableciendo mecanismos de control para ello.

4.2) LOS CRITERIOS DE OPORTUNIDAD EN EL CÓDIGO PROCESAL PENAL VIGENTE.

Históricamente se demuestra que el principio de legalidad sigue siendo el que garantiza la legalidad estrictísima de la justicia punitiva, por lo tanto esto lograra el dominio en un tiempo que se preocupa principalmente de la constitución del Estado de derecho y de garantías del mismo, Los criterios de oportunidad en el Código Procesal penal Vigente puede justificarse de dos modos distintos a saber: por un lado de un enfoque influjo político del Gobierno sobre la justicia penal y por otro lado en el interés de la verificación de la justicia material, en contraste con un formalismo legal, es por ello que hoy en día el principio de oportunidad tiene que ceder ante un principio de oportunidad es decir a favor de la justicia material, todo esto abonado que los criterios de oportunidad se crean con la idea de evitar que el órgano Judicial se desgaste por lo delitos que afecten de manera mínima bienes jurídicos, en la búsqueda de todo ello nuestro legislador lo hace de manera reglada por medio de la norma penal donde establece los requisitos para solicitar este criterio tal como lo establece el artículo 20 que literalmente reza:

Oportunidad de la Acción Pública

Art. 20.- En las acciones públicas, el fiscal podrá solicitar al juez que se prescinda de la persecución penal de uno o varios de los hechos imputados, respecto de uno o algunos de los partícipes o se limite a una o algunas de las calificaciones jurídicas posibles, en los casos siguientes:

- 1) Cuando se trate de un hecho que por su insignificancia, por lo exiguo de la contribución del partícipe o por su mínima culpabilidad, no afecte el interés público;
- 2) Cuando el imputado haya realizado cuanto estaba a su alcance para impedir la ejecución del hecho o haya contribuido decisivamente al esclarecimiento de la participación de otros imputados en el mismo hecho o en otro más grave;
- 3) Cuando el imputado haya sufrido, como consecuencia directa del hecho, un daño físico o psíquico, grave o irreparable que le incapacite para el ejercicio de sus ocupaciones ordinarias o cuando tratándose de un delito culposo haya sufrido un daño moral de difícil superación; y,
- 4) Cuando la pena que corresponde por el hecho o calificación jurídica de cuya persecución se prescinde carece de importancia en consideración a la pena ya impuesta, a la que corresponde por los restantes hechos o calificaciones, o a la que se le impondría en un procedimiento tramitado en el extranjero.

Si el juez, considera conveniente la aplicación de alguno de estos criterios, o tratándose del numeral primero de este artículo y su aplicación haya sido pedida por el querellante se solicitará la opinión del fiscal, quien dictaminará dentro de los tres días siguientes. El juez no aplicará un criterio de oportunidad sin el acuerdo del fiscal.

En el primer caso del artículo, concierne a la que por la escasa entidad del hecho, lo exiguo de la cooperación del imputado o su mínima, no afecte el interés público¹³⁰. Realmente la aplicación de este criterio de oportunidad se fundamenta en la regla latina “*minimima non cura praetor*”, y hace referencia a la denominada criminalidad de bagatela, que comprendería a los ilícitos penales de escasa reprobabilidad y menos entidad, en definitiva, los supuestos en los que existe un reducido desvalor de la acción y del resultado, con lesión mínima a los bienes jurídicos penalmente protegidos. Ahora bien cabe la interpretación que si se podría negar la oportunidad en casos en los que sin bien es de escasa entidad, la saturación de casos semejantes desaconsejan que hechos de tal clase queden impunes, pues el interés públicos ósea la paz jurídica debe estar por encima de todo ello.

En el segundo literal, se incluyen dos casos distintos el primero es del arrepentido que haya tratado de impedir la ejecución del hecho, el otro supuesto es el caso de la colaboración con la Administración de Justicia, es en

¹³⁰ Doctor Ernesto Pedraz Penalba y otros, comentarios al código penal tomo I, CNJ, Pág. 185.

este momento en que se pone a disposición un nuevo instrumento a la F.G.R para la lucha contra la criminalidad, que es donde nuestro trabajo de investigación nos referimos específicamente pues es la forradme recabar pruebas que son decisivas para el imperativo legal, todo esto para desarticular estructuras organizadas que difícilmente penetrables y su estudio de estas la hemos hecho en el 4.4.

En el tercer literal. Se admite la prescindir de la acción penal cuando el imputado haya alcanzado, la “poena naturales”¹³¹, incluso cabria desistir del reclamo civil. El daño puede ser físico o psíquico, pero con las características particulares de: grave o irreparable y que incapacite al imputado para realizar sus actividades ordinarias, el daño moral de difícil recuperación debe ser en caso de delitos culposos.

El cuarto literal se incluirá el caso de quien castigado por penas elevadas no va a cumplir las impuestas posteriormente pues si se hace cabe la posibilidad que si se persigue los demás delitos existirá la desvalorización de la pena es el caso de concurso real de nuestro sistema penal articulo 32 del código penal, Spilbertg dice que este solo se suspenderá el ejercicio de la acción publica hasta que se dicte la sentencia respectiva, momento en que se resolverá definitivamente sobre la prescindencia de la persecución penal. Si la

¹³¹ Lic. José María Casado y otros, Derecho Procesal Salvadoreño, Pág. 208.

sentencia no satisface las expectativas por las cuales se suspendió el ejercicio de la persecución, el fiscal solicitara la reanudación Art. 21 inciso cuarto.

4.2.1) Razones de procedencia del criterio de oportunidad

El Ministerio fiscal puede pedir el criterio de oportunidad en el momento del requerimiento que se hace ante el juez de paz o cuando elabora el dictamen de acusación formal hasta diez días antes de la audiencia preliminar tal como lo establece el artículo 248 inciso cuarto y el artículo 313 inciso tercero del Código Procesal Penal, cuando haya discrepancia del juez para aplicar el criterio de oportunidad que el fiscal del caso solicita, este deberá remitir el procedimiento al fiscal superior para que resuelva de ello.(art. 258 y 321 PR. PN.) Si el Juez admite la aplicación este debe mandar a oír la opinión del fiscal al mismo tiempo como lo establece el artículo 13 numeral tres la víctima debe ser escuchado antes de cada decisión que implique la extinción o suspensión de la acción penal si lo pide.

Durante la audiencia inicial, el Juez de Paz, luego de escuchar a las partes, y, en su caso de recibir la declaración indagatoria, resolverá las cuestiones planteadas y según corresponda prescindirá la persecución penal, cuando proceda la aplicación de un principio de oportunidad, suspendiendo o archivando las actuaciones (art. 256.5). Es necesario, para que el Juez lo

pueda acordar de tal manera que el fiscal lo hubiera solicitado a la hora de formular el requerimiento.

El Juez de instrucción, por su parte, resolverá sobre la aplicación de un criterio de oportunidad inmediatamente después de finalizar la audiencia preliminar (Art. 320.5 CPP). Es necesario destacar que no existe inconveniente alguno a que el fiscal, mediante el escrito correspondiente, solicite, en cualquier momento de la instrucción, la aplicación de un criterio de oportunidad, instando la celebración de una audiencia al respecto, que el juez señalara sin dilaciones.

4.2.2) Efectos en la aplicación del criterio de oportunidad.

Art. 21.- La decisión que prescinde de la persecución penal extinguirá la acción pública en relación al imputado en cuyo favor se decida. No obstante, si la decisión se funda en la insignificancia del hecho, sus efectos se extenderán a todos los partícipes.

La extinción de la acción pública no impedirá la persecución del hecho por medio de la acción privada. No obstante, si dentro del plazo de tres meses contados desde la fecha de la resolución, quien esté facultado a querellar no propone su querrela, caducará toda acción penal.

Cuando se trate del caso contemplado en el numeral 2 del Artículo anterior, condicionará la extinción de la acción penal al cumplimiento de la colaboración o a la eficacia de la información, imponiéndose o manteniéndose, en su caso, cualquiera de las medidas reguladas en el Artículo 295, así como algunas de las medidas contempladas en el Capítulo VI Bis, relativo al Régimen de Protección para Testigos y Peritos. (9)

Sin embargo, en el caso del numeral 4 del artículo anterior, sólo se suspenderá el ejercicio de la acción pública hasta que se dicte la sentencia respectiva, momento en el que resolverá definitivamente sobre la prescindencia de la persecución penal. Si la sentencia no satisface las expectativas por las cuales se suspendió el ejercicio de la persecución, el fiscal solicitará la reanudación del trámite.

Los efectos de la aplicación de los criterios de oportunidad son:

- a) La extinción de la acción de la acción publica en relación al imputado en cuyo favor se decisión; no obstante si la decisión se funda en la insignificancia del hecho, sus efectos se extenderán a todos los partícipes. La extinción de la acción penal no impedirá la persecución de la acción privada, no obstante si dentro del plazo de tres meses contados desde la fecha de la resolución, quien este facultado a

querellar no propone su querrela, caducara toda la acción penal (Art., 21 I y II)

- b) La suspensión de la persecución penal condicionada o no, procederá como hemos visto, en los caso del articulo 20.2 y 4 en relación con el 21 I y II es decir “cuando el imputado haya realizado cuanto estaba a su haya contribuido decisivamente al esclarecimiento de la participación de otros imputados en el mismo hecho o en otro más grave” en cuyo caso se podrá condicionar la extinción de la acción penal al cumplimiento de la colaboración o a la eficacia de la información, lo que conforma una potestad no una exigencia preceptiva, a los efectos de evitar la posibilidad de fraude que viera frustrada la finalidad de política criminal de dicho principio reglado de oportunidad; y en el supuesto cuarto del articulo veinte del código procesal penal “Cuando la pena que corresponde por el hecho o calificación jurídica de cuya persecución se prescinde carece de importancia en consideración a la pena ya impuesta, a la que corresponde por los restantes hechos o calificaciones, o a la que se le impondría en un procedimiento tramitado en el extranjero”. En el que solo se suspenderá el ejercicio de la acción publica hasta que se dicte la sentencia respectiva, momento en el que se resolverá definitivamente sobre la prescindencia de la persecución penal, si esta no satisface a los intereses de la justicia o fuere por ejemplo

absolutoria, podrá el fiscal solicitar la reanudación del procedimiento penal.

- c) La conversión de la acción pública en privada a petición de la víctima, siempre que la FGR lo autorice, porque no exista un interés público gravemente comprometido, cuando se prescinda de la acción pública en razón de la insignificancia, la mínima contribución o la mínima culpabilidad del autor o participe (art. 29.3) Para que la víctima pueda presentar su acusación privada dispone de tres meses contados desde la fecha de la resolución pues en otro caso, a tenor del artículo 21 inciso 2 caducara la acción penal.¹³²

La aplicación de un criterio de oportunidad no eximirá a la Fiscalía General de La República de la obligación de realizar las diligencias que permitan asegurar los elementos de prueba imprescindibles (art. 252)

4.3) EL CRIMEN ORGANIZADO EN LA LEGISLACIÓN PENAL SALVADOREÑA.

En el Mes de Abril del año 2001 se incluyó en el Código Penal la figura del CRIMEN ORGANIZADO, a través del artículo 22-A, y posteriormente derogada¹³³ en el año 2007 al entrar en vigencia el Decreto Legislativo 190¹³⁴.

¹³² José María Casado, tomo I código procesal comentado, página 133.

¹³³ El artículo 22 de La Ley contra el crimen organizado y delitos de realización compleja establece: Derogase el artículo 22-A del Código Penal y el inciso final del Art. 59 del Código Procesal Penal.

El artículo se convierte en antecedente inmediato y el primer intento por definir el Crimen Organizado en la legislación penal secundaria, la actual definición, se establece en el artículo uno de la, aun no sancionada por el Presidente de la República¹³⁵, Ley Contra el Crimen Organizado y delitos de Realización Compleja. Nos parece oportuno analizar y comparar los elementos de las definiciones dispuestos en cada ley para diferenciar la criminalidad organizada de la común.

4.3.1) EL ARTICULO 22-A DEL CODIGO PENAL (derogado).

El artículo 22-A del Código Penal rezaba:

“Se considera crimen organizado aquella forma de delincuencia que se caracteriza por provenir de un conjunto de personas dedicadas a mantener una estructura jerarquizada, con el propósito de planificar y ejecutar hechos antijurídicos con la finalidad de lucrarse con bienes y servicios ilegales o realizar actividades de terrorismo.

También se considerará crimen organizado aquellas conductas que por sí o unidas a otras, cometidas por dos o más personas, tienen como fin o resultado cometer los delitos de homicidio, homicidio agravado, privación de libertad, secuestro, pornografía, utilización de personas menores de dieciocho

¹³⁴ Decreto Legislativo N° 190 del veinte de Diciembre del 2006.

¹³⁵ Todo proyecto de ley después de discutido y aprobado, se trasladará a más tardar dentro de diez días hábiles al presidente de la república, y si este no tuviere objeciones, le dará su sanción y lo hará publicar como ley ART. 135 Constitución de la república.

años de edad e incapaces o deficientes mentales en pornografía, robo, robo agravado, extorsión, asociaciones ilícitas, falsificación o alteración de moneda, actos de terrorismo, comercio de personas, tráfico ilegal de personas, trata de personas, contrabando, lavado de dinero y activos, trafico, fabricación y comercio ilegal de armas de fuego, y los comprendidos en el Capítulo IV de la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas”.

El inciso primero nos parece la parte medular del artículo pues establece parámetros para determinar la forma de ejecución del delito como propia del Crimen Organizado, en ese sentido tenemos las siguientes características:

- **CONJUNTO DE PERSONAS:** La palabra Conjunto¹³⁶ denota un agregado de personas. Semánticamente difiere del concepto ORGANIZACIÓN que expresa una Asociación de personas regulada por un conjunto de normas en función de determinados fines o bien Disposición, arreglo, orden¹³⁷ por tanto dicha característica normativamente así formulada y gramaticalmente así interpretada no refleja un elemento importante del fenómeno Crimen Organizado, por ello pensamos pudo formularse de manera diferente de modo que proyecte el grado de organización propio del Crimen Organizado. De

¹³⁶ **conjunto, ta.** (Del lat. *coniunctus*). **1.** adj. Unida o contigua a otra cosa; **2.** adj. Mezclado, incorporado con otra cosa diversa. Diccionario de la Real Academia Española http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=CONJUNTO.

¹³⁷ Ib id.

tal suerte que debe complementarse con las demás características de la definición.

- **DEDICADAS A MANTENER UNA ESTRUCTURA JERARQUIZADA:** Podemos encontrar aquí dos aspectos importantes uno que implica un grado de organización complejo estructurado de forma Jerárquica. La Jerarquía significa una gradación de personas¹³⁸ ordenadas bajo el mando y las correspondientes decisiones del que ejerce autoridad y control, es decir una relación vertical de poder. El segundo es: “LA PERMANENCIA” condicionada por el cumplimiento de objetivos a mediano o largo plazo. Vale preguntarse si ¿se hubiera considerado crimen organizado la ejecución de delitos por sujetos que no están subordinados por alguna estructura ni dirigidos por el mando de la misma pero que de forma ocasional o permanente colaboran con ella para obtener sus propios beneficios?. La pregunta puede responderse interpretando de forma estricta el artículo, así al faltar la característica de estructura jerárquica no se hubiere considerado de crimen organizado.
- **CON EL PROPOSITO DE PLANIFICAR Y EJECUTAR HECHOS ANTIJURIDICOS:** La planificación y ejecución de delitos tiende a ser en específico, su forma de obtención, producción y distribución de

¹³⁸ **jerarquía.**(De *hierarchy*).1. f. Gradación de personas, valores o dignidades. Ib id . http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=jerarquia

bienes y servicios ilegales. Llama la atención un aspecto, pues se utiliza la palabra “Hechos antijurídicos” y es que aunque el delito sea un hecho antijurídico, lo es también la falta¹³⁹, y muchas otras contravenciones a lo dispuesto en normas del ordenamiento jurídico¹⁴⁰, es decir que el crimen es un hecho antijurídico pero no todo hecho antijurídico es un crimen, pues es una calificación exclusiva a la realización de tipos penales.

- CON LA FINALIDAD DE LUCRARSE CON BIENES Y SERVICIOS ILEGALES: Constituye esta una característica propia de la Empresa Criminal y suponemos el objetivo común que lleva a los individuos a organizarse.
- REALIZAR ACTIVIDADES DE TERRORISMO: Si la definición doctrinaria de crimen organizado presenta un panorama nublado para su concreción lo es aun mas la acepción de Terrorismo, El Diccionario de la [Real Academia Española](#) define **terrorismo** en su primera acepción como 'la dominación por el terror'. La segunda acepción reza: 'sucesión de actos de violencia ejecutados para infundir terror'. Pero es probablemente la tercera la que recoge un significado más preciso: "*Actuación criminal de bandas organizadas,*

¹³⁹ El artículo 18 del Código Penal establece que son hechos punibles los delitos y las faltas.

¹⁴⁰ Así el artículo 1308 del Código Civil dice: Las obligaciones nacen de los contratos, cuasicontratos, delitos o cuasidelitos o faltas y de la ley. En ese sentido, respecto de la sanción el artículo 10 del mismo cuerpo legal expresa: Los actos que prohíbe la ley son nulos y de ningún valor, salvo en cuanto designe expresamente otro efecto que el de nulidad para el caso de contravención.

que, reiteradamente y por lo común de modo indiscriminado, pretende crear alarma social con fines políticos". Y recoge cuatro acepciones para la palabra "terrorista", a saber: 'persona partidaria del terrorismo'; 'que practica actos de terrorismo'; 'perteneciente o relativo al terrorismo'; 'dícese del gobierno, partido, etc., que practica el terrorismo'. Normativamente existe una definición en la reciente LEY CONTRA ACTOS DE TERRORISMO¹⁴¹ que expresa:

CAPITULO II, DEFINICIONES, Art. 4.- Para los efectos de la presente Ley se entenderá por... ,m) **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 o alarma entre la población de uno o varios países.* Podemos notar aquí dos cosas la primera es que Terrorismo y Crimen Organizado aunque compartan ciertos elementos característicos como la organización, la permanencia, el cometimiento de hechos delictivos, difieren principalmente en los fines.

¹⁴¹ Decreto Legislativo N° 108, Publicado en el Diario Oficial Tomo 373, el 17 de Octubre del 2006.

El inciso segundo sobra. ¿Con que objetivo establece el legislador un catalogo de delitos como crimen organizado si el inciso primero perfila las características de la criminalidad organizada?. Parece un intento por enmarcar muchas conductas delictivas en el crimen organizado aun si no cumplen los requisitos del primer inciso. Es entonces un exceso de punición que debió ser limitado en la interpretación del Juzgador cuando aplicó el artículo 22-A del Código Penal.

La sala de lo penal de la Corte Suprema de Justicia advirtió los defectos del inciso en cuestión estableciendo que “ La disposición Normativa donde encontramos la definición de crimen organizado en nuestra legislación punitiva sustantiva, lo hace de forma flexible y de acuerdo a nuestra realidad social y en forma extensiva a muchas conductas delictivas , específicamente en el inciso segundo, las cuales deben interpretarse en función de la descripción que hace la misma norma y no de forma aislada o particularizada¹⁴²”. En consecuencia para que la definición legal pudiera cumplir su función de determinar y diferenciar la criminalidad organizada de la común y poder llevar a ella los correspondientes efectos penales y procesales se debió realizar un esfuerzo teleológico de interpretación enfocado a los límites conceptuales de las características de la definición legal.

¹⁴² Casación Penal Sentencias Definitivas proceso 73-2003, Máxima 5, <http://www.jurisprudencia.gob.sv/>

4.3.2) Ley Contra el Crimen Organizado y Delitos de Realización Compleja.

El 20 de Diciembre del año 2006 la Asamblea Legislativa decretó La Ley Contra el Crimen Organizado y Delitos de Realización Compleja cuyo objeto es establecer los tribunales o juzgados especializados así como el procedimiento para juzgar los delitos ejecutados bajo la modalidad de Crimen Organizado o de realización compleja.

Así mismo define los términos CRIMEN ORGANIZADO y DELITOS DE REALIZACION COMPLEJA, especificando en cada uno características que debiera diferenciarlos entre si, y de la criminalidad común, lo cual entraremos a valorar no sin antes comparar la definición del derogado artículo 22-A del Código Penal con la actual, para considerar un posible avance o retroceso en la función del concepto normativo Crimen Organizado.

ART. 1 INCISO SEGUNDO: *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 con el propósito de cometer uno o más delitos.*

Para el análisis de la anterior definición podemos extraer las siguientes características:

- **FORMA DE DELINCUENCIA:**

Podemos definir Forma como manera y modo de proceder en una cosa¹⁴³ y Delincuencia como conducta humana reprimida por la Ley penal¹⁴⁴ de ahí que crimen organizado es en principio delitos cometidos de una manera específica, lo cual no ha variado desde el artículo 22-A (derogado) del Código Penal.

- **PROVIENE DE UN GRUPO ESTRUCTURADO:**

A diferencia del artículo 22-A (derogado) del Código Penal la característica es menos restrictiva pues desaparece la exigencia de Jerarquía. Estructura significa organización tal de las partes por la que el todo resultante posee cohesión y permanencia¹⁴⁵, en ese sentido la descripción normativa exige un nivel de organización que implique un orden mínimo de los elementos humanos que conforman el grupo, o sea que requiere una estructura determinada pero no específica. Esa amplitud se hizo posiblemente con la finalidad de incluir cualquier forma estructural que la organización criminal pueda adoptar en la realidad.

¹⁴³ Océano uno color, Diccionario Enciclopédico, grupo editorial Océano, Edición 1996, cita pagina 702.

¹⁴⁴ Osorio Manuel, Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, Editorial Claridad, 1984, cita pagina 210.

¹⁴⁵ Ibid, cita pagina 649.

- **DE DOS O MAS PERSONAS:**

Este numero de sujetos no es cuestión novedosa, pues ya el articulo 22-A inciso segundo del Código Penal disponía que se consideraría crimen organizado aquellas conductas que por sí o unidas a otras, cometidas por dos o mas personas, tuvieran como fin o resultado cometer el catalogo de delitos que establecía¹⁴⁶. Respecto de este mínimo vale preguntarse ¿podrían dos personas conformar una organización estructurada para cometer delitos de forma permanente y lucrarse de esa actividad?, respondemos que si. Pero ¿podría la misma tener recursos financieros, logísticos, tecnológicos, capacidad de defensa frente al Estado y de corrupción respecto de los funcionarios, grados de especialización, para lucrarse de la actividad delictiva de forma permanente como una empresa criminal?, podemos responder que no. Únicamente dos sujetos no tienen por si mismos tal capacidad de acción, pues para ello se necesita una cantidad mayor de elementos humanos en los cuales repartir las funciones, tareas y por tanto obtener beneficios mayores.

Hasta donde sabemos la doctrina no ha establecido el mínimo de sujetos necesarios para considerar la existencia de la organización criminal. Sin embargo ciertas legislaciones como el Código Penal del Estado de Misisipi de

¹⁴⁶ Estos eran Homicidio, homicidio agravado, privación de Libertad, secuestro, Robo, Robo agravado, extorsión, asociaciones ilícitas, falsificación o alteración de moneda, actos de terrorismo, comercio de personas, contrabando, lavado de dinero y de activos, trafico fabricación y comercio ilegal de armas de fuego y los comprendidos en el capitulo IV de la Ley Reguladora de las Actividades relativas a las drogas.

los Estados Unidos de América establecen un mínimo de dos personas¹⁴⁷, el Código Penal Alemán establece tres¹⁴⁸ y el Código Penal Canadiense cinco¹⁴⁹. Pero estos números no fueron elegidos al azar su adopción fue con probabilidad en proporción a las manifestaciones del fenómeno en un espacio y tiempo determinado.

No sabemos con certeza el criterio utilizado por el legisferante salvadoreño para elegir la cantidad mínima de sujetos que pertenezcan a la organización criminal pero ponderando a priori la posibilidad de daño social y de incidencia de una asociación criminal de dos sujetos, se puede inferir no fue el correcto.

- **QUE EXISTA DURANTE CIERTO TIEMPO:**

Es posible extraer el elemento: “permanencia” condicionado siempre por el propósito de la organización, el cual, a diferencia del artículo 22-A (derogado) del Código Penal (...con el propósito de lucrarse de bienes y servicios ilegales)

¹⁴⁷ El crimen organizado consiste de dos o más personas que conspiran constante y conjuntamente para cometer delitos para obtener beneficios Carlos Resa Nestares “Crimen Organizado Transnacional, Definición, Causas y Consecuencias” http://www.uam.es/personal_pdi/economicas/cresa/text11.html.

¹⁴⁸ Crimen organizado es la violación planificada de la Ley al objeto de adquirir beneficios económicos o poder, cuyos delitos son independientemente o en su conjunto de especial gravedad y se llevan a cabo por mas de dos participantes que cooperan en el marco de una división laboral por un periodo de tiempo prolongado o indeterminado utilizando estructuras comerciales o paracomerciales, o violencia u otros medios de intimidación, o influencia en la política, en los medios de comunicación, en la administración pública, en el sistema de justicia y en la economía legítima. Ibid.

¹⁴⁹ Crimen organizado es cualquier grupo, asociación u organismo compuesto por cinco o mas personas, ya esté formal o formalmente integrado, que tenga como una de sus actividades primarias la comisión de un delito tipificado cuya pena máxima sea la prisión por cinco o mas años, y cualquiera o todos sus miembros estén o hayan estado implicados en la comisión de una serie de estos delitos dentro de los cinco años precedentes. Ibid.

prevé una existencia más corta pues el propósito es cometer uno o mas delitos en consecuencia se puede constatar la permanencia de la organización criminal con la sola realización de los delitos. Respecto del crimen organizado la permanencia es producto del planteamiento de fines a largo o mediano plazo para la obtención de beneficios lo que obliga mantener la empresa criminal en un periodo de tiempo indeterminado.

- **QUE ACTUE CONCERTADAMENTE:**

La suerte de convención¹⁵⁰ es necesaria para establecer la relación de los sujetos que conforman la organización criminal por que el acuerdo implica la persecución en mayor o menor grado del mismo propósito. A diferencia del articulo 22-A (derogado) del Código Penal, el elemento CONCIERTO esta de forma expresa.

- **CON EL PROPOSITO DE COMETER UNO O MAS DELITOS:**

El propósito es el ánimo o intención de hacer una cosa¹⁵¹ la cual comprende, según la redacción del presente texto, la realización de delitos. A diferencia del articulo 22-A (derogado) del Código Penal que distinguía FINALIDAD respecto de PROPOSITO, al parecer en el actual, confluyeron en un solo objetivo “COMETER UNO O MAS DELITOS”. Si antes se expresaba

¹⁵⁰ Concierto: El concierto es Ajuste o convenio sobre alguna cosa, Océano uno color, Diccionario Enciclopédico, grupo editorial Océano, Edición 1996, cita pagina 380.

¹⁵¹ Ibid. Pagina 1,317.

HECHOS ANTIJURIDICOS, ahora se especifican DELITOS. Sin embargo si se desea combatir el fenómeno crimen organizado no debió omitirse el PROPOSITO DE LUCRASE DE BIENES Y SERVICIOS ILEGALES, pues el CRIMEN ORGANIZADO es una EMPRESA CRIMINAL y como tal la realización de delitos es un medio para obtener un fin, es decir, beneficios. En consecuencia si el propósito es cometer uno o mas delitos no diferencia a la criminalidad organizada de la común, pues en esta ultima el delito es resultado de su acción final.

DEFINICIONES DE CRIMEN ORGANIZADO	
(CUADRO COMPARATIVO)	
CODIGO PENAL	LEY CONTRA EL CRIMEN ORGANIZADO Y DELITOS DE REALIZACION COMPLEJA.
ARTICULO 22-A (DEROGADO)	ART. 1 INCISO 2°
FORMA DE DELINCUENCIA	FORMA DE DELINCUENCIA
	PROVIENE DE UN GRUPO ESTRUCTURADO

PROVIENE DE UN CONJUNTO DE PERSONAS DEDICADAS A MANTENER UNA ESTRUCTURA JERARQUIZADA	
	DE DOS O MAS PERSONAS
	QUE EXISTA DURANTE CIERTO TIEMPO
	ACTÚA CONCERTADAMENTE
PROPÓSITO DE PLANIFICAR Y EJECUTAR HECHOS ANTIJURÍDICOS.	PROPÓSITO DE COMETER UNO O MÁS DELITOS.
FINALIDAD DE LUCRARSE CON BIENES	

Y SERVICIOS ILEGALES O REALIZAR ACTIVIDADES DE TERRORISMO.	
---	--

4.3.3) Función Instrumental de la definición de Crimen organizado de la Ley Contra el Crimen Organizado y Delitos de Realización Compleja.

Carlos Nesa Restares expresa que por lo general hay dos formas de regular el crimen organizado:

La primera consiste en punir de forma individualizada cada ilícito que cometen los grupos de crimen organizado; y

La segunda consiste en condenar o agravar la pena por su comisión, la propia pertenencia a los grupos criminales¹⁵².

Esta última fue la decisión política criminal adoptada por el legislador. Se dispuso criminalizar la forma de asociación criminal, la cual hasta entonces existía como un tipo ideal definiéndola, como una forma de actividad criminal dotándolo de características para su identificación a efecto de

¹⁵² Carlos Resa Nestares "Crimen Organizado Transnacional, Definición, Causas y Consecuencias" http://www.uam.es/personal_pdi/economicas/cresa/text11.html

diferenciarla de la criminalidad común. De ahí que cumple entonces la función de ser un medio para el control del Crimen organizado.

Un extracto del considerando II del Decreto Legislativo N° 190 expresa:

“En la actualidad, los delitos mas graves que se comenten tanto en el ámbito nacional como internacional, revisten las características del crimen organizado y de realización compleja en consecuencia es necesario regular un procedimiento especializado que con mayor celeridad y eficacia sancione tales hechos, así como establecer Jueces y tribunales que atiendan con exclusividad este tipo de delitos....”

De ahí podemos establecer tres ejes que inspiran la medida político criminal de creación de dicha Ley: CELERIDAD, EFICIENCIA Y EXCLUSIVIDAD, o sea la celeridad en el procedimiento especial, la eficacia en la investigación y exclusividad del juzgador especial.

Por una parte la celeridad significa que quienes participan en el procedimiento deben ajustar su actuación de tal modo que se dote al trámite de la máxima dinámica posible, evitando actuaciones procesales que dificulten su desenvolvimiento o constituyan meros formalismos, a fin de alcanzar una decisión en tiempo razonable, sin que ello releve a las autoridades del respeto al debido procedimiento o vulnere el ordenamiento jurídico¹⁵³, de ahí que

¹⁵³ www.unmsm.edu.pe/ogp/ARCHIVOS/Glosario/indp.htm

pretenda la agilidad del procedimiento especial descrito en la ley y para ello, se han obviado algunos procedimientos como la audiencia inicial. Por otra parte la eficiencia en la investigación se intenta enriquecer dotando al órgano persecutor y a los investigadores policiales de ciertas facultades funcionales; y por último la exclusividad del juzgador a los casos concretos de crimen organizado se torna en la orientación de los recursos al combate del fenómeno. Este último prevé como consecuencia lógica la concentración de los casos de esa índole. Lo que creemos puede acarrear algunos problemas, debido, a que, como expresamos antes, la definición actual de crimen organizado no tiene los elementos conceptuales necesarios para diferenciarlo de la criminalidad común y en específico de las formas de participación criminal que el código penal sanciona por tanto los Juzgados especializados que la ley establece, podrían congestionarse de casos de participación criminal que no es crimen organizado desperdiciando tiempo y recursos en su constatación. Algo más puede agregarse acerca de la eficiencia en la investigación y aunque no profundizaremos en ello, y es que se dan ciertas facultades a la fiscalía general de la república para restringir derechos que no contempla la constitución de la república, pero de ello comentaremos en el siguiente apartado.

Solo nos queda expresar que las decisiones de esta naturaleza deben tomarse conforme al programa penal de la constitución es decir una serie de postulados y directrices político-criminales los cuales constituyen el marco

normativo en el que el legislador puede y debe tomar sus decisiones y, el juez inspirarse al interpretar las leyes a aplicar¹⁵⁴ con el objetivo de mantener el equilibrio entre derechos fundamentales y eficiencias penales.

4.3.4) Efectos Penales sustantivos y procesales de Ley Contra el Crimen Organizado y Delitos de Realización Compleja.

La Ley contra el Crimen Organizado y delitos de realización compleja contiene disposiciones no solo de carácter sustantivo si no también procesal marcan una forma novedosa persecución penal.

a) EFECTOS PENALES SUSTANTIVOS:

- Establece como delitos de realización compleja los delitos de Homicidio simple o agravado, Secuestro y extorsión cuando su realización cumpla con alguna de las siguientes circunstancias, Que haya sido realizada por dos o mas personas, que la acción recaiga sobre dos o mas victimas, o que su perpetración provoque alarma o conmoción social (artículo 1 inciso tercero).
- Se sancionaran los actos preparatorios, la proposición y la conspiración para cometer cualquiera delito sancionado por la Ley Contra el Crimen Organizado y delitos de Realización compleja, imponiéndoles una pena

¹⁵⁴ Para ampliar véase Martínez Osorio, Martín Alexander Principios para la formulación de una política criminal de acuerdo a la jurisprudencia constitucional: El Programa penal de la constitución. <http://www.csj.gob.sv/idioma.htm>.

que oscilara entre la tercera parte del mínimo y la tercera parte del máximo de la prevista para el delito respectivo en el código penal, si no tuviera pena señalada (artículo 2)

- EN el Artículo 238-A del Código Penal, delito referido al Fraude de Comunicaciones, se determina una agravante especial si el uso de las comunicaciones es para facilitar el cometimiento de delitos de crimen organizado.
- Es derogado el artículo 22-A del Código Penal.(art. 22)

b) EFECTOS PENALES PROCESALES: los efectos principales son:

- En materia de competencia: la creación de los Juzgados especializados de Instrucción, Juzgados especializados Sentencia que podrán ser unipersonales o pluripersonales; y cámaras especializadas de lo penal que estarán compuestas por dos magistrados (artículo 3 Ley contra el Crimen Organizado y Delitos de Realización Compleja) que tendrán competencia territorial y material para conocer de los delitos ejecutados en la modalidad de crimen organizado o de realizaron compleja. Y por ultimo la derogación del artículo 59 del Código Procesal Penal respecto la competencia del Juez de Paz de la cabecera departamental en los delitos de Crimen organizado.(art. 22)

- En materia Probatoria: la creación de Reglas de prueba para los delitos de Crimen Organizado y de Realización Compleja como: facultad para el fiscal del caso de autorizar operaciones encubiertas y entregas vigiladas (artículo 5); la utilización por parte de los miembros de la Policía Nacional Civil de medios científicos y tecnológicos para documentar sus actuaciones, recolectar prueba o elementos probatorios (artículo 6); incorporación del acta e informe policial a que se refiere el Código Procesal Penal serán incorporados como prueba en la vista pública (artículo 6); El Juez especializado de Instrucción será competente para la ordenar la práctica del anticipo de prueba en los casos de Crimen organizado; facultad de la Fiscalía General de la República para ordenar la congelación de cuentas Bancarias, operaciones comerciales y financieras títulos y documentos mercantiles, secuestrar vehículos, muebles y demás objetos o instrumentos que presumiblemente hayan servido o sirvan para la ocultación o facilitación de los delitos investigados a que se refiere esta ley (artículo 7); posibilidad que el Juez especializado de instrucción comisione procesalmente al Juez de Paz respectivo para la práctica de anticipos de pruebas y diligencias de impostergable realización (artículo 8); posibilidad de admisión de la prueba testimonial de referencia en los casos establecidos en la ley (artículo 10); la existencia de peritos permanentes y accidentales

(artículo 11); posibilidad de las partes de convenir la utilización de un perito particular (art. 13).

- En materia del ejercicio de la acción penal: Los delitos ejecutados bajo la forma de crimen organizado o de realización compleja serán siempre de acción penal pública aunque su ejercicio este previsto como de acción penal publica previa instancia particular; no vigencia de la prohibición de denunciar del art. 231 del Código Penal. (art. 15)
- En materia de procedimiento: acusación directa de la fiscalia general de la republica del juez ante el Juez especial de Instrucción; si el imputado está se pondrá a disposición del juez especial de instrucción el plazo de 72 horas pidiendo una audiencia especial para la fijación de medidas; si no estuviere detenido lo hará en el menor tiempo posible (art. 16 y 17); al recibir la acusación el Juez especial señalará día y hora para la celebración de la audiencia preliminar en un plazo mínimo de de veinte días hábiles y uno máximo de sesenta poniendo a disposición de las partes las actuaciones y evidencias para ser consultadas durante dicho termino.

c) EFECTOS EN LA LEY PENITENCIARIA: Como comenta Francisco Moreno Carrasco y Luís Rueda García, quienes fueran condenados por delitos en los cuales se hubiese actuado median criminalidad organizada, estarían por fuera

de que se les concediera la libertad condicional¹⁵⁵. Y es que el artículo 45 N° 1 del Código Penal establece: Son penas principales:

1) La pena de prisión, cuya duración será de seis meses a setenta y cinco años. En los casos previstos por la ley el cumplimiento de la pena será en una celda o pabellón especial de aislados, debiendo cumplirse desde su inicio no menos del diez por ciento de la condena.

Dicho inciso prevé el cumplimiento de la pena principal a la que fuese condenado en una celda o pabellón aislado según lo prevea la Ley Penitenciaria la que a su vez en el artículo 103 establece

Régimen de Internamiento Especial

Art. 103.- Los internos que sean enviados a los Centros de Seguridad por su alto índice de agresividad o peligrosidad o hayan sido condenados por delitos de narcotráfico, crimen organizado, homicidio agravado, violación, secuestro, extorsión o que fueren reincidentes, estarán sometidos a un régimen de internamiento especial, de conformidad al Art. 45 del Código Penal, que implicará las siguientes limitaciones: (5)

¹⁵⁵ Ib id

- 1) El cumplimiento aislado de la pena o de la detención en una celda o pabellón especial; (5)
- 2) Restricción a su libertad ambulatoria dentro del centro de detención;
- 3) Prohibición de obtener información televisada y el material escrito que reciban deberá ser supervisado;
- 4) Comunicaciones telefónicas internas, supervisadas y monitoreadas;
- 5) Las visitas familiares sólo podrán ser realizadas ante la presencia de custodio con separación que evite el contacto físico; y,
- 6) En ningún caso será permitida la visita íntima.

En cumplimiento a lo establecido en el presente artículo, el ejercicio físico y salidas a áreas exteriores se harán de manera restringida, separada del resto de reos, evitando en todo momento el contacto físico con el resto de internos.

(4)

Implicando de esa forma una serie de aspectos que socavan en gran medida la esfera de derechos del condenado.

4.4) FUNCIÓN POLÍTICO CRIMINAL DEL CRITERIO DE OPORTUNIDAD EN EL CONTROL DEL CRIMEN ORGANIZADO.

Tal como hemos venido apuntando el control del crimen organizado en cualquiera de sus manifestaciones responde a decisiones de política criminal las que varían según la cualidad y cantidad de la delincuencia que resulte en un lugar y momento determinado. En ese sentido las decisiones respecto al crimen organizado han adoptado en principio por criminalizar dicha forma de conducta definiéndola y por supuesto diferenciándola de la delincuencia común, con las consecuencias penales, procesales y penitenciarias que arriba escribimos. No obstante un problema importante deriva de la realidad del fenómeno y es acerca de su investigación, pues, aunque todos los delitos tipifiquen acciones diferentes cuya investigación y constatación impliquen cierta dificultad, debido a diversos factores (como los propios medios investigativos, recursos tecnológicos, técnicos, financieros, entre otros), todos ellos están supeditados a que existan huellas de la ocurrencia del hecho de las que puedan obtenerse elementos para constatar en el proceso penal su realización y , además , que haya sido cometido por alguna o algunas personas en circunstancias específicas y de una forma determinada.

Entramos entonces a un análisis a nivel procesal y de naturaleza probatoria acerca de la investigación del crimen organizado que nos demuestra la necesidad de la utilización de medios especiales para la investigación de una forma de criminalidad especial.

Y es que dada la ilegalidad de los negocios, la característica de permanencia y el fin de lucro, es necesaria la evasión de la ley y por ende de los órganos de persecución para la supervivencia de la empresa criminal. Para lograr evadir la ley es indispensable entre otros artificios el hermetismo, el secreto, por eso como afirma Carlos Resa Nestares “El proceso de movilidad social ascendente dentro de un grupo seminal suele, por lo general, ser mas rápido que en las organizaciones legales, pero el acceso a los niveles altos de la jerarquía delictiva implica un compromiso de largo plazo que conlleva la Asunción de múltiples riesgos. En este entorno, el único camino a fuentes primarias se reduce a los escalones mas bajos de la estructura organizativa”.¹⁵⁶ Así, La lealtad de los miembros, la obediencia y el anonimato de la cúpula serian factores importantes de la consolidación y seguridad de la estructura frente a la ley.

Frente a dicha situación se presenta un mecanismo de investigación que es la colaboración del imputado en el proceso, que es manifestación del

¹⁵⁶ Carlos Resa Nestares “Crimen Organizado Transnacional, Definición, Causas y Consecuencias”
http://www.uam.es/personal_pdi/economicas/cresa/text11.html

principio de oportunidad... donde se puede eximir de pena a aquel sospechoso que ha dado declaraciones importantes sobre un delito cuando se la única vía conocida para la obtención de información¹⁵⁷.

Comprender la economía criminal necesita datos... que permitan determinar si las transacciones están basadas en una línea jerárquica o se refiere únicamente a un conjunto de tratos incidentales y comercialmente no relacionados¹⁵⁸, por ello la necesidad de utilización del numeral 2 del Artículo 20 del Código Procesal Penal convirtiéndose por consecuencia en un instrumento de investigación.

4.4.1) La aplicación de los criterios de oportunidad y el procedimiento de la disconformidad.

LA DISCONFIRMIDAD.

No obstante que la potestad prescindir de la acción penal en los casos previstos por la ley, esta conferida a la fiscalía general de la república, son los jueces respectivos (Paz, Instrucción y Sentencia o Jueces especializados de Instrucción y Sentencia en La Ley contra el Crimen Organizado y Delitos de

¹⁵⁷ Patricia Ivonne Ingles Aquino, Criterios de oportunidad, La colaboración del imputado en el proceso penal, CNJ, Escuela de Capacitación Judicial, programa de formación inicial para Jueces, en imprenta, cita pagina 12.

¹⁵⁸ Carlos Resa Nestares “Crimen Organizado Transnacional, Definición, Causas y Consecuencias” http://www.uam.es/personal_pdi/economicas/cresa/text11.html

Realización Compleja) quienes otorgan los criterios de oportunidad mediante un acto de decisión judicial, así lo establece el artículo 258 del código procesal penal, lo cual constituye, por lo menos en teoría, un control judicial sobre el órgano persecutor. Dependerá entonces, en última instancia, del Juez la aplicación del criterio de oportunidad al estar de acuerdo con la decisión de la fiscalía de prescindir de la acción penal. No obstante si llegase a existir un desacuerdo, el artículo 258 del Código Procesal Penal prevé para ello el procedimiento de la disconformidad, el cual, se resume en que al recibir el Juez la solicitud de aplicación de un criterio de oportunidad, y al no estar conforme, debe emitir resolución fundada al fiscal superior del que presento dicha petición, este al recibirla debe emitir nuevo requerimiento o dictamen, según el caso, o bien, confirmar lo actuado por el inferior. Así la norma deja al Juez dos posibilidades al darse dos situaciones: si emite el fiscal nuevo requerimiento o dictamen debe el juez resolverlo según crea conveniente a la luz del derecho aplicable; pero si el fiscal superior confirma lo actuado por el inferior, entonces debe el juez resolver la cuestión conforme lo solicita aquel. Este último supuesto adolece de un inconveniente y es que contradice el principio de INDEPENDENCIA JUDICIAL establecida en el artículo 258 del Código Procesal Penal de la Constitución de la República, ya que la norma manda al Juez a que acate la decisión tomada por el Fiscal superior del que solicito la aplicación del criterio. Si al final, debe el Juez sujetarse a las decisiones de la Fiscalía, no prevé la ley un control jurisdiccional eficaz sobre las actuación del órgano

persecutor en la aplicación de los criterios de oportunidad. Sin embargo subsiste la posibilidad de remediar tal situación si el Juez del caso decide no aplicar el artículo 258 Código Procesal Penal por vulnerar la independencia judicial ejerciendo un control constitucional sobre la norma Procesal contraria a la constitución, basándose en el artículo 185 de la Constitución de la Republica.

CAPITULO V

MARCO COYUNTURAL DE LA APLICACIÓN DE LOS CRITERIOS DE OPORTUIDADEN EL CONTROL DEL CRIMEN ORGANIZADO.

En abril de 1998 entraron en vigencia la normativa penal y procesal, las cuales cambiaron la forma de la respuesta punitiva estatal, y la forma de aplicación del Código Penal con una nueva normativa procesal, que hasta entonces estaba marcada por un sistema inquisitivo¹⁵⁹.

Uno de los cambios más significativos fue la separación de las funciones de Juzgador y de Investigador-Acusador, dejándose así, en manos de la Fiscalía General de la Republica el monopolio de la acción penal¹⁶⁰, conforme lo estableció, ya en 1983¹⁶¹ la Constitución de la Republica en el artículo 193 enfáticamente en los ordinales 3° y 4° y, actualmente, los artículos 83 al 86 y el artículo 19 del Código Procesal Penal. Así mismo se introduce como institución novedosa el principio de oportunidad en su modalidad reglada, configurado en

¹⁵⁹ En ese sentido opina Rommell Ismael Sandoval R., cuando afirma que la creación del nuevo código procesal penal de 1998, de corte mixto "...rompe con la larga tradición procesal inquisitiva heredada de la cultura jurídica española y francesa". Quiñónez Vargas Héctor, Las técnicas de Litigación Oral en el proceso Penal Salvadoreño, Un análisis crítico del sistema oral en el proceso penal salvadoreño desde una perspectiva acusatoria adversativa, cita, pagina 3.

¹⁶⁰ Dicha separación aunque acertada no fue completa, pues aun persisten facultades investigativas en los jueces de Instrucción y Sentencia, como es el caso del artículo 267 del Código Procesal Penal a la función del Juez de Instrucción que consiste en "La Coordinación de la Investigación" y de la "PRUEBA PARA MEJOR PROVEER" del artículo 352 del mismo código que da la facultad a los Jueces de Sentencia, durante la Vista Publica, aun de oficio la recepción de prueba cuando surjan hechos nuevos que necesiten probarse.

¹⁶¹ La Constitución entro en vigencia el día veinte de diciembre de mil novecientos ochenta y tres, previa publicación en el Diario Oficial el día dieciséis de diciembre de mil novecientos ochenta y tres.

los “criterios de oportunidad”, estableciendo los supuestos de oportunidad de la acción pública para las situaciones concretas en las cuales pueden otorgarse.

Posteriormente en Febrero del año 2001¹⁶² se introduce en el código penal el artículo 22-A el cual define legalmente el concepto de: “Crimen organizado” lo que posteriormente es derogado por el Decreto legislativo 190 que actualmente lo define el concepto.

Reformas que, entre otras, constituyen medidas políticas criminales para el control del crimen organizado y a su vez, es el escenario jurídico, actual, del control Estatal, del fenómeno del Crimen Organizado.

Nuestra investigación versa sobre la eficacia de la aplicación de los criterios de oportunidad en el control del crimen organizado, lo que nos dirige a tres preguntas básicas ¿Quién aplica los criterios de oportunidad para el control del crimen organizado?, ¿Cuál es el momento procesal para la aplicación de los criterios de oportunidad para el control del crimen organizado?, ¿Por qué razones los aplica?, de manera que para entender las manifestaciones actuales del fenómeno es indispensable abordar los siguientes aspectos.

¹⁶² DL. N° 280, del 8 de febrero de 2001, publicado en el D.O. N° 32, Tomo 350, del 13 de febrero de 2001.

5.1 LA FISCALIA GENERAL DE LA REPUBLICA Y LA APLICACIÓN DEL NUMERAL 2 DEL ARTÍCULO 20 DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL.

Como arriba mencionamos, a partir de la Constitución de la Republica es atribución de la Fiscalía General de la Republica el ejercicio de la acción penal pública¹⁶³ pero es su facultad también prescindir de ella cuando lo estime conveniente conforme a la Ley y es que el código procesal penal regula los supuestos de la oportunidad de la acción penal publica pero su uso depende siempre de su potestad discrecional en el caso concreto. Surge ahora una interrogante ¿Qué es lo que determina dicha decisión?, debería pues, estar regida por directrices que convengan a la consecución de objetivos previamente establecidos, es decir, a lineamientos de política criminal que persigan, en nuestro caso, el control del crimen organizado. Entramos entonces a un planteamiento de utilidad y con ello a una relación de Medio a Fin, en cuanto que el numeral 2 del artículo 20 del Código Procesal Penal, es un instrumento para la investigación¹⁶⁴ de los delitos y en especial de los que se consideran Crimen Organizado. En ese sentido el encargado de decidir y determinar el adecuado o inadecuado uso de los criterios de oportunidad es el Fiscal General de la Republica quien es “el responsable de la conducción de la

¹⁶³ Según el artículo 19 del Código Procesal Penal Vigente, la acción penal en cuanto a su ejercicio puede ser de tres formas: “Acción penal publica, acción penal publica previa instancia particular y acción penal privada”.

¹⁶⁴ Los criterios de oportunidad establecidos en el artículo 20 del Código Procesal Penal son también Salidas Alternas al Juicio, ya que permiten decidir el asunto y terminar el proceso sin llegar a la etapa del Juicio, permitiendo así la economía procesal y la descongestión en la tramitación de los procesos penales, lo que constituyen también, fines político criminales.

institución (entiéndase Fiscalía General de la Republica) a través de las políticas, prioridades y estrategias de acuerdo a los planes de direccionamiento estratégico”.

De hecho, recientemente se creo la Unidad de Investigación del crimen Organizado que puede abreviarse UNICCO cual se especializa en la “investigación de cualquier estructura violenta de Crimen Organizado y tiene la finalidad de desarticular mediante la investigación, captura, procesamiento y condena cualquier manifestación delincuenciales organizada o asociada y depende en forma directa del Fiscal General de la republica dada la naturaleza de las investigaciones realizadas en las que se requiere confidencialidad”¹⁶⁵. Entonces, sus decisiones al respecto deberían orientarse a la “utilidad de la colaboración del imputado”, pues si se otorga un criterio de oportunidad a un imputado cuya colaboración es ineficaz para los fines de la investigación criminal, el medio no corresponderá al fin, por ende la decisión carecería de sentido útil y por tanto su otorgamiento seria arbitrario.

5.2 ETAPA PROCESAL PARA LA APLICACIÓN DEL NUMERAL 2 DEL ARTÍCULO 20 DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL.

El proceso penal esta estructurado básicamente en cuatro fases: ”la etapa de instrucción la cual consiste en la preparación de la acusación; la etapa

¹⁶⁵ véase “Informe de Labores de la Fiscalía General de Republica año 2004-2005” www.fgr.com.sv”

intermedia, en la que se controla lo realizado en la etapa anterior y en su caso da paso a la siguiente fase; la etapa del Juicio en la que se discuten los hechos y la prueba de los mismos terminando la misma con la sentencia definitiva, la que a su vez concluye la primera instancia; y la etapa de ejecución de la sentencia donde se absuelve o condena al imputado, así mismo es conocida por tres jueces: Juez de Paz quien conoce de la audiencia inicial, Juez de Instrucción quien conoce de la audiencia preliminar y el Tribunal de Sentencia quienes conocen de la Vista Publica. Todas permiten el desdoblamiento del proceso y en ellas se fijan actos procesales que pueden realizarse, tal es la suerte de los criterios de oportunidad.

Así, el artículo 20 del Código Procesal Penal referido a la oportunidad de la acción publica, no determina la etapa procesal en la cual deba ser aplicado, permitiendo entonces un amplio margen de realización en el proceso, lo cual es premisa para considerar aplicable un criterio de oportunidad a un sujeto que presta su colaboración en la investigación criminal a través del aporte de información en cualquier etapa del proceso.

Pero desde otra perspectiva hay que considerar un aspecto especial que subyace en la situación jurídica de un sujeto criteriado y es que al colaborar en la investigación criminal proporcionando información adquiere la calidad de testigo cuyo testimonio debe ser obtenido e introducido al proceso conforme

algún medio establecido para ello¹⁶⁶ sometiéndose a la regulación de los artículos 15 en cuanto a la legalidad de la prueba y los artículos 185 al 194 referente a la prueba testimonial.

Dicho planteamiento nos lleva a un aparente conflicto: por un lado el criterio de oportunidad como tal, otorgado a un imputado que colabora en la investigación, puede ser aplicado en cualquier parte del proceso de primera instancia antes de la sentencia; y por otro al subyacer a la situación jurídica del criteriado que colabora en la investigación la calidad de testigo, su testimonio debe ser introducido en un momento específico del proceso.

Nuestra posición al respecto es simple: “si el sujeto criteriado con el numeral 2 del artículo 20 tiene la calidad de testigo debemos interpretar que el momento procesal para su aplicación debe ser antes de la etapa del Juicio pues los medios de prueba deben ser propuestos en el dictamen de acusación en virtud del artículo 313 y admitidos en el auto de apertura a Juicio conforme el artículo 322, todos del código procesal penal, para ser reproducidos y debatidos en la vista pública. Y es que la eficacia de la información proporcionada por el sujeto critereado podrá verificarse hasta la vista pública cuando su testimonio se produzca para probar las afirmaciones que sobre los

¹⁶⁶ Al respecto se hace una distinción conceptual entre fuente y medio de prueba así para SENTIS citado por Montero expresa que :”a)fuente es un concepto extra jurídico, que se corresponde con una realidad anterior al proceso y extraña al mismo, mientras que medio es un concepto jurídico procesal”... en ese sentido en la prueba testimonial “ la fuente es el testigo y el medio la forma como se incorpora al proceso”..., Escribano Mora Fernando, La Prueba en el Proceso Civil, Monografía, 1ª edición, CNJ, ECJ, 2002, cita pagina 63.

hechos hace el ente acusador, los cuales son objeto del debate y fueron fijados en el auto de apertura a juicio.

Un planteamiento en contra podría construirse a partir del “descubrimiento de la verdad real o material”, como el siguiente que expresa “...el criterio de oportunidad no se encuentra restringido a una etapa anterior al juicio para su otorgamiento, ya que la norma no lo limita como lo hace en otras instituciones como sería el caso del procedimiento abreviado.... Realmente el criterio de oportunidad corresponderá a una decisión voluntaria del imputado, quien libre de toda coacción decide contribuir al esclarecimiento del hecho, para lo cual debió tomarse el tiempo necesario sin presiones y por ello es que puede surgir esa decisión en cualquier momento incluso al momento del juicio que es el momento decisivo del proceso” (TS 3° San Salvador, 12-04-02)¹⁶⁷.

A dicho argumento podemos objetar dos aspectos: el primero es que aunque es cierto que el criterio de oportunidad no se encuentra restringido a una etapa procesal anterior al Juicio, olvida que el criteriado que presta su colaboración en la investigación criminal, es un testigo y al ser restringida la proposición y admisión de los medios de prueba a una etapa anterior al juicio debe otorgarse, por coincidencia, el criterio de oportunidad antes del juicio. El segundo es que el descubrimiento de la verdad real o material, es decir, el “esclarecimiento de los hechos” debe hacerse conforme a los procedimientos

¹⁶⁷ Casado Pérez José María y otros, Código Procesal Penal Comentado, Tomo 1, Consejo Nacional de La Judicatura. Cita página 117.

creados al efecto¹⁶⁸, los cuales permiten su ocurrencia. En ese sentido ya establece el código procesal penal la etapa específica para la fijación de los hechos y la admisión de los medios probatorios con el objeto de permitir el debate en igualdad de condiciones ósea los contenidos en el auto de apertura a juicio. Por ello otorgar un criterio de oportunidad y valorar el testimonio de un imputado que colabora con la investigación en la etapa del juicio y valorarlo como testimonio significaría que el tribunal de sentencia realizaría actos de admisión de prueba, los que están dispuestos para el Juez de Instrucción en una etapa procesal anterior y con seguridad precluida, lo que colocaría en desventaja a la contraparte del ente acusador en el debate por falta de preparación debido a la sorpresa de la admisión de dicho medio probatorio¹⁶⁹ lo que violaría el derecho de defensa del o los imputados a quienes les afecta el testimonio.

No obstante nuestra propuesta tiene sentido en estricto sensu cuando en un proceso penal, de varios imputados se beneficia con criterio de oportunidad a alguno, en la etapa del juicio, para que declare en contra de los restantes; y

¹⁶⁸ Suponemos que si el fin principal del proceso penal es el descubrimiento de la verdad real o material, en consecuencia las instituciones y procedimientos contenidos en el cuerpo normativo respectivo tiene el objetivo de contribuir a ello.

¹⁶⁹ Dicho caso, consideramos no podría salvarse incluso con la suspensión de la vista pública, ya que no es un supuesto contemplado en el artículo 333 del Código Procesal Penal.

ha contrario sensu lo pierde cuando en la etapa del juicio se beneficia con criterio de oportunidad ha un imputado para que declare en procesos ajenos en contra de otros imputados.

5.3 NECESIDAD DE LA APLICACIÓN DEL NUMERAL 2 DEL ARTÍCULO 20 DE CÓDIGO PROCESAL PENAL.

El problema no se agota con la utilidad de la información o con las limitantes en la etapa procesal de su aplicación, sino también, en cuanto a su necesidad, es decir que aunque la información proporcionada por un imputado pueda ser útil a la investigación y por consiguiente al esclarecimiento del hecho, y existen o por lo menos la posibilidad de encontrar otros medios de prueba con iguales o mejores probabilidades de eficacia en el Juicio, puede otorgarse aún el criterio.

Aquí podemos advertir dos puntos:

El primero es respecto al carácter definitivo es decir, de única prueba que para el ente acusador puede significar el testimonio de un criteriado sin indagar en otros; y el segundo es cuando el ente acusador ha indagado en la investigación y obtenido otras fuentes de prueba (como testigos, pericias, etc.) pero beneficia a un imputado para obtener información que perfectamente puede ser obtenida de aquellas.

En síntesis respecto de las manifestaciones actuales de nuestro problema de investigación podemos resaltar dos aspectos importantes uno que advierte la arbitrariedad por parte del ente encargado de ejercer la acción penal y facultado para prescindir de la misma de una forma reglada por los criterios de oportunidad cuando se otorgan a imputados cuyos testimonios no son útiles en la investigación criminal por falta de linamientos de política criminal emitidos por el Fiscal General de la Republica; el segundo aspecto que muestra la contradicción entre el momento procesal para otorgar un criterio de oportunidad a dicho imputado con la cuestión de que su testimonio constituye prueba, la cual tiene un momento específico de introducción al proceso, es decir dos instituciones que si bien son diferentes se relacionan debido a que la segunda subyace a la primera, lo que nos parece debe resolverse de la forma que mas convenga al descubrimiento de la verdad real o material, pero que respete las garantías fundamentales y la legalidad y el tercer aspecto la necesidad de un testigo criteriado frente a otras pruebas que por si misma tienen igual o mayor eficacia ya que nos podría conducir a la negligencia en la investigación o a la arbitrariedad en su aplicación respectivamente.

CAPITULO VI

RESULTADOS DE LA INVESTIGACION

EL propósito de este capítulo es reflejar los resultados obtenidos después de haber aplicado las encuestas que rindieran Fiscalía General de la república , Jueces de Paz ,Jueces de instrucción ,Jueces de Sentencia sujetos que están directamente involucrados en la aplicación de los criterios de oportunidad

Los resultados a los que nos referimos los presentaremos tal como se hicieron en la encuesta los que citamos a continuación.

1. ¿Qué etapa procesal cree usted que es conveniente para la aplicación del numeral 2 del Artículo 20 Código Procesal Penal?

Con esta interrogante pretendemos establecer cual es la interpretación que los operadores jurídicos tiene acerca del artículo 20 del Código Procesal penal en cuanto a la etapa procesal oportuna para la aplicación del criterio de oportunidad a un imputado colaborador en la investigación.

Categoría	Jueces	Fiscales	Abogados en el ejercicio libre de la profesión	total	Porcentaje
Cualquier etapa hasta	5	3	4	12	80%

antes de la sentencia.					
Instrucción	0	2	1	3	20%
Total	5	5	5	15	100%

El 80% de los entrevistados de acuerdo a las encuesta consideran que no hay una etapa procesal definida para aplicar el numeral 2 del artículo 20 del Código Procesal Penal y un 20 % considera conveniente la epata de Instrucción, el cien por ciento de los jueces entrevistados estuvo de acuerdo que no hay etapa definida por la ley.

2. ¿Considera usted que el numeral 2 del Artículo 20 Código Procesal Penal es un instrumento eficaz para el control del Crimen Organizado?

Esta pregunta se hizo con el propósito de conocer la credibilidad de los operadores jurídicos en la eficacia de la aplicación del numeral 2 del artículo 20 del Código Procesal Penal en el control del crimen organizado.

Categoría	Jueces	Fiscales	Abogados en el ejercicio libre de la profesión	total	Porcentaje
Si	3	5	2	10	66.7%
No	2	0	3	5	33.3%
Total	5	5	5	15	100%

Un 66.7% de los operadores jurídicos entrevistados considera que el criterio es eficaz para el control del crimen organizado y un 33.3% considera que no es un instrumento eficaz para el control del crimen organizado.

3. Cree Usted que el Procedimiento de la disconformidad que establece el Artículo 258 del código procesal penal es un efectivo control judicial sobre el otorgamiento de criterios de oportunidad por parte de la fiscalía general de la republica?

El objetivo de esta pregunta es indagar que si en la interpretación del articulo 258 del código procesal penal los operadores jurídicos encuentran un instrumento de control judicial en las actuaciones de la fiscalía general de la republica.

Categoría	Jueces	Fiscales	Abogados en el ejercicio libre de la profesión	total	Porcentaje

Si	5	3	4	12	80%
No	0	2	1	3	20%
Total	5	5	5	15	100%

EL 80% de los entrevistados consideras que si es un efectivo control judicial, pero un 20% considera que no es La independendencia judicial el procedimiento de disconformidad. A preguntar a estos últimos la razón de su respuesta nos expusieron que el procedimiento de la disconformidad vulnera la independendencia judicial.

4. ¿Considera Usted que el procedimiento de la disconformidad del Art. Pueda ser un Control Judicial a las posibles arbitrariedades de la aplicación del numeral 2 del artículo 20 del Código Procesal Penal por parte de la Fiscalia General de la republica?

Buscamos con esta pregunta conocer si para los operadores jurídicos entrevistados creen en el procedimiento de la disconformidad control a las posibles arbitrariedades por parte de la Fiscalia General de la Republica al otorgar el criterio de oportunidad del numeral 2 del artículo 20 del Código Procesal Penal.

Categoría	Jueces	Fiscales	Abogados en el ejercicio libre de la profesión	total	Porcentaje
Si	0	5	2	7	46.6 %
No	5	0	3	8	53.4 %
Total	5	5	5	15	100%

Un 46.6% de la población entrevistada considera que la disconformidad no es un procedimiento de control judicial para las posibles arbitrariedades de la aplicación del artículo 20 por parte de la Fiscalía General de la República. Y un 53.4% de esta considera que si es un control judicial dicho procedimiento.

5. ¿Tiene usted conocimiento de directrices emitidas, de forma oficial, por el Fiscal General de La República para la aplicación del numeral 2 del artículo 20 Código Procesal Penal?

El objetivo es saber si los operadores jurídicos, especialmente los fiscales auxiliares tienen conocimiento de directrices emitidas por el Fiscal General de la República para la aplicación del numeral 2 del artículo 20 código procesal penal.

Categoría	Jueces	Fiscales	Abogados en el ejercicio libre de la profesión	total	Porcentaje
Si	1	5	0	6	40%
No	4	0	5	9	60%
Total	5	5	5	15	100%

De acuerdo a los resultados obtenidos de las entrevistas un 60% de los operadores jurídicos entrevistados no tiene conocimientos de directrices emitidas por el Fiscal General de La República para aplicar el criterio de Oportunidad, caso contrario el 40% si los conocen y ese porcentaje fueron los mismos auxiliares del Fiscal General.

6. ¿Considera usted que la aplicación de la Ley Contra el Crimen Organizado y Delitos de realización servirá para el control del fenómeno Crimen Organizado?

Pretendemos conocer el criterio de los operadores jurídicos especialmente de los Jueces y los Fiscales auxiliares, acerca de la definición de crimen organizado de la Ley Contra el Crimen organizado y delitos de realización compleja.

Categoría	Jueces	Fiscales	Abogados en el ejercicio libre de la profesión	total	Porcentaje
Si	1	3	0	4	26.7%
No	4	2	5	11	73.3%
Total	5	5	5	15	100%

La mayoría de los entrevistados contestaron que este no refleja la realidad del crimen organizado así como lo establece el artículo 22-A este fue un 73.3%. Y la minoría que fue el 26.7% de los entrevistados considera que si esta acorde a la realidad entendida en la definición de crimen organizado del artículo 22-A del Código Penal.

7. ¿Considera usted que los Criterios de Oportunidad tienen asidero constitucional?

El objetivo de esta pregunta es de saber si los operadores jurídicos que aplican los criterios de oportunidad utilizan una institución jurídica acorde o contraria a la constitución.

Categoría	Jueces	Fiscales	Abogados en el ejercicio libre de la profesión	total	Porcentaje
Si	5	4	5	14	93.3%
No	0	2	0	2	7.7%
Total	5	5	5	15	100%

Un 93.3% de los entrevistado nos manifiestan que los criterios de oportunidad tiene base constitucional, pero solo un 7.7% dice que aun necesitan buscar ello en la constitución.

8. ¿Considera usted que es confiable como prueba, el testimonio de un criteriado por la Fiscalía General de la Republica en base al numeral 2 del Artículo 20 Código Procesal?

Esta pregunta la realizamos para saber si existe confianza de los operadores jurídicos en el testimonio de un criteriado para el descubrimiento de la verdad real.

Categoría	Jueces	Fiscales	Abogados en el ejercicio libre de la profesión	total	Porcentaje
Si	2	2	3	7	46.7%
No	3	3	2	8	53.3%

Total	5	5	5	15	100%
-------	---	---	---	----	------

Un 46.7% considera que si es confiable el testimonio de un criteriado para esclarecer un ilícito cometido por una organización criminal, y un 53.3% considera que no es confiable este testimonio.

9. ¿Considera usted que la aplicación del numeral 2 del Artículo 20 Código Procesal Penal podría generar impunidad?

El objetivo de esta pregunta es conocer la percepción de los operadores jurídicos acerca de la utilidad que para fines investigativos tiene la aplicación de los criterios de oportunidad.

Categoría	Jueces	Fiscales	Abogados en el ejercicio libre de la profesión	total	Porcentaje
Si	3	0	5	8	53.3%
No	2	5	0	7	46.7%
Total	5	5	5	15	100%

La población entrevistada un 53.3% opina que podría generar impunidad la aplicación del numeral 2 del artículo 20 Código Penal, y un 46.7% de los entrevistados cree que si podría generar impunidad en los delitos de Crimen Organizado.

10. ¿Tiene conocimiento de si la Fiscalía General de la Republica ha hecho uso del numeral 2 del Artículo 20 Código Procesal Penal para la persecución de sujetos por delitos de Crimen Organizado?

Se busca con esta pregunta si se aplica en el sistema el criterio de oportunidad para perseguir los delitos de Crimen organizado.

Categoría	Jueces	Fiscales	Abogados en el ejercicio libre de la profesión	total	Porcentaje
Si	5	5	5	15	100%
No	0	0	0	0	0%
Total	5	5	5	15	

Todos los entrevistados o sea el 100% tienen conocimiento de la aplicación de numeral 2 del Artículo 20 Código Procesal Penal por parte de la Fiscalía General de La Republica.

11. ¿Cómo considera el uso que la fiscalia ha hecho del numeral 2 del artículo 20 del Código Procesal Penal en la persecución de sujetos por delitos de crimen organizado que usted conozca?

Queríamos conocer la percepción de los operadores jurídicos acerca del uso del numeral 2 del artículo 20 del Código Procesal Penal en el control del crimen organizado.

Categoría	Jueces	Fiscales	Abogados en el ejercicio libre de la profesión	total	Porcentaje
Correcto	3	4	2	9	60%
Incorrecto	2	1	3	6	40%
Total	5	5	5	15	100%

Un 60% de la población entrevistada considera que su uso es correcto, pero un 40% de ella opina que es incorrecto.

12. ¿Considera que de existir lineamientos para la aplicación del criterio de oportunidad, deberían ser públicos?

En esta interrogante buscamos conocer la expectativa de control democrático de los operadores del sistema.

Categoría	Jueces	Fiscales	Abogados en el ejercicio libre de la profesión	total	Porcentaje
Si	5	5	5	15	100%
No	0	0	0	0	0%
Total	5	5	5	15	

El 100% de la población de entrevistados considera que deben ser públicos

13. ¿Considera que la aplicación del numeral 2 del Artículo 20 Código Procesal Penal podría vulnerar derechos de la víctima?

La pregunta es bastante discrecional para saber si se en algún momento la aplicación de los criterios vulneraría derechos de la víctima

Categoría	Jueces	Fiscales	Abogados en el ejercicio libre de la profesión	total	Porcentaje
Si	1	0	3	4	26.7%
No	4	5	2	11	73.3%
Total	5	5	5	15	100%

En cuanto a esta pregunta se obtuvo un 73.3% que considera que la aplicación podría vulnerar los derechos de la víctima y el 26.7% dijo que no podría vulnerar los derechos de la víctima.

14. ¿Considera usted que se deben agotar otras fuentes de prueba antes de otorgar criterios de oportunidad a un imputado para que comparezca como testigo?

Nuestro objetivo de esta pregunta es saber de la necesidad de aplicación del criterio de oportunidad sin antes haber agotados otras fuentes de pruebas.

Categoría	Jueces	Fiscales	Abogados en el ejercicio libre de la profesión	total	Porcentaje
Si	5	3	4	12	80%

No	0	2	1	3	20%
Total	5	5	5	15	100%

De acuerdo a los entrevistados el 80% considera que se deben agotar otras fuentes de pruebas antes de otorgar criterios de oportunidad y solo 20% considera que no.

15. ¿Conoce usted que el código procesal penal establezca algún medio para impugnar la aplicación del numeral 2 del Artículo 20 Código Procesal Penal por parte de la víctima a través de su querellante?.

Saber si es de conocimiento de los operadores la posibilidad del control por parte de la víctima u ofendido de la decisión judicial que otorga un criterio de oportunidad.

Categoría	Jueces	Fiscales	Abogados en el ejercicio libre de la profesión	total	Porcentaje
Si	5	4	0	9	60%
No	0	1	5	6	40%
Total	5	5	5	15	100%

En esta pregunta el 60% conoce de medios para impugnar la aplicación de la figura del criterio, mientras un 40% de ellos no conoce dichos medios.

CAPITULO VII

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

En el transcurso de la investigación hemos llegado a concretar ideas acerca de la aplicación de los criterios de oportunidad en el control del crimen organizado, las cuales expondremos en conclusiones tomando en cuenta todas las etapas de la investigación así como los resultados obtenidos con la encuesta realizada a los operadores jurídicos, para luego recomendar posibles soluciones a los problemas identificados e investigados con el objeto que sirvan como referencia para cambios en la realidad de la aplicación de los criterios de oportunidad como instrumento de control del crimen organizado.

7.1 CONCLUSIONES

De la investigación realizada podemos afirmar lo siguiente.

7.1.1 Refiriéndonos al marco histórico podemos concluir:

- Que los criterios de oportunidad son una institución novedosa, en nuestro país que nace a partir de la entrada de en vigencia del nuevo código procesal penal, de los cuales no existe antecedente legal alguno en El Salvador.
- Que aunque no podamos determinar el momento de surgimiento del crimen organizado como realidad en nuestro país, si sabemos que su definición legal y los demás reformas que al efecto de aplicar dicha figura se hicieron en el código penal, procesal penal y ley penitenciaria, obedecen al año 2001.

7.1.2 Respetto del marco Doctrinario podemos concluir:

- Que los criterios de oportunidad son manifestación del principio de oportunidad en su modalidad reglada, y que dicha institución es una importación doctrinaria introducida con el objetivo de descongestionar la saturación judicial y redirigir el uso de los recursos investigativos a los casos penales de mayor envergadura, regulando de esa forma la selección de casos que la Fiscalía General de la republica realiza.
- Que aunque se sostenga por un sector doctrinal que el principio de oportunidad quiebre con el principio de legalidad en la promoción de la acción penal, dicha situación es relativa pues su adopción encuentra justificación en la utilidad que como instrumento de investigación y de economía procesal posee.
- Que la figura de crimen organizado es nueva en nuestro país, así mismo la mayor elaboración doctrinaria al respecto es extranjera y a pesar de existir en abundancia, la definición de crimen organizado recogida en el artículo La Ley Contra el Crimen Organizado y Delitos de Realización Compleja no refleja en su totalidad la realidad del crimen organizado en su inciso primero y se excede conceptualmente en su inciso segundo, ya que refleja realidades que no corresponden al crimen organizado identificándolo con otras formas de participación criminal, volviendo dicho inciso inútil para el control del crimen organizado.

7.1.3 En cuanto al marco Jurídico podemos concluir:

- Que la constitucionalidad de los criterios de oportunidad se configura a partir de considerar al principio de oportunidad como una atenuación del principio de legalidad en el sentido que se mantiene al margen de la inevitable promoción de la acción penal

publica, coincidiendo con el principio del artículo 193 de la Constitución que manda a la Fiscalía General de la República a promover la acción penal. Así el principio de oportunidad incide únicamente en la irretractabilidad de la promoción de la acción penal pública ya que permite detener su avance sin llegar al Juicio.

- Que el numeral 2 del artículo 20 del Código Procesal Penal puede utilizarse como instrumento en la investigación de hechos delictivos

7.1.4 Con referencia al marco coyuntural podemos concluir:

- Que a partir de la Constitución de la República y del Código Procesal Penal actualmente es la Fiscalía General de la República la que tiene el monopolio de la acción penal y por ende la facultad legal de prescindir de la misma bajo los supuestos regulados en el Código Procesal Penal, es decir los criterios de oportunidad.
- Que aunque los criterios de oportunidad estén taxativamente dispuestos en el artículo 20 del Código Procesal Penal, existe un margen de discrecionalidad en las decisiones de la Fiscalía General de la República para el otorgamiento de los mismos.
- Que si las decisiones de la Fiscalía General de la República para otorgar un criterio de oportunidad y en especial los establecidos en el numeral 2 del artículo 20 del Código Procesal Penal, no están dirigidos por un fin específico, su otorgamiento es arbitrario. Así el fin específico en la aplicación de este último debe ser una efectiva investigación criminal para legitimar su uso.
- Que el momento procesal específico para la aplicación del numeral 2 del artículo 20 del Código Procesal debe ser antes de la etapa del juicio pues el criterio que presta su colaboración en la investigación se convierte

en testigo, en consecuencia para que su colaboración sea útil a los fines investigativos y al descubrimiento de la verdad real, debe la prueba introducirse al proceso por medio del régimen de la prueba testimonial, la que ya prevé su admisión al finalizar la etapa intermedia con el auto de apertura a Juicio, siempre y cuando sea trate de un proceso con coimputados.

7.1.5 En razón de los resultados de la investigación podemos concluir.

- Que al haber sometido a consideración de la población seleccionada de operadores jurídicos que directamente intervienen en el proceso penal, (Jueces de paz, Jueces de Instrucción, Jueces de Sentencia, fiscales auxiliares y abogados en el ejercicio libre de la profesión) los aspectos mas importantes de la realidad del uso de los criterios de oportunidad para el control del crimen organizado pudimos observar por la frecuencia de las respuestas que la mayoría de los encuestados considero al numeral 2 del artículo 20 del Código Procesal Penal como instrumento para el control del crimen organizado, pero pocos tiene conocimiento acerca de directrices para la aplicación de los mismos debido a que no son publicas y a pesar de que la mayoría contesto que no le merece credibilidad el testimonio de un criteriado y que la mayoría considero que su uso puede generara impunidad, y vulnerar derechos de la victima. En cuanto al control de las actuaciones fiscales entendemos que la mayoría considera eficaz el control judicial a través del procedimiento de la disconformidad y conoce de los medios impugnativos de la desicicon judicial que otorga un criterio de oportunidad. Por ultimo en cuanto a la etapa en que puede ser aplicado el numeral 2 del artículo 20 del Ciego Procesal Penal, la mayoría considero cualquier etapa.

7.2 RECOMENDACIONES.

La finalidad de este apartado es de presentar propuestas para la aplicación de los criterios de oportunidad como instrumento de control del crimen organizado, situación que reviste particular importancia ya que de su adecuado uso puede derivar investigaciones eficaces para la persecución y erradicación de dicho fenómeno o por el contrario de su uso inadecuado puede derivar arbitrariedades por parte de la fiscalía general de la república, injusticia para las víctimas de delitos relacionados al crimen organizado.

7.2.1 Recomendamos a la Fiscalía General de la República como la facultada para prescindir de la acción penal pública:

- Que para poder lograr una eficaz aplicación del numeral 2 del artículo 20 del Código Procesal Penal, debe el Fiscal General de República emitir directrices que establezcan los parámetros que los fiscales auxiliares deban ponderar al momento de hacer uso de dicho instrumento.
- Que para emitir dichos liniamientos deben evaluarse aspectos Jurídicos, Criminológicos y de Política Criminal, para que constituyan medidas adecuadas a conseguir fines de eficacia en la investigación y en la persecución del crimen organizado teniendo como limite la constitución de la república y como principio rector la utilidad.
- Que las directrices deben establecerse en circulares administrativas, de obligatoria observancia para los fiscales auxiliares, las cuales deberían ser expuestas en un medio accesible al público, como por ejemplo una pagina web, para que sea del conocimiento de los operadores jurídicos y de la población en general a efecto de permitir el control democrático de las mismas.
- Que la información científica y técnica para la creación de las directrices debe ser proporcionada por alguna unidad técnica creada al efecto.

7.2.2 Recomendamos a los Jueces de Paz, Instrucción y de Sentencia quienes mediante su desicion judicial otorgan criterios de oportunidad:

- Que al no estar de acuerdo con su aplicación por parte de la fiscalia general de la República y al formular el procedimiento de la disconformidad, tiene la posibilidad de ejercer un control constitucional declarando inaplicable dicho artículo en virtud del artículo 185 de la Constitución de la Republica por vulnerar la independendencia judicial, y denegar la aplicación de un criterio de oportunidad cuando consideren que no cumple con los requisitos para su otorgamiento.
- Que permitan a los medios de comunicación obtener información básica acerca de las descisiones tomadas por las autoridades competentes para otorgar criterios de oportunidad siempre y cuando no afecte la investigación criminal.

7.2.3 Recomendamos al Órgano Ejecutivo como el ente encargado de decidir sobre política criminal:

- La creación permanente de alguna unidad científico-técnica integrada por profesionales en diversas áreas sociales que realicen estudios acerca de los fenómenos criminales a efecto de aportar resultados que contribuyan a la toma de directrices y lineamientos siempre conforme al programa penal de la Constitución.

BIBLIOGRAFÍA

LIBROS

ABAGNANO, NICOLÁS. **“Historia de la Filosofía”**, Volumen II, Editorial Dikny, México, 1977

ABALOS, RAÚL WASHINGTON. **“Derecho Procesal Penal”**, Tomo I Ediciones Jurídicas, Santiago de Chile.1991

ALBEÑO, LUIS. **“Consideraciones Político Criminales del concepto de Crimen Organizado en la legislación penal salvadoreña”**, Revista Maracaibo, Número 13, Caracas, 2005

ARMENTA DEU, TERESA. **“Criminalidad de Bagatela y Principio de Oportunidad: Alemania y España”** PPU, Barcelona 1991

AUTORES VARIOS. Coordinado por STIPEEL, Jörg y MARCHISIO. **“Principio de Oportunidad y Salidas Alternativas al Juicio Oral en América Latina”**, Adrián. Editorial Ad Hoc, Buenos Aires, 2002

BACIGALUPO ZAPATER, ENRIQUE. **“Descriminalización y prevención”**, Cuadernos del Poder Judicial, Madrid, 1987

BIBLIOTECA DE CONSULTA. MICROSOFT ® ENCARTA ® 2005 © 1993-2004 Microsoft Corporation.

BINDER, ALBERTO MARTÍN. “**Ideas y Materiales para la Reforma de la Justicia Penal**”, Editorial Ad Hoc, Buenos Aires, 2000

BINDER, ALBERTO MARTÍN. “**Política Criminal. De la formulación a la praxis**”, Editorial Ad Hoc, Buenos Aires, 1997

BINDER, ALBERTO MARTIN. “**Introducción al Proceso Penal**”, Editorial Ad Hoc, Buenos Aires.1999

CABANELLAS, GUILLERMO. “**Diccionario Enciclopédico de Derecho usual**”, Tomo II, 28° Edición, Editorial Heliasta, 2000.

CAFFERATA NORES, JOSÉ. “**El principio de oportunidad en el Derecho Argentino**” en Nueva Doctrina Penal, Editores Del Puerto, 1996-A, Buenos Aires

CAFFERATA NORES, JOSÉ. “**Principio de Legalidad y Oportunidad de la Acción Penal**” en Cuadernos de Política Criminal para la reforma del Sistema, Ciudad de Guatemala, 1999.

CASTILLO LARRAÑAGA, JOSÉ Y DE PINA, RAFAEL. “**Derecho Procesal Civil**”, 3ª Edición, Editorial Porrúa, México, 1955

CHANG PIZARRO, LUIS ANTONIO. “**Criterios de Oportunidad en el Código Procesal Penal**”, Segunda Edición Actualizada, Editorial Jurídica Continental, San José, 2000

CONDE PUMPIDO FERREIRO. **“Violencia social y seguridad ciudadana”**, en Revista Poder Judicial, Consejo General del Poder Judicial, numero especial, Madrid, 1989

DE LA CUESTA AGUADO, PAZ M. **“Tipicidad e imputación Objetiva”**, Editorial Jurídica Cuyo, Mendoza, 1995

DEL CID MOLINE Y LARRAURI, ELENA. **“Teorías Criminológicas”**, Editorial Bosch, Barcelona, 2001.

DONNA, EDGARDO ALBERTO. **“El problema del derecho penal en la actualidad”** en Revista Nada personal...Ensayo sobre crimen organizado y sistema de justicia, Ediciones De palma, Buenos Aires, 2000

EDWARDS, CARLOS ENRIQUE. **“El Arrepentido, El Agente encubierto y la Entrega Vigilada”**, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 1996.

ELBERT, CARLOS ALBERTO. **“Criminología Latinoamericana”**. Parte segunda, editorial Universidad, Buenos Aires. 1997

FERRAJOLI, LUIGI. **“Derecho y Razón”**, Editorial Trotta, Valencia, 2004

GATGENS GOMEZ, ERICK Y RODRÍGUEZ CAMPOS, ALEXANDER. **“El Principio de Oportunidad. –Conveniencia Procesal de la Persecución Penal”**, Editorial Juritexto, San José, 2000

GIMENO SENDRA, VICENTE y otros. **“Derecho Procesal Penal”**, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1993

GONZÁLEZ ALVAREZ, DANIEL. **“Diversos Sistemas Procesales Penales”**, San José, 1995

GRUPO OCEANO. **“Diccionario Enciclopédico”**, Grupo Editorial Océano, Madrid, 1996.

GUARIGLIA, FABRICIO. **“Facultades Discrecionales del Ministerio Público e investigación preparatoria: el principio de oportunidad”** en El Ministerio Público en el Proceso Penal, Editorial Ad Hoc, Reimpresión, Buenos Aires, 2003

HASSEMER, WINFRIED. **“La persecución penal: legalidad y oportunidad”** en Revista Justicia, San José, Número 21, 1988

INGLÉS AQUINO, PATRICIA IVONNE. **Criterios de oportunidad, La colaboración del imputado en el proceso penal**, CNJ, Escuela de Capacitación Judicial, programa de formación inicial para Jueces, en imprenta. 2006

KANT, EMMANUEL. **“Fundamentación de la metafísica”**, Editorial Siglo XXI, México D.F., 1987

LEONE, GIOVANNI. **Tratado de Derecho Procesal Penal**, Buenos Aires, Citado por José María Casado Pérez y otros, Derecho Procesal Penal Salvadoreño, CSJ-AECI, primera Edición, 1999

LLOBET RODRÍGUEZ, JAVIER. **“Proceso Penal Comentado (Código Procesal Penal Comentado)”**, Segunda Edición, Editorial Jurídica Continental, San José, 2003

MAIER, JULIO B. **“Derecho Procesal Penal. Fundamentos”**, Ediciones Del Puerto, 2ª Edición, Tomo I, 1996

MAIER, JULIO B.J. **“Derecho Procesal Penal”**, Tomo I, Editorial Hammurabi, Buenos Aires. 1991

MAIER, JULIO B. **“Enjuiciamiento penal del Siglo XX”** en Revista El Poder Penal del Estado –Homenaje A Hilde Kaufmann- Ediciones De Palma, Buenos Aires, 1985

MENA ROSALES, NELSON RODOLFO. **Ilícitos penales asociados al crimen organizado**, en Boletín Divulgación Jurídica año 7, N° 2, Abril del 2000

MONTESQUIEU, LUIS DE SECONDAT Y BARÓN DE LA BRÉDE. **“Del Espíritu de las Leyes”**, Sexta Edición, Editorial Heliasta, Buenos Aires, 1984.

MORÁN, MANUEL, **Política Criminal y Derecho Penal** en Boletín Divulgación Jurídica, Año 7, N° 2, Abril del 2000

MORENO CARRASCO, FRANCISCO ET AL. **Código Penal de El Salvador Comentado**, Tomo 1, Consejo Nacional de la Judicatura, 2000

OSORIO, MANUEL. **“Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales”**, Editorial Claridad S. A., Buenos Aires, 1984

SALAS BELETA, CHRISTIAN. **“EL Principio de Oportunidad en el Proceso Penal”**, Editorial Del Puerto, Buenos Aires, 2002

SÁNCHEZ ESCOBAR, CARLOS ERNESTO. **El Sistema Penal Salvadoreño**, en Ventana Jurídica N° 1, Año 1, Vol. 1, Mayo – Agosto 2003 C N J

SILVA, JOSÉ ENRIQUE. **“Derecho Penal Salvadoreño”**, (Parte General) Tercera Edición, San Salvador, 1990

TREJO ESCOBAR, MIGUEL ALBERTO. **“El Principio de Oportunidad en el ejercicio de la Acción Penal”**, en Selección de Ensayos doctrinarios –nuevo código procesal penal-, UTE, San Salvador, 2000,

TREJO, MIGUEL ALBERTO Y OTROS. **“Manual de Derecho Procesal Salvadoreño”**, Centro de Investigaciones Jurídicas, San Salvador 1998.

VÉSCOVI, ENRIQUE. **“Teoría General del Proceso”**, Segunda Edición Actualizada, Editorial Temis, Bogotá, 1999

VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, FERNANDO. **“Derecho Penal –Parte General-“**, Segunda Edición, Editorial Temis, Bogotá, 2004

VÉLEZ MARICONDE, ALFREDO. **“Derecho Procesal Penal”**, Tomo I, Tercera Edición, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 1977

ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL. **“En busca de las penas perdidas”**, Editorial Heliasta, Buenos Aires, 1999

LEGISLACIÓN

CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DE EL SALVADOR, Decreto N° 38, Publicado en el Diario Oficial de fecha 16 de diciembre de 1983

DECLARACIÓN UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS, adoptada y proclamada por la Asamblea General de la ONU, en Resolución N° 217 a III del 10 de diciembre de 1948.

CONVENCIÓN AMERICANA DE EL SALVADOR, Suscrita por la O.E.A. el 22 de noviembre de 1969, en San José, Costa Rica, ratificada por El Salvador mediante Decreto número 5 de fecha 19 de junio de 1978, publicado en Diario Oficial número 113, Tomo 259

PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas por Resolución número 22, del 16 de diciembre de 1966, ratificada por el Decreto número 27 de la Junta Revolucionaria de Gobierno, el 23 de noviembre de 1979, D.O. N° 218, Tomo 265

PROYECTO DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL DE EL SALVADOR, Ediciones Último Decenio, Centro De Información Jurídica, Ministerio de Justicia.

CÓDIGO PROCESAL PENAL DE PERÚ, del 23 de noviembre de 1939

CÓDIGO PROCESAL PENAL DE COSTA RICA, del 19 de octubre de 1973