

## EL FENÓMENO DE LAS MARAS EN CENTROAMÉRICA: UN ESTUDIO PENAL CON UN ENFOQUE DE DERECHOS HUMANOS

Víctor M. RODRÍGUEZ  
Roberto CUÉLLAR

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Aspectos conceptuales*. III. *Las leyes y planes antimaras*. IV. *Análisis de la legislación antimaras*. V. *Conclusiones*.

### I. INTRODUCCIÓN

El tema de las llamadas “maras” es un fenómeno multicausal que ha sido objeto de muchos estudios y enfoques, pero sobre todo de una generalizada percepción que, a partir de sesgos sociales errados, ha contribuido a desenfocar los verdaderos alcances que ese fenómeno tiene en todas las facetas de la sociedad, especialmente en lo que se refiere al tema de la seguridad ciudadana y a las medidas que han adoptado algunos Estados para “combatir” a las maras.

Las maras, como fenómeno social,<sup>1</sup> así como desde la óptica de su surgimiento, funcionamiento y formas de manifestación, no son equiparables a las tradicionales “pandillas” de barrio, es un tema mucho más complejo y, por lo tanto, más difícil de atender, puesto que requiere de un enfoque inte-

<sup>1</sup> El concepto “maras” es entendido en este estudio como término sociocultural proveniente del lenguaje popular con el que en los países de la región centroamericana se identifica a grupos formados por personas menores de edad y adultos, que dentro de sus actividades cometen delitos con, cada vez mayor, utilización de violencia, tanto contra miembros de otras maras como contra la ciudadanía en general. La caracterización del concepto es mucho más compleja, como se verá en el apartado “aspectos conceptuales”. A los miembros de las maras se les denomina “mareros”.

gral e interinstitucional. Las maras, como se analizará en este ensayo, tienen rasgos comunes, principalmente en tres países de Centroamérica: Guatemala, Honduras y El Salvador. Las iniciativas creadas e implementadas en esos países han estado más enfocadas en la instauración de legislación penal y procesal penal, con el fin de tratar de atender con supuesta mayor eficiencia la comisión de delitos por parte de los miembros de las maras, aun cuando, también, ha habido intenciones de apoyar en otros niveles más preventivos, pero todavía sin la claridad de políticas públicas que efectivamente se concentren en una política criminal. Así han proliferado a partir de los últimos tres años las mal llamadas “leyes antimaras” y “planes de mano dura”, con el fin de hacer frente al fenómeno de las maras. Sin embargo, no es posible hacer ese abordaje si no se tienen claros aspectos medulares, como el concepto de maras, sus antecedentes, su realidad en el contexto regional y nacional, etcétera. Aspectos que no serán objeto de nuestro estudio, pero que trataremos de manera general para contextualizar el estudio penal con enfoque de derechos humanos.

Las leyes y planes “antimaras” aprobados en El Salvador, Honduras y Guatemala a partir de 2003, han puesto en evidencia la urgencia de tratar con profundidad e integralidad el fenómeno de las maras y la escalada de violencia con las que se le identifica. El objeto es únicamente estudiar esas leyes y políticas desde la perspectiva de los derechos humanos, pero no sólo de los miembros de las maras, sino también de la ciudadanía y, particularmente de las víctimas de actos de maras (victimología).

## II. ASPECTOS CONCEPTUALES

Las leyes y planes “antimaras” promovidos en los países objeto de este estudio (Guatemala, Honduras y El Salvador), resultan de la urgencia de atender, cuando no “combatir”<sup>2</sup> —como literalmente lo señalan— a las maras. Sin embargo, esos cuerpos legales son, ante todo, abstractos a la hora de definir a las maras, lo cual es objeto de múltiples confusiones e imprecisiones.

<sup>2</sup> Según el consultor Francisco Bautista, el lenguaje común que se utiliza por las entidades públicas no es tanto el de “abordar el fenómeno”, sino el de “combatirlo”, dándose literalmente un enfoque militarista, que corresponde más al del modelo doctrinario de seguridad nacional que al de seguridad democrática que se expresa en el Tratado Marco de Seguridad Democrática en Centroamérica (San Pedro Sula, 1995). Entrevista del 11 de agosto de 2005 en la sede del Instituto Interamericano de Derechos Humanos.

Como concepto jurídico, un primer acercamiento sería analizar la definición legal que se indica en el artículo 1o. de la Ley Antimaras de El Salvador:

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 o todos* los criterios siguientes: *que se reúnan habitualmente*, *que señalen segmentos de territorio como propio*, *que tengan (sic) señas o símbolos como medios de identificación*, *que se marquen el cuerpo con cicatrices o tatuajes*.<sup>3</sup>

De esa definición, muy pocos elementos podrían dar claridad para definir un concepto sociológico de maras que responda a su realidad. Por un lado, equipara “mara” a “pandilla”; por otro, las enmarca a un plano muy general para referirse a la agrupación de personas que actúan para alterar el orden público o atentar contra el decoro y las buenas costumbres y, finalmente, supone la realización de una serie de actividades que resultan poco claras, como reunirse habitualmente, utilizar medios de identificación o marcarse el cuerpo con cicatrices o tatuajes.

A partir de esa definición, no es posible, obtener muchos insumos para hacer una construcción conceptual de las maras. Por el contrario, esa definición es proclive a la utilización de muchos conceptos jurídicos indeterminados que obstaculizan, incluso, la aplicación de esa ley, como se analizará más adelante.

Igualmente, se debe evitar caer en la equiparación de “maras” con “pandillas”, que son de naturaleza y magnitud totalmente diferente.

Por todo lo anterior, el concepto “mara” requiere de una definición trascendental que se extienda a varios contextos, pero que puede ofrecer información sobre su importancia en un escenario determinado. Estudios de casos ofrecen “una historia de origen” para ese término que destaca su comparación con las grandes organizaciones de una colonia de hormigas llamadas “marabuntas” que marchan por el territorio arrasando con todo a

<sup>3</sup> Artículo 1o. Ley Antimaras. D. L. núm. 158, del 9 de octubre de 2003, publicado en el *Diario Oficial* núm. 188, t. 361, del 10 de octubre de 2003. No se encuentra en vigor. Las cursivas son nuestras.

su paso.<sup>4</sup> Desde su definición de origen, entonces la mara ha sido definida por su organización singular de multitudes y su actividad violenta. Igualmente, hay similitud en los tres países en cuanto a la identificación de las dos principales maras: la “MS” (Salvatrucha) y “M18”, para lo cual sus miembros utilizan signos distintivos como tatuajes en sus cuerpos y señas físicas para demarcar el territorio en donde operan.

El concepto de mara se entiende a través del conocimiento de su estructura y función, más que por su ámbito espacial, dándose una dimensión amplia como fenómeno social.

Hay mucha información imprecisa sobre su concepto y su forma de operar en cada uno de los países. De un estudio sobre las maras en Guatemala, Honduras y El Salvador, elaborado por el Instituto Interamericano de Derechos Humanos, hoy en fase de documento interno de trabajo, se constata de los estudios nacionales que las maras no están exclusivamente conformadas por personas menores de edad. Lo cierto es que durante el último año han tomado una relevancia indiscutible como grupo generador de inseguridad pública, lo cual obliga a caracterizar el fenómeno.<sup>5</sup>

Al no existir una definición estandarizada de lo que es una mara, es importante adelantar algunos elementos caracterizadores a partir de los estudios nacionales y otras fuentes,<sup>6</sup> utilizados por ese estudio del IIDH. A saber, “la palabra “mara” —en su sentido peyorativo— se usa, casi exclusivamente, para hacer referencia a grupos de jóvenes organizados y vinculados generalmente con actos violentos y/o delictivos” (Marcela Smutt y Lizeth Miranda, 1998, pp. 25 y 26).

<sup>4</sup> García Ramírez, Sergio, *La Opinión*, Los Angeles, 28 de septiembre de 2003. <http://www.coav.org.br/publique/cgi/cgilua.exe/sys/starticulo.htm?UserActiveTemplate=%5Fes&sid=20&infoid=291&from%5Finfo%5Findex=21>.

<sup>5</sup> Estudio del Instituto Interamericano de Derechos Humanos.

<sup>6</sup> Según se colige de la visita *in loco* que hiciera la Comisión Interamericana de Derechos Humanos a Guatemala, Honduras y El Salvador durante noviembre de 2004, algunas personas menores de edad, ante situaciones de desprotección familiar y pocas posibilidades de trabajo, “optan por incorporarse a las <maras o pandillas> en busca de apoyo, protección y respeto. Luego de ingresar, tienden a vivir juntos en sus comunidades urbanas, con el objeto declarado de cuidarse y defenderse mutuamente, así como de defender el barrio en donde viven <maras o pandillas> rivales. Muchos portan armas y se dedican a actividades delictivas, que incluyen homicidios, robos, hurtos y enfrentamientos armados con otras <maras o pandillas>, que a menudo producen resultados fatales...”. *Cfr.* CIDH, Comunicado de Prensa núm. 26/04, 4 de diciembre de 2004.

- Son un grupo formado por personas menores de edad, pero también por personas mayores que tienen un importante liderazgo, identificados entre sí por un sentido de pertenencia en función de un territorio determinado —barriada, vecindario— sobre el que ejercen un control al margen de la ley.
- Ejercen cada vez mayores niveles de violencia en sus acciones delictivas.
- Sus actividades estaban dirigidas, en principio, hacia miembros de otras maras rivales, pero luego se han extendido hacia actos delictivos que afectan a la ciudadanía en general.
- Se identifican como grupo a partir de un lenguaje corporal determinado y simbolismos, siendo el uso de tatuajes indelebles en su cuerpo alusivos al nombre de su mara, la principal forma de autoidentificación.
- El ingreso de sus miembros a una mara no es automático; depende de desafíos y pruebas de “valor” y de compromisos solidarios respecto del resto de sus miembros.
- Tienen una estructura jerárquica dominada por el líder de cada mara y de cada célula conforme al territorio donde operan.
- La defensa y el control de los “territorios” donde actúan se convierte en uno de los elementos centrales para entender su funcionamiento.
- La utilización y luego la comercialización de drogas son parte importante de la vida cotidiana de los miembros de las maras, pero no son ni la causa ni el motivo para estar juntos.
- Las actividades más visibles que el grupo hace como mara son las peleas, los pleitos y las luchas dirigidas en grupo, lo cual les une como colectivo y los hace validar su liderazgo en razón del “valor” demostrado en esas riñas.
- En sus actividades violentas, la muerte de sus miembros o de algunos de sus adversarios es una variable que siempre tienen presente y asumen ese riesgo con determinación desafiante. Esa “aceptación de la muerte” ha llevado a muchos miembros de maras a infringirla sin piedad a los que consideran sus enemigos.

A partir de esos elementos caracterizantes, para efectos de este estudio jurídico penal, definiremos a las maras como un concepto sociocultural

que ha pasado a ser parte del lenguaje popular, para referirse a aquellos grupos de jóvenes y adultos organizados jerárquicamente en función de un claro liderazgo, vinculados generalmente con actos violentos y/o delictivos dentro de un territorio determinado.

### III. LAS LEYES Y PLANES ANTIMARAS

Las leyes vigentes para atender el fenómeno de las maras en Guatemala, Honduras y El Salvador son de dos tipos: unas aplican a las condiciones de sus miembros (niños, niñas y adolescentes, pero también a adultos) y a sus actividades (narcotráfico), y otras aplican específicamente a las maras como agrupación. Esos dos tipos de leyes forman parte de un sistema jurídico que administra justicia a los niños, niñas y adolescentes, tanto en riesgo como en conflicto con la ley, especialmente por la influencia y adecuación legislativa generada en la región luego de la ratificación de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño. Ese tipo de legislación especial para personas menores de edad, tanto en su aplicación como interpretación, utiliza como principio básico el “mejor interés del menor”.

Corresponderá en este apartado analizar cómo se contextualiza con la nueva legislación y planes “antimaras” promovidos en cada uno de los tres países estudiados. En lo fundamental, se tratará de verificar la correlación y coherencia —o falta de ellas— en lo que corresponde a la competencia y funciones de las instituciones responsables de su aplicación.

En los tres países se ha definido un proceso especializado para niños, niñas y adolescentes en conflicto con la ley, lo que coincide con un marco legal e institucional previo a la promulgación de legislación antimaras. En principio, estas leyes para menores infractores están implícitamente dirigidas a miembros de maras, porque indican la acción delictiva como delito, pero también tienen una connotación marcada hacia un estatuto personal, con lo cual tipifican como delito la “pertenencia” a las maras, independientemente de la comisión o no de un delito. En cambio, la legislación especial marco para los menores en riesgo y en conflicto con la ley, sustentada en la implementación de la Convención de los Derechos del Niño, obvia cualquier tipo de penalización por pertenencia de personas menores de edad a agrupaciones determinadas.

El principal conflicto entre estos dos tipos de legislaciones es que las leyes antimaras implican el retorno de una doctrina penal ya superada del

“delito de autor” por su “pertenencia” a un determinado grupo y a la desaplicación de principios penales y constitucionales irrenunciables, incluso reconocidos internacionalmente, como el “principio de inocencia”, legislación especial y tutelar de menores, etcétera.

Hay otro tipo de legislación relevante que se utiliza para complementar la atención al tema de la inseguridad generada por las maras, como, por ejemplo, aquella que ordena y limita la portación de armas, y la legislación penal ordinaria respecto de delitos con los que más se vincula el quehacer de las maras (narcotráfico, homicidio y robo). El problema ha sido la dificultad de investigar y administrar justicia en esos casos donde hay involucrados menores de edad, especialmente debido al tipo de medidas especiales que se deben tomar por ley, pero que no han sido implementadas adecuadamente (juzgados y juzgadores especializados en materia tutelar de menores e instituciones para la rehabilitación y resocialización de menores, tratamiento a las víctimas, etcétera), lo que obliga a no restringir ilegalmente la libertad de los miembros de las maras, en tanto no haya condiciones adecuadas para su tratamiento.

En este contexto, los tres países han propuesto proyectos de ley (Guatemala), o aprobado y aplicado nuevas leyes con atención específica al fenómeno de las maras (El Salvador y Honduras).

### 1. *El caso de El Salvador*

En El Salvador se aprobó una primera Ley Antimaras en octubre de 2003,<sup>7</sup> la cual fue impugnada y decretada inconstitucional por la Corte Suprema de Justicia en abril de 2004, pocos días antes que dicha ley perdiera vigencia.<sup>8</sup> Sin embargo, la Asamblea Legislativa decretó una nueva ley

<sup>7</sup> Ley Antimaras, *cit.*, nota 3.

<sup>8</sup> Los principales argumentos jurídicos constitucionales esgrimidos de forma unánime y contundente por la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia fueron:

—La inconstitucionalidad de la Ley Antimaras 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. Señalan que existe el régimen general de los artículos 22-A y 345 del Código Penal, que incluso existían a la fecha de emisión de la Ley Antimaras.

—No basta que se reciba el consenso de la comunidad, pues ni la totalidad y ni siquiera la mayoría de los consensos pueden justificar que se acepte como presupuesto de

con vigencia de noventa días (del 1o. de abril al 29 de junio de 2004), denominada Ley para el Combate de las Actividades Delincuenciales de Grupos o Asociaciones Ilícitas Especiales, la cual fue aprobada sin discusión legislativa amplia.

Esta segunda ley fue igualmente criticada como su antecesora, debido a que consistía en una versión editada de la primera, y mantenía algunos de los aspectos violatorios más importantes de la primera como la “habilitación de menores”, mediante la cual se podría, previo peritaje, determinar si un menor podía ser juzgado como adulto.

No obstante, al no tener vigencia, son leyes que sí tuvieron efectos jurídicos a pesar de su temporalidad, y generaron acciones y prácticas policiales y de investigación, asumidas como parte del Plan Policial “Mano Dura”.

De manera paralela, como producto de la reforma legal generada por las mesas de trabajo convocadas como consecuencia del problema de las pandillas, por el actual gobierno del presidente Elías Saca durante julio de 2004, se introdujo una reforma relativa al tema de las *agrupaciones ilícitas*, el cual en la actualidad es la figura jurídica utilizada por la Policía Nacional para dar captura en flagrancia a miembros de pandillas.

La versión previa del delito de asociaciones ilícitas contemplaba expresamente las palabras *pandillas* y *maras*. Tal como se detalló anteriormente, ella fue el producto de la reforma legislativa posterior al rechazo inicial de la Ley Antimaras. A pesar de que en la versión actual fueron retiradas las expresiones explícitas hacia las maras, sí hay una consideración tácita en el

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 *posfacto* la responsabilidad penal de su conducta, en aras a un supuesto interés popular o voluntad de la comunidad. La Constitución es 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 contrarie el contenido que mediante la misma se ha establecido, es susceptible de invalidación, independientemente de su naturaleza concreta o abstracta.

—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, recalcan la imposición constitucional del Estado, en cuanto a la estructuración de una política criminal que posea los instrumentos necesarios y adecuados para combatir eficaz y eficientemente la delincuencia; pero 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 delincuencia necesita ser regulado; sin embargo, el Estado, a través del legislador, debe respetar los parámetros constitucionales.



segundo párrafo, cuando habla de las formas violentas de ingreso, permanencia o salida; aspectos que son alusivos a las maras.

Es precisamente esta figura jurídica de “agrupaciones ilícitas”, la que está siendo aplicada en operativos policiales, pero así utilizada no supera la revisión judicial en los casos concretos que conozcan las autoridades judiciales, debido a la necesidad de mostrar, junto con la captura, los supuestos planes de comisión de hechos delictivos o los que ya hayan sido cometidos por esa agrupación. Por otro lado, la constitucionalidad de esa figura se encuentra cuestionada debido a que genera la posibilidad de efectuar una captura sin que la persona haya incurrido aún en delito alguno. Este punto ya fue resuelto por la Sala Constitucional en relación con la primera Ley Antimaras que fue declarada inconstitucional.

## 2. *El caso de Honduras*

El 12 de agosto de 2003 se aprobó el decreto núm. 117-2003, que reformó el artículo 332 del Código Penal (vigente desde 1984), sobre el delito de asociación ilícita. El artículo 332 original estaba redactado de la siguiente manera:

Artículo 332. Se sancionará con uno a tres años de reclusión a los fundadores, presidentes o directores de las asociaciones ilícitas y con multa de cien a quinientos lempiras a los asociados. Se reputan asociaciones ilícitas las que por su objeto y circunstancias sean contrarias a la ley, a la moral pública, y las que tengan por fin cometer algún delito.

La nueva redacción del artículo dispone lo siguiente:

Artículo 332. ASOCIACIÓN ILÍCITA. Se sancionará con la pena de nueve (9) a doce (12) años de reclusión y multa de diez mil (L.10,000.00) a doscientos mil (L.200,000.00) lempiras a los *jefes o cabecillas de maras, pandillas* y demás grupos que se asocien con el propósito permanente de ejecutar cualquier acto constitutivo de delito.

Con la misma pena de reclusión establecida en el párrafo anterior rebajada en un tercio (1/3), se sancionará a los *demás miembros de las referidas asociaciones ilícitas*.

Son jefes o cabecillas, aquéllos que se destaquen o identifiquen como tales y cuyas decisiones influyan en el ánimo y acciones del grupo (las cursivas son nuestras).

Además de la reforma al artículo 332 del Código Penal vigente, la Ley de Policía y Convivencia Social (decreto núm. 226-2001 del 23 de enero de 2002) establecía, en los artículos 90 y 91, medidas contra los actos de las personas menores de 18 años, que denomina como “vagancia y pandillerismo pernicioso”. Estos artículos establecen lo siguiente:

Artículo 90. Se considera pandilla perniciosa al grupo de adolescentes de doce (12) a dieciocho (18) años, que se reúnen y actúan para agredir a terceras personas o entre sí, dañar bienes públicos o privados u ocasionar desmanes que alteren el orden público.

Artículo 91. Al adolescente que integrando una pandilla perniciosa porte cualquier tipo de armas, hostigue de modo amenazante a personas, utilice material inflamable o explosivo, consuma alcohol o drogas en la vía pública, se le detendrá de inmediato y pondrá a la orden del juez competente para la aplicación de la medida socioeducativa que corresponda.<sup>9</sup>

Sin embargo, cabría suponer que estos artículos fueron objeto de derogación tácita al reformarse el artículo 332 del Código Penal, en virtud de la redacción tan específica del texto de la reforma. De hecho, los jueces de la niñez están aplicando, a los adolescentes integrantes de pandillas, el texto del artículo 332 reformado del Código Penal, y no la Ley de Policía y Convivencia Social.

Además de estas normas, el Congreso Nacional emitió el 2 de octubre de 2001, el decreto 141-2001, mediante el cual estableció la Ley para la Prevención, Rehabilitación y Reinserción Social de Personas vinculadas a Maras y Pandillas, la cual fue emitida después de una amplia consulta nacional dirigida por una Comisión Técnica Interinstitucional creada a instancias de la Comisión Legislativa del Congreso Nacional de la República, que elaboró, en 2001, un estudio con propuestas de solución a la problemática de las pandillas y maras.

<sup>9</sup> Al convertir en asociaciones ilícitas a las maras y pandillas, el texto del nuevo artículo 332 del Código Penal ya reformado, redefine los alcances de este articulado y el de las posibles medidas socioeducativas que se pueden imponer a los adolescentes por la comisión de esta infracción penal.

La Ley crea el Programa Nacional de Prevención, Rehabilitación y Reinserción Social para que coordine, fortalezca y dé coherencia a la implementación de los programas, proyectos y acciones destinados a prevenir las causas que inducen a las personas a pertenecer a pandillas o maras, así como rehabilitar y reinsertar en la vida social a personas que pertenecen o han pertenecido a pandillas o maras. También establece la organización interna del Programa (Consejo Nacional y Comisión Coordinadora Nacional, Secretaría Ejecutiva) y las atribuciones de cada una de ellas. Un rasgo muy importante es que manda a articular un Plan Nacional para cumplir la finalidad de la Ley, y privilegia el desarrollo de proyectos en el ámbito comunitario para brindar los servicios de desarrollo integral a las personas sujeto de la Ley. Entre otros aspectos, propone una clasificación de los centros socioeducativos que cubrirían los servicios que no puedan ofrecer los programas y proyectos comunitarios; prescribe las condiciones para el ingreso, permanencia y egreso de los centros; las competencias de municipalidades; el patrimonio y recursos del Programa Nacional; las responsabilidades y derechos de los representantes legales de los menores de edad y otras normas para el mejor cumplimiento de la Ley.

Lastimosamente, no fue sino hasta abril de 2004 que se puso en funcionamiento el Programa Nacional de Prevención, Rehabilitación y Reinserción Social, creado por la Ley para la Prevención, Rehabilitación y Reinserción Social de Personas vinculadas a Maras y Pandillas (decreto núm. 141-2001), y cuyo objeto es:

...prevenir las causas que inducen a las personas a pertenecer a pandillas o maras... rehabilitar y reinsertar en la vida social a personas que pertenecen o han pertenecido a pandillas o maras, a fin de que puedan convertirse en ciudadanos y ciudadanas que actúen en su vida privada y pública con autoestima, responsabilidad social y respeto a las leyes.<sup>10</sup>

### 3. *El caso de Guatemala*

A diferencia de Honduras y El Salvador, Guatemala es el país más rezagado en cuanto a la adopción de legislación concreta para atender el fenómeno de las maras, con sólo dos propuestas de proyectos de legislación que están archivadas. Tampoco existen, en el Código Penal, delitos con dedicación

<sup>10</sup> Artículo 1o., Ley para la Prevención, Rehabilitación y Reinserción Social de Personas Integrantes de Maras o Pandillas (decreto núm. 141-2001).

especial a las maras o lo que hacen quienes pertenecen a ella. En ese sentido, las maras no están prohibidas, y las faltas y delitos que cometan sus integrantes son tratados legalmente con la legislación y tipificación penal ordinaria existente, aplicable a cualquier ciudadano y, en el caso de los menores de edad se utiliza el régimen especial para esas situaciones, la Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia (LEYPINA), que en su artículo 133 establece que los adolescentes, comprendidos entre los 13 años y antes que cumplan los 18, si hubiesen estado en conflicto con la ley penal, son sujetos de responsabilidad penal. Las personas menores de 13 años son inimputables. Según el artículo 138, los actos que cometan no serán considerados como actos en conflicto con la ley penal. Es claro que una persona que pertenezca a las maras y esté comprendida en las edades que señala la LEYPINA, y que cometa actos reñidos con la ley penal, será sujeto de responsabilidad penal en las condiciones que esta Ley lo establece.

Las personas menores de trece años que hayan cometido actos conflictivos penalmente no pueden ser privados de libertad, así lo establece el artículo 104 de la LEYPINA. Sin embargo, los adolescentes mayores de 13 años y menores de 18 años sí pueden ser privados de libertad, de acuerdo con el artículo 182 de la misma Ley. Esta privación de libertad es provisional, y tiene carácter excepcional para quienes están entre los 13 y 15 años de edad.

Los niños y adolescentes tienen garantías procesales, establecidas en el artículo 116 de la LEYPINA. El inciso *a* especifica que serán escuchados y que sus opiniones serán tomadas en consideración en todo el proceso y en la resolución del tribunal. Los adolescentes en conflicto con la ley penal, según los artículos 155, 156 y 161 de la LEYPINA, tienen el derecho a: *a*) ser representados y escuchados en función de su defensa; *b*) proponer pruebas e interponer recursos, y *c*) que se les de a conocer el motivo de la sanción que se les aplicará.

Las personas menores de edad imputables de delito (de 13 a 18 años) tienen derecho a la asistencia gratuita de su defensa penal y a todos los recursos que correspondan y se consideren de su beneficio. Además, pueden plantear, dentro de límites del procedimiento, los recursos que consideren necesarios a través de su defensor.

De cualquier manera —propuesta de proyectos de ley como en Guatemala, de leyes provisionales como en El Salvador, o de reforma específica al Código Penal como en Honduras—, sus versiones se enfocan concretamente en la “pertenencia” o asociación a las “maras” como delito. Aunque en algunos casos, como en El Salvador, se incluyen actividades delictuosas

adicionales, también ellas ofrecen mayor posibilidad de detención con menor necesidad de pruebas.

#### IV. ANÁLISIS DE LA LEGISLACIÓN ANTIMARAS

Un análisis de las leyes antimaras en los tres países debe transcurrir no solamente desde su contenido y objeto, sino también desde la opción real institucional para su aplicación e implementación, lo que involucra capacidad de trabajo interinstitucional integral (por ejemplo, prevención, investigación, readaptación y atención a las víctimas). Desde la perspectiva jurídica, tal análisis ofrece una interpretación de la ley con una orientación a su intencionalidad.

En El Salvador y Honduras, las leyes y reforma de ley aplicable a los miembros de las maras, respectivamente, derivan directamente del impulso del Poder Ejecutivo. La importancia de esa providencia tiene dos implicaciones. En primer lugar, hay una interrelación entre poderes que, aunque es posible dentro del marco constitucional, llega a confundir competencias y a rondar el límite de la separación de poderes. En El Salvador, quizá de manera más clara, el Poder Judicial declaró la inconstitucionalidad de la Ley Antimaras, lo cual generó un conflicto con el Poder Ejecutivo. En Guatemala, las propuestas de proyecto de ley para promover una ley antimaras o reforma de ley con esos mismos fines no han sido aprobadas, pero es un tema que se encuentra en la agenda político-institucional. Esa dificultad pone en evidencia la complejidad del debate en ese país. A diferencia de Honduras y El Salvador, el actual gobierno de Guatemala no ha generado una iniciativa de ley similar, aun cuando hay sectores que presionan en ese sentido.

Fundamentalmente, la atención del fenómeno de las maras de manera exclusiva en la reforma legal, difiere en cada uno de los tres países.

El contenido de las dos leyes en El Salvador (de 2003 y 2004); la reforma al artículo 332 del Código Penal en Honduras, y las dos propuestas mal logradas de ley en Guatemala, comparten elementos en su contenido, pero también divergen. Las cinco intervenciones legales tienen la particularidad de incidir en la figura penal de asociación ilícita como base para criminalizar la pertenencia a las maras. En ese sentido, no es necesario esperar la comisión de una acción delictiva, sino que la mara en sí misma se convierte en elemento de delito y, consecuentemente, el solo hecho de su pertenencia

cia, incluso a partir de indicios vagos e imprecisos, hacen plausible la detención y la posterior condena de sus miembros.

Otro aspecto que comparten algunas de esas intervenciones es la falta de proporcionalidad de sus penas con los delitos que se condenan. En Honduras, por ejemplo, la pena por una asociación ilícita puede ser de 9 a 12 años de reclusión o una multa de 10 000 a 200 000 lempiras.

Esas intervenciones incluyen algunas referencias que afectan el trato especial para niños y adolescentes, propio de la legislación derivada de la implementación de la Convención de los Derechos del Niño.

En la Ley Antimaras de 2003 de El Salvador, se dejó a la discrecionalidad del juzgador aplicar legislación para adultos a casos de menores (proceso de equiparación a menores como adultos).

En Honduras, la Ley de Policía y Convivencia Social, en los artículos 90 y 91, considera como pandilla “al grupo de adolescentes de doce (12) a dieciocho (18) años (decreto núm. 226-2001 del 23 de enero de 2002, artículo 90).” También, esa reforma deja a la responsabilidad de los jueces la determinación de “la medida socioeducativa que corresponda” (decreto núm. 226-2001 del 23 de enero de 2002, artículo 91). En contraste, la segunda propuesta en Guatemala de Nineth Montenegro —la cual no se encuentra en la agenda legislativa— detalla una serie de intervenciones y medidas rehabilitadoras necesarias para los casos de jóvenes en maras o pandillas.

Otro aspecto importante de estas intervenciones legales, en términos de comparación, es la determinación de cómo se administraría su implementación. En el caso de El Salvador no queda claro cómo se aplicaría esa ley dentro del procedimiento tradicional penal y las audiencias orales junto con la alta discrecionalidad de decisión de los jueces. En Honduras no está establecido cómo se introduce esa reforma dentro del sistema de administración de justicia, ya que la equiparación de maras con la asociación ilícita no es solamente un parangón de carácter legal, sino que lleva implícito un gran despliegue de recursos humanos y económicos, incluyendo capacitación. En ese país se realizaron actividades no formales de coordinación entre el Poder Ejecutivo, la Fiscalía y el Poder Judicial, respecto de cómo aplicar la reforma al artículo 332 del Código Penal. Sin embargo, las principales dificultades se presentaron por la aplicación de algunos criterios seguidos por el Ministerio Público y la Policía, respecto de la investigación inicial, en particular, detenciones de supuestos mareros utilizando como única “prueba” el uso de tatuajes en el cuerpo, y la emisión de resoluciones judiciales posteriores, absolviendo casos cuando no se aportan pruebas adicionales que

confirman la comisión de un delito o la pertenencia a las maras. En Guatemala, la propuesta presentada por Nineth Montenegro es más integral, porque incluye medidas de atención a jóvenes pertenecientes a maras dentro del proceso de administración de justicia y rehabilitación.

Es importante resaltar que cada país reconoce la preeminencia del derecho internacional sobre sus propias leyes. La Constitución de El Salvador, al igual que la de Honduras y Guatemala, establece derechos fundamentales similares, con la diferencia de que en El Salvador ya fue declarada la inconstitucionalidad de la Ley Antimara de 2003 por la Corte Suprema de Justicia, lo cual es un precedente importante a tener en cuenta en los otros países. No obstante, el mismo día en que se declaró dicha inconstitucionalidad, la Asamblea Legislativa de ese país aprobó otra Ley Antimaras conteniendo muchos de los vicios detectados.

## 1. *Análisis de las leyes antimaras*

### A. *Marco jurídico general*

Los sistemas constitucionales de los países en estudio se basan en la realización del bien común por medio del ejercicio y respeto de derechos por todos los habitantes en el marco de un Estado de derecho. De ese compromiso se derivan instituciones y medios que incluyen un ambiente de seguridad pública idóneo, y un sistema de administración de justicia que garantice el bien común.

En ese contexto, el Estado tiene obligaciones integrales para prevenir el delito e investigar y sancionar a los responsables, para lo cual tiene a su disposición leyes, y la opción de desarrollar políticas públicas que provean seguridad para todos los habitantes, incluyendo el respeto de los derechos humanos de las víctimas de delito y de sus victimarios.

La competencia penal se inserta como instrumento para lograr parte de esos propósitos, particularmente en lo que atañe a la investigación de delitos y la facultad para establecer penas a los perpetradores (*ius puniendi*), y desde una perspectiva de derechos humanos, esa competencia involucra el respeto de derechos y garantías fundamentales de todas las partes involucradas en el proceso penal, las cuales están comprendidas en la Constitución nacional y en los instrumentos internacionales de derechos humanos debidamente ratificados por los Estados. Sin embargo, esa competencia

penal es solamente una parte, además reactiva, dentro de la cadena de situaciones sociales conflictivas que deben ser enfrentadas desde el Estado. Es, por lo tanto, un sistema *secundario* que depende de la eficacia de otros mecanismos preventivos de control social que complementan el derecho penal, como lo es una política criminal y de seguridad ciudadana.

Las leyes antimaras están centradas exclusivamente en el problema de la criminalidad, desde la perspectiva del *ius puniendi*, sin atención paralela hacia el aspecto preventivo criminológico, y apuestan a una ecuación sesgada que supone que la inseguridad provocada por las maras se resuelve con instrumentos legales exclusivamente punitivos.

Por otra parte, estas leyes no están acordes tampoco con los desarrollos de la doctrina penal más reciente que aboga por un sistema integral de respeto de garantías procesales y sustantivas derivadas del marco general de respeto de los derechos humanos de víctimas y victimarios. Esta doctrina proclama un balance entre prevención criminológica, el *ius puniendi*, la ejecución de la pena y la readaptación del delincuente o del infractor (en caso de personas menores de edad). Su objeto es que el derecho penal sea una última instancia de intervención mínima (derecho penal mínimo).

En ese contexto, aun cuando la intención de las leyes antimaras sea el fin noble y necesario de garantizar seguridad para toda la ciudadanía, los instrumentos legales que propone son selectivos; estigmatizan, lesionan derechos humanos de los imputados y provocan incerteza jurídica, incluso para las víctimas de delito, porque riñen con el derecho de defensa y principios básicos de legalidad y presunción de inocencia, lo que provocaría eventuales nulidades de los procesos penales incoados con las consecuencias que ello implica respecto de posibles prescripciones del delito y la frustración de las víctimas y sus familiares al no ver cumplidas sus expectativas de justicia.

### *B. Marco jurídico especial para menores de edad*

En todos los países involucrados existe un régimen penal general para los delitos cometidos por personas mayores de edad. En relación con las personas menores de edad (menores de 18 años conforme a la legislación nacional y la Convención de los Derechos del Niño), hay un tratamiento especial para garantizar los derechos humanos de los niños y adolescentes, así como un procedimiento tutelar distinto del penal general. Este régimen es incuestionable, y responde a la doctrina de la protección integral del menor que hace



parte de los lineamientos básicos de la Convención de los Derechos del Niño (el interés superior del niño, el respeto de los derechos humanos, la formación integral y la reinserción a la sociedad a la familia).

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que es evidente que las condiciones en las que participa un niño en un proceso no son las mismas en las 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 los 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.<sup>11</sup>

En una primera fase de desarrollo de ese régimen especial, se promulgaron algunas leyes con trato diferenciado, especialmente en los códigos penales que reducían las penas a los autores de delito con edad inferior a los 18 años. Posteriormente, se les excluía de persecución penal por considerar que eran personas inimputables de ser penalizadas, por lo que debían ser sometidas a procesos especiales y diferentes a los seguidos penalmente contra las personas mayores de edad.

Con la promulgación de la Convención de los Derechos del Niño, se pasa de la doctrina de la situación irregular a la doctrina de la protección integral. El principal aporte de esta Convención es que impone obligaciones de carácter internacional a los distintos actores involucrados, incluyendo reforma legal y judicial para adecuar el derecho interno a los estándares de la Convención; implementación de políticas públicas a los Estados, resaltando siempre como norte “el respeto al interés superior del niño”,<sup>12</sup> pero también favorece la participación de la sociedad en los procesos de reformulación jurídica e instrumentación de políticas gubernamentales.

Este trato diferenciado debe imponerse, con mayor razón, en las regulaciones normativas relativas a la delincuencia juvenil. Los niños y jóvenes en riesgo y en conflicto con la ley deben estar sometidos a un régimen diferente al de los adultos, el cual, debe ser 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

<sup>11</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. “Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño”, *Opinión Consultiva*, OC-17/2002 del 28 de agosto de 2002, párrafo 90.

<sup>12</sup> Artículo 3o., Convención de los Derechos del Niño.

obligación expresa de los Estados partes, el establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicas para los niños de quienes se alegue que han infringido, se acuse o declare culpables de haber infringido las leyes penales.

Las leyes antimaras, por el contrario, sujetan a los menores de edad a las mismas disposiciones penales a que están sometidos los mayores de edad, y lo hacen por medio de la instrumentación de la figura de la “habilitación de edad”; que supone que, incluso, personas mayores de 12 años y menores de 18 años podrían pensar, actuar y discernir como personas adultas. Esta situación vulnera el derecho a la igualdad y al trato especial a los menores de edad por derivación de políticas de “acción afirmativa”.<sup>13</sup>

Otro factor a considerar es que el régimen jurídico especial aplicable a los menores de edad involucra el establecimiento, por parte del Estado, de una edad penal mínima, dentro de la cual se le considera inimputable. Hay otra banda de edad donde se determina una responsabilidad penal intermedia a partir de las condiciones propias de su formación como persona.

El Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas 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 preocupación ante normas que integran una edad penal mínima sumamente corta, 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 de Menores —Reglas de Beijing— disponen que no deba fijarse una edad penal demasiado temprana, habida cuenta de las circunstancias que acompañan la madurez emocional, mental e intelectual de niños y adolescentes.

La legislación antimaras desconoce todo este sistema especial de tratamiento integral de las personas menores de edad, lo que contradice normas constitucionales, pero también colide con los principios rectores de la Convención de los Derechos del Niño y otras normas de instrumentos internacionales de derechos humanos.

<sup>13</sup> Para efectos de este estudio, “acción afirmativa” es la obligación que tienen los Estados de generar legislación especial y políticas públicas a favor de personas pertenecientes a grupos en situación especial; en razón de discriminación por razón de edad, sexo, etnia o de cualquier otra naturaleza.

### *C. Derecho a la igualdad y no discriminación*

Las leyes antimaras contrarían el principio de igualdad. Su misma denominación, “antimara” ya lleva implícito el estigma, porque supone una calificación negativa *a priori* en perjuicio de un sector de la población, independientemente de la demostración o no de la comisión de un delito.

Son leyes especiales dirigidas a un grupo específico, lo que rompe con la tendencia contraria de uniformar la aplicación del derecho penal, y promueve una nueva categoría de imputados —miembros de maras—, los cuales, aun cuando cometan un mismo delito que otros delincuentes, al ser identificados como mareros, se les procesa y condena con penas mayores, creando una discriminación en función de un estatuto personal y no con base en las circunstancias concretas de un hecho delictivo, que es la base del derecho penal.

El establecimiento de dos procesos diferentes para el juzgamiento de un mismo hecho (faltas penales), haciéndose depender el proceso de la pertenencia o no a una mara, es una trasgresión a la igualdad sustantiva y procesal reconocida en las distintas Constituciones y tratados internacionales de derechos humanos.

No puede juzgarse de manera distinta, mediante un proceso especial y temporalmente definido, un mismo hecho punible, aun 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 de igualdad.

### *D. Violación del debido proceso legal*

En los tres países que estamos estudiando existe un marco general de protección al debido proceso legal, conformado por normas constitucionales y garantías procesales que, además, tienen como parámetro mínimo el artículo 8o, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, relativo al acceso a la justicia, el derecho de petición y las debidas garantías. El enunciado general es la posibilidad de que todas las personas, sin ningún tipo de distinción, tengan la posibilidad de que sus peticiones sean conocidas y resueltas, 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 ellas, o pa-

ra la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter (artículo 8.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos).

Esta normativa es amplia y no sólo está dirigida en favor del imputado o indiciado de un delito, sino también para las víctimas o sus familiares, para quienes el sistema jurídico se encuentra en la obligación de proveerles las garantías necesarias para lograr una investigación adecuada, la sanción a los responsables y la reparación de los daños ocasionados por el ilícito penal. Con la realización de la justicia, en esos términos, se logra una verdadera protección de los derechos de víctimas de delito, y los victimarios tendrán un juicio justo.

En ese contexto, la función del Estado, de administrar justicia para todos sus usuarios, pasa por el estricto cumplimiento de esos principios, derechos y garantías constitucionales e internacionales, sin descuidar los derechos de las víctimas. Dentro de esos estándares de protección se encuentran el principio de seguridad jurídica, el principio de legalidad, el principio o presunción de inocencia, el principio de culpabilidad y el derecho de igualdad. De esos principios, las leyes antimaras vulneran de manera clara los siguientes.

#### *a. Principio de legalidad*

El principio de legalidad parte del supuesto necesario de que los tipos penales deben ser claros y precisos, y deben estar definidos por medio de una ley formal que sea previa y escrita, eliminando así cualquier forma de indeterminación o abstracción.

Las leyes antimaras, en cambio, hacen una continua remisión a “conceptos jurídicos indeterminados” —para empezar el mismo concepto de mara—, que a su vez se apoyan u orientan en otros conceptos jurídicos indeterminados para aplicar un tipo penal, lo cual provoca confusión e inseguridad jurídica. Muchas de las conductas descritas califican en lo que el derecho penal llama “tipos penales en blanco”, los cuales, por su falta de claridad no pueden ser punibles. De ahí la necesidad de que las normas posean un contenido claro y, en la medida de lo posible, cerrado, taxativo o preciso.

La imprecisión en la definición de “pertenencia a mara” vulnera el principio de seguridad jurídica y de legalidad, porque no se basa en hechos concretos, sino en cualidades personales, en formas de asociación de sectores de la población, lo que genera alto grado de incerteza para la aplicación de la ley.

Otros conceptos jurídicos indeterminados como “mara” o pandilla; “decoro”; “buenas costumbres”; “reunirse habitualmente”; “segmentos de territorio como propio”; “señas o símbolos como medio de identificación”; “que se marquen el cuerpo”, y muchos otros que se encuentran a lo largo de esa legislación, son imposibles de ser determinados como conductas anti-jurídicas, y el juzgador no puede aplicar sanciones sobre la base de actos tan abstractos.

#### *b. Principio de culpabilidad*

Este principio responde a la presunción que protege al imputado de un delito de ser vencido en juicio justo, en donde al Estado le corresponde demostrar la culpabilidad del autor del delito y no a la inversa (la demostración de inocencia por parte del propio imputado). Ello implica, en primer lugar, la demostración de hechos que tipifiquen una conducta delictiva, sin que importen las características propias de la persona que incurre en el delito. Este principio de culpabilidad confronta la doctrina del “Derecho Penal de Autor”, que es una aplicación doctrinaria superada que impone sanciones a personas en razón de su estatuto personal o de su modo de vida. El derecho penal moderno responde a la doctrina del acto, donde la imposición de sanciones penales se justifica en razón de un acto o comportamiento determinado que se califica como delito (falta penal), el cual debe caracterizarse necesariamente como lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos y no en la idea de “peligrosidad” del potencial autor.

Precisamente, tanto las leyes como los planes antimaras o de “mano dura” están fundamentados en el presupuesto erróneo de “peligrosidad” (la pertenencia a una mara), en cuanto a que imponen medidas penales basadas en consideraciones a futuro y sobre el supuesto de la probabilidad de que se va a delinquir.

Las leyes antimaras, al seguir un patrón de derecho penal de autor, sancionan el modo de vida de una persona en razón de pertenencia a una mara bajo la presunción de peligrosidad. La forma de vida y de vestirse de las personas, mientras no represente una conducta delictiva, no es susceptible de ser penalizada. De ahí deriva la importancia de un derecho penal que sancione hechos y no formas de vida, por consiguiente, que una persona tenga tatuajes, señales o se comunique por signos, podría no ser del gusto de todos, pero no es susceptible de ser penalizado.

### c. La desproporción y la “inflación” de las penas

Las leyes antimaras establecen penas a las personas que pertenecen a maras, en razón de un supuesto de peligrosidad (delito de autor y no delito de acto). Igualmente, aumentan las penas de otros delitos y contravenciones en función de la persona que lo comete, y ese aumento es desproporcionado.

La pena debería ser una consecuencia jurídico-penal del delito, por lo tanto, requiere de la “individualización” del imputado y de la demostración de un acto delictivo en sí mismo, de tal modo que la culpabilidad que se le demuestre será la justificación de la pena que se le imponga. Como esas penas no son impuestas sobre hechos cometidos, sino en función de una condición personal, son penas contrarias al principio de legalidad y culpabilidad.

Para que una sanción, como la pena de arresto, multa o trabajo para la comunidad, que es una restricción legalizada a los derechos fundamentales, resulte legitimada para resolver conflictos sociales, tiene que probarse que esa restricción a los derechos fundamentales es un mal necesario.

La reforma a los delitos de asociación ilícita en función del fenómeno de las maras en El Salvador y Honduras elevó las penas hasta cinco años para El Salvador, y doce y nueve años para Honduras. Ello genera un proceso de “inflación” de penas que contrasta con la doctrina del derecho penal mínimo, de modo que se apuesta más a la represión que a los procesos de reparación integral del daño y la readaptación social del delincuente.

### d. Principio de inocencia

La pertenencia a una mara como delito de autor atenta contra el principio de inocencia, que señala que toda persona se presume inocente hasta que no se demuestre lo contrario. Es así, debido a que los parámetros de las leyes antimaras parten de conceptos jurídicos indeterminados. Se considera como asociación ilícita denominada mara o pandilla, a aquella agrupación de personas que actúan 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 tengan señas o símbolos como medios de identificación, que se marquen el cuerpo con cicatrices o tatuajes*. Tales elementos que dicha ley propone y define son 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.

Los criterios de valoración de prueba, para determinar quién es un mare-ro, son débiles y ponen en evidente indefensión al imputado. El simple hecho de que una persona lleve un tatuaje, marcas o cicatrices, aun cuando nunca haya cometido delito alguno, lo incriminaría automáticamente según las leyes antimaras. Estos criterios no son de carácter criminológico, no ponen en riesgo bienes jurídicos y no justifican ser conductas a tipificar como delito. Violan, igualmente, el principio de libertad o libre disposición del cuerpo y la libertad de expresión.

#### *e. Violación al derecho a la libertad*

Como corolario de las violaciones graves al debido proceso legal y, especialmente, al principio de inocencia, las detenciones, producto de la aplicación de las leyes antimaras y de los planes de “Mano Dura”, sustentadas en la presunción de pertenencia a las maras, implica, una violación al derecho humano a la libertad, mientras no se soporten sobre otras pruebas e indicios que permitan al juzgador tener un juicio de probabilidad, al menos, de la comisión de algún tipo de delito.

## *2. Impacto de dicha normativa*

El impacto de dicha normativa se percibe en todos los sectores de la sociedad, tanto en la vida cotidiana de los habitantes como en la operatividad misma de las instituciones públicas.

El impacto más obvio y quizá más importante, desde una perspectiva de derechos humanos, ha sido el aumento del encarcelamiento de jóvenes, utilizando criterios bastante flexibles para la determinación de indicios que pudieran suponer la pertenencia a una mara (el uso de tatuajes masificado de manera contundente las detenciones, tanto en El Salvador como en Honduras). Esta situación hizo suponer una eficacia contundente en la disminución de los delitos por la supuesta desarticulación de pandillas. Ese aumento de encarcelamientos ha variado de país a país, pero también ha puesto presión en el sistema penal para proveer servicios jurídicos a esos nuevos detenidos. El sistema penitenciario ha tenido que aceptar mayor cantidad de personas privadas de libertad, pero sin que exista un condicionamiento

físico adicional, ni opciones para mejorar la defensa pública obligatoria que implica, además, un mandato constitucional e internacional. También se han tenido que tomar previsiones carcelarias para separar a las poblaciones de mareros para prevenir conflictos entre ellos, lo cual implica un obstáculo para su rehabilitación.

Otro impacto importante de la legislación antimaras ha sido en las relaciones interinstitucionales, las cuales, tanto dentro de la función de gobierno como entre sectores privados y de la sociedad civil, han resentido la presión propia del aumento de las necesidades generadas por los efectos de las leyes antimaras. En El Salvador, la tensión entre el Ejecutivo y magistrados sobre la inconstitucionalidad de la Ley Antimara de 2003 creó amplio debate. En cambio, en Honduras no se produjo ese tipo de fricción porque no ha habido una declaratoria de inconstitucionalidad como la ocurrida en El Salvador.

En los tres países, la atención puesta por la sociedad civil a las prácticas del gobierno en el tratamiento de la problemática de las maras por medios legales exclusivamente represivos tuvo efectos contradictorios. Parte de la ciudadanía apoyó este tipo de leyes por suponer que la “Mano Dura” en contra de los miembros de maras les proporcionará mayor seguridad; en cambio, la mayoría de organizaciones de la sociedad civil cuestionan ese tipo de medida por considerarla sesgada.

En el caso de El Salvador, es loable recalcar el proceso de concertación impulsado por grupos de la sociedad civil mediante la creación de mesas de trabajo durante julio de 2004, como parte de una iniciativa apoyada por el presidente Elías Saca. En ese esfuerzo, se logró incluir en la agenda el tema de las maras de manera más integral, con propuestas, seguimiento y tiempos que hacen plausible que ese modelo sea replicable en los otros países que involucra este estudio. Sin embargo, al término de este estudio, esa concertación inicial tenía dificultades en su seguimiento.

Cabe destacar, más detalladamente, el impacto que han tenido las intervenciones antimaras en la normativa existente de los países para el trato de menores infractores y atención a jóvenes en general. Anteriormente, hemos mencionado las referencias consistentes a la falta de legislación para atender el problema de las maras, y la preferencia de leyes existentes para la defensa del procesado y no para la víctima. Esos argumentos, aún débiles, forman una parte importante en la promoción de las intervenciones antimaras. En primer lugar, en los tres países existe legislación especial de menores consistente que incorpora los derechos mínimos de los niños, ya



sea menor infractor o no. Esa normativa existe pero no ha sido adecuada del todo en el sistema jurídico por sus requerimientos de una atención especial y una inversión adecuada. El segundo argumento resulta de una percepción de la administración de justicia que no está basada en las leyes en sí, sino en la aplicación de las leyes y la capacidad de varias instituciones públicas para la demostración de culpabilidad.

Una revisión de los códigos que tratan los aspectos penales y juveniles en los tres países, destaca la existencia de tres ejes fundamentales. Primero, existe un enfoque en el desarrollo integral de jóvenes y la necesidad de que el Estado apoye tal desarrollo con servicios esenciales. En el Código de la Niñez de Honduras, el artículo 2o. establece que:

...el presente Código consagra los derechos y libertades fundamentales de los niños; establece y regula el régimen de prevención y protección que el Estado les garantiza para asegurar su desarrollo integral, crea los organismos y procedimientos necesarios para ofrecerles la protección que necesitan; facilita y garantiza su acceso a la justicia y define los principios que deberán orientar las políticas nacionales relacionadas con los mismos.<sup>14</sup>

En Guatemala, la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia también define la responsabilidad del Estado para “promover y adoptar medidas necesarias” para el desarrollo integral de la niñez.<sup>15</sup> En particular, esos códigos, y en cierta medida el Código de Familia en El Salvador, definen los servicios del Estado como educación (artículo 37 LPINA, capítulo V, Código de la Niñez) y protección de sus derechos propios. En la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia de Guatemala, artículo 76, el Estado tiene obligaciones no solamente de proteger esos derechos, sino de “establecer”, “velar” y “ejecutar” políticas y programas que incorporen un concepto de desarrollo integral.

El segundo aspecto, importante en el contenido específico de los códigos penales en los tres países, es la igualitaria protección para víctimas y acusados. En el Código Penal de Honduras, el artículo 16 claramente destaca los derechos de las víctimas de participar en el juicio y de ser informadas de ello.<sup>16</sup> En el capítulo I del Código Penal de la República de El Salvador se establece como fundamental el respeto de la dignidad humana y la

<sup>14</sup> Artículos 73-96, Código de la Niñez, Honduras.

<sup>15</sup> Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, decreto 27-2003, Guatemala.

<sup>16</sup> Artículo 9-99-E, Código Procesal Penal, Honduras.

necesidad de confirmar responsabilidad.<sup>17</sup> El principio de inocencia y de responsabilidad, en conjunto con la dignidad humana, protege a ambos; víctimas y acusados.

El tercer aspecto de la normativa existente es que no hay un proceso especial para los casos que involucran menores infractores en todos los países. El artículo 23 del Código Penal de Guatemala establece al menor infractor como inculpable, sin mayor mención de procesos especiales de casos relevantes.<sup>18</sup> En contraste, la Ley del Menor Infractor en El Salvador crea:

...una estructuración jerárquica de los tribunales de menores, dentro de los cuales se ubican los juzgados de menores (20 en total), como tribunal a quo es decir, a los que compete conocer en primera instancia del proceso seguido contra quienes estén sujetos a esta ley y que fueron señalados como presuntos infractores de las normas personales (FESPAD 2002, 17).<sup>19</sup>

La variación del trato de menores infractores da la impresión de flexibilidad en la ley. Pero también ofrece espacio para definir de nuevo la proporcionalidad de la pena con el delito, lo cual establece objetividad en el proceso judicial.

## V. CONCLUSIONES

La aprobación de las mal llamadas leyes antimaras y planes de “Mano Dura” para tratar de atender el fenómeno de las maras en Guatemala, Honduras y El Salvador, a partir de 2003, fue presentada como la panacea del problema, bajo la premisa de que disminuiría la delincuencia y aumentaría la seguridad, si se instrumentaba un plan para “combatir” a las maras bajo la fórmula de incluir la pertenencia a las maras dentro de la figura penal de “asociación o agrupación ilícita”. Paralelamente, se tipificaron otras conductas como delitos y contravenciones y se aumentaron las penas. El análisis de esas leyes desde una perspectiva de derechos humanos de los niños y adolescentes arroja las siguientes conclusiones:

<sup>17</sup> Código Penal de la República de El Salvador, decreto 1030, El Salvador.

<sup>18</sup> Código Penal de Guatemala, decreto 17-73, Guatemala.

<sup>19</sup> Ley del Menor Infractor, decreto 173, El Salvador.

1. Los tres países han propuesto proyectos de ley (Guatemala), o aprobado y aplicado nuevas leyes con atención específica al fenómeno de las “maras” (El Salvador y Honduras), cuyo impacto inmediato fue aplicar detenciones masivas y apertura de procesos penales contra miembros de “maras”, por el solo hecho de su pertenencia, aun sin que haya habido comisión de delito alguno. Igualmente, se aprovecha otro tipo de legislación relevante que se utiliza para complementar la atención al tema de la inseguridad generada por las “maras”, como, por ejemplo, aquélla que ordena y limita la portación de armas, y la legislación penal ordinaria respecto de delitos con los que más se vincula el quehacer de las “maras” (narcotráfico, homicidio y robo).

2. Una de las principales dificultades de la instrumentación de la legislación antimaras ha sido la dificultad en investigar y administrar justicia en esos casos donde hay involucrados menores de edad, especialmente debido al tipo de medidas especiales que se deben tomar por ley, pero que no han sido instrumentadas adecuadamente (juzgados y juzgadores especializados en materia tutelar de menores e instituciones para la rehabilitación y resocialización de menores, tratamiento a las víctimas, etcétera).

3. Las leyes antimaras no se ajustan al marco jurídico de protección integral que existe en cada uno de los tres países estudiados, que responde a la implementación de la Convención de los Derechos del Niño y otros instrumentos internacionales de derechos humanos. Son varias las violaciones a derechos humanos de la niñez en que incurre esa legislación; las principales son las siguientes:

- a) No se cumple con el trato diferenciado que debe existir para los niños y adolescentes en riesgo y conflicto con la ley, que es un régimen diferente del de los adultos, adecuado a su edad y condición jurídica, con el fin de favorecer su reforma y readaptación social.
- b) Las leyes antimaras, por el contrario, sujetan a los menores de edad a las mismas disposiciones penales a que están sometidas las personas mayores de edad, lo que vulnera el derecho a la igualdad y al trato especial a los menores de edad por derivación de políticas de “acción afirmativa”.
- c) Las leyes antimaras rompen con el principio de inimputabilidad penal de las personas menores de edad, al establecer una edad penal mínima muy baja (hasta 12 años), cuando los instrumentos internacionales de protección a la niñez, y los mismos organismos in-

ternacionales competentes abogan por edades dentro de un rango lo mayor posible.

- d) Las leyes antimaras contrarían el principio de igualdad y estigmatizan a los miembros de maras porque supone una calificación negativa *a priori* en perjuicio de ese sector de la población, independientemente de la demostración o no de la comisión de un delito.
- e) Las leyes antimaras rompen con la tendencia de uniformar la aplicación del derecho penal, y promueven, una nueva categoría de imputados —miembros de maras—, los cuales, aun cuando cometan el mismo delito que otros delincuentes, al ser identificados como mareros se les procesa y condena con penas mayores.
- f) Las leyes antimaras contrarían el debido proceso legal de las personas investigadas por el delito de pertenencia a maras (asociación ilícita), ya que hacen una continua remisión a “conceptos jurídicos indeterminados” que provocan confusión e inseguridad jurídica. Se viola la presunción de inocencia, el principio de culpabilidad y el principio de legalidad.
- g) Las detenciones masivas de menores pertenecientes a maras —o que se presume pertenecen a ellas— han puesto en la picota los sistemas penitenciarios de esos países, no sólo por su falta de capacidad física para atender a tanta población carcelaria, la cual se encuentra en estado de hacinamiento, como lo confirmó la misión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su reciente visita a esos países, sino por la improvisación de programas de atención y resocialización de esos menores.
- h) Al violentarse garantías básicas del debido proceso como el principio de inocencia y de culpabilidad, las detenciones masivas de personas menores de edad, al amparo del presupuesto de pertenencia a las maras como delito de asociación ilícita, generan una violación al derecho a la libertad de esas personas.

En suma, la fórmula utilizada por las leyes antimaras de intensificar detenciones de miembros de maras en general, y su afectación a menores de edad no logró una respuesta oportuna de corto y largo plazo para atender ese fenómeno, y su temporalidad resultó accidentada, no sólo por vicios de inconstitucionalidad, sino por la misma recomendación de derogatoria por parte del Comité de Derechos del Niño de la ONU —en el caso de El Salvador—. Aun así, y a pesar de que son leyes que no se encuentran ya vigentes,

algunas de sus prácticas se siguen utilizando desde los planes policiales de “Mano Dura” respecto de la dinámica de las detenciones masivas.

Las legislaciones promovidas para enfrentar el fenómeno de las maras, en algunos países centroamericanos, son un retroceso de la reforma penal y del modelo de seguridad democrática; vuelven al enfoque inquisitivo y al modelo de seguridad nacional en algunas de sus expresiones.<sup>20</sup> Según un estudio realizado por la Universidad de Pittsburg y otros organismos salvadoreños, denominado Auditoría de la Democracia (199/2000 realizado también en Ecuador, Nicaragua, República Dominicana y Paraguay), la población salvadoreña expresó su aceptación (y hasta preferencia) a modelos autoritarios y a medidas extremas con tal de superar el problema de la violencia criminal, es decir, estarían dispuestos a sacrificar los llamados espacios democráticos con tal de reducir este nuevo riesgo. Sin embargo, las nuevas leyes generadas son, en sí, un factor de inseguridad y desconfianza; generan un círculo vicioso que incentiva la exclusión y divide a la sociedad, promueve la represión y aumenta los resentimientos sociales.

<sup>20</sup> Entrevista, *op. cit.*, nota 2.