

(In)debido proceso

Análisis de las reformas
que acompañan el régimen
de excepción en El Salvador



Las reformas penales sustantivas



(In)debido proceso

Análisis de las reformas que acompañan el régimen de excepción en El Salvador

Las reformas penales sustantivas

CONTENIDO

Introducción	3
I. Descripción de las reformas legales	4
1.1 Reforma al delito de violación y agresión sexual agravada (art. 162 CP)	4
1.2 Reforma al delito de Agrupaciones ilícitas (art. 345 CP)	5
1.3 Reforma a la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas	5
1.4 Reforma a la Ley Especial contra Actos de Terrorismo (art.. 4 y 13)	5
1.5 Reforma a la Ley Penal Juvenil (art.. 8, 15 y 17)	6
1.6 Reforma a la Ley Especial contra el Delito de Extorsión (art.. 3 y 4)	6
1.7 Nuevo delito: Elaboración y reproducción ilegal de mensajes, señales, denominaciones o propaganda alusivas a maras o pandillas (art. 345- C CP)	6
1.8 Reforma a la Ley de Proscripción de Maras, Pandillas, Agrupaciones y Organizaciones de Naturaleza Criminal (art. 1)	7
1.9 Nuevo delito: Casos Especiales de Fraude Electoral (art. 295-B CP).	7
II. Marco jurídico aplicable (a nivel internacional y constitucional)	8
2.1. A nivel constitucional	8
2.2. A nivel internacional	9
III. Análisis de las reformas	11
3.1. Finalidad y justificación de las reformas	11
3.2 La reforma contradicen los fines y proporcionalidad de la pena	12
3.3. La reforma viola la Constitución y tratados internacionales sobre la justicia penal aplicable a niños, niñas y adolescentes	14
3.4. La reforma vulnera el derecho a la libre expresión e información	16
IV. Impacto de las reformas	18
V. Conclusiones	19

Julios 2023

Introducción

El Salvador atraviesa desde hace un año y meses un grave retroceso en el respeto de los derechos fundamentales y las garantías judiciales. El presidente Nayib Bukele promovió ante la Asamblea Legislativa el denominado régimen de excepción (en adelante “el Régimen”), aprobado el 27 de marzo de 2022. Este régimen suspende los derechos y garantías constitucionales regulados en los artículos 7, 12 inciso segundo, 13 inciso segundo, y 24, en relación con el artículo 131 ordinal 27, y artículo 29 de la Constitución de la República.

La adopción de esta medida extraordinaria trajo consigo una serie de reformas en materia penal sustantiva y procesal penal, destinadas a servir de soporte a un endurecimiento del aparato represivo del Estado. El gobierno justificó la adopción del régimen en el incremento de homicidios experimentado a finales del mes de marzo del 2022.

En este segundo documento se presentan, de manera cronológica, las reformas penales sustantivas aprobadas en el marco del régimen de excepción (que incluyen tanto modificaciones a la tipificación de delitos existentes, como la creación de nuevos delitos) confrontándolas con el texto normativo reformado. Por razones de espacio no se reproducen las reformas ni la norma reformada, pero se describen ambas para su mejor entendimiento. Asimismo, se expone el marco normativo constitucional e internacional bajo el que tales reformas nacen, a efecto de proveer una aproximación de su concordancia con el texto constitucional y los tratados internacionales vigentes en El Salvador.

Seguidamente, se expone un análisis de las reformas penales sustantivas, a la luz de ambos parámetros normativos, nacional e internacional, a efectos de identificar su compatibilidad con ellos. El análisis se realiza por temas atendiendo al objeto de las reformas. El denominador común en todas ellas es el incremento de las penas. Por último, en las conclusiones se desarrolla una síntesis de lo más relevante expuesto en los diferentes apartados.

I. Descripción de las reformas legales

En el marco del régimen de excepción, la Asamblea Legislativa reformó el Código Penal¹ (en adelante “CP”) y diversas leyes penales especiales. Dichas leyes fueron creadas para reprimir el fenómeno de las maras o pandillas, que se encontraba fuera de control. Esta falta de control puede ser atribuida a políticas públicas erradas para el tratamiento de este fenómeno y también a su enquistamiento progresivo en estructuras del poder político y económico, durante las gestiones de gobierno posteriores a la firma de los Acuerdos de Paz.

El común denominador de las reformas penales sustantivas es el aumento de las penas, a través de la modificación de delitos existentes o la creación de nuevos delitos.

1.1 REFORMA AL DELITO DE VIOLACIÓN Y AGRESIÓN SEXUAL AGRAVADA (ART. 162 CP)

La reforma abarca cuatro artículos: art. 158 (Violación), art. 159 (Violación en Menor o Incapaz), art. 160 (Otras Agresiones Sexuales) y art. 161 (Agresión Sexual en Menor e Incapaz). Las penas para estos delitos oscilaban entre los 3 y 20 años de prisión. La reforma aumentó la pena de prisión de 20 a 30 años si quienes cometen el delito de violación y agresión sexual agravada son miembros de grupos terroristas, o integran maras, pandillas o cualquier otra agrupación criminal².

1 Código Penal de El Salvador. Decreto No. 1030. Disponible en: <https://www.asamblea.gob.sv/sites/default/files/documents/decretos/A2598AEF-FBC2-4D3E-A855-2C12EA7A4D52.pdf>

2 Asamblea Legislativa de la República de El Salvador. Decreto Legislativo 337. 30 de marzo de 2022. Disponible en: <https://www.asamblea.gob.sv/sites/default/files/documents/decretos/BC86F420-8646-4F56-B9BC-EC48F0D20D38.pdf>

1.2 REFORMA AL DELITO DE AGRUPACIONES ILÍCITAS (ART. 345 CP)

Este delito es un tipo penal que describe varias conductas, las cuales son sancionadas con penas que van desde los 3 hasta los 15 años de prisión. Con la reforma, el sólo hecho de pertenecer a alguna de las agrupaciones, asociaciones u organizaciones mencionadas en el artículo 1 de la Ley de Proscripción de Maras, Pandillas, Agrupaciones, Asociaciones y Organizaciones de Naturaleza Criminal (en adelante “la Ley de Proscripción de Maras”) se castiga con 20 a 30 años de cárcel³. Otras conductas de este mismo delito sufren aumentos de penas que van desde la mínima de 20 años a la máxima de 45 años de prisión.

1.3 REFORMA A LA LEY REGULADORA DE LAS ACTIVIDADES RELATIVAS A LAS DROGAS

Antes de la reforma, las penas para los delitos contemplados en esta ley oscilaban entre 3 y 15 años de prisión, algunos delitos podían llegar a un máximo de 20 años por la concurrencia de una agravante particular o una agravante general regulada en su art. 54. Como resultado de la reforma, todos los delitos comprendidos en esta ley se castigan con una pena de 20 a 30 años de prisión si son cometidos por miembros de grupos terroristas, maras, pandillas o cualquier otra agrupación criminal mencionada en el artículo 1 de la Ley de Proscripción de Maras⁴.

1.4 REFORMA A LA LEY ESPECIAL CONTRA ACTOS DE TERRORISMO (ARTS. 4 Y 13)

Como consecuencia de la reforma, en la definición “organizaciones terroristas” se incluye una referencia al artículo 1 de la Ley de Proscripción de Maras. Este delito contemplaba varias conductas que podían ser sancionadas con penas de 8 a 15 años de prisión, pero con las reformas, si una persona forma parte de una organización terrorista será sancionado con una pena de prisión de 15 a 20 años. Si la persona es jefe, dirigente o cabecilla puede ser sancionada hasta con 30 a 40 años de prisión⁵.

³ Idem.

⁴ Asamblea Legislativa de la República de El Salvador. Decreto Legislativo 338. 30 de marzo de 2022. Disponible en: <https://www.asamblea.gob.sv/sites/default/files/documents/decretos/E9D2E8B6-34E1-483F-9674-183642574CE2.pdf>

⁵ Asamblea Legislativa de la República de El Salvador. Decreto Legislativo 341. 30 de marzo de 2022. Disponible en: <https://www.asamblea.gob.sv/sites/default/files/documents/decretos/18515D69-2D5C-45DF-8B87-7D45156FAA97.pdf>

1.5 REFORMA A LA LEY PENAL JUVENIL (ARTS. 8, 15 Y 17)

La Ley Penal Juvenil establecía la medida de *internamiento* como la más grave que se podía imponer a un menor que había cometido un delito o falta. Este internamiento no podía superar los 7 años y en caso de delitos graves podía llegar hasta los 15 años. Como resultado de la reforma se incluyó la pena de *prisión* para personas menores de edad, y desde entonces, es posible imponer una pena de hasta 20 años de cárcel a niños, niñas y adolescentes de 16 a 18 años y de hasta 10 años de cárcel si tienen entre 12 a 16 años cumplidos. La condición para imponer esta pena es que los delitos sean cometidos por niños, niñas o adolescentes miembros de grupos terroristas, maras, pandillas o cualquier otra agrupación criminal mencionada en el artículo 1 de la Ley de Proscripción de Maras⁶. Otros aspectos de la reforma a esta ley son abordados en el apartado de análisis de la misma.

1.6 REFORMA A LA LEY ESPECIAL CONTRA EL DELITO DE EXTORSIÓN (ARTS. 3 Y 4)

El delito de extorsión antes de las reformas tenía fijada una pena de hasta 15 años de prisión y, al concurrir una agravante podría elevarse la pena hasta 20 años. A partir de la reforma se considera una agravante si quien comete el delito de extorsión es una persona que pertenezca a maras o cualquier otra agrupación criminal mencionada en el artículo 1 de la Ley de Proscripción de Maras; al presentarse dicha agravante se impondrá una pena de 20 a 30 años de prisión⁷. Asimismo, en el delito de *proposición* y *conspiración* en los casos de extorsión y extorsión agravada, la pena aumentó: antes era de 2 a 5 años de prisión y ahora es de 10 a 15 años⁸.

1.7 NUEVO DELITO: ELABORACIÓN Y REPRODUCCIÓN ILEGAL DE MENSAJES, SEÑALES, DENOMINACIONES O PROPAGANDA ALUSIVAS A MARAS O PANDILLAS (ART. 345- C CP)

Este nuevo delito sanciona con una pena de prisión de 10 a 15 años a quien “elabore, participe en su elaboración, facilite o fabrique, textos, pinturas, diseños, dibujos, grafitis o cualquier forma de expresión visual que transmitan mensajes que haga alusión a las diferentes agrupaciones, o asociaciones criminales terroristas de maras o pandillas”. También se sanciona con la misma pena a “quienes,

6 Asamblea Legislativa de la República de El Salvador. Decreto Legislativo 342. 30 de marzo de 2022. Disponible en: <https://www.asamblea.gob.sv/sites/default/files/documents/decretos/F206BC53-441C-4D71-93FF-FCEF3C15FC89.pdf>

7 Asamblea Legislativa de la República de El Salvador. Decreto Legislativo 343. 30 de marzo de 2022. Disponible en: <https://www.asamblea.gob.sv/sites/default/files/documents/decretos/1383BA5D-C84A-40C5-8937-A0476401259F.pdf>

8 Id.

por medio del uso de las tecnologías de la comunicación y la información, medios de comunicación radial, televisivo, escrito o digitales, reproduzcan y transmitan mensajes o comunicados originados o presuntamente originados por dichos grupos delincuenciales, que pudieran generar zozobra y pánico a la población en general”⁹.

1.8 REFORMA A LA LEY DE PROSCRIPCIÓN DE MARAS, PANDILLAS, AGRUPACIONES Y ORGANIZACIONES DE NATURALEZA CRIMINAL (ART. 1)

La reforma declara ilegales y prohíbe “a los medios de comunicación radial, televisivo escrito o digitales, la reproducción y transmisión de mensajes o comunicados originados o presuntamente originados por dichos grupos delincuenciales, que pudieran generar zozobra y pánico en la población”¹⁰.

1.9 NUEVO DELITO: CASOS ESPECIALES DE FRAUDE ELECTORAL¹¹ (ART. 295-B CP)

A este nuevo delito se le asigna una pena de 10 a 15 años de prisión, la cual se aumentará en una tercera parte en algunos supuestos. Si la persona que comete este delito es miembro de maras o pandillas o cualquier estructura del crimen organizado, la sanción será de 20 a 30 años de prisión.

⁹ Asamblea Legislativa de la República de El Salvador. Decreto Legislativo 349. 05 de abril de 2022. Disponible en: <https://www.asamblea.gob.sv/sites/default/files/documents/decretos/7C9EEACE-5BEA-4546-81E3-78AC54160C1E.pdf>

¹⁰ Asamblea Legislativa de la República de El Salvador. Decreto Legislativo 350. 05 de abril de 2022. Disponible en: <https://www.asamblea.gob.sv/sites/default/files/documents/decretos/A79FF372-D786-4E56-84DC-A6475EB2B294.pdf>

¹¹ Asamblea Legislativa de la República de El Salvador. Decreto Legislativo 649. 18 de enero de 2023. Disponible en: <https://www.asamblea.gob.sv/sites/default/files/documents/decretos/FFEF734A-2C5F-483E-AC29-03413FB68C0F.pdf>

II. Marco jurídico aplicable (a nivel internacional y constitucional)

Las reformas penales sustantivas surgieron para hacer efectivo el régimen de excepción. Sin embargo, han sido adoptadas dentro de un marco jurídico preexistente, conformado por el ordenamiento constitucional y por la normativa internacional vigente en El Salvador según el art. 144 de la Constitución¹². Como se muestra a continuación, este marco jurídico contiene reglas claras sobre el balance que debe existir entre la facultad punitiva del Estado ante situaciones de afectación del orden público y la protección de los derechos y libertades de las personas.

2.1. A NIVEL CONSTITUCIONAL

El artículo 1 de la Constitución, en sus incisos primero y último, establece que “[e]l Salvador reconoce a la persona humana como el origen y el fin de la actividad del Estado, que está organizado para la consecución de la justicia, de la seguridad jurídica y del bien común (...) En consecuencia, es obligación del Estado asegurar a los habitantes de la República, el goce de la libertad, la salud, la cultura, el bienestar económico y la justicia social”.

Esta declaración constituye el eje sobre el que debe girar la actividad del Estado, colocando a la persona humana y su dignidad en el centro de esa actividad. De ello se deriva la obligación del Estado de considerar a la persona como un fin en sí misma y nunca como un medio para la consecución de otros objetivos, así como de respetar y garantizar sus derechos fundamentales, constituyendo ese reconocimiento el primer y más importante límite de la actividad estatal orientada a la disuasión y la represión del delito.

¹² Art. 144.- Los tratados internacionales celebrados por El Salvador con otros Estados o con organismos internacionales, constituyen leyes de la República al entrar en vigencia, conforme a las disposiciones del mismo tratado y de esta Constitución

Posteriormente, la Constitución menciona los derechos a la vida, la integridad física y la libertad personal. El inciso primero del artículo 2 de la Constitución contempla que *“[t]oda persona tiene derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la libertad, a la seguridad, al trabajo, a la propiedad y posesión, y a ser protegida en la conservación y defensa de los mismos”*.

El artículo 11 enfatiza esos derechos con orientación a su protección y defensa, al establecer que *“[n]inguna persona puede ser privada del derecho a la vida, a la libertad, a la propiedad y posesión, ni de cualquier otro de sus derechos sin ser previamente oída y vencida en juicio con arreglo a las leyes; ni puede ser enjuiciada dos veces por la misma causa”*.

Por su parte, la libertad de expresión y difusión del pensamiento tiene su fundamento constitucional en el artículo 6: *“Toda persona puede expresar y difundir libremente sus pensamientos siempre que no subvierta el orden público, ni lesione la moral, el honor, ni la vida privada de los demás. El ejercicio de este derecho no estará sujeto a previo examen, censura ni caución; pero los que haciendo uso de él infrinjan las leyes, responderán por el delito que cometan”*.

Respecto a la pena de prisión, el artículo 27 constitucional establece que *“[s]e prohíbe la prisión por deudas, las penas perpetuas, las infamantes, las proscriptivas y toda especie de tormento. (...) El Estado organizará los centros penitenciarios con (el) objeto de corregir a los delincuentes, educarlos y formarles hábitos de trabajo, procurando su readaptación y la prevención de los delitos”*.

En lo que concierne a la justicia de niños, niñas y adolescentes, la Constitución sienta las bases para un régimen especial. El artículo 34 señala que *“[t]odo menor tiene derecho a vivir en condiciones familiares y ambientales que le permitan su desarrollo integral, para lo cual tendrá la protección del Estado. La ley determinará los deberes del Estado y creará las instituciones para la protección de la maternidad y de la infancia”*.

En consonancia con lo anterior el artículo 35 contempla que *“[e]l Estado protegerá la salud física, mental y moral de los menores, y garantizará el derecho de éstos a la educación y a la asistencia. La conducta antisocial de los menores que constituya delito o falta estará sujeta a un régimen jurídico especial”*.

2.2. A NIVEL INTERNACIONAL

- **Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) y Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP)¹³:** Los derechos afectados por las reformas penales sustantivas contenidos en la CADH son: vida (artículo 4), integridad personal (artículo 5), libertad personal

¹³ Suscrita el 22 de noviembre de 1969 en San José, Costa Rica, entró en vigencia el 18 de julio de 1978; ratificada por El Salvador el 15 de junio de 1978.

(artículo 7) y libertad de pensamiento y de expresión (artículo 13). El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP)¹⁴ protege los derechos mencionados en sentido similar en los artículos 6, 7, 9, 10 y 19.

Para los fines de este documento, destaca que el artículo 10 del PIDCP regula el trato humano y con dignidad a toda persona privada de libertad. El mismo artículo indica la finalidad del sistema penitenciario, el cual es la reforma y readaptación social. También establece la separación de los niños, niñas y adolescentes de las personas adultas privadas de libertad.

- **Reglas Mínimas de las Naciones Unidas Sobre las Medidas no Privativas de Libertad (Reglas de Tokio)¹⁵:** La Regla 1.4 establece que los Estados se esforzarán por alcanzar un equilibrio entre los derechos de las personas que delinquen, los derechos de las víctimas y el interés de la sociedad en la seguridad pública y la prevención del delito. La Regla 1.5 recoge el compromiso de los Estados de introducir medidas no privativas de la libertad en sus ordenamientos jurídicos para proporcionar otras opciones, y así reducir la aplicación de las penas de prisión, teniendo en cuenta el respeto de los derechos humanos.
- **Convención de los Derechos del Niño¹⁶:** En su art. 37.b) establece que “[l]os Estados velarán porque: *Ningún niño sea privado de su libertad ilegal o arbitrariamente. La detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevará a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda*”.

Por su parte, el artículo 40.1 recoge el derecho de todo niño o niña que sea acusado/a o declarado/a culpable de infringir las leyes penales, a que se le brinde un trato acorde con el fomento de su sentido de la dignidad y el valor, que fortalezca su respeto por los derechos humanos de terceros. Además, dicho tratamiento debe tener en cuenta la edad de la niña o el niño, la importancia de promover su reintegración y de que asuma una función constructiva en la sociedad.

Destaca también el artículo 40.3.a) de la Convención, que contempla la obligación de los Estados de establecer una edad mínima antes de la cual se presumirá que los niños y las niñas no tienen capacidad para infringir las leyes penales.

- **Reglas Mínimas para la Administración de Justicia de Menores¹⁷:** En la Regla 4.1, se establece la mayoría de edad penal para las personas menores de edad, la cual no deberá fijarse a una edad demasiado temprana, tomando en cuenta la madurez emocional, mental e intelectual.

14 Suscrito el 16 de diciembre de 1966; entró en vigor el 23 de marzo de 1976; ratificado por El Salvador el 23 de noviembre de 1979.

15 Adoptada por la Conferencia de las Naciones Unidas el 14 de diciembre de 1990.

16 Adoptada por la Asamblea General en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989; ratificada por El Salvador el 27 de abril de 1990.

17 Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 28 de noviembre de 1985.

III. Análisis de las reformas

3.1. FINALIDAD Y JUSTIFICACIÓN DE LAS REFORMAS

Las reformas penales sustantivas, en su mayoría, fueron aprobadas el 30 de marzo del 2022, tres días después de decretado el régimen de excepción. Al revisar los considerandos de los decretos¹⁸ que dieron lugar a las reformas, se advierte que todos son similares,¹⁹ y que buscan servir de soporte para la implementación del régimen de excepción²⁰. En específico, lo expresado por la Asamblea Legislativa, la finalidad de las reformas es restablecer el orden y la seguridad ciudadana, así como el control territorial; cumplir con los deberes del Estado de protección y conservación de los derechos y libertades fundamentales ante el incremento de la actividad delictiva en todo el territorio nacional por parte de miembros de grupos terroristas, maras o pandillas, que causan alarma social y temor en la población.

Los decretos 349 y 350 merecen una mención especial, pues se relacionan con el derecho a la libertad de expresión. En el primero se sostiene que el ejercicio de dicho derecho se encuentra limitado en tanto no subvierta el orden público, y se menciona que las estructuras terroristas, maras o pandillas, utilizan técnicas de lenguaje visual (graffitis, textos, pinturas, dibujos) con el objetivo de ejercer el control territorial de zonas específicas. También tendrían la finalidad de generar mensajes de amenaza, muerte o de restricciones a la libertad, causando un impacto negativo en la población y afectando el orden público. En la motivación no se menciona la prohibición que afecta a los medios de comunicación social.

¹⁸ Considerando II de los Decretos 337, 338, 342, 343 y 349 y Considerando II del Decreto 350.

¹⁹ Que a efecto de cumplir con los deberes del Estado, en cuanto a la protección y conservación de esos derechos; y ante el incremento de la actividad delictiva por miembros terroristas, la Asamblea Legislativa a iniciativa del Presidente de la República por medio del Consejo de Ministro, emitió el Decreto Legislativo N° 333 de fecha 27 de marzo de 2022, publicado en el Diario Oficial N° 62, Tomo N° 434 de esa misma fecha, que comprende El Régimen de Excepción, cuya finalidad es proporcionar las herramientas y mecanismos jurídicos a las instituciones de seguridad pública, Policía Nacional Civil y Fuerza Armada de El Salvador, con miras a reestablecer el orden y la seguridad ciudadana, así como el control territorial.

²⁰ Dictado según decreto Legislativo 333 del 27 de marzo del 2022.

3.2 LA REFORMA CONTRADICEN LOS FINES Y PROPORCIONALIDAD DE LA PENA

La mayoría de los decretos revelan que la estrategia que el legislador consideró adecuada para reprimir la actividad de las maras o pandillas fue elevar el rango de las penas de las conductas delictivas cometidas por dichos grupos. Sólo los decretos 349 y 350 del año 2022 incorporan nuevas figuras penales, con penas también elevadas.

La apuesta del legislador penal por el endurecimiento de las penas como instrumento represivo y disuasivo del delito es una estrategia equivocada. La comunidad académica sostiene que no existe evidencia de que el aumento de las penas reduzca los delitos, o al menos, no existe una relación causal entre el endurecimiento de las penas de cárcel y la disminución de la criminalidad²¹.

Además, el incremento de penas se aparta de los verdaderos fines que las más modernas teorías criminológicas le asignan, que es rehabilitar para la vida en sociedad a la persona que comete un delito²². Ello es concordante con lo regulado en el inc. 3° del art. 27 constitucional cuando establece que “[e]l Estado organizará los centros penitenciarios con (el) objeto de corregir a los delincuentes, educarlos y formarles hábitos de trabajo, procurando su readaptación y la prevención de los delitos.”

Respecto a la creación del delito, el legislador tiene una amplia facultad para asignar la pena. Sin embargo, esa potestad no es ilimitada, pues varias disposiciones de la Constitución salvadoreña imponen límites fijados por los principios de legalidad, dignidad humana y proporcionalidad²³.

Las penas presentan dos momentos en su configuración²⁴: el momento legislativo o abstracto, y el momento judicial o concreto, en que la pena es aplicada. En el primer momento, el marco normativo constitucional impone a través de estos principios, límites que determinan que las penas que se fijen sean proporcionales a los bienes jurídicos que protegen. Así, aquellos bienes jurídicos más cercanos a la dignidad humana –como la vida, integridad física, libertad personal–deberían ser protegidos con penas más graves que aquellos bienes jurídicos más alejados de ella, incluyendo bienes jurídicos de

21 Ver por ejemplo: Renna Casco, Diego, “Aumento de penalidad no disminuye delincuencia”. Disponible en <https://www.abc.com.py/edicion-impres/suplementos/judicial/aumento-de-penalidad-no-disminuye-la-delincuencia-625309.html#:~:text=La%20tendencia%20o%20el%20pensamiento,más%20prisión%20%3D%20menos%20delito> y CNDH, Racionalización de la pena de prisión, colección de pronunciamientos penitenciarios, disponible en <https://appweb.cndh.org.mx/biblioteca/archivos/pdfs/Racionalizacion-pena-de-prision.pdf>

22 En la sentencia de Inconstitucionalidad 22-2007 AC de fecha 24 de agosto de 2015, se estableció: “*Yes que debe tenerse en cuenta que el inc. 3° del art. 27 Cn., es claro en afirmar que la finalidad de la ejecución de la pena es brindar al condenado las condiciones favorables a su desarrollo personal, que le permitan integrarse a la vida en sociedad al momento de recobrar su libertad, por lo que la magnitud de las penas abstractamente diseñadas no se encuentra fuera de ese margen y finalidad*”.

23 Principio de Legalidad, Arts. 15 y 86 Cn. Principio de dignidad humana, Arts. 1,2,4,10,11 y 27 Cn. Principio de Proporcionalidad, Arts. 1,2,27 y 246 Cn.

24 Sentencia de Inconstitucionalidad 22-2007 AC/Cit.: “*Debe recordarse -apunta- que la proporcionalidad se mide en dos escenarios: el legislativo y el judicial; el primero a la hora de establecer los delitos y sus penas y el segundo al imponerse la pena en el caso concreto. Así, no es posible castigar más gravemente conductas menos importantes y trascendentes, y castigar con penas leves conductas gravemente atentatorias contra los bienes jurídicos importantes. Con base en estos parámetros -sostuvo-, el legislador determina la pena que se considera justa y proporcional al hecho realizado*”.

carácter patrimonial. En el momento judicial, serán las personas juzgadoras quienes determinen bajo parámetros de gravedad del delito y el grado de responsabilidad de la persona responsable, la pena a imponer. También aquí podría suceder que, a través del control de constitucionalidad o convencionalidad, se analice si la pena asignada al delito cumple con el principio de proporcionalidad.

Al respecto, la Corte IDH en su jurisprudencia ha expresado:

“[A]un cuando [esta Corte] no puede, ni lo pretende, sustituir a la autoridad nacional en la individualización de las sanciones correspondientes a delitos previstos en el derecho interno, el Tribunal observa la falta de proporcionalidad que se advierte entre la respuesta del Estado a las expresiones vertidas por el señor Usón Ramírez y el bien jurídico supuestamente afectado – el honor o reputación de las Fuerzas Armadas. Al respecto, el Tribunal reitera que la racionalidad y proporcionalidad deben conducir la conducta del Estado en el desempeño de su poder punitivo, evitando así tanto la lenidad característica de la impunidad como el exceso y abuso en la determinación de penas”²⁵.

Las reformas penales sustantivas analizadas vulneran los principios de legalidad, dignidad humana y proporcionalidad. El aumento desmedido y excesivo de las penas implementado, reduce la finalidad humanista del régimen penitenciario salvadoreño, enunciado en su artículo 27 constitucional, a raíz del deterioro que el encierro provoca en la persona. Ese prolongado tiempo en prisión se convierte muchas veces en una escuela reproductora de personas que delinquen.

Las penas excesivamente altas también pueden atentar contra el principio de la dignidad de la persona, la cual deriva de su condición de ser humano, y no de sus hechos o de su comportamiento. Someter casi indefinidamente a una persona al poder punitivo del Estado la reduce a un objeto que se debe controlar, a una mera existencia biológica que carece de proyección vital más allá de una celda. Cuando el tiempo de prisión es excesivo o desproporcionado, el Estado despoja al sujeto de su derecho a una vida digna de ser vivida. La persona es despojada absolutamente de su autonomía personal, de su derecho de decidir y proyectarse sobre los demás aspectos de su vida. Ello afecta el núcleo esencial de sus derechos, por el solo hecho de tener restringido uno de ellos: la libertad personal.

Las penas aumentadas por las reformas no cumplen con las exigencias del principio de proporcionalidad, pues en muchos casos los bienes jurídicos que se busca proteger no están íntimamente vinculados a la dignidad humana. Si bien es cierto que con las reformas se pretende evitar la pérdida de más vidas humanas, lesiones a la integridad personal y restricciones a la libertad de movilización de la

25 Corte IDH. Caso Usón Ramírez Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2009. Serie C No. 207, párr. 87.

población, es cierto también que esos bienes jurídicos ya están protegidos por otros delitos con penas proporcionales a su gravedad.

Los bienes jurídicos a los que responden o se mencionan en las reformas sustantivas son: derecho de asociación²⁶; la salud pública²⁷; la paz pública y la armonía de los Estados, el sistema democrático y la seguridad del Estado, el orden político y constitucional²⁸; el patrimonio, la autonomía personal, el orden económico²⁹; el ejercicio legítimo del derecho a la libertad de expresión, el orden público³⁰; la seguridad pública³¹; y el derecho de participación política a través del voto³².

3.3. LA REFORMA VIOLA LA CONSTITUCIÓN Y TRATADOS INTERNACIONALES SOBRE LA JUSTICIA PENAL APLICABLE A NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES

En El Salvador existe una remisión constitucional tácita a los tratados internacionales, a los cuales la norma primaria les da categoría de derecho interno (art. 144 Cn.); en ese sentido puede afirmarse que, al irrespetarse los principios y normas de los tratados se está irrespetando la misma norma constitucional.

El artículo 34 de la Constitución establece que los niños y niñas tienen derecho a vivir en condiciones familiares y ambientales que le permitan su desarrollo integral, para lo cual tendrán la protección del Estado. En esa línea, regula que la conducta antisocial cometida por niños o niñas que constituya delito estará sujeta a un régimen jurídico especial. Esto significa que debe apartarse del régimen común de las personas adultas procesadas o condenadas por delitos. Conlleva además que no se debe retroceder en los niveles de protección ya alcanzados en aplicación de la Constitución y los tratados internacionales, tomando en cuenta el interés superior de la niñez y demás principios orientadores conducentes a su desarrollo físico y espiritual integral.

En ese sentido, en la declaración de UNICEF del 07 de abril del 2022, titulada *Encarcelar a los niños, niñas y adolescentes no es la solución a la violencia de pandillas en El Salvador*, se expresa:

26 DL. 337 de reforma al delito de Agrupaciones Ilícitas.

27 DL. 338 de reforma a los delitos de la ley de drogas.

28 DL. 341 de reforma a la ley contra actos de terrorismo.

29 DL. 343 de reforma a la Ley contra el delito de extorsión.

30 DL. 349 de reforma que crea el art. 345 C, que castiga la elaboración y reproducción de mensajes de maras o pandillas.

31 DL. 350 de reforma a la ley de Proscripción de maras o pandillas, que declara ilegal cualquier forma de expresión de las organizaciones criminales y prohíbe a medios de comunicación su transmisión o reproducción

32 DL. 649 de reforma al Código Penal incorporando nuevos tipos penales en los Arts. 295 A, 295 B y 295 C.

“De acuerdo con la Convención sobre los Derechos del Niño, la detención sólo debe utilizarse como medida de último recurso y durante el menor tiempo posible. Encarcelar a los niños, niñas y adolescentes no proporciona un entorno que mejore su desarrollo ni promueve su reintegración como miembro positivo de la sociedad. La detención afecta a su salud y bienestar, y las pruebas demuestran que el encarcelamiento aumenta las posibilidades de que abandonen la escuela y cometa un delito más adelante en su vida, perpetuando así los ciclos de violencia, exclusión y pobreza³³.”

La Ley Penal Juvenil fijaba la medida de internamiento por un plazo máximo de siete años. Esta medida podía extenderse hasta 15 años en los casos de los delitos enlistados como graves en el inciso final del artículo 15 de la citada ley. Con la reforma se incorporó la pena de prisión para los niños, niñas y adolescentes que infrinjan la ley penal, la cual era exclusiva para personas adultas.

Así, el niño o niña que sea acusado/a de cometer un delito y de pertenecer a una organización criminal o de ser miembro de mara o pandilla, podría recibir una sentencia de hasta 20 años de prisión cuando hubiere cumplido 16 años y hasta de 10 años cuando hubiere cumplido 12 años. La reforma no define qué debe entenderse por pena de prisión para los niños, niñas o adolescentes, por lo que habrá que remitirse a la definición que hace el artículo 47 del Código Penal³⁴.

La reforma también establece que no será aplicable el máximo de noventa (90) días de duración de las medidas decretadas en forma provisional en los casos previstos en el inciso quinto del art. 15 de la LPJ, dejando su duración supeditada a lo que dure el proceso. De este modo, con la demora de tramitación de casos propia del régimen de excepción, podrían sobrepasarse por mucho los noventa días antes fijados.

Lo anterior representa un claro retroceso en el estándar de protección que la Constitución y los tratados internacionales consagran para los niños, niñas y adolescentes que infringen la ley penal. Esto tan solo en el ámbito regulatorio ya que en la práctica existe un atropello abierto y sistemático por parte del Estado a la protección que el marco constitucional e internacional le otorgan a los niños y las niñas³⁵.

33 Disponible en: <https://www.unicef.org/lac/comunicados-prensa/encarcelar-a-los-ninos-ninas-y-adolescentes-no-es-la-solucion-a-la-violencia-de-las-pandillas-en-el-salvador>

34 Código Penal de El Salvador, art. 47.- La pena de prisión es una limitación a la libertad ambulatoria de la persona, cuya magnitud dependerá del régimen de cumplimiento. La pena de prisión se ejecutará de conformidad con la Ley Penitenciaria.

35 En diciembre de 2022, Cristosal y Human Rights Watch reportaron que durante el régimen de excepción habían sido detenidos más de 1,600 niños y niñas. Disponible en: <https://www.hrw.org/es/report/2022/12/07/podemos-detener-quien-queramos/violaciones-generalizadas-de-derechos-humanos>

3.4. LA REFORMA VULNERA EL DERECHO A LA LIBRE EXPRESIÓN E INFORMACIÓN

La reforma creó el delito de *Elaboración y Reproducción Ilegal de Mensajes, Señales, Denominaciones o Propagandas Alusivas a Maras o Pandillas*, con el objetivo de proteger la paz pública como bien jurídico, pues vincula las conductas ilícitas a la actividad de estos grupos ya proscritos como criminales³⁶.

Este nuevo delito criminaliza y sanciona con 15 años de prisión a quienes, por medio del uso de las Tecnologías de la Comunicación y la Información, medios de comunicación radial, televisivo, escrito o digitales, reproduzcan y transmitan mensajes o comunicados originados o presuntamente originados por los grupos de maras o pandillas, que generen zozobra y pánico a la población en general.

Puede observarse que se ha tipificado como supuesto de hecho del delito, la conducta de *informar* a la población, propia de la labor periodística. Ello afecta no solo el derecho de informar sino el derecho de la ciudadanía a mantenerse informada. Ese conocimiento de lo que sucede es un elemento importante para el ejercicio de otros derechos. En distintas situaciones de violencia, la labor de los medios de comunicación ha sido fundamental para la población.

Además, existe una disociación entre la conducta que se reprocha –informar a la población– y el bien jurídico que se pretendería proteger, la paz pública. Anular el conocimiento de los hechos no produce como efecto directo la paz pública, la que se obtiene más bien atendiendo a los factores que la perturban, y no negando u ocultando esos factores. Con ello, se termina criminalizando el legítimo ejercicio periodístico.

Además, en el nuevo delito se coloca como sujetos activos del delito a quienes ejercen la labor de informar. Esto equipara a quienes informan, con las personas que ejecuta la conducta primeramente reprochada, es decir, elaborar, participar en la elaboración, facilitar o fabricar, textos, pinturas, diseños, dibujos, grafitis o cualquier forma de expresión visual que transmitan mensajes que haga alusión a las diferentes agrupaciones criminales. Por último, puede advertirse que el tipo penal tampoco exige dolo o intención por parte de quienes ejercen la labor de informar, de causar una lesión a la paz pública.

En su jurisprudencia sobre el tema, la Corte IDH ha sostenido que:

“[N]o estima contraria a la Convención cualquier medida penal a propósito de la expresión de informaciones u opiniones, pero esta posibilidad se debe analizar con especial cautela, ponderando al respecto la extrema

³⁶ Art. 1. Ley de Proscripción de Maras, Pandillas, Agrupaciones, Asociaciones y Organizaciones de Naturaleza Criminal.

gravedad de la conducta desplegada por el emisor de aquéllas, el dolo con que actuó, las características del daño injustamente causado y otros datos que pongan de manifiesto la absoluta necesidad de utilizar, en forma verdaderamente excepcional, medidas penales. En todo momento la carga de la prueba debe recaer en quien formula la acusación. En este orden de consideraciones, la Corte observa los movimientos en la jurisprudencia de otros Tribunales encaminados a promover, con racionalidad y equilibrio, la protección que merecen los derechos en aparente pugna, sin mellar las garantías que requiere la libre expresión como baluarte del régimen democrático³⁷.”

37 Corte IDH. Caso Kimel Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de mayo de 2008. Serie C No. 177, párr. 78.

IV. Impacto de las reformas

Las reformas penales sustantivas han tenido hasta la fecha y lo tendrán a futuro, diversos impactos en la población, que pueden ser caracterizados de la siguiente manera:

- a)** Las penas elevadas provocarán que los centros de cumplimiento de penas alberguen una población penitenciaria elevada que rebase rápidamente la capacidad instalada. Ello provocará un hacinamiento que favorecerá la propagación de enfermedades, además de potenciales conflictos entre personas detenidas. Además, elevará el presupuesto público destinado al mantenimiento de la infraestructura penitenciaria y a la provisión de condiciones básicas a las personas privadas de la libertad.
- b)** Las penas elevadas eliminarán o reducirán drásticamente la posibilidad de readaptación o rehabilitación social de las personas privadas de libertad.
- c)** Las penas elevadas y el gran número de personas detenidas generará otros problemas sociales: una gran mayoría de personas detenidas bajo el régimen de excepción son proveedores primarios de sus familias para sostener sus necesidades básicas.
- d)** Los niños, las niñas y adolescentes en conflicto con la ley penal sufrirán la interrupción de su desarrollo psicológico y emocional connatural a su desarrollo físico, debido a la adopción de la pena de prisión y a lo elevado de la misma.
- e)** La prohibición y sanción al legítimo ejercicio del derecho a informar, coloca a la población en una posición vulnerable al no estar en la posibilidad de informarse adecuadamente y tomar decisiones sobre el ejercicio de otros derechos y libertades.
- f)** La calificación de El Salvador se ve perjudicada ante organismos internacionales y gobiernos extranjeros cooperantes de proyectos sociales, al observar la implementación de medidas atentatorias contra la dignidad humana como el aumento desproporcionado de las penas, que reduce a las personas a su mera existencia biológica y anula casi por completo la posibilidad de reconstruir sus proyectos de vida.

V. Conclusiones

- El régimen de excepción en El Salvador ha sido acompañado por reformas del Código Penal salvadoreño y a leyes penales especiales creadas con anterioridad, y que buscaban reprimir el fenómeno de las maras o pandillas.
- El común denominador de estas reformas es el aumento de las penas asignadas a los delitos cometidos por los grupos terroristas, maras o pandillas, o al mero hecho de pertenecer a ellos, como una estrategia para reprimir su accionar.
- Cuando se crea el delito el legislador tiene una amplia facultad para asignar la pena. Sin embargo, esa potestad no es ilimitada. La Constitución de la República impone límites fijados por los principios de legalidad, dignidad humana y proporcionalidad.
- Las penas sumamente altas atentan contra la dignidad de la persona, reconocida a nivel constitucional y en los tratados internacionales vigentes para El Salvador, y que deriva de su condición de ser humano, más allá de sus actos o conductas. Someter a una persona casi indefinidamente al poder punitivo del Estado, no la concibe como un fin en sí misma, sino que la reduce a un objeto que se debe controlar, a una mera existencia biológica que carece de proyección vital más allá de una celda.
- Las penas aumentadas por las reformas no son proporcionales, pues muchas de ellas no buscan proteger bienes jurídicos vinculados directamente con la persona, sino bienes colectivos como la seguridad o la paz pública. A ese respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que la racionalidad y proporcionalidad deben conducir la conducta del Estado en el desempeño de su poder punitivo.
- El aumento desproporcionado de las penas defrauda la finalidad humanista que la Constitución salvadoreña, en su artículo 27, asigna al régimen penitenciario, vinculada a la readaptación y reinserción social de las personas detenidas.

- Particularmente preocupantes son las reformas a la Ley Penal Juvenil, que representan un claro retroceso en el estándar de protección que la Constitución y los tratados internacionales señalan para niños, niñas y adolescentes que infringen la ley penal. Estas reformas introducen la pena de prisión que antes no existía, y regula penas de hasta de 20 años para adolescentes mayores de 16 años y de 10 años para niñas y niños mayores de 12 años.
-
- Otras reformas penales sustantivas también lesionan la libertad de expresión, al criminalizar la legítima labor periodística de informar a la población, afectando el derecho de la ciudadanía a mantenerse informada.
-

