



Departamento de Estudios Legales
Boletín de Estudios Legales – No. 38 – Febrero 2004

OTRO PROYECTO DE “LEY ANTI MARAS”.

Ante la necesidad urgente de combatir de inmediato el fenómeno de las maras, en un segundo esfuerzo por crear un régimen legal efectivo, el Presidente de la República, por medio del Ministro de Gobernación, ha dado iniciativa de ley, a un proyecto denominado “Ley Anti Maras”, que consta de treinta y siete artículos, distribuidos en cinco capítulos.

Este proyecto de ley surge ante la necesidad de crear un régimen legal permanente, que sirva de instrumento en la lucha constante contra este fenómeno social al que le denominan maras o pandillas.

El 9 de octubre de 2003, se aprobó en sesión plenaria de la Asamblea Legislativa el Decreto número 158, denominado: “Ley Anti Maras”, el cual fue debidamente sancionado y publicado en el Diario Oficial número 188, tomo 361, de fecha 10 de octubre de 2003, constituyendo hasta el momento, ley vigente de la República.

Esta ley contiene una serie de defectos, que en su oportunidad fueron expuestos por FUSADES, especialmente con relación a su carácter temporal; pues la existencia de una ley de este tipo acaba no surtiendo efecto alguno en nuestro ordenamiento jurídico, dada la disposición constitucional que establece la retroactividad de la ley penal, cuando sea más favorable al delincuente. Con la presentación de este proyecto de ley, se suple este defecto de la temporalidad, al insertar dentro del ordenamiento jurídico salvadoreño, una tipificación de carácter permanente para los delitos asociados con la pertenencia a las maras.

El primer capítulo (Arts. 1 a 4), indica que el objeto de la ley es establecer “un régimen especial para el combate de las actividades delincuenciales de los grupos conocidos como maras o pandillas”; se declara prohibida la existencia de las maras conocidas

como “Salvatrucha”, “Mara Salvatrucha”, “Trece”, o “MS XIII” y “Dieciocho”, o cualquiera otra denominación reconocida por el estado salvadoreño por medio de decreto emitido por el Consejo de Ministros. La ley sería aplicable a todas las personas mayores de doce años, miembros de maras o pandillas, por los delitos que cometan, juzgados conforme al procedimiento establecido en el Código Procesal Penal y en su defecto en la Ley del Menor Infractor, con las modificaciones que en este proyecto se enumeran para cada caso especial.

El segundo capítulo (Arts. 5 a 12), contiene la parte sustantiva del proyecto, estableciendo como delitos la pertenencia a una mara o pandilla, la inducción a la pertenencia a una mara o pandilla, la riña grupal, la coacción en la vía pública, la coacción al libre tránsito, la coacción especial, los daños especiales y la alteración del orden público.

En esta parte, el proyecto varía sustancialmente de su predecesor, que hasta el momento contempla como delitos solamente cuatro de los expuestos, siendo tales: la pertenencia a una mara o pandilla, la riña tumultuosa (ahora denominada riña grupal), solicitar dinero en forma intimidatoria (ahora denominado coacción en la vía pública) y exigir dinero como impuesto (ahora denominado coacción al libre tránsito). La actual ley, contiene una serie de tipificaciones de faltas, que no han sido incluidas en su totalidad en el nuevo proyecto, pero existen otros casos, como la denominada intimidación grupal, que ha sido elevada a la categoría de delito, modificándole su denominación a alteración del orden público; la redacción varía sustancialmente, pero su espíritu es esencialmente el mismo. La falta denominada desfiguración de paredes ha sido elevada a la categoría de delito, con el nombre de daños especiales; sufriendo algunas modificaciones en cuanto a su redacción, pero en el fondo describe similar conducta típica.

El resto de faltas a que hemos hecho alusión, contenidas en la actual Ley Anti Maras no han sido incluidas en el presente proyecto.

El tercer capítulo (Arts. 13 a 23), contiene disposiciones de carácter adjetivo, con relación a las modificaciones al proceso penal común, cuando los imputados sean miembros de una mara o pandilla; para tales efectos designa como tribunales competentes a los jueces de las cabeceras departamentales, y en los lugares en que

exista más de un juez o tribunal con jurisdicción en lo penal, el Presidente de la Corte Suprema de Justicia designará a los que conocerán de este procedimiento.

Como novedad nos incluye la improcedencia de la suspensión condicional del procedimiento, la improcedencia de la extinción penal por la reparación total del daño, la improcedencia de la conciliación en los delitos contemplados y otras restricciones en las facultades de los jueces para sustituir la ejecución de las penas privativas de libertad; negándole especialmente la facultad de reemplazar penas de prisión, suspender condicionalmente la ejecución, otorgar perdón judicial y otorgar la libertad condicional anticipada.

El cuarto capítulo (Arts. 24 a 34), contiene disposiciones de carácter adjetivo, con relación a las modificaciones al proceso de menores, cuando éstos sean miembros de las maras o pandillas. Así como en el caso del procedimiento para mayores de edad, en éste se excluye la conciliación por cualquier caso de delitos, y además se elimina la facultad de la Fiscalía General de la República para renunciar a la acción penal y fija como límite máximo de prisión una pena de veinte años.

Importante es recalcar, que recoge de una forma más clara la procedencia de la habilitación de edad de un menor, para ser juzgado como adulto, cuando sea capaz de comprender la ilicitud de sus actos.

COMENTARIOS AL PROYECTO.

Dentro de las observaciones que anteriormente hiciera FUSADES, a la vigente Ley Anti Maras, varias omisiones encontradas en la misma han sido subsanadas en esta nueva versión; tal es el caso de la supresión de sanciones como la libertad condicional y las medidas reeducativas o de readaptación, que no pueden considerarse sanciones per se.

En el caso de la declaración del agente policial, por medio de un parte escrito, que en la ley vigente se valora como prueba testimonial, en su oportunidad se destacó que esta situación no permite el examen personal del declarante por la defensa del acusado; caso claramente violatorio de las reglas del debido proceso. En este

proyecto esto ha sido modificado sustancialmente, ahora se le considera acertadamente prueba instrumental.

Sin embargo, este proyecto de ley adolece de algunas deficiencias que ya existían en la ahora vigente Ley Anti Maras, a las que hay que añadirle otras adicionales, las cuales podrían entorpecer la efectividad de un régimen especial para el combate de este fenómeno social.

El Art. 2 de este proyecto establece como competencia del Consejo de Ministros la facultad para reconocer en nombre del estado salvadoreño, la prohibición de la existencia de otras maras adicionales a las que ya enuncia el citado artículo, de conformidad a la atribución que se le otorga al Presidente de la República en el ordinal octavo del Art. 167 de la Constitución. En ningún caso puede el Presidente de la República o el Consejo de Ministros declarar con efectos generales, que la existencia de la mara o pandilla está prohibida, pues implica la modificación del supuesto contenido en el tipo penal correspondiente, situación que recae indiscutiblemente bajo la esfera de competencia del poder legislativo.

El Art. 4 inc. segundo establece una consideración a priori, de la calidad de agrupación ilícita de estos grupos sociales, denominados maras, definiéndolos como aquéllos que en su accionar regular afecten la pacífica convivencia social, el orden público, el decoro, las buenas costumbres o la seguridad ciudadana. Al respecto, ya FUSADES había criticado anteriormente este tipo de concepto, pues las pandillas no son por si mismas instituciones nocivas, al menos en su origen, pues no han sido formadas con fines ilícitos; además no deben usarse términos como orden público y buenas costumbres, por ser altamente subjetivos; hubiera sido más apropiado reemplazarlos por la paz y la tranquilidad ciudadana.

Con respecto al inciso tercero, del referido artículo, se hacen las mismas críticas que a la actual ley, con respecto a los criterios que se utilizan para definir a una persona como un marero, tales como poseer señas o símbolos que los identifiquen, tatuajes o cicatrices; valoraciones claramente inconstitucionales, por ser atentatorias contra derechos fundamentales de la persona humana.

El Art. 7 regula la riña grupal, cuando los miembros de maras o pandillas se vean involucrados en peleas con otras maras, y el inciso segundo de la misma disposición, regula el caso en que los sujetos involucrados no sean miembros de una mara; esto seguramente llegará a convertirse en arma para los defensores de los imputados, en el sentido de buscar una reducción de la pena que establece la disposición. Los jueces necesariamente estarán obligados a concederla, al no poseer elementos objetivos, que determinen la pertenencia de los sujetos a uno de estos grupos. Mientras no se precise en el tipo penal, cuales son las características reales de estos grupos, la aplicación de esta disposición y en general de todo el proyecto se verá obstaculizada.

Es necesario establecer que entre un ciudadano modelo y un pandillero, hay muchas diferencias, como la forma de vestir, la forma de hablar y en general la forma de comportarse. Todos son elementos altamente subjetivos, por lo que entre ambas personas hay una división real mínima; pero este escenario cambia, si alguno de ellos viola el ordenamiento jurídico; pues ya no estamos ante criterios subjetivos de distinción, sino que ya contamos con un elemento objetivo, a la luz del derecho para procesarlo.

En el caso hipotético que contempla la ley, de que en una riña grupal, participen ciudadanos comunes y mareros, ¿cómo se va determinar quienes en esa pelea verdaderamente son mareros?. En este caso, el juzgador se encuentra dentro una situación de conflicto de intereses; por una parte hay un interés político y social para condenar a todos como pandilleros, pero por otra parte existe el sometimiento total, del juzgador a la Constitución y a las leyes; por lo que el mismo al encontrarse en una situación de insuficiencia de pruebas reales para la calificación del sujeto activo como marero, en pleno uso de su sistema propio de valoración de prueba, no tendrá otro remedio que reducir la pena.

La solución a este problema no se encuentra dentro de la ley, éste es un defecto que nace independiente de la misma. La dificultad de considerar a una persona como pandillero reside en la naturaleza informal de las pandillas; y dado que no existen verdaderos criterios que designen a una persona como miembro del grupo, pueden surgir casos verdaderamente controversiales. Por ejemplo, una persona puede el día de hoy, ser miembro de una pandilla, y poseer todos los elementos subjetivos que lo

comprueben, pero si el día de mañana decide retirarse, pero conserva sus tatuajes y señales, ¿es sólo por eso un marero?. Juzgarlo como tal, no sería lo correcto.

Ante esta dificultad, consideramos que para la aproximación a la regulación de esta materia, no ha sido utilizado el método más adecuado, puesto que ante las reformas que ha sufrido el Art. 345 del Código Penal, para catalogar a estos grupos como asociaciones ilícitas, hubiera resultado más conveniente incluir dentro de la definición de tal tipo penal el actuar delictivo real, que caracteriza a las maras, tomando en cuenta que su fin primordial no es el de cometer delitos, debiendo concebirlas esencialmente como:

“aquellas agrupaciones que aunque no tuvieren como fin primordial para su reunión el realizar actos ilícitos, se agruparen habitualmente para satisfacer otro tipo de necesidades; pero subsistieren cometiendo delitos, aun ocasionalmente, u obligaren a sus miembros a cometer delitos como condición para permanecer en la agrupación o atentaren en general con sus actos en contra de la tranquilidad de los ciudadanos”.

Se podría incluir en el concepto, que existirá un régimen especial que regule las conductas de los miembros de estos grupos, así como los procedimientos especiales que serían aplicados en el juzgamiento de sus miembros, cuando éstos cometieren delitos.

El Art. 14 menciona la competencia especial para conocer de los casos que plantea la ley, señalando como juez competente para juzgar estos casos, los jueces de las cabeceras departamentales; pero el inconveniente surge en el caso que exista más de un tribunal con jurisdicción penal en determinado lugar; en este supuesto, la ley inadecuadamente deja a criterio del Presidente de la Corte Suprema de Justicia, el nombramiento del tribunal que deba conocer de estos casos. Esta disposición constituye una delegación de facultades para determinar competencia de jurisdicción, que es exclusiva de la Asamblea Legislativa (Art. 131 numerales 21 y 31 Constitución). La competencia judicial, debe ser establecida por medio de esta misma disposición legal, estableciendo los parámetros para hacerlo, como por ejemplo, que sea competente el tribunal que contenga el número primero o que conozcan a prevención.

El Art. 19, menciona la improcedencia de la conciliación en cualquier delito regulado por la ley. A pesar de las controversias que ha suscitado el mismo, se considera que este artículo, por ser parte de una ley especial, se aplica con preferencia sobre cualquier disposición que pudiese contrariarle en el Código Penal y en Código Procesal Penal; (Art. 32 Código Procesal Penal), por lo que su aplicación es justificada.

Con respecto al Art. 23, que regula la imposibilidad de sustituir la ejecución de las penas privativas de libertad, han surgido controversias en cuanto a su posible aplicación, específicamente, muchas personas desde ya consideran a esta disposición como inconstitucional, argumentando que se trata de una injerencia del poder legislativo en competencia del poder judicial, al respecto debe analizarse el Art. 172 de la Constitución, el cual en su inciso tercero reza:

“Los Magistrados y Jueces, en lo referido a la función jurisdiccional, son independientes y están sometidos exclusivamente a la Constitución y a las leyes”.

Por lo tanto, una ley de la República, emanada del poder correspondiente y bajo todos los supuestos constitucionales de validez, debe ser acatada necesariamente e incondicionalmente por todos los jueces, quienes sólo pueden, utilizando el control difuso de la Constitución, declarar la inaplicabilidad de una ley al caso concreto, con efectos solamente particulares. Le corresponde única y exclusivamente a la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, declarar la inconstitucionalidad de las leyes de forma general. Por lo tanto, no es correcto que un juez de la República manifieste abiertamente que una ley e inclusive una disposición legal es inconstitucional, sin tener referencia al caso concreto de que se trata; de esta forma aquellos juzgadores que dejan de aplicar la totalidad o parte de un cuerpo normativo por considerarlo inconstitucional, con efectos generales, están indudablemente extralimitándose en sus funciones.

Dentro de nuestro ordenamiento jurídico cuando un juzgador se manifiesta extrajudicialmente sobre un procedimiento, se constituye una causal de recusación a la que pueden recurrir las partes si dudasen su imparcialidad. En El Salvador no contamos con un código de ética que rija este tipo de declaraciones, pero en el resto del mundo, estos cuerpos normativos contemplan como falta grave que un juez

declare públicamente su opinión sobre la aplicación de una ley que pudiese ser de su competencia en el futuro, castigando esta actuación con la destitución en el cargo.

Las facultades que poseen los jueces de aplicar medidas sustitutivas en la ejecución de las penas, fueron atribuidas a los mismos por medio del actual Código Procesal Penal y Ley del Menor Infractor, los cuales en la escala jerárquica clásica de las de normas, corresponden al escalafón de las leyes secundarias; por lo que es posible que otra norma secundaria de igual rango, les despoje de estas facultades, pues fue la misma ley, quien se las entregó; situación que diferiría en el caso que dichas facultades tuviesen su origen en la Constitución.

En consecuencia, lo que se formula en realidad es una antinomia de leyes; puesto que existe una ley que permite cierta actuación, pero en contraposición hay una ley posterior que prohíbe el mismo actuar en condiciones iguales de tiempo y espacio, volviendo imposible la aplicación de ambas. Este problema se resuelve, al igual que el caso de la prohibición de la conciliación en los casos contemplados por este proyecto, aplicando con preferencia la ley posterior sobre la ley anterior, complementada particularmente con el supuesto que la ley especial también prevalece sobre la general.

Con respecto al juzgamiento de menores como adultos, cuando pueden discernir sobre la ilicitud de sus actuaciones, el Art. 32 del proyecto menciona que cuando un menor comprendido entre las edades de doce a dieciocho años, se le imputare la comisión de un delito y la Fiscalía General de la República advierta que posee discernimiento de adulto, solicitará al juez de menores que evalúe esta situación, y si considera que tiene discernimiento de adulto, lo declarará como menor habilitado, aplicándose lo previsto en el Código Penal y Procesal Penal. En este caso, el juez se auxiliará del equipo multidisciplinario que tenga a su cargo y podrá ordenar las pericias que estime conveniente.

Sobre esta disposición, tal como se manifestara en el Boletín de Estudios Legales de FUSADES, de agosto de dos mil tres, reiteramos que este tipo de norma no viola la Convención sobre los Derechos del Niño, ni precepto constitucional alguno, tomando en cuenta que la Constitución en su Art. 35 inc. segundo estipula que, “la conducta antisocial de los menores que constituya delito o falta, estará sujeta a un régimen

jurídico especial". En este contexto, este régimen jurídico especial está contenido en la Ley del Menor Infractor, en el cual se conceden todas las garantías que establece la Convención sobre los Derechos del Niño. La Constitución no menciona, que este régimen especial debe ser absoluto y único, en cuyo caso, dentro de un régimen están permitidas las excepciones cuando el caso concreto así lo requiera.

En este orden de ideas, el espíritu creador del régimen especial para menores es la necesidad de protegerlos, de reeducarlos y de reinsertarlos en la sociedad, dada su especial condición de niños, en contra de una sanción gravosa, que dificulte o imposibilite los supuestos del régimen de protección, siempre y cuando no comprendieren la ilicitud de su obrar. Por ejemplo, cuando un niño lanza una piedra a un automóvil, no necesariamente posee el elemento subjetivo (dolo) de cometer un acto ilícito, pues posiblemente su intención era otra distinta de cometer un daño; es posible que no dilucide las consecuencias que ese acto pudiese acarrearle. En este tipo de casos, se justifica la aplicación de un régimen especial, pero en el caso que un menor de diecisiete años, cometa diecisiete homicidios, es imposible argumentar que éste no posee, discernimiento de su conducta ilícita (por la repetición de los hechos y por consecuencias de los mismos). En este último caso, no castigar al culpable con una pena adecuada a sus delitos, es una impunidad, no es una protección a un niño inocente.

La habilitación de edad debe de proceder igualmente en el caso que el sujeto activo no sea miembro de uno de estos grupos; por el principio de igualdad no puede otorgársele un tratamiento diferente a un menor cuando sea un marero; esta disposición sobre la habilitación de edad junto su procedimiento también debe ser incluida en la Ley del Menor Infractor, de esta forma se procedería idénticamente cuando el menor a quien se le imputen los delitos fuere miembro de mara o un delincuente común.

Finalmente, la estrategia económica y social de FUSADES para los años 2004-2009, en su apartado sobre seguridad personal, recomienda adoptar una actitud agresiva de enfrentamiento a las maras, reuniendo los esfuerzos de la Policía Nacional Civil, la Fiscalía General de la República y el sistema judicial.

Todos los sectores de la población, debemos estar conscientes del peligro inminente que representan las maras, el cual necesita medidas de atención inmediatas; la aprobación de un marco regulatorio permanente como arma de carácter represivo, es una buena opción a corto plazo para combatir las; pero una ley por si misma no es la solución a este delicado fenómeno social. Es importante complementar una legislación con más herramientas, no necesariamente de orden jurídico, sino en el campo de la educación, la familia, los valores morales etc., como medidas a mediano y largo plazo, que en forma conjunta nos llevarían a la solución del problema; aisladas, solamente serán intentos fallidos de alcanzar ese fin.

Es deber de todos los órganos del estado actuar de forma responsable respecto de esta situación, su único propósito debe ser el de solventar de forma conjunta este peligroso problema. Se necesita una aportación contundente, de cada uno de ellos dentro de sus respectivas esferas de competencia; dicha aportación debe demostrar una verdadera voluntad de resolver esta etapa de incertidumbre, para lo cual es indispensable dejar a un lado cualquier clase de influencia política.