

52-2003/56-2003/57-2003

Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, San Salvador a las quince horas del día uno de abril de dos mil cuatro.

Los presentes procesos de inconstitucionalidad acumulados han sido promovidos: el primero por el ciudadano Aldonov Frankeko Álvarez, de veintiocho años de edad, abogado y notario, del domicilio de Santa Tecla; el segundo por los ciudadanos Claudia Marlene Reyes Linares, de veintisiete años de edad, enfermera, y José Heriberto Henríquez, de treinta y seis años de edad, empleado, ambos del domicilio de San Salvador; y el tercero por la licenciada Beatrice Alamanni de Carrillo, en su carácter de Procuradora para la Defensa de los Derechos Humanos; para que en sentencia definitiva este tribunal declare la inconstitucionalidad, por vicio en su contenido, de los arts. 1 a 6, 8 a 11, 16, 18, 19, 21, 22, 23 inc. 1º, 24 a 27 y 29 a 45 del Decreto Legislativo n° 158, de 9-X-2003, publicado en el Diario Oficial n° 188, tomo 361, correspondiente al 10-X-2003, que contiene la *Ley Antimaras (LAM)*, por violación al Preámbulo y a los arts. 1 incs. 1º y 3º, 2 inc. 1º, 3 inc. 1º, 6 inc. 1º, 7, 8, 11 inc. 1º, 12 inc. 1º, 15, 27 inc. 3º, 35 inc. 2º, 193 ords. 3º y 4º y 246 inc. 1º de la Constitución.

El cuerpo normativo al cual pertenecen las disposiciones impugnadas está precedido por los siguientes Considerandos:

"I. Que conforme al Art. 1º de la Constitución de la República, la razón de ser y el fin último de la existencia del Estado salvadoreño es asegurar, entre otras cosas, el bien común".

"II. Que conforme el Art. 2, también de la Constitución de la República, es obligación del Estado defender los derechos a la vida, a la integridad física y moral, a la libertad, a la seguridad y demás de sus habitantes".

"III. Que dados los niveles actuales de violencia asociada a grupos delincuenciales conocidos como maras o pandillas se vuelve imperativo crear una ley de carácter especial y temporal que sirva como instrumento punitivo para estos grupos y que contenga los procedimientos y las sanciones correspondientes".

Mientras que las disposiciones impugnadas prescriben:

"Objeto. Art. 1. La presente ley tiene como objeto establecer un régimen especial y temporal para el combate legal de las agrupaciones conocidas como maras o pandillas. --- Para los efectos de esta ley se considerará como asociación ilícita denominada 'mara o pandilla' aquella agrupación de personas que actúen para alterar el orden público o atentar contra el decoro y las buenas costumbres, y que cumplan varios a todos los criterios siguientes: que se reúnan habitualmente, que señalen segmentos de territorio como propio, que tenga (*sic*) señas o símbolos como medios de identificación, que se marquen el cuerpo con cicatrices o tatuajes".

"Ámbito de aplicación. Art. 2. La presente ley se aplicará a todas las personas mayores de doce años de edad, que cometan los delitos o faltas contempladas en esta ley o en Código Penal, que en lo sucesivo podrán denominarse como conductas, dentro del territorio nacional. --- Los infractores de doce a dieciocho años de edad miembros de maras o pandillas gozarán de trato y procedimiento especial determinados en esta ley. --- Cuando un menor comprendido entre las edades de doce a dieciocho años de edad, cometa delitos o faltas contempladas en esta ley o en el Código Penal y la Fiscalía General de la República advierta que posee discernimiento de adulto, solicitará al Juez de Menores que evalúe esta situación; si el Juez de Menores considera que está en capacidad de discernir la ilicitud de las conductas e infracciones cometidas como un adulto lo declarará como adulto habilitado y se le aplicará la legislación pertinente. --- En el supuesto del inciso anterior, el Juez de Menores se auxiliará del equipo multidisciplinario a su cargo y podrá ordenar las pericias que considere conveniente. --- Los menores de doce años de edad, que sean sorprendidos en la comisión de alguno de los hechos punibles descritos en esta ley o en el Código Penal, que pertenezcan a maras o pandillas y que después de ser evaluado por el Juez de Menores respectivo, concluya que está en capacidad de discernir la ilicitud de su conducta, se le aplicará el proceso aquí descrito para los menores de edad".

"Generalidad. Art. 3. Los delitos contemplados en esta (sic) ley les será aplicado el proceso común. --- Las faltas contempladas en esta ley y las contempladas en el Código Penal, que sean cometidas por miembros de maras o pandillas, siempre serán procesadas conforme al proceso establecido en esta ley".

"Sanciones. Art. 4. Las faltas contempladas en esta ley se les aplicarán las siguientes sanciones: --- Multas: Es el importe pecuniario, que se cuantificará en días multas y será de cinco a trescientos sesenta y cinco días. --- Cada día multa será equivalente a la tarifa por jornada ordinaria de trabajo diario diurno del salario mínimo legal vigente para los trabajadores del comercio y servicios. --- Trabajo de Utilidad Pública: Es el trabajo que se presta a favor del Estado, Instituciones de Beneficencia o Comunidades, fuera de los horarios habituales de labor del infractor. --- El día de trabajo de utilidad pública no podrá ser inferior a cuatro horas ni superior a ocho horas. --- Libertad Condicional: Consiste en que el sancionado se tenga que presentar ante la Policía Nacional Civil, el Departamento de Prueba y Libertad Asistida de la Corte Suprema de Justicia, por el período que el juez indique. --- Arresto. Es la limitación a la libertad ambulatoria en forma ininterrumpida, por un período hasta de ciento ochenta días. --- Medidas reeducativas o de readaptación: son el conjunto de obligaciones impuestas por el juez competente a los individuos que por su actividad antisocial, inmoral o dañosa ofrezcan riesgos inminentes para la sociedad o para el individuo".

"Conversión. Art. 5. La sanción de arresto podrá ser convertida a trabajo de utilidad pública. --- Los días de arresto se contabilizarán a razón de dos días por cada uno de trabajo de utilidad pública. --- El incumplimiento injustificado del trabajo de utilidad pública lo convertirá en arresto. --- El incumplimiento injustificado de las medidas reeducativas o de readaptación la convertirá en arresto, el cual no podrá exceder de ciento ochenta días. --- Las multas que no pueda o no quieran ser pagadas se transformarán en trabajo de utilidad pública. --- El Juez podrá convertir las sanciones al momento de la sentencia o en la fase de ejecución, en este último caso previa audiencia de parte. --- En caso de reincidencia de conductas sancionadas con arresto de ciento ochenta días, el excedente será cumplido con trabajo de utilidad pública".

"De la pertenencia a una mara o pandilla. Art. 6. El que integre una mara o pandilla que amedrente u hostigue o de cualquier forma amenace a personas, barrios o colonias será sancionado con prisión de dos a cinco años. --- Si fuere sorprendido portando cualquier tipo de armas, objeto corto punzante o contundente, materiales inflamables o explosivos, será sancionado con prisión de dos a seis años. --- Si se cumplieren los presupuestos establecidos en el Art. 345 del Código Penal, se aplicará el referido tipo preferencialmente".

"Solicitar dinero en forma intimidatoria. Art. 8. El que solicite dinero o dádiva en forma intimidatoria en vehículos del transporte público o en la vía pública o en cualquier sitio abierto al público será sancionado con prisión de dos a tres años. --- Si lo hiciera mostrando tatuajes, haciendo señas con las manos, portando objetos que pudieran dañar la integridad de las personas como cadenas, piedras, palos u otros objetos contundentes, será sancionado con prisión de dos a cuatro años".

"Exigir dinero como impuesto. Art. 9. El que, exija impuesto de peaje (*sic*), para transitar sobre cualquier lugar dentro del territorio nacional a transeúntes o conductores de vehículos particulares o colectivos, urbanos o inter departamentales, será sancionado con prisión de dos a tres años".

"Intimidación grupal. Art. 10. Los que en grupo de dos o más elementos se estacionaren o transitaren en vías públicas o lugares abiertos al público y realizaren actos de amedrentamiento o intimidación a personas que transitan a pie o en vehículos, serán sancionados con arresto de treinta días a noventa días".

"Agrupación con escándalo. Art. 11. Los que en grupo de dos o más elementos se estacionaren en vías públicas y realizaren escándalo por cualquier medio serán sancionados con arresto de noventa días".

"Portación de arma blanca. Art. 16. La persona que porte injustificadamente arma corto punzante, modificada, hechiza o artesanal,



navajas o pica hielos o cualquier otro objeto que pueda causar cortaduras, será sancionado de treinta y sesenta días de arresto (*sic*). --- Se excepcionan las de uso de agrícola (*sic*), siempre y cuando la anden a la vista y enfundada".

"Identificación con maras o pandillas delincuenciales. Art. 18. Los que por medio de señas o tatuajes se identifiquen con maras o pandillas o grupos delincuenciales serán sancionados con sesenta días multa".

"Permanencia en lugares abandonados. Art. 19. Las personas que se encuentren en casas o sitios deshabitados, abandonados, formando maras o pandillas serán sancionados de treinta y sesenta días de arresto (*sic*)".

"Consumo público o tenencia de drogas. Art. 21. El que en grupo de dos o más individuos consumiere cualquier clase de sustancias psicotrópicas, enervantes, alucinógenas o de cualquier otra índole en lugares públicos o abiertos al público o vías públicas o tenga en su poder cualquiera de las sustancias anteriores, que por la cantidad se pueda presumir que es para consumo, se sancionará con arresto de treinta a noventa días"

"Permanencia ilícita en cementerios. Art. 22. Los que se encuentren en los cementerios en horas nocturnas pernoctando (*sic*) o sin ninguna razón lícita para ello serán sancionadas de diez a treinta días de arresto".

"De la permanencia de escolares en centros de juego. Art. 23. El que permitiere que menores de edad vistiendo o no uniformes escolares, permanezcan en centros de juego de video o similares, en horas de estudio, será sancionado, con diez a veinte días multa (*sic*)".

"Venta de elementos aptos para la violencia. Art. 24. El que venda o suministre en lugar en que se desarrolle un espectáculo deportivo o artístico masivo o en sus adyacencias, objeto (*sic*) que, por sus características, puedan ser utilizadas (*sic*) como elementos de agresión será sancionado con veinte a treinta días multa".

"Portación de elementos para la violencia. Art. 25. El que introduzca, tenga en su poder, guarde o porte elementos inequívocos destinados a ejercer violencia o agredir, con motivo o en ocasión de un espectáculo deportivo o artístico masivo, sea en el ámbito de concurrencia pública o en sus inmediaciones será sancionado con veinte a treinta días multa".

"Elementos lesivos en espectáculos. Art. 26. El que arroje líquidos, papeles encendidos, objetos o sustancias que puedan causar daño o molestia a terceros, en un espectáculo público será sancionado con veinte a treinta días multa".



"Perturbación de espectáculo. Art. 27. La persona que impida o afecte el normal desarrollo de un espectáculo deportivo o artístico masivo, que se realice en un lugar público o privado de acceso público será sancionado con veinte a treinta días multa".

"De los indocumentados. Art. 29. El que deambule sin documento de identidad personal alguno, en lugares residenciales, comunidades, colonias o cualquier sitio poblado, sin causa justificada, ni fuere conocido por sus moradores, será sancionado con diez a veinte días multa. --- Cuando un nacional ingresare al país en calidad de deportado y por sus antecedentes o su apariencia o conducta se dedujere su pertenencia a una mara o pandilla, el agente de autoridad lo detendrá y lo presentará ante el Juez de Paz de esa jurisdicción, en un plazo máximo de veinticuatro horas. --- El juez aplicará lo previsto para la presentación forzosa de esta ley y aplicará una o más de las reglas de rehabilitación que estime conveniente".

"Titulares de la acción. Art. 30. Serán titulares de la acción para entablar la acusación ante el juez competente la Policía Nacional Civil, por medio de sus agentes de autoridad o apoderados del Señor Director General y la Fiscalía General de la República, por medio de los agentes auxiliares del Señor Fiscal General".

"Causas de extinción de la acción. Art. 31. La acción se extinguirá: 1. La muerte del indiciado (sic). 2. La reparación total del daño causado. 3. El retiro de la acusación. 4. Por prescripción, entendiéndose el haber transcurrido más de seis meses de haberse consumado el hecho".

"De la competencia. Art. 32. Son competentes para procesar y sentenciar a los indiciados, los jueces de paz de la jurisdicción donde la conducta fuere cometida. Cuando una acción sea cometida en el límite de dos jurisdicciones o no esté clara la misma, conocerá el juez de paz a prevención".

"De la revisión. Art. 33. La sanción impuesta por el Juez de Paz, sólo admitirá revisión, de la cual será competente únicamente el Juez de Instrucción de la misma jurisdicción. --- En los lugares donde exista más de un juzgado de instrucción serán competentes a prevención".

"De la prueba. Art. 34. Serán admisibles todas las clases de prueba comprendidas en el Código Procesal Penal. --- El escrito de acusación deberá ser acompañado con el parte policial, el cual tendrá calidad de prueba testimonial. --- Si existieren otras declaraciones el agente de autoridad las hará constar en acta aparte, la cual será firmada por el declarante y el entrevistador. --- La prueba será introducida al proceso mediante lectura, sin perjuicio que el Juez ordene su ampliación en la misma audiencia".

"Detención en flagrancia. Art. 35. Cuando una persona sospechosa de pertenecer a maras o pandillas sea sorprendida por algún agente de autoridad

en la comisión de alguna de las faltas aquí descritas o en el Código Penal, lo detendrá preventivamente y lo presentará ante el Juez competente en un plazo máximo de veinticuatro horas. --- Si por cualquier motivo no fuere posible ponerlo a la orden del Juez de Paz, el agente de autoridad, lo retendrá hasta un máximo de setenta y dos horas, transcurridas éstas, lo identificará por medio de archivos policiales o cualquier otro medio y levantará acta haciendo constar ese hecho y liberará al indiciado, previniéndole que deberá presentarse ante el juez competente en el próximo día hábil. --- El agente de autoridad estará en la obligación de presentar escrito de acusación y las pruebas al juez indicado, al siguiente día hábil".

"Aviso de comisión. Art. 36. Si una persona particular se sintiere afectada por la comisión de una conducta aquí descrita, lo pondrá en conocimiento de la Policía Nacional Civil o la Fiscalía General de la República, llevando las pruebas que obraren en su poder, o los testigos que hubiesen presenciado los hechos. --- Los indiciadores recibirán el aviso y recabarán la prueba, realizando u ordenando la práctica de diligencias que fueren procedentes. --- Si consideran que no existe mérito realizará resolución fundada y archivará las diligencias, si considera que si lo hay (*sic*), procederán a intimar al indiciado para que se presente ante el juez competente en un plazo no mayor de tres días hábiles, siguientes a la recepción del citatorio. --- Así como también presentarán escrito de acusación y pruebas al primer día hábil de ese mismo plazo, al mismo juzgador. --- En caso de que el indiciado no se presentare, el juez emitirá la correspondiente orden de detención. --- La Policía Nacional Civil al hacer efectiva dicha orden lo pondrá a disposición del Juez que la emitió en un plazo no mayor a veinticuatro horas".

"Presentación voluntaria. Art. 37. Si el indiciado se presentara ante el Juez en el plazo indicado, éste le hará saber sus derechos y lo intimará a fin de que indique si se defenderá por sí mismo o nombrará abogado particular o proveído por el Estado. --- Haciéndose constar su decisión se fijará día y hora para la celebración de la audiencia oral".

"Presentación forzosa. Art. 38. Si el indiciado fuere presentado forzosamente, el juez le hará saber sus derechos y especialmente si decide defenderse por sí mismo o por medio de abogado defensor. --- Si decide hacerlo por medio de abogado defensor se le prestarán las facilidades para su comunicación y de carecer de medios económicos se citará al agente de la Procuraduría General de la República que se encontrare de turno. --- Ese mismo día y a la hora que el juez señale se celebrará audiencia oral. --- En casos excepcionales el juez podrá decretar detención como medida cautelar por un máximo de setenta y dos horas más".

"Audiencia oral. Art. 39. El día y hora señalado el juez realizará audiencia oral, en la cual como primer acto se leerá la acusación respectiva y se le cuestionará al indiciado si se declara culpable o inocente. --- Si se declara culpable el juez impondrá la sanción que corresponda, la cual podrá ser

rebajada hasta en una tercera parte de lo señalado. --- Si se declara inocente se introducirá la prueba mediante lectura, sin perjuicio que el juez decidiera recibir su ampliación, para lo cual citará a los testigos u ordenará lo pertinente. --- El indiciado podrá controvertir la prueba y aportar la que considere conveniente, inclusive presentar testigos de descargo u ofrecer la realización de cualquier otro acto de prueba. --- Si el juez lo considerare conveniente suspenderá la audiencia y señalará día y hora para su reanudación. --- Concluidas las ampliaciones de prueba, si las hubieren, el juez en forma oral expresará su sentencia declarando la absolución o culpabilidad del indiciado, manifestando en forma resumida los motivos por los cuales arribó a esa conclusión. --- En la misma audiencia las partes quedarán notificadas con la simple lectura del acta respectiva. --- La audiencia se realizará con las formalidades prescritas para la audiencia inicial en el Código Procesal Penal".

"Rebeldía. Art. 40. Si el indiciado no compareciera ante el juez en el plazo indicado, a la cita de la audiencia oral o a cualquiera de su reanudación, el juez lo declarará rebelde y decretará la correspondiente orden de detención, si éste no hubiese nombrado defensor solicitará a la Procuraduría General de la República que le nombren uno en un plazo no mayor de dos días hábiles. -- Una vez detenido, la Policía Nacional Civil lo remitirá en un plazo máximo de setenta y dos horas, aplicándose lo prescrito en el Art. 38 de esta misma ley".

"Revisión. Art. 41. Si el indiciado o su defensor, considera que la sentencia no está apegada a derecho, en un plazo no mayor a tres días hábiles, presentará ante el Juez de Paz que la emitió solicitud razonada de revisión, quien remitirá al Juez de Instrucción respectivo, el expediente en un plazo no mayor de dos días hábiles. --- El Juez de Instrucción visto el expediente emitirá su resolución en un plazo no mayor a tres días hábiles, la que no admitirá recurso alguno".

"Reglas de la rehabilitación. Art. 42. En el caso de los condenados por la comisión de alguna de las faltas a las aquí descritas (*sic*) o en el Código Penal el Juez Competente, en su sentencia, además de la sanción correspondiente, ordenará que cumpla, todas o algunas de las siguientes reglas de rehabilitación: 1. Residir en un lugar determinado o reportarse ante la autoridad u oficina que el juez determine. 2. La prohibición de frecuentar determinados lugares o personas. 3. La prohibición de consumir drogas ilícitas. 4. La prohibición de ingerir o abusar del alcohol o de consumir drogas lícitas. 5. La obligación de comenzar y finalizar determinados grados de escolaridad. 6. La obligación de aprender una profesión, oficio o mantenerse en un trabajo determinado o de cursar determinados cursos de capacitación. 7. La prohibición de tener o portar armas de fuego o blancas; así como portar objetos contundentes. 8. La obligación de asistir a terapias profesionales como psicológicas o psiquiátricas, ya sea en centros públicos o privados cuando así lo solicite el condenado. 9. La obligación de asistir a

terapias grupales de ayuda, como alcohólicas anónimos, narcóticos anónimos o permanecer internado en Hospitales (*sic*), centros de salud o de rehabilitación, previamente determinados por el juez. --- Estas reglas no se podrán imponer por un período mayor de un año. --- En el caso del condenado con sanción de arresto, la obligación de cumplir las reglas comenzará el día siguiente a la salida del centro penitenciario; para el resto de condenados comenzará el día siguiente a la notificación de la sentencia. --
- En el caso del reincidente, el cumplimiento de las reglas comenzará el día siguiente a la finalización del período de las primeras reglas impuestas".

"Forma y modo de ejecución. Art. 43. La sanción de arresto será cumplida en los centros penitenciarios del sistema nacional. --- El resto de sanciones será supervisadas por el departamento de prueba y libertad asistida de la Corte Suprema de Justicia. --- En caso de incumplimiento injustificado de las sanciones y/o reglas de rehabilitación, el departamento informará al juez correspondiente quien a su vez informará a la Fiscalía General de la República la desobediencia realizada a fin de que se inicie el proceso penal correspondiente".

"Vigilancia. Art. 44. La vigilancia del cumplimiento de las sanciones estará a cargo del Juez de Vigilancia Penitenciaria o en su caso, el Juez de Ejecución de Medidas al Menor. --- La Policía Nacional Civil en el transcurso normal de sus labores podrá verificar el cumplimiento de las sanciones y/o reglas e informar al juez sobre el particular".

"Modificaciones. Art. 45. Los menores de dieciocho años de edad, al momento de la consumación de alguna de las faltas a las aquí descritas (*sic*) o en el Código Penal se les aplicarán el proceso establecido en esta misma ley (*sic*) con las siguientes modificaciones. a) Cuando un menor sea capturado inmediatamente se avisará a sus padres, tutores o responsables, quienes lo podrán acompañar en todo momento. b) El menor por ningún momento podrá ser recluido con personas adultas. c) El mismo deberá ser puesto a la orden del juez en un plazo máximo de diecisiete horas. d) En aquellas jurisdicciones en las cuales exista Juzgados de Menores, éstos serán los competentes para procesar y sentenciar, quienes estarán obligados a aplicar la presente ley. e) En el proceso podrá intervenir el padre, tutor o responsable del menor, con los derechos y limitantes que establece la Ley del Menor Infractor. f) En estos casos será obligatoria la presencia del abogado defensor, si se carece de recursos económicos el juez les asignará uno en los términos del Art. 38 de esta misma ley. g) La sanción de arresto deberá cumplirse en centros de detención de menores. h) La sanción de multa obliga a los padres, tutores o responsables al pago de la misma. i) El cumplimiento de la sanción será supervisado por el Juez de Ejecución de Medidas al Menor. j) El proceso de revisión será conocido por la Cámara de Menores respectiva. k) En el procedimiento de habilitación de adulto será competente el juez de menores de la jurisdicción donde se cometió el hecho. l) La resolución de la habilitación de edad admitirá el recurso de revisión".

Han intervenido en el proceso, además de los demandantes, la Asamblea Legislativa y el licenciado Belisario Amadeo Artiga Artiga, actuando en su calidad de Fiscal General de la República.

Analizados los argumentos; y considerando:

I. En el trámite del proceso, los intervinientes expusieron lo siguiente:

1. A. El ciudadano Aldonov Frankeko Álvarez argumentó en su demanda y escrito de cumplimiento de la prevención formulada por resolución de 14-XI-2003, que el art. 23 LAM "es un artículo evidentemente de carácter punitivo, pues lo que en fondo hace es establecer una sanción de carácter penal para aquellas personas que permitan la permanencia a que ahí se refiere"; es decir que, "escondida dentro de una norma de carácter punitivo", se ha realizado "una verdadera prohibición velada de una actividad comercial lícita, lo que debió haber hecho el legislador en una norma prohibitiva especial que, como toda norma de este tipo, se encuentra bajo la sujeción constitucional de principios".

"Para sancionar penalmente a una persona en forma general y abstracta en una norma como la que se trata –continuó–, es menester que, a la vez, la actividad específica a la que está dirigida la regulación de conducta, sea a la vez ilícita", y para mejor explicar esta afirmación, dijo que si el Código Penal prescribe una pena para una conducta, es porque la considera ilícita, porque dicho código "no está redactado en forma prohibitiva, sino en forma prescriptivo-punitiva".

En ese orden de ideas, se puede concluir, según el demandante, "que la actividad de recrearse con juegos de video, en salas de juego, es ilícita para los menores de edad, sea cual sea su estatus académico, que estudie o no, que porte uniforme o no, a cualquier hora del día"; esto último no se aclara –dijo– porque la disposición diga "en horas de estudio", porque tales "pueden ser en la práctica cualquier hora". En consecuencia, la determinación de cuáles son las horas de estudio, dependerá de lo que "al aplicador de la ley se le ocurra que son tales horas, pasando desde el gendarme de la seguridad pública hasta al juzgador de la República. Así pues, el propósito de tal disposición es convertir en actividad antijurídica el jugar en salas de juegos de video, para todos los menores de edad, sean o no estudiantes activos".

Siendo el caso –continuó– que las actividades relacionadas con los juegos de video están directamente dirigidas hacia la población mayoritariamente menor de edad, "todo el giro comercial de la actividad de los propietarios de este tipo de salas depende, casi en su totalidad, de la afluencia de este tipo de público, sin el cual tal actividad no sería en lo absoluto rentable o lucrativa, fin último de todo mercader o comerciante".

"En definitiva –dijo–, el legislador, con lo dispuesto en el art. 23 inc. 1º de la LAM, está dando pie a que una actividad que tácitamente se mantiene como aun lícita y no antijurídica, cual es el de que menores de edad realicen la actividad de jugar en salas de juego de video, se convierta en la práctica en una actividad ilícita de facto y por ende en el cierre o desaparición de este tipo de negocios". Ello estaría, según el demandante, en contradicción con los siguientes derechos, consagrados en el art. 2 inc. 1º Cn.: (i) a la

seguridad, (ii) al trabajo, (iii) a la propiedad y posesión, y (iv) a ser protegidos los propietarios de este tipo de negocios en la conservación y defensa de los mismos; (v) con ello, dijo, se privaría a estos ciudadanos "del irrestricto derecho al debido proceso y al juicio previo", consagrados en el art. 11 Cn.

B. Habiéndosele formulado prevención, en el sentido que: (i) señalara las disposiciones constitucionales que considera vulneradas, con precisión de los motivos por los cuales supone que existe una ilegitimidad constitucional en la disposición impugnada; (ii) especificara la disposición constitucional que considera transgredida, en cuanto a la violación a la seguridad jurídica; (iii) estableciera con toda claridad las razones por las cuales considera que el derecho a ser protegido en la conservación y defensa de los demás derechos materiales, ha sido transgredido por el art. 23 inc. 1º de la LAM; y (iv) esclareciera el motivo de impugnación del art. 23 inc. 1º LAM, en relación con el tipo de sanción penal prescrita en la misma, por no advertir el tribunal que el actor señalara parámetro de control alguno relacionado con dicha argumentación; el mencionado ciudadano aclaró sus motivos de impugnación, del siguiente modo:

a. Respecto de la seguridad jurídica, sostuvo que la misma consiste en que la persona "tenga la certeza de que en sus relaciones intersociales e interpersonales con otros individuos, habrá reglas claras, así como en sus relaciones con el Estado, y que en caso de conflicto entre todos ellos, también habrá certeza de que si llegase a cambiar el status jurídico del individuo a éste se le deba un proceso cierto, conocido y público y que en su fase terminal se emita un juicio previo a tal declaratoria".

En concreto, la violación a la seguridad jurídica radica, según el demandante, en que la disposición impugnada sanciona la conducta de permitir la permanencia de menores de edad, uniformados o no y en horas de estudio, en centros de juegos de video, sin definir qué debe entenderse por "horas de estudio", tal como expuso en su escrito de demanda; vulnerando así el art. 2 inc. 1º Cn.

b. En cuanto a la supuesta violación al derecho a ser protegido en la conservación y defensa del resto de derechos materiales, el demandante sostuvo que la disposición impugnada "impide defender cualquier derecho que para el caso el propietario de una sala de juego de video tenga, ya que tal derecho a conservar y defender otros derechos, sólo puede hacerse efectivo en forma fáctica a través del cumplimiento del debido proceso".

c. En relación con lo anterior, el demandante sostiene que la disposición impugnada, al penalizar la conducta descrita, en realidad está prohibiéndola; por tanto "la prohibición, para que pudiese individualizar al caso de un individuo transgresor, estaría sometida en todo caso a las reglas del debido proceso, del juicio previo", prescrito en el art. 11 Cn.

A partir de tales aclaraciones, la demanda del ciudadano Aldonov Frankeko Álvarez fue admitida contra el art. 23 inc. 1 LAM, por la supuesta violación: (i) al derecho a la seguridad jurídica, art. 2 inc. 1º Cn., (ii) al derecho a la protección en la conservación y defensa de los derechos materiales, art. 2 inc. 1º Cn., (iii) al derecho al debido proceso, art. 11 inc. 1º Cn.

2. A. Los ciudadanos Claudia Marlene Reyes Linares y José Heriberto Henríquez, previo a exponer los motivos que fundamentan su pretensión, expusieron en su demanda ciertas reflexiones sobre los "presupuestos fácticos y normativos" sobre los cuales, a su criterio, se fundamentan los Órganos Ejecutivo y Legislativo en la emisión de la LAM. En ese sentido, analizaron los Considerandos de la ley y, al respecto, afirmaron lo siguiente:

a. En relación al número I –en el cual el legislador se refiere al bien común–, dijeron que este no es un concepto abstracto y carente de contenido, sino más bien alude a "un valor de jerarquía superior que goza de tutela constitucional y cuya objetivación en el mundo de lo concreto, solo es posible si se asume en toda su dimensión histórica, es decir, omnicomprendiva del conjunto de relaciones sociales que le determinan. En tal sentido, no compartimos ese tipo de enfoques unidireccionales de marcado sesgo político, que terminan por fragmentar la problemática jurídica, con el consabido riesgo de confundir las consecuencias con las causas del fenómeno delincriminal, invirtiendo tanto el orden lógico como el cronológico en el análisis del mismo". Las pretendidas soluciones que el legislador impulsa –concluyeron, en cuanto a este punto–, "terminan a la postre, en el mejor de los casos, acusando una desproporcionada orientación punitiva, en abierto menosprecio de los criterios preventivos que también informan la política criminal de nuestros tiempos".

Respecto del Considerando II, dijeron que el mismo proclama la defensa de un conjunto de derechos "fundamentales e inalienables", los cuales, por mandato constitucional deben ser no sólo tutelados, sino también garantizados por el Estado salvadoreño. Tales derechos –siguieron– "presuponen un reconocimiento de la dignidad intrínseca del individuo, elevada a la categoría de valor supremo. De manera que no basta que el legislador invoque la existencia de un difuso criterio de peligrosidad social para imponer restricciones al ejercicio pleno de los derechos aludidos; sino que, por el contrario, una medida de tal naturaleza únicamente es procedente por vía de excepción, en el estrecho marco de circunstancias que la Constitución señala en el art. 29".

En relación con el Considerando III, los demandantes manifestaron que el mismo, "en consecuente armonía con el discurso oficial", sostiene "dos juicios apriorísticos elevados a la categoría de verdades incontrovertibles y presentados como la quintaesencia de su justificación": el primero de ellos "hace referencia implícita a un exacerbado incremento de los índices delincriminales asociados a las pandillas, aseveración que viene siendo sostenida desde hace algún tiempo por voceros del Órgano Ejecutivo y por diferentes medios de comunicación social, sin que se conozcan hasta la fecha los correspondientes estudios criminológicos que la sustenten"; mientras que el segundo implica, según los demandantes, "un resurgimiento del llamado Derecho Penal de Autor, corriente de pensamiento que alcanzara su máxima expresión política dentro del nacional socialismo alemán. De conformidad con esta teoría, el hombre se encuentra sometido a una especie de determinismo social, por obra del cual ciertas personas muestran una inusitada propensión a delinquir. Frente a ello, al Estado le cabe actuar en defensa de la sociedad, con medidas represivas adecuadas a su readaptación". La ley impugnada –concluyeron, en cuanto a este punto– atribuye la calidad de delincriminales a todos y cada uno de los miembros integrantes de una mara o pandilla, por el solo hecho de su pertenencia a la misma; ante lo cual, se cuestionaron sobre la razón que justifique el establecimiento de un régimen especial.

Dicho lo anterior, los demandantes pasaron a determinar en concreto sus impugnaciones, en el siguiente sentido:

B. En relación con la impugnación del art. 1 LAM, por la supuesta violación al art. 3 Cn., los demandantes sostuvieron que la igualdad es "uno de los principios que goza de mayor arraigo y aceptación dentro de los Estados democráticos actuales (...), sobre todo si se tiene en cuenta la permanente lucha desplegada por éstos a través de toda su historia en el proceso de consolidación de tan esencial reivindicación. Este principio es intrínseco a la naturaleza del hombre y tiene por fundamento su identidad de origen y destino. Se presenta como una relación en virtud de la cual se reconoce a todos los hombres sus derechos fundamentales y su plena dignidad, evitando discriminaciones arbitrarias".

En materia penal –siguieron–, la correcta aplicación del principio mencionado "comporta un tratamiento paritario para todos los sujetos sin restricción, lo que obliga a que cualquier diferencia de tratamiento debe ser plenamente justificada. De tal manera que la instauración de un marco jurídico especial aplicable a las agrupaciones denominadas 'maras o pandillas', pasa primero por la determinación explícita de los criterios de política criminal que legitimen dicha medida. Pues resulta inconcebible que una discriminación de tal naturaleza pueda introducirse sobre la base de una aprehensión normativa de 'personalidades', y no de conductas". El art. 1 inc. 1º LAM –continuaron–, al definir su objeto reconoce que "el marero o pandillero es un delincuente precisamente por la circunstancia de pertenecer a dicho grupo. Por esta vía, al tipo normativo de marero corresponde el tipo de personalidad de delincuente, produciéndose así una abierta transgresión al principio de igualdad, en virtud que se juzga la conducta anterior del imputado y no un hecho objetivamente realizado".

En armonía con la configuración del tipo de autor anterior –siguieron–, el art. 1 inc. 2º LAM prescribe los criterios a considerar para calificar como "marero" o pandillero a cualquier ciudadano. "Al margen de que un individuo pueda identificarse con dos o más de estos criterios, no encontramos que con dichas acciones el o los sujetos en que concurren tales requisitos lesionen o pongan en peligro bien jurídico alguno. Por consiguiente, cuando el legislador releva penalmente dichas conductas irrespeta de modo autoritario uno de los principales materiales del *ius puniendi*, de tal forma que la estigmatización y subsiguiente discriminación de la que serían objeto todos estos individuos, mediante la protección 'artificial' de bienes jurídicos, que en las circunstancias concretas y específicamente descritas, no se encuentran afectados por ningún tipo de lesión o peligro, es a todas luces contrario al principio de igualdad".

La figura delictiva conocida como asociaciones ilícitas –concluyeron en cuanto a este punto–, ya se encuentra debidamente tipificada en el Código Penal, por lo que "el hecho de someter miembros de estas pandillas a un régimen jurídico especial bajo el pretexto apriorístico de su 'inherente' naturaleza ilícita, representa un atropello a los principios de equidad y justicia, pilares fundamentales sobre los que descansa la actividad jurisdiccional de los Estados democráticos actuales. La violación al principio de igualdad se produciría *ipso facto*, porque ante una misma conducta, los ciudadanos reciben un trato injustificadamente desigual".

C. En relación con la inconstitucionalidad del art. 1 LAM, por la supuesta violación al derecho de asociación consagrado en el art. 7 Cn., los demandantes afirmaron que el sustrato filosófico de esta disposición de la Ley Suprema "descansa en el hecho que el hombre es un ser social por naturaleza; por tal motivo, el derecho de asociación queda elevado a la categoría de garantía fundamental de la cual no puede ser privado ningún individuo o grupo de éstos y que el Estado, en su función de garante de los derechos ciudadanos, está obligado a proteger".

Sin embargo –continuaron–, la libertad de asociación no es en modo alguno un derecho absoluto que pueda ejercerse abusiva o indiscriminadamente por las personas; "el legislador impone límites precisos a su ejercicio destacando con suma claridad, que las causas de exclusión de este derecho emanan de la ilicitud en el objeto de la asociación o en el carácter armado del grupo que se constituye. Aun más, el constituyente, siendo previsor, contempla la posibilidad de restringir temporalmente la libre asociación de las personas en las particulares circunstancias contenidas en el art. 29 Cn."

A lo dicho agregaron que el espíritu de la LAM es "el proscribir la formación de las pandillas, y para ello se aduce al 'carácter ilícito de la asociación'. A este respecto, reconocemos que muchas de las actividades desarrolladas por algunos pandilleros se encuentran al margen de la ley, pero de este hecho no puede deducirse *ex ante* que la totalidad de conductas que realizan contravienen el ordenamiento jurídico. Aceptar dicha tesis, constituye un atentado a la seguridad jurídica, ya que además de desconocer la estructura óptica de la conducta donde se presenta una relación determinada de medios a fines, se prescinde de la culpabilidad de acto al reprochar al hombre sus particulares condiciones de existencia".

Tampoco es admisible –siguieron– acudir al argumento de las "graves perturbaciones al orden público" mencionado en el art. 29 Cn., "porque dicha facultad de suspensión tiene carácter extraordinario y requiere declaratoria previa del mismo mediante decreto ejecutivo por parte del Órgano Legislativo o Ejecutivo, en su caso (*sic*). Tal estado de excepción no ha sido validado por ninguno de estos órganos hasta la fecha".

Concluyeron los demandantes, sobre este motivo, reafirmando "la necesidad de sustentar con evidencia empírica los presupuestos fácticos que confieren la calidad de delincuente a los 'mareros', y siendo que, ni el objeto ilícito o la condición de grupo armado pueden ser probados sino que luego de cometerse los ilícitos concretos, en los que en última instancia pueden individualizarse conductas delictivas aplicables sólo a los sujetos participantes y nunca al resto de miembros de dicho grupo, no encontramos justificación alguna para que se prohíba la existencia de tales asociaciones. Y sostenemos su inconstitucionalidad por impedir que un grupo de personas puedan ejercer de forma libre y espontánea su derecho a asociarse".

D. En relación con la inconstitucionalidad en que incurrirían el art. 2 inc. 3° y el art. 3 inc. 1° LAM por la supuesta violación al art. 35 inc. 2° Cn., los demandantes manifestaron que, en virtud de esta disposición constitucional, "ninguna persona a la que dentro de nuestro sistema jurídico se le confiera la calidad de 'menor' y se le impute la comisión de

una infracción penal, puede ser tratado como adulto y responder como tal por la ejecución de un ilícito –en el caso de que exista–".

En ese orden de ideas, y relacionado con la minoría de edad, los demandantes llamaron la atención a que El Salvador es suscriptor de la Declaración de los Derechos del Niño (DDN), la Convención Sobre los Derechos del Niño (CSDN) y las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores (Reglas de Beijing), "documentos en los que se consigna el principio general de que la justicia de menores debe concebirse como parte integrante del proceso de desarrollo nacional, fomentando condiciones que garanticen al menor una vida significativa en la comunidad durante el periodo de edad en que el menor es más propenso a un comportamiento desviado; habida cuenta de que el niño, por su falta de madurez física y mental, requiere de protección y cuidados jurídicos especiales. A este respecto, el art. 1 de la citada Convención define al niño como 'todo ser humano menor de dieciocho años de edad' (...). Es precisamente en la determinación de la condición de menor delincuente, donde radica el nudo gordiano de la problemática que hoy se aborda".

La determinación de la edad mínima de responsabilidad penal –siguieron– "está en función de factores históricos y culturales; por lo que su comienzo debe fijarse en función de las circunstancias que acompañan a la madurez emocional, mental e intelectual del niño. Pero una vez adoptados por cada sistema jurídico nacional los límites de edad en cuestión, que para el caso de El Salvador son todos los menores comprendidos entre las edades de los doce a los dieciocho años, la normativa especial creada a tal efecto debe ser aplicada con imparcialidad y sin distinción alguna a todos los menores infractores, según lo destaca la regla 2.1 de la Convención de reglas mínimas antes señalada".

En consecuencia –afirmaron–, la aplicación efectiva de los arts. 2 inc. 3° y 3 inc. 1° LAM, implicaría por vía de extensión desatender el criterio hermenéutico para la solución de conflictos entre normas establecido en el art. 144 inc. 2° Cn. (...), debido a que la normativa internacional vigente en esta materia prohíbe de modo indubitable que a un menor de dieciocho años, al que se le acusa de haber cometido un delito, sea procesado conforme a la legislación común.

En consideración de los motivos relacionados, la demanda de los ciudadanos Claudia Marlene Reyes Linares y José Heriberto Henríquez fue admitida contra los arts. 1, 2 inc. 3° y 3 inc. 1° LAM, por la supuesta violación a los arts. 3, 7, 35 inc. 2° y 144 inc. 2° de la Constitución.

3. La Procuradora para la Defensa de los Derechos Humanos, licenciada Beatrice Alamanni de Carrillo –en adelante, "la Procuradora"–, en su demanda expuso lo siguiente:

En una introducción, que denominó "Contexto institucional: la defensa de los derechos humanos en el Estado Constitucional", sostuvo que, en virtud de su rango jerárquico superior dentro del sistema de fuentes del ordenamiento jurídico salvadoreño, a la Constitución le corresponde "establecer el conjunto de principios y derechos que deben ser tenidos en cuenta en todas las áreas del ordenamiento; una de ellas, el Derecho Penal". Siguiendo lo afirmado por este tribunal en la Sentencia de 14-II-1997, Considerando IV 1,

dijo que la Constitución no es la mera codificación de la estructura política superior del Estado salvadoreño, sino que define esa estructura a partir de un determinado supuesto y con un determinado contenido.

Dentro del ámbito penal –siguió–, nos encontramos con el ejercicio del *ius puniendi*, considerado como *ultima ratio*, por cuanto penetra directamente en los derechos y garantías fundamentales del ciudadano que encuentran reconocimiento positivo en la Constitución. "Por ello, para construir un Derecho Penal constitucional y democrático, el ejercicio del *ius puniendi* se encuentra limitado por el respeto al contenido de los principios, valores y derechos establecidos en la norma fundamental, humanizándolo y permitiendo de esta manera el respeto a la dignidad humana".

Se ha sostenido de forma reiterada por la doctrina –continuó argumentando– que el *ius puniendi* es sólo la punta del iceberg de situaciones sociales difíciles o conflictivas, que deben ser enfrentadas desde el Estado. De tal forma que el Derecho Penal debe configurarse sólo como un mecanismo secundario confirmador de otros medios de control social primarios, más importantes y eficaces dentro del proceso de socialización. Por ello –afirmó– para la mayoría de los tratadistas de temas vinculados con la utilización del Derecho Penal, política criminal y seguridad ciudadana; "la mejor política criminal es una buena política social, es decir, aquella que insiste en mayores niveles y compromisos estatales con la educación, la salud y el empleo, ya que con ello se reduce la conflictividad social y los índices de delincuencia".

En el caso de la LAM, según la Procuradora, se pretende atajar el problema de la criminalidad con instrumentos exclusivamente legales, los cuales no son suficientes para superar las múltiples causas de la violencia que implica el fenómeno de las pandillas en El Salvador. Aunque acepta que el Estado debe garantizar la seguridad de todos los que se encuentran en el territorio nacional –y de tal obligación se deriva su facultad y obligación de crear instrumentos punitivos para controlar el delito–, opina que la política criminal del Estado debería atender, en primera instancia, el componente preventivo, y en segunda instancia el componente correctivo y represivo, a fin de reducir los índices de criminalidad en nuestra sociedad.

La demandante llamó la atención a que el Derecho Penal ha sufrido una paulatina transformación y humanización, que ha estado imbuida de la misma dinámica por la que ha evolucionado la especie humana, sobre la base de una fuerza imparable, vitalista, dignificante y centrífuga en la que se proyectan las conquistas históricas de la humanidad, fuerza que hoy se denomina derechos humanos.

Tales derechos –siguió– se configuran como un sustrato real, vivo y actuante, y no meros intereses de grupos o sectores "que pueden ser modificados al antojo de los detentadores temporales del poder del Estado. De ahí la necesidad de instrumentar un sistema que permita garantizarlos, para conseguir que formen parte de la diaria convivencia, es decir, de 'tomárselos en serio'. Esto significa que los derechos y libertades fundamentales (*sic*) no son manifestaciones de ninguna clase de privilegio otorgado por los detentadores del poder estatal, sino que después de una larga lucha se han constituido como un escudo de protección frente a las arbitrariedades del ejercicio del poder público o

privado, siendo aplicables a aquellos que denominamos víctimas, imputados, peligrosos, marginados, desviados etc.".

Sin embargo –dijo–, "parece que en este país no corren buenos tiempos para esa fuerza que se denomina 'derechos humanos', volviéndose nuevamente al *lupus hobbesiano*. La negación o eliminación de la orientación reinsertadora de las penas, el abuso del Derecho Penal frente a la necesaria y mínima intervención del mismo, el cuestionamiento mediante leyes especiales a la igualdad en la aplicación del Derecho, están poco a poco adentrándose en nuestros sistemas jurídicos, mientras precipitadamente y sin sosegado debate –o sin tomar en cuenta el mismo– damos paso a modelos de 'cero tolerancia', de incalculables consecuencias para la cultura de las garantías judiciales más elementales. Estamos resucitando lo que Jakobs llamaba 'Derecho penal del Estado policía', que no busca la recuperación del otro para la armónica convivencia social, sino su segregación, estigmatización y eliminación –esta última, al menos visual–".

La LAM es, por su propia naturaleza, según la Procuradora, un instrumento fruto de esa opción contraria a los derechos y que da paso a la estigmatización y sobre todo a la discriminación de un grupo social. Ello no sólo lesiona principios del Derecho Penal, sino el sustrato axiológico fundamental que la Constitución incorpora y protege, el cual está orientado por parámetros éticos que humanizan y garantizan el respeto a los derechos humanos dentro del Derecho Penal, como los siguientes: (i) el reconocimiento del otro como persona, es decir la capacidad de aceptación de conductas o manifestaciones que puedan resultar poco tolerables por algún sector de la población; (ii) la diversificación de las respuestas estatales para el combate del delito, que busquen alternativas distintas a la pena de prisión y la multa; (iii) humanizar, lo que reclama de la justicia penal priorizar los hechos concretos; (iv) no cerrar los ojos a la realidad y consecuencias de la aplicación del sistema penal; (v) proscribir lo indigno e inhumano; (vi) considerar a la víctima; (vi) conocer, es decir, tener en cuenta un debate serio y objetivo dentro de la sociedad sobre las alternativas para el combate de la delincuencia; (vii) transformar, no mediante reformas legales, sino mediante una política y un Estado que asegure la plena seguridad de derechos y garantías constitucionales.

Por el contrario, dijo que la LAM es una ley que "genera incerteza, represividad, estigmatización, selectividad y una lesión grave a la dignidad del ser humano". Inseguridad, considerada como el grado de incerteza en cuanto a los límites de lo punible; represividad, entendida como la general intensidad de las consecuencias penales; selectividad, en la medida que permite o consagra diferencias irrazonables entre la población; estigmatización, por el grado de señalización social jurídica que como consecuencia de la pena, permite o consagra la norma; finalmente, humanidad o dignidad de la persona humana, que la Procuradora entiende como la medida en que la tutela de bienes jurídicos responde al criterio de que el ser humano es el único objeto definitivo de la tutela penal.

Aunado a lo anterior, dijo que este tipo de legislaciones que aumentan la severidad de las penas "frente a verdaderos criminales" –como puede ser un niño de doce años, según la LAM–, "intenta desarrollar funciones de prevención general intimidatoria restringiendo garantías constitucionales que hemos tardado décadas en hacer efectivas en nuestro país, y cae en dos graves y profundas contradicciones frente a la vigencia de un Estado

Constitucional de Derecho que vos y cada juez está encargado de proteger": En primer lugar, "el desacierto tantas veces denunciado de desequilibrar la armonía indispensable en todo Estado de Derecho, entre limitación de los derechos fundamentales y sistema penal, que puede ir socavando las bases de ese Estado al deslegitimar su política criminal". En segundo, que "dicha actitud prevencionista, que lleva a excesos penales, desconoce las investigaciones empíricas que demuestran que la incorporación de nuevos delitos o faltas y la gravedad de las sanciones, no es un determinante decisivo de eficacia preventiva y cuyo resultado puede ser justamente lo contrario a lo esperado".

Es indudable, dijo la Procuradora, que el país atraviesa por momentos difíciles debido al auge de la criminalidad, lo cual se enmarca en un proceso de transición hacia la democracia que se inició hace ya más de diez años y de la necesidad de aprender a convivir sobre la base del respeto a los derechos fundamentales y el cumplimiento de leyes claras y eficaces. Reconoció asimismo que necesitamos, como ciudadanos y miembros de las instituciones estatales, de leyes que orienten y dirijan la política criminal en El Salvador; pero dijo que debemos huir "de la ocultación y el encubrimiento de las realidades estructurales, por medio de la aprobación de normas que no son una respuesta integral y consensuada a las mismas, y que no respetan los más básicos principios y derechos tutelados por nuestro ordenamiento jurídico".

De hecho –afirmó–, desde la aprobación de la normativa penal vigente se eliminaron una serie de leyes especiales, lo que posibilitó establecer un proceso simple y único a todos los procesos de carácter penal. Con esta normativa se abandonó la tendencia del uso de leyes especiales para "grupos especiales" y, se optó por una sola normativa para todos. La ley penal, contrario a lo que supone el Legislativo y el Órgano Ejecutivo, es aplicable a todos –mareros o no–, pro lo que en su opinión no existen fundamentos constitucionales para establecer una normativa especial y temporal como lo es la LAM.

Este intento de utilizar una ley particular para un grupo específico –siguió–, mucho más allá de romper con una tendencia de eliminar leyes especiales, guarda íntima relación, según la Procuradora, con el tema de la discriminación y con el hecho de si el Estado puede aprobar leyes que hagan distinciones entre "mareros" y delincuentes comunes. Al respecto se refirió a lo afirmado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el sentido que no existe discriminación si una distinción de tratamiento está orientada legítimamente, es decir, si no conduce a situaciones contrarias a la justicia, a la razón o a la naturaleza de las cosas. *Contrario sensu*, cualquier distinción que las leyes pretendan hacer entre diversos grupos es atentatoria a la igualdad, si la misma sólo pretende estigmatizar un sector, dar paso a la irracionalidad contra un grupo particular y con ello afectar la más íntima misión del Derecho, que es posibilitar la convivencia.

La LAM, en su contexto, contenido y supuestos objetivos abren la puerta –siguió– a la inseguridad, la arbitrariedad y el irrespeto a los derechos humanos, diseñando ante las consecuencias más degradantes de la patología social –miseria económica, alcoholismo, delincuencia juvenil, violencia social, fracaso escolar, desempleo. etc.–, formas de justificación de respuestas coercitivas que desde el Estado implican una doble marginación: por un lado, las que son consecuencia de procesos sociales, económicos y políticos; y por

otro, la generada mediante la respuesta desproporcionada e irrazonable del aparato coercitivo del Estado, con el objetivo de neutralizar, eliminar, aislar y reprimir representaciones sociales producto del propio momento histórico y del modelo de gobierno que se está desarrollando.

La demandante dijo no desconocer que la convivencia pacífica impone la necesidad de normas, expresión del poder público, basadas en las necesidades sociales y formuladas para hacer posible la convivencia y las relaciones sociales dentro de nuestra comunidad. "De ello deriva un primer carácter, la necesidad que esta ley sea expresión de la voluntad general, por lo que será tanto más aceptada y justificada cuanto más se corresponda con las aspiraciones y necesidades sentidas por la colectividad compatibles con nuestro Estado Constitucional de Derecho. En este contexto, corresponde a las instituciones estatales, incluida la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos y la Corte Suprema de Justicia, estudiar y analizar el papel de la Constitución frente a una definición de política criminal efectuada desde las instituciones del Estado, y de la cual parece formar parte la LAM.

Además –continuó–, dicha norma o ley debe proteger los valores y principios constitucionalmente garantizados, mediante la prohibición de determinadas conductas, lo que implica una inspiración ético-social; de ahí derivó la importancia que existan en nuestro país existan una serie de instrumentos jurídicos y mecanismos institucionales que aseguren una adecuada defensa de la sociedad a través de la prevención, persecución, sanción y reparación de las conductas delictuales atentatorias de sus más preciados bienes jurídicos.

Esta categórica afirmación –dijo–, parte de su convencimiento que la obligación impuesta a las autoridades estatales de velar por el irrestricto respeto y vigencia de los derechos humanos y las libertades fundamentales (*sic*) de la población salvadoreña, incluye indefectiblemente, entre otras cosas, la aplicación de un marco jurídico institucional que exteriorice sanciones hacia la comisión de aquellos ilícitos penales que lesionan o ponen en peligro el goce y ejercicio de los bienes tutelados por nuestro ordenamiento jurídico.

En relación con ello, hizo referencia a lo prescrito en el art. 2 inc. 1º Cn. –derecho de la persona a ser protegida en la conservación y defensa de sus derechos materiales–, y en el art. 8.1 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos –CADH– relativo a las garantías judiciales, en cuanto que toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

Lo señalado en esta última disposición –dijo–, ha sido interpretado por las instancias del sistema interamericano, como una tutela o protección no sólo del imputado o indiciado de un delito, sino también de las víctimas o sus familiares, a quienes el sistema jurídico se encuentra en la obligación de proveerles de las garantías y herramientas necesarias para lograr la sanción y reparación de los injustos penales que hayan sufrido, instaurando para ello los respectivos procedimientos legales.

Al respecto, citó lo afirmado por la Corte Interamericana sobre Derechos Humanos –CrIDH–, quien ha afirmado que el mencionado artículo "debe interpretarse de manera amplia de modo que dicha interpretación se apoye tanto en el texto literal de esa norma como en su espíritu, y debe ser apreciado de acuerdo con el artículo 29 c) de la Convención Americana, según el cual ninguna disposición de la misma puede interpretarse con exclusión de otros derechos y garantías inherentes al ser humano o que se deriven de la forma democrática representativa de gobierno".

Según dicho criterio –concretó la Procuradora–, la CrIDH estableció que el art. 8.1 de la CADH comprende el derecho de la víctima y de sus familiares a las garantías judiciales, las cuales consisten en una investigación efectiva, el procesamiento de los responsables de los ilícitos, la imposición de las sanciones pertinentes y la indemnización de los daños y perjuicios que hubieren sufrido los familiares.

Lo expuesto –siguió– es una clara expresión del deber de garantía del Estado, respecto del cual en la Sentencia de la CrIDH pronunciada en el caso *Velásquez Rodríguez v. Honduras*, se señaló: "la segunda obligación de los Estados Parte es la de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención a toda persona sujeta a su jurisdicción. Esta obligación implica el deber de los Estados Partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Como consecuencia de esta obligación, los Estados Partes deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado, y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos. La obligación de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos no se agota con la existencia de un orden normativo dirigido a hacer posible el cumplimiento de esta obligación, sino que comporta la necesidad de una conducta gubernamental que asegure la existencia, en la realidad, de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Un hecho ilícito violatorio de los derechos humanos que inicialmente no resulte imputable directamente a un Estado, por ejemplo, por ser obra de un particular o por no haberse identificado al autor de la trasgresión, puede acarrear la responsabilidad internacional del Estado, no por ese hecho en sí mismo, sino por la falta de debida diligencia para prevenir la violación o para tratarla en los términos requeridos por la Convención. El Estado está en el deber jurídico de prevenir, razonablemente, las violaciones de los derechos humanos, de investigar seriamente con los medios a su alcance las violaciones que se hayan cometido dentro del ámbito de su jurisdicción a fin de identificar a los responsables, de imponerles las sanciones pertinentes y de asegurar a la víctima una adecuada reparación".

En la perspectiva del deber de garantizar la protección de la sociedad frente al fenómeno delincriminal, la Procuradora manifestó reconocer como loables todas aquellas acciones que pueda realizar el aparato estatal tendentes a proteger a la sociedad, mediante la promulgación de leyes y el establecimiento de mecanismos e instituciones que busquen prevenir, investigar y sancionar las acciones delictivas que atenten contra los bienes jurídicos de las personas.

No obstante –advirtió–, es importante recordar que toda acción estatal dirigida al cumplimiento de esos fines, debe estar enmarcada estrictamente en los principios, derechos y garantías consagrados en la Constitución y en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos –DIDH–, "lo cual nos reafirma con certeza que la normativa y los mecanismos de protección de los derechos humanos en ningún momento desatienden la necesidad de proteger a las víctimas de las acciones producto de la delincuencia, pero enfatizan también que el logro de los mismos debe hacerse bajo el más absoluto respeto a las normas del debido proceso legal, aplicándose leyes que no sean contrarias a los postulados constitucionales y a la vigencia de los derechos fundamentales". Hacerlo de otra manera –dijo– implicaría que las autoridades estatales estarían cometiendo los mismos ilícitos que se pretenden combatir con los instrumentos formales de persecución de la delincuencia.

Con la presentación de su demanda de inconstitucionalidad contra la LAM, no pone en duda –aclaró– las necesidades de nuestra población en materia de protección del fenómeno delincencial, el cual ya se encuentra revestido de mucha gravedad; por el contrario, dijo pretender el cumplimiento de su deber de defender y garantizar que la protección de los derechos humanos de las víctimas de la delincuencia a través de los mecanismos que franquea nuestro sistema punitivo, bajo ningún punto de vista debe hacerse bajo normas y mecanismos que habiliten o propicien la violación de los derechos consagrados en la Constitución y en los Tratados Internacionales ratificados por nuestro país.

Concluyó en cuanto a este punto afirmando que la intervención estatal –por medio de leyes especiales o no, temporales o no, en un Estado de Derecho–, no puede ser de naturaleza político-partidista o coyuntural; sino que ha de basarse en los grandes principios inscritos en la Constitución, que gozan de la seguridad jurídica que brinda su estatuto constitucional y la permanencia de los criterios o líneas jurisprudenciales asentadas por los tribunales encargados de su defensa. "Se trata, Honorable Sala de lo Constitucional, de principios y derechos como la seguridad jurídica, el principio de legalidad, el principio o presunción de inocencia, el principio de culpabilidad, el derecho de igualdad, el principio de mínima intervención del Derecho penal, etc."

Dicho lo anterior, pasó a exponer los motivos o razones que fundamentan su solicitud de una declaratoria de inconstitucionalidad, de la siguientes forma:

A. En primer lugar, el acápite que denominó "el Derecho Internacional de los Derechos Humanos –DIDH– como parámetro en el control de constitucionalidad", según sus interpretaciones "sobre el rol e interrelación entre el DIDH, y el derecho interno salvadoreño, particularmente la Constitución, con la finalidad de demostrar que el análisis correcto de la Constitución requiere ampliar el elenco de normas que pueden ser empleadas como parámetro de constitucionalidad, al menos cuando la discusión específica incoada en una demanda tenga repercusiones sustantivas en los derechos humanos".

La proposición del DIDH como parámetro de control de la constitucionalidad de las leyes –dijo la Procuradora–, no es una argumentación nueva en los debates jurídicos que generan los procesos de inconstitucionalidad. En ese orden, expuso una curiosa construcción sistematizadora, según la cual la jurisprudencia constitucional sobre el

particular se agrupa en cuatro "etapas" –"de desconocimiento", "de acercamiento inicial", "de menor aceptación" y "de inevitable co-existencia"–.

A partir de ello, dijo que el desarrollo del constitucionalismo en El Salvador "debe dar un importante paso hacia adelante, demostrando sus enormes compromisos con el sostenimiento de una sociedad democrática fundada en el inmarcesible respeto a los derechos humanos, y permitir que, de una vez y para siempre, el DIDH sea parte del parámetro de control de constitucionalidad". Por ello, propuso la necesidad de dar paso a una nueva etapa, a la que se llamaría "etapa de perfección".

"No existen barreras legales-normativas –enfaticó– que impidan la colocación del DIDH como parte del parámetro de control de constitucionalidad. Si bien la Constitución de manera expresa no lo indica así, no cabe duda que desde la configuración de sus valores esenciales y a partir de una definición principalística sustentada en las implicaciones del principio *pro homine*, se construye jurídicamente la ampliación del sustrato normativo integrante del parámetro de control de constitucionalidad".

Una realidad jurídica insoslayable –señaló– es la existencia de obligaciones del Estado, ya no frente a otros Estados o sujetos típicos del Derecho Internacional, sino frente a la comunidad internacional. La Corte Internacional de Justicia, en la sentencia del caso *Barcelona Traction, Light and Power Company Limited*, "se refirió a las obligaciones de un Estado frente a la comunidad internacional, a las que denominó, acertadamente, obligaciones *erga omnes* (...). En esa misma resolución la Corte Internacional de Justicia estableció que las obligaciones *erga omnes* se originan también en los principios y reglas concernientes a los derechos básicos de la persona humana".

En este punto la Procuradora afirmó que las obligaciones interestatales y las obligaciones *erga omnes* poseen diferentes fuentes; así por ejemplo, pueden provenir de convenciones o de la costumbre internacional, e incluso dimanar de los principios integradores del *ius cogens*; el cual constituye el conjunto de principios que conforman el derecho internacional imperativo, es decir, el conjunto de principios que se sobreponen a cualquier fuente de derecho internacional, principalmente a los tratados; a manera de ejemplo, la Procuradora apuntó que el art. 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados prescribe la nulidad de cualquier tratado que al momento de su celebración se encuentre en oposición con un principio de *ius cogens*; en igual sentido –siguió–, el art. 64 de la misma Convención destaca que un tratado se tornará nulo cuando se oponga a un principio de *ius cogens* *sobreviniente*.

De lo expuesto –afirmó–, "no puede quedar duda que el *ius cogens* recoge los elementos del orden público internacional, y que tienen la fuerza jurídica suficiente como para desautorizar cualquier fuente normativa que se oponga a sus principios integradores.

En el dominio de las obligaciones *erga omnes* cabe advertir –sostuvo–, que los derechos humanos son un componente irreductible de las mismas, y no forman parte exclusiva del escenario de las relaciones interestatales, sino que forman parte del núcleo de obligaciones que se pueden exigir siempre frente a cualquier circunstancia. "Una consecuencia directa de lo anterior es que un Estado que se compromete con el

cumplimiento de un tratado de derechos humanos no lo hace pensando en una condición de bilateralidad. En el caso concreto de El Salvador, cabe decirse que es un Estado parte de muchos convenios internacionales sobre derechos humanos –la CADH es un ejemplo de ello–, y la obligación estatal de respetar y garantizar los derechos humanos de todas las personas sujetas a su jurisdicción no se encuentra limitada por la condición de reciprocidad. De esta manera, El Salvador está obligado permanentemente a respetar y garantizar, *inter alia*, los derechos humanos de las personas sujetas a su jurisdicción".

Ello quiere decir, según la Procuradora, que los tratados sobre derechos humanos no pueden ser abordados con los mismos cánones o criterios con los que se trata al resto del Derecho Internacional. Citando lo expuesto por la CrIDH –caso *Efecto de las Reservas en la Entrada en Vigor de la CADH*, OC 2, y caso *Restricciones a la Pena de Muerte*, OC 3–, dijo que "los tratados de derechos humanos no son tratados multilaterales de tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para beneficio mutuo de los Estados contratantes, sino que su objeto y propósito son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados contratantes".

En el ámbito de la Constitución Salvadoreña –siguió–, los arts. 144 y 149 se refieren a la ubicación del derecho internacional en el sistema de fuentes del ordenamiento nacional, destacando que los tratados –mas no el resto de fuentes de Derecho Internacional–, al entrar en vigor, son leyes de la República, que imponen su contenido en contra de las demás leyes secundarias cuando hay contradicción, incluso cuando se trata de contradicción sobrevenida. Asimismo, tales disposiciones se refieren a la posibilidad de declarar inconstitucional un tratado vigente para El Salvador.

No se discute –dijo– la pertinencia de tales disposiciones en el contexto moderno del desarrollo del Derecho Internacional general, e incluso de las relaciones internacionales y de la política internacional; sin embargo, expresó que se puede reclamar, a la luz de los elementos anteriormente relacionados, que las provisiones normativas de los arts. 144 y 149 Cn. no pueden ser aplicadas por igual al DIDH que al resto del Derecho Internacional. "Esto quiere decir que el DIDH no puede considerarse simplemente como una 'ley de la República' que prevalecerá en caso de contradicción con una ley formal. Tampoco puede considerarse que el DIDH sea expulsado del ordenamiento jurídico o inaplicado en casos específicos por ser inconstitucional".

Justamente –siguió–, el DIDH y la Constitución comparten el mismo conjunto de valores esenciales: la protección de la persona humana. Ninguna actuación del Estado puede oponerse a la persona humana, en particular, la eliminación o desconocimiento de sus derechos. "Ese mismo resultado se obtiene en el plano internacional, desde que el DIDH integra el denominado *ius cogens* creando auténticas obligaciones *erga omnes*. Por supuesto que toda norma conforme con la Constitución compartirá sus valores esenciales, y no por eso se pretenderá reclamar que cualquier ley sea llevada al escenario de integrar el elenco de las normas que pueden fungir como parámetros de constitucionalidad. Cualquier acto del Estado –una ley, la Constitución, una sentencia e inclusive una actuación material– puede ser impugnada por contradecir el DIDH, y en caso de apreciarse de manera efectiva

tal contradicción, el DIDH se impone de manera necesaria. En el estado actual del desarrollo de la conciencia jurídica, no todas esas vertientes se han ensayado de manera efectiva. Así, normas constitucionales han sido declaradas contrarias a la CADH, obligándose a los Estados correspondientes a modificar su texto constitucional (al respecto, la sentencia sobre el fondo en el caso ‘La Última Tentación de Cristo’, de la CrIDH). De igual manera, leyes secundarias internas han sido desautorizadas y eliminadas del ordenamiento jurídico por su oposición con la CADH (al respecto, la sentencia sobre el fondo, y la interpretación de la sentencia sobre el fondo, del caso ‘Barrios Altos’ de la CrIDH). No son pocos los casos en los que las sentencias judiciales han sido desautorizadas porque reflejan una contradicción con la CADH (al respecto, las sentencias sobre el fondo de los casos ‘Loayza Tamayo’ y ‘Castillo Petruzzi y otros’, de la CrIDH). Finalmente, actuaciones materiales no jurídicas han sido condenadas por su contradicción con la CADH (entre otros, el caso célebre ‘Velásquez Rodríguez’, de la CrIDH)".

La fuerza evolutiva del Derecho, entonces, ha permitido, según la Procuradora, avanzar sustantivamente hacia una comprensión mucho más exacta, en términos científicos, sobre la naturaleza especial del DIDH *vis à vis* el resto del Derecho Internacional. De tal manera que "no puede tratarse en iguales condiciones a dos dimensiones del Derecho Internacional que poseen sustratos ontológicos y deontológicos diferentes. En ese sentido, pues, si en el escenario de la protección internacional de los derechos humanos, incluso las Constituciones deben ceder espacio a la fuerza expansiva del DIDH, resulta de lógica jurídica, que se considere que el DIDH posee esa naturaleza especial que vuelve absurdo –y hasta ridículo– pretender que una norma del DIDH sea declarada contraria a la Constitución".

"La consecuencia inmediata de lo anterior, al menos para pensar en clave de jurisdicción constitucional –siguió–, consiste en comprender que el contenido de la Constitución se encuentra integrada normativamente por el DIDH vigente para el Estado, y por lo mismo, que el DIDH pueda ser parte del parámetro de constitucionalidad ante la jurisdicción constitucional. De este modo resultarían ‘inconstitucionales’ todas aquellas normas emitidas por los poderes constituidos que sean contradictorias con el conjunto normativo integrante del parámetro de constitucionalidad. Y por tratarse de un asunto reservado al dominio de los derechos humanos, las contradicciones internas –lógicamente posibles– entre las normas integrantes de ese conjunto, se deben resolver sobre la base del *principio pro homine*, es decir, prefiriendo aquellas normas que ofrezcan un mayor esquema de protección".

La Procuradora consideró que, por las razones expuestas, las normas de DIDH vigentes para El Salvador forman parte del parámetro del control de constitucionalidad, "conclusión que no se sustenta en la naturaleza especial del DIDH frente al derecho internacional general, y por lo tanto, el resto del derecho internacional no puede formar parte, en nuestro esquema jurídico, del referido parámetro".

B. En segundo lugar, bajo el acápite que denominó "los principios limitadores del *ius puniendi*", la Procuradora comenzó afirmando que el reconocimiento de los derechos humanos como un contenido material constitucional, tiene como consecuencia específica el reconocimiento de límites a la actuación del Estado, en diferentes niveles y ámbitos. "Uno

de esos escenarios, dentro de los que el Estado se encuentra limitado por efecto inmediato de los derechos humanos, es el uso del poder penal –llamado en el *argot* jurídico como *ius puniendi*–, por el cual se entiende la posibilidad de éste de imponer sanciones y/o penas. Una de las consecuencias ineludibles del surgimiento del constitucionalismo moderno, que coincide con el reconocimiento de los derechos humanos –lo que demuestra nuevamente, y ahora a partir de una perspectiva histórica, el carácter materialmente indisoluble entre la Constitución y los Derechos Humanos– es la existencia de principios limitadores del *ius puniendi*".

Siguió argumentando que el tránsito entre el *ancient régime* y el surgimiento de los modernos Estados de Derecho, pasa precisamente por la reconversión del *ius puniendi*. Como consecuencia de ello, dentro de la jurisdicción penal nos encontramos con la utilización del *ius puniendi*, utilizado como *ultima ratio*, por cuanto penetra directamente en los derechos de las personas. De esta manera, se construye un Derecho Penal democrático, que se realiza solamente en la medida que los principios y valores constitucionales lo humanizan, permitiendo de esta manera el respeto a la dignidad humana. Precisamente la utilización del derecho penal como *ultima ratio* –siguió– permite comprender y sostener que el mismo debe configurarse sólo como un mecanismo secundario y supletorio de otros medios de control social primarios. Si el origen criminológico de muchos delitos encuentra factores variables de índole social que estimulan su existencia, entonces, en el esquema de un Derecho Penal democrático, el empleo del *ius puniendi* sólo puede hacerse de manera legítima, cuando se hayan implementado –y se compruebe el fracaso– de políticas orientadas a neutralizar y corregir tales variables. De ahí que, desde la perspectiva de los derechos humanos, la mejor política criminal es aquella que sobre la base de una política social logra prevenir el fenómeno delictivo.

En este sentido, la Procuradora afirmó que la entrada en vigencia de la LAM "integra el fenómeno denominado *utilización simbólica del Derecho Penal*, que no es más que una técnica, en no pocas ocasiones utilizada con fines a corto plazo, que trata de responder al miedo o temor de la población frente a la delincuencia y al crimen, pero no con soluciones eficaces, sino con posturas incompletas e intimidatorias, que a largo plazo sólo generan un alto grado de incerteza dentro de la población, mayor marginación social y un alto nivel de conflictividad institucional al momento de considerar a los derechos humanos como límites frente a la coerción estatal, lo cual ha sido evidenciado desde el momento mismo del lanzamiento de la propuesta de LAM".

"Es evidente –continuó– que este tipo de leyes responde a un problema político: la necesidad de los poderes públicos de responder a las demandas de los ciudadanos de mayor seguridad –lo cual, dicho sea de paso, es uno de los temas que consigue mayores réditos electorales–. Pero también es indudable que este tipo de legislaciones no constituyen una respuesta integral a la delincuencia, ni desarrollan efectos preventivos intimidatorios eficaces, y sobre todo, transgreden los más básicos y elementales principios y valores de convivencia".

Por el contrario –dijo–, la utilización simbólica del Derecho Penal, si bien en un primer momento puede cumplir funciones de integración social calmando el desasosiego

que produce el miedo al crimen y reforzando la conciencia de la ciudadanía acerca de la importancia de su protección, a mediano o largo plazo tiene efectos nocivos sobre la credibilidad de todo el sistema jurídico, por ser ineficaz, además de estigmatizar a un sector de la población.

De otro lado, también este tipo de legislaciones que aumentan la severidad de las penas y pretenden desarrollar funciones de prevención general intimidatoria, restringiendo garantías y derechos, caen en dos graves y profundas contradicciones frente a un Estado de Derecho: "En primer lugar el desacierto, tantas veces denunciado, de desequilibrar la armonía indispensable en todo Estado de Derecho, entre limitación de los derechos fundamentales de la persona y la 'efectividad' del sistema penal, que puede ir socavando las bases de ese Estado al deslegitimarse su política criminal. En segundo lugar, dicha actitud lleva a excesos penales, desconociendo las investigaciones empíricas que demuestran que la incorporación de nuevos delitos y faltas, y la gravedad de sus sanciones en leyes de duración transitoria, no es determinante ni decisivo de eficacia preventiva".

Resulta indudable –continuó–, que los habitantes del Estado tienen derecho a la seguridad, y por lo tanto, el Estado debe crear mecanismos y políticas destinadas a garantizar esa seguridad en la población. Pero también es innegable, que se debe huir de la ocultación y el encubrimiento de las realidades estructurales por medio de la aprobación de normas que no son una respuesta integral y consensuada a los mismos, pero sobre todo que no respetan los más básicos principios y derechos tutelados por nuestro ordenamiento jurídico fundamental. Lo contrario, sería abrir la puerta a la arbitrariedad y al irrespeto de los derechos humanos, diseñando ante las consecuencias más degradantes de la patología social –miseria económica, alcoholismo, delincuencia juvenil, violencia social, fracaso escolar, desempleo, etc.–, formas de justificación de respuestas coercitivas que desde el Estado implican una doble marginalización: por un lado, las que son consecuencia directa de esos procesos sociales estructuralmente indignos e injustos, y por el otro, la generada mediante la respuesta desproporcionada, selectiva e irrazonable del aparato coercitivo del Estado, con el objetivo de neutralizar, eliminar, aislar y reprimir a miembros de sectores sociales ya victimizados por el abandono de las políticas sociales.

De lo expuesto se colige, dijo la Procuradora, la importancia que juegan los límites al *ius puniendi*, pero más especialmente, la importancia de preservar celosamente tales límites. Se trata de principios y derechos que se desprenden de las formulaciones normativas que se contienen en el conjunto de normas que su demanda ha ofrecido como parámetro para el control de la constitucionalidad de la LAM.

Argumentó que las proyecciones del *ius puniendi* alcanzan, por lo menos, tres dimensiones: el Derecho Penal sustantivo, que implica la definición de las conductas ilícitas; el Derecho Penal adjetivo, que se refiere al tratamiento institucional destinado a investigar la existencia de un hecho punible, y la determinación de la responsabilidad del autor; y el Derecho Penal ejecutivo, que alude esencialmente al cumplimiento de las sanciones penales que se imponen a los responsables del cometimiento de un delito.

En el presente caso –siguió–, la LAM tiene implicaciones específicas en las tres dimensiones apuntadas, aunque, con relación a la dimensión del Derecho Penal adjetivo,

"los cambios que se observan son propios de la aplicación de la misma frente a los niños y las niñas", por lo que dijo que se ocuparía de esa dimensión en otra parte de su demanda. Así, dentro de la "dimensión sustantiva del Derecho Penal", y sólo para los efectos procesales de la presente demanda, la Procuradora invocó los arts. 12 y 15 Cn., los arts. 8.2 y 9 CADH, y los arts. 14.2 y 15.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), que se refieren al principio de culpabilidad y al de legalidad.

Es notorio –continuó– que no sólo la Constitución sino también el DIDH propuesto como integrante del parámetro para el control de la constitucionalidad, convergen en una idea limitadora del *ius puniendi* del Estado: la reacción penal, expresada en forma de amenaza de imposición de sanción, sólo puede realizarse respecto de hechos, o más exactamente, respecto de personas que han realizado hechos. En consecuencia, dijo que no puede eludirse la existencia de un concepto constitucional de delito y correlativamente un concepto constitucional de pena, que actúe como límite insalvable al legislador ordinario, todo ello bajo el amparo de los principios de supremacía constitucional y regularidad jurídica.

En ese sentido –dijo–, es indudable que la libertad se concreta en una serie de bienes e intereses que representan las condiciones externas –materiales– de su ejercicio. Por lo que la idea del Derecho como mecanismo para ordenar la coexistencia de las libertades comporta una opción acerca de la función primordial del Derecho Penal, que no puede ser otra que la de protección de ese conjunto de bienes e intereses reconocidos por el Derecho como correlatos materiales de la libertad. De este modo, la esencia de la infracción penal –el injusto– aparece desde el plano constitucional caracterizado como ataque a la libertad ajena –a la coexistencia de libertades– y, a la vez, como lesión o puesta en peligro de un bien jurídico. Por consiguiente, la noción de bien jurídico cobra así la importancia que le corresponde, y aparece como un límite de naturaleza constitucional frente al legislador.

Dicho injusto –sostuvo–, no sólo es una acción imputable, sino también ilícita; será formalmente ilícita en cuanto esté simplemente reducida a una trasgresión de una norma estatal, de un mandato o de un deber; y será materialmente ilícita cuando constituya una lesión o una amenaza de lesión a un bien jurídico. Sin embargo, desde la perspectiva constitucionalista, si la base del *ius puniendi* supone la protección de bienes jurídicos, el sentido de limitación al *ius puniendi* necesariamente implica que el concepto de bien jurídico sea determinado dentro de los límites referidos. Por lo tanto, una conclusión inmediata de lo expuesto es que no pueda ser considerado como bien jurídico cualquier interés reconocido por la sociedad y/o el Estado. No se puede sostener, por lo tanto, que el legislador carezca de un margen objetivo para determinar los bienes jurídicos sujetos a tutela por el Derecho Penal. La única conclusión sostenible al respecto consiste en advertir que sólo son bienes jurídicos tutelables por el Derecho Penal aquellas condiciones exteriores del ejercicio de la libertad de las personas, o más exactamente del desarrollo digno e integral de las personas.

Por lo expuesto, se concluye, según la Procuradora, que los delitos buscan, *inter alia*, la protección de los bienes jurídicos delimitados constitucionalmente, en la forma anteriormente apuntada. Además, sobre la base de los artículos 15 Cn., 9 CADH, y 15.2 PIDCP, los delitos deben contenerse o establecerse en leyes y referirse a hechos cometidos

por personas. Junto a lo anterior, los artículos 12 Cn., 8.2 CADH y 14.2 PIDCP disponen que la sanción penal sólo será procedente cuando se demuestre culpabilidad en el actor del delito.

Con relación al *principio de culpabilidad*, la Procuradora manifestó que, dado que los arts. 12 Cn., 8.2 CADH y 14.2 PIDCP se refieren expresamente a probar la culpabilidad del autor de un delito, y dado que los delitos se deben comprender como tipificaciones legales, precisas y determinadas de hechos, se ha instaurado la opción de excluir cualquier manifestación del *Derecho Penal de autor*, el cual –afirmó– es una manifestación típica del *ancient régime* que busca imponer sanciones sobre la base de características personales o modos de vida, sin valorar o apreciar las conductas que realiza la persona. La antítesis política y jurídica del Derecho Penal de autor –afirmó– es el *Derecho Penal de acto*, que justifica la imposición de sanciones penales a partir de la conducta específica de la persona respecto de los bienes jurídicos protegidos por la norma tipificadora.

De esta manera –afirmó–, se aprecia que a cada forma de Derecho Penal corresponde una manera diferente de medir la culpabilidad de la persona, como escala para matizar la sanción imponible. En este sentido, los dos grandes sistemas de determinación de la responsabilidad penal, dan origen a la *culpabilidad objetiva* y a la *culpabilidad subjetiva*. La primera simplemente justifica la imposición de una sanción porque acontece el presupuesto de la norma, sin entrar en consideraciones sobre las motivaciones anímicas o psicológicas del agente activo del delito. La segunda por su parte, habilita la imposición de las sanciones penales a partir del grado de conciencia, y más exactamente de intención, para motivar la conducta y propiciar que los presupuestos normativos del delito acontezcan en la realidad.

Es claro –continuó– que a un esquema de Derecho Penal de autor corresponderá una teoría de culpabilidad objetiva; mientras que por oposición, al Derecho Penal de acto corresponderá una teoría de la responsabilidad subjetiva. "De hecho, esa es la única conclusión posible toda vez que, si en el Derecho Penal de acto, el fundamento de una sanción penal es la concurrencia de hechos, el grado de sanción imponible sólo se puede justificar a partir de la medición de la intencionalidad del sujeto activo para lesionar o poner en peligro los bienes jurídicos, esto es, si ha actuado con 'dolo' o con 'culpa'".

En la medida en que los arts. 12 Cn., 8.2 CADH y 14.2 PIDCP delimitan el ejercicio del *ius puniendi* para ajustarse a un modelo de Derecho Penal de autor, es dable concluir, según la Procuradora, que los mismos incorporan y demandan que la deducción de responsabilidad se realice mediante formas exclusivas de responsabilidad subjetiva, eliminando cualquier manifestación de responsabilidad objetiva.

A manera de conclusión, la demandante afirmó que los arts. 15 Cn., 9 CADH y 15.1 PIDCP consagran el *principio de legalidad* y de su contenido jurídico se desprende necesariamente que los tipos penales se definan por medio de una ley formal que sea previa, escrita y estricta, eliminando así cualquier forma de indeterminación o "apertura" en la determinación de los supuestos normativos que habilitan la sanción penal. De igual manera, los artículos 12 Cn., 8.2 CADH y 14.2 PIDCP, al establecer el *principio de culpabilidad* excluyen cualquier manera de formulación de los tipos penales que justifiquen

la imposición de una sanción sobre una base distinta de hechos que lesionen o amenacen un bien jurídico, y por lo tanto, sólo admite que la imposición de una pena se fundamente en el grado de dolo o culpa del actor frente a esa lesión o amenaza a un bien jurídico.

a. Violación a los principios de culpabilidad (arts. 12 y 15 Cn.), principio de legalidad penal (art. 12 Cn.), principio de inocencia (art. 12 Cn.) y al respeto de la dignidad humana (Preámbulo y art. 1 Cn.) por los arts. 1, 6, 18, 19, 22, 24, 25, 26 y 29 LAM.

Entrando en concreto a exponer sus motivos de inconstitucionalidad, la Procuradora sentó la premisa que "nuestra norma fundamental establece una definición constitucional de delito, lo cual significa que el legislador tiene límites constitucionales en la creación de figuras delictivas. Dichos límites son, entre otros, el *nullum crimen sine culpa*, y por consiguiente, la necesidad que los hechos punibles, para estar amparados por nuestra Constitución, deban atentar contra bienes jurídicos definidos de forma precisa, sancionando la culpabilidad y no formas de vida, pues ello transgrede el principio de presunción de inocencia, el principio de culpabilidad y el fundamento mismo de la dignidad humana".

La estrecha relación existente entre la Constitución y su Derecho Penal –dijo– es una relación "viviente" y que se denota diariamente mediante la interpretación de las normas penales a la luz de las disposiciones constitucionales. De hecho, el Derecho Penal y el constitucionalismo moderno son prácticamente coetáneos, pues ambos nacieron al abrigo de las ideas políticas de la Ilustración, en el empeño de señalar los límites del poder del Estado. Y ello no es casual, pues al Derecho Penal le incumbe regular el instrumento más temible de ese poder, su último recurso: la pena.

El poder punitivo del Estado –siguió– se ejerce para lograr ciertos objetivos que dependen de la estructura y fines de la comunidad política bajo la sujeción de ciertas limitaciones de forma y contenido. Estos principios, así proclamados, nada significarían si el legislador ordinario pudiese fijar a su arbitrio el alcance de los conceptos de delito y pena, pues restringiéndolos o ampliándolos adecuadamente, podría burlar el imperativo de la Ley Fundamental y destruir toda idea de seguridad jurídica. Lo cual, significaría "considerar al legislador ordinario con la capacidad absoluta e ilimitada para definir penas y delitos, llegando al absurdo de considerar que sería delito 'toda conducta antisocial', o que la 'privación de libertad' –denominada en la LAM como 'arresto–, no es pena".

En consecuencia, dijo, no puede eludirse la existencia de un concepto constitucional de delito y correlativamente de un concepto constitucional de pena, que actúe como límite insalvable al legislador ordinario.

A continuación pasó a "perfilar algunas consideraciones sobre la definición constitucional de delito y pena, y cómo los contenidos constitucionales en ambos aspectos se ven lesionados directamente por la existencia de diversas disposiciones de la LAM, y especialmente de su artículo 1".

Así, dijo que es indudable que la libertad se concreta en una serie de bienes e intereses que representan las condiciones externas –materiales– de su ejercicio; por lo que la idea del Derecho, como mecanismo para ordenar la coexistencia de las libertades,

comporta una opción acerca de la función primordial del Derecho Penal, que no puede ser otra que la protección de ese conjunto de bienes e intereses reconocidos por el derecho como correlatos materiales de la libertad; de hecho –dijo–, nuestro sistema penal no se encuentra antojadizamente ordenado sobre la base de la protección de bienes jurídicos, que es la *ultima ratio* de la función penal del Estado.

De este modo, la esencia de la infracción penal –el injusto– aparece, según la Procuradora, caracterizado desde el plano constitucional como ataque a la libertad ajena –a la coexistencia de las libertades– y, a la vez, como lesión o puesta en peligro de un bien jurídico. La noción de bien jurídico –señaló–, cobra así la importancia que le corresponde y aparece como un límite frente al legislador; más como un límite derivado, no de exigencias simplemente doctrinales, sino precisamente de la Constitución.

Retomando a Liszt, dijo que un delito no sólo es una acción imputable, sino también ilícita; será formalmente ilícita en cuanto esté simplemente reducida a una trasgresión de una norma estatal, de un mandato o de un deber, y será materialmente ilícita cuando constituya una lesión o una amenaza a un bien jurídico. Tomando en cuenta ello, y por derivación del valor seguridad jurídica y del principio de legalidad, dijo que "se impide que pueda ser considerado 'bien jurídico' cualquier interés reconocido por la sociedad y/o el Estado; porque las valoraciones culturales, como ya pusiera de manifiesto Mayer, se hayan sometidas a límites constitucionales".

Deben evitarse, dijo, los peligros y las tentaciones que históricamente han sido crueles muestras de la utilización de la ley y el Derecho con una finalidad ajena a sus objetivos últimos. Así, Hernán Hormozábal destaca que el Nacionalsocialismo alemán permitió la desaparición de la diferencia entre Derecho y moral, criticando duramente la noción de "bien jurídico", como elemento capaz de limitar el uso del *ius puniendi* estatal: "es claro que el concepto de bien jurídico, en cuanto tuviera la pretensión de constituirse en una restricción a la acción política del Estado totalitario nacionalsocialista, resultaba inadmisibles".

No podemos considerar entonces –continuó–, que el legislador tiene un margen absoluto para la determinación de los bienes jurídicos sujetos a tutela por el Derecho Penal, debido a la existencia de una definición constitucional de lo que es delito, derivada del principio de legalidad penal (art. 12 Cn.)

Esta protección y garantía constitucionalmente definida –siguió– no es antojadiza, sino que implica considerar al bien jurídico como resultado del ejercicio democrático y concurrencia en los procesos a través de los cuales se realiza la libertad política; en concreto, libertad de pensamiento, de acción y sobre todo de disensión. Negar este carácter al bien jurídico penal significaría sustraer del análisis crítico-constitucional, esto es, de la esencia de la democracia, la política penal del Estado.

Se hace necesaria, pues, según la Procuradora, la revisión de las leyes penales y, en el presente caso, el contenido de la LAM a la luz de la Constitución, según la cual el injusto del delito o falta penal, ha de caracterizarse necesariamente como lesión o puesta en peligro

de bienes jurídicos, siendo dichos bienes jurídicos exclusivamente aquellas condiciones exteriores del ejercicio de la libertad de los individuos.

Esta consideración –dijo– ha sido asociada principalmente frente al Derecho Penal basado en la idea de peligrosidad, en cuanto suele imponer medidas penales por consideraciones de futuro, basadas en la probabilidad que el sujeto delinca, y por tanto antes de que haya comenzado a hacerlo, lo cual se hallaría en abierto y manifiesto conflicto con nuestra Constitución y su definición de delito, por vulnerar los principios de legalidad penal (art. 12 Cn.), la configuración del concepto constitucional de delito (art. 12 Cn.), y el principio de seguridad jurídica definido en los arts. 1 y 2 de la Constitución.

Esa legislación basada en la idea de "peligrosidad" fue difundida en América Latina –siguió–, considerándose desde hace más de tres décadas como simple manifestación ideológica que pone en serio peligro los derechos humanos reconocidos en tratados internacionales y en nuestra Constitución.

El respeto a la dignidad del ser humano, afirmó, no es compatible con una reacción penal que pretenda sancionar una forma de vida, cualquiera que sea ésta. De aquí deriva la importancia de un Derecho Penal que sancione hechos y nunca las formas de vida o de desenvolvimiento de los individuos que realizan o se comportan de una manera, de forma individual o grupal. En cita de Günther Jackobs –*¿Qué protege el Derecho Penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?*–, dijo "el Derecho Penal ya no garantiza la sola existencia de bienes jurídicos en sí mismos, sino sólo que las personas no ataquen esos bienes jurídicos. Esto nos conduce a una conclusión más coherente: la muerte por senectud es la pérdida de un bien, pero la puñalada del asesino es una lesión a un bien jurídico". Por consiguiente, dijo que el hecho que una persona se reúna con otras, que tenga cicatrices o señales, que se comunique por signos, puede no ser grato para algunos, pero no afecta o lesiona ningún bien, ni lo pone en peligro. Pero si esta persona, con o sin esos caracteres lesionara a otra, la entrada del Derecho Penal estaría legitimada.

A partir de lo anterior, afirmó que las características personales del autor, sus amistades, la forma en que convive dentro de la sociedad, no pueden entrar por sí mismas ni como mera referencia a determinar la gravedad de la pena, o a configurarse como criterios de valoración criminógena, es decir, que califiquen la existencia de un ilícito, pues ello constituye una trasgresión al principio de culpabilidad consagrado en el art. 12 Cn., así como una trasgresión al respeto a la dignidad humana, reconocida en el preámbulo de nuestra Constitución y orientadora del contenido sustantivo y sustancial de toda nuestra Ley Fundamental. En primer lugar, porque la culpabilidad jurídico-penal se diferencia de la culpabilidad moral, en que la primera hace referencia exclusivamente a la atribuibilidad del hecho cometido, mientras que la segunda, representa una valoración de las personas o de las circunstancias sociales. En un juicio jurídico-penal de culpabilidad se determina solamente si el hecho cometido es personalmente reprochable a su autor. Pero la personalidad o sus condiciones sociales, o su comportamiento dentro de un grupo, no es objeto de juicio jurídico penal de culpabilidad.

Como consecuencia del principio de culpabilidad en materia penal –siguió–, todo procedimiento y pena a imponer, debe ser consecuencia de un hecho realizado por la

persona que causa daño, previamente definido por la ley de forma precisa. Esto configura lo que en la doctrina se ha denominado como un "Derecho Penal de hecho", entendiéndose por tal una regulación legal en virtud de la cual la punibilidad se vincula a una acción concreta descrita típicamente y la sanción representa sólo la respuesta al hecho individual y no a la conducción de la vida del autor –pasada o futura– o a los peligros que en el futuro se esperan del mismo. Esta concepción es contraria a lo que se conoce como Derecho Penal de autor, pues éste permite que la pena y el tipo penal se vincule o asocie al autor, y sea su asociabilidad y el grado de la misma la que influya en la pena y el tipo penal. Ello hace que el culpable no lo sea por un hecho concreto, o si existe ese hecho, éste sea asociado a un aspecto vinculado con su forma de vida, que para el caso de la LAM, es la pertenencia a una "mara".

El Derecho Penal de hecho, según la Procuradora, se basa en el principio de legalidad, el principio de culpabilidad y en el principio de inocencia reconocidos en el art. 12 Cn., pero también en el art. 15 Cn. El primero, contempla el principio de culpabilidad y exige la comprobación efectiva del hecho realizado, materializando de esta forma el principio de presunción de inocencia; y el segundo, lo abarca expresamente al señalar que nadie puede ser juzgado, sino conforme a las leyes promulgadas con anterioridad al hecho de que se trate.

Las garantías constitucionales contempladas en las dos disposiciones mencionadas –dijo–, son además aplicables en un sentido amplio, como indicativo de un injusto típico, que incluye a las infracciones administrativas, pues en materia sancionadora, incluso en la esfera administrativa, la valoración de los hechos y la interpretación de las normas pertenece a la potestad punitiva del Estado, cuyo ejercicio viene sujeto a unos principios que, respetados, legitiman la imposición de sanciones, como se afirmó en la Sentencia de 17-XII-1992, Inc. 3-92.

En conclusión –afirmó–, la normativa vigente dentro de la LAM lleva como objetivo instaurar un Derecho Penal de autor para castigar formas de vida que se identifican con la pertenencia a grupos sociales, cuyo origen está ubicado en este contexto social e histórico. Por consiguiente, esa conducta no debería ser constitutiva de ninguna agravación o tratamiento especial, y mucho menos considerarse como criterio para valorar la existencia de un ilícito –como en el caso de las "maras"–, pues dichas consideraciones no implican la ejecución –la mera pertenencia a dicho grupo– de ningún acto que lesione un bien jurídico determinado.

El Derecho Penal constitucionalmente definido –siguió–, basado en el principio de culpabilidad, se ampara en la culpabilidad por el hecho y desecha la culpabilidad de autor, posición ésta dominante en la dogmática jurídica penal y que procura la maximización objetiva del Derecho Penal vigente a luz de los principios y valores constitucionales como la seguridad jurídica y, especialmente, el de razonabilidad, en tanto que la posibilidad de formular juicios sobre una forma de vida, de asociarse en sociedad, de formar amistades, anteriores a los hechos juzgados es particularmente incierta y proporcionalmente incontrolable tanto a partir de su formulación legislativa como en su aplicación judicial. De ahí que la razonabilidad y proporcionalidad de la norma se condiciona por el alto grado de

certeza que el criterio del Derecho Penal de hecho proporciona frente el Derecho Penal de autor, exigencia ésta derivada, en *ultima ratio* del principio de dignidad humana.

El Derecho Penal contemporáneo –continuó–, que es el amparado por nuestra Constitución, pretende que la responsabilidad penal –como un todo– esté directamente relacionada con la conducta de un sujeto, que se hace acreedor de una pena por la acción cometida, y no por lo que es. Sancionar a alguien por lo que es, ya sea esta persona un "marero", una "prostituta", un "vago", etc., y no por una acción o hecho cometido, violenta el principio de dignidad de la persona humana, el principio de inocencia y el principio de culpabilidad.

Asimismo, la demandante agregó que las legislaciones de "orden público", como la LAM, son fuertemente selectivas, encaminadas y orientadas por una ideología de *peligrosidad antedelictum*, dirigiendo el ejercicio de la coerción y fuerza imbibita del sistema penal a miembros de la sociedad en permanente estado de exclusión – desempleados, subempleados, marginados, etc.–

En el campo de la lucha contra la delincuencia –dijo– es donde se establecen los más altos requisitos de justicia, y la necesaria determinación de una sanción proporcionada con relación a un hecho cometido, en tanto el principio *nulla poena sine culpa* posee el rango de principio constitucional dentro de los arts. 12 y 15 Cn., lo cual ha sido reiterado además desde el derecho constitucional comparado y la doctrina dominante al respecto. En consecuencia, el art. 1 de la LAM "violenta el contenido de estas dos disposiciones constitucionales y, por consiguiente, los principios constitucionales de dignidad (Preámbulo y art. 1 Cn.), culpabilidad y legalidad penal, al definir como objeto de la una ley especial y temporal un rasgo o elemento tipo orientador de la mayoría de las disposiciones contenidas en la LAM, que no representan un 'hecho típico', sino solamente una forma de vida".

De acuerdo con nuestro sistema punitivo configurado desde la Constitución, el sujeto sólo responderá de sus realizaciones lesivas a un bien jurídico; por tanto, será a partir del sentido que el sujeto haya dado a esas realizaciones en el contexto típico, que deberá establecerse si tiene alguna vinculación personal con el hecho y si esa vinculación personal se corresponde a algún grado de culpabilidad –dolo o culpa–, que son las únicas que pueden dar lugar a la responsabilidad penal.

De lo anterior se colige –manifestó–, que sólo serán típicas aquellas situaciones concretas que tengan significación para el bien jurídico protegido; no basta la intencionalidad del sujeto, como la definida en el art. 1 de la LAM, para establecer y definir una responsabilidad penal. Es necesario valorar si la acción concreta, es señal de una posible lesión de un bien jurídico, cuestión que parece haber escapado o haberse omitido, en el análisis constitucional de la LAM por los otros órganos fundamentales del Estado.

La pena –continuó– es una consecuencia jurídico penal del delito que se dirige fundamentalmente a compensar la culpabilidad, criterio que tiene como objetivo la individualización de aquella. Esta afirmación supone reconocer al principio de culpabilidad, un contenido mucho más amplio que el que tradicionalmente se le atribuye. Así, el principio de culpabilidad es presupuesto y límite de la pena estatal, bajo la conocida

premisa de *no hay pena sin culpa o dolo*, entendida ésta como una culpabilidad por el hecho.

Citando a José Antonio Choclán Montalvo –su trabajo *Culpabilidad y pena. Su medición en el sistema penal salvadoreño*– dijo que el principio de culpabilidad exige para la punibilidad un doble condicionamiento: (i) que el autor sea culpable del hecho cometido por él y no por otros; y (ii) la equivalencia de la pena a la gravedad del hecho y no a la personalidad del autor.

Como consecuencia de lo anterior –afirmó la Procuradora–, aquellos tipos delictivos que utilicen como criterios de valoración criminológica o utilicen dentro del tipo penal de forma directa la simple pertenencia a una "mara" serían contrarios a los principios constitucionales desarrollados, sobre la base de los argumentos antes manifestados. "Tal es el caso de los arts. 1, 6, 18, 19 y 29 inc. 2º de la LAM, que dentro de su definición del tipo utilizan el concepto de 'mara' o 'pandilla', sin que se identifique una acción concreta o bien jurídico tutelado por el Derecho Penal", por lo cual solicitó que la declaratoria de inconstitucionalidad deba referirse a dichos artículos y no solamente al art. 1 de la LAM.

Asimismo, y como consecuencia de todo lo antes manifestado en el presente apartado, podemos también afirmar –dijo– que, sin fundamentación objetiva, se pretende penalizar conductas que no lesionan bienes jurídicos, atentando contra los principios de culpabilidad, inocencia y legalidad. Tal es el caso de las disposiciones que penalizan la simple estadía en cementerios o en lugares abandonados, o de los indocumentados tipificados en los arts. 19, 22 y 29 de la LAM.

Por consiguiente y sobre la base de los argumentos antes expuestos, la Procuradora solicitó la declaratoria de inconstitucionalidad de los arts. 1, 6, 18, 19, 22, y 29 de la LAM "por violación de los principios de culpabilidad, legalidad, inocencia y dignidad de la persona humana". Asimismo, consideró que deben aplicarse las razones y argumentos expuestos en este apartado y por consiguiente establecer la inconstitucionalidad por violación directa del principio de culpabilidad, especialmente por fundarse en un esquema de responsabilidad objetiva y por no aludir a la producción de un daño o amenaza a un bien jurídico protegible penalmente, a los arts. 8, 9, 10, 11, 16, 21, 22, 27 y 29 inc. 1º LAM.

Podría argumentarse –señaló– que el inciso final del art. 13 Cn. permite, por razones de defensa social, la creación de un Derecho Penal basado en la peligrosidad. "Pero he ahí la grave infracción a la Constitución cometida por el legislador con la LAM: ese Derecho basado en la 'peligrosidad', permitiría crear una normativa ajena a la penal, con la finalidad de imponer medidas de seguridad estrictamente reglamentadas. Pero es el caso que el legislador ha olvidado su cometido constitucional en materia penal, y ha creado y regulado sobre la base del art. 1 de la LAM, un Derecho Penal de autor, que impone penas y establece delitos y faltas, cuando lo que el constituyente, al definir el principio de culpabilidad en el art. 15 y el principio de legalidad en el art. 12 Cn. (*sic*), ha establecido, es la prohibición de generar un Derecho Penal de autor". Ello porque el art. 13 inc. final, *in fine* Cn., no habla de penas, sino de medidas de seguridad.

Sobre dicha base –dijo–, y siendo el objeto definido en el art. 1 de la LAM contrario a la Constitución, al establecer una ley especial y temporal mediante la que se crean delitos basados en la mera peligrosidad, y establecer sanciones de prisión y multa para tales delitos, dichos tipos penales son contrarios a la Constitución por violación de los arts. 12 y 15 Cn.

Concluyó en cuanto a este motivo diciendo que la confusión del legislador entre Derecho Penal propiamente dicho y la posibilidad de establecer sanciones como el arresto y la multa, y la creación de medidas de seguridad, es tan manifiesta, que por pérdida del objeto contemplado en el art. 1 de la LA, la ley en su totalidad debería ser declarada como contraria a la Constitución.

Asimismo, y como consecuencia de lo anterior, las sanciones contempladas en el art. 4 de la LAM, salvo las denominadas "medidas reeducativas o de readaptación", contempladas en todos los tipos penales, son contrarias a la Constitución, como derivación de la trasgresión constitucional de los principios de legalidad y culpabilidad definidos en la Constitución, ya que el resto de penas o sanciones a las que se refiere la LAM, no son medidas de seguridad sino penas, lo que violenta nuevamente los arts. 12 y 15 Cn., los cuales establecen que las penas sólo pueden imponerse por hechos cometidos.

b. Violación a los principios de seguridad jurídica (art. 1 Cn.), y principio de legalidad penal (art. 15 Cn.) por los arts. 1, 6, 18, 19, 24 y 25 de la LAM.

En cuanto a este punto la Procuradora sentó la premisa que "uno de los elementos básicos de los principios de seguridad jurídica y de legalidad, es la necesidad derivada de la norma constitucional que los hechos descritos como punibles sean definidos en forma precisa y concisa. La continua remisión a conceptos jurídicos indeterminados, que a su vez se apoyan u orientan por otros conceptos jurídicos indeterminados para aplicar un tipo penal, no sólo genera incerteza o inseguridad, sino una transgresión a los principios antes enunciados".

Citando a José Ramón Serrano Piedecabras Fernández –*Conocimiento científico y fundamentos del Derecho Penal*–, dijo que del principio de legalidad surge la exigencia que las normas reúnan determinadas garantías materiales, de suerte que se conviertan en verdaderos instrumentos al servicio de las libertades de los ciudadanos. De ello se deriva la necesidad que la norma penal exista por medio de una ley –*lex scripta*–, que sea anterior a la comisión del hecho –*lex previa*– y que describa un supuesto de hecho determinado –*lex certa*–.

El sentido fundamental que posee el principio de legalidad en el Estado de Derecho –siguió–, es el de someter todas las actuaciones de los órganos públicos a la ley, de manera que éstos ejerzan exclusivamente el poder que la ley ha definido previamente, sólo en la medida tasada por la ley y únicamente mediante el procedimiento y las condiciones que la misma establece.

Es fácil advertir –siguió–, que toda indeterminación de la ley abre un espacio de decisión para los órganos, en el que el principio de legalidad desempeña un papel

prácticamente nulo. De ahí la necesidad de que las normas posean un contenido claro y, en la medida de lo posible, cerrado, taxativo o preciso.

Ciertamente –argumentó–, el problema de la determinación de la ley penal no ha de plantearse de un modo que se oponga radicalmente la absoluta determinación frente a la indeterminación completa. Como se ha dicho en muchas ocasiones, una precisión absoluta es inalcanzable en esta materia; lo que se plantea es más bien el grado de indeterminación que puede incorporar la ley penal al definir aquellos presupuestos en los que se basa o se constituyen en su fundamento, y por supuesto, en cómo éstos orientan la norma penal para su aplicación.

Retomando jurisprudencia del Tribunal Constitucional español, la Procuradora afirmó la necesidad que el legislador realice el máximo esfuerzo posible para que la seguridad jurídica quede salvaguardada en la descripción de los tipos penales (STC 53/1994, de 24 de febrero), de tal manera que de ellos se desprenda la máxima claridad posible, cuál es la conducta prohibida o la acción ordenada. Por todo ello, las normas penales deben ser concretas y precisas, claras e inteligibles, sin proclividad alguna a la incertidumbre (STC 34/1996, de 11 de marzo), y para ello es preciso el empleo de una depurada técnica jurídica en el proceso de elaboración de las normas (STC 150/1990, de 4 de octubre).

Asimismo, la demandante consideró que la ambigüedad que se irradia a todo el contenido normativo de la ley, a partir de la no tan clara, precisa o certera definición de "mara", lleva a afirmar que el art. 1 de la LAM, vulnera el principio de seguridad jurídica y de legalidad, así como el contenido normativo definido en el art. 15 Cn.

Asimismo pidió tomar en cuenta que el grado de apertura en la formulación del concepto de pandilla o "mara" –núcleo básico en el que se fundamenta la ley–, no se basa en hechos concretos, sino en cualidades personales, en formas de asociación de sectores en El Salvador, lo que redundaría en un alto grado de incerteza e inseguridad en la formulación de la ley, y por consiguiente en su aplicación trasgrediendo de esta manera la norma constitucional.

La seguridad jurídica explicitada en los arts. 1 y 2 Cn –siguió–, es uno de los valores constitucionales trasgredidos con esta disposición, ya que como ha sido afirmado por la doctrina y la jurisprudencia constitucional comparada, desde la perspectiva del Derecho Constitucional, la seguridad jurídica es la condición resultante de la predeterminación, hecha por el ordenamiento jurídico, de los ámbitos de licitud e ilicitud en la actuación de los individuos, lo que implica una garantía para los derechos fundamentales de una persona y una limitación a la arbitrariedad del poder público.

Además, siguiendo la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español dijo que la seguridad jurídica es suma de certeza y legalidad, jerarquía y publicidad normativa, irretroactividad de lo no favorable, interdicción de la arbitrariedad; la suma de todos esos principios, equilibrada de tal suerte que permita promover, en el orden jurídico, la justicia y la igualdad en libertad.

Se ha sostenido –continuó–, que la seguridad jurídica presenta dos grandes manifestaciones: la primera, como una exigencia objetiva de regularidad estructural y funcional del sistema jurídico a través de sus normas e instituciones; y en la segunda, que representa su faceta subjetiva, se representa como certeza del derecho, es decir, como proyección en las situaciones personales, de la seguridad objetiva, en el sentido que los destinatarios del Derecho puedan organizar su conducta presente y programar expectativas para su actuación jurídica futura bajo pautas razonables de previsibilidad.

Sobre las dimensiones de la faceta objetiva de la seguridad jurídica –siguió–, se ha dicho que, relacionadas las principales características y dimensiones del concepto de seguridad jurídica, todas ellas, se pueden englobar en dos exigencias básicas: (i) corrección funcional, que implica la garantía del cumplimiento del Derecho, por todos sus destinatarios y regularidad de actuación de los órganos encargados de su aplicación, es decir, la vinculación de todas las personas públicas y privadas a la ley, que emana de la soberanía popular a través de sus representantes, y que se dirige al reconocimiento y tutela de los derechos fundamentales, lo cual constituye el fundamento del Estado de Derecho; y (ii) corrección estructural, en cuanto garantía de disposición y formulación regular de las normas e instituciones integradoras de un sistema jurídico.

Respecto de los requisitos derivados de la corrección estructural, la demandante sostuvo que, aunque es frecuente identificar esta dimensión con el principio de legalidad, sin embargo, su alcance se proyecta sobre todo el ordenamiento jurídico al propiciar una interpretación del término ley, que se desglosa en los requisitos de: (i) *ley promulgada*, porque lo que define a la ley no es sólo el ser un precepto general, justo y estable, sino el haber sido objeto de adecuada promulgación; lo cual responde a la demanda de publicidad de la norma, es decir, a la posibilidad de ser conocida por aquellos a quienes obliga su cumplimiento; (ii) *ley manifiesta*, es decir, la ley debe ser clara para que no induzca a error por su oscuridad y dicha claridad normativa requiere de una tipificación unívoca de los supuestos de hecho, que evite, en lo posible, el abuso de conceptos vagos e indeterminados, así como una delimitación precisa de las consecuencias jurídicas, con lo que se evita la excesiva discrecionalidad de los órganos encargados de la aplicación del Derecho; (iii) *ley plena*, que implica que no se producirán consecuencias jurídicas para las conductas que no hayan sido previamente tipificadas; (iv) *ley perpetua*, en tanto que la tendencia de las normas jurídicas hacia la permanencia se conecta con el principio de irretroactividad y cristaliza en dos manifestaciones de la seguridad jurídica frecuentemente invocadas: la cosa juzgada, que atribuye firmeza a las decisiones judiciales no susceptibles de ulterior recurso; y los derechos adquiridos, que amparan las situaciones jurídicas surgidas de acuerdo con la legalidad vigente en el momento de su conformación, frente a eventuales cambios legislativos que pudieran incidir retroactivamente en ellas.

Por consiguiente –dijo–, la exigencia definida en los arts. 1 y 2 Cn. en relación con el principio de seguridad jurídica, implican que el legislador debe perseguir la claridad y no la confusión normativa; es decir, debe procurar que, sobre la materia legislada, los operadores jurídicos y los ciudadanos sepan a qué atenerse, evitando provocar situaciones objetivamente confusas –como las que plantean innumerables artículos de la LAM–.

A partir de lo antes mencionado, la Procuradora sostuvo que la seguridad jurídica se traduce en el correcto funcionamiento de la institucionalidad estatal –lo que no es sinónimo de legalidad– y la consecuente seguridad proporcionada por la certeza de la ley, en otros términos "saber lo que va a pasar". Por eso –manifestó–, la seguridad jurídica es uno de los mecanismos que potencian las libertades públicas de los individuos.

Las alusiones contenidas en el art. 1 LAM –argumentó–, no son alusiones claras que eviten conducir a error, sino todo lo contrario. En tal disposición no se huye del uso de conceptos jurídicos indeterminados para evitar la vaguedad y la indeterminación, sino "se abusa reiteradamente de lo oscuro, lo gris, la indefinición para poder crear esta norma especial y temporal, no evitando sino potenciando la discrecionalidad o grado de libertad de los órganos encargados de su aplicación, de tal forma que la misma deviene en arbitraria desde el momento mismo de expresarse en la ley".

Citando a Eduardo García de Enterría, señaló que, por su referencia a la realidad, los conceptos utilizados dentro de la norma, pueden ser determinados o indeterminados; los primeros, delimitan el ámbito de la realidad al que se refieren, de una manera precisa e inequívoca. Por el contrario, con el concepto jurídico indeterminado, la ley hace referencia a una esfera de realidad cuyos límites no aparecen bien precisados en su enunciado, no obstante lo cual, es claro que intenta delimitar un supuesto concreto.

No obstante ello –siguió–, suele aludirse que dentro de la estructura y uso de los conceptos jurídicos indeterminados, debe ser identificable un núcleo fijo o *zona de certeza*, que cuenta con datos precisos y seguros comprendidos dentro de dicho concepto, así como una *zona intermedia o de incertidumbre* o "*halo del concepto*", relativamente imprecisa, y finalmente, una *zona de certeza negativa*, también definida en cuanto a la exclusión del concepto.

Por lo antes mencionado –señaló–, ha sido reiterado en la jurisprudencia constitucional, que los conceptos jurídicos indeterminados, al operar su calificación en una circunstancia concreta, implican o permiten sólo una posible solución. Como afirma García de Enterría –en *La lucha contra las inmunidades del poder*–, dado que "hay una única solución justa en la aplicación del concepto a una circunstancia concreta", lo peculiar del concepto jurídico indeterminado "es justamente la pluralidad de soluciones justas posibles como consecuencia de su ejercicio".

La determinación de estos elementos de la estructura de los conceptos jurídicos indeterminados, afirmó la Procuradora, tiene como pilar una relación directa con un principio de viejo cuño que limita la utilización de los conceptos jurídicos indeterminados por respeto del principio de seguridad jurídica y que excluye la posibilidad que en los Estados Constitucionales de Derecho se utilicen conceptos jurídicos indeterminados donde no existan zonas de certeza.

Esto no significa otra cosa que, dentro de los elementos identificados en la norma jurídica en la cual se utiliza un concepto jurídico indeterminado, el mismo no puede remitirse, basarse o relacionarse con otro concepto jurídico indeterminado, puesto que alguno de los elementos o conceptos contenidos en la norma, deben brindar una orientación

definida para la determinación del contenido de certeza positiva y negativa dentro de los conceptos jurídicos indeterminados.

En conclusión –manifestó–, el legislador no puede utilizar dentro de una norma conceptos jurídicos indeterminados que a su vez remitan para la configuración de su contenido a otros conceptos del mismo tipo, puesto que ello implicaría un ámbito de discrecionalidad o libertad dejado al operador que se vuelve arbitrario, al no contar dentro de la norma con elementos que brinden orientación o grado de certeza en el uso de los conceptos jurídicos indeterminados, lesionando el principio de seguridad jurídica contenido en los arts. 1 y 2 Cn., y en el caso de la LAM, el principio de legalidad definido en el art. 12.

No cabe subestimar –sostuvo– que para la certeza del Derecho y la seguridad jurídica el legislador tiene que emplear una depurada técnica jurídica, que no ha sido seguida en la LAM, puesto que una legislación confusa, oscura e incompleta, dificulta su aplicación. El art.1 de la LAM no utiliza un concepto jurídico indeterminado, sino que todo el artículo está conformado por conceptos jurídicos indeterminados que se remiten unos a otros, como criterios para valorar la relación entre un individuo y su pertenencia a una asociación ilícita denominada "mara". Así, en su inc. 2º, el art. 1 hace referencia a los conceptos jurídicos indeterminados: (i) "mara" o pandilla; (ii) "orden público"; (iii) "decoro"; (iv) "buenas costumbres"; (v) "reunirse habitualmente"; (vi) "señalen segmentos de territorio como propio"; (vii) "que tenga señas o símbolos como medio de identificación"; y (viii) "que se marquen el cuerpo".

Dicho artículo, afirmó, implica la construcción de una norma que remite de concepto jurídico indeterminado a concepto indeterminado, para definir a su vez, el concepto indeterminado de "mara", que es la base u objeto del régimen normativo especial y temporal que regula la ley, lo cual lesiona el principio de seguridad jurídica dispuesto dentro de los arts. 1 y 2 Cn., sobre la base de los argumentos antes expuestos.

Este grado de vaguedad e incerteza que afecta al principio constitucional de legalidad y a la seguridad jurídica, no es aplicable según la demandante sólo al art. 1 de la LAM, sino que se irradia a todas las disposiciones que aluden a los conceptos jurídicos indeterminados utilizados en la primera disposición y por consiguiente a ellos también afecta en forma precisa y concreta la declaratoria de inconstitucionalidad sobre la base de la violación a los principios de legalidad y seguridad jurídica.

Tales artículos son los siguientes: 6, 18, 19, 24, 25 y 29 inc. 2º de la LAM; por tanto, sobre la base de lo antes mencionado la demandante solicitó que la declaratoria de inconstitucionalidad por violación de los principios de legalidad y seguridad jurídica, además de afectar al art. 1 de la LAM, deberá realizarse también sobre estas disposiciones.

c. Finalmente, en una consideración final sobre la inconstitucionalidad del art. 1 LAM, la demandante sostuvo que la declaratoria de inconstitucionalidad de tal disposición implicaría la declaratoria de inconstitucionalidad de todas aquellas disposiciones vinculadas con el objeto de la ley. En consecuencia, dado que la ley perdería su objeto al ser declarado inconstitucional el art. 1 de la misma, las disposiciones subsiguientes directamente –que

son todas y cada una de las disposiciones contenidas en la ley– relacionadas con el mencionado artículo, derivarían en inconstitucionales, y por consiguiente correspondería a esta Sala declararlo en tal sentido, especialmente la creación de un procedimiento *sui generis* dentro de dicha ley –el cual implica una trasgresión al arts. 3 y 11 Cn.– y todos aquellos tipos delictivos que manifiestamente utilizan dentro del tipo penal de falta o delito el concepto de "mara" como elemento tipo; tal es el caso de los arts. 6, 7, 18, 19, 29 inc. 2º, y los arts. 30, 31, 32, 33, 34, 35, 36, 37, 38, 39, 40, 41, 42, 43, 44, 45, 46, 47 y 48 de la LAM, debido a que atañen a aspectos procesales aplicables sólo por el hecho de ser considerado como perteneciente a una asociación ilícita denominada "mara".

C. En el apartado que denominó "la discriminación y los derechos humanos", la Procuradora expuso sus argumentos sobre la violación al derecho y principio de igualdad contenido en los arts. 3 y 11 Cn. (igualdad sustantiva e igualdad procesal, respectivamente), así como a los principios de razonabilidad y proporcionalidad de las leyes (art. 246 Cn.) por el contenido dispuesto en los arts. 3 inc. 2º y 1 de la LAM.

En este motivo la Procuradora planteó la siguiente premisa: "toda diferenciación establecida por la ley debe basarse en criterios razonables y objetivos. El pertenecer a una 'mara' o pandilla no se constituye como una razón objetiva y razonable para establecer un proceso especial de juzgamiento por las faltas cometidas por miembros de dichas organizaciones. Por consiguiente, el establecimiento de dos procesos diferentes para el juzgamiento de un mismo hecho (faltas penales), haciéndose depender el proceso a utilizar de la pertenencia o no a una 'mara' es una trasgresión a la igualdad sustantiva y procesal reconocida en nuestra Constitución".

La igualdad constitucional –dijo– no prohíbe al legislador que diferencie, sino lo que prohíbe es realizar tal diferenciación de una manera no objetiva, no razonable y no proporcionada. En tal sentido, siguiendo lo que afirma Javier Pérez Royo –en su *Manual de Derecho Constitucional*–, dijo que el contenido de la igualdad no es otro que la prohibición de la discriminación.

Para que las diferenciaciones normativas puedan considerarse no discriminatorias, resulta indispensable que exista una razón objetiva y razonable, de acuerdo con criterios y juicios de valor generalmente aceptados, cuya exigencia debe aplicarse en relación con la finalidad y efectos de la medida considerada. Ello es especialmente protegido en el Derecho Penal, donde la tutela del principio de igualdad en la formulación de la ley penal supone que las leyes que definen delitos, penas y procedimientos, sean las mismas para todas aquellas personas cuyos hechos hayan de ser conocidos por los tribunales, constituyéndose como un trato diferenciado en la historia de los delitos y las penas, por ejemplo, la inaplicación de las leyes penales por razones personales –*status quo*–, por fueros especiales y por tribunales en regímenes de excepción.

En este sentido –manifestó–, la igualdad supone una limitación al poder normativo penal del Estado, pues no es posible la creación de leyes que no sean generales, sin embargo, tampoco supone la aplicación de la igualdad en el Derecho Penal, el otorgamiento de un trato uniforme.

Por ello, resulta justificado que la ley penal pueda contemplar conductas que sólo sean punibles para un número de personas, e inclusive para una sola, si sólo ellas pueden causar un perjuicio concreto a la comunidad o a las libertades de los individuos. Ejemplos son las calidades de funcionario público, jueces, empleados, agentes de autoridad, entre otros, tal como lo hace nuestro Código Penal, en cuanto a la creación de delitos dentro de cuyo tipo penal se incluye al funcionario o empleado al que podría ser aplicado dicho tipo.

Por su parte, el Código Procesal penal, también establece diferentes "procesos" y "alternativas" sobre la base de la gravedad de los bienes jurídicos lesionados, posibilitando la aplicación de beneficios procesales en el caso del cometimiento de ciertos delitos o bien la aplicación de privilegios como la libertad condicional.

Sin embargo, ese trato diferenciado resulta justificado y objetivable cuando hablamos del ejercicio de funciones o cargos, o cuando referimos a aspectos procesales diferenciados sobre la base de aspectos objetivos -lesión de bienes jurídicos de menor jerarquía-.

En el caso del art. 3 inc. 2° de la LAM, establece que si las faltas contempladas en esa ley y las contempladas en el Código Penal son cometidas por miembros de "maras" o pandillas, se aplicará el proceso establecido en la LAM; de lo contrario, se aplicará el proceso común, lo que constituye una diferenciación en cuanto al proceso por el que serán juzgadas las faltas penales cometidas dentro de la República.

Por lo que -continuó-, habrá que considerar si dicha clasificación o diferenciación es justificada y razonable; al respecto, la Procuradora sostuvo que el parámetro definidor sobre el proceso por el que será juzgada una persona por el cometimiento de una falta es su pertenencia o no a una "mara"; lo que constituye un parámetro de carácter ambiguo y, además estigmatizante. El ser juzgado mediante uno u otro procedimiento no es antojadizo, ni puede pender del arbitrio absoluto del legislador.

Asimismo, nuestro Código Penal establece claras diferenciaciones entre un juicio por faltas y un juicio o procesamiento por el cometimiento de un delito; sin embargo, existe una clara diferencia objetiva que justifica esa diferenciación: la jerarquía del bien jurídico lesionado. En ese sentido, la Procuradora se cuestiona sobre lesión algún bien jurídico distinto, que posibilita la aplicación de dos procesos distintos según nos encontremos frente a un sujeto calificado como miembro de una asociación ilícita denominada "mara" frente a otra que no lo es.

Además, cuestionó si los criterios que determinan la pertenencia a una "mara" señalados en el art. 1, tales como reunión habitual, señalar un territorio definido, tener símbolos de identificación comunes, marcas en el cuerpo con tatuajes, constituyen suficiente criterio como para realizar una diferenciación en los sujetos o si son los criterios objetivos y razonables aceptados por nuestra Constitución para crear dos procesos distintos para el juzgamiento de las faltas penales cometidas por un individuo.

A lo dicho agregó que los parámetros del principio de razonabilidad y proporcionalidad permiten considerar que no se reúnen los criterios de necesidad, idoneidad

y razonabilidad en *strictu sensu*. Y tampoco son objetivos dichos parámetros, pues no descansan ni tienen relación con el fin de la pena, ni con los bienes jurídicos lesionados, ni con el objetivo último del derecho penal: la readaptación del delincuente.

Además sostuvo que el principio de razonabilidad, proporcionalidad o prohibición de exceso, aunque no se mencione expresamente en la Constitución, tiene asidero en la misma; esta falta de regulación expresa de este principio en la Ley Suprema también ocurre en otros países y, sin embargo, él ha tenido una fecunda aplicación en la jurisprudencia constitucional y determinada por ésta, en la ordinaria, por considerarse que es inherente al Estado de Derecho y a la esencia de los derechos fundamentales.

Basado en dicha jurisprudencia -comentó-, Ernesto Pedraz Penalva expresa que la proporcionalidad aparece como aquella exigencia inherente al Estado de Derecho en cuanto tal, que impone la protección del individuo contra intervenciones estatales innecesarias o excesivas que graven al ciudadano más de lo que es indispensable para la protección de los intereses públicos. La doctrina acepta sin excepciones que uno de los imperativos consustanciales al Estado de Derecho es la imposición a éste del ejercicio moderado de su poder.

Asimismo, manifestó que esta Sala ha demostrado que la Constitución contiene preceptos que configuran los elementos esenciales de un Estado de Derecho, por lo cual toda jurisprudencia y doctrina que infiere el principio de proporcionalidad de este tipo de Estado, es adaptable al presente caso.

Para que una sanción como la pena de arresto, multa o trabajo para la comunidad, que es una restricción a los derechos fundamentales legalizada, resulte legitimada para resolver conflictos sociales, tiene que probarse que esa restricción a los derechos fundamentales es un mal necesario -función represiva- porque permite desarrollar la autonomía de los ciudadanos en el despliegue de sus derechos fundamentales o seguridad ciudadana -función garantista-. Esto es, en otras palabras, que sean más importantes, cuantitativa y cualitativamente, los espacios de libertad que otorga, que los que restringe.

Para ello, la Procuradora consideró que habría que someter el ejercicio de la potestad punitiva del Estado, a los principios que la doctrina ha sostenido que regulan aquélla y que se identifican con los parámetros de razonabilidad y proporcionalidad que las leyes deben tener a la luz de la Constitución.

En ese sentido, y como una primera acotación del referido principio, la demandante sostuvo que *el perjuicio que se procura evitar debe ser mayor que el que se causa* -proporcionalidad en sentido estricto-, y lo que legitima al Derecho Penal es la idoneidad del para reducir los delitos y reducir las soluciones violentas a los delitos -por ejemplo, la venganza privada-.

Para ello -continuó-, el Derecho Penal tendría que procurar eliminar la violencia informal o extra-penal y la suya propia -aumentando la protección de los derechos y las garantías dentro de los procesos-. Esto último, significa hacer entrar dentro de la teoría del delito los principios humanistas y garantistas que tienen como base la dignidad humana, en tanto

fundamento del Estado Democrático de Derecho. En el ámbito de fines del derecho penal, esta exigencia se traduce en hacer efectiva la *máxima eficacia preventiva con el mínimo sacrificio de la libertad individual*, llegando de esa manera, al preciado equilibrio entre seguridad y libertad, prevención y garantía.

A criterio de la Procuradora, el perjuicio que se pretende evitar, no es de tal envergadura que permita razonablemente crear una norma que estigmatice a los ciudadanos, basándose fundamentalmente en una apreciación de derecho penal de autor.

Si bien es cierto –agregó–, no es fácil establecer una relación razonable, es indicado suponer que toda medida debe implicar un coste proporcionado a sus beneficios. Por tanto, a mayores beneficios, mayor podría ser el grado de restricción de los derechos.

No obstante, que los beneficios de la LAM no se corresponden con la gravedad de las sanciones que implica, puesto que éstas permiten la aplicación de la pena de arresto hasta un máximo de ciento ochenta días, imposibilitando el otorgamiento de beneficios penales como la libertad condicional, que es aplicable solo a las penas por delitos, siendo por tanto, mayor el perjuicio que causa, que el beneficio obtenido, que no es más que la estigmatización del "marero", sujeto peligroso por definición legal.

Asimismo expresó que *la pena debe ser efectiva para evitar esos perjuicios* –juicio de adecuación–, pues uno de los cuestionamientos más importantes hechos al sistema penal, es que las penas como el arresto y la multa no han servido en su efecto intimidatorio para evitar la comisión de delitos, ni de manera especial, para evitar la reincidencia.

La presunta ineficacia del sistema penal en cuanto a sus efectos preventivos generales se centra entonces, en los desviados no-socializados para los cuales la pena no intimida y, por tanto resulta ineficaz. Para estos, hay que decir que es necesario incidir en otros medios de control social más idóneos que la pena. Para estos sujetos, no socializados, la amenaza penal no puede motivarles a inhibirles en su comportamiento, puesto que el mismo deriva de su propia situación social, por lo que la pena no puede cumplir ninguna función de prevención general.

El problema de las "maras" es un problema social, con consecuencias nefastas para la seguridad ciudadana y frente al auge de delincuencia; pero la pertenencia a una "mara", no tiene y no puede ser limitado por una norma penal, puesto que esa asociación o vinculación entre individuos es una consecuencia de un proceso social.

En otras palabras –expresó–, hay que dejar sentado algo que parece bastante evidente: una regulación iusfundamental que carezca de fines constitucionales es inconstitucional. Los fines según puede comprenderse del Considerando III de la ley, es responder mediante un "instrumento punitivo" frente a los niveles actuales de violencia asociados a grupos delincuenciales conocidos como "maras" o pandillas. De esta forma, se determina la necesidad de esta ley especial y temporal.

No obstante –manifestó–, el fin de las normas penales y sus sanciones ya está previamente definido por la Constitución, y se encuentra en el inc 3° del art. 27 Cn. La

gravedad del sistema sancionatorio de esta ley especial, no sólo atenta contra lo establecido en dicho artículo, sino que permite establecer la pena de "arresto" por el cometimiento de faltas penales, siendo dicha pena no constituye un disuasorio en el caso de las "maras", porque como hemos mencionado, el problema de las "maras", es un problema social. Por ello -consideró-, las sanciones como el "arresto" no pueden ser una política eficaz frente a este fenómeno social.

Además, la Procuradora sostuvo que *la pena debe ser necesaria, en el sentido que no haya una medida más económica en términos de daño social que sea igualmente efectiva* –juicio de necesidad–; sobre este aspecto la demandante estableció que solamente cuando sea necesaria la intervención penal, esta es legítima, y en tanto razonable y de forma proporcional, sea el medio más idóneo para asegurar la seguridad con la menor restricción a los derechos fundamentales posible.

Bajo ese lineamiento -continuó-, sólo son legítimas las penas –e incriminaciones- que son necesarias, por lo que la legitimidad del sistema penal se fundamenta en la reducción de los mecanismos punitivos del Estado al *mínimo necesario*.

Mediante este juicio, se examina si la medida adoptada por el legislador es la menos restrictiva de las normas iusfundamentales de entre otras igualmente eficaces. Se exige por tanto, la adopción de la alternativa menos gravosa o restrictiva de los derechos.

Así, la adopción de la alternativa menos gravosa quedó definida en el Código Penal y Código Procesal Penal vigente. La alternativa del "arresto" hasta por un máximo de ciento ochenta días es una alternativa sumamente restrictiva del derecho a la libertad personal, y que violenta el juicio de necesidad de la norma con relación a la capacidad punitiva del Estado, en relación con el cometimiento de faltas, sobre todo si se tiene en cuenta la inexistencia de bienes jurídicos protegidos en disposiciones que tipifican faltas en la LAM, como es el caso de los arts. 6, 18 y 29 de la misma.

Será la "violencia" o "la peligrosidad" quizá el parámetro subjetivo para juzgar de forma diferente las faltas cometidas por un sujeto que sea "marero" frente a uno que no lo sea. Sin embargo, la violencia no es un parámetro objetivo para establecer diferenciaciones respecto al proceso por el cual una persona deba ser juzgada.

La LAM, no puede establecer dos procesos diferentes, y en los que se definen mecanismos distintos para garantizar los derechos del imputado para el juzgamiento de faltas, sobre todo si en uno de ellos –como es el caso de la LAM–, se establece como consecuencia una menor garantía de los derechos de los imputados, y ello violenta el art. 3 Cn.

Al respecto, la Procuradora señaló jurisprudencia emitida por esta Sala sentencia de 14-II-1997, pronunciada en el proceso de Inc.15-96, en donde se dijo que, como la mayoría de los derechos fundamentales, el derecho de igualdad no es un derecho absoluto, sino que corresponde al legislador determinar tanto el criterio de valoración como las condiciones del tratamiento normativo desigual. Sin embargo -se acotó-, en el sistema constitucional salvadoreño, este tribunal está facultado para examinar si tal tratamiento desigual no es tal

que implica la negación del principio de igualdad; pero, por otro lado, esta potestad judicial no puede significar la negación de la muy amplia libertad de configuración de que dispone el legislador en este ámbito, ya que corresponde a éste dotar de relevancia jurídica a cualquier diferencia fáctica que la realidad ofrezca. Lo anterior conduce a que esta Sala, al examinar el tratamiento desigual consagrado en una disposición legal a la luz del principio de igualdad, no ha de determinar si se ha dictado la regulación más funcional, sino simplemente si la *diferenciación carece de una razón suficiente que la justifique*.

Asimismo, en dicha sentencia se estableció que la Constitución prohíbe la diferenciación arbitraria, la que existe cuando no es posible encontrar para ella un motivo razonable, que surja de la naturaleza de la realidad o que, al menos, sea concretamente comprensible. Resumiendo los conceptos antes expuestos –se dijo–, es dable afirmar que en la Constitución el derecho de igualdad en la formulación de la ley debe entenderse, pues, como la exigencia de razonabilidad de la diferenciación.

Además, la Procuradora sostuvo que es ampliamente reconocido que una faceta del principio de igualdad, es aquel que considera la existencia de una necesaria igualdad de procedimiento o igualdad procesal, que supone la vigencia de un mismo proceso para todos los individuos que recaen en una misma situación normada por el Derecho, de unas reglas previas e imparciales para resolver los conflictos, para llegar a la formación de la voluntad de los operadores jurídicos competentes para resolver, con independencia de las personas o de los intereses que estén en juego en cada caso.

En este aspecto –continuó–, el desarrollo jurisprudencial por la Sala de lo Constitucional ha sido amplio, pero no bajo el artículo 3 de la Constitución, sino bajo el art. 11 de la misma, donde se ha destacado que los principios que informan al proceso, y entre ellos el principio de igualdad procesal, velan por el debido proceso legal.

La igualdad procesal de las partes en un proceso es un componente de lo que ha sido denominado por la doctrina y la jurisprudencia como debido proceso legal, tutela judicial efectiva, o como en nuestro caso, derecho de audiencia, por lo que, más que hablar con propiedad de una vinculación al art. 3 Cn. –igualdad sustantiva–, lo que estamos aquí relacionando podría ser considerado como una subespecie de los contenidos definidos por la Constitución en el art. 11.

La conexión existente entre la igualdad definida en el art. 3 Cn. y la igualdad procesal incorporada en el complejo derecho de audiencia, contemplado en el art. 11 Cn., supone la necesidad de establecer parámetros diferenciadores –cuando sea el caso– entre la materia propiamente sustantiva y la procesal.

La igualdad procesal está indisolublemente unida al principio de contradicción, ya que sobre la base de la relación de ambos contenidos procesales se desarrollan funciones complementarias en el seno del proceso. Esto se debe, a que pueden ser entendidas ambas categorías, como subespecies del derecho de audiencia, razón por la cual se ven unidas por la finalidad, que poseen todas aquellas subespecies contenidas en el art. 11 Cn., que imponen la obligación procesal de evitar desequilibrios entre las partes, o limitaciones al derecho de defensa, o en la posibilidad de ejercer adecuadamente la acusación, que puedan

dichas situaciones en última instancia generar a alguna de las partes una situación de indefensión.

La igualdad procesal representa una categoría definida constitucionalmente y, por consiguiente, vincula a todos los órganos del Estado, incluido el legislador, quien al regular normativamente los diversos tipos de procesos no podría introducir normas que supongan olvido o vulneración de aquella.

Aunado a lo anterior –afirmó–, como acontece con el principio de contradicción, también el de igualdad, al constituir un principio estructural del proceso, ha de estar presente en todas sus instancias hasta la obtención de una resolución definitiva y firme.

Evidentemente, toda reclamación fundada en una desigualdad que se considera irrazonable o discriminatoria requiere la comparación de dos situaciones fácticas; una de dichas situaciones resulta desfavorable que aquella que se sostiene es más beneficiosa para otras personas, y que se denuncia como atentatoria al principio de igualdad. Por ello, se sostiene que la igualdad posee un marcado carácter *referencial*.

En este sentido –continuó–, el Tribunal Constitucional español ha señalado que la carga de la alegación de la legitimidad del *tertium comparationis* pesa sobre la parte que se acoge o que justifica el tratamiento diferenciado; generalmente, pero no necesariamente, el Estado. En igual sentido, la jurisprudencia de esta Sala ha sostenido que la igualdad designa un concepto relacional, no una cualidad de las personas, por lo que aquella ha de referirse necesariamente a uno o varios rasgos o calidades, lo que obliga a recurrir, a un término de comparación –comúnmente denominado *tertium comparationis*– y éste no viene impuesto por la naturaleza de las realidades que se comparan, sino su determinación es una decisión libre, aunque no arbitraria de quien elige el criterio de valoración; en consecuencia, se ha dicho que lo que está constitucionalmente prohibido –en razón del derecho a la igualdad en la formulación de la ley– es el tratamiento desigual carente de razón suficiente, es decir, la diferenciación arbitraria, que existe cuando no es posible encontrar para ello un motivo razonable, que surja de la naturaleza de la realidad o que al menos, sea concretamente comprensible, concluyendo que en la Constitución salvadoreña el derecho de igualdad en la formulación de la ley debe entenderse, pues, como la exigencia de razonabilidad de la diferenciación.

Este término de comparación ha de ser una situación concreta, no siendo válidas las remisiones genéricas a la legislación o hacia conceptos jurídicos indeterminados. La situación concreta que la demandante identifica, es la existencia de dos procesos judiciales para el juzgamiento de faltas penales, uno común o general definido en el Código Procesal Penal, y otro en la Ley Antimaras; aplicándose este último sólo a las personas a las que se considere bajo los conceptos jurídicos imprecisos, como perteneciente a una asociación ilícita, denominada "mara", tal como lo estipula su art. 3.

A manera de ejemplo, la Procuradora mencionó que el art. 33 LAM establece que la resolución que dicte el juez de paz sólo admite revisión. No es posible que mientras todos los procesos instruidos bajo el Código Penal, que incluyen la sanción por delitos todavía más graves, incluyan recursos y que este procedimiento no lo haga. Una de las

características del debido proceso es la posibilidad de poder recurrir de la resolución, particularmente cuando ésta sea contraria al imputado. Dicha potestad no puede ser eliminada de forma antojadiza por el Legislativo, pues con ello se vulneran los derechos consagrados en la constitución.

Tomando en cuenta lo anterior, la Procuradora sostuvo que no puede juzgarse de manera distinta, mediante un proceso especial y temporalmente definido, un mismo hecho punible, aún cuando sea una falta, a una persona que ha sido considerada como "marero", con relación a otra persona que no es considerada como tal, y a quien puede juzgarse mediante un proceso distinto definido en el Código Procesal Penal, pues ello vulnera el principio iusfundamental de la igualdad, en tanto ello vulnera la igualdad de armas procesales –art. 11 Cn.–, como en el tratamiento de la igualdad sustantiva. Igualdad para los iguales, trato diferenciado para los diferentes, siempre y cuando dicha diferenciación sea objetivable y razonable, lo cual como ha quedado de manifiesto por medio de las argumentaciones anteriores, no resulta ser así en el presente caso –art. 3 Cn.–

Por los argumentos expuestos, la Procuradora consideró que el art. 3 de la LAM, es contrario a la Constitución, por violentar el principio de igualdad contenido en los arts. 3 y 11 Cn.

D. En el apartado que denominó "los derechos humanos de los niños y las niñas", expuso sus argumentos sobre la violación a los arts. 3 y 35 inc. 2° Cn. por el contenido de los arts. 2 y 45 LAM.

Al respecto, la Procuradora sentó la premisa que "la Constitución y la jurisprudencia constitucional emitida por esta Sala señalan de forma taxativa, que los regímenes penales aplicables a un adulto y a un menor de edad, deben ser distintos, ya que el menor se encuentra sujeto a un régimen especial, y por siguiente 'diferente o distinto' del tratamiento penal al que está sometido un adulto. Esta es una diferenciación objetiva, razonable y proporcionada establecida en el art. 35 inc. 2° Cn., que no puede ser pasada por alto por la ley".

Dijo que el art. 3 Cn., señala que todas las personas son iguales ante la ley, contemplando un mandato constitucional aplicable a autoridades legislativas, administrativas y judiciales. Al respecto, señaló jurisprudencia emitida por esta Sala, en la cual se sostuvo que es evidente que el mandato constitucional no significa que el legislador tiene que colocar a todas las personas en las mismas posiciones jurídicas, ni que todas presenten las mismas cualidades o se encuentren en las mismas situaciones fácticas. Pretender tal igualdad sólo provocaría la aparición de disparates jurídicos, pues la riqueza de la diversidad humana no puede ser reducida a una sola categoría, habiendo límites naturales que lo imposibilitan. Por tanto, el principio general de igualdad que vincula al legislador no puede exigir que todos los sujetos jurídicos deban ser tratados exactamente de la misma manera, ni que todos deban ser iguales en todos los aspectos.

Ante la imposibilidad de la igualdad universal, la técnica más recurrida –quizá por su amplitud– para dar contenido al principio de igualdad, ha sido la fórmula clásica *tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales*.

Resumiendo lo antes expuesto, es dable afirmar que en la Constitución el derecho de igualdad en la formulación de la ley debe entenderse como exigencia de la razonabilidad de la diferenciación. En este sentido la misma normativa constitucional prescribe un supuesto especial de igualdad por diferenciación definido en su art. 35 inc 2° Cn en el que se establece que *la conducta antisocial de los menores que constituya delito o falta estará sujeta a un régimen jurídico especial*.

En el mismo sentido se han pronunciado diversas instancias internacionales de protección de los derechos humanos. Así –señaló–, para el Comité de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas, el goce en condiciones de igualdad de los derechos y libertades no significa identidad de trato en toda circunstancia, de tal manera que no toda diferenciación de trato constituirá una discriminación, si los criterios para tal diferenciación son razonables y objetivos y lo que se persigue es lograr un propósito legítimo en virtud del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Por su parte, la CrIDH ha sostenido que la noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incursos en tal situación de inferioridad. No es admisible, por tanto, crear diferencias de tratamiento entre seres humanos que no se correspondan con su única e idéntica naturaleza.

Sin embargo –acotó–, no toda distinción de trato puede considerarse ofensiva, por sí misma, de la dignidad humana; pues existen ciertas desigualdades de hecho que pueden traducirse, legítimamente, en desigualdades de tratamiento jurídico, sin que esto contraría la idea de justicia y trato igualitario. Más aún, tales distinciones pueden ser un instrumento para la protección de quienes deban ser protegidos, considerando la situación de mayor o menor debilidad o desvalimiento en que se encuentran.

La Corte Europea de Derechos Humanos –agregó–, basándose en los principios deducidos de la práctica jurídica de un gran número de Estados democráticos, también advirtió que sólo es discriminatoria una distinción de trato proveniente del aparato Estatal cuando carece de justificación objetiva y razonable.

Podemos decir entonces –afirmó–, que la igualdad constitucional no prohíbe que el legislador diferencie, sino que lo que prohíbe es que se diferencie de una manera no objetiva, no razonable y no proporcionada.

En el caso de los menores y el régimen jurídico al que deben de estar sometidos, la diferenciación en cuanto al tratamiento penal diferenciado y especial, no sólo descansa en razones objetivas, razonables y proporcionadas, sino en el reconocimiento expreso que la Constitución hace a partir del art. 35 inc. 2° Cn.

Siguiendo el análisis de la disposición anterior, tal parece –y ese ha sido también el sentido que el Constituyente y este tribunal han brindado a dicha disposición–, que la

conducta antisocial de los menores debe estar sometida por mandato constitucional a un régimen especial, lo que no puede significar más que está constitucionalmente prohibido prescribir el mismo régimen penal y procesal penal para menores que para mayores de edad, siendo exigible el diferente tratamiento jurídico de menores, en aspectos procesales y sustantivos, entre menores y mayores de edad.

Así –afirmó–, esta Sala ya se ha pronunciado al respecto declarando la inconstitucionalidad de disposiciones que sujetaban a personas menores de dieciocho años de edad al mismo régimen penal de adultos, afirmando que el constituyente ha establecido que la conducta antisocial de los menores está sometida a un régimen especial, lo que no puede significar otra cosa que constitucionalmente está prohibido prescribir el mismo régimen sancionatorio para menores que para mayores de edad.

La misma ubicación del régimen sancionatorio de los menores, hace evidente que el constituyente ha insistido a tal grado en la diferenciación de regímenes que vuelve factible que constitucionalmente no sea posible hablar de un derecho penal aplicable a menores, sino un derecho de menores que debe presentar sus propias características y principios. En este punto es importante lo expuesto por Trejo Escobar, quien sostiene que el intento legislativo realizado por la Ley del Menor Infractor –cuyo fundamento filosófico radica en la doctrina de la protección integral del menor–, tiene como principios rectores los siguientes: la protección integral del menor, el interés superior, el respeto de los derechos humanos, la formación integral y la reinserción a la sociedad como a la familia.

Nuestro régimen constitucional ha comprendido que, si bien las personas menores de dieciocho años poseen los derechos que corresponden a todos los seres humanos, además poseen derechos específicos derivados de su condición de inmadurez y vulnerabilidad, y requieren una protección particular que garantice el ejercicio de todos sus derechos dentro y frente a la familia, la sociedad y el Estado. Este régimen especial previsto por nuestra Constitución se debe establecer con singular fuerza en la regulación de los procedimientos judiciales o administrativos en los que se discutan los derechos y deberes de los menores de edad.

A lo dicho agrego que la CrIDH ha sostenido que es evidente que las condiciones en las que participa un niño en un proceso no son las mismas en que lo hace un adulto. Si se sostuviera otra cosa se desconocería la realidad y se omitiría la adopción de medidas especiales para la protección de los niños, con grave perjuicio para estos mismos. Por lo tanto, es indispensable reconocer y respetar las diferencias de trato que corresponden a diferencias de situación, entre quienes participan en un procedimiento.

Este razonamiento aplicable a las personas menores de dieciocho años ha sido derivado de la perspectiva general de la CrIDH respecto de las medidas destinadas a disminuir los factores de desigualdad real de las personas sometidas a proceso en situación de vulnerabilidad; para alcanzar sus objetivos, el proceso debe reconocer y resolver los factores de desigualdad real de quienes son llevados ante la justicia. Es así como se atiende el principio de igualdad ante la ley y los tribunales y a la correlativa prohibición de discriminación. La presencia de condiciones de desigualdad real obliga a adoptar medidas de compensación que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que

impidan o reduzcan la defensa eficaz de los propios intereses. Si no existieran esos medios de compensación, ampliamente reconocidos en diversas vertientes del procedimiento, difícilmente se podría decir que quienes se encuentran en condiciones de desventaja disfrutan de un verdadero acceso a la justicia y se benefician de un debido proceso legal en condiciones de igualdad con quienes no afrontan esas desventajas.

Este trato diferenciado –contemplado por el régimen jurídico especial previsto en la Constitución y por el art. 19 de la CADH y por toda la CSDN– debe imponerse con mayor razón en las regulaciones normativas relativas a la delincuencia juvenil. Los niños y jóvenes en conflicto con la ley deben estar sometidos a un régimen diferente del de los adultos, adecuado a su edad y condición jurídica, con el fin de favorecer su reforma y readaptación social. La Convención sobre los Derechos del Niño contempla en su artículo 40.3 como obligación expresa de los Estados Partes el establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicos para los niños de quienes se alegue que han infringido las leyes penales o a quienes se acuse o declare culpables de haber infringido esas leyes, lo cual constituye, ni más ni menos, el contenido normativo, orgánico y procesal del régimen jurídico especial previsto por nuestra Constitución a la conducta antisocial de los menores. Todo ello significa que el Estado de El Salvador y sus órganos e instituciones, por obligación constitucional y en cumplimiento de los convenios internacionales de derechos humanos, debe asegurarse que ningún menor de edad sea tratado como un adulto, independientemente de las circunstancias o la gravedad de la ofensa penal que haya cometido.

El art. 2 incs. 1º y 2º LAM, sujetan a los menores de edad a las mismas disposiciones penales a que están sometidas las personas mayores de edad dentro de la misma ley con lo cual, se violentan los arts. 3 y 35 inc. 2º Cn. Mientras que el inc. 3º del art. 2 de la ley impugnada, al contemplar la figura de la habilitación de edad prevista en este inciso también produce el juzgamiento de niños, niñas y adolescentes como adultos –prohibido expresamente por la Constitución– violenta el régimen especial en materia penal para menores de dieciocho años previsto en nuestra Constitución y en la CSDN. La posibilidad que un menor de doce años deba responder penalmente como un adulto, no sólo es desproporcionado e irrazonable, sino que absurdo y totalmente atentatorio a la dignidad de los menores de edad.

Cuando la LAM establece en el art. 2 inc. 3º que un menor de edad, sea juzgado como adulto, bajo la teoría del discernimiento, dicha situación genera una manifiesta vulneración a los arts. 3 y 35 inc 2º Cn., por violación al derecho de igualdad y la necesidad de establecer un régimen sancionatorio distinto entre menores de edad y mayores de edad.

Esto significa que la LAM, en la regulación que efectúa sobre el ámbito de aplicación recae en una inconstitucionalidad manifiesta, en tanto que el tratamiento especial a que hace referencia la Constitución no es simplemente la regulación de las figuras delictivas en una ley denominada por la Asamblea Legislativa como "especial", sino que se brinde diferente tratamiento a menores y mayores de edad tanto en lo relacionado con el proceso a que se encuentren sujetos, como a las sanciones de las que pueden ser acreedores, lo cual vulnera el contenido definido en e los arts. 3 y 35 inc 2º Cn.

Lo que establece el art. 2 en sus incs. 1º, 2º y 3º de la LAM, es una evidente trasgresión a lo establecido en el art., 35 inc 2º Cn., pues el legislador no se encuentra facultado para ello, al no hacerse expresa "excepción" de dicha posibilidad en el texto constitucional, y siendo esta una restricción a los derechos del niño, la Constitución debe interpretarse restrictivamente y ello conlleva impedir la utilización de este tipo de mecanismos que subvierten el contenido y la garantía expresada tanto en el art. 35 inc. 2º como en el art. 3 Cn.

Finalmente debe señalarse que un elemento esencial del régimen jurídico especial aplicable a la "conducta antisocial de los menores que constituya delito o falta" es *el establecimiento de una edad penal mínima, es decir, una edad bajo la cual se considera que el niño o niña es absolutamente inimputable*. El artículo 40. 3 letra a) de la CSDN obliga a los Estados Partes a definir una edad mínima en la cual se presuma que el niño no puede infringir la legislación penal o criminal, obligación cuya garantía y cumplimiento se encuentra en manos de todas las autoridades estatales en el marco de sus respectivas competencias.

El establecimiento de una edad mínima y de franjas de edades en las que se determina una especie de "responsabilidad atenuada", no debe tener por base "el dudoso criterio de la *capacidad de discernimiento*", sino más bien el de la ubicación de los períodos del desarrollo de las personas dentro de los cuales los procedimientos y los tratamientos a que deban someterse quienes entran en conflicto con la ley, deben adecuarse a las condiciones propias de personas aún en formación, a las que se les debe garantizar por todos los medios que concluyan exitosamente dicho proceso.

Si bien, esta Sala ha sostenido que no está autorizada a precisar las específicas diferencias entre los regímenes penales de menores y de adultos, ya que ello es parte de la libertad del legislador secundario en la configuración del ordenamiento jurídico, también ha sostenido que las normas secundarias que restrinjan o tengan algún efecto en los derechos constitucionales deben responder fundamentalmente a los *principios de proporcionalidad y razonabilidad*.

Ya que nuestra Constitución no ha establecido expresamente una edad penal mínima, se vuelve necesario analizar si la edad penal mínima establecida en una ley o incluso si una ley resulta en la derogación del principio del *doli incapax* –con la consecuente afectación sensible de los derechos y libertades de los menores de más corta edad– es proporcional y razonable desde la perspectiva constitucional para los fines que persigue. En relación a estos principios –agregó–, la Sala de lo Constitucional ha sostenido que, como elementos que configuran el principio de proporcionalidad, se han señalado *la idoneidad* de los medios empleados, en el sentido que la duración o intensidad de los mismos deben ser los exigidos por la finalidad que se pretende alcanzar; *la necesidad* de tales medios, en el sentido que se debe elegir la medida menos lesiva para los derechos fundamentales, es decir, la que permita alcanzar la finalidad perseguida con el menor sacrificio de los derechos e intereses del afectado; y la *ponderación de intereses*, a fin de determinar la existencia de una relación razonable o proporcionada de la medida con la importancia del bien jurídico que se persigue proteger. El principio de razonabilidad no se reduce al ámbito de aplicación de la ley –lo cual corresponde al órgano judicial–, sino que

parte desde la formulación de la norma, función que –en virtud del principio de legalidad– le corresponde al órgano legislativo o a cualquier ente con potestades normativas.

El Comité de Derechos Humanos de la ONU ha sostenido que no se debería establecer una edad irracionalmente corta a los efectos de asumir una responsabilidad penal, en tanto que el Comité de Derechos del Niño de la ONU ha expresado su particular preocupación ante normas que integran una edad penal mínima sumamente corta o que han derogado el principio del *doli incapax*, por lo cual ha reiterado la conveniencia de fijar una edad mínima lo más alta posible.

Asimismo, las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia a Menores –Reglas de Beijing– disponen que no deberá fijarse a una edad penal demasiado temprana habida cuenta de las circunstancias que acompañan la madurez emocional, mental e intelectual de niños, niñas y adolescentes.

Y es que, como ha afirmado la CrIDH, la imputabilidad, desde la perspectiva penal –vinculada a la realización de conductas típicas y punibles y a las correspondientes consecuencias sancionatorias– es la capacidad de culpabilidad de un sujeto. Si éste carece de ella, no es posible formular en su contra el juicio de reproche que se dirigiría, en cambio, a quien es imputable. La imputabilidad queda excluida cuando la persona carece de capacidad de entender la naturaleza de su acción u omisión y/o de conducirse conforme a esa comprensión. Se suele aceptar que carecen de esa capacidad los menores de cierta edad. Se trata de una valoración legal genérica, que no examina las condiciones específicas de los menores, casuísticamente, sino que los excluye de plano del ámbito de la justicia penal.

La reducción de la edad penal mínima a límites sumamente bajos o, peor aún, la derogatoria absoluta de una edad penal mínima –por más que se rodee de procedimientos para establecer el discernimiento de los menores sobre la ilicitud de los actos–, abre las puertas a la aplicación absurda y desproporcionada de la legislación penal en contra de niños y niñas de la más corta edad, eliminando los límites al *ius puniendi* en uno de los presupuestos materiales más básicos de la punibilidad y suprimiendo las posibilidades de prevenir actos de arbitrariedad y abuso del poder penal del Estado, con lo cual se viola el principio de legalidad y el derecho a la seguridad jurídica previstos constitucionalmente.

Especial gravedad reviste el inci. último del art. 2 LAM, al disponer que los menores de doce años que sean sorprendidos en la comisión de alguno de los hechos punibles descritos en esta ley o en el Código Penal, que pertenezcan a "maras" o pandillas y que después de ser evaluado por el Juez de Menores respectivo, concluya que está en capacidad de discernir la ilicitud de su conducta, se le aplicará el proceso aquí descrito para los menores de edad.

Esta disposición es particularmente inconstitucional, pues contiene la derogación absoluta del *doli incapax*. La habilitación de edad de menores de doce años para responder penalmente sin una edad penal mínima es contraria a los principios de proporcionalidad y razonabilidad exigidos por nuestra Constitución para la afectación de los derechos y libertades fundamentales en los términos reconocidos por la Sala de lo Constitucional, además de abrir las puertas para aplicarles el mismo régimen sancionatorio de los adultos.

Dejar de lado el régimen jurídico especial para niños y adolescentes significa desconocer el sistema de justicia y educación en responsabilidad que impone la Convención sobre los Derechos del Niño a los jóvenes infractores.

De hecho, en nuestra legislación en la Ley del Menor Infractor, se ha intentado establecer un sistema de responsabilidad penal atenuada para los adolescentes de doce a diecisiete años que son acusados de cometer delitos, lo cual no significa que no exista una respuesta penal desde el Estado, frente a la delincuencia generada por jóvenes, sino que responde a un sistema de garantías que se le otorga a una persona en formación.

Asimismo, la Procuradora mencionó que existen las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil, adoptadas y proclamadas por la Asamblea General en su Resolución 45/112 de 14-XII-1990, enfatiza que debe tenerse presente la conciencia que, según la opinión predominante de los expertos, calificar a un joven de "extraviado", "delincuente" o "predelinquente", a menudo contribuye a que los jóvenes desarrollen pautas permanentes de comportamiento indeseable.

Este es un aspecto –continuo–, donde la LAM regula en contra, no sólo de las argumentaciones y fundamentos constitucionales antes expuestos, sino del sentir y de la experiencia de los operadores jurídicos vinculados con el Derecho penal juvenil. A este respecto, merece la pena destacarse que, como ha sido destacado en más de una ocasión, la justicia juvenil no es sólo un asunto legal; para comprender y caracterizar su justa dimensión es necesario recordar que existe una relación entre el fenómeno social de la delincuencia juvenil y la respuesta legal.

Detrás de las legislaciones penales, sean éstas de adultos o de menores de edad, existe una concepción sobre el problema del delito, del delincuente y de la pena. La mayoría de ellas, responden a una concepción del delito que explica el fenómeno de forma individual. El cambio en la legislación penal para jóvenes infractores, más que resultado de un asunto procesal, es consecuencia de un cambio en la explicación del fenómeno delictivo.

El sistema de la justicia juvenil no puede analizarse de forma asilada a las diferentes teorías que desde la sicología, la sociología, la antropología y otras disciplinas sociales y humanas que han abordado la explicación de la conducta delictiva de los niños, desde aquellas que consideraron al joven en conflicto con la ley como un enfermo, hasta las que lo consideran como resultado de una problemática social.

Los estudios de la conducta delictiva cometida por niñas y niños señalan que se trata de un fenómeno de naturaleza multicausal. Evidentemente, una explicación diferente del delito conlleva un derecho penal diferente, un sistema procesal distinto, una organización y estructura novedosa así como unas respuestas, programas y medidas diferentes.

La concepción del delito y del delincuente que contiene la Ley del Menor Infractor es completamente distinta a la establecida para la legislación penal tradicional, pues involucra a la familia, la comunidad y al Estado en la génesis y erradicación del problema e identifica a operadores y operadoras como actores sociales.

Por lo antes expresado, la Procuradora consideró que lo dispuesto en el art. 2 de la LAM es contrario al derecho de igualdad relacionado con el establecimiento de un régimen jurídico especial para los delitos y faltas cometidos por menores –arts. 3 y 35 inc 2° Cn.– así como a los principios de razonabilidad y proporcionalidad de las leyes los que se encuentra supeditada toda regulación normativa según lo dispuesto en el art. 246 Cn.

Como consecuencia de la prohibición constitucional de aplicar a niños, niñas y adolescentes el mismo régimen sancionatorio de adultos también es contrario a la norma constitucional el art. 45 de la LAM.

Del contenido del artículo, puede desprenderse algunas garantías que favorecen el tratamiento a los menores de dieciocho años de edad frente al adulto, como es el caso que se aplique el proceso establecido en la ley con algunas modificaciones, como la prohibición de reclusión con personas adultas, la intervención de padres, tutores o responsables del menor o el cumplimiento de la sanción de arresto en centros de detención de menores. Sin embargo, todas estas modificaciones no representan una diferenciación objetiva y proporcionada con el proceso aplicable a personas mayores de edad ni se corresponden con los principios y objetivos del régimen especial de menores previsto constitucionalmente para garantizar la protección particular de sus derechos y libertades fundamentales. En consecuencia –manifestó–, también el art. 45 LAM contraría los arts. 3, 35 inc. 2° y 246 de la Constitución, bajo los mismos argumentos tratados en este apartado.

E. En la parte de su demanda que denominó "libertad y derechos humanos", la Procuradora para la Defensa de los Derechos Humanos expuso el motivo relativo a la violación a los principios de libertad contenidos en el art. 8 Cn., al derecho de libertad de expresión contenido en el art. 6 Cn., a la libertad de reunión contenida en el art. 7 Cn. y al principio de dignidad humana (Preámbulo y art. 1 Cn.), por el inc. 2°, parte final, del art. 1 LAM.

Con relación a este motivo la demandante formuló la siguiente premisa: "comunicarse por signos o símbolos, usar tatuajes, reunirse habitualmente, y definir un lugar como propio no pueden ser criterios de valoración criminógena. Es decir, criterios mediante los cuales pueda la ley determinar la vinculación a una asociación ilícita denominada "mara". Lo anterior en virtud que la Constitución consagra la libertad necesaria para que los ciudadanos se comuniquen de la manera o forma que estimen conveniente, se reúnan habitualmente con quien deseen y donde deseen y usen en su cuerpo las señas o cicatrices que deseen. De lo contrario, se transgrede el fundamento mismo de los derechos humanos: la libertad".

El art. 1 inc. 2° de la LAM –argumentó–, establece que se considerará como asociación ilícita denominada "mara" o pandilla aquella agrupación de personas que actúen para alterar el orden público o atentar contra el decoro y las buenas costumbres, y que cumplan varios o todos los criterios siguientes: que se reúnan habitualmente, que señalen segmentos de territorio como propio, que tenga señas o símbolos como medios de identificación, que se marquen el cuerpo con cicatrices o tatuajes; tales elementos que dicha ley propone y define como criterios para identificar a una persona como miembro de una

"mara", y que unidos todos o algunos de ellos conforman los elementos o criterios para su comprensión, son inconstitucionales por las razones siguientes:

a. Sobre la supuesta violación al art. 6 Cn., en relación con dos de los criterios definidos en la ley, para determinar la calidad de "marero", los cuales consisten marcarse el cuerpo con cicatrices o tatuajes y tener señas o símbolos como medios de identificación, la demandante expuso una sintética relación histórica del fenómeno de los tatuajes o marcas en el cuerpo, argumentando que, ciertamente, desde las Ciencias Sociales, se trata de explicarse el por qué actualmente causa tanta fascinación, estos símbolos que en otras regiones eran marca de autoridad, de clase eclesial, de poder o de pobreza, y claro también de marginación y estigma social.

Los tatuajes o marcas proliferan en las culturas salvajes y bárbaras y tienden a desaparecer cuando las sociedades han llegado al estadio de la civilización. La prueba la encontraba Lombroso, en que en nuestras culturas occidentales, quienes lucen tatuajes o marcas son fundamentalmente rufianes, criminales, convictos, gente de mal vivir, que por medio de esos signos manifiestan en su epidermis su involución degenerativa. Seguramente -sostuvo-, de este fundamento se desprende que la Asamblea Legislativa haya aprobado la ley en comento, y en particular el inc. 2° del art. 1 de la LAM.

La Escuela Positiva del Derecho Penal –dijo–, se interesó por cárceles y por criminales, y en nombre de la ciencia positivista, se emprendieron investigaciones fotografiando tatuajes, midiendo protuberancias craneales, determinando los tipos de pliegues de orejas, tratando de detectar en los cuerpos los signos inequívocos, que permitiesen identificar a los "criminales", aun antes de haber delinquido.

Sobre ese esquema, se volvió preciso separar a los "peligrosos" de los "pacíficos", a los "normales" de los "anormales", a los "civilizados" de los "degenerados", y se utilizó, precisamente, como huella o muestra dactilar de dicha separación, la cicatriz o tatuaje –marca en la piel humana–. Así surgieron las primeras fichas antropológicas, sobre la base del estudio de esos extraños tatuajes y formas marginales de comunicación por signos. Tal situación, constituye los albores mismos de la antropología criminal, cimentada bajo ideas como "peligrosidad".

Mucho tiempo ha pasado desde dichos "descubrimientos", y actualmente esos fundamentos no son esgrimibles frente a conceptos tales como libertad y derechos humanos.

Las marcas en el cuerpo y la utilización de lenguaje por signos en la actualidad, no son símbolo exclusivo de marginados ni de criminales y su uso ha proliferado en todos los estratos sociales. Si se preguntase a muchos de estos "marcados", sobre el significado de dicha "seña" o particular forma de comunicarse, hablarían quizá de "rito", "pertenencia", "unión de grupo", "libertad de disponer de su cuerpo", "código de comunicación con terceros", entre otros.

Y esto último nos lleva a acercarnos a nuestra fundamentación jurídica de que estos criterios utilizados en el art. 1 de la LAM como criterios criminológicos utilizados para

evaluar la pertenencia a "asociaciones ilícitas" denominadas "maras", es contrario a la Constitución, pues violenta, el principio de libertad o libre disposición del cuerpo –art. 8 Cn.– y la libertad de expresión –art. 6 Cn.–

Respecto al art. 6 Cn., la Procuradora afirmó que la libertad de expresión, no solo garantiza la expresión oral, sino que también permite que hablemos o consideremos la posibilidad de expresarnos por medios alternativos al habla; es decir, justamente, por medio de lenguaje simbólico. Las personas que carecen de la capacidad de habla poseen un derecho a la libertad de expresión que se materializa justamente mediante símbolos que ellos utilizan para comunicarse.

Por consiguiente –concluyó–, el contenido que protege el art. 6 Cn. es la posibilidad de expresarse por diversos medios –escritos, verbales, simbólicos, entre otros– y ello permite hablar de la libertad de expresar libremente pensamientos, ideas, opiniones, creencias y juicios de valor de lo cual gozan todos los individuos dentro de nuestra República.

Se sostiene por parte de un sector mayoritario de la doctrina, que la libertad de expresión es un medio para la realización personal; el fin propio del hombre es la realización de sus potencias como ser humano, la supresión de las creencias, de las opiniones o de cualquier forma de expresarse, es una afrenta a la dignidad del hombre, una negación de su naturaleza.

Es posible, que se considere que en el presente caso, la libertad de expresión no es susceptible de vulneración por el art. 1 de la LAM, puesto que no se está prohibiendo la utilización de marcas o tatuajes. No obstante, es comúnmente sostenido por la doctrina, que pueden existir dos tipos de limitaciones a la libertad de expresión: en primer lugar, aquellas dirigidas directamente contra la expresión –*anti speech restrictions*– y aquellas otras que, sin pretender limitarla, de hecho se traducen en una merma de la misma –*non speech restrictions*–. Las primeras tratan de proteger un interés determinado, suprimiendo o limitando el contenido de la expresión, es decir, las ideas concretas que la expresión transmite, pues se piensa que el mensaje lesiona un interés público o privado que sirve como límite a la libertad de expresión, para el caso en nuestra Constitución dichos límites son: el orden público, la moral, el honor y la vida privada de los demás; mientras que, con las segundas, se pretende amparar un bien jurídico o interés amenazado por la forma en que la expresión se materializa, prescindiendo de su *contenido*, como es el caso analizado en la presente demanda, donde no se analiza el contenido de las marcas o tatuajes o en su caso el contenido del lenguaje mediante símbolos utilizado, pero si se establece que dichos símbolos son un criterio de criminalización. Sobre el segundo tipo de limitaciones a la libertad de expresión, la demandante ubica, lo que el legislador ha efectuado al regular los criterios a los referidos en este apartado, como una limitación contraria al contenido definido dentro del art. 6 Cn.

Finalmente –recalcó–, a este respecto debe destacarse que en nuestras sociedades el ciudadano medio cuenta con pocos espacios y recursos para transmitir sus "mensajes", su "oposición a las reglas", sus "preocupaciones", su "marginación", y por ello se tiende a utilizar formas de expresión alternativas, como la utilización del cuerpo -mediante la marca,

la seña o el tatuaje- como mecanismo de protesta social. Quizá, ésta podría ser una cuestión que debería considerarse y causar una profunda preocupación dentro del seno de las instituciones estatales.

Por las razones antes expuestas, la Procuradora consideró que el inciso segundo del art. 1 de la LAM, es contrario a la Constitución al violentar el contenido del art. 6 de la norma fundamental, siendo inconstitucionales por este motivo los criterios definidos por el legislador como factores que ayudan, auxilian o permitir identificar a una persona como "marero", por poseer "marcas o tatuajes" o por "comunicarse mediante signos".

b. Sobre la supuesta violación al art. 8 Cn. la Procuradora manifestó que sobre la base de la anterior argumentación, relacionada con el derecho a la libertad de expresión, la inclusión de los criterios mencionados, para ponderar o definir si una persona pertenece a una asociación ilícita, denominada "mara" o pandilla contenidos en el art. 1 inc 2° LAM, son contrarios al principio general de libertad contenido en el art. 8 Cn.

Existen -afirmó-, tres principios de cuya combinación derivan los derechos humanos fundamentales, uno es el principio de inviolabilidad de la persona, que prohíbe imponer sacrificios a un individuo solo en razón de que ello beneficia a otros individuos; el segundo principio es el de la autonomía de la persona, que asigna un valor intrínseco a la persecución de planes de vida e ideales de excelencia; y el tercero el de dignidad de la persona, que prescribe tratar a los hombres de acuerdo a sus voliciones y no en relación a otras propiedades sobre las cuales no tienen control.

Uno de los problemas más difíciles de la teoría constitucional resulta de tratar de definir el alcance del principio de libertad –art. 8 Cn.–, que en el fondo nos remite a la capacidad del hombre de ser autónomo. Desde un punto de vista meramente descriptivo, se puede definir esa capacidad de libertad o autonomía, como aquella facultad que tienen las personas para ser artífices de su propia vida. Esto es la capacidad para decidir reflexivamente el plan de vida a seguir. Ser autónomo es un presupuesto necesario para que el cúmulo de derechos constitucionalmente reconocidos tenga o posea algún sentido. La libertad de expresión, de asociación, de reunión, perderían prácticamente todo su sentido, sino se presupone el valor de la autonomía personal, esto es el valor que los individuos expresen su individualidad. En esta materia, el Estado no puede interferir, pues debe ser neutral frente a las distintas concepciones de "forma de vida" que se posean dentro de una sociedad, para así respetar la capacidad de las personas de elegir autónomamente los valores y principios por los que guiarán su existencia. Crear un ámbito de autonomía personal implica un reconocimiento a la capacidad de las personas de actuar autónomamente. La libertad en sí misma no es valiosa, sino presupone a la libertad como condición necesaria.

No obstante –acotó–, uno de los criterios más utilizados para limitar la libertad o autonomía personal, es la afectación de terceros, la Procuradora se cuestionó si se está frente a acciones que ofenden el decoro o la moral pública y que llegan o puedan atentar contra el orden público mediante la figura de la peligrosidad.

Difícilmente podríamos ser certeros a la hora de valorar las conductas que pudiesen llegar a posibilitar tal afectación –comentó–; este es el caso del consumo de bebidas alcohólicas o inclusive de efectuar cierto tipo de lecturas o tener cierta clase de amistades que nos pueden inducir a adoptar ciertos comportamientos "peligrosos".

Pero esas actividades no pueden ser prohibidas o consideradas como factores criminológicos, ya que una conducta, sobre la base del principio de libertad está exenta de toda interferencia estatal cuando ella es susceptible de ser valorada por el agente como parte de su plan de vida libremente elegido, sobre todo cuando con dicha conducta no genere o ponga en peligro a terceros. Y ello, esta consagrado en nuestro art. 8 Cn.

Dicha disposición constitucional establece que nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda ni a privarse de lo que ella no prohíbe, el cual como principio vinculado directamente con el principio de dignidad humana, no es una fórmula vacía, sin contenido y sin posibilidad de ser garantizada por la justicia Constitucional. Al contrario, el principio general de libertad permite hacer y omitir lo que uno quiera o desee, siempre y cuando no sea contrario al ordenamiento jurídico, implica, por una parte, que a cada cual le está permitido hacer y omitir lo que quiera -norma permisiva-, por otra parte, cada cual tiene un derecho frente al Estado que éste no impida sus acciones y omisiones, es decir, no intervenga en ellas –norma de derechos–. De esta manera el supuesto de hecho del art. 2 párrafo 1 es ampliado considerablemente, pues, abarca todas las acciones de los titulares del derecho fundamental –norma permisiva– y todas las intervenciones del Estado en las acciones de los titulares de derecho fundamental –norma de derechos–.

Inclusive, el principio general de libertad se extiende más allá de la prohibición de acciones y omisiones, a la protección de situaciones y posiciones jurídicas del titular del derecho fundamental. Protege no sólo su hacer, sino también su ser fáctico y jurídico. Sólo de esta manera, el principio general de libertad puede convertirse en un principio exhaustivo de tutela de la libertad frente las intervenciones del poder estatal y privado.

Como consecuencia del establecimiento de dicho principio dentro de nuestra Carta Magna, resultan consecuencias jurídico-procesales: toda persona puede aducir, a través de un proceso de inconstitucionalidad, que una ley que restringe su libertad de acción, no pertenece al orden constitucional porque lesiona -formal o materialmente- una disposición constitucional concreta: el art. 8 Cn.

La LAM, dijo, no prohíbe el uso de tatuajes o marcarse el cuerpo si uno lo desea, ni reunirse habitualmente, ni comunicarse por medio de signos y menos señalar segmentos de territorio como propios. En el primer caso, la doctrina se pronuncia por la libre disposición del cuerpo, lo que significa, que si los ciudadanos desean tatuarse o marcarse la piel, o comunicarse por medio de signos, la Constitución no lo prohíbe, ni la ley secundaria. De hecho, la LAM, no prohíbe marcarse el cuerpo.

Lo que hace la LAM en su art. 1 inc. 2º es considerar esa "marca corporal" esa "comunicación simbólica", esa "reunión habitual" o esa "posible definición territorial" como factor criminógeno, es decir, que unido con otros de los enumerados en el mismo inciso y artículo, obliga al operador jurídico a considerar que estaría frente a una persona

perteneciente a una asociación ilícita llamada "mara" y, por tanto sujeto a la aplicación del proceso y de las sanciones definidas dentro de la LAM.

Al o cual la Procuradora concluyó que no puede ser criterio de criminalización, un acto que no está prohibido por la ley, porque simplemente, la ley no ha considerado la posibilidad de limitar la libertad de residir, reunirse, expresarse o utilizar su cuerpo. Y si la ley considerase tal posibilidad, la ley sería contraria a la Constitución en lo que se refiere al principio general de libertad.

La ley no puede considerar que una persona es parte de una asociación ilícita denominada "mara", por el simple hecho de manifestar su libre disposición sobre el cuerpo, tatuándose; si se afirma la existencia de un principio general de libertad, expresarse por medio de signos, señas o símbolos, no puede ser considerado como parámetro para determinar la pertenencia a una asociación ilícita; si existe un principio general de libertad en El Salvador, la reunión habitual de personas, no puede dar lugar, junto con los criterios antes mencionados, a ser considerado como miembro de una "mara" por los órganos encargados de aplicar la ley.

En nuestro país lo que no está prohibido, está permitido –insistió-, la ley no puede prohibir reunirme, tatuarme, comunicarme por señas o símbolos o definir un territorio en el que deambular; por consiguiente, si la ley establece como criterios para valorar mi participación en una asociación ilícita bajo esos lineamientos, rompe con el derecho de disponer libremente de mis actos, puesto que para evitar las sanciones y procesos definidos en la LAM debería ser un ciudadano sin cicatrices, que siempre se comunica oralmente o por escrito, y que no puede reunirse habitualmente con nadie, que no puede definir un territorio para deambular libremente por él, so pena, de ser considerado como miembro de una asociación ilícita denominada "mara", y por consiguiente perseguido penalmente por una ley especial y temporal que pretende frenar el auge delincriminal en el país.

Tatuarse o marcarse la piel, o comunicarse por signos, reunirse habitualmente o definir un territorio dentro del cual vivir no puede, dentro de un Estado democrático y constitucional, ser considerado por una ley como un acto punible, sancionable, etc., porque ello redundaría en una restricción indebida e inconstitucional a la libre disponibilidad sobre el cuerpo, el libre tránsito, la expresión y la reunión libre que tiene cada persona, y por tanto una lesión grave a la dignidad humana –arts. 8 y 1 Cn.–

Tomando en cuenta los argumentos esgrimidos en materia de la vulneración a la libertad de expresión y los señalados la Procuradora consideró que el art. 1 inciso 2° de la Ley Antimaras, cuando determina como criterios de criminalización el "marcarse la piel o tener tatuajes o cicatrices", "comunicarse por medio de signos", "reunirse habitualmente" y "definir un territorio como propio" violenta el principio de dignidad humana –Preámbulo de y art. 1 Cn.– y el principio general de libertad definido en el art. 8 de la misma.

c. Sobre la supuesta violación al art. 7 Cn., la Procuradora afirmó que, en términos generales, por reunión se entiende un grupo momentáneo de personas en un determinado lugar, formado para compartir una actividad específica que le interesa individualmente a cada uno de los participantes, aunque también se suele manifestar que reunión es un

encuentro temporal y voluntario de varias personas en un lugar determinado. Es decir, en esta segunda concepción tiene radical importancia el acuerdo previo que determina la finalidad de la reunión.

Interesa destacar que el derecho de reunión cobija a todos los habitantes dentro del territorio de la República de El Salvador, sobre la base de lo dispuesto en el art. 7 Cn., y es por lo general, una libertad instrumental, respecto de otros derechos, y del derecho general de libertad. Es decir, uno puede ejercer su derecho a la libertad de reunión, siempre y cuando lo haga sin armas y para objetos lícitos, y dichos objetivos pueden ser de diversa índole, una simple reunión amistosa, pasando por reuniones de tipo religioso, deportivo, sindical e inclusive político.

De hecho, esta libertad está íntimamente vinculada con el derecho de libertad de expresión, pues la reunión puede ser un mecanismo para facilitar la comunicación entre un grupo o colectivo.

En todo caso, la nota característica es el acto de voluntad de reunirse con terceros, y partiendo que hay reunión siempre que exista una pluralidad de sujetos, lo cierto es que entonces, esta libertad o derecho de reunirse abarca todas aquellas "reuniones" que se realizan sin previa organización y sin el respectivo permiso de las autoridades, aún en sitios públicos, y de sobrada manera también en sitios privados.

Estas reuniones –insistió– poseen dos limitaciones, que sean pacíficas y que los participantes no usen o porten armas, al tenor del art. 7 Cn.; tampoco el objeto de la reunión puede ser ilícito.

En relación con el primer aspecto –manifestó–, se alude a la ausencia de una causal actual de desorden –reunión pacífica–, con el segundo, se refiere a una causa meramente eventual, pues la existencia de uno o varios sujetos armados en una reunión no es motivo suficiente para su disolución, siempre y cuando los mismos participantes o las autoridades puedan alejarlos del sitio donde se realiza la reunión. En cambio, cuando dicho alejamiento sea prácticamente imposible, en virtud de la enorme cantidad de personas armadas o del apoyo que el grupo reunido demuestre por los armados, en tal hipótesis las autoridades de policía tendrán necesariamente que disolverla.

Aunado a lo anterior, la cláusula pacíficamente y sin armas, puede ser considerada como una formulación abreviada de una regla que convierte los derechos *prima facie*, que resultan del principio de la libertad de reunión en no-derechos definitivos, la regla expresada por la cláusula restringe la realización de un principio iusfundamental. Su peculiaridad consiste en que ha sido el propio legislador constitucional quien ha formulado la restricción definitiva. En esta medida, la disposición constitucional tiene carácter de regla; sin embargo, detrás del nivel de la regla, conserva su importancia el nivel de principio; así, cuando se ha constatado que una reunión no es pacífica, ésta no goza de la protección del art. 7 Cn. Pero, en todos los casos dudosos, para constar que una reunión no es pacífica, se requiere una interpretación del concepto no-pacífico.

Dentro del marco de esta interpretación, es también siempre necesario sopesar el principio iusfundamental de la libertad de reunión, entre otros, con los principios contrapuestos que impulsaron al legislador constitucional a dictar la cláusula restrictiva definitiva directamente constitucional.

Esto muestra que la cláusula no es nada más que una decisión del legislador constitucional a favor de determinadas razones en contra de la protección iusfundamental; pero, las razones en contra de la misma, cualquiera que sea su formulación, pertenecen al ámbito de las restricciones. Si se renunciara a esta adscripción, existiría el peligro que el juego de razones a favor y en contra fuera sustituido por intervenciones más o menos intuitivas.

No obstante –acotó–, el art. 1 LAM nos obliga a considerar el tercer aspecto hasta ahora no abordado aquí: el objeto lícito de la reunión. En este sentido el art. 1 de la LAM señala que se considerará como asociación ilícita denominada "mara" o pandilla aquella agrupación de personas que actúen para alterar el orden público o atentar contra el decoro y las buenas costumbres, y que cumpla con alguno o varios de los criterios que son sujetos a examen constitucional, entre ellos el que se reúnan habitualmente.

Esto significa, que la reunión *per se*, no se criminaliza, sino que se vuelve "asociación ilícita" cuando dicha agrupación de personas actúen para alterar el orden público o atentar contra el decoro y las buenas costumbre, lo cual, hace descansar la restricción a la libertad de reunión sobre el poder discrecional amplio e indeterminado de los operadores policiales y judiciales.

Esta, es una restricción al derecho humano de reunirse –art. 7 Cn.–, y posee un grave inconveniente: su alto grado de indeterminación, como limitación a un derecho fundamental. Así, la Procuradora se cuestionó en qué momento se altera el orden público, o se atenta contra el decoro y las buenas costumbres, y en qué momento dicho atentado es en realidad un acto individualizado por parte de alguna de las personas de ese grupo, generando *ipso facto*, sobre la base de la LAM, que todos los demás reunidos se conviertan en "mareros", miembros de una asociación ilícita.

Además del alto grado de indeterminación y vaguedad, existe una alteración a un derecho fundamental, como es el caso del derecho de reunirse, lo cual es contrario al art. 246 Cn., puesto que el inc 2° del art. 1 LAM, posibilita la alteración de los derechos por parte de la ley, y en el caso analizado específicamente el derecho o libertad de reunión.

La regulación que se efectúa en el art. 1 inc. 2° LAM, que toma en cuenta como criterio de valoración para la calificación de un grupo como "mara", es decir, asociación ilícita, es que deja por fuera la capacidad de individualización de los sujetos y la consiguiente persecución penal, es contrario a la idea de la individualización de las penas en el ejercicio de *ius puniendi* como facultad estatal.

El *ius puniendi* no puede ejercerse mediante extralimitación, alteración o restricción contraria al contenido esencial de los derechos; ello esta expresamente prohibido por el art. 246 Cn. En consecuencia, el art. 1 inc. 2° LAM, al establecer como criterio de valoración

de pertenencia a "mara" el reunirse habitualmente, violenta el contenido esencial del derecho o libertad de reunión bajo dos motivos esenciales.

El primero, porque dicho criterio está limitado o vinculado con conceptos jurídicos indeterminados, generando una extralimitación injustificada, y que puede convertirse en la negación del derecho mismo, bajo la excusa del ataque a las buenas costumbres y al decoro entre otras afirmaciones efectuadas por el art. 1 inc 2° LAM. No puede, establecerse una limitación a un derecho fundamental de forma tan abierta y vaga pues eso implica la negación del mismo y la lesión en su contenido esencial, establecido en el art. 7 Cn.

En segundo lugar, si bien el art. 1 inc. 2 no penaliza o no criminaliza el reunirse habitualmente, simple y sencillamente porque ello sería la negación absoluta del artículo 7 Cn, sin embargo, establece como criterio o parámetro para valorar la calidad de pertenencia a una asociación ilícita, el criterio de "reunirse habitualmente".

Ello, es una vulneración al contenido del art. 7 Cn., primero porque la reunión está garantizada por la Constitución, pero principalmente, porque está criminalizando la reunión misma al considerar que el ataque al decoro, a las buenas costumbres o al orden público de algunos de las personas reunidas, vuelve a todo el grupo y a la reunión misma como factor criminológico, excluyendo la posibilidad de la individualización de las acciones, y haciendo partícipes de sanciones penales por el mero y simple hecho de "reunirse" a personas que no han participado mediante acciones o hechos en la perturbación del orden público, el ataque al decoro o a las buenas costumbres, lo cual además como ya manifesté anteriormente violenta los arts. 15 y 12 Cn.

En todo caso, lo que tiene estrecha vinculación con la libertad de reunión, consiste en considerar como criterio de criminalización, es decir, para valorar la pertenencia o no a una "asociación ilícita" denominada "mara", el mero hecho de reunirse, aunque personas individualizadas en dicha reunión atenten contra los conceptos -de sobra- indeterminados del artículo en mención, generando una vulneración al contenido del art. 7 Cn. y por tanto, debe ser declarado inconstitucional.

No cabe duda, que los derechos fundamentales en tanto derechos de rango constitucional no pueden ser alterados más que por normas constitucionales. Por ello, las restricciones de derechos fundamentales son siempre o bien normas de rango constitucional o normas de rango inferior al de la Constitución pero que esta habilita. En el caso en análisis el art. 7, ni habilita ni restringe el derecho de reunión de la manera que lo hace la LAM en su art. 1 inc 2°.

Reunirse –continuó–, no es un delito, ni una infracción, es un derecho constitucional, y la reunión *per se* no genera una lesión a bienes jurídicos o a conceptos jurídicos indeterminados, ni siquiera los pone en "peligro", por lo que no puede constituir un criterio de valoración para considerar la pertenencia a una asociación ilícita denominada "mara".

F. En el mismo apartado denominado "libertad y derechos humanos", expuso el motivo relativo a la violación al principio de prohibición de prisión por deudas (art. 27 inc.

2º Cn.), de los principios de razonabilidad y proporcionalidad de las leyes (art. 246 Cn.) y del derecho y principio de igualdad (art. 3 Cn.) por el contenido dispuesto en los arts. 4 y 5 LAM.

En cuanto a este motivo sentó dos premisas. La primera, que "la prisión por deudas está expresamente prohibida por la Constitución; por tanto la ley no puede, so pretexto del cumplimiento de una pena de multa que ha sido "convertida" en trabajo social, ser reconvertida a su vez en 'prisión', pues ello genera una lesión a la prohibición antes enunciada, en forma indirecta".

La segunda, que "uno de los peligros latentes frente a la vigencia de leyes temporales y especiales, consiste en que dicha especialidad implique un tratamiento desigual, desproporcionado e irrazonable frente a conductas –*tertium comparationis*– que, atacando bienes jurídicos de mayor envergadura, son tratados de forma más benevolente".

a. En cuando a la violación al principio de prohibición de prisión por deudas, dijo que el art. 4 LAM define arresto como la limitación a la libertad deambulatoria en forma ininterrumpida por un periodo hasta de ciento ochenta días; mientras que el art. 5, denominado en la ley bajo el título de conversión, establece que la sanción de arresto podrá ser convertida a trabajo de utilidad pública.

Así, se tiene que los días de arresto se contabilizarán a razón de dos días por cada uno de trabajo de utilidad pública y el incumplimiento injustificado de trabajo de utilidad pública se convertirá en arresto.

En primer lugar cabe aclarar la naturaleza penal y no administrativa de la ley, y la inadecuada utilización del "término arresto" dentro de dicho cuerpo normativo.

Al respecto –continuó–, este cuerpo normativo no regula y faculta procedimientos ni sanciones administrativas, ya que son autoridades judiciales las encargadas de su conocimiento y resolución. De lo contrario, el arresto, como bien dispone nuestro art. 14 Cn., no podría exceder de 5 días, por lo que estaría en franca contradicción con el citado art. 5 inc. 4º y con lo establecido en el art. 4 inc. 7º.

Lo cierto, es que la materia regulada dentro de dicha ley especial es de índole penal creando nuevas figuras delictivas, en sus dos grandes categorías ya utilizadas en el Código Penal, es decir, delitos y faltas. De hecho, la LAM sigue dicha división estableciendo dentro de sus normas delitos y faltas no regulados en el Código Penal.

En donde el legislador se separa de la técnica legislativa utilizada en el Código Penal, es en la forma de establecer la sanción: en el Código penal, se habla de días multa, mientras que en la LAM se habla de arresto; por tanto, el arresto del que habla la ley, entendemos, es una sanción penal, y puede relacionarse con el genérico término de "privación de libertad", consistiendo el arresto en una privación de libertad legalmente establecida.

No obstante, nuestra Constitución establece algunas limitaciones a la pena de prisión, privación de libertad o arresto, tal como se denomina en este caso. La doctrina suele ser consistente en señalar que las faltas penales y las contravenciones administrativas protegen bienes jurídicos de poca importancia, y por lo tanto justifican una menor rigurosidad en las formalidades contenidas en el procedimiento que las regula y, especialmente en relación con las sanciones a imponer.

El establecimiento del régimen de sanciones y sus opciones es una cuestión sumamente importante con relación a la protección de los derechos humanos y de los principios rectores del ordenamiento jurídico salvadoreño.

El legislador ha tratado de evitar en el art. 5 de la LAM, que se establezca una relación directa con el impago de la multa y la aplicación de la sanción de "arresto", lo que trasgrediría abiertamente el art. 27 inc 2° Cn.

Sin embargo, en el caso del art. 5 de la LAM se establece una *vía indirecta* que violenta la prohibición de prisión por deudas consagrada en el art. 27 inc 2° Cn. En efecto, las multas según establece el art. 5 LAM, pueden ser convertidas en trabajo de utilidad pública y el trabajo de utilidad pública, como lo manifiesta el inc. 3° del mencionado artículo, puede convertirse en prisión, o como lo llama la ley "arresto", lo cual genera una violación por *vía indirecta* del art. 27 inc 2° Cn., y debe ser declarado inconstitucional por tal vulneración al contenido constitucionalmente reconocido.

b. Sobre la supuesta violación al principio de igualdad, la Procuradora manifestó que el sistema de conversión definido en el art. 5 LAM, también violenta otro derecho y principio rector del ordenamiento constitucional salvadoreño: el principio de igualdad. Al establecer al condenado a la conversión descrita en el art. 5 LAM y que posibilita sobre la base de sus incs. 2°, 3° y 4° la aplicación de la pena de "arresto" o prisión, por la falta cometida, se expone al individuo a una reclusión sin las garantías, privilegios o condiciones de los sentenciados por delito.

El condenado en falta sobre la base de la LAM y la legislación penal vigente, no tendría acceso a la libertad condicional –art. 85 del Código Penal–, o en su caso al indulto, pues tanto uno como otro mecanismo fueron concebidos únicamente para los condenados por delito, no por faltas; en consecuencia su tiempo en prisión o "arresto", sería cumplido con menos oportunidades que las que el sistema penal le ofrece actualmente a los condenados por delitos; el efecto es negativo, tanto para el individuo como para la sociedad, ya que el daño ocasionado con el cometimiento de una de las faltas definidas en la Ley Antimaras, si bien genera un daño, no justifica desde un punto de vista criminológico-constitucional que se le trate de forma tal que se le compare con un delincuente, el cual no pueda beneficiarse de la libertad condicional, sometiéndole a un castigo tan deteriorante, como sería el arresto hasta por ciento ochenta días, en el caso de las faltas.

Esta exposición y tratamiento diferenciado no es razonable y por consiguiente vulnera también el principio de igualdad. Dicho derecho, como ha reiterado la jurisprudencia constitucional, es un derecho relacional, que implica establecer un nexo

entre dos situaciones que podrían "ser tratadas como iguales" o en su caso "como desiguales".

Lo que se sostiene aquí, es que la conversión en pena de prisión o "arresto" como la define la LAM, posibilita o permite imponer la pena de prisión o arresto a personas que no están en igualdad de condiciones que otros condenados, a los que les resultan aplicables beneficios procesales con un objetivo específico: que la prisión no se convierta en una Escuela, donde las personas que han lesionado bienes jurídicos de escasa importancia estén en convivencia y contacto permanente con aquellos que sí han lesionado bienes jurídicos de mayor importancia -tal es el caso del beneficio de la libertad condicional, por ejemplo-, permitiendo que el condenado por las faltas definidas en la LAM se encuentren en una situación de tratamiento diferenciado injustificado, desproporcionado e irrazonable.

Tomando en cuenta que el principio de proporcionalidad en sentido amplio, plasmado en los principios de protección de los bienes jurídicos y de intervención mínima, despliega sus efectos en la selección de las conductas que han de configurarse como delitos.

Además, el principio de proporcionalidad opera fundamentalmente en la puesta en relación de esas conductas con las consecuencias jurídicas de las mismas, pudiéndose hablar de un principio de proporcionalidad de las penas en sentido estricto.

Descartada la retribución –art. 27 inc 3º–, como fin de la pena penal, desde nuestra normativa constitucional, y aceptada la tesis de la readaptación del delincuente, podemos considerar que la proporcionalidad establece una doble limitación al legislador: primero en la fijación legislativa de las consecuencias jurídicas y luego en su aplicación judicial. En la fase de la previsión legislativa la cuantía de la pena debe estar proporcionada a la relevancia del bien jurídico que protege la figura delictiva y a su vez entre la misma y las distintas formas de ataque al bien jurídico que la conducta delictiva puede presentar. De esta forma, las penas más graves deben reservarse para los delitos, no para las faltas, especialmente las pena de prisión o "arresto" como ha denominado en esta ocasión la Asamblea Legislativa a una pena de privación de libertad de hasta ciento ochenta días.

Los hechos punibles no se clasifican antojadizamente en delitos y faltas, sino que el criterio de clasificación radica justamente en la importancia del bien jurídico lesionado. El legislador no puede establecer la pena de prisión o arresto frente a dichos supuestos. Es claro que un derecho penal mínimo u orientado por el principio de intervención mínima debe ser proporcionado en las diferenciaciones que crea. En este caso, el tratamiento que diferencia entre delincuentes comunes y delincuentes vinculados con "maras", no es objetivo, sino que es un tratamiento diferenciado injustificado, que como ya se ha mencionado, genera la privación por parte de aquellos que se vean sometidos a la pena de arresto a un tratamiento discriminatorio, al no poseer los mismos privilegios ni garantías, que poseerían otros delincuentes que atentase contra bienes jurídicos de mayor jerarquía, a quienes podría otorgárseles la libertad condicional.

H. En el mismo apartado sobre "libertad y derechos humanos", la Procuradora expuso el motivo relativo a la violación al art. 27 inc. 3º Cn., del que se derivan el principio

de intervención mínima del Derecho Penal y en el que se establece la finalidad del sistema penal. la readaptación del delincuente, por el contenido dispuesto en los arts. 1 y 2 LAM.

Respecto de este motivo sentó la siguiente premisa: "el objetivo ultimo del derecho penal, que consiste en la readaptación del delincuente, no puede ser anulado por leyes que regulan el *ius puniendi* del Estado, so pretexto de graves situaciones de emergencia o inestabilidad social. Por consiguiente y tomando en consideración la gravosidad que implica la aplicación del derecho penal, está debe ser la ultima medida utilizada para el legislador a la hora de enfrentar la delincuencia, y debe ser razonable, necesaria e idónea para el combate de aquellas conductas que pretende regular, de lo contrario, dicha regulación devendría en inconstitucional".

La Procuradora expuso jurisprudencia emitida por esta Sala en Sentencia de 14-II-1997 pronunciada en el proceso de Inc. 15-96, en la cual se afirmó que el Estado se ve obligado a desarrollar toda una serie de medidas encaminadas a reprimir –pero sobre todo a prevenir– las conductas delictivas, medidas que se comprenden en la llamada política criminal.

Es importante señalar, que la política criminal de un Estado moderno se compone de seis elementos básicos, que son: a) la prevención del delito, b) la persecución del delito y de la impunidad, c) la rehabilitación del delincuente, d) la constitucionalidad y la legalidad de las actividades tendentes a desarrollar los tres primeros aspectos, f) el fortalecimiento institucional, organizacional y coordinación entre las instituciones responsables del diseño y ejecución de la política criminal, y g) la coordinación, recíproca alimentación y alta comunicación entre Estado y sociedad.

Lo anterior implica poner en marcha una serie de mecanismos que comprende reformas legislativas para adecuar las normas a la realidad que se regula, capacitación del elemento humano que aplica tales normas jurídicas, fortalecimiento administrativo y material de las instituciones encargadas de la implantación de esta política, y mecanismos de verificación del cumplimiento de tal normativa. Además, en un ámbito más amplio, medidas sociales en los aspectos familiar, educativo y laboral que hagan énfasis en la necesidad de prevenir los delitos y no sólo sancionarlos cuando éstos se han cometido.

Y es que, para ejecutar una eficaz política criminal es necesaria una acción integrada en la que participen los diferentes órganos estatales, pues dada la complejidad del fenómeno de la criminalidad, el esfuerzo por prevenir y sancionar los delitos no puede hacerse con medidas parciales o encaminadas únicamente a los efectos del delito producido, sino que es necesario un tratamiento integral que tome en cuenta todos los factores que inciden en la comisión de los delitos; en consecuencia la determinación de las medidas a tomar, no pueden ser hechas sólo con criterios inmedatistas, pues estos se deben integrar con otros de mediano y largo plazo, para que los resultados sean firmes y afecten el fondo de las causas de la criminalidad.

En este sentido, es sostenido de forma reiterada por la doctrina, que un derecho penal sólo queda justificado en cuanto sea necesario para lograr los objetivos preventivos y

de readaptación frente a los involucrados, cualquiera que sea el alcance que demos a éstos. Eso es lo que demanda el art. 27 inc 3° Cn.

Este punto de partida, ha de complementarse con el hecho que si las causas determinantes de la criminalidad deben buscarse en las relaciones sociales, la lucha contra el delito debe ser llevada en primer lugar, a través de la actuación sobre esas relaciones, es decir, en el ámbito de la política social.

El Derecho Penal aparece así entre los elementos de que dispone el Estado para garantizar la continuidad y desarrollo del sistema social, como *última ratio*. Esto es, como recurso al que sólo puede acudir ante la constatación de la insuficiencia de los restantes medios de control, pues no está justificado aplicar un recurso más grave cuando cabe esperar el mismo resultado de uno más leve. Esta no es una exigencia ética o un poder discrecional del legislador, sino que es una exigencia impuesta a un determinado modelo de Estado, que en nuestro caso, es un Estado Constitucional de Derecho, cuya garantía reside en el valor de la Constitución como norma superior del ordenamiento.

Esta característica, derivada directamente de las exigencias del Estado de Derecho, ha de ponerse en relación con el modelo social en el que el ordenamiento está inserto, pues la selección de las conductas a tipificar debe responder a la cuestión de si ello contribuye de hecho al mantenimiento de un orden social dado y, al desarrollo que se le desea imprimir. Porque el recurso indiscriminado al derecho penal, aún cuando sea de carácter temporal, ante el fracaso de otros mecanismos de control social, enmascara la necesidad de afrontar los problemas reales mediante políticas de actuación social más amplias.

En este mismo sentido, el derecho penal no puede llegar a ser extremadamente represivo, ya que en esta situación las penas pierden su justificación y se convierten en violaciones a los derechos humanos. Lo anterior parece obvio, pero es constantemente olvidado no sólo por los Códigos penales, sino, sobre todo, por las leyes especiales, cuando asignan penas excesivamente fuertes o altas a delitos o faltas que se relacionan con valores secundarios.

Asimismo, la Procuradora afirmó que, ni los fines de la pena y del derecho penal, ni el principio de intervención mínima consagrados todos dentro del art. 27 inc. 3° Cn., son compatibles con un Derecho Penal de autor.

El Derecho Penal de autor, en el que se basa la LAM, no readapta, sino que estigmatiza, lo cual obviamente no es lo mismo. Perseguir a aquellos que son parte de una "mara" o pandilla, implica considerar al derecho penal como una herramienta eficaz para perseguir a aquellos que se reúnen y se marcan el cuerpo con cicatrices o tatuajes, sin que medie previamente un hecho que posibilite ejercer el *ius puniendi*.

Considerar a la LAM como una ley orientada por el fin y objetivo de la readaptación sería afirmar nuestra ignorancia sobre la idea de readaptación y posibilitar un sistema penal que en el nombre de la rehabilitación se constituye como gratuitamente inhumano.

Actualmente, y por consideración a nuestra Ley Fundamental, no resulta suficiente afirmar que se penaliza porque está justificado y prescrito por la ley. Esta es una justificación legal de la norma, pero no constitucional, en tanto, la Constitución consagra una serie de valores y objetivos, dentro de los cuales se encuentra el establecido en el art. 27 inc 3° Cn.

Las características atribuidas a la LAM, como norma temporal y especial, confusa, vaga y sobre todo atentatoria a los principios más elementales para la convivencia pacíficas, se basan en que dicha ley, persigue con un tratamiento más gravoso, la conducta de sujetos parte de una asociación ilícita denominada "mara". Lo cierto, es que la atención penal especializada de adultos, niños y adolescentes que formen parte de una "mara", no se efectúa sobre la base del objetivo de su readaptación, sino sobre la idea del peligro que implican para la sociedad por lo que resulta necesario, para la Asamblea Legislativa y para la Presidencia de la República atacar las raíces de dicha manifestación delincriminal mediante leyes más severas, mas represivas y más gravosas en cuanto a la penalidad que implica para los imputados de dichas conductas tipificadas por dicha ley.

Eso es congruente, para un sistema penal donde la "retribución" es el objeto ultimo del derecho penal, pero no para el nuestro cuyo objetivo último aparece definido en el art. 27 inc 3° Cn.

Por su parte, la violación al principio de intervención mínima, puede constatare sobre la base de lo que antes mencionado con relación a la violación al principio de proporcionalidad. La creación de la LAM y su vigencia, no es necesaria, ni idónea, ni razonable, para combatir la delincuencia juvenil; al contrario, implica el rompimiento de la diferencia entre adultos y menores, entre peligrosos de doce años y delincuentes profesionales; crea una ley especial para atacar a las "maras", y se define así mismo como temporal, cuando el fenómeno social de las pandillas o "maras", no es un fenómeno temporalmente definible, sino todo lo contrario, dichas agrupaciones juveniles vienen acompañando el desarrollo de las sociedades desde hace varias décadas, no habiéndose encontrado una solución temporal para un fenómeno social hoy de carácter permanente en las sociedades contemporáneas. De ahí, que no pueda ser una "solución" ni razonable, ni idónea, ni necesaria.

La respuesta a la delincuencia juvenil debe ser integral, y esa integralidad parte de un régimen especial –art. 35 Cn.– que no puede ser transgredido so pretexto, de un fenómeno temporal, amparado bajo el art. 1 y 2 de la LAM.

I. Finalmente, en el apartado que denominó "división de poderes y derechos humanos", la demandante expuso el motivo relativo a la violación a los arts. 193 ords. 3° y 4° y 86 Cn. por lo dispuesto en el art. 30 LAM.

Al respecto, sentó la siguiente premisa: "las funciones estatales son indelegables y deben ser ejercidas en la forma y por las instituciones que la Constitución define para tal efecto. Irrogarse funciones, atribuciones o competencias de otros órganos estatales, esa transgresión de distribución de funciones efectuada desde la Constitución y que atenta contra el principio de división de poderes, cuyo objetivo último es el control y la

erradicación de la arbitrariedad, que dicho sea de paso, ha sido una conquista de los Estados Constitucionales de Derecho, tal como afirma por ejemplo la Constitución española al hablar de la interdicción de la arbitrariedad".

La demandante consideró que la Asamblea Legislativa ha transgredido el art. 193 ord. 3° y 4° Cn., al establecer en el art. 30 LAM que serán titulares de la acción para entablar la acusación ante el juez competente la Policía Nacional Civil, por medio de sus agentes de autoridad o apoderados del Director General y la Fiscalía General de la República, por medio de los agentes auxiliares del Fiscal General. Pues, nuestra Constitución, define en su art. 193 ord. 3° que corresponde al Fiscal General de la República dirigir la investigación del delito con la colaboración de la Policía Nacional Civil en la forma que determine la Ley y promover la acción penal de oficio o petición de parte.

El art. 30 LAM vulnera flagrantemente ambas disposiciones constitucionales, en tanto, en relación con el ord. 3°, expresa un mandato constitucional relacionado con la institución encargada de dirigir la investigación del delito: es la Fiscalía General de la República. Dicha disposición constitucional no posibilita que la investigación sea dirigida por otras instituciones, como lo es la Policía Nacional Civil, y tal parece que la Asamblea así como el Presidente de la República han obviado el cumplimiento de dicha disposición.

Ciertamente –dijo–, la LAM trata de delitos y faltas que no se rigen por las disposiciones generales del Código Penal, y por tanto, la dirección funcional en la investigación del delito es flagrantemente vulnerada por el contenido del art. 30 de la LAM, pues al señalizarse como titular de la acción a la Policía Nacional Civil, abre la puerta para que la potestad de investigar, sea también exclusivamente ejecutada por dicha entidad.

En cuanto al ord 4° del art. 193 Cn., la Procuradora consideró que se sigue la misma interpretación antes mencionada, en cuanto que, la promoción de la acción penal le corresponde a la Fiscalía General de la República dado que en forma expresa, la Constitución lo determina así.

Lo cierto es que, desde el derecho constitucional, y dentro del espacio público reconocido a cada institución del Estado, donde se configuran las funciones de cada una de ellas, y que ha sido denominado dentro de la doctrina como la parte orgánica de la Constitución, solamente le corresponde al Fiscal general de la República sobre la base del ord 4° del art. 193 Cn., promover la acción penal de oficio o a petición de parte.

Esta atribución, no es antojadiza, cada institución del Estado debe realizar una función determinada; ello es parte del principio de división de poderes y además una garantía constitucional frente los órganos del Estado, para que realicen sus atribuciones, facultades y funciones en el marco de la constitucionalidad, conforme al art. 86 de la Constitución.

En este sentido, es generalmente aceptado por la doctrina y el Derecho constitucional comparado, que los requisitos para la configuración de un Estado de Derecho son: el imperio de la ley; la división de poderes; y la vigencia de los derechos fundamentales.

Estos principios responden al objetivo de que la actividad política, tiende a establecer un sistema de reglas y de normas que representan el sustrato básico sobre los cuales se realiza la actividad de las instituciones del Estado.

Al respecto –continuó–, resulta fundamental en la teoría político-constitucional liberal, la articulación del poder estatal a partir de la configuración normativa de las competencias de cada uno de los órganos del Estado. Dicha estructuración descansa en el principio de separación de poderes, que se remonta al pensamiento liberal clásico de Locke y Montesquieu.

Todos los regímenes políticos, incluido el nuestro, conocen y aplican dicha división orgánica, la cual no sólo consiste en una división funcional de las actividades de trabajo que le corresponde a cada institución, sino que incide directamente en la independencia y papel o rol que la constitución le asigna a cada una de ellas.

La teoría de la separación de poderes fundamenta esta independencia recíproca de los órganos del Estado, en el hecho que dentro del mismo existan funciones institucionalmente y constitucionalmente delimitadas para determinados órganos estatales.

Por consiguiente, si bien la división de poderes reconocida en nuestra Constitución en su parte orgánica se traduce en un entramado institucional diferenciado, también contiene una dimensión funcional que implica la existencia de un contenido material que no pueden ser objeto de trasgresión legislativa, como lo ha sido por medio del art. 30 de la Ley Antimaras.

En las políticas de seguridad, la flexibilidad de los instrumentos jurídicos de intervención es un recurso que se ve favorecido por el interés político y profesional de las autoridades gubernativas y los agentes policiales.

Esta flexibilidad permite la utilización del derecho con fines políticos, produciéndose como consecuencia la traslación de los mecanismos estatales de control de la punibilidad de las conductas, desde el control de las instituciones estatales y constitucionalmente definidas, hacia la administración policial.

Las características técnicas del accionar policial permiten una fácil politización de los instrumentos jurídicos de intervención, sobre todo si la policía posee o es titular de la acción penal, como lo plantea el art. 30 de la LAM.

De aceptarse lo dispuesto en dicha disposición, se permitiría que dentro del sistema jurídico-constitucional salvadoreño se considerasen amplios márgenes de discrecionalidad en el accionar policial, dependiendo su utilización no sólo de parámetros institucionales imposibles de definir *a priori*, sino susceptibles de intereses políticos y profesionales, es decir del "gobierno de los hombres", que ha sido sustituido desde hace muchos años por el "gobierno de la leyes."

Es evidente, que la construcción de un espacio constitucionalmente prohibido por el art. 193 ord 3° y 4° Cn, como sería aquel que permite la titularidad de la acción penal y la dirección de la investigación del delito a la Policía Nacional Civil, favorecería una "lógica" del funcionamiento de aparato policial que se rige según parámetros de racionalidad político burocráticos, con lo cual la evaluación de la actividad policial tiende a medirse no en función del seguimiento de un conjunto de normas y garantías constitucionales, sino en términos de realización de objetivos o de funciones.

Por ello "controles", "redadas", "retenciones" y "detenciones" serían favorecidas sin la aplicación de la dirección y titularidad definida en la Constitución para la investigación del delito y la promoción de la acción penal, bajo un patente peligro para el respeto a los derechos y garantías constitucionales, y brindando sólo una ventaja –si es que puede considerarse así- : la de atribuir a los agentes policiales un margen de actuación, contrario a la Constitución, que asegura la acumulación estadística de una supuesta "respuesta frente el delito" y asegura un importante efecto propagandístico, sobre todo cuando dichas actuaciones toman como base el "miedo" de la población y se efectúan en momentos de coyuntura electoral.

Por consiguiente, cuando la LAM define dentro del art. 30 diversos "titulares de la acción penal" violenta abierta y manifiestamente los ords. 3° y 4° del art. 193 Cn., así como el 86 Cn., por violación al principio de división de poderes u órganos que define las actuaciones de las instituciones estatales consagradas en la parte orgánica de la Ley Fundamental.

4. En cumplimiento del art. 7 L. Pr. Cn., la Asamblea Legislativa, como autoridad demandada en el presente proceso, presentó informe en el que sostuvo:

A. Con respecto a la demanda de inconstitucionalidad presentada por el ciudadano Aldonov Frankeko Álvarez Ferrufino:

a. Sobre la violación a la seguridad jurídica, que la misma es aquella que la Constitución garantiza a los individuos; así, con la disposición impugnada lo que se pretende es darle seguridad jurídica a todo menor que se dedique a visitar las salas de juegos de video o similares en horas de estudio, debiendo entenderse por tales los turnos matutino y vespertino, por consiguiente, la Asamblea manifestó no dudar que con ello se violenten los derechos y principios a los que el demandante hace alusión.

b. En relación con la supuesta violación al derecho a la protección e la conservación y defensa del resto de derechos materiales –art. 2 inc. 1° Cn.–, la Asamblea sostuvo que no existe violación al referido derecho, pues en ningún momento se está cuartando –habrá querido decir coartando–, la libertad de disponer de cada uno de ellos al demandante, pues mucho menos se restringe el funcionamiento de las salas de juegos de video, en consecuencia –manifestó–, no existe tal inconstitucionalidad.

c. Con respecto a la supuesta violación al debido proceso, la Asamblea manifestó que en ningún momento se está violando dicho derecho con la emisión de la disposición impugnada, pues no se prohíbe que las salas de juego de video cierren definitiva ni

temporalmente, sino que se trata de una prohibición hacia los menores de edad para que se encuentren en centros de juegos de video en horas de estudio, por tanto -concluyó-, no existe violación al debido proceso.

B. En cuanto a la demanda de inconstitucionalidad presentada por los ciudadanos Claudia Marlene Reyes Linares y José Heriberto Henríquez, la Asamblea Legislativa manifestó que efectivamente, con fecha 9-X-2003, se aprobó con dispensa de trámites la LAM a iniciativa del Presidente de la República, por medio del Ministro de Gobernación, en razón de los niveles de violencia asociada a grupos delincuenciales conocidos como "maras" o pandillas, por tanto, se volvió imperativo crear una ley especial y temporal que sirva como instrumento punitivo para estos grupos y que contenga los procedimientos y las sanciones correspondientes, en tal sentido -continuó- esta Asamblea ha actuado de conformidad con las facultades que le otorga el artículo 131 ordinal 5° de la Constitución, por lo que en ningún momento existe violación constitucional por la aprobación de los artículos establecidos en el libélulo –seguramente pretendió decir libelo– de los peticionarios.

Por otra parte –continuó–, lo que la Asamblea ha pretendido con la emisión de la LAM es darle seguridad jurídica a la mayoría de los habitantes de la República, a través de la implementación de *medidas ejemplarizantes* para aquellos grupos que de alguna manera atentan o ponen en peligro la vida, la integridad física y otros bienes jurídicos tutelados de la persona, de la familia y de la sociedad en general, prevaleciendo en este caso, el interés social de la población sobre el interés particular.

a. Sobre la supuesta violación al principio de igualdad consagrado en el artículo 3 de la Constitución, la Asamblea manifestó que el art. 1 de la LAM, en ningún momento se violenta el principio de igualdad, porque es un régimen especial y temporal para el combate legal de las agrupaciones conocidas como "maras" o pandillas. En la sociedad salvadoreña, es evidente que dichos grupos se dedican a delinquir, no importándoles edad, sexo o nacionalidad; por tales razones, la Asamblea reiteró que no existe violación al art. 3 Cn.

b. En cuanto a la inconstitucionalidad del art. 1 LAM, por la supuesta violación al art. 7 Cn., el Asamblea manifestó que dicho artículo establece el de todos los habitantes de asociarse y reunirse, además, en tal disposición constitucional se regulan dos tipos de asociaciones: las de asociaciones profesionales de patronos y trabajadores –art. 47 Cn.– y la de todo ciudadano de asociarse para constituir partidos políticos o ingresar a los ya constituidos –art. 72 ord. 2° Cn.– A lo cual agregó que fuera de las disposiciones legales ninguna norma regula el derecho o libertad de asociación.

Luego de transcribir jurisprudencia emitida por este tribunal sobre el derecho de asociación, la Asamblea afirmó que el derecho de asociación es libre, siempre y cuando se ejercite pacíficamente y sin armas, y la LAM sanciona actividades que no son pacíficas, sino que violentan la tranquilidad y la seguridad de las personas y sus bienes, por lo que consideró que con la emisión de la normativa impugnada no existe violación al art. 7 Cn.

c. Sobre la inconstitucionalidad de los arts. 2 inc. 3° y 3 inc. 1° de la LAM, por la supuesta violación al art. 35 inc. 2°, en relación con el art. 144 inc. 2°, ambos de la

Constitución, el Asamblea sostuvo que en el inc. 1° del art. 2 LAM, se establece que la misma se aplicará a todas las personas mayores de 12 años de edad, que cometan delitos y faltas contemplados en la ley en comento y el Código Penal, por tanto consideró que el citado artículo en ningún momento violenta el inc. 2° del art. 35 Cn., pues, esta ley se aplicará únicamente a aquellos grupos de personas conocidos como "maras" o pandillas, que de ninguna manera son agrupaciones lícitas, que por estar tatuados e identificarse con señales, de alguna manera son diferentes a la mayoría de la población, que honradamente se gana el sustento de cada día sin necesidad de tatuarse o identificarse mediante señales, ni muchos menos pertenecer a grupos para delinquir.

Como puede observarse –continuó–, con la emisión de los arts. 2 y 3 de la LAM en ningún momento se violenta el inc. 2° del art. 35 Cn., ya que esta es una ley especial que se aplica a los mayores de 12 años de edad y menores de 18, por lo cual se cumple con el precepto constitucional supuestamente vulnerado, así sería inconstitucional si ésta se aplicara de modo general de 12 años de edad en adelante, es decir, sin límite de edad, lo cual el Código Penal también regula al determinar que la ley penal se aplicará los mayores de 18 años.

C. En relación con la demanda de inconstitucionalidad presentada por la Procuradora para la Defensa de los Derechos Humanos, la Asamblea Legislativa manifestó que, efectivamente en fecha 9-X-2003, se aprobó con dispensa de trámites la LAM, iniciativa del Presidente de la República por medio del Ministro de Gobernación, en razón de los niveles de violencia asociados a grupos delincuenciales conocidos como "maras" o pandillas, por lo que se volvió imperativo crear una ley especial y temporal que sirva como instrumento punitivo para estos grupos y que contenga los procedimientos y las sanciones correspondientes; en tal sentido –continuó– la Asamblea ha actuado de conformidad a las facultades que le otorga el artículo 131 ord. 5° Cn., por lo que en ningún momento existe violación constitucional por la aprobación de las disposiciones impugnadas en la demanda de la Procuradora.

Por otra parte –afirmó–, lo que la Asamblea ha pretendido con la emisión de la Ley impugnada es brindar seguridad jurídica a la mayoría de habitantes de la República, a través de la implementación de *medidas ejemplarizantes* para aquellos grupos que de alguna manera atentan o ponen el peligro la vida, la integridad física y otros bienes jurídicos tutelados de la persona, de la familia y de la sociedad en general, prevaleciendo en este caso el interés social de la población sobre el interés particular.

a. En cuanto a la inconstitucionalidad de los arts. 1, 6, 18, 19, 22, 24, 25, 26 y 29 LAM, por la supuesta violación a los principios de culpabilidad, de legalidad penal y de presunción de inocencia y a la dignidad humana, la Asamblea Legislativa sostuvo que el art. 1 LAM, en ningún momento viola el principio de culpabilidad consagrado en el art. 12 Cn., pues la redacción de dicha disposición determina que la ley tiene por objeto establecer un régimen especial y temporal para el combate legal de las agrupaciones conocidas como "maras" o pandillas, pues éstas no tienen personalidad jurídica, por tanto no son sujeto de derechos y deberes por parte del Estado, es decir, no tienen vida jurídica por sí mismos, por lo tanto –continuó–, al ser una asociación o agrupación ilícita se enmarca dentro de la doctrina y del Derecho Penal como sujetos activos del delito.

Asimismo, la Asamblea afirmó que tampoco se violenta el principio de presunción de inocencia establecido en el art. 12 Cn., pues en la construcción jurisprudencial esta Sala ha establecido que toda persona sometida a un proceso o procedimiento, es inocente y se mantendrá como tal, mientras no se determine su culpabilidad por sentencia de fondo condenatoria o por resolución motivada, y respetando los principios del debido proceso procesal. Por lo tanto, se considera que ninguna persona –natural o jurídica- puede verse privada de algún derecho por las aplicaciones automáticas y aisladas de presunciones de culpabilidad sean legales o judiciales, ya que las mismas son inconstitucionales, si no se acompañan de otros medios de prueba que lleven a una conclusión objetiva de culpabilidad.

b. En relación con la inconstitucionalidad de los arts. 1, 6, 18, 19, 24 y 25 LAM, por la supuesta violación al principio de seguridad jurídica y de legalidad penal, consagrados en los arts. 1 y 15 Cn. respectivamente, la Asamblea Legislativa sostuvo que el principio de seguridad jurídica consagrado en los arts. 1 y 2 Cn. son violentados por el art. 1 LAM, pues la Asamblea ha establecido con claridad que dicha normativa se aplica a grupos de personas denominadas "maras" o pandillas que no tienen vida jurídica, sino que son grupos que por su proceder se consideran antisociales y que de alguna manera se dedican a delinquir y a reunirse en grupos y ponen en zozobra a la población honrada.

c. En relación con la inconstitucionalidad de los arts. 1 y 3 LAM, por la supuesta violación a los principios de igualdad material e igualdad procesal, consagrados en los arts. 3 y 11 Cn. respectivamente, la Asamblea sostuvo que la disposición impugnada hace referencia a las faltas contempladas en esa ley y en el Código Penal, que sean cometidas por miembros de "maras", quienes serán procesados conforme al procedimiento establecido en la LAM, pues como puede observarse ambas son leyes secundarias, que se interrelacionan con el propósito de hacer más expedito el contenido procesal, por lo que en ningún momento se violenta el principio de igualdad jurídica.

d. En cuanto a la inconstitucionalidad de los arts. 2 y 45 LAM, por la supuesta violación a los arts. 3 y 35 inc. 2° Cn., la Asamblea sostuvo que en el inc. 1° del art. 2 LAM, se establece que la aplicación de dicha ley se realizará sobre las personas mayores de 12 años de edad que cometan los delitos o faltas contempladas en esa ley y en el Código Penal; desde el punto de vista del Órgano emisor de la normativa impugnada –continuó-, tanto el inc. 1° como el 2° del art. 2 LAM, en ningún momento violenta el principio de igualdad consagrado en el art. 3 Cn., mucho menos el art. 35 Cn., pues, como ha sostenido reiteradamente, la LAM se aplicará única y exclusivamente a aquellos grupos de personas conocidos como "maras" o pandillas, que de ninguna manera son agrupaciones lícitas, pues por estar tatuados e identificarse con señales, de alguna manera son diferentes a la mayoría de la población, que de manera honrada se gana el sustento de cada día, sin necesidad de tatuarse o identificarse mediante señas, ni mucho menos pertenecer a grupos para delinquir.

Como puede observarse –continuó-, con la emisión de los arts. 2 y 45 LAM, en ningún momento se viola el inc. 2° del art. 35 Cn., ya que ésta –la LAM– es una ley especial que se aplica a las mayores de 12 años de edad, por lo cual se cumple con el precepto constitucional supuestamente vulnerado, si sería inconstitucional –agrega– si ésta se aplicara de modo general a las personas mayores de 12 años sin límite de edad, lo cual

también se encuentra regulado por el Código Penal, al determinar que la ley penal se aplicará a las personas mayores de 18 años de edad.

e. Sobre la inconstitucionalidad del art. 1 inc. 2° LAM, por la supuesta violación al principio general de libertad –art. 8 Cn.–, a la libertad de expresión –art. 6 Cn.– y al derecho de reunión –art. 7 Cn.–, la Asamblea Legislativa sostuvo que no existe violación al art. 6 Cn., pues 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. En ese sentido, la Asamblea considera que la misma Constitución establece claramente que los habitantes de la república pueden expresarse libremente y difundir sus pensamientos, pero dentro de las reglas que el mismo artículo establece, y en el caso que nos ocupa, los grupos denominados "maras" o pandillas, subvierten el orden público y lesionan la moral, el honor y la vida privada de los demás, y en casos extremos hasta cometen delitos graves; por lo que la Asamblea concluyó que no existe violación a la libertad de expresión consagrada en el art. 6 Cn.

Luego de transcribir la jurisprudencia emitida por este tribunal en relación con el derecho de asociación y de reunión, la Asamblea argumentó que las sentencias emitidas por esta Sala dejan claro que el derecho de asociación se puede ejercer, siempre y cuando se realice de manera pacífica y sin armas, mientras que la LAM sanciona actividades que no son pacíficas, sino que violentan la tranquilidad y la seguridad de las personas y sus bienes, por lo que consideró que, con la emisión de la disposición impugnada, no existe violación a la Constitución.

f. Sobre la inconstitucionalidad de los arts. 4 y 5 LAM, por la supuesta violación al principio de prohibición de prisión por deudas consagrado en el art. 27 inc. 2° Cn., la Asamblea Legislativa sostuvo que tampoco existe violación a la disposición constitucional mencionada, pues la penalidad descrita en las disposiciones impugnadas no constituyen un contrato entre el aplicador de la ley y el imputado, y al no cumplirse el trabajo de utilidad pública, por lógica elemental, se convertirá en arresto, por lo que, al no existir ningún vínculo entre el aplicador de la ley y el imputado, no estaría violándose la prohibición de prisión por deudas.

g. En relación con la inconstitucionalidad de los arts. 1 y 2 LAM, por la supuesta violación al art. 27 inc. 3° Cn., la Asamblea Legislativa, luego de transcribir la jurisprudencia emitida por este tribunal al respecto, afirmó que no existe violación a dicha disposición constitucional, pues serán los Centros de Readaptación Social correspondientes los que procuraran la readaptación y la prevención del delito, finalidades de la pena a las que se refiere nuestra Constitución.

h. Sobre la inconstitucionalidad del art. 30 LAM, por la supuesta violación a los arts. 86 y 193 ord. 3° y 4° Cn., la Asamblea Legislativa afirmó que, siendo la Policía Nacional Civil un ente colaborador con la Fiscalía General de la República en la investigación del delito, no existe violación a las disposiciones constitucionales mencionadas, pues la atribución del ord. 3° del art. 193 Cn., da la facultad para que en *ley secundaria* se desarrolle cómo debe hacerse la investigación del delito y, en el caso que nos ocupa, el art. 30 LAM faculta tanto a la Policía Nacional Civil como a la Fiscalía General de la

República, para que sean los titulares de entablar la acción de la acusación ante el juez competente, por lo tanto –reafirmó–, no existe violación a las disposiciones constitucionales mencionadas.

5. Acumuladas las demandas en un solo expediente, se corrió traslado al Fiscal General de la República, licenciado Belisario Amadeo Artiga Artiga, para que rindiera el informe que prescribe el art. 8 L. Pr. Cn., en un plazo de diez días hábiles.

El mencionado funcionario presentó escrito, con fecha 17-II-2003, mediante el cual solicitó se ampliara el plazo para rendir el informe que prescribe el art. 8 L. Pr. Cn., "para dar una mejor opinión sustentada".

Por resolución de 24-II-2004, este Tribunal declaró sin lugar, por improcedente, dicha petición, basándose en que "las razones expuestas para justificar tal solicitud resultan insuficientes para acceder a la misma".

Rendido el informe de ley, el Fiscal General de la República opinó lo siguiente:

A. En relación con la facultad concedida en el art. 30 LAM, sostuvo que el devenir de los sistemas procesales penales evidencia la mixtura de las formas del proceso penal y hace presente el conflicto ideológico preexistente entre el interés social y el interés individual. La facultad de accionar el proceso penal que en los anteriores sistemas procesales se configuraba como un derecho del ofendido, actualmente constituye una función pública que la Constitución ha conferido al Fiscal General de la República, y así se refleja en el Código Procesal Penal, con excepción de las acciones privadas.

En ese orden de ideas –continuó–, la adopción del principio acusatorio "*ned procedat iudex ex officio*", se estableció como regla general en el proceso penal por el órgano oficial de la persecución penal pública. En tal sentido la actividad requirente ha sido encomendada por precepto constitucional al Fiscal General –art. 193 ord. 3° Cn.– Como una consecuencia de tal asignación se confirma el carácter público y oficioso de la acción penal, por lo tanto ésta constituye un mecanismo base que tiene el Fiscal General para poner en marcha al Órgano Jurisdiccional. Desde esta óptica, la acción penal ejercitada por la Fiscalía es una actividad encaminada a requerir la decisión justa del órgano jurisdiccional, sobre la investigación del ilícito penal, para que se declare la existencia del poder punitivo del Estado.

A los efectos que el Estado ejercite el *ius puniendi* a través del órgano jurisdiccional, es necesario que se promueva la actuación de los mismos por medio de la acción penal, que corresponde exclusivamente al Fiscal General.

Al respecto, el Fiscal transcribió extractos de la Sentencia HC 78-2003, en la cual se afirmó que la Fiscalía General de la República, como ente encargado de la promoción de la acción penal, posee la obligación constitucional que se administre pronta y cumplida justicia y de someter a la decisión de un juez la investigación y las pruebas recolectadas. Dado que el ejercicio de la acción penal es atribución exclusiva de la Fiscalía General de la

República, también lo es la valoración sobre la suficiencia de las diligencias iniciales de investigación.

Resulta entonces –continuó–, que el art. 30 LAM, vulnera la facultad exclusiva de promover la acción penal contenida en el art. 193 ord. 4° Cn. En éste se establece que corresponde al Fiscal General de la República promover la acción penal de oficio o a petición de parte; mientras que el art. 30 LAM establece como titulares de la acción para entablar la acusación ante el juez competente a la Policía Nacional Civil, por medio de sus agentes de autoridad o apoderados del Director General. Razones por las cuales consideró que se viola la facultad constitucional atribuida en el art. 193 ord. 4° Cn.

B. En relación con el motivo de inconstitucionalidad del art. 2 LAM, por la violación al principio de igualdad, el Fiscal trajo a cuento la jurisprudencia emitida por esta Sala en relación con el derecho mencionado y el régimen especial de los menores en conflicto con la ley penal –sentencias de Inc. 17-95 y 15-96–. Sobre este punto concluyó que debe declararse la inconstitucionalidad del art. 2 LAM, por contener una violación a los arts. 3 y 35 Cn., al establecer el mismo régimen penal para menores y adultos.

C. A manera de conclusión afirmó que, como Fiscal General, le corresponde la defensa de los intereses de la sociedad, incluida dentro de éstos la protección de los derechos para conseguir la armonía social. Asimismo, expresó que en un Estado de Derecho, dentro del marco democrático y bajo el principio de respeto de los derechos, se da al ciudadano la oportunidad de desarrollarse y desenvolverse para la consecución del bienestar social. Sin embargo, la conducta del individuo con base en la libertad, tiene límites, por lo tanto la ley debe regular tales situaciones para evitar que la conducta antisocial de un individuo rompa la armonía social. Reflexión con la cual el Fiscal concluyó su informe, solicitando, además, se declare la inconstitucionalidad de los arts. 2 y 30 LAM, por las violaciones a los arts. 3, 35 y 193 ord. 4° Cn., y se declare la constitucionalidad del resto de disposiciones impugnadas.

6. A. Encontrándose el proceso en estado de dictar sentencia de fondo, el Ministro de Gobernación presentó escrito mediante el cual solicitó se escuchara al Órgano Ejecutivo en el presente proceso de inconstitucionalidad.

B. Sobre tal petición, esta Sala, en resolución de 10-III-2004, dijo lo siguiente:

"El funcionario en mención fundamentó su solicitud manifestando que ha sido el Órgano Ejecutivo el que dio inicio al proceso de formación de la LAM –art. 133 ord. 2° Cn.–; asimismo sostuvo que no sólo debe oírse al "órgano emisor básico" de dicha normativa –Asamblea Legislativa–, sino también a la autoridad que al sancionar, promulgar y ordenar su publicación, perfeccionó y dio plena validez y vigencia al Decreto Legislativo mencionado.

Además, concluyó que, en el caso de los procesos de inconstitucionalidad en contra de la LAM, no debe perderse de vista que existe una presión pública sobre la problemática de las pandillas delincuenciales en nuestro país, en cuanto a que se resuelva con la mayor

brevedad la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la ley mencionada, por cuanto su aplicación tiene incidencia en el desarrollo social del país.

Al respecto, es preciso señalar que, en razón de la necesidad de colaboración en la formación de la voluntad estatal, la Constitución prevé la intervención del Presidente de la República en el procedimiento legislativo. Precisamente, el jefe del Ejecutivo se encuentra vinculado al proceso legislativo, porque –a partir de sus atribuciones constitucionales– asume la ejecución de la *dirección política* –planificación, coordinación y ejecución política y administrativa en la gestión de los asuntos de interés general– así como la responsabilidad en la ejecución de la misma.

Así pues, según la Constitución –art. 168 ord. 8º–, corresponde al Presidente de la República sancionar, promulgar y publicar las leyes, y hacerlas ejecutar. La sanción, entonces, entraña un acto solemne de carácter *político*, que implica la aceptación por el Presidente de la República, de un *proyecto de ley aprobado por el órgano investido de la potestad legisferante*. En este sentido, es claro que, al sancionar un proyecto de ley, el Órgano Ejecutivo manifiesta su aceptación total sobre el contenido del texto y de su fuerza imperativa.

Ahora bien, si la sanción comporta una manifestación de aceptación sobre el contenido y regularidad constitucional de un proyecto de ley, ésta puede operar como un control político del mismo. Como consecuencia de ese control, el Presidente de la República puede sancionar el proyecto de ley –por ser constitucional y afín a los intereses perseguidos–, puede realizar observaciones, o vetarlo por razones de oportunidad o inconstitucionalidad. Por tanto, es claro que las observaciones y el veto son los instrumentos que la Constitución concede al Presidente de la República para controlar negativamente la actividad legislativa.

En conclusión, la intervención del Presidente en el proceso de formación de la ley constituye un control interorgánico de naturaleza política para aceptar u oponerse a los proyectos de ley contrarios a la Ley Suprema, los intereses de la colectividad o los fines del Estado; y como tal *no implica en modo alguno que el Presidente de la República ejerza potestad legisferante*.

En ese sentido, la intervención procesal prescrita en el art. 7 L. Pr. Cn. hace referencia al ente emisor, titular de la potestad normativa de la cual ha emanado el objeto de control constitucional. Es decir, para el caso, *el órgano legitimado pasivamente en el proceso de inconstitucionalidad es la Asamblea Legislativa, pues ésta ha emitido el producto legislativo que fue considerado por el Presidente de la República en su fase de sanción*.

Es decir, la *autoridad demandada* a la que se refiere el artículo en mención es el Órgano Legislativo, y se excluye, por tanto la intervención del Ejecutivo en ese carácter. Sin embargo, es preciso aclarar que éste se tendrá por legitimado cuando la normativa impugnada sea un Reglamento emanado del Órgano Ejecutivo, pues en estos casos, efectivamente, a él corresponde la titularidad de la potestad normativa; o cuando se alegue que el vicio de forma de una ley se ha producido en sede ejecutiva.

En consecuencia con lo expuesto y de conformidad con el art. 7 L. Pr. Cn., esta Sala resuelve: Sin lugar lo solicitado por improcedente".

II. Previo a realizar el examen de constitucionalidad de las disposiciones impugnadas, es necesario analizar los fundamentos jurídicos y materiales de las pretensiones que se deciden en la presente sentencia, a efecto que se establezcan las consecuencias de algunas incorrecciones que podrían conducir a pronunciamientos incongruentes.

1. Así, en primer lugar, la demanda de inconstitucionalidad presentada por el ciudadano Aldonov Frankeko Álvarez, en que impugna el art. 23 inc. 1º LAM por la supuesta violación al derecho a la protección en la conservación y defensa de los demás derechos materiales, sostiene que la disposición impugnada impide defender cualquier derecho del propietario de establecimientos dedicados a la explotación comercial de juegos de video, pues tal derecho sólo puede hacerse efectivo a través del debido proceso.

En cuanto a ese punto, esta Sala advierte que la pretensión no se encuentra plenamente configurada —es decir, el fundamento jurídico no habilita a un pronunciamiento de fondo—; ello porque la pretensión de inconstitucionalidad basada en la supuesta violación al derecho a la protección en la conservación y defensa del resto de derechos materiales se ha plasmado de manera genérica e indeterminada, y el sostener que con la disposición impugnada se imposibilita la defensa de cualquier derecho, constituye una indeterminación del contenido normativo del parámetro de control, que impide el conocimiento de la pretensión.

En consecuencia, y ante una ausencia de precisión sobre el contenido normativo del parámetro de control, con el cual ponderar la constitucionalidad del art. 23 LAM, *debe sobreseerse en el presente proceso, respecto de la supuesta violación al derecho a la protección en la conservación y defensa del resto de derechos materiales —art. 2 inc. 1º, parte final Cn.—*, pues los fundamentos jurídicos de la pretensión no habilitan a un pronunciamiento de fondo.

2. A. Con respecto a la demanda de inconstitucionalidad presentada por los ciudadanos Claudia Marlene Reyes Linares y José Heriberto Henríquez, específicamente en cuanto al motivo de impugnación del art. 3 inc. 1º LAM, advierte esta Sala que dicha disposición ha sido reformada, circunstancia que no puede ser obviada en la presente sentencia. Por tal razón es preciso analizar si, aun con la variación en la redacción de la disposición impugnada, esta Sala se encuentra habilitada a realizar el examen de constitucionalidad requerido por los demandantes, en el art. 3 inc. 1º LAM.

En su redacción original, la disposición impugnada prescribía: "Los delitos contemplados en eta (*sic*) ley les será aplicado el proceso común. --- Las faltas contempladas en esta ley y las contempladas en el Código Penal, que sean cometidas por miembros de maras o pandillas, siempre serán procesadas conforme al proceso establecido en esta ley".

A partir de la reforma producida por D. L. n° 189, de 12-XI-2003, publicado en el D. O. n° 216, tomo 361, correspondiente al 19-XI-2003, actualmente el inc. 1° de dicho artículo prescribe: "Los delitos a que se refiere la presente Ley serán sancionados conforme al procedimiento común regulado en el Código Procesal Penal y, en lo pertinente, por lo estipulado en esta Ley. Cuando sean delitos contemplados en esta Ley o asociados a miembros pertenecientes a maras, dicho procedimiento será de competencia de los jueces designados de entre los jueces con asiento en las cabeceras departamentales. Se faculta al Presidente de la Corte Suprema de Justicia para que designe el Juez de Paz, el Juez de Instrucción y el Tribunal de Sentencia que conocerán de este procedimiento, en aquellos lugares donde hubiere más de uno de dichos tribunales"

De la comparación entre el contenido normativo de ambas prescripciones, y únicamente para efectos procesales –en tanto que presupuesto fundamental para habilitar el conocimiento de la pretensión en el presente proceso de inconstitucionalidad–, advierte esta Sala que no sólo se ha modificado la redacción, sino que también su contenido, en consecuencia la disposición impugnada contiene nuevas prescripciones normativas, variando notablemente el objeto de control.

Sin embargo, la variación producida con la reforma se verifica con la inclusión de nuevos mandatos normativos, lo cual no obsta para que su contenido original, es decir, la determinación de los cauces procesales aplicable a los individuos sujetos al régimen especial, se mantenga aún en la nueva redacción del art. 3 LAM; es decir, se conserva el sentido original de la disposición impugnada, en cuanto a dicho punto, aunque mediante la reforma se agregan otras consideraciones procesales que no modifican sustancialmente el contenido normativo original, impugnado al inicio de este proceso.

Por ello, hay habilitación de este tribunal para conocer sobre la pretensión planteada, en cuanto a la inconstitucionalidad del art. 3 LAM, aunque sólo referida a la parte inicial del inc. 1° de dicha disposición, y no sobre los nuevos mandatos normativos incluidos con la reforma.

B. La misma consideración merece la reforma producida por el mismo decreto legislativo por último citado, al art. 6 LAM. Esta disposición originalmente prescribía: "El que integre una mara o pandilla que amedrente u hostigue o de cualquier forma amenace a personas, barrios o colonias será sancionado con prisión de dos a cinco años. --- Si fuere sorprendido portando cualquier tipo de armas, objeto corto punzante o contundente, materiales inflamables o explosivos, será sancionado con prisión de dos a seis años. --- Si se cumplieren los presupuestos establecidos en el Art. 345 del Código Penal, se aplicará el referido tipo preferencialmente". Con la reforma, su texto actual es el siguiente: "El que integre una mara o pandilla de las que se refiere esta Ley, será sancionado con prisión de dos a cinco años. --- Si fuere sorprendido portando cualquier tipo de armas, objeto corto punzante o contundente, materiales inflamables o explosivos, será sancionado con prisión de dos a seis años. --- Si se cumplieren los presupuestos establecidos en el Art. 345 del Código Penal, se aplicará el referido tipo preferencialmente. --- En los casos a que se refiere este artículo no tendrá aplicación el concurso ideal de delitos dispuesto en el Art. 40 del Código Penal. --- En las diligencias policiales se harán constar los indicios que hasta ese momento tienen para apreciar la pertenencia a la mara o pandilla, los que deberán ser

valorados por el Juez, aplicando las reglas de la sana crítica, para continuar con la fase de instrucción".

Si bien la reforma modifica el contenido normativo de la mencionada disposición legal, solamente lo hace por medio de la inclusión de nuevos mandatos, sin modificar los que en su versión original fueron prescritos. Es por ello que *el examen de constitucionalidad del art. 6 LAM, debe realizarse sobre los incs. 1º, 2º y 3º, pues éstos no han sido modificados en su esencia; pero no sobre los incs. 4º y 5º, añadidos a dicha disposición –no impugnados–*.

C. En relación con la supuesta violación al derecho de asociación, los demandantes sostienen que la intención de la LAM es proscribir la formación de pandillas aduciendo el carácter ilícito de la asociación; pues, si bien muchas de las actividades desarrolladas por la miembros de "maras" se encuentran al margen de la ley, no puede deducirse *ex ante* que la totalidad de conductas que realizan contravienen el ordenamiento jurídico; aceptar dicha tesis –siguen– constituye un atentado a la seguridad jurídica, ya que se prescinde la culpabilidad de acto al reprochar al imputado sus particulares condiciones de existencia. Asimismo, sostuvieron que el objeto ilícito de este tipo de agrupaciones no puede ser probado antes de haberse cometido los ilícitos concretos, en los que puedan individualizarse las conductas delictivas, pues las sanciones respectivas deben ser aplicables solo a los sujetos participantes y no al grupo completo.

Al respecto, esta Sala advierte la falta de concordancia entre la argumentación jurídica y la supuesta violación al art. 7 Cn., pues aun y cuando la pretensión se fundamente en la supuesta violación al derecho de asociación, el parámetro de control ha sido invocado erróneamente, en virtud de la falta de concordancia con la argumentación jurídica expuesta. Es decir, el contenido normativo de la disposición constitucional que se considera vulnerado no ha sido precisado adecuadamente, ya que los demandantes no exponen claramente en qué sentido el art. 1 LAM, contiene una violación al art. 7 Cn. Ello porque, en primer lugar, *los grupos denominados "maras" o pandillas no son, en términos jurídicos, asociaciones con personalidad jurídica, y –tal como se ha caracterizado por jurisprudencia de esta Sala–, el derecho de asociación consiste en un ámbito de autonomía complejo que implica tanto el derecho de crear asociaciones –derecho subjetivo individual a asociarse– como el establecimiento de las condiciones de libre desenvolvimiento de aquéllas –el régimen de libertad para las asociaciones–; mientras que, en segundo lugar, al ejercer el derecho de reunión, no se crea una entidad jurídica propia con sustantividad y personalidad diversa e independiente de los sujetos que la conforman*.

Por ello, se advierte la incongruencia argumentativa en que incurren los demandantes, pues resulta imposible entablarse una confrontación internormativa entre el art. 1 LAM y el derecho de asociación. Contrario a lo que resulta del ejercicio del *derecho de reunión*, sobre el cual no se ha solicitado un pronunciamiento.

En consecuencia, *debe sobreseerse en el presente proceso, en relación con la inconstitucionalidad del art. 1 LAM, por la supuesta violación al derecho de asociación del art. 7 Cn., por errónea invocación del contenido del parámetro de control*.

3. Depuradas las pretensiones a las que se sujetará el examen de constitucionalidad de las disposiciones impugnadas, el orden lógico en el que se encauzará la presente sentencia es el siguiente: en una primera fundamentación, se expondrán algunas nociones sobre el *programa penal* que desde la Constitución delimita el poder punitivo del Estado o *ius puniendi*, a fin de esclarecer la función y finalidad del Derecho Penal; a partir de ello se determinará si las normas penales contienen una prohibición de determinadas conductas a los individuos, o simplemente castigan la comisión de conductas (III).

Luego, ya entrando en el análisis de los principios que configuran el *ius puniendi*, se expondrán los criterios que justifican la intervención penal en la esfera de derechos del individuo, esto es la lesión o puesta en peligro de bienes con relevancia jurídica; al respecto se establecerá cómo el *principio de lesividad* incide en la estructuración de un concepto constitucional de delito (IV).

A partir de las implicaciones que dicho concepto acarrea para el resto de principios delimitadores del *ius puniendi*, se expondrán las exigencias del *principio de culpabilidad* y las manifestaciones de éste, en relación con la *proscripción del llamado Derecho Penal de autor* (V 1), con la *atribución de la conducta lesiva al sujeto que la comete* (V 2), y con la *imputabilidad de los menores de edad y el establecimiento de una edad mínima de responsabilidad penal*, haciendo alusión expresa, en este caso, sobre la normativa con la cual determinar la minoría de edad y las implicaciones procesales para la pretensión de inconstitucionalidad (V 3).

Después se plasmarán algunas ideas sobre el *principio de legalidad penal en conexión con la seguridad jurídica*, a fin de cotejar si es permitida la posibilidad de utilizar conceptos jurídicos indeterminados en la configuración legislativa de los ilícitos (VI).

En seguida se determinará el sentido de los arts. 193 ord. 4º y 159 inc. final Cn., en lo relativo a la acción penal (VII), y el sentido constitucional de la prohibición de prisión por deudas (VIII). Para después, a partir de la consideración del preámbulo como sustrato ideológico integrante del parámetro de control constitucional, exponer algunas ideas sobre el carácter personalista del Estado, derivado del valor dignidad humana, y con ello determinar si la justificación de la emisión de una normativa punitiva que pretende establecer "medidas ejemplarizantes" para reprimir la comisión de delitos, obedece a fines constitucionalmente legítimos, en relación con la razonabilidad del término de comparación en la supuesta violación a la igualdad (IX).

Finalmente, se delimitará los alcances del control de constitucionalidad, realizado por esta Sala, respecto de la libertad de configuración y concreción de la obligación estatal de protección de bienes jurídicos, realizado por el legislador penal (X).

Con base en tales premisas, habrá de dictarse el fallo que corresponda según Constitución.

III. 1. El *ius puniendi*, entendido como la facultad del Estado para imponer penas o medidas de seguridad por la comisión de delitos, no es ilimitado; tiene fijados sus fines, así como sus postulados y principios rectores, a partir de la configuración que de la potestad

punitiva realiza la Constitución. En razón del carácter normativo de ésta, los principios rectores del sistema penal no pueden considerarse como límites del *ius puniendi*, derivados de manera trascendente, desde un indeterminable "derecho natural" o de programas políticos, sino como *principios constituyentes del Derecho Penal*; ello porque, más allá de las específicas referencias penales, la Constitución contiene principios generales que vinculan al legislador y a los tribunales en la conformación de todo el ordenamiento, incluyendo por supuesto al jurídico-penal.

Por ello, resulta necesario examinar la Constitución en su conjunto para extraer de ella lo que se ha denominado el *programa penal de la Constitución*, es decir, *el conjunto de postulados político-jurídicos y político-criminales que constituye el marco normativo en el seno del cual el legislador penal puede y debe tomar sus decisiones y en el que el juez ha de inspirarse para interpretar las leyes que le corresponda aplicar*.

Los distintos principios que componen el modelo salvadoreño de Derecho Penal, formulables todos ellos en la forma de proposiciones de implicación o condicionales, en realidad están ligados entre sí; resulta posible pues, formalizarlos y sistematizarlos a partir de su inclusión constitucional. De este modo, *los principios constitucionales del Derecho Penal definen el modelo constitucional de la responsabilidad penal, esto es, las reglas del juego fundamentales tanto para la estructuración normativa de los delitos y las penas en sede legislativa, como en la aplicación judicial*.

Considerados así, cada uno de los principios de los cuales se compone el Derecho Penal, enuncian una condición *sine qua non*, esto es, una garantía jurídica, para la aplicación de la pena; no son, por tanto, una condición suficiente en presencia de la cual está permitido o es obligatorio penalizar, sino una condición necesaria en ausencia de la cual no está permitido hacerlo. Así, *la función específica de las garantías constitucionales en el Derecho Penal no es tanto permitir o legitimar, sino, más bien, condicionar y vincular y, por tanto, deslegitimar el ejercicio absoluto de la potestad punitiva*.

Tal marco normativo, consagrado en la Constitución con relevancia para el Derecho Penal, se fundamenta en los valores de libertad e igualdad, y en los principios de pluralismo, razonabilidad y proporcionalidad; asimismo, cuenta con preceptos sobre mandatos, prohibiciones y regulaciones que afectan directamente al Derecho Penal. Ese catálogo de prescripciones constitucionales, constituye el núcleo específico de fundamentación del sistema penal, con efectos de legitimación y límite de la intervención penal.

Más allá de su ambivalencia teórica, los elementos constitucionales mencionados, tal como se han consagrado en la Constitución, forman en su conjunto un sistema coherente y unitario; encaminado a asegurar, respecto de otros modelos de Derecho Penal históricamente concebidos y realizados, el máximo grado de racionalidad y de fiabilidad del juicio jurídico-penal y, por tanto, de limitación de la potestad punitiva y de tutela de la persona contra la arbitrariedad legislativa y judicial.

Así, tanto desde los valores como desde los principios contenidos en la Constitución, pueden construirse mandatos constitucionales rectores del Derecho Penal,

tales como el principio de legalidad penal, de proporcionalidad y razonabilidad de la intervención punitiva, de culpabilidad, de resocialización, de presunción de inocencia, de lesividad, de igualdad sustantiva y procesal, etc.

2. De esta manera, el Derecho Constitucional conforma la política criminal, que en una primera acotación constituye una forma de *control social* lo suficientemente importante para que sea monopolizado por el Estado, y que por tanto, requiere ser delimitada –la política criminal– jurídicamente con la máxima claridad posible como garantía para el ejercicio de los derechos de la persona humana.

Dicho control social se ejerce mediante la consideración normativa de las conductas punibles, de manera que al acaecer en la realidad sean merecedoras de una pena; en ese sentido, el Derecho Penal no sólo constituye un conjunto de normas dirigidas a los jueces, ordenándoles imponer penas, sino también –y antes de ello– un conjunto de normas dirigidas a los ciudadanos que les prohíbe, bajo la amenaza de una pena –prevención especial–, la comisión de delitos. Es decir, *si la pena es un mal con el que se amenaza la realización de una conducta considerada como delito, es claro que el Derecho Penal está integrado por el conjunto de normas y principios jurídicos que desvaloran y prohíben la comisión de delitos, y asocian a éstos la correspondiente sanción punitiva.*

Es decir, si una norma jurídica es un mensaje prescriptivo, expresado a través de determinados símbolos lingüísticos, el contenido que transmite dicho mensaje constituye la norma jurídica. Aunque también es cierto que, en el Derecho Penal, no todo enunciado legal expresa una norma jurídica completa, pues las disposiciones plasmadas en la Parte General del Código –causas de exclusión de la responsabilidad penal, atenuantes, agravantes, etc.–, tienen la función de precisar el alcance de los preceptos de la Parte Especial, que prevén los delitos y las faltas. Asimismo, los enunciados lingüísticos contenidos en los preceptos de la Parte Especial pueden servir de base a más de una norma jurídica; específicamente, una dirigida al juez –obligándole a imponer una pena en caso que se compruebe la comisión de un delito–, y otra dirigida al individuo –prohibiéndole la verificación de las conductas delictivas–.

Y es que, el enunciado legal que castiga un hecho con una pena ha de interpretarse como forma de interrelación de dos normas distintas, la dirigida al juez y la dirigida al individuo; si únicamente se parte de la existencia de la primera, el delito no sería infracción alguna, ya que no se estaría prohibiendo al ciudadano la comisión de la conducta establecida en el tipo penal, sino que simplemente se obliga al juez a imponer una pena por su comisión; mientras que, si sólo se considera la segunda norma, sería una simple valoración legislativa, sin consecuencias jurídicas. Por tanto, *toda elaboración legislativa debe arrancar de la consideración del delito como infracción a una norma –prohibitiva–, pues de lo contrario habría que aceptar la insatisfactoria consecuencia que el individuo no infringe norma alguna y pese a ello se le castiga.*

Y es que, siendo el Derecho Penal el conjunto de normas jurídicas que definen determinadas conductas como delito y disponen la imposición de las sanciones respectivas hacia quienes los cometen, constituye un mecanismo de control social, en tanto que pretende evitar unas conductas y estimular otras.

3. Aplicando las anteriores consideraciones al presente caso, específicamente en relación con la pretensión planteada por el ciudadano Aldonov Frankeko Álvarez, en cuanto a la inconstitucionalidad del art. 23 LAM por la supuesta violación al art. 11 Cn., se observa que el demandante sostiene que la disposición impugnada, al penalizar la conducta descrita, en realidad está prohibiéndola, por tanto el cierre de establecimientos debe ajustarse al debido proceso, señalado en el art. 11 Cn., situación que no se verifica con una disposición punitiva.

Con tales argumentos se denota claramente la incorrección en la que incurre el demandante, pues ya ha quedado explicado que toda norma penal, no sólo sanciona, sino que además lleva implícita una prohibición hacia los ciudadanos, para que se abstengan de realizar conductas que, según las consideraciones del legislador, son dañosas en gravedad. Y siendo que el demandante sustenta su impugnación en una premisa contraria, debe declararse que *en el art. 23 LAM, no existe la inconstitucionalidad alegada por el ciudadano Aldonov Frankeko Álvarez, por la supuesta violación al art. 11 Cn.*

IV. 1. En conexión con lo expuesto, es viable afirmar que el establecimiento normativo de la desviación punible no es totalmente libre en sede legislativa; es decir, la determinación de las conductas sobre las cuales aplicar una sanción, no queda librada a la plena discreción de su configurador normativo, sino que debe obedecer a los lineamientos impuestos por la Constitución; uno de ellos es *el principio de lesividad, según el cual la tipificación de una conducta como delictiva debe obedecer a una prohibición de realizar conductas que, según las consideraciones del legislador, sean dañosas, es decir, que lesionen o pongan en peligro bienes jurídicos fundamentales o instrumentales.*

A. Sobre el fundamento constitucional de dicho principio, es necesario tener en cuenta la jurisprudencia de este tribunal sustentada en Sentencia de 25-V-1999, pronunciada en el proceso de Amp. 167-97, en el sentido que la Constitución Salvadoreña, desde su art. 2 positiva un catálogo de derechos que son fundamentales para la existencia humana e integrantes de la esfera jurídica de las personas. Para que tales derechos dejen de ser un simple reconocimiento abstracto y se especifiquen en zonas concretas, es también imperioso el reconocimiento de un derecho que posibilite su realización efectiva y pronta. En virtud de ello, el constituyente dejó plasmado en el art. 2, inc. 1º Cn., el derecho a la protección, lo cual se traduce en el establecimiento de acciones o mecanismos para evitar que los derechos constitucionales sean violados.

Es decir, corresponde al Estado un *deber de protección*, con la finalidad de reducir al mínimo posible las conductas dañosas o que pongan en peligro tales bienes jurídicos. Sin embargo, tal afirmación no significa la imposibilidad que un sector del Derecho Penal, cuantitativamente más amplio, tenga por objeto *bienes jurídicos instrumentales*, es decir, bienes jurídicos que sirven de instrumento o medio para salvaguardar los llamados fundamentales.

En un Estado de Derecho, el Derecho Penal ha de servir como instrumento jurídico democráticamente delimitado, con el fin de dirigir la vida social hacia la *protección de bienes jurídicos* fundamentales e instrumentales; así la justificación del poder punitivo del Estado y de la definición de delitos y penas se encuentra en la *dañosidad de las conductas*

caracterizadas legalmente como delito. Es decir, el Derecho Penal tiene como misión el hacer posible la vida de la comunidad teniendo presente el perjuicio que se quiere evitar.

La tutela que el Derecho Penal implica, se lleva a cabo evitando que se produzcan aquellas conductas que suponen una grave perturbación para la existencia y evolución del sistema social; en ese sentido, han de ser sometidas a tutela aquellas condiciones que son importantes para la existencia y evolución del sistema, es decir, deben protegerse *bienes jurídicos*. En consecuencia, es legítima la intervención sobre la esfera de los individuos, que pretenda evitar determinados comportamientos que se dirijan contra los bienes jurídicos tutelados; pues a través de esa incidencia sobre la conducta de los individuos se evitan resultados dañosos.

B. Del modo expuesto, el Derecho Penal desarrolla su finalidad última a través de la tutela de los presupuestos imprescindibles para la existencia en común, que se concreta en los bienes jurídicos. Dicho concepto, condiciona al derecho a la protección, en cuanto esto haga posible la tutela de los derechos de los individuos, máxime en el marco de un Estado Constitucional de Derecho, que adopta la dignidad, libertad e igualdad de la persona y los derechos que de tales valores derivan, como fundamento de la convivencia nacional y fines hacia los cuales el Estado debe orientar su actuación, tal como lo dispone la Constitución, en el Preámbulo, art. 1 inc. 1 y 2 inc. 1°. Y es que, si las consecuencias jurídicas del delito –pena y responsabilidad patrimonial– afectan bienes dotados de relevancia constitucional, parece claro que su privación sólo puede efectuarse si la causa que la determina es la defensa de un bien de, al menos, análoga significación constitucional.

El punto de partida para la formulación de un contenido material en la definición de delito, ha de constituirlo la función que desempeña el Derecho Penal: *posibilitar la vida en comunidad mediante la tutela de bienes jurídicos*. Si se da por sentado este punto de partida, la determinación de un *concepto constitucional de delito* debe precisar los criterios por los que se llega a establecer, en la concurrencia de un comportamiento, la gravedad suficiente para que esté justificada su calificación como hecho delictivo. Uno de tales criterios consiste en la relevancia del bien jurídico protegido, es decir, *el factor determinante de la intervención del Derecho Penal es la importancia del bien jurídico tutelado y la relevancia del modo de ataque*.

El mandato que para el Estado deriva del art. 2 inc. 1° Cn., exige su intervención para que los derechos materiales del individuo sean reales y efectivos; si proyectamos dicho precepto sobre el Derecho Penal, se concluye que el Estado está obligado a evitar la comisión de delitos, es decir la trasgresión o puesta en peligro efectivo de bienes jurídicos fundamentales e instrumentales.

En un primer término, es necesario acotar que la primera limitación de la esfera de las prohibiciones penales, es que éstas se refieran sólo a las acciones reprobables por sus efectos lesivos para terceros. La ley penal tiene el deber de prevenir los costes individuales o sociales representados por esos efectos lesivos y sólo ellos pueden justificar el coste de penas y prohibiciones. El *principio de lesividad* veta, a su vez, la prohibición y penalización de comportamientos meramente "inmorales" o de estados de ánimo o, incluso, apariencias peligrosas. Y establece, en general, en aras de la protección a la libertad de las

personas, la tolerancia jurídico-legislativa de toda actitud o comportamiento no lesivo para terceros. Esto sin perjuicio de lo que al efecto dispongan otras ramas del ordenamiento vinculadas al poder sancionador del Estado.

De allí derivan importantes consecuencias a título de limitación al poder punitivo del Estado:

a. La primera, viene determinada por el principio de necesidad o de economía de las prohibiciones penales, expresado en el axioma *nulla poena sine necessitate*, el cual sostiene que, *si la intervención punitiva es la técnica de control social más gravosamente lesiva de la libertad y dignidad de los ciudadanos, debe exigirse que se recurra a ella como remedio extremo*. Es decir, si el Derecho Penal responde sólo al objetivo de tutelar a los ciudadanos y de minimizar la violencia, las únicas prohibiciones penales justificadas por su absoluta necesidad son, a su vez, las prohibiciones mínimas necesarias, esto es, las encaminadas a impedir comportamientos lesivos, que suponen una mayor afectación que las generadas por el Derecho Penal.

El principio de lesividad constituye el fundamento axiológico en la estructuración del delito, pues las prohibiciones legislativas, a cuya infracción se atribuye una pena, se justifican únicamente si se dirigen a impedir ataques concretos a bienes fundamentales de tipo individual o social, entendiendo por ataque no sólo el daño causado, sino también el peligro que se ha corrido; en cualquier caso, debe tratarse de un daño o peligro verificable o evaluable empíricamente, partiendo de las características de cada comportamiento prohibido. El principio de lesividad se postula, por tanto, como la formulación constitucional que impide al legislador el establecimiento de prohibiciones penales sin bien jurídico, es decir, excluye la responsabilidad penal por comportamientos sin resultado dañoso.

Lo anterior debe entenderse sin perjuicio de la regulación punitiva de actos dirigidos a determinado resultado –como los preparatorios– y que vienen a reformularse, a partir de tal principio, como actos idóneos para producir tales resultados; es decir, de acuerdo con este principio, no está proscrita la penalización de la tentativa de comisión de una conducta dañosa.

b. La segunda, se manifiesta a través de la exigencia de la materialidad de la acción dañosa; es decir, ningún daño puede estimarse penalmente relevante sino como efecto de una acción. En consecuencia, *los delitos, como presupuesto de la pena, no pueden consistir en actitudes o estados de ánimo interiores, y ni siquiera genéricamente en hechos, sino que deben concentrarse en acciones u omisiones humanas –materiales, físicas o externas, es decir, empíricamente observables– describibles exactamente por la ley penal*; pues sólo las acciones externas, y no los actos internos, pueden producir daños a terceros, es decir, sólo las acciones externas están en condiciones de producir una modificación del mundo exterior calificable de lesión o puesta en peligro.

El hecho, lo acaecido, es la única realidad para el Derecho Penal; la intención, la voluntad, no se toma en consideración sino en la medida en que sirve para explicar la

naturaleza y significación de los hechos, es decir, para calificar el dolo o culpa del sujeto que realiza una acción dañosa.

C. Sobre la base de los dos requisitos de dañosidad para terceros y de exterioridad de la acción, con la consecuente prohibición de penalizar los actos internos, el principio de lesividad constituye, además, el presupuesto del principio de legalidad penal, pues la exterioridad o materialidad de la acción dañosa, implica la predeterminación taxativa que garantice la certeza en el lenguaje normativo penal que prescriba la prohibición penal; en efecto, a diferencia de los estados de ánimo o de las inclinaciones, las acciones, tanto comisivas como omisivas, son acaecimientos empíricos, taxativamente describibles, cuya verificación es cuestión de hechos y no de valores, y debe ser expresada mediante asertos verificables y refutables. Por tanto, *el principio de lesividad es el postulado principal del modelo de garantía penal, y que da consistencia lógica y jurídica a gran parte de las demás garantías constitucionales, que constituyen los límites al poder punitivo del Estado.*

2. A. Desde las premisas expuestas, pueden diferenciarse las características que definen un Derecho Penal mínimo de un derecho penal máximo –según el grado de intervención estatal en las libertades–; así, según el primero, no se admite ninguna imposición de pena sin que se produzca la *comisión de un delito*, sin que tal punición, sea *necesaria y no excesiva*, en relación con el *carácter lesivo de la conducta*, lo que a su vez conlleva a la exigencia *que se penalicen aspectos exteriores y materiales* de la acción criminal –no elementos de la interioridad del sujeto–, pues sólo así se podrá reflejar la *imputabilidad y culpabilidad* del autor; asimismo, tales exigencias carecerían de sentido si el delito –desviación punible atribuible a un sujeto en virtud de la lesión a un bien jurídico– no está *previsto taxativamente* en la ley, y que, para su atribuibilidad, requiera *prueba empírica* discutida ante *juez imparcial*, en un *proceso público y contradictorio previamente establecido*, e instado por las autoridades competentes.

Según los *postulados constitucionales* que identifican al Derecho Penal salvadoreño conectándolo con los principios que configuran un Estado Constitucional de Derecho, es claro que al Derecho Penal mínimo –condicionado y limitado estrictamente– corresponde, no sólo el máximo grado de tutela de las libertades de los ciudadanos respecto del arbitrio punitivo, sino también, a un ideal de racionalidad y certeza jurídica. Con ello, resulta excluida la responsabilidad penal, todas las veces que sus presupuestos sean inciertos e indeterminados; un Derecho Penal es racional y cierto en la medida que sus regulaciones son previsibles; y son previsibles sólo las motivadas por argumentos cognoscitivos que sean susceptibles de refutación procesal.

A la inversa, el modelo de Derecho Penal máximo –incondicionado e ilimitado– es el que se caracteriza, además de su excesiva severidad, por la incertidumbre y la imprevisibilidad de las conductas y sus respectivas penas; y que, consecuentemente, se configura como un sistema de poder no controlable racionalmente por la ausencia de parámetros ciertos y objetivos de convalidación o anulación.

B. La opción constitucional por el Derecho Penal mínimo, en preferencia al Derecho Penal máximo, viene justificada –e incluso impuesta jurídicamente– porque la protección

de los bienes jurídicos implica un poder lleno de consecuencias restrictivas sobre las libertades de los ciudadanos.

El Derecho Penal no debe tener únicamente por función imponer y reforzar la penalización por la comisión de un delito, sino la de impedir la comisión de acciones dañosas; asimismo, tal función por sí sola no es suficiente para justificar la intervención coactiva del Estado en la vida de los ciudadanos. Para que pueda prohibirse y castigarse conductas se exige además que éstas dañen de un modo concreto o pongan en peligro idóneo bienes jurídicos fundamentales o instrumentales; en ese sentido, el juicio penal no debe versar acerca de la "moralidad" –entendida como pura intimidad no trascendente- o sobre aspectos sustanciales de la personalidad del imputado, sino sólo de hechos que le son imputables, pues sólo éstos pueden ser empíricamente probados por la acusación y refutados por la defensa.

En consecuencia, *sólo las acciones externas, que producen efectos lesivos e imputables a la culpabilidad de una persona –y no a su apariencia, actitud o características antropológicas, expresables con términos indeterminables objetivamente–, son en realidad verificables ante el juez de manera precisa y prescribibles taxativamente por el legislador como elementos constitutivos de delito en el sentido exigido por la Constitución*. Pues al referirse a un hecho empírico objetivo, la desviación punible es verificable y refutable, mientras que, por el contrario, si se refiere a una actitud de desaprobación moral e indeterminable jurídicamente, la desviación punible es absolutamente irrefutable, pues constituye un acto de valoración basado en una opción subjetivista.

3. A. En relación con el presente caso, se tiene que los demandantes reiteradamente han sostenido que la LAM contiene disposiciones punitivas que no protegen bien jurídico alguno; así, el ciudadano Aldonov Frakeko Álvarez, expuso que el art. 23 LAM prohíbe una actividad comercial lícita, mientras que, para sancionar penalmente a una persona de forma general y abstracta, es necesario que la actividad específica sancionada, sea a su vez *ilícita*.

Por su parte, la Procuradora subrayó la importancia que en nuestro país existan una serie de instrumentos jurídicos y mecanismos institucionales que aseguren una adecuada defensa de la sociedad a través de la prevención, persecución, sanción y reparación de las conductas delincuenciales atentatorias de sus más preciados *bienes jurídicos*.

Asimismo, sostuvo que parte de la obligación impuesta a las autoridades estatales de velar por el irrestricto respeto y vigencia de los derechos humanos de la población salvadoreña, incluye indefectiblemente la aplicación de un marco jurídico institucional que exteriorice sanciones hacia la comisión de aquellos *ilícitos penales que lesionan o ponen en peligro el goce y ejercicio de los bienes tutelados por nuestro ordenamiento jurídico*.

B. Tales afirmaciones, evidentemente denotan una invocación del principio de lesividad al que se ha hecho referencia, y tal como se ha establecido en el Considerando III de la presente resolución, los imperativos constitucionales que delimitan el *ius puniendi* del Estado no pueden entenderse o interpretarse como principios aislados entre sí, sino que, a

partir de su inclusión constitucional, conforman un programa integrado del cual el legislador no puede apartarse; así, ya se ha expuesto la estrecha vinculación entre el principio de lesividad y el principio de culpabilidad, y las influencias que ambos generan en la determinación legislativa de los ilícitos –principio de legalidad–.

En consecuencia, esta Sala no puede desatender el reproche de inconstitucionalidad, implícito en las argumentaciones de los demandantes sobre el rol del concepto de bien jurídico en la determinación de los ilícitos, volviéndose obligatorio pronunciarse sobre las violaciones al mismo, en el entendido que, previo a realizar un examen sobre las supuestas violaciones a los principio de legalidad y de culpabilidad, debe verificarse el respeto al postulado constitucional que sirve de fundamento axiológico a todo el derecho penal y la configuración de un concepto constitucional de delito –lesividad–.

Para el caso, el *art. 1 inc. 2° LAM*, establece impropia y inadmisiblemente como criterio definidor de una "mara", la finalidad de "alterar el orden público o atentar contra el decoro y las buenas costumbres". Con esas expresiones se dice bastante y no se dice nada, por indeterminación conceptual empleada. Esto es inadmisiblemente en materia penal.

Si contrastamos tal disposición con lo prescrito en el *art. 22-A inc. 1° del Código Penal*: "Crimen organizado. Se considera crimen organizado aquella forma de delincuencia que se caracteriza por provenir de *un conjunto de personas dedicadas a mantener una estructura jerarquizada, con el propósito de planificar y ejecutar hechos antijurídicos con la finalidad de lucrarse con bienes y servicios ilegales o realizar actividades de terrorismo*" (resaltados nuestros); y esto con lo previsto en el *art. 345 inc. 1° del mismo Código*: Asociaciones ilícitas. Cuando dos o más personas acuerden organizarse o se organicen *para realizar, conductas que por sí o unidas a otras, tienen como fin o resultado cometer delitos*, serán sancionadas por ese solo hecho, con prisión de dos a ocho años. Los dirigentes o promotores serán sancionados con prisión de cinco a diez años" (resaltados nuestros), se advierte cómo el legislador, al configurar el campo de aplicación de la LAM, se ha divorciado del principio de lesividad, asunto que no se observa en las disposiciones transcritas.

Ello porque, en las dos disposiciones citadas del Código Penal, la finalidad de las agrupaciones, por cuya pertenencia se considera que los miembros son responsables penalmente, es claramente antijurídica: planificación, ejecución, realización de delitos, hechos que por sí mismos, autónomamente, constituyen delito. No así en el *art. 1 inc. 2° LAM*, que mediante el uso de conceptos jurídicos indeterminados penaliza la pertenencia a una agrupación que no se relaciona con actividades antijurídicas penalmente tipificadas o determinadas.

Y es que, si se advierte con precisión, *además de impropia resulta innecesaria la penalización especial de las actividades relacionadas con las "maras", si el orden jurídico y los jueces ya disponen, incluso desde antes de la vigencia de la LAM, de los instrumentos jurídicos que les proporcionan las dos disposiciones citadas del Código Penal, para sancionar conductas que pongan en riesgo o lesionen efectivamente bienes jurídicos constitucionales y legales.*

Así también, el *art. 18 LAM* prohíbe y penaliza la identificación entre miembros de pandillas a través de señas o tatuajes; lo cual –identificarse con señas–, si bien es empíricamente denotable, no lesiona ni constituye un peligro o lesión a terceros, sino simplemente es una acción que, analizada a partir del principio de lesividad, se vuelve penalmente irrelevante, en tanto que con su prohibición y punición no se protege bien jurídico alguno.

Además, el *art. 19 LAM* penaliza la permanencia en sitios abandonados o deshabitados, tal circunstancia no puede ser constitutiva de delito, pues no lesiona ni pone en peligro bien jurídico alguno.

En esa misma línea, el *art. 22 LAM*, prohíbe y penaliza la permanencia en cementerios en horas nocturnas, lo que también constituye una intromisión legal –en términos punitivos– sobre una conducta que no constituye una puesta en peligro ni daño a bien jurídico alguno. Lo anterior no excluye, que administrativamente se regule la materia particular señalada en las dos disposiciones citadas.

En igual irregularidad incurren los *arts. 23 y 29 inc. 1° LAM*, pues éstos pretenden penalizar la permanencia de menores de edad en centros de juegos de video, el primero, y deambular sin documento de identidad personal, en lugares residenciales, sin causa justificada, el segundo.

El primero, si bien se puede relacionar con una protección penal a lo prescrito en el art. 371 del Código de Familia: "Lugares no aptos para menores. Queda prohibida la entrada de menores de edad, a casas de juego, bares, o casas de lenocinio u otros similares", utiliza desproporcionadamente el *ius puniendi* para sancionar conductas que no revisten la suficiente dañosidad social para constituirse en delitos o faltas. Lo anterior tampoco excluye regulaciones administrativas.

El segundo también constituye una violación del legislador al principio de lesividad de la acción, a partir del cual sólo pueden considerarse como materialmente ilícitas las conductas que dañen o pongan en peligro bienes jurídicos tutelados; *a sensu contrario*, el legislador, a la hora de considerar penalmente relevante una conducta, debe tomar en cuenta la lesividad de la misma, caso contrario incurre en una inconstitucionalidad por violación al art. 2 inc. 1° Cn.

Por tanto, debe declararse que *en los arts. 1 inc. 2°, 18, 19, 22, 23 y 29 inc. 1° LAM existe la inconstitucionalidad alegada por el ciudadano Aldonov Frankeko Álvarez y la Procuradora para la Defensa de los Derechos Humanos, por violar el principio de lesividad, consagrado en los arts. 2 inc. 1° Cn., al penalizar conductas que no dañan o ponen en peligro bienes jurídicos fundamentales o instrumentales.*

V. Determinado el requisito de lesividad en la conducta a penalizar, corresponde ahora plasmar las implicaciones que el mismo produce sobre las consideraciones legales del autor de la conducta dañosa –principio de culpabilidad–.

1. Así, en su sentido más amplio, el término *culpabilidad* se contrapone al de inocencia, sin embargo, bajo la expresión *principio de culpabilidad* se incluyen diferentes límites al *ius puniendi*, que tienen en común exigir, como presupuesto para la determinación legislativa del delito y la consecuente aplicación judicial de la pena, que pueda recaer en quien cometa el hecho que motiva tal aplicación.

En esa línea, el art. 12 Cn. establece que toda persona a quien se impute un delito, se presumirá inocente mientras no se pruebe su *culpabilidad*; para ello es preciso, en primer lugar, que no se conciba como responsable a un sujeto por *hechos ajenos* –principio de personalidad de las penas–; en segundo lugar, no pueden calificarse y por tanto castigarse como delito las *formas de ser, personalidades o apariencias*, puesto que la configuración de su responsabilidad es de difícil determinación, distinto a los hechos o conductas plenamente verificables –principio de responsabilidad por el hecho–, y la consecuente proscripción de un derecho penal de autor; además es preciso que el hecho constitutivo de delito sea *doloso*, es decir, que haya sido querido por su autor, o cuando se haya debido a su *imprudencia* –exigencia de dolo o culpa–; así también, para que una persona pueda ser considerada como culpable de un hecho doloso o culposo, éste ha de ser atribuible a su autor, como producto de una *motivación* racional normal –*principio de imputación personal* o culpabilidad en sentido estricto–, ello sucede cuando el sujeto del delito es *imputable*.

A. En relación con el segundo de ellos –*principio de responsabilidad por el hecho*–, es viable afirmar que éste se opone a la posibilidad de penalizar la *apariencia* o modo de ser de las personas; enlaza este principio con el de lesividad pues, en la creación de tipos penales, el mandato de protección de bienes jurídicos proclama la punición de una conducta dañosa de dichos bienes jurídicos fundamentales e instrumentales, o cuando menos que los ponga en un peligro lo suficientemente potencial de producir daño; en ese sentido *la Constitución, al consagrar la presunción de inocencia en el art. 12 y la protección de bienes jurídicos en su art. 2, proscribe el derecho penal de autor*.

Al presuponer determinadas valoraciones legislativas, las normas y principios jurídico-penales implican una función preventiva limitada por los valores a cuya protección sirven; en consecuencia, *la peligrosidad y apariencia predelictual no son conductas que se puedan prohibir ni castigar*, es decir los imperativos contenidos en normas punitivas no pueden referirse al modo de ser de las personas, sino a los resultados de sus hechos lesivos de bienes jurídicos tutelados. Pues la finalidad necesaria y racional a realizar por el Derecho Penal, es posibilitar la vida en comunidad a través de la protección de bienes jurídicos, mediante la actuación encaminada a prevenir el delito de aquellas personas que no son potenciales delincuentes, sino de aquellos que ya han cometido un ilícito.

Y es que, la exigencia de lesión o puesta en peligro de los bienes jurídicos requiere que lo que se incremine sean hechos y no meros pensamientos, actitudes o modos de vida, comportando la exigencia de un *derecho penal de hecho*, al que se opone la idea autoritaria de un Derecho Penal de autor, que se plasma, generalmente, en leyes de peligrosidad social.

B. La idea del principio de culpabilidad nace principalmente en el principio de responsabilidad de las penas, y en el principio de exigencia de dolo o culpa; el primero de ellos limita la responsabilidad penal a los autores del hecho delictivo y a los que participen

en él como inductores, coautores o cómplices. En ese orden de ideas, habida cuenta la asimilación legislativa, el principio de culpabilidad reclama el rechazo de la responsabilidad objetiva y la exigencia que el delito se cometa dolosamente o, al menos, por imprudencia, es decir, a propósito o por una inexcusable falta de cuidado, lo que excluye la responsabilidad por resultados vinculados causalmente a la conducta del sujeto, que no eran previsibles ni evitables.

Pero además, el principio de culpabilidad, como principio básico del Derecho Penal, también implica una contraposición al Derecho Penal de autor, pues deslegitima la punición de conductas sin el elemento subjetivo del delito; es decir, a partir de dicho principio ningún hecho o comportamiento humano es valorado como acción si no es fruto de una decisión, por tanto, no puede ser castigado, y ni siquiera prohibido, si no es intencional, esto es, realizado con la conciencia y voluntad necesarias en una persona capaz de comprender y de querer producir un resultado dañoso.

Por el contrario, el primer aspecto que resalta en un Derecho Penal antigarantista, es la concepción no formalista, sino ontológica o sustancialista, de la desviación penalmente relevante; según esta concepción, el objeto de conocimiento y tratamiento penal no es solamente el delito, en cuanto formalmente previsto en la ley, sino la desviación criminal en cuanto *inmoral o antisocial* y, más allá de ella, la persona del delincuente, de cuya maldad o antisocialidad se sospecha; en ese sentido, el delito es visto como una manifestación contingente –no suficiente para justificar el castigo–, confiriéndole relevancia penal sólo en cuanto síntoma alarmante de la peligrosidad de su autor.

En el plano de las técnicas jurídicas, estas representaciones se reflejan en una desvalorización del papel de la ley como criterio exclusivo y exhaustivo de definición de los hechos punibles, mediante la previsión de figuras de delito elásticas e indeterminadas, idóneas para connotar en términos vagos o valorativos modelos globales de desviación, en vez de denotar unívocamente supuestos típicos criminosos empíricamente determinables; identificando al sujeto como delincuente desde un punto de vista ético o naturalista, aun antes de realizar una conducta dañosa.

Mientras que en el plano de las medidas de control –penas–, todas estas serían irrogadas, ya no como consecuencia de hechos lesivos de bienes jurídicos judicialmente probados, sino de supuestos variadamente subjetivos como la mera sospecha de haber cometido un delito, apariencia no aceptada socialmente, peligrosidad social del sujeto legalmente presunta conforme a condiciones personales o de *status* social.

Los delitos en los cuales no se exige la intencionalidad del sujeto, pertenecen a un sistema sin culpabilidad, que se refleja en un ordenamiento penal primitivo informado por la responsabilidad objetiva, ligada, no al conocimiento y voluntad de la acción o del hecho delictivo, sino a un criterio de resultado. Este sistema, en puridad, es un ordenamiento que privilegia estructuralmente la función penal de la defensa social y que, por ello, descuida el elemento subjetivista de la culpabilidad, reputándolo irrelevante en el plano teórico. Mediante estas figuras delictivas de responsabilidad objetiva, presunta o sin culpa, resultan debilitados también la carga de la verificación empírica de los nexos de causalidad y de imputación que enlazan imputado y delito, junto con el resto de garantías procesales en

materia de prueba y defensa. Todo lo anterior no se contrapone, en modo alguno, a la aplicación de medidas y soluciones ante la concreción de hechos o acciones preparatorias tendentes o dirigidas a la comisión de delitos, o que en caso de ejecutarse, procuren evitar la identificación de los ejecutores, al alterar su apariencia personal artificialmente para crear confusión.

C. Aplicando las anteriores consideraciones al presente caso, se observa que la regulación punitiva realizada por los arts. 1 inc. 2°, 6 inc. 1°, 8 y 29 inc. 2° LAM, se refiere a supuestos de peligrosidad criminal propiamente dicha; es decir, no a la realización de hechos delictivos, sino *peligrosidad predelictual* e incluso basada en circunstancias personales o sociales de las personas integrantes de pandillas. Es decir, se denota claramente, la inclusión de un Derecho Penal de autor, al establecer la punición sólo por la apariencia o pertenencia a una pandilla, todo lo cual deviene indefectiblemente en una situación de inconstitucionalidad que debe ser declarada en este fallo.

Sin embargo, es preciso señalar que la declaratoria de inconstitucionalidad del art. 1 inc. 2°, deriva del criterio criminógeno de *marcarse el cuerpo con cicatrices o tatuajes*, pues este tipo de actividades no pueden considerarse penalmente relevantes, mientras que dicha disposición constituye una norma, complementaria del resto de delitos y faltas, que toma como parámetro de criminalidad la apariencia de las personas. Asimismo, en relación con el art. 8 LAM, la declaratoria de inconstitucionalidad debe ceñirse al inc. 2°, pues establece como agravante de la penalidad un criterio basado en la apariencia y características estrictamente personales del imputado, tal como, la exposición de tatuajes, criterio que no tiene validez ni en el Derecho Penal ni en la Constitución a partir de su art. 12.

Por tanto, esta Sala debe declarar que *en los arts. 1 inc. 2° parte final, 6 inc. 1°, 8 inc. 2° y 29 inc. 2° LAM, existe la inconstitucionalidad alegada en la demanda presentada por la Procuradora para la Defensa de los Derechos Humanos, por haberse establecido la violación al principio de culpabilidad consagrado en el art. 12 Cn.* Ello sin perjuicio de que, como se ha señalado en el apartado 3 B del Considerando IV, cuando lo que se penalice sea la pertenencia o colaboración con una organización dedicada a la planificación y realización de delitos, no existirá violación al principio constitucional de culpabilidad.

Además, advierte esta Sala que la Procuradora agrega en el motivo de impugnación relacionado en este apartado, la inconstitucionalidad de los arts. 9, 10, 11, 16, 21 y 27 LAM. Sin embargo, a partir de las consideraciones expuestas, y en relación con los arts. 9, 10, 11, 21, y 27 LAM, no se observa violación al principio de culpabilidad, pues las conductas penalizadas –amedrentar, realizar escándalo, consumo público de drogas, entre otras– denotan una acción concreta que, a partir de su descripción, pueden resultar verificables y por tanto atribuibles a un sujeto determinado, no en razón de su apariencia o por su supuesta inmoralidad, sino que por actos exteriores de incidencia en el mundo objetivo.

Por tanto debe declararse que *en los arts. 9, 10, 11, 21 y 27 LAM, no existe la inconstitucionalidad alegada por la Procuradora para la Defensa de los Derechos Humanos, por la supuesta violación al principio de culpabilidad, art. 12 Cn.*

Ahora bien, sobre el art. 16 LAM, es preciso señalar que la modalidad de violación al art. 12 Cn. se verifica de manera distinta, pues la disposición impugnada establece la penalización de la portación *injustificada* de armas y no una penalización de apariencias; sin embargo, es preciso acotar que la consagración constitucional de la presunción de inocencia y el principio de culpabilidad implican a la vez, la traslación de la carga de la prueba de la *culpabilidad* de un imputado hacia el acusador, es decir, no corresponde a la persona a quien se le imputa la comisión de un delito demostrar o probar las justificaciones de su conducta; sino que, por el contrario, éste se considera inocente y, por tanto, corresponde al acusador establecer los elementos con los cuales se verifica la imputación. Por tanto, al exigir que el imputado requiere una justificación para ser exonerado de un ilícito, resulta violatorio del art. 12 Cn. Ello sin perjuicio de los controles sobre la portación de armas, que sean necesario realizar, los cuales no pueden considerarse lesivos al art. 12 Cn. siempre que operen en el ámbito de una normativa estatutaria o reglamentaria, según el caso, y no del Derecho Penal.

En consecuencia, esta Sala debe declarar que en el art. 16 existe la *inconstitucionalidad alegada por la Procuradora para la Defensa de los Derechos Humanos, por haberse determinado la violación al principio de culpabilidad consagrado en el art. 12 Cn.*

2. En otro orden, y como otra manifestación del principio de culpabilidad, el *subprincipio de imputación personal* impide penalizar al autor de un hecho antijurídico que no alcance determinadas condiciones psíquicas, que le permitan un acceso normal a la prohibición infringida. Es lo que sucede en el caso de los *inimputables*, ya sea por ser menores de edad, ya por causa de enfermedad mental, defecto de inteligencia o percepción, o trastorno mental transitorio.

Este principio se apoya en la necesidad que el hecho punible "pertenezca" a su autor no sólo subjetiva y materialmente, sino que también como producto de una racionalidad normal que permita verlo como obra de un ser *con suficientemente discernimiento*.

Tal situación se justifica además en el principio de igualdad, pues la exigencia de imputación personal como presupuesto de la punición de las conductas delictivas, obliga a diferenciar a las personas según su capacidad de discernimiento delictivo, es decir, *sería contrario a la igualdad pretender que se impongan penas a personas que no gozan de la misma capacidad de motivación normal, siendo que las mismas están previstas para quienes pueden ser motivados por la ley penal*; pues, frente al sujeto que dispone de una racionalidad que le hace normalmente accesible a la norma penal, es preferible el mecanismo de la motivación normativa y de la pena como respuesta a una infracción normalmente atribuible a su autor.

En esa línea, el art. 35 inc. 2º Cn. prevé el tratamiento diferenciado de los menores en conflicto con la ley penal, en relación con el régimen aplicable a las personas mayores de edad. De tal mandato emanan para el Estado una serie de obligaciones jurídicas, específicamente sobre el establecimiento de normas de procedimientos, autoridades e instituciones específicas para el juzgamiento y resocialización de los menores en conflicto con la ley penal.

Asimismo, en términos normativos, tal exigencia implica adoptar una regulación acorde con la dignidad humana de los menores, que fortalezca el respeto de sus derechos fundamentales, en el que además se tenga en cuenta *la distinta capacidad de comprender lo ilícito de su conducta*, razón suficiente para ser tratados de manera distinta a los adultos.

Ese tratamiento distinto, no significa únicamente una simple separación formal del régimen normativo general –Código Penal y Código Procesal Penal–, sino que implica una regulación especial de la materia, es decir, la especialidad del tratamiento legislativo de los menores respecto de la legislación penal común se plantea, incluso, desde los aspectos sustanciales. Así, la doctrina de protección hacia los menores que se deduce del art. 35 inc. 2º Cn., parte del supuesto del menor como sujeto de derechos –nunca un objeto del derecho–; en consecuencia, *los criterios ideológicos que deben inspirar el régimen penal de los menores, debe contener todas las garantías sustantivas y procesales establecidas en el programa penal de la Constitución, acoplándose a las características especiales que lo diferencien sustancialmente del proceso penal ordinario.*

3. Problema fundamental al tema es la definición jurídica de menor de edad, pues efectivamente en la Constitución no se establece, por una parte, hasta qué edad se considera a una persona como menor, y por otra, no se menciona una edad mínima antes de la cual se infiera que los menores no tienen capacidad para infringir las leyes penales, y por ende no se les exige responsabilidad sobre sus actos. De lo anterior, se deduce la obligación al legislador de cubrir esos espacios normativos con base en los principios de razonabilidad, proporcionalidad y exigibilidad.

En esa línea, la Convención Sobre los Derechos de Niño –CSDN–, ratificada por D. L. n° 487, de 27-IV-1990, publicado en el D. O. n° 307, de 9-V-1990, prescribe en el art. 1 que se considerará niño toda persona menor de dieciocho años de edad. *Al integrar dicha disposición con los arts. 12, 35 inc. 2º y 144 inc. 2º Cn., se tiene que el Estado está obligado a regular una normativa penal distinta para los menores de dieciocho años de edad, tanto en su penalidad como en su procesamiento. Asimismo, se deduce la obligación al legislador penal de establecer una edad mínima a partir de la cual pueda intervenir penalmente, excluyendo a los menores que no sobrepasen dicho límite –arts. 12 y 35 inc. 2º Cn. y 40 CSDN–.*

La invocación de normativa internacional de derechos humanos en integración con las disposiciones constitucionales mencionadas –específicamente el art. 144 inc. 2º–, hace necesario que esta Sala retome la jurisprudencia emitida en cuanto al *parámetro de control* en el proceso de inconstitucionalidad. Así en sentencia de 26-IX-2000, pronunciada en el proceso de Inc. 24-97, se ha establecido que el objeto del proceso de inconstitucionalidad radica en la *confrontación internormativa* que el peticionario plantea en su demanda y justifica con sus argumentos. Los extremos de tal cotejo o confrontación son: (i) la *normativa constitucional* que se propone como canon o parámetro; y (ii) la disposición o cuerpo normativo que se pretende invalidar.

Asimismo, se afirmó que, "si bien los instrumentos internacionales que consagran los derechos humanos –igual que otras disposiciones jurídicas que tienen una estrecha vinculación material con el contenido de la Constitución– pueden estimarse como un

desarrollo de los alcances de los preceptos constitucionales, *ello no les convierte en parte integrante de la Ley Suprema*, con base en las siguientes razones: (i) la Constitución se ha atribuido a sí misma solamente, en el art. 246 inc. 2º, el rango de supremacía sobre el resto del ordenamiento jurídico, subordinando así, bajo su fuerza normativa, a tratados –arts. 145 y 149 Cn.–, leyes, reglamentos y demás disposiciones jurídicas; (ii) según el Considerando I de la Ley de Procedimientos Constitucionales, los tres procesos regulados en ella tienen como finalidad común garantizar ‘la pureza de la constitucionalidad’ –vale decir, la adecuación o conformidad a la Constitución–, de las disposiciones y actos concretos que se controlan por la jurisdicción constitucional”.

Y es que, si bien existe una vinculación *material* entre la llamada “parte dogmática” de la Constitución y los *tratados internacionales sobre derechos humanos*, ello no equivale a una integración normativa entre ambos en una sola categoría constitucional. Y es que –se dijo–, los instrumentos internacionales no tienen rango constitucional, no forman un bloque de constitucionalidad con la Ley Suprema, razón por la cual, en la referida sentencia, se afirmó que la configuración de una pretensión planteada en un proceso constitucional debe *fundamentarse jurídicamente en la Constitución* –en sus disposiciones expresas o en los valores y principios que se encuentran a su base–, pero ello no es óbice para que se puedan invocar los tratados como fundamento *complementario* de la pretensión.

Asimismo, en Sentencia de 14-II-1997, pronunciada en el proceso de Inc. 15-96, se afirmó que si tratado y ley gozan del mismo rango jerárquico –art. 144 inc. 1º Cn.–, la solución a un conflicto entre tales clases de normas no puede ser jurisdiccionalmente resuelto en abstracto, sino únicamente en un caso concreto sobre el que conozca cualquier tribunal, incluida esta Sala. Aún más, si no obstante se entendiera que la normativa internacional está posicionada en un rango jerárquico superior a la ley, el enfrentamiento entre tales normas no significaría *per se* una inconstitucionalidad. Dicho de otra manera, *la no concordancia entre normas de distinto rango jerárquico no implica por sí una violación a la Constitución*.

Sin embargo, tal criterio jurisprudencial no debe entenderse de una manera tan unívoca; pues, *si bien los tratados internacionales no constituyen parámetro de control en el proceso de inconstitucionalidad, la disposición constitucional que consagra su valor jurídico y posición en el sistema de fuentes* –art. 144 inc. 2º Cn.– *no puede ser desatendida por el tribunal encargado de la defensa de la Constitución*.

Es decir, la proposición de tratados internacionales sobre derechos humanos en la pretensión de inconstitucionalidad, bien puede efectuarse a título de violación a la Constitución, y no al tratado considerado aisladamente; en ese sentido, *investidos por la Ley Suprema de mayor fuerza pasiva con respecto a la ley secundaria, los tratados no pueden ser modificados o derogados por leyes secundaria*. La trasgresión constitucional se entiende por acción refleja, cometida en relación con el art. 144 inc. 2º Cn., ante la contradicción entre la ley secundaria y un tratado internacional de derechos humanos.

La pretensión de inconstitucionalidad, en estos casos, se ve condicionada al establecimiento de la violación a un tratado que desarrolle derechos humanos, pues es preciso tomar en cuenta que la misma Constitución confiere a los tratados internacionales

de derechos humanos mayor fuerza pasiva con respecto a la ley secundaria, estableciendo que *no pueden ser modificados o derogados por leyes secundarias* –arts. 1 y 144 inc. 2º–

Así, el ordenamiento jurídico, como conjunto sistemático de disposiciones e instituciones jurídicas que se interrelacionan entre sí, incluye ciertos principios que lo dotan de estructura; pues, si se trata de un ordenamiento sistematizado, debe solventar las contradicciones y colmar las lagunas que pudieran concurrir dentro de sí; por tal razón, y con la finalidad de *ordenar* la posición de las distintas fuentes que conforman el sistema de fuentes *la Constitución establece los mecanismos pertinentes que coadyuven a eliminar la existencia de antinomias*, es decir, situaciones de incompatibilidad o colisiones normativas, determinando el derecho aplicable.

Es la Constitución, por tanto, la que sirve de medida para la determinación de la validez y eficacia del Derecho producido en los distintos ámbitos en que se ejercitan las potestades normativas; y es que, la misma es el origen primario del derecho vigente en el ordenamiento y define las líneas básicas sobre la producción jurídica; por lo que las diversas categorías normativas deben someterse formal y materialmente a sus preceptos.

En ese sentido, el art. 144 inc. 2º Cn. establece el régimen de respeto a un orden y sistema jurídico, donde la jerarquía de las normas y el establecimiento de un marco constitucional con su carácter fundamental y de regularidad jurídica suponen, por un lado, la *aplicación preferente* de los tratados internacionales con respecto al derecho interno infraconstitucional –ordenación de fuentes en sede aplicativa– al prescribir que en caso de conflicto entre una ley y un tratado internacional, prevalecerá este último; y, por otra parte, la resistencia del derecho internacional de derechos humanos a verse modificado por la legislación secundaria –fuerza pasiva–, la cual opera en sede legislativa.

Ésta implica un mandato dirigido al legislador que le inhibe de emitir normativa contraria al sentido, criterios y principios contenidos en la normativa internacional que desarrolle derechos fundamentales; incurriendo, en caso contrario, en inconstitucionalidad por no respetar el criterio de ordenación de fuentes prescritos por el art. 144 inc. 2º Cn.

Ahora bien, como se ha apuntado, la violación puede alegarse evidenciando una contradicción normativa al *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, y no a toda la gama de instrumentos jurídicos internacionales ajenos al sustrato ideológico que ampliamente comparten los primeros con la Constitución. Ésta –en integración con los instrumentos internacionales que consagran y desarrollan derechos humanos– dirigen sus ámbitos de vigencia efectiva hacia un mismo sustrato axiológico: la dignidad humana y el catálogo de los derechos fundamentales que desarrollan los valores inherentes a su personalidad: dignidad, libertad e igualdad.

En definitiva, el art. 144 inc. 2º Cn., conectado con la concepción personalista del Estado –art. 1 y Preámbulo–, de la cual se deriva la regla hermenéutica en favor de la dignidad: restringir lo limitativo y expandir lo favorable a ella, no sólo determina la fuerza vinculante y jerarquía normativa de los tratados internacionales de derechos humanos, sino que, además, permite proponer una *apertura normativa* hacia ellos.

Tal consideración, por tanto, solamente es aplicable a instrumentos internacionales que contengan principios normativos de análoga o mayor cobertura a la establecida en la llamada *parte dogmática* de la Constitución, y que hagan posible el establecimiento de fructíferas directrices para una más expansiva y más humana interpretación de las normas reguladoras de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución. Es decir, el art. 144 inc. 2° Cn., cobra virtualidad cuando una disposición infraconstitucional se encuentre en oposición normativa con el DIDH.

Y es que, los derechos fundamentales no sólo constituyen esferas de autonomía subjetiva inherentes a la calidad de persona, sino que, en cuanto concreciones de la dignidad humana y garantía de un status jurídico o libertad de un ámbito de existencia, son, al propio tiempo, elementos esenciales de un ordenamiento jurídico objetivo –marco de la convivencia humana–; por tanto, la consolidación constitucional de los derechos fundamentales de la persona, también incide en la estructuración del ordenamiento jurídico, con una clara intención expansiva e integradora para vigorizar la protección efectiva de la dignidad humana.

Por tanto, debe reconsiderarse el status interno del DIDH, a partir del prisma *dignidad humana*, pues con ello se preconiza una apertura a la protección efectiva de ésta. De este modo, la integración normativa entre el Derecho Constitucional y el DIDH –por la vía del art. 144 inc. 2° Cn.– es jurídicamente viabilizada por la coincidencia de sus objetivos.

Es decir, corresponde al derecho interno, incluido el constitucional, asegurar la implementación de las normas más favorables a la dignidad de la persona humana, lo que realza la importancia de su rol: la protección de los derechos de la persona. Por tanto, si los tratados sobre derechos humanos implican la interacción entre sus disposiciones y las del derecho interno, la Constitución atiende a la necesidad de prevenir y evitar los conflictos normativos que vuelvan nugatoria la efectividad de las primeras. Con ello se contribuye a la reevaluación de la amplia interacción entre el DIDH y el derecho interno, con miras a la protección de los derechos vinculados a la dignidad humana. En definitiva, la identidad común entre el DIDH y el Derecho Constitucional, es el trazo que más distingue al primero, en relación con el resto de la normativa internacional.

En conclusión, la confluencia entre la Constitución y el DIDH, en la protección de los derechos humanos, confirma que la relación entre ambos definitivamente *no es de jerarquía*, sino de *compatibilidad*, y por tanto, el derecho interno, y eso vale para el Derecho Constitucional y la jurisdicción constitucional, debe abrir los espacios normativos a la regulación internacional sobre derechos humanos.

4. Entrando al análisis del caso concreto, se observa que el art. 35 inc. 2° Cn., instaura un supuesto especial de igualdad por diferenciación, es decir, el constituyente, en razón de la diferencia natural que advierte en un sector de la población, determina que éste debe ser tratado, legal y procesalmente, de distinta manera.

Así, al establecer que la conducta de los menores que comentan delitos o faltas, estará sujeta a un régimen jurídico especial, vuelve evidente el propósito de diferenciar a

éstos en relación con el régimen aplicable a los adultos; tal diferenciación se fundamenta en la nota calificativa del concepto *minoría de edad*, el que a pesar de ser una noción esencialmente jurídica, posee un fundamento fáctico, consistente en la circunstancia que concurre en la persona durante las primeras etapas evolutivas de su desarrollo, diferenciándola de aquella otra en la que se logra la plenitud psíquica: la mayoría de edad.

El concepto mismo de minoría de edad supone ya una diferenciación, pues se es menor en comparación con la persona que ya es mayor de edad; y, en consecuencia, aquél supone una adjetivación comparativa que, al ser aprehendida por el Derecho, determina una esfera jurídica regida por normas especiales.

Por ello, la distinción entre minoría y mayoría de edad viene a constituir una específica manifestación de la igualdad jurídica, entendida ésta como igualdad valorativa, ya que resulta relativizada de dos maneras: se trata, en primer lugar, de una desigualdad relacionada con igualdades fácticas parciales y, al mismo tiempo, de una desigualdad relacionada con determinados tratamientos o consecuencias jurídicas. Y es que, en realidad, la personalidad es siempre la misma, y si bien en la minoría de edad aquélla se presenta, con frecuencia, complementada con otra voluntad, ello no supone la desaparición de la personalidad, sino entraña su mantenimiento y reafirmación, sobre todo por el papel activo que le corresponde al Estado en la referente al desarrollo integral del menor, de conformidad al inc. 1° del art. 35 Cn.

Atendiendo a la consagración constitucional de la exigencia de un régimen jurídico especial al que se somete la conducta antisocial de los menores, es necesario abordar la principal manifestación que dicho régimen debe adoptar. Con frecuencia, se suele entender que no deben existir diferencias sustanciales entre el sistema especial para menores con respecto al sistema penal para adultos, aludiendo que el rango distintivo que diferencia uno de otro, simplemente consiste en una legislación punitiva formalmente separada del régimen penal de adultos, es decir, la regulación en un cuerpo normativo distinto de la legislación penal común, pero sin tratamiento sustantivo y procesal que los diferencie.

Sin embargo, dado que la minoría de edad comprende un período de la existencia del ser humano que no es exacto y absoluto, sino que varía según la clase de relaciones que puedan entrar en juego y está en función directa del ordenamiento positivo que las regula, es evidente que *el constituyente ha establecido que la conducta antisocial de los menores esté sometida a un régimen especial, lo que no puede significar otra cosa que constitucionalmente está prohibido prescribir el mismo régimen sancionatorio para menores que para mayores de edad.*

Lo esencial en el marco regulatorio distinto al régimen penal de adultos es el *establecimiento de mayores garantías para el menor frente al poder punitivo del Estado, en relación con las garantías reconocidas para los primeros*. Lo que se traduce en que, en ningún caso, el menor quedará en desventaja frente al proceso penal de adultos, es decir, el menor tiene los mismos derechos que un adulto procesado penalmente, pero sobre esa base, las normas especiales sólo pueden ser entendidas como tales en la medida que sean más favorables y que, por tanto, provean concretamente mayores garantías al menor. Lo importante es advertir que, más allá de una regulación formal de determinados aspectos,

resulta que lo regulado en la ley especial deba constituir algo más favorable –un monto menor en la penalidad de los delitos y faltas, plazos procesales más cortos, instituciones especializadas en su reinserción social, etc.–

De la lectura del art. 2 inc. 3° LAM, aparece que el legislador secundario pretende sujetar a los menores de edad a las mismas disposiciones penales y procesales establecidas para los mayores de edad, quedando a la valoración judicial la implementación de dicha posibilidad. Al respecto, es de hacer notar que el art. 35 inc. 2° Cn. no establece ningún tipo de excepción al tratamiento diferenciado, mientras que la CSDN excluye esa posibilidad tajantemente en su art. 40; en ese sentido, al establecer que los menores de edad sean procesados en iguales circunstancias –procesales– que los adultos, se verifica la violación tanto al art. 35 inc. 2° Cn. como al art. 40 CSDN, que de manera refleja ignora el art. 144 inc. 2° Cn., el cual determina el valor y posición de los tratados que confluyen en los objetivos constitucionales o amplían el ámbito de protección y garantía conferido por la Ley Suprema –como es el caso de los tratados que pertenecen al DIDH–.

Por tanto, debe declararse que *en el art. 2 inc. 3° LAM, existe la inconstitucionalidad alegada por los ciudadanos Claudia Marlene Reyes Linares, José Heriberto Henríquez y por la Procuradora para la Defensa de los Derechos Humanos, por violar los arts. 35 inc. 2° de la Constitución y, al estar en contradicción con el art. 40 de la Convención Sobre los Derechos del Niño, contraviene el art. 144 inc. 2° Cn.*

5. Además, al establecer la creación de un régimen especial para menores, entendido como el conjunto de normas jurídicas aplicables al menor en conflicto con la ley penal, la Constitución supone la determinación del sujeto del Derecho Penal de menores y la definición de una edad límite, debajo de la cual no debe aplicarse nunca el *ius puniendi* – arts. 12 y 35 inc. 2° Cn.–

Asimismo, el art. 40. 3 letra a) de la CSDN, establece que los Estados Parte deben establecer una edad mínima antes de la cual se considera que los menores no tienen capacidad para infringir las leyes penales, prescripción imperativa de la cual se infiere la limitación al ejercicio del poder punitivo del Estado sobre los menores de edad, en el sentido de excluir, a partir de cierta edad mínima, una parte de ellos del alcance del *ius puniendi*.

Es necesario manifestar que el legislador, al establecer un mínimo de edad en los menores, debe tomar en cuenta que una persona es responsable penalmente de su actuar en la medida que se le pueda exigir conciencia sobre su comportamiento; pues los menores, por su condición de seres humanos en desarrollo psíquico y físico, se encuentran en una situación jurídico-social diferente respecto de los mayores.

Sin embargo, es preciso destacar que esta Sala no está autorizada a precisar la edad mínima penal, ya que ello es parte de la libertad del legislador secundario en la configuración del ordenamiento jurídico. Y es que, ello ya se ha hecho en el art. 345 del Código de Familia y el art. 2 de la Ley del Menor Infractor, en concordancia con la CSDN. El primero de tales dice: "Definición de menor de edad. Son menores de edad toda persona natural que no hubiere cumplido dieciocho años. En caso de duda, se presumirá la

minoridad mientras no se pruebe lo contrario". El segundo define: "Personas sujetas a esta ley. Esta ley se aplicará a las personas mayores de doce años de edad y menores de dieciocho. --- Los menores cuyas edades se encontraren comprendidas entre los dieciséis y los dieciocho años de edad, a quienes se les atribuyere o comprobare responsabilidad, como autores o partícipes de una infracción penal, se les aplicarán las medidas establecidas en la presente ley. --- La conducta antisocial de los menores cuyas edades se encontraren comprendidas entre los doce y dieciséis años de edad que constituya delito o falta se establecerá mediante el procedimiento regulado en esta ley. Comprobados los hechos constitutivos de la conducta antisocial, el Juez de Menores resolverá aplicarle al menor cualesquiera de las medidas establecidas en la Ley del Instituto Salvadoreño de Protección al Menor o de las medidas contempladas en esta Ley siempre que sean en beneficio para el menor. --- Los menores que no hubieren cumplido doce años de edad y presenten una conducta antisocial no estarán sujetos a este régimen jurídico especial, ni al común; están exentos de responsabilidad y, en su caso, deberá darse aviso inmediatamente al Instituto Salvadoreño de Protección al Menor para su protección integral".

El art. 2 inc. 5° LAM, pretende la penalización de menores de doce años, sin establecer un rango legal mínimo, incurriendo en una violación a los arts. 12 y 35 Cn. y al art. 40.3 letra a) de la CSDN, pues no puede omitirse la fijación de cierta edad a partir de la cual los menores sean *inimputables*, ni aun en el caso que se pretenda el juzgamiento con un régimen especial.

Por tanto, debe declararse que en el art. 2 inc. 5° LAM, *existe la inconstitucionalidad alegada* por la Procuradora para la Defensa de los Derechos Humanos, en relación con la violación a los arts. 12 y 35 Cn. y, al contrariar el art. 40.3 letra b) de la CSDN, también al art. 144 inc. 2° Cn.; además ya existe regulación especial, en armonía con lo dispuesto en la CSDN, un mínimo de edad por debajo del cual el Estado no puede regular penalmente sobre los menores de edad, ni aun con otro régimen especial paralelo que contravenga al DIDH aceptado.

VI. Determinados los aspectos subjetivos en la regulación penal –principio de culpabilidad–, es preciso hacer ver la incidencia de los presupuestos apuntados en la configuración prescriptiva de los ilícitos, con la finalidad de contrastar la conformidad constitucional de la utilización de conceptos jurídicos indeterminados en la tipificación de la desviación punible, con el valor seguridad jurídica y su concreta manifestación en el ámbito penal, a través del principio de legalidad, expresado en una ley *entendida tanto en sentido formal como material*.

1. El principio de legalidad tiene un fundamento político-criminal, en el sentido que sólo puede entenderse razonablemente que los ciudadanos se abstengan de realizar determinada conducta si la prohibición es perceptible previamente y con la claridad suficiente; *sólo el carácter previo y taxativo de la norma proporciona certeza a los individuos para orientar sus actos*.

Si bien el principio de legalidad tradicionalmente se ha entendido como una norma dirigida a los jueces, *el principio de legalidad a su vez prescribe al legislador la obligación de garantizar la posible verificación y refutación de los supuestos típicos penales*. En

consecuencia, se viola dicho principio en el caso de figuras delictivas cuyos elementos constitutivos están formulados en términos cuya interpretación no permite una verificación precisa, incentivando diversas opciones interpretativas de carácter subjetivo en el juzgador.

El principio de legalidad penal surge esencialmente como una concreción coetánea al Estado de Derecho; específicamente en el ámbito del derecho estatal sancionador. Tal principio postula el sometimiento al imperio de la ley como presupuesto de la actuación punitiva del Estado sobre los ciudadanos, a partir de las siguientes exigencias: la existencia de una ley (*lex scripta*); que sea anterior al hecho sancionado (*lex previa*), y que describa un supuesto de hecho estrictamente determinado (*lex certa*); lo que significa un rechazo de la analogía como fuente creadora de delitos y penas, e impide, como límite a la actividad judicial, que el juez se convierta en legislador.

Sobre el tema, este Tribunal también ha conformado su jurisprudencia a partir del contenido del art. 15 Cn.; así, en Sentencia de 28-V-1999, pronunciada en el proceso de Amp. 422-97, se estableció que el principio de legalidad asegura a los destinatarios de la ley que sus conductas no pueden ser sancionadas sino en virtud de una ley dictada y promulgada con anterioridad al hecho considerado como infracción. Es decir que este principio no sólo constituye una exigencia de seguridad jurídica que requiere el conocimiento previo de los delitos o infracciones y de las penas o sanciones, sino que también constituye una garantía política para el ciudadano de no ser sometido a penas o sanciones que no hayan sido aceptadas previamente, evitando así los abusos de poder; para lo cual se exige que la ley establezca en forma *precisa* las diversas conductas punibles y las sanciones respectivas.

En ese sentido, el principio de legalidad penal garantiza, por un lado, el estricto sometimiento del juez a la ley penal, vedando todo margen de arbitrio o de discrecionalidad en su aplicación así como una interpretación analógica de la misma; y por otro, la seguridad del ciudadano en cuanto la certeza que la ley penal le permite de programar sus comportamientos sin temor a posibles condenas por actos no tipificados previa y claramente. Centrándose en el art. 15 Cn., en el cual se establece que nadie puede ser juzgado sino conforme a las leyes promulgadas con anterioridad al hecho de que se trate, se denota que, en conexión con la seguridad jurídica, dentro de él se incluyen varios postulados o subprincipios, tales como la exigencia de determinación, certeza o taxatividad de las normas penales y la consecuente prohibición de interpretaciones extensivas y analógicas en contra del imputado.

Es muy importante que en la determinación prescriptiva de conductas punibles, no se utilicen conceptos oscuros e inciertos, que puedan inducir a la arbitrariedad, pues cada individuo debe entender perfectamente a qué atenerse, lo que reclama al legislador que las leyes penales sean precisas y claras. Por tanto, el principio de legalidad incorpora una garantía de orden material que supone la imperiosa necesidad de predeterminación normativa de las conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes, mediante procesos jurídicos que permitan predecir, con suficiente grado de certeza, las conductas que constituyen una infracción y las penas o sanciones aplicables. Por tanto, no pueden considerarse conformes al art. 15 Cn., los tipos formulados en forma tan abierta que su

aplicación dependa de una decisión prácticamente libre y arbitraria de los jueces y tribunales.

En ese sentido, se advierte la doble dirección que tiene el principio de legalidad: por una parte, dirigido al legislador, exigiéndole que formule la ley penal con la máxima precisión –*lex stricta*–, tanto en la prescripción normativa de la conducta tipificada, como en la pena a imponer; y por otra, dirigido al juez, exigiéndole una aplicación estricta de las prescripciones contenidas, sin extender los conceptos o términos utilizados, en desmedro del imputado.

Tales aseveraciones, evidencian la íntima relación entre el principio de legalidad y el valor seguridad jurídica, pues, el primero, es una derivación lógica del segundo. Con el mandato de predeterminación normativa de los tipos y de las penas con que se penaliza su realización, se asegura a los ciudadanos que la interpretación y aplicación de las normas penales por parte de los jueces no va a traspasar, en ningún caso, la barrera infranqueable de la letra de la ley, evitándose así toda tentación de creación jurisprudencial de delitos y penas.

De allí la exigencia dirigida al legislador penal, en el sentido de procurar utilizar un lenguaje claro y comprensible al describir las conductas prohibidas, evitando en lo posible la utilización de conceptos jurídicos indeterminados que pudiesen dar lugar a la aparición de divergencias interpretativas. Sin embargo es preciso hacer las siguientes acotaciones a la anterior afirmación: (i) el Legislador penal no está constitucionalmente obligado a acuñar definiciones específicas para todos y cada uno de los términos que integran la descripción típica, sino sólo cuando se sirva de expresiones que, por su falta de arraigo en la cultura jurídica, carezcan de toda virtualidad signifiante; (ii) la utilización de conceptos jurídicos abiertos que permitan un margen de interpretación objetivamente determinable, no se opone por consiguiente al principio de legalidad penal, cuando de ellos se desprende con la mayor claridad posible cuál es la conducta prohibida o la acción ordenada; (iii) son, por el contrario, incompatibles con la exigencia de *lex certa* aquellos conceptos que, por su amplitud o vaguedad, dejan en la más absoluta indefinición los tipos punibles; en cualquier caso, son contrarios al art. 15 Cn., los tipos formulados en forma tan abierta que su aplicación o inaplicación dependa de la decisión prácticamente libre y arbitraria de los jueces.

La creación de tipos penales mediante el uso de conceptos jurídicos indeterminados, conceptos abiertos o cláusulas generales, no debe realizarse en contradicción con la inevitable exigencia de taxatividad de las descripciones típicas, la cual *obliga que tales conceptos generales sean cuando menos determinables conforme a pautas objetivas, repetibles y técnico-jurídicas*, y no en virtud de valoraciones subjetivas y metajurídicas del juez. De ser así, la utilización de tales conceptos absolutamente indeterminados por parte del legislador como la aplicación por los órganos judiciales de los tipos penales en los que se contengan, serían contrarias al principio de legalidad penal recogido en el art. 15 Cn., y por consiguiente al valor seguridad jurídica consagrado en el art. 1 de la misma.

2. Examinadas con detenimiento las disposiciones impugnadas, se aprecia que los artículos 1 inc. 2º, 4 inc. 8º y 9 LAM, no describen la conducta punible ni sus

consecuencias en la medida necesaria para cumplir el requisito derivado del principio de legalidad penal, ya que hacen uso de conceptos que no pueden calificarse objetivamente, es decir, lejos de ser conceptos jurídicos indeterminados resultan *indeterminables*, pues, para el caso del artículo 1 inc. 2° LAM, *atentar contra el decoro y las buenas costumbres* – elementos criminológicos que condicionan las conductas a sancionar–, devienen en una determinación en abstracto, que no llena el nivel mínimo de concreción necesario para que el tipo penal cumpla su función garantizadora, es decir, establecer los límites al ejercicio del *ius puniendi* y prevenir actos de arbitrariedad y abuso del poder en su ejercicio.

No sobra repetir aquí lo dicho en el párrafo 3 B del Considerando IV de la presente decisión, pues definir "mara" utilizando conceptos indeterminados, y a partir de tal definición penalizar la pertenencia a ella, implica una violación a la exigencia de taxatividad (*lex certa*) derivada del principio de legalidad –además de la violación al principio de lesividad–. Contrario sucede con la señalada construcción legal de los conceptos de crimen organizado y delito de asociaciones delictivas –arts. 22-A y 345 del Código Penal–, en que los conceptos han sido usados con claridad, garantizando de mejor manera la seguridad jurídica y evitando así la arbitrariedad estatal en el ejercicio del *ius puniendi*. Disposiciones que son pertinentes para el juzgamiento de personas, que en cualquier forma asociadas, concurren para ejecutar delitos, independientemente de su eventual denominación y de que hayan cometido o se dispusieren a cometer otros delitos.

Asimismo, el artículo 4 inciso 8° LAM, no define en qué consisten las medidas reeducativas o de readaptación, lo que se traduce en una incertidumbre sobre las consecuencias jurídicas de las infracciones penales descritas en la ley; y es que, tal como se apuntó, la seguridad jurídica y su concreción en el principio de legalidad, obligan al legislador a concretar en la medida de lo posible tanto los supuestos de hecho tipificados como delito o falta, como *sus posibles consecuencias en las esferas de libertad de los individuos*, de manera que facilite la aprehensión de sus conceptos y, consecuentemente, la programación de las conductas de los individuos bajo pautas previsibles.

Igual consideración merece el art. 9 LAM, pues la descripción de la desviación punible hace mención de un concepto impropio del Derecho Penal, que si bien resulta determinable en términos jurídicos –impuesto de peaje–, no se deduce de la normativa impugnada elemento descriptivo alguno de la acción punible, sino elementos normativos que determinan un supuesto de hecho –solicitar impuesto de peaje–. Pues ni en el Derecho Constitucional ni en el Tributario, se conoce la posibilidad de establecer el peaje como impuesto –que constituye una contribución especial–, y en todo caso, la habilitación hacia particulares de hacer efectivo un tributo debe estar precedida de una autorización del Estado, situación que no se ha establecido en el presente caso.

En ese sentido, es notable la ambigüedad de los conceptos que pretenden, por un lado, determinar el objeto de la ley –art. 1 inc. 2° LAM–, y por otro, penalizar conductas a partir de la formulación de tipos que se abran a fomentar la arbitrariedad en la aplicación de la ley penal, tanto en los supuestos de hecho –art. 9 LAM–, como en sus consecuencias sancionatorias –arts. 4 LAM–; por tanto debe declararse que en las disposiciones mencionadas *existe la inconstitucionalidad alegada* por la Procuradora para la Defensa de los Derechos Humanos, en cuanto a la violación al principio de legalidad y a la seguridad

jurídica, consagrados en los arts 15 y 1 Cn., respectivamente, por utilizar terminología técnicamente inadecuada.

Ahora bien, la Procuradora sostuvo que los artículos 7, 24 y 25 LAM, también contienen una violación al valor seguridad jurídica y al principio de legalidad, pues según sus consideraciones merecen el mismo reproche de inconstitucionalidad apuntado en su demanda, en cuanto utilizan conceptos jurídicos indeterminados.

Al respecto, es preciso acotar que las disposiciones impugnadas constituyen una penalización sobre conductas empíricamente determinables, así el art. 7 LAM, prescribe la sanción de peleas en grupos, en lugares abiertos al público, el art. 24 LAM sanciona la venta de elementos de agresión, mientras que el art. 25 prescribe la prohibición de portar, introducir –entre otras verbos– elementos destinados a ejercer violencia; elementos descriptivos de la conducta punible que no constituyen una indeterminación de la misma.

Por tanto, debe declararse que en los arts. 7, 24 y 25 LAM, *no existe la inconstitucionalidad alegada* por la Procuradora para la Defensa de los Derechos Humanos, en relación con la supuesta violación al principio de legalidad penal, pues las conductas prescritas en las disposiciones impugnadas constituyen elementos empíricamente determinables.

Sin embargo, en relación con los arts. 6 inc. 2º y 25 LAM, se revela una modalidad distinta de vulneración a la seguridad jurídica, pues las disposiciones mencionadas generan incertidumbre en cuanto a la aplicación entre ellas, al denotar la penalización de la misma conducta: portación de armas u objetos destinados a la violencia, o idóneos para tal efecto; así, el art. 6 inc. 2º establece la pena de prisión a la portación de cualquier tipo de armas blancas, objeto corto punzante o contundente, entre otros; asimismo, el art. 25 establece como conducta punible la portación de elementos destinados a ejercer violencia o agresión. En ese sentido, se observa que las disposiciones contienen la penalización de la misma conducta, aun y cuando se describan de manera distinta, pues el elemento común en la tipificación: el concepto de arma, constituye el mismo supuesto de hecho que habilita su penalización.

Y es que, las antinomias semánticas –que se producen siempre que a un mismo hecho se le atribuyen distintas calificaciones jurídicas concurrentes y no exista criterio alguno, ni el de especialidad, que permita decidir cuál de ellas es aplicable y, antes todavía, si son aplicables alternativamente o conjuntamente, mediante concurso de leyes o concurso de delitos, respectivamente– constituyen una violación a la seguridad jurídica, no por la indeterminación normativa de la conducta a sancionar, sino por indeterminación de la sanción aplicable.

Por tanto, debe declararse que en los arts. 6 inc. 2º y 25 LAM, *existe la inconstitucionalidad alegada* por la Procuradora para la Defensa de los Derechos Humanos, en cuanto a la violación del valor seguridad jurídica consagrado en el art. 1 Cn.

VII. Luego de precisar algunas consideraciones constitucionales sobre el derecho penal y los límites a su ejercicio, es preciso exponer las nociones que acompañan a las primeras en cuanto a su jurisdiccionalidad.

1. Previo a ello, es necesario plasmar los alegatos de la parte actora, a fin de resaltar los aspectos más relevantes en torno al supuesto del artículo 30 LAM. En ese sentido, la Procuradora para la Defensa de los Derechos Humanos alega la violación a los artículos 86 y 193 ords. 3° y 4° Cn., pues considera que el art. 30 LAM, al atribuir a la Policía Nacional Civil la posibilidad de ejercitar la acción penal, vulnera flagrantemente ambas disposiciones constitucionales.

Así, en relación con el ord. 4° del art. 193 Cn., expuso que la promoción de la acción penal le corresponde a la Fiscalía General de la República dado que la Constitución lo determina de forma expresa. Asimismo, manifestó que tal atribución no es antojadiza, cada institución del Estado debe realizar una función determinada; ello es parte del principio de división de poderes y además una garantía constitucional frente a los órganos del Estado, para que realicen sus atribuciones, facultades y funciones en el marco de la constitucionalidad, conforme al art. 86 Cn.

De aceptarse lo dispuesto en el art. 30 de la Ley Antimaras –dijo–, se permitiría que dentro del sistema jurídico-constitucional salvadoreño se considerasen amplios márgenes de discrecionalidad en el accionar policial, dependiendo su utilización no sólo de parámetros institucionales imposibles de definir *a priori*, sino susceptibles de intereses políticos y profesionales, es decir del "gobierno de los hombres", que ha sido sustituido desde hace muchos años por el "gobierno de las leyes".

Es evidente –siguió–, que la habilitación legal de un espacio constitucionalmente prohibido por el art. 193 ords. 3° y 4° Cn, como sería aquel que permite la titularidad de la acción penal y la dirección de la investigación del delito a la Policía Nacional Civil, favorecería una "lógica" del funcionamiento del aparato policial que se rige según parámetros de racionalidad político burocráticos, con lo cual la evaluación de la actividad policial tiende a medirse no en función del seguimiento de un conjunto de normas y garantías constitucionales, sino en términos de realización de objetivos o funciones.

2. A partir de los alegatos expuestos por la demandante, corresponde ahora exponer las consideraciones jurisprudenciales que ayuden a dilucidar la supuesta inconstitucionalidad de la disposición impugnada. Para ello, es necesario precisar una concepción del proceso penal acorde con el programa penal de la Constitución ya relacionado en los Considerandos anteriores.

Así, con la finalidad de atribuir la comisión de una conducta delictiva a un sujeto, la actividad penal se lleva hasta los tribunales encargados de dirimir el juicio jurídico-penal, a través de un cauce metódico instaurado para tal fin –*el proceso penal*–.

En la misma línea, en Sentencia de 28-II-1995, pronunciada en el proceso HC 15-C-94, se ha sostenido que en el proceso penal existe una situación jurídica indeterminada, en la que los derechos de las partes se encuentran en expectativa respecto de la sentencia

definitiva que oportunamente confirmará o desestimaré la inocencia o culpabilidad del acusado; sin embargo, ello no implica *per se* una afectación a los derechos constitucionales del imputado. Por el contrario, el proceso penal es concebido en las modernas corrientes procesales como un *cúmulo de garantías derivadas de la seguridad jurídica*, que pretenden proteger los derechos de la persona acusada de la comisión de un delito, para asegurar que pueda ser oído en su defensa y oponerse legalmente a la pretensión punitiva que se deduce en su contra.

3. En ese sentido, la primera garantía procesal –luego de definidas la sustantivas- se verifica con el ejercicio de la *acción penal*. Para sustentar jurídicamente tal afirmación, debe partirse de una concepción de acción penal como institución autónoma y propia del derecho procesal y por tanto distinta –pero no desvinculada- del derecho penal sustantivo.

Pues bien, a los efectos señalados, es necesario que se promueva la actuación de los tribunales mediante el ejercicio de la acción penal. Ello corresponde a un órgano constitucional distinto e independiente de aquellos: el Fiscal General de la República, quien, con la colaboración de la Policía Nacional Civil, tiene la función de proceder a la investigación de los delitos, y a través del requerimiento fiscal promover la acción penal ante los jueces y tribunales.

En ese orden de ideas, en el sistema procesal salvadoreño el ejercicio de la acción penal corresponde a un órgano distinto del jurisdiccional; así, de conformidad con el artículo 193 ordinal 4° Cn., compete al Fiscal General de la República promover la acción penal de oficio o a petición de parte. *Ello obedece, principalmente, al criterio técnico con el cual se debe formular el requerimiento fiscal, y la acusación que contiene; por tal razón, este presupuesto de la audiencia inicial es competencia del Fiscal General de la República.*

De esta forma, se garantiza un principio esencial del derecho procesal penal, cual es el recogido en la fórmula latina *nemo iudex, sine actore*, el cual imposibilita la iniciación o prosecución del proceso sin la existencia de una parte acusadora que ejercite la acción penal, a través de un órgano especializado a tal fin. Así, el Fiscal General de la República promueve el funcionamiento de los tribunales para juzgar hechos susceptibles de relevancia penal.

4. Trasladando las anteriores consideraciones al presente caso se tiene:

En una primera conclusión, las atribuciones y competencias que cada institución estatal está llamada a realizar en el plano constitucional, y específicamente en el ejercicio del *ius puniendi*, puede considerarse indisponible para el legislador –art. 131 ord. 21° Cn.–. De tal suerte, que repartidas las funciones en la prosecución de los ilícitos a cada entidad estatal interviniente, el art. 193 ord. 4° resulta un límite al legislador en cuanto al reparto de la facultad de ejercicio de la acción penal.

Asimismo, la competencia fiscal en el ejercicio de la acción penal obedece a la *tecnicidad en la acusación* formulada a través del requerimiento fiscal, pues efectivamente, ello denota una diferencia relevante –por cuanto más garantista– en relación con la finalidad y el marco de atribuciones de la Policía Nacional Civil. Ésta tiene definida su

función principal en la persecución penal; así, el art. 159 inc. 3° Cn., le faculta la *colaboración* en el procedimiento de investigación del delito. Tal colaboración, tomando en cuenta el artículo 193 ord. 3° Cn., no implica la posibilidad de usurpar las atribuciones conferidas al Fiscal General de la República; sino, habida cuenta de la dirección funcional de éste y la tecnicidad requerida en su actuación, la colaboración está supeditada a las indicaciones de la investigación fiscal.

Por tanto y con base en lo expuesto, debe declararse que en el art. 30 LAM si existe la inconstitucionalidad alegada por la Procuradora para la Defensa de los Derechos Humanos, por violación a los arts. 193 ord. 4° y 86 Cn., al atribuir a la Policía Nacional Civil la facultad de ejercicio de la acción penal.

VIII. Corresponde, bajo este apartado, analizar la supuesta inconstitucionalidad de los arts. 4 y 5 LAM, en cuanto a la supuesta violación al principio de prohibición de prisión por deudas.

1. Previo a ello, es oportuno traer a cuento las argumentaciones pertinentes, incorporadas por la Procuradora en su demanda. En ella, la demandante manifestó que el legislador ha tratado de evitar que en el art. 5 de la LAM, se establezca una relación directa con el impago de la multa y la aplicación de la sanción de "arresto", lo que trasgrediría abiertamente el art. 27 inc 2° Cn. Sin embargo, en el caso del art. 5 LAM se establece una *vía indirecta* que violenta la prohibición de prisión por deudas consagrada en el art. 27 inc 2° Cn.

En efecto, las multas que establece el art. 5 LAM, pueden ser convertidas en trabajo de utilidad pública y el trabajo de utilidad pública puede, como lo manifiesta el inciso 3° del art. 5 LAM, convertirse en prisión –arresto, según la ley-. Ello, genera una violación por *vía indirecta* del art. 27 inc 2° Cn.

2. Al respecto, es conveniente aludir a la Sentencia de 22-IV-2003, pronunciada en el proceso HC 256-2002, en la cual se estableció que la prisión por deudas no sólo adquire un reproche en el marco constitucional salvadoreño sino también a nivel jurídico internacional. Además, se dijo que el contenido de dicha prohibición no se encuentra uniformemente establecido, puesto que, por un lado se hace referencia a deuda, obligación contractual, obligaciones de carácter netamente civil, y por otro se hace alusión a los términos de prisión, encarcelamiento y detención.

Por tal motivo –falta de uniformidad de contenido–, es procedente establecer qué debe entenderse por prisión por deudas, según lo dispuesto en el art. 27 inc. 2° Cn., siendo pertinente acotar los vocablos *deuda* y *prisión* contenidos en la norma constitucional citada, sobre la connotación que implica ahora para nuestro sistema jurídico.

En relación con el término *prisión* dispuesto en la norma constitucional mencionada, éste no puede entenderse únicamente referido a sentencias condenatorias privativas de libertad, permitiendo presumir que la prohibición de prisión por deudas debe analizarse y reprocharse hasta que la persona sea objeto de una condena firme. Sino que en este artículo, de manera genérica, *prisión hace alusión a cualquier restricción del derecho*

de libertad física de la persona. Ello debido a que el examen y determinación de violaciones al derecho fundamental de libertad física, en contraposición a ésta prohibición, no puede depender de la existencia o no de una sentencia condenatoria firme. Pues, ello significaría aplicar una interpretación literal generadora de indefensión de las personas que, aún no encontrándose en prisión, han sido restringidas en su libertad en contraposición a la disposición constitucional en estudio. Por tanto, desde el momento en el cual la persona es privada de su derecho de libertad física en detrimento del art. 27 inc. 1º Cn., efectivamente se origina vulneración a su derecho de libertad.

Respecto al término *deuda*, se tiene que los términos utilizados para dar contenido a ésta figura, referidos a deuda, obligación contractual, obligaciones de carácter netamente civil, conllevan el legado de la época histórica en la cual la palabra civil no tenía significado restringido a lo exclusivamente civil patrimonial que ahora se le atribuye; por tal motivo puede establecerse que actualmente el contenido del art. 27 inc. 2º Cn. debe entenderse como *aquel impedimento constitucional que una persona pueda ser privada de su derecho fundamental de libertad física por incumplimiento de obligaciones de dar, hacer o no hacer que no trasciendan al ámbito penal, es decir que el ilícito no provenga de un fraude, engaño doloso ni transgresión al mínimo ético que protege el Derecho Penal.* Así, por deuda en el art. 27 inc. 2º Cn., se entiende la fase de ejecución de una obligación, siempre y cuando la insolvencia en el cumplimiento de ésta última parta del principio de buena fe.

De esta manera el elemento esencial que permite identificar que se está ejecutando una prisión por deudas gira en torno al hecho de existir una restricción de *libertad física en perjuicio de una persona por un mero incumplimiento de obligación* en el cual no ha existido ningún tipo de dolo de índole penal, ardid o engaño, para incumplir con ésta antes o después de la adquisición de tal obligación.

3. En el presente caso, se advierte que el art. 5 LAM no excluye la aplicación del inc. 5º en el caso del inc. 3º, lo cual podría entenderse que en la práctica se traduce en una prisión por deudas.

Sin embargo, hay que señalar que *la multa prevista en tal disposición legal no es una obligación que provenga del ámbito de las relaciones privadas, sino está prevista como una sanción penal, que por las conversiones previstas en la misma disposición puede devenir en arresto; es decir, no es un supuesto de los previstos en la jurisprudencia relacionada.* Por tanto, debe declararse que en el art. 5 LAM *no existe la inconstitucionalidad alegada* por la Procuradora para la Defensa de los Derechos Humanos, en cuanto a la violación a la prohibición de prisión por deudas, art. 27 inc. 2º Cn.

Asimismo, debe declararse que en el art. 4 LAM *no existe la inconstitucionalidad alegada* por la Procuradora para la Defensa de los Derechos Humanos, por la supuesta violación al principio de prohibición por deudas consagrado en el art. 27 inc. 2º Cn., pues esta disposición se limita a dar *definiciones* de las sanciones aplicables a la personas que cometan los ilícitos contemplados en el régimen especial de la LAM.

IX. Establecidos los lineamientos constitucionales, sin los cuales la intervención punitiva no es legítima, corresponde abordar las consideraciones jurídicas sobre el establecimiento de un régimen penal especial que pretende la penalización de las conductas de un grupo de personas, diferenciando el tratamiento sustantivo y procesal, con respecto al derecho penal y procesal penal común; ello con la finalidad de verificar la constitucionalidad de su justificación legislativa.

1. A. En relación con el primer aspecto, es preciso traer a cuenta las nociones sobre las *leyes especiales*; en ese sentido, tal como se afirmara en Sentencia de 20-VI-1999, pronunciada en el proceso de Inc. 4-88, dentro de la regulación constitucional de la ley en el sistema de fuentes, se hace usualmente una clasificación entre dos tipos de leyes, atendiendo a la preferencia de una sobre otra para efectos de su aplicación. Esa tipología, de acuerdo al criterio material, se bifurca en *ley especial* y *ley general* u ordinaria.

En ese orden de ideas, se entiende que la ley general regula un ámbito amplio de sujetos, situaciones o cosas, mientras que la ley especial regula un sector más reducido, *sustrayéndola del ámbito general*, en atención a *valoraciones específicas* que, según el órgano legisferante, *justifican el tratamiento diferente* de la materia sustraída.

Situación que evidencia la estrecha vinculación de las consideraciones expuestas con el principio de igualdad, pues efectivamente, el establecimiento de un régimen especial, que pretende la sustracción de cierto grupo de sujetos del ámbito general, debe estar plenamente *justificado*, siendo que constituye un tratamiento diferenciado.

Ahora bien, al respecto es preciso acotar que la equiparación entre el principio de igualdad y la exigencia de razonabilidad y proporcionalidad –justificación del trato diferenciado–, deriva en un problema procesal, que quizás pueda ser descrito como el asunto de determinar si la razonabilidad y proporcionalidad requiera o no la aportación de prueba en un proceso de inconstitucionalidad y, en caso afirmativo, tendría que valorarse a quién le corresponde la carga de ésta. De acuerdo a la jurisprudencia de la Sala, el desarrollo legislativo se encuentra sujeto al marco diseñado en la Constitución; partiendo de tal situación, las decisiones legislativas suponen como fundamento una realidad inspirada en criterios de valoración significativa, los que en su momento llevaron al legislador a decidir de una forma determinada.

B. En nuestro régimen constitucional la Asamblea Legislativa se configura como un órgano de representación del pueblo para cumplir la función de decretar, interpretar auténticamente, reformar y derogar las leyes secundarias. Ciertamente, en esta función inciden criterios de naturaleza predominantemente volitiva y especialmente ético-política, es decir, criterios y valoraciones relativos a aspectos de necesidad, conveniencia, oportunidad, viabilidad, etc. que resultan imprescindibles para que ésta cumpla adecuadamente su misión.

Consecuentemente, puede concluirse que el texto de la Constitución no es programático; sino que se trata de un marco dentro del cual el legislador puede desarrollar su actividad atendiendo a criterios y valoraciones políticos relativos a aspectos de necesidad, conveniencia nacional, oportunidad y viabilidad, según sea el caso. Por ende, el

legislador está facultado para configurar libremente el contenido de las leyes según su voluntad e intereses, *debiendo respetar únicamente el marco señalado por la Constitución.*

Y es que dentro del marco anteriormente mencionado, se encuentra la obligación del legislador de no incorporar en las normas, restricciones en el goce de los derechos de los sujetos, que se basen en diferencias de raza, sexo, condición social, edad, etc, y que no correspondan a criterios de razonabilidad y proporcionalidad. Esto implica que el legislador en el desarrollo de su actividad, puede disponer se incorporen a las normas elementos que impliquen diferenciación en el tratamiento de los destinatarios de las mismas, *siempre y cuando éstos obedezcan a criterios de valoración relevantes* o permitidos constitucionalmente.

2. En este sentido, si la desigualdad plasmada en una norma es el resultado de una distinción verificada por el mismo legislador, y cuya validez se niega, *la carga de demostrar la razonabilidad y proporcionalidad de la diferenciación regulada incumbe precisamente a quien defiende la ley.* Es éste quien en todo caso debe demostrar en un proceso de inconstitucionalidad, que la decisión legislativa adoptada en los términos anteriores, no responde a criterios arbitrarios.

Al respecto esta Sala ha señalado –Sentencia del 26-III-1999, pronunciada en el proceso de inc. 4-98– que en el proceso de inconstitucionalidad existe la obligación procesal de evidenciar el cumplimiento de los mandatos constitucionales. En ese sentido, *corresponde al órgano emisor de la disposición infraconstitucional impugnada demostrar que ha dado cumplimiento a la normativa constitucional, especialmente a las obligaciones concretas que para él derivan de la Ley Suprema.*

Y es que, tal como se señaló en la referida sentencia, si todos aquellos elementos de convicción, vertidos en el proceso, con la finalidad de producir en el juzgador un convencimiento sobre la verdad o certeza de un hecho o afirmación fáctica, son prueba, la carga de aportar al proceso tales elementos de convicción corresponde a la parte que, razonablemente, se estima que podría resultar perjudicada por dicha falta de certeza.

No obstante lo anteriormente planteado, el principio de igualdad puede discutirse frente a un tratamiento desigual que, a juicio del sujeto que lo impugna de inconstitucional, se sustenta en diferencias insignificantes; en este supuesto, corresponde al legislador ofrecer las razones que avalan la razonabilidad y proporcionalidad de la decisión adoptada.

En el caso que se analiza, la Asamblea Legislativa en su informe manifestó en esencia que, "en razón de los niveles de violencia asociada a grupos delincuenciales conocidos como 'maras' o pandillas, se volvió imperativo crear una ley especial y temporal que sirva como instrumento punitivo para estos grupos y que contenga los procedimientos y las sanciones correspondientes. En tal sentido –continuó–, esta Asamblea ha actuado de conformidad con las facultades que le otorga el artículo 131 ordinal 5° de la Constitución, por lo que en ningún momento existe violación constitucional por la aprobación de los artículos impugnados".

Asimismo, afirmó que "con la emisión de la LAM, la Asamblea ha pretendido dar seguridad jurídica a la mayoría de los habitantes de la República, a través de la implementación de *medidas ejemplarizantes* para aquellos grupos que de alguna manera atentan o ponen en peligro la vida, la integridad física y otros bienes jurídicos tutelados de la persona, de la familia y de la sociedad en general, prevaleciendo en este caso, el interés social de la población sobre el interés particular".

3. Sobre tales afirmaciones es preciso entablar la ponderación constitucional de la justificación expuesta por el órgano emisor de la normativa impugnada en relación con la *dignidad humana*, a fin de verificar si es constitucionalmente legítimo estructurar un *régimen penal especial* con la finalidad mencionada por la Asamblea Legislativa: la prevención general negativa o intimidatoria.

Partiendo de que la Constitución es más que su articulado, porque en su trasfondo existe un sistema de valores y principios producto de las tradiciones del constitucionalismo, derivados de la *dignidad humana* y del *principio democrático*, es evidente la connotación de un trasfondo valorativo y principialista de cada una de las disposiciones constitucionales; por lo tanto, para lograr su adecuada concreción interpretativa – especialmente del art. 1 Cn.–, es necesario hacer ciertas consideraciones sobre el contenido y alcance del preámbulo de la Constitución, al ser considerado como esencia de la justificación dada por el constituyente respecto del contenido normativo de la Constitución.

El preámbulo es un elemento fundamental, no sólo para la construcción científico-jurídica, sino también, para la interpretación y aplicación de los preceptos constitucionales. No obstante su importancia, tanto en el doctrina como en la jurisprudencia constitucional, los preámbulos habían sido entendidos como meros hechos históricos, a tal grado de no reconocerles un valor preceptivo o dispositivo; apreciación que a criterio de esta Sala debe cambiar en la actual jurisprudencia constitucional. Y es que, el preámbulo tiene una alta significación, pues no es solo una fórmula de introducción, sino declaración compendiosa del fin al que aspira y del origen de donde procede la obra constitucional; es más, el preámbulo expone la tendencia y el espíritu de la Constitución, es el preludio donde se contienen los motivos capitales de la norma fundamental; en ellos se plasma la esencia de la Constitución por entrañar el *acto de decisión política unitaria y suprema*.

En ese orden de ideas, al analizar el texto y contenido del preámbulo de la Constitución se advierte que la máxima decisión del constituyente se encuentra fundada en la idea de un *Estado y una Constitución personalista*, en donde la persona humana no solo es el objeto y fin de toda actividad estatal, sino el elemento legitimador de esa actividad. Es una concepción filosófica basada en el respeto a la dignidad de la persona, como el único mecanismo para establecer los fundamentos de la convivencia nacional, para crear una sociedad mas justa, fundada en el espíritu de la libertad y la justicia como valores inherentes a una concepción humanista.

4. Al trasladar tales postulados al ámbito punitivo, es claro que el Derecho Penal de un Estado Constitucional de Derecho se legitima sólo en cuanto protege bienes jurídicos fundamentales e instrumentales, a *sensu contrario* perderá su justificación si la intervención se demuestra excesiva o inútil para alcanzar tal fin: prevenir delitos y la resocialización del

individuo. Es decir, si la Constitución plantea un carácter personalista al Estado-instrumento, el poder punitivo del mismo sólo se justifica si ofrece una eficaz y necesaria protección de los bienes jurídicos fundamentales e instrumentales, potestad en la que, además, *debe ser respetuosa de la imagen del individuo dotado de una serie de derechos conexos con su dignidad.*

Las consideraciones axiológicas que del preámbulo y el artículo 1 Cn. derivan, tratan de prescribir que el Estado y las demás organizaciones jurídicas tienen tan sólo justificado sentido en la medida en que representan un medio para cumplir los valores que pueden encarnar en la personalidad individual; excluyendo la posibilidad de un Estado como fin en sí mismo, independiente de los individuos reales, es decir, *lo que se pretende es que la persona humana no quede reducida a un medio o instrumento al servicio de los caprichos del Estado.*

Y es que, si se entiende que el auténtico sustrato de valores es la persona humana, sobre el cual se sustenta la existencia misma del Estado y el Derecho, entonces los valores realizados en el individuo serán los valores fundamentales que orienten la actividad de tales instituciones, es decir, éstas tendrán razón de ser únicamente si quedan al servicio del individuo. Por contraposición, las actuaciones estatales que reflejen un *transpersonalismo*, tienden a afirmar que la persona humana encarna un valor, en tanto es parte del Estado o es vehículo de los productos objetivados por éste; es decir, el individuo carece de una dignidad propia, y que tan sólo es útil valorativamente cuando sirve de modo efectivo a fines ajenos a su voluntad y propios del Estado.

5. Desde esa perspectiva, la dignidad del individuo va fijando los límites al rigor de la 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.

Lo que en el presente caso se traduce en la imposibilidad de justificar el tratamiento penal especial como *medidas ejemplarizantes*, pues no es concebible la utilización de personas humanas como un medio o instrumento del poder punitivo del Estado. Es decir, el argumento que pretende justificar los sacrificios coercitivamente impuestos a los ciudadanos, mediante la intervención penal, argumentando que se trata de *medidas ejemplarizantes*, denota una finalidad claramente intimidatoria, pretendiendo utilizar a los sujetos como meros medios o instrumentos al servicio de los fines del Estado en la prevención de delitos; lo que efectivamente constituye una clara violación al artículo 1 y al preámbulo de la Constitución, pues el derecho penal, a partir de tales consideraciones constitucionales, nunca puede ser utilizado como mecanismo de intimidación con efectos de prevención general negativa, es decir, mediante la neutralización del delincuente –por

medio del castigo ejemplar- para intimidar a la sociedad, *so pena* de vulnerar el carácter humanista del Estado impuesto por la Constitución.

La prevención general negativa basada en la eficacia disuasoria del ejemplo ofrecido con la imposición de la pena, queda en evidencia a la objeción planteada por la Constitución en su artículo 1 y preámbulo, según la cual ninguna persona puede ser utilizada como un medio para los fines que le son ajenos, por sociales o loables que sean; y por tanto, constituye una justificación de intervención punitiva estatal desproporcionada y manifiestamente inconstitucional. Una concepción semejante de los fines del Derecho Penal, puede llevar a la inclusión de un sistema basado en intervenciones punitivas guiadas por la máxima severidad y sobre todo desprovistas de cualquier certeza y garantía, como sucede con la pena ejemplar.

En consecuencia, y dado que la justificación del establecimiento de un régimen especial para penalizar conductas de cierto grupo de personas, no responde a los fines y presupuestos que la Constitución establece para la punición de los delitos, debe declararse que en los arts. 1 inc.º y 3 LAM, *existe la inconstitucionalidad alegada* por los ciudadanos Claudia Marlene Reyes Linares, José Heriberto Henríquez y la Procuradora para la Defensa de los Derechos Humanos, en cuanto a la violación al derecho de igualdad, consagrado en el art. 3 Cn., pues el trato diferenciado no obedece a fines constitucionales.

6. Ahora bien, declarada la inconstitucionalidad de las disposiciones en las cuales se establece el objeto de la Ley Antimaras y el establecimiento del cauce procesal aplicable, es necesario apuntar que tal pronunciamiento genera en el presente proceso la consecuente declaratoria de inconstitucionalidad por conexión del resto de disposiciones contenidas en el régimen especial, pues desapareciendo su objeto, al constatar la ilegitimidad constitucional del mismo, carecen de sentido las posteriores regulaciones que sobre dicha base se hayan emitido.

Y es que, como excepción al principio de congruencia, la inconstitucionalidad por conexión o derivada tiene por objeto expulsar del ordenamiento jurídico aquellas disposiciones cuya ilegitimidad constitucional se deriva como consecuencia de la decisión adoptada; es decir, si se constatan o verifican las conexiones que se coligen de la declaratoria de inconstitucionalidad de la disposición o cuerpo normativo inicialmente impugnado, no puede consentirse la validez de las disposiciones que constituyen el consecuente desarrollo de la que ya ha sido declarada inconstitucional.

Tal consecuencia, puede darse –sin ánimo de taxatividad– en caso que la declaración de inconstitucionalidad se extienda hacia otras y diferentes disposiciones que coinciden, junto con la impugnada, en el efecto considerado por este tribunal como inconstitucional; así también, puede darse la inconstitucionalidad derivada o por conexión en caso que la supervivencia de las disposiciones, hacia las cuales se extiende el pronunciamiento estimatorio, plantee la incompatibilidad con la resolución estimatoria, y sobre todo con las finalidades que con la misma se han querido alcanzar, ya sea por contener el mismo reproche de inconstitucionalidad, o por constituir *disposiciones, cuya única razón de ser, es dictar una regulación instrumental o complementaria, en relación con la declarada inicialmente inconstitucional.*

Para lo que al presente caso interesa, se denota la adecuación del mismo en relación con el último supuesto planteado, y es que, efectivamente, si la intención de las disposiciones que subsisten –no impugnadas o sobre las cuales el pronunciamiento ha sido desestimatorio- es prohibir y penalizar las desviaciones punibles establecidas en un régimen especial, no resulta concordante con el fallo su permanencia en el ordenamiento jurídico, si su objeto carece de justificación constitucional y por tanto de validez; en ese sentido, la declaratoria de inconstitucionalidad, como consecuencia lógica, debe extenderse hacia aquellas disposiciones que desarrollan el objeto de la ley especial. Es decir, semejante vicio –inconstitucionalidad- debe ser también apreciado por este tribunal en lo que se refiere a aquellas concretas disposiciones, susceptibles, en tal hipótesis, de declaración de inconstitucionalidad por conexión.

Por tanto, verificada la regulación instrumental de los artículos 1 inc. 1° y 3 LAM, *debe declararse asimismo la inconstitucionalidad derivada o por conexión* de los artículos 2 incisos 1°, 2° y 4°, 4 incisos 1°-7°, 5, 6 incisos 3°-5°, 7, 8 inc. 1°, 10-15, 16 inc. 2°, 17, 20, 21, 24, 26-28 29 inc. 3° y 31-49 de la Ley Antimaras.

Ello no implica una desprotección de la sociedad, ni que el Estado esté imposibilitado de otorgar una protección eficaz a los bienes jurídicos fundamentales e instrumentales, por la vía de la punición de los actos que los lesionen o pongan en peligro, específicamente a través de organizaciones o asociaciones ilícitas. Ya se ha dicho que *el régimen general de los arts. 22-A y 345 del Código Penal, que incluso ya existían a la fecha de emisión de la LAM, ha sido utilizado por los jueces para, cumpliendo con los postulados constitucionales en materia de derechos y garantías, sancionar las conductas mencionadas. Y ese régimen puede ser aplicado por todas las instituciones del Estado encargadas de las funciones mencionadas.*

X. Verificado el examen de constitucionalidad de las disposiciones impugnadas, este tribunal considera oportuno exponer algunas consideraciones en cuanto a: la función de un Tribunal Constitucional en el control de constitucionalidad de las leyes (1), y la libertad de configuración del ordenamiento jurídico inherente al Órgano Legislativo (2).

1. En cuanto al primer aspecto, en la Sentencia de 14-II-1997, pronunciada en el proceso de Inc. 15-96, se dijo que es de la esencia de la función de administrar justicia en materia constitucional, el interpretar la Constitución y en ese sentido la Sala no tiene en principio más libertad que exteriorizar lo que la Constitución expresa y no algo contrario o diferente. Pues de hacerlo así, se estaría sustituyendo la voluntad del Constituyente por la voluntad del juez, y reemplazando lo prescrito en la Ley Fundamental por las preferencias o criterios personales del juzgador.

Por ello, el juez constitucional no actúa conforme a su criterio y voluntad sino que es la voz y criterio de la voluntad del pueblo plasmado por escrito en un documento llamado Constitución. No significa lo anterior, desde luego, que la interpretación constitucional es una simple labor académica en que el juez constitucional se limita a leer el texto de la norma cuestionada y a desentrañar gramaticalmente su sentido, o sea, a establecer su significado formalmente manifiesto, sino que la interpretación constitucional,

al igual o en mayor grado que toda interpretación jurídica, tiene que resolver un problema concreto planteado, *una realidad política y social de la que no puede sustraerse.*

En el presente caso, y ante el aparente contraste entre la prevención del delito y los postulados constitucionales que limitan el *ius puniendi*, resulta imperativo *conciliar* ambas exigencias: *por un lado, debe recalcarse la imposición constitucional del Estado en cuanto a la estructuración de una política criminal eficaz, que posea los instrumentos necesarios y adecuados para combatir eficaz y eficientemente la delincuencia; pero, por otro lado, no debe olvidarse que, no basta con la eficacia, sino que la política criminal debe, a su vez, estar legitimada, es decir, que en la configuración de tales instrumentos se respete la normativa constitucional, específicamente en lo que se refiere a la vigencia de los derechos y garantías constitucionales.*

Es decir, el fenómeno delincuencial, efectivamente, es un aspecto que necesita ser regulado; sin embargo, el Estado –a través del legislador- debe respetar los parámetros constitucionalmente impuestos, ya desarrollados en los considerandos anteriores. Pues, no debe perderse de vista que, en nuestro medio, las "maras" constituyen un problema social que necesita de la intervención estatal, siempre con sujeción a la Constitución.

Por ello, la presente decisión no debe entenderse como un pronunciamiento alejado de las realidades sociales en torno a la delincuencia, pues no se pretende que los órganos de dirección política descuiden los mandatos derivados de los artículos 1 inciso 3° y 2 inc. 1° Cn –protección de bienes jurídicos fundamentales e instrumentales-; ello, significaría el incumplimiento de la obligación del Estado de proteger los derechos de los gobernados a través de la prevención del delito. Por el contrario, con la presente decisión se han actualizado los mandatos constitucionales que establecen los lineamientos válidos y legítimos para estructurar la política criminal.

2. En cuanto al segundo aspecto, es preciso manifestar que los parámetros de justificación racional y de legitimación política, en el caso de la actividad de gobierno – administrativa, económica o política– vienen constituidos sin más por el mero criterio de la aceptabilidad justificada en relación con el éxito práctico de la satisfacción del interés público o con el consenso mayoritario, resultando secundario en ella el requisito de la legitimidad constitucional como presupuesto de sus acciones. A la inversa, en el plano del Derecho Constitucional, y sobre todo en el de la jurisdicción, tanto ordinaria como constitucional, semejantes modelos de justificación son inaceptables, sobre todo en el ámbito penal; pues, para justificar las decisiones que concluyen un juicio penal, no basta que tenga éxito o que genéricamente satisfaga las funciones de prevención y de seguridad que también son propias del derecho penal, ni basta que reciban el consenso de la comunidad, pues ni la amplísima mayoría y ni siquiera la totalidad de los consensos pueden justificar que se acepte como presupuesto de una decisión penal contraria a la Constitución; y es que, no se puede sacrificar la libertad de una persona, de quien no se haya verificado *post-facto* la responsabilidad penal de su conducta, en aras a un supuesto interés popular o voluntad de la comunidad.

En el Derecho Penal, la única justificación aceptable de las decisiones, es la representada por la validez y legitimidad de sus presupuestos jurídicos y fácticos, entendida

esa validez y legitimidad precisamente como la concordancia o correspondencia con un sistema constitucional de valores, derechos y garantías del individuo. Sólo si se verifica dicha correspondencia, se puede impedir la prevaricación punitiva de intereses más o menos generales contra el particular, y vincular el juicio normativo y judicial a la estricta constitucionalidad.

Sólo si el objeto del juicio penal –delito– consiste en un hecho empírico taxativamente determinado en todos sus elementos constitutivos –acción y resultado dañoso y su correspondiente atribución a un sujeto– puede ser objeto de prueba, así como de comprobación contradictoria e imparcial; en cambio, no se puede probar, y todavía menos contradecir, una acusación indeterminada o expresada mediante valoraciones inverificables o legalmente presuntas, por consideraciones de *status*.

Y es que, en las tipificaciones donde la refutación es imposible –ya sea por sus conceptos vagos u oscuros, o por constituir situaciones delictivas con base en apariencias–, significa que la técnica de definición legal de las conductas punibles no permite juicios cognoscitivos, sino sólo juicios potestativos, de forma que la íntima convicción del juzgador se produce no sobre la verdad procesal sino sobre otros valores, o ya viene legalmente establecida. Esto ocurre cuando la hipótesis legal no está formada por proposiciones que designen hechos, sino sólo juicios de significado indeterminado en el tipo o que contengan presunciones o preclusiones normativas que exoneran a la acusación de la carga de la prueba y limitan la defensa y contradicción en el proceso.

Asimismo, de ello es complementario el principio de igualdad jurídica ante la ley, pues las acciones u omisiones, cualquiera que los cometa, pueden realmente ser descritos por las normas como tipos objetivos de desviación y, en cuanto tales, ser previstos y probados como presupuestos de iguales tratamientos penales; mientras que toda prefiguración normativa de tipos *subjetivos* de desviación no puede dejar de referirse a diferencias personales, antropológicas, políticas o sociales y, por tanto, susceptibles de concluir en discriminaciones apriorísticas. Es decir, el principio de igualdad, prohíbe considerar como válidos los actos de discriminación entre los destinatarios de los preceptos penales por razón de raza, sexo u otras condiciones de *status*.

Así, el programa penal de la Constitución es ante todo un modelo de identificación de la desviación punible, basado en hechos refutables, informado principalmente por los principios de lesividad, culpabilidad, estricta legalidad e igualdad. Es además un modelo estructural de Derecho Penal caracterizado por algunos requisitos sustanciales y procedimentales como la derivabilidad de la pena respecto del delito, la exterioridad de la acción criminal y la lesividad de sus efectos, la culpabilidad o responsabilidad personal, la imparcialidad del juez y su separación de la acusación, la carga acusatoria de la prueba y el derecho de defensa.

Tales situaciones, no pueden ser obviadas por el ente encargado de la custodia de los postulados, valores, principios y derechos constitucionales, pues la supremacía material de la Constitución tiene asidero en el hecho que la misma es la expresión de los cánones ético-jurídicos sobre los cuales la comunidad ha logrado encontrar un cierto grado de consenso tal, que los ha plasmado en el cuerpo normativo, rector de la organización y

funcionamiento del Estado, lo que implica una mayor carga de vinculación hacia quienes les corresponde cumplirla, por un lado, y hacerla cumplir, por otro, lo que asegura la influencia de la Constitución sobre la realidad normada.

Por lo antes dicho, y dado que la Constitución representa el momento originario del Estado, valga decir, el punto a partir del cual se establece la orientación que han de seguir los sujetos encargados de ejercer las atribuciones por ella conferidas, *cualquier expresión de los poderes constituidos que contraría el contenido que mediante la misma se ha establecido, es susceptible de invalidación, independientemente de su naturaleza concreta o abstracta*, pues se estaría dictando en contra de los parámetros básicos establecidos por la comunidad para alcanzar el ideal de convivencia trazado en la norma fundamental.

Y es que, si las disposiciones constitucionales, a diferencia de los preceptos legales, no pretenden disciplinar conductas específicas o habilitar para que los órganos estatales o particulares realicen concretas actuaciones de ejecución; sino garantizar el respeto a determinados valores y principios, así como asegurar a los individuos los derechos que puedan operar como límites frente a la ley; es evidente la amplitud de la materia regulada por la Constitución, y el carácter sintético de muchos de sus preceptos, el significado valorativo de algunas de sus normas materiales, pero al mismo tiempo el correspondiente grado de apertura que permite la pluralidad de sus realizaciones, aspectos que diferencian netamente a la Constitución de las demás normas; la ley no es, en ese orden, ejecución de la Constitución como el reglamento es ejecución de la ley. Siendo por ello que el legislador no es ejecutor de la Constitución, sino un poder que actúa libremente en el marco de ésta, para lo cual requiere en muchos casos que el enunciado de esos preceptos constitucionales permita un ancho haz de interpretaciones diversas.

El hecho de que los preceptos constitucionales vinculen al legislador supone en todo caso que los derechos fundamentales han de ser ejercitados en el ámbito de protección delimitado por aquél, a quien desde luego se le reconoce una habilitación constitucional – no exenta de límites– para condicionar dicho ejercicio con arreglo a una pluralidad de posibles ordenaciones. Ello supone, de un lado, que por tratarse de derechos y ser, por ello, inmediatamente vinculantes para los poderes públicos, el legislador se encuentra obligado, inexcusablemente, a arbitrar las condiciones de ejercicio del derecho, y, de otro, que –aún disfrutando en esta tarea de amplio margen de discrecionalidad– las condiciones impuestas han de ser compatibles con el contenido esencial de los derechos.

Es por ello que no resulta válida la afirmación de estar habilitado constitucionalmente a emitir su producción legislativa en virtud del art. 131 ord. 5º Cn., si es contraria a toda la gama de principios, valores y derechos establecidos en el resto de artículos constitucionales; es decir, la potestad que del art. 131 ord. 5º Cn., deriva para el Órgano Legislativo, no es una autorización en razón de la cual se ignore el resto de límites impuestos por la Constitución, especialmente en relación con el poder punitivo del Estado.

Por tanto:

Con base en las razones expuestas, disposiciones citadas, y en virtud de los arts. 246 y 183 de la Constitución, 9, 10 y 11 de la Ley de Procedimientos Constitucionales, esta Sala

Falla:

1. *Sobreséese* en el presente proceso, respecto de la demanda presentada por el ciudadano Aldonov Frankeko Álvarez, mediante la cual solicita se declare la inconstitucionalidad del art. 23 LAM, por la supuesta violación al derecho a la protección en la conservación y defensa del resto de derechos materiales, art. 2 inc. 1º Cn., pues los fundamentos jurídicos de tal pretensión no habilitan para emitir un pronunciamiento de fondo.

2. *Sobreséese* en el presente proceso, respecto de la demanda presentada por los ciudadanos Claudia Marlene Reyes Linares y José Heriberto Henríquez, mediante la cual solicitan se declare la inconstitucionalidad del art. 1 LAM por la supuesta violación al derecho de asociación, consagrado en el art. 7 Cn., pues la errónea invocación en cuanto al contenido del parámetro de control no habilita para emitir un pronunciamiento de fondo.

3. *Declárase* que en el artículo 23 LAM, no existe la inconstitucionalidad alegada por el ciudadano Aldonov Frankeko Álvarez, por la supuesta violación al artículo 11 de la Constitución.

4. *Declárase* que en los artículos 1 inciso 2º, 18, 19, 22, 23 y 29 inciso 1º *existe la inconstitucionalidad alegada* por el ciudadano Aldonov Frankeko Álvarez y la Procuradora para la Defensa de los Derechos Humanos, por violar el principio de lesividad consagrado en el artículo 2 inciso 1º de la Constitución, al penalizar conductas que no dañan o ponen en peligro bienes jurídicos fundamentales o instrumentales.

5. *Declárase* que en los artículos 1 inciso 2º parte final, 6 inciso 1º, 8 inciso 2º y 29 inciso 2º LAM, *existe la inconstitucionalidad alegada* en la demanda presentada por la Procuradora para la Defensa de los Derechos Humanos, por haberse determinado la violación al principio de culpabilidad consagrado en el artículo 12 de la Constitución.

6. *Declárase* que en los artículos 9, 10, 11, 21 y 27 LAM, *no existe la inconstitucionalidad alegada* por la Procuradora para la Defensa de los Derechos Humanos, por la supuesta violación al principio de culpabilidad, consagrado en el artículo 12 de la Constitución.

7. *Declárase* que en el artículo 16 LAM *existe la inconstitucionalidad alegada* por la Procuradora para la Defensa de los Derechos Humanos, por haberse determinado la violación al principio de culpabilidad consagrado en el artículo 12 de la Constitución.

8. *Declárase* que en el artículo 2 inciso 3º LAM, *existe la inconstitucionalidad alegada* por los ciudadanos Claudia Marlene Reyes Linares y José Heriberto Henríquez y la Procuradora para la Defensa de los Derechos Humanos, por violar los artículos 35 inciso 2º de la Constitución y, al contravenir el artículo 40 de la Convención Sobre los Derechos del Niño, violar el art. 144 inciso 2º de la Constitución.

9. *Declárase* que en el artículo 2 inciso 5° LAM, *existe la inconstitucionalidad alegada* por la Procuradora, en relación con la violación a los artículos 12 y 35 Cn. y al artículo 40.3 letra b) de la Convención Sobre los Derechos del Niño, pues debe existir un mínimo de edad por debajo del cual el Estado no puede regular penalmente sobre los menores de edad, ni aun con un régimen especial.

10. *Declárase* que en los artículos 1 inciso 2°, 4 inciso 8° y 9 LAM *existe la inconstitucionalidad alegada* por la Procuradora para la Defensa de los Derechos Humanos, en cuanto a la violación al principio de legalidad y a la seguridad jurídica, consagrados en los artículos 15 y 1 de la Constitución, respectivamente.

11. *Declárase* que en los artículos 7, 24 y 25 LAM, *no existe la inconstitucionalidad alegada* por la Procuradora para la Defensa de los Derechos Humanos, en relación con la supuesta violación al principio de legalidad penal, pues las conductas prescritas en las disposiciones impugnadas constituyen elementos empíricamente determinables.

12. *Declárase* que en los artículos 6 inciso 2° y 25 LAM, *existe la inconstitucionalidad alegada* por la Procuradora para la Defensa de los Derechos Humanos, en cuanto a la violación del valor seguridad jurídica consagrado en el artículo 1 de la Constitución.

13. *Declárase* que en el artículo 30 LAM, *existe la inconstitucionalidad alegada* por la Procuradora para la Defensa de los Derechos Humanos, en cuanto a la violación a los artículos 86 y 193 ordinal 4° de la Constitución, pues es competencia de la Fiscalía General de la República el ejercicio de la acción penal.

14. *Declárase* que en el artículo 5 LAM, *no existe la inconstitucionalidad alegada* por la Procuradora para la Defensa de Derechos Humanos, en cuanto a la violación al principio de prohibición de prisión por deudas, consagrado en el artículo 27 de la Constitución.

15. *Declárase* que en el artículo 4 LAM, *no existe la inconstitucionalidad alegada* por la Procuradora para la Defensa de Derechos Humanos, en cuanto a la supuesta violación al principio de prohibición de prisión por deudas, consagrado en el artículo 27 de la Constitución.

16. *Declárase* que en los artículo 1 inciso 1° y 3 LAM, *existe la inconstitucionalidad alegada* por los ciudadanos Claudia Marlene Reyes Linares y José Heriberto Henríquez y por la Procuradora para la Defensa de los Derechos Humanos, en cuanto a la violación al derecho de igualdad, consagrado en el artículo 3 de la Constitución, pues el trato diferenciado no obedece a fines constitucionales.

17. *Declárase la inconstitucionalidad derivada o por conexión* de los artículos 2 incisos 1°, 2° y 4°, 4 incisos 1° al 7°, 5, 6 incisos 3° al 5°, 7, 8 inc. 1°, 10 al 15, 16 inc. 2°, 17, 20, 21, 24, 26 al 28 29 inc. 3° y 31 al 49 de la Ley Antimaras, en relación con la violación al derecho de igualdad, verificada en los artículos 1 y 3 LAM.



18. Notifíquese la presente resolución a todos los intervinientes.

19. Publíquese esta Sentencia en el Diario Oficial dentro de los quince días siguientes a esta fecha, debiendo remitirse copia de la misma al Director de dicho órgano oficial. ---A. G. CALDERON---V. de AVILÉS---J. E. TENORIO---J. ENRIQUE ACOSTA---M. CLARÁ---PRONUNCIADO POR LOS SEÑORES MAGISTRADOS QUE LO SUSCRIBEN---S. RIVAS DE AVENDAÑO---RUBRICADAS.