

Revista Derecho

*Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales
Universidad de El Salvador*

NÚMERO IV

Noviembre de 2020



Revista Derecho

El Salvador, noviembre de 2020

Revista Derecho

Autoridades universitarias

Rector

Msc. Roger Armando Arias

Vicerrector Académico

PhD. Raúl Azcúnaga

Vicerrector Administrativo

Ing. Juan Rosa Quintanilla

Secretario General

Ing. Francisco Alarcón

Fiscal General

Lic. Rafael Humberto Peña Marín

Defensor de los Derechos Universitarios

Lic. Luis Antonio Mejía Lipe

Secretario de Comunicaciones

Msc. Douglas Antonio Hernández Miranda

Secretaria de Asuntos Académicos

Ing. Carlos Ernesto Vargas Ramos

Revista Derecho

Universidad de El Salvador

Facultad de Jurisprudencia
y Ciencias Sociales

Escuela de Ciencias Jurídicas

Noviembre 2020

Directora de la Revista:

Dra. Evelyn Beatriz Farfán Mata

Consejo Editorial:

Mcp. Evelin Patricia Gutiérrez Castro

Licda. Odaly Lissette Sánchez de Rodríguez

Revisores:

Msc. Milton Hernán Kees

Argentina

Msc. Octavio Adán Nájera Hernández

México

Msc. Wilfredo Antonio Jovel González

El Salvador

Traductora:

Tec. Ana Elizabeth López Lazo

ISSN:

En trámite



*Diagramado en Imprenta Universitaria
Universidad de El Salvador*

*Unidad de Investigación de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales
de la Universidad de El Salvador. Final 25 Av. "Mártires Estudiantes del 30 de julio".*

Ciudad Universitaria. San Salvador. El Salvador.

Tel. 2511-2000 ext. 6526

Dirección electrónica: investiga.ues.jcs@gmail.com

REVISTA DERECHO

Autoridades de la Facultad de
Jurisprudencia y Ciencias Sociales

Junta Directiva

Decana

Dra. Evelyn Beatriz Farfán Mata

Vice Decano

Dr. Edgardo Herrera Pacheco Medrano

Secretaria

Licda. Digna Reina Contreras de Cornejo

Representantes Docentes

Propietarios

Mcp. Luis Eduardo Ayala Figueroa

Dr. Henry Alexander Mejía

Suplentes

Dr. Luis Alonso Ramírez Menéndez

Lic. David Omar Molina Zepeda

Representantes Estudiantiles

Propietarios

Br. Rudy Aristides Pérez Márquez

Br. Rubio Edenilson Barahona Molina

Representantes sector Profesional no Docente

Propietarios

Lic. Noel Hussein Hernández Galdámez

Lic. Carlos Alberto Méndez Arita

Suplentes

Licda. Norma Gloria Cáceres Navas

Lic. Raúl Roberto Santillana Echeverría

Responsables de Unidades

Director de la Escuela de Ciencias Jurídicas

Msj. Hugo Dagoberto Pineda Argueta

Director de la Escuela de Relaciones Internacionales

Mfe. Nelson Ernesto Rivera Díaz

Jefe del Departamento de Derecho Penal

Dr. Armando Antonio Serrano

Jefe del Departamento de Derecho Privado y Procesal

Lic. Jorge Alonso Beltrán

Jefe del Departamento de Derecho Público

Dr. Luis Alonso Ramírez Menéndez

Jefe del Departamento de Ciencias Políticas y Sociales

Licda. Alma Dinora Aguirre

Administrador Académico

Ing. Danny William Gutiérrez Recinos

Administrador Financiero

Sr. José Ángel Pérez Espinoza

Jefa de la Unidad de Planificación

Licda. Luz Polanco

Jefa de Biblioteca

Sra. Alejandrina Martínez Meza

Jefe de servicios Generales

Serafín López Chicas

Unidad de Comunicaciones

Ing. Mauricio Mejía

Coordinador Unidad de Posgrado

Dr. José Miguel Vásquez López

Coordinador de Proyección Social

Lic. Reinaldo Chávez Martínez

Coordinador del Socorro Jurídico

Licda. Ammi Raquel Martínez Delgado

Unidad de Investigación

Mcp. Evelin Patricia Gutiérrez Castro

Licda. Odaly Lissette Sánchez de Rodríguez

Coordinador de la Unidad de Docencia y Desarrollo Curricular

MEd. Rubén Antonio Solórzano Treminio

Coordinadora de la Unidad de Servicios Informáticos

Ing. María Mercedes Lara

Directora General de Procesos de Graduación

Msc. Diana del Carmen Merino de Sorto

Contenido

Presentación	11
<i>Dra. Evelyn Beatriz Farfán Mata</i>	

ARTÍCULOS

La impunidad derivada de la prescripción de la acción civil en los casos de enriquecimiento sin causa en El Salvador: un análisis desde la perspectiva del Derecho Internacional de los Derechos Humanos	17
<i>Irvin Paolo Umanzor-Umanzor</i>	

Introducción.....	19
I. Antecedentes históricos del enriquecimiento sin causa	20
II. Breves nociones sobre el enriquecimiento sin causa.....	23
III. El enriquecimiento sin causa en El Salvador.....	24
IV. El enriquecimiento sin causa como acto de corrupción y su vínculo con los Derechos Humanos.....	31
V. Impunidad y prescripción desde la perspectiva de los Derechos Humanos	35
VI. La excepción de inconveniencia como herramienta protectora de Derechos Humanos	39
Conclusiones	42

El Proceso de Independencia de Cataluña: una perspectiva desde el Derecho Constitucional y el Derecho Internacional	45
<i>Juan Gabriel Espejo Ceballos</i>	

Introducción.....	47
I. La autonomía catalana en el marco constitucional de España	48
II. El movimiento de independencia catalán.....	57
III. La independencia de Cataluña a la luz del derecho internacional	69
Conclusiones	79

Expansión del derecho penal, delincuencia y delitos contra el orden socioeconómico.....	81
<i>José Miguel Saravia Dueñas</i>	

Introducción.....	83
I. El autor del delito socioeconómico.....	84
II. Los delitos contra el orden socioeconómico.....	87
III. Bien jurídico protegido	91
IV. Derecho penal y globalización	94
V. El Salvador y la esfera global de los delitos contra el orden socioeconómico	96
Conclusiones	98

Generando Bases Fundamentales para la Introducción de Instrumentos o Mecanismos de Justicia Contractual en el Derecho Privado Salvadoreño 99

Miguel Ángel Veliz Pineda, Jessica María Trejo Brizuela
y Karen Alejandra Beltrán Machón

Introducción.....	101
Conclusiones.....	130
Recomendaciones.....	133

ESTUDIOS

Estudio histórico - jurídico de la participación política de las mujeres en centroamérica a nivel de gobiernos locales con énfasis en la elección de alcaldesas 139

Salvador Asencio y Karen Valle

Introducción.....	142
I. Comparación centroamericana de la regulación jurídica sobre el derecho a elegir e integrar cargos de elección popular	144
II. La regulación jurídica sobre el derecho a elegir e integrar cargos de elección popular. Caso salvadoreño	156
Conclusión.....	176

PONENCIAS

Justicia contractual y constitucionalización del derecho privado en los procesos recodificatorios 181

Hugo Dagoberto Pineda Argueta

Abreviaturas para la lectura	183
Introducción.....	183
I. Nuevo Ordenamiento Jurídico Administrativo en El Salvador	127
II. Del Derecho de los Administrados a relacionarse con la Administración Pública por Medios Tecnológicos en la LPA.....	186
III. Del Derecho de los Administrados a relacionarse con la AP por medios tecnológicos en otras Leyes Administrativas	192
IV. Del Derecho de los Administrados a relacionarse con la AP por Medios Electrónicos en Leyes de Reciente Data.....	195
V. A manera de colofón.....	196
Conclusiones	129

Derecho al agua en El Salvador 199

José Miguel Vásquez López

Introducción.....	201
I. Contextualización de la situación del agua desde la óptica de Organismos de Derechos Humanos.....	202
II. Acercamiento Jurídico Conceptual del Derecho al Agua desde la visión de los Derechos Humanos	205
III. Reconocimiento Jurisprudencial del Derecho al Agua como Derecho Implícito en El Salvador.....	207
IV. Propuestas de reconocimiento explícito del Derecho al Agua en la Constitución de 1983	209
Conclusiones	212

PRESENTACIÓN

Presentación

*Dra. Evelyn Beatriz Farfán Mata
Decana
Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales
Universidad de El Salvador*

Para finalizar este año dos mil veinte, es un gusto como Decana de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales, presentar la Revista Derecho en su cuarta edición en un formato digital, ya que la difusión del conocimiento académico, debe buscar nuevos rumbos para ser promovida y socializada con la comunidad estudiantil y de profesionales del derecho, no solo a nivel nacional, sino que ahora a nivel internacional, con el acceso abierto de las nuevas tecnologías de publicación.

La Revista Derecho se ha proyectado como una oportunidad para que estudiantes, docentes y profesionales del derecho desarrollen su potencial de investigación y aporten nuevos conocimientos que permitan abrir el debate público de temas de interés, esta edición cuenta con cuatro artículos académicos, un estudio histórico-jurídico y dos ponencias de docentes destacados de nuestra Facultad; las cuales, enriquecen el conocimiento jurídico de los lectores de la Revista.

Respecto a los artículos académicos, el primero de ellos denominado “La impunidad derivada de la prescripción de la acción civil en los casos de enriquecimiento sin causa en El Salvador: Un análisis desde la perspectiva del Derecho Internacional de los Derechos Humanos” es realizado por un estudiante de nuestra Facultad, el Br. Irvin Paolo Umazor-Umazor, el autor realizó su

investigación en el Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL), con su base en Costa Rica, lo cual permitió que el artículo tuviese un panorama de Derechos Humanos en su contenido, mostrando una arista diferente sobre el enriquecimiento sin causa como acto de corrupción, que es fuente generadora de impunidad.

El segundo de los artículos que se presenta es “El Proceso de Independencia de Cataluña: Una perspectiva desde el Derecho Constitucional y el Derecho Internacional”, del maestro Juan Gabriel Espejo Ceballos, autor mexicano, miembro del servicio Exterior Mexicano y especialista en Derecho Internacional Público; el artículo presenta un resumen de la situación actual de Cataluña en su lucha por la independencia, con un sustento bibliográfico que permite ampliar el tema, mostrando el movimiento de independencia catalán y una perspectiva a la luz del Derecho Internacional.

El tercer artículo de la Revista, denominado “Expansión del Derecho Penal, Delincuencial y Delitos contra el Orden Socioeconómico”, del autor José Miguel Saravia Dueñas, profesional graduado de esta Facultad de la Maestría en Derecho Penal Económico, enfoca la magnitud de estos nuevos delitos de orden económico y la necesidad de su estudio; por lo cual presenta una mirada hacia los delitos contra el orden socioeconómicos, que amplía el panorama para los que se interesan en el conocimiento de esta materia, tocando temas importantes como la globalización y la postura del Derecho Penal frente a estos delitos.

Finalmente, el último de los artículos académicos presentado es realizado por tres graduados con honores de la Facultad, los licenciados Miguel Ángel Veliz, Jéssica María Trejo y Karen Alejandra Beltrán, denominado “Generando Bases Fundamentales para la Introducción de Instrumentos o Mecanismos de Justicia Contractual en el Derecho Privado salvadoreño”, el cual muestra una revisión histórica de dos de los principios sobre los que se estructura el Derecho de los Contratos, para introducirnos al tema principal “La Justicia Contractual”. El artículo brinda argumentos sobre el nuevo rol del Juez en este nuevo sistema, presentando referencias a las posturas que promueven la

moralización del Derecho Privado; finalmente nos dan una mirada al tema en el derecho salvadoreño, dando conclusiones académicas muy enriquecedoras.

Al interior de la Revista se presenta un Estudio Académico de dos estudiantes de la Licenciatura en Ciencias Jurídicas los Br. Salvador Asencio y Karen Valle, denominado “Estudio histórico-jurídico de la participación política de las mujeres en Centroamerica a nivel de gobiernos locales con énfasis en la elección de alcaldesas”, iniciando por una descripción histórica del voto de la mujer en Centroamerica, que es enriquecida con una visión comparada respecto a los países centroamericanos, en lo referente al nivel de participación de las mujeres en los gobiernos locales, finalizando con el caso salvadoreño e enriqueciéndolo con datos estadísticos para el lector.

Finalmente la Revista cuenta con dos ponencias de destacados profesores de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales, la primera, impartida por el Msc. Hugo Dagoberto Pineda Argueta, actual Director de la Escuela de Ciencias Jurídicas denominada “La Utilización de los medios tecnológicos, un nuevo derecho de los administrados: Validez y eficacia”, presentada en el marco de la XII Jornadas de Derecho Administrativo Iberoamericano, en la Coruña, España; y la segunda ponencia denominada “Derecho al Agua en El Salvador”, por el Dr. José Miguel Vásquez López, Jefe de la Unidad de Estudios de Posgrados, presentada en el Primer Congreso de Salud y Medio Ambiente: Hacia una Universidad saludable de la Universidad de El Salvador en el año dos mil diecinueve, todo en el marco del esfuerzo universitario por el reconocimiento al Derecho al agua en el país.

Es así como esta edición de la Revista pone en alto el contenido académico de los diversos sectores de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales, junto a los aportes de profesionales extranjeros, que vienen a dar nuevas perspectivas del derecho y a incrementar el debate académico tan necesario en nuestras universidades y en el ámbito profesional del Derecho, es así que es un gusto presentar para este año la Revista que sin duda, será un instrumento valioso para la comunidad jurídica.

ARTÍCULOS

“LA IMPUNIDAD DERIVADA
DE LA PRESCRIPCIÓN DE LA
ACCIÓN CIVIL EN LOS CASOS
DE ENRIQUECIMIENTO SIN
CAUSA EN EL SALVADOR:
Un análisis desde la perspectiva del Derecho
Internacional de los Derechos Humanos”

Irvin Paolo Umanzor-Umanzor

LA IMPUNIDAD DERIVADA DE LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN CIVIL EN LOS CASOS DE ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA EN EL SALVADOR: Un análisis desde la perspectiva del Derecho Internacional de los Derechos Humanos

Irvin Paolo Umanzor-Umanzor

RESUMEN

El artículo presenta de manera breve y concisa una descripción de la figura del enriquecimiento sin causa como vertiente de la corrupción y la relación que ésta tiene entre la impunidad, derechos humanos y prescripción, tomando como base los criterios dados a la luz del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en América. La investigación fue realizada de manera bibliográfica, producto de una estancia de investigación en el Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL) con sede en San José, Costa Rica. Los hallazgos de la investigación determinan que existen criterios y obligaciones emitidos por los órganos competentes en materia de Derechos Humanos en pro de la defensa de lo establecido por la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) que determinan que la prescripción es generadora de impunidad y que ante los pronunciamientos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en temas de corrupción, estos pueden ser aplicados de forma proporcional a la prescripción de la acción civil en los casos de enriquecimiento sin causa en El Salvador al que refiere el artículo 240 inciso final de la Constitución, mediante el uso interpretativo de la inconveniencia como herramienta protectora de Derechos Humanos.

PALABRAS CLAVES: Corrupción – Impunidad – Prescripción – Enriquecimiento sin causa – Derecho Internacional de los Derechos Humanos – Obligaciones de los Estados – Excepción de Inconveniencia.

THE IMPUNITY ARISING FROM THE PRESCRIPTION OF CIVIL ACTION IN CASES OF ENRICHMENT WITHOUT CAUSE IN EL SALVADOR: An analysis from the perspective of International Human Rights Law

By Irvin Paolo Umanzor-Umanzor

ABSTRACT

The article briefly and concisely presents a description of the figure of enrichment without cause as a source of corruption and its relationship between impunity, human rights and prescription, based on the criteria given in light of the International Law of Human Rights in America. The research was carried out in bibliographic form, product of a research stay at the Center for Justice and International Law (CEJIL) based in San José, Costa Rica. The research findings determine that there are criteria and obligations issued by the competent bodies about human rights for the defense of the provisions of the American Convention on Human Rights (CADH) that determine the prescription is generating impunity and before the pronouncements of the Inter-American Commission on Human Rights (IACHR) in matters of corruption, these may be applied proportionally to the prescription of civil action in cases of enrichment without cause in El Salvador referred to the final paragraph in article 240 of the Constitution, through the interpretative use of inconvenience as a protective tool for Human Rights.

KEYWORDS: Corruption - Impunity - Prescription - Enrichment without cause - International Human Rights Law - Obligations of States - Exception of Unconventionality.

La impunidad derivada de la prescripción de la acción civil en los casos de enriquecimiento sin causa en El Salvador: un análisis desde la perspectiva del Derecho Internacional de los Derechos Humanos

Irvin Paolo Umanzor-Umanzor¹

Introducción.

El artículo representa un esfuerzo por estudiar de forma amplia el enriquecimiento sin causa en El Salvador, tomando como base que académicamente, dicho fenómeno ha sido poco abordado, teniendo como únicos precedentes de estudio una tesis doctoral de 1973 y recientemente una tesis de grado de la cual el autor de este artículo tiene la calidad de coautor; situación por la cual, denota la importancia de describir el fenómeno y abordar la temática desde múltiples enfoques, en específico los derechos humanos.

La figura del enriquecimiento sin causa en virtud de ser poco abordada ha sido indiscriminadamente confundida con el enriquecimiento ilícito de carácter penal, de hecho, la ley especial en la materia confunde y lo denomina

1 Egresado de Licenciatura en Ciencias Jurídicas de la Universidad de El Salvador; se ha desempeñado como empleado interino desde el año 2016 en el Juzgado Segundo de Instrucción de Santa Tecla, llegando a desempeñar el cargo de Colaborador Judicial. También es coautor de la Tesis de grado titulada “*El enriquecimiento sin causa de los funcionarios y empleados públicos y la acción de restitución en los empleados y funcionarios públicos que no administran bienes del Estado*”.

como enriquecimiento ilícito a este tipo de enriquecimiento, el cual no nace de la ilicitud sino de la falta de la justificación legal, pero no por ello, deja de ser un acto de corrupción.

Teniendo claro que el enriquecimiento sin causa es una de las vertientes de la corrupción y ante los recientes pronunciamientos de entidades del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) sobre corrupción e impunidad, el presente artículo tiene como propósito, -previa descripción concisa del fenómeno propuesto-, establecer una aproximación a la necesidad de adopción y la efectiva puesta en marcha de las recomendaciones y obligaciones establecidas por la CIDH y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en cuanto a la corrupción y la impunidad, en la que se ven estos casos en América con la intensidad que esta última no siga perpetuándose en el tiempo.

Asimismo, considerando lo anterior, se propone el uso de la excepción de inconvencionalidad que puede aplicarse como mecanismo interpretativo al plazo de prescripción al que refiere la Constitución de El Salvador en su artículo 240 inciso final, considerando el principio de Derecho Internacional Público, “pacta sunt servanda”, y con fundamento del control de convencionalidad que emerge de los artículos 1.1, 2 y 29 de la CADH, sobre el compromiso de respetar los Derechos Humanos por parte de los Estados y a la obligación que tienen estos de adoptar medidas que los garanticen el pleno goce y ejercicio de dichos derechos.

I. Antecedentes históricos del enriquecimiento sin causa

A lo largo de la historia, el Derecho Romano en su afán de regir los fenómenos jurídicos que acontecían entre la ciudadanía de la Antigua Roma, creó y estableció una diversidad de instituciones jurídicas que al día de hoy sirven

de base para el derecho contemporáneo. Dentro de esas bases se encuentran instituciones que actualmente siguen teniendo una aplicación concreta y que han sido depuradas, desarrolladas y adaptadas por los estudiosos del Derecho a las necesidades sociales, económicas, políticas y jurídicas de aquel entonces hasta nuestro tiempo, tal es el caso de la acción de enriquecimiento sin causa.

Para los antiguos romanos el enriquecerse sin causa era considerado como una responsabilidad civil que nacía de una obligación cuasicontractual, es decir, el incremento de un patrimonio a expensas de otro que disminuye, sin que exista una justificación legal del primero, así pues ante tal problemática, éstos consideraron la creación de remedios a los cuales denominaron *Condictios*, cuya concepción etimológica denota el significado de intimación, porque proviene de la palabra *condicere* que en latín significa intimar. Esta intimación consistía en que el actor le hacía al demandado una intimación sin solemnidad alguna, para que comparezca ante el magistrado que conocía la causa;² su finalidad era la restitución del patrimonio desplazado.

Así pues, considerando que no todos los desplazamientos patrimoniales se debían a una misma causa, el Derecho casuista y contrario a las abstracciones no contempló la necesidad –y por ende, no receptó– un principio general en la materia: el de que toda persona cuyo patrimonio recibiera un incremento sin causa justificada tendría que devolverlo en favor de aquella otra que se había empobrecido; y tampoco otorgó una acción general para todos los casos en que se diese dicha circunstancia, sino que ante situaciones concretas se fueron concediendo distintas acciones, a cada una de las cuales se le daba el nombre indicativo de la hipótesis a que respondía, surgiendo así condiciones como la *Condictio indibiti* o pago por error, entre otras dentro de las que se encontraba la *Condictio Sine Causa*, la cual era para enriquecimientos sin causa y procedía específicamente para aquellos enriquecimientos injustificados que no encajaban en las demás *Condictios* establecidas.³

2 Julio Bastidas Aguirre, *El enriquecimiento injustificado* (Quito: Universidad de Quito, 1940), 8.

3 José Manuel Lete del Río, *Derecho de Obligaciones*, 3ª ed. (Madrid: Tecnos, 1998), 173.

Teóricamente el enriquecimiento sin causa se comienza a documentar en sus inicios en el Digesto de Justiniano, cuya autoría se atribuyó a Sexto Pomponio; en dicha obra jurídica se estableció la regla: *Jure naturae aequum est. nemi nem cum alterius detrimentum et injuria fieri locupletioem*, que significa: “por la ley de la naturaleza no es correcto que nadie se enriquezca injustamente a expensas de otro”. Esta máxima ya contenía los elementos claves de la responsabilidad que surge del enriquecimiento que son: enriquecimiento, que sea injustificado y que se haya producido a expensas de otro.⁴

Esta regla romana fue recogida en el Derecho español histórico en las Partidas de Alfonso el Sabio, el cual en su título 34 establecía: *Ninguno non deve enriqueszer tortizeramenté con daño de otro*.

Fueron la jurisprudencia francesa y el Código Civil Francés o Código Napoleónico, que retomaron el tratamiento de la figura del enriquecimiento sin causa; y fue el Código Napoleónico que adopta, aunque de forma no tan concreta, la figura del enriquecimiento sin causa, basado en las reglas establecidas, tanto por el Digesto de Justiniano y por las Partidas de Alfonso el Sabio, siendo posteriormente retomado por la diversidad de Códigos Civiles modernos, entre ellos el Código Civil de Chile, que fue redactado por Andrés Bello en 1855 y que fue la base para la creación del Código Civil de El Salvador de 1859.

Finalmente, la figura del enriquecimiento sin causa, gracias a su adopción en los códigos civiles modernos y el desarrollo de la figura por la doctrina, ha sido aplicado por la jurisprudencia en todo momento, elevándolo a la categoría de principio general del Derecho,⁵ basado en aspectos morales y de equidad, lo que permitió que la figura se aplicara en otras ramas del Derecho, distintas del Derecho Civil, como en aspectos de Derecho Público, principio que se encuentra inmerso en el artículo 240 de la Constitución de El Salvador de 1983.

4 Luis Cosculluela Montaner, “Consideraciones sobre el enriquecimiento injusto en El Derecho Administrativo” Revista de Administración Pública, No. 084 (2000):185-202.

5 *Ibíd.*

II. Breves nociones sobre el enriquecimiento sin causa

El enriquecimiento sin causa es una figura controversial actualmente y ello hace necesario conocer aspectos fundamentales desarrollados por la doctrina para conocer su incidencia.

El alcance de este fenómeno puede delimitarse comprendiendo su concepto, entendiendo que éste se origina cuando una persona se beneficia o enriquece a costa de otra, sin que exista una causa o razón de ser, que justifique este desplazamiento patrimonial. Por consiguiente, al no estar justificada la atribución patrimonial, la persona que recibió, deberá restituir, y, por ello, se concede un remedio procesal (una acción) al empobrecido o perjudicado para que reclame la restitución.⁶

También se debe tener presente que el enriquecimiento sin causa en cuanto a su alcance comprende supuestos muy puntuales que ayudan a diferenciarlo de otras figuras, siendo dichos supuestos en que sea: a) enriquecimiento contrario al orden público; b) enriquecimiento contrario a la moral o a las buenas costumbres; c) enriquecimiento ilegítimo por falta de resultado; d) enriquecimiento ilegítimo por disposición de una cosa sin derecho; e) enriquecimiento incausado por percepción de un dinero o recepción de una cosa sin derecho.⁷

Así pues de lo anterior, puede tenerse claro que entre el enriquecimiento sin causa y la equidad existe una relación innegable situación de la que se ha dicho, que *“el enriquecimiento sin causa, considerado por muchos tratadistas como fuente autónoma de obligaciones, descansa sobre un innegable postulado de equidad, según el cual nadie puede enriquecerse sin derecho en perjuicio de otro”*.⁸

6 José Manuel Lete del Río, *Derecho de Obligaciones*, 173.

7 Arturo Valencia Zea y Álvaro Ortiz Monsalve, *Derecho Civil. de las Obligaciones*, 9ª. ed. (Bogotá, Colombia.: Temis, 2004), 322-323.

8 Jorge Suescún Melo, *Derecho Privado. Estudios de Derecho Civil y Comercial Contemporáneo*, 2ª. ed. (Bogotá: Legis, 2003),13.

En cuanto a sus *características fundamentales*, debe hacerse mención de forma concisa que la figura jurídica considera que el principio jurídico que prohíbe enriquecerse a costa de otra persona, si no existe una causa legítima que lo justifique, constituye una herramienta aplicable en prácticamente todos los ámbitos del derecho. Asimismo, la acción que se otorga a quien sufre un empobrecimiento incausado, tiene por finalidad restituir el equilibrio patrimonial alterado.⁹

Finalmente, la doctrina y la jurisprudencia que ha tratado sobre el enriquecimiento sin causa ha determinado la existencia de presupuestos mínimos que deben cumplirse para considerar la presencia de un caso de enriquecimiento sin causa, mencionando la concurrencia de algunos de ellos los cuales son: 1) Que se produzca el enriquecimiento de alguien; 2) Que haya empobrecimiento *correlativo* de otro; 3) Que haya relación de causalidad entre enriquecimiento y empobrecimiento; es decir que exista “*correlación*” entre el enriquecimiento y el empobrecimiento; 4) Que se compruebe una falta de causa lícita que genere o legitime el enriquecimiento; 5) Ausencia de interés personal en el empobrecido; 6) Que quien acciona por enriquecimiento sin causa de su contradictor no haya actuado con dolo, culpa o negligencia; 7) Que no exista otra herramienta jurídica para abordar el problema, pues la teoría del enriquecimiento sin causa constituye una herramienta subsidiaria.¹⁰

III. El enriquecimiento sin causa en El Salvador

1. Su regulación en la Constitución salvadoreña

Habiendo hecho un breve repaso de los aspectos fundamentales del fenómeno en estudio, se puede entrar en materia partiendo desde un análisis

9 Marcelo J. López Mesa, “Enriquecimiento sin causa en el Derecho actual” *Ley Razón y Justicia*, Año 3, (2004): 18.

10 Marcelo J. López Mesa, *El Enriquecimiento sin causa en el Derecho actual (Las posibilidades y los límites de un instituto controversial)* (Galicia: Universidade da Coruña, 2009), 378.

constitucional. En ese sentido, el legislador constitucional, habiendo considerado que la corrupción de los funcionarios públicos es un fenómeno que ha estado presente desde tiempos remotos,¹¹ estableció la figura del enriquecimiento sin causa como una de las responsabilidades de los funcionarios públicos.¹²

Originalmente el enriquecimiento sin causa de funcionarios y empleados públicos a nivel constitucional se reguló por primera vez en la Constitución de 1950,¹³ concretamente en el artículo 217. Posteriormente, en el devenir constitucional, el enriquecimiento sin causa fue regulado en una segunda Constitución en 1962 en el artículo 216, el cual posteriormente fue la base para la redacción del artículo 237 de la Constitución de 1983, que está actualmente vigente bajo el artículo 240. La diferencia entre el actual artículo con su predecesor de la Constitución de 1962, radicaba en que en aquel estableció que la ley constituiría las sanciones por el incumplimiento de la obligación de declarar el patrimonio por parte de los funcionarios y empleados públicos, haciendo relación a la Ley sobre enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados públicos, que para aquel entonces era una ley de reciente creación en 1959, lo cual permite calificarla como una ley preconstitucional desde 1962.

La Asamblea Constituyente de 1983, interpretó de forma auténtica, el artículo 237, actualmente artículo 240 de la Constitución, en dicha interpretación se delimitó aspectos como la acción y naturaleza de la figura establecida en dicho artículo, puesto que existían dudas sobre si la acción a la que refería en aquel entonces, era o no de carácter penal, lo cual llevó a los constituyentes a un

11 *“Tal es el caso de los funcionarios y empleados públicos de la Antigua Roma que, por motivos de la expansión y conquista del imperio Romano en Europa, comisionaban a magistrados para poder ejercer y para el gobierno de estas nuevas provincias eran enviados funcionarios que reunían en su persona todos los poderes de las magistraturas de la metrópoli militar, administración de justicia, gobierno y finanzas, por lo que en vista a su lejanía del control del senado y los tribunos y su ilimitado poder, no tardaron estos funcionarios en cometer toda suerte de abusos y desmanes en contra de los pueblos sometidos.”* Jorge Vizuela Fernández, *Delitos contra la Administración Pública* (Granada: Comares, 2003), 6.

12 *Constitución de la República de El Salvador* (El Salvador, Asamblea Legislativa de El Salvador, 1983), Título VIII Responsabilidades de los funcionarios públicos, artículo 240.

13 Es precisamente en dicha Constitución que se regula por primera vez la figura del enriquecimiento sin causa ya que, en la Constitución predecesora de 1939, solo se reguló sobre la responsabilidad de los funcionarios públicos desde su vertiente penal en su título XIV, artículo 176 en adelante.

extenso debate sobre la problemática, discusión que al final dejó por sentada la autonomía de la acción de enriquecimiento sin causa, estableciendo el pleno que:

“Consciente de que la lucha contra la corrupción guarda una relación inequívoca con el ejercicio y disfrute de los derechos fundamentales y el funcionamiento del Estado democrático de Derecho, y que la impunidad impulsa y perpetúa actos de corrupción, el Constituyente decidió establecer un mecanismo adicional a la justicia penal para su prevención y sanción y facultó expresamente a un tribunal independiente e imparcial para darle eficacia. El artículo 240 no trata el enriquecimiento sin causa como una nueva figura delictiva, sino que solo se refiere a la responsabilidad civil concretada en la restitución”.¹⁴

Asimismo, la Asamblea Constituyente interpretó que en lo que respecta al plazo del inciso último de dicho artículo *“se refiere a la acción civil que pudiera interponerse para reclamar la devolución de los fondos que pudieran haberse evadido o que hubieran sido sustraídos”*.¹⁵

2. El plazo de prescripción constitucional y su relación con la impunidad

Hablar en los últimos tiempos de enriquecimiento sin causa de los funcionarios y empleados públicos es sinónimo de debate, puesto que se puede advertir en múltiples casos que dicha figura carece de una regulación adecuada a los estándares doctrinales y jurisprudenciales que delimitan el accionar de la institución jurídica en los funcionarios públicos.

Varios han sido los hechos que hacen creer tanto a la sociedad como a la comunidad jurídica que, ante una deficiente regulación, muchos de los casos que han de ventilarse tanto en la Sección de Probidad de la Corte Suprema de Justicia como a nivel judicial pueden quedar en la impunidad. Así pues a

14 Asamblea Legislativa, *Antecedentes o Documentos Históricos de la Constitución de la República de El Salvador de 1983*. Tomo IV. Volumen III (San Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 1993), 639.

15 *Ibíd.*

modo de ejemplo se han suscitado hechos atribuibles a la dilación indebida de los procesos por parte de la Sección de Probidad,¹⁶ por decisiones que han limitado el eficiente ejercicio de sus atribuciones por parte de la misma Sección, provenientes del pleno de la Corte Suprema de Justicia, como las restricciones a las solicitudes de información bancaria de los funcionarios,¹⁷ decisión que en su momento fue controversial; situación que en palabras del actual magistrado de la Sala de lo Penal e integrante de la Comisión de Ética y Probidad de la Corte Suprema de Justicia, Doctor Leonardo Ramírez Murcia, “*Con aquel acuerdo se tiró un manto oscuro a esa realidad de la historia que aunque sea por el derecho de la verdad tenía derecho a saber qué había pasado con la riqueza de tal funcionario*”.¹⁸

Si bien algunas situaciones respecto a la investigaciones mencionadas anteriormente fueron provisionalmente solventadas mediante acuerdos de la Corte Suprema de Justicia en Pleno, recientemente un nuevo acuerdo¹⁹ sentó un precedente y abre la puerta a que algunos casos queden impunes, puesto que con 11 de 15 votos de los magistrados decidieron que la Sección de Probidad investigue aquellos casos cuando el funcionario tenga menos de 10 años de haber dejado el cargo público, cerrando expedientes actualmente abiertos y que éste año prescribían, siendo estos pertenecientes a funcionarios del último gobierno de ARENA (2004-2009), Elías Antonio Saca, recientemente condenado por enriquecimiento ilícito y lavado de dinero.

16 Véase. Gabriel Labrador, “*Atraso en las Investigaciones contra Bukele, Gallegos, Ortiz y de Escobar Enmaraña La CSJ*”, *El Faro.Net*, 2018, disponible en https://elfaro.net/es/201803/el_salvador/21524/Atraso-en-las-investigaciones-contra-Bukele-Gallegos-Ortiz-y-De-Escobar-enmara%C3%B1a-la-CSJ.htm.

17 Véase. Carlos Martínez, “*Ex Presidente Flores y funcionarios de su gabinete señalados por “Irregularidades” en enriquecimiento*”, *El Faro. Net*, 2016. Disponible en https://web.archive.org/web/20160304051459/http://archivo.elfaro.net/secciones/noticias/20050829/noticias1_20050829.asp#probi.

18 Cf. Gabriel Labrador, “*La nueva CSJ ordena a probidad que se olvide de casos con más de 10 años*”, *El Faro.Net*, 2019. https://elfaro.net/es/201903/el_salvador/23085/La-nueva-CSJ-ordena-a-Probidad-que-se-olvide-de-casos-con-m%C3%A1s-de-10-a%C3%B1os.htm?st-full_text=all&tpl=11.

19 Cf. *Acta N° Nueve, Correspondiente a la sesión de Corte Plena* (San Salvador: Corte Suprema de Justicia de El Salvador, 2019). http://www.csj.gob.sv/CORTE_PLENA/2019/01_Enero/31012019 ACTA AUTORIZADA Y SIN VOTO RAZONADA.pdf.

El principal argumento que ha utilizado la Corte para adoptar este nuevo criterio es seguir una disposición literal del artículo 240 de la Constitución que señala que no pueden iniciarse juicios por enriquecimiento ilícito si no es dentro de los 10 años siguientes a la fecha en que un funcionario haya cesado en el ejercicio de su cargo. No obstante, esta interpretación se aleja de los parámetros usados por la anterior conformación de Corte Plena con la que, en 2015, iniciaron y divulgaron las investigaciones patrimoniales del expresidente Francisco Flores que gobernó entre 1999 y 2004 y de los expresidentes Armando Calderón Sol (1994-1999) y Alfredo Cristiani (1989-1994).

La decisión de la Corte, deja a la deriva las investigaciones contra funcionarios que tienen reparos en sus declaraciones patrimoniales presentadas antes de 2009. Con la decisión del 31 de enero, los casos de funcionarios que dejaron el cargo hace más de 10 años se archivarán, no importa la etapa en la que se encuentre la investigación en la Corte Suprema, situación que en palabras del Magistrado Ramírez Murcia, catalogó de “...*gravísima una decisión de esa naturaleza...*”, puesto que se está haciendo una interpretación “*literalista*” de la Constitución, y que “*El acuerdo tomado se convierte en una cortina que encubre hechos de corrupción...*”,²⁰ generando en cierta medida una puerta abierta a la impunidad contra los actos de corrupción, en lo específico los enriquecimientos sin causa de los funcionarios públicos como una de las vertientes más dañinas de la corrupción.

Así las cosas y en virtud del descontento de algunos magistrados que componen el pleno de la Corte Suprema de Justicia, el magistrado Ramírez Murcia votó en contra y de forma razonada²¹ ante el acuerdo tomado, pues en

20 Cf. Gabriel Labrador, “La nueva CSJ ordena a probidad que se olvide de casos con más de 10 años”, *El Faro.Net*, 2019. https://elfaro.net/es/201903/el_salvador/23085/La-nueva-CSJ-ordena-a-Probidad-que-se-olvide-de-casos-con-m%C3%A1s-de-10-a%C3%B1os.htm?st-full_text=all&tpl=11.

21 Cf. *Voto razonado Magistrado Ramírez Murcia de la sesión de Corte Plena del treinta y uno de enero de dos mil diecinueve* (San Salvador: Corte Suprema de Justicia de El Salvador, 2019). http://www.csj.gob.sv/CORTE_PLENA/2019/01_Enero/31012019 ACTA AUTORIZADA Y SIN VOTO RAZONADA.pdf.

su criterio, consideró que para los casos de enriquecimiento sin causa al que refiere la Constitución, deben existir excepciones a la regla de los 10 años de prescripción, y así evitar la previsible impunidad en muchos de esos casos.

Ante la situación suscitada, es notorio hacer ver que se está en presencia de un aspecto de interpretación que, tal y como se mencionó antes, debe ser alejada de lo literal del texto constitucional, puesto que es cierto que el referido criterio no toma en cuenta ninguna excepción, lo que lo vuelve absoluto, obtuso y poco racional, permitiendo con ello, que se declaren prescritos aquellos casos que se adecuen a él y, en consecuencia, se ordene el archivo del expediente, sobre todo porque hay tantos casos que están en trámite o también, muchos de ellos aún no se ha iniciado la investigación al momento de tomarse este acuerdo.²²

Lo anterior es lógico, puesto que, si se hace una percepción integral de la figura del enriquecimiento sin causa en los funcionarios y empleados públicos, dicho criterio literalista omite lo que en la práctica sucede con el tratamiento de estos casos, es decir lo que ocurre dentro y fuera del Órgano Judicial, no considera aspectos políticos ni hechos que puedan suceder de forma fortuita o bien el accionar del ser humano, que impiden en cierto grado que no se cumpla dos finalidades de la Constitución en estos casos, el cual es determinar la existencia de indicios de enriquecimientos en funcionarios y empleados públicos, pues debe mencionarse que sobre estos recae una presunción de enriquecimiento sobre la cual la Sección de Probidad está obligada a encontrar los indicios que sustentan la presunción, y, por otro lado, una segunda finalidad, la cual es recuperar lo adquirido ilegítimamente por el funcionario de haberse configurado la primera finalidad.

Por lo tanto, previo a realizar un exhaustivo análisis de la Constitución para interpretar el inciso final del artículo 240 de la Constitución es necesario comprender lo que quiso dar a entender el constituyente, independientemente de su significado común o literal que pudiera tener en la actualidad, para ello

22 *Ibíd.*

debe aplicarse el principio *sensum, no verba considerare debemus* que establece que debe atenderse al sentido, y no a las palabras, obviamente, manteniendo estricto respeto a lo razonable y la dignidad²³, y es que tal y como se mencionó en líneas anteriores, el Constituyente interpretó y le dio sentido al inciso final del artículo 240, mencionando que dicho artículo “*se refiere a la acción civil que pudiera interponerse para reclamar la devolución de los fondos que pudieran haberse evadido o que hubieran sido sustraídos*”.²⁴

Asimismo, debe hacerse una crítica al legislador constituyente, puesto que, si interpretó y diferenció que el enriquecimiento al que refiere el artículo 240 es de carácter civil, y estableció que el plazo de prescripción tiene la finalidad de reclamar los fondos que pudieron haberse sustraído del erario público por parte del funcionario o el empleado público, ¿por qué no decidió hacer una interpretación del plazo de prescripción de la acción apegada a la naturaleza civil de la misma? Lo anterior resulta crucial para establecer si el plazo de prescripción es constitutivo o no de impunidad para quienes incurran en el enriquecimiento que establece el artículo 240 de la Constitución, puesto que es de solamente 10 años y lo que se busca es la defensa del patrimonio público; además debe considerarse que en el Derecho Privado las acciones civiles se extinguen por prescripción en el plazo de 10 años cuando son ejecutivas y en un plazo de 20 años cuando son ordinarias.

Habiendo considerado lo anterior, cabe preguntarse si bajo el criterio literal de prescripción adoptado recientemente por la Corte Suprema de Justicia en Pleno, ¿puede interponerse la acción civil de enriquecimiento?, indudablemente, no, puesto que bajo esa interpretación se incumple lo establecido de forma implícita por la Constitución en su artículo 240 inciso 2° consistente en el papel de la Sección de Probidad en la determinación del enriquecimiento sin causa que da pauta para el establecimiento de la presunción que ha de recaer sobre el funcionario, quien posteriormente por reversión de la

23 *Ibíd.*, 2.

24 *Antecedentes o Documentos Históricos de la Constitución de la República de El Salvador de 1983*, 639.

prueba estará obligado a desvanecer dicha presunción,²⁵ dicho en otras palabras, se incumple lo literal de la Constitución, en cuanto a la labor de determinar la existencia o no el enriquecimiento sin causa en el funcionario, generando una evidente impunidad, que hace viable indudablemente la adopción de un criterio excepciones a la prescripción sugerido por el Magistrado Ramírez Murcia.

Finalmente, se debe tener presente que el principio general del derecho de no enriquecimiento a costa de otro, consagrado en la Constitución en su artículo 240, el legislador Constituyente ha hecho una interpretación de dicho artículo, estableciendo una relación innegable entre corrupción, tutela de Derechos fundamentales o Derechos Humanos e impunidad, mencionando:

*“Consciente de que la lucha contra la corrupción guarda una relación inequívoca con el ejercicio y disfrute de los derechos fundamentales y el funcionamiento del Estado democrático de Derecho, y que la impunidad impulsa y perpetúa actos de corrupción, el Constituyente decidió establecer un mecanismo adicional a la justicia penal para su prevención y sanción y facultó expresamente a un tribunal independiente e imparcial para darle eficacia”.*²⁶

por lo cual las posibles soluciones ante casos de impunidad en materia de corrupción, no solo deben verse desde el Derecho Constitucional, sino desde los Derechos Humanos y su efectiva tutela a fin de evitar la perpetuidad de estos casos.

IV. El enriquecimiento sin causa como acto de corrupción y su vínculo con los Derechos Humanos

Partiendo de la interpretación auténtica del Constituyente respecto del artículo 240, se debe tener claro que el enriquecimiento sin causa es una de las formas o vertientes de la corrupción.

25 Cf. Sentencia Proceso Declarativo Común, Referencia: 1-PDCEIF-2016 (El Salvador, Cámara Segunda de lo Civil de la Primera Sección del Centro de la Corte Suprema de Justicia, 2017).

26 Antecedentes o Documentos Históricos de la Constitución de la República de El Salvador de 1983, 639

Si bien la corrupción con todas sus vertientes y su relación con los Derechos Humanos es reciente, ante las situaciones suscitadas en países de América latina, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), ha realizado un pronunciamiento formal, sobre la corrupción en general estableciendo que:

“la corrupción es un complejo fenómeno que afecta a los derechos humanos en su integralidad –civiles, políticos, económicos, sociales, culturales y ambientales-, así como al derecho al desarrollo; debilita la gobernabilidad y las instituciones democráticas, fomenta la impunidad, socava el Estado de Derecho y exacerba la desigualdad” .²⁷

De lo aquí expresado, debe considerarse que la corrupción afecta una multiplicidad de Derechos Humanos, en el sentido que ésta menoscaba la democracia de los pueblos y el Estado de derecho, creando desconfianza hacia las instituciones y provocando que las personas se abstengan de hacer uso de sus derechos civiles y políticos consagrados constitucionalmente. A modo de ejemplo, la desconfianza en la administración de justicia por la presencia de corrupción puede provocar que las personas se abstengan de recurrir a los tribunales de justicia para reclamar sus derechos.

Además, parte de las consideraciones sobre el tema de corrupción se relaciona con la gestión corrupta de los recursos del erario público, pues esta también afecta los derechos económicos, sociales y culturales, en el sentido que pone en peligro la capacidad de ofrecer servicios básicos, como salud, educación, seguridad social, diversos programas sociales, entre otros que son esenciales para la satisfacción de estos derechos.

Por otro lado, también la CIDH considera que existe una delimitación de los alcances de la corrupción, pues afecta de forma desproporcionada y específicamente a los grupos en especial situación de vulnerabilidad, tales como las personas en situación de pobreza, las mujeres, los pueblos indígenas, los

²⁷ Cf. *Corrupción y Derechos Humanos. Resolución 1/18 del 2 de marzo de 2018*, (Bogotá, Colombia: Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2018). <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/resolucion-1-18-es.pdf>.

afrodescendientes, personas migrantes y las personas privadas de libertad y afecta de forma especialmente profunda a quienes son objeto de trata y tráfico de personas como los migrantes, niñas, niños y mujeres.²⁸

Finalmente, en la búsqueda del vínculo que existe entre corrupción y Derechos Humanos, se encuentra el pronunciamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en una de sus resoluciones, la cual ha mencionado que *“la corrupción no solo afecta los derechos de los particulares individualmente afectados, sino que repercute negativamente en toda la sociedad, en la medida en que se resquebraja la confianza de la población en el gobierno y, con el tiempo, en el orden democrático y el Estado de derecho”*.²⁹

1. Obligaciones de los Estados frente a la corrupción

Considerando entonces que, en los tiempos actuales, la corrupción y cómo combatirla ha ido tomando fuerza hasta capturar la agenda pública a nivel internacional; El Salvador, en específico, continúa siendo una de los países en la región más afectados por los efectos de ese fenómeno y, al mismo tiempo, es territorio donde están sucediendo experimentos institucionales muy novedosos para combatirlo,³⁰ como la recientemente instalada Comisión Internacional Contra la Impunidad de El Salvador (CICIES), pero ello requiere que los Estados adopten medidas para prevenir, sancionar y erradicar eficaz y eficientemente la corrupción, necesarias para la salvaguarda de los Derechos Humanos..

En ese sentido, la CIDH como órgano principal de la OEA, especializado en la protección y promoción de los Derechos Humanos, se ha referido mediante formal resolución a la necesidad de una serie de requisitos mínimos para la

28 Ibid.

29 Cf. *Sentencia caso Ramírez Escobar y otros vs Guatemala. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 9 de marzo de 2018. Serie C. N° 3513*, PDF (San José, Costa Rica: Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2018). http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_351_esp.pdf.

30 Véase. *La apuesta salvadoreña en el combate a la corrupción: ¿Tiene el país las herramientas necesarias para ganar esta batalla?* (Washington D.C, Estados Unidos: Fundación para el Debido Proceso (DPLF), 2018). http://dplf.org/sites/default/files/apuestasalvador_v1_revisado_dplf_10dic2018.pdf.

lucha contra la corrupción por parte de los Estados parte de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH).

La CIDH consideró y reconoció en su resolución que el artículo 13 de la Convención Americana, que protege especialmente la búsqueda y difusión de información relativa a la corrupción por su importancia para la consolidación democrática. En atención a ello, recomendó a los Estados una serie de medidas que coadyuven a la transparencia y el acceso a la información por parte de los Estados,³¹ pues es notable que la sociedad civil posee restricciones al acceso a la información en casos en los que se consideran vinculados a temas de corrupción, por la reserva que estos poseen, tal y como sucede en El Salvador.³²

Asimismo, ante la promoción de una cultura de justiciabilidad de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales por parte del Sistema Interamericano de Derechos Humanos en situaciones de corrupción, la CIDH recomendó a los Estados la creación de una serie de mecanismos legales, políticas y adopción de medidas que ante la problemática de la corrupción de los países, permitieran la verificación constante y la efectiva tutela de los Derechos Humanos que pudieran ser menoscabados.³³

31 Así lo establece la Comisión Interamericana de Derechos Humanos al hacer recomendaciones, entre ellas: *“Fortalecer sus capacidades para garantizar de manera proactiva el acceso a información pública, clave para la lucha contra la corrupción; y fortalecer sus mecanismos de transparencia activa y rendición de cuentas respecto a los gastos e inversiones en infraestructura, la financiación de las campañas electorales, la transparencia en el funcionamiento de los partidos políticos. Establecer obligaciones de transparencia activa de aquella información necesaria para la efectiva rendición de cuentas y la lucha contra la corrupción, en particular, en relación con: a) los sistemas de convocatoria, contratación, empleo y salarios de funcionarios públicos, b) los mecanismos para prevenir conflictos de interés, c) la contratación pública y la gestión del presupuesto público y de las inversiones de infraestructura, d) las actividades de lobby, e) la identidad de las personas jurídicas y naturales involucradas en la gestión de empresas del sector privado; f) el financiamiento de las campañas electorales y el funcionamiento de los partidos políticos. Promover un ambiente de garantías para denunciar actos de corrupción”*. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Corrupción y Derechos Humanos. Resolución 1/18 del 2 de marzo de 2018* (Bogotá, Colombia, 2018).

32 Véase. Ricardo Flores, *“Corte Suprema: Revelar los Informes de Probidad viola la Constitución”*, La Prensa Gráfica, 2019, disponible en <https://www.laprensagrafica.com/elsalvador/Corte-Suprema-revelar-los-informes-de-Probidad-viola-la-Constitucion-20190819-0434.html>.

33 La Comisión recomendó en relación a los DESC: *“Generar mecanismos jurídicos, legales y de política pública que permitan establecer claramente el impacto de las diferentes formas de corrupción en el efectivo disfrute de los DESC de las personas y colectivos, especialmente de quienes viven en la pobreza o pobreza extrema, como de aquellos históricamente discriminados. Fortalecer los mecanismos para monitorear y evaluar los programas sociales, con particular énfasis en aquellos ámbitos donde los actos de corrupción son más frecuentes, tales como los programas sociales y aquellos que definen*

Evidentemente, se debe reconocer que la corrupción en cualquiera de sus vertientes, exige un efectivo combate cuando ésta es ejecutada en ejercicio de las funciones públicas. Por ello, en atención a la gran importancia que existe de generar conciencia entre la población de los países de la región americana sobre la existencia y gravedad de este fenómeno, así como de la necesidad de fortalecer la participación de la sociedad civil en la prevención y lucha contra la corrupción, y considerando que la corrupción tiene, en algunos casos, trascendencia internacional en cuanto a la movilización de los activos adquiridos de forma ilícita como injusta, lo cual exige una acción coordinada de los Estados para combatirla eficazmente, la CIDH en materia de cooperación internacional, recomendó a los Estados el establecimiento de medidas y políticas que coadyuven a la detección y recuperación de flujos de activos que se crean provenientes de la corrupción, así como la promoción en la región de respuestas a la problemática desde la observancia de los Derechos Humanos.³⁴

V. Impunidad y prescripción desde la perspectiva de los Derechos Humanos

Las obligaciones recomendadas por la CIDH a los Estados firmantes de la Convención Americana de Derechos Humanos nacen del pronunciamiento

la asignación y seguimiento a los grandes proyectos de infraestructura y de industrias y proyectos extractivos. Adoptar las medidas necesarias para poner en marcha o fortalecer los sistemas de supervisión y fiscalización de actividades de extracción, explotación o desarrollo; de manera coherente con las obligaciones de derechos humanos y orientada a evitar la vulneración de los derechos de la población en el área de influencia en que estas actividades tienen lugar". Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Corrupción y Derechos Humanos. Resolución 1/18 del 2 de marzo de 2018, (Bogotá, Colombia, 2018).

34 Así en materia de cooperación internacional para el combate a la corrupción la Comisión recomendó: *"Adoptar medidas que hagan efectiva la cooperación internacional, incluyendo la creación de unidades de investigación multilaterales que pudiesen fomentar una política coordinada de identificación de flujos de activos destinados a corrupción, y de recuperación de activos. Promover la adopción de medidas regionales para la reparación a víctimas de la corrupción, tales como la evaluación sobre la creación de un fondo que permita dicha reparación. Promover una respuesta regional a la corrupción desde un enfoque de derechos humanos".* Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Corrupción y Derechos Humanos. Resolución 1/18 del 2 de marzo de 2018, (Bogotá, Colombia, 2018).*

conjunto con el ideal de combatir el fenómeno y que los casos de la corrupción y todas sus vertientes no queden en la impunidad, así pues, debe recordarse que la Comisión ha realizado un pronunciamiento mediante resolución formal en el año 2017 en la cual concretamente menciona que:

“La lucha contra la corrupción está indisolublemente ligada al ejercicio y disfrute de los derechos humanos. La impunidad fomenta y perpetúa los actos de corrupción. Por lo tanto, el establecimiento de mecanismos efectivos para erradicar la corrupción es una obligación urgente para lograr un acceso efectivo a una justicia independiente e imparcial y para garantizar los derechos humanos”.³⁵

Asimismo debe reiterarse lo ya mencionado en líneas anteriores, en cuanto a que el legislador Constituyente también consideró que el artículo 240 de la Constitución salvadoreña va encaminado a evitar la impunidad y la defensa de los Derechos Humanos lesionados por el enriquecimiento a que el artículo refiere.³⁶

1. Impunidad según la Corte Interamericana de Derechos Humanos

La Corte Interamericana ha definido la impunidad como:

“la falta en su conjunto de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables de las violaciones de los derechos protegidos por la Convención Americana, toda vez que el Estado tiene la obligación de combatir tal situación por todos los medios legales disponibles ya que la impunidad propicia la repetición crónica de las violaciones de derechos humanos y la total indefensión de las víctimas y de sus familiares”.³⁷

35 Cf. *Derechos Humanos y la lucha contra la impunidad y la corrupción. Resolución 1/17 del 12 de septiembre de 2017*, PDF (Washington D.C, Estados Unidos: Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2017), disponible en <https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/Resolucion-1-17-es.pdf>.

36 *Antecedentes o Documentos Históricos de la Constitución de la República de El Salvador de 1983*, 639

37 Cf. *Caso Ivcher Bronstein vs. Perú. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Reparaciones y costas. Serie C, N°74.*, PDF (San José, Costa Rica: Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2001). http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_74_esp.pdf.

El anterior concepto del máximo tribunal de Derechos Humanos en América, debe acoplarse a la situación fáctica que aquí se plantea, puesto que el concepto vertido hace énfasis concretamente a aspectos penales, por lo cual para la situación aquí planteada debe entenderse más amplio, en razón de que la corrupción sobre la que la CIDH se ha pronunciado puede diferenciarse en tres grandes aspectos: una corrupción de carácter sin causa, es decir que no posea una justificación legal, y que es justiciable desde el ámbito civil; una corrupción ilícita desde la competencia del derecho penal, por tener elementos que constituyen el delito como el dolo o la culpa; y una corrupción organizada, la cual es de competencia especializada, por poseer los elementos que constituyen una estructura con permanencia en el tiempo y con un accionar con propósito.

Hecha la anterior observación, claro debe estar que para referirse a la impunidad que previsiblemente afronta el enriquecimiento sin causa en El Salvador, ha de entenderse a que dicha problemática quede sin un castigo producto de la falta de investigación, persecución y enjuiciamiento, desmedrando así los Derechos Humanos protegidos por la Convención Americana de Derechos Humanos y sobre los que la CIDH se ha pronunciado en temas de corrupción, y que por lo tanto, genera siempre la obligación por parte del Estado de combatir tal situación.

2. Prescripción como una de las formas generadoras impunidad

En cuanto a la prescripción, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha señalado en diversas de sus sentencias que la prescripción es una de las formas de generar impunidad, por lo que esta figura es totalmente inaceptable en los casos en que se hayan violado derechos humanos.

Así, por ejemplo, la Corte IDH determinó en el caso *Trujillo Oroza vs Bolivia*, que son cuatro los aspectos que en el caso concreto generaron impunidad y que son aplicables de forma genérica, siempre y cuando tenga un vínculo

con la lesión de Derechos Humanos dentro de los cuales se encuentran como obstáculos el transcurso del tiempo y las causas imputables a los aparatos de investigación.³⁸

Siempre en el contexto del transcurrir del tiempo y su relación con la impunidad, la Corte IDH ha manifestado en el caso *Barrios Altos vs. Perú*, que en los casos que hayan sido violados de forma grave los Derechos Humanos, la prescripción es inadmisibles en conjunto con otras formas de generación de impunidad, por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.³⁹

Si bien, no se pretende hacer una analogía respecto de lo pronunciado tanto por la CIDH como la Corte IDH, sobre temas de impunidad, prescripción y derechos humanos, puesto que se invadiría y se generaría un criterio externo a los órganos especializados en derechos humanos, ya que dichos pronunciamientos han sido aplicados desde la perspectiva penal, el presente texto ha aclarado al inicio que la figura de corrupción a la que se refiere es en su vertiente civil, y esta no deja de ser la figura de corrupción a la que se han referido los órganos antes mencionados; así pues, dichos casos innegablemente están abiertos mediante el uso de la prescripción a ser objeto de impunidad, lesiva de Derechos Fundamentales, y que ante ello existe una innegable obligación de investigar, procesar y sancionar para consagrar el derecho a la verdad y la obligación de juzgar como requisito para satisfacer al primero.

Así pues, considerando lo anterior, se pretende que exista una proporcionalidad respecto de la prescripción constitucional de enriquecimiento sin causa en su artículo 240, con la finalidad de tutelar los Derechos Humanos en El Salvador; que la misma se adapte en su debida medida, a los parámetros de prescripción civil del derecho interno, a los estándares y criterios establecidos por

38 Cf. *Caso Trujillo Oroza Vs. Bolivia. Sentencia de 27 de febrero de 2002 (Reparaciones y Costas)*, (San José, Costa Rica: Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2002). http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_92_esp.pdf.

39 Cf. *Caso Barrios Altos vs. Perú. Sentencia de 14 de marzo de 2001 (Fondo)*, PDF (San José, Costa Rica: Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2001). http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_75_esp.pdf.

los organismos regionales de Derechos Humanos en atención a la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) del cual El Salvador es suscriptor y ha ratificado en 1978, con la observancia; además, del debido respeto a la seguridad jurídica que también merecen los funcionarios y empleados públicos, respetando así las obligaciones y recomendaciones encomendadas por la CIDH en sus pronunciamientos ante la corrupción.

VI. La excepción de inconvencionalidad como herramienta protectora de Derechos Humanos

La figura del control de convencionalidad es de reciente desarrollo en relación a los Derechos Fundamentales y el constitucionalismo. La aparición está relacionada con las obligaciones que impone la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), los órganos que derivan de ella y el desarrollo progresivo de los estándares de Derechos Humanos en la jurisprudencia de la Corte IDH a los que en relación con la presente temática se han mencionado en el texto.⁴⁰

El control de convencionalidad puede ser desarrollado en dos ámbitos: en el ámbito nacional y en el internacional. En este último, es la Corte IDH la que ejerce el control de convencionalidad propiamente tal, esto es un control que permite la expulsión de las normas contrarias a la CADH.⁴¹

En el ámbito interno, el control de convencionalidad es realizado por los agentes del Estado y principalmente por los operadores de justicia, jueces, magistrados, etc., al analizar la compatibilidad de las normas internas con la CADH, que no necesariamente implica la facultad de expulsar normas del sistema interno, puesto que en atención a ello, la misma Corte IDH ha establecido

40 Claudio Nash Rojas, "Control de convencionalidad. Precisiones conceptuales y desafíos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Año XIX, (2013): 490. <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/anuario-derecho-constitucional/article/view/4049/3553>.

41 *Ibíd.*, 491.

que cada Estado puede llevar a cabo su propio control de convencionalidad adaptado a la sencillez de su normativa interna.⁴²

De aquí entonces se debe tener claro que, lo que sí están obligados a hacer los jueces y todos los funcionarios del Estado, que es a interpretar las normas internas de forma tal que sean compatibles con las obligaciones internacionales del Estado, y que les den efectividad a los derechos consagrados de forma interna e internacionalmente.

Así pues, considerando que existen dos ámbitos en que se puede realizar el control de convencionalidad, se puede sostener que esta figura coadyuva a concretar la obligación de garantía, mediante una interpretación que incluya la verificación que realiza tanto la Corte IDH y todos los agentes del Estado, de la adecuación de las normas internas a la CADH y sobre todo a los estándares interpretativos que la jurisprudencia de dicha Corte, mencionados previamente para el caso aquí expuesto como son sus interpretaciones sobre impunidad, prescripción y su vínculo con los Derechos Humanos y que sea mediante dicho control que se permita responder a las obligaciones internacionales y como su consecuencia, la consecución de una tutela eficaz de derechos consagrados convencionalmente.

Todo Estado parte de la CADH, debe profundizar en la implementación del control de convencionalidad para no comprometer su responsabilidad internacional en materia de Derechos Humanos. Entonces, se debe tener claro cuál es el fundamento del control de convencionalidad que emerge de los artículos 1.1, 2 y 29 de la CADH, mismos que refieren al compromiso de respetar los Derechos Humanos por parte de los Estados y a la obligación que tienen éstos de adoptar medidas que los garanticen el pleno goce y ejercicio de los Derechos consagrados por la CADH cuando se encuentren o puedan ser menoscabados.

42 Cf. *Caso trabajadores cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú. Sentencia de 24 de noviembre de 2006 (Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas)*, (San José, Costa Rica: Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2006). http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_158_esp.pdf.

La necesidad que existe de la constante implementación de un control de convencionalidad nace concretamente de los principios de Derecho Internacional Público, en concreto del principio “*pacta sunt servanda*”, consagrado en la Convención de Viena sobre derecho de los tratados, ratificado por El Salvador desde 1975, así pues existe una obligación por parte de los Estados suscriptores de dar cumplimiento a los tratados de los que son parte,⁴³ lo cual establece una innegable obligación y compromiso, de proteger los derechos humanos, obligación que debe ser cumplida de buena fe por parte de los Estados y no invocarse al derecho interno como justificante.⁴⁴

Así pues, considerando que entre corrupción en todas sus vertientes, Derechos Humanos, prescripción e impunidad existe un evidente vínculo, debe crearse una conciencia por parte de los administradores de justicia concedores de los casos de corrupción por enriquecimiento sin causa en El Salvador, llámese Jefe de la Sección de Probidad, Magistrados con competencia civil y Magistrados de la Corte Suprema de Justicia en Pleno, sobre la necesidad de adopción de un proceso de interpretación de inconventionalidad en el tratamiento de estos casos, para que los mecanismos internos se adapten tanto la Ley de Enriquecimiento Ilícito de Funcionarios y Empleados Públicos de 1969 y la Constitución de la República en su artículo 240 inciso final, para que en primera instancia, el parámetro de prescripción se adapte a los parámetros del derecho civil vigente y en una segunda instancia, se adapte proporcionalmente a los estándares, criterios y obligaciones en materia de Derechos Humanos, corrupción e impunidad, vertidos por la CIDH y la Corte IDH.

Finalmente, debe dejarse por sentado a modo de comentario que la prescripción a la que refiere el artículo 240 de la Constitución a la luz del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, considerando el nexo entre

43 *Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados* (Viena, Austria: Naciones Unidas, 1969), artículo 26.

44 Cf. *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Sentencia de 26 de septiembre de 2006 (Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas)*, (San José, Costa Rica: Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2006). http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf.

impunidad y corrupción, puede incurrir en una inconvencionalidad por omisión parcial,⁴⁵ lo cual hace suponer que más allá de la tutela e cumplimiento de obligaciones internacionales contraídas por la Convención Americana de Derechos Humanos, se busca con dicho plazo que los casos de este tipo de corrupción, no se investiguen debidamente y no se juzguen, generando, que quienes sí hayan incurrido en dicho enriquecimiento queden impunes y que en virtud de ello, dichos casos se perpetúen menoscabando múltiples Derechos Humanos a los que la CIDH ha referido, por lo cual se debe reiterar, que el uso de la inconvencionalidad debe ser usada como mecanismo que proteja los Derechos Humanos de la colectividad y no los intereses particulares de unos pocos.

Conclusiones

En el tratamiento de la corrupción se debe tener en claro que, ésta tiene varias vertientes, y que en razón de ello debe considerarse con especial atención las vías de tratamiento de dichos casos atendiendo a la naturaleza del mismo, tal es el caso de los enriquecimientos sin causa y su justiciabilidad a la luz de la Constitución de El Salvador por las reglas del Derecho Civil.

El enriquecimiento sin causa en El Salvador es innegablemente un acto de corrupción y ello conlleva a considerar que tiene una incidencia lesiva en los Derechos Humanos y que su tratamiento a la luz del tenor literal en la Constitución de El Salvador en su artículo 240 inciso final genera impunidad.

45 *“La inconvencionalidad parcial se refiere a que el legislador ha desarrollado parcialmente la cláusula programática de convencionalidad, pero curiosamente no en su plenitud; es más, muchas veces se pretende regla mentar o desarrollar alguna cláusula específica sin que esto suponga una plenitud en su vigencia, por cuanto el Estado simplemente hace una declaración lírica de pretender desarrollar algo que políticamente no le conviene o no le interesa”*. Gerardo Eto Cruz, *Inconstitucionalidad por omisión e inconvencionalidad por omisión. Algunas reflexiones y antídotos para enfrentar estos males contemporáneos*. Justicia Electoral, cuarta época, volumen 1, n.16, julio diciembre, (2015): 334. <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/justicia-electoral/article/view/33721/30679>

Es de importancia por parte de las autoridades competentes en el tratamiento de estos casos considerar y analizar las recomendaciones y obligaciones establecidas por la CIDH en sus pronunciamientos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos mediante su jurisprudencia, en cuanto a la corrupción, prescripción e impunidad en la que se ven estos casos con la intensidad que esta última no siga perpetuándose en el tiempo.

Por tales razones, constituye una tarea urgente para el país y sobre todo a las autoridades competentes en el tratamiento de estos casos, que además de hacer una estricta consideración de lo recomendado por los organismos especializados en Derechos Humanos en América, que sean éstos los que adopten el uso de la inconvencionalidad como herramienta protectora de Derechos Humanos para tratar estos casos, para que en el uso de la misma se generen cambios significativos a nivel constitucional en materia de prescripción, para que dicha figura deje de ser generadora de impunidad y se adapte no solo a los estándares y recomendaciones establecidas por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, sino que se adapte a los parámetros de la naturaleza civil de la figura, puesto que, claro está que la prescripción a la que se refiere estos casos, no se adapta a ninguno de los extremos.

“EL PROCESO
DE INDEPENDENCIA DE
CATALUÑA: UNA PERSPECTIVA
DESDE EL DERECHO
CONSTITUCIONAL Y EL
DERECHO INTERNACIONAL”

Juan Gabriel Espejo Ceballos

EL PROCESO DE INDEPENDENCIA DE CATALUÑA: UNA PERSPECTIVA DESDE EL DERECHO CONSTITUCIONAL Y EL DERECHO INTERNACIONAL

Juan Gabriel Espejo Ceballos

RESUMEN

Desde la dictadura del General Franco hasta la fecha, la autonomía catalana ha sido un asunto de bastante relevancia en la ejecución de políticas públicas de España, particularmente su proceso de institucionalización, fortalecimiento y delimitación, de acuerdo al contexto histórico y político, a través de la adopción de instrumentos jurídicos que le han garantizado al pueblo catalán independencia en distintas áreas de la vida pública. Actualmente, el movimiento independentista busca crear un nuevo Estado y para ello ha tomado varias acciones a fin de legitimar esas ideas, las cuales no siempre se han ajustado al marco constitucional. Este documento busca describir el marco jurídico constitucional en el que se circunscribe la autonomía catalana, así como un análisis de este caso en el derecho internacional para conocer los límites a los que se enfrenta las aspiraciones de independencia.

PALABRAS CLAVES: Proceso de Independencia - Cataluña - Derecho Constitucional - Derecho Internacional - autonomía catalana - movimiento independentista.

THE CATALONIA'S INDEPENDENCE PROCESS: A PERSPECTIVE FROM CONSTITUTIONAL LAW AND INTERNATIONAL LAW

By Juan Gabriel Espejo Ceballos

ABSTRACT

Since General Franco's dictatorship until today, Catalan autonomy has been an issue of considerable importance in the implementation of public policies in Spain, particularly its process of institutionalisation, strengthening and delimitation, in accordance with the historical and political context, through the adoption of legal instruments that have guaranteed the Catalan people independence in different areas of public life.

Currently, the independence movement is seeking to create a new State and has taken several actions to legitimize these ideas, which have not always conformed to the constitutional framework. This document seeks to describe the constitutional legal framework within which Catalan autonomy is circumscribed, as well as an analysis of this case in international law to ascertain the limits to which the aspirations of independence are confronted.

KEYWORDS: Independence Process - Catalonia - Constitutional Law - International Law - Catalan autonomy - independence movement.

El Proceso de Independencia de Cataluña: una perspectiva desde el Derecho Constitucional y el Derecho Internacional

Juan Gabriel Espejo Ceballos¹

Introducción

Cataluña es una de las regiones de España con significativa importancia por su alto grado de desarrollo, la cual cuenta con ingreso per capita de veintinueve mil euros y un Producto Interno Bruto de 215, 640.8 millones de euros de acuerdo con datos del 2015.² Se considera que es una de las regiones más productivas y la economía de la región representa el 19% del Producto Interno Bruto de España.³

De acuerdo con estadísticas del 2014, Cataluña integró el equivalente a 10 billones de euros netos a las arcas nacionales de España, lo que equivale al 5% de su Producto Interno Bruto. En el periodo de 2003 al 2015 se observó una tendencia a la baja en la inversión del Gobierno central en la región, pasando de 16% total del presupuesto en 2003 al 9.5% del presupuesto en 2015.⁴

1 Miembro del Servicio Exterior Mexicano, encargado de Asuntos Económicos, Cooperación y Turismo en la Embajada de México en Filipinas. Previamente adscrito en la Embajada de México en Malasia y en el consulado mexicano en Filadelfia. Es Especialista en Derecho Internacional Público y licenciado en Relaciones Internacionales (UNAM).

2 Instituto de Estadística de Cataluña, "Anuario Estadístico de Cataluña: Producto Interno Bruto", en *Idescat* (2015). <https://www.idescat.cat/pub/?id=aec&n=358&lang=es>

3 "Catalonia's bid for independence from Spain explained", BBC, 15 de diciembre 2017, <http://www.bbc.com/news/world-europe-29478415>.

4 *Ibid.*

Desde la dictadura del General Franco hasta la fecha, la autonomía catalana ha sido un asunto de bastante relevancia en la ejecución de políticas públicas de España, particularmente su proceso de institucionalización, fortalecimiento y delimitación, de acuerdo al contexto histórico y político, a través de la adopción de instrumentos jurídicos que le han garantizado al pueblo catalán independencia en distintas áreas de la vida pública. Actualmente, el movimiento independentista busca crear un nuevo Estado y para ello ha tomado varias acciones a fin de legitimar esas ideas, las cuales no siempre se han ajustado al marco constitucional. Este documento busca describir el marco jurídico constitucional en el que se circunscribe la autonomía catalana, así como un análisis de este caso en el derecho internacional para conocer los límites a los que se enfrenta las aspiraciones de independencia.

I. La autonomía catalana en el marco constitucional de España

La Comunidad Autónoma de Cataluña cuenta con un poco menos de 7.5 millones de habitantes,⁵ tiene su propia lengua y tradiciones culturales. Este territorio ha formado parte del Estado español desde el siglo XV y sus orígenes se identifican con la existencia del Principado de Cataluña, el cual era parte del Reino de Aragón.⁶

España se constituyó como Estado mediante la unión de matrimonios de diferentes reinos, por lo que cuenta con múltiples usos, costumbres e idiomas, entre ellos el idioma catalán, que es una lengua romance que comparte raíces lingüísticas ibéricas y gallo itálicas, principalmente se habla en Cataluña, Islas Baleares y en la zona colindante en Francia.⁷

5 Instituto de Estadística de Cataluña. "Anuario Estadístico de Cataluña: Población", en Idescat (2017), <https://www.idescat.cat/economia/inec?tc=3&id=d001&lang=es>

6 Omar G. Encarnación, "Farewell to Catalonia Spain confronts a rebellious region", en *Foreign Affairs* (2016). <https://www.foreignaffairs.com/articles/spain/2016-01-28/farewell-catalonia>.

7 Daniel Runde, "Catalonia and the cost of independence", *Forbes* (2015). <https://www.forbes.com/sites/danielrunde/2015/04/08/catalonia-independence-artur-mas/#2be428d52a8e>.

Durante el siglo XIX, la región vivió una etapa de florecimiento cultural, a lo que se le llamó *renaixença*, que fortaleció los lazos comunes de los catalanes y modernizó el uso de su lengua, propagándose en esferas como la literatura, el teatro y la música.⁸ La identidad catalana se fortaleció y jurídicamente obtuvo su primer estatuto de autonomía en 1932, el cual le otorgó mayor libertad política y cultural.⁹ Desde la fundación del Estado español hasta la Guerra Civil Española, Cataluña contó con amplia autonomía, la cual perdió con la llegada al poder del General Francisco Franco, quien gobernó ese país de 1939 a 1975. La Guerra Civil Española de 1936 a 1939 deterioró en gran medida la autonomía legalmente reconocida unos años antes.¹⁰

Posteriormente, ya con el General Francisco Franco en el poder, se ejecutaron políticas restrictivas a la libertad, que se reflejaron en la prohibición de los símbolos, lengua y cultura catalana, así como de los otros pueblos españoles. Esos factores alimentaron en gran medida las tendencias nacionalistas en varias regiones de España.¹¹ Tras la muerte del General Franco, en España se llevó a cabo un referéndum constitucional en 1978, como parte de la transición a la democracia, cuyo proceso fue liderado por el Rey Juan Carlos. En el proceso de refundación del Estado español, la nueva constitución recibió el apoyo del 91% por parte de la población de Cataluña y participó el 67% del electorado. Ese proceso democrático le devolvió la autonomía a Cataluña.¹²

La Constitución Española de 1978 estableció dicho país como una monarquía parlamentaria, basada en principios de libertad, justicia, igualdad,

8 Charlotte Hoffman, "Language, autonomy and nationalidentity in Catalonia", *The SociologicalReview*, vol. 48 (2010): 48-78. <http://journals.sagepub.com/doi/10.1111/j.1467-954X.2000.tb03506.x>.

9 Leopold Traugott, *Catalonia and Spain—Separation or Divorce?* (Mastricht: MaastrichtUniversity), 10. https://www.academia.edu/8283609/Catalonia_and_Spain__Separation_or_Divorce.

10 Montserrat Guibernau, *Between autonomy and secession: the accommodation of Catalonia with in the new democratic Spain* (ESREC Research Programe on One Europeor Several, Documento de trabajo 48/02, University of Sussex, Falmer, 2002), https://pdfs.semanticscholar.org/47ab/83fa824196babb540482443a31f529e88ee7.pdf?_ga=2.32191543.809920902.1521029493-1248814639.1521029493.

11 *Catalonia's bid for...*

12 Daniel Runde, "Catalonia and..."

pluralismo político, seguridad, el estado de derecho, la democracia, así como la protección de los derechos humanos, la cultura, sus lenguas y tradiciones.¹³ Desde entonces, la Constitución reconoce a España como un Estado-nación con diversidad etnolingüística. El artículo 2 de la Constitución le otorga la autonomía a las nacionalidades y sus regiones, mientras que el artículo 3 garantiza el derecho a usar las lenguas regionales, se compromete el Estado a respetarlas y protegerlas, además de considerar esa diversidad como parte del patrimonio cultural de España. El Estado español y su marco constitucional se fundamenta en la *“indisoluble unidad de la Nación española, patria común e indivisible de todos los españoles.”*¹⁴

El artículo 137 de la Constitución Española señala respecto a la organización del territorio, que el Estado se divide en municipios, en provincias y en las Comunidades Autónomas y todas estas entidades gozan de autonomía.¹⁵ España está dividida en diecisiete comunidades y dos ciudades autónomas (Ceuta y Melilla). De acuerdo con el marco constitucional, aquellas provincias limítrofes con características históricas, culturales y económicas comunes, los territorios insulares y las provincias con entidad regional histórica podrán acceder a su autogobierno y constituirse en Comunidades Autónomas.¹⁶ Las comunidades no son consideradas como naciones autónomas, sino territorios autónomos. Las tres principales Comunidades más pobladas en España son el País Vasco, Cataluña y Galicia.

Respecto a la formación de las Comunidades Autónomas, la ley garantiza la autonomía dentro de esos territorios a grupos que, por su origen étnico y lingüístico, pudieran ser diferentes a los del grupo de la mayoría de esa región, sin embargo, la autonomía se otorga en el ámbito municipal,

13 Constitución Española, Preámbulo, *Boletín Oficial del Estado*, 27 de diciembre de 1978, <http://www.senado.es/web/conocersenado/normas/constitucion/detalleconstitucioncompleta/index.html#preamb>.

14 *Ibid.*, Art. 2º.

15 *Ibid.*, Art. 137.

16 *Ibid.*, Art. 143.

principalmente en temas de educación, lengua y medios de comunicación. El sistema político constitucional español está basado en una división territorial y no sobre la idea de una división multiétnica o multinacional.¹⁷

La autonomía de Cataluña, además de la Constitución Española, está normada por el Estatuto de Autonomía de 2006, el cual define a Cataluña como una comunidad de personas libres con un compromiso comunitario.¹⁸ Como antecedente, se tiene el Estatuto de Autonomía de Cataluña de 1979,¹⁹ que fue resultado del proceso de refundación del estado español y como elemento jurídico de reconciliación tras la represión sufrida en la dictadura. Es en esa época que se reconocieron los derechos de los vascos, los gallegos y catalanes a auto-determinarse. Aunque la región catalana recuperó su autonomía en gran parte a los asuntos correspondientes a la organización de la lengua y cultura con el Estatuto de 1979, las tendencias ideológicas nacionalistas continuaron después de la muerte del General Franco y durante años, grupos políticos continuaron impulsando la idea de una región independiente de España, los cuales obtuvieron un espacio cada vez mayor, concretándose esto a partir del año 2003.

En 2003, tres partidos independentistas (*Esquerra Republicana de Catalunya*, *Partido Socialistes de Catalunya (PSC)* e *Iniciativa per Catalunya Verds*) ganaron la mayoría en el Parlamento local y plantearon la necesidad de ampliar la autonomía de ese territorio, ya que, desde su perspectiva, los objetivos del Estatuto de Autonomía de 1979 no se habían logrado.²⁰

El pensamiento independentista, se fortaleció como resultado de esas

17 Xabier Arzoz, "Theautonomy of Catalonia" en Benedikter, Thomas edit. *Solving Ethnic Conflict through Self-Government A Short Gide to Autonomy in South Asia and Europe*, Bolzano, EURAC, (2009).

18 Parlamento de Cataluña, *Estatuto de Autonomía de Cataluña: Texto Consolidado* (Barcelona, Servicios Jurídicos y los Servicios de Asesoramiento Lingüístico del Parlamento de Cataluña, 2013), 20. <https://www.parlament.cat/document/cataleg/48146.pdf>.

19 *Ley Orgánica 4/1979, Estatuto de Autonomía de Cataluña*, Boletín Oficial del Estado, núm. 306 (Madrid, 22 de diciembre de 1979), 29363-29370. (derogado el 9 de agosto de 2006), <https://web.gencat.cat/es/generalitat/estatut/estatut1979/>.

20 Arzoz, Xabier, "Theautonomy of... 24.

elecciones y finalmente en septiembre de 2005, el Parlamento catalán sancionó un nuevo estatuto de autonomía para la región, al cual se opuso la fracción del Partido Popular, partido en el poder en el Gobierno central. Después de largas negociaciones y enmiendas al documento, el Estatuto de Autonomía de Cataluña fue aprobado por el Parlamento Español el 30 de marzo de 2006, con 189 votos a favor y 154 en contra. Posteriormente, el nuevo estatuto fue sometido a referendo popular, obteniendo el 73.23% de votos a favor, no obstante, sólo el 49.41% de los votantes acudió a las urnas. El Estatuto entró en vigor el 20 de julio de 2006.²¹

El Partido Popular fue el primer actor político que se opuso a este nuevo estatuto y sometió desde su entrada en vigor controversias constitucionales a más de la mitad de las provisiones establecidas en el documento. Entre las demandas de inconstitucionalidad resaltó la controversia relativa al reconocimiento de Cataluña como nación.²² En 2010, el Tribunal Constitucional de España decidió que ese concepto no estaba en concordancia con la Constitución Española.²³

El Tribunal determinó que, si bien los catalanes tienen el derecho a llamarse a sí mismos como una nación con propósitos de los debates políticos y culturales, no hay derechos establecidos y, por el contrario, la única nación oficialmente existente en España son los españoles.²⁴ Ese mismo año, el Tribunal

21 *Ibid.*, 25.

22 Giacomo Delledonne, "Speaking in name of the Constituent Power: the Spanish Constitutional Court and the new Catalan Estatut" en *Perspectives on Federalism*, Moncalieri, vol. 3, núm. 1, Centro Studi Sul Federalismo, (2011): N114. https://www.academia.edu/3109302/Speaking_in_Name_of_the_Constituent_Power_the_Spanish_Constitutional_Court_and_the_New_Catalan.

23 Sentencia 31/2010, de 28 de junio de 2010. Recurso de inconstitucionalidad 8045-2006. Interpuesto por noventa y nueve Diputados del Grupo Parlamentario Popular del Congreso en relación con diversos preceptos de la Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña. Función y contenido constitucional del Estatuto de Autonomía: Estatuto de Autonomía y sistema de fuentes; bloque de constitucionalidad, valor interpretativo del Estatuto de Autonomía; fundamento de la autonomía; derechos fundamentales y derechos estatutarios; sistema institucional autonómico, organización territorial y gobierno local; Poder Judicial; delimitación del contenido funcional y material de las competencias; relaciones de la Generalitat de Cataluña con el Estado y la Unión Europea; acción exterior; financiación autonómica y local; reforma del Estatuto de Autonomía. Eficacia jurídica del preámbulo; nulidad parcial e interpretación de preceptos legales. Votos particulares, Boletín Oficial del Estado núm. 72, 16 de julio de 2006, pp. 1-491, https://boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2010-11409.

24 *Ibid.*

resolvió otras controversias respecto a las facultades entre el Gobierno central y el regional, debido a que se traslapaban considerablemente. Como resultado del fallo se redujeron las atribuciones del gobierno regional.²⁵

De acuerdo con el artículo 149 de la Constitución Española, las comunidades autónomas están facultadas para asumir las atribuciones que no estén explícitamente atribuidas al Gobierno central por la Constitución. También señala, que la competencia sobre las materias que no se hayan asumido por los Estatutos de Autonomía, corresponderán al Estado y éstas prevalecen sobre las Comunidades Autónomas. El derecho del Estado será, en todo caso, supletorio del derecho de las Comunidades Autónomas.²⁶

Tanto en la Constitución Española como en el Estatuto de Autonomía de Cataluña de 2006, no se determinaron las delimitaciones específicas sobre sus facultades, por lo que en algunos rubros se empalmaron. La ausencia de esta definición, tuvo en consecuencia conflictos, considerando que la autonomía de la región depende de qué tanto el Gobierno central extiende su marco legal, para decidir en diferentes aspectos de la vida interna de las Comunidades Autónomas. Llama la atención que la mayoría de los conflictos de leyes fueron resueltos a favor del Gobierno central por el Tribunal Constitucional.²⁷

Los elementos de la autonomía de Cataluña se basan en: 1) la autonomía territorial y 2) en la autonomía lingüística, la cual se extiende en diferentes subelementos, que otorgan una complejidad entre las relaciones entre el Gobierno central español con el Gobierno autónomo.²⁸

En el ámbito territorial, de acuerdo con lo establecido en el artículo 148

25 Tribunal Constitucional, sobre el Estatuto de autonomía de Cataluña, Sentencia 48/2010 (Boletín Oficial del Estado 246, 11 de octubre de 2010). <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2010-15597>; Tribunal Constitucional (RI 9501-2006), Sentencia 137/2010 sobre el Estatuto de autonomía de Cataluña (Boletín Oficial del Estado 16, 19 de enero de 2011). <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2011-1000>. Tribunal Constitucional (RI 9330-2006), Sentencia 138/2010, sobre el Estatuto de autonomía de Cataluña (Boletín Oficial del Estado núm. 16, 19 de enero de 2011). <http://boe.es/boe/dias/2011/01/19/pdfs/BOE-A-2011-1001.pdf>.

26 Constitución Española, Art. 149.

27 Giacomo Delle donne, "Speaking in name...", N-11

28 Xabier Arzoz. "The autonomy...", 24.

de la Constitución, Cataluña cuenta con un poder legislativo y ejecutivo que se encarga de regular sus instituciones, planeación territorial, infraestructura y transporte público, agricultura, ganadería y pesca, protección del medio ambiente, incentivos a la economía regional, educación, política cultural y de lengua, educación, salud, servicios sociales, turismo, deportes, entre otros.²⁹

Por su parte, la autonomía lingüística, en la Constitución Española en su artículo 3 señala que las demás lenguas españolas serán también oficiales en las respectivas Comunidades Autónomas de acuerdo con sus Estatutos,³⁰ asimismo, de acuerdo con el artículo 148, párrafo 1, se otorga a las Comunidades Autónomas la facultad de reconocer y promover sus lenguas autóctonas y deja abierta la posibilidad de que éstas regulen el uso de otros idiomas diferentes al castellano.³¹ Este derecho ha permitido que en España exista una diversidad de legislaciones en esta materia.

La autonomía lingüística se estableció oficialmente en esa región con la entrada en vigor de la Ley del Idioma de Cataluña en 1983 y fue sancionada por la Corte Constitucional declarándola compatible con el orden constitucional español.³² Posteriormente, con el Estatuto de Autonomía Catalana de 2006, se estableció que los habitantes de esa comunidad tienen el derecho de aprender ambos idiomas y usar ambos idiomas en todos los aspectos de la vida pública. El idioma catalán fue reconocido como segunda lengua oficial y como lengua propia de la región. Asimismo, el Estatuto obliga a los funcionarios a utilizar la lengua que el ciudadano escoja para dirigirse a las autoridades locales y todo acto oficial debe publicarse en ambas lenguas. El catalán se considera como lengua oficial, aunque se trate de oficinas pertenecientes al Gobierno central, a la Comunidad Autónoma o a los municipios. El Estatuto de Autonomía de

29 Constitución Española, Art. 148.

30 *Ibid.* Art. 3º.

31 *Ibid.* Art. 148.

32 Ley 7/1983 de normalización lingüística en Cataluña (Diario Oficial de la Generalidad de Cataluña, núm. 322, de 22 de abril de 1983). <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOGC-f-1983-90036>

2006 privilegió el catalán como idioma de la Comunidad Autónoma y prevalece en todas las instituciones públicas, medios de comunicación y en el sistema de educación. Los ciudadanos de Cataluña tienen el derecho y la obligación de conocer ambas lenguas.³³

Por lo que se refiere al sistema educativo, el Estatuto causó serios confortamientos legales debido a la implementación modelo de inmersión, cuyo objetivo sigue siendo que al final de los estudios, todos los alumnos tengan competencia en ambos idiomas, independiente de su lengua materna.³⁴ Por lo que el Poder Judicial, los funcionarios y empleados deben demostrar ser fluidos en ambos idiomas. Los ciudadanos catalanes tienen el derecho a dirigirse a los órganos del Estado, como el Parlamento, la Corte Constitucional y la Alta Corte en catalán. Asimismo, el Gobierno central y Cataluña deben realizar esfuerzos por que sea reconocido ese idioma dentro de la Unión Europea.³⁵

De acuerdo al artículo 149 de la Constitución, el Gobierno central tiene competencia exclusiva en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales en condiciones de igualdad para los españoles, asuntos de nacionalidad, inmigración, emigración, extranjería y derecho de asilo, relaciones internacionales, defensa y Fuerzas Armadas, administración de justicia, legislación mercantil, penal y penitenciaria procesal,³⁶ laboral y civil. Asimismo, en todos los casos relativos a las reglas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas, relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio, ordenación de los registros e instrumentos públicos, bases de las obligaciones contractuales, normas para resolver los conflictos de leyes y determinación de las fuentes del Derecho, legislación sobre propiedad intelectual e industrial, régimen aduanero y arancelario; comercio exterior, sistema monetario: divisas

33 Parlamento de Cataluña, *Estatuto de...*, Art. 6º.

34 Xabier Arzoz. "The Autonomy...", 26.

35 *Ibid.*

36 Sin perjuicio de las necesarias especialidades que en este orden se deriven de las particularidades del derecho sustantivo de las Comunidades Autónomas.

cambio y convertibilidad; bases de la ordenación de crédito, banca y seguros, coordinación de la planificación general de la actividad económica, hacienda general y deuda del Estado, seguridad social, por mencionar las más esenciales.³⁷

Otras de las facultades exclusivas del Gobierno central señalado en ese mismo artículo es la potestad de autorizar la convocatoria de consultas populares por vía de referéndum. Esta facultad ha sido clave en el desarrollo del conflicto que se analiza en este documento.³⁸

La Constitución Española reconoce, según sea el caso, atribuciones particulares de las Comunidades Autónomas, dentro de algunos aspectos de las materias exclusivas del Estado, que se ejecutan a través de las instituciones regionales. Uno de los elementos de suma importancia para el Gobierno central, es la organización de la hacienda pública y deuda externa.³⁹ Se considera que la distribución de la riqueza y las políticas públicas que el Estado español realiza mediante la política fiscal, ha impulsado las ideas de independencia de esa región.

De acuerdo con datos de 2014, Cataluña contribuyó con aproximadamente diez mil millones de euros más, de lo que recibió por el gasto asignado por el gobierno español, el 5% de su PIB. En 2015, el 9.5% del presupuesto fue asignado a Cataluña, mientras que en 2003 representaba el 16%.⁴⁰ El 20% del Producto Interno Bruto de España proviene de Cataluña, no obstante, es una región altamente endeudada, lo que ha requerido la implementación de varios programas de rescate por parte del gobierno central.⁴¹

Aunque existe todo un marco jurídico que ha permitido la existencia de Comunidades Autónomas, en el caso de Cataluña las fuerzas políticas independentistas no están satisfechas con el grado de autonomía otorgada

37 Constitución Española, Art. 149.

38 *Ibid.*, Art. 149. 32a.

39 *Ibid.* Art. 149. 14a.

40 *Catalonia's bid...*

41 Daniel Runde, *Catalonia...*

por el Gobierno español, y buscan tener mayor independencia económica, principalmente mediante el control de la hacienda pública local y mayor control político que les permita alcanzar la independencia.

Por lo que se refiere a la autonomía fiscal, los independentistas han empujado la obtención de la autonomía tal y como sucede en el caso del País Vasco. Al respecto, se ha señalado que, en ese caso, la independencia fiscal de Cataluña no tiene sustentos históricos y jurídicos. Los fueros vascos, que existían previo a la dictadura, fueron ajustados o modernizados a la nueva realidad, garantizando las contribuciones del País Vasco por los servicios de obra pública y defensa al Gobierno central, así como la gestión de sus ingresos internos de forma autónoma. El Gobierno español tiene la postura que la autonomía fiscal de Cataluña no tiene un sustento histórico ni jurídico.⁴²

II. El movimiento de independencia catalán

El desarrollo del nacionalismo catalán ha sido progresivo y nunca ha sido homogéneo. Los diferentes actores políticos en diferentes periodos han sido conservadores, moderados o radicales en diferentes tiempos y se ha distanciado de la perspectiva radical que alcanzó el nacionalismo vasco.

Entre el 2011 y el 2015, el Partido Popular mantuvo la mayoría del Parlamento español y durante este periodo no otorgó concesiones al nacionalismo catalán. El 23 de enero de 2013, el Parlamento catalán aprobó la Declaración de Soberanía y del Derecho a decidir del pueblo de Cataluña.⁴³ Posteriormente, el Parlamento catalán aprobó en septiembre de 2014, la Ley de Consultas Populares no referéndum y otras formas de participación ciudadana.⁴⁴

42 Jokin Lecumberri, "La financiación de las comunidades. ¿Por qué los vascos sí y los catalanes no?", *La Vanguardia*, Barcelona (2017).

<http://www.lavanguardia.com/politica/20170507/422339102883/financiacion-comunidades.html>.

43 Resolución 5/X del Parlamento de Cataluña, por la que se aprueba la Declaración de soberanía y del derecho a decidir del pueblo de Cataluña, Barcelona, 23 de enero de 2013, <https://www.parlament.cat/document/intrade/7217>

44 Daniel Centra y Malcolm Harvey, "The song Remains the Same? Constitutional Developments, in *Catalonia and Scotland in 2015 en European Year book of Minority Issues Online*, Leiden, vol. 14

El 25 de marzo de 2014, el Tribunal Constitucional determinó que esa declaración y Ley de Consultas, era incompatible con el artículo 2º de la Constitución Española, además de señalar que la Comunidad Autónoma de Cataluña no puede unilateralmente convocar un referéndum de autodeterminación para decidir su pertenencia a España. En abril de 2014, una delegación del Parlamento catalán formalmente solicitó al Parlamento español, otorgarle las facultades para llevar a cabo un referéndum en Cataluña, cuya petición fue rechazada por la mayoría de los parlamentarios, lo que se ha interpretado como una negación al derecho a decidir respecto a este tema.⁴⁵ No obstante a esa resolución, el 9 de noviembre de 2014, se llevó a cabo una consulta ciudadana sobre la independencia de Cataluña.⁴⁶ En dicho ejercicio, el 80.7% de los votantes se expresó a favor de la independencia y hubo una participación de 2.25 millones de personas, esto de acuerdo con autoridades catalanas.⁴⁷

El entonces líder independentista Artur Mas, impulsó este referéndum para obtener apoyo respecto a su proyecto de independencia. El Tribunal Constitucional ordenó suspender el voto, no obstante, el Gobierno local permitió que se llevara a cabo, con el argumento que no se podía hacer a un lado el derecho de 7.5 millones de habitantes, de los cuales 5.4 millones son votantes, a expresar su opinión sobre este tema.⁴⁸ El Gobierno español calificó esta votación como ilegal y sin ningún efecto jurídico, además, solicitó al Fiscal General, llevar a cabo acciones legales en contra de los organizadores del referéndum. A fin de evitar cualquier consecuencia jurídica, los independentistas habían

(2017): 166. https://www.academia.edu/34605578/_The_Song_Remains_The_Same_Constitutional_Developments_in_Catalonia_and_Scotland_in_2015.

45 *Ibid.*

46 El Parlamento Catalán aprobó en septiembre de 2014 la Ley de Consultas Populares no referéndum y otras formas de participación ciudadana.

47 Raphael Minder, "Catalonia Overwhelmingly Vote for Independence from Spain in Straw Poll", *The New York Times* (2014). https://www.nytimes.com/2014/11/10/world/europe/catalans-vote-in-straw-poll-on-independence-from-spain.html?_r=0.

48 *Ibid.*

asegurado la participación de 40,000 voluntarios y no se dejó evidencia del uso de los censos electorales, para evitar cualquier vínculo entre las instituciones catalanas, además de haberse previsto la inconformidad del Gobierno central.⁴⁹

Los independentistas por su parte argumentaron que el Estado español se negó a establecer un proceso de negociación para determinar si Cataluña pudiera independizarse de España, violentando el principio de democracia, autonomía e ignorando los mecanismos legales disponibles en la Constitución. No obstante, hay que subrayar que de acuerdo con la Constitución Española sólo se otorga la autoridad legal de organizar referéndums exclusivamente al Gobierno central. Dicho principio fue reiterado por el Tribunal Constitucional en 2008, cuando declaró ilegal la proposición por parte del Gobierno vasco de llevar a cabo un referéndum sobre su autonomía.⁵⁰

La polarización en el sistema político catalán llevó a que previo a las elecciones del 2015, la coalición de partidos *Convergència i Unió* (CiU) desapareciera después de haber estado en la escena política por 36 años. Los grupos políticos se reagruparon en nuevos partidos, surgiendo así *Juntspel Si* (JxS) y *Candidatura d'Unitat Popular* (CUP).⁵¹

El 27 de septiembre de 2015, el partido *Juntspel Si* (JxS), fue la fuerza política más votada en esas elecciones. *Juntspel Si* (JxS) obtuvo 62 asientos en el Parlamento y el partido *Candidatura d'Unitat Popular* (CUP), también de corriente independentista, obtuvo 10 asientos. Juntos ambos partidos lograron obtener la mayoría en el Parlamento, sin embargo, sólo consiguieron el 47.8% del total de votos. En dichas elecciones participó el 74.95% del electorado.⁵²

Por otra parte, aunque los partidos que se oponen a la independencia obtuvieron la mayoría de los votos, su representatividad en el Parlamento estuvo fragmentada en varias fuerzas políticas. El partido *Ciutadans* (C's)

49 *Ibid.*

50 Jordi Muñoz y Marc Guinjoan, "Accounting for internal variation in nationalist mobilitation: unofficial referendums for independence in Catalonia (2009-11)", *Nations and Nationalism*, vol. 19 (2013): 44.

51 Daniel Centra y Malcolm Harvey, "The song remains... 164

52 *Ibid.*, 162

obtuvo 25 asientos, mientras que el *Partit dels Socialistes de Catalunya* (PSC) logró 16, el partido de izquierda *Catalunya Sí que Es Pot* (CSQSP) y el Partido Popular obtuvieron 11 asientos respectivamente. Es importante señalar que el CSQSP apoya la realización de un referéndum, pero es contrario a las ideas de independencia, por lo que pudiera interpretarse que tampoco los partidos que buscan mantener la unión del territorio español alcanzaron la mayoría de votos en esas elecciones (39% del total de votos).⁵³

Una vez conocido el resultado de las elecciones de 2015 y tras el proceso de formación del gobierno mediante acuerdos de las distintas fuerzas políticas contendientes, fue nombrado presidente de la Generalidad de Cataluña Carles Puigdemont, quien anunció la creación de la República de Cataluña dentro de los primeros dieciocho meses de su gobierno.⁵⁴ A iniciativa del nuevo presidente de la Generalidad, el 9 de noviembre de 2015, el Parlamento Catalán aprobó la Resolución 1/XI “sobre el inicio del proceso político en Cataluña como consecuencia de los resultados electorales del 27 de septiembre de 2015” en la que se afirmó el inicio de un proceso de establecimiento del Estado catalán independiente y el desacato a las decisiones de las instituciones del Estado español.⁵⁵ La resolución fue declarada inconstitucional por el Pleno del Tribunal Constitucional el 11 de noviembre de 2015, de conformidad a las facultades que le otorga el artículo 161.2 de la Constitución.⁵⁶

Desde enero de 2016 hasta septiembre de 2017, los miembros de los partidos independentistas *Juntspel Si* y *Candidatura d’Unitat Popular* aprobaron leyes y resoluciones contrarias a la Constitución con el objetivo de lograr un

53 *Ibid.*, 163.

54 *Ibid.*, 168.

55 Resolución 1/XI del Parlamento de Cataluña, sobre el inicio del proceso político en Cataluña como consecuencia de los resultados electorales (Barcelona: 2015). <https://www.parlament.cat/document/intrade/153125>.

56 Impugnación de resolución autonómica (Título V LOTC) n.º 6330-2015, contra la Resolución 1/XI del Parlamento de Cataluña, de 9 de noviembre de 2015, “sobre el inicio del proceso político en Cataluña como consecuencia de los resultados electorales del 27 de septiembre de 2015” y su Anexo, Boletín Oficial del Estado, núm. 271, de 12 de noviembre de 2015, páginas 107085 a 107085, https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2015-12206.

marco legal paralelo y llevar a cabo un referéndum sobre la independencia de Cataluña, sin embargo, el Tribunal Constitucional suspendió y anuló esas disposiciones.

Entre las leyes más importantes promovidas por los independentistas se encuentra la Ley de Transición Jurídica y Fundación de la República Catalana, aprobada el 7 de septiembre de 2017 por parte del Parlamento Catalán.⁵⁷ Esa Ley creaba un nuevo Poder Judicial en Cataluña, en la cual su presidente sería designado por el Primer Ministro, no obstante, fue suspendida por el Tribunal Constitucional de España el 16 de noviembre de ese mismo año.⁵⁸

El Consejo Legal del Parlamento Catalán había advertido que esas resoluciones eran inconstitucionales y por lo tanto no podían seguir el procedimiento parlamentario y violaban otras sentencias del Tribunal Constitucional, asimismo, en esas ocasiones los miembros de los partidos a favor de mantenerse en el marco constitucional abandonaron el recinto.

Para enmendar el Estatuto de Autonomía de Cataluña de 2006 se requieren de dos terceras partes del Parlamento a favor. Por su parte, en el artículo 147 de la Constitución Española, señala que la reforma de los Estatutos se ajustará al procedimiento establecido en los mismos y requieren la aprobación por las Cortes Generales, mediante ley orgánica.⁵⁹ Por lo anterior, se pudiera deducir que los procedimientos ejecutados por los partidos a favor de la independencia en el Parlamento local, no cumplieron con los requisitos necesarios para reformar la estructura política de la Comunidad autónoma y

57 Ley 20/2017 de transitoriedad jurídica y fundacional de la República (Barcelona: Diario Oficial de la Generalidad de Cataluña, núm. 7451A, 2017). http://dogc.gencat.cat/les/pdogc_canals_interns/pdogc_sumari_del_dogc/?anexos=1&annex=A&numDOGC=7451A&seccion=0#.

58 Sentencia 124/2017, Recurso de inconstitucionalidad 4386-2017, interpuesto por el Presidente del Gobierno respecto de la Ley del Parlamento de Cataluña 20/2017, denominada “de transitoriedad jurídica y fundacional de la República”. Soberanía nacional, monarquía parlamentaria, unidad de la Nación y derecho a la autonomía, supremacía de la Constitución: nulidad de la Ley autonómica que pretende “dar forma jurídica, de forma transitoria, a los elementos constitutivos básicos del nuevo estado” resultante de la declaración unilateral de independencia por el Parlamento de Cataluña (STC 114/2017) (Boletín Oficial del Estado, núm. 278, de 16 de noviembre de 2017), 110737-110755, https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2017-13228.

59 Constitución española, Art. 147.

mucho menos sus resoluciones encuadran en el marco constitucional español.⁶⁰

El 1 de octubre de 2017 se llevó a cabo otro referéndum, en el cual, de acuerdo a autoridades catalanas, el 92% de los electores votó a favor de la independencia. En el referéndum sólo el 42% de la población participó.⁶¹ Ese mismo día, el presidente de la Generalidad Carles Puigdemont anunció, inmediatamente después de la validación de los resultados producidos en el referéndum, la independencia de Cataluña.⁶² Ese referéndum fue llevado a cabo en el marco del Artículo 7 de la Ley de Referéndum de Autodeterminación,⁶³ la cual fue declarada anticonstitucional por el Tribunal Constitucional.⁶⁴

A este resultado hay que incluirse que no existió un estricto monitoreo del voto y hubo un intento de la policía española de cerrar la votación.⁶⁵ A consecuencia de la intervención del Gobierno central durante el día de las votaciones, hubo actos de violencia que resultaron en 900 personas lesionadas. El 5 de octubre, el Gobierno central ya tenía el control de la región con cientos de soldados en las calles. Esos hechos fueron condenados por los independentistas y públicamente declararon que se aplicó de facto un estado de excepción y en consecuencia violación a los derechos humanos y libertades civiles.⁶⁶

60 Estatuto de Autonomía de Cataluña, Art. 222.

61 Omar Encarnación, "Farewell to..."

62 Luis Moreno, *What Catalonia's suspended declaration of independence means for Catalonia and Spain*, London School of Economics European Politics and Policy (EUROPP) Blog, 11 de octubre de 2017, <http://blogs.lse.ac.uk/euoppblog/2017/10/11/what-catalonias-suspended-declaration-of-independence-means-for-catalonia-and-spain/>.

63 Ley 19/2017 del referéndum de autodeterminación (Barcelona: Diario Oficial de la Generalitat de Cataluña núm. 7449^o, 2017). http://dogc.gencat.cat/es/pdogc_canals_interns/pdogc_sumari_del_dogc/?numDOGC=7449A&anexos=1#.

64 Sentencia 114/201, Recurso de inconstitucionalidad 4334-2017. Interpuesto por el Abogado del Estado en nombre del Presidente del Gobierno frente a la Ley del Parlamento de Cataluña 19/2017, de 6 de septiembre, denominada "del referéndum de autodeterminación". Soberanía y unidad nacional, reforma constitucional, procedimiento legislativo y competencias en materia de consultas referendarias: nulidad de la ley autonómica que tiene por objeto la regulación de un "referéndum de autodeterminación vinculante sobre la independencia de Cataluña, las consecuencias en función de cuál sea el resultado y la creación de la sindicatura electoral de Cataluña" (Boletín Oficial del Estado núm. 256, 2017), 102543-102570. https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2017-12206.

65 *Catalonia's bid...*

66 R. Joseph Huddleston, "How Madrid should address the Catalonia crisis negotiation with

Después del referéndum y la violencia que se presentó durante la realización de las votaciones, el 10 de octubre de 2017, en el Parlamento de la Comunidad Autónoma de Cataluña, su presidente Carlos Puigdemont y 72 parlamentarios de los partidos *Juntspel Si y Candidatura d'Unitat Popular* (CUP) se reunieron para firmar un documento que anunciaba la declaración de independencia de Cataluña. El documento fue firmado por los parlamentarios como “representantes de Cataluña” y no se encuentra publicado en los documentos oficiales del Parlamento catalán.⁶⁷

En esa declaración se establece que el Estatuto de Autonomía aprobado por el Parlamento y el Congreso español de 2006, debía haber sido el nuevo marco estable y duradero de relación bilateral entre Cataluña y España, no obstante, ese acuerdo político se rompió tras las sentencias del Tribunal Constitucional en 2010, que echaron atrás los principales logros de la autonomía.⁶⁸

En la declaración de independencia se invoca una legitimidad histórica y una tradición jurídica e institucional para constituir un nuevo Estado. Asimismo, sobresaltan elementos como la lengua, la cultura y la historia para dar sustento ideológico a la independencia, se resalta la histórica autonomía catalana que ha consolidado instituciones propias, autogobierno, cortes independientes y un marco jurídico propio. En ese orden de ideas, de acuerdo al planteamiento establecido en la Declaración, la soberanía es uno de los elementos que le hacían falta, la cual se ha venido buscando mediante el marco jurídico español, sin embargo, no se les ha permitido alcanzar esos objetivos.⁶⁹

Los independentistas catalanes argumentan que la autonomía obtenida se había ido perdiendo tras un proceso de recentralización y un tratamiento económico injusto, lo que resulta en una autonomía limitada o meramente administrativa y no política. Parte de las reclamaciones también incluyen

the regional government is key”, *Foreign Affairs* (2017). <https://www.foreignaffairs.com/articles/western-europe/2017-10-06/how-madrid-should-address-catalonia-crisis>.

67 *Declaración de los Representantes de Cataluña* (Barcelona: 2017). https://www.ara.cat/2017/10/10/Declaracio_Independencia_amb_logo_-1.pdf.

68 *Ibid.*

69 *Ibid.*

discriminación lingüística y cultural y desconocimiento de la nación catalana, que desde su perspectiva tiene el derecho a la autodeterminación y a tener instituciones democráticas que protejan la libertad, la seguridad y el estado de derecho.⁷⁰

Desde la perspectiva de los independentistas, al no permitírseles instrumentar los mecanismos que están en la Constitución Española, se llevó a cabo un referéndum en el que la mayoría votó a favor de la independencia. En la declaración de independencia del 10 de octubre de 2017 se expone también entre otros puntos: 1) la creación de la República catalana como Estado independiente y soberano, de derecho, democrático y social, 2) establece la entrada en vigor de una Ley de transitoriedad jurídica y fundacional de la República, 3) da por iniciado un proceso constituyente abierto y democrático, 4) invita a establecer negociaciones con el Estado español en condiciones de igualdad y 5) apela a la comunidad internacional a reconocer la Republica de Cataluña, comprometiéndose a dar cumplimiento al derecho internacional y al cumplimiento de los compromisos adquiridos previamente por el Estado español y el marco legal de la Unión Europea.⁷¹

Asimismo, en el documento los independentistas llaman a la comunidad internacional a reconocer el Estado catalán y se comprometen a seguir siendo parte de los acuerdos internacionales de los que España es parte, en particular aquellos celebrados con la Unión Europea, incluyendo los referentes a la protección de los derechos humanos. Aquellos compromisos tienen como propósito el apoyo de la comunidad internacional para un reconocimiento inmediato y bajo el principio de igualdad y con el compromiso de seguir aplicando el ordenamiento jurídico de la Unión Europea. Como parte de la estrategia de independencia, se solicita la intervención de la Unión Europea para proteger los derechos humanos y aduce violaciones a los mismos.⁷²

70 *Ibíd.*

71 *Ibíd.*

72 *Ibíd.*

A fin de dar cumplimiento a lo señalado en la declaración de independencia de Cataluña, el 27 de octubre de 2017, el presidente de la Generalidad y los parlamentarios de los partidos independentistas sometieron a consideración del Parlamento Catalán dos propuestas para ser aprobadas:

1. Que el Gobierno de Cataluña adopte la Ley de transitoriedad jurídica y fundacional de la República Catalana, que le permita autogobernarse, mientras se adopta una constitución para formarse como república independiente.
2. La apertura de un proceso constituyente con la participación de la ciudadanía en el que se llame a elecciones y se publique la Constitución de la República Catalana.

Con el propósito de restablecer el orden constitucional en Cataluña, el Gobierno de Mariano Rajoy solicitó al Consejo de Ministros la adopción de medidas especiales para aplicar el artículo 155 de la Constitución que establece:

1. *“Si una Comunidad Autónoma no cumpliere las obligaciones que la Constitución u otras leyes le impongan, o actuare de forma que atente gravemente al interés general de España, el Gobierno, previo requerimiento al presidente de la Comunidad Autónoma y, en el caso de no ser atendido, con la aprobación por mayoría absoluta del Senado, podrá adoptar las medidas necesarias para obligar a aquélla al cumplimiento forzoso de dichas obligaciones o para la protección del mencionado interés general”*.⁷³

El Consejo de Ministros adoptó las medidas que el presidente Mariano Rajoy propuso para para que la Generalidad de Cataluña procediera al cumplimiento de sus obligaciones constitucionales y al cese de sus actuaciones que se calificaron como contrarias al interés general, solicitando al Senado la implementación de dicho artículo.⁷⁴ Ese mismo día, el Senado, con un 80% de

⁷³ *Ibid.*, Art. 155.

⁷⁴ Orden PRA/1034/2017, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 21 de octubre de 2017, por el que, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 155 de la Constitución, se tiene por no atendido el requerimiento planteado al M. H. Sr. Presidente de la Generalitat de Cataluña, para que la Generalitat de Cataluña proceda al cumplimiento de sus obligaciones constitucionales y a la cesación de sus actuaciones gravemente contrarias al interés general, y se proponen al Senado para su aprobación las medidas necesarias para garantizar el cumplimiento

los votos a favor, aprobó la iniciativa, permitiendo la adopción de medidas especiales en la Comunidad Autónoma, considerando las violaciones al marco jurídico establecido y sobre la base de la existencia de un interés general, más allá de lo planteado por los independentistas.⁷⁵

En el Acuerdo del Consejo de Ministros, el Gobierno español argumenta que los objetivos de estas medidas fueron:

1. Reinstalar la legalidad constitucional y autonomía de Cataluña, la cual ha sido violada y desmantelada por el gobierno regional catalán.
2. Proteger la neutralidad institucional para reestablecer la normalidad y la coexistencia pacífica, garantizando la que el poder ejecutivo regional y el Parlamento reinicien sus funciones, partiendo de la idea de que el Parlamento catalán estuvo cerrado por dos meses, impidiendo que los parlamentarios vigilaran las acciones del poder ejecutivo y convocándolo sólo para efectos de validar iniciativas contrarias al sistema legal español.
3. Mantener el bienestar social y el crecimiento económico.
4. La protección de las instituciones autónomas de Cataluña.
5. Salvaguardar los derechos y libertades.
6. Defender el interés general.

De acuerdo con facultades autorizadas por el Senado español, el Gobierno tiene la facultad de:

1. Remover el Poder Ejecutivo catalán para ser substituido en sus facultades por órganos de gobierno o autoridades asignadas por el Gobierno español.
2. El presidente del Gobierno español asumiría la autoridad para llamar a elecciones regionales, las cuales deberían ser llevadas a cabo en un máximo de seis meses.

de las obligaciones constitucionales y para la protección del mencionado interés general (Boletín Oficial del Estado, núm. 260, 2017), 103529-103544, <https://www.boe.es/boe/dias/2017/10/27/pdfs/BOE-A-2017-12328.pdf>.

75 Resolución de 27 de octubre de 2017, de la Presidencia del Senado, por la que se publica el Acuerdo del Pleno del Senado, por el que se aprueban las medidas requeridas por el Gobierno, al amparo del artículo 155 de la Constitución (Boletín Oficial del Estado núm. 260, 2017), 103527-103528, <https://www.boe.es/boe/dias/2017/10/27/pdfs/BOE-A-2017-12327.pdf>.

3. La administración del Gobierno regional de Cataluña continuaría sus funciones, no obstante, operarían de acuerdo con los lineamientos de las autoridades designadas o delegadas por el Gobierno español.
4. Ciertas limitaciones serían establecidas al Parlamento catalán mientras estuvieran en vigor esas medidas, no obstante, se reconoce que continuarían siendo el órgano representativo del pueblo catalán.

El presidente del Gobierno de España Mariano Rajoy llamó a elecciones en Cataluña el 21 de diciembre de 2017,⁷⁶ cuyo principal reto fue la legitimidad, considerando que los líderes de la oposición se encuentran detenidos o en el exilio. De acuerdo con varios expertos, la aplicación del artículo 155 constitucional, control directo de Cataluña, resolvía en poco el problema en la región y profundiza la rivalidad entre las partes. Considerando las acciones que el gobierno de España ha realizado para controlar Cataluña, las elecciones programadas para el 21 de diciembre de 2017, representaba de cierta manera el referéndum que el Gobierno central había buscado impedir que se realizara.⁷⁷

El 31 de octubre, el Tribunal Constitucional Español resolvió que las leyes aprobadas por el Parlamento catalán respecto al referéndum de independencia eran anticonstitucionales.⁷⁸ Con base en las resoluciones del

76 *Catalonia's bid...*

77 Observer editorial, "The Observer view on Independence for Catalonia", *The Guardian*, edición internacional, Londres (2017). www.theguardian.com/commentisfree/2017/oct/29/observer-view-independence-catalonia.

78 Sentencia 120/2017, Impugnación de disposiciones autonómicas 4332-2017. Formulada por el Gobierno de la Nación respecto de la resolución 807/XI del Parlamento de Cataluña por la que se designan los miembros de la sindicatura electoral de Cataluña al amparo de la disposición adicional tercera de la Ley 19/2017, de 6 de septiembre, denominada «del referéndum de autodeterminación». Soberanía y unidad nacional, reforma constitucional, procedimiento legislativo y competencias en materia de consultas referendarias: nulidad de la resolución parlamentaria dictada para dar cumplimiento a una ley declarada inconstitucional y nula (STC 114/2017) (Boletín Oficial del Estado, núm. 278, 2017), 110696-110702, <http://hj.tribunalconstitucional.es/docs/BOE/BOE-A-2017-13224.pdf>. Sentencia 121/2017, de 31 de octubre de 2017. Impugnación de disposiciones autonómicas 4333-2017. Formulada por el Gobierno de la Nación respecto del Decreto de la Generalitat de Cataluña 140/2017, de 7 de septiembre, de normas complementarias para la celebración del referéndum de autodeterminación. Soberanía y unidad nacional, reforma constitucional, procedimiento legislativo y competencias en materia de consultas referendarias: nulidad de la norma reglamentaria dictada para dar cumplimiento a una ley declarada inconstitucional y nula (STC 114/2017) (Boletín Oficial del Estado núm. 278, 2017), 110703-110706, <https://www.boe.es/boe/dias/2017/11/16/pdfs/BOE-A-2017-13225.pdf>.

Tribunal, el Fiscal General acusó al presidente de la Generalidad de Cataluña Carles Puigdemont y a otras figuras proindependentistas de cometer los delitos de rebelión, sedición, desvío de fondos públicos y otras faltas, las cuales se castigan hasta con 30 años de cárcel.⁷⁹

El 21 de diciembre 2017 se llevaron a cabo las elecciones regionales después de que el Gobierno central disolviera el Parlamento catalán. En las elecciones participaron el 80% del electorado y como resultado el partido Ciudadanos logró obtener 37 asientos del parlamento, siendo la fuerza política más votada, sin embargo, los partidos independentistas lograron obtener un poco más de la mayoría absoluta. *Juntspel Si* obtuvo 34 asientos, Izquierda Republicana de Cataluña (ERC) 32 y *Candidatura d'Unitat Popular* 4. Mientras que, el Partido de los Socialistas de Cataluña obtuvo 17, Partido Popular 3, Común-Podemos, grupo independiente 8. Entre los parlamentarios elegidos se encuentran siete personas que están siendo perseguidos por la justicia española.⁸⁰

El nuevo Parlamento fue constituido el 17 de enero de 2018. Fue nombrado como presidente de la mesa directiva del Parlamento Roger Torrent. La mayoría parlamentaria propuso a Carles Puigdemont como presidente de la Generalidad, quien se encuentra en Bruselas y está impedido de regresar a España, ya que cuenta con una orden de aprehensión. El 30 de enero estaba programada una sesión para elegir el presidente, no obstante, la sesión fue suspendida. Se propuso como vicepresidente a Jordi Sánchez, quien está encarcelado, y por lo tanto está impedido para tomar protesta.⁸¹

Se ha señalado que mientras se resuelve el problema de poder investir al expresidente de la Generalidad en este nuevo Parlamento, Jordi Turull ejercerá el cargo de consejero de la Presidencia, y por lo tanto presidente interino.

79 Observer editorial. *The Observer*...

80 Tamara Gil, "¿Qué pasa con la independencia de Cataluña tras el dividido resultado de las elecciones?", *BBC Mundo*, Londres (2017). <http://www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-42448892>.

81 *Ibid.*

Al respecto, los parlamentarios independentistas han buscado que Carles Puigdemont tome posesión como presidente estando en el exterior, asimismo, a fin de no poner en riesgo su representatividad en el Parlamento, han convenido no hacer mención a la Declaración de Independencia, lo que les permitiría no ser perseguidos por las leyes españolas.⁸²

En términos generales, se puede concluir que por lo que respecta al derecho interno de España, la Constitución Española establece que la unidad territorial es inherente al Estado español y otorga el derecho de la autodeterminación en distintos niveles, desde el ámbito municipal, la provincia y da derecho a la creación de Comunidades Autónomas, a las cuales se les otorga un grado de autonomía bastante amplio, sin embargo, la secesión de una parte del territorio no está establecida en el marco constitucional.

Los independentistas han buscado el llevar a cabo un referéndum, medida que constitucionalmente está garantizada, no obstante, esta facultad se encuentra reservada al Gobierno central. Se pudiera considerar como una vía legal para obtener la independencia el llevar a cabo un referéndum en el que participen todos los españoles, que de acuerdo con el marco legal actual sólo puede ser organizado por el Gobierno central, a fin de modificar la Constitución Española para permitir la secesión de Cataluña. Esta vía ha sido muy común en otros países que enfrentan tensiones secesionistas, el caso de Canadá e Irlanda son ejemplos muy claros.

III. La independencia de Cataluña a la luz del derecho internacional

Uno de los argumentos más socorridos para promover la independencia de Cataluña, es el principio de autodeterminación de los pueblos. Históricamente,

82 “El Parlamento de Cataluña vota como legitimar a Carles Puigdemont como presidente, pero no reafirma la declaración de independencia”, *Infobae*, Buenos Aire (2018). <https://www.infobae.com/america/mundo/2018/03/01/el-parlamento-de-cataluna-vota-como-legitimar-a-carles-puigdemont-como-presidente-pero-no-reafirma-la-declaracion-de-independencia/>

ese principio tuvo gran relevancia en el proceso de descolonización después de la Segunda Guerra Mundial, su evolución conceptual ha contribuido al proceso de democratización y representación de los pueblos en el derecho interno de los Estados. En el caso catalán es sumamente importante analizar ese principio y su trascendencia en los procesos de independencia y movimientos de secesión.

En el artículo 1.2 y 55 de la Carta de las Naciones Unidas, firmada el 26 de junio de 1945 durante la Conferencia de San Francisco, se estableció el principio del derecho a la autodeterminación de los pueblos,⁸³ el cual se ha ido definiendo poco a poco mediante resoluciones internacionales, tratados y sentencias, que permiten entender sus alcances y su importancia en las relaciones internacionales y en el derecho internacional público.

El régimen establecido en la Carta de las Naciones Unidas se considera ambiguo y heterogéneo, principalmente porque aceptó en su momento la existencia de colonias bajo la categoría de territorios no autónomos y de fideicomisos, y por otro, reconoció el derecho de los pueblos a la libre determinación.⁸⁴ Sin embargo, esa afirmación se pudiera sólo aplicar al momento histórico en el que se firmó la Carta y sin considerar que a lo largo del tiempo, este principio se ha desarrollado y consolidado en el derecho internacional. El principio de autodeterminación se ha definido poco a poco con algunas resoluciones u opiniones emitidas por ejemplo por la Comisión de Arbitraje de la Conferencia para la paz de Yugoslavia y en el asunto de Timor oriental, en el que la Corte Internacional de Justicia, lo consideró como un principio oponible *erga omnes*.⁸⁵

Entre los principales antecedentes del principio de la autodeterminación de los pueblos está la Conferencia de Bandung de 1950, en la que se rechazó

83 Organización de las Naciones Unidas, *Carta de las Naciones Unidas* (San Francisco: 1945). <http://www.un.org/es/sections/un-charter/chapter-ix/index.html>

84 Cesáreo Gutiérrez Espada y Romualdo Bermejo García, "El derecho de libre determinación de los pueblos no coloniales a la luz del Derecho internacional", en Juan José Solozábal Echavarría, (coord.), *La autodeterminación a debate*, Madrid (2014).

85 *Ibid.*

el sistema colonial; derivando años después en la adopción por parte de la Asamblea General de las Naciones Unidas, en la Resolución 1514 (XV) en 1960 que, en términos generales, es una declaración sobre la concesión de la independencia a los países y a los pueblos coloniales.⁸⁶ Al respecto, en dicha Resolución se establecen los siguientes elementos:

1. La sujeción de los pueblos a una subyugación, dominación y explotación extranjeras constituye una denegación de los derechos humanos fundamentales, es contraria a la Carta de las Naciones Unidas y compromete la causa de la paz y de la cooperación mundiales.
2. Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación; en virtud de este derecho, determinaran libremente su conducción política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural.

Ese mismo año, la Asamblea General adoptó la Resolución 1541 (XV) en la que se recogen los criterios para ejercer el derecho de autodeterminación, destacándose a) la constitución de un estado independiente, b) la asociación con otro estado independiente, mediante un acto de elección libre y democrático y c) la integración con otro estado independiente.⁸⁷

En 1966, el derecho a la autodeterminación se codificó finalmente en los Pactos internacionales de derechos humanos, los que el artículo primero de ambos se señala:

1. Todos los pueblos tienen el derecho de autodeterminación. En virtud de este derecho establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural.
2. ...

86 Resolución 1514 (XV) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, Declaración sobre la concesión de la independencia a los países y pueblos coloniales, 14 de diciembre de 1960, <http://www.un.org/es/decolonization/declaration.shtml>.

87 Resolución 1541(XV) de la Asamblea General, *Principios que deben servir de guía a los Estados Miembros para determinar si existe o no la obligación de transmitir la información que se pide en el inciso e del Artículo 73 de la Carta*, 15 de diciembre de 1960, [http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/1541\(XV\)](http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/1541(XV)).

3. Los Estados Partes en el presente Pacto, incluso los que tienen la responsabilidad de administrar territorios no autónomos y territorios en fideicomiso, promoverán el ejercicio del derecho de conformidad con las disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas.⁸⁸

Una vez que el derecho a la determinación se convirtió en una norma de iuscogens, tal y como se encuentra establecido en el artículo 53 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969, los Estados continuaron ampliando el contenido de este principio. Una de las declaraciones clave se dio en 1970, en el XXV periodo de sesiones de la Asamblea General, en el que aprobó la Declaración 2625 sobre los principios de Derecho Internacional referente a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas.⁸⁹

En esa resolución se indica, en lo que se refiere al principio de igualdad de derechos y libre determinación de los pueblos lo siguiente: *“todos los pueblos tienen el derecho de determinar libremente, sin injerencia externa, su condición política y de proseguir su desarrollo económico, social y cultural, y todo Estado tiene el deber de respetar este derecho de conformidad con las disposiciones de la Carta.”*⁹⁰ Asimismo, en la resolución se afirma que ese principio también es un deber de los Estados, y por lo tanto, se les encomienda promover su aplicación, poner fin a la subyugación de los pueblos y que el ejercicio de ese derecho puede otorgarse mediante el establecimiento de un Estado soberano e independiente, la libre asociación o integración con otro Estado o a través de cualquier otra condición política libremente decidida por un pueblo.⁹¹

88 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Nueva York: Serie de Tratados de Naciones Unidas 1966), 407. https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-4&chapter=4&clang=_en. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Nueva York: Serie de Tratados de Naciones Unidas 1966), 3. <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CESCR.aspx>

89 Resolución 2625 (XXV) de Asamblea General, *Declaración sobre los principios de Derecho Internacional referente a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas*, 1970. [http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/2625\(XXV\)&Lang=S&Area=RESOLUTION](http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/2625(XXV)&Lang=S&Area=RESOLUTION).

90 *Ibid.*

91 *Ibid.*

Algunas interpretaciones de esa Resolución indican que se reconoce que en el seno de un Estado el principio de autodeterminación se ejerce cuando toda la ciudadanía participa en la organización político administrativa y por lo cual los territorios autónomos, la federación, cantones, municipios, o regiones son formas legítimas del ejercicio de la libre determinación.⁹² Una de las piezas claves en la definición de la autodeterminación de los pueblos, es que pone por delante un límite, la integridad territorial de Estados soberanos e independientes. En la declaración se asienta de la siguiente manera:

*“Ninguna de las disposiciones de los párrafos precedentes se entenderá en el sentido de que autoriza o fomenta cualquier acción encaminada a quebrantar o menospreciar, total o parcialmente, la integridad territorial de Estados soberanos e independientes que se conduzcan de conformidad con el principio de la igualdad de derechos y de la libre determinación de los pueblos antes descritos y estén, por tanto dotados de un gobierno que represente a la totalidad del pueblo perteneciente al territorio, sin distinción por motivo de raza, credo o color. Todo Estado se abstendrá de cualquier acción dirigida al quebrantamiento parcial o total de la unidad nacional e integridad territorial de cualquier otro Estado o país”.*⁹³

La integridad territorial y la libre determinación, son dos principios con un mismo nivel de importancia, no obstante, reconoce que existen criterios en el derecho internacional de prevalencia del uno sobre otro. Para ello se resalta que en la resolución 1514 se determinó que todo intento por quebrantar total o parcialmente la unidad nacional e integridad territorial, es incompatible con los principios de las Naciones Unidas, por lo cual limita el derecho a la libre determinación y exige la identificación de fundamentos jurídicos muy claros y sumamente relevantes para que la libre determinación prevalezca sobre la unidad nacional.⁹⁴

92 Araceli Mangas Martín, “Cataluña: ¿No habrá independencia?”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 42, Madrid (2014), 56. <https://aracelimangasmartin.com/wp-content/uploads/2017/02/Cataluña-no-habrá-independencia-El-Cronista-del-Estado-Social-y-Democrático-de-Derecho.pdf>

93 Resolución 2625 (XXV), *Declaración...*

94 Araceli Mangas Martín, “Cataluña...

Uno de los aspectos a resaltar es la controversia respecto a la mención directa en la Resolución 2625 de que todos los pueblos tienen el derecho de autodeterminación, no solo aquellos sometidos al dominio colonial. Ese principio fue claramente delimitado al establecer una frontera en el que se condiciona expresamente el respeto de la integridad territorial del Estado, ya que de lo contrario se pondría en riesgo constantemente la existencia de cualquier Estado.⁹⁵ Analizado lo anterior, se puede deducir que el derecho internacional, protege a todo Estado en su derecho a mantener su unidad nacional y su integridad territorial.

Varios autores identifican que el derecho de libre determinación de un Estado consiste en dos partes, una autodeterminación interna y otra externa. La autodeterminación interna, requiere la existencia de instituciones democráticas que permitan que la ciudadanía participe en el gobierno, mientras que la autodeterminación externa supone la no existencia de injerencias por parte de otros estados.⁹⁶

El Derecho Internacional no garantiza ni regula la secesión, ni la autodeterminación externa.⁹⁷ Por lo que se refiere al Derecho Constitucional, algunos textos constitucionales de algunos Estados señalaron en su momento la posibilidad de división de parte de su territorio, en particular el caso de Etiopía⁹⁸ y de San Cristóbal y Nieves.⁹⁹ El derecho de secesión existió también por lo que se refiere a las Constituciones de la Unión de Repúblicas Soviético Socialistas (artículo 70 y 72 de la constitución), la constitución de Yugoslavia (artículo 1 de la constitución de 1974, que hace referencia genérica a los pueblos y naciones), Checoslovaquia (reforma constitucional de 1990), y Birmania (que se estipuló en el artículo 201 de la Constitución de 1947 y fue derogada en 1974).¹⁰⁰

95 Cesáreo Gutiérrez Espada y Romualdo Bermejo García, "El derecho de..."

96 Araceli Mangas Martín, "Cataluña...", 56.

97 *Ibid.*

98 Ethiopia's Constitution of 1994, article 39.1, <http://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/en/et/et007en.pdf>.

99 Federation of Saint Kitts and Nevis Constitutional Order of 1983, articular 115, <http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Kitts/kitts83.html>

100 Araceli Mangas Martín, "Cataluña...", 57.

También se puede hacer mención al caso de las particularidades de la Constitución de Canadá y Sudáfrica. En el primer caso, en la opinión consultiva de la Corte Suprema de Canadá en 1998 sobre el proceso de independencia de Quebec, se señaló que para que fuera factible, era necesario que se procediera a una reforma de la Constitución, además de que se llevara un proceso democrático en el que todo el pueblo canadiense aprobara secesión.¹⁰¹ En el segundo, sobre la sección 235 de la Constitución de 1996, que reconoce el derecho de autodeterminación de cualquier comunidad que comparta un patrimonio cultural y lingüístico común dentro de una entidad territorial en ese país.¹⁰²

Por otra parte, hay que recordar otros casos como la resolución de la Corte Suprema de Estados Unidos en el caso de *Texas vs. White de 1868*, en la que se determinó que la secesión de los Estados del sur durante la Guerra Civil Estadounidense fue inconstitucional, ya que considera que la unión de los Estados de ese país es *perpetua*.¹⁰³

De acuerdo con algunos autores, los líderes independentistas de Cataluña buscan la creación de un nuevo Estado siguiendo el ejemplo de Kosovo, cuya declaración unilateral de independencia fue considerada como legítima en una opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia en 2010, indicando que no infringió el derecho internacional y que no existe ninguna prohibición general sobre declaraciones unilaterales de independencia.¹⁰⁴

101 Reference re Secession of Quebec, [1998] 2 S.C.R. 217, In the Matter of Section 53 of the Supreme Court Act, R.S.C., 1985, C. S-26; and in the Matter of a Reference by the Governor in Council concerning certain questions relating to the secession of Quebec from Canada, as set out in Order in Council P.C. 1996-1497, dated the 30th day of September, 1996 (Colección de Sentencias de la Suprema Corte de Canada, 1998). <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/1643/index.do>.

102 *The Constitution of the Republic of South Africa* (1996), 4 de febrero de 1997, <https://www.gov.za/sites/default/files/images/a108-96.pdf>.

103 Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos de América, *Texas v. White*, 74 U.S. 7 Wall. 700 700 (1868), <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/74/700/case.html>

104 Corte Internacional de Justicia, *Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders Accordance with International Law of the Unilateral Declaration of Independence in Respect of Kosovo*, (Opinión Consultiva del 22 de julio de 2010). <http://www.icj-cij.org/files/case-related/141/141-20100722-ADV-01-00-EN.pdf>.

Sin embargo, es importante recordar que este caso se considera como un caso *excepcional*, *único*, *sui generis*, especial y en el que existieron otros factores determinantes, entre ellos la intervención de la Organización del Tratado del Atlántico Norte, la administración del territorio por parte de la comunidad internacional, un proceso largo de negociación entre las partes, violación generalizada de derechos humanos, negación a la autodeterminación interna y circunstancias que no permitían identificar una solución definitiva.¹⁰⁵

Un análisis de la Opinión Consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre el caso de Kosovo destaca los siguientes puntos:

1. La resolución de la Corte aisló los hechos el 17 de febrero de 2008, momento en que se dio la declaración de independencia de Kosovo por parte de una asamblea informal al margen de toda institucionalidad formal para evitar impugnaciones.
2. Los firmantes de la declaración se nombraron como los dirigentes democráticamente elegidos del pueblo y no representaban a ninguna de las instituciones del Gobierno Autónomo Provisional de Kosovo, por lo que todo se llevó al margen de las instituciones legales establecidas para la administración de ese territorio.¹⁰⁶

De esto también se desprende que una declaración unilateral de independencia no es suficiente para considerar que existe un nuevo Estado, para ello es importante identificar que se han dado las circunstancias necesarias que permitan identificarlo así, entre ello, además de ejercer soberanía plena sobre el territorio, requiere la capacidad de sostener relaciones con otros Estados y su posterior reconocimiento en la comunidad internacional.¹⁰⁷

Por lo que respecta a las declaraciones unilaterales de independencia es importante señalar el caso de Ucrania y la península de Crimea, en la que el 11 de marzo de 2014, el Parlamento del territorio autónomo declaró su independencia

105 Araceli Mangas Martin, "Cataluña...", 57.

106 *Ibid.*

107 *Ibid.*

citando precisamente la opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia. En este caso, en el marco de Naciones Unidas, se emitió una resolución en la que se exhorta a todos los Estados a no reconocer ninguna modificación al estatuto de la República Autónoma de Crimea y la ciudad de Sabastopol, considerando que el referéndum llevado a cabo no tuvo validez alguna.¹⁰⁸ Asimismo, se hace referencia a la Resolución 1808(2008) del 15 de abril del Consejo de Seguridad sobre las declaraciones unilaterales de independencia de Osetia del Sur y Abjasia, en la que se reconoció el compromiso por la independencia e integridad territorial de Georgia.¹⁰⁹

Recapitulando, se puede inferir que el derecho de autodeterminación en el derecho internacional permite que se lleve a cabo en el caso de pueblos en situación colonial (proceso de descolonización), pueblos anexados por conquista, dominación extranjera u ocupación y de pueblos oprimidos donde existe una violación masiva y sistemática de los derechos humanos, donde se identifican grupos definidos con limitación de acceso al gobierno u ocupación extranjera y existencia de una denegación clara de autodeterminación en el ámbito interno. Los casos de los países Bálticos y Sudán del Sur pueden ser ejemplos de estos procesos, no obstante, es importante señalar que, en la práctica, incluso con la presencia de violaciones graves a los derechos humanos no siempre se ha garantizado la autodeterminación de los pueblos.

Asimismo, se reconoce la prevalencia del principio de integridad territorial y el derecho de autodeterminación de los pueblos, y esta prevalencia cambia cuando se presentan una violación sistemática de los derechos humanos y cuando a su vez existe una denegación al derecho de autodeterminación en la que se incluyen elementos de discriminación racial o étnica. Por otra parte, por lo que se toca al derecho interno, en la mayoría de estados existe un marco jurídico

108 Resolución 68/262 de la Asamblea General, Integridad Territorial de Ucrania, Nueva York, 27 de marzo de 2014, A/RES/68/262, http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/68/262.

109 Resolución 1808(2008) del Consejo de Seguridad, Nueva York, 15 de abril de 2008, <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2011/8220.pdf?view=1>.

que busca proteger la integridad territorial, y el derecho de autodeterminación de los pueblos se ejerce a través de varias figuras jurídicas como una federación, territorios autónomos, o cualquier otro tipo de organización política que permita la representatividad democrática de sus ciudadanos.

La independencia catalana es una ilustración entre muchos casos de movimientos independentistas que buscan utilizar el principio de autodeterminación de los pueblos para la lograr la secesión. No obstante, el derecho internacional no da una respuesta o una salida a las aspiraciones de crear una nación independiente, sin embargo, esto no ha impedido que sucedan como los casos de Sudán, Bangladesh, Pakistán, Suiza, Holanda, el estado de Texas y otros casos formados por mutuo acuerdo.¹¹⁰

También es necesario señalar que la creación de nuevos Estados suele ser una cuestión de hecho, para lo cual, se considera que la declaración de independencia debe tener consigo otros elementos como el ejercicio del poder de forma efectiva y conforme a su propia institucionalidad sobre el territorio. En otras palabras “Un Estado es un ente que despliega potestad de imperio sobre las personas (físicas, jurídicas, extranjeras y apátridas) que se encuentran en un territorio determinado, excluyendo cualquier otra autoridad que no sea la del Derecho Internacional”.¹¹¹

En el caso de Cataluña sería necesario estudiar hasta qué punto el gobierno español ejerce la soberanía sobre un territorio autónomo que bajo la influencia de las corrientes independentistas en el que los partidos buscaron crear un sistema paralelo de administración y justicia del territorio. Es importante reconocer que existe una tendencia a alejar toda influencia por parte del gobierno central, no obstante, un ejemplo del ejercicio soberano del poder en el territorio fue la aplicación del artículo 155 constitucional que disolvió el parlamento local y que mediante el ejército se tomó control del territorio.

110 Araceli Mangas Martín, “Cataluña...”, 57.

111 *Ibíd.*, 59.

Conclusiones

El modelo de Comunidades Autónomas del Estado español surgió a partir de la presión política por lograr la democracia y la autonomía del País Vasco y durante la década de 1970. El proceso de reconciliación y coexistencia para algunos no ha terminado y no ha sido suficiente o resuelto favorablemente, por lo que algunos partidos y grupos más radicales buscan impulsar a esa región como un estado independiente, mientras que, desde el punto de vista de otros, la autonomía ha puesto en entre dicho todo el sistema de regiones autónomas de España.

El sistema jurídico español ha querido decidir sobre nuevas instituciones y normativas, que van desde el reconocimiento de derechos y deberes civiles, políticos, sociales y culturales hasta demandas por lograr mayor poder de decisión por parte del Gobierno central o por la otra parte extender los poderes de autonomía, entre ello se destaca lo referente a las obligaciones financieras entre el Estado y las Comunidades Autónomas.

Entre las alternativas para el gobierno español, está ubicarse en una posición de negociación que contenga las acciones de revancha política y apertura al dialogo, considerando evitar arrestos injustificados para los líderes independentistas, mientras que por la otra parte, para los partidarios de la independencia es reconocer que las condiciones para lograr ese objetivo no han sido alcanzadas y no se puede conseguir con declaraciones sin fundamento, manipulación mediática, actuaciones parlamentarias erróneas, el desvío de fondos e intimidación a los ciudadanos para alcanzar dicho objetivo.

Para obtener la independencia se requiere una clara mayoría a favor de la independencia dentro de Cataluña, el máximo grado de acuerdo posible con el Estado español, los ciudadanos y la comunidad internacional, además de un marco legal que lo permita.

Con la nueva estructura del Gobierno local, en la que los parlamentarios independentistas cuentan con la mayoría, es posible que se impulse un proyecto de ley que proponga cambiar la Constitución Española, ya sea para realizar un referéndum o para sentar las bases jurídicas y políticas para la independencia.

Los principales desafíos de los que se hablan respecto al caso de Cataluña es lograr alcanzar una reconciliación con España y esta región. Analistas han mencionado elementos que requeriría Cataluña para integrarse a la comunidad internacional como otro Estado, entre ellos, los temas de aceptación de deuda externa, ingreso a Naciones Unidas y organismos internacionales, entre ellos la Unión Europea, la Organización del Tratado del Atlántico Norte, el Fondo Monetario Internacional y el Banco Mundial, además del proceso de sucesión de tratados internacionales, reconocimiento de derechos y deberes como la deuda externa y la emisión de su propia moneda, entre otros.

La Unión Europea se pronunció respecto al movimiento de secesión de Cataluña de España y ha claramente señalado que es un asunto interno y que sus miembros no han mostrado intereses en mediar en un asunto político altamente controversial. La UE no contempla una mediación considerando que pudiera crear un precedente bastante negativo para todos los miembros de la UE.

Finalmente, si bien es cierto que el referéndum de 2017 no contó con valor jurídico alguno por ser contrario a la Constitución, los resultados si reflejan en gran parte la necesidad de una reconciliación nacional del Estado español. Asimismo, el resultado de las elecciones del 21 de diciembre de 2017 que permitió la obtención de la mayoría del Parlamento por parte de los grupos independentistas representan un reto para el pueblo español en la resolución de este problema si dentro de su proyecto de Estado-nación es continuar con su misma estructura por lo que se refiere a territorio y población.

“EXPANSIÓN DEL DERECHO
PENAL, DELINCUENCIA
Y DELITOS CONTRA EL ORDEN
SOCIOECONÓMICO”

José Miguel Saravia Dueñas

EXPANSIÓN DEL DERECHO PENAL, DELINCUENCIA Y DELITOS CONTRA EL ORDEN SOCIOECONÓMICO

José Miguel Saravia Dueñas

RESUMEN

Temas como el lavado de dinero, los delitos contra el medio ambiente, la responsabilidad penal de las empresas y en general los delitos contra el orden económico, son tópicos que vienen acompañados de la mano de un fenómeno que lleva tiempo aflorando, como lo es la globalización; este fenómeno, ha permitido que la criminalidad deje de ser una materia que antiguamente se creía por la criminología que solo se desarrollaba en las esferas más bajas de la sociedad, pero que a medida que ha venido evolucionando su estudio en el derecho penal, se ha resuelto que los delitos cometidos por la llamada “*empresa criminal*” y por la “*delincuencia de cuello blanco o de guante blanco*”, son tan o aún más dañinos que los delitos comunes cometidos por delincuentes comunes, esta evolución ha significado un cambio de paradigma en el dogma penal tradicional y una tecnificación y digitalización más amplia de las modalidades comunes delictuales, haciendo necesario que tanto el derecho positivo de cada país como las organizaciones internacionales actúen para combatir estas prácticas. Esta evolución y cambio de pensamiento ha hecho menester el estudio del daño real que ocasionan los delitos contra el orden socioeconómico, considerando este daño no como un daño individual, a una persona específica afectada, sino como un daño a bienes jurídicos supraindividuales, los cuales afectan en gran escala y medida a la colectividad de la sociedad. Este planteamiento deja de manifiesto la modernización que ha tenido y debe tener el derecho penal a nivel nacional e internacional y que es necesario adoptar para tener una defensa efectiva contra las modernas tendencias criminales.

PALABRAS CLAVE: Derecho penal, bienes jurídicos supraindividuales, Orden socioeconómico, globalización, delito económico, Delito de cuello blanco, responsabilidad penal de las personas jurídicas, Cumplimiento, Expansión del Derecho penal.

EXPANSION OF CRIMINAL LAW, DELINQUENCY AND CRIMES AGAINST THE SOCIOECONOMIC ORDER

By José Miguel Saravia Dueñas

ABSTRACT:

The topics such as money laundering, crimes against the environment, criminal liability of companies and in general crimes against the economic order, these are accompanied with a phenomenon that has been emerging for some time, such as the globalization. This phenomenon has allowed criminality stop being a matter formerly it believed by criminology that only developed in the lowest spheres of society, but as it has evolved its study in criminal law, it has resolved the crimes committed by the so-called “*criminal enterprise*” and by the “*delinquency of white neck or white glove*” are as or even more harmful than the common crimes committed by common criminals, this evolution has meant a change of paradigm in the traditional criminal dogma and a broader technification and digitalization of common criminal modalities, making it necessary that the positive law of each country as the international organizations act to delete these practices. This evolution and change of thinking has necessitated the study of the real damage caused by crimes against the socioeconomic order, considering this damage not as an individual damage, to a specific person affected, but as a damage to supra-individual legal assets, which affect on a large scale and measure to the society collectivity. This approach reveals the modernization that criminal law has had and must have at national and international level and it is necessary to adopt in order to have an effective defense against modern criminal trends.

KEYWORDS: Criminal law, supra-individual legal assets, Socio-economic order, globalization, economic crime, White neck crime, criminal liability of legal persons, Compliance, Expansion of criminal law.

Expansión del derecho penal, delincuencia y delitos contra el orden socioeconómico

José Miguel Saravia Dueñas¹

Introducción

Ante las nuevas tendencias mundiales económicas, los vertiginosos adelantos tecnológicos y la inevitable transformación de las sociedades globales, el derecho, más específicamente el derecho penal económico, como ultima ratio del poder punitivo estatal, en el intento de proteger el emergente surgimiento de “nuevos” bienes jurídicos protegidos, (o ya existentes, pero que antiguamente no existían los medios que podían lesionarlos o ponerlos en peligro) por escapar del derecho penal nuclear y ser menos visibles que estos últimos, y como respuesta a las nuevas tendencias criminológicas que adoptaron la “*Pangea de la globalización*” como campo para delinquir, en vista de ello, y más allá de ser una simple rama del derecho penal que proteja la dirección estatal de la economía, entendida como la intervención del estado en las relaciones económicas, abarcando este un sentido demasiado restringido en su campo de acción, las doctrinas más modernas han reconocido que el derecho penal económico, protege bienes supraindividuales en los cuales se encuentran inmersos bienes jurídicos inmediatos y mediatos, abarcando y expandiendo así su campo de acción no solo a este intervencionismo, si no a las relaciones de los agentes económicos que pudiesen afectar el orden económico en general.

1 Master en Derecho Penal Económico por la Universidad de El Salvador, Postgrado Internacional en Derecho Empresarial por el Instituto Superior de Economía y Negocios y Administración de Empresas ISEADE, y Licenciado en Ciencias Jurídicas por la Universidad de El Salvador.

I. El autor del delito socioeconómico

La criminalidad contemporánea ha dado un paso más aprovechándose del impulso propuesto por la globalización, fenómeno que ha dotado de mejores instrumentos a la llamada criminalidad de cuello blanco, apartándose así de los postulados propuestos por Lombroso,² siendo este otro tipo de delitos cometidos por personas que suscitan una posición privilegiada, acunados en una esfera de poder económico y social; este tipo de delincuentes además de aprovecharse de su status social y económico, poseen características de inteligencia y tecnicidad criminal, aunadas a todas estas características, el criminal de cuello blanco aprovecha la poca reprochabilidad que la sociedad le achaca para cometer cualquier cantidad de ilícitos en su mayoría de tipo económico, otros de tipo ambiental y otros incluso contra el trabajo; este tipo de delitos en su mayoría no son vistos frecuentemente en los medios de comunicación masivos, ni son incluso, tan mal vistos por la sociedad, ya que consideran más reprochables otros tipos de ilícitos, tales como homicidios o robos, por su carácter impactante que llaman comúnmente más la atención que los delitos cometidos por las esferas altas de poder.

El término *"delito de cuello blanco"* fue acuñado por el sociólogo norteamericano Edwin H. Sutherland, éste relacionaba el concepto de delito de cuello blanco con una doble condición primero, la pertenencia social del sujeto activo, siendo esta una persona respetable de elevada condición económica y social y el ámbito en donde se desarrollaba la actividad delictiva siendo este un delito que se comete en ejercicio de su profesión.

Los delitos de cuello blanco en su mayoría son delitos no violentos, los cuales no causan en apariencia un gran impacto a nivel social, ya que estos son cometidos con inteligencia y medios más *"sutiles"* para evitar grandes exposiciones, este tipo de delincuentes gracias a sus identidades públicas, buscan no llamar la atención; la criminalidad organizada como se le conoce a este tipo

² Cesar Lombroso, *Los Criminales* (Barcelona: Centro Editorial Presa, 1909), 57.

de organizaciones, poseen estructuras complejas las cuales se asemejan a una organización empresarial, recibiendo el nombre de “*empresas criminales*” por su alto grado de tecnificación y preparación académica.

El binomio sintáctico entre lo que se conoce como delincuente de cuello blanco y delincuente económico, según Bacigalupo,³ dentro de las actividades económicas y científicas, o políticas que podrían dar lugar a la delincuencia de cuello blanco se preocupó fundamentalmente de las infracciones económicas, relegando el resto de las actividades profesionales; esto teniendo en cuenta que la mayoría de delincuentes de cuello blanco son propietarios o representantes de empresas, pudiendo afirmar que la delincuencia económica es una especie de la delincuencia de cuello blanco.

Dentro de esta esfera de delincuencia, el “empresario no se considera a sí mismo un delincuente, ya que no es tratado social, ni legalmente como uno, por ser como ya se mencionó, delitos de tipo no violentos en su mayoría y originándose desde las esferas más altas de poder, camuflajeadas muchas veces por sus complejos “*modus operandis*” no poseen el reproche social que tienen los delitos comunes, por ser estos de carácter más “popular” dentro de los medios de comunicación, ya que para la sociedad es más condenable una persona que ha robado o asesinado, que el empresario que contamina cierto sector ambiental, provocando la degradación del ecosistema adjunto; asociado a esto como ya se mencionó, no es tratado legalmente de la misma forma que una persona común, los delincuentes de cuello blanco debido a su nivel social y económico, poseen una cierta indulgencia con respecto al trato que reciben por parte de las autoridades en los procesos administrativos y judiciales, sea por pertenecer a ciertos “*lobbies*” de poder o su influencia directa sobre los funcionarios del Estado. La delincuencia de cuello blanco es extensa y es muy perjudicial, pero es poco perseguida, por lo que esta característica propia es la que ha venido condicionando el estudio explicativo de la misma.

3 Miguel Bajo Fernández, Silvina Bacigalupo, *Derecho Penal económico*, 2ª ed. (Madrid: Ramón Areces, 2010), 33.

Uno de los postulados mencionados por Robert K. Merton⁴ en su “*teoría de la anomia social*”, en que cada sujeto busca y accede a los medios que le son próximos para alcanzar sus fines, los delincuentes económicos, al estar en las elites de la economía y el sector empresarial tienen acceso a métodos altamente sofisticados de operar, elaborando complejas tácticas para conseguir enormes beneficios económicos. Los delitos socioeconómicos acogen conductas que solo son consumadas por sujetos previamente ubicados en los distintos niveles de las estructuras sociales de poder económico, descartando los delitos patrimoniales de carácter individual, esto como método para resolver el cumplimiento de sus objetivos culturales marcados. También destaca Sutherland⁵ en su teoría de la asociación diferencial o del aprendizaje social, que estas conductas no son natas en este tipo de delincuencia, sino que son aprendidas por fuentes externas de su medio, las cuales va aprendiendo y sofisticando, como resultado de la integración en un grupo restringido de relaciones personales, entre agentes similares y afines.

El problema planteado de la delincuencia económica se funda en dos raíces igualmente importantes, la explicación del porqué de la comisión de los delitos por parte de los sujetos integrados socialmente de las clases poderosas, y el análisis de los aspectos relativos al control social, normalmente deficiente, sobre las conductas de los criminales de cuello blanco.

Establecer con certeza el por qué este tipo de delincuentes cometen delitos, es complicado, tomando en cuenta que podría considerarse que esta “clase”, no tiene las necesidades que tiene otro sector de la sociedad con menores ingresos económicos e incluso una mayor educación que podría catalogarlos como personas que no arraigan esas “*malas costumbres*”, propias de los individuos incultos y que ven en el delito su fuente de obtención de ingresos de una manera aligerada y cómoda; dado que tenemos la impresión que los

4 Robert k. Merton, *Social theory and Social Structure* (New York: The Free Press,1968), 199.

5 Edwin H. Sutherland, *El Delito de Cuello Blanco*, Trad. Julia Varela, (Madrid: Ediciones de la Piqueta, 1999), 34.

grandes empresarios y las personalidades diplomáticas y políticas, muestran una imagen pulcra de sí mismos, ya sea por el contagio, de las malas prácticas que mencionaba Sutherland⁶ en su teoría de asociación diferencial, al ser influenciados unos por otros empresarios, podemos señalar además, la codicia como un aspecto axiológico desvalorante de las acciones cometidas dentro del seno de las empresas dirigidas con estos, ya que acaban en el debilitamiento de los sistemas económicos nacionales, de los sistemas judiciales y del propio orden público.

El otro punto importante, es sobre los aspectos relativos al control social deficiente en la lucha contra los delitos socioeconómicos, no es de desconocimiento para el ciudadano común o de las clases medias y bajas, sobre la influencia de los grupos de poder económico que dictan sus propias reglas, en muchas ocasiones, pudiendo así crear las normas que impidan su quehacer criminal o ser intocables ante estas prácticas; la política criminal contra el delincuente económico, no son en la mayoría de los casos las indicadas, ya que busca aplicar las mismas reglas que a los ciudadanos comunes, constanding estos de recursos económicos altos e influencias que el ciudadano medio no posee; es así que la delincuencia convencional tiene un carácter individual que responde a las contradicciones propias de los sistemas de producción y distribución, y la delincuencia económica estudia a la luz de la relación funcional, qué media entre los procesos legales e ilegales de la circulación de capital y entre estos procesos y la esfera política.

II. Los delitos contra el orden socioeconómico

Los delitos contra el orden socio económico son entendidos a groso modo como el abuso de poder económico que poseen los delincuentes, atentando contra el orden natural de la economía.

6 *Ibíd.*, 285.

El orden natural de la economía, es aquel que está regido por la constitución de cada país, el delito económico viene a romper ese orden o a desestabilizarlo, produciendo daños a la economía nacional, por ejemplo, en la constitución de El Salvador el orden económico se encuentra regulado en el artículo 101 y establece que:

“el orden económico debe responder esencialmente a principios de justicia social, que tiendan a asegurar a todos los habitantes del país de una existencia digna del ser humano.... El estado promoverá el desarrollo económico y social mediante el incremento de la producción, la productividad y la racional utilización de los recursos. Con igual finalidad, fomentará los diversos sectores de la producción y defenderá el interés de los consumidores”⁷

Este orden establecido por la constitución de El Salvador, establece los objetivos que el Estado en su ejercicio intervencionista dentro de la economía posee, que a pesar de los esfuerzos neoliberales de rechazo intervencionista y adoctrinamiento de la mano invisible que proponía Adam Smith,⁸ el cual aseguraba que dentro de una economía perfecta de mercado, esta era capaz de autorregularse; planteando que el juego natural ejercido por la demanda y la oferta es suficiente para el alcance del equilibrio de la economía, tesis que a día de hoy, no ha sido posible demostrar, ya que como ya se mencionó, la criminalidad de cuello blanco aprovechando su capacidad económica, realiza conductas que afectan este orden, el cual desestabiliza la economía y hace necesaria la intervención del Ius puniendi Estatal para controlar los delitos económicos.

Para Enrique Bacigalupo, se pueden definir como delitos económicos *“Aquellos comportamientos descritos en las leyes que lesionan la confianza en el orden económico vigente, con carácter general o en alguna de sus instituciones en particular y por tanto, ponen en peligro la propia existencia y las formas de actividad de este ordene económico”*.⁹

7 Constitución de la Republica de El Salvador (El Salvador: Asamblea Legislativa, 1983), artículo 101.

8 Adam Smith, *La Riqueza de Las Naciones*, Trad. Carlos Rodríguez Braun, (Madrid: Alianza Editorial, 2015), 554.

9 Enrique Bacigalupo, *Curso de Derecho Penal Económico*, 2ª ed. (España: Marcia Pons, 2005), 23.

Con esta concepción se rompe la idea de que el sujeto activo es el eje central de del delito económico y se resalta una característica más de este tipo de delitos, siendo que es necesario para diferenciarlo de los delitos contra el patrimonio clásico que afecten un bien jurídico supra individual de la económica.

Según Klaus Tiedemann,¹⁰ el delito económico comprende tres esferas:

a) los delitos contra la actividad interventora del estado en la economía; b) las transgresiones a los bienes jurídicos supraindividuales o sociales; c) los delitos patrimoniales clásicos, cuando son dirigidos hacia un objeto factico supraindividual como lo son la hacienda pública, las entidades bancarias, las empresas de seguros, las empresas o sociedades comerciales o hacia sectores enteros de la economía, como lo son los consumidores.

Estas esferas dentro de las cuales actúa el derecho penal económico se conceptualizan bajo dos concepciones de lo que es el Derecho Penal Económico: La concepción restrictiva del Derecho Penal Económico defendida por el español Miguel Bajo Fernández, según su tesis restrictiva el derecho penal económico es el *“conjunto de normas jurídico- penales que protegen el orden socioeconómico entendido como la regulación jurídica del intervencionismo estatal en la economía”*.¹¹ Dentro de esta postura se considera que forman objeto de protección contra los delitos que ataquen o sean dirigidos contra los sectores de la economía en los que existe intervención estatal. Desde esta perspectiva encaminada a defender los sectores económicos, podemos entender aquellos como el orden financiero, el orden monetario, el orden laboral, el orden tributario, el medio ambiente, etc. Es decir, que el sentido estricto del Derecho Penal Económico, es aquel que protege la integridad del orden económico regulado en la constitución y las instituciones que lo conforman, criminalizando aquellas conductas que sean nocivas para este.

10 Klaus Tiedemann, “El concepto de derecho Económico, de derecho Penal Económico y de delito económico”, en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 10, N°1, (Santiago, Pontificia Universidad Católica de Chile, 1983), 67.

11 Miguel Bajo Fernández, *Derecho Penal Económico*, 13.

Así mismo, en su concepción amplia el Derecho Penal Económico, según Bajo Fernández puede entenderse como *aquel "conjunto de normas jurídico-penales que protegen el orden económico entendido como regulación jurídica de la producción, distribución y consumo de bienes y servicios"*.¹² Así, el concepto amplio está dirigido a la protección de la actividad económica y no, como en el caso del concepto estricto, a la intervención del Estado en la economía. Estas posturas buscan explicar desde los dos puntos de vista, cuál es su alcance de aplicación y que bienes jurídicos son su ámbito de protección.

La expansión del Derecho Penal Económico como contra parte del minimalismo propuesto por algunos autores apelando al principio de última ratio, ha sido contemporáneamente vencido, como ya se mencionó antes; a medida que las nuevas tendencias económicas, tecnológicas y sociales avanzan, las formas de delinquir se van adaptando y evolucionando, esquivando los controles normativo-positivos establecidos en los países, aprovechando las lagunas y los variantes marcos legales que existen entre una jurisdicción y otra. La empresa como agente económico principal, en su lucha voraz por ejercer un dominio categórico en el mercado y aprovechar de manera amoral los recursos naturales, económicos y sociales de que se ocupa, comete una cantidad de ilícitos a los cuales los tipos comunes no son lo suficientemente efectivos; los delitos económicos, cometidos por las grandes empresas atentan de manera expansiva contra el colectivo mayormente de manera intangible, lesionando bienes jurídicos colectivos. Otra forma de identificar al delito económico, son los delitos corporativos, los cuales se cometen dentro de la misma empresa y utilizan a ésta como un medio o vehículo para cometer un ilícito, de ahí la razón de ser, de los modernos programas de cumplimiento normativo, los cuales buscan vincular los esfuerzos del rechazo a la reproducción delictiva de la empresa con la responsabilidad social empresarial que las empresas tienen con la sociedad.

12 Miguel Bajo Fernández, *Derecho penal económico, aplicado a la actividad empresarial*, (Madrid: Editorial Civitas, 1978), 32.

Dentro de los delitos económicos o contra el orden socioeconómico, no se encuentran solamente delitos que atentan contra la economía pública o de un sector determinado, dentro de esta definición, se encuentra además los delitos que afectan al medio ambiente.

III. Bien jurídico protegido

El bien jurídico, cualquiera sea la concepción que se tenga de él, ha cumplido una función de garantía para los ciudadanos, en cuanto pretende dar razón del porqué de la intervención estatal, además de ratificar el principio de culpabilidad y de lesividad.¹³ El doble fundamento material de los bienes jurídicos colectivos se sostiene en la realidad social y en el modelo de Estado social. Por una parte, existen nuevas necesidades sociales derivadas de la expansión de la tecnosfera concebida en el seno de la revolución industrial, técnica y científica, y que demandan su satisfacción, entre otros medios, a través de una eficaz protección jurídica para enfrentar esos riesgos de la modernidad.¹⁴

En la doctrina moderna Claus Roxin,¹⁵ ha defendido la teoría de la protección de bienes jurídicos como tarea del Derecho Penal, pues constituiría un principio irrenunciable para limitar el poder de la intervención estatal, que los bienes jurídicos no serían simples “portadores ideales de significado”, sino, “circunstancias reales”, lo cual no quiere decir que tengan que ser objetos corporales, sino solamente “partes de la realidad empírica”, con lo cual dentro del concepto “bien jurídico” caben tanto bienes individuales, como también bienes de la generalidad, pero, estos últimos, sólo en la medida en que sirvan al ciudadano en particular.

El bien jurídico protegido entendido *lato sensu* como aquellos valores sociales que han sido elevados a la máxima categoría y los cuales se consideran

13 Juan Bustos Ramírez, *Control Social y sistema penal*, 2 ed. (Bogotá: Editorial Temis, 2012), 237.

14 Klaus Tiedemann, *Lecciones de Derecho Penal Económico* (Barcelona: Promociones y Publicaciones Universitarias, 1993), 34-36.

15 Claus Roxin, *Derecho Penal Parte General Tomo I, fundamentos. La Estructura de La Teoría del Delito*, Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, 2da. Edición (Madrid: Editorial Civitas, 1997), 60.

esenciales para la vida humana, en el delito económico o contra el orden socioeconómico, se lesionan bienes jurídicos no tradicionales e individuales como lo son por mencionar algunos ejemplos el patrimonio, la integridad física, delitos contra la vida, etc.

Con el tiempo, han venido evolucionando las sociedades, tanto en el ámbito tecnológico, industrial y comercial; con las ventajas y desventajas que esto arraiga. Se concibe la llamada “*sociedad del riesgo*”, dentro de esta concepción se identifican tres aspectos esenciales, uno tiene que ver con la generalización de nuevos riesgos que afectan un amplio colectivo, derivado de nuevas actividades humanas y la tecnología como herramienta para ello; otro aspecto dentro de este tema, es la dificultad de la identificación de los sujetos activos a quienes atribuirles responsabilidad penal de los riesgos, siendo estas naturales o Jurídicas. Además, el sentimiento colectivo de la sociedad, de la inseguridad que en apariencia no tienen una relación clara con los riesgos antes descritos, pero que son extrapolados por las coberturas mediáticas de las actividades peligrosas o lesivas.

Este tipo de delitos se caracteriza por dañar una colectividad de bienes jurídicos, poseyendo éstos una característica de indivisibilidad o no distributividad, por no ser posible individualizar a los sujetos de forma personal y de manera sencilla, ya que, si se pudiera, sería a un sector completo o específico de la sociedad. Estos bienes jurídicos han recibido diferentes acepciones tales como *bienes jurídicos supraindividuales, colectivos, comunitarios, universales, intereses difusos, sociales*, tomando como factor común la falta de individualización personal del sujeto pasivo; la identificación del bien jurídico protegido en este sentido, no ha sido consensada y parece imprecisa, pues bajo su concepción de orden socioeconómico, se incluye una realidad social amplia e indeterminada. La delimitación del bien jurídico funciona como un criterio de agrupación sistemática de una serie de conductas delictivas, las cuales tienen como común denominador el ámbito de la vida social que se producen.

Existen dos posturas que buscan explicar el fundamento de los bienes jurídicos supraindividuales, una postura que plantea que es la titularidad del sujeto pasivo su carácter principal, el cual como ya se mencionó no es posible establecer de manera individual, y otra postura, que bajo un criterio diferente tomando como elemento los “intereses” a los que van dirigidos con independencia de la titularidad de estos derechos, al servir a los intereses colectivos, a un sector de la sociedad o intereses colectivos.

Bajo la tesis de la titularidad del sujeto activo en la comisión de los delitos contra el orden socioeconómico, lo que se busca defender es que esa condición que ya se mencionaba, la cual explica ese carácter de “*especialidad*” que el sujeto posee por tener ese estatus social o la clase política en que se maneja, podemos mencionar que a pesar de que esta cualidad se encuentra casi siempre presente, no es el factor fundamental para considerar que un delito cometido por éste, es por ende delito contra el orden socioeconómico, ya que este tipo de delincuentes pueden también lesionar bienes jurídicos de carácter individual, siempre en su carácter de empresarios o de funcionarios públicos; además, queda superada bajo las figuras de crimen organizado, por ejemplo las pandillas, la cuales siendo integradas por personas de bajos recursos, (los cuales los incentivan a este tipo de organizaciones) que no poseen una clase social elevada, ni mucho menos incidencia política o pública, son autores de delitos que afectan grandemente el orden socioeconómico, la paz pública, y el medio ambiente.

Esta fundamentación paralela entre el carácter abstracto y difuso de la lesión, muchas veces de carácter inmaterial, y, la dificultad de establecer la individualización del sujeto pasivo, hace parecer desde el punto de vista expansivo del Derecho Penal común, en la llamada sociedad de riesgo,¹⁶ que plantea Beck Ulrich entendida como, una sociedad en la que los riesgos se refieren a daños no delimitables, globales y, con frecuencia, irreparables; que

16 Ulrich Beck, “De la sociedad industrial a la sociedad del riesgo”, en *Revista de Occidente*, núm. 150, trad. Del Río Herrmann, (Madrid,1993), 19 y ss.

afectan a todos los ciudadanos; y que surgen de decisiones humanas, en el cual el alto avance tecnológico que sufre la sociedad, así como las consecuencias que este mismo fenómeno causa colateralmente, por ejemplo en el medio ambiente, las economías mundiales, etc., no todos los sectores doctrinarios se encuentran de acuerdo con esta expansión, existen sectores más conservadores como la “Escuela de Fráncfort”, que limitan demasiado la intervención penal, dejando de lado la también importante protección penal de bienes básicos para el ejercicio de derechos individuales y sobre todo, excluyendo así a la delincuencia económica.¹⁷

IV. Derecho penal y globalización

El primer eslabón a plantearse dentro de lo que es el *panjurismo* en la sociedad moderna, es ¿qué significa la globalización para el Derecho Penal? dentro de estos “tiempos modernos” donde los avances tecnológicos y económicos han alcanzado magnitudes que anteriormente no pudieron imaginarse y ante los cambios modernizadores sociales, tanto de las relaciones humanas, como los medios para desarrollar éstas, no se puede negar que el Derecho Penal se ha unido a esta etapa de cambios y evolución.

Dentro de esta coyuntura social y económica, que han dado paso a nuevas formas de relaciones sociales, ha surgido el debate entre la concepción clásica del minimalismo jurídico, en la cual se reserva el Derecho Penal solo como la última *ratio* del intervencionismo estatal para la conservación de las libertades individuales y como límite al *ius puniendi* del Estado y su contra parte, la expansión del proteccionismo y la globalización de la tutela penal frente a los riesgos derivados de esta nueva sociedad moderna.

Desde una postura a favor de esta expansión, se puede plantear que con esto se pretende brindar una protección de los Derechos Humanos a nivel global,

¹⁷ Dr. Manuel A. Abanto, “Acerca de los bienes jurídicos”, *Revista Penal*, No 18 (Lima: universidad mayor de San Marcos, 2006), 6-7.

ya que la globalización siendo un fenómeno económico, exige la protección de bienes jurídico económicos, ecológicos y del correcto funcionamiento del sistema social; los cambios que se producen en la estructura social causan un aumento en la criminalidad, no solo en la criminalidad común o vulgar, sino también en la criminalidad organizada y de cuello blanco.

La expansión del Derecho Penal posee dos fases que podemos reconocer, las cuales se desarrollan con la implementación de nuevos tipos penales como respuesta a las nuevas conductas criminales ideadas por los criminales, los cuales aprovechan las herramientas dadas por las nuevas tecnologías, la eliminación de las fronteras territoriales y cibernéticas, así como la disparidad entre las legislaciones de los estados, encontrando lagunas o vicisitudes aprovechando éstas a su beneficio para escapar al alcance de las autoridades.

Además de la creación de nuevos tipos penales, se procede la agravación de tipos penales ya existentes, como medio de disuasión para que los delincuentes sigan cometiendo estas conductas o nuevos criminales deseen internarse; además, al reconocer ciertas conductas más graves en la actualidad, a como originalmente se les había considerado.

Las causas que propician esta expansión, además de la efectiva aparición de nuevos riesgos orientados por las nuevas herramientas técnicas y tipos de criminalidad que se van desarrollando, son: la sensación social de inseguridad, ya que la sociedad vive en un estado de estrés, debido a los altos índices de inseguridad, todo ello propiciado por el aumento de los riesgos, como ya se mencionaba; y la proliferación masiva de información mediática con la que es bombardeada la sociedad, la cual muchas veces no es real y es alterada de manera amarillista por los medios de comunicación social o como punto de inflexión de interés político- electorales.

Otra causa a la cual se puede atribuir la expansión del Derecho Penal, es el decrecimiento de otras instancias sociales de protección, volviendo al punto del principio de última ratio del Derecho Penal, en el cual el Estado está

obligado a respetar. Las sociedades no confían en que otro tipo de instituciones anteriores al Derecho Penal pudiesen resguardarlos de las amenazas, como, por ejemplo, el Derecho Administrativo Sancionador, que es para el ciudadano un medio no suficiente para sentirse seguro, la Defensoría del Consumidor, la Superintendencia del Sistema Financiero, etc., por ello el clamor popular pide más leyes penales en su afán de sentirse protegido por la fuerza del Estado.

Se pueden mencionar, además, que existen otro tipo de instituciones las cuales ya no cumplen con su función preventiva la cual era parte del direccionamiento de la conducta del ciudadano; esto arraigado al decaimiento de los valores sociales y la anomia moral y espiritual que se ha venido desatando progresivamente dentro de la sociedad.

Los gestores atípicos de la moral son una de las principales causas de la expansión del Derecho Penal, considerados estos grupos como aquellos generalmente organizados como las asociaciones de víctimas, ecologistas, feministas, consumidores, organizaciones no gubernamentales, etc., que protestan de manera generalizada y constante contra la vulneración de derechos fundamentales, estos grupos de presión conforman muchas veces un punto de partida para que los legisladores en su afán de crear un sentimiento de alivio para las necesidades de los ciudadanos, crean cuerpos penales tipificando conductas que mitigan las exigencias que estos grupos demandan.

V. El Salvador y la esfera global de los delitos contra el orden socioeconómico

El Salvador también ha sido alcanzado por el fenómeno de la expansión penal, viéndose obligado a abandonar el Derecho Penal nuclear y adherirse a las nuevas tendencias penales que a nivel mundial se han implementado, nuevos tipos penales han sido implementados y se ha orientado además de la masificación de tipos penales, a establecer medidas de prevención de las conductas potencialmente peligrosas para la sociedad.

Como parte de la influencia internacional de la expansión del Derecho Penal, podemos presentar como ejemplo el delito de lavado de dinero y activos, el cual fue tipificado por mandato del Convenio Centroamericano para la Prevención y la Represión de los Delitos de Lavado de Dinero y de Activos, relacionados con el Tráfico Ilícito de Drogas y Delitos Conexos, el cual es su artículo dos, establece el compromiso de los estados parte a *“adoptará las medidas que sean necesarias para tipificar como delitos penales en su derecho interno”*¹⁸ y luego describe lo que serían las conductas consideradas dentro del artículo 4 y 5 de la Ley contra Lavado de Dinero y Activos, este es solo un ejemplo de cómo los legisladores se van adaptando a las nuevas conductas que son lesivas para la sociedad, protegiendo bienes jurídicos que anteriormente no se consideraban existentes o suficientemente vulnerados como en la actualidad.

Otra de las tendencias modernas que se ha venido tomando forma gracias a la expansión del Derecho Penal, no tan aceptada por los ordenamientos jurídicos de los países occidentales, es la responsabilidad penal de las personas jurídicas, esto bajo la premisa de *“societas delinquere non potest”* bajo la cual se rigen la mayoría de los sistemas penales latinoamericanos, dejando la responsabilidad de estas al Derecho Administrativo Sancionador.

Como se puede observar, la evolución moderna de la sociedad ha desembocado en una mayor intervención penal de los estados en las relaciones sociales, algunas de estas conductas ya se habían venido desarrollando desde tiempos antiguos, pero es hasta esta etapa contemporánea, que se han intensificado la necesidad de su tipificación y se ha visto la necesidad de proteger a la sociedad.

La comunidad internacional ha presionado para que los países se pronuncien contra la criminalidad de cuello blanco, reconociendo el daño que ésta ocasiona en las economías nacionales y en las sociedades, sobre todo

18 Convenio Centroamericano para la Prevención y la Represión de los Delitos de Lavado de Dinero y de Activos, relacionados con el Tráfico Ilícito de Drogas y Delitos Conexos (Panamá: secretaría de las naciones unidas, 1997), Artículo 2.

en las menos desarrolladas como El Salvador; es un desafío del Derecho Penal, de los juristas y operadores y aplicadores de la ley, que estas nuevas teorías sean desarrolladas para defensa de los intereses sociales y los derechos de los ciudadanos.

Conclusiones

A pesar de los estudios y de la expansión del espectro penal dentro de las legislaciones tanto nacional, como internacional, así como del llamado “*softlaw*”, muy de moda en nuestros días, la criminalidad económica sigue en aumento, buscando nuevos medios y estrategias para diversificar sus prácticas profesionales criminalizadas, amparados en sus esferas de poder económico, influencias y terror mediático, utilizando las tecnologías de la información como nuevas armas delictivas por medio de las cuales producen una gran cantidad de ilícitos.

Es necesario que el derecho penal como medio y de restitución de la paz social y defensa de la colectividad como bien jurídico protegido, sea más eficaz, pero esta tarea no corresponde solamente a la ciencia penal, es necesario que los aplicadores de justicia, tanto las instituciones estatales y los directamente investidos con la facultad para impartir la justicia, haciendo que la realidad sea acorde a la doctrina.

La globalización trae consigo nuevas formas de riesgo y peligros que en épocas anteriores no era necesario tutelar, y como consecuencia de ello los países están obligados a ajustar sus ordenamientos jurídicos para la efectiva protección de estas nuevas amenazas, El Salvador no puede quedarse atrás en esta lucha y debe establecer los procesos y políticas pertinentes adaptando la “*Lege Lata*” a la realidad social, dejando ese carácter de derecho penal simbólico o meramente pedagógico y funcionando como ese mecanismo de protección del orden económico nacional.

“GENERANDO BASES
FUNDAMENTALES
PARA LA INTRODUCCIÓN
DE INSTRUMENTOS
O MECANISMOS
de Justicia Contractual en el Derecho
Privado Salvadoreño”

*Miguel Ángel Veliz Pineda
Jessica María Trejo Brizuela
Karen Alejandra Beltrán Machón*

GENERANDO BASES FUNDAMENTALES PARA LA INTRODUCCIÓN DE INSTRUMENTOS O MECANISMOS DE JUSTICIA CONTRACTUAL EN EL DERECHO PRIVADO SALVADOREÑO.

Miguel Ángel Veliz Pineda

Jessica María Trejo Brizuela

Karen Alejandra Beltrán Machón

RESUMEN

En la búsqueda de equilibrar las relaciones jurídicas contractuales entre las partes, en Europa y parte del mundo antiguo, se gesta desde el año 2015, una nueva doctrina que consiste en introducir mecanismos que pongan en un estado de igualdad a las partes que están dentro de un contrato, tratando de limitar el derecho de la autonomía de la voluntad y potenciar los Derechos Fundamentales de las personas para generar una relación donde no se aprovechen de las desventajas o falta de conocimiento o educación de la parte más débil. El artículo que se presenta está dividido de tal manera que el lector pueda determinar con claridad los desafíos que se tiene para moralizar el derecho privado salvadoreño vigente.

PALABRAS CLAVE: Justicia contractual - rol del juez - rol de la administración pública - interpretación de los contratos - control en la construcción del contrato - moral positiva - moral crítica - buena fe.

GENERATING FUNDAMENTAL BASES FOR THE INTRODUCTION OF INSTRUMENTS OR MECHANISMS OF CONTRACTUAL JUSTICE IN SALVADORAN PRIVATE LAW

By Miguel Ángel Veliz Pineda

Jessica María Trejo Brizuela

Karen Alejandra Beltrán Machón

ABSTRACT:

In the search to balance the contractual legal relations between the parts, in Europe and part of the ancient world, a new doctrine has been developed since 2015, which consists in introducing mechanisms to put in a state of equal parts who are in a contract, trying to limit the right of autonomy of the will and strengthen the Fundamental Rights of people to generate a relationship where they do not take advantage of the disadvantages or lack of knowledge or education of the weakest part. The article presented is divided in such a way that the reader can clearly determine the challenges that exist to moralize the current Salvadoran private law

KEYWORDS: Contractual justice - role of the judge - role of public administration - interpretation of contracts - control building contract - positive moral - critical moral - good faith

Generando Bases Fundamentales para la Introducción de Instrumentos o Mecanismos de Justicia Contractual en el Derecho Privado Salvadoreño

“Indudablemente, existe una justicia universal que emana sólo de la razón; pero para que esta justicia sea admitida entre nosotros, debe ser recíproca”

<<Jean-Jacques Rousseau>>

Miguel Ángel Veliz Pineda¹
Jessica María Trejo Brizuela²
Karen Alejandra Beltrán Machón³

I. Moral Positiva y Moral Crítica

La moralización del Derecho consiste en la imposición de la moral en la norma jurídica, pero no se trata de una moral en sentido general, sino que se deben tomar en cuenta los diferentes ámbitos de la moral, donde cada uno de ellos hace alusión a aspectos diferentes y por ende el campo de aplicación de

1 Licenciado en Ciencias Jurídicas, graduado con honores de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la Universidad de El Salvador, con estudios complementarios en Derecho Procesal Civil y Mercantil, Derecho Internacional Humanitario, Derecho de Acceso a la Información Pública, sobre productos financieros y pensiones, lavado de dinero y activos y del Sistema Financiero; así como poseedor de reconocimientos por parte de la Universidad de El Salvador y Organizaciones de carácter Internacional.

2 Licenciada en Ciencias Jurídicas, graduada con honores de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la Universidad de El Salvador, con estudios complementarios en materia de Derecho Laboral, Derecho Administrativo, Derecho Bancario y Bursátil, Recursos en materia de Derecho Procesal Civil y Mercantil, y Medicina Forense, además de contar con reconocimientos por parte de la Universidad de El Salvador, y la Asamblea Legislativa de la República de El Salvador.

3 Licenciada en Ciencias Jurídicas, graduada con honores de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la Universidad de El Salvador, con estudios complementarios en Técnicas de la oralidad en el proceso civil y mercantil, Criminalística en la función fiscal, Medicina Forense, Derecho Constitucional y Derecho Marítimo, así como poseedora de reconocimientos por parte de la Universidad de El Salvador y la Asamblea Legislativa de la República de El Salvador.

los mismos suele ser diverso, es así, como se distingue entre la moral positiva y la moral crítica.

La moral social o positiva es aquel conjunto de valores imperantes en una determinada comunidad.⁴ La moral positiva entonces, se refiere a todos aquellos valores que son aceptados por una sociedad determinada, son todas las conductas bien vistas por los miembros de la sociedad, permitiendo así, señalar otro tipo de conductas como incorrectas o inmorales por no estar acorde a lo que la sociedad aprueba.

En cuanto a la moral crítica, esta puede definirse como la moral que permite criticar los valores morales defendidos por otras personas y, en definitiva, posibilita entablar discusiones racionales acerca de la moralidad.⁵ Es decir, la moral crítica es aquella que permite al individuo que no está de acuerdo con los valores ya adoptados por la sociedad en general, emitir opiniones o juicios de valor diferentes.

La diferencia entonces, entre moral positiva y moral crítica, radica, en que en la primera, únicamente son aprobadas aquellas ideas, creencias o decisiones que sean conforme a los valores que la sociedad ya ha adoptado; y la moral crítica, es aquella que permite el argumento de ideas, creencias u opiniones contrarias a las que la sociedad acepta, permitiéndole a los individuos o minorías que defienden las mismas, argumentar sobre ellas, sin que estas sean rechazadas en un primer momento, solo por no estar de acuerdo con el resto de la sociedad, y una vez escuchado el argumento de estos individuos, entonces se procede a describir y criticar estas nuevas ideas, para analizar si estos pueden o no tener razón; situación que en la moral positiva no ocurre.

Cuando se habla de imposición de la moral a través del Derecho, es menester, establecer si esta imposición está justificada o no y en caso de que lo este, en qué casos lo está y en qué casos no. Para tal efecto, se debe enfocar dicha idea desde ambos ámbitos de la moral.

4 Josep M. Vilajosana, "Moralización del Derecho, Perfeccionismo y Sociedad liberal", *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, n. 11 (2007/2008): 146.

5 *Ibíd.*, 146.

1. La imposición de la moral positiva en la norma jurídica

Según John Stuart Mill el Derecho solo puede interferir en las conductas cuando estas perjudican a terceros.⁶ Lo que significa que sí, está permitida la imposición de la moral positiva en la norma jurídica cuando la finalidad de esta es que los actos u omisiones de los individuos no perjudiquen a terceros.

Otro punto importante, es que en este sentido la norma únicamente está regulando aquellas conductas que realiza el individuo que pueden afectar a terceros, restándole importancia a las conductas que no afectan a los terceros, pero sí podrían afectar al individuo mismo, tomando como base el principio de libertad personal, el cual le permite al individuo tomar sus propias decisiones. Manejando así, una posición liberal que plantea que el Derecho no puede imponer modelos de vida o virtud personal.

Si bien es cierto, el principio de la autonomía de la voluntad, les permite a las partes obligarse de acuerdo a su propia voluntad, la legislación al mismo tiempo, establece ciertos límites y al ser estos cruzados, establece la respectiva sanción.

La moralidad de una sociedad constituye un aspecto esencial de su estructura y determina su identidad como tal.⁷ El Estado está legitimado moralmente para interferir en aquellos actos que socaven las pautas morales básicas de su sociedad, evitando de este modo su destrucción.⁸

Es así, como la moralización del Derecho si está justificada en caso de que la finalidad sea evitar el daño a terceros. Aun así, la moralización de la norma no está justificada, cuando la idea está sustentada únicamente, en el hecho de que, por ser valores aceptados por la mayoría de una sociedad determinada, el individuo como tal debe adaptarse a ellos, pues de esta forma se restringe el ámbito personal de individuo sin una razón debidamente justificada.

6 *Ibíd.*, 147.

7 *Ibíd.*, 148.

8 *Ibíd.*, 149.

2. La imposición de la moral crítica en la norma jurídica

La moral crítica recae sobre aquellas acciones que producen efectos sobre el carácter moral propio del individuo, es decir, interesa no solo el efecto que produzcan dichas acciones a terceros sino también los efectos que produzca en el individuo mismo. Es por ello, que el Estado busca orientar a los individuos a tomar modelos de excelencia humana. La moral crítica, está estrechamente relacionada con la idea del perfeccionismo, el cual se opone al principio de autonomía de la persona.

El principio de autonomía de la persona establece que el Estado no debe interferir en la elección individual de los planes de vida de una persona. Por el contrario, debe limitarse a diseñar instituciones que faciliten la persecución individual de esos planes de vida y la satisfacción de los ideales de virtud que cada uno sustente y debe impedir la interferencia mutua en el curso de tal persecución.⁹

Es en este punto, en el cual se establece la oposición del perfeccionismo ante el principio de autonomía de la persona, ya que el perfeccionismo le impone al individuo un plan de vida sugiriéndole lo que más les conviene a sus intereses, pues el perfeccionismo elige aquellos planes de vida que considera más efectivos y luego busca imponérselos al individuo, ello sin tomar en cuenta la elección de vida que ya haya hecho o en tal caso sus propios deseos. Así, también el perfeccionismo se opone a otros principios como el de la inviolabilidad de la persona y el principio de la dignidad de la persona.

El principio de la inviolabilidad de la persona, establece que no es correcto moralmente imponer a las personas contra su propia voluntad sacrificios y privaciones que no redunden en su propio beneficio.¹⁰ Lo que este principio plantea en sí, es que si un individuo es privado de realizar una determinada conducta, este debe obtener un beneficio con ello, porque el sacrificio que la persona realiza debe brindarle un beneficio al mismo.

9 *Ibíd.*, 152-153.

10 *Ibíd.*, 158.

El principio de dignidad de la persona establece que las personas deben ser tratadas según sus decisiones, intenciones o manifestaciones de consentimiento.¹¹ Esto implica que deben respetarse las creencias y opiniones del individuo; sin embargo, el respetar las decisiones del individuo consiste en que éste asuma las consecuencias de sus decisiones.

En este sentido, la imposición de la moral crítica en la norma jurídica, no está justificada, porque el Estado no debe imponerle planes de vida al individuo, ya que según el principio de autonomía, la persona tiene la capacidad de, al estar frente a una diversidad de planes de vida, está sea capaz de elegir el que más le convenga o satisfaga sus deseos; tampoco está justificada cuando implique el restringir al individuo de realizar una determinada conducta, si con ello no obtendrá un beneficio para sí mismo, sino únicamente va ser utilizado como instrumento para que un tercero obtenga el beneficio; y por último, tampoco está justificada la imposición de la moral crítica en la norma jurídica, cuando la finalidad sea cambiar las creencias del individuo arbitrariamente y cuando no se respeten las decisiones del mismo.

Un caso muy particular, en el cual la imposición de la moral crítica en la norma jurídica si está justificada, es en cuanto a las medidas paternalistas. Éstas consisten, en imponer a los individuos conductas o cursos de acción que son aptos para que satisfagan sus preferencias subjetivas y los planes de vida que han adoptado libremente.¹² Las medidas paternalistas difieren del perfeccionismo, ya que estas no buscan imponer un plan de vida al individuo sino más bien, le permiten al mismo elegir su propio plan de vida, pero le protegen de aquellas acciones u omisiones que realice el mismo y que le afecten a sus propios intereses o que dañen las condiciones que le hagan posible satisfacer sus intereses; en cambio, el perfeccionismo sí busca imponer planes de vida y no toma en cuenta los deseos del individuo.

11 *Ibíd.*, 160.

12 *Ibíd.*, 164.

Para que el paternalismo esté justificado, debe cumplir necesariamente con dos condiciones: la existencia de incompetentes básicos y un interés benevolente.

Incompetentes básicos son aquellas personas, que, por alguna razón, no son competentes para tomar una determinada decisión. Algunos casos de incompetencia básica son:¹³

- a. Cuando alguien ignora elementos relevantes de la situación en la que tiene que actuar,
- b. Cuando alguien tiene su fuerza de voluntad tan reducida o tan afectada que no puede llevar a cabo sus propias decisiones,
- c. Cuando alguien tiene las facultades mentales permanentemente o transitoriamente disminuidas,
- d. Cuando alguien actúa bajo compulsión,
- e. Entre otras.

El interés benevolente consiste en que el individuo, al ser privado de realizar una determinada conducta, se beneficie con esa privación y no sea únicamente utilizado como un medio para obtener un interés ajeno.

La imposición de la moral, no está justificada cuando lo que se manifiesta es el perfeccionismo, pero cuando de medidas paternalistas se trata y estas cumplen con las dos condiciones necesarias, entonces la imposición de la moral sí está justificada.

II. El Principio de la Buena Fe como parte de la Justicia Contractual frente al Principio de la Autonomía de la Voluntad Privada

La noción de “justicia contractual” surgió de un grupo de individuos que abogaron en su momento en Europa por el reconocimiento de una amplia gama de derechos, que consideraron eran inherentes al ser humano por el

¹³ *Ibíd.*, 173-174.

simple hecho de serlo, tal es el caso, del derecho a la propiedad privada y la libertad de contratación. Si bien se condujeron bajo el ideal de lo que para ellos consideraba ser lo justo, de igual manera al término de las revoluciones propias de la época, junto con esos derechos se adquirieron una serie de principios que se presume, son la base de esos mismos derechos, es decir, los derechos se justifican por esos principios; y es así, como sale a la luz el tan conocido principio de la autonomía de la voluntad privada, que hace referencia a aquella potestad que tiene todo sujeto de derecho, de decidir de manera libre, autónoma, independiente y soberana sobre el surgimiento de una relación jurídica que le vincule; ya sea para originar, conservar, modificar o extinguir derechos y obligaciones interpersonales; por lo que es únicamente la persona, en su esfera privada, la que decide cuándo, qué, con quién, y cómo contratar, siendo el contrato la máxima expresión de dicha autonomía, en tanto que éste se convierte en ley para las partes.¹⁴

En el Derecho Contractual, en el transcurso del tiempo, este principio ha resultado ser inminentemente primordial y fundamental en toda relación contractual, puesto que otorga una libertad bastante amplia a los individuos que toman la decisión de llegar a formar parte de estas relaciones, fomentando así el desarrollo social de cada uno de ellos, desde la perspectiva de las relaciones privadas; sin embargo, no se puede afirmar que se está en presencia de un principio que concede una libertad total y absoluta, sino que se ve limitada por dos factores los cuales son:

- a. Las directrices generales que el legislador establece tanto para la existencia como la validez de cualquier declaración de voluntad y acto jurídico, incluyéndose por tanto los contratos, además de los requisitos indispensables y únicos de cada uno de ellos, los cuales no se profundizaran en este ensayo; y
- b. El principio base de la justicia contractual y el principio de la buena fe.

¹⁴ Luis Prieto Sanchiz, *Introducción al Derecho*, 3ª ed. (Servicio de Publicaciones de la Universidad Castilla-La Mancha, Cuentas, España, 1996), 129.

Con el primer factor, se hace referencia a elementos tales como: la capacidad, la presencia de consentimiento y que este no adolezca de vicios, el cumplimiento de formalidades requeridas para cada tipo de acto o declaración de voluntad en cuestión, la existencia de una causa y objeto y que estos a su vez sean lícitos. Respecto de los últimos elementos mencionados, es importante aclarar lo que para el legislador salvadoreño se considera como causa y objeto lícitos, de acuerdo al Código Civil Salvadoreño el objeto es lícito siempre y cuando no contravenga a las leyes del país, principalmente al tratarse de una cosa, esta debe de ser comerciable, determinada o determinable, y que existan o se espera que existan; por su parte si se trata de un hecho, debe de ser física y moralmente posible, lo que significa que no debe de ser contrario a la naturaleza ni a las buenas costumbres y al orden público. Tal es el caso también de la causa, ya que no debe de estar prohibida por la ley, ni ser contraria a las buenas costumbres ni al orden público. Se hace mención de manera específica a estos dos elementos, porque de sus propios requisitos se denota un tanto la imposición de la moral de la sociedad misma por parte del legislador, al referirse a las buenas costumbres y el orden público, es decir, se puede observar una vez más como tímidamente el legislador salvadoreño trata de sentar las bases de un Derecho correcto y moral, desde antes de la formación de un acto jurídico o declaración de voluntad, estableciendo un límite entonces a la autonomía de la voluntad de cada individuo.

Ahora bien, especial atención requiere el segundo factor, el cual es el principio de la Buena Fe en materia de justicia contractual. Se dice que el principio de la buena fe ha venido a tener mayor aplicación e importancia trascendental en las relaciones contractuales, puesto que emerge como un nuevo arquetipo o modelo de conducta social: la honradez en los tratos, la actuación diligente, el cuidado del otro,¹⁵ la confianza en la palabra dada y la lealtad o el deber de informar. Como parte de la fisonomía de todo contrato se encuentran aquellas cláusulas o elementos que son de su esencia, de su naturaleza y otras

15 A. Nicolussi, *Tica del Contratto e Contratti di Durata per L'esistenza della Persona*, (The Hague, Eleven International publishing, 2014), 130-131.

tantas meramente accidentales; al tratarse de las que son de su naturaleza, se hace referencia a aquellas que le pertenecen naturalmente sin necesidad de estipulación expresa de las partes contratantes, es así como de manera analógica podemos comparar la presencia implícita de este principio en todo contrato, ya que no es necesario o indispensable que las partes lo pacten de tal forma que se entienda que ambas se comprometen a cumplir con el mismo, sino que se entiende incorporado al contrato como producto del fomento de la justicia contractual que en Derecho Privado salvadoreño, se pretende pregonar aspirando de esta manera a la satisfacción de la conciencia social que en las relaciones obligacionales se debe de mostrar.

La buena fe en sentido estrictamente objetivo, se configura como un ideal de conducta del cual surgen normas técnicas que crean el deber accesorio a las partes contratantes, además del deber preferente, que es la prestación principal de que éstas se comporten de una forma armonizada, con valores inherentes a este principio, siendo estos: la lealtad, la fidelidad, la honestidad y el respeto a la confianza mutua; así mismo, los deberes accesorios que procura el principio de buena fe, se pueden identificar desde dos puntos de vista: un activo y otro pasivo. El activo, supone el deber que todo individuo sujeto a una relación obligacional o en este caso a una relación contractual, posee de cumplir con los lineamientos y parámetros establecidos por la ley; y por su parte, el pasivo, supone el derecho que de igual forma cada parte posee respecto de la otra, de esperar respectivamente del otro, la misma conducta leal y de honradez en el trato.

Se sostiene que las partes contratantes en todo momento del *iter negocial* deben de cumplir con el principio de la buena fe, esto conduce a la siguiente interrogante: ¿Qué implica el tener que cumplir en todo momento el contrato? esto implica que la buena fe debe de mantenerse tanto en la construcción del contrato, como durante su ejecución, hasta cuando este finalice; ya sea un contrato de tracto sucesivo o de ejecución instantánea. Sin embargo, debe de verse esta implicación de forma más extensiva, ya que existe la posibilidad

de que en la construcción o ejecución se presenten diversas anomalías que amenacen con el fin del contrato, y estas anomalías pueden presentarse de igual forma durante la construcción del contrato o durante su ejecución.

Gracias a esta implicación, es que se pueden extraer del principio de buena fe, otros dos principios rectores de la justicia contractual, siendo estos el principio de equilibrio entre las partes y el principio de cooperación entre las partes. El principio de equilibrio entre las partes, obedece a aquella necesidad que existe de mantener el equilibrio entre las prestaciones de ambas partes y por ende la equidad en el intercambio de estas, lo cual es aplicable indiscutiblemente a los contratos bilaterales - onerosos - conmutativos y remotamente a aquellos que se denominan sinalagmáticos imperfectos; puesto que los contratos unilaterales son gratuitos, lo que significa que solo una de las partes reporta un gravamen en su patrimonio. De igual manera, el principio de cooperación entre las partes, lo que implica es que ambas partes mantengan en todas las etapas del contrato un comportamiento leal y correcto; estos principios derivativos del principio madre que es el de la buena fe, sientan las bases de lo que se considera justifica la revisión del contrato previo a llegar a un proceso contencioso, en el que, como se dijo con anterioridad, peligra el fin del contrato.

III. Justicia Contractual: Su origen, Justicia Distributiva y Justicia Correctiva, El nuevo rol del Juez y la importancia del deber de revisión del contrato entre las partes de acuerdo a las nuevas tendencias de la moralización del Derecho Privado

La constante lucha en los grupos sociales desde tiempos pasados, ha sido siempre para encontrar y conquistar la virtud de la justicia, pero su significado, como todas aquellas virtudes que son concebidas e ideadas en formas abstractas, nunca parece ser concreta. Sin embargo, ante lo comentado

anteriormente, existe una definición donde menciona que la justicia, no es más que la virtud que se inclina a dar a cada uno lo que le corresponde conforme al Derecho,¹⁶ siendo esta definición una aproximación a lo que la justicia contractual busca.¹⁷

La virtud de la justicia siempre estuvo enfocada a los razonamientos que privilegiaban las libertades individuales de las personas y su desarrollo en una sociedad determinada, pero con la necesidad de limitar el principio de la autonomía de la voluntad para proteger a las partes más débiles y que esas libertades individuales, también tuvieran incidencia en las relaciones contractuales, se dio el paso para hablar y construir razonamientos de una justicia enfocada en la construcción y efectos de los contratos.

1. Antecedentes Históricos de la Justicia Contractual

El inicio u origen de la justicia como la libertad individual frente al absolutismo, se puede remontar en las políticas económicas que los Estados Absolutistas ejercían en base al principio "*laisser faire, laisser passer*" (Dejar hacer, dejar pasar), el cual no era muy a fin con la implementación de límites morales en la actividad contractual. Pero, existen doctrinas anteriores que dan a entender que el origen de la justicia, en el ámbito meramente contractual, es gracias al constante proceso histórico de la necesidad de emplear un modelo de justicia en las relaciones contractuales, donde se protegiera al más débil de dicha relación.

Roma, ubicándolo en un origen mediato, es un posible antecedente de la justicia en los contratos, donde se presentaron las máximas "*male enim nostro iure uti non debemus*" lo cual significa que no debemos usar mal nuestro

16 Manuel Ossorio, *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales* (Guatemala: Edición Electrónica), 532.

https://conf.unog.ch/tradfraweb/Traduction/Traduction_docs%20generaux/Diccionario%20de%20Ciencias%20Juridicas%20Politicas%20y%20Sociales%20-%20Manuel%20Ossorio.pdf.

17 Francisco Ternera Barrios, "El concepto de Justicia Contractual", *Revista Oficial del Poder Judicial* Bogotá, Colombia (2007): 288.

derecho, y “*summum ius, summa iniuria*” que significa que el estricto derecho, es la suprema injusticia.¹⁸ Al igual, desde el medioevo se empleaba el uso de instituciones como la lesión enorme y la resolución, con un alto contenido moral. El Código Civil de Napoleón, ubicándolo en un origen inmediato, sería mal concebido, si no entendiéramos sus disposiciones como reglas elementales de equidad, tanto así que, *portalis*, uno de los arquitectos del Código de Napoleón, dice que la libertad contractual no solamente está subordinada a las leyes de orden público y a las buenas costumbres, sino también a la justicia y utilidad pública.¹⁹

La justicia contractual tiene un origen histórico que se plasma de una forma implícita, en las legislaciones de los países para dar a cada parte contratante lo que conforme a derecho corresponde, pero esta forma de concebirla necesita de otro elemento que la complementa, la cual es el rol del juez.

Una obligación no es solamente una simple relación entre dos patrimonios; es y siempre ha sido la sumisión de un hombre a otro, sumisión que no puede demandarse y permitirse sino por fines legítimos cuya existencia y ejecución debe ser controlada por el legislador y el juez.²⁰

2. Justicia Distributiva y Justicia Correctiva

En Derecho Contractual en la mayoría de jurisdicciones suele ser muy parecido, sin embargo, puede llegar a variar en algunos aspectos y en este sentido el Derecho Contractual, puede explicarse en función de la idea de justicia correctiva. Por ello, establecer la diferencia entre justicia distributiva y justicia correctiva, ambas, como dimensiones de la justicia, es un punto verdaderamente determinante. Es así que: en la justicia distributiva, se reparte

18 L. Josseland, *Derecho civil: Teoría general de las obligaciones*, T.II, V. I. (Buenos Aires: 1993), 316 y ss.

19 Francisco Ternera Barrios, *El concepto de Justicia Contractual*, 289.

20 *Ibid.*

algo con el fin de que cada ciudadano reciba una porción de lo que tenga que distribuirse en función de cierto criterio de distribución seleccionado.²¹ Por el contrario, la justicia correctiva tiene que ver con la injusticia en las relaciones interpersonales.

Cada sociedad establece su propio criterio de justicia distributiva, es decir, cada Estado tiene su propio sistema de Gobierno y dependiendo de ello son los valores que conforman la moral de dicha sociedad; y, por lo tanto, son los que rigen la conducta de los individuos. Es así, que el criterio de justicia correctiva en un Estado Democrático no es igual que en un Estado donde impere el Autoritarismo; pues en la Democracia se entiende que todos los ciudadanos deben ser tratados como igual y que por ende, todos tienen derecho al acceso de los mismos beneficios y a la imposición de las mismas cargas, por ejemplo: el art. 85 de la Constitución de la República de El Salvador, establece que el Gobierno es republicano, democrático y representativo, por lo que es deber del Estado garantizar el goce de una gama de derechos a todos los habitantes de la República, así en el art. 3 del mismo cuerpo normativo, se reconoce el derecho de igualdad ante la ley; situación que no ocurre en un Estado de Autoritarismo, ya que en ellos es considerado justo, que el poder y la riqueza se concentre en pocas manos, dejando en una situación de desigualdad en inferioridad al resto de la sociedad.

La justicia distributiva no solo consiste en cumplir con la obligación de distribuir las cargas y los beneficios a todos por igual, sino que implica que ésta no sea estática, sino dinámica, pues cada individuo al recibir lo que le corresponde es libre de disponer de sus bienes como mejor le parezca, así algunos podrían destruirlos, enajenarlos, consumirlos, etc.; en cambio otros, podrían conservarlos; desde este punto de vista la distribución sería dinámica y no estática. Esta se da sobre todo en aquellas estructuras institucionales que le permiten al individuo disponer de los bienes que recibe libremente. El art. 22

21 Peter Benson, *The Basic of corrective Justice an It's Relation to Distributive Justice*. (Iowa L. Rev., 1992), 515-535.

de la Constitución de la República de El Salvador establece que toda persona tiene la disposición de sus bienes conforme a la ley e incluso este derecho va más allá de la muerte, pues se reconoce la libre testamentifacción.

En cuanto a la justicia correctiva, al ser aquella que se da en las interacciones personales, las cuales pueden ser diversas, aplicándola específicamente en el Derecho Contractual, se refiere a las relaciones que surgen entre los contratantes. En los contratos, ya sea en la formación o en la ejecución de los mismos, puede que una de las partes sufra un daño provocado por la otra, y debido al principio de buena fe que siempre está presente en las relaciones contractuales, ese daño debe ser reparado; y es precisamente en la reparación del daño en lo que la justicia correctiva se concentra, colocando a los contratantes en la posición que deben estar o que debieron estar desde el inicio de la relación contractual, pues los contratantes son tratados como iguales. Todas las personas son iguales ante la ley, es debido a la igualdad y a la buena fe que la justicia correctiva establece que al sufrir un daño alguna de las partes, este debe ser reparado.

Aplicando la justicia correctiva en la rama de Derecho Privado, específicamente en Derecho Contractual, en el cual los contratantes por su propia voluntad interactúan entre sí, creando nuevos derechos y obligaciones, la justicia correctiva se manifiesta de manera directa, tanto en la formación como en la ejecución del contrato. Los contratos solamente producen efectos para las partes, lo que explica que terceros no puedan demandar o ser demandados en base a un contrato del que no son parte.

La justicia correctiva se materializa en el Derecho Contractual específicamente, a través de las sanciones que la ley impone a los contratos que padezcan anomalías ya sea desde su formación o en el incumplimiento de los mismos, buscando así establecer el equilibrio contractual.

El Derecho Contractual está estrechamente ligado con la justicia correctiva, sin dejar de lado la justicia distributiva, la cual se materializa a

través del derecho a la libre disposición de los bienes, siempre que sea conforme a la ley, es decir, se lleve a cabo de acuerdo a lo establecido por la ley en las relaciones contractuales.

3. El nuevo rol del Juez dentro de la moralización del Derecho Privado en vías de una Justicia Contractual

El rol del juez resulta fundamental dentro de una justicia contractual, porque es un intérprete de la norma que viene a corregir o suplir el silencio de la ley, hablando en su lugar, como el legislador lo hiciera si estuviera presente y tuviera que aplicar la ley en el caso concreto. Es de especial mención el artículo 15 del Código Procesal Civil y Mercantil salvadoreño, que textualmente dice que el juez, bajo ningún pretexto, puede dejar de resolver. El juez viene a ser un garante de protección.

Este nuevo rol del juez va enfocado en la posibilidad que tiene el mismo para intervenir en aquellos contratos desequilibrados con el fin de adaptarlos con criterios de naturaleza moral, tales como la razonabilidad o la buena fe,²² pero también, esta intervención de acuerdo a las nuevas tendencias, no solo implica la intervención del juez interpretando la norma dentro de la esfera de un contrato ya elaborado y puesto en marcha, sino que también introduce la figura del juez durante la construcción de un contrato, lo cual en el ordenamiento salvadoreño no está contemplado.

Por tanto, se observa que el Derecho Privado ya no es un área propia del legislador, sino que se incorpora la figura del juez. Se dijo en su momento que el permitir que el juez interviniera en las relaciones contractuales iba en contra del derecho contractual, porque el Estado actuaba de manera paternalista, pero debemos entender que el juez ejerce un equilibrio entre la autonomía y la solidaridad.

²² Rosa Barceló Compte, *Hacia un derecho contractual más justo*, (Universidad de Barcelona FPU, 2016), 6.

En el Código Civil de El Salvador se menciona claramente solo un caso en el que el juez interviene primordialmente para poder hacer efectivo o no un contrato, con la finalidad de equilibrar las relaciones de las partes y evitar posibles abusos, valiéndose de la ignorancia o falta de educación de una de las partes contratantes, tal es el caso del contrato de transacción, contemplado en el artículo 2192, que dice textualmente: *“la transacción es un contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente”*,²³ siendo necesario para darle la eficacia a este contrato que busca terminar un litigio, la intervención del juez para valorar la buena fe de los suscribientes y evitar posibles aprovechamientos o desequilibrios entre las partes, siempre y cuando proteja al más débil.

4. El deber de revisión del contrato entre las partes contratantes: Equilibrio y Cooperación Contractual

En las relaciones contractuales, las partes están obligadas a respetar una serie de principios, entre los cuales destaca el principio de la buena fe, el cual, debe manifestarse tanto en la celebración del contrato como en la ejecución del mismo.

Tanto en la celebración como en la ejecución del contrato, pueden materializarse circunstancias que generen un desequilibrio en la prestación objeto del contrato, lo que podría dar lugar al deber de revisión de éste mismo, en búsqueda del equilibrio contractual y la cooperación entre las partes, ya que dentro de las relaciones contractuales se encuentra implícito el deber de cooperación de éstas, el cual se desprende del principio de buena fe y equidad.

Es menester mencionar que los contratos atienden a una diversidad de clasificaciones, primeramente, en lo que respecta al número de sujetos que resultan obligados, el contrato puede ser bilateral, cuando ambos contratantes resultan obligados recíprocamente o unilateral cuando solo uno de los contratantes se obliga para con el otro, sin que este último contraiga obligación

²³ Código Civil de El Salvador (El Salvador, Asamblea Legislativa de El Salvador, 1960), Art. 2192.

alguna; y dentro de esta clasificación, también se encuentran presentes los contratos sinalagmáticos imperfectos, que son aquellos que nacen siendo unilaterales pero durante la ejecución del mismo se vuelven bilaterales. Dicha clasificación se encuentra regulada en el art. 1310 del Código Civil de El Salvador.

Otra clasificación de los contratos es, atendiendo al beneficio que reporta a las partes, de tal modo que los contratos se clasifican en gratuitos y onerosos; son gratuitos los contratos que reportan utilidad únicamente para una de las partes, por lo tanto, solo una obtiene el beneficio y la otra sufre el gravamen; y son onerosos, los contratos que reportan utilidad para ambas partes, gravándose así cada contratante, uno en beneficio del otro (artículo 1311 del C.C de El Salvador). Dentro de los contratos onerosos existe otra clasificación, atendiendo a la prestación que reciben las partes, siendo así, los contratos se clasifican en: conmutativos y aleatorios; son conmutativos, los contratos en los cuales la prestación se mira como equivalente y son aleatorios, los contratos en los que existe una cierta contingencia de ganancia o pérdida (Art. 1312 C.C de El Salvador).

Los contratos también se clasifican en contratos de ejecución instantánea y contratos de tracto sucesivo; los primeros son aquellos que se ejecutan en el momento en que el contrato es cumplido por los contratantes y los segundos son aquellos en los cuales la prestación es cumplida de manera periódica. En cuanto a su contenido, los contratos se clasifican en contratos de libre discusión y contratos de adhesión; los contratos de libre discusión, son aquellos en los cuales las partes se ponen de acuerdo para establecer el contenido del contrato, sus cláusulas y el objeto de la obligación, y, los contratos de adhesión, son aquellos en los que una de las partes le impone a la otra, tanto el contenido del contrato, así como las cláusulas y el objeto de la obligación.

En algunas ocasiones, dependiendo de la clase de contrato, pueden darse anomalías al momento, ya sea de la celebración o de la ejecución del contrato, encontrándose las partes en el deber de equilibrar las prestaciones del

contrato debido al principio de buena fe, en el que nace la idea de la revisión del contrato, la cual no se encuentra regulada en la legislación salvadoreña, por ser hasta el momento una especie de remedio para ese tipo de problemas que no se ha desarrollada en nuestro medio, pero que la doctrina ha considerado como un mecanismo útil, que puede ser empleado antes de aplicar las sanciones que el legislador ha establecido en la ley cuando se dan dichos acontecimientos.

Ahora bien, el deber de revisión del contrato ha sido fomentado gracias a las tendencias modernas que tratan de moralizar el Derecho Privado, tal y como se ha establecido con anterioridad, sin embargo en este medio, esta práctica es casi nula, no solo porque no está contemplado de forma expresa en la legislación salvadoreña, sino que también los individuos que intervienen en este tipo de relaciones obligacionales no poseen el conocimiento de lo que esto implica y conlleva para poder implementarlo. La importancia de este deber de revisión recae en que se busca primordialmente la satisfacción de cada parte contratante, es decir, el que se vean satisfechas de acuerdo al motivo o causa por el que cada una decidió contratar y así evitar la finalización del contrato, yéndose en la mayoría de los casos a un proceso contencioso; cabe destacar, que lo que eventualmente ocurre en el medio de las relaciones contractuales en El Salvador, es que las partes estipulan cláusulas en el contrato en las que ambas se comprometen a que previo a iniciar un proceso contencioso, previendo la posible circunstancia que sobrevenga que afecte con el cumplimiento del contrato, estas se sometan a mediación, pero es evidente que el someterse a mediación no resultara tan efectivo como el revisar el contrato mismo.

Volviendo a la temática que ocupa a este apartado, las anomalías a las que se les hizo mención con anterioridad pueden presentarse ya sea en la etapa de formación del contrato o en la etapa de ejecución, es necesario abordar el tema desde ambas perspectivas por separado:

4.1. Desequilibrio de la prestación contractual en la formación del contrato

Al momento de la celebración del contrato, se debe de cumplir con una serie de requisitos de existencia y de validez, en el Código Civil de El Salvador el art. 1316, establece cuales son los requisitos de validez de los contratos, entre uno de los requisitos se encuentra el consentimiento libre de vicios; los vicios del consentimiento son: el error, la fuerza y el dolo (art. 1322 C.C). La falta de uno de ellos puede provocar un desequilibrio en la relación contractual.

En la etapa de formación del contrato, puede manifestarse el aprovechamiento del estado de necesidad o de peligro, el cual consiste, en que una de las partes se encuentre en una necesidad económica, debilidad mental, ignorancia, entre otras; lo que le permite al otro contratante aprovecharse de ese estado de necesidad o peligro, lo que implica, que el equilibrio de la prestación económica se vea afectado desde la celebración del contrato.

Sin embargo, no debe confundirse el aprovechamiento del estado de necesidad o de peligro con los vicios del consentimiento, pues, muchas ocasiones podría generarse la confusión entre el estado de necesidad o de peligro, ya sea con el dolo o con la fuerza; por lo cual, debe aclararse en qué consisten los vicios del consentimiento y si estos están o no relacionados con el estado de necesidad o de peligro.

La fuerza como vicio del consentimiento, debe reunir ciertos requisitos para considerarse como tal, entre dichos requisitos están: que la fuerza sea capaz de producir una impresión fuerte en una persona de sano juicio, tomando en cuenta su edad, sexo y condición; y por lo tanto, hay fuerza como vicio del consentimiento cuando la persona teme un mal irreparable, ya sea para sí misma o para sus ascendientes o descendientes, sin importar si la fuerza la ejerce la persona que tiene la finalidad de obtener el consentimiento u otra diferente, siempre y cuando la fuerza se ejerza con la finalidad de obtener el consentimiento del otro contratante (art. 1327 C.C). Por ello, la fuerza no es lo mismo que estado

de necesidad, pues este estado implica “ocurrencia de eventos, sean naturales, sociales o políticos, e inclusive a circunstancias o condiciones, permanentes, transitorias u ocasionales, propias”²⁴; cuya proveniencia, la mayoría de las veces, no puede ser individualizada en una persona y en los que, para que haya fuerza o vicio, falta el requisito de la conducta humana.

Lo que conlleva a establecer que para que se de la fuerza como vicio del consentimiento, debe tratarse de una conducta humana que imponga el temor de un daño irreparable a una persona o a sus ascendientes o descendientes, con la finalidad de obtener su consentimiento para la celebración de un contrato; en cambio, en el estado de necesidad, no ha intervenido una conducta humana y aunque interviniera las circunstancias se manifiestan sin la finalidad de obtener el consentimiento de una persona para la celebración de un acto jurídico, estas circunstancias, únicamente presionan al sujeto para que acepte las condiciones de la otra parte que no ha tenido nada que ver con dicha situación pero que se aprovecha de ese estado de necesidad para obtener una ventaja económica.

En cuanto al dolo, el art. 42 del C.C de El Salvador, lo define como la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro. Sin embargo, hay que tener en cuenta que, en la celebración de un contrato, puede darse la denominada reticencia, es decir, aquel silencio u ocultamiento de información a la hora de celebrar el contrato, con la intención de obtener el consentimiento del otro contratante. Pero es aún más relevante conocer, que para que el dolo vicie el consentimiento, es necesario que sea obra de una de las partes y que sea claro que, sin él, no se hubiera podido contratar, ya que es la única forma en que el dolo vicia el consentimiento (art. 1329 C.C). Por ende, el estado de necesidad o de peligro no es lo mismo que el dolo como vicio del consentimiento, debido a que la persona no crea el estado de necesidad para inducir a la otra a contratar, sino que únicamente se aprovecha del estado de necesidad o de peligro del otro contratante para obtener una ventaja económica injusta.

24 Fernando Hinestrosa, “Estado de necesidad y estado de peligro ¿vicio de debilidad?”, en *Revista de Derecho Privado*, N. 8, (2005): 120.

Por lo que, se logra establecer que el estado de necesidad, si bien produce un desequilibrio en la prestación objeto del contrato no es vicio del consentimiento. El estado de necesidad o de peligro, se encuentra estrechamente relacionado con la figura de la lesión enorme.

La lesión enorme, es el perjuicio pecuniario que las partes sufren como consecuencia de la falta de equivalencia de las prestaciones reciprocas de un contrato conmutativo; se encuentran estrechamente relacionadas debido a que en ambas figuras se da la aceptación de un negocio, donde las prestaciones no son equivalentes y la desproporción es grave, ya que supera el límite aritmético legal. Es así, que el estado de necesidad o peligro podría ser un aspecto de la lesión, porque en la figura de la lesión enorme, puede que la aceptación del desequilibrio en la prestación del contrato por una de las partes, sea debido a un estado de necesidad o peligro y siendo así ambas figuras podrían integrarse. En la legislación salvadoreña la figura de la lesión enorme ha desaparecido.

Cuando estas situaciones se presentan en la formación del contrato, las partes respeto del principio de buena fe, que está implícito en todos los contratos, deben revisarlos y corregirlos o adaptarlos ya sea por acuerdo entre las partes o con la intervención del juez.

4.2. Desequilibrio del contrato durante su ejecución

Es de esperar que cuando se trata de contratos, en aquellos denominados de tracto sucesivo, cabe la posibilidad de que, en el transcurso de ese tiempo, en el que, el contrato se está llevando a cabo, se presenten una serie de eventualidades que amenacen con la terminación del mismo, y que estas no precisamente provengan de una irresponsabilidad por parte de uno de los contratantes, es así, como se destacan dos fenómenos que pueden darse:

- a. la imposibilidad sobrevinida de la prestación, y,
- b. la excesiva onerosidad sobrevinida de la misma

Entre ambos fenómenos existe una diferencia clara, en el caso del primero, la imposibilidad de cumplir con la prestación es absoluta y total, lo que justifica por lo tanto la terminación del contrato, y con el segundo fenómeno, lo que sucede es que la prestación aún es posible de cumplir, pero representaría una mayor onerosidad para la parte afectada. Si bien la nueva negociación se pretende dilucidar a través de la revisión del contrato, el término correcto vendría siendo en lugar del de modificación, el de *adaptación* del mismo a las nuevas circunstancias que han generado las anomalías mencionadas.

Este planteamiento como parte del esfuerzo por alcanzar una justicia contractual más efectiva, surge en Europa, así como otros de los mecanismos cuya finalidad es la misma, es de esta manera entonces que ha quedado en la memoria de varias legislaciones europeas el camino que se tuvo que recorrer para que en algunos países se llegara a establecer este mecanismo de la revisión como muestra de la cooperación y el equilibrio entre las partes inspirado en la buena fe.

IV. Mecanismos e Instrumentos de Justicia Contractual aplicables en El Salvador

En El Salvador se desarrolla de una manera muy tímida esta temática de la moralización del Derecho Privado y la Justicia Contractual, lo cual ha imposibilitado el poder alcanzar la búsqueda de la virtud de justicia en las relaciones contractuales.

Las disposiciones de la normativa del Código Civil, de acuerdo al Código de Napoleón como origen inmediato, deben entenderse como normas elementales de equidad, cuyas ramificaciones se encuentran en las leyes romanas.²⁵ Normas elementales que buscan la protección de la parte más débil en el contrato. Estas reglas legales elementales de equidad o justicia se aprecian desde el control de construcción y ejecución del contrato.

25 Francisco Ternera Barrios, El concepto de Justicia Contractual, 288.

1. Control Normativo en la Construcción del Contrato

Este control va encaminado a aquellos requisitos de validez que, según la ley, deben reunir los contratos para ser válidos y obligar a las partes. Si bien con anterioridad se ha desarrollado con profundidad lo relativo a estos elementos, pero para efectos de mayor comprensión se tocarán de nuevo algunos puntos de manera sucinta, por lo tanto, de entre estos elementos se encuentran:

a. Capacidad

Toda persona es legalmente capaz para celebrar negocios jurídicos, pero con la finalidad de evitar que algunas personas por su falta de educación, entendimiento, etc., puedan ser objeto de situaciones donde una de las partes se aproveche de la misma, y así, por medio de contratos, obligarlo a condiciones que, aún con su pleno conocimiento, no se hubiera sometido a ellas, la ley determina ciertas incapacidades que buscan protegerlo ante estos abusos. Entre estas protecciones tenemos: incapacidades absolutas, relativas y por ministerio de ley.

a.1. Incapacidades Absolutas

Aquellas que adolecen ciertas personas, que por causas físicas, psicológicas o naturales carecen de voluntad o no pueden expresarla debidamente. Esta incapacidad es la que los autores denominan “incapacidad natural”, porque proviene de causas físicas que la ley se limita a reconocer. El absolutamente incapaz, no puede ejecutar por sí mismo ningún acto jurídico válido; carece de voluntad o no puede expresarlo debidamente, y si el acto jurídico supone como elemento esencial la voluntad, se comprende que quien no tiene voluntad o no puede expresarla no puede ejecutar un acto de esta naturaleza.²⁶

26 Ivanova Lisseite Vaquerano Castro, *Alcances y Limitaciones del decreto 689 artículo 1 de fecha 20 de Octubre de 1993 en lo que se refiere a la mayoría de edad* (San Salvador: Biblioteca Judicial Dr. Ricardo Gallardo, 2007). <http://www.csj.gob.sv/BVirtual.nsf/1004b9f7434d5ff106256b3e006d8a6f/399422268f9f2cfd062577bc005c b048?OpenDocument>.

a.2. Incapacidades Relativas

Incapacidad relativa o “Capacidad de Protección, es aquella donde la ley los declara incapaces para ejercer por sí mismos un derecho en razón de su edad u otra circunstancia.²⁷ Entre estos, tenemos los menores adultos y las personas jurídicas, pero los menores adultos, a la luz del artículo 1318 inciso tercero del Código Civil, sus actos pueden tener valor en los casos que determina la ley. Por ejemplo, el caso de reconocimiento de hijos, los menores adultos tienen una “capacidad especial”, pues no necesita de sus representantes legales para reconocerlo, según el artículo 145 del Código de Familia.

a.3 Incapacidades por Ministerio de Ley

Son aquellas que la ley, de una manera específica, las determina. Claro ejemplo se tiene en el artículo 1599 y siguientes del Código Civil, que prohíbe en el contrato de venta aquellos celebrados entre padre e hijo, vender parte del establecimiento a los empleados públicos, a los empleados públicos el comprar bienes públicos que se vendan por su ministerio, etc.

Sobre la base de las incapacidades que la ley menciona, y a la luz de una justicia contractual a la hora de celebrar negocios jurídicos, la finalidad protectora que tienen, es evitar que una de las partes se aproveche de una persona, ya sea por su estado físico (sordomudo), estado psicológico (demente), la falta de edad debido a que no ha alcanzado un desarrollo físico integral idóneo o madurez para entender las implicaciones de contratar (impúberes), o se aproveche de la influencia que puede provocar en ellos y privar de su autonomía de elección (hijos). Con la idea de equilibrar sus relaciones contractuales, en base a los principios de *equidad, igualdad, equilibrio y buena fe*.

b. Consentimiento libre de vicios

El Código Civil, con el objeto de proteger la formación del consentimiento, como elemento de validez del contrato, determino disposiciones de las cuales se sustrae la idea de su protección. Las disposiciones expresan los vicios del

²⁷ *Ibíd.*

consentimiento: el dolo, fuerza y error (Arts. 1322 y sigs. C.C). El dolo es aquel vicio del consentimiento que lo ocasiona aquella persona que tiene aquella intención de engañar o mantener en error a una persona para hacerla contratar: puede ser mediante una acción (mentiras) o una omisión (reticencia, que no es más que el silencio malintencionado). Se va a tomar como un vicio, cuando es obra de una de las partes y aparece claramente que, sin él, no hubiera contratado. La fuerza es la amenaza ejercitada sobre un contratante para obtener de él su consentimiento, siendo dicha violencia ilegítima, determinante y que produce justo temor para ser considerada como vicio; el error se produce cuando hay una falsa representación de uno de sus elementos esenciales o determinantes.²⁸

El legislador, con el objeto de conservar el equilibrio contractual,²⁹ limita la libertad en el consentimiento que tienen ambas partes, dejándolos contratar siempre y cuando el consentimiento no este viciado.

2. Control Normativo en la Ejecución del Contrato

Todo contrato conforme a derecho es ley para los contratantes, ya lo dice el artículo 1416 del Código Civil de El Salvador. Los términos en los contratos son obligatorios para las partes, esto significa que únicamente con su mismo acuerdo, pueden ser modificados, suspendidos o destruidos.²⁸ Ahora bien, frente a la contradicción de las partes a cumplir una prestación en ejecución, la ley ofrece soluciones concretas a las mismas, con el propósito de una búsqueda ideal de justicia en la relación contractual.

En el Código Civil de El Salvador dispone algunas medidas para solucionar la contradicción entre las partes contratantes, entre las cuales están:

- a) Ofrece en su artículo 1360, la condición resolutoria tácita, la cual da oportunidad a las partes de pedir la resolución o el cumplimiento del contrato dependiendo del negocio jurídico celebrado entre estas. Además,

²⁸ Ternera Barrios, Francisco, El concepto de Justicia Contractual, 290.

²⁹ *Ibíd.* 291

ofrece la posibilidad de pedir la indemnización de daños y perjuicios que recae sobre los extremos del lucro cesante y daño emergente.

Ante las nuevas doctrinas del derecho se pueden ver que los tribunales de Estados Unidos y España, han aplicado la indemnización de daños morales en la resolución o cumplimiento del contrato. Se puede citar el caso de la primera sentencia que ha estimado el daño moral en relación a un contrato de arrendamiento, la cual ha sido la STS de 28 de febrero de 1959 (RJ 1959/1086)³⁰ del tribunal de Santiago de Compostela, España. En el caso de El Salvador, ya se notan los primeros pincelazos de esta modalidad de indemnización; y se puede verificar en el artículo 2 de la Ley de Reparación por Daño moral cuando menciona “*el daño moral da derecho a la reparación, ya sea que provenga de una responsabilidad extracontractual o contractual*”.

- b) El caso de la **mora purga la mora**, contemplado en el artículo 1423 del Código Civil salvadoreño, que no, es más que aquella que le da la potestad de no ejecutar el contrato mientras la otra parte no la ejecute.

Dentro de la nueva tendencia de moralizar el derecho contractual y alcanzar la justicia, estos ejemplos de acciones entre las partes, es una manera de equilibrar las relaciones entre ellos y que ninguna se aproveche, aún de la buena fe o tolerancia de la otra parte contratante.

3. El Juez y su intervención en la Interpretación del Contrato

Interpretar no es más que la acción y efecto de explicar o declarar el sentido de una cosa, principalmente el de los textos faltos de claridad.³¹ El código civil salvadoreño, menciona unas reglas de interpretación de los contratos en la cual busca que si entre las partes no hay común acuerdo en el significado de las cláusulas o se encuentran faltos de claridad, se tiene que verificar por parte

30 Antonia Nieto Alonso, *Daños morales derivados del incumplimiento o defectuoso incumplimiento de una obligación contractual* (España: Universidad de Santiago de Compostela), 1179.

31 Manuel Ossorio, *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*, 511.

del juez y así determinar el verdadero significado. Ha dicho la Sala de lo Civil, que el interpretar un contrato es tarea que tiene lugar, cuando los términos que las partes han utilizado, son oscuros o ambiguos, contradictorios, y no concuerdan con la intención de los contratantes, o que a pesar de su claridad son inconciliables con la naturaleza del contrato o con la evidente intención de las partes, y, también cuando de la comparación de las diversas cláusulas consideradas en conjunto, surge duda acerca de su particular alcance.³²

Entre estas reglas, tanto la declarativa, restrictiva, armónica, etc., especial mención requiere la que se refiere a las cláusulas ambiguas, contemplado en el artículo 1437 del Código Civil, ya que al tenor de su texto dice “*no pudiendo aplicarse ninguna de las reglas procedentes de interpretación, se interpretaran las clausulas ambiguas a favor del deudor*”, también sigue diciendo que “*las cláusulas ambiguas que hayan sido extendidas o dictadas por una de las partes, sea acreedora o deudora, se interpretarán en con suya siempre que la ambigüedad provenga de la falta de una explicación que haya debido darse por ella*”. Esta regla puede ser aplicada a la hora de hablar de la moralización del derecho contractual, ya que busca que las partes de un contrato, sea este civil o mercantil, no se aprovechen del más débil, por colocar cláusulas que la misma no comprenda por su falta de educación o su estado mental.

4. La Administración Pública y su papel dentro de la Justicia Contractual

Sin embargo, a pesar de que la novedosa doctrina de una justicia contractual va enfocada a establecer nuevos roles para que el juez entre a conocer de los contratos y así poder equilibrar las relaciones, se tiene que tomar en cuenta que hay otros, que, no siendo jueces, pueden generar una *justicia contractual*, los cuales pertenecen a la administración pública. En El Salvador se emplea más el control de la administración pública que el de los jueces, es decir, que el país de

32 Sentencia de Casación, *Referencia 1041-96* (El Salvador, Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia, 1996).

una buena manera, no como la doctrina de justicia contractual lo dice, ha tratado de influir y equilibrar las relaciones contractuales por medio de su control y así evitar el abuso en los denominados *contratos de adhesión*, que no son más que aquellos contratos donde una de las personas impone a otra, las condiciones a cumplir. En estos contratos se dan las prácticas y cláusulas abusivas que, de algún modo, por medio de estas entidades, el Estado ha tratado de erradicarlas.

La finalidad de que se aborden estos aspectos radica en definir que el legislador salvadoreño, de una manera tímida y un poco confusa, quiso que las relaciones nacidas de los contratos, de carácter civil o mercantil, estuvieran impregnadas de una justicia donde se busque un equilibrio e igualdad entre las partes contratantes. Dicha afirmación se colige de la simple lectura del artículo 1312 del mismo, que dice que *“el contrato oneroso es conmutativo, cuando cada una de las partes se obliga a dar o hacer una cosa que se mira como equivalente a lo que la otra parte debe dar o hacer a su vez”*³³ y también en los contratos sinalagmáticos imperfectos.

4.1. El Rol de la Superintendencia del Sistema Financiero

La nueva doctrina de la justicia contractual solo menciona el rol del juez como posible facilitador para igualar las condiciones de los contratos y así proteger al más débil de la relación jurídica, pero, en El Salvador, tenemos el rol de la Superintendencia del Sistema Financiero, como una de las entidades de la administración pública que puede incidir en la relación y así igualar dicha relación.

El control que ejerce dicha superintendencia consiste en supervisar, fiscalizar, evaluar, inspeccionar y controlar a las entidades e instituciones con la finalidad de vigilar sus negocios, actos y operaciones de acuerdo a las mejores prácticas financieras, para evitar el uso indebido de información privilegiada y la manipulación del mercado. De alguna manera, el Estado, ha tratado por

33 Código Civil, Art. 1312.

medio de la superintendencia del sistema financiero, establecerles parámetros para la construcción de contratos que las entidades bajo su supervisión emiten (Art. 3 ordinal e) de la Ley de Supervisión y Regulación del Sistema Financiero). Dicho control se materializa por los Acuerdos emanados del Consejo Directivo de la Superintendencia del Sistema Financiero.

A manera de ejemplificar la posición de control de la superintendencia y la forma en que se materializa por dicho Consejo, está la Norma NPB4-46, que es para la información de los servicios financieros a los usuarios de los bancos del país; la cual, tiene por objeto promover la transparencia de información de las entidades financieras como un mecanismo para los usuarios de servicios financieros y público en general de manera responsable, para que tomen decisiones informadas con relación a las operaciones y servicios que desean contratar o utilizar con las referidas entidades.³⁴ De igual forma que la anterior, a la luz de la teoría de la justicia contractual, surge la pregunta ¿Cuál es la importancia de que una persona conozca los servicios financieros que una entidad financiera presta a los usuarios? tiene que ver, con el hecho, que las personas que deseen contratar con ellos, estén conscientes y bien informadas de los servicios que ofrecen, y de las cláusulas de los contratos, pues la misma superintendencia impone la asesoría legal o atención al público, siendo la que va a responder las consultas que tengan los usuarios con relación al contenido de los contratos;³⁵ y también, que la información debe ser accesible al público y en formato que permita su fácil comprensión (principio de transparencia de la información),³⁶ como por ejemplo, las tasas de intereses de las comisiones, de los recargos, cargos por cuenta de terceros, etc., para generar una igualdad entre las partes, permitiendo que ellos estén enterados de las condiciones que contiene el contrato que deseen celebrar, evitando así la *mala fe de las entidades*

34 Consejo Directivo de la Superintendencia del Sistema Financiero, Norma NPB4-46 referente a Normas Para la Transparencia de la Información de los Servicios Financieros (San Salvador: Vigentes desde el 1 de enero de 2011), art. 1.

35 *Ibíd.* Art. 5 Inc. 2°.

36 *Ibíd.* Art. 4.

financieras al imponer cláusulas que vayan en contra de lo que la persona quería contratar o peor aún, en contra de ella misma.

Esta resolución vendría siendo una forma en que la Superintendencia del Sistema Financiero, trata de equilibrar la relación jurídica emanada de contratos de *adhesión*, ya que el banco tiene la obligación de informar las condiciones para celebrar un contrato y así la parte más débil, que es la persona particular, que adquiere derechos y obligaciones con el banco, las conozca.

Conclusiones

1. La moralización del Derecho, no es más que la imposición de la moral en la norma jurídica, con lo cual se busca garantizar la buena fe de las partes en la celebración y en la ejecución de los contratos en lo que a justicia contractual concierne; sin embargo, esta imposición debe estar justificada, pues la mera imposición de la moral en la norma jurídica violentaría el principio de autonomía de la voluntad de los individuos. En la rama del Derecho privado, específicamente en el Derecho Contractual, el principio de la autonomía de la voluntad y el principio de buena fe, son la base de las relaciones contractuales que en ellas se generan; es así, que los individuos son libres de tomar sus propias decisiones y obligarse recíprocamente según sea su voluntad, pero estas relaciones contractuales se encuentran reguladas por la legislación tanto al momento de la formación del contrato, como a la hora de la ejecución de los mismos y lo que justifica esta intervención por parte del legislador es precisamente el deber que tiene el Estado de respetar, que cada individuo elija su propio plan de vida. Es así que la moralización del Derecho no está justificada por el simple hecho de que los valores que traten de imponerse en la norma jurídica son los que la mayoría de la sociedad acepta, por lo cual, la imposición de la moral en la norma jurídica únicamente estará justificada cuando su finalidad sea proteger a los individuos de sus propias acciones u omisiones que puedan perjudicarle

así mismo, o que puedan afectar las condiciones que tienen para lograrlo, estableciendo una serie de lineamientos o mecanismo que únicamente lo limiten con el objeto de generarle un beneficio así mismo, a través de esa misma limitación, siempre respetando la elección de vida del individuo como tal.

2. La justicia distributiva y la justicia correctiva, son dimensiones diferentes de la justicia contractual, donde la primera, busca darle a cada individuo lo que le corresponde de manera equitativa; y la segunda, tiene la finalidad de establecer el equilibrio contractual que se ha degenerado, ya sea en la formación o en la ejecución de los contratos, lo cual ha provocado un daño a alguna de las partes. Todos somos iguales ante la ley y por el principio de buena fe que siempre está presente en las relaciones contractuales, debe proteger al que ha sido dañado, y, por lo tanto, el daño debe ser reparado.

A pesar de que ambas dimensiones sean diferentes, al aplicarlas al Derecho Contractual, ambas pueden materializarse en el mismo, pues la justicia distributiva, se hace presente en el derecho que tienen los individuos a disponer libremente de sus bienes, siempre que sea conforme a la ley, ya sea enajenándolos, donándolos, etc.; lo cual, pueden hacerlo a través de la celebración de determinados contratos. Y la justicia correctiva, se materializa en el Derecho Contractual a través de la creación de sanciones que el legislador ha impuesto a aquellos actos jurídicos que no cumplan con los requisitos que la ley establece y las sanciones que ha impuesto al incumplimiento de los contratos, dando lugar así a la acción accesoria denominada: indemnización de daños y perjuicios.

3. Tanto el principio de la buena fe dentro de la justicia contractual, como el principio de la autonomía de la voluntad privada, tienen el factor común de pertenecer a la esfera del Derecho Contractual; sin embargo, dejando a un lado está casi nula similitud, la correcta forma en que deben entenderse y

aplicarse ambos principios, es partiendo de que la buena fe, que resulta ser la limitante de la autonomía de la voluntad privada; y esto, es así, porque gracias a la libertad contractual, le es lícito a cada individuo, siempre y cuando cumpla con los requisitos que la ley exige para contratar en cada caso en específico, que formen parte de una relación obligacional contratando con quien quiere y respecto de lo que quiera. La implementación de la buena fe en aras de la búsqueda de una justicia contractual, determina en cada individuo las implicaciones y alcances de lo que significa ejercer su derecho a la libre contratación, y no debe verse estrictamente como una limitante a la esfera de ese derecho, sino que debe verse como una limitante, pero que en lugar de perjudicar a cada individuo, busca la satisfacción tanto mediata como inmediata de la causa o motivo que los indujo a contratar, y de esa forma procurar por la armonía de una sociedad en conjunto.

4. Dentro de la doctrina de la justicia contractual, se menciona mucho el rol del juez y su incidencia en las relaciones jurídicas para equilibrar el principio de la autonomía de la voluntad y los derechos fundamentales de cada persona; pero, en El Salvador, esto solo tiene lugar en el contrato de transacción, por lo cual se logra determinar que El Salvador está lejos de tener en su normativa interna una doctrina que moralice las relaciones de derechos privado.
5. La Superintendencia del Sistema Financiero de la República ha tratado de algún modo de equilibrar las relaciones contractuales en los contratos mercantiles, ya sean los de préstamos, créditos rotativos, etc., por medio de normas de carácter obligatorio para que las entidades financieras que prestan un servicio a los usuarios, no se aprovechen de la falta de educación de las personas para que adquieran servicios que no son de su agrado ni mucho menos de su interés.
6. En los contratos puede llegar a ocurrir un desequilibrio contractual, el cual puede ser generado por causas patológicas o por causas físicas, siendo las

primeras aquellas que se dan en la formación del contrato y las segundas las que se manifiestan en la ejecución del mismo; la legislación salvadoreña a tratado de restaurar el desequilibrio contractual en ambas situaciones, como muestra del respeto hacia el principio de buena fe y justicia contractual, pues en ambos casos la ley establece sanciones que implican la extinción del vínculo contractual; sin embargo, actualmente ha surgido una nueva idea: la adaptación o modificación del contrato, la cual debe llevar a cabo el juez, pues ante los vacíos legales es él quien debe utilizar los mecanismos necesarios para aplicar la norma jurídica al caso concreto, es así, como se plantea un nuevo rol del juez, que consiste en interpretar los contratos de manera que se logre reestablecer el equilibrio perdido, sin dejar de lado la cooperación que debe existir entre las partes, las cuales deberían intentar ser ellas quien en un primer momento busquen dicho equilibrio a través del acto de conciliación. Aun así, hay casos en los que este mecanismo no podría aplicarse y tendría que acudir directamente a las acciones que la ley establece, pero siempre que sea posible debe intentarse en un primer momento la adaptación del contrato y como último mecanismo acudir a las acciones que generan como consecuencia la extinción del vínculo contractual.

Recomendaciones

1. Resultaría idóneo que se efectuara un tratamiento más completo y adecuado de los principios rectores de la justicia contractual en todas las Universidades del País que impartan la carrera de Licenciatura en Ciencias Jurídicas, como parte del programa del curso de Derecho Civil, en el que se desarrolle lo concerniente a materia contractual, esto sin dejar de lado la autonomía de voluntad con la que cuentan las partes, puesto que forma parte de la libertad contractual reconocida en este medio; es decir, no debe de verse a este último principio como algo que deba de erradicarse, sino

que se debe de tratar en la medida de lo posible, de transmitir una correcta enseñanza del mismo, a su vez con la proyección de su también correcta aplicación. La importancia de que se fomente en los centros de educación superior la enseñanza de los principios base de una justicia contractual, es que se estaría educando en tal sentido a las futuras generaciones de profesionales del Derecho desde sus inicios, generando en ellas bases que sean productoras de nuevas tendencias de la misma línea en el país.

2. Lo que se pretendió con el desarrollo de la importancia de la revisión del contrato entre las partes contratantes, es crear la conciencia de que resultaría de gran beneficio en cuanto a materia de justicia contractual y moralización del Derecho Privado en El Salvador, ya que, el implementar de alguna u otra forma el recurso de la revisión del contrato, previo a iniciar un proceso contencioso ante cualquier anomalía que se presente y amenace con la finalización del contrato. Lo ideal resultaría entonces, que un cuerpo normativo se dedicara a regular este mecanismo de justicia contractual en específico y que a su vez este sirviera de base para otros mecanismos que ya se implementan actualmente, como lo es el caso de las normas o resoluciones que emite la Superintendencia del Sistema Financiero; esta última idea lo que implica entonces, es que el enfoque de la revisión del contrato debe de verse, enseñarse y estudiarse no solo orientada al ámbito civil, sino que también al ámbito de la contratación mercantil, solo por citar un ejemplo.
3. Se considera que ante la posibilidad de que en la formación de los contratos, una de las partes se encuentre ante un estado de necesidad o de peligro, el cual genera un desequilibrio contractual, es necesario que la legislación salvadoreña regule en una disposición expresa dicha figura, el estado de necesidad o de peligro está íntimamente ligado con la figura de la lesión enorme, la cual, anteriormente si estaba regulada en la legislación salvadoreña, pero actualmente ha desaparecido, por lo que resulta necesario

que dicha figura vuelva a ser regulada en la legislación actual , para darle un mejor tratamiento.

4. Se tiene que buscar la creación y efectiva aplicación de mecanismos u instrumentos tendientes a controlar la construcción, ejecución e interpretación de los contratos, para evitar que una de las partes se aproveche de la otra, generando una justicia contractual o moralización. El Proceso Común Declarativo de Interpretación del Contrato, que podría ser uno de los mecanismos que tenemos (y los que aún El Salvador debe de incorporar en los textos normativos) para que, por medio de las reglas de interpretación de los contratos y sobre la base de los artículos 2 y 15 del Código Procesal Civil y Mercantil, pueda el juez conocer y buscar un equilibrio en las condiciones en el contrato que va a ser objeto de contradicción y proteger al más débil de la relación.
5. El Salvador debe fortalecer a la Superintendencia del Sistema Financiero porque de alguna manera ha tratado de incidir y equilibrar las relaciones entre las partes contratantes, como en el caso de créditos o prestamos rotativos que emanan de los bancos, verbigracia Banco Agrícola, Banco de América Centra, etc., La Superintendencia del Sistema Financiero, por medio de su Consejo Directivo, ha tratado de que sus resoluciones moralicen un poco los contratos mencionados anteriormente y sean de obligatorio cumplimiento por las entidades financieras.

ESTUDIOS

“ESTUDIO
HISTÓRICO - JURÍDICO
DE LA PARTICIPACIÓN
POLÍTICA DE LAS MUJERES
EN CENTROAMÉRICA A NIVEL
DE GOBIERNOS LOCALES
CON ÉNFASIS EN LA ELECCIÓN
DE ALCALDESAS”

*Salvador Asencio
Karen Valle*

ESTUDIO HISTÓRICO - JURÍDICO DE LA PARTICIPACIÓN POLÍTICA DE LAS MUJERES EN CENTROAMÉRICA A NIVEL DE GOBIERNOS LOCALES CON ÉNFASIS EN LA ELECCIÓN DE ALCALDESAS

Salvador Asencio

Karen Valle

RESUMEN

El artículo describe de manera breve y precisa los antecedentes del voto para la mujer en la región centroamericana, cómo fue que se obtuvo el reconocimiento de ese derecho fundamental, cuáles fueron las causas históricas que llevaron a su obtención, las primeras mujeres en participar activamente en la política de cada uno de sus países y los cuerpos normativos en donde se establecieron las distintas modalidades del voto para la mujer. Se plantea una investigación de carácter comparada, en la cual se reflejen las similitudes, diferencias e índices altos y bajos en cuanto a la participación de las mujeres en poderes locales en cada uno de los países de Centroamérica. Los tópicos a comparar son la evolución histórica de la participación social y política de las mujeres, empezando en el punto en que ellas juegan un papel importante para realizar cambios a favor de sus derechos de participación; logrando a partir de esas luchas el reconocimiento del sufragio femenino, pasando posteriormente, al momento histórico en que empezaron a ejercer cargos públicos. Asimismo, se describirá la incidencia y desempeño actual en las diversas instituciones de sus sistemas políticos y regionales respectivos, para reflexionar sobre los alcances que han logrado establecer como parte de la sociedad. Se explican las reformas jurídicas implementadas para garantizar esos cambios en el sistema electoral. Además, se presentan datos con una delimitación temporal – de 1994 a 2018, para cargos de poder local – los cuales se presentan para apreciar comparativamente el nivel de participación de la mujer antes y después de que entrara en vigencia la Ley de Partidos Políticos, y cómo eso ha impactado en el nivel de participación de las mujeres en la política, para el caso particular de El Salvador.

PALABRAS CLAVES: Cuota – Participación - Partidos Políticos – Sufragio – Limitado – Constitución – Alcaldesas.

HISTORICAL-LEGAL STUDY OF THE POLITICAL PARTICIPATION OF WOMEN IN CENTRAL AMERICA AT THE LEVEL OF LOCAL GOVERNMENTS WITH EMPHASIS IN THE ELECTION OF MAYORS

By Salvador Asencio

Karen Valle

ABSTRACT

The article briefly and precisely describes the background of the vote for women in the Central American region, how it was obtained recognition of that fundamental right, what were the historical causes that led to its obtaining, the first women to actively participate in the policy of each of their countries and the regulatory bodies where the different modalities of voting for women were established. A comparative investigation is proposed, in which the similarities, differences and high and low indices regarding the participation of women in local powers in each of the countries of Central America are reflected. The topics to be compared are the historical evolution of women's social and political participation, starting at the point where they play an important role in making changes in favor of their participation rights; attaining from these fights the recognition of the feminine suffrage, spending later, to the historical moment in that they began to exert public charges. Likewise, the current incidence and performance in several institutions of their respective political and regional systems will be described, to reflect on the scope they have managed to establish as part of society.

The legal reforms implemented to guarantee these changes in the electoral system are explained. In addition, data are presented with a temporary delimitation - from 1994 to 2018, for positions of local power - which are presented to comparatively assess the level of participation of women before and after the Political Parties Law entered into force, and how that has impacted on the level of participation of women in politics, particularly the case of El Salvador

KEYWORDS: Fee - Participation - Political Parties - Suffrage - Limited - Constitution - Mayors.

Estudio histórico - jurídico de la participación política de las mujeres en centroamérica a nivel de gobiernos locales con énfasis en la elección de alcaldesas

Salvador Asencio¹

Karen Valle²

*“Que nada nos limite, que nada nos defina, que nada nos sujete,
que la libertad sea nuestra propia sustancia,
hay que vivir y ser libre.”³*

A nuestras madres y abuelas

-
- 1 Estudiante de Quinto año de la Licenciatura en Ciencias Jurídicas de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales en la Universidad de El Salvador. Entre sus estudios más destacados: graduado del “Diplomado en Liderazgo Político” impartido por la Universidad de El Salvador, graduado del “Diplomado en Estudios Centroamericanos Aplicados: Gobernanza, Integración y Desarrollo” impartido por la Secretaria General del Sistema de Integración Centroamericana y la Asociación Vota Joven, Graduado del curso “La Integración Centroamericana: Paso a Paso Edición I”, impartido por la Secretaria General del Sistema de Integración Centroamericana. Graduado del Diplomado “Laicidad del Estado, Género y Democracia”, impartido por Centro de Estudios de Género de la Universidad de El Salvador. Ponente en Congresos Internacionales de Ciencia Política y participante en diversos programas televisivos de opinión.
 - 2 Estudiante de Quinto año de la Licenciatura en Ciencias Jurídicas en la Universidad de El Salvador y Auxiliar de Cátedra de los cursos Introducción a las Ciencias Políticas y Teoría del Estado, del Departamento de Ciencias Políticas de la Universidad de El Salvador. Entre sus estudios más destacados se encuentran: graduado del Diplomado en Liderazgo Político impartido por la Universidad de El Salvador, graduada del Diplomado en Estudios Centroamericanos Aplicados impartido por el Secretaria del Sistema Integración Centroamericana, graduada de la Escuela Centroamericana de Liderazgo Público impartido por las Juventudes Socialdemócratas, graduada del Diplomado en Laicidad del Estado, Género y Democracia impartido por el Centro de Estudios de Género de la Universidad de El Salvador. Ponente en Congresos Internacionales de Ciencia Política y participante en diferentes programas de opinión.
 - 3 Simone de Beauvoir, *Para una moral de la ambigüedad*, (Francia: Editorial Gallimard, 1947).

Introducción

Sin duda la lucha por el sufragio femenino ha sido un proceso lleno de grandes obstáculos para muchas mujeres alrededor del mundo; países como Francia, Inglaterra y Estados Unidos, como los ejemplos más emblemáticos, han sentado precedentes para que muchas mujeres se movilizan y protesten para obtener los derechos de ciudadanía de los que hoy en día muchas mujeres gozan. Preguntas tan sencillas como: ¿Por qué las mujeres no pueden votar?, ¿Es que acaso no se supone que todos son iguales ante la ley? fueron el detonante para que muchas mujeres emprendieran una lucha férrea para obtener sus derechos.

Las dos preguntas de las líneas anteriores pueden parecer impropias hoy en día, pero en el siglo XIX eran verdaderas inquietudes entre las mujeres de la época. El Código Napoleónico o *Code Civil* promulgado por Napoleón Bonaparte en 1804, ha servido de modelo para la creación que se extendió por Europa y América para la creación del Código Civil. El Salvador como ejemplo más próximo, tenía su propio Código Civil el cual es el que se ocupa hoy en día, aunque claro, con ciertos artículos derogados ya sea por encontrarse en desuso o por que se han desarrollado en leyes de acuerdo a la rama jurídica a la cual hacen referencia.

Decretado el 23 de agosto del año 1859 por el Presidente José Gerardo Barrios Espinoza y el cual fue impreso por primera vez en 1860, el Código Civil salvadoreño contaba con 2435 artículos, los cuales debían regir en la República. Artículos como el 133 y 134 se leían literalmente *“el marido debe protección a la mujer y la mujer debe obediencia al marido. La potestad marital es el conjunto de derechos que las leyes conceden al marido sobre la persona y bienes de la mujer.”*⁴ Dichos artículos representaban una clara vulneración a los derechos de la mujer, dado que la idea del *Pater Familias* era la idea predominante en la época.

4 Código Civil de la República del Salvador en Centro América (El Salvador: Decreto Ejecutivo, 1860). Aunque el Código Civil sigue vigente, las disposiciones citadas fueron derogadas con la entrada en vigencia del Código de Familia en 1994, según Decreto Legislativo N°677 de fecha 11 de octubre de 1993.

El Código antes mencionado solo daba a las mujeres deberes de protección y cuidado del hogar, dejando de lado sus derechos y cediéndoselos a los hombres que tuvieran parentesco ya sea por afinidad o por consanguinidad tal como lo establecía el artículo 45, el cual literalmente decía: “*son representantes legales de una persona el padre o marido bajo cuya potestad vive, su tutor o curador.*”⁵ Sin lugar a mayor interpretación, la mujer nada más era un objeto, teniendo así una dependencia total de un sujeto, el cual estaba amparado no solo por las leyes del país sino también por las costumbres de la época.

Estudios centroamericanos han revelado que “*el periodo de 1890-1930, prevalecía una visión conservadora de las mujeres y el Estado, ya que se legitimaban los roles tradicionales de género, pese a que las mujeres tuvieron un papel decisivo en los procesos de reforma social, de construcción de la nación y de mantenimiento del orden social*”.⁶

Si bien es cierto lo anterior es nada más un ejemplo de cómo se encontraban las mujeres en El Salvador, el uso del Código Napoleónico para crear leyes similares permite poder imaginar la situación de las mujeres en las leyes de cada país en la región. Además, es preciso aclarar que si bien es cierto algunas naciones concedieron el derecho al sufragio femenino, no se les concedió al mismo tiempo el derecho a ser candidatas a un cargo de elección popular o a un cargo público.

Es decir que el derecho a ser elegible para algún cargo no iba implícito cuando se otorgó el permiso de que ellas ejercieran el sufragio, y en varios casos las mujeres debieron esperar un largo periodo de tiempo para poder participar como candidatas en una elección popular.

En ese sentido, en el artículo se mostrará un estudio comparado de cada caso centroamericano, el cual incluye datos históricos y comparación de los cuerpos normativos en los cuales se encuentran las disposiciones que dan

5 Ibid.

6 María Eugenia Rodríguez, *Movimiento de mujeres, feminismo y sufragismo en américa central 1900-1960.*, Escuela de historia (Costa Rica: Universidad de Costa Rica, mimeo, 2002).

lugar al sufragio femenino; además de incluir un análisis estadístico a través de cuadros en los que se mostraran las variaciones a través de los años en el periodo entre 1994 hasta el año 2018, en cuanto a mujeres en cargos de poder local en El Salvador.

El objetivo de la investigación es evidenciar y comparar los datos de la participación política de la mujer a nivel local y ver si esta ha sufrido incrementos o detrimentos de acuerdo al país en estudio y a la legislación en torno al tema.

I. Comparación centroamericana de la regulación jurídica sobre el derecho a elegir e integrar cargos de elección popular

1. Costa Rica

Basándose en una visión liberal para poder justificar el voto de manera igualitaria, en junio del año 1890, el presidente Joaquín Rodríguez planteó por primera vez la necesidad de aprobar el sufragio femenino, porque *“la civilización moderna y el avance de los principios democráticos, ... [Porque] la mujer está dotada de iguales facultades y sentimientos que el hombre, y por tanto es tan capaz como él para ejercer sus derechos y tener justas y legítimas aspiraciones...”*⁷

Pero en aquel entonces eso solo quedó en un mero discurso y en un futuro casi incierto políticamente para las mujeres costarricenses. La Doctora Eugenia Rodríguez en su ensayo *“Las luchas por la ciudadanía femenina en Costa Rica (1890-1953”*⁸, plantea la participación política de las mujeres costarricenses en etapas. La primera, fue la del planteamiento de la posibilidad del voto femenino; la segunda, es como ella la define, el proyecto de lucha, en medio del

7 Eugenia Rodríguez S., *Las luchas por la ciudadanía femenina en costa rica (1890-1953)* Escuela de historia, (Universidad de Costa Rica, 2005) file:///C:/Users/yo/Downloads/6255-Texto%20del%20art%C3%ADculo-8626-1-10-20130108%20(2).pdf

8 Eugenia Rodríguez S., *Las luchas por la ciudadanía femenina en costa rica (1890-1953)* Escuela de historia, (Universidad de Costa Rica, 2005). <https://revistas.ucr.ac.cr/index.php/dialogos/article/download/6255/5957/>

cual hubo proyectos de reforma del voto, oposiciones, proyectos constitucionales de reforma entre otros sucesos tan trascendentales para las mujeres; la tercera, es en opinión de la Doctora Rodríguez⁹ un periodo en el cual se caracteriza por una organización más sistemática del movimiento feminista costarricense debido a la efervescencia internacional de la época en la que se desarrolló y en la cual se alcanzó el tan anhelado derecho a elegir y ser elegida en Costa Rica.

Un dato importante de mencionar es la Constitución en 1923 de la Liga Feminista Costarricense,¹⁰ la cual fue la primera organización que proclamó la lucha por la emancipación de las mujeres. Fue esta organización la que insistió ante el Congreso año tras año para que se reconociera a las mujeres el derecho al sufragio.

Según la historiadora María Elena Masis, en su reportaje *“El voto femenino en la democracia costarricense”*¹¹, para el año 1949 el reconocimiento al derecho al voto de la mujer se hizo realidad en la Constitución de ese mismo año. El 30 de julio del año 1950, en las votaciones para un plebiscito las mujeres ejercen el voto por primera vez.

Pero no fue hasta las elecciones del año 1953 en las cuales participaron como candidatas y resultado de ello, María Teresa Obregón Zamora, Ana Rosa Chacón y Estela Quesada ganaron escaños en la Casa de Diputados.

En los años más recientes de la historia de Costa Rica, en el Gobierno de Oscar Arias Sánchez, del partido PLN, que gobernó el país desde el año 2006 a 2010, del total de ministerios existentes solo un 27.8% del total de la dirección de esos ministerios eran encabezados por mujeres. En la siguiente

9 Costarricense, Nacida en 1961. Actualmente, Doctora en Historia por Indiana University. Catedrática de la Escuela de Historia, Investigadora Asociada y Coordinadora del Programa de Géneros e Identidades del CIICLA. Autora de numerosos estudios sobre la historia de la familia, de las mujeres y de las relaciones de género en Centroamérica, etc.

10 Tribunal Supremo de Elecciones, República de Costa Rica, Marta E. Solano, “A 90 años de la fundación de la Liga feminista costarricense: los derechos políticos”, *Revista Derecho Electoral*, N.º 17, enero-junio (2014).

11 María El. Masis, “El voto femenino en la democracia costarricense”, *Boletín del Museo Nacional de Costa Rica*, 2013. <http://www.museocostarica.go.cr/boletin/entrevistas/59-voto-femenino.html#sthash.SaHwKM5F.4fUpUGBN.dpbs>

administración ocurre algo curioso, estando siempre el PLN, de los años 2010 a 2014, la participación política ministerial de mujeres se redujo un poco respecto al periodo anterior llegando al 27,3%; lo curioso de estos datos es que en este último periodo si bien es cierto que era el mismo partido quien estaba en el poder, era una mujer (la única en Centroamérica en ese momento) la que encabezaba la Presidencia del hermano país. Laura Chinchilla pudo haber aumentado el número de participación de mujeres encabezando ministerios, pero no lo hizo. El Presidente Luis Guillermo Solís, quien ganó bajo la bandera del PAC, en su periodo 2014 a 2018 puso en cargos ministeriales 7 de 21 ministerios posibles a cargo de mujeres, elevando el porcentaje a un 33,3%, un corto pero significativo aumento para el panorama ejecutivo en Costa Rica en Materia de Consejo de Ministros.¹²

En cuanto al Órgano Legislativo, desde 1998 hasta 2018, el número de diputaciones es de 57, el cual tiene un promedio de 30% que ha sido utilizado por mujeres. Puesto en números, la participación más alta ha sido en el periodo 2006-2009 y 2010-2013, ambos periodos con 22 diputadas siendo propietarias, es decir un 38,6%.¹³

La Ley Electoral de 2009, en sus artículos 2 y 148, hace mención que todas las nominaciones para las elecciones deben cumplir con las reglas de la paridad y la alternancia, es decir, 50% de los candidatos debe ser de cada uno de los géneros y dos personas del mismo sexo no pueden ser incluidas seguidamente en la lista de candidatos. La modificación legislativa de 2009 que estipula una cuota de 50% para las mujeres en la asamblea, así como la alternancia estricta en las listas a las que hace referencia el Código Electoral

12 La sección del Poder Ejecutivo: porcentaje de mujeres en los gabinetes ministeriales, fue extraído del Observatorio de Igualdad de Género de América Latina y el Caribe, que es parte de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe. Disponible en: <http://oig.cepal.org/es/indicadores/poder-ejecutivo-porcentajes-mujeres-gabinetes-ministeriales>

13 La Sección del Poder Legislativo: porcentaje de mujeres en el órgano legislativo nacional; cámara baja o única, fue extraído del Observatorio de Igualdad de Género de América Latina y el Caribe, que es parte de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe. Disponible en: <http://oig.cepal.org/es/indicadores/poder-legislativo-porcentaje-mujeres-organo-legislativo-nacional-camara-baja-o-unica>

en sus artículos 2 y 52, se aplicaría a las elecciones legislativas del año 2014. El Código Electoral además establece que los estatutos de los partidos políticos deben incluir disposiciones para la promoción de la igualdad de género dentro del partido en su conjunto. El incumplimiento de dicha disposición acarrea en consecuencia el rechazo de parte de las autoridades electorales a las listas que no cumplan con las cuotas.¹⁴

2. Guatemala

En el libro *“Breve Historia Contemporánea de Guatemala”*¹⁵, se relata los setenta y tres años que Guatemala vivió bajo dictadura, pero luego de una revolución democrática y mediante reformas sociales y políticas que en su mayoría buscaban el aumento de la participación de las mujeres y pueblos originarios, quienes desde siempre habían sido grupos excluidos, en 1944 empezó lo que fue una época de grandes cambios, estos llevados a cabo por el presidente Juan José Arévalo, el cual hizo reformas muy importantes sobre todo en el ámbito social y una de esas reformas significativas fue el establecer el voto para la mujer.

Fue en 1945 cuando se concede el sufragio femenino, con una condición; podían ejercerlo solo las mujeres que sabían leer y escribir. Pero fue la Constitución elaborada en 1965 cuando se da el sufragio a las mujeres que anteriormente eran excluidas. *“El elevado analfabetismo entre las mujeres, concentrado en la población indígena, mantuvo y aún mantiene a importantes grupos al margen de la ciudadanía”*.¹⁶

En la Constitución de la República de Guatemala con vigencia desde 1986, la palabra “mujeres” aparece solo 5 veces y tal como se mostrará en líneas

14 Código Electoral, 2009, Decreto legislativo no 8765 expediente no 14.268, artículos 2 y 52.

15 Jorge Lujan Muñoz. *Breve Historia Contemporánea de Guatemala* (Fondo de Cultura Económica, Cuarta edición, México, 2012).

16 Ana I. García y Enrique Gomáriz, *Mujeres Centroamericanas* (FLACSO Andes, San José, 1989) 193-221.

posteriores, Guatemala es el único país centroamericano que no cuenta con ninguna disposición que obligue a los partidos políticos a incluir un porcentaje mínimo de mujeres para participar como candidatas a un cargo público.

Porcentualmente hablando de Consejo de Ministros, Guatemala tiene los índices más bajos de la región, Álvaro Colón en el periodo 2008 a 2012 contó con el 18,8%, Otto Pérez Molina del periodo 2012 a 2016 solo tuvo el 11,8% y Jimmy Morales actualmente cuenta con el 14,3%, es decir que ninguno de estos gobiernos ha logrado superar la barrera de 19% de mujeres en jefaturas ministeriales.¹⁷

Siguiendo con el Órgano Legislativo, el índice continúa siendo muy bajo, de 128 diputados, se mantienen en un promedio desde el año 2000 -2003 a 2016-2017 de un solo 10% de participación de las mujeres.¹⁸

Esta poca participación a nivel legislativo puede deberse a que, en Guatemala, no se cuenta con ningún tipo de cuota, es decir que la Ley no exige en ningún momento un número mínimo de participación de mujeres o más bien incluir un número determinado de mujeres en las listas de candidatos a una diputación. Queda a la libre decisión de cada partido político incluir o no a mujeres.

3. Honduras

Según el artículo “*La conquista al Derecho al Voto*”¹⁹, el movimiento sufragista en Honduras data del inicio del siglo pasado, pero que fue hasta la década de los años 20 que surge la primera organización de mujeres conocida

17 La sección del Poder Ejecutivo: porcentaje de mujeres en los gabinetes ministeriales, fue extraído del Observatorio de Igualdad de Género de América Latina y el Caribe, que es parte de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe. Disponible en: <http://oig.cepal.org/es/indicadores/poder-ejecutivo-porcentajes-mujeres-gabinetes-ministeriales>

18 La Sección del Poder Legislativo: porcentaje de mujeres en el órgano legislativo nacional; cámara baja o única, fue extraído del Observatorio de Igualdad de Género de América Latina y el Caribe, que es parte de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe. Disponible en: <http://oig.cepal.org/es/indicadores/poder-legislativo-porcentaje-mujeres-organo-legislativo-nacional-camara-baja-o-unica>

19 Marcio A. Barrientos, *Conquista al derecho al voto* (Presencia Universitaria, 2015). <https://presencia.unah.edu.hn/noticias/la-conquista-del-derecho-al-voto/>

como Sociedad Cultural Femenina, la cual se caracterizó por reivindicar los derechos de las mujeres hondureñas. En la década de los años 50, se organiza la Federación de Asociaciones Femeninas de Honduras, la cual, inspirada por el movimiento sufragista internacional de la época, luchó por los derechos políticos.

La Doctora *Delia Ferreira*,²⁰ menciona que los debates parlamentarios que precedieron el otorgamiento del derecho al voto para las mujeres y su inminente participación en la vida política, cuestionaban si el otorgamiento de este derecho era útil y aún más si este era legítimo. Pero finalmente en 1956 el derecho al sufragio femenino fue aprobado y sin ningún tipo de limitante. Aunque fuentes distintas aseguran que el derecho al voto en ese país ya se había aprobado desde enero de 1954, pero requería la ratificación del congreso en 1955, sin embargo, en ese intervalo de tiempo esto no fue posible, ya que en 1954 se produce un golpe de Estado en Honduras. Ante este acontecimiento en 1955 se dictó el decreto-ley, el cual reconocía el derecho al sufragio y fue hasta en el año 1957 cuando las mujeres hondureñas votaron por primera vez.

Una característica que hay que resaltar del proceso llevado a cabo en Honduras, es que algunos de los actores más fundamentales fueron hombres, aunque claro cabe decir que las mujeres hicieron su lucha, pues ya desde 1940 se empezaron a difundir las demandas sufragistas.²¹

*El Decreto*²² de fecha 21 de agosto de 1957, emitida por orden de la Junta Militar de Gobierno, tal y como prometió, convocó al pueblo hondureño a elecciones, la cuales se celebrarían el 22 de septiembre de 1957 para elegir los diputados de una Asamblea Nacional Constituyente, la cual se instalaría en Tegucigalpa el 21 de octubre del mismo año.

20 Delia M. Ferreira Rubio, *La participación política de las mujeres en Honduras: el camino del reconocimiento de derechos a la presencia efectiva* (International Foundation for Electoral Systems, 2013), 4-5 <https://www.ifes.org/sites/default/files/womenspoliticalparticipationinhonduras.pdf>

21 Sergio Bahr, *Breve aporte a la historia del Movimiento de Mujeres de Honduras* (Wordpress, 2010). <https://sergiobahr.wordpress.com/2010/07/17/breve-aporte-a-la-historia-del-movimiento-de-mujeres-de-honduras/>

22 La Gaceta, Diario Oficial de la Republica de Honduras, 21 de agosto de 1957.

Las elecciones se llevaron a cabo, esta vez en forma ordenada y honesta, obteniendo el Partido Liberal el 61.52% de los votos. De los 58 escaños disponibles para la *Asamblea Constituyente*²³ de ese año, tres fueron ocupados por mujeres; Carmen Griffin de Lefebvre (Partido Liberal), Herlinda Blanco de Bonilla (Partido Liberal) y Carmen Meléndez de Calix (Partido Nacional), fueron las primeras mujeres en llegar a un cargo de elección popular en Honduras. La constitución vigente desde el año 1982 no cuenta con disposiciones expresas acerca de la igualdad de género en materia electoral, pero si cuenta con otras disposiciones en otros cuerpos normativos donde se obliga a incluir a mujeres para cargos de elección popular.

Honduras mantiene promedios regionales bajos de participación de las mujeres en cargos públicos en estos últimos 3 periodos presidenciales, Porfirio Lobo, presidente en el periodo de 2010 a 2014 con porcentajes de 22,7% y el actual presidente Juan Orlando Hernández con 3 de los 13 ministerios siendo dirigidos por mujeres, dando así un porcentaje del 21,5%, exceptuando claro por Michelletti con un 35,7%. Todos con índices promedios pero igualmente bajos comparados con otros países de la región.²⁴

En el ámbito legislativo, honduras sigue los pasos de Guatemala, ya que solo se ha logrado aumentar el nivel de participación unas décimas porcentuales, estableciendo un promedio de entre 17 y 19 por ciento.²⁵

Según la Ley Electoral²⁶ las listas de candidatos de los partidos políticos para las elecciones al Congreso Nacional, deben incluir al menos al 40% de

23 Honduras, Decretos de la Asamblea Nacional Constituyente, 1957 (Tegucigalpa: Tipografía Nacional, SF).

24 La sección del Poder Ejecutivo: porcentaje de mujeres en los gabinetes ministeriales, fue extraído del Observatorio de Igualdad de Género de América Latina y el Caribe, que es parte de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe. Disponible en: <http://oig.cepal.org/es/indicadores/poder-ejecutivo-porcentajes-mujeres-gabinetes-ministeriales>

25 La Sección del Poder Legislativo: porcentaje de mujeres en el órgano legislativo nacional; cámara baja o única, fue extraído del Observatorio de Igualdad de Género de América Latina y el Caribe, que es parte de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe. Disponible en: <http://oig.cepal.org/es/indicadores/poder-legislativo-porcentaje-mujeres-organo-legislativo-nacional-camara-baja-o-unica>

26 Ley Electoral y de las Organizaciones Políticas, Decreto número 44-2004.

mujeres candidatas. Las listas de candidatos en distritos uninominales deben incluir una mujer candidata titular y un varón candidato suplente o viceversa.

Los partidos políticos están obligados a presentar a la Comisión Electoral un informe de cómo han integrado el equilibrio de género en sus elecciones internas para las primarias, 6 meses antes de las elecciones. Si un partido viola el equilibrio de género en sus elecciones internas, se le impondrá una multa del 5% del financiamiento estatal total para los partidos.²⁷

4. Nicaragua

Según la antropóloga María Dolores Álvarez,²⁸ fue en el año de 1950 en el que la Constitución estableció que la mujer podría ejercer el sufragio activo de acuerdo con la ley de la materia limitando sus derechos de ciudadana, pero esto cambió con la reforma hecha en el año de 1955 al suprimirse los párrafos restrictivos con respecto a los derechos de la mujer y dejó el camino libre para la participación libre de la mujer como una ciudadana, dando como resultado el derecho al voto, el cual le es otorgado a la mujer de manera tácita en el texto constitucional.

Una investigación hecha por la periodista Rosario Montenegro²⁹ indica que los historiadores nicaragüenses han ignorado la lucha de las mujeres sufragistas en Nicaragua y recalcó que la poca bibliografía que existe sobre el sufragio femenino arroja como conclusión que el sufragio femenino en Nicaragua se debió a una concesión del gobierno de Somoza.³⁰ Según la

27 Ley electoral de 2009, modificada en 2012 en sus artículo 104,105 y 116.

28 María D. Álvarez, *El voto de la mujer en Nicaragua* (Antropología Nicaragüense, 2007). <http://antropologia-nica.blogspot.com/2007/03/el-voto-de-la-mujer-en-nicaragua-maria.html>

29 Rosario Montenegro, "El voto femenino en Nicaragua: una historia oculta", *Avances investigativos* (marzo 2012). 92-115. https://www.researchgate.net/publication/265490897_El_voto_femenino_en_Nicaragua_una_historia_oculta

30 Según historiadores la aprobación del sufragio femenino fue resultado de la lucha femenina la cual tienen sus inicios en el año 1940 como una medida de protesta durante el mandato del presidente Anastasio Somoza García. Pero fue una reforma a la Constitución de 1950 la cual concedió el derecho al voto para la mujer a través de un decreto publicado el 21 de abril del año 1955 durante el gobierno del presidente antes mencionado.

investigadora, las mujeres nicaragüenses se organizaron para demandar sus derechos civiles y políticos desde inicios del siglo XIX y que incluso estas organizaciones de mujeres simpatizaron alguna vez con el régimen somocista, ya que dicho régimen había dado algunas señales de apoyo a este movimiento. Pero a lo largo de la historia del sufragismo en Nicaragua es bueno hacer notar que el régimen somocista se oponía a la aprobación del sufragio femenino y su mayor temor era que si el voto se les concedía a las mujeres, la iglesia a su vez intervendría en el voto de ellas y éstas votarían a favor del partido conservador. El régimen solo aprobaría el sufragio femenino si podía beneficiarse de eso.

Quedando establecida la aprobación del voto femenino en las reformas constitucionales de 1955, pues si bien es cierto la Constitución de 1950 ya había reconocido la ciudadanía de las mujeres no había concedido el derecho al sufragio, estaba sujeto a una ley secundaria que debía ser formulada por la Cámara de Diputados. Dicha Constitución marcó un paso importante en la lucha de las sufragistas nicaragüenses ya que en ella se encontraba vertido una disposición, la cual dejaba muy clara que la mujer podría ser elegida o nombrada para ejercer un cargo público.

En opinión de la Periodista Rosario Montenegro, la aprobación del sufragio femenino fue una careta o un amortiguador de Somoza para su reelección, ya que cuando Somoza decidió no oponerse a la aprobación fue para menguar las críticas a sus pretensiones de volver a reelegirse al cargo de Presidente.

Aunque en la actualidad es muy común escuchar hablar de mujeres en todos los ámbitos posibles, no existe aquella extrema marginación de finales de la Segunda Guerra Mundial, cuando la mujer que quería llegar a estar en un cargo de dirección o en la política, resultaba ser ofensivo para el sector dominante de la época, el género dominante. Los hombres prohibían socialmente que las mujeres pudieran desarrollarse libremente en los ámbitos público, por eso, el hecho que *Olga Núñez Abaunza* haya sido la primera mujer en titularse como

Abogada en el año 1945 en el país centroamericano de Nicaragua, ha sido un hecho totalmente notable y que posteriormente haya sido la primera mujer en llegar al Congreso nicaragüense.

En la Constitución vigente de Nicaragua si se encuentra explícitamente reconocida la igualdad en hombres y mujeres, en los artículos 48 y 73, cabe destacar que esta constitución está vigente desde 1987.

Según una investigación realizada en el año 2013 por el periódico nicaragüense “El Nuevo Diario”³¹, la Doctora Núñez Abaunza fue la primera diputada mujer ante el Congreso Nacional Legislativo. Fue impulsora de muchas leyes y tratados internacionales; se destacó en el municipalismo, tuvo influencia decida como legisladora en resolver una vieja disputa surgida entre dos villas del departamento de Estelí, obteniendo La Trinidad por su movimiento agrícola y comercial y su declaración como ciudad en diciembre del año 1962. Fue fundadora del “Ala Femenina Liberal”, además se destacó como una mujer política, feminista, siendo su ejemplo a seguir Doña Josefa Toledo.

Nicaragua no solo sobrepasa los índices regionales de participación política de las mujeres sino también los Latinoamericanos, donde el más bajo fue el del presidente Enrique Bolaños Geyer que gobernó el país entre 2002 y 2007 bajo la bandera del partido PLC, quien tuvo índices de solo 25% de mujeres en cargo ministeriales. Daniel Ortega, actual presidente por más de dos periodos consecutivos bajo la bandera del partido FSLN, en los dos primeros periodos de su mandato, no bajó de un 38% de participación de mujeres en cargos ministeriales, pero el periodo más destacable en su gestión es el de 2007 a 2012 donde increíblemente las mujeres fueron mayoría en los ministerios, logrando así un 55.6% de mujeres encabezando los mismos.³²

31 “La primera abogada”, El nuevo diario, Nicaragua, 16 de julio 2013. <http://www.elnuevodiario.com.ni/opinion/291733-primera-abogada/>

32 La sección del Poder Ejecutivo: porcentaje de mujeres en los gabinetes ministeriales, fue extraído del Observatorio de Igualdad de Género de América Latina y el Caribe, que es parte de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe. Disponible en: <http://oig.cepal.org/es/indicadores/poder-ejecutivo-porcentajes-mujeres-gabinetes-ministeriales>

En cuanto al poder legislativo, Nicaragua sigue arriba en los índices regionales y latinoamericanos, contando las mujeres con 42 de las 92 legislaturas propietarias en el Congreso Nacional, lo que arroja un porcentaje de 45.6%.³³ Si Nicaragua tiene índices tan altos de participación de las mujeres en la mayoría de ámbitos políticos es debido a su legislación, la cual en materia de participación electoral, ha estado vigente desde el año 2000, aunque claro se le han hecho reformas significativas.

En virtud del artículo 84 de la Ley de Elecciones del año 2000 (N° 331, modificada por la Ley n° 790/2012) acuerda que los partidos políticos o coaliciones de partidos políticos que participen en las elecciones a la Asamblea Nacional, deben incluir en sus listas electorales 50% de candidatos hombres y 50% de mujeres.

La Ley Electoral,³⁴ en su artículo 82 estipula que *“las listas de candidatos deberán disponerse con base en la alternancia entre candidatos varones y mujeres según el denominado sistema de cremallera”*.

Bajo estas reformas hechas a la ley electoral, los partidos políticos y organizaciones de la sociedad civil deberán buscar la participación igualitaria de hombres y mujeres en puestos y procesos de toma de decisión, asegurando esto desde sus estatutos, los cuales garantizarán la participación democrática efectiva en los procedimientos de elección de sus autoridades y candidatos. Esto en ningún momento invalidará los requisitos académicos, intelectuales y éticos o las capacidades y experiencia necesarias para ser candidatos o postulantes a estos puestos.

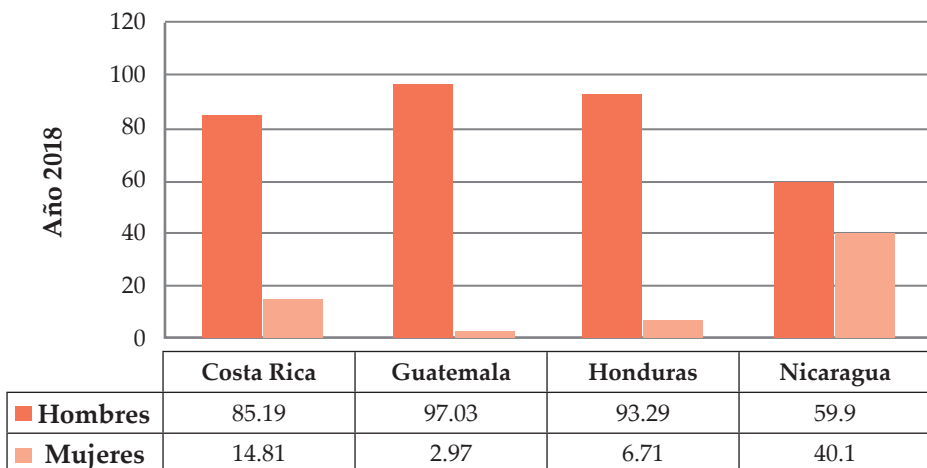
En la gráfica que se presenta a continuación, se mostrarán datos del año 2018, en las cuales se podrán observar las variaciones en cada uno de los países

33 La Sección del Poder Legislativo: porcentaje de mujeres en el órgano legislativo nacional; cámara baja o única, fue extraído del Observatorio de Igualdad de Género de América Latina y el Caribe, que es parte de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe. Disponible en: <http://oig.cepal.org/es/indicadores/poder-legislativo-porcentaje-mujeres-organo-legislativo-nacional-camara-baja-o-unica>

34 Ley n° 331, Ley Electoral, Nicaragua, 2000.

de Centroamérica excepto El Salvador, en cuanto a participación de hombres y mujeres para cargos de gobiernos locales.

Alcaldes y Alcaldesas electas
Comparación



*cuadro de elaboración propia con datos de la CEPAL³⁵

En la gráfica anterior se muestran los porcentajes de comparación de la participación de hombres y mujeres en los cargos de alcaldes o alcaldesas correspondientes a los cuatro países estudiados anteriormente, con datos verificables en el año 2018, en la cual se muestra claramente la baja participación de la mujer y evidenciando que Nicaragua sigue manteniendo índices muy altos pese a ser un país que muchos no incluyen en el mapa sobre desarrollo político de la mujer.

Además, los datos anteriores servirán de parámetro para pasar al caso salvadoreño y ver si los índices de los países anteriores se igualan a los de El Salvador o si, por el contrario, el país ha avanzado en este tema.

35 La sección de Poder Local: porcentaje de mujeres alcaldesas electas, fue extraído del Observatorio de Igualdad de Género de América Latina y el Caribe el cual es parte de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe. Disponible en: <https://oig.cepal.org/es/indicadores/mujeres-alcaldesas-electas?fbclid=IwAR02fBfQYZrAc6q71AvUvzFZ1TOv10B0x0Fi9HGntoTnWfN0DDiE2fPbAZs>

II. La regulación jurídica sobre el derecho a elegir e integrar cargos de elección popular. Caso salvadoreño

En 1930, sin reconocimiento al derecho de sufragio activo ni pasivo, Prudencia Ayala³⁶ lanza su candidatura presidencial. A pesar de las críticas de la sociedad conservadora de aquella época y con la poca esperanza de lograr sus aspiraciones, ella insistió en ser candidata a la Presidencia de la República. Posteriormente y sin tener éxito alguno, Prudencia decidió renunciar a su aspiración, ya que no tenía una buena apertura política, además de no tener a la ley de su parte.³⁷

Según la Doctora *María Candelaria Navas*,³⁸ fue en 1939 cuando se concedió el voto a las mujeres pero de una manera limitada (solo a mujeres mayores de edad que supieran leer y escribir o a mujeres casadas)³⁹ y esto se hizo a fin de matizar unas reformas hechas a la Constitución en ese año por el Presidente Maximiliano Hernández Martínez, quien introdujo la reforma sobre la no alternabilidad en el cargo a Presidente de la República.

Pese a que el derecho al sufragio para la mujer no fue concedido por que se creyera en la igualdad o por la constante lucha de los movimientos sociales pro los derechos de la mujer, dicho suceso marcaba un nuevo hito no solo en El Salvador sino en Centroamérica, ya que El Salvador fue el primer país en la región en conceder el derecho al sufragio a las mujeres, aunque sea

36 Fue una escritora y activista social salvadoreña, que luchó por el reconocimiento de los derechos de la mujer en El Salvador, fue un referente de la historia Hispanoamericana por convertirse en la primera mujer aspirante a la presidencia en su país.

37 María Candelaria Navas, *Sufragismo y Feminismo, visibilizando el protagonismo de las mujeres salvadoreñas*, Consejo de Investigaciones científicas (El Salvador: Editorial Universitaria, 2012), 28 y 29.

38 María Candelaria Navas. *Breve recorrido histórico de la participación de las mujeres en El Salvador* (El Salvador: Foro "Construyendo Ciudadanía desde las Mujeres, FUNDE). <http://www.repo.funde.org/921/3/APD-105-Art1.pdf>

39 Constitución de la Republica de El Salvador (El Salvador: Asamblea Nacional Constituyente, 1939), Disposiciones políticas y electorales, arts. 17, 20 y 21.

de una manera limitada. Y es hasta el año de 1950 cuando las mujeres obtienen el derecho del sufragio activo y pasivo además de ser sin restricciones, pero ello no se logró por la presión de los movimientos, sino solo para seguir legitimando los regímenes autoritarios de la época, es decir esperando el voto de la mujer como un voto para el régimen.⁴⁰

En 1950 bajo la administración de Oscar Osorio, Presidente de la República, se reconoce finalmente el derecho a elegir y ser elegidas, *“este periodo culmina con las primeras mujeres para cargos públicos como la primera alcaldesa, Rosario Lara por Berlín departamento de Usulután en 1952, en esa misma época, 1958, aparecen las primeras mujeres diputadas electas en la asamblea legislativa, son ellas Blanca de Méndez y Antonia Belindo por San Salvador y La Paz respectivamente.”*⁴¹

La Constitución de la República de El Salvador vigente desde el año 1983 no cuenta con una protección especial en cuanto a la participación política de las mujeres y la cuota de mujeres participantes de una elección exigida a los partidos políticos no se encuentra regulada en la norma constitucional sino que sola en una ley secundaria.

En cuanto al consejo de ministros, el presidente del partido ARENA Antonio Saca, que gobernó el país en los años de 2004 a 2009, hubo un porcentaje de 23.5% en la materia; con la transición de gobierno en 2009, de un partido político que había estado gobernando el país por 20 años, al partido de la ex guerrilla FMLN, el presidente de transición, el periodista Mauricio Funes (2009 – 2014), aunque implementó cambios significativos en materia de apoyo hacia las mujeres, como la renombrada Ciudad Mujer, en su gobierno las mujeres no tuvieron muy alta participación, con tan solo un 8.3%, lo más bajo de todos los datos que se analizan. El siguiente gobierno, siempre del FMLN, aumentaría

40 María Candelaria Navas, *“Movimiento de mujeres en El Salvador: desde su invisibilidad histórica hasta los estudios de género”*, *Realidad y Reflexión*, 2009. <http://ri.ufg.edu.sv/jspui/bitstream/11592/123/1/Movimiento%20de%20mujeres%20en%20El%20Salvador.pdf>

41 ISDEMU, *El hilo de las Mujeres en la Participación Política Ciudadana en El Salvador* (San Salvador: ISDEMU, 2013), 71.

esa taza hasta llegar a que 3 de los 13 ministerios sean dirigidos por mujeres, en el mando del profesor Salvador Sánchez Cerén, solo el Ministerio de Salud, de Trabajo y Previsión Social, y el de Medio Ambiente y Recursos Naturales, fueron comandados por mujeres.⁴²

Al hablar del Órgano Legislativo, el asunto ha sido muy variado. Como se mencionó anteriormente, desde el año 1998 hasta la actualidad, el mayor número de diputadas electas ha sido de 27 diputadas, es decir que, de 84 diputados posibles, solo el 32.1% han sido mujeres; bajo en sí, pero muy alto en comparación de el escueto número de solamente 8 diputadas que su tuvo en 2000-2002 que era un pequeño porcentaje de 9.5%. La situación no cambio mucho en el siguiente periodo de 2003-2005 que solo se aumentó una diputada en comparación al periodo anterior.⁴³

En el país de acuerdo con el artículo 37 de la Ley de Partidos Políticos⁴⁴ de 2013 (N°307), los partidos políticos deben incluir a sus listas de candidatos para las elecciones a la Asamblea Legislativa por lo menos 30% de mujeres candidatas.

Antes de la adopción de la normativa sobre cuotas, El Salvador era un país con un porcentaje relativamente alto de mujeres elegidas, debido a la adopción de cuotas voluntarias de los partidos y un grado relativamente alto de cumplimiento de estas reglas por parte de los partidos. Con la enmienda de 2013 a la Ley de Partidos Políticos, que se aplicará para las elecciones de 2015, todos

42 La sección del Poder Ejecutivo: porcentaje de mujeres en los gabinetes ministeriales, fue extraído del Observatorio de Igualdad de Género de América Latina y el Caribe, que es parte de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe. Disponible en: <http://oig.cepal.org/es/indicadores/poder-ejecutivo-porcentajes-mujeres-gabinetes-ministeriales>

43 La Sección del Poder Legislativo: porcentaje de mujeres en el órgano legislativo nacional; cámara baja o única, fue extraído del Observatorio de Igualdad de Género de América Latina y el Caribe, que es parte de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe. Disponible en: <http://oig.cepal.org/es/indicadores/poder-legislativo-porcentaje-mujeres-organo-legislativo-nacional-camara-baja-o-unica>

44 Ley de Partidos Políticos, Decreto no 307 Diario Oficial No.: 40 Tomo No.: 398 (El Salvador: Asamblea Legislativa, 2013).

los partidos políticos están obligados a incluir por lo menos 30% de mujeres en sus listas de candidatos para las elecciones a nivel nacional y sub nacional.

Sin embargo, los partidos políticos siguen siendo libres de decidir sobre la colocación de las mujeres en las listas, ya que la ley no prevé ninguna regla para el orden de posición de los candidatos.⁴⁵ La Ley de Partidos Políticos (artículo 37) también establece que los partidos políticos deben incluir por lo menos 30% de mujeres en sus listas de candidatos a las elecciones para el Parlamento Centroamericano.

Teniendo como base histórica y jurídica las líneas anteriores, ahora se estudiará el caso salvadoreño a nivel comparado, desde el año 1994, cuando ya el Tribunal Supremo Electoral (en adelante TSE) administraba las elecciones hasta el año 2018. Es preciso aclarar que los siguientes cuadros son de elaboración propia y la información fue extraída de Diarios Oficiales y demás documentos encontrados en la página del Tribunal Supremo Electoral.

45 Código Electoral, Decreto no 413Diario Oficial No.: 138 Tomo No.: 400 (El Salvador: Asamblea Legislativa, 2013).

Análisis Estadístico del caso salvadoreño (1994 – 2018)

ALCALDES Y ALCALDESAS ELECTOS ENTRE 1994 Y 2018										
Año de Elección	Género				Participación		Padrón Electoral			
	Hombre	%	Mujer	%	Votos Válidos	Total Votos	Hombres	Mujer	Total	
Departamento de San Salvador 19 Municipios	1994	17	89.5	2	10.5	417,404	437,069	383,267	427,302	810,569
	1997	15	78.9	4	21.1	340,617	350,322	422,941	472,881	895,822
	2000	15	78.9	4	21.1	370,910	378,211	454,012	511,359	965,371
	2003	16	84.2	3	15.8	393,469	401,704	480,965	550,518	1,031,483
	2006	15	78.9	4	21.1	578,173	585,995	510,312	618,662	1,128,974
	2009	15	78.9	4	21.1	668,814	675,216	553,729	666,449	1,220,178
	2012	18	94.7	1	5.3	618,257	626,063	587,838	702,539	1,290,377
	2015	19	100	0	0	655,502	666,191	623,609	744,233	1,367,842
	2018	18	94.7	1	5.3	575,228	626,128	648,541	777,086	1,425,627
Total = 171 Alcaldes o Alcaldesas electos		148	86.55	23	13.45					

*Cuadro de elaboración propia basado en datos oficiales del TSE

ALCALDES Y ALCALDESAS ELECTOS ENTRE 1994 Y 2018										
Año de Elección	Género				Participación		Padrón Electoral			
	Hombre	%	Mujer	%	Votos Válidos	Total Votos	Hombres	Mujeres	Total	
Departamento de Santa Ana 13 Municipios	1994	12	92.3	1	7.7	133,710	144,186	132,410	129,746	262,156
	1997	11	84.6	2	15.4	106,327	112,299	143,278	140,639	283,917
	2000	12	92.3	1	7.7	101,198	105,551	154,063	152,429	306,492
	2003	13	100	0	0	114,433	118,691	164,999	165,847	330,846
	2006	10	76.9	3	23.1	170,243	176,387	166,657	187,841	354,498
	2009	11	84.6	2	15.4	180,747	185,300	182,733	205,413	388,146
	2012	12	92.3	1	7.7	174,610	179,461	198,059	223,194	421,253
	2015	10	76.9	3	23.1	178,054	183,208	212,608	238,891	451,499
	2018	10	76.9	3	23.1	186,401	196,673	224,094	253,156	477,250
Total = 117 Alcaldes o Alcaldesas electos		101	86.3	16	13.7					

*Cuadro de elaboración propia basado en datos oficiales del TSE

ALCALDES Y ALCALDESAS ELECTOS ENTRE 1994 Y 2018

Año de Elección	Género				Participación		Padrón Electoral		
	Hombre	%	Mujer	%	Votos Válidos	Total Votos	Hombres	Mujeres	Total
1994	20	100	0	0	84,800	91,611	98,528	104,407	202,935
1997	20	100	0	0	76,863	81,058	109,174	114,285	223,459
2000	20	100	0	0	84,822	88,343	119,132	125,290	244,422
2003	20	100	0	0	99,342	103,119	127,021	136,454	263,475
2006	20	100	0	0	147,768	153,222	133,423	159,633	293,056
2009	20	100	0	0	151,251	155,514	150,855	177,293	328,148
2012	18	90	2	10	167,451	172,408	166,671	193,072	359,743
2015	19	95	1	5	173,625	280,393	188,698	198,947	387,645
2018	20	100	0	0	175,733	180,942	188,997	219,628	408,625
Total = 180 Alcaldes o Alcaldesas electos	177	98.3	3	1.6					

*Cuadro de elaboración propia basado en datos oficiales del TSE

ALCALDES Y ALCALDESAS ELECTOS ENTRE 1994 Y 2018

Año de Elección	Género				Participación		Padrón Electoral		
	Hombre	%	Mujer	%	Votos Válidos	Total Votos	Hombres	Mujeres	Total
1994	15	68.2	7	31.8	152,458	164,879	144,456	146,271	290,727
1997	16	72.7	6	27.3	120,759	126,875	155,866	159,406	315,272
2000	20	90.9	2	9.1	132,256	135,755	171,331	176,420	347,751
2003	21	91.45	1	4.54	154,185	159,032	185,730	193,786	379,516
2006	19	86.4	3	13.6	221,570	227,260	197,463	223,419	420,882
2009	20	90.9	2	9.1	246,888	251,478	218,025	245,520	463,545
2012	20	90.9	2	9.1	266,883	272,239	243,380	275,674	519,054
2015	17	77.3	5	22.7	275,459	280,393	264,630	298,922	563,552
2018	18	81.8	4	18.2	280,570	293,153	284,520	321,688	606,208
Total = 198 Alcaldes o Alcaldesas electos	166	83.8	32	16.2					

*Cuadro de elaboración propia basado en datos oficiales del TSE

ALCALDES Y ALCALDESAS ELECTOS ENTRE 1994 Y 2018

	Año de Elección	Género				Participación		Padrón Electoral		
		Hombre	%	Mujer	%	Votos Válidos	Total Votos	Hombres	Mujeres	Total
Departamento de Usulután 23 Municipios	1994	21	91.3	2	8.7	72,266	80,106	80,926	82,671	163,597
	1997	22	95.65	1	4.35	60,975	64,899	88,771	89,607	178,378
	2000	21	91.3	2	8.7	71,529	75,043	96,989	98,143	195,132
	2003	22	95.65	1	4.35	86,875	90,488	103,930	106,888	210,818
	2006	21	91.3	2	8.7	115,856	120,154	100,826	114,695	215,521
	2009	21	91.3	2	8.7	124,890	128,544	113,137	127,759	240,896
	2012	21	91.3	2	8.7	139,942	144,387	125,726	140,839	266,565
	2015	22	95.65	1	4.35	135,326	137,888	136,401	152,235	288,636
	2018	21	91.3	2	8.7	131,332	134,987	141,720	160,459	302,179
Total = 207 Alcaldes o Alcaldesas electos		192	92.75	15	7.25					

*Cuadro de elaboración propia basado en datos oficiales del TSE

ALCALDES Y ALCALDESAS ELECTOS ENTRE 1994 Y 2018

	Año de Elección	Género				Participación		Padrón Electoral		
		Hombre	%	Mujer	%	Votos Válidos	Total Votos	Hombres	Mujeres	Total
Departamento de Sonsonate 16 Municipios	1994	15	93.75	1	6.25	106,107	115,615	105,733	100,309	206,042
	1997	15	93.75	1	6.25	82,891	88,163	115,922	109,847	225,769
	2000	16	100	0	0	91,407	95,262	125,592	120,700	246,292
	2003	16	100	0	0	105,104	109,367	136,023	133,454	269,477
	2006	15	93.75	1	6.25	142,888	148,025	131,915	143,144	275,059
	2009	12	75	4	25	157,033	161,203	145,082	158,127	303,209
	2012	14	87.5	2	12.5	166,180	170,470	156,809	171,710	328,519
	2015	12	75	4	25	167,712	171,485	168,895	185,085	353,980
	2018	13	81.25	3	18.75	168,383	175,398	178,410	197,589	375,999
Total = 144 Alcaldes o Alcaldesas electos		128	88.9	16	11.1					

*Cuadro de elaboración propia basado en datos oficiales del TSE

ALCALDES Y ALCALDESAS ELECTOS ENTRE 1994 Y 2018

	Año de Elección	Género				Participación		Padrón Electoral		
		Hombre	%	Mujer	%	Votos Válidos	Total Votos	Hombres	Mujeres	Total
Departamento de La Unión 18 Municipios	1994	16	88.9	2	11.1	46,115	51,950	57,052	58,334	115,386
	1997	16	88.9	2	11.1	39,835	43,272	63,746	64,489	128,235
	2000	16	88.9	2	11.1	43,593	46,924	67,268	68,646	135,914
	2003	17	94.4	1	5.5	56,091	59,555	74,540	78,115	152,655
	2006	17	94.4	1	5.5	78,919	84,116	76,333	89,148	165,481
	2009	17	94.4	1	5.5	87,403	91,067	88,504	100,082	188,586
	2012	18	100	0	0	102,403	107,732	100,130	109,933	210,063
	2015	18	100	0	0	102,807	105,704	108,704	118,303	227,007
	2018	17	94.4	1	5.5	100,915	103,908	113,232	124,353	237,585
Total = 162 Alcaldes o Alcaldesas electos		152	93.8	10	6.2					

*Cuadro de elaboración propia basado en datos oficiales del TSE

ALCALDES Y ALCALDESAS ELECTOS ENTRE 1994 Y 2018

	Año de Elección	Género				Participación		Padrón Electoral		
		Hombre	%	Mujer	%	Votos Válidos	Total Votos	Hombres	Mujeres	Total
Departamento de La Paz 22 Municipios	1994	20	90.9	2	9.1	68,635	74,903	67,776	68,417	136,193
	1997	22	100	0	0	59,347	62,457	75,000	74,779	149,779
	2000	20	90.9	2	9.1	66,003	68,824	82,229	82,209	164,438
	2003	21	95.45	1	95.45	81,551	84,532	88,637	91,265	179,902
	2006	20	90.9	2	9.1	107,543	110,682	87,288	98,102	185,390
	2009	20	90.9	2	9.1	118,928	121,477	96,560	108,153	204,713
	2012	19	86.4	3	13.6	130,589	134,408	106,545	119,806	226,351
	2015	19	86.4	3	13.6	123,802	126,193	116,102	130,354	246,456
	2018	20	90.9	2	9.1	129,477	133,112	122,804	139,497	262,301
Total = 198 Alcaldes o Alcaldesas electos		181	91.4	17	8.6					

*Cuadro de elaboración propia basado en datos oficiales del TSE

ALCALDES Y ALCALDESAS ELECTOS ENTRE 1994 Y 2018

Año de Elección	Género				Participación		Padrón Electoral		
	Hombre	%	Mujer	%	Votos Válidos	Total Votos	Hombres	Mujeres	Total
1994	30	90.9	3	9.1	50,613	54,984	49,883	47,080	96,963
1997	30	90.9	3	9.1	44,839	47,737	54,647	50,745	105,392
2000	30	90.9	3	9.1	51,037	53,640	58,964	55,103	114,067
2003	30	90.9	3	9.1	57,767	60,409	64,142	60,986	125,128
2006	31	93.9	2	6.1	73,680	76,669	59,203	64,889	124,092
2009	31	93.9	2	6.1	80,468	82,915	67,472	72,568	140,040
2012	31	93.9	2	6.1	94,423	98,145	77,413	81,554	158,967
2015	32	97	1	3	95,905	98,101	84,411	88,339	172,750
2018	31	93.9	2	6.1	95,638	98,565	89,028	93,732	182,760
Total = 297 Alcaldes o Alcaldesas electos	276	92.9	21	7.1					

*Cuadro de elaboración propia basado en datos oficiales del TSE

ALCALDES Y ALCALDESAS ELECTOS ENTRE 1994 Y 2018

Año de Elección	Género				Participación		Padrón Electoral		
	Hombre	%	Mujer	%	Votos Válidos	Total Votos	Hombres	Mujeres	Total
1994	12	75	4	25	48,695	53,249	47,187	49,284	96,471
1997	14	87.5	2	12.5	41,972	44,232	52,383	53,867	106,250
2000	13	81.25	3	18.75	44,903	46,829	56,879	58,493	115,372
2003	14	87.5	2	12.5	56,850	58,877	61,674	64,401	126,075
2006	15	93.75	1	6.25	85,008	87,434	64,907	72,655	137,562
2009	10	62.5	6	37.5	97,283	99,334	71,769	80,117	151,886
2012	12	75	4	25	104,114	106,825	79,232	88,877	168,109
2015	13	81.25	3	18.75	100,800	102,914	86,329	96,776	183,105
2018	13	81.25	3	18.75	72,319	105,867	91,063	103,826	194,889
Total = 144 Alcaldes o Alcaldesas electos	116	80.6	28	19.4					

*Cuadro de elaboración propia basado en datos oficiales del TSE

ALCALDES Y ALCALDESAS ELECTOS ENTRE 1994 Y 2018

Año de Elección	Género				Participación		Padrón Electoral		
	Hombre	%	Mujer	%	Votos Válidos	Total Votos	Hombres	Mujeres	Total
1994	11	91.7	1	8.3	60,497	66,804	69,921	63,194	133,115
1997	12	100	0	0	53,331	57,031	77,839	69,581	147,420
2000	11	91.7	1	8.3	58,091	60,686	84,770	76,648	161,418
2003	11	91.7	1	8.3	73,650	76,724	91,401	85,100	176,501
2006	11	91.7	1	8.3	104,699	108,662	93,596	100,023	193,619
2009	11	91.7	1	8.3	117,824	121,123	102,903	110,274	213,177
2012	11	91.7	1	8.3	130,870	135,100	112,846	121,143	233,989
2015	10	83.3	2	16.7	138,151	141,089	122,552	131,682	254,234
2018	10	83.3	2	16.7	140,617	145,273	131,249	142,138	273,387
Total = 108 Alcaldes o Alcaldesas electos	98	90.7	10	9.3					

*Cuadro de elaboración propia basado en datos oficiales del TSE

ALCALDES Y ALCALDESAS ELECTOS ENTRE 1994 Y 2018

Año de Elección	Género				Participación		Padrón Electoral		
	Hombre	%	Mujer	%	Votos Válidos	Total Votos	Hombres	Mujeres	Total
1994	22	84.6	4	15.4	36,126	40,267	40,881	40,983	81,864
1997	25	96.15	1	3.85	33,402	36,205	44,721	43,958	88,679
2000	25	96.15	1	3.85	39,915	42,441	48,873	47,945	96,818
2003	25	96.15	1	3.85	49,588	51,935	52,740	53,188	105,928
2006	26	100	0	0	65,370	68,678	52,179	58,364	110,543
2009	25	96.15	1	3.85	72,270	74,695	59,069	64,915	123,984
2012	24	92.3	2	7.7	81,478	85,669	65,838	71,480	137,318
2015	24	92.3	2	7.7	86,583	88,933	71,594	77,134	148,728
2018	24	92.3	2	7.7	88,109	90,790	75,789	82,553	158,342
Total = 234 Alcaldes o Alcaldesas electos	220	94	14	6					

*Cuadro de elaboración propia basado en datos oficiales del TSE

ALCALDES Y ALCALDESAS ELECTOS ENTRE 1994 Y 2018

Año de Elección	Género				Participación		Padrón Electoral		
	Hombre	%	Mujer	%	Votos Válidos	Total Votos	Hombres	Mujeres	Total
1994	12	92.3	1	7.7	37,545	40,874	35,271	36,705	71,976
1997	12	92.3	1	7.7	33,068	34,902	39,450	40,126	79,576
2000	12	92.3	1	7.7	32,868	34,283	43,199	44,133	87,332
2003	12	92.3	1	7.7	40,093	43,478	45,702	47,640	93,342
2006	12	92.3	1	7.7	57,799	59,675	46,894	52,992	99,886
2009	9	69.2	4	30.8	63,493	65,169	52,778	59,103	111,881
2012	11	84.6	2	15.4	69,826	71,986	58,624	65,104	123,728
2015	11	84.6	2	15.4	67,838	69,396	64,389	71,021	135,410
2018	9	69.2	4	30.8	66,919	69,693	67,890	75,656	143,546
Total = 117 Alcaldes o Alcaldesas electos	100	85.5	17	14.5					

*Cuadro de elaboración propia basado en datos oficiales del TSE

ALCALDES Y ALCALDESAS ELECTOS ENTRE 1994 Y 2018

Año de Elección	Género				Participación		Padrón Electoral		
	Hombre	%	Mujer	%	Votos Válidos	Total Votos	Hombres	Mujeres	Total
1994	8	88.9	1	11.1	30,483	33,937	35,666	34,083	69,749
1997	9	100	0	0	25,063	26,505	39,108	37,118	76,226
2000	9	100	0	0	29,315	30,878	42,784	41,121	83,905
2003	9	100	0	0	34,428	36,179	45,908	46,037	91,945
2006	9	100	0	0	51,384	53,412	45,012	51,465	96,477
2009	8	88.9	1	11.1	54,161	55,847	51,232	57,231	108,627
2012	8	88.9	1	11.1	64,385	67,608	57,643	63,290	120,933
2015	9	100	0	0	64,699	66,895	62,460	68,368	130,828
2018	9	100	0	0	61,345	64,201	64,946	72,398	137,344
Total = 81 Alcaldes o Alcaldesas electos	78	96.3	3	3.7					

*Cuadro de elaboración propia basado en datos oficiales del TSE

Análisis

Aún con los avances alcanzados con luchas que datan de décadas o siglos de duración y a pesar de los logros en materia de lucha civil de reivindicación de derechos, puede observarse que desde mediados del siglo pasado ha habido logros significativos, pero aun en épocas recientes no se puede ver una equidad en la función de cargos públicos, en este caso, referido a la elección de alcaldes, y a pesar de que hoy en día se siguen teniendo luchas sociales muy considerables; se debe tomar siempre como punto de partida la Guerra Civil Salvadoreña y posteriormente los Acuerdos de Paz, ya que es siempre importante, porque a partir de ello se crearon nuevas instituciones como el Tribunal Supremo Electoral, para así tener un mejor y correcto funcionamiento de la democracia.

Con este nuevo modo de administrar el sufragio de la población, se visibilizan varios datos valiosos, sobre todo a lo que respecta al sufragio para alcaldes o alcaldesas, tomando en cuenta la circunscripción demográfica de El Salvador delimitada en 14 departamentos (para Asamblea Legislativa) y 262 municipios (para alcaldes).

La primera elección, en la cual el padrón electoral, iba a tener en su poder la elección de alcaldes fue la de 1994, estando en un momento de post guerra habiendo pasado relativamente poco tiempo luego de los Acuerdos de Paz de 1992, y contrario a lo que se puede pensar, 1994 ha sido la elección en la cual se ha elegido al mayor número de alcaldesas, un total de 31, de un total de 262 municipios, ósea, si se quiere ver en términos de porcentaje, es el 11.8%, relativamente muy poco, pero luego se puede percibir los datos de otras elecciones, como la de 2003, donde solo el 5.7% fueron alcaldesas; eso quiere decir que únicamente fueron 15 del total de 262.

En 1994 fue un año de ansias de democracia, de vivir una época diferente

a los 12 años de guerra civil, fraudes electorales evidentes y a los anteriores que fueron acompañados de dictaduras militares. No solo 1994 fue la elección donde hubo mayor número de alcaldesas electas, sino que además el número de votos válidos fue tan alto, que no se pudo equiparar hasta 12 años después en la elección municipal y legislativa de 2006.

El país ha pasado por un total de 9 elecciones desde 1994 hasta 2018, y se han observado resultados trascendentales como inauditos para la democracia, remarcando el caso del departamento de San Miguel y Cabañas. En San Miguel, se han podido elegir, desde 1994 hasta 2018, un total de 180 alcaldes posibles, durante ese periodo solo hubo 3 alcaldesas en cualquiera de los 20 municipios que conforman dicho departamento; es decir, en porcentaje, apenas un 1.6 por ciento.

Aparte está el caso del departamento de Cabañas que, aunque no tan relevante como el de San Miguel, igual es preciso remarcarlo, ya que en Cabañas, un departamento de 9 municipios, en nueve elecciones de 1994 hasta 2018, se han podido elegir a 81 ediles, de los cuales solamente hubo 3 alcaldesas electas, es decir un 3.7% respecto a los 78 alcaldes electos, correspondiente a un 96.3%.

Pero a pesar de esos casos, no todo es así para el resto del país, existen departamentos que, aunque su territorio no es tan grande, mantienen un promedio estable para el país, el cual se mantiene entre un 15 y un 11 por ciento, número que ha ido aumentando o disminuyendo con los años, como lo son los departamentos de San Salvador, Santa Ana, Sonsonate y San Vicente.

En contraste a lo expresado, hay casos que despuntan en contraposición a los departamentos antes mencionados, tales como La Libertad y Cuscatlán; que sobrepasan la media nacional.

El departamento de La Libertad, aun siendo uno de los que más municipios tiene, en comparación a los demás departamentos del territorio nacional, es decir 22, que, si los medimos entre 1994 a 2018, pudieron haber sido elegidos 198 ediles en ese periodo, 32 de estos ha sido alcaldesas, un número que se ve empobrecido en comparación a los 166 alcaldes que fueron electos,

pero que aun así sobrepasa la media nacional del 15% de alcaldesas totales llegando a un promedio del departamento de 16.2%.

Y aún más remarcable que el caso del departamento de La Libertad, es el del departamento de Cuscatlán, que apenas cuenta con 16 municipios, que de las 9 elecciones sucedidas entre 1994 y 2018, han sido electos 144 ediles posibles, 28 de estos, alcaldesas, un número aún reducido, pero que de todas formas sobrepasa aún más la media nacional que es del 15%, y la media del departamento de La Libertad de un 16.2%, el departamento de Cuscatlán tiene una media de 19.4%.

Lo anterior convierte al departamento de Cuscatlán en el que más alcaldesas ha obtenido a nivel de los catorce departamentos del Estado salvadoreño en las 9 elecciones entre 1994 y 2018.

Conclusión

Al comparar los datos de cada departamento en estas 9 elecciones se observa que el incremento va a un ritmo lento, pero que la participación de las mujeres está ahí, tocando a la puerta, quiere ser escuchada y ver una reivindicación de derechos.

Se percibe que, con las reformas hechas a la Ley de Partidos Políticos sigue siendo aún un promedio bajo, apenas un 11.1% es decir, fueron electas 29 alcaldesas en la elección de 2018, pero tampoco está tan lejano al de 1994 que fueron 31, o sea un 11.8%. Ahora nuestro referente está en el pasado, en un momento luego de la crisis y en un futuro, probablemente no muy lejano, veremos que estas cifras aumenten exponencialmente, ya que el 52% de la población salvadoreña está conformado por mujeres.

Al ver y comparar los últimos índices presentados en el primer cuadro en el cual se muestra la situación de los demás países centroamericanos y ver la realidad salvadoreña, se puede apreciar que si bien es cierto los índices emergentes de los datos salvadoreños no son del todo satisfactorios,

tampoco son tan deplorables a comparación de los índices de uno o dos países centroamericanos.

Las reformas hechas a las distintas legislaciones electorales, han sido claves en el fortalecimiento de la participación de la mujer en la vida política de cada país estudiado, porque si se ve el caso guatemalteco en el cual la inclusión de mujeres es discrecional el porcentaje arrojado por los datos es el más bajo de toda la región.

Al ser las municipalidades la unidad política administrativa primaria dentro de la organización del Estado y al contar la misma con su propia autonomía y con un ordenamiento jurídico que garantiza la participación popular, la participación de las mujeres es vital ya que siendo una autoridad local, la cercanía con sus habitantes es mucho más fácil que hacerlo a nivel de diputaciones, por ejemplo y además ya que siendo un territorio más pequeño es mucho más fácil poner a andar proyectos que benefician a todos los ciudadanos de una localidad. Cabe mencionar que muchas personas han iniciado su carrera política compitiendo primero por el cargo de alcaldes y eso ha sido una vitrina para luego optar ya sea para un cargo de diputado o Presidente de la Republica.

Es necesario aclarar que la cultura política salvadoreña o incluso centroamericana muestra que aún hay resistencia a la idea de permitir a las mujeres participar y tomar decisiones dentro de la política, pese a que la legislación ha ido avanzando y abriendo espacios para su participación.

La población muchas veces no vota por el candidato idóneo en cuanto a preparación y experiencia política, sino más bien vota por alguien que según ellos es de confianza y puede tener un rol de líder, porque crecen dentro de los sistemas patriarcales en los cuales se piensa que es mejor tener un gobernante hombre, porque su educación e idiosincrasia así se los ha enseñado.

PONENCIAS

“LA UTILIZACIÓN
DE LOS MEDIOS
TECNOLÓGICOS,
UN NUEVO DERECHO
DE LOS ADMINISTRADOS:
Validez y eficacia”

Hugo Dagoberto Pineda Argueta

LA UTILIZACIÓN DE LOS MEDIOS TECNOLÓGICOS, UN NUEVO DERECHO DE LOS ADMINISTRADOS: VALIDEZ Y EFICACIA

Hugo Dagoberto Pineda Argueta

RESUMEN

El 15 de diciembre de 2017 se emite el Decreto legislativo 856, contentivo de la primera Ley de Procedimientos Administrativos en El Salvador; ley que se encuentra en vigencia desde febrero del año 2019; en la que principalmente se desarrolla el procedimiento administrativo general que debe de observar toda la Administración pública, pero también propone los principios a los que deberá de estar sujeta la mencionada AP. Aquí empodera al ciudadano de una serie de derechos, a fin de facilitarle a éste relacionarse con ella y como consecuencia, eficientizar la función administrativa y la tutela administrativa efectiva.

Uno de los derechos que se positivizan en favor del ciudadano, es el de relacionarse con la AP a través de los medios electrónicos, y es este el derecho del que me ocuparé en esta ponencia; se partirá presentándolo como un instrumento del derecho a la información y del derecho al acceso a la información pública principalmente; luego se mostrará a este nuevo derecho, como una expresión del principio de antiformalismo al que está sujeta la AP, y como esta aparece como eje transversal en el contenido de la LPA, potenciando el derecho a la buena administración.

PALABRAS CLAVES: Administración Pública - Procedimiento Administrativo - Jurisdicción Contencioso Administrativo - Medios Tecnológicos y Derechos de los Administrados.

THE UTILISATION OF THE TECHNOLOGICAL MEANS, A NEW RIGHT OF THE MANAGED: VALIDITY AND EFFICIENCY

By Hugo Dagoberto Pineda Argueta

ABSTRACT

The Legislative Decree 856 is issued on December 15, 2017, containing the first Administrative Procedures Law in El Salvador; law that has been in effect since February, 2019 and mainly develops the general administrative procedure that must be observed by the entire Public Administration, but also it proposes the principles to which it must be subjected the mentioned "PA". Here it empowers the citizen of a series of rights, in order to make it easier for the citizen to interact with it and as a consequence, make effective the administrative function and the administrative supervision efficient. One of the rights that are positivized in favor of the citizen is relating to the "PA" through electronic means and this is the right that I will deal with in this paper; It will be started by presenting it as an instrument of the right to information and the right to access public information mainly; then this new right will be shown as an expression of the principle of antiformalism to which the PA is subject and as it appears as a transversal axis in the content of the PAL, enhancing the right to good administration.

KEYWORDS: Public Administration - Administrative Procedure - Contentious Administrative Ju-risdiction - Technological Means and Rights of the Managed.

La utilización de los Medios Tecnológicos, un Nuevo Derecho de los Administrados: Validez y eficacia¹

Hugo Dagoberto Pineda Argueta²

Abreviaturas para la lectura

- AP: Administración Pública,
DTPARAP: Disposiciones transitorias del procedimiento administrativo y del régimen de la Administración pública
LPA: Ley de procedimientos administrativos,
LJCA: Ley de la jurisdicción de lo contencioso administrativo,
LACAP: Ley de adquisiciones y contrataciones de la Administración pública,
CPCM: Código Procesal Civil y Mercantil,
DL: Decreto legislativo,
DO: Diario oficial.

1 Comunicación presentada el 11 de abril de 2019, en el marco de las XII Jornadas de Derecho administrativo Iberoamericano, celebradas en La Coruña, España; auspiciadas por la Diputación y Universidad de La Coruña.

2 Licenciado en ciencias jurídicas, Maestro en Derecho Judicial y en Derecho penal económico; Director de la Escuela de Ciencias Jurídicas y profesor de Derecho administrativo en la Facultad de jurisprudencia y ciencias sociales de la Universidad de El Salvador.

Introducción

Se busca abordar de forma descriptiva, excepcionalmente de manera explicativa; el nuevo *derecho de los administrados de relacionarse con la Administración pública, utilizando medios tecnológicos: su validez y eficacia*. Se presenta de forma muy breve el contenido esencial de las últimas y más importantes leyes administrativas, en las que se establece este derecho; luego se procurara definir el significado de este atributo y de los derechos que le están íntimamente vinculados, para luego revisar algunas leyes administrativas en las que se encuentra el derecho en cuestión o los antecedentes del mismo.

Se pretende dejar claro el alcance, validez y eficacia del derecho de los administrados a relacionarse por medios tecnológicos con la AP, la importancia de éste en la eficiencia de la función administrativa y en la economía de los administrados. Posteriormente, se plasmarán algunas ideas conclusivas acerca del expresado derecho.

I. Nuevo Ordenamiento Jurídico Administrativo en El Salvador

El Derecho administrativo, tradicionalmente ha sido visto como una disciplina jurídica poco importante; pero en los últimos años, en el mundo en general y en El Salvador en particular, ha cobrado nuevos bríos; se han dictado importantes cuerpos normativos que le han dado un fuerte impulso, como por ejemplo: a) en agosto de dos mil diecisiete, se aprobaron las disposiciones transitorias del procedimiento administrativo y del régimen de la Administración pública³; b) en diciembre de dos mil diecisiete, se aprobó la

3 Disposiciones transitorias del procedimiento administrativo y del régimen de la Administración pública (El Salvador: Decreto Legislativo 762, 2017). El que según su Art. 9, entro en vigencia el 31 de enero de 2018 y que lo estaría hasta que entrara en vigencia la Ley de Procedimientos Administrativos.

nueva Ley de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo⁴, ley que vino a sustituir a la de mil novecientos setenta y ocho; c) en diciembre de dos mil diecisiete, también se aprobó la primera Ley de Procedimientos Administrativos⁵ y, d) en diciembre de dos mil dieciocho se aprobaron la Ley de Eliminación de Barreras Burocráticas y la Ley de Mejora Regulatoria.

Lo anterior muestra que el legislador salvadoreño ha pretendido erigir una verdadera jurisdicción contencioso administrativa, estandarizar el elemento formal de las actuaciones de la Administración, concretamente el procedimiento administrativo, eficientizar el funcionamiento de la AP y además empoderar al administrado o ciudadano, de un catálogo de derechos frente a la Administración. Con lo que se cree, se está trascendiendo del Estado legal de Derecho al Estado Constitucional de Derecho.

La Ley de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo de 2017, se sustituyó a la de 1978, con la que se pasa de una jurisdicción de control a la mera legalidad, a una jurisdicción de verdaderas pretensiones; de un único tribunal a una diversidad de estos; además se amplía el objeto de control de esta y se erige una verdadera tutela jurisdiccional administrativa efectiva.

Por su parte, con las DTPARAP, se pretendió principalmente hacer la transición de la dispersión normativa que imperaba, en cuanto a nulidades de pleno Derecho, el silencio administrativo, el agotamiento de la vía administrativa y del proceso de lesividad; y ponerlos en sintonía con la expresada Ley de Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, disposiciones que una vez entró en vigencia la LPA, fueron dejadas sin efecto; como se dijo, eran transitorias.

4 Ley de la jurisdicción de lo contencioso administrativo (El Salvador: Asamblea Legislativa, 2018). D.L. número 760, del 8 de diciembre de 2018; publicado en el D.O. número 209, Tomo 417, del 9 de noviembre de 2017; la que según su art. 126, entro en vigencia el 31 de enero de 2018.

5 Ley de procedimientos administrativos, (El Salvador: Asamblea Legislativa, 2017). D.L. 856, del 15 de diciembre de 2017; publicado en el D.O. número 30, Tomo 418, del 13 de febrero de 2018, la que según su art. 168 entraría en vigencia doce meses después de su publicación, por lo que está en vigencia desde el 13 de febrero de 2019.

En la Ley de Procedimientos Administrativos, sin perjuicio a que su nombre hace creer que trata solo sobre procedimientos administrativos, en ella se regulan los más trascendentales temas referidos a la actuación administrativa de la AP, tales como los principios que regulan las actuaciones de la AP, los derechos de los administrados frente a la Administración; entre los que se encuentra el empleo de las nuevas tecnologías que nos ocupa, el régimen jurídico de los actos administrativos, responsabilidad patrimonial, potestad sancionatoria, potestad normativa, el procedimiento administrativo, etc. Ley que, en suma, viene a contribuir con la denominada tutela administrativa efectiva.

II. Del Derecho de los Administrados a relacionarse con la Administración Pública por Medios Tecnológicos en la LPA

El catálogo de derechos de los administrados, está reflejado en el art. 16 de la LPA, entre los que destacan el derecho a la buena administración, *a relacionarse con la AP utilizando medios tecnológicos*, al acceso a la información pública, a la garantía y confidencialidad de los datos personales, al trato digno y respetuoso, a presentar quejas, peticiones o recursos; a servicios públicos y de interés general, entre otros derechos.

Para fines del presente texto, es de interés el derecho a relacionarse con la Administración Pública por medios tecnológicos que esta ponga a disposición; sin perjuicio a que el término medios tecnológicos, es mucho más amplio que internet; se cree que este está influenciado por la Resolución del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas⁶, en la que se reconoce el acceso a internet como un derecho humano, en la que se impone a los Estados parte de la Organización, la obligación de garantizar que el internet esté disponible,

⁶ Resolución tomada en el periodo número 32 del Consejo de derechos humanos de las Naciones Unidas, adoptada el 27 de junio de 2016.

que sea accesible y costeable a los ciudadanos; y que además, promuevan y protejan on line, los derechos de las personas que estén off line.

Derecho que como ya se dijo, está establecido en el número 2 del expresado artículo 16 de la LPA; atributo que se cree es expresión del principio del antiformalismo que rige a la AP, el que sin duda es de naturaleza instrumental y condicionado, y con el que se pretende eficientizar el funcionamiento de la Administración, facilitarle el acceso a ésta al administrado y reducir costos en ambos.

Instrumental, porque con él, se pretenden armonizar los avances de la sociedad en las tecnologías de la información y sirve de medio o vehículo para el ejercicio de otros derechos; condicionado o programático, porque de la redacción del texto, se advierte que, para hacer uso de este, se requiere que la AP ponga a disposición los medios y porque, además, es necesario que se tenga en cuenta la capacidad tecnológica instalada por la AP y el acceso material y/o personal, que a estos tenga el administrado; so pena de exclusiones a aquellos que no estén preparados.

Resulta entonces determinante delimitar el alcance o significado de la expresión “relacionarse” que expresa el legislador, y siguiendo la etimología del concepto, implica vincularse directa o indirectamente con la AP, ya sea por medio de la presentación de alguna petición, información, opinión o requerimiento, por medio de los cuales se estén ejerciendo los derechos de: pedir, de defensa, de participación, etc.

Otro término que se debe delimitar es “medios tecnológicos”, estos son los instrumentos magnéticos, electrónicos o telemáticos, que la técnica o la ciencia provee y que le sirven como se ha dicho antes, de medio al administrado para mocionar peticiones u otro tipo de comunicaciones con la Administración e incluso evacuar audiencias que le sean conferidas por esta.

Concepto que es de carácter indeterminado, en el que caben entre otros, el fax, teléfono fijo o móvil, WhatsApp, correo electrónico, páginas web,

Facebook u otra plataforma digital o red social; y, por tanto, será la misma Administración la que ira llenando de contenido este concepto; siguiendo, sobre todo, la capacidad tecnológica instalada por la Administración, para dar respuesta al administrado cuando haga uso de éstos. Por lo anterior, como ya se dijo, es que se considera que es un derecho condicionado, ya que la norma requiere para el ejercicio de este, que la Administración ponga a disposición del administrado, los medios en cuestión.

Es de notar que este derecho u oportunidad, tiene especial cabida en el denominado gobierno electrónico o digital⁷ o al de ciudades inteligentes⁸, y está íntimamente vinculado como se ha dicho, a los derechos de libertad de expresión, de información, de acceso a la información pública, a la buena administración, de petición, de defensa etc.; los primeros dieron paso al denominado derecho de información, por lo que se considera importante dejar constancia de qué se entiende por ellos.

Por derecho a la información, se entiende, que es aquella potestad o atributo de toda persona de dar, recibir y buscar información⁹; éste también, es un derecho fundamental, de naturaleza instrumental, pues habilita o facilita el ejercicio de otros derechos. El derecho de acceso a la información pública, es un derecho fundamental, que está comprendido en el derecho a la información, puesto que es el atributo en virtud del cual, cualquier persona puede pedir información publica, en versión física o electrónica, según considere

7 *“Rivera Urrutia, Eugenio; Concepto y problemas de la construcción del Gobierno digital; red de Revistas científicas de América Latina, España y Portugal; Volumen XV, numero 2; 2006. En el Derecho ecuatoriano, se entiende por gobierno electrónico o digital como el uso e implementación de las tecnologías de información y comunicación por parte de las entidades para transformar las relaciones con los ciudadanos, entre entidades de gobierno y empresas privadas a fin de mejorar la calidad de los servicios gubernamentales a los ciudadanos, promover la interacción con las empresas privadas, fortalecer la participación ciudadana a través del acceso a la información y servicios gubernamentales eficientes y eficaces y coadyuvar con la transparencia, participación y colaboración ciudadana”.* Definición dada en el art. 1 del Decreto Ejecutivo 149, del 18 de diciembre de 2013, Ecuador.

8 Son ciudades inteligentes aquellas en las que además de instalarles nuevas tecnologías que faciliten la circulación vial y peatonal, la seguridad ciudadana, etc.; se diseñen o reestructuren de tal manera que sean compatibles con la inclusión social, amigables con el medio ambiente, etc.; en las que el ciudadano encuentra tutela en su dignidad humana.

9 Mauricio Gutiérrez Castro, *Derecho de la información* (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2008), 36.

conveniente. También es de naturaleza instrumental, pues es una herramienta de lucha contra la corrupción y facilita el control ciudadano en la Administración¹⁰.

El derecho a la buena administración, es además un deber y un principio básico de la Administración; se cree que es expresión del principio de la buena fe, con la que debe de comportarse ésta y se encuentra enmarcado en el principio de confianza legítima de la Administración; concepto con lo que se considera que se amplía el objeto de estudio del mismo derecho administrativo, pues ya no basta ocuparse en esta disciplina de la Administración pública, sino, además, por cómo se administra y quiénes intervienen en dicha administración; si es o no eficiente.

Se entiende como derecho de los administrados y se asume el concepto de buena administración, cuando hay adecuada elección de medios y de oportunidades en el ejercicio de las competencias administrativas, con relación al fin específico que se pretende lograr¹¹ con tales competencias y con la utilización de los recursos.

Es un verdadero derecho humano fundamental, sin perjuicio a que no está enunciado en el catálogo de derechos que presenta la Constitución; si lo está como lo hemos dicho antes, en la LPA. Sostiene el profesor Rodríguez Arana, que está fundado en el hecho de que los asuntos comunes, generales o públicos están sometidos a los individuales; por lo que las actuaciones administrativas deben de estar orientadas por una serie de criterios de buen gobierno al servicio del bienestar general, integral o de todos; y no de una parte, por importante que sea¹².

Se considera que este derecho a la buena administración, aparece al momento de la toma de decisiones de la Administración, como garantía del

10 Federico Morandini, *Acceso a la información pública en las contrataciones públicas*, Monografía (Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 2017), 261.

11 Augusto Martínez Duran, "La buena administración", en *Estudios de Derecho administrativo*, número 1, editorial La Ley, Montevideo (2010): 173.

12 Jaime Rodríguez Arana, "Los principios de la buena administración", *Revista del III Congreso de Derecho administrativo en El Salvador*, edición del Departamento de publicaciones de la Corte Suprema de Justicia, El Salvador (2016): 7.

procedimiento administrativo frente a sus destinatarios afectados¹³; esto se ve inmerso en la motivación de la actuación, al advertir la Administración las razones de conveniencia al interés público, de la adopción de la decisión, en tal o cual sentido.

Retomando el derecho de los administrados de relacionarse con la Administración por los medios tecnológicos que esta ponga a su disposición, es un derecho que, para el legislador, es de suma importancia, puesto que, de las disposiciones antes mencionadas, dedica todo el capítulo III, art. 18 y ss, a desarrollar el tema del empleo de las tecnologías.

La LPA le establece a la Administración la *potestad* de utilizar las tecnologías de la información y comunicación para realizar trámites, diligencias, notificaciones, citatorios o requerimientos; siempre que tales medios, dejen constancia de la realización de la actuación; todo con el afán de garantizar la autenticidad, confidencialidad, integridad, eficacia, disponibilidad y conservación de la información, y siempre que sean compatibles con la naturaleza del trámite a realizar.

Impone la Ley a las instituciones de la Administración, la obligación de intercambiar mediante el uso de las tecnologías de la información y de la comunicación, la información necesaria para comprobar datos o circunstancias en la tramitación de los procedimientos.

A lo largo de la antes mencionada LPA, se encuentran varios artículos que pretenden dar aplicación al derecho objeto de este trabajo; por ej. El art. 7 inciso 2, faculta que las certificaciones y constancias que deba de expedirle la Administración al administrado, sean expedidas en versión electrónica; el art. 8 inciso 2, refiriéndose al expediente administrativo, también permite que se lleve en versión electrónica. Artículo que además le impone a la Administración la obligación de tener o mantener un soporte electrónico actualizado de sus expedientes administrativos. Como ya se ha dicho, no cabe duda que la

13 Miguel Antonio Guevara Quintanilla, *El derecho a la buena administración* (Madrid: publicación especial de la Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, 2010), 88.

intención es introducirnos en lo que se ha dado en llamar gobierno electrónico o digital, y que este está también relacionado con el nuevo concepto de ciudades inteligentes.

Dice además la LPA, en el art. 73 y ss, que el ciudadano o administrado podrá presentar peticiones a la Administración, utilizando las tecnologías de la información y de la comunicación, siempre que dejen constancia escrita de las garantías de autenticidad,¹⁴ confidencialidad, integridad, disponibilidad y conservación de la información y sea la petición compatible con la naturaleza del trámite que se realiza; previa divulgación de los medios utilizados por la Administración. No es entonces, un derecho de ejercicio inmediato, ni mucho menos generalizado. Esta misma oportunidad tendrá el administrado para presentar escritos relacionados con su petición, si hubiere inicialmente utilizado las vías tradicionales para relacionarse con la Administración.

En los arts. 98 número 5 y art. 99 de la LPA, se señala que, en el ejercicio de este derecho, el ciudadano o administrado, en el escrito inicial del procedimiento, podrá señalarle a la Administración el medio electrónico por el cual oír o recibirá citaciones y/o notificaciones; y la Administración que así comunique sus actos, en aplicación al art. 101 inciso 2 de la LPA, deberá de dejar constancia escrita de su realización. Puede afirmarse, que el derecho en cuestión, es un eje transversal en el texto de la LPA; que es visto como una herramienta que agiliza y facilita el ejercicio de otros derechos, que reduce los costos de funcionamiento de la misma Administración y de los administrados en la relación de estos con la expresada AP.

El ejercicio de este derecho por parte de los administrados, lleva sin duda alguna, a que la Administración de respuesta por estos mismos medios, emitiendo los ahora denominados actos administrativos telemáticos o electrónicos; ya sean de trámite o definitivos, los que sin duda tendrán que

14 La misma LPA, en inciso 3 del art. 74 señala o propone el sistema de clave, como un mecanismo de garantía a la autenticidad de las peticiones o escritos.

reunir los mismos requisitos de los actos administrativos tradicionales, estarán revestidos de las mismas características. Lo anterior va en consonancia con lo previsto en el literal g del art. 22 e inciso dos del art. 24, ambos de la LPA.

III. Del Derecho de los Administrados a relacionarse con la AP por medios tecnológicos en otras Leyes Administrativas

Como se ha expresado anteriormente, este derecho de los ciudadanos o administrados, es de naturaleza instrumental y como tal, está vinculado al ejercicio de otros derechos, como el de petición, de información, de acceso a la información pública, de buena administración, etc.; lo anterior sin duda lleva a vincularlo con otras normas jurídicas previas, que le servirán de base o soporte al ejercicio de este derecho; tales como:

El art. 1 de la Ley de Acceso a la Información Pública,¹⁵ que establece como objeto de la ley, el garantizar el derecho de acceso de toda persona a la información pública, a fin de contribuir con la transparencia de las Instituciones del Estado; y determina en su art. 2, el derecho de toda persona de solicitar y recibir información generada, administrada o en poder de Instituciones públicas. Es a partir del art. 61 y ss, que la ley establece el procedimiento y formato para solicitar y recibir la información, y en lo pertinente, destacan los medios electrónicos como vehículo de ejercicio al derecho en cuestión.

El art. 7 lit. b y h de la Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la AP,¹⁶ establece que la Unidad Normativa de Adquisiciones y Contrataciones, deberá de administrar y normar el sistema electrónico de las compras públicas;

15 Ley de acceso a la información pública (El Salvador: Asamblea Legislativa, 2010). Publicado en el D.O. número 70 del 8 de abril de 2011.

16 Ley de adquisiciones y contrataciones de la Administración pública (El Salvador: Asamblea Legislativa, 2000). Publicado en el D.O. número 88, del 15 de mayo de 2000.

el que deberá estar a disposición de la AP, los proveedores, contratistas y de los ofertantes. También deberá publicar electrónicamente y mantener actualizado un Banco de Información que contenga los datos de todos los proyectos, adquisiciones y contratos realizados, en ejecución y pendientes, los proveedores de dichos servicios y obras, auditorías realizadas por las instituciones competentes; todo sin duda, con el ánimo de facilitar los procesos de selección y de transparentar los mismos.

Este Sistema electrónico de compras públicas, según el art. 10 bis de la LACAP, forma parte del Sistema Integrado de Adquisiciones y Contrataciones; es también por este medio electrónico, que las Unidades de Adquisiciones y Contrataciones Institucionales, convocan a las licitaciones y concursos, e informan de los requisitos de tiempo, forma y contenido que deben de cumplir las ofertas, colocando además en este, los contenidos de las bases o pliegos de licitaciones; las que según el art. 49, pueden ser bajadas de los expresados sitios electrónicos, debiendo en todo caso notificar a los participantes por tales medios de los resultados de las licitaciones o concursos, con el afán sin duda, de habilitar una eventual impugnación y/o una pronta formalización del contrato.

También se debe de tener en cuenta para el ejercicio del derecho de los administrados de relacionarse con la AP, la utilización los medios tecnológicos; entre estos la Ley de Firma Electrónica¹⁷, la que desde sus considerandos nos deja ver que ante el desarrollo de las tecnologías de información y comunicación, el uso de tales tecnologías es necesario para propiciar el dinamismo y el desarrollo económico; tanto por la AP como por los administrados, ya que es un factor estratégico que mejora la eficiencia de la educación, fomenta la competitividad y el crecimiento económico de los pueblos.

La ley en cuestión, sujeta la comunicación electrónica, tanto pública como privada, a una serie de requisitos y observancia de formalidades orientadas a garantizar su confiabilidad e integridad; y por ello erige un proceso

¹⁷ Ley de firma electrónica (El Salvador: Asamblea Legislativa, 2015). Publicado en el D.O. número 196, del 26 de octubre de 2015.

de acreditación, a fin de poder utilizar este mecanismo de comunicación; procedimiento que es supervisado por la Unidad de firma electrónica, adscrita al Ministerio de Economía; art. 35 de la Ley.

A partir del art. 29 y ss, la Ley de Firma Electrónica, habilita a los órganos del gobierno o de la AP para que, en la suscripción de contratos o emisión de cualquier tipo de actos, etc., se utilicen la firma electrónica, simple o certificada, según el contenido del acto; habilitándolos con el fin de garantizar sus actuaciones electrónicas y el contrato de prestadores de servicios electrónicos. Lo que sin duda guarda relación con el plan de la AP, especialmente del Ministerio de Economía, de impulsar el comercio electrónico; para lo que ya obra en poder de la Asamblea legislativa, un proyecto de Ley de Comercio Electrónico; mismo que ya está previsto en la Ley de Protección al Consumidor, a fin de tutelar a los consumidores de este tipo de comercio.

Sobre el tema de las comunicaciones procesales electrónicas, la Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia, ya ha sentado un importante precedente constitutivo de doctrina legal;¹⁸ en el romano VI de su resolución¹⁹ del veintisiete de febrero de dos mil diecisiete, ha dicho que la notificación hecha por medio técnico –la del caso en análisis se hizo por vía fax- que prevé el art. 178 del CPCM, se tendrá por realizada veinticuatro horas después de enviada, y por tanto, quien la realice debe de dejar constancia en el expediente, siempre que conste evidencia de su recibo, para el computo del término que con ella se habilite.

Se cita el anterior precedente jurisprudencial, ya que en el artículo 123 de la LJCA, se establece la aplicación supletoria del CPCM, en los procesos

18 La doctrina legal, como fuente del Derecho, está definida en el art. 522 inc. 3° CPCM como: “la jurisprudencia establecida por el tribunal de casación, surgida de la aplicación e interpretación de las leyes y que esté contenida en tres o más sentencias constantes, uniformes y no interrumpidas por otra doctrina lega”. Código Procesal Civil y Mercantil, D.L. número 712 del 18 de septiembre de 2008; publicado en el D.O. 224, del 27 de noviembre de 2008. Avalando esta forma de comunicación procesal, también se ha pronunciado la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, en resolución aclaratoria de sentencia definitiva, dictada el quince de marzo de 2013, en proceso de inconstitucionalidad ref. 120-2007.

19 Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia, *Sentencia definitiva número 307-CAC-2016* (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2017).

contencioso administrativos; y que, por tanto, se considera, debe de atender la Administración cuando haga comunicaciones que habiliten términos a los administrados, utilizando los expresados medios tecnológicos; puesto que esto podría eventualmente ser objeto de impugnación en sede contencioso administrativa.

La utilización de medios tecnológicos para comunicarse con la Administración, también está prevista en leyes que no son meramente administrativas, pero que contienen este mecanismo; tales como:

Ley de Simplificación Aduanera,²⁰ expresa que su objeto es establecer el marco jurídico básico para la adopción de mecanismos de simplificación, facilitación y control de las operaciones aduaneras; a través del uso de sistemas automáticos de intercambio de información, sistemas que sin duda hacen uso de los expresados medios tecnológicos a los que se refiere el texto.

Intercambio que requerirá que las diversas direcciones generales o regionales, oficinas aduaneras, recintos fiscales, etc., brinden la colaboración que facilite el intercambio de información; lo que, sin duda, permita que los sujetos pasivos o administrados, que son usuarios del servicio aduanero, presenten o transmitan por la vía electrónica documentos, declaraciones, certificaciones, conocimientos de embarque y demás documentos aduanales; con lo que se busca agilizar el expresado servicio aduanero.

En materia de impuesto sobre la renta, la Dirección General de los Impuestos Internos del Ministerio de Hacienda, obliga a los contribuyentes-administrados a presentar únicamente por estos medios la declaración anual de dicho impuesto; obligación que es contraria a la LPA que lo establece como un derecho y no como deber.

20 Ley de simplificación aduanera (El Salvador: Asamblea Legislativa, 1999). Publicado en el D.O. número 23, del 3 de febrero de 1999.

IV. Del Derecho de los Administrados a relacionarse con la AP por Medios Electrónicos en Leyes de Reciente Data

Uno de las más recientes leyes, es la Ley de eliminación de barreras burocráticas,²¹ que reafirma la oportunidad de los administrados de relacionarse por medios tecnológicos y que procura la eliminación de barreras burocráticas e innecesarias; entiéndanse exigencias o requisitos innecesarios. Del texto de la ley, se desprende que una de las formas de eliminar barreras burocráticas, es suprimir la exigencia que se solía imponer al administrado de concurrir personalmente o por medio de interpósita persona a presentar solicitudes o trámites, relacionados con su actividad productiva; por ello, es que esta ley, responde entre otros, al principio del antiformalismo que debe de regir las actuaciones de la AP. Contiene entonces, esta ley, de manera tacita y transversal, el derecho que nos ocupa.

También la Ley de mejora regulatoria,²² es otra ley de novísima data, en la que se ve incluido de forma expresa este derecho, sin denominarlo así, lo establece como una de las varias condiciones que favorecen el clima de inversiones en El Salvador. En su artículo primero, se refiere a uno de los componentes de los llamado medios tecnológicos, específicamente plataformas tecnológicas, a las que, la disposición en cuestión vincula y, por tanto, no debe la AP apartarse de ellas.

V. A manera de colofón

Los avances tecnológicos en materia de comunicaciones, vinieron para quedarse y por tanto la AP debe de potenciar su uso, garantizar su acceso, evitar exclusiones y proteger a quienes los utilicen.

21 Ley de eliminación de barreras burocráticas (El Salvador: Asamblea Legislativa, 2019).

22 Ley de mejora regulatoria (El Salvador: Asamblea Legislativa, 2018).

En El Salvador, la oportunidad de los administrados de relacionarse con la AP utilizando medios tecnológicos no es nuevo; pues se ha venido ensayando en diversas materias e instituciones; que el ejercicio de este derecho, supone tanto para la AP como para los administrados una reducción de costos; que su reconocimiento expreso como derecho de los administrados, robustece su ejercicio y sin duda, habilita la implementación de garantías para su tutela. Es entonces un derecho positivizado o reconocido por el ordenamiento jurídico salvadoreño y, además, eficaz relativamente.

Que tal y como se ha dicho antes, puede reafirmarse que este derecho de los administrados de relacionarse por medios tecnológicos con la AP, es en sí un derecho de naturaleza instrumental, pues sirve de vehículo para el ejercicio de otros derechos, tales como el de petición, de información, de acceso a la información pública, de buena administración, etc.

Que, aunque en la ley se establezca como condición habilitante, que sea la Administración la que ponga a disposición el medio tecnológico a usar por el administrado, no es de naturaleza programática; y que, por esa sola razón, se considera que el ciudadano no está obligado a esperar que tal medio sea puesto a disposición, él puede y debe hacer uso de este derecho; a fin de llevar a la Administración a fijar a la brevedad posible el medio tecnológico que lo facilite.

Que este derecho no puede ser de ejercicio obligatorio, puesto que se desnaturalizaría y, además, porque podría generar indefensión y/o exclusión generacional o social en los administrados.

Sin duda, este derecho de los administrados, aumenta la transparencia en el funcionamiento de la AP, da celeridad y simplicidad en la aprobación y aplicación de regulaciones y trámites administrativos; facilita a la ciudadanía el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones frente a la AP.

DERECHO AL AGUA EN EL SALVADOR

José Miguel Vásquez López

DERECHO AL AGUA EN EL SALVADOR

José Miguel Vásquez López

Universidad de El Salvador

Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales

RESUMEN

En la actualidad se discute sobre las formas de administración de los usos de agua, y en especial, el que se refiere al consumo humano. Por tal razón, es importante, el análisis de ideas básicas desde el punto de vista de los Derechos Humanos, y la necesidad del reconocimiento del Derecho al Agua como un Derecho Humano y Derecho Fundamental de la persona humana. En la palestra jurídico-política en El Salvador, han surgido un conjunto de percepciones de la sociedad civil organizada en relación a la privatización del vital líquido, que motivaron a diversas iniciativas de reforma constitucional para el reconocimiento de este Derecho Humano, hasta mostrar y dar a conocer la propuesta de reforma constitucional impulsada por la Universidad de El Salvador.

PALABRAS CLAVES: Derechos humanos - Derecho al Agua - Privatización - Ley General de Aguas.

RIGHT TO WATER IN EL SALVADOR

José Miguel Vásquez López

University of El Salvador

Faculty of Jurisprudence and Social Sciences

ABSTRACT

Currently, there is a discussion about the ways of administration about water uses and especially on human consumption. For this reason, it is important to analyse basic ideas from the point of view of human rights and the need for the recognition of the Right to water as a human right and fundamental law of the human person. In the legal-political scene in El Salvador, a set of perceptions by organized civil society have emerged in relation to the privatization of the vital liquid, which motivated several constitutional reform initiatives for the recognition of this Human Right, until showing and publicizing the proposal for constitutional reform promoted by the University of El Salvador.

KEYWORDS: Human rights - Right to water - Privatization - General Law of Waters.

Derecho al agua en El Salvador¹

José Miguel Vásquez López²
Universidad de El Salvador
Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales

Introducción

Es indudable que hay una máxima fundamental e innegable para toda la raza humana, y es: “El Agua es Vida”, por tanto, nadie puede vivir sin consumir agua. Todos y Todas necesitamos de Agua. Es impresionante como los griegos entendían que el agua es el fundamento de todo el cosmos, cuando Tales de Mileto afirmaba que el Arjé o el Arché es el agua.

Actualmente, se discute sobre las formas de administración de los usos de agua, y en especial, el que se refiere al consumo humano. Es importante, en esta ocasión, dirigirme a ustedes y expresar unas ideas básicas desde el punto de vista de los Derechos Humanos y externar la importancia del reconocimiento del Derecho al Agua como un Derecho Humano y Derecho Fundamental de la persona humana.

-
- 1 Ponencia presentada en el Primer Congreso de Salud y Medio Ambiente: Hacia una Universidad Saludable de la Universidad de El Salvador año 2019.
 - 2 Licenciado en Ciencias Jurídicas, graduado de la Universidad de El Salvador, Maestro y Doctor en Derecho por la Universidad Autónoma de Barcelona, siendo el tema de la tesis Doctoral: “El Reconocimiento al Derecho Humano al Agua en el orden internacional y en El Salvador”, abogado y notario y docente en la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la Universidad de El Salvador y Coordinador de la Unidad de Posgrado de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la Universidad de El Salvador.

Además, cómo la discusión sobre su reconocimiento, desde la vía jurisprudencial y de reforma constitucional, ha entrado en la palestra jurídico-política en El Salvador, y las percepciones de la sociedad civil organizada en relación a la privatización del vital líquido, han incidido en iniciativas de reforma constitucional para el reconocimiento de este Derecho Humano, hasta mostrar y dar a conocer la propuesta de reforma constitucional impulsada por la Universidad de El Salvador.

Por tanto, voy a dividir esta conferencia en 4 aspectos:

- a) Contextualización de la situación del agua desde la óptica de Organismos de Derechos Humanos;
- b) Acercamiento jurídico conceptual del Derecho al Agua desde la visión de los Derechos Humanos;
- c) Reconocimiento Jurisprudencial del Derecho al Agua como Derecho Implícito en El Salvador;
- d) Propuestas de reconocimiento explícito del Derecho al Agua en la Constitución de 1983;
- e) Y como último punto ofreceré mis conclusiones.

I. Contextualización de la situación del agua desde la óptica de Organismos de Derechos Humanos

En El Salvador, de acuerdo al PNUD, solo el 70% de los hogares cuenta con agua potable e instalaciones mejoradas de saneamiento, solo el 22% del agua disponible se utiliza para el consumo humano, y más de la mitad de las familias de las zonas rurales no tienen acceso al agua por cañerías³.

Además, la Administración Nacional de Acueductos y Alcantarillados, que es la entidad estatal para proveer el servicio de agua potable y saneamiento,

3 PNUD, *Guía para los Organismos que vigilan la gestión del agua en El Salvador*, s. e. (San Salvador: Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo El Salvador, 2015).

no brinda el servicio a toda la población; según datos estimados por el PNUD, atiende a menos del 44% de la población total, y concentra su acción en las zonas urbanas, de tal forma, que en la zona rural, son las Juntas de Agua conformadas por miembros de las Organizaciones de la Sociedad Civil, y Gobiernos Municipales, las que abastecen de agua potable a más de la mitad de la población salvadoreña.

Es importante conocer el número de Juntas de Agua que existen, cerca de 2000, las cuales no tienen un marco regulatorio para su funcionamiento, que tendría que ser la Ley del Subsector de Agua Potable y Saneamiento, la cual, no ha comenzado a discutirse en la Asamblea Legislativa, ya que previo, se tiene que aprobar la Ley General de Aguas, que tampoco goza del acuerdo parlamentario por tensiones en relación al ente rector.

Se debe notar, que además de las Juntas de Agua que operan a nivel rural, también operan administradoras privadas del servicio de agua potable en algunas residenciales privadas. Por tanto, se puede identificar que la falta de abastecimiento de agua potable y saneamiento es un problema de carácter público en El Salvador, por lo que es necesario diseñar una política pública y cuerpos normativos con enfoques basado en Derechos Humanos.

En este punto lo importante es determinar la forma en que se puede mejorar la administración del servicio de agua potable y el saneamiento, a partir de la visión de los Derechos Humanos. Sin duda, que el Derecho Humano al Agua es un elemento fundamental para resolver esa situación.

En el Examen Periódico Universal (EPU), rendido por El Salvador en el año 2014, varias de las recomendaciones para dar solución al problema es ordenar el servicio de abastecimiento de agua potable y saneamiento, por lo que, es mandatorio para el Estado del El Salvador, luchar por el reconocimiento constitucional del Derecho al Agua, ya que de acuerdo al EPU, se le hizo la recomendación de ratificar la reforma constitucional, ya que entre otras cosas, una de las grandes amenazas para los cuerpos hídricos es la minería; también

se hace notar en el EPU, que El Salvador no cuenta con una normativa que cumpla con los estándares de gestión a nivel internacional, por lo que se le exhorta a que apruebe la Ley General de Aguas, que vendría a ordenar todas la normativas dispersas y ambiguas⁴.

El Relator de las Naciones Unidas sobre el Derecho al Agua y el Saneamiento en El Salvador hizo notar también las mismas circunstancias en el año 2016, específicamente hizo alusión al período legislativo 2012- 2015, en el cual no se ratificó la reforma constitucional del reconocimiento del Derecho al Agua y el Derecho a la Alimentación, propuesta en el Art. 69 Cn., al cual se le adicionaban dos incisos. Aquella reforma de la que hacían referencias el EPU y el relator, versaba de la siguiente forma:

“toda persona tiene derecho a una alimentación adecuada. Es obligación del Estado crear una política de seguridad alimentaria y nutricional para todos los habitantes. Una ley regulará esta materia” ... “el agua es un recurso esencial para la vida, en consecuencia, es obligación del Estado aprovechar y preservar los recursos hídricos y procurar su acceso a los habitantes. El Estado creará las políticas públicas y la ley regulará esta materia”⁵.

De todos modos, en este primer intento de reconocimiento a nivel constitucional, no se menciona textualmente la palabra “Derecho al Agua y al Saneamiento”, que es lo mínimo requerido para su reconocimiento, tal como lo menciona el mismo Relator en su informe.⁶ Es importante clarificar el contenido del Derecho al Agua.

4 Asamblea General de las Naciones Unidas, *Resumen preparado por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos con arreglo al párrafo 15 c) del anexo de la resolución 5/1 del Consejo de Derechos Humanos y al párrafo 5 del anexo de la resolución 16/21 del Consejo, A/HRC/WG.6/20/SLV/3*, 2014.

5 Asamblea Legislativa de la República de El Salvador, *Acuerdos de Reformas Constitucionales No. 3* (San Salvador: 2012).

6 Asamblea General de las Naciones Unidas, *Informe del Relator Especial sobre el derecho humano al agua potable y el saneamiento acerca de su misión a El Salvador, A/HRC/33/49/Add.1*, 2016.

II. Acercamiento Jurídico Conceptual del Derecho al Agua desde la visión de los Derechos Humanos

En el año 2010, la Asamblea General de las Naciones Unidas reconoció el Derecho al Agua a través de su resolución A/RES/64/292.⁷ Pero el Derecho al Agua aparece al menos como un derecho implícito en la Observación General 15 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas desde noviembre de 2002, fundamentado en los Arts. 11 y 12, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), es decir con el Derecho a la Vida Digna y el Derecho a la Salud. Este reconocimiento es esencial pues, establece sus contornos normativos, es decir, sus alcances y límites, derechos de los individuos y grupos vulnerables, obligaciones de los Estados y obligaciones internacionales. La Observación General hace una definición de éste:

*“El Derecho al agua es el derecho de todos a disponer de agua suficiente, salubre, aceptable, accesible y asequible para el uso personal y doméstico”.*⁸

Así, podríamos decir que el Derecho al agua consiste en el acceso al agua potable y a un saneamiento básico para los usos personal y doméstico, entendidos éstos como el consumo humano, higiene, preparación de alimentos, así como a la protección ambiental del agua, cuya finalidad es evitar la contaminación del recurso hídrico para consumo humano o uso doméstico y así evitar daños a la salud.⁹

7 Asamblea General de las Naciones Unidas, *El Derecho Humano al Agua y el Saneamiento*, A/RES/64/292, 2010.

8 COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, *Observación General n. °15 El derecho al agua (artículo 11 y 12 del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales)*, *Cuestiones Sustantivas que se plantean en la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, E/C.12/2002/11, 2002.

9 José Miguel Vásquez López, *El reconocimiento del derecho al agua en el derecho internacional y comparado. Lecciones a considerar para el reconocimiento constitucional en El Salvador* (San Salvador, El Salvador: Aequus, 2016).1a ed. (San Salvador, El Salvador: Aequus, 2016

Dentro del contenido normativo se tienen ciertos elementos que son constitutivos de éste, como son la accesibilidad física, accesibilidad económica, disponibilidad, calidad, y la no discriminación.

La accesibilidad física, de acuerdo a lo que establece la OG 15, atiende a que el agua debe estar al alcance físico seguro, dentro o cerca de cada vivienda, escuela o centro de trabajo. La accesibilidad económica, es la *asequibilidad*, quiere decir que el servicio no sólo debe ser accesible físicamente, sino también de forma económica. Los costos y cargos directos e indirectos asociados con el abastecimiento de agua deben ser asequibles.¹⁰

La Disponibilidad, se refiere a que el suministro de agua para cada persona debe ser continuo y suficiente para el uso personal o doméstico, es decir, sin cortes injustificados y al menos 5 litros por persona al día o 20 litros por familia al día.¹¹

La Calidad, consiste en que el agua que se utilice para uso personal o doméstico, se encuentre libre de microorganismos o sustancias químicas o radioactivas que puedan poner en riesgo la salud de las personas¹².

Y la No discriminación, es el elemento normativo del Derecho al Agua que permite que todas las personas puedan acceder a los recursos hídricos, a instalaciones de sistemas y al servicio de agua potable. Quiere decir de forma incluyente, sobre todo a grupos vulnerables, como niños, niñas, adolescentes, mujeres, personas con discapacidad, pueblos originarios, adultos mayores, etc.¹³

Las Obligaciones Estatales en relación al Derecho al Agua son esencialmente: Respeto, Protección, y Cumplimiento. La Protección implica que

10 COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, *Observación General n. °15 El derecho al agua (artículo 11 y 12 del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales)*, *Cuestiones Sustantivas que se plantean en la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*.

11 José Miguel Vásquez López, *El reconocimiento del derecho al agua en el derecho internacional y comparado. Lecciones a considerar para el reconocimiento constitucional en El Salvador.*"

12 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación General n. °15 El derecho al agua (artículo 11 y 12 del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales)*, *Cuestiones Sustantivas que se plantean en la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*.

13 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

el Estado no impida el ejercicio del Derecho al Agua a las personas, no contamine el agua, no impida el acceso a fuentes de agua o a conectarse a sistemas de agua potable. La Protección implica que el Estado evite que los particulares vulneren el Derecho al Agua, por ejemplo, cuando particulares impiden el acceso físico o económicos a agua potable, o contaminen los mantos acuíferos. Y la obligación de Cumplimiento comprende que el Estado diseñe las políticas públicas, marco normativo e instituciones públicas necesarias para satisfacer el Derecho al Agua; esta obligación trae aparejada la necesidad de reconocimiento del Derecho al Agua en las Constituciones Nacionales¹⁴.

III. Reconocimiento Jurisprudencial del Derecho al Agua como Derecho Implícito en El Salvador

En El Salvador, el proceso de reconocimiento del Derecho al Agua como un derecho fundamental, ha sido debatido por los grupos parlamentarios en la Asamblea Legislativa desde 2012, de tal forma que no ha sido posible su reconocimiento constitucional, tal como se ha podido apreciar anteriormente.

Sin embargo, y desde el ámbito jurisprudencial la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, en la Sentencia del 15- XII- 2014, Amparo 513- 2012, establece que el Derecho al Agua *se adscribe interpretativamente al derecho al medio ambiente, en relación con los derechos a la vida y a la salud (arts. 2 inc. 1º y 65 inc. 1º Cn¹⁵)*.

A partir de este reconocimiento jurisprudencial, se plantea el debate, si este reconocimiento constitucional del Derecho al Agua, como un derecho fundamental, es suficiente, o si por el contrario resulta necesario la reforma en el texto constitucional, en el cual se le conceda mayor certeza brindándole mayor seguridad y claridad a su contenido.

14 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

15 Sala de lo Constitucional, *sentencia 15- XII- 2014, Amp. 513- 2012* (San Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2014).

Existen dos posturas claras ante este debate, la primera afirma que no es necesario mayor reconocimiento ya que es suficiente la formulación del contenido normativo de este derecho por la vía de la jurisprudencia constitucional. Al respecto, la misma Sala de lo Constitucional en una resolución de improcedencia del 29-V-2015, Inc. 32-2015, ante una demanda de inconstitucionalidad por omisión, en la cual los demandantes planteaban que la Asamblea Legislativa había omitido ratificar una reforma constitucional realizada en el Art. 69 Cn., en donde se reconocía el derecho al agua, había violentado la obligación—según ellos— del Art. 248 Cn.; la Sala de lo Constitucional declaró improcedente esta demanda de inconstitucionalidad por diversos motivos, entre los cuales resalta que: *“dicho derecho ya ha sido reconocido por la vía jurisprudencial”*.¹⁶

La Sala sostuvo dentro de sus argumentos que: *“es posible concluir que los derechos fundamentales no pueden estar supeditados al reconocimiento de las mayorías legislativas, que, en el caso del derecho al agua, la jurisprudencia ha sido contundente en determinar el anclaje constitucional de este derecho y sus modos de ejercicio, así mismo se ha puesto en evidencia su necesidad de protección, más no de su reconocimiento”*.¹⁷

Si bien lo que la Sala quiere afirmar es, que no es necesario su reconocimiento, pues este derecho está implícito en otros derechos fundamentales, y de lo que requiere es protección constitucional, existen ciertas dudas sobre si el criterio jurisprudencial acerca de su reconocimiento pueda ser modificado en un futuro, aunque desde la visión del Derecho Internacional de los Derechos Humanos sean prohibidas las acciones regresivas en contra de los derechos ya reconocidos. Por tanto, existen sectores sociales que abogan por un reconocimiento explícito en la Constitución de 1983, por lo que han proliferado las iniciativas para que se reconozca explícitamente, pero con diferencias en el criterio donde debe reconocerse.

16 Sala de lo Constitucional, *Sentencia del 29-V-2015, Inc. 32-2015* (San Salvador, Corte Suprema de Justicia. 2015).

17 Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

IV. Propuestas de reconocimiento explícito del Derecho al Agua en la Constitución de 1983

A. Contexto de propuestas de reforma constitucional sobre el Derecho al Agua

Uno de los primeros elementos contextuales es la discusión por las propuestas de Ley General de Agua que han sido introducidas en la Asamblea Legislativa desde hace algunos años, y que ha llevado a la discusión sobre el ente rector que debe administrar el agua a nivel nacional. Esa discusión ha decantado en las posibles entidades que deben conformar el ente rector que administre el vital líquido. Así, el temor de que entidades privadas administren el agua ha permeado en el colectivo salvadoreño, como una Privatización del Agua; por tanto, debe analizarse, aunque sea de forma somera, la definición de lo que se considera *privatización*.

Al respecto, podríamos afirmar que hay dos posturas, una definición en *sentido estricto* y otra definición en *sentido amplio*. La primera, reconoce que la privatización es: “venta de empresas públicas al sector privado y contratación externa de servicios públicos a empresas privadas”.¹⁸ La segunda, la concibe desde una visión más amplia: “practica de delegar responsabilidades públicas en el sector privado”¹⁹. La primera concepción es la que se consolidó en la literatura especializada a partir de principios de los noventas: *Proceso mediante el cual la producción de bienes y servicios es retirada del sector gubernamental de la economía*”.²⁰

18 Germà Bel i Queralt y Amadeu Petitbò Juan, *Economía y política de la privatización local* (Madrid: Marcial Pons, 2006).

19 Bel i Queralt y Petitbò Juan.

20 Bel i Queralt y Petitbò Juan.

Precisamente los Programas de Ajuste Estructural impulsados por el Banco Mundial y por el Fondo Monetario Internacional, aplicaron la privatización como recetas a países latinoamericanos, como El Salvador, en donde se privatizó el Instituto Regulador de Abastecimientos, Escuela Nacional de Agricultura, Centro Nacional de Tecnología Agropecuaria, Bancos, Asociaciones de Ahorro y préstamo, producción y distribución de energía eléctrica, etc.²¹

A pesar que en la literatura especializada se haya decantado por esa visión estricta, en la realidad salvadoreña se percibe como privatización toda participación privada en cuestiones públicas, como puede ser la toma de decisiones en relación a los diversos usos del agua. Así, por ejemplo, en otros países existen modelos de privatización de los servicios de agua potable, que no corresponden necesariamente con la concepción dominante de “privatización”. Por ejemplo, el modelo chileno que privatiza ríos y ecosistemas, el modelo británico, que privatiza redes e infraestructuras de aguas y saneamiento en las ciudades británicas, y el modelo francés que promueve socios públicos-privados, en donde la gestión del servicio se realiza entre entes municipales y empresas privadas.

B. De la Ley General de Aguas a la Ley Integral del Agua

De tal forma que, se le ha denominado privatización a la participación del sector privado en la toma de decisiones relacionada a los usos del agua. Esa percepción se comenzó a generar desde que la nueva legislatura del período 2018- 2021, específicamente la Comisión de Medio Ambiente y Cambio Climático de la Asamblea Legislativa, que decidió no continuar discutiendo el Proyecto de Ley General de Aguas que había sido analizada en la legislatura anterior, la cual había sido propuesta por el Gobierno Central, a través del Ministerio de

21 Soledad Quintanilla, *El proceso de privatización de servicios públicos y los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en El Salvador* (San Salvador, El Salvador: Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos, s. f.).

Medio Ambiente, y en la cual se había alcanzado el consenso de los primeros 92 artículos.²²

El nuevo proyecto de ley que entró en el análisis de los legisladores y legisladoras, es denominada Ley Integral del Agua, y fue propuesta por un “Comité de Expertos Hídricos”, y respaldada por los partidos políticos PCN, PDC, GANA y ARENA, el día 14 de junio de 2017. Lo llamativo de este proyecto de ley, es que en el artículo 14 se refiere a la conformación de la Junta Directiva del ente rector del agua, Administración Nacional del Agua (ANA), el cual se propone con la participación de dos representantes de la Asociación Nacional de la Empresa Privada (ANEP), dos representantes de Corporación de Municipalidades de la República de El Salvador (COMURES), y un representante del Presidente de la República. Claramente las decisiones del ente rector quedarían en un 80% en el sector privado, con los votos de COMURES, que es liderado por el sector político de derecha en El Salvador.

Así las cosas, se iniciaron manifestaciones contra la posibilidad de que se conformara un ente rector del agua, con participación del sector privado, junto a las aclaraciones de los parlamentarios de la Comisión de Medio Ambiente y Cambio Climático, de que su propuesta no era privatizadora. Hay que aclarar que ambos proyectos de ley, Ley General del Agua y Ley Integral del Agua, se reconoce el Derecho al Agua, como un derecho humano.

Sumado a lo anterior, la campaña presidencial estaba por iniciar, por lo que el tema se pospuso hasta después de los comicios por ser un tema delicado, no sin antes dar una propuesta que tranquilizara a la población, el cual fueron propuestas de reforma a la Constitución de 1983, en el que se reconocía el Derecho al Agua como un Derecho Fundamental.

22 La Prensa Gráfica, «El debate por la ley de agua: todo lo que un salvadoreño debe saber al respecto», 11 de julio de 2018. *“Se han ratificado 13 artículos. Cinco por la legislación pasada y ocho por la actual. El artículo número 10 recoge la creación de la Autoridad Hídrica. Sin embargo, el tema de la conformación de la junta directiva del ente regulador del agua se toca en el artículo 14, que todavía no ha sido discutido. La legislatura pasada ya había consensuado 92 artículos que fueron dejados de lado. Se inició de cero tomando como base la propuesta de la Asociación Nacional de la Empresa Privada (ANEP), de la Ley Integral del Agua”.*

Fue así, que los partidos ARENA y FMLN, han propuesto que se reconozca el Derecho al Agua en el Art. 69 Cn., inciso segundo. Y la Iglesia Católica y la Universidad de El Salvador han propuesto que sea en el Art. 2 Cn.

C. Propuesta de Reforma Constitucional de la Universidad de El Salvador sobre El Reconocimiento del Derecho al Agua

La propuesta de UES reza de la siguiente forma:

“Intercálese dos incisos entre el primero y el segundo inciso del Artículo 2, de la siguiente manera:

El Agua es un bien público necesario e indispensable para la vida. En consecuencia, se reconoce el Derecho al Agua como un derecho fundamental de la Persona Humana.

La gestión del recurso hídrico estará a cargo del Estado, quién deberá priorizar el uso para consumo humano. La prestación del servicio público de agua potable y saneamiento deberá ser suministrada directamente por operadores estatales, municipales y asociaciones comunales o Juntas de Agua sin fines de lucro.”

Actualmente, continúa en discusión la reforma constitucional por parte de la Asamblea Legislativa.

Conclusiones

- a) El Salvador tiene una deuda de reconocimiento del Derecho al Agua en la Constitución de la República, de acuerdo a Organismos Internacionales de Derechos Humanos; esta reforma podría coadyuvar en la visión de la administración del agua en general, materializada en una Ley General de Aguas desde una visión de Derechos Humanos que priorice el uso de agua para consumo humano y saneamiento;
- b) El Reconocimiento del Derecho al Agua desde la vía de la Jurisprudencia

de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador, ha constituido un avance muy importante, más no suficiente, ya que temores de sectores sociales, apuntan a que pueda haber una regresión en el reconocimiento jurisprudencial, por lo que abogan por que sea reconocido con mayor nitidez, certeza y seguridad dentro del texto de la Constitución de 1983; de hecho, las 4 iniciativas de reforma constitucional: ARENA, FMLN, IGLESIA CATÓLICA/UCA, y UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR, demuestran el interés porque su reconocimiento explícito le dé más seguridad y certeza a las personas más vulnerables;

- c) Las iniciativas de reconocimiento constitucional revelan también el interés de la clase política en el manejo del vital líquido, ya que, las propuestas de reforma constitucional están ligadas a los proyectos de Ley General de Aguas o Ley Integral del Agua, debido a que, en ambos textos aparece reconocido el Derecho Humano al Agua; es muy aventurado pensar que este tema pueda usarse como un instrumento electoral, pero podría utilizarse en la medida que la sociedad civil organizada persista en señalar la privatización del agua como un peligro en la administración general del vital líquido;
- d) La Universidad de El Salvador ha propuesto una reforma constitucional en el artículo 2 de la Constitución de 1983, en virtud de ciertos conceptos, los cuales son: 1) declaración del agua desde la visión ecosistémica, que prioriza al agua como un recurso natural que puede ser accesible uso humano, pero también enfatiza su protección; 2) Que el Derecho al Agua debe ser un Derecho Fundamental para la Persona Humana, y no para las personas jurídicas; y 3) Que la administración del servicio de agua potable y el saneamiento sea asignada a entes eminentemente públicos o sin fines de lucro, y no sectores corporativos con fines de lucro.

Por supuesto, que el acompañamiento y el esfuerzo técnico de la Universidad de El Salvador en este tema apenas comienza; las autoridades, sector académico y estudiantil, tenemos claridad que es necesario el reconocimiento del Derecho al Agua, como Derecho Fundamental, y hacia allá caminamos junto al pueblo salvadoreño.

*Esta revista se diagramó
en la Imprenta Universitaria
de la Universidad de El Salvador,
en noviembre de dos mil veinte.
Final Avenida "Mártires Estudiantes
del 30 de julio". Ciudad Universitaria
"Dr. Fabio Castillo Figueroa".
San Salvador, El Salvador, Centro América.
Teléfono: (503) 2511-2039.*

 Imprenta
Universitaria
Universidad de El Salvador



REVISTA DERECHO

REQUISITOS PARA LA PUBLICACIÓN DE ARTÍCULOS “AEQUUS EDITORIAL”

La Revista Derecho se especializa en temas de las Ciencias Jurídicas y Sociales, reuniendo la producción académica de docentes, estudiantes y graduados de la Facultad, así como profesionales e investigadores nacionales e internacionales y la comunidad universitaria en general para promover la difusión del trabajo científico e incorporar un espacio para la divulgación y discusión de temas de relevancia nacional e internacional. En ella se presentan artículos académicos, investigaciones, ponencias, estudios de jurisprudencia entre otros. Para realizar una publicación en la Revista, se deben cumplir los siguientes requisitos:

- a) Poseer evidente calidad científica, estar redactados de forma impersonal, es decir escritos en tercera persona del singular y conforme a las reglas de la gramática española, ortografía y sintaxis.
- b) Los textos se entregarán en formato Word, escritos en letra Arial de 11 puntos a un espacio y medio, con una extensión de 15 a 20 páginas tamaño carta.
- c) El título será lo más ilustrativo y conciso posible, escrito en idioma español y después en inglés, compuesto de entre 8 o 9 palabras claves significativas del texto.
- d) Resumen: Se deberá incorporar un resumen de entre 250 y 300 palabras en español y a continuación su traducción al inglés (abstract). El resumen se estructurará recogiendo el objetivo o finalidad de la investigación, los procedimientos básicos del mismo y los resultados o conclusiones del estudio.
- e) Palabras clave: Luego del resumen se deben incluir de 5 a 10 palabras claves o descriptoras, expresadas en español y en inglés (Keywords).
- f) Los artículos se acompañarán de un curriculum extractado (entre 50 y 75 palabras) de los autores, que indique su perfil académico y profesional, así como sus principales líneas de investigación y su afiliación académica.
- g) Todas las citas y referencias deberán respetar el Manual de Estilo Chicago (edición 16, nota completa).
- h) Los trabajos estarán sujetos al dictamen del Consejo Editorial. Los artículos aceptados se someterán a corrección de estilo por parte del Consejo Editorial de la Revista y su publicación estará sujeta a disponibilidad de espacio en cada número de la misma.
- i) Los autores que envíen sus trabajos a la revista aceptan: el dictamen emitido por el Consejo Editorial, autorización para publicarla en la revista en formato físico y posteriormente vía electrónica, reimpresión en ediciones especiales de la Facultad y en cualquier otro medio que permita lograr una mayor y mejor difusión.
- j) Los trabajos deberán entregarse a la Unidad de Investigación de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales en formato digital o deberán ser enviados al correo correo electrónico investiga.ues.jcs@gmail.com, para ser revisado y evaluado por el Consejo Editorial. Los autores se someten a la revisión de su trabajo y a la posterior subsanación de las mismas.

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES
UNIDAD DE INVESTIGACIÓN



UNIDAD DE INVESTIGACIÓN
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

Teléfonos: 25112000 Ext. 6526.
Ciudad Universitaria



Aequus Editorial



Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales
Universidad de El Salvador
ISSN: En trámite