

*¿Contraviene la Ley Transitoria de Emergencia
contra la Delincuencia y el Crimen Organizado
el Régimen Jurídico Especial del Derecho de Menores?*

Miguel A. Trejo Escobar

Magistrado de Menores

Luchemos por orientar una política criminal encaminada
hacia: "...un derecho penal mejor, mientras no encontremos algo
mejor que el Derecho Penal...". GUSTAVO RADBRUCH.

I. INTRODUCCION

Ante la combinación de factores y circunstancias que originan el alarmante incremento de la criminalidad, gravísimo problema que ha llevado a la sociedad salvadoreña a exigir una inmediata solución, el Gobierno ha decidido tomar como medida de política criminal urgente y especial¹, para el combate de ese flagelo, la "Ley Transitoria de Emergencia contra la Delincuencia y el

Crimen Organizado"² (en adelante, "Ley Transitoria de Emergencia"). Lo cuestionable de esta normativa es que, como medida política, se la presente ingenuamente como la panacea que resolverá el fenómeno de la delincuencia común y organizada³.

En cuanto a lo jurídico, el contenido de algunas disposiciones de la citada Ley han sido señaladas, en pronunciamientos públicos por instituciones gubernativas y ONG s, de estar en conflicto con varias

¹ No cabe duda que actualmente vivimos en un momento en el que se ha producido un aumento cierto de determinados delitos. Aunque, no existe un estudio objetivo que nos permita medir ese crecimiento y, con base en ello, promover acciones adecuadas que se funden en investigaciones empíricas sobre el fenómeno de la delincuencia. Frente al aumento cierto de determinados delitos se nos ha culturizado para dirigir la atención hacia la "solución penal", en verdad mucho de lo que se afirma equivocadamente sobre la criminalidad, en la mayoría de los casos no por mala fe, sino por falta de información apropiada y, a veces, hasta con decidida buena intención ha ido generando un

terrorismo informativo y un estado de alarma pública que hacen daño a la sociedad, que multiplican los problemas realmente existentes, y que han dado lugar a medidas también equivocadas de política criminal.

² La sociedad salvadoreña está reclamando "seguridad"; sin embargo, no es con la reducción de plazos, el incremento de penas y la creación de nuevas figuras delictivas, que caracterizan esta normativa, que la población podrá sentirse segura y protegida.

³ De la Ley sobresalen algunos aspectos de política criminal no muy afortunados que a continuación enunciamos: a) El uso precipitado del poder

normas de la Constitución de la República y de diversos Tratados internacionales suscritos y ratificados por El Salvador. Por tal motivo, resulta oportuno señalar que el objeto de este breve estudio estará limitado únicamente al análisis del Art. 22 de la "Ley Transitoria de Emergencia", el cual aparentemente ha ignorado importantes disposiciones constitucionales y de convenios internacionales que se refieren al Derecho de menores.

II. LA LEY TRANSITORIA DE EMERGENCIA CONTRA LA DELINCUENCIA Y EL CRIMEN ORGANIZADO: Y EL RÉGIMEN JURIDICO ESPECIAL DEL DERECHO DE MENORES.

1. El Punto de Partida

El Derecho, como es bien sabido, se fundamenta en principios que constituyen el

coercitivo del Derecho penal, que como es lógico suponer no ataca el fondo que genera el fenómeno criminal, haciendo un traslado de responsabilidad en la persecución del delito hacia el Órgano Judicial, el cual está urgido de radicales transformaciones para salir de la zozobra y el estancamiento en el que hoy se encuentra. b) Para lograr el cometido señalado, contrariamente a lo que suele creerse, no basta con legislar incoherentemente sobre materia penal sino que, por el contrario, se requieren abundantes recursos humanos, materiales y técnicos (tanto para la Policía y la Fiscalía como político-criminales. c) Pero, olvidando lo anterior, en El Salvador los desaciertos empiezan por soluciones simplistas. Una muestra de ello es la "Ley Transitoria de Emergencia" que ha iniciado un desorden legislativo de proporciones gigantescas que afectan el Estado de Derecho. Esta normativa que se amolda a las fluctuaciones de la opinión pública y a la actividad de grupos de presión, ha generado disposiciones en las que se consagran postulados sorprendentemente contradictorios y que sientan nefastos precedentes reñidos con los cánones del Derecho y de los ideales que inspiraron la

mejor punto de partida para iniciarse en su conocimiento⁴. Los principios cuando son normativos y contienen una naturaleza jurídico-penal muestran el punto de contacto entre el derecho penal positivo y la política criminal. De ello se infiere que los principios normativos de la naturaleza indicada sirven no sólo para determinar la orientación ideológica y funcional de un régimen jurídico penal, sino que decantan y formulan esa orientación, situación que se logra por medio de normas rectoras que, cuando la propia ley instituye, *expressis verbis*, son de carácter obligatorio y, por lógica consecuencia, vinculante. Más cuando esa expresión rectora está basada en normas de la Constitución o de alguna Convención o Tratado internacional.

Con base en lo dicho se deduce que el ejercicio del *iuspuniendi* del Estado, tanto para prevenir como para reprimir las acciones punibles, presenta límites no sólo

Constitución. d) Parece ser que de la noche a la mañana se ha tirado por la borda la Ley del Menor Infractor, desvertebrando la filosofía y dando curso a una desbocada represión. ¿El agravar las penas y aumentar el número de presos será la solución posible? La ecuación "más prisión igual menos delito", es totalmente falsa. Esto ha servido para centrar políticas criminológicas equivocadas con un sabor cuyo ingrediente principal es la represión. No otra cosa se desprende del contenido general de la Ley Transitoria de Emergencia contra la Delincuencia y el Crimen Organizado.

⁴ Aclaro que el concepto de principio al que hago referencia es al de la acepción que lo entiende como "pauta de organización", o sea, como sistema jurídico-normativo. El régimen jurídico especial en el caso del Derecho de Menores se erige a partir del mandato de una norma constitucional (Art. 35 Inc. 2o. Cn.), esto es vital porque influye no sólo en su interpretación filosófica, sino también porque determina el techo ideológico del sistema normativo como instrumento jurídico que debe regir el encauzamiento punitivo de los menores infractores.

constitucionales, sino también de Tratados o de Convenios internacionales, sobre todo cuando éstos han sido suscritos y ratificados por el Gobierno Salvadoreño sin reserva ninguna. Lo anterior implica que toda disposición jurídica o normativa ordinaria que se apruebe legislativamente debe tener como base y/o límite el respeto de la Constitución y demás leyes de la República que, como en el caso de los Tratados, dentro de la pirámide normativa interna, gozan de una jerarquía superior.

Pues bien, tanto en la Constitución como en Convenciones o Tratados internacionales es posible encontrar disposiciones claras y precisas que constituyen normas rectoras o directrices fundamentales de la política criminal sobre Derecho de menores. Por consiguiente, son esos principios contenidos en normas rectoras los que se convierten en el marco jurídico como punto de partida de un ordenamiento.

2. Las Reglas Especiales para Menores Infractores

El Capítulo IV, de la Ley Transitoria de Emergencia contra la Delincuencia y el Crimen Organizado, denominado “Reglas Especiales para Menores Infractores”, incorpora en el Art. 22 como “Regla General”, lo siguiente:

“Los Tribunales de Menores aplicarán las disposiciones penales de esta ley a aquellos que individualmente o en grupo cometieren los delitos contenidos en la presente Ley, y cuyas edades estuvieren comprendidas entre los catorce y los dieciocho años de edad sujetos a la Ley del Menor Infractor, de acuerdo con las siguientes reglas:

a) No procederá ningún tipo de conciliación en los delitos a que se refiere esta ley, excepto el hurto calificado;

b) La medida aplicable en los delitos contemplados en esta Ley, excepto el hurto calificado, será preferentemente la de internamiento, que se cumplirá en centros especiales diferentes de los de adultos; y,

c) En el caso de los incisos segundo y tercero del Art. 53 de la Ley del Menor Infractor, el plazo de conducción del menor al juez de menores competente, no excederá de setenta y dos horas. La Policía Nacional Civil, bajo la dirección del Fiscal General de la República, efectuará las diligencias de investigación.

Transcurrido dicho plazo la Fiscalía remitirá al menor al juez de menores respectivo, con certificación de las diligencias instruidas y continuará la investigación.

En todo lo demás se estará a lo establecido en la Ley del Menor Infractor”.

Las reglas especiales para menores infractores que acoge esta “Ley Transitoria de Emergencia”, en apariencia son únicas y no trascienden más allá de su contenido teleológico. Pero ello no es así, pese a que el inciso final del mismo artículo establece que: “En todo lo demás se estará a lo establecido en la Ley del Menor Infractor”. Y decimos que tal precepto mantiene una solapada y encubierta apariencia porque aun cuando es la única disposición cuyo acápite se refiere al Derecho de menores abarca y modifica la parte más sustancial del “régimen penal especial”, que debe regir tanto sustantiva como procesalmente el encausamiento de la conducta de los menores, en los siguientes aspectos: inflación punitiva, nuevas figuras delictivas, judicialización, institucionalización y modificación del procedimiento en cuanto a la detención administrativa. Vamos a referirnos lacónicamente a cada uno de ellos.

a) La Inflación Punitiva

Un aspecto que sobresale en este transitorio y urgente orden jurídico es el incremento de las penas, cuando en el inciso primero de la citada norma (Art. 22) se determina la posibilidad de aplicar a los menores las disposiciones penales de la referida Ley (léase Arts. 2, 3, 4 y 5), lo cual aparece, sin más, la aplicación de sanciones punitivas cuyas escalas han sido agravadas, convirtiéndose en penas que terminan por tener una naturaleza de sanciones fijas o determinadas, en tanto que la comisión de cualquier ilícito que regula tal normativa obliga a imponer la pena máxima que se señala para cada tipo penal en el Código penal aumentada en una tercera parte de ese límite.⁵

Por el contrario en el sistema de justicia de menores se hace incapie en la garantía de que cualquier respuesta a los menores

⁵ A tales efectos han sido señalados como "Delitos sujetos a esta ley" según el Art. 2, los siguientes: el homicidio doloso, el homicidio agravado y asesinato, Arts. 152, 153 y 154 Pn., respectivamente; lesiones graves, muy graves y mutilación, Arts. 171, 172 y 173 Pn., por su orden; violación propia, presunta, impropia y agravada, Arts. 192, 193, 194 y 195 Pn., respectivamente; raptó propio, Art. 200 Pn.; secuestro, Art. 220 Pn.; amenazas agravadas ¿!?!?, muy posiblemente este nomen iuris que no existe como tal en el Código penal haga relación a la agravante específica de los delitos de coacción (Art. 223 Pn.) y amenazas simples (Art. 224 Pn.) a que se refiere el Art. 225 Pn. como "Agravación Especial"; hurto calificado, Art. 238 Pn.; robo, Art. 241 Pn.; extorsión, Art. 257 Pn.; tenencia portación y conducción de armas de guerra, Art. 411 Pn.; enriquecimiento ilícito, Art. 447 Pn.; pculado, Art. 438 Pn.; negociaciones ilícitas, Art. 442 Pn.. cohecho pasivo y cohecho pasivo impropio, arts. 444 y 445, por su orden; y, organizaciones internacionales delictivas, Art. 494 Pn.. Para todos estos tipos penales, entonces, se establece ni más ni menos una pena determinada o fija.

delinquentes será en todo momento adecuada a las circunstancias del menor infractor y al delito. Con lo cual se da vigencia al "principio de proporcionalidad", que tiene como finalidad restringir las sanciones punitivas excesivamente severas. Dicho principio se expresa principalmente mediante la fórmula de que el autor ha de llevarse su merecido según la gravedad del delito. Por consiguiente, la respuesta a los jóvenes delinquentes no sólo deberá basarse en el examen de la gravedad del delito, sino también en circunstancias personales. Así, por ejemplo, su edad, su condición social, su situación familiar, el daño causado, etc., que han de influir en la proporcionalidad de la reacción. No debe olvidarse que el Derecho de menores se fundamenta en la eficacia, justicia y humanismo.

Ahora preguntémosnos ¿Cuál será la sanción que se aplicará a un menor que cometa por ejemplo un homicidio doloso? Si los tipos penales regulados en el Art. 2 de la "Ley Transitoria de Emergencia", contienen penas fijas. ¿Cómo establecerán los jueces de menores en caso de aplicar la medida de internamiento el Art. 15 Inc. 4o., de la Ley del Menor Infractor un término cuyo mínimo y máximo sean la mitad de un tipo penal que tiene una pena determinada? ¿En qué situación queda la Convención sobre los Derechos del Niño que, sin ignorar el principio de proporcionalidad, pregona porque en caso de aplicarse encarcelamiento o prisión sea "...durante el periodo más breve que proceda"? Estos interrogantes sólo quedarán despejados cuando se aplique la Ley a cada caso concreto.

b) Creación de Nuevas Figuras Delictivas.

Con la nueva "Ley Transitoria de Emergencia", se crean nuevos tipos penales



con penas también severas y prolongadas, contenidas en los Arts. 3 y 4 de la misma (agrupaciones delictivas y fraude procesal). De estas dos normas se advierte que la primera de esas figuras es un tipo penal que comprende la conducta de jóvenes pertenecientes a "maras".

la intervención penal por formas de resolución más civilizadas lográndose a través de las partes, dentro del marco normativo de la reconciliación.

c) La Judicialización como Regla General

La conciliación, que en materia de Derecho de menores puede realizarse administrativa como judicialmente, tiene como objeto, por una parte, reducir al mínimo posible la judicialización evitando el perjuicio que normalmente ocasiona el estigma de la intervención jurisdiccional a los menores infractores⁶. De otra parte, darle vigencia al principio de primacía de la víctima. En el sistema penal la posición de la víctima es hoy el centro de atención de la ciencia del Derecho penal. Este principio, implica entre otros aspectos, una política orientada a una amplia sustitución de sanciones de tipo represivo por otras de tipo conciliador o restitutivas de los bienes en los que la víctima tiene un papel protagónico. Puede decirse que el giro político criminal está en la privatización de los conflictos jurídico penales o en la "reapropiación de los conflictos por uno de sus protagonistas" la persona que ha sufrido la lesión en su bien jurídico. Con este giro están consideradas las posibilidades de sustituir

d) La Institucionalización como Preferente

Con la "Ley Transitoria de Emergencia", se establece normativamente el internamiento como medida preferente a cualquiera otra. Pese a que hoy en día ante las nefastas consecuencias de la prisionalización los criminólogos más avanzados abogan por el tratamiento fuera de los establecimientos carcelarios. Sobre todo por las múltiples influencias negativas que toda restricción de la libertad carcelaria ejerce inevitablemente sobre el individuo, sucediendo que los menores son especialmente vulnerables a las influencias negativas. Este es uno de los más serios argumentos por los que, para evitar en la medida de lo posible el confinamiento en establecimientos de privación de libertad, la autoridad judicial de menores tiene la flexibilidad de poder adoptar una diversidad de medidas diferentes a la del internamiento, las cuales se pueden aplicar alternativa, sucesiva o progresivamente.

Si antes la libertad era la norma general del menor procesado, ahora será todo lo contrario, pues se pretende encarcelarlo preferentemente. Con tal disposición desde la instancia legislativa se invierte un principio de una "Convención internacional sobre los Derechos del Niño vinculante erga omnes -el encarcelamiento debe ser la excepción- y, además, una actitud judicial que la Sala de la Constitucional del Máximo Tribunal de Justicia..." con base en Tratados internacionales ha venido sentando como jurisprudencia, al punto de convertirse en

⁶ Entonces con la restricción de la conciliación, que hace la nueva Ley, se torna nugatorio el doble efecto que permite tal institución, por una lado, como forma anticipada de terminación del proceso y, de otro, como alternativa de solución de los conflictos con gran participación del otro gran protagonista del hecho: la víctima.



pauta de política judicial del sistema punitivo⁷.

e) Modificación del Procedimiento en la Instancia Administrativa.

Con ello no sólo se modifica el procedimiento establecido, sino que se permite la ampliación de plazo de conducción del menor al juez competente. Especialmente si se toma en cuenta que la “Ley Transitoria de Emergencia”, se presta a una interpretación ambigua que trastoca lo establecido por la Constitución. En efecto, el Art. 22 Letra “c”, en su parte final establece: “Transcurrido dicho plazo (setenta y dos horas) la Fiscalía remitirá al menor al juez de menores respectivo...”, con lo cual la detención administrativa sobrepasaría el límite que la constitución ha fijado cuando en el Art. 13 Inc. 2o., dice: “La detención administrativa no excederá de setenta y dos horas, dentro de las cuales deberá consignarse al detenido a la orden del juez competente...”. O sea, dándole prioridad a la Constitución el menor debe ser consignado dentro de las setenta y dos horas de su detención y no transcurrido dicho plazo como lo señala la norma citada.

3. La Constitución de la República y los Convenios Internacionales.

Tomando en consideración algunos de los aspectos antes mencionados, y pese a que

de ello algo hemos anticipado, veamos como trascienden los mismos en la Constitución de la República para luego referimos a la Convención sobre los Derechos del Niño.

a) El Régimen Jurídico Especial que exige la Constitución.

De conformidad con la Constitución de la República cuando un menor ha cometido un hecho punible su conducta debe estar sujeta a un régimen jurídico especial, esto es, distinto del régimen jurídico punitivo que se aplica a las personas adultas, así lo expresa el Art. 35 Inc. 2o. Cn., cuyo tenor literal es el siguiente:

“La conducta antisocial de los menores que constituya delito o falta estará sujeta a un régimen jurídico especial”.

El tratamiento jurídico especial en materia de justicia penal de menores que dimana de la Constitución de la República descansa implícitamente en la filosofía del principio de igualdad, en tanto que no es posible ni se debe, material ni moralmente, aplicar a un menor, con todo rigor o a plenitud, la normativa penal prevista para las personas mayores, pues el menor en conflicto con la ley penal se encuentra en una situación jurídica social distinta, o sea, en una situación de desigualdad. Distinción que tiene varios parámetros pero que principalmente son: la corta edad, la aptitud, la capacidad y condiciones distintas⁸. Precisamente son esas

⁷ El fundamento de la libertad como regla general y el encarcelamiento como la excepción, esta no solo amparado por el Art. 9. 3., del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Politicos, que es ley de nuestra Republica, sino tambien por los constantes fallos de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia en materia de habeas corpus. Vease, para un ejemplo de ello a AMAYA, Salvador Enrique: “Comentando Jurisprudencia. Constitucion y Detencion Provisional”, en Divulgacion Juridica,

Comision Coordinadora para el Sector de Justicia, Unidad Tecnica Ejecutiva (U.T.E.), Año I, No. 6, San Salvador, Diciembre 1994.

⁸ Mediante precedentes internacionales que originaron la Convencion sobre los Derechos del Niño, se reconoce que la juventud, por constituir una etapa inicial del desarrollo humano, requiere particular atencion y asistencia para su desarrollo fisico, mental y social, y necesita proteccion juridica en condiciones de paz, libertad, dignidad y seguridad.

diferencias que subyacen en el espíritu de la Carta Magna las que se han tomado en cuenta para legislar el régimen jurídico especial, cuyo único e inequívoco objetivo es el de hacer justicia en materia de menores bajo un tratamiento diferente, que se traduce en tratar igual a lo que es igual y desigual a lo que es desigual. Principio de igualdad que se fundamenta, además, en el inciso primero del Art. 3 Cn.

Por consiguiente, si la Constitución ordena que a los menores que han delinquido se les aplique un régimen jurídico especial es, por un lado, porque con ello se plasma una nueva concepción doctrinal que recepta como principios rectores “la protección integral”, “el interés superior del menor”, “el respeto a sus derechos humanos”, “su formación integral” y “la reinserción en su familia y en la sociedad”, principios que son incompatibles con la idea de sometimiento del menor al Derecho penal común; y, de otro lado, porque la pena criminal aparece como una reacción inadecuada, severa y excesivamente violenta frente a quienes ocupan en la sociedad la posición más débil o vulnerable.

Hoy en día, se entiende que la pena no es el modo adecuado de tratar a niños o jóvenes en conflicto con la Ley penal, sino que para ellos se ha erigido un Derecho especial cuyo primordial carácter no es ser represivo, a tal punto esto es cierto que justamente por esa misma razón existe un abanico de medidas que se pueden imponer, las que tienen una finalidad primordialmente educativa, al propio tiempo que la imposición de las medidas no penden del arbitrio de los juzgadores por cuanto las mismas se aplican con un criterio científico que se expresa profesionalmente a través de un estudio psicosocial. En este dictamen técnico se funda la razón de ser de los equipos de especialistas multidisciplinarios (pedagogos,

psicólogos, trabajadores sociales y sociólogos) adscritos a los diferentes juzgados de menores. Nótese, entonces, que los menores pese a su corta edad -mayores de doce y menores de dieciocho años- son también destinatarios de la Ley penal, pero bajo una concepción distinta y sometidos a un “régimen especialísimo” ante una jurisdicción privativa que cuenta con autoridades y funcionarios especialmente calificados para ejercerla; descontando, por supuesto, que los menores de doce años de edad están por fuera del régimen jurídico especial y encomendados a la tutela administrativa del Instituto Salvadoreño de Protección al Menor, todo ello de conformidad con los Arts. 34 Inc. 2o., y 35 Inc. 2o., de la Constitución de la República.

Lo hasta aquí expuesto deja al descubierto que una de las transformaciones más hondas que ha experimentado en los últimos años el Derecho penal es la que se refiere al tratamiento de los menores que han infringido la Ley penal. Tan profunda ha sido la modificación, que hasta se ha comenzado a afirmar la autonomía del Derecho penal referido a los menores, el cual entra a formar parte de otra sistemática cuyo carácter es estrictamente especial, tal cual ha sido concebido constitucionalmente.

Por consiguiente, no es apropiado que un ley, como la aprobada recientemente,⁹ modifique el contenido filosófico que subyace en el “régimen jurídico especial” que es el espíritu del legislador constituyente. Así las cosas, no puede sino colegirse que el

⁹ Que no solo se caracteriza por ser una ley ordinaria por el órgano legiferante que la ha dictado, sino también mixta, por el contenido de normas sustantivas, tanto penales como administrativas, y procesales, tanto generales como especiales y, finalmente, caracterizada al mismo tiempo de ambigua al poder aplicarse a personas adultas y a menores de edad.

Art. 22 de la Ley a que hacemos referencia está evidenciando una contradicción con el régimen jurídico especial que establece el Art. 35 Inc. 2o. Cn.

b) La Jerarquía Superior de los Tratados sobre las Leyes Secundarias.

Este es un tema que se vincula al valor de un Tratado Internacional como fuente formal y que según el informe único de la Comisión que realizó el estudio del Proyecto de la Constitución vigente (Exposición de Motivos de la Constitución de 1983)¹⁰, los tratados tienen rango de ley desde el momento en que entran en vigencia, ésta es la tesis sostenida en la exposición de motivos de nuestra Constitución la cual establece: “el principio de que los tratados internacionales, una vez entren en vigencia conforme a sus mismas disposiciones y la Constitución, son leyes de la República”. Además expresa que “los tratados tienen una jerarquía superior a las leyes secundarias, sean estas anteriores o posteriores a la vigencia del tratado”, por lo que en caso de conflicto entre la Ley y el Tratado prevalecerá el Tratado. Estos principios quedaron plasmados en el Art. 144 que dice:

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

La ley no podrá modificar o derogar lo acordado en un tratado vigente para El

Salvador. En caso de conflicto entre el tratado y la ley, prevalecerá el tratado”.

c) La Convención sobre los Derechos del Niño

La Convención sobre los Derechos del Niño fue adoptada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas (O.N. U.) el día 20 de noviembre de 1989, y fue firmada y ratificada por El Salvador el 26 de enero y el 27 de abril de 1990, respectivamente. Al acoger la Convención el Gobierno salvadoreño reconoció que los niños tienen necesidades y derechos humanos que se extienden mucho más allá de los conceptos básicos de protección. Por otra parte, debe quedar claro que al ratificar una Convención, una Nación se declara dispuesta a comprometerse plenamente con sus disposiciones y a responder a la comunidad internacional en caso de no cumplirlas.

Del preámbulo de la Convención es preciso hacer notar que por medio del inciso décimo segundo se recuerda, a los Estados partes en la Convención, los principios fundamentales y las disposiciones precisas de algunos tratados y declaraciones relativos a los derechos de los niños que precedieron como fuentes para su elaboración, especialmente lo dispuesto en las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores, mejor conocidas como “Reglas de Beijing”¹¹, que constituye uno de los documentos

¹⁰ Para abrdar en este punto vease el: “Informe Unico, Comisión de Estudio del Proyecto de Constitución, (Exposición de Motivos), El Salvador, Asamblea Constituyente”. Talleres Gráficos de la Corte Suprema de Justicia, San Salvador, 1991, p. 65.

¹¹ Estas reglas fueron recomendadas para su adopción por el Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Milán del 26 de agosto al 6 de septiembre de 1985, y adoptadas por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas (O.N.U.), en su resolución 40/33, de 29 de noviembre de 1985.

internacionales por el cual se convino la suscripción de la “Carta Magna” de los Derechos del Niño.

La Convención reconoce al niño como un individuo y consecuentemente establece en materia de justicia de menores nuevos horizontes al reconocer a los jóvenes en conflicto con la ley penal no sólo los derechos que generalmente se reconocen a las personas mayores de edad, sino que va más allá al reconocer otros que se inspiran en el interés superior del niño.

Según el Art. 37 en los literales b) y d) de la Convención sobre los Derechos del Niño, se dispone que por su orden lo siguiente:

“Los Estados Partes velarán por que:

- b) Ningún niño sea privado de su libertad ilegal o arbitrariamente. La detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevará a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda”;
- “d) Todo niño privado de su libertad tendrá derecho a un pronto acceso a la asistencia jurídica y otra asistencia adecuada, así como derecho a impugnar la legalidad de la privación de su libertad ante un tribunal u otra autoridad competente, independiente e imparcial y a una pronta decisión sobre dicha acción”

Por otra parte en el Art. 40. In fine de ese mismo instrumento jurídico internacional se regula lo siguiente:

“Se dispondrá de diversas medidas, tales como el cuidado, las órdenes de orientación y supervisión, el asesoramiento, la libertad vigilada, la colocación en hogares de guarda, los programas de enseñanza y formación profesional, así como otras posibilidades alternativas a la internación en instituciones, para asegurar que los niños sean tratados de

manera apropiada para su bienestar y que guarde proporción tanto con sus circunstancias como con la infracción”.

Con base en lo anterior y con relación a las reformas introducidas por la “Ley Transitoria de Emergencia”, en el Capítulo IV que determina las Reglas Especiales Para Menores Infractores contenidas en el Art. 22, se pueden hacer las siguientes consideraciones:

En primer lugar, en virtud de la introducción en la Ley de la regla que establece que la medida aplicable en los delitos contemplados en la misma, excepto el hurto calificado, sea preferentemente la de internamiento Art. 22 letra b), contraviene la Convención cuando la misma establece que: “La detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño (...) se utilizará tan sólo como medida de último recurso (...)”, Art. 37 Inc. 1o. letra b); asimismo contraviene el Art. 40 In fine el cual en lo pertinente dispone: “Se dispondrá de diversas medidas, tales como (...) así como otras posibilidades alternativas a la internación en instituciones”. Nótese que subliminalmente el adverbio “preferentemente”, que el legislador ha utilizado en el Art. 22 de la citada ley, trae consigo una eficacia práctica u objetiva, en tanto que indica prelación, o sea, elección de algo por preferencia entre varios, es decir, primacía que algo tiene sobre otra cosa y en cuanto el verbo que lo precede “será” es más que obvio que está en imperativo. Esta circunstancia implica que el juzgador no tiene otra medida cautelar de naturaleza personal diferente a la privación de la libertad del menor procesado, como medida aplicable a los delitos contemplados en la “Ley Transitoria de Emergencia”, lo cual hace nugatorio que el internamiento sea utilizado “...tan sólo como medida de último recurso”. O sea, que haciendo una lectura al revés de esa norma queda claro que preferentemente

no deben utilizarse "otras posibilidades alternativas a la internación en instituciones". De ello se colige sin mayor esfuerzo que la "Ley Transitoria de Emergencia" está modificando un tratado vigente para El Salvador. Por consiguiente, existe un claro conflicto entre la "Ley Transitoria de Emergencia" con la Convención, por lo que al tenor del Art. 144 Cn., en estos supuestos debe prevalecer la Convención sobre la Ley¹².

d) Cuadro Comparativo.

A los efectos de poder apreciar adecuadamente parte de lo que hemos apuntando resulta útil un cuadro comparativo entre las normas de la "Ley Transitoria de Emergencia" y lo dispuesto en la Ley del Menor Infractor y la Convención sobre los Derechos del Niño.

III. CONCLUSIONES

La "Ley Transitoria de Emergencia" ha provocado un grave trastorno en la Ley del Menor Infractor, que al menos estaba decantando con mucha eficacia en su aplicación y ejecución¹³. Por lo que resulta

¹² En consecuencia la medida cautelar de naturaleza personal consistente en el internamiento aplicable a los menores debe ser una medida siempre de último recurso. Ello se afirma con base en los Arts. 37 y 40 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

¹³ Basta para afirmar lo dicho analizar objetiva e imparcialmente los datos estadísticos que contiene el estudio realizado por la Oficina Coordinadora de Equipos Multidisciplinarios, de la Ley del Menor Infractor (OCEM-L.M.I.), en el seguimiento que realizó sobre la aplicación y ejecución de la Ley del Menor Infractor, para mayores detalles vease el: "Informe del Primer Aniversario de la Jurisdicción del Menor", Organismo Judicial, Corte Suprema de Justicia, Comisión del Menor, San Salvador, Marzo de 1996.

paradójico que se la tilde de ser fuente de infortunios de la criminalidad, cuando la crisis que vive la sociedad salvadoreña por el auge delincencial, no depende de las características normativas de la Ley del Menor Infractor, cuanto sí de muchos otros factores¹⁴.

La legislación de emergencia, ha convulsionado la lógica de la Ley del Menor Infractor y perjudicado gravemente sus expectativas, lo que debería ser materia de mayor reflexión para una Nación que como la nuestra está fortaleciendo el Estado de Derecho. Pues no resulta lógico hacer leyes humanitarias, para que de la noche a la mañana se queden como letra muerta en el papel, mientras se dictan reformas penales con amargo sabor represivo.

Ante estas situaciones cabe formularse los siguientes interrogantes: ¿En adelante se seguirá sometiendo al vaivén de la opinión pública una política criminal, para introducir

¹⁴ Muchas veces lo que se ha pretendido es destacar algunos obstáculos en la aplicación de la Ley del Menor Infractor, como sinónimo de causas que generan la delincuencia de menores, lo que de por sí es absurdo. Lo que debe hacerse es potenciar algunas áreas que harían más efectiva la Ley del Menor Infractor. Así, por ejemplo, fortalecer los medios de investigación policial; dar más apoyo moral y material a la Fiscalía tomando en cuenta el nuevo papel que tiene que desempeñar en la fase preparatoria de la investigación; darle efectivo cumplimiento a las órdenes de localización dimanadas de los juzgados de menores; generar un adecuado sistema de programas en los regímenes de internamiento para menores y de igual manera hacerlo para los jóvenes que se encuentran cumpliendo otro tipo de medidas; activar ante la notoria ausencia, una política de prevención juvenil, utilizando alternativamente mecanismos educativos y recreativos de sano esparcimiento, en el diseño de esta política es imprescindible que se involucre el sector de educación y la municipalidad en cada una de las poblaciones de nuestro país.

	“Ley Transitoria de Emergencia”	Ley del Menor Infractor	Convención Derechos del Niño.
Prioridad de la Medida de Internamiento.	“La medida aplicable en los delitos contemplados en esta ley (...) será preferentemente la de internamiento...”. Art. 22 Inc. 1o. Letra “b”.	“El internamiento constituye una privación de libertad que el Juez ordena excepcionalmente, como última medida...”. Art. 15 Inc. 1o.	“...el encarcelamiento o la prisión de un niño (...) se utilizará tan sólo como medida de último recurso...”. Art. 37 Inc. 1o. letra “b”.
Duración del Internamiento.	“Los Tribunales de Menores aplicarán las disposiciones penales de esta ley...”. Art. 22 Inc. 1o. “Las penas por los delitos antes mencionados (...) aumentadas en una tercera parte de su límite máximo...”. Art. 2 Inc. 2o.	“...el internamiento hasta por un término cuyos mínimo y máximo, serán la mitad de los establecidos con pena de privación de libertad en la legislación penal (...). En ningún caso la medida podrá exceder de siete años”. Art. 15 Inc. 4o.	“...la prisión de un niño (...) se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el periodo más breve que proceda...”. Art. 37 Inc. 1o. Letra “b”.
Procedencia de la Conciliación.	“No procederá ningún tipo de conciliación en los delitos a que se refiere esta ley, excepto el hurto calificado”. Art. 22 Letra “a”.	“Admiten conciliación todos los delitos o faltas, excepto los que afecten intereses difusos de la sociedad”. Art. 59 Inc. 1o.	“...Siempre que sea apropiado y deseable, la adopción de medidas para tratar a esos niños sin recurrir a procedimientos judiciales...”. Art. 40 Inc. 3o. letra “b”.
Procedimiento en la Detención Administrativa.	“...el plazo de conducción de un menor al juez de menores competente, no excederá de setenta y dos horas (...) Transcurrido dicho plazo la Fiscalía remitirá al menor al Juez de menores respectivo, con certificación de las diligencias instruidas y continuará la investigación”. Art. 22 letra “c”.	“La autoridad que privare de su libertad a un menor infractor en flagrancia (...) deberá dentro de las seis horas siguientes, conducirlo a los lugares establecidos para el resguardo, a la orden de la Fiscalía General de la República (...) La Fiscalía (...) dentro de las 72 horas siguientes incluidas las indicadas en el inciso anterior, lo remitirá al juez...”. Art. 53 Inc. 2o. y 3o.	“Que la causa será dirimida sin demora por autoridad u órgano judicial competente...”. Art. 40 Inc. 2o., letra “b”, Romano III.

modificaciones a la legislación penal? ¿Qué va a pasar con los Códigos Penal y Procesal Penal y con la Ley Penitenciaria que están en estudio en la Asamblea Legislativa y cuyo trabajo se miraba con interés por los estudiosos de las ciencias penales? ¿La política criminal estará centrada en la represión y la deshumanización del Derecho penal?

Finalmente nos resta indicar que la Constitución de la República se aplica siempre de forma directa cuando los tribunales ordinarios interpretan la ley penal a través de las sentencias¹⁵. También la Constitución es fuente indirecta o negativa del Derecho Penal, porque si bien no crea figuras delictivas, al interpretarla conforme a su espíritu, puede determinar

la inaplicación de una ley anticonstitucional¹⁶.

Según nuestro ordenamiento constitucional la inaplicación de una ley penal, por ejemplo, en virtud de ser anticonstitucional puede llevarse a cabo por los Tribunales ordinarios, presupuesto que sólo alcanza el asunto enjuiciado y que únicamente debe hacerse en casos muy claros. Con base en las razones expuestas, cualquier Tribunal de menores puede en uso de la facultad conferida en el Art. 185 de la Constitución y mediante una interpretación razonada, declarar inaplicable cualquiera de los incisos o literales del Art. 22 de la “Ley Transitoria de Emergencia”, en cada caso concreto, si se considera que dicha normativa vulnera la Constitución.

¹⁵ Los tribunales no pueden dejar de aplicar una ley por sí, puesto que de hacerlo en esa forma se vulneraría el principio de división de poderes. La actitud jurisdiccional debe ser coherente con lo normado en la Constitución al mantener la regla por la cual se establece que todo acto o ley es constitucional hasta que no se declare su inconstitucionalidad.

¹⁶ La interpretación de las normas de la Constitución debe ser viviente y se debe caracterizar por ser práctica. La interpretación que hace el juez tiende a resolver casos concretos, no es pues una interpretación académica o científica, es funcional en el sentido de resolver problemas que se suscitan cotidianamente, por otra parte debe ser creativa, para despedir aquellas normas confusas, ambiguas o contradictorias, caso en los que se debe preferir un texto normativo a otro.