



Análisis preliminar

Reformas al sistema penal aprobadas el 30 de marzo de 2022 por la Asamblea Legislativa

I. Reformas y aprobación de legislación sustantiva y procesal

1. Reformas al Código Penal

Según el Decreto Legislativo 337 aprobado el 30/03/2022, y publicado en el Diario Oficial Número 65, Tomo 434 del 30/03/2022, se incorporó como reformas al mencionado código lo siguiente:

Artículo 1. Adicionase un inciso final al artículo 162, así:

"En los casos en que los delitos a que se refiere este artículo sean cometidos por miembros terroristas (maras o pandillas) o de cualquier otra agrupación criminal a las que se refiere el artículo 1 de la Ley de Proscripción de Maras, Pandillas, Agrupaciones, Asociaciones y Organizaciones de Naturaleza Criminal, la pena a imponer será de veinte a treinta años."

El artículo 162 hace referencia al delito de violación y agresión sexual agravada, describiendo en sus numerales las conductas que serán consideradas como agravantes y es hasta el final que se le agrega la reforma, que presupone que en los casos en que dicho delito sea cometido por un miembro de mara o pandilla según lo estipulado en la Ley de Proscripción de Maras, Pandillas, Agrupaciones, Asociaciones y organizaciones de Naturaleza Criminal (LPMP), en esos casos, por el solo hecho de ser considerado según dicha ley, se le aplicará esta sanción.

Sobre lo anterior se destacan dos aspectos, el primero es que una agravante debe responder a una condición especial o modo de afectación del bien jurídico que protege la norma penal, lo que significa que existe una agravante cuando se ha dado una "especial intensidad" en la afectación o vulneración del bien jurídico, por lo que, si la agravante se aplica dependiendo de quién lo comete, el derecho penal pasa a sancionar no una conducta o acto prohibido, más bien sanciona a "autores", es decir, a personas por sus características específicas como lo serían "los pandilleros"; se trata de la aplicación del derecho penal del enemigo que se caracteriza por la relativización o incluso supresión de determinadas garantías procesales¹. En segundo lugar, se destaca la "magnitud" de la pena a imponer, que incluye un rango entre los 20 y 30 años, el cual es desproporcionado, siendo más una sanción inoportunada, es decir, que su finalidad es apartar permanentemente a dicha persona de la sociedad.

Por último, la incorporación de este tipo de agravantes genéricas implica la vulneración al principio de legalidad, al no describir exactamente la conducta cometida al que le atribuyen la especial afectación del bien jurídico y que le hace merecedor a tal sanción.

"Art. 345.- Serán consideradas penalmente ilícitas las agrupaciones, asociaciones y organizaciones siguientes:

¹ Landaverde, Moris (2015), citado en Molina, Nohemí (2017), "La respuesta jurídica ante el fenómeno de las pandillas en El Salvador: derecho penal del enemigo versus enfoque de derechos humanos (1992-2016)", ANÁLISIS No. 9/2017.

1. Aquellas con, al menos, estas características: que estén conformadas por tres o más personas; de carácter temporal o permanente; de hecho o de derecho; que posean algún grado de estructuración y que tengan la finalidad de delinquir; y,

2. Las mencionadas en el Art. 1 de la Ley de Proscripción de Maras, Pandillas, Agrupaciones, Asociaciones y Organizaciones de Naturaleza Criminal.

El que tomase parte en una agrupación, asociación u organización ilícita de las mencionadas en el numeral i) de este artículo, será sancionado con prisión de tres a cinco años.

En el caso de los mencionados en el numeral 2), será sancionado con **prisión de veinte a treinta años**. Los creadores, organizadores, jefes, dirigentes, financistas o cabecillas de las mencionadas agrupaciones serán sancionados con prisión de cuarenta a cuarenta y cinco años. Si el autor o partícipe fuere autoridad pública, agente de autoridad, funcionario o empleado público, la pena se agravará hasta una tercera parte del máximo en cada caso y la inhabilitación absoluta del cargo por el doble del tiempo.

Los que promuevan, ayuden, faciliten o favorezcan la conformación o permanencia en las agrupaciones, asociaciones u organizaciones comprendidas en el presente artículo o cualquier persona que, a sabiendas de su ilegalidad, reciba provecho directa o indirectamente de las relaciones de cualquier naturaleza con tales organizaciones, aun sin tomar parte de las mismas, serán sancionados con la pena de **veinte a treinta años de prisión**.

El que por sí o por medio de otro, solicite, demande, ofrezca, promueva, formule, negocie, convenga o pacte acuerdos de no persecución criminal o el establecimiento de alguna prerrogativa para dispensar ilegalmente a otro u otros, la aplicación de las disposiciones de la ley, u ofrezca beneficios o ventajas a los miembros de las agrupaciones, asociaciones u organizaciones comprendidas en el presente artículo, será sancionado con **prisión de veinte a treinta años**.

En igual sanción incurrirán quienes, en calidad de intermediarios, negociadores, mediadores, interlocutores u otras semejantes, promuevan o participen en las conductas a que se refiere el inciso anterior.

La proposición y conspiración para cometer cualquiera de los hechos previstos por la presente disposición, serán sancionadas con **prisión de veinte a treinta años**.

El presente tipo penal se castigará en concurso con otros delitos."

Aunque el decreto de reforma se refiere a todo el artículo 345, la modificación se ha centrado en el incremento a la sanción en para quienes son mencionados en el artículo 1 de la Ley de Proscripción de Maras y Pandillas, **se incrementó la sanción de tres a cinco años de prisión al rango de veinte a treinta años**. Además, para el resto de los partícipes descritos en el delito, se incrementó la sanción en el mismo rango del autor, es decir, que todos los que intervengan a lo largo del "iter criminis": proposición, conspiración, facilitador o cómplice necesario o no necesario recibirán la misma penalidad que está estipulada para el autor.

La redacción de este tipo penal adolece de un defecto fundamental centrado en el principio de culpabilidad, pues no se dosifica la sanción en proporción al aporte funcional para el cometimiento del delito, pero

principalmente este delito es un delito que no responde a la exigencia constitucional de sancionar por el acto cometido, sino, por el contrario, se centra en sancionar a la persona por el solo hecho de ser considerada miembro de una organización, sin que se demuestre o requiera conductas delictivas reiteradas, o bien elementos probatorios que lo involucren con hechos delictivos, tal como lo exige la doctrina.

Según el estándar internacional, sí es posible tipificar como delito la participación en un grupo delictivo organizado ya sea: a) el acuerdo de una o más personas de cometer un delito, o b) la conducta a sabiendas de la finalidad y actividad delictiva general de un grupo delictivo organizado o de su intención de cometer los delitos en cuestión, cuando se participe activamente en (i) actividades ilícitas del grupo organizado, o (ii) otras actividades del grupo delictivo, a sabiendas que su participación contribuirá al logro de la finalidad delictiva antes descrita”, de conformidad al artículo 5 de la [Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional, conocida como Convención de Palermo](#) .

Con la reforma del código penal no se cumple el programa penal de la Constitución, ni el estándar internacional en materia de lucha contra la criminalidad organizada, pues se penaliza al autor y no a los actos de las personas, como ya se dijo previamente.

Para el derecho penal, este tipo de delitos requieren comprobación de la finalidad delictiva de la organización y ello significa demostrar hechos delictivos, planificación o actos de ejecución para dichos actos, o bien la realización de otras actividades a sabiendas que la participación contribuirá al logro de finalidades delictivas, pero siempre respetando la debida proporcionalidad respecto de la sanción a imponer.

Una sanción que oscile en un rango de veinte a treinta años es considerada desproporcionada e inconstitucional, no sólo por el incumplimiento al principio de culpabilidad, sino que, además, por incumplir la finalidad resocializadora de la sanción, así reconocida en el artículo 27 inciso tercero de la Constitución.

En el mismo sentido, se ha pronunciado la Sala de lo Constitucional en la sentencia de inconstitucionalidad Ref. 52-2003:

“La dignidad del individuo va fijando los límites al rigor de las penas y agudizando la sensibilidad por el daño que causan en quienes las sufren. Aunque el Estado convenga en establecer penas desproporcionadas, ello no sólo se opone al artículo 27 de la Constitución, sino también al reconocimiento de la persona humana como el origen y fin de la actividad del Estado; es decir, el individuo nunca puede ser objeto o instrumento para los fines del Estado, para el caso de la protección de bienes jurídicos y prevención del delito, lo cual se verifica al tratar de castigar penalmente a quien cometa un delito, con la sola finalidad de alcanzar una prevención general intimidatoria. Ello es propio de sistemas transpersonalistas y autoritarios, en los que la persona humana es un instrumento al servicio del Estado”

2. Reformas al Código Procesal Penal

El Decreto Legislativo Número 339 aprobado el 30/03/2022, y publicado en el Diario Oficial Número 65, Tomo 434 siempre del 30/03/2022, introduce un conjunto de reformas al Código Procesal Penal, entre las que se destacan:

- **Reforma al artículo 8 inciso final**

Para los delitos de *“homicidio, homicidio agravado, extorsión, extorsión agravada, proposición y conspiración para cometer dichos delitos, así como los delitos de agrupaciones ilícitas, organizaciones terroristas y los contemplados en la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas, y en general cualquier delito cometido por miembros de grupos terroristas (maras o pandillas) o cualquier otra agrupación criminal a las que se refiere el artículo 1 de la Ley de Proscripción de Maras, Pandillas, Agrupaciones, Asociaciones y Organizaciones de Naturaleza Criminal”*, elimina el tiempo máximo que puede durar la detención provisional mientras dure la investigación judicial. Esta restricción a la privación de libertad garantizaba que las investigaciones fiscales dentro del proceso penal y su respectiva vista pública se realizarán dentro del tipo más corto posible, no excediendo los veinticuatro meses, y en caso de que se superara dicho límite, se autorizaba la sustitución de la privación de libertad para los acusados, si así fuese el caso, con el riesgo de que el acusado no estuviera vinculado al proceso.

La eliminación de esta delimitación temporal puede convertirse en una grave vulneración a la presunción de inocencia establecida en el artículo 12 de la Constitución de la República; al mismo tiempo, su consecuencia inmediata será el incremento de las personas privadas de libertad sin sentencia en los centros penales del país.

- **Incorporación de la sección séptima que crea el artículo 73-A, denominada “Medidas de Protección”:**

a) El literal a) de la reforma suprime el nombre de los funcionarios judiciales, es decir, jueces y secretarios que actúan en la tramitación del proceso penal, ocultando cualquier dato que identifique el juez o tribunal que tramita el proceso. Este aspecto es una clara vulneración al principio de juez natural, que forma parte del debido proceso constitucionalmente configurado.

b) El ocultamiento de los jueces y demás funcionarios incluso se realizará en las audiencias virtuales, las cuales de por sí, tienen un menor riesgo a la seguridad de los funcionarios judiciales.

Las medidas de protección establecidas en la reforma significan la adopción de lo que otras legislaciones conocen como **“jueces sin rostro”**, es decir, jueces cuya identificación es desconocida. Aunque esta figura está limitada para los delitos considerados graves y muy graves, como el homicidio, extorsión, entre otros, y realizados por personas consideradas como pandilleros por el sistema, lo cierto es que la figura contraría abiertamente el debido proceso constitucionalmente configurado por incumplimiento del principio de juez natural.

- **Adición del inciso cuarto al artículo 88:**

Conlleva la autorización para que se celebren juicios sin la presencia del acusado, sin embargo, la reforma señala que estos juicios sólo procederán para los que sean considerados miembros de maras o pandillas. Además, se elimina la prescripción de la pena para estos casos, es decir, la sentencia condenatoria estará vigente de forma permanente hasta que se capture al sentenciado.

La segmentación y diferenciación en sí misma violenta el principio de igualdad ante la ley, artículo 3 de la Constitución, pues genera una clara discriminación y distinción entre las personas que pertenecen a pandillas, y quienes no; sin embargo, se incurre en la clásica filosofía del positivismo criminológico, al pretender que se puede identificar y señalar con claridad quien es miembro de una pandilla y quién no. Es decir, existe un alto nivel de incertidumbre respecto de quien es miembro o no de una pandilla, especialmente por las relaciones y niveles de cooperación que existen entre ellos,

este aspecto en sí mismo es una selectividad artificial de la ley, basado en el autor y no, en el “acto” o conducta delictiva que se reclama.

- **Adición del número 5 del artículo 221:**

Se trata de la incorporación de una nueva condición o “excepción” para la admisión de “testigos de referencia”, es decir, testigos cuya manifestación o testimonio respecto de la responsabilidad de un delito por parte del acusado **no le consta**, pero sí lo ha escuchado, según la manifestación de otra persona.

Sobre este aspecto la nueva condición genera más dudas que aclaraciones, pues en su redacción se hace alusión a los testigos directos y el riesgo o temor que tienen para declarar, por lo que sencillamente puede interpretarse que “otras” personas podrán declarar en nombre de los testigos directos, lo que generaría simplemente una clara vulneración al debido proceso, específicamente al principio de legalidad de prueba, y de defensa, pues el acusado no tendría posibilidad de controvertir lo manifestado por una persona que no se encuentra en la vista pública, pero que se incorpora lo que dice a través de otra persona.

- **Sustitución del inciso segundo del artículo 331:**

En este artículo, se describen los delitos a los que las personas que sean imputadas por cometerlos, no se les podrá sustituir la medida de privación de libertad. Los delitos con dicha restricción son el de homicidio simple, homicidio agravado, secuestro, delitos contra la libertad sexual, robo agravado, extorsión, defraudación a la economía pública, comercio de personas, tráfico ilegal de personas, trata de personas, desórdenes públicos, delitos contemplados en la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas y los delitos contemplados en la Ley Contra el Lavado de Dinero y Activos, y a la lista de delitos antes listado, la reforma agrega los contemplados en la Ley de Proscripción de Maras y Pandillas, Agrupaciones, Asociaciones y Organizaciones de Naturaleza Criminal.

Este artículo es altamente cuestionado, pues significa una vulneración directa a la presunción de inocencia, además de no tener en cuenta el caso concreto para decidir, desde la ley, la procedencia o no de una medida cautelar. A pesar de lo anterior, se sigue usando para priorizar y privilegiar la detención provisional por sobre cualquier otra medida cautelar no privativa de libertad. Además, la reforma incorpora al listado de delitos, a todos aquellos que por el mero hecho o “señalamiento” de pertenecer a una mara o pandilla no podrán gozar de una medida no privativa de libertad, sin importar el delito que les sea imputado, esto como consecuencia de incorporar al listado de delitos, la Ley de Proscripción de Maras, Pandillas, antes relacionada.

3. Reformas a la Ley Especial contra Actos de Terrorismo

Conforme el D.L 341 del 30/03/22, se incorporan las siguientes reformas a la Ley Especial contra Actos de Terrorismo:

Art. 1.- Sustitúyese el Art. 4, letra m, de la siguiente manera:

m) Organizaciones Terroristas: son aquellas agrupaciones además de las que se refiere el artículo 1 de la Ley de Proscripción de Maras, Pandillas, Agrupaciones, Asociaciones y Organizaciones de Naturaleza Criminal, las provistas de cierta estructura de la que nacen vínculos en alguna medida estables o permanentes, con jerarquía y disciplina y con medios idóneos, que pretenden la utilización de métodos violentos o inhumanos con la finalidad expresa de infundir terror, inseguridad, alarma,

arrogarse el ejercicio de potestades pertenecientes a la soberanía de los estados o afectar sistemáticamente los derechos fundamentales de la población o parte de ella, de uno o varios países.”

Art. 2.- Sustitúyese el Art. 13, de la siguiente manera:

“Art. 13.- Los que formaren parte de organizaciones terroristas, con el fin de realizar cualquiera de los delitos contemplados en la presente Ley, serán sancionados con prisión de quince a veinte años. Los organizadores, jefes, dirigentes o cabecillas, serán sancionados con prisión de treinta a cuarenta años.”

Las reformas insertan expresamente a las maras y pandillas en la definición de Organizaciones Terroristas - antes ya habían sido catalogadas de esa manera por la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia², y aumentan las penas para los que formaren parte de este tipo de organizaciones para cometer los delitos que señala la ley, así como para los organizadores, jefes, dirigentes o cabecillas, de ocho a doce años lo elevan de quince a veinte años para los primeros y de diez a quince años lo elevan de treinta a cuarenta años para los segundos.

Esta reforma, adolece del vicio de irrespetar el artículo 140 de la Constitución en cuanto la entrada en vigor; así también contempla una declaratoria de orden público que no estaba contemplada en la iniciativa presentada por el presidente de la República, lo que presupone la intencionalidad del legislador de aplicarlo retroactivamente, en contravención del artículo 21 de la misma norma fundamental.

Más allá de los pocos consensos internacionales que se tienen sobre el tema de las definiciones en esta materia, y sin obviar la importancia de la persecución y control penal de los actos de terrorismo en beneficio de las poblaciones y de la humanidad en general, la reforma en comento podría estar irrespetando el principio constitucional de la proporcionalidad de las penas regulado en el artículo 246 de la Constitución, en virtud que se imponen penas excesivas por la sola pertenencia a estos grupos.

4. Reformas a la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas

Según el DL 338 del 30/03/22, publicado en el D.O. Número 65, Tomo 434 de fecha 30 de marzo, se introduce como reforma a esta ley la incorporación de un inciso final, al artículo 54, la cual se refiere a las agravantes, aplicables a todos los delitos que se describen en la misma, de la siguiente manera:

Art. 1. Adicionase un inciso final al artículo 54 de la ley, así:

“En los casos en que los delitos comprendidos en esta Ley, sean cometidos por miembros terroristas (maras o pandillas) o cualquier agrupación criminal a las que se refiere el artículo 1 de la Ley de Proscripción de Maras, Pandillas, Agrupaciones, Asociaciones y Organizaciones de Naturaleza Criminal, serán sancionados con prisión de veinte a treinta años”.

La reforma consiste en adicionar un inciso final al artículo 54 de la ley, elevando la penalidad cuando los delitos comprendidos en dicha normativa sean cometidos por miembros terroristas, maras, pandillas o cualquier otra agrupación criminal reguladas en la Ley de Proscripción de Maras, Pandillas, Agrupaciones, Asociaciones y Organizaciones de Naturaleza Criminal.

² Sentencia de inconstitucionalidad 22-2007, acumulada. Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, a las quince horas y veintidós minutos del día veinticuatro de agosto de dos mil quince.

El artículo 54 contiene las *“agravantes especiales”*, que detallan los supuestos que deben de cumplirse para el incremento de la pena a imponerse por el cometimiento de los delitos contemplados en la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas. Dicho incremento de la penalidad al comprobarse los supuestos consiste en que *“la pena podrá aumentarse hasta en una tercera parte del máximo de la pena señalada al delito cometido”*, lo que implica que es el delito, con su propia especificidad y gravedad, el que de manera concreta determina los parámetros para la medida de la pena a aplicarse por la autoridad judicial.

Con la reforma, se incluye una nueva agravante especial para la elevación de las penas en función de la pertenencia del sujeto activo a determinado grupo delictivo, lo que denota una especie de populismo punitivo, ya que la gravedad de los tipos penales de la ley están en función del daño que estos causan a la vida y salud de las personas, independientemente del sujeto que los cometa; es decir, tan reprochable y repudiable es que los cometan las maras o pandillas, como que los cometa cualquier otra persona integrada a una estructura criminal de diferente tipo y que, dicho sea de paso, esta última circunstancia ya hace parte de las agravaciones especiales vigentes en la ley, por lo que no es válida la distinción que hace el decreto en cuanto a las sanciones penales.

Añadido a lo anterior, la reforma asigna una penalidad de veinte a treinta años de prisión, pero aplicable a todo el catálogo de delitos contemplados en el citado cuerpo normativo, lo cual es incorrecto desde el punto de vista de la técnica penal, ya que, bajo la justificante de una persecución legal hacia una determinada estructura criminal, trastoca el diseño correcto del artículo que regula las agravantes especiales en la citada ley especial, lo que impide al juzgador o juzgadora contar con una margen de maniobra para la imposición de las penas en función de la naturaleza y gravedad del delito a sancionarse, es decir, al cumplirse la agravante solamente podrá imponer la pena de prisión de veinte a treinta años.

Por otro lado, en el marco del citado populismo punitivo que encierra la medida, el Considerando III de la reforma es falaz, al señalar que uno de los aspectos que tuvo en cuenta la Asamblea Legislativa al aprobar el Régimen de Excepción fue *“el incremento de la actividades delictivas (sic), particularmente las relacionadas a las actividades relativas a las drogas”*, cuando, en realidad, la justificación plasmada en el texto legal de suspensión de garantías constitucionales, fueron las graves perturbaciones del orden público por el incremento de homicidios.

Por otra parte, se le otorga expresamente al decreto el carácter de orden público, pero posiblemente bajo una pretendida aplicación retroactiva de la reforma; sin embargo, al tratarse de materia penal y buscar un aumento en la sanción punitiva, dicha reforma estaría dotada de irretroactividad de conformidad al artículo 21 de la Constitución.

Además, a pesar de tratarse de una reforma a una ley de carácter permanente, el decreto establece que su vigencia será desde el día de su publicación en el Diario Oficial, violentando así el artículo 140 de la Constitución, el cual consagra que, para la vigencia de este tipo de normas, es decir, permanentes y no transitorias, deben de transcurrir por lo menos, ocho días después de su publicación y que este plazo podrá ampliarse, pero no restringirse.

La agravante por su intensidad incumple los principios constitucionales antes referidos; la culpabilidad por no ser proporcional a la retribución o aporte objetivo al momento de adecuarse a un tipo penal de los descritos en la Ley Reguladora de las Drogas; además del principio de legalidad al no describir las características de la conducta que conllevan el agravante, por la especial afectación al bien jurídico como tal.

En conclusión, las reformas planteadas fallan en los elementos básicos para una adecuada técnica legislativa, que respete los principios establecidos en la Constitución de la República.

5. Reformas a la Ley Penal Juvenil (LPJ)

El Decreto Legislativo N° 342 del 30/03/22, publicado en el D.O. Número 65, Tomo 434 de fecha 30 de marzo de 2022, se introducen reformas a los artículos de esta ley que se transcriben a continuación:

“Medidas

Art. 8.- El menor que cometiere un hecho tipificado como delito o falta de acuerdo a la legislación penal, sólo podrá ser sometido a las siguientes medidas:

- a) Orientación y apoyo sociofamiliar;*
- b) Amonestación;*
- c) Imposición de reglas de conducta;*
- d) Servicios a la comunidad;*
- e) Libertad asistida;*
- f) Internamiento.*

“g) Pena de prisión.” (reformado)”

“Internamiento “y pena de prisión” (reformado)

Art. 15.- El internamiento constituye una privación de libertad que el Juez ordena excepcionalmente, como última medida, cuando concurran las circunstancias establecidas para la privación de libertad por orden judicial y su duración será por el menor tiempo posible.

El Juez dentro de la ejecución de esta medida, podrá permitir o autorizar la realización de actividades fuera del centro, siempre que los especialistas lo recomienden; y podrá ordenar el internamiento de fin de semana.

El internamiento, podrá ser sustituido por la libertad asistida, con la imposición de reglas de conducta o servicios a la comunidad. Si se incumpliere, el Juez podrá revocarla y ordenar de nuevo el internamiento.

Cuando la infracción fuere cometida por un menor, que hubiere cumplido dieciséis años al momento de su comisión, el Juez podrá ordenar el internamiento hasta por un término cuyos mínimo y máximo, serán la mitad de los establecidos como pena de privación de libertad en la legislación penal respecto de cada delito. El término máximo de la medida será de siete años, salvo los casos en que incurrir en responsabilidad penal por los delitos de homicidio simple, homicidio agravado, proposición y conspiración en el delito de homicidio agravado, extorsión, proposición y conspiración en el delito de extorsión, secuestro, proposición y conspiración en el delito de secuestro, atentados contra la libertad individual agravados en el delito de secuestro, violación en menor o incapaz, agresión sexual en menor e incapaz, violación y agresión sexual agravada, robo agravado, así como, proposición y conspiración en el delito de robo agravado; en los cuales el término máximo de la medida podrá ser de hasta quince años. No obstante lo establecido anteriormente, en ningún caso por dichos delitos, el internamiento podrá ordenarse por un término igual o mayor al mínimo de pena de privación de libertad que en la legislación penal corresponda para cada delito.

Cuando se trate de los delitos a que se refiere el inciso anterior, así como los delitos de agrupaciones ilícitas, organizaciones terroristas y los contemplados en la Ley Reguladora de las actividades Relativas a las Drogas, y estos sean cometidos por miembros de grupos terroristas, maras, pandillas o cualquier otra agrupación criminal a las que se refiere el artículo 1 de la Ley de Proscripción de Maras, Pandillas, Agrupaciones, Asociaciones y Organizaciones de Naturaleza Criminal, el juez impondrá penas de prisión, cuyo término máximo podrá ser hasta veinte años cuando fuere cometida por un menor que hubiere cumplido dieciséis años y hasta diez años cuando se tratase de un menor que hubiere cumplido doce años.” (adicionado)

“Duración y revisión

Art. 17.- La duración de las medidas no excederá de cinco años, salvo lo dispuesto para los menores que hubieren cumplido dieciséis años al momento de la comisión del hecho.

El Juez de ejecución de las medidas, cada seis meses revisará de oficio las medidas impuestas al menor, a fin de constatar que se encuentra en un programa de capacitación y escolarización, y que la medida y las circunstancias en que se cumple no afectan el proceso de reinserción social del menor; solicitará para ello, la colaboración de los especialistas.

“Las medidas podrán ser modificadas, sustituidas o revocadas por el juez, de oficio, a instancia de parte, o del director del centro donde se encuentre el menor, con base en las recomendaciones de los especialistas. No será procedente la modificación, sustitución o revocatoria de una medida de internamiento o de prisión según sea el caso, cuando ésta represente un peligro para la víctima o los testigos, se trate de reincidencia o habitualidad o la medida haya sido decretada por más de una infracción, o cuando se trate de los casos a que se refiere el inciso final del artículo 15 de la presente Ley.” (reformado)

Las personas encargadas de dar apoyo al menor, informarán al Juez cada tres meses sobre la conducta observada por éste.

La duración de las medidas decretadas en forma provisional, no podrá exceder de noventa días; concluido este término cesarán de pleno derecho, si no se hubiere ordenado la medida en forma definitiva, salvo que legalmente se hubiere ampliado el plazo original de la investigación, en cuyo caso, la duración de la medida provisional se prorrogará en la misma proporción.

“No será aplicable el máximo previsto en el inciso anterior en los casos de los delitos a los que se refiere el inciso final del artículo 15 de la presente Ley, estando su duración supeditada a lo que dura la tramitación del proceso hasta la sentencia firme.” (adicionado)

- **Inconstitucionalidad de forma**

El decreto tiene un primer vicio, de forma, que por sí sólo lo vuelve inconstitucional, y es que tratándose de reformas a una ley que tendrán carácter permanente, dispone en su artículo final (5) que entrará en vigor a partir de su publicación en el Diario Oficial, contraviniendo lo dispuesto en el artículo 140 de la Constitución, por lo que no deberá considerarse obligatorio según dicha disposición.

- **Contradicciones a la Constitución y al Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH)**

Al establecer la “pena de prisión” como una nueva medida que puede ser impuesta a una persona menor de edad por el cometimiento de una conducta tipificada en la legislación penal como delito, según las reformas a los artículos 8 y 15 de la LPJ, se contradice y desnaturaliza el régimen penal diferenciado que debe funcionar para las personas menores de edad, según la Constitución (artículo 35) y la Convención sobre los Derechos del Niño (artículos 37 y 40), que delimitan sus características.

La pena de hasta 10 años de prisión para una persona menor de edad a partir de los 12 años, y de hasta 20 años de prisión para una persona a partir de los 16 años, significa tratarlas como personas adultas, y deja de lado el sentido que las sanciones a personas menores de edad deben tener y que lo determina la Convención sobre los Derechos del Niño, al establecer que cuando se procese penalmente a una persona menor de edad y se le apliquen sanciones deberá respetarse su derecho:

“a ser tratado de manera acorde con el fomento de su sentido de la dignidad y el valor, que fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros y en la que se tengan en cuenta la edad del niño y la importancia de promover la reintegración del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad” (número 1 del artículo 40).

La Constitución y la Convención, al prescribir un régimen penal distinto al de los adultos, obliga al Estado salvadoreño a no considerar el mismo tipo de sanción que para estos se considera, y ciertamente la “pena de prisión” es una pena propia del sistema penal de adultos y no una medida para la reconstrucción de proyectos de vida de personas aún en proceso de formación y despliegue de su personalidad y sus potencialidades, como la concibe la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), al prescribir que las sanciones a personas menores de edad que delinquen deben estar caracterizadas por:

1. Privilegiar la aplicación de medidas distintas a la privación de libertad lo cual implica procurar dar tratamiento a las personas menores de edad que cometan delitos, en la medida de lo posible, sin recurrir a procedimientos judiciales y si estos son indispensables, que, al momento de tomar medidas, se cuente con una amplia variedad de opciones para la resocialización (números 3 y 4 del artículo 40 CDN);
2. La privación de libertad deberá ser tenida como medida de último recurso y por el más breve período (artículo 37 letra b CDN).

El Comité de los Derechos del Niño ha dicho a propósito que, *“los tradicionales objetivos de la justicia penal, a saber, la represión o el castigo, deben ser sustituidos por los de rehabilitación y justicia restitutiva cuando se trate de menores delincuentes”* (Observación general N° 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial, párrafo 28).

El principio constitucional que establece el fin resocializador y de prevención de delitos de las penas (párrafo tercero del artículo 27), por efecto del régimen penal diferenciado que debe ser aplicado a personas menores de edad implica que este principio debe magnificarse respecto de personas menores de edad, y que además de perseguir legítimos intereses de protección social y de las víctimas, las sanciones a personas adolescentes deben tender a recuperar a estas personas para el beneficio del colectivo social, para lo cual se debe propiciar la reconstrucción de los proyectos de vida de las personas a las que se apliquen.

Por otro lado, al establecer la “pena de prisión” que puede alcanzar hasta los 10 y 20 años, por el hecho de pertenecer a una mara, pandilla u organización criminal, lo que se hace es desconocer que las personas adolescentes que en la realidad social salvadoreña se ven condicionadas a integrarse a estos grupos, por su lugar de residencia y condiciones de vida comunitaria caracterizadas por la precariedad, se encuentran en condición de alta vulnerabilidad, que son adolescentes a quienes las insuficiencias de los servicios de atención universal y los programas de atención focalizada a los que tienen derecho, les han puesto a merced de grupos criminales que les instrumentalizan.

Un niño, niña o adolescente que se ve obligado a delinquir para grupos criminales con los que debe forzosamente convivir bajo la amenaza de su propia vida y la de su familia es de acuerdo con la Convención sobre los Derechos del Niño (artículo 36), el Convenio sobre la Prohibición de las Peores Formas de Trabajo Infantil y la Acción Inmediata para Su Eliminación (artículo 3 letra c) y la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia (artículo 56) una persona menor de edad en condición de explotación que debe ser sujeta del derecho a ser protegida por la sociedad y el Estado. Transformar a una persona menor de edad sometida a una condición de vulnerabilidad extrema en una persona sobre la que debe recaer drásticas sanciones penales, se corresponde, ante todo, con una ética social altamente distorsionada.

6. Reformas a la Ley Especial contra el Delito de Extorsión

La reforma a la Ley Especial contra el delito de Extorsión, aprobada por D.L. No. 343 de fecha 30 de marzo de 2022 y publicada en el D.O. 434, Tomo No. 65 de la misma fecha, muestra ser apresurada, reactiva y desproporcionada. La reforma contiene lo siguiente (lo modificado en resaltado negro);

“Art. 1. Refórmase el artículo 3, de la siguiente forma:

“Art. 3.- Se considerarán agravantes, si las conductas se cometieren con alguna de las circunstancias siguientes:

*i) Si el hecho fuere cometido por dos o más personas o miembro de una agrupación, asociación u organización ilícita a que se refiere el Art. 345 **Nº1** del Código Penal;*

*2) Si el hecho fuere cometido por dos o más personas o miembro de una agrupación, asociación u organización ilícita a que se refiere el Art. 345 **Nº 2** del Código Penal; (...)*

En el caso de las circunstancias agravantes reguladas en los números 1, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10 y 11 la pena establecida en el artículo anterior se aumentará hasta en una tercera parte del máximo establecido.

Si concurriere la circunstancia señalada en el número 2 del presente artículo, la sanción será de 20 a 30 años de prisión.”

“Art. 2. Refórmase el artículo 4, de la siguiente forma:

*“Art. 4. La proposición y conspiración en los casos de extorsión y extorsión agravada, será sancionada con una pena de **diez a quince años de prisión.**”*

- **Agravantes del delito de extorsión:**

En primer lugar, el artículo 3 ya consideraba como agravante del delito de extorsión, si el hecho era cometido por dos o más personas o miembros de una agrupación, asociación u organización ilícita a que se refiere el artículo 345 del Código Penal que, a su vez, tipifica el delito de agrupaciones ilícitas.

En la reforma, los actuales numerales 1) y 2) se refieren siempre a la actuación de personas o miembros de dichas agrupaciones, únicamente dividiendo los numerales del artículo 345 del Código Penal, cuando antes lo hacía de forma general.

La diferencia sustancial radica en la penalidad del delito de extorsión cuando este sea cometido por dos o más personas miembros o parte de una de aquellas agrupaciones mencionadas en el artículo 1 de la Ley de Proscripción de Maras, Pandillas, Agrupaciones, Asociaciones y Organizaciones de Naturaleza Criminal³, la pena que será de 20 a 30 años de prisión (agravante No. 2), mientras que el resto de las agravantes se sancionarán con penas de entre 10 hasta 20 años de prisión.

- **La proposición y conspiración en los delitos de extorsión y extorsión agravada:**

Anteriormente, la proposición y conspiración en los delitos de extorsión y extorsión agravada se sancionaba con pena de prisión de dos a cinco años, lo cual respondía al principio de proporcionalidad de las penas. Sin embargo, la reforma sanciona con pena de 10 a 15 años, lo cual resulta absurdo, ya que a partir de la reforma la pena de la proposición y conspiración es incluso mayor a la que corresponde en el estadio de la tentativa⁴; es decir, es más grave la proposición y conspiración, que la tentativa. En el caso de la extorsión simple (no agravada) la pena es idéntica a la consumada.

Para ejemplificar la dosificación de las penas a partir de la entrada en vigor de la reforma, queda así:

Modalidad	Extorsión (simple)	Extorsión agravada (No. 2)
Proposición y conspiración	10 a 15 años	10 a 15 años
Tentativa	5 a 7 años y 6 meses	10 a 15
Consumado	10 a 15 años	20 a 30 años

³ **Art. 1:** Son ilegales y quedan proscritas las llamadas pandillas o maras tales como las autodenominadas Mara Salvatrucha, MS-trece, Pandilla Dieciocho, Mara Máquina, Mara Mao Mao y las agrupaciones, asociaciones u organizaciones criminales tales como la autodenominada Sombra Negra; por lo que se prohíbe la existencia, legalización, financiamiento y apoyo de las mismas. La presente proscripción aplica a las diferentes pandillas o maras y agrupaciones, asociaciones u organizaciones criminales, sin importar la denominación que adopten o aunque no asumieren ninguna identidad.

⁴ **Artículo 68 Código Penal:** La pena en los casos de tentativa se fijará entre la mitad del mínimo y la mitad del máximo de la pena señalada al delito consumado.

7. Ley de Recompensas y Eliminación de la Impunidad de Actos de Terrorismo

La Ley de Recompensa y Eliminación de la Impunidad de Actos de Terrorismo ha sido aprobada por el Decreto Legislativo No. 344 de fecha 30 de marzo de 2022 y publicada en el Diario Oficial 434, Tomo No. 65 de la misma fecha.

Como antecedente, el 8 de julio de 2021, el fiscal general Rodolfo Delgado propuso a la Comisión de Seguridad Pública y Combate a la Narcoactividad, la creación de la *“Ley de Recompensa Ciudadana”*⁵.

De acuerdo con la publicación de la Asamblea Legislativa, dicha ley “serviría para desarrollar un cuerpo normativo, que permita una retribución económica a todos los ciudadanos cuya denuncia sea pertinente para el desarrollo de la investigación y resolución de casos”.

Es decir, la propuesta de la Fiscalía no se limitaba a los “actos de terrorismo”, como la aprobada, pues de acuerdo con la publicación de la Asamblea Legislativa, Delgado sostuvo que *“este tipo de recompensas nos puede ayudar mucho para el esclarecimiento de delitos, principalmente con los de la delincuencia organizada como el de tráfico ilícito de drogas, acciones como contrabando, entre otros”*.

El otro punto por considerar es que, de acuerdo con el artículo 2, la recompensa es por información que *“culmine en la captura”* o la aprehensión material. Es decir, no está vinculado con las resultas efectivas del proceso penal a través de condenas, ni se vincula a la entrega de información sobre personas con órdenes judiciales de captura que se encuentren fugitivas o en listas de *“más buscadas”*, como en otros países.⁶

Otra diferencia con la propuesta de la Fiscalía General de la República está relacionada con el financiamiento de las recompensas, dado que en la primera *“El financiamiento para las recompensas tiene que provenir de las mismas actividades delictivas. Es decir, de los diferentes decomisos, de los bienes incautados y que sean objeto de alguna subasta”*, y en la ley aprobada será creada con la *“colaboración necesaria de las instituciones públicas a quienes se les solicite apoyo, principalmente con los recursos necesarios para promover, desarrollar y ejecutar las recompensas”* (artículo 4), por lo cual será un cargo a los presupuestos de diversas instituciones, a quienes se les quitarán recursos para financiar este fondo.

Adicionalmente, la gestión del fondo a manos exclusivamente del Ministerio de Justicia y Seguridad Pública, sin un procedimiento definido ni mecanismos de transparencia, pueden conducir fácilmente a que el mismo sea utilizado arbitrariamente para otros fines. Para efectos de comparación, puede valorarse lo dispuesto en el Decreto Legislativo de *“Recompensa para promover y lograr la captura de miembros de organizaciones criminales, organizaciones terroristas y responsables de delitos de alta lesividad”* de Perú que, por lo menos, establece la remisión a un reglamento para desarrollar las etapas, plazos, montos máximos y niveles de recompensa; la creación de “Comisiones Evaluadoras de Recompensas” con funciones definidas, así como el establecimiento de una infracción muy grave para quienes entreguen *“simulada o fraudulentamente información de supuestos ciudadanos colaboradores”*⁷.

⁵ Ver: <https://www.asamblea.gob.sv/node/11359>

⁶ Ejemplo: <https://elfaro.net/es/201404/internacionales/15233/Aprueban-ley-de-recompensas-por-detenciones-de-los-delincuentes-m%C3%A1s-buscados.htm>

⁷ Disponible en: <https://busquedas.elperuano.pe/normaslegales/establecen-beneficio-de-recompensa-para-promover-y-lograr-la-decreto-legislativo-n-1180-1268120-1/>

Se otorgan facultades normativas al Ministerio de Justicia, lo cual es inconstitucional. En todo caso, si se desarrolla el funcionamiento del fondo por vía reglamentaria, debe ser el presidente de la República quien emita la normativa, mediante reglamentos publicados en el Diario Oficial. Así como está redactado el decreto, el ministerio podría regular el fondo mediante acuerdos que no se pongan en conocimiento del público.

La creación de recompensas por información ciudadana puede fomentar un manejo espurio de la prueba, al igual que los testigos criados. De hecho, fomenta una especie de cultura de venganza privada o de acusaciones sin sustento, que pueden derivar en la privación de libertad de personas inocentes.

Por otra parte, vale la pena retomar lo señalado por Marroquín Galo, al respecto:

*“Con relación a la oferta de recompensas económicas por información relevante para la investigación penal, parece más acentuada su afinidad con las pretensiones de eficiencia de la represión punitiva de los delitos. **Sus antecedentes más fáciles de evocar, además de aniquilar cualquier asomo de innovación u originalismo, se sitúan justamente en una etapa embrionaria del monopolio estatal de la violencia, donde el Estado es incapaz de controlar por sí mismo el delito y su debilidad institucional abre el espacio para el protagonismo del “cazarrecompensas”.** Más recientemente, el postulado de la búsqueda de mayor eficiencia es el fundamento de las modalidades “premiales” de reacción frente al delito, que tienen como manifestación típica justamente una recompensa al colaborador con la justicia. Parece fácil encontrar la familiaridad o el nexo común entre estas formas de “negociación de la pena” y las que tengan por objeto un intercambio entre información y dinero, siempre atendiendo a consideraciones de coste-beneficio, por lo que en principio debería aplicarse, también respecto de estas últimas, la moderación que corresponde frente a la tendencia del “eficientismo”.*⁸ El resaltado está fuera del original.

La ley se establece como “de orden público”, sin motivar suficientemente la razón sobre tal naturaleza. La jurisprudencia constitucional ha señalado que “orden público” es “el arreglo de las instituciones indispensables a la existencia y funcionamiento del Estado y que miran a la constitución, a la organización y al movimiento del cuerpo social, así como las reglas que fijan el estado y la capacidad de las personas”⁹, señalando que una ley de orden público “debe buscar mantener el funcionamiento de los servidores públicos, la seguridad jurídica, y la legalidad entre las relaciones de los particulares (...).”¹⁰

- **La ley contraviene la Constitución**

Se otorgan facultades normativas al Ministerio de Justicia. Esto es inconstitucional. En todo caso, si se desarrolla el funcionamiento del fondo por vía reglamentaria, debe ser el Presidente de la República quien emita la normativa, mediante reglamentos publicados en el Diario Oficial. Así como está redactado el decreto, el Ministerio podría regular el fondo mediante acuerdos que no se pongan en conocimiento del público.

⁸ MARROQUÍN GALO, F. *La oferta de recompensas como técnica especial de investigación del delito*. Comunicación a la ponencia de un taller jurisprudencial. Disponible en: <https://www.jurisprudencia.gob.sv/DocumentosBoveda/D/4/2010-2019/2011/06/8F740.PDF>

⁹ Sentencia Inconstitucionalidad 10-87AC, de fecha 25/01/1989.

¹⁰ Sentencia Inconstitucionalidad 12-99 de fecha 10/06/2002.

Declarar que el decreto entrará en vigencia el día de su publicación en el diario oficial es inconstitucional. La Constitución exige que las normas de carácter permanente tengan una *vacatio legis* de al menos ocho días. Dado que no se siguió el procedimiento constitucional, la ley es nula.

- **Opacidad en la gestión del fondo**

Cuando se crean fondos especiales debe haber una regulación sobre quién lo maneja, cómo se constituye, qué fondos lo alimentan, cómo se auditan, etcétera. El decreto muestra que no existe seriedad sobre el uso del fondo y, por el contrario, pueden abrirse puertas a un manejo opaco y corrupto de los fondos al darle tanta discrecionalidad al ministerio y dejar la regulación tan abierta.

La creación de recompensas por información ciudadana puede fomentar un manejo espurio de la prueba, al igual que los testigos criteriados. De hecho, fomenta una especie de cultura de venganza privada o de acusaciones sin sustento, que pueden derivar en la privación de libertad de personas inocentes.

- **Sobre el alcance de la ley**

El fondo se refiere a actos de terrorismo. En puridad jurídica, no aplica para todos los delitos cometidos por pandillas.

II. Consecuencias inmediatas de las reformas

1. Retroceso en la calidad de los juicios penales debido a la incorporación de figuras procesales que violentan principios del debido proceso como los testigos de referencia; los jueces sin rostro y la aplicación del derecho penal de autor.
2. Estigmatización y criminalización de los niños, niñas y jóvenes con efectos sociales adversos.
3. El aumento de las personas privadas de libertad que había logrado ser disminuido en los recientes años, con el incremento del hacinamiento carcelario, debido a la ampliación de delitos y de tipos de internos que no pueden ser beneficiados con medidas sustitutivas de prisión.
4. La elevación del índice de internos sin condena, que también había disminuido en comparación con los niveles de los años ochenta, debido a que las reformas eliminan mecanismos para que las personas procesadas pudieran salir en libertad cuando haya transcurrido el plazo máximo que podría durar un proceso.

III. Conclusiones

1. En general, las reformas y legislación aprobada adolecen de inconstitucionalidad por vicio de forma, ya que algunas estipularon que su vigencia comenzará el día de su publicación, lo que contradice el artículo 140 de la Constitución, que establece que las leyes permanentes deben entrar en vigencia ocho días después de su publicación, que es un periodo de tiempo para garantizar que la población la conozca, lo que es imperativo en este tipo de reformas que conllevan el ejercicio punitivo del Estado.
2. De igual forma, varios de los decretos de reforma y la legislación aprobada se califican de “orden público”, pretendiendo su retroactividad, lo que no es posible en materia penal cuando la norma no sea favorable al imputado o condenado.
3. Las reformas son apresuradas y no han contado con un análisis técnico y el adecuado debate, en particular sobre las implicaciones que pueden tener en la población y sectores en condición de vulnerabilidad, especialmente en temas como la legislación penal juvenil.

4. Las reformas constituyen un retroceso y una violación a los estándares constitucionales e internacionales en materia derechos humanos, y debilitan drásticamente las garantías judiciales, al romper con el régimen legal penal diferenciado hacía los menores de edad, incorporar los “jueces sin rostro”, limitar la discrecionalidad del juez para establecer la pena en base a niveles de participación del imputado y violentar la presunción de inocencia impidiendo el acceso a medidas sustitutivas de prisión, entre otros.
5. Los decretos presentan una deficiente técnica legislativa, ya que no gradúa las sanciones con respecto del resto de las infracciones penales, se trata más bien de leyes penales en blanco que consisten describir características del sujeto activo y no de la conducta que se pretende prohibir.
6. La declaratoria de orden público de varias de las reformas es inoficiosa. Declarar una ley de orden público no la vuelve automáticamente retroactiva. Dada la posibilidad de afectar derechos de manera ilegítima con una aplicación retroactiva, la Asamblea debe decir claramente en qué casos se aplicará retroactivamente o qué efectos concretos tendrá la declaratoria. Además, en materia penal – que es el grueso de las reformas – la retroactividad no aplica, a menos que sea favorable al reo o imputado.
7. Sobre el particular, la Sala ha dicho “que el carácter de orden público de una ley no le concede a ésta - *ipso iure*- efecto retroactivo, puesto que dicho carácter debe estar consignado expresamente en la ley, de una manera general o con referencia a situaciones especiales que ella regula” (Amparo 317-97, Inc. 16-2004 e Inc 132-2013/137-2013 Ac). Según la Sala “en conclusión, la calificación de una ley como de orden público no queda sujeta a la discrecionalidad del legislador, sino que presupone el respeto al régimen constitucional establecido, principalmente a las garantías que protegen a los derechos fundamentales de límites excesivos, cuyo núcleo esencial está centrado en los principios de proporcionalidad y razonabilidad. Por ello, no basta que el legislador dé a sus preceptos vigencia retroactiva arguyendo que son de orden público, sino que compete a la Corte Suprema de Justicia, y específicamente a la Sala de lo Constitucional -por tratarse de materia constitucional-, proceder al análisis de tales normas para determinar si una ley es o no de orden público”.
8. Estas reformas pueden tipificarse en lo que se llama “populismo punitivo” una corriente usada por muchos gobiernos para proyectar manodurismo a través de medidas populares como la elevación de penas o la eliminación de garantías, pero que no han demostrado su eficacia.
9. Las reformas analizadas contradicen los fines constitucionales de la pena. Así, la Constitución en su artículo 27 inc. 3º reconoce una orientación preventiva especial positiva, entendida como “la búsqueda de la reeducación y reinserción social de los condenados”, tal como lo señala la jurisprudencia constitucional, dicha disposición dispone que penas privativas de libertad deben ofrecer posibilidades a la persona de afrontar y superar las causas de su delincuencia”.
10. Por su parte, la Sala de lo Constitucional ha determinado que “la rehabilitación del delincuente es uno de los elementos fundamentales de una política criminal democrática y que la pena privativa de libertad tiene como finalidad esencial la resocialización del penado. Esto implica la creación de un sistema de ejecución que, en lugar de una sustitución coactiva de los valores del individuo por los valores sociales dominantes, le ofrezca posibilidades de participación social que le permitan en el futuro llevar una vida en libertad sin cometer delitos”.
11. En ese sentido, la Sala sostiene que la finalidad resocializadora tiene cuatro pilares fundamentales que deben orientar la fase del cumplimiento de la pena: el fomento de alternativas para la persona, la humanidad en el cumplimiento de la sanción, el garantizar el mantenimiento de los contactos de la persona reclusa con el exterior y, finalmente, una duración respetuosa con la dignidad humana.