

Revista Derecho

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

NÚMERO V

Octubre de 2021



Revista Derecho

El Salvador, octubre de 2021

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

Secretario de Asuntos Académicos

Ing. Carlos Ernesto Vargas Ramos

Revista Derecho Universidad de El Salvador

Facultad de Jurisprudencia
y Ciencias Sociales

Escuela de Ciencias Jurídicas

Octubre 2021

Directora de la Revista:

Dra. Evelyn Beatriz Farfán Mata

Consejo Editorial:

Msc. Hugo Dagoberto Pineda Argueta

Mcp. Evelin Patricia Gutiérrez Castro

Licda. Odaly Sánchez de Rodríguez

Revisores:

Argentina

Mg. Milton Hernán Kees

Mg. Leonardo Facchin

El Salvador

Msc. Junior Concepción Zelaya Flores

Msc. Wilfredo Antonio Jovel

Traductora:

Licda. Ana Elizabeth López Lazo

Diseñadora y diagramadora:

Licda. Jeimy Patricia Guerrero Bonilla

ISSN (En línea):

2789-3960



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: investigacion.jurisprudencia@ues.edu.sv

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

Secretario

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 Docentes

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

Licda. 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. Danny Obed Portillo Aguilar

Coordinador del Socorro Jurídico

Licda. Ammi Raquel Martínez Delgado

Unidad de Investigación

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	13
<i>Msc. Hugo Dagoberto Pineda Argueta.</i>	

ARTÍCULOS

Teoría del Consecuencialismo: “¿quién genera el precedente?” Previsión y Seguridad Tarea de los operadores jurídicos	23
<i>Vanesa Ruiz</i>	
Introducción.....	25
I. El precedente y su creación.....	26
II. Precedente previsor, prudente y justo	27
III. Previsión y seguridad en el sistema de justicia	34
Conclusiones	35
 Diez años de reforma procesal civil y mercantil en El Salvador	37
<i>René Alfonso Padilla y Velasco</i>	
Introducción.....	39
I. La reforma al proceso civil y mercantil.....	40
II. El proceso oral como elemento del debido proceso.....	42
III. El modelo de gestión judicial de los nuevos juzgados civiles	45
IV. La necesidad de contar con gestión judicial para cada caso (case management).....	47
Conclusiones	49
 La propiedad intelectual, derechos de autor y la era de las nuevas tecnologías en El Salvador.....	51
<i>José Miguel Saravia Dueñas</i>	
Introducción.....	53
I. La propiedad intelectual, ahora	54
II. La era digital y la PI	58
III. El derecho de autor y su protección registral.....	60
IV. Los programas de computadora o software.....	63
V. Propiedad intelectual y el comercio electrónico.....	67
Conclusiones	70

Los debates sobre la Sociología del Derecho.....73

Luis Antonio Tobar Quintero

Introducción.....	75
I. Historia de las ideas políticas y jurídicas como precursoras de la Sociología del Derecho	76
II. Concepto y objeto de estudio de la Sociología del Derecho	82
III. Los estudios de los fenómenos jurídicos desde la Sociología del Derecho	86
Conclusiones	92

Programas de cumplimiento. ¿Un mecanismo efectivo para controlar la Criminalidad Económica? 95

Kevin Gerardo Menjivar Guardado

Introducción.....	97
I. ¿Qué es <i>Compliance</i> ?	99
II. Criminalidad Económica. ¿Puede delinquir una persona jurídica?	103
III. Solución al problema de imputación de responsabilidad penal de las personas jurídicas.....	106
IV. <i>Compliance</i> ¿Es un efectivo mecanismo de control? ¿Cumple su función preventiva en la comisión de delitos?.....	111
V. Modelos de autorregulación.....	115
Conclusiones	118

Responsabilidad penal de las personas jurídicas 119

María Elena Carvajal Duarte

Introducción.....	121
I. Breve referencia de la evolución internacional de la responsabilidad penal de las personas jurídicas	122
II. Responsabilidad de las personas jurídicas sobre cohechos domésticos, soborno transnacional y otros delitos: Ley 9699.....	125
III. Caso del aceite de colza en España y Caso Cochinilla en Costa Rica.....	130
IV. Modelo facultativo de organización, prevención de delitos, gestión y control	135
Conclusiones	139

ESTUDIOS

El tratamiento del principio de especialidad (<i>lex specialis derogat legi generali</i>) y el régimen preventivo de antinomias en la Ley de Procedimientos Administrativos.....	143
<i>Jaime Edwin Martínez Ventura</i>	
Introducción.....	145
I. Las antinomias o contradicciones normativas	148
II. Los criterios tradicionales de resolución de antinomias.....	160
III. La ponderación: un método alternativo o sustitutivo para la solución de antinomias.....	167
IV. El tratamiento del principio de especialidad en la LPA	169
Conclusiones	180
 La Constitucionalización del Derecho Administrativo en El Salvador.....	185
<i>Rubio Edenilson Barahona Molina</i>	
Introducción.....	187
I. Principios constitucionales administrativos.....	189
II. Control constitucional del Derecho Administrativo salvadoreño	200
III. Breves consideraciones.....	209
Conclusiones	211

PRESENTACIÓN

Presentación

Msc. Hugo Dagoberto Pineda Argueta.¹

La investigación científica, es uno de los fines de la educación superior universitaria; con la que además se mide la excelencia académica de la Universidad en general y de nuestra Facultad en particular, por lo que es deber institucional apoyar al personal académico para que realice y publique investigaciones científicas.

En la presente edición de la Revista Derecho, la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la Universidad de El Salvador, por medio de su sello editorial, incorpora valiosos artículos de investigaciones de nuestro personal académico, de hijos de esta casa de estudios, de estudiantes y de amigos de ésta; en los que, con rigor científico, reflexionan temas de actualidad y trascendencia; por lo que, no dudamos, que constituyen un aporte importante para la comunidad jurídica nacional.

El Msc. José Miguel Saravia Dueñas, en su artículo “La propiedad intelectual, derechos de autor y la era de las nuevas tecnologías en El Salvador”; nos muestra como este tipo de propiedad, desde la aparición de la imprenta, ha sido objeto de protección por el ordenamiento jurídico; desde las

1 Es profesor titular de Derecho Constitucional, de Derecho Internacional Público, Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario; Derecho Administrativo, Derecho Procesal Administrativo en la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la Universidad de El Salvador; Director de la Escuela de Ciencias Jurídicas de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la Universidad de El Salvador, Licenciado en Ciencias Jurídicas, Master en Derecho Judicial, Master en Derecho Penal Económico; Diplomado en diversas ramas del Derecho, Consultor en Derecho Laboral y Administrativo, Juez suplente, Abogado y Notario de la República.

manifestaciones más básicas de la expresión de ideas humanas, hasta los más grandes avances tecnológicos de la era digital en la que vivimos hoy en día; que más recientemente, se han incorporado a esta propiedad, los programas de computadora o software, los cuales han tenido impacto en la llamada cuarta revolución industrial; la que, a través de las tecnologías de la información fomenta la actividad empresarial, convirtiendo los activos intangibles en bienes de alto valor económico para las sociedades mercantiles; nos comenta cómo la protección de este derecho y teniendo en cuenta que posee ciertas características particulares, se alcanza su protección.

Nos aclara que no existe una postura única en cuanto a la naturaleza de protección de los derechos de autor, pero nos expresa que todos coinciden en su determinación a resguardar el esfuerzo inventivo del autor y su necesidad de protección. Nos dice que, en las relaciones mercantiles del comerciante, la propiedad intelectual se vuelve un factor determinante en su expansión y apertura a nuevos mercados tecnológicos y globalizadores la propiedad intelectual se vuelve vital para mantener las ventajas competitivas en la irrupción de estos nuevos mercados digitales.

El Lic. Luis Antonio Tobar Quintero, con su investigación denominada “Los debates sobre la Sociología del Derecho”, partiendo del supuesto que, el Derecho es una disciplina que se exterioriza en normas jurídicas orientadas a regular los comportamientos sociales, y que estos son parte del objeto de estudio de la Sociología, nos recuerda que la sociología del Derecho es una rama de la Sociología general, que comenzó a tomar importancia a mediados del siglo XIX en Europa, posteriormente lo hizo en Estados Unidos y América Latina. Desde los fundadores de la sociología, los problemas jurídicos han sido uno de los temas explicados en sus diferentes obras, de esta manera la relación Derecho-sociedad se ha vuelto más sólida en la era moderna. Por lo tanto, el objetivo del artículo es analizar los diferentes debates surgidos en torno a esta problemática, promovidos desde la rama de la sociología del Derecho y su importancia para

explicar la normatividad en las sociedades.

Por su parte, **Kevin Gerardo Menjivar Guardado**, en su artículo “Programas de cumplimiento. ¿Un mecanismo efectivo para controlar la criminalidad económica?”, analizará el denominado Soft Law, específicamente los programas de compliance, y nos comenta las diversas denominaciones con las que estos son conocidos. Efectúa preliminarmente una introducción teórica-doctrinaria a la figura del Compliance y reflexiona respecto a la clásica discusión sobre la posibilidad, que las personas jurídicas puedan delinquir y sobre los modelos de atribución de responsabilidad penal para las personas jurídicas; concluye su investigación, con el análisis del propósito del Compliance como un “efectivo mecanismo de control de la criminalidad económica” y los modelos de autorregulación planteados por la doctrina para asumir tal propósito. Investigación que se enmarca en el moderno Derecho Penal Económico.

La Msc. María Elena Carvajal Duarte, con su investigación denominada “Responsabilidad penal de las personas jurídicas”, pareciera dar continuidad al artículo antes mencionado, puesto que en su investigación se centra en examinar las generalidades de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, con el fin de evitar la comisión de delitos dentro de su estructura. De manera sucinta, hace una referencia breve a la evolución internacional de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Comenta, casos icónicos y emblemáticos referidos al tema, tales como el caso del Aceite de Colza en España, y el caso Cochinilla en Costa Rica; además alude a las generalidades del modelo facultativo de organización, prevención de delitos, gestión y control que se puede implementar a lo interno de la estructura societaria con el fin de mitigar la comisión de delitos transfronterizos, condición que es utilizada en ocasiones, alejándose de los compromisos de cumplimiento y, así, cometer actos contrarios a ley. Es decir, que también aborda los denominados programas de cumplimiento normativo.

René Alfonso Padilla y Velasco, nos presenta “Diez años de reforma procesal civil y mercantil en El Salvador”, nos recuerda que el primero de julio

de dos mil veinte, se cumplieron diez años de la entrada en vigencia del Código Procesal Civil y Mercantil en El Salvador; y que sin embargo, la fecha pasó desapercibida en medio de la reanudación de labores después de la cuarentena decretada por la pandemia del SARS-Cov2; así que, se le dio prioridad a la transformación digital del Órgano Judicial. No obstante, la ocasión es propicia para hacer un repaso de la situación en que se encuentra la reforma procesal civil y mercantil a diez -once ya- años de haberse promulgado el Estatuto que constituye el Derecho común de las jurisdicciones de familia, laboral, ambiental, contencioso administrativo, etc.; lo que permite examinar cómo son juzgadas las cuestiones fuera del ámbito del proceso penal, que si bien requieren un tratamiento especial por la materia a ellas vinculada, utilizan un proceso que sigue pautas similares.

Nos plantea en su análisis, de que, pese a la reforma procesal civil y mercantil, particularmente la implementación de la oralidad, se ha mantenido el modelo de trabajo judicial tradicional, basado en compilar información escrita en un expediente. Por lo anterior, propone, para superar el desfase entre la norma y la práctica judicial, acoger la centralidad de la audiencia como fuente y registro de información y el concepto de la gestión judicial del caso.

Vanesa Ruiz, jurista argentina; con su “Teoría del consecuencialismo: “quién genera el precedente.? Previsión y Seguridad. Tarea de los operadores jurídicos”, nos explica que los precedentes judiciales son fuente de creación del Derecho, y que, por lo tanto, es necesaria su divulgación y conocimiento; tanto entre el operador jurídico, al plantear el caso, para citarlo, cuando le es favorable a los derechos que defiende; como por parte del Magistrado para resolverlo y aplicarlo a la sentencia que dicta. Sin embargo, nos dice, que esta aplicación del precedente se realiza desde una mirada retrospectiva del instituto, que se aplica con mirada prospectiva, orientada a crear nuevos caminos, sin menospreciar los existentes o los ya transitados, nos aclara que el futuro precedente, dependerá más de lo que se haga en el hoy, que lo que se hizo en el pasado. Sostiene que,

para ello, debe conocerse quién es en definitiva el que genera los precedentes o ¿cómo hacer para su cambio?, ya que el caso de hoy, se puede convertir en el precedente del mañana. Nos insta o desafía a que demos respuesta a la pregunta de ¿si son sólo los Jueces quienes originan los precedentes? Ò ¿si también forman parte de su creación otros operadores jurídicos y en particular los abogados? Para ayudarnos a dar respuesta a tales interrogantes, nos afirma que los abogados, son los profesionales del Derecho que ponen en movimiento la máquina judicial cuando interponen su demanda -fundada en la norma, en la doctrina y en precedentes-; por lo que no se reducen a meros espectadores, sino en litigantes que activan el sistema de administración de justicia. Se concluye de este artículo, que los abogados en libre ejercicio, contribuyen en la creación del Derecho.

El Msc. Jaime Edwin Martínez Ventura, con su investigación, denominada “El tratamiento del principio de especialidad y el régimen preventivo de antinomias en la Ley de Procedimientos Administrativos”, nos explica en qué consiste el principio de especialidad, y nos muestra cómo sobre la base de éste, resolver los casos de contradicción entre una norma especial previa y una norma general posterior, haciendo prevalecer la primera. Razona por qué el principio de especialidad es universal del Derecho y que opera como un criterio de solución de antinomias o contradicciones normativas. Desarrolla algunos aspectos generales de las antinomias como son su definición, requisitos, criterios de identificación, las clases de antinomias y las reglas o criterios de solución de las mismas.

Centra el interés de su investigación, en descubrir cuál es el tratamiento que la Ley de Procedimientos Administrativos, regula acerca de este principio y sobre las posibles antinomias que surjan a partir de la entrada en vigencia de la primera. Sostiene que el principal hallazgo es que la LPA establece un “Régimen Preventivo de Antinomias de Doble Vertiente”: Por un lado, como regla general, establece la derogatoria expresa, nominada o innominada, de

leyes o normas especiales previas que contradigan a la LPA; y, por otro lado, como excepción, se impone la prevalencia expresa de determinadas normas especiales. Este régimen se complementa con el “Mandato de Subsanción de Antinomias con Prevalencia de la LPA”, establecido en su art. 166, que obliga a las instituciones estatales a adecuar a la LPA las normas de cualquier naturaleza que reglamenten los distintos procedimientos administrativos que pudieren ser incompatibles con lo previsto en dicha ley.

Podemos notar, como este artículo se enmarca en el denominado moderno Derecho administrativo, en donde a la persona ya no se le ve como un administrado, sino como un ciudadano, titular de derechos frente a la Administración pública; en el que, además, se institucionaliza el procedimiento administrativo constitucionalmente configurado.

Finalmente, **Rubio Edenilson Barahona Molina**, en su investigación, “La Constitucionalización del Derecho Administrativo en El Salvador,” analiza el tema, a la luz de la moderna doctrina de los expositores del Derecho administrativo y de la jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resalta la vinculación existente entre el Derecho constitucional y el Derecho administrativo, reconoce que el primero genera al segundo, y que el Derecho constitucional, tiene una fuerte incidencia doctrinal y jurisprudencial en el Derecho administrativo. Así, vislumbra con detenimiento, aspectos históricos que han sido determinantes para el desarrollo de la constitucionalización del Derecho administrativo, que devienen desde la década de los 80 en adelante, aspectos que vuelven creciente y necesaria la creación de la Sala de lo Constitucional con la entrada en vigencia de la Constitución de 1983, lo cual generó un desenvolvimiento en la garantía y protección de los derechos y bienes jurídicos en materia constitucional. Finalmente, el artículo desarrolla algunas figuras en materia administrativa y cómo estas se ven fuertemente impactadas con la aplicación de la normativa constitucional y el control constitucional que realiza la Sala en el marco de sus facultades y potestades.

Los artículos antes mencionados, sin duda se convierten en valiosos aprendizajes, que nos desafían e instan a la insurrección académica, para cuestionar tales saberes y para construir sobre ellos nuevos aprendizajes. En hora buena, felicitaciones a todos los investigadores que contribuyeron con esta edición de la Revista; y animo a toda nuestra comunidad, docentes y estudiantes, a que se introduzcan en el campo de la investigación y continúen enalteciendo el buen nombre de nuestra casa de estudios.

ARTÍCULOS

Teoría del Consecuencialismo:
“¿quién genera el precedente?”
Previsión y Seguridad
Tarea de los operadores jurídicos.

Vanesa Ruiz

**TEORÍA DEL CONSECUENCIONALISMO: “¿QUIÉN GENERA EL PRECEDENTE?”
PREVISIÓN Y SEGURIDAD
TAREA DE LOS OPERADORES JURÍDICOS**

Vanesa Ruiz.

RESUMEN

Los precedentes judiciales son fuente de creación del derecho, por lo tanto, es necesario su divulgación y conocimiento. Tanto por parte del operador jurídico, al plantear el caso, para citarlo, cuando le es favorable a los derechos que defiende; como por parte del Magistrado para resolverlo y aplicarlo a la sentencia que dicta. Sin embargo esta aplicación del precedente se realiza desde una mirada retrospectiva del instituto, ahora bien, si se aplica con mirada prospectiva, orientada a crear nuevos caminos, sin menospreciar los existentes o los ya transitados, el futuro precedente entonces, dependerá más de lo que se haga en el hoy, que lo que se hizo en el pasado. Para ello, debe conocerse quién es en definitiva el que genera los precedentes o ¿cómo hacer para su cambio? Ya que el caso de hoy, se puede convertir en el precedente del mañana. Puede cuestionarse ¿son sólo los Jueces quienes originan los precedentes? ¿también forman parte de su creación otros operadores jurídicos y en particular los abogados? Estos últimos son los profesionales del derecho que ponen en movimiento la máquina judicial cuando interponen su demanda; por lo que no se reducen a meros espectadores, sino en litigantes que activan el sistema de administración de justicia.

PALABRAS CLAVES: Teoría consecuencialista - sentencia arbitraria - sentencia imprevisorasentencia razonable - precedente - fuentes del derecho - función abogados - función operadores jurídicos - práctica social - control constitucional.

**CONSEQUENCIONALISM THEORY: “WHO GENERATES THE PRECEDENT?”
SAFETY AND SECURITY
TASK OF LEGAL OPERATORS**

Vanesa Ruiz.

ABSTRACT

Judicial precedents are a source of law creation, therefore, it is necessary their disclosure and knowledge. Both on the part of the legal operator, when presenting the case, to cite it, when it is favorable to the rights he defends; and on the part of the Magistrate to resolve it and apply it to the sentence he issues. However, this application of the precedent is made from a retrospective view of the institute, however, if it is applied with a prospective view, oriented to create new paths, without underestimating the existing ones or those already traveled, the future precedent will then depend more on what is done today, than what was done in the past. For this, it must be known who ultimately generates the precedents or how to change them. Because today's case may become tomorrow's precedent. Is it only the Judges who create precedents? Or, Are there other legal operators, particularly lawyers, also involved in their creation? The latter are the legal professionals who set the judicial machine in motion when they file their lawsuit; therefore, they are not reduced to mere spectators, but to litigants who activate the justice administration system.

KEYWORDS: Consequentialist theory - arbitrary sentence - unpredictable sentence - reasonable sentence - precedent - sources of law - lawyers function - legal operators function - social practice - constitutional control.

Teoría del Consecuencialismo: “¿quién genera el precedente?” Previsión y Seguridad Tarea de los operadores jurídicos

“Los operadores jurídicos somos agentes de cambio, podemos generar sentencias previsoras y no arbitrarias, aplicando la teoría consecuencialista en nuestros planteos, ya que no todo vale en el derecho”.

Vanesa Ruiz¹
Argentina

Introducción.

El marco jurídico del sistema argentino es amplio, está regido por una normativa internacional suscrita por el Estado, que otorga vigencia interna a instrumentos internacionales, así como también por la Constitución, numerosas leyes y continuos decretos; últimamente, muchos de ellos de necesidad y urgencia, por ordenanzas, e innumerable normas vigentes. Por lo que, ante una situación concreta a resolver, se cuenta con una pluralidad y complejidad del sistema de fuentes del derecho.

En este punto, se coincide con el sistema jurídico ecuatoriano, en que los operadores deben conocer la normativa aplicable para ese caso en concreto, pero no sólo las normas de fondo aplicables, sino también la interpretación que se ha realizado de ellas en el transcurso del tiempo y las que en la actualidad

1 Abogada; Especialista Universitaria en Daños y Perjuicios y Contratos (UNCOMA), Especialista Universitaria en Derecho Procesal Civil (UBA), Especialista en Justicia Constitucional y Derechos Humanos (Universidad de Bolonia c/ UBA); Maestrando en Derecho Comercial y de los Negocios (UBA); Profesora ayudante de Primera Regular, dedicación simple (por concurso) Derecho Civil III (Contratos) en carrera Abogacía, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales en la UNCO. Profesor Ayudante de Primera Regular, dedicación simple (por concurso) Cátedra Derecho en Servicio Social, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales en la UNCO. Ponente en Jornadas Nacionales. Autora de artículos y libros de derecho.

efectúan los juzgadores que van a resolverlo; además de la normativa sustancial y conocer el vehículo por el cual deben encausarla.

Y a ello, debe añadirse que deberá tenerse en cuenta, que los juzgadores de ese caso concreto, pueden a su vez, haber sentado un precedente para la resolución de casos análogos o entrever la posibilidad que lo pretendan sentar, en este caso en particular o cambiar el ya establecido para casos similares. Por lo que el precedente resulta una fuente del Derecho tanto para Argentina como para Ecuador.

I. El precedente y su creación.

Ahora ¿quién crea el precedente? Ya que son el conjunto de sentencias para casos análogos. Para que exista precedente o jurisprudencia debe haber previamente sentencia, que consiste en *“la decisión de un juzgador acerca del asunto o asuntos sustanciales del proceso”*.²

La decisión de la sentencia es obligatoria en la causa o inter partes, es decir, sólo afecta favorable o desfavorablemente a las partes intervinientes en el juicio. Decisión que debe ser motivada, esto es, que cumpla con los elementos básicos de razonabilidad, lógica y comprensibilidad, porque debe contener una razón jurídica que permitirá orientar a otras decisiones o sentencias sobre los mismos hechos y puntos de derecho, que se constituye en el antecedente o precedente que conforman la jurisprudencia en los términos de la Constitución y legislación ecuatoriana.³ Pero además, la sentencia como se verá a continuación debe ser previsor, para no ser arbitraria.

Pero para llegar a ese precedente, a los propios magistrados debe haberseles presentado el caso para su decisorio, quienes deben evaluarlo a su

2 Iván Agustín Cevallos Zambrano, “El precedente, la jurisprudencia y las reglas jurisprudenciales de la Corte Constitucional y la Corte Nacional y su incidencia en la administración de justicia en el Ecuador” (Tesis de Maestría, Universidad Regional Autónoma De Los Andes “UNIANDES”, 2017).

3 *Ibíd.*

vez, tener presente las consecuencias de su decisión en el entorno social en que opera el derecho y en los valores constitucionalmente tutelados,⁴ lo que además puede generar un nuevo precedente o aplicar el existente.

Y es allí, cuando los operadores jurídicos y en particular los abogados, no pueden dejar pasar la oportunidad de señalar, en sus escritos, esas posibles consecuencias de decidir en uno u otro sentido, ya que el ordenamiento jurídico propone ciertos valores u objetivos políticos y morales, que deben ser perseguidos por todos los operadores jurídicos.⁵ No sólo para el caso en concreto, sino también para los futuros; y en última instancia, plasmar el mensaje que se podría transmitir a la comunidad sobre la que ejercen su poder jurisdiccional. Generar con los planteos el futuro precedente que se puede sentar.

Por ello, los operadores jurídicos, en su totalidad, y en especial los jueces al resolver no pueden dejar de evaluar las consecuencias de su decisión para el caso concreto.⁶

II. Precedente predictor, prudente y justo

2.1 Antecedentes jurisprudenciales

En Argentina, el más alto Tribunal Nacional, la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN), señala como arbitraria aquella sentencia que resulta imprevista, es decir, cuando el juez que la dictó no ve con anticipación los efectos que surgirán de su decisión, o se desentiende de lo que ha de suceder con posterioridad a su accionar, ni dispone o prepara medios contra futuras

4 Corte Suprema de la Justicia de la Nación, Argentina, del precedente causa T.177.XL "Telefónica de Argentina S.A. s/ acción de inconstitucionalidad", sentencia del 11 de julio de 2007, Fallo: 330-3098.-

5 Cf. Mario Ruiz Sanz "Argumentación racional y consecuencialismo en la decisión judicial", consultable en publicación digital <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/174639.pdf>.-

6 Sergio Matio Baroto, "La justiciabilidad de los D.E.C.S. - El activismo judicial y sus límites" (Ponencia en el XIV Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, BsAs 2019). Nº ponencia S5 5003.

contingencias nacidas de su obrar jurisdiccional.⁷

En casos tales como “Baliarda”, la Corte, en 1981, en su considerando tercero, explica que uno de los índices más seguros para verificar la razonabilidad de la inteligencia de una norma y su congruencia con el resto del sistema a que esta engarzada, es la consideración de sus consecuencias.⁸

Sin embargo, con anterioridad a tal fallo, en idénticos términos se había pronunciado el Procurador General de la Nación, Dr. Sebastián Soler, in re “Grisolía, Francisco M.”, de 23 de abril de 1956, opinión a la que la Corte adhirió.

También en el fallo “Massa”,⁹ en el 2006, en su considerando 11^o,¹⁰ deja ver una función social de la CSJN al brindar una respuesta institucional que prioriza con sus resultados lograr la paz social, prevista nada más y nada menos que en el Preámbulo de la Constitución.

Un derecho imprudente e imprevisor es, a todas luces, un derecho en gran medida injusto, en cuanto posibilita la ineficacia, el desorden o la arbitrariedad.¹¹

7 Cf. Néstor Pedro Sagüés, *Derecho Procesal Constitucional- Recurso Extraordinario*, T. II, 2da edición (Buenos Aires, Argentina: Ed., Astrea, 1989), 370. Doctrina de Fallos 303:917;234:482; 295:1001. Sagüés, a su vez indica la sentencia imprevisora es la que no mide los efectos de lo decidido, sea en cuanto al caso concreto o, también, las sentencias posteriores o impacto del fallo en otros pronunciamientos.

8 CSJN, Argentina, “Bagliarda José Luis y Otros s/ Inf. Ley 12906-incidente de prescripción de la acción” 2 de Julio de 1981.

9 Corte Suprema de Justicia, Sentencia de fecha 27 de Diciembre de 2006, Nro. Interno: M. 2771, (capital federal, ciudad autónoma de buenos aires, Magistrados: Mayoría: Highton de Nolasco, Zaffaroni, Lorenzetti. Voto: Fayt, Argibay. Abstencion: Petracchi, Maqueda Id SAJJ: FA06000358).

10 Considerando “11) *Que esta sentencia constituye, por lo tanto, el corolario de un prolongado y fecundo debate entre los miembros de este Tribunal que, en pos de dar una respuesta institucional a una controversia de inusitadas características, han dado prioridad a los puntos de coincidencia en cuanto a la ponderación de los resultados para lograr la paz social, que es la más alta función que le cabe a la Corte Suprema siguiendo los lineamientos fijados en el Preámbulo de la Constitución Nacional.*”

11 Fundamentos de la Procuración del Tesoro de la Nación al interponer recurso extraordinario, deducido contra la sentencia de la Sala 2 de la Excelentísima Cámara Nacional en lo Civil y Comercial Federal del 10 de octubre de 2006, cita a “*Es por tal razón que se ha considerado que “el juzgador que no mide los efectos de lo decidido en cuanto al caso concreto, o también las secuencias posteriores o el impacto del fallo en otros pronunciamientos, consume una interpretación descalificable por imprevisora*”. Ricardo Luis Lorenzetti, *Teoría de la decisión judicial* (Santa fe: Ed. Rubinzal-Culzoni, 2006), 399. Verificable en https://www.academia.edu/13761703/I_LA_DECISI%C3%93N_APELADA_PROVIENE_DE_EL_SUPERIOR_TRIBUNAL_DE_LA

Ha dicho la Corte Suprema Nacional en Argentina, que cuando dos interpretaciones de la ley son posibles, el intérprete debe descartar aquella que conduzca a resultados disvaliosos, contrarios al valor justicia, que es el norte que debe guiar las decisiones judiciales:

*“... la admisión de soluciones disvaliosas no resulta compatible con el fin común tanto de la tarea legislativa como de la judicial... Sobre tales bases no es dable la demora en la tutela de los derechos comprometidos que requiere en cambio, consideración inmediata, oportuna y adecuada a su naturaleza, todo lo cual impone la superación de ápices formales, como necesario recaudo para el pertinente ejercicio de la misión constitucional de esta Corte. ...Ello así porque no debe prescindirse de las consecuencias que naturalmente derivan de un fallo, toda vez que constituye uno de los índices más seguros para verificar la razonabilidad de la interpretación y su congruencia con el sistema en que está engarzada”.*¹²

Se entiende, que la Jurisprudencia de la Corte Suprema mencionada, sobre interpretación arbitraria de la ley recepciona este principio jurídico o la interpretación previsoras o consecuencialista a la que se alude,¹³ al igual que otras cortes provinciales¹⁴ argentinas y posturas doctrinales.¹⁵

CAUSA_Y_REVISTE_CAR%C3%81CTER_DE_SENTENCIA_DEFINITIVA

- 12 CSJN Argentina, fallo “Saguir y Dib, Claudia Graciela s/ autorización”, 06/11/1980 - Fallos: 302:1284.
- 13 Conforme menciona la Corte Suprema de Justicia. Santa Fe de Argentina en fallo “ S., C. E. s/ Recurso de Inconstitucionalidad -Infracción Art. 173, INC. 7MO. DEL C.P.- Incidente de Prescripción de la Acción Penal “7 de Diciembre de 2005, Nro. Interno: AST211P093, Id SAJJ: FA05090344.-
- 14 Suprema Corte de Justicia de Mendoza, Argentina, en autos “Felix Emir Roberto Y Ots. C/ Gobierno de La Provincia de Mendoza P/ Acción Inconstitucionalidad “foja: 351 CUIJ: 13-04643010-1*104726940”, a los 2 días de agosto del 2019; Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires, Argentina, en autos “Torres, Gregorio y otros contra Sancor Cooperativas Unidas Limitada. Daños y perjuicios” fallo 118.968 del 15/07/15; Cámara de Apelaciones de Trelew, Sala A, Provincia de Chubut, 10/09/2008, “Provincia del Chubut c/ BLINT”, en sistema Eureka con cita de DE LOS MOZOS, José Luis, “Metodología o epistemología jurídicas: Reflexiones en la encrucijada”, en su “Derecho Civil. Método, sistemas y categorías jurídicas”, Edit. Civitas, Madrid, 1988, pp. 15 y 74; entre otros.-
- 15 Cf. lo cita la Cámara Civil y Com. Azul, sala 2ª de la Provincia de Bs.As, Argentina, en fecha 05/11/1997, en autos “Gil, Omar A. v. Capitano, Orlando O.” Publicado: JA 1998 IV 462. Y que textualmente indica “La Corte nacional ha sostenido que “no debe prescindirse de las consecuencias que naturalmente derivan de un fallo toda vez que constituye uno de los índices más seguros para verificar la razonabilidad de la interpretación y su congruencia con el resto del sistema normativo”

Resulta aplicable esta teoría, no solo al momento de dictar la sentencia definitiva, sino el resolver medidas cautelares. *“Es que en la adopción de medidas cautelares, una cierta dosis de consecuencialismo resulta no solo deseable, sino indispensable para poder avizorar su necesidad y extensión”*.¹⁶

Al analizar las reglas de interpretación para el Juez de la CSJN, Lorenzetti, habla del test de índole consecuencialista que implica considerar los efectos de la sentencia, tanto jurídicos y económico sociales, como también la posible generalización del criterio, que en ciertos casos puede funcionar como una señal de alarma que tal vez haga atemperar o modificar el criterio adoptado.¹⁷

2.2 El Rol de los operadores jurídicos y la teoría consecuencialista

Los abogados, como operadores en este sistema, no pueden desconocer los probables efectos de la sentencia, deben anticipar esas posibles evaluaciones.

Al plantear un caso concreto, se deben prever las consecuencias que se quieren lograr, no sólo en su aplicación concreta, sino respecto del decisorio que se dicte a consecuencia y su incidencia en la sociedad. Además, deben conocerse las posibles consecuencias, como un argumento más para el Magistrado que va a resolver sobre los beneficios de expedirse en ese sentido o en otro.

(Fallos 234 482 [8]; 202 1293; 234 495; ED 141 732 y ss.), lo que ha conducido a su recepción por otras importantes Cortes locales (Sup. Corte Mendoza, sala 1ª, voto Dra. Kemelmajer de Carlucci, JA 1991 II 170) y ha merecido el beneplácito de la doctrina (Bustamante Alsina, Jorge, “Función de la equidad en la realización de la justicia”, LL 1990 E 628; Bidart Campos, Germán, en anotación a fallo, ED 145 291; Berizonce, Roberto, “El activismo de los jueces”, cit., LL 1990 E 920; Morello, Augusto, “La Corte Suprema en acción”, p. 551 y passim.)” Lexis N° 984256

16 Cámara de Apelaciones de Neuquén, Argentina, sala III, “DA. VI. TEL S.A. C/CALF S/ Cumplimiento De Contrato”, (EXP. JNQCÍ6 EXP. 528016/2019,27 de Noviembre 2019.

17 Ricardo Luis Lorenzetti “Teoría de la Decisión Judicial. Fundamentos de Derecho” Rubinzal Culzoni Editores, Argentina, 2008. “Y en su voto dice “La apertura de este instituto en favor del empleador, conmovería los cimientos del proceso laboral y pondría en tela de juicio elementos de la presunción iure et de iure base de la especialidad. La hermenéutica de una norma exige atender al contexto general de ella y a los fines que la informan, no debiendo prescindirse de las consecuencias que se derivan de cada criterio, pues ellas constituyen uno de los índices más seguros para verificar su coherencia con el sistema en que está engarzada la norma” (CSJN, fallos 331:1262).

Por ello, resulta la importancia del reconocimiento de la doctrina del consecuencialismo, aceptada en numerosos antecedentes de la CSJN que considera que:

“no puede prescindirse de las consecuencias que naturalmente derivan de un fallo toda vez que constituye uno de los índices más seguros para verificar la razonabilidad de la interpretación y su congruencia con el sistema en que está engarzada la norma”.¹⁸

Es así, que los abogados, especialmente litigantes, no pueden ser ajenos a ese análisis. Sin ingresar al debate filosófico ético jurídico que plantea en profundidad Nino en sus aportes doctrinarios,¹⁹ me atrevo a resucitar la temática y considerar el consecuencialismo en el sentido más profundo que el que alude respecto a la consideración de los efectos causales de las acciones y sus consecuencias.

En su obra analiza:

“la idea de que las acciones y decisiones que se realizan en el ámbito jurídico, como las que realizan o adoptan los jueces, no son acciones o decisiones aisladas. Su efectividad, que es decisiva para su carácter de acciones o decisiones jurídicas, está dada por la forma en que ellas se combinan con acciones o decisiones pasadas, presentes y futuras de otros individuos. En otras palabras, la acción o decisión jurídica de un juez, un legislador o un ciudadano consiste en contribuir de una u otra manera a una práctica social continua. Esa práctica social puede estar originada en una norma jurídica concebida como prescripción, que puede haberse expresado en una norma jurídica concebida como texto, y la práctica social misma puede ser concebida como una norma jurídica”.²⁰

Se analiza también, el cuatrulema en el que Nino encierra el consecuencialismo, en cuanto al análisis deontológico, moralista o iusfilosófico que efectúa y lo retransmitimos a un plano más pragmático, cómo la construcción que los operadores jurídicos generan o refuerzan en esa práctica

18 CSJN Argentina , fallo “Saguir y Dib, Claudia Graciela s/ autorización”,06/11/1980 - Fallos: 302:1284.

19 Carlos Santiago Nino, “Consecuencialismo: Debate Ético Y Jurídico”, *Universidad De Buenos Aires*, Vol. I, n° 1(1992): 73-96. <http://www.stafforini.com/nino/Nino%20-%20Consecuencialismo.pdf>

20 *Ibid.*

social continua, de previsión y seguridad jurídica.

Al examinar un caso para su presentación ante los estrados del Tribunal para arribar a su resolución, se debe efectuar una ardua y exhaustiva investigación, contando con un sin número de posibilidades de interpretación frente al caso concreto, más aún cuando con la constitucionalización del derecho, no sólo es interpretar el caso en sí mismo, sino, entender de qué se trata e interpretar cuáles son las pretensiones de los representados. Además de conocer el marco jurídico aplicable, y a ello cabe añadirse la visualización de posibles estrategias para su resolución.

Todo con un análisis dinámico y con una mirada extensiva a lo que la resolución podría generar en la sociedad en la que se está inserto. Ya que esta evaluación también será la que realice el magistrado que resolverá el caso sometido a su conocimiento.

Para Maccormick el principio consecuencialista se pone de manifiesto en las relaciones entre la argumentación y la decisión jurídica con el mundo. Así, una decisión debe tener sentido no sólo en relación con el sistema, sino también con el mundo.²¹

Como sostiene Cárdenas Gracia, *“en el argumento consecuencialista desarrollado por Maccormick, el intérprete decide sobre el caso difícil apoyándose en un principio que tome en cuenta las consecuencias del fallo, no referidas exclusivamente a finalidades de utilidad sino vinculadas con valores como el bien común o la justicia”*.²²

La razonabilidad es vital en la labor de los jueces, y en realidad en la de todos los operadores jurídicos, ya que –como señala Zagrebelsky– aquélla ha dejado de ser un requisito subjetivo del jurista para convertirse en un requisito objetivo del derecho,²³ que impregna el mundo jurídico.

21 Ver. Neil Maccormick, *Legal Reasoning and Legal Theory* (Oxford University Press, 1978), 200. Cfr. ATIENZA.

22 Jaime Cárdenas Gracia, “Los principios y su impacto en la interpretación constitucional y judicial”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Interpretación constitucional*, T° I, Edit. Porrúa y UNAM (II), México D.F., (2005): 274.

23 Gustavo Zagrebelsky, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, 3ra Ed. (Madrid:3 Trotta, trad. de Marina Gascón, 1999), 147.

Se puede definir, que una estrategia implica un amplio conocimiento de la normativa internacional y nacional aplicable, la interpretación que de ella se realiza, los precedentes jurisprudenciales existentes sobre el tema en cuestión y especialmente lo que se quiere lograr con su presentación. Demostrar en pocas palabras el posible precedente que podría sentar el Magistrado, en caso de resolver en uno u otro sentido, la consecuencia de su decisorio. Ya que cuando resuelva el magistrado el caso, efectuará un dictamen. Y éste debe consistir en una decisión razonablemente fundada y previsoria, para ser considerada justa.²⁴

Quienes representan a la parte, quieren que confirme su verdad, la exployada en los planteos, y la contraparte a su vez la propia. Pero el magistrado tendrá una misión, acercarse lo máximo posible a la verdad real con la aplicación de la ley a los hechos del caso. Y con la obligación de exteriorizar la justificación razonada que le permita dicha conclusión.²⁵

Y finalmente sobre ella, también se deberá efectuar un control democrático de ese poder jurisdiccional, pero no cualquier control, sino uno con perspectiva constitucional. Ya que mediante dicho decisorio se hacen efectivos los derechos sustanciales.

24 Según Sagüés, sentencia imprevisor y como tal, arbitraria, *“Es la que no mide los efectos de lo decidido, sea en cuanto al caso concreto o, también, las secuencias posteriores o el impacto del fallo en otros pronunciamientos...el derecho no puede prescindir de la previsión de las consecuencias que pueden derivarse del dictado de una norma, o de una sentencia. Un derecho imprudente e imprevisor es, a todas luces, un derecho en gran medida ya injusto, en cuanto posibilita la ineficacia, el desorden o la arbitrariedad”*. Nestor Sagüés, *Derecho Procesal Constitucional – Recurso Extraordinario*, T. II, 2da edición (Buenos Aires, Argentina: Ed., Astrea, 1989), 264.

25 Obligación de Motivar: La Corte IDH asevera que *“es la exteriorización de la justificación razonada que permite llegar a una conclusión”* en Caso *“Chaparro Álvarez y Lapo Itiiguez. Vs. Ecuador”*, sentencia de 21/11/2007 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C No. 170, párr. 107.

III. Previsión y seguridad en el sistema de justicia

Los justiciables, deben examinar si la decisión se encuentra razonablemente fundada en un proceso argumentativo de manera adecuada, sino es dogmática, ni arbitraria, de extrema laxitud u orfandad de sustento; a la vez, examinar si el marco jurídico enunciado por el Juez se aplica al caso y existe fundamentación idónea, entre otros aspectos a tener en cuenta.

El control debe tener una perspectiva constitucional, porque trasciende la esfera procesal, el juez debe oír a los litigantes y en su sentencia debe demostrar que fueron oídos. Por ello, el juez genera confianza a las partes y brinda a la sociedad seguridad al medir las consecuencias de su decisorio.

Sumado a ello, en la actualidad se vive en un marco de incertidumbre, donde las reglas no siempre son claras. Por lo que, se considera debe volver a las raíces y seguir pautas constitucionales. Estar involucrados con las normas constitucionales para examinar con prudencia, cuáles enunciar en el caso, precisamente cuáles pueden ser las consecuencias de la decisión y propender a su dictado. Sólo lo podrá hacer si lo plantea de esa manera.

Y en este punto, se comparte por la autora, la conceptualización de Sagüés,²⁶ pero se suma un protagonista más a la hora de fomentar nuevas actitudes, aquí se añade a otro operador jurídico “los abogados”, quienes efectúan los planteos.

Se invita a preguntarse: ¿A dónde se va? sin olvidar de dónde se viene. Para conciliar con los mandatos que la Constitución Nacional ha impuesto en el

26 Describe Sagüés que “...es posible que la Constitución sea innovadora, en el sentido de que ella misma programe la recepción de nuevos contenidos constitucionales, incluso sin necesidad de reforma constitucional expresa. En tal caso, la Constitución misma fomenta la adopción de nuevas actitudes legislativas (y jurisprudenciales) en la consecución de esos objetivos, y obliga al juez de la magistratura constitucional a interpretar dinámicamente la Constitución, para afrontar tales metas, que no son estáticas, sino móviles. La justiciabilidad de los D.E.C.S. - El activismo judicial y sus límites”. Ponencia en el XIV Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, BsAs 2019 “La justiciabilidad de los D.E.C.S. - El activismo judicial y sus límites” N^o ponencia S5 5003. Ponente Sergio Mario Barotto - Néstor Pedro Sagüés, *Compendio de Derecho Procesal Constitucional*, 2^o reimpresión (Buenos Aires: Ed. Astrea, 2019), 10.

diseño del Estado Constitucional de Derecho y efectuar planteos innovadores; no se debe perder de vista la Constitución, ya que se deben romper las reglas institucionalizadas desde la aplicación de los principios de base constitucional/convencional con razonabilidad y lógica, ponderando el caso concreto para el momento de su aplicación jurisdiccional y las consecuencias que pretendan para su resolución.

Y es en virtud de la búsqueda del valor justicia en la sentencia, que cabe tener de manera particular, una interpretación previsora en su formulación, lo que implica la ponderación a priori sobre cuáles han de ser las consecuencias prácticas de las distintas líneas de solución posibles.²⁷

Se anima a efectuar planteos que ameriten introducir al magistrado en el análisis de las consecuencias positivas que generarán en el ordenamiento jurídico y social su pronunciamiento, para volver a fomentar el cuidado de las raíces en la modernidad, generando un ámbito de mayor previsibilidad y seguridad en el marco del mandato constitucional, valores y principios que lo conforman.

Conclusiones.

La eficacia causal de las acciones, descansa en determinar de qué manera es posible como operadores jurídicos intervenir en el curso de los acontecimientos, manipulándolo de manera que tome una dirección nueva o recupere la que está abandonando.²⁸

27 "La Cosa Juzgada Irrita la incorporación del error como causal invalidatoria - Un reto interpretativo afrontado y bien resuelto". Maria Cristina Scarpati, Maestría en Magistratura y Derecho Judicial, 2011. Quien cita de Jorge W. Peyrano, "La interpretación por el resultado en general y con particular referencia a la ley procesal civil" en *El proceso Atípico*, Buenos Aires (1993): 227. Se Terminó de imprimir en la 2da. quincena De Junio De 2011 En Los Talleres gráficos de "La Ley" S.A.E. E.I. - Bernardino Rivadavia 130 Avellaneda - Provincia De Buenos Aires - República Argentina.

28 Cf. John L. Mackie, *The Cement of the Universe. A Study of Causation* (Oxford, Oxford University Press, 1974; reimp. con un nuevo Prefacio, 1980), cap. 3. En Juan Carlos Bayón Mohino, "Causalidad, consecuencialismo y deontologismo", en *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N° 6 (1989): 461-500.

Se deben generar sentencias previsorias desde los planteos y si éstas no lo son, serán una puerta abierta a instancias recursivas. Ya que una sentencia imprevisora es una sentencia arbitraria, no todo vale en el derecho, por eso bregamos por un debido proceso, y que los magistrados no se desentiendan de lo fallado, de lo que ha de suceder con posterioridad a su accionar, que prevean las posibles contingencias nacidas de su obrar jurisdiccional.

Las sentencias deben generar confianza para las partes y para la sociedad, seguridad, previsibilidad que también la tendrá si midió las consecuencias de su decisorio.

Los operadores son quienes, al poner en movimiento el sistema jurisdiccional, deben contemplar necesariamente las consecuencias y devenires que las decisiones ocasionaran en el marco de la realidad afectada, realizando una verdadera interpretación consecuencialista del derecho y dejar en evidencia las posibles consecuencias de dictaminar en uno u otro sentido para generar un precedente previsor, no arbitrario y por lo tanto justo.

“Diez años de reforma procesal civil y mercantil en El Salvador”

René Alfonso Padilla y Velasco

DIEZ AÑOS DE REFORMA PROCESAL CIVIL Y MERCANTIL EN EL SALVADOR

René Alfonso Padilla y Velasco.

RESUMEN

El 1° de julio de 2020 se cumplieron diez años de la entrada en vigor del Código Procesal Civil y Mercantil en El Salvador; sin embargo, la fecha pasó desapercibida en medio de la reanudación de labores después de la cuarentena decretada por la pandemia del SARS-Cov2; así que, se le dio prioridad a la transformación digital del Órgano Judicial. No obstante, la ocasión es propicia para hacer un repaso de la situación en que se encuentra la reforma procesal civil y mercantil a diez años de haberse promulgado el estatuto que constituye el derecho común de las jurisdicciones de familia, laboral, ambiental, contencioso administrativo, etc.; lo que permite examinar cómo son juzgadas las cuestiones fuera del ámbito del proceso penal, que si bien requieren un tratamiento especial por la materia a ellas vinculada, utilizan un proceso que sigue pautas similares

El autor se plantea analizar que, pese a la reforma procesal, se ha mantenido el modelo de trabajo judicial tradicional, basado en compilar información escrita en un expediente. Por lo tanto, para superar lo anterior, es necesario acoger la centralidad de la audiencia como fuente y registro de información y el concepto de la gestión judicial del caso.

PALABRAS CLAVES: Reforma del sistema procesal - Proceso oral o por audiencias - Cambio de paradigmas - Gestión judicial.

TEN YEARS OF CIVIL AND COMMERCIAL PROCEDURAL REFORM IN EL SALVADOR

René Alfonso Padilla y Velasco.

ABSTRACT

July 1st, 2020 the Civil and Commercial Procedure Code entered into force in El Salvador; however, the date went unnoticed amid the resumption of work after the quarantine decreed by the SARS-Cov2 pandemic; so, priority was given to the digital transformation of the Judicial Branch. However, the time is ripe for a review of the situation is the civil procedure reform and commercial ten years of the statute constitutes common law jurisdictions family, labor, environmental, administrative disputes have been enacted, etc.; this makes it possible to examine how matters outside the scope of the criminal process are judged, which although they require special treatment due to the subject matter related to them, use a process that follows similar guidelines.

The author considers analyzing that, despite the procedural reform, the traditional judicial work model has been maintained, based on compiling written information in a file. Therefore, to overcome the above, it is necessary to accept the centrality of the audience as a source and record of information and the concept of judicial management of the case.

KEYWORDS: Reform of the procedural system - Oral proceedings or by hearings - Paradigm shift - Judicial management.

Diez años de reforma procesal civil y mercantil en El Salvador

René Alfonso Padilla y Velasco¹

Introducción.

El 1° de julio de 2020 se cumplieron diez años de la entrada en vigor del Código Procesal Civil y Mercantil en El Salvador; sin embargo, la fecha pasó desapercibida en medio de la reanudación de labores después de la cuarentena decretada por la pandemia del SARS-Cov2; así que, se le dio prioridad a la transformación digital del Órgano Judicial. No obstante, la ocasión es propicia para hacer un repaso de la situación en que se encuentra la reforma procesal civil y mercantil a diez años de haberse promulgado el estatuto que constituye el derecho común de las jurisdicciones de familia, laboral, ambiental, contencioso administrativo, etc.; lo que permite examinar cómo son juzgadas las cuestiones fuera del ámbito del proceso penal, que si bien requieren un tratamiento especial por la materia a ellas vinculada, utilizan un proceso que sigue pautas similares.²

En el trabajo se propone, que la reforma no ha producido los efectos esperados porque se implementó el proceso oral o por audiencias sin que se generara un cambio de actitud en los operadores de justicia,³ puesto que no

- 1 Abogado y Notario. Licenciado en Ciencias Jurídicas por la Universidad "Dr. José Matías Delgado". Autor de *Comentarios al Código Procesal Civil y Mercantil* (Editorial Jurídica Salvadoreña, 2010).
- 2 Eduardo Oteiza, *El fracaso de la oralidad en el proceso civil argentino* (Informe Nacional presentado en el Coloquio de Valencia, Asociación Internacional de Derecho Procesal, 2009).
- 3 Código Procesal Civil y Mercantil, Decreto N° 712 (El Salvador: Asamblea Legislativa, 2008), considerando II.

se puede reformar manteniendo el modelo tradicional. En efecto, la estructura básica del derecho procesal que observan o mantienen los jueces y juezas es inconsistente para dar respuesta a los nuevos requerimientos, algunos de los cuales exceden la problemática de las formas. No por conocido, es mejor, ni se convierte en eficaz por darle una renovación que termina siendo puro maquillaje.⁴

Sin embargo, se hace la aclaración que el presente artículo, más que una teoría fundada en datos de campo se basa en la experiencia personal del autor, como usuario en su calidad de abogado, que ejerce su labor en la administración de justicia en los diferentes ámbitos jurisdiccionales no penales, en todas sus instancias y zonas del país.

I. La reforma al proceso civil y mercantil

A pesar que la reforma legislativa en El Salvador, incorpora una serie de preceptos modernos y propios de los procesos orales, como son los principios de inmediatez, publicidad, concentración, función activa del juez, reducción de incidentes e impugnaciones y “libre valoración de la prueba” según proclama literalmente el Considerando IV del D. L. N.º 712,⁵ las malas interpretaciones de las normas derogadas y las concepciones equivocadas del sistema abolido se han perpetuado, y hasta agravado, puesto que las modernas instituciones procesales se siguen interpretando y aplicando según la ideología del proceso “liberal”, propio de los códigos del siglo XIX; de tal modo que los jueces y las juezas no encuentran empalmes razonables para darle vigencia a los postulados del proceso oral y se agregan más deberes, cargas y obligaciones en los justiciables.

Como resultado del liberalismo político y económico de los siglos XVIII y XIX el *proceso dispositivo* se formuló como un modelo de enjuiciamiento que está

4 Oswaldo A. Gozaíni, *Prólogo* en Mario Masciotra, *Poderes - deberes del juez en el proceso civil* (Astrea, 2014).

5 Código Procesal Civil y Mercantil, Decreto N° 712. Considerando IV.

basado en un concepto garantista, preocupado por la defensa de los derechos individuales, que reclama la instauración de un método legal de ejercicio del poder que permita la existencia de una esfera de autonomía del individuo que el Estado no puede legalmente penetrar. Lo que vino a dar como resultado, en el campo del proceso judicial, la *pasividad* del juez, basada en la idea que toda interferencia judicial que busque equilibrar las desventajas producidas en el proceso supone atentar contra la libertad, la que solamente puede asegurarse mediante el respeto de un espacio extremo en el que las partes debaten a su suerte, lo que condiciona un proceso librado solamente a la habilidad de cada una de las partes para aportar materiales probatorios y argumentar sobre ellos.⁶

La justificación técnica, en la actualidad, en cuanto al cambio del juez *espectador* al juez *director del proceso* (arts. 14 CPCM⁷ y 7 lit. “e” LPF⁸) se asienta en el cambio experimentado en la configuración del *principio dispositivo*, en el momento en que la doctrina alemana realiza la división entre el principio dispositivo material, o propiamente dicho (*Dispositionsprinzip*), con incidencia en la titularidad de los derechos objeto del proceso (art. 6 CPCM⁹), y el principio dispositivo procesal o de aportación (*Verhandlungsmaxime*), más centrado en el desarrollo del proceso¹⁰ (art. 7 CPCM).¹¹

No obstante, en la práctica, tampoco nuestros operadores jurisdiccionales se deciden por la causa mejor alegada, puesto que entienden –y sostienen– que su función es la de verificar la aplicación que consideren correcta de la ley, pero sin inmiscuirse en el caso; o sea, que trabajan sobre ficciones, con total ajenidad

6 Eduardo Oteiza, *El juez ante la tensión entre libertad e igualdad*, en Derecho Procesal Contemporáneos: Perspectivas y Desafíos (Colombia: Universidad de Medellín, 2017).

7 Código Procesal Civil y Mercantil, Decreto N° 712, Art. 14.

8 Ley Procesal de Familia, Decreto N° 133 (El Salvador: Asamblea Legislativa, 1994), Art. 7 Lit. e.

9 Código Procesal Civil y Mercantil, Decreto N° 712, Art. 6.

10 Lorena Espinosa Olguín, Marco Fandiño Castro y Matías A. Sucunza, *Estudio comparado sobre las reformas procesales civiles en América Latina* (Centro de Estudios de Justicia de las Américas, 2020), 157.

11 Código Procesal Civil y Mercantil, Decreto N° 712, Art. 7.

respecto de las personas que componen las partes, de los derechos e intereses que constituyen el objeto litigioso y de los medios de prueba.

II. El proceso oral como elemento del debido proceso

El problema anterior, según se puede entender, se debe a que la reforma procesal no establece expresamente cuáles son los objetivos del sistema de justicia civil o del proceso judicial en general. Los operadores jurisdiccionales no tienen duda alguna de que su función es la de aplicar correctamente el derecho sustantivo; razón por la cual, no se sienten para nada comprometidos con los usuarios del servicio de administración de justicia; ni a contribuir con la paz social a través de una adecuada gestión de su conflictividad y si, con ello, que las políticas públicas sean debidamente implementadas.¹²

Sin embargo, en los principios que el Código Procesal Civil y Mercantil salvadoreño, se ha establecido como rectores del sistema adoptado, y otros que se pueden encontrar a lo largo del articulado que componen los distintos ordenamientos procesales, se consigue construir los postulados que sustentan el sistema vigente. Así, coincidiendo con los tratados internacionales sobre derechos humanos y con la doctrina procesal, se entiende que la *oralidad* constituye el único mecanismo idóneo para asegurar la inmediación y la publicidad en el proceso. En la medida en que las pruebas y argumentos de las partes no se presenten en forma oral y directa frente a los jueces y juezas que van a decidir el asunto, se corre el riesgo de la delegación de funciones y que el proceso se transforme en un intercambio de papeles entre los abogados y el tribunal, al cual ni las partes ni el público tienen acceso, a lo menos, expedito.¹³

12 No estoy de acuerdo que las normas jurídicas incluyan conceptos y definan políticas públicas, pero respecto de nuestros operadores jurídicos, pie de letristas, si no lo expresa directamente la norma no la adoptan como propia.

13 Juan Enrique Vargas, *La Reforma a la Justicia Civil desde la perspectiva de las políticas públicas* (Centro de Estudios de Justicia de las Américas (Ceja), 2005).

La introducción de procesos orales significa un cambio fundamental de metodología del sistema en la toma de decisiones relevantes. En el procedimiento tradicional la metodología se basaba en compilar información escrita en un expediente que le permitía al juez o jueza fundar sus decisiones. Es decir, se trataba de un proceso cuya actividad principal era la construcción del expediente judicial, el cual era la única fuente de información sobre la que se debían adoptar las decisiones relevantes del proceso, incluida la sentencia del caso. Por esto mismo, la construcción del expediente era la actividad central del trabajo de los tribunales y a eso dedicaba sus principales esfuerzos las partes, los jueces y los funcionarios judiciales.

Los litigantes, por su parte, trabajaban entorno a la información acumulada en el expediente e intentaban que éste pudiera reflejar al máximo sus respectivas posiciones en el caso. Como es fácil de comprender, la omnipresencia del expediente en el proceso creó una cultura de litigio más bien asociada al trámite burocrático y formulario que a la que se imagina popularmente que corresponde al trabajo de los abogados, como lo sería en la litigación.¹⁴

Lo anteriormente dicho, se aplica a la realidad salvadoreña: para los operadores jurisdiccionales la formalidad lo es todo, incluso por sobre los valores justicia y paz social; la oralidad es tan sólo formal, de tal modo que las audiencias orales se conciben como un conjunto de actuaciones protocolares, en las que no queda claro cuál es su objetivo, en tanto que no se ha comprendido que el material escrito no debe ser la base sobre la cual se forma la convicción del tribunal y se fundamenten sus decisiones. La audiencia no constituye un momento más en el procedimiento ni una instancia burocrática en la que cumplir ciertas actuaciones que antes se realizaban de modo escrito. Por el contrario, es fundamental comprender que la oralidad es una metodología para el intercambio de información de alta calidad entre las partes y la autoridad

14 Centro de Estudios de Justicia De Las Américas (CEJA), *Paradigmas en la organización de la prueba pericial*, 2012.

judicial.¹⁵

Sin embargo, los operadores jurisdiccionales desperdician las oportunidades que el trámite procesal ofrece para interactuar con las partes; para el caso, destaco dos instituciones que se consideran representativas y que inciden grandemente en el producto que la administración de justicia ofrece a la sociedad. En primer lugar, se tiene el tratamiento que se presta a la *improponibilidad de la demanda*, quizá el mecanismo más distintivo del nuevo sistema para lograr el resultado eficaz de la función jurisdiccional, el cual se despacha según los postulados del sistema derogado.

En efecto, antes de rechazar la demanda, el oficio judicial le previene al interesado para que la reformule por escrito; es decir, de modo mediato y disperso, en lugar de dejar las “prevenciones” escritas para la subsanación de los defectos u omisiones formales de la demanda (art. 278 PCM¹⁶) y aprovechar la comunicación directa que ofrece la audiencia para requerir a las partes cuantas veces crean necesario para que aclaren los puntos dudosos u oscuros de sus respectivas alegaciones (art. 306 CPCM¹⁷). Pero más significativamente, al proceder de esa manera, hace que los jueces y juezas no resuelvan sobre la información que reciben directamente de los interesados, sino según la que consta por escrito y, generalmente, delegando esa decisión en un subordinado.

La otra situación destacable es el criterio, que si no existe parte contraria, no se celebra audiencia en la segunda instancia, bajo el argumento que el apelante va a “repetir” lo que ya formuló en su escrito de interposición del recurso. Es verdad que muchos abogados, cuando se les concede la palabra, repiten hechos y disposiciones legales sin una adecuada preparación de su “teoría del caso”; sin embargo, una buena práctica que pudieran implementar los operadores judiciales para llenar de contenido, lo que es la *fijación de los*

15 Lorena Espinosa Olgún, Marco Fandiño Castro y Matías A. Sucunza, *Estudio comparado sobre las reformas procesales civiles en América Latina*, 177.

16 Código Procesal Civil y Mercantil, Decreto N° 712, Art. 278.

17 *Ibíd.*

términos del debate (art. 306 CPCM¹⁸), es que expongan en la audiencia, cómo han entendido las respectivas postulaciones, para que las partes puedan ratificar sus proposiciones o, por lo contrario, hacer las precisiones, aclaraciones o concreciones que estimen oportunas (art. 305 CPCM¹⁹).

III. El modelo de gestión judicial de los nuevos juzgados civiles

El diseño de la organización de los juzgados debe corresponderse a la legislación procesal que los órganos judiciales deben aplicar. Consecuentemente, el modelo de organización judicial tradicional se caracteriza por ser una estructura adecuada para la tramitación escrita y la conformación de los expedientes judiciales. La implementación de la oralidad en los procesos como una metodología para la toma de decisiones genera la necesidad de modificar esta estructura administrativa. En ese sentido, se implementaron los llamados *Juzgados Pluripersonales* (“jueces colectivos”). Esta experiencia permite que un mismo juzgado pueda estar conformado por un número determinado de jueces y juezas que ejerzan sus funciones en el ámbito del mismo juzgado; es decir, se está hablando de órganos jurisdiccionales de composición múltiple, pero con conocimiento de casos de forma individual. De forma paralela a estos jueces “corporativos” debiese existir una estructura administrativa que preste un servicio de apoyo para las labores que realicen todos los jueces y juezas que integran estos juzgados.²⁰

El resto del personal administrativo estaría dividido en unidades que tienen a su cargo la realización de una serie de funciones que son de vital importancia para el funcionamiento de un sistema basado, principalmente, en la celebración de audiencias orales, inspiradas en la Oficina Administrativa

18 *Ibid.* Art. 306

19 *Ibid.*

20 Centro de Estudios de Justicia De Las Américas CEJA, *La gestión judicial de los nuevos tribunales civiles* (2018): 22.

de Tribunales de los Estados Unidos, destinada a proveer todos los servicios administrativos necesarios para el funcionamiento de los tribunales (conocidos como los *Centros Judiciales Integrados*). Así, se tendría una gran estructura que incluye a todos los recursos administrativos, los cuáles trabajarían para dar apoyo a los juzgados o tribunales que estén adscritos a dicha oficina o centro judicial.²¹

Bien conocida es la manera en que funciona este modelo de organización judicial actualmente. Para el caso, las Oficinas de Actos de Comunicación, debieron desaparecer, en tanto que cada juez o jueza tiene la necesidad de contar con su propia batería de colaboradores, debido a la manera en que se sigue trabajando, derivada de esa concepción de la justicia como un conjunto de actuaciones escritas donde lo importante es el respeto a las reglas del trámite; la que, por otro lado, tiene también el objetivo implícito de alejar a los jueces y juezas de los conflictos y de los problemas reales que pueden y deben solucionar. Este modelo esconde un importante fundamento relacionado con la despersonalización de la función judicial, ya que el objetivo de la justicia sería “administrar un expediente y no juzgar personas”.²²

Además, la tramitación de expedientes de forma escrita facilita la delegación de funciones jurisdiccionales en el personal administrativo.

Este fenómeno, según el cual los inferiores jerárquicos “proyectan” resoluciones judiciales, es el gran pecado original de la organización piramidal de los juzgados, heredada del sistema colonial (abandonado en gran medida en España luego de la reforma procesal del 2001); en la práctica, es frecuente encontrarse a inferiores jerárquicos tomando decisiones estrictamente jurisdiccionales, mientras que los jueces realizan un trabajo de supervisión o fijación de criterios generales, algo que se aleja completamente de la labor que debiesen realizar. Cualquier modelo de organización judicial que se sustente

21 *Ibid.*, 25.

22 Binder Citado en CEJA, *La gestión judicial de los nuevos tribunales civiles*, 16.

en estas características debiese ser académica y socialmente condenado.²³

IV. La necesidad de contar con gestión judicial para cada caso (*case management*)

En este nuevo paradigma, es fundamental comprender que la fuente de información y toma de decisión es la audiencia (no el expediente). Ello rompe con el paradigma que el expediente sea concebido como “el proceso mismo” o su materialización, para pasar a ocupar un rol secundario como mero espacio de registración. Esto supone reconocer la proporcionalidad y adaptabilidad del medio (proceso o reglas de discusión) al conflicto, pero también la centralidad de la audiencia como fuente y registro de información.²⁴ Este cambio de paradigma implica que se deje atrás el concepto que todos los casos se manejan de igual manera (conjunto de actuaciones escritas), independientemente que haya o no oposición, que exista o no alto grado de conflictividad, que existe poca o mucha actividad probatoria, etc.

Con ese objetivo en mente, el derecho comparado, ofrece el concepto del *judicial case management*, como un mecanismo de eficiencia procesal, según el cual el sistema judicial, en general, y los jueces y juezas, en los casos particulares, se constituyen en responsables del desarrollo de la litigación, cuyo fin es asegurar, en la operatoria misma del sistema, el cumplimiento de diversos objetivos procesales.

En términos generales, son objetivos del *case management* el alcanzar un acuerdo temprano del caso; derivar el asunto hacia una solución alternativa cuando ello parezca más beneficioso; fomentar un espíritu de cooperación entre las partes y evitar la excesiva beligerancia que genera gastos y demoras adicionales innecesarios; la identificación y reducción de los asuntos que serán

23 CEJA, *La gestión judicial de los nuevos tribunales civiles*, 15 y 16

24 Lorena Espinosa Olgún, Marco Fandiño Castro y Matías A. Sucunza, *Estudio comparado sobre las reformas procesales civiles en América Latina*, 180.

tratados para una adecuada preparación del juicio y/o, cuando el acuerdo no pueda ser alcanzado, hacer progresar el juicio en la forma más rápida y económica que sea posible.²⁵

El Código Procesal Civil y Mercantil busca consagrar un modelo de autoridad judicial fuerte; especialmente, en lo relativo a la *dirección del proceso*. Así lo expresa en sus Considerandos II (“generar un cambio de actitud de los operadores de justicia”) y IV (“función activa del juez”). Este modelo se materializa a lo largo del articulado; así, en los principios rectores se advierte, que la autoridad judicial tiene la facultad de ordenar diligencias para mejor proveer y proponer a las partes mecanismos para simplificar o reducir la actividad probatoria (con los límites previstos en los arts. 7 y 321 CPCM²⁶); el deber indelegable de presidir personalmente las audiencias y el de evitar toda conducta que implique actividad ilícita o que genere dilación indebida del proceso (arts. 10 y 13 CPCM²⁷). Además, los art. 14 y 194 son explícitos al poner en cabeza del juez o de la jueza la dirección del proceso y su impulso de oficio, a fin de que lo ejecuten como legalmente corresponda.²⁸

La adopción e implementación de este sistema, importa que se obre un cambio de conceptos y se ponga en el centro de la escena el conflicto (no la conformación del expediente), e interpretar a partir de allí la posible configuración del proceso judicial. Ello no sólo permite maximizar la administración de las reglas procesales y su razón de ser, sino también evita subordinar el caso en concreto a la “legalidad del proceso” o “la forma en abstracto”. Para lograr este objetivo es necesario identificar dentro de esa noción cuáles serían los elementos mínimos o “núcleo duro” del debido proceso, sin el cual se vulneraría el *derecho de defensa* (art. 4 CPCM²⁹) y, a partir de allí,

25 Lorena Espinosa Olguín, Marco Fandiño Castro y Matías A. Sucunza, *Estudio comparado sobre las reformas procesales civiles en América Latina*, 184.

26 Código Procesal Civil y Mercantil, Decreto N° 712, Arts. 7 y 321)

27 Código Procesal Civil y Mercantil, Decreto N° 712, Arts. 10 y 13.

28 *Ibid.*, 345.

29 Código Procesal Civil y Mercantil, Decreto N° 712, Art. 4.

tomar la regulación procesal como una pauta o guía de trabajo, susceptible de modificaciones por parte de todos los sujetos (jueces, juezas, o partes) a través de la gestión del caso o de los acuerdos procesales.³⁰

Conclusiones.

1. La instauración de un proceso oral por audiencias constituye un cambio paradigmático en la forma de trabajar los casos y concebir el sentido del proceso y su razón de ser, tanto para la judicatura como para los abogados y abogadas. En este nuevo paradigma es fundamental comprender que la fuente de información y toma de decisión es la audiencia (no el expediente).³¹
2. Si bien es innegable la mejoría sensible en los tiempos de tramitación de los procesos; no obstante, los operadores jurisdiccionales permanecen aferrados a un proceso civil caracterizado por la falta de intermediación entre el juez o jueza y las partes; la delegación de funciones; la ausencia de concentración de sus distintas fases; la escasa publicidad y el predominio de la escritura como práctica habitual de los actos del proceso. Esas características influyen en la posibilidad de obtener decisiones apoyadas en hechos verificados en el proceso.³²
3. Si bien, el sistema de justicia civil se basa en el *principio de legalidad de las formas* (art. 3 CPCM³³), su interpretación depende si la norma procesal se entiende como un medio o instrumento que permite efectivizar la norma sustantiva o gestionar adecuadamente la conflictividad de la sociedad.³⁴ Según sea la finalidad que se le asigne a ésta, así será la aplicación que

30 Lorena Espinosa Olguín, Marco Fandiño Castro y Matías A. Sucunza, *Estudio comparado sobre las reformas procesales civiles en América Latina*, 185.

31 *Ibid.*, 186.

32 Oteiza, *El fracaso de la oralidad en el proceso civil argentino*.

33 Código Procesal Civil y Mercantil, Decreto N° 712, Art 3.

34 Lorena Espinosa Olguín, Marco Fandiño Castro y Matías A. Sucunza, *Estudio comparado sobre las reformas procesales civiles en América Latina*, 40.

tenga el art. 18 CPCM,³⁵ cuando dispone que “*deberá evitar el ritualismo y las interpretaciones que supediten la eficacia del derecho a aspectos meramente formales*”.

De allí que sea esencial una activa, continua y *adecuada gestión del caso*, a través de la cual se adopten las medidas y acciones necesarias para que las audiencias establecidas puedan ser aprovechadas al máximo, contando en esa oportunidad con la presencia de todos los sujetos y elementos de juicio necesarios para discutir y resolver. El trabajo conjunto, coordinado y cooperativo entre autoridad judicial, Oficina Judicial, abogados y abogadas, será clave.³⁶

35 Código Procesal Civil y Mercantil, Decreto N° 712, Art. 18.

36 Lorena Espinosa Olgúin, Marco Fandiño Castro y Matías A. Sucunza, *Estudio comparado sobre las reformas procesales civiles en América Latina*, 51.

“La propiedad intelectual,
derechos de autor y la era de las
nuevas tecnologías en El Salvador”

José Miguel Saravia Dueñas

LA PROPIEDAD INTELECTUAL, DERECHOS DE AUTOR Y LA ERA DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS EN EL SALVADOR

José Miguel Saravia Dueñas.

RESUMEN

La propiedad intelectual ha sido desde la aparición de la imprenta objeto de protección por los cuerpos legales a través de la historia, desde las manifestaciones más básicas de la expresión de ideas humanas, hasta los grandes avances tecnológicos de la era digital en la que vivimos hoy en día, son objeto de protección de la propiedad intelectual más específicamente hablando de los programas de computadora o software, los cuales han tenido su más grande impacto en la llamada cuarta revolución industrial; esta cuarta revolución industrial, es la que, a través de las tecnologías de la información fomenta la actividad empresarial convirtiendo los activos intangibles en bienes de alto valor económico para las sociedades mercantiles, pero este derecho que faculta la propiedad intelectual, posee ciertas características que debe reunirse para poder brindar esta protección. No existe una postura única en cuanto a la naturaleza de protección de los derechos de autor, formando posturas eclécticas en cuanto a ésta, pero en lo que, si se pueden asemejar todas las posturas, es su determinación a resguardar el esfuerzo inventivo del autor y su necesidad de protección. En las relaciones mercantiles del comerciante, la propiedad intelectual se vuelve un factor determinante en su expansión y apertura a nuevos mercados tecnológicos y globalizadores la propiedad intelectual se vuelve vital para mantener las ventajas competitivas en la irrupción de estos nuevos mercados digitales.

PALABRAS CLAVES: Propiedad Intelectual - Innovación y Desarrollo - Derecho Patrimonial - Derecho Moral - Software - Cuarta Revolución Industrial - Registro - Patente.

INTELLECTUAL PROPERTY, COPYRIGHTS AND THE ERA OF NEW TECHNOLOGIES IN EL SALVADOR

José Miguel Saravia Dueñas.

ABSTRACT

Intellectual property has been the object of protection by legal bodies throughout history since the appearance of the printing press, from the most basic manifestations of the expression of human ideas, to the great technological advances of the digital era in which we live today, these are the object of intellectual property protection, more specifically speaking of computer programs or software, which have had their greatest impact in the so-called fourth industrial revolution; this fourth industrial revolution is the one that, through the information technologies, promotes the business activity turning the intangible assets into goods of high economic value for the mercantile societies, but this right that empowers the intellectual property, has certain characteristics that must be met in order to be able to provide this protection. There is no single position as to the nature of copyright protection, forming eclectic positions as to it, but what all positions can be similar is their determination to protect the author's inventive effort and its need for protection. In the commercial relations of the trader, intellectual property becomes a determining factor in its expansion and opening to new technological and globalizing markets, intellectual property becomes vital to maintain the competitive advantages in the irruption of these new digital markets.

KEYWORDS: Intellectual Property - Innovation and Development - Property Law - moral Law - Software - Fourth Industrial Revolution - Registration - Patent.

La propiedad intelectual, derechos de autor y la era de las nuevas tecnologías en El Salvador

José Miguel Saravia Dueñas¹

Introducción.

No se pueden negar los avances que día a día van alcanzando las sociedades modernas y la injerencia que esto tiene en el desarrollo de nuevas formas de comunicarse entre ellas, parte de esta forma de comunicación, es la propiedad intelectual, que de la mano de las nuevas herramientas tecnológicas llegan cada día a una mayor cantidad de receptores, produciendo ventajas económicas y cuantiosas ganancias a sus creadores; los cuales, al explotarlas necesitan de medios de protección legal para su utilización.

Los derechos de autor, tema principal de este artículo, contienen características especiales, las cuales se han analizado para poder comprender su diferencia con otro derecho aplicable a la protección de los programas de ordenador; es decir, los programas de computadora o software, son la manifestación típica del uso de la propiedad intelectual en la era tecnológica y que es un bien intangible de gran provecho para el comercio electrónico.

La propiedad intelectual, por ende es un derecho de vital importancia contemporánea en el tráfico mercantil y es necesario conocer su relevancia y a

1 Licenciado en Ciencias Jurídicas y Master en Derecho Penal Económico por la Universidad de El Salvador; Posgrados en: Finanzas Aplicadas y Derecho Empresarial, por el Instituto Superior de Economía y Administración de Empresas (ISEADE); Especialista Certificado en Delitos Financieros por la Asociación de Especialistas Certificados en Delitos Financieros, ACFCs de los Ángeles California, United State of America, 2019.

la vez los procedimientos de registro y tutela jurídica regulados en la legislación nacional y el tratamiento que a nivel internacional se le concede como elemento vital del comercio electrónico, en el presente artículo académico se busca plantear el estado actual de la propiedad intelectual y la relación de esta con el uso de las tecnologías de la información en el comercio electrónico.

I. La propiedad intelectual, ahora.

La mente humana, desde los principios de la sociedad, ha sido el activo más importante y la piedra angular del desarrollo social hasta las sociedades modernas como las conocemos, el ser humano siempre ha tenido aquella curiosidad innata de dar vida a sus ideas, transportar desde la idea abstracta de su mente hasta el mundo material, palpable y aplicable a la vida cotidiana.

En la era de las nuevas tecnologías, lo que hace unos años parecía imposible y que solamente era posible soñar o visualizar en novelas de ciencia ficción como algo irreal, utópico y producto de escritores soñadores que utilizaban estas ideas para asombrar a los lectores de las obras literarias y cintas cinematográficas, ahora, en el apogeo de la cuarta revolución industrial, surgida a partir del desarrollo computacional y del internet,² son posibles gracias a los enormes avances que la propiedad intelectual ha experimentado, y que gracias a su aplicación industrial y comercial ha facilitado y hecho más cómoda la vida de las personas así como la optimización de la industria.

La regulación de la propiedad intelectual, como mecanismo legal de protección de la ejecución de las ideas, fomenta la inversión de las empresas en la I+D (investigación y desarrollo), ya que los inversores de propiedad intelectual, se sienten seguros de que esa inversión, tendrá un retorno consistente en la recuperación de la inversión más otras ganancias económicas conocidas como regalías. Hasta hace poco se agregó un elemento más a esta fórmula I+D+I,

2 Mónica Bonnet, *Innovación y Propiedad Intelectual: Tendencias Siglo XXI* (Valencia: Tirant Lo Blanch, 2020), 13.

(investigación, desarrollo e innovación), esta inversión que realizan las grandes corporaciones y empresas se ve reforzada en su protección como se mencionó anteriormente gracias a la intervención de la propiedad intelectual.

La propiedad intelectual en sentido amplio, es la forma de integrar en un mismo concepto el derecho de autor y los derechos de la propiedad industrial, estos últimos constituidos tradicionalmente por las patentes, marcas y diseños, a los que se han añadido otros posteriormente.³ La Propiedad Intelectual que desde una perspectiva liberal consentía la libre comercialización de las obras fruto del ingenio humano y la libertad de expresión, articulado en un conjunto normativo que permitía vislumbrar un fenómeno de codificación,⁴ dio lugar a entender la propiedad sobre la ejecución de las ideas y a explotar estas ideas con el ánimo de obtener ventajas económicas en la competencia de mercado de las sociedades modernas postindustriales.

La propiedad intelectual ha evolucionado a medida que ha sido codificada como ya mencionamos, esta evolución ha sido en aras de brindar una protección a los autores de ellas, frente a terceros que puedan copiar o desviar las ganancias económicas que estas pudieran generar, el fin de la empresa mercantil es la generación de ganancias, para lo cual destina capital en la investigación de nuevas tecnologías, ya sea para su propia explotación o para la obtención de regalías al enajenarlas o cederlas a un tercero por concepto de regalías.

En El Salvador, la Carta magna en su artículo 103, establece constitucionalmente el reconocimiento de la propiedad intelectual como un derecho de propiedad, la Ley de Fomento y Protección de la propiedad intelectual menciona que las disposiciones de esta ley tienen por objeto asegurar una protección suficiente y efectiva de la propiedad intelectual, estableciendo las bases que la promuevan, fomentan y protejan.

3 Miguel Ruiz Muñoz, *Derecho de la propiedad intelectual, Derecho de autor y Propiedad Industrial* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2017), 34.

4 Ángel López y López, "Propiedad Intelectual y Perplejidades del Derecho Civil", en *Revista de Derecho Civil*, vol. II, núm.2, abril-junio, Sevilla, Universidad de Sevilla (2015): 171-179.

El moderno derecho de bienes contiene aquellos activos de los llamados intangibles o inmateriales, que hoy corresponden a bienes absolutamente valiosos para las compañías y cuya protección jurídica se hace indispensable si se quiere tener éxito en el actual desarrollo de los negocios.⁵ La propiedad intelectual se ha vuelto indispensable en la sociedad moderna para el desarrollo del comercio, existen empresas que dirigen todos sus esfuerzos en robustecer las áreas de investigación y desarrollo de sus empresas, convirtiendo la propiedad intelectual en el activo de más importancia y de principal explotación de éstas.

El acelerado desarrollo de la propiedad intelectual en los últimos tiempos, coincide con la expansión global y “mercantilizadora” del sistema capitalista, se trata de una expansión en dos sentidos, pues no sólo ocurre geográficamente, sino que implica una proliferación cuantitativa de los objetos susceptibles de ser incorporados al mercado.⁶ El acuerdo sobre los aspectos de la propiedad intelectual relacionados con el comercio⁷ de la organización mundial del comercio, demuestra la relación tanto entre la evolución del derecho mercantil y el avance de la propiedad intelectual como objeto de negocio en el mundo moderno.

Dentro del crecimiento económico la mayoría de modelos se basan en la idea que la innovación se lleva a cabo para obtener ganancias por medio de la introducción de nuevos productos, estos nuevos productos nacen del conocimiento humano, este conocimiento es utilizado por las empresas como producto o servicio y ofrecido al mercado para obtener ventajas competitivas

5 German Darío Flores y Salazar Mayra Duran, *Propiedad intelectual, nuevas tecnologías y derecho del consumo. Reflexiones desde el moderno derecho privado* (Caracas: Universidad Católica de Colombia, 2017), 5.

6 Ana María Bonet de Viola, “La propiedad Intelectual como sistema asignativo moderno. Una genealogía Crítica de las normas vigentes de acceso al conocimiento”, en *Revista de la facultad de Derecho*, N° 45, (Santa Fe: Universidad Católica de Santa Fe, 2018), 4.

7 El Acuerdo ADPIC (conocido como TRIPs por su abreviatura del inglés Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights) fue firmado en el ámbito de la OMC en 1994, durante las negociaciones de la Ronda Uruguay, entró en vigencia en 1995 y es el principal instrumento internacional vigente en materia de PI. Contiene disposiciones en materia de patentes, derechos de autor, marcas, indicaciones geográficas y secretos comerciales, 15 de abril de 1994.

frente a otros entes económicos.

El empresario, debe entonces estar siempre vigilante e identificar las necesidades del mercado, la actividad de la competencia y los riesgos operacionales para revisar constantemente tanto la organización como los bienes y servicios ofrecidos a sus clientes,⁸ esta idea, es la que nutre esa función de innovación con respecto a las ideas, que son traducidas en propiedad intelectual, ya sea como Derecho de autor o como propiedad intelectual.

La teoría de la capacidad dinámica⁹ empresarial es aplicable al fenómeno de aumento y utilización de la propiedad intelectual en las empresas modernas, esta capacidad de las empresas de crear nuevos productos en los entornos comerciales cambiantes genera a las empresas más y mejores oportunidades de negocios. La tecnología digital y las redes informáticas constituyen el desafío más reciente para la propiedad intelectual, cuestionando incluso las categorías tradicionales de obras y su tratamiento (al permitir traducirlas todas a soporte digital), así como de los derechos o facultades integrantes de aquella (dificultad de distinción entre derechos de reproducción, comunicación, distribución),¹⁰ los derechos de propiedad intelectual han seguido la línea de la capacidad dinámica, adaptándose y convirtiéndose en el pilar fundamental de las nuevas tecnologías, tanto en el mundo virtual como en los diseños de los aparatos tecnológicos y la aplicación en la industrias en maquinarias de mayor y mejor producción.

La propiedad en la industria contemporánea, se ha expandido en diferentes actividades económicas, un ejemplo de esta es el comercio electrónico, que se ha diversificado a nivel mundial, la industria del software, es otra que actualmente atrae millones de dólares en inversión a las grandes corporaciones, ejemplificando que distantes están aquellos tiempos en los cuales la propiedad industrial era el principal ejemplo de propiedad intelectual en la organización.

8 Mónica Bonnet, *Innovación y Propiedad Intelectual- tendencias Siglo XXI*, (Valencia: Tirant Lo Blanch, 2020), 20.

9 *Ibid.*, 23.

10 José Carlos Erdozain, *Manual de Propiedad Intelectual*, 9ª Edición (Valencia: Tirant Lo Blanch 2019), 49.

Como podemos observar la protección de la propiedad intelectual es tan importante como su creación y desarrollo, el tutelaje que el estado ejerza sobre esta fomentara a que mas personas trabajen e inviertan, ya que el ordenamiento jurídico les brindara la seguridad jurídica necesaria para hacer valer sus derechos morales y patrimoniales de su creación.

II. La era digital y la PI.

La propiedad intelectual, ha ido evolucionando cada día más, desde la invención de la imprenta en el siglo XIV, en 1439, hasta los tiempos modernos en los cuales el principal medio de comunicación social es el internet, las redes sociales, y el entorno tecnológico. Estas herramientas han brindado mayores ventajas a los creadores de contenido intelectual, pero al mismo tiempo traen consigo desventajas como el plagio, la utilización no autorizada de material protegido por derechos de autor y la piratería de obras masivamente, por la facilidad con las que es posible la reproducción de estas obras gracias al uso de las tecnologías de la información.

Los problemas de la construcción dogmática de la propiedad inmaterial tienen una honda raíz filosófica, que va a gobernar todas las polémicas sobre su encuadramiento dogmático, y que se remonta a la contraposición de la visión de Kant con la de Bentham en relación con aquella propiedad. Para el primero la propiedad intelectual refleja la indisolubilidad del objeto y el sujeto, ya que no existe un objeto del mundo exterior dado que la creación del ingenio no es sino una manifestación de la esfera personal. El segundo, se plantea algo bien distinto: si el producto del ingenio es útil puede ser infinitamente reproducido y por consiguiente puede ser vendido con lo que la creación del intelecto se disocia como objeto de su sujeto creador, y puede entrar fácilmente del derecho de propiedad, y no en las categorías de los derechos de la personalidad. Estas dos visiones, se han pretendido conciliar como es notorio con la dicotomía derecho

moral de autor, derecho patrimonial de autor y sus difíciles soluciones¹¹, estas dos posturas, son recogidas por las legislaciones contemporáneas, otorgándole ambos derechos a su titular, pudiendo enajenar la facultad de obtener los frutos de su explotación, pero conservando los derechos de paternidad de las obras e invenciones.

La facilidad con la que los entornos digitales cuentan en la transmisiones informáticas de contenido plantea un desafío moderno que debe ser controlado por los dueños de estos derechos para su explotación económica, estas nuevas modalidades no contemplan la creación de un nuevo derecho sino que se ubica, esta nueva forma de explotación en uno de los derechos ya existentes, aunque ello implicara adaptar y completar el derecho elegido a fin de que respondiera adecuadamente a esta nueva realidad económica.¹²

En cuanto al derecho laboral y la propiedad intelectual de los programas de ordenador y de las *apps*, el objeto del contrato laboral en las sociedades modernas dejó de versar solamente sobre los contratos de servicios tangibles, el ámbito laboral actual aborda también hoy en día los tópicos de programación, creación, desarrollo y mantenimiento de entornos digitales que nos hacen plantearnos sobre la paternidad de estos trabajos digitales. Los dos problemas estructurales que se pueden encontrar con respecto a la contratación laboral y los programas informáticos. Es evidente que sí puede ser objeto del contrato de trabajo el propósito inventivo, es decir, sí puede contratarse laboralmente a un trabajador para que idee, estudie, fabrique, invente o construya un programa de ordenador.¹³

En primer lugar, que la ajenidad en los frutos se diluye, es decir, que la teoría argumental que sustenta la atribución originaria al empresario del

11 Inmaculada Vivas Tesón, *Cuestiones de actualidad en el ámbito de la propiedad intelectual* (Valencia: Tirant Lo Blanch, 2015), 20.

12 María Serrano Fernández, *El impacto de la Sociedad de la Información en la Propiedad Intelectual* (Valencia: Tirant Lo Blanch, 2019), 25.

13 Jaime Alberto Díaz Limón, *Antología Iberoamericana de propiedad intelectual* (Valencia: Tirant Lo Blanch, 2018), 43.

producto final elaborado por el trabajador se difumina, pues sus características fundamentales no están tan definidas como en supuestos de elaboración de una cosa u objeto. En segundo lugar, que las notas características esenciales del control de la actividad laboral por parte del empresario también se difuminan, especialmente las relacionadas con seguimiento de su actividad y el control del producto final contratado.¹⁴

III. El derecho de autor y su protección registral.

El derecho de autor es el que más auge ha tenido con el desarrollo de las industrias musicales y los programas de computadoras, pero sin dejar de lado las más clásicas representaciones de esta como la música y las obras literarias. Como cualquier otro tipo de bien (en este caso inmaterial), el derecho de dominio que sobre la propiedad intelectual ejerce su titular o dueño, se encuentra regulado bajo el artículo 570 del código civil, el cual menciona que *“Las producciones del talento o del ingenio son una propiedad de sus autores.... Esta especie de propiedad se registrará por leyes especiales”*.

Por regla general, el derecho a la propiedad se ejerce sobre bienes tangibles, es decir, los denominados bienes muebles e inmuebles; no obstante, este derecho también puede ejercerse respecto de bienes de naturaleza intangible, a lo cual se denomina propiedad intelectual. En términos genéricos, la propiedad intelectual es aquella que se ejerce sobre cualquier creación o invención del intelecto humano con el fin de resguardarla jurídicamente a favor de su titular, confiriendo certeza sobre su originalidad e individualidad, promoviendo la creatividad de la mente humana y garantizando su divulgación y difusión.¹⁵

La obra es el objeto sobre el que la propiedad intelectual concede un

14 *Ibid.*,44

15 Sala de lo Constitucional, 126-2017, (Corte Suprema de Justicia, El Salvador, 2017)

poder de exclusiva a favor de su titular, inicialmente el autor.¹⁶ Esta exclusividad puede ser enajenada o cedida con respecto a su derecho patrimonial, más no en su derecho moral ya que éste, es exclusivo del autor, La construcción del Derecho de Autor gira en torno a la delimitación de su objeto: la obra. En función de ella se establece quiénes son autores y cuál es la extensión de la exclusiva sobre su utilización.¹⁷

Las teorías sobre la naturaleza jurídica del derecho de autor, son diversas y yacen desde diferentes puntos de vista, desde la perspectiva en la cual era un privilegio otorgado por el rey y no como un derecho preexistente del sujeto; otra teoría, la teoría del derecho de la personalidad, que plantea que el derecho de autor es inseparable de la actividad creadora del hombre, siendo las facultades personales una emanación de la personalidad;¹⁸ La tercera teoría, corresponde con la teoría del derecho de propiedad, ya que considera a la propiedad intelectual como un tipo de bien y que le permite disponer libremente de ella, como cualquier otro bien susceptible de apropiación.

La teoría de la propiedad sui generis, establece una diferencia entre el derecho de propiedad civil como derecho real y el derecho de autor, entendido como un derecho utilitario, ya que su interés es el progreso social y cultural de la sociedad. Un derecho de autor, es derecho en tanto y cuanto está en relación en y con la sociedad, pero a diferencia del derecho a la vida, no es inherente al núcleo más vital de la persona, sino que es relevante cuando tiene consecuencias sociales.¹⁹

Las teorías que a medida de la historia se han venido planteando son acordes al grado de protección jurídica que se ha venido otorgando desde el

16 Ignacio Garrote Fernández Díez, *Manual de Propiedad Intelectual*, 6ª Edición (Valencia: Tirant Lo Blanch 2015), 36

17 Isabel Candelario Macías, *Derecho de la Propiedad Intelectual*, (Valencia: Tirant Lo Blanch, 2017), 58.

18 Gisela María Pérez Fuentes, *Formatos Televisivos y Derechos de Autor* (Valencia: Tirant Lo Blanch, 2015), 14.

19 *Ibid.*, 15

mero título de reconocimiento otorgado por el rey, hasta la codificación de este derecho y su reconocimiento en convenios internacionales; por ejemplo, El Convenio de Berna de 1886, establece, en su art. 2 que los términos “obras literarias y artísticas” comprenden todas las producciones en el campo literario, científico y artístico, cualquiera que sea el modo o forma de expresión. Entendiéndose que esta expresión no es taxativa, y puede abarcar cualquier tipo de forma de expresión de arte o ciencia.

La ley de propiedad intelectual en El Salvador, menciona que el derecho de autor comprende facultades de orden abstracto, intelectual y moral que constituyen el derecho moral; y facultades de orden patrimonial, que constituyen el derecho económico.²⁰

Los derechos morales: Conceden una serie de facultades a su titular que se puede resumir en el derecho de publicar la obra como estime conveniente, ya sea en su nombre o utilizando un seudónimo, también el derecho de destruir, modificar o mantener inédita esa obra, así como modificarla o corregirla, el autor es libre de oponerse al plagio o copia de la misma y al derecho de exigir la reparación del daño y la correspondiente indemnización de perjuicios.

Como puede verse el derecho moral o de paternidad de la obra, protege al autor en el sentido que su obra no sea adulterada por otra persona, defendiendo su identidad y reafirmando la autoría de ésta, manteniendo el honor y el de su creador.

Los derechos patrimoniales: Según el artículo 7 de la Ley de Propiedad Intelectual, comprende el derecho económico del autor, ya que es el derecho exclusivo de autorizar o prohibir el uso de sus obras, así como la facultad de percibir beneficios económicos provenientes de la utilización de las obras. Este derecho patrimonial comprende aquel derecho que tiene el autor para explotar su obra y percibir ganancias económicas por ello. Este derecho puede ser transferido libremente a cualquier título y a la transmisión del mismo por

²⁰ Ley de propiedad intelectual de El Salvador, Decreto No 604 (El Salvador: Asamblea Legislativa, 1993), Artículo 5

causa de muerte y al igual que los derechos de paternidad, puede exigirse el derecho a indemnización por la violación de cualquier expresión del derecho económico del autor.

Requisitos: La originalidad es el único y auténtico requisito de protegibilidad, porque, como se verá, sustancia toda la carga discriminatoria en la delimitación del objeto protegido por el derecho de propiedad intelectual. Y una vez cumplido, junto con la materialización de la obra, no se necesita ningún otro (ni siquiera constar en determinados registros o reunir cualquier otra condición).²¹ En este sentido, la idea que subyace a la obra puede no ser original (perfectamente podría utilizarse una misma idea para varias obras); sin embargo, lo que sí debe ser original es la forma particular de expresión de la idea en la obra, la que debe reflejar un proceso creativo único y la singularidad del autor.²²

Dentro del cuadrante de los derechos de autor, se encuentra regulado el derecho de registro de los programas de computadora o software, este como ya se menciono es uno de los que más se ha explotado y se ha intensificado en su investigación, el registro de los derechos de autor en el registro de la propiedad intelectual de El Salvador, es vital para poder ejercer una tutela jurídica efectiva y que en caso de una violación a los derechos de propiedad del titular, este pueda acudir los tribunales para que les sea resarcido el daño ocasionado.

IV. Los programas de computadora o software.

Uno de los temas contemporáneos más controvertidos y poco explorados por los juristas, es la protección legal más adecuada para los llamados programas de computadora o “Software”, una de las primeras reseñas de esta

21 Isabel Candelario Macías, *Derecho de la Propiedad Intelectual*, (Valencia: Tirant Lo Blanch, 2017), 61.

22 Teresita Chubretovic Arnaiz, *La Protección de la Creación, Consejo Nacional de la cultura y las artes*, (Santiago, 2014), 15.

protección legal de los programas de computadora fue en los estados unidos de América, a finales de los años sesenta, el departamento de justicia exige a la empresa International Business Machine (IBM), que separe el software del hardware,²³ en la facturación de ventas lo que fue conocido como la política de *umbundling*.

En el año de 1996, se aprueba el Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor, mediante el cual, se hace mención expresa a la protección de los programas de computador, en su artículo 4º, al establecer que la misma se haría como si se tratara de una obra literaria, de acuerdo a lo dispuesto en el ya mencionado Convenio de Berna.²⁴ Sin embargo, aun cuando se aceptó la asimilación del software como obra literaria en lo respectivo a su protección legal, es decir, se incluyó bajo el la protección del derecho de autor, ya en algunas legislaciones se ha empezado a analizar la posibilidad de si, excepcionalmente, los programas de computador pueden ser protegidos vía propiedad industrial, específicamente mediante patentes o si, por su naturaleza, quedan excluidos de la mencionada modalidad.

En la legislación salvadoreña, la sección “E” de la Ley de Propiedad Intelectual, regula los programas de ordenador, el cual menciona que

“Programa de Ordenador, ya sea programa fuente o programa objeto, es la obra literaria constituida por un conjunto de instrucciones expresadas mediante palabras, códigos, planes o en cualquier otra forma que, al ser incorporadas en un dispositivo de lectura automatizada, es capaz de hacer que un ordenador, o sea, un aparato electrónico o similar capaz de elaborar informaciones, ejecute determinada tarea u obtenga determinado resultado”.

El artículo 13 de la misma ley, establece que se consideran obras protegidas todas las obras literarias y artísticas, tales como libros, folletos y

23 Entendiendo el hardware, tal y como lo define la Real Academia de la Lengua Española, como “el conjunto de los componentes que integran la parte material de una computadora.

24 Wilson R. Ríos Ruiz, *La Propiedad Intelectual en la Era de las Tecnologías*, (Colombia: Universidad de los Andes, 2009), 259.

escritos de toda naturaleza y extensión, incluidos los programas de ordenador; se puede inferir de este extracto que los programas de computadora o software son considerados como obras literarias y pueden ser protegidos por los derechos de autor. Esta es la postura más antigua y tradicional que se maneja a nivel doctrinario sobre la protección de los programas de ordenador.

Pero esta postura ha sido discutida debido a su dicotómica naturaleza, ésta plantea problemas de clasificación, pese a que como mencionábamos es regulada bajo las normas de los derechos de autor, también se ha intentado clasificar desde otros tipos de figuras, como los secretos comerciales, patentes e incluso se ha intentado regular en una especie de derecho *sui generis*, El programa de ordenador, entendido como un todo singular, comprende todos los elementos de creación principales, instrucciones, manuales etc. que se proporcionan al ordenador (Código fuente), como las instrucciones necesarias que permiten que el ordenador funcione (Código objeto), como dice la norma, que el ordenador actúe de una forma determinada, o en otros términos, la computadora entienda las instrucciones dadas, y que en ocasiones son obra del intelecto.²⁵

La patentabilidad del software es muy criticada en ciertas jurisdicciones debido a que estas posturas consideran, que un lado que el programa de ordenador, en tanto recoge los requisitos esenciales de patentabilidad, es decir: es nuevo, implica actividad inventiva, resuelve una cuestión técnica, y forma parte de un producto o procedimiento novedoso como reivindicación, es patentable. De otro lado, debe tenerse en cuenta que, programa de ordenador y software no son sinónimos, este último término designa un simple conjunto de programas, instrucciones y reglas informáticas para ejecutar ciertas tareas en una computadora, sin incluir su funcionalidad como elemento resolutivo de un problema técnico.²⁶

25 Isabel Candelaria Macías, *Derecho de la Propiedad Intelectual* (Valencia: Tirant Lo Blanch, 2017), 179.

26 *Ibid.*, 186

La moderna teoría registral de los programas de ordenador, acepta la patentabilidad del software en cuanto reúna los requisitos básicos de patentabilidad; el software en sentido técnico es patentable, por tanto, si dispone de efectos técnicos adicionales que van más allá de la normal interacción física entre programa y ordenador.²⁷

El artículo 27.1 del El Acuerdo sobre los ADPIC (acuerdo de derechos de propiedad intelectual) y los instrumentos internacionales a los que hace referencia, que regula la materia patentable, reza que *“Sin perjuicio de lo dispuesto en los párrafos 2 y 3, las patentes podrán obtenerse por todas las invenciones, sean de productos o de procedimientos, en todos los campos de la tecnología, siempre que sean nuevas, entrañen una actividad inventiva y sean susceptibles de aplicación industrial”*,²⁸ se puede hacer referencia a que esta disposición deja la puerta abierta para que los programas software, pueden ser patentables siempre y cuando cumplan con los requisitos que el mismo artículo establece; los cuales son, que sea algo novedoso, y sea posible su uso aplicable en aplicación industrial.

En el registro de propiedad intelectual del Centro Nacional de Registro de El Salvador, los programas de ordenador, las apps para teléfonos celulares (abreviatura de la voz inglesa application), pueden ser depositadas como obra bajo el derecho de autor o registrada como patente de invención, este registro acepta ambas clases de protección, variando únicamente los requisitos formales de presentación.

Los requisitos para el depósito del programa de ordenador son la presentación de la solicitud original de depósito de obra, deben adjuntarse dos ejemplares del código fuente, que comprenda el software, además una explicación técnica de las funcionalidades y características que posee el programa y una copia de la misma en un dispositivo magnético, ya sea una USB o un CD, así como el contrato de cesión de derechos a favor de la empresa

27 *Ibid.* 205

28 El Acuerdo sobre los ADPIC (acuerdo de derechos de propiedad intelectual) y los instrumentos internacionales a los que hace referencia, (15 de abril de 1994).

que esté realizando la inscripción, otorgada por el empleado que lo diseñó y adjuntando el recibo de los derechos de registro ya cancelados.

Los requisitos de registro del software como una patente son similares ya que comprenden la presentación de la solicitud de inscripción, así como la descripción técnica- científica de las funciones y características de este, dos ejemplares de la misma y dos copias en dispositivos magnéticos del programa en USB o CD, y el pago de los derechos de registro.

V. Propiedad intelectual y el comercio electrónico.

La Nueva Economía trata de la adquisición, procesamiento, transformación y distribución del conocimiento y de la información. Siendo la globalización y liberalización de los mercados, la diseminación de las tecnologías de la información y la comunicación, los rasgos esenciales de la misma. El paso de la economía tradicional a la nueva economía no ha sido un hecho casual, el mismo es consecuencia de las inversiones de los Estados y empresas, tanto en tecnologías de la información y la comunicación como en procesos productivos nuevos.²⁹

En el comercio, las innovaciones tecnológicas y sociales han supuesto siempre transformaciones, y todas ellas se han traducido en una evolución del mismo. Por ejemplo, las antiguas civilizaciones desarrollaron las innovaciones agrícolas, lo que permitió que la agricultura dejara de ser una actividad de supervivencia para pasar a ser una actividad comercial. La Revolución Industrial se caracterizó por un cambio en los instrumentos de trabajo de tipo artesanal por los desarrollados, mediante distintos tipos de maquinaria, destacando la máquina a vapor. Además, la revolución dio lugar a una apertura a los mercados extranjeros, como consecuencia del abaratamiento de los productos,

²⁹ Raquel Álamo Cerrillo, *La Economía Digital y el Comercio Electrónico*, (valencia: Tirant Lo Blanch, 2016), 12.

así como por la aparición de los nuevos sistemas de transporte, barco de vapor y ferrocarril.³⁰

Los datos existentes indican que los países de ingresos altos representan una gran proporción del comercio internacional de conocimientos y de ideas, pero que los países de ingresos medianos están convergiendo. La forma de comercio de tecnología no incorporada, sobre la que más se informa, es la que se produce a través de los ingresos y los pagos internacionales por el uso de activos intangibles, medidos por el pago de regalías y derechos de licencia. El uso de datos sobre regalías y derechos de licencia como medida aproximada del comercio internacional de conocimientos no está exento de problemas. Una cuestión fundamental es cómo aislar el comercio de la tecnología no incorporada de cuestiones relativas a los precios de transferencia. No obstante, los datos sobre regalías y derechos de licencia constituyen el indicador más pertinente para evaluar el comercio internacional de conocimiento no incorporado.³¹

En El Salvador, el 31 de octubre de 2019, se aprobó la ley de comercio electrónico, esto representa un avance significativo en la modernización estatal y privada, con ella se estableció un marco regulatorio de la relaciones comerciales contractuales, realizada por medios electrónicos y digitales, estas relaciones comerciales recaen en muchas ocasiones sobre objetos incorpóreos, más específicamente en soportes digitales, los cuales son distribuidos por medio de los entornos virtuales, la industria de la propiedad intelectual abarca muchos sectores desde la música, las obras literarias, producciones cinematográficas, programas de computadora etc. Todos estos sectores buscan brindar la protección legal y de hecho de sus activos más principales.

Se han tratado de implementar variadas técnicas de protección de la propiedad intelectual, físicas como digitales, esto con el objetivo de dotar de medidas de hecho para la protección de los activos intangibles de las empresas.

30 *Ibid.*, 29.

31 Organización de la Propiedad Intelectual, "Informe sobre propiedad Intelectual en el mundo", en *Series OMPI, "Economía y estadística"*, 70

Dado que un archivo digital ejecutable no es transparente para el usuario, desde hace mucho tiempo los titulares de derechos sobre programas de computación aprovecharon esa circunstancia para introducir en los códigos “objeto” instrucciones que les permitieran controlar el uso de su propiedad intelectual y que escaparan al conocimiento de terceros.

En algunos casos, se trata de limitar el uso del programa a un computador determinado, lo que se logra introduciendo una instrucción que condiciona el funcionamiento del sistema a que se compruebe que el programa corre dentro de un equipo con determinado número de serie o al que está conectada una “llave” física que el titular provee junto con los ejemplares originales. En otros casos, se introducen instrucciones dirigidas a hacer fracasar órdenes de reproducir copias en medios de almacenamiento plurales o removibles, o de “instalar” el software en un disco rígido.³²

Esta industria, en lugar de adaptarse a la situación que la sociedad, la tecnología y el mercado le están imponiendo y gastar parte de su abultado superávit anual en probar y desarrollar modelos de negocio alternativos que le permitan evolucionar y sobrevivir, ha optado por presionar a los gobiernos para que endurezcan las condiciones del monopolio que la legislación les concede. Al mismo tiempo, utiliza todas sus armas propagandísticas para criminalizar el intercambio de archivos y a las personas que lo practican, pero impone condiciones de alquiler y venta controladas por área (por ejemplo, en sitios como Amazon.com) que pueden llegar a retrasar muchos meses (en el caso de algunas series, hasta dos temporadas) la llegada del material a otras partes del mundo.³³

Las empresas de esta manera buscan preservar el dominio de las ganancias sobre sus contenidos, tratando de limitar así el acceso a personas

32 Antonio Millé, “Impacto del comercio electrónico”, en *Revista Derecho de La Universidad Católica De Valparaíso*, XIX, (Valparaíso, 1998), 19.

33 José F. Alcántara, *La Sociedad de Control*, 1ª Edición (Barcelona, El Cobre Ediciones, 2008,) 235

que no paguen la cantidad de dinero que cuesta dicho contenido, la misma ley, concede además una protección jurídica a las personas que violenten estos derechos de propiedad sobre la propiedad intelectual, y se aprovechen para obtener beneficios económicos en provecho suyo o de terceros; estos delitos contra la propiedad intelectual se encuentran regulados en el capítulo VII, del Código Penal de El Salvador, esta protección penal, se posesiona, tanto a los derechos de autor como a la propiedad industrial. Así también la Ley Especial contra los Delitos Informáticos y Conexos, regulan en su artículo 13 por ejemplo, el hurto por medios informáticos, que consiste en apoderarse de bienes o valores tangibles e intangibles por medio de las tecnologías de la información.

De esta manera, se puede concluir mencionando que la propiedad intelectual siendo utilizada por las empresas modernas, como uno de los principales activos en sus actividades comerciales y productos de la actividad intelectual de sus empleados, es de vital importancia en la era de la información, ya que se encuentra ante un tema poco tratado por los juristas contemporáneos en la práctica de las relaciones jurídico-mercantiles.

Conclusión.

Es innegable que tanto la era de la información, como la propiedad intelectual y el comercio electrónico, son tres aspectos que van de la mano en el desarrollo de las sociedades, estos tres aspectos han dado grandes avances en la última década, los grandes avances tecnológicos y las empresas dueñas de estos “inventos” han utilizado el derecho de propiedad intelectual para proteger sus creaciones y poder así obtener un lucro económico y mantener una posición dominante con respecto a los mercados de consumo.

La seguridad jurídica que aporta la debida regulación de la propiedad intelectual en los estados, y mas concretamente en El Salvador, sirve como incentivo de inversión de las empresas desarrolladoras y que invierten grandes cantidades de dinero en la investigación y desarrollo tecnológico, la propiedad

intelectual en la sociedad moderna, es un factor esencial en la modernización mercantil, y la ruptura de las clásicas relaciones comerciales, ayudando así a expandir nuevos y diferentes ámbitos tanto inventivos como comerciales.

Las ventajas económicas y competitivas que genera la efectiva protección de los programas de computadora o software, por medio del derecho de autor o patente, son a nivel nacional una fuente de inversión y de trabajo que además de los derechos patrimoniales de su titular se reflejan en un beneficio para el comercio electrónico y mejores beneficios para el consumir final de las invenciones.

“Los debates sobre la Sociología del Derecho”

Luis Antonio Tobar Quintero

LOS DEBATES SOBRE LA SOCIOLOGÍA DEL DERECHO

Luis Antonio Tobar Quintero.

RESUMEN

La sociología del derecho es una rama de la sociología que comenzó a tomar importancia a mediados del siglo XIX en Europa, posteriormente lo hizo en Estados Unidos y América Latina. Desde los fundadores de la sociología, los problemas jurídicos han sido uno de los temas explicados en sus diferentes obras, de esta manera la relación derecho-sociedad se ha vuelto más sólida en la era moderna. Por lo tanto, el objetivo del artículo es analizar los diferentes debates surgidos en torno a esta problemática, promovidos desde la rama de la sociología del derecho y su importancia para explicar la normatividad en las sociedades.

PALABRAS CLAVES: Sociología del derecho - derecho - sociedad - control - normatividad - política.

DEBATES ON THE SOCIOLOGY OF LAW

Luis Antonio Tobar Quintero.

ABSTRACT

The sociology of law is a branch of sociology that began to gain importance in the mid-nineteenth century in Europe, later in the United States and Latin America. Since the founders of sociology, legal problems have been one of the topics explained in their different works, thus the law-society relationship has become more solid in the modern era. Therefore, the objective of this article is to analyze the different debates that have arisen around this issue, promoted by the branch of sociology of law and its importance in explaining the normativity of societies.

KEYWORDS: Sociology of law - Law - society - control - normativity - politics.

Los debates sobre la Sociología del Derecho

Luis Antonio Tobar Quintero¹

Introducción.

El objeto de la sociología, se relaciona la mayoría de veces a los estudios de los grupos sociales y sus problemas. Sin embargo, como ciencia social esta tiene como estudio una diversidad de temas que tienen una interacción con el ser humano. Dentro de esos fenómenos se encuentran los jurídicos, cuya normatividad y control de las conductas ha sido trabajada por muchos sociólogos.

Desde el siglo XIX, los teóricos de la sociología se preocuparon por entender como el derecho afecta la vida social de los individuos o grupos por medio de su aplicación. Por lo tanto, el objetivo del artículo es analizar los diferentes debates surgidos en torno a esta problemática, promovidos desde la rama de la sociología del derecho y su importancia para explicar la normatividad en las sociedades.

De hecho, desde finales del siglo XX y principios del XXI, esta rama de la sociología, ha tenido un profundo desarrollo en las universidades latinoamericanas y europeas, en las cuales se han formado especialistas que estudian diversas temáticas. Las siguientes líneas, muestran el desarrollo histórico de la sociología del derecho, sus diferentes exponentes y la relación

1 Sociólogo, Facultad Multidisciplinaria de Occidente, investigador del grupo Herencias y perspectivas del marxismo de CLACSO, egresado de la Maestría en Estudios de Cultura Centroamericana en la referida Facultad.

derecho-sociedad.

I. Historia de las ideas políticas y jurídicas como precursoras de la Sociología del Derecho

Las primeras ideas políticas y jurídicas sobre un orden normativo social, nacieron en el Antiguo Oriente y Mesopotamia. Las formas de gobernar pasaron por un orden divino y basado en costumbres de las distintas culturas. La llegada de los reyes y el establecimiento de sus mandatos se ponían en manos del poder sobrenatural, es decir, normas que escapaban al poder humano. Pokrovski plantea: *“en su intento de fundamentar la plenitud de poderes ilimitados del déspota, la clase gobernante de los esclavistas proclama el origen divino de este poder (...)”*.²

Las primeras ideas jurídicas, que se pusieron en práctica nada tenían que ver con la instauración de juristas que establecían justicia para un determinado pueblo. De hecho, lo divino según López,³ tenía las intenciones de ejercer un sometimiento a través de la magia, el mito y la religión, por ello, lo jurídico se expresaba en lo que se denominó derecho natural, en lo cual lo justo era establecido por poderes sobrenaturales.

Así pues, en el antiguo Egipto quienes gobernaban lo hacían bajo la lógica divina, establecida mediante un mandato del ser supremo al faraón. El juzgamiento a los habitantes se hacía expresar mediante las creencias religiosas de los egipcios. La voluntad del faraón era la máxima autoridad que guiaba la vida de los pobladores y se imponía lo que este decía:

“(...) Algunas veces se ha hablado de una costumbre indiferenciada para designar esta nebulosa normativa, de la cual más adelante saldrán, como consecuencia de la evolución y como sistemas más especializados, la religión, la ética, los usos sociales,

2 V. S. Pokrovski, et al. *Historia de las ideas políticas*. (México D. F.: Editorial Grijalbo, 1966), 27.

3 David Ernesto López. *De la Filosofía a la Educación. Fundamentos de una Filosofía de la Universidad*. (San Salvador, El Salvador: Centro de Investigaciones en Ciencias y Humanidades, 2012).

los modos de vida, e incluso el derecho (...)".⁴

Estas ideas reflejan, el carácter evolutivo de las ideas o normas jurídicas en la antigüedad, tomando en cuenta, que las primeras formas de normar el orden social en las sociedades, fue impuesta desde las costumbres de cada pueblo, más que de una ley que llega a consolidarse hasta en Grecia y Roma. Así, por ejemplo, en la Antigua Babilonia el rey era el portador de la justicia, defensor de la legalidad, de los más débiles y del bienestar de todo el pueblo, lo que muestra que las normas jurídicas todavía seguían rigiéndose bajo cuestiones religiosas y míticas. Es decir, que una de las primeras fuentes del derecho fue la costumbre.

Asimismo, en palabras de Pokrovski,⁵ es en la antigua China cuando aparecen las primeras leyes basadas en las acciones naturales, que todavía contenían elementos mágicos y místicos de la época. Estas primeras ideas sociológicas de lo jurídico, permitieron una mayor consolidación en Grecia, pese a que en dichas sociedades todavía, no se puede hablar de un sistema jurídico fuerte. Las doctrinas políticas jurídicas y filosóficas giran en torno al planteamiento de Confucio y Lao Tse.

En Grecia (siglo VI al VIII), por sus condiciones de desarrollo en el sistema político y jurídico presentan un mayor avance. El pensamiento filosófico nutrió las ideas referentes a la justicia, aunque siguió predominando un derecho natural en toda la sociedad. En la sociedad griega el derecho natural jugó un papel importante al establecerse la justicia mediante una doctrina ética. Mientras que para Fucito, si bien el derecho natural presentaba diferencias con la sociología del derecho, este fue el punto de partida para que se consolidara en el siglo XVIII:

"Sin embargo, al haber tenido un enemigo común, ambos (teorías del derecho natural y teorías sociológicas del derecho) plantearon temas similares frente a la vocación del derecho positivo de [consolidarse] en derecho único. Así es como Gurvitch,

4 Jean Carbonnier. *Sociología jurídica*. (Madrid, España: Tecnos, 1982), 103.

5 Pokrovski, V. et al. (1966). *Historia de las ideas políticas*.

por ejemplo, encuentran en Aristóteles, Grocio, Hobbes o Locke, los precedentes históricos de la sociología jurídica (...)".⁶

Además de las ideas anteriores, los debates entre los que buscaban una sociedad democrática y otras aristocráticas, fue un punto de diferencia entre los filósofos y políticos de la antigua Grecia. La diversidad de visiones generó un debate de ideas difusas, entre ellas: las idealistas, morales, religiosas, naturalistas, entre otras. Fue en el imperio Romano (siglo I y II) donde el debate entre juriscultos sobre la aplicación de las leyes llegó a su más alto nivel.

Aparece la lucha entre los dos grandes partidos que gobernaron en la época romana; los optimates y los populares, así también empieza el debate entre las diferentes clasificaciones del derecho que fortalecían la capacidad de dominación del Estado. Fueron muy importantes en el debate jurídico las teorías de Cicerón y Polibio. Pese a estos avances, las ideas jurídicas dominantes fueron las de las clases gobernantes sin alejarse de un derecho basado en la religión y las leyes naturales.

Todas las concepciones expuestas desde la antigüedad hasta la caída de Roma, pueden entenderse como las teorías clásicas que se debatieron en cuanto a la justicia y el derecho y, pueden tomarse como precursoras de un primer acercamiento a la sociología del derecho, Díaz plantea:

"En efecto, en las teorías clásicas sobre la justicia o sobre el derecho natural y en las posteriores especulaciones filosóficas sobre el derecho positivo, se encuentran, con cierta frecuencia, datos y razonamientos útiles para esa comprensión del fenómeno jurídico en la sociedad: constituyen en este sentido precedentes válidos para la Sociología del Derecho (...)".⁷

Partiendo de estas premisas básicas, la consolidación de la sociología del derecho se daría hasta finales del siglo XVIII y principios del XIX. Entre los principales fundadores de la sociología del derecho, se encuentran: Comte,

6 Felipe Fucito. *Sociología del derecho*. (Buenos Aires, Argentina: Editorial Universidad, 1999), 116.

7 Elías Díaz. (1974). *Sociología y filosofía del derecho*. (Madrid, España: Taurus Ediciones), 135.

Weber, Montesquieu, Durkheim, Moro, Rousseau, Marx y Engels, Kant, Maquiavelo entre otros. Sus críticas irán dirigidas contra los efectos de las normas en la sociedad moderna, para ellos, no solo importa el papel que la aplicación de las normas juega a la hora de ejecutarlas, sino cuales son las consecuencias sociales de las mismas en una determinada sociedad.

Esta corriente de la sociología, causó un debate intenso contra la dogmática jurídica representada por el derecho natural que provenía del iusnaturalismo de la sociedad griega. Estos debates se entablarían entre sociólogos y filósofos del derecho y sus posturas se fijaban entre aquellos que consideraban que las leyes se debían aplicar para mantener un orden natural y, por otro lado, aquellos mostraban un análisis de los efectos de las normas jurídicas en los ciudadanos. Uno de los primeros filósofos en analizar el papel de las leyes ejerciendo una dura crítica en su aplicación fue Moro, al exponer:

“(...) En nuestros países, cada uno llama suyo a lo que posee, y todas las leyes sobredichas no bastan para regular la adquisición de los bienes, ni para asegurar su conservación, ni para establecer claramente una distinción entre lo que os pertenece y lo que pertenece a otro (...)”⁸

Esta expresión de Moro acerca de las leyes, es una de las principales críticas que ponen en el escenario un debate sobre el papel de las normas en la sociedad. Muy pocos intelectuales compartían la visión de Moro en este tiempo. Es así, que algunos siglos después el derecho natural se seguiría consolidando, mediante la creencia en una teoría del derecho puro, para establecer un orden social.

Entre los autores que consideran al derecho como un orden estático, normativo y natural a través de las leyes, se encuentran: Montesquieu, Rousseau, al establecer que un Estado solo puede coexistir si se hace un pacto con sus ciudadanos basados en leyes armoniosos, Comte, en la cual parte de que las sociedades se han venido desarrollando mediante estadios naturales, sin

8 Tomas Moro. *Utopía*. (Madrid, España: EDIMAT, 2010), 80-81.

ninguna intervención del ser humano, por ello atribuye gran importancia a la estática social como periodos largos de estabilidad social.

Asimismo, Durkheim afirma que las leyes deben estudiarse como hechos sociales, independientes de la voluntad de los individuos mediante el establecimiento de normas que surgen de una manera natural en la sociedad y la mantienen cohesionada. Kelsen, donde establece la existencia de un derecho natural y divino, los cuales han establecido las leyes que rigen la sociedad en todos sus periodos, desde la antigüedad al siglo XX.

De igual forma, las teorías de Parsons, Merton, Weber, Marx y Engels sostuvieron diferentes posturas en cuanto al análisis sociológico de la jurisprudencia, tomando en cuenta que las leyes poseen un carácter normativo (mandato) para una sociedad y que estas a la vez producen otro tipo de efectos en lo económico, político y social. Por otro lado, surgió el debate de la teoría del derecho positivo que predominó durante los siglos XIX y XX en la jurisprudencia, la cual exponía:

“La voluntad divina ---en la doctrina del derecho natural--- es idéntica a la naturaleza, en la medida en que la segunda es concebida como creada por Dios, y las leyes de la misma como expresión de su voluntad. Consecuentemente, las leyes de la naturaleza poseen, de acuerdo con tal teoría, el mismo carácter que se atribuye a las normas jurídicas promulgadas por un legislador: son mandatos dirigidos a la naturaleza, que obedece esos mandatos o leyes en la misma forma en que el individuo acata las dictadas por un legislador (...).”⁹

Estos debates, siguen existiendo en la actualidad, pero con una diversidad de ideas que enriquecen la relación derecho y sociedad. Durante estos años, reinaron debates positivistas o naturalistas sobre el actuar del derecho, los primeros teóricos trataron de explicar dicha relación tomando en cuenta las leyes naturales. Esto lo ejemplifica bien Montesquieu al decir:

“Antes que todas las leyes estén las naturales, así llamadas porque se generan

9 Hans Kelsen. Teoría general del derecho y del Estado. (México D. F.: Universidad Nacional Autónoma de México, 1988), 10.

únicamente de la constitución de nuestro ser. Para conocerlas bien, ha de considerarse al hombre antes de existir las sociedades. Las leyes que en tal estado rigieran para el hombre, esas son las leyes de la Naturaleza.”¹⁰

La difusión de las anteriores ideas, fue algo común durante esta época (siglo XVIII), el predominio de la explicación de los fenómenos jurídicos se inclinó por el positivismo heredado de la Grecia clásica. Considerar que las leyes se han creado para hacer el bien o para generar paz y armonía en una sociedad, es algo absolutamente erróneo. Lo jurídico desde la antigüedad se vio relacionado con lo bueno y lo malo, es decir, como las leyes contribuían a aplicar castigos a los que actuaban fuera de lo correcto.

Para el filósofo Nietzsche¹¹ lo bueno y lo malo no estaban determinados por leyes, sino por el lugar que los individuos ocupaban en la sociedad. Si se pertenecía a la aristocracia, todo lo elaborado desde ésta era considerado bueno, pero si estabas al lado de los plebeyos, se era tildado de malo o algo que lo contenía. Por consiguiente, las leyes no pueden estar aisladas de su contexto social en la que son creadas.

Mientras tanto, Rousseau, plantea que la solución a los problemas sociales en un Estado solo puede resolverse mediante un pacto social de los ciudadanos. Es decir, estableciendo reglas claras que busquen el bien común de todos:

“Si, por lo tanto, despojamos al pacto social de todo lo que no es su esencia, encontraremos que se reduce a los siguientes términos: cada uno de nosotros pone en común su persona, y todo su poder bajo la suprema dirección de la voluntad general, y recibimos a cada miembro como parte indivisible del todo”.¹²

Esta y otras ideas, se fueron expandiendo a lo largo del siglo XIX y XX, las cuales fueron consolidando los debates en torno a la relación derecho y

10 Charles Montesquieu. *El espíritu de las leyes*. (México D. F.: Editorial Porrúa, 2007), 5.

11 Véase. Friedrich Nietzsche. *Genealogía de la moral*. (México D. F.: Editores Mexicanos Unidos, 2015).

12 Jean Rousseau. (2010). *El contrato social*. (Madrid, España: Mestas, 2010), 29.

sociedad y los efectos que causaba en los grupos sociales e individuos, tomando en cuenta que la globalización jugo un papel importante en los sistemas jurídicos.

II. Concepto y objeto de estudio de la sociología del derecho

La sociología del derecho como rama de la sociología, se consolido a partir del siglo XVIII, con la aparición de diversas posturas sociológicas sobre la explicación de la puesta en práctica de leyes en favor del orden social. A la sociología del derecho le interesó cómo las reglas, normas y valores afectan la convivencia de los seres humanos en una sociedad:

*“La sociología jurídica es una disciplina científica con relación al Derecho, al fenómeno jurídico, ese es su objeto formal, es decir la perspectiva desde la cual se aborda el análisis del Derecho... El quehacer científico de la sociología jurídica consiste en entender el fenómeno jurídico como resultado de procesos sociales, interdependiente del efecto que el Derecho tiene como regulador de la acción social (...).”*¹³

Este primer acercamiento, muestra que para la sociología del derecho o jurídica, su principal interés se basa en la relación sociedad/ normas jurídicas aplicadas en un determinado contexto social. Es decir, las normas no solo pueden interpretarse desde la dogmática jurídica (constituciones, decretos, reglamentos), sino desde las consecuencias de la aplicación de las mismas a toda la sociedad:

“La sociología jurídica es una disciplina científica que intenta explicar las causas y efectos de las normas jurídicas. En tanto ciencia, es un conjunto de enunciados que pretenden describir plausiblemente ---es decir pretenden ser verdad--- tanto los fenómenos que pueden ser vistos como causantes o determinantes del ser así de las

13 Jorge Enrique Carvajal. “La sociología jurídica y el derecho. Dialogo con el derecho y perspectivas”. *Revista Espacio abierto*, no. 3 (2016), 113. <https://www.redalyc.org/pdf/876/87619038008.pdf>

*normas jurídicas, como los fenómenos que pueden ser vistos como efectos de ellas”.*¹⁴

Esta definición, plantea que la sociología del derecho se basa en buscar aquellas causas por medio de las cuales se crean y aplican leyes a ciertos fenómenos sociales. Asimismo, las consecuencias que deriva de la puesta en práctica de las leyes en una determinada sociedad. Esta misma postura es sostenida por Soriano, al decir “(...) *la sociología jurídica se ocupa de la influencia de los factores sociales en el derecho y de la incidencia que éste tiene, a su vez, en la sociedad; la mutua interdependencia de lo social y lo jurídico (...)*”.¹⁵

En ese sentido, no se puede desligar lo social de lo jurídico, no se puede afirmar que cuando alguien emite un mandato lo hace, tomando en cuenta el contexto social con el que se ve rodeado lo jurídico. De hecho, muchas explicaciones, que trataron de exponer el orden social en el siglo XVIII, giro en torno a cómo establecer normas y valores que mantuvieran una sociedad estática, sin ningún tipo de tergiversaciones. Para autores como Comte esto se resolvía si se dejaba que en la sociedad gobernara el derecho positivo basado en los tres estadios: teológico, metafísico y positivo.

Así también, algunos fenómenos sociales estudiados por la sociología general como la familia, las relaciones laborales, entre otros, han sido compartidos por los estudiosos de la sociología jurídica. La diferencia radica en, cómo se emplean los métodos de investigación a la hora de establecer la relación sociedad/leyes, es decir, el objeto de estudio. Márquez, plantea la situación retomando tres ramas del análisis de Durkheim, tomando el análisis morfológico social, la fisiología social y, por último, la sociología general que explica los fenómenos jurídicos como hechos sociales:

“La sociológica jurídica trata de establecer correlaciones entre la estructura de la realidad social y el orden jurídico; por ello, y en este sentido, analiza el vínculo entre

14 Oscar Correas. “La sociología jurídica. Un ensayo de definición”. (México: Instituto de investigaciones jurídicas, 1993), 23. <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/critica-juridica/article/viewFile/3076/2876>

15 Ramón Soriano. *Sociología del derecho*. (Barcelona, España: Editorial Ariel, 1997), 17.

las normas de la sociabilidad, los grupos sociales, las sociedades globales y los tipos de derecho que les corresponden".¹⁶

Lo propuesto por este autor, amplía el objeto de estudio de la sociología del derecho tomando en cuenta, la realidad y el orden vinculados a los diferentes grupos que componen las sociedades globales. Es decir, que dentro de la normatividad ésta implicó el control social que pretende establecer cualquier ley. El concepto de regulación, les permite a los sociólogos del derecho estudiar como las leyes influyen en los efectos de las conductas sociales de los individuos dentro de un contexto social.

Lo planteado involucra que las leyes no solo son válidas en cuanto a normas puras del derecho, sino también deben estudiarse las implicaciones sociales y culturales de la práctica de las mismas. Orden, normatividad, conducta, coerción, castigo son algunos de los conceptos que deben analizarse, cuando se relacione a la sociología con el derecho.

Con la aparición de la sociología en el siglo XIX, los primeros estudiosos afirmaron que la relación grupos sociales y comportamiento debía ser estudiado de los cambios sociales que se producen en la sociedad y como se producen. Esto tenía relación, con la alteración del orden normal de una sociedad y ello implicó dedicarle mucho tiempo al estudio de la relación derecho/sociedad, ahí aparece la sociología del derecho. Por consiguiente:

"El objeto de la Sociología del Derecho son los comportamientos humanos en cuanto se orientan subjetivamente por un ordenamiento jurídico considerado como válido. Es decir, las regularidades empíricas que han sido motivadas subjetivamente por la representación, que los individuos tienen de un orden jurídico válido".¹⁷

La concepción weberiana muestra con mayor claridad, los estudios sociológicos del derecho, ya sitúa su eje central en las acciones humanas de los individuos. En ello, tiene suma importancia la subjetividad que se le da al

16 Rafael Márquez. *Sociología jurídica*. (México D. F.: Trillas, 2006), 23.

17 María José Fariñas. *La sociología del derecho de Max Weber*. (México D. F.: Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 1989), 132.

actuar humano dentro de una sociedad. Así pues, para el autor son las acciones sociales las que en última instancia determinan la implementación de las leyes sociales, mediante las cuales se establece una normatividad social.

Las ideas sobre la relación entre las acciones humanas y las normas jurídicas, ha llevado a que algunos autores planteen situaciones que tienen que ver con el control social por parte de las leyes. Ello fijara, si las actuaciones de cada persona en una determinada sociedad son positivas o negativas, por tanto:

“(...) Podemos afirmar que la sociología del derecho es una rama de la sociología que trata de describir, explicar y predecir los modos como las personas interactúan tomando como referencia positiva o negativa un conjunto de normas jurídicas. Esto es, cómo aplican o eluden en su vida social esas normas, y cómo se relacionan en la acción esas normas con otros sistemas normativos que también guían la acción humana; el estudio tiene el fin de determinar las funciones que cumple el ordenamiento jurídico en la vida social”.¹⁸

La afirmación de Fucito, sigue la misma lógica de las anteriores en el sentido que cualquier legislador que toma decisiones, no lo hace sin tomar en cuenta el contexto social que le rodea. Es decir, aquellos elementos políticos, sociales y económicos que permitan mantener un orden o equilibrio dentro de una sociedad. La moral no es la forma de actuar de cualquier jurisconsulto que tiene sobre sus manos mucho poder. Deflem, al respecto menciona:

(...) En general, la jurisprudencia sociológica se refiere a un estudio del derecho que toma en cuenta los hechos sociales sobre los cuales el derecho procede y con los cuales está implicado; en otras palabras, el quehacer real, incluyendo las causas y los efectos, de la ley (...).¹⁹

Esto muestra, la importancia de las consecuencias que desencadena la toma de decisión dentro de un sistema jurídico. Por ello, ninguna norma está exenta de provocar una serie de efectos sobre otros. Por lo tanto, el objeto de la

18 Felipe Fucito, 23-24.

19 Mathieu Deflem. (2006). “Jurisprudencia sociológica y sociología del derecho”. *Revista Opinión Jurídica*, no. 10 (2006), 109. <https://revistas.udem.edu.co/index.php/opinion/article/view/132/116>

jurisprudencia sociológica relaciona al derecho, la realidad social, la sociedad y los grupos sociales que conforman una sociedad.

III. Los estudios de los fenómenos jurídicos desde la sociología del derecho

Las primeras posturas teóricas acerca de la sociología del derecho, aparecieron en el siglo XIX con el aparecimiento de la Sociología como ciencia por medio del filósofo francés Augusto Comte. La idea central de su obra, se basaba en estudiar el problema del orden social en las sociedades europeas del siglo mencionado, sobre todo por el caos que para el autor generaron:

*“(...) En otros términos, el espíritu humano, por su naturaleza, emplea sucesivamente en cada una de sus investigaciones tres métodos de filosofar, cuyo carácter es esencialmente diferente y aun radicalmente opuesto: primeramente, el método teológico, en seguida el método metafísico y en fin el método positivo (...)”.*²⁰

Los tres estadios de Comte establecen que las sociedades, evolucionan de una manera natural al igual que las ciencias naturales. Con ello establece que ningún ordenamiento jurídico puede intervenir en el devenir de la realidad. Esto sucedía porque para dicho autor, los individuos tenían que ser vistos como algo mecánico y que el orden solo podía ser alterado por leyes naturales.

Este panorama que presentaba el análisis de la sociedad, mantenía la concepción de las relaciones jurídicas como un ordenamiento naturalista parecido al de la antigüedad. Es decir, que las normas y valores no eran vistos como formas de establecer un control social, sino nada más como una forma de mantener el equilibrio en la sociedad.

Años más tarde, aparecerá Spencer quien explicaba el funcionamiento de la sociedad comparándolo con el cuerpo humano. A esta teoría se le conoció como organicista, ya que para el autor una sociedad no podía funcionar, si todas las partes que lo componían no funcionaban, lo mismo que sucede con el

²⁰ Augusto Comte. *Principios de filosofía positiva*. (Santiago, Chile: Mercurio, 1875), 71.

cuerpo humano. De esta manera, Spencer entiende las leyes como mecanismo que permite generar un funcionamiento adecuado de la sociedad.

Asimismo, es Durkheim quien explicaba los fenómenos jurídicos como hechos sociales externos al individuo y que ejercían una coacción sobre los mismos. De esta manera, explicaba que un orden jurídico contribuía a mantener a la sociedad en orden y equilibrio, por ello, afirma:

*“He aquí, pues, un orden de hechos que presentan características muy especiales: consisten en modos de actuar, de pensar y de sentir, exteriores al individuo, y están dotados de un poder de coacción en virtud del cual se imponen sobre él. Además, no pueden confundirse con los fenómenos orgánicos, puesto que consisten en representaciones y en actos; ni con los fenómenos psíquicos, los cuales solo existen dentro de la conciencia individual y por ella. Constituyen, pues, una nueva especie y a ellos debe darse y reservarse el calificativo de sociales (...)”.*²¹

Esta definición del derecho, establece la imposición del mismo a la sociedad mediante una serie de reglas, que obligan a un conjunto de ciudadanos a cumplir normas, valores, que mantienen un orden armonioso de la sociedad. Estas teorías fueron los primeros intentos por explicar la conexión entre derecho y sociedad, pero que no lograron explicar las verdaderas causas del apareamiento de la normatividad.

Por consiguiente, el hecho social es visto como una forma de coacción hacia los individuos o grupos, que Díaz²² cataloga al derecho como algo provisto de sanciones o castigos en una sociedad, según lo expresado por Durkheim. Este conjunto de teorías que explican los fenómenos jurídicos, bajo los conceptos de orden, equilibrio, armonía, se clasifican como funcionalistas porque la coacción ejercida por las leyes mantenía funcionando normalmente a cualquier sociedad:

“Los funcionalistas recurren a la analogía organísmica, y ello lo conduce a hacer particular hincapié en los aspectos del sistema social más estables, sobre

21 Emile Durkheim. *Las reglas del método sociológico*. (México D. F.: Fondo de Cultura Económica, 1986), 40-41.

22 Elías Díaz. *Sociología y filosofía del derecho*.

determinados, y más fundamentados normativamente, a expensas de otros aspectos de pareja importancia, prescindiendo de los cuales se vuelve imposible el análisis dinámico (...).²³

De esta manera, las normas jurídicas tratan de imponer un orden a los grupos sociales, utilizando mecanismos de control social. De igual manera, Parsons planteaba que el mantenimiento del orden, se asemeja a la ley de la inercia donde, la sociedad no puede ser alterada, si se respetan las normas y reglas establecidas. Para llegar a esto, se debían instalar dos tipos de sistemas: el social y cultural, que fueran capaces de interiorizar en los individuos las reglas morales y sociales a los distintos grupos de una determinada sociedad.

Un aspecto que contribuye a mantener este orden para los funcionalistas o positivistas es el concepto de función y disfunción. El primero garantiza que todo tipo de normas se vuelvan eficaces dentro de un sistema y que permite mantenerse en un cierto tiempo y eso vuelve estable a la estructura social. Mientras que para Montes la disfunción estaría vinculada a los efectos negativos que produce la toma de una decisión por parte de un legislador. Es decir, las consecuencias que genera ese acto que provoca aplicar una sanción o castigo.

Por ello, Carbonnier, afirma “(...) entre las posibles aplicaciones de la sociología del derecho, las más significativas giran en torno a las decisiones: la declaración de voluntad contractual, el juicio y la ley son por naturaleza decisiones jurídicas (...)”.²⁴ Este punto de vista es fundamental para la sociología, debido a que el derecho no representa hechos meramente objetivos, sino subjetivos los cuales son aplicados mediante la toma de decisiones por un jurista.

De esta manera, se establece que las normas jurídicas tienen una consecuencia en los grupos sociales, debido a que cuando se toma una decisión en un tribunal, su normatividad afecta a los demás. Por ello, el derecho no puede estudiarse como un mero hecho social objetivo. Weber haciendo hincapié en

23 Walter Buckley. *La sociología y la teoría moderna de los sistemas*. (Buenos Aires, Argentina: Amorrortu Editores, 1977), 33.

24 Jean Carbonnier. *Sociología jurídica*, 218.

esto afirma:

*(...) la coactividad aparece así como una característica externa al orden jurídico y como garantía del mismo, omitiéndose la introducción de la coacción en el contenido de la norma. Sociológicamente el derecho es orden formado por máximas de conducta o normas, garantizadas empíricamente por la existencia de un aparato coactivo, entendido este último, como un conjunto de individuos especialmente designados para ejercer la coacción, tanto física como psíquica, y cuya misión es obligar al cumplimiento de las normas castigar su infracción (...).*²⁵

En términos generales, Weber está mostrando otra faceta distinta de la normatividad en una sociedad, aunque su propuesta sigue manteniendo la concepción funcionalista recurriendo al orden y equilibrio como algo necesario para el mantenimiento de la armonía. En relación con esto, Montes²⁶ expone que la puesta en marcha de ciertas normas genera que la estructura de una sociedad se mantenga funcionando, relacionada con un sistema de valores que permite que los grupos o individuos no se vuelvan disfuncionales.

De igual manera, Merton²⁷ la familia es uno de los principales grupos en los cuales se transmiten los valores y estos están consignados bajo dos reglas, al igual que en la sociedad, la primera se refiere a los premios, si los comportamientos se adaptan a las normas y valores y la segunda a las consecuencias del rompimiento de cualquier regla por parte de los miembros, que se traduce en castigos.

Sin embargo, a mediados del siglo XIX surgió una teoría que busco explicar las verdaderas causas de las relaciones entre el derecho y la sociedad. Alejada de las explicaciones que intentaban entender el orden-equilibrio-disfunción, establecieron las bases históricas de la dominación de unos grupos sobre otros basado en las relaciones jurídicas, económicas y sociales. Sus

25 Max Weber. *Economía y sociedad. esbozo de sociología comprensiva*. (España: Fondo de Cultura Económica, 1964), 145.

26 Véase. Segundo Montes. *Sociología general*. (San Salvador, El Salvador: UCA Editores, 1982).

27 Véase. Robert Merton. *Teoría y estructuras sociales*. (México: Fondo de Cultura Económica, 2002).

dos principales fundadores Karl Marx y Friedrich Engels, sentaron las bases históricas del estudio de las normas jurídicas en relación con su existencia en la sociedad global, Engels afirma:

“(...) No faltaba más que una cosa; una institución que, no solo asegurase las nuevas riquezas de los individuos contra las tradiciones comunistas de la organización de la gens, que no solo consagrara la propiedad individual tan poco estimada primitivamente e hiciera de esta santificación el fin más elevado de la sociedad humana (...)”.²⁸

Las ideas planteadas por Engels, muestran el surgimiento de un nuevo sistema jurídico que prevalece en la actualidad, en el que las relaciones desiguales se concretan. Este planteamiento, permite entender la lógica de las normas que se establecen en las sociedades modernas, cuyas contradicciones no son expuestas por los positivistas y funcionalistas al interpretar el papel de la sociología y el derecho.

Estas formas de dominación llevan a los hombres a manifestarse en contra de ellas, ya que el poder que le confiere al Estado está por encima del interés colectivo. Por ello, el derecho es visto como el privilegio de una clase sobre otra, leyes creadas para intereses particulares. Así pues, Marx establece una relación de subordinación del derecho a la economía en la sociedad, al decir *“(...) el derecho no puede estar a un nivel superior al de la forma económica de la sociedad y de su correspondiente desarrollo cultural”*.²⁹

Marx trasciende propiamente de la relación entre lo jurídico y la sociedad y parte de la relación económica que subordina a las leyes. Con esto, se establece para el autor que, dentro de la sociedad capitalista, el andamiaje legal está en favor del modelo económico imperante. Con ello, Marx no establece que lo económico sea lo único determinante de la aplicación de las leyes en la sociedad, sino más bien un elemento importante a la hora de analizar la puesta

28 Federico Engels. *El origen de la familia, la propiedad privada y el Estado*. (San Salvador, El Salvador: Colección Pensamiento, 2007), 135

29 Karl Marx. *Crítica del programa de Gotha*. (Buenos Aires, Argentina: Editorial Anteo, 1973), 33.

en práctica de las leyes.

Por ende, la sociología jurídica busca estudiar todas aquellas dimensiones que implican las normas y reglas que se establecen dentro de una sociedad. Las consecuencias que se derivan de la normatividad en la sociedad es un tema que la dogmática jurídica no se cuestiona por ser parte de la misma formulación de las reglas, pero para muchos sociólogos, tiene otra interpretación relacionado con lo social.

En tal sentido, Gramsci, citado por Portelli³⁰, concibe lo jurídico dentro de la sociedad política y a esta le corresponde ejercer un dominio directo que se demuestra en el Estado mismo. Por ello, el papel superestructural de las leyes juega un papel ideológico de mucha importancia en la sociedad actual. El Estado por medio de lo político, decide qué tipo de leyes se crean en la sociedad.

En El Salvador uno de los máximos representantes en dicha área es Jorge Arias Gómez.³¹ Sus ideas parten de la concepción marxista del derecho, situándolo en relación a los condicionamientos económicos y políticos. Por ello establece al derecho un carácter histórico determinado por las condiciones superestructurales (ideológicas, políticas y sociales), influenciados por la estructura o infraestructura de la sociedad (económico).

El segundo representante que se ocupó de los temas jurídicos, desde una perspectiva sociológica y antropológica fue Alejandro Dagoberto Marroquín.³² Su estudio se basó en comprender las influencias de los sistemas jurídicos en relación a la implementación de los códigos civiles y la norma jurídica individualizada en la sociedad salvadoreña desde los primeros años del nacimiento del Estado salvadoreño.

30 Véase. Hugues Portelli. *Gramsci y el bloque histórico*. (México D. F.: Siglo Veintiuno Editores, 1973)

31 Véase. Jorge Arias Gómez. *La concepción marxista del derecho*. San Salvador, El Salvador: Universidad de El Salvador, 1998).

32 Véase. Alejandro Dagoberto Marroquín. *Estudios y conferencias sobre el Código Civil de 1860*. (San Salvador: Corte Suprema de justicia, 2006).

Por otro lado, la posmodernidad trajo una flexibilidad de las leyes en cuanto a su aplicación. El rompimiento de las reglas y el orden significó que las sociedades dieran un giro total a la impuesta por la modernidad. Por ello, quienes determinaban las leyes en el pasado ya no son vistos como tales, sino como simples aplicadores de lo que establece el orden mundial:

*“El quid es que el estado no es necesariamente más débil a causa de esta pérdida de autoridad, simplemente encontró mejores y más eficientes maneras de reproducir y fortalecer su poder: la autoridad se ha vuelto innecesaria, y la categoría especializada a cargo de su reproducción se ha vuelto superflua (...)”.*³³

Para el autor citado, la globalización ha contribuido a que las nuevas formas de control cambien, debido a que en la actualidad los mecanismos de dominio han variado. En tal sentido, más adelante afirma *“La nueva tecnología del poder y control también necesita expertos, desde luego; pero los intelectuales-legisladores tradicionales difícilmente reconocerían esta nueva demanda como adaptada a sus calificaciones y ambiciones (...)”.*³⁴

Conclusiones.

Las primeras nociones sobre el problema social de los jurídicos, fueron abordadas desde formas míticas y religiosas basadas en la costumbre de las sociedades antiguas, en las cuales el único orden era impuesto por los dioses y el hombre al nacer poseía derechos naturales al nacer dentro de cualquier sociedad.

A partir del siglo XVIII las discusiones sobre los problemas jurídicos, fueron objeto de grandes debates sociológicos, filosóficos y políticos, lo cual modificó las ideas tradicionales sobre el derecho y su discusión estuvo relacionado al aspecto individualista y coactivo del mismo.

33 Zygmunt Bauman. *Legisladores e intérpretes. Sobre la modernidad, la posmodernidad y los intelectuales*. Quilmes, Argentina: Universidad Nacional de Quilmes, 1997), 75.

34 *Ibid.*, 175.

Los primeros sociólogos que estudiaron los problemas jurídicos y su relación con la sociedad fueron: Comte, Durkheim, Marx, Engels y Weber, los cuales mostraron diferentes puntos de vista sobre la relación derecho-sociedad, en la cual algunas discusiones giraban en torno a la preocupación por el orden, pero también a considerarla como una relación social dominante dentro del sistema capitalista.

Desde el siglo XIX y XX hubo dos corrientes en los estudios de la sociología del derecho que predominaron en el mundo académico, por un lado, aquellos que todavía concebían al derecho como algo normativo, coactivo y de carácter positivo, encargado de regular las conductas en la sociedad; y por otro, la crítica de los intelectuales marxistas al concebirlo desde una lógica de dominación subordinado a las relaciones económicas de la sociedad.

En El Salvador los máximos representantes del análisis socio jurídico del derecho fueron, Alejandro Dagoberto Marroquín y Jorge Arias Gómez, quienes desde una perspectiva crítica estudiaron desde diferentes enfoques la coacción y normatividad del sistema jurídico en la sociedad salvadoreña.

La posmodernidad conlleva en palabras de Bauman, a que las leyes se volvieran flexibles. El establecimiento de un mandato a través de un legislador se volvió algo superfluo cuando las relaciones de poder y el mercado han marcado para el autor el verdadero campo de lo jurídico durante los últimos 30 años, ya no son las relaciones coercitivas ni el derecho positivo el que prevalece, sino el juez mercado.

“Programas de cumplimiento. ¿Un mecanismo efectivo para controlar la Criminalidad Económica?”

Kevin Gerardo Menjivar Guardado

PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO. ¿UN MECANISMO EFECTIVO PARA CONTROLAR LA CRIMINALIDAD ECONÓMICA?

Kevin Gerardo Menjivar Guardado.

RESUMEN

En este artículo, se analizarán los “Compliance Programms” también denominados “Risk management”, “value management”, “corporate governance”, “business ethics”, “Integrity codes”, “codes of conduct” y “Corporate social Responsibility”; en español usualmente denominados “Programas de cumplimiento”, “Programas de Compliance”, “Programas de cumplimiento normativo”, “Códigos de buena conducta”, entre otros. Estas palabras clave hacen referencia a los compliance programms. Se efectúa preliminarmente una introducción teórica-doctrinaria a la figura del Compliance y las reflexiones en cuanto a la discusión doctrinaria sobre la posibilidad que las personas jurídicas puedan delinquir y los modelos de atribución de responsabilidad penal para las personas jurídicas; la investigación finaliza, con el análisis del propósito del Compliance como un “efectivo mecanismo de control de la criminalidad económica” y los modelos de autorregulación planteados por la doctrina para asumir tal propósito.

PALABRAS CLAVES: Compliance - programas de cumplimiento - responsabilidad penal de la persona jurídica - criminalidad económica.

COMPLIANCE PROGRAMS: AN EFFECTIVE MECHANISM TO CONTROL ECONOMIC CRIME?

Kevin Gerardo Menjivar Guardado.

ABSTRACT

In this article, we will analyze the “Compliance Programs” also called “Risk management”, “value management”, “corporate governance”, “business ethics”, “Integrity codes”, “codes of conduct” and “Corporate social Responsibility”; in Spanish usually called “Compliance Programs”, “Compliance Programs”, “Regulatory compliance programs”, “Codes of good conduct”, among others. These keywords refer to compliance programs. A preliminary theoretical-doctrinary introduction to the figure of Compliance and reflections on the doctrinal discussion on the possibility that legal persons can commit crimes and the models of attribution of criminal liability for legal persons are made; the research ends with the analysis of the purpose of Compliance as an “effective control mechanism of economic criminality” and the self-regulation models proposed by the doctrine to assume such purpose.

KEYWORDS: Compliance - compliance programs - criminal liability of legal entities - economic crime.

Programas de cumplimiento. ¿Un mecanismo efectivo para controlar la Criminalidad Económica?

Kevin Gerardo Menjivar Guardado¹

Introducción.

Compliance es un neologismo originario del derecho anglosajón,² existe hoy en día una cantidad vasta de leyes que obligan tanto a personas naturales, como jurídicas. Las personas jurídicas, deben operar en sujeción al ordenamiento jurídico de los países en que desarrollan su actividad económico-empresarial y para evitar sanciones de diversa naturaleza, civil, administrativa e incluso penal en caso de incumplimiento, deben cumplir con las normas legales con la debida diligencia.

El *compliance*, en España y América Latina suele denominarse usualmente como “Programas de Cumplimiento” con el objeto de salvaguardar en la medida de lo posible el significado más fiel a su acepción jurídico-normativa. Los programas de cumplimiento son marcos de autorregulación de las personas jurídicas que emplean normas de obligatorio cumplimiento de acuerdo con la legislación vigente y otras normas que asumen de manera voluntaria, generalmente de contenido moral y/o ético, afín de construir un modelo sano de gobierno corporativo.

1 Egresado de Licenciatura en Ciencias Jurídicas de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la Universidad de El Salvador.

2 El *compliance* encuentra sus precedentes en el Derecho Anglosajón, lo que no resulta extraño dado que la responsabilidad penal de las personas jurídicas entra en vigor en dicho sistema desde principios del siglo XX.

“Así, el compliance nace para asegurar que la empresa se ajusta y cumple con el ordenamiento jurídico. En las últimas décadas, esta función se ha generalizado entre las empresas para dar respuesta al aumento de la normativa a nivel nacional e internacional -elaborada, en muchas ocasiones, por las instancias públicas para evitar nuevos abusos empresariales ante la falta de regulación-. El cometido de los programas de compliance es prevenir que tanto la compañía como sus empleados cometan delitos, y con ello evitar las penas correspondientes”.³

La figura del *compliance*, nace a partir de una serie de reformas legales que surgieron a raíz de ciertos escándalos de carácter político y económico en EE. UU, uno de ellos fue el Escándalo de Watergate a principios de la década de 1970 por el robo de documentos en el complejo de oficinas de Watergate en Washington D. C., sede del Comité Nacional del Partido Demócrata de Estados Unidos.

“La SEC (Security and Exchange Commision) descubre que más de 400 compañías estadounidenses han participado en pagos ilegales a cargos públicos o partidos políticos en el extranjero. El caso de la compañía aeroespacial Lockheed es uno de los más escandalosos: habría pagado 22 millones de dólares a funcionarios del Gobierno japonés en el transcurso de una venta de aviones”.⁴

En 1977 el presidente Carter firma el Foreign Corrupt Practices Act (FCPA), ley que sanciona a individuos y entidades por pagos indebidos a funcionarios públicos extranjeros y a emisores de valores en los Estados Unidos que no prevengan o detecten pagos indebidos en sus libros y registros, y/o en sus sistemas de controles de contabilidad interna. El objetivo que perseguía era recuperar la confianza en el sistema de negocios en EE. UU. Progresivamente fueron surgiendo diferentes instrumentos internacionales relacionadas al combate contra la corrupción que constituyen normas pioneras

3 Martha Remacha, “Compliance, ética y RSC”, en Cuadernos de la Cátedra la Caixa de Responsabilidad Social de la Empresa y Gobierno Corporativo, No. 31, (2016):6. <https://media.iese.edu/research/pdfs/ST-0411.pdf>

4 *Ibid.*

para el surgimiento posterior de reformas penales que introdujeron en algunos ordenamientos jurídicos (España, Argentina, Perú, Colombia, etcétera) modelos de atribución de responsabilidad penal de las personas jurídicas y con ello la implementación de modelos de autorregulación para la prevención de delitos (Programas de Cumplimiento). Algunas de los instrumentos internacionales que dieron cabida a dichas reformas son: la Convención Anticorrupción de 1997, el Guidelines Manual, el Chief Ethics Compliance Officer, la Internal Control-Integrated Framework, la Ley anticorrupción de Reino Unido (Bribery Act 2010), el Foreign Corrupt Practices Act (McDermott Will Emery 2010). Etcétera.

I. ¿Qué es *Compliance*?

La primera cuestión fundamental previa a abordar concretamente la situación del *Compliance* en el contexto del derecho penal de empresa, y su función preventiva de control de la criminalidad económica, es encontrar una definición de esta figura. El vocablo "*Compliance*" aún no se encuentra incluido en el Diccionario de la Real Academia Española.⁵ Los países de habla hispana usan denominaciones distintas para referirse al *Compliance*; independientemente de la denominación debe entenderse que los programas de cumplimiento reúnen ciertas características y los lineamientos para la elaboración e implementación de tales podrían variar de acuerdo con la legislación de cada país.

La World Compliance Association (WCA) o Asociación Mundial de *Compliance*, define el *compliance* cómo "*Un conjunto de procedimientos y buenas prácticas adoptadas por las organizaciones para identificar y clasificar los riesgos operativos y legales a los que se enfrentan y establecer los mecanismos internos de prevención, gestión, control y reacción frente a los mismos*".⁶ Esta definición se

5 En el Boletín de Información Lingüística de la Real Academia Española N°4 2013 se incluyen las equivalencias al español de "*Compliance*" (Cumplimiento de normas) y "*Compliance Management*" (Gestión del cumplimiento de normas), 20.

6 World Compliance Association, Acerca del *Compliance* ¿Qué es el Corporate *Compliance*? <http://www.worldcomplianceassociation.com/que-es-compliance.php>

aproxima bastante al significado, pero no alcanza a cubrir evidentemente todos los aspectos que involucra la implementación de un programa de cumplimiento, en lo referente a Compliance Penal, es necesario dilucidar que las “organizaciones” que lo emplean son de carácter privado, sociedades mercantiles y empresas, para protegerse de los riesgos que conlleva su actividad económica.

-Stanislava Hristova sostiene que:

“Los compliance programs son mecanismos a través de los cuales las empresas se organizan, suelen denominarse programas de cumplimiento y su origen se encuentra en la Federal Sentencing Guideline, en la que se describe detalladamente, cómo elaborar un programa de cumplimiento adecuado y eficaz, se denominan – effective compliance and ethics programs – no es de extrañar que el modelo nazca en Estados Unidos, donde estos programas forman parte inseparable de la responsabilidad penal. De modo que lo anterior lo que se ha tratado cómo el verdadero fundamento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en relación al defecto de organización está estrechamente vinculado a los compliance programs para controlar los procesos de decisión donde mediante teorías organizativas se constata elementos volitivos de los entes colectivos”.⁷

En EE, UU. Como sostiene Hristova, los programas de cumplimiento forman parte inseparable de la responsabilidad penal. Desde el siglo XX, E, UU implemento un modelo de atribución de responsabilidad penal de las entidades corporativas por crímenes cometidos por sus agentes y empleados.

-Bachmaier Winter, L. Define los programas de cumplimiento como:

“Un protocolo integrado estatutaria, orgánica y jerárquicamente en las personas jurídicas, que las mismas se autoimponen voluntariamente, y que sirve para ejercer el debido control al que se refiere el Código Penal y para evitar conductas indeseables de sus directivos y de todo el personal en general, con la finalidad de controlar y

7 Stanislava Hristova Hristova, “La Responsabilidad Penal de la persona jurídica. Las personas jurídicas como parte pasiva del proceso penal” (Tesis de Grado, Universidad de Valladolid, 2015), 29. <http://uvadoc.uva.es/handle/10324/13836>

*aminorar los riesgos de que la empresa incurra en responsabilidad criminal. El hecho de que en una empresa exista un Programa de cumplimiento efectivo, determina importantes consecuencias ante la eventual comisión de un delito con apertura de un procedimiento judicial y refuerza lo que se ha venido denominando cultura de cumplimiento”.*⁸

Bachmaier incluye en esta definición un elemento importante “la voluntariedad” y es que, aún en los países que incluyen en su normativa penal un modelo de atribución de responsabilidad penal, o bien cuasi penal o administrativo, a pesar que se establecen sanciones por no ejercer el “debido control”⁹ no obligan al ente a adoptar dichos programas por mandato explícito de la ley, sino que otorgan cierta libertad autorregulatoria en la gestión de dichos riesgos, y es el mismo ente el que crea su propio modelo de autorregulación normativa (compliance) conforme a sus necesidades.

-Según Dennis Bock:

*“Los compliance programs son sistemas organizativos que incluyen principios, reglas, procedimientos e instrumentos orientados a asegurar el cumplimiento de la legalidad en el desarrollo de las actividades de una organización, mientras que los criminal compliance programas, en los que se centra este trabajo, constituyen sistemas de organización empresarial, que también tienden a garantizar el cumplimiento normativo, si bien limitados a asegurar la observancia de la normativa jurídico-penal por parte de la empresa”.*¹⁰

Para efectos prácticos cabe aclarar que algunos autores como Dennis

8 Luisa Bachmaier Winter, “Responsabilidad penal de las personas jurídicas: definición y elementos de un programa de compliance”, en *Diario La Ley*, no. 7938 (2012): 4.

9 Una reforma del 2010 del Código Penal Español en su artículo 31 bis introduce el concepto “Debido control” generando cierta inseguridad jurídica debido a la indeterminación del significado y alcance de dicho concepto, en una reforma de 2015 se agrega al citado artículo “2. Si el delito fuere cometido por las personas indicadas en la letra a) del apartado anterior, la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad si se cumplen las siguientes condiciones 1ª el órgano de administración ha adoptado y ejecutado con eficacia, antes de la comisión del delito, modelos de organización y gestión que incluyan las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión”.

10 Juan Pablo Montiel et al., *Compliance y Teoría del Derecho Penal: Compliance y deberes de vigilancia en la empresa* (Madrid: Marcial Pons, 2013), 107.

Bock, hacen una distinción entre diferentes tipos de compliance, y es que en el desarrollo de las actividades empresariales, una empresa corre riesgos de cometer no solo delitos, sino que además puede ser sujeta de responsabilidades en el ámbito administrativo, laboral o civil y mercantil, por lo que algunos programas de cumplimiento normativo además de incluir las directrices de autorregulación, control y vigilancia, para la prevención de la comisión de delitos incluyen otro tipo de normas, reglas, procedimientos tendientes a evitar que la empresa incurra en sanciones de diversa naturaleza, así como también programas que además de la prevención de la responsabilidad penal, incorporan códigos éticos de conducta mediante las cuales son asumidas de manera voluntaria y que aportan al objetivo de poner en marcha un buen gobierno corporativo.¹¹ Este artículo se enfoca en el primero, en los programas de cumplimiento normativo en el contexto del derecho penal de empresa, es decir los programas de cumplimiento que incluyen mecanismos de prevención de riesgos en el ámbito de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Se define, a los programas de cumplimiento, como un sistema de autorregulación normativo que integra un conjunto de medidas de control y vigilancia que tienen como finalidad la prevención de delitos en las distintas ramas de la estructura organizativa de la empresa; y desde un punto de vista político-criminal, cumplen una función de control de la criminalidad económica, desde un enfoque normativo, el *compliance* cumple una función de minimización de riesgos que pretende librar a la organización de responsabilidad según sea el caso, penal, administrativa, laboral o civil-mercantil. Siempre y cuando se adopte el programa de manera previa al siniestro, y que racionalmente los mecanismos de vigilancia sean eficaces para asegurar un debido control.

11 Buen gobierno corporativo: “Es el conjunto de principios y normas que regulan el diseño, integración y funcionamiento de los órganos de gobierno de la empresa, como son los tres poderes dentro de una sociedad: Los accionistas, los directivos y la alta dirección. Un buen gobierno corporativo provee los incentivos para proteger los intereses de la empresa y los accionistas, controlar la creación de valor y el uso eficiente de los recursos”. <https://www.aec.es/web/guest/centro-conocimiento/buen-gobierno-corporativo> Consultado el 5 de octubre de 2020.

II. Criminalidad Económica. ¿Puede delinquir una persona jurídica?

La corrupción es un fenómeno social que ha existido en la historia de la humanidad desde tiempos remotos, Zavala Treviño señala:

*“Podemos situar el inicio de la corrupción en los albores de la civilización, muy especialmente cuando el hombre se agrupa, inteligente y sistemáticamente, pasando de hordas nómadas a aldeas y ciudades; dando lugar a múltiples formas de organización social, política y económica, como las naciones y la propiedad privada, y con ello también a valores y conductas relativas a sus comerciales, de gobierno y religiosas, lo que le permite al ser humano no sólo comer; vestir y subsistir, sino también satisfacer legítimas aspiraciones, como el éxito y la bonanza económica”.*¹²

Las formas de organización social en la actualidad, son especialmente complejas, como es el caso de las sociedades mercantiles y empresas, sin perjuicio que un ilícito pudiera cometerse aisladamente por una sociedad mercantil o empresa, algunas de ellas se constituyen especialmente para delinquir (Piénsese por ejemplo el caso de Sociedades fantasma para el lavado de dinero y activos), o el caso de Sociedades que nacieron para dedicarse naturalmente a actividades lícitas y luego se tornan en verdaderas redes de criminalidad organizada. Luigi Foffani sostiene que *“la criminalidad organizada es por naturaleza económica y la criminalidad económica es cada vez más organizada”*.¹³

En la actualidad pocos países tienen modelos de atribución de responsabilidad penal para personas jurídicas, lo que genera grandes debates respecto a si los mecanismos de control de la criminalidad económica vigentes en los ordenamientos jurídicos son de carácter suficiente. Jose Luis Barroso, plantea que existe una conciencia de criterios doctrinales *“acerca de que la delincuencia*

12 Juan Roberto Zavala Treviño, *Apuntes sobre la historia de la corrupción* (México: Universidad Autónoma de Nuevo León, 2013), 13-14. http://eprints.uanl.mx/3759/1/Apuntes_sobre_la_historia_de_la_corrupcion.pdf

13 Luigi Foffani *“Criminalidad organizada y criminalidad económica”*, en *Revista Penal* (2001): 56.

*económica está carente de un control social y jurídico mínimamente satisfactorio, lo que se patentiza en la elevada cifra negra de la delincuencia*¹⁴ la cifra negra se refiere al conjunto de delitos y delincuentes que no han sido descubiertos o no han sido criminalizados por el sistema. En opinión propia, debe incluirse en esta categoría aquellos delitos de difícil o imposible persecución por la actual configuración del modelo de imputación penal en relación a las formas complejas de realización de la conducta típica por parte de integrantes de las personas jurídicas. En otras palabras, se esconden bajo la estructura de la organización de la sociedad o empresa para cometer delitos.¹⁵

Elena Núñez Castaño, sostiene:

*“La moderna criminalidad, en la actualidad, se ha revestido de formas muy complejas de actuación, sobre todo porque se produce en contextos organizados entendiendo por tales tanto los ámbitos que están teñidos ad integrum de ilicitud, como pueden ser las organizaciones terroristas, las organizaciones de criminalidad organizada y otras organizaciones criminales, como aquellos otros ámbitos que son adecuados socialmente en la vida económica y financiera, como sociedades mercantiles, asociaciones o cualquier otra manifestación que pudieran revestir las personas jurídicas, y que actúan en el tráfico económico lícito, pero que en un momento determinado y puntual o reiteradamente pueden cometer conductas delictivas.”*¹⁶

La autora de manera muy acertada conviene en reflexionar que en la actualidad existen nuevas formas de criminalidad, y el delincuente convencional ahora actúa y opera de manera tecnificada, una suerte de profesionalización de

14 Jorge Luis Barroso González “Los delitos económicos desde una perspectiva criminológica”, en *Revista IUS*, vol. 9, N° 35, (2015): 7.

15 El Romano IX del Anteproyecto de Ley “Ley sobre responsabilidad penal de las personas jurídicas por la comisión de delitos” prescribe: “Que es una preocupación del Estado el crecimiento y auge de conductas delictivas, en las cuales los criminales utilizan esquemas jurídicos o personas jurídicas para la realización de sus actividades delictivas, entre ellas los delitos de corrupción, motivo por el cual es necesario que el régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas se extienda a otros delitos a los mencionados en los romanos anteriores”.
<https://www.transparencia.gob.sv/institutions/capres/documents/269511/download>

16 Elena Núñez Castaño. “La responsabilidad penal de la empresa”, en *Revista Estudios de la Justicia*, No. 10 (2008), 157-173. <https://rej.uchile.cl/index.php/RECEJ/article/view/15224>

la delincuencia que conlleva que aún en las estructuras de organización social que operan lícitamente se manifiesten conductas delictivas, independientemente de la discusión sobre si una persona jurídica se ha organizado para delinquir, o en el ejercicio de una actividad lícita comete accidentalmente u ocasionalmente conductas delictivas.

Elena Nuñez continúa:

*“Evidentemente, el problema es que estos supuestos constituyen fenómenos de difícil aprehensión para las figuras tradicionales de autoría y participación sobre la base de la intervención de unos pocos sujetos que eran los que realizaban o ejecutaban directamente al menos algunos de los actos de la conducta típica. En la moderna criminalidad estos pocos sujetos se van a convertir en muchos sujetos que configuran una irresponsabilidad organizada en la que ninguno de ellos será consciente de su responsabilidad y de que su acto contribuye directamente o indirectamente a la producción de un resultado típico”.*¹⁷

Lamentablemente, sin un modelo de atribución de responsabilidad penal de personas jurídicas, algunos delitos podrían quedar en la impunidad, debido a como sostiene Elena Nuñez existen supuestos de difícil aprehensión para las figuras tradicionales de autoría y participación.

En los mismos términos García Conlledo sostiene:

“La complejidad de la estructura organizativa hace que los preceptos sobre autoría y participación que aparecen en los códigos penales no parezcan (digo parezcan porque finalmente creo que si pueden dar juego) encajar muy bien, pues parecen estar pensados (ese es su origen histórico) para el delincuente que actúa solo o, a lo sumo, para el que actúa con unos pocos, como mucho organizado en forma de banda pequeña, estructura a las que las figuras de la autoría, sobre todo la coautoría, y la cooperación o complicidad con fácilmente aplicables. En la delincuencia empresarial parece precisamente que el centro de gravedad no radica en los ejecutores inmediatos, que bien pueden ser meros actuantes de propia mano sin capacidad de decisión y, a

17 *Ibíd.*

veces, sin conocimiento exacto de lo que llevan a cabo, aunque otras son verdaderos especialistas (ejecutivos agresivos, contables, etc.) sino en los (sujetos de arriba), los que adoptan decisiones que otros ejecutan".¹⁸

Así la coyuntura política y económica, presenta un panorama de surgimiento de nuevas tecnologías, industrialización, y globalización, que propician, no sólo el desarrollo y el progreso, sino también en un aspecto negativo, la aparición de nuevas formas de criminalidad económica.

III. Solución al problema de imputación de responsabilidad penal de las personas jurídicas

No siempre existió el debate en torno a la posibilidad de atribuir responsabilidad penal a un ente ficticio como lo es la persona jurídica. Hirsh sostiene: *"Casi todos los manuales habían reconocido la punibilidad de personas jurídicas. Pero recién a partir del comienzo del siglo XIX, la mayoría se expresa en contra de ello, y solo desde entonces desapareció la punibilidad de las personas jurídicas de los códigos penales".¹⁹* Los motivos que llevaron a sustraer de las legislaciones modelos de atribución de responsabilidad penal atienden a razones de carácter político y no tanto técnico-jurídico, pues siempre han existido grupos minoritarios de poder que se ven afectados por dichas regulaciones.

Una vez admitida la posibilidad de la capacidad delictiva de las personas jurídicas, es necesario resolver el problema de atribución. Es evidente que el actual modelo imposibilita hacerlo. La necesidad de criminalizar las conductas dañosas que se cometen a través de la empresa y que muchas veces constituyen delito, pero que debido al modelo punitivo vigente no puede perseguirse de

18 Miguel Diaz y Garcia Conlledo. "Problemas actuales de autoría y participación en los delitos económicos", en *Nuevo Foro Penal*, no. 71, Universidad de León, España (2007): 117. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3823033>

19 Hans Joachim Hirsch, "La cuestión de la responsabilidad penal de las asociaciones de personas", en *Anuario de derecho y ciencias penales*, 46, No. 3 (1993): 1102. <https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/5219>

manera colectiva, sino únicamente individual, nos debe llevar a la discusión sobre si es posible reformar o siquiera adaptar el modelo actual. Dannecker sostiene: *“Uno de los debates de mayor actualidad en la necesaria adaptación del Derecho Penal a los nuevos retos de la criminalidad económica es el concerniente a la penalidad de las personas jurídicas y corporaciones”*.²⁰ Si las personas físicas son capaces mediante el uso de la ficción jurídica de construir un ente colectivo, independiente de si, con personalidad jurídica para adquirir derechos y contraer obligaciones, es posible mediante el uso de la misma técnica (ficción jurídica) de superar el aforismo *“societas delinquere non potest”* (La sociedad no puede delinquir) el cual impide atribuir responsabilidad penal a una persona jurídica. Y es que, en muchos de los ordenamientos jurídicos como el salvadoreño, aún se encuentra vigente, ya que aún no es posible la atribución de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Pero visto el problema desde un enfoque político-criminal, en la actualidad es innegable el hecho que han surgido nuevas formas de criminalidad económica, las personas naturales cometen delitos por medio, en nombre o representación de las personas jurídicas y la estructura normativa penal actual obstaculiza la persecución de tales delitos.

Reyna Alfaro sostiene:

“Hasta hace pocas décadas, el aforismo latino societas delinquere non potest era enunciado de modo categórico, desconociéndose la posibilidad de sancionar penalmente a las propias personas jurídicas y reafirmando el paradigma de la responsabilidad penal individual. Hoy en día, sin embargo, la enunciación cambia de tono y se formula ya no en tono afirmativo sino como interrogante ¿Societas delinquere non potest? ¿La persona jurídica puede delinquir?”.²¹

Y es que se debe considerar que la atribución de responsabilidad penal

20 Gerhard Dannecker, “Reflexiones sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en *Revista penal*, no. 7 (2001):40. <http://uhu.es/revistapenal/index.php/penal>.

21 Luis Miguel Reyna Alfaro, *Panorama actual de la responsabilidad penal de las empresas* (Conferencia, I Congreso Mundial de Derecho, Instituto Latinoamericano de Derecho, Auditorio de la Facultad de Medicina de la Universidad de Guayaquil, Ecuador, 2007), 74. Texto complementado en el Departamento de Derecho Penal de la Universidad de Granada. <https://www.yumpu.com/es/document/read/15825248/panorama-actual-de-la-responsabilidad-penal-teleley>

de las empresas no suponen la eliminación de la responsabilidad individual, ante la comisión de un hecho ilícito, cada persona responde según su grado de participación, pero lo que se pretende construir es un sistema de imputación doble, donde también la persona jurídica responda penalmente de la comisión de hechos ilícitos en el seno de su organización cuando esta no ha ejercido el debido control.

El sistema de imputación penal individual vigente supone algunos problemas para la adopción de leyes que atribuyan responsabilidad penal de las empresas, la culpabilidad como elemento configurador de la responsabilidad penal, en torno a la clasificación tripartita de la teoría del delito, es decir la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, indicaría prima facie que debe descartarse la posibilidad de atribuir responsabilidad directa a las personas jurídicas, en vista que la culpabilidad entendida como el juicio de reproche que se realiza al autor de un hecho previamente calificado como típico y antijurídico requiere del autor la capacidad de entender el carácter ilícito de su conducta.

La culpabilidad se estructura por tres elementos 1) La imputabilidad: Que implica si la persona comprende que sus acciones afectan los intereses o bienes jurídicos ajenos. El opuesto supone la inimputabilidad es decir la imposibilidad de atribuir responsabilidad penal. 2) La existencia de dolo o culpa, en donde el dolo implica una intención positiva de inferir un daño a un bien jurídico o interés ajeno, y la culpa supone una negligencia es decir una conducta imprudente. El delito preterintencional no se castiga, como también la prohibición de toda forma de responsabilidad objetiva. y 3) La exigibilidad de otra conducta, es decir si es posible exigirle una conducta alternativa a la que constituye la infracción penal, en donde habrán supuestos que eliminan la exigibilidad como el miedo insuperable o el estado de necesidad.

Los requisitos de procesabilidad descritos anteriormente constituyen un obstáculo para la imputación de las personas jurídicas, Reyna Alfaro señala:

“Los autores que han desarrollado la problemática de la responsabilidad penal de las

*personas jurídicas reconocen que aunque el sistema de la teoría del delito plasmada en las codificaciones vigentes no es aplicable a las personas morales, es posible adoptar un sistema de doble imputación que permita la imputación individual como la imputación del hecho punible al ente colectivo. La adopción de un sistema de doble imputación”.*²²

La denominada doble vía de imputación, o modelo de transferencia de imputación, consiste en la posibilidad de atribuir responsabilidad penal a la empresa debido a la conexión entre la persona física que comete el delito y la persona jurídica, ya que la primera obra conforme al poder de decisión y en representación por beneficio directo o indirecto de la persona jurídica. Si se establece responsabilidad penal de la persona jurídica es porque no ha existido el debido control por parte de la misma, existe un defecto de la estructura organizativa porque no se han implementado de manera efectiva un mecanismo de gestión de riesgo (compliance).

Lo que se pretende entonces, no es reemplazar el sistema de imputación individual, sino la adaptación o creación de un nuevo sistema de doble vía.²³ Sobre la doble vía de imputación se sostiene que la persona jurídica: *“puede ser perseguida y sancionada sin que ello esté condicionado o subordinado en absoluto a la paralela persecución y sanción de una persona física”.*²⁴ Sin embargo, aún no existe

22 *Ibíd.*, 11.

23 El Código Penal Español se caracteriza por ser un sistema de doble vía, que contiene el sistema tradicional de responsabilidad criminal directa (responsabilidad individual), pero también contiene normas específicas que conllevan una serie de conceptos especiales para la atribución de responsabilidad penal para las personas jurídicas. Así el artículo 31 bis distingue dos tipos de personas físicas que en el nexo causal del actuar delictivo es posible la atribución de responsabilidad a la persona jurídica, así establece que esta será responsable penalmente por los delitos cometidos por a) *Los representantes legales o aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma y b) por los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en beneficio directo o indirecto de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por haberse incumplido gravemente por aquéllos los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad atendidas las concretas circunstancias del caso.*

24 José Miguel Zugaldia Espinar, “España. La responsabilidad criminal de las personas jurídicas en el Derecho Penal Español (análisis de la cuestión tras la reforma operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo), de 30 de marzo)” en Zugaldia Espinar, J.M Marin De Espinosa Ceballos, E.B

una posición doctrinaria dominante al respecto, por un lado, hay quienes afirman que la teoría del delito es incompatible con la atribución de responsabilidad penal de las personas jurídicas, y otros defienden que la dogmática penal debe evolucionar y adaptarse a las nuevas formas de delincuencia económica.

No obstante que la discusión sobre si las personas jurídicas pueden o no ser juzgadas penalmente aun es latente, varios países ya han introducido en sus legislaciones modelos de imputación de responsabilidad penal. Es posible que en El Salvador, en un futuro también se implemente un modelo de atribución de responsabilidad penal de las personas jurídicas.²⁵

Asimismo existe abundante normativa internacional que compromete a los países a garantizar que las personas jurídicas puedan ser penalmente responsables. El artículo 10 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, expresa *“Con sujeción a los principios jurídicos del correspondiente Estado parte, la responsabilidad de las personas jurídicas podrá ser de índole penal, civil o administrativa, consistiendo en sanciones eficaces, proporcionadas y disuasorias, sin excluir la responsabilidad penal de las personas físicas que hayan cometido el delito”*. El artículo 26 de la Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción señala: *“Cada Estado Parte adoptará las medidas que sean necesarias, en consonancia con sus principios jurídicos, a fin de establecer la responsabilidad de personas jurídicas por su participación en delitos tipificados con arreglo a la presente Convención”*. Conforme a todo lo anterior, resulta evidente la necesidad de la adopción de modelos de gestión de riesgos (compliance) en el ámbito empresarial.

(dirs) La responsabilidad criminal de las personas jurídicas en Latinoamérica y en España (Ed. Arazandi, Cizur Menor (Navarra), 2015), 233.

25 Existe actualmente un anteproyecto de ley que busca implementar un modelo de doble vía de responsabilidad penal de las personas jurídicas en nuestro país. Véase: <https://www.transparenciaactiva.gob.sv/secretaria-de-participacion-presenta-anteproyecto-de-ley-de-responsabilidad-penal-para-las-personas-juridicas>

IV. *Compliance* ¿Es un efectivo mecanismo de control? ¿Cumple su función preventiva en la comisión de delitos?

Los países que implementan un modelo de atribución de responsabilidad penal de las personas jurídicas otorgan eximentes, agravantes o atenuantes, según sea el caso, a las personas jurídicas que hayan establecido de manera previa a la comisión del delito, y de manera eficaz, el debido control para evitar las conductas delictivas de sus miembros. La eventual figuración de un programa de cumplimiento como eximente de responsabilidad penal dependerá en cierta medida del cumplimiento de los requisitos o exigencias que la ley prevea. Para que se tengan por cumplidos los requisitos será necesario que las medidas empleadas sean idóneas y eficaces.²⁶

Las personas jurídicas están obligadas a conocer los riesgos a los que se ven expuestas en el desarrollo de sus actividades, y deben tomar las medidas necesarias para prevenir o minimizar dichos riesgos.

*“Es de especial importancia la evaluación de los riesgos, en relación con la actividad empresarial de la persona jurídica, que puedan identificarse como conductas punibles de la persona jurídica. Habrá delitos generales de la propia actividad de cualquier empresa (delitos contra la Hacienda Pública, blanqueo de capitales, entre otros), pero también habrá que evaluar la actividad concreta y el procedimiento de cómo se realiza la actividad para hacer un análisis completo del riesgo de comisión de un hecho delictivo”.*²⁷

El modelo que adopte una empresa de un programa de cumplimiento varía según las actividades que realice una determinada empresa, pues según el rubro al que se dedique, puede verse expuesta a determinados factores de

26 Elena Gutierrez Perez “Los Compliance Programs como eximente o atenuante de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. La eficacia e idoneidad como principios rectores tras la reforma de 2015”, en *Revista General de Derecho Penal* (2015). <https://www.researchgate.net/publication/327332295>

27 Ignacio Rubio Bravo, “Responsabilidad Penal de la Persona Jurídica” (Tesis de máster, Universidad de Alcalá, 2017), 57. <https://ebuah.uah.es/dspace/handle/10017/32442>

riesgo, piénsese por ejemplo en los delitos ambientales en que presuntamente incurrió Baterías de El Salvador, S.A de C.V, una sociedad mercantil que produjo contaminación ambiental por plomo debido al inadecuado manejo de reciclaje de baterías de plomo.²⁸

Una Sociedad que opera en el sector financiero estará expuesta a riesgos distintos, podría verse involucrada por ejemplo en determinados delitos económicos. Pero invariablemente, se dedique a uno u otro rubro, es innegable que se verá expuesta a determinados riesgos operativos y legales; por lo cual, es menester asumir cierta responsabilidad que garantice un sano gobierno corporativo. Aún en los países que no imputen responsabilidad penal a personas jurídicas, contar con una cultura de compliance, evita incurrir en otros tipos de responsabilidad como civil o administrativa que si se encuentran reguladas.

La adopción de un modelo de programa de cumplimiento efectivo, más allá de ser una obligación legal, trae consigo una serie de beneficios:

*“La implementación del compliance puede ser aprovechado por las pequeñas y medianas empresas como mecanismo no solo para la prevención o detección de delitos que le permitan evitar una sanción, sino sobre todo para generar una cultura basada en el pleno cumplimiento del derecho que se verá reflejado en sus buenas prácticas hacia sus clientes, lo cual les traerá mejores réditos”.*²⁹

Contar con un programa de *compliance* ofrece mejores oportunidades de negocio, toda vez que las empresas que implementan estos mecanismos de control y vigilancia tienen una mejor cobertura de riesgos, lo que aumenta su reputación y genera expectativas de confianza por parte del resto del mercado, Nieto Martin afirma que la comprobación de la eficacia en abstracto de un

28 Un Programa de Cumplimiento efectuado por un equipo multidisciplinario de profesionales que hubiera incluido medidas operativas en base a las normas legales que la empresa estaba obligada a cumplir, como el Convenio de Basilea y el Código Penal probablemente hubiera prevenido el desastre ambiental que ocasionó.

29 Yasmira Riega Virú y Hubert Huamaní Chirinos, “Importancia del Criminal Compliance en la micro y pequeña empresa en el Perú”, en *Revista Lex de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, Universidad Alas Peruanas, Perú, (2019): 194. <http://revistas.uap.edu.pe/ojs/index.php/LEX/article/view/1816>

programa de cumplimiento tiende sobre todo a constatar si la dirección de la empresa ha hecho esfuerzos serios por crear una cultura de la legalidad y establecer controles apropiados, por eso cuando los administradores o altos directivos aparecen implicados en el delito, tales esfuerzos de cumplimiento no resultan creíbles y existe una presunción de que la empresa no está correctamente organizada.³⁰

Así una empresa que gestione responsablemente sus operaciones bajo un programa de cumplimiento será una empresa que atraiga más inversores y oportunidades de negocio porque creara la percepción que es una empresa responsablemente organizada y segura para las inversiones. En el plano legal el beneficio de contar con un programa de cumplimiento efectivo puede significar una eximente de responsabilidad o una atenuante según sea el caso. Pero la importancia no solamente puede verse desde un punto de vista positivo, sino también desde el aspecto negativo, si las empresas no adoptan tales programas, trae consigo una serie de consecuencias tanto legales como extraleales. Algunas de ellas son: Las empresas que no adoptan un programa de cumplimiento pueden ser sancionadas con multa, y de haberse cometido el ilícito serán responsables penalmente con su respectiva sanción de condena.

En las legislaciones que regulan la responsabilidad penal para las personas jurídicas, las sanciones por no adoptar un programa de cumplimiento van desde multa, suspensión de actividades, prohibición de participar en licitaciones, disolución y liquidación y pérdida de beneficios estatales. Asimismo, al ser sancionadas o condenadas supone un daño a la reputación e imagen de la empresa, lo que las puede llevar a perder negocios, credibilidad en el mercado, una desmejora en su reputación, lo que conlleva a pérdidas económicas y de estabilidad empresarial, y en el peor de los casos podría llegar a quebrar o a ser expulsada del mercado.

30 Nieto Martín, "Problemas fundamentales del cumplimiento", En: Kuhl, F.N. Lothar; Montiel, Juan Pablo; Ortiz de Urbina Gimeno, Iñigo (Eds.) *Compliance y teoría del Derecho Penal* (Madrid: Marcial Pons, 2013), 39-40.

Ahora bien, la efectividad que de los programas de cumplimiento resulte para el control de la criminalidad económica, constituye el grado de eficacia que en cuanto a sistema de autorregulación normativa supone la adopción del compliance como mecanismo de gestión de riesgos legales y operativos de las empresas. Dicho de otro modo, los programas de cumplimiento normativo pueden considerarse efectivos controles de la criminalidad económica, toda vez que las legislaciones sean explícitas en cuanto a los requisitos mínimos que un programa de cumplimiento debe contener.

Así, la libertad o margen de las empresas para adoptar es amplia, ya que no existen modelos únicos o estandarizados de adopción de programas de cumplimiento normativo, si no que cada empresa conforme a sus necesidades crea su propio sistema de autorregulación.

“El progresivo y constante aumento de la complejidad social, de los niveles de tecnificación y desarrollo tecnológico, sumado al avallasador proceso de globalización habrían despojado al Estado de la capacidad de regular de forma adecuada las estructuras empresariales. La especialización y la profesionalización por sectores de actividad, así como la complejidad de las estructuras organizativas y los correspondientes modelos de gestión haría absolutamente inviable sistemas generales de heterorregulación. A esta incapacidad, si se quiere, fáctica, se uniría además una profunda crisis del Estado social, de modo que éste ya no dispondría tampoco de la capacidad financiera para asumir los altos costes que los procesos de regulación, supervisión y sanción en ámbitos extremadamente complejos acarrearán. En resumidas cuentas, el Estado ni tendría los recursos suficientes, ni sabría cómo hacerlo”.³¹

En palabras de Ivo Coca, no sólo se resalta la evolución de la complejidad de los sistemas de organización social, sino la necesidad de implementación de nuevas formas de autorregulación ante la evidente falta de capacidad del Estado de asumir un rol activo y eficiente de regulación estandarizada.

31 Ivó Coca Vila, *Criminalidad de empresa y Compliance Prevención y reacciones corporativas: ¿Programas de cumplimiento como forma de autorregulación regulada?* (Atelier, 2013), 46-47

El *compliance* asume un papel de autorregulación para la empresa. No puede subestimarse el contenido, eficacia y alcance de los modelos de autorregulación corporativa.

“El Modelo de responsabilidad por defecto de organización se inscribe en la estrategia de control del delito vía autorregulación forzada (enforced selfregulation), esto es, imponiéndole a las empresas [...] el deber de organizarse y regularse de modo que sirvan también como instancias de prevención y detección de la misma, concretamente mediante la adopción e implementación de programas de cumplimiento (compliance programs).”³²

La autorregulación es la devolución de la autoridad reguladora del Estado al sector privado, imponiendo la obligación de adoptar e implementar programas de cumplimiento, los defectos de ese modelo organizativo inducen a responsabilidad a la persona jurídica.

V. Modelos de autorregulación

Ivo Coca, señala tres modelos teóricos planteados por la doctrina, autorregulación pura, la meta-regulación y la autorregulación regulada.

1) Autorregulación pura o voluntaria.

En cuanto a este modelo señala Ivo Coca: *“Es el resultado de la capacidad de un sujeto de auto someterse a reglas determinadas. En este sentido, los contratos, convenios colectivos o estatutos, así como todas aquellas normas internas de sujetos y organizaciones privadas serían el resultado de procesos de autorregulación”*.³³

Este modelo hace referencia al aspecto administrativo de las empresas, en cuanto a la adopción de obligaciones corporativas, mercantiles, civiles, laborales, etcétera. En el marco de la adopción de instrumentos obligacionales

32 Héctor Hernández Basualto “La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Chile”, en *Política Criminal*, 5. No.9 (2010): 207-236. https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-33992010000100005

33 *Ibid.*, 48.

de carácter privado.

2) La meta-regulación.

*“No existe un concepto único de meta-regulación, cabría afirmar que por meta regulación se alude el fenómeno normativo consistente en la determinación o condicionamiento, ya sea ex ante o ex post, de la actividad de autorregulación. Aquí el Estado, condiciona lo normado internamente, ya sea estableciendo previamente una serie de pautas, generalmente a través de principios a partir de las cuales será la propia empresa la que se autorregula, o bien otorgando incentivos a posteriori en aras de influir sobre lo internamente normado. Sea como fuere el rasgo cardinal de los procesos de meta-regulación es que no pretenden establecer concretos patrones o normas de comportamiento, sino más bien, despertar el interés, de las propias empresas en autorregularse, otorgándoles incentivos para ello. En efecto, los Estados optarían por recurrir a la – zanahoria – en vez de al – palo – estableciendo recompensas para las empresas que se autorregulan, como puedan ser la eliminación de parámetros normativos estatales o vinculantes, esto es otorgando mayores márgenes de libertad a la empresa en un futuro, o incluso, otorgando ventajas a la hora de valorar y sancionar el incumplimiento normativo en el marco de la empresa”.*³⁴

En este modelo lo característico es el nivel de discrecionalidad que el Estado otorga a las empresas para que conforme a principios generales, estas puedan concretarlos de manera específica en su propio cuerpo normativo. No se trata per se de modelos estandarizados, si no que de manera muy limitada el Estado se limita a otorgar pautas mínimas o generales, con el animo que cada empresa se autorregule según su propia voluntad. No se trata pues, ni de principios generales obligatorios, sino más bien lineamientos de carácter voluntario u orientativo.

³⁴ *Ibid.*, 49.

3) La autorregulación regulada:

Por último, nos encontramos con el modelo más reciente:

*“La autorregulación regulada alude a la forma de regulación estatal del mundo empresarial caracterizada por la incorporación del ente privado en el proceso de regulación, pero de forma subordinada a los concretos fines o intereses públicos predeterminados por el Estado. Prescindiendo de las múltiples subdivisiones que en el seno de la autorregulación regulada se llevan a cabo, básicamente en función de su grado de vinculación y del mayor o menor papel que juega el Estado en todo el proceso, lo relevante aquí es que el Estado, titular de la potestad regulatoria, recurre a las empresas para que colaboren con él en la elaboración de cuerpos normativos”.*³⁵

En este modelo, el Estado impone las directrices y lineamientos en las que debe operar el modelo de autorregulación, es decir el Estado impone obligaciones específicas que el ente privado debe incorporar en la elaboración de su propio cuerpo normativo (Compliance). Básicamente el Estado en el ejercicio de la potestad regulatoria establece un marco general y obligatorio de un modelo, aprueba en última instancia los sistemas de autorregulación de las empresas (es decir no las regula directamente), pero se reserva potestades de vigilancia y sanción en caso de incumplimiento,³⁶ en todo caso, como señala Sofia Paagman Alonso *“Un buen organismo de control lleva a cabo dos tipos de acciones paralelamente. [...] La primera tratar de alejar las complicaciones o conflictos que pudieran surgir en concepto de incumplimiento de la normativa y la segunda para que en caso de que se haya producido una violación de la norma, establecer planes de reacción para que afecte lo mínimo posible a la imagen de la corporación”*. En síntesis, debe dejarse claro que el Estado sanciona por incumplimiento de la norma jurídico-penal, pero esa ruptura se ha debido a una aplicación defectuosa del

35 *Ibid.*, 51.

36 Hacemos referencia al incumplimiento no de la norma jurídico-penal que desde luego acarrea responsabilidad penal para la empresa, si no de un incumplimiento por aplicación defectuosa del modelo organizativo, es decir la no aplicación idónea y/o efectiva del programa de cumplimiento lo que ha producido la ruptura del orden normativo jurídico-penal.

modelo de autorregulación.

Conclusiones.

La responsabilidad penal de las personas jurídicas, es un tema que está ganando terreno en el ámbito del derecho penal moderno. De ello, radica la importancia de ir preparando el terreno para inculcar en las personas jurídicas la cultura del *compliance*.

La criminalidad económica abarca una amplia gama de delitos, susceptibles de ser cometidos por personas jurídicas, en este sentido las nuevas formas de criminalidad económica, han dejado atrás la noción de que solo personas naturales pueden cometer delitos, es posible también que las personas jurídicas puedan delinquir.

Los modelos de autorregulación en el sector privado (sociedades y empresas) a través de los “criminal compliance”, o programas de cumplimiento constituyen novedosas herramientas del sistema jurídico que permiten en buena medida prevenir la comisión de hechos delictivos por parte de estas organizaciones.

Finalmente, el deber de organización y regulación (o mejor dicho autorregulación) por medio de los programas de cumplimiento se implementa a través de la adopción por la norma jurídico-penal de un modelo de autorregulación, y el Estado impone la sanción a la empresa por la comisión de delitos debido a la aplicación defectuosa del modelo de autorregulación adoptado por la norma jurídico-penal.

“Responsabilidad penal de las personas jurídicas”

María Elena Carvajal Duarte

RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

María Elena Carvajal Duarte.

RESUMEN

La investigación se centra en examinar las generalidades de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, con el fin de evitar la comisión de delitos dentro de su estructura. De manera sucinta, hace una referencia breve a la evolución internacional de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Comenta, lacónicamente, el caso del Aceite de Colza en España, y el caso Cochinilla en Costa Rica; además se alude a las generalidades del modelo facultativo de organización, prevención de delitos, gestión y control que se puede implementar a lo interno de la estructura societaria con el fin de mitigar la comisión de delitos transfronterizos, condición que es utilizada en ocasiones, alejándose de los compromisos de cumplimiento y, así, cometer actos contrarios a ley.

PALABRAS CLAVES: Responsabilidad penal - personas jurídicas - Ley 9699 - imputación - prevención de delitos - gestión y control.

CRIMINAL LIABILITY OF LEGAL PERSONS

María Elena Carvajal Duarte.

ABSTRACT

The research focuses on examining the generalities of the criminal liability of legal persons, in order to prevent the commission of crimes within its structure. Succinctly, it makes a brief reference to the international evolution of criminal liability of legal persons. It comments, laconically, the Colza case in Spain, and the Cochinilla case in Costa Rica; it also refers to the generalities of the optional model of organization, crime prevention, management and control that can be implemented within the corporate structure in order to mitigate the commission of cross-border crimes, a condition that is sometimes used, moving away from compliance commitments and, thus committing acts contrary to law.

KEYWORDS: Criminal liability - legal persons - Law 9699 - imputation - crime prevention - management and control.

Responsabilidad penal de las personas jurídicas

*“Una cosa no es justa por el hecho de ser ley.
Debe ser ley porque es justa”.*
Montesquieu (1689-1755)
Pensador y político francés

María Elena Carvajal Duarte¹

Introducción.

El derecho penal se ha ampliado de manera desmesurada a nivel mundial. Los Estados, por medio de sus legislaciones, afluyen a la legislación penal de modo acelerado, como mecanismo del poder penal cuyo nutrido aparato da la sensación de seguridad a la ciudadanía y a grupos sociales. Los Estados buscan mitigar la violencia y la inseguridad de los países ante la comisión de delitos transnacionales; aunque se sabe que la represión, en el sentido de más leyes penales y agravamiento de penas, no resolverá los conflictos.

Los Estados viven una situación global en la que se ha vuelto frecuente infringir las normas por medio de las personas jurídicas; por esta razón, a nivel internacional, se han ejecutado esfuerzos para mitigar la comisión de delitos transfronterizos provocada por estructuras societarias, pues resulta difícil atribuirle a una, o a varias personas la responsabilidad de las ilicitudes. A su

¹ Licenciada en Derecho. Especialista en Derecho Notarial y Registral. Máster en Administración de Justicia -Enfoque Sociojurídico- con Énfasis en Administración de Justicia Penal por la Universidad Nacional de Costa Rica (UNA). Mediadora / Negociadora / Conciliadora, certificada por la DINARAC y MTSS de Costa Rica. Doctoranda en Derecho en la Universidad de Costa Rica (UCR). Abogada y Notaria Pública. ecarvajalnotariapublica@gmail.com

vez, esto obliga a los Estados al establecimiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Ello implica una ruptura de la concepción dogmática del derecho penal con su más significativo axioma *societas delinquere non potest*.

La Ley 9699² se introdujo en Costa Rica el 10 de junio del 2019, en ella se ha aceptado la responsabilidad penal de las personas jurídicas, lo que fue inconcebible por muchísimo tiempo. Estos cambios normativos obedecen a decisiones de la política criminal adoptada por el legislador, lo que genera una gran expectativa en la ciudadanía y, en particular, en el mundo jurídico por conocer cuál será la empresa o persona jurídica a la cual se le aplique la nueva legislación.

En la actualidad, toda persona jurídica corre el riesgo de afrontar, no solamente una condena penal, sino la posibilidad de sentarse en el escaño para sufrir una imputación de un delito, por el mero hecho de que alguien inserto dentro del organigrama de la empresa haya cometido una falta “en nombre o por cuenta de estas, y en su beneficio directo o indirecto”.³

La investigación se centra en examinar las generalidades de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, con el fin de evitar la comisión de delitos dentro de la organización.

I. Breve referencia de la evolución internacional de la responsabilidad penal de las personas jurídicas

La sociedad se transforma cada día, exige formación técnica, una vida con mayores comodidades, la mano de obra es reemplazada por la máquina; consecuentemente, el aumento en la inflación, la rentabilidad, el producto interior

2 En lo que interesa: “*La presente ley regula la responsabilidad penal de las personas jurídicas...*”. Responsabilidad de las personas jurídicas sobre cohechos domésticos, soborno transnacional y otros delitos (Costa Rica: Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica, 2019), artículo 1.

3 Responsabilidad, *Costa Rica*, art. 4.

bruto, la globalización económica,⁴ el aumento de la tecnología aunado a nuevos inventos como las telecomunicaciones, mejores aparatos electrodomésticos, avances en los medios de transporte, tecnología en armamento; en síntesis, todo lo contrario a la vida del siglo XIX y XX.

La vida del mundo moderno está en crisis, debido a que la desigualdad aumenta juntamente con el progreso. La explotación del hombre por el hombre, la contaminación global, la riqueza en manos de la minoría, y miles de personas sin oportunidades de empleo, alta tasa de mortalidad como consecuencia de enfermedades por el deterioro ambiental y la escasez de alimentos; el calentamiento global por la deforestación desmedida; como si fuera poco, la pérdida de valores que desencadena una oleada de individualismo, el cual se convierte en egoísmo desenfrenado, aumentando el pesimismo y la pérdida de confianza en la dirección de la sociedad.⁵

Existen organismos internacionales, por ejemplo, la ONU, el FMI y la OCDE; esta última “con sede en París, es una organización internacional que promueve políticas para mejorar el bienestar económico y social de los habitantes del mundo. Ofrece un foro en el que los gobiernos pueden trabajar en conjunto para compartir experiencias y buscar soluciones a los retos económicos, sociales y de gobernanza que enfrentan”.⁶

La Organización Europea para la Cooperación Económica (OECE,

4 “La globalización” económica es un proceso histórico, el resultado de la innovación humana y el progreso tecnológico. Se refiere a la creciente integración de las economías de todo el mundo, especialmente a través del comercio y los flujos financieros. En algunos casos este término hace alusión al desplazamiento de personas (mano de obra) y la transferencia de conocimientos (tecnología) a través de las fronteras internacionales. La globalización abarca además aspectos culturales, políticos y ambientales más amplios... En resumen, la globalización no reduce la soberanía nacional. Crea fuertes incentivos para que los países apliquen políticas económicas correctas. También debería crear incentivos para que el sector privado evalúe cuidadosamente los riesgos. No obstante, los flujos de inversión de corto plazo pueden ser excesivamente inestables”. “Fondo Monetario Internacional: La globalización: ¿Amenaza u oportunidad?”, Fondo Monetario Internacional, acceso el 16 de junio de 2021, <https://bit.ly/368ZbgQ>.

5 “Naciones Unidas: El vivir bien como respuesta a la crisis global”, acceso el 16 de junio de 2021. <https://bit.ly/3skZP58>

6 “OCDE: La OCDE da la bienvenida a Costa Rica como su 38° país miembro”, acceso el 16 de junio de 2021. <https://bit.ly/3qLkxu9>.

1948) surgió después de la Segunda Guerra Mundial, coadyuvó a reconstruir las economías europeas; la OCDE (creada por la OTAN) la sustituye en 1961, su labor ha sido contribuir con los gobiernos a mejorar el crecimiento económico, gestar empleos y proliferar niveles de vida crecientes en sus países miembros, con estabilidad financiera a favor del progreso mundial.

El 25 de mayo de 2021, Costa Rica es integrada como miembro 38 de OCDE, también, es el cuarto país miembro de la región de América Latina y el Caribe, esto les permitirá trabajar en conjunto para beneficio mutuo, participando en comités y la revisión de ciertas políticas públicas.

La OCDE trabaja en un foro de política internacional con más de 100 países para favorecer su integración y bienestar monetario por medio de la cooperación intergubernamental, a su vez, los estados parte se benefician de los conocimientos y perspectivas de dicha Organización. Cuenta con un Directorado de Ciencia, Tecnología e Industria, con el cual le ayuda a los países miembros a entender y enfocar la evolución económica, para potencializarlos a la innovación y adaptar las políticas nacionales utilizando la globalización como oportunidad. Es así como logran trazar políticas de gobierno con el apoyo de análisis estadísticos.

II. Responsabilidad de las personas jurídicas sobre cohechos domésticos, soborno transnacional y otros delitos: Ley 9699

Las nuevas disposiciones han reformado algunos delitos contenidos en el Código Penal de Costa Rica (CPCR)⁷ y en la Ley 8422,⁸ por lo cual el paradigma “*societas delinquere non potest*”,⁹ traducido como ‘una sociedad no puede delinquir’, ha sido superado; de manera que el fenómeno de la globalización induce a las personas jurídicas a delinquir, tal como lo menciona el Dr. Carlos Parma: “no puede existir una sociedad justa con funcionarios deshonestos”.¹⁰

Existen prominentes juristas costarricenses relacionados con el quebranto del axioma: en un curso de investigación en el año 2002, el Dr. Ronald Salazar, quien iba contra corriente de los paradigmas de la época, culminó su estudio titulado: ‘La responsabilidad penal de las personas jurídicas en Costa

7 “Delitos en la Ley 4573, Código Penal de Costa Rica del 4 de mayo de 1970, en sus arts.: 347: cohecho impropio, art. 348: cohecho propio, art. 349: corrupción agravada, art. 350: aceptación de dádivas por un acto cumplido, art. 351: corrupción de jueces, art. 352: penalidad del corruptor, art. 352 bis: supuestos para aplicar las penas de los arts. 345 al 352 bis., art. 353: enriquecimiento ilícito, art. 354: negociaciones incompatibles, art. 355: Concusión, art. 361: peculado, art. 363: malversación, art. 363 bis: peculado y malversación de fondos privados, art. 368 bis: falsificación de registros contables”. Código Penal (Costa Rica: Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica, 1970), artículos 347, 348, 349, 350, 351, 352, 353, 354, 355, 361, 363, 363 bis y 368 bis.

8 “Delitos contemplados en la Ley 8422, Ley contra la corrupción y el enriquecimiento ilícito en la función pública del 2 de octubre del 2004: art. 45: Enriquecimiento ilícito, art. 47: receptación, legalización o encubrimiento de bienes o legitimación de activos, art. 48: legislación o administración en provecho propio, art. 49: sobreprecio irregular, art. 50: falsedad en la recepción de bienes y servicios contratados, art. 51: pago irregular de contratos administrativos, art. 52: tráfico de influencias, art. 55: soborno transnacional, art. 57: influencia en contra de la hacienda pública y art. 58: fraude de ley en la función administrativa”. Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública (Costa Rica: Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica, 2004), artículos 45, 47, 48, 49, 50, 51, 52, 55, 57 y 58.

9 “... el origen de la frase *societas delinquere non potest*, y les adelanto, Ilustrísimos Señores, que infértiles les resultarán cualesquiera búsquedas que hagan de la frase en textos de derecho romano, de derecho medieval o incluso de derecho moderno, pues la frase fue inventada en el año 1881 por el alemán Franz Von Liszt en la primera edición de su manual de derecho penal”. Víctor Martínez Patón, “Refutación del principio *societas delinquere non potest*” (Discurso, Real Academia Asturiana de Jurisprudencia, 23 enero de 2020).

10 Carlos Parma, “El Pentágono Anticorrupción: El derecho penal como instrumento eficaz de prevención y combate del crimen organizado y la corrupción de funcionarios”; *Temas de Derecho Comparado*, comp., Enrique Napoleón Ulate Chacón (San José: ISOLMA, 2020), 613.

Rica', donde señaló que "debemos entonces buscar un criterio sancionador que sea aplicable a las corporaciones".¹¹ También, el Dr. Minor Salas,¹² para el año 2000, se encontraba realizando sus estudios de doctorado en el Instituto para las Ciencias Globales del Derecho Penal de la Universidad de Múnich, en un Seminario de Responsabilidad Penal que impartía el jurista Roxin, el Dr. Salas planteó la interrogante: ¿puede atribuirse responsabilidad penal a una persona jurídica?, adviértase que la pregunta era casi una herejía en esa época, debido a que pocos penalistas hablaban del tema y no consideraban que fuera posible legalmente, lo cual es una realidad en Costa Rica al día de hoy.

La Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción fue ratificada por Costa Rica a través de la Ley 8557,¹³ y se adhiere a la Convención para combatir el cohecho de personas en el servicio público extranjero en transacciones comerciales internacionales, por medio de la Ley 9450,¹⁴ de ahí que la legislación emitió una ley de responsabilidad penal de las personas jurídicas, dicho hecho es objeto de estudio de esta investigación.

11 Ronald Salazar Murillo, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas en Costa Rica: Ensayos de Derecho Penal Accesorio*, comp. Luis Alonso Salazar Rodríguez (San José: Editorial Jurídica Continental, 2002), 211.

12 Minor E. Salas, "Responsabilidad penal de las corporaciones: ¿necesidad jurídica o ficción metafísica?," *YouTube*, 11 de octubre de 2019, <https://bit.ly/3hzJ1SW>.

13 Esta Convención fue ratificada por el artículo 1 del Decreto Ejecutivo No. 33540 del 9 de enero de 2007. De conformidad con el artículo 1, "La finalidad de la presente Convención es: a) Promover y fortalecer las medidas para prevenir y combatir más eficaz y eficientemente la corrupción; b) Promover, facilitar y apoyar la cooperación internacional y la asistencia técnica en la prevención y la lucha contra la corrupción, incluida la recuperación de activos; c) Promover la integridad, la obligación de rendir cuentas y la debida gestión de los asuntos y los bienes públicos". Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (Costa Rica: Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica, 2006), artículo 1.

14 Mediante Decreto Ejecutivo No. 40405 del 15 de mayo de 2017, la República de Costa Rica se adhiere a la presente Convención. Respecto a la responsabilidad de las personas jurídicas, el artículo 2 reza: "Cada una de las Partes tomará las medidas que sean necesarias, de conformidad con sus principios jurídicos, para establecer la responsabilidad de las personas jurídicas por el cohecho de un servidor público extranjero." En relación con las sanciones el artículo 3, inciso 2, señala: "En caso de que, bajo el sistema legal de una de las Partes, la responsabilidad penal no sea aplicable a las personas jurídicas, dicha Parte deberá garantizar que las personas jurídicas estarán sujetas a sanciones efectivas, proporcionales y disuasivas no penales, incluyendo sanciones monetarias, por cohecho de servidores públicos extranjeros." Canje de notas con la Organización Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE) para la adhesión de la Convención para combatir el cohecho de servidores públicos extranjeros en transacciones comerciales internacionales (Costa Rica: Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica, 2017) artículos 2 y 3 inc. 2.

Es notorio que no se puede encubrir la criminalidad de las empresas, ya sea que *“las empresas matrices... incurran en alguna de las conductas enunciadas en el artículo anterior, cuando obtengan un provecho directo o indirecto o se actúe en su nombre o representación”*,¹⁵ además, *“serán responsables ... las personas jurídicas que cometen las conductas citadas en beneficio directo o indirecto, de otra persona jurídica o actúen como sus intermediarios”*.¹⁶

Promulgar leyes de responsabilidad colectiva es conveniente en la lucha legal para mitigar la comisión de delitos de empresas que puedan ser responsables de actos deshonestos, sea soborno transnacional o cohecho, entre otros; siendo un mensaje claro que el comportamiento ilícito no es de recibo a lo interno de la organización.

La Ley 9699 sobre responsabilidad penal de las personas jurídicas, establece los presupuestos que se deben tomar en cuenta para la imputación de los entes colectivos, así como las medidas preventivas que se pueden instaurar en la organización para evitar la comisión de delitos, y el cumplimiento de las personas jurídicas.

La globalización ha ido envolviendo a los Estados en situaciones favorables y desfavorables, contempla diversos factores tecnológicos, económicos, sociales, políticos, culturales, etc.

Las nuevas tecnologías ayudan a la globalización¹⁷ a expandir la integración, el comercio, a que proliferen los derechos humanos lo cual mejora la vida de las personas. Lo negativo de este fenómeno radica en la desigualdad económica. Los Estados realizan esfuerzos, tanto nacional como internacionalmente, para crear proyectos y oportunidades para toda la

15 Responsabilidad, *Costa Rica*, art. 2.

16 *Ibid.*

17 *“Existen muchas concepciones diferentes acerca de la definición de globalización. Sin embargo, se puede resumir en que se trata de un proceso dinámico que está compuesto por una creciente interdependencia entre los países del mundo. Algo que ocurre usando como medio, una serie de transformaciones de carácter global. Las fronteras que antes tantas limitaciones representaban, con más frecuencia tienen menos relevancia”*. *“Economiatic.com: ¿Qué es la globalización?”*, Economiatic.com, acceso el 16 junio de 2019, <https://bit.ly/2UWBGfM>.

ciudadanía.

En contraposición, las personas jurídicas son utilizadas por inescrupulosos para delinquir, por lo que se deben constituir nuevas leyes para evitar la comisión de delitos desde el marco de legalidad de todo Estado de Derecho.

Mario Alberto Jiménez cita al jurista Carlos José Gutiérrez, quien señala que:

*“Todo está sujeto a evolución. Pero hay una serie de definiciones que pueden considerarse universalmente aceptadas. Es razonable esperar, sin dejar de luchar para que ello sea cada vez más real, que Costa Rica será siempre una democracia, en que se respeten los derechos humanos, no sólo los de las mayorías, sino también los de las minorías, donde es posible mantener el esfuerzo por lograr una mejor justicia social, sin que sea necesario salirse del sistema. Y eso es lo mejor que puede decirse de cualquier sistema de gobierno”.*¹⁸

El Dr. Alfredo Chirino advierte que:

*“... resulta particularmente curiosa la forma en que ha sido organizada la penalización de comportamientos de personas jurídicas en Costa Rica, a partir de las prescripciones en contra de delitos de corrupción y el soborno trasnacional, principalmente porque los códigos de conducta cumplimiento no parecen estar dirigidos a impedir la pena o a promover la exclusión de responsabilidad, ni siquiera fundar una regla de imputación, sino tan solo a habilitar una reducción de pena”.*¹⁹

Esta ley tiene como fin evitar la comisión de delitos, y regula la responsabilidad penal de las empresas en caso de incurrir en delitos o facilitarlos; por lo que viene a delimitar las personas jurídicas penalmente responsables. La ley es clara en establecer independencia de la responsabilidad penal individual

18 Mario Alberto Jiménez Quesada, *Desarrollo constitucional de Costa Rica, soberanía externa y relaciones entre el legislativo y el Ejecutivo en nuestra evolución constitucional*, 4a ed. (San José: Editorial Juricentro, 1992), 273-274.

19 Alfredo Chirino Sánchez, Gustavo Chan Mora, Alexander Rodríguez Campos y Carlos Alberto Parma, coord., *Ciencias Penales y Derechos Humanos, La necesaria relación entre el derecho penal y la seguridad, apuntes para una explicación de la política criminal de castigo a la persona jurídica* (San José: Editorial Jurídica Continental, 2020), 171.

y la responsabilidad penal corporativa, ergo, que aun cuando no sea posible identificar a la persona física penalmente responsable del acto, es indudable que el hecho delictivo se dio, por tanto, la persona jurídica podrá ser castigada.

Algunos aspectos relevantes de la ley en cita (Responsabilidad 2019, arts. 1, 6, 7, 8 y 11) son: la implementación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas como un mecanismo necesario para la persecución penal acorde a la delincuencia moderna, la adopción de un modelo facultativo de autorresponsabilidad penal empresarial, el establecimiento de los requisitos mínimos de un programa adecuado que, adicionalmente, fue especificado mediante el reglamento a la ley aprobado hace pocos meses, la aplicación de penas a las personas jurídicas principales y accesorias, entre otros.

La ley prevé los escenarios de imputación en caso de absorción, fusión o modificación de la persona jurídica, la distinción de irreprochabilidad según la posición dentro de la empresa de la persona física que haya cometido el delito, el catálogo de sanciones a imponer que permiten un amplio margen de acción a la persona juzgadora, la regulación de aspectos procesales relativos a la actuación de la persona jurídica, la previsión de posibles escenarios de conflicto de sus intereses expuestos en el proceso penal, y aspectos procesales propios de su representación ante el procedimiento penal.

En cuanto a las personas jurídicas, es a través de la decisión político criminal (lo cual se basa en unas valoraciones) que se pueden responsabilizar penalmente si así se decide; por tanto, estas tienen capacidad de acción, capacidad de sufrir penas y capacidad de culpabilidad. La persona jurídica podría verse involucrada en un delito mediante la concreción de un comportamiento externo y voluntario, con la intención de hacerlo hacia la comisión de un acto ilegal; normalmente mediante una actuación dolosa, verbigracia, el otorgamiento de una concesión producto de un soborno.

También, en un juicio, (prueba evacuada) se podrá determinar, por ejemplo, que se le entregó dinero a una persona funcionaria pública y este

provenía del patrimonio de la persona jurídica, por lo cual se obtiene la licitación, la persona jurídica realiza sus actos sobre la base de la capacidad de actuar. Es claro que la persona física y jurídica son sujetos de responsabilidad penal, pero el hecho de que no se puede individualizar a la primera como coautora del delito no es impedimento para responsabilizar segunda, siempre que se cuente con las pruebas existentes.

En relación con el debido proceso, la sentencia 1739-92²⁰ del Tribunal Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica (Sala Constitucional) nos habla sobre la garantía del debido proceso a las personas jurídicas que serían imputadas, respetando los principios que le integran y que se han desarrollado constitucionalmente desde la creación de la Sala Constitucional; por lo tanto, todas las garantías y principios constitucionales que concatenan el proceso penal tales como la tutela judicial efectiva, el derecho de defensa, principio de legalidad, la asistencia de patrocinio letrado, la intimación e imputación de los hechos, la presunción de inocencia; entre otros que deben de imperar tanto en las personas físicas como jurídicas.

III. Caso del aceite de colza en España y Caso Cochinilla en Costa Rica

3.1. Caso del aceite de colza en España

En España, se comercializó el aceite de colza para uso doméstico en el año 1981, pero estaba desnaturalizado y contenía una **sustancia tóxica** llamada **la anilina**, lo cual causó la muerte de miles de personas y continúa, a la fecha, causando efectos indeseables en la población afectada.

20 “El concepto del debido proceso envuelve comprensivamente el desarrollo progresivo de prácticamente todos los derechos fundamentales de carácter procesal o instrumental, como conjuntos de garantías de los derechos de goce -cuyo disfrute satisface inmediatamente las necesidades o intereses del ser humano-, es decir, de los medios tendientes a asegurar su vigencia y eficacia”. Sala Constitucional, *Consulta judicial*, voto: 01739 -1992 (Costa Rica: Corte Suprema de Justicia, 1992), párr. 1.

Los elevados niveles de descontrol del Estado con los productos destinados al consumo humano permitieron que empresas se aprovecharan del fraude e incrementaran sus ganancias económicas, y vulneraran la vida de las personas que adquirirían el producto, pensando que era aceite de oliva, cuando se trataba de aceite de colza adulterado. Lo vendían a la clase trabajadora, de casa en casa a precios bajos. Las autoridades competentes para manejar los protocolos de actuación eran el Ministerio de Sanidad, Comercio, Hacienda, Industria y Agricultura. A falta de los protocolos que controlaran la circulación del producto tóxico, este cobra la primera víctima el 1 de mayo del 1981: un niño de tan solo ocho años; a partir de ese momento llegaron más enfermos y fallecidos con los mismos síntomas.

El Ministerio de Sanidad lo catalogó como una “enfermedad del legionario”, luego señaló que era una neumonía atípica, pero, el 17 de junio de 1981, aseguró que la causa estaba en el consumo del aceite de colza.

La enfermedad recibió el nombre de Síndrome del Aceite Tóxico (SAT), después de 40 años, sobrevivientes aún aquejan dolencias crónicas que afectan la calidad de vida, por cuanto los pacientes a quienes les dan seguimiento en el Instituto de Salud Carlos III presentan las siguientes repercusiones clínicas: *“afectación vascular generalizada, lesiones en el sistema nervioso periférico y dermatológico, y problemas en los órganos internos. El resultado es un paciente con debilidad muscular, astenia, calambres, algias musculares y articulares, siendo el resto síntomas variables entre diferentes personas”*.²¹

El aceite de colza se importaba principalmente de Francia, por la empresa RAPSA, y se distribuyó en Cataluña y la ciudad madrileña de Alcorcón, la principal empresa que distribuía el aceite tóxico fue RAELCA. Las autoridades estatales autorizaron el empleo de la anilina en el aceite de colza, desnaturalizándolo para uso industrial; con el fin de proteger la producción del aceite de oliva español de las abundantes y económicas importaciones del

21 Irene Mira Serrano, “La tragedia olvidada del aceite de colza: el envenenamiento que mató a más de 3.000 personas”, *ABC Historia* (16 de julio de 2019), <https://bit.ly/3AU423D>.

aceite de colza y vegetal comestible.

El Estado faltó a los controles que debía hacer a los productos de consumo humano, aunado a las empresas aceiteras inescrupulosas, provocó el envenenamiento de la población y la muerte de más de tres mil personas, además, de quienes al día de hoy sufren los efectos del envenenamiento. La ABC explica que: “en España, el aceite de colza industrial ha sido mezclado con anilinas y con aceite de oliva, dando lugar a un producto que tenía el mismo olor, color y sabor que el aceite normal de oliva, y que ha sido vendido a granel a un precio inferior al aceite de oliva natural”.²²

El 30 de marzo de 1987, se celebró el primer macrojuicio en España, juzgando a 37 empresarios acusados, vinculados con el envenenamiento masivo. El Tribunal Supremo dictó la sentencia en 1989 y condenó solo a 13 personas de las 37 acusadas, con penas de 6 meses y 20 años de cárcel porque:

“(…) El Tribunal conoce la relación causal entre desnaturalización del aceite de colza con anilinas y producción de la enfermedad, pero ha estimado que los procesados no tenían intención de causar muertes, por lo que no ha tipificado los hechos como delitos de homicidios ni lesiones. Tras conocerse el fallo, parte de los afectados que se encontraban a las puertas de la Audiencia Nacional apedrearon el autobús donde viajaban los acusados al grito de “asesinos””.²³

En 1992, aumentaron la pena a algunos aceiteros, pero se declararon insolventes por las altas indemnizaciones que se pretendían. Ante la anterior situación, los abogados de las víctimas exigieron la responsabilidad del gobierno dadas las negligencias de los funcionarios estatales.

En 1997, el Tribunal Supremo declaró al Estado como responsable civil subsidiario de la tragedia por autorizar el uso de la anilina y por no llevar a cabo protocolos de actuación que evitaran el desvío del aceite envenenado al consumo humano. Se pagó el total de las indemnizaciones, pero tardaron más de 20 años para algunos. Se condenó a dos funcionarios a seis meses de cárcel por

22 Mira, *Tragedia olvidada*, párr. 6.

23 Mira, *Tragedia olvidada*, párr. 15.

imprudencia temeraria. Federico Povedano, director de la política arancelaria, por ser el responsable de importar el aceite y no cumplir sus obligaciones; Manuel Hernández Bolaños, porque autorizó la desnaturalización del aceite de colza en 1973, si bien es cierto fue de manera involuntaria, el peligro potencial era evidente, máxime sin protocolos.

Para muchas personas, la catástrofe no ha concluido, quienes sufrieron afectación, se sienten desatendidos 40 años después. Llevan años luchando desde la Plataforma Síndrome Tóxico “Seguimos Viviendo” para que se les escuche y tengan una mayor atención social que haga frente a sus incapacidades. Solicitan que se investigue más la enfermedad en las Facultades de Medicina y que les ofrezcan apoyo psicológico a las víctimas porque, aunque disfrutaban de ayudas económicas y domésticas, son limitadas para enfrentar todos los obstáculos.

El aceite de colza en España es un producto estigmatizado e innombrable, inasequible de localizar en los supermercados. Sin embargo, en otros lugares del continente europeo es el aceite más vendido para consumo humano y valorado como muy saludable.

El caso del Aceite de Colza en España es de gran importancia porque es el primer caso más grande de responsabilidad penal del Estado de España, en lo referente a muertes, invalidez y lesiones de todo tipo, por el cual el Estado afrontó las consecuencias indemnizatorias por la política mercantil que tenía en las importaciones de aceite de colza, siendo de relevancia penal por la magnitud de los daños.

3.2 Caso Cochinilla en Costa Rica

Este apartado toma como base información recopilada del autor Chinchilla,²⁴ lo cual señala que el caso Cochinilla fue revelado el 14 de junio del

24 Daniel Chinchilla, “Denuncia por supuesto prevaricato a jueza que liberó a imputados del caso “Cochinilla””, *crhoy.com, noticias 24/7* (06 de julio de 2021), <https://bit.ly/3wBrQG7>.

2021, es el escándalo político de corrupción que podría llegar a convertirse en el caso más grande de corruptela en la historia de Costa Rica. Una supuesta red criminal organizada, dedicada a favorecer a empresas privadas en licitaciones de construcción, rehabilitación y mantenimiento de la red vial nacional, para lo cual las empresas privadas otorgaban sobornos y favores a funcionarios públicos con el fin de ser adjudicados los concursos de licitación y, una vez obtenida la misma, les gestionaban partidas de otros proyectos para recuperar lo invertido.

La investigación evidenció una red criminal con 32 a 72 personas en la que se llevaban a cabo actividades que encajan en los delitos de cohecho, peculado, pagos irregulares de contratos administrativos, tráfico de influencias, malversación de fondos, asociación ilícita, estafas y falsedad ideológica.

En el año 2019, al recibir denuncias de que existía un grupo de personas funcionarias que favorecían ilegalmente a las empresas constructoras en el Consejo Nacional de Vialidad (CONAVI), entre ellas: MECO (Carlos Cerdas Araya), Hernán Solís (Mélida Solís Vargas), Cacisa, Constructora Herrera, Ingeniería Técnica de Proyectos (ITP), entre otras;²⁵ el Organismo de Investigación Judicial y el Ministerio Público iniciaron la investigación.

Este apartado toma como base información recopilada de los autores Arce, Fallas y Chinchilla,²⁶ la policía judicial y la Fiscalía Adjunta de Probidad, Transparencia y Anticorrupción realizaron 57 allanamientos, incluida la Casa presidencial de Costa Rica; producto de los allanamientos, detuvieron a 29 personas, de los cuales 18 fungen en la función pública. El 18 de junio del 2021, el expediente judicial fue filtrado a la prensa, este reportaba los hechos de la investigación y cada uno de los investigados. Entre los sobornos están: dinero

25 Paula Villalobos Saborío, "Filtración de expediente del caso "Chochinilla" bajo investigación en Fiscalía Documento es privado, pero ha sido publicado en medios de comunicación", *AmeliaRueda.com*, (lunes 28 de junio, 2021), <https://bit.ly/3kjj8d0>.

26 Sergio Arce, "Funcionarios públicos recibían favores y sobornos constantes", dice Director del OIJ," *ElObservatorio*, (lunes 14 de junio de 2021), <https://bit.ly/3xH26cB>. Daniel Chinchilla, "Dueña de H. Solís felicitó a exgerente de Conavi por conseguir plata: "Esto es suyo, bien jugado," *crhoy.com*, *noticias 24/7*, (lunes 28 de junio de 2021), <https://bit.ly/3wCZg7s>. Gustavo Fallas M., "Allanan Casa Presidencial, MOPT y CONAVI por contratos de obra pública," *AmeliaRueda.com*, (lunes 14 de junio de 2021), <https://bit.ly/3w1cm38>.

en efectivo, terrenos, automóviles, favores sexuales y almuerzo de lujo que dieron las empresas investigadas a los funcionarios de CONAVI para aligerar los proyectos adjudicados, recuperando lo invertido en coimas emitiendo facturas falsas pagadas con recursos públicos.

Este apartado toma como base información recopilada de la autora Villalobos,²⁷ la investigación arrojó que se malversaron fondos públicos por 78 mil millones de colones (126.33 millones de dólares americanos), desde CONAVI se desviaron presupuestos para obras públicas y las redireccionaban a proyectos de las empresas privadas investigadas, por lo cual desfinanciaban otros proyectos.

La investigación continúa y son miles de páginas a ser valoradas, lo cual podría durar años para establecer la acusación. Sólo el tiempo dirá si, en este caso, se condenará a las personas físicas y jurídicas en investigación o se repetirá la historia de impunidad de casos como SORESCO,²⁸ YANBER.²⁹

IV. Modelo facultativo de organización, prevención de delitos, gestión y control

La política criminal es uno de los medios para prevenir, perseguir y reprimir la actividad transgresora. Se permite orientar el sistema de justicia penal, diseñar las políticas públicas en materia criminal, auxiliar en la determinación de la pena, establecer los principios rectores del derecho penal; en fin, analizar las distintas fases del sistema penal. Se fundamenta en una serie de principios del Estado liberal. Entre ellos, el principio de legitimidad que señala la facultad de Estado constitucional reconocido para planificar, actuar y adoptar todas las medidas necesarias para prevenir la criminalidad, así como

27 Villalobos, *Filtración de expediente*, párr. 10.

28 Tomás Gómez, "Caso Soresco: Fiscalía pide detener proceso judicial por negocio fallido de refinera con China", *ElObservatorio* (viernes 25 de junio de 2021), <https://bit.ly/3sm80y9>

29 Oscar Rodríguez, "Ministerio Público pide desestimar una denuncia sobre el caso Yanber", *LaNacion.com* (viernes 25 de junio de 2021), <https://bit.ly/3m9mKzq>

los instrumentos de control social disponibles.

De acuerdo al Dr. Alfredo Chirinos, “una política criminal democrática debería de ser punto de unión de diversos principios constitucionales, principalmente, del principio de protección de la dignidad humana, no sólo de víctimas y victimarios sino también de todos aquellos que tienen algún contacto con la justicia penal”.³⁰

Hoy en día, las garantías están relacionadas unas con otras, asegurando su efectividad, manteniendo los límites, entre los cuales sobresalen la dignidad humana, la libertad y los principios de ofensividad, legalidad, culpabilidad e igualdad, que son imprescindibles en un sistema de convivencia democrática.

Manifiesta el Dr. Chirino Sánchez, que:

*“... una política criminal democrática no adhiere a la impunidad o al “abolicionismo” de las penas, sino que Procura que el ejercicio del ius puniendi del Estado esté sometido al contralor de las garantías, para que el castigo de los delitos sea producto de un proceso justo, con una reacción proporcionada y racional frente a los verdaderos crímenes que asolan a la colectividad, y con una pena justa y racional al injusto cometido. La lucha por esa política es la urgente tarea de nuestros días”.*³¹

Foucault manifiesta que gobernar es “estructurar el posible campo de acción de los otros”.³²

Según Rafael González Franco, la definición anterior (...)

“... nos habla de que gobernar es crear, asegurarse que existan las condiciones para que la acción de los miembros de una organización pueda desplegarse plenamente para realizar sus propósitos y lograr lo que se proponen. Antes que una cuestión de autoridad, jerarquía o control, se trata de garantizar las condiciones de posibilidad del éxito de una organización. De ello es que deriva la autoridad; en tanto se tiene

30 Alfredo Chirinos Sánchez, “Modernización del derecho penal y política criminal del enemigo, Dos fenómenos recurrentes en los flujos y reflujos legislativos en América Latina”, *Revista Digital de la Maestría en Ciencias Penales*, no. 6 (2014): 25, <https://bit.ly/3xk7ceT>.

31 Chirinos, *Modernización del derecho penal*, 28.

32 Michel Foucault, *El sujeto y el poder*, Trad. por Santiago Carassale y Angélica Vitale, Escuela de Filosofía Universidad ARCIS: www.philosophia.cl, 1983, <https://bit.ly/3jLZ7vH>, 16.

*la responsabilidad de garantizar dichas posibilidades, se tiene la autoridad para lograrlo”.*³³

La Ley 9699, en el título II, numerales del 6 al 10, regula el Modelo Facultativo de Organización, Prevención de Delitos, Gestión y Control; por lo cual tiene como propósito que las personas jurídicas adopten un modelo facultativo de organización, prevención de delitos, gestión y control; a parte de la autonomía que debe tener respecto de la administración de la persona jurídica, de sus titulares, sus accionistas, sus administrativos, la persona encargada debe supervisar el funcionamiento y el cumplimiento del modelo establecido.

La organización deberá comunicar, a todo grupo laboral y asociados del negocio, las obligaciones, prohibiciones y sanciones internas relacionadas a los delitos de cohecho y soborno transnacional, e incorporar estos temas en todos los contratos de trabajo y de prestación de servicios. Para las empresas, principalmente aquellas que van a tener relaciones comerciales con el gobierno, se recomienda que desarrollen un modelo integral de gestión del riesgo de soborno y corrupción; que se le dé seguimiento e implementen actividades con el fin de evitar la comisión de delitos dentro de la organización.

La ley 9699 establece los requisitos mínimos con los que debe contar un Modelo de Organización, Prevención de Delitos, Gestión y Control para ser aceptado como atenuante de la responsabilidad penal empresarial pero también como elementos a tomar en cuenta por el juez para determinar la posible pena a imponer, estos son:

“a) Identificar las actividades o los procesos de la persona jurídica ... incrementar el riesgo ... b) Establecer protocolos, códigos de ética, reglas y procedimientos específicos que permitan ... que prevenga la comisión de delitos. c) Instaurar protocolos o procedimientos para la formación de la voluntad de la persona jurídica ... d) Fijar procedimientos en el área de administración ... e) Crear reglas y procedimientos específicos para prevenir ilícitos ... en cualquier interacción con

33 Rafael González-Franco de la Peza, *El gobierno de las organizaciones*, (Arlequín, 2018), 41, eLibro.

el sector público. f) Determinar la extensión en la aplicación del código de ética ... g) Disponer de modelos de gestión de los recursos financieros ... h) Ejecutar un programa de capacitación periódica sobre el modelo a directores, administradores, empleados y terceros o socios de negocios. i) Programar un análisis periódico de riesgos y de verificación del modelo ... j) Acordar un sistema disciplinario que sancione adecuadamente el incumplimiento de las medidas que prescriba el modelo ... k) Realizar una auditoría externa de su contabilidad ... En caso de encontrar aparentes hechos ilícitos, el auditor externo tiene el deber de denunciar ante el Ministerio Público”,³⁴ entre otros.

Existen distintos retos que pasan por el fortalecimiento de los sistemas de contratación de personal, de forma que se verifique la idoneidad no sólo técnica, sino moral de las personas contratadas, debido al riesgo penal que asume la empresa por las actividades que realicen. Desde la óptica de representación de la persona jurídica, es difícil aun cuando existe deber de vigilancia de las actuaciones de sus subordinados o empleados, el estar en todo momento fiscalizando la labor de estos.

Esto traslada una carga importante para la jefatura en la supervisión del trabajo y conductas que se llevan a cabo en el centro de trabajo y como parte de las funciones propias para las que fue contratado el personal, tanto de velar porque el trabajo realizado se ajuste al bloque de juridicidad, como de vigilar que dicha supervisión se dé de tal forma que esta no riña con la legalidad y que, a la vez, no genere una situación que se traduzca en una desmejora de la calidad del trabajo de los empleados.

³⁴ Responsabilidad, *Costa Rica*, art. 8.

Conclusiones.

La Ley 9699 sobre responsabilidad penal de las personas jurídicas establece los presupuestos que se deben tomar en cuenta para la imputación de los entes colectivos, así como las medidas preventivas que se pueden instaurar en la organización para evitar la comisión de delitos y el cumplimiento de las personas jurídicas.

A pesar de que el principio "*societas delinquere non potest*" ha tenido vigencia por siglos, la sociedad humana es susceptible de experimentar cambios; lo cual es necesario pues, a nivel internacional, se han llevado a cabo esfuerzos para mitigar la comisión de delitos transfronterizos provocada por estructuras societarias, por cuanto son utilizadas como medio para delinquir.

Con la situación actual que vive el país en relación con el Caso Cochinilla, es necesaria la aplicación de la Ley 9699 y procurar su modificación pues es un instrumento importante de prevención y sanción para evitar la comisión de delitos a lo interno de la organización.

ESTUDIOS

El tratamiento del principio
de especialidad (*lex specialis
derogat legi generali*) y el régimen
preventivo de antinomias
en la Ley de Procedimientos
Administrativos

Jaime Edwin Martínez Ventura

EL TRATAMIENTO DEL PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD (LEX ESPECIALIS DEROGAT LEGI GENERALI) Y EL RÉGIMEN PREVENTIVO DE ANTINOMIAS EN LA LEY DE PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS

Jaime Edwin Martínez Ventura.

RESUMEN

Es un estudio sobre el principio de especialidad, según el cual, en los casos de contradicción entre una norma especial previa y una norma general posterior, prevalece la primera. En consecuencia, este principio universal del Derecho opera como un criterio de solución de antinomias o contradicciones normativas. Por esta razón, se desarrollan algunos aspectos generales de las antinomias como son su definición, requisitos, criterios de identificación, las clases de antinomias y las reglas o criterios de solución de las mismas. Pero el interés de este trabajo es descubrir cuál es el tratamiento que la Ley de Procedimientos Administrativos (LPA), regula acerca de este principio y sobre las posibles antinomias que surjan a partir de la entrada en vigencia de la primera. El principal hallazgo es que la LPA establece un "Régimen Preventivo de Antinomias de Doble Vertiente": Por un lado, como regla general, establece la derogatoria expresa, nominada o innominada, de leyes o normas especiales previas que contradigan a la LPA; y, por otro lado, como excepción, se impone la prevalencia expresa de determinadas normas especiales. Este régimen se complementa con el "Mandato de Subsanción de Antinomias con Prevalencia de la LPA", establecido en su art. 166, que obliga a las instituciones estatales a adecuar a la LPA las normas de cualquier naturaleza que reglamenten los distintos procedimientos administrativos que pudieren ser incompatibles con lo previsto en dicha ley.

PALABRAS CLAVES: Antinomias - Ley de Procedimientos Administrativos - contradicción normativa.

TREATMENT OF THE SPECIALTY PRINCIPLE (LEX ESPECIALIS DEROGAT LEGI GENERALI) AND THE PREVENTIVE REGIME OF ANTINOMIES IN THE ADMINISTRATIVE PROCEDURES LAW

Jaime Edwin Martínez Ventura.

ABSTRACT

This is a study on the principle of specialty, according to which, in cases of contradiction between a prior special rule and a subsequent general rule, the former prevails. Consequently, this universal principle of law operates as a criterion for the solution of normative antinomies or contradictions. For this reason, some general aspects of antinomies are developed, such as their definition, requirements, identification criteria, classes of antinomies and the rules or criteria for their solution. But the interest of this paper is to discover how the Administrative Procedures Law (LPA) treats this principle and the possible antinomies that may arise from the entry into force of the former. The main finding is that the LPA establishes a "Preventive Regime of Double-Sided Antinomies": On the one hand, as a general rule, it establishes the express derogation, nominative or innominate, of previous laws or special rules that contradict the LPA; and, on the other hand, as an exception, it imposes the express prevalence of certain special rules. This regime is complemented by the "Mandate for the Correction of Antinomies with Prevalence of the LPA", established in its article 166, which obliges state institutions to adapt to the LPA the norms of any nature that regulate the different administrative procedures that may be incompatible with the provisions of said law.

KEYWORDS: Antinomies - Administrative Procedures Law - normative contradiction.

El tratamiento del principio de especialidad (*lex specialis derogat legi generali*) y el régimen preventivo de antinomias en la Ley de Procedimientos Administrativos.

Jaime Edwin Martínez Ventura¹

Introducción.

Valoración jurídica, política y social de la Ley de Procedimientos Administrativos

El 13 de febrero de 2018, entró en vigencia la Ley de Procedimientos Administrativos (LPA),² primera ley en El Salvador que establece normas generales y homogéneas para todos los procedimientos de la Administración

1 Máster en Derecho Penal Económico y Licenciado en Ciencias Jurídicas por la Universidad de El Salvador. Presidente de la Junta de la Carrera Docente Sector Uno de San Salvador. Ex Director General de la Academia Nacional de Seguridad Pública. Ex Coordinador de la Unidad de Justicia Juvenil de la Corte Suprema de Justicia. Cofundador y exdirector del Centro de Estudios Penales de El Salvador, CEPES. Fundador del Centro de Investigación Científica, CINC, de la ANSP y de su revista "Policía y Seguridad Pública". Miembro del Grupo Latinoamericano de Estudios sobre Derecho Penal Internacional. Miembro del Observatorio del Crimen Organizado en América Latina. Ex miembro del Consejo Directivo de la International Law Enforcement Academy, ILEA-San Salvador, por el gobierno de El Salvador. Fue miembro del Consejo Directivo del Instituto Centroamericano de Estudios Superiores Policiales, ICESPO. Cofundador de la Red para la Internacionalización de la Educación Policial, RINEP. Miembro del Consejo Latinoamericano del Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales, INECIP, con sede en Buenos Aires, Argentina. Miembro del Consejo Editorial Centroamericano de la revista "Justicia Penal y Sociedad", del Instituto de Ciencias Penales de Guatemala, ICCPG. Fue coordinador en El Salvador de la revista latinoamericana sobre política criminal "Pena y Estado".

2 Ley de Procedimientos Administrativos (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 2018).

Pública. Conforme a su art. 1, esta ley tiene como objeto: 1. Los requisitos de validez y eficacia de las actuaciones administrativas de toda la Administración Pública; 2. Los derechos de los ciudadanos frente a la Administración Pública; 3. El régimen de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública y de sus funcionarios; y, 4. El ejercicio de la potestad normativa, así como los principios y garantías del procedimiento administrativo sancionador.

Este nuevo cuerpo normativo se aplicará a cualquier entidad, organismo estatal o servidor público, en cuanto, las actuaciones que realicen constituyan función o actividad administrativa; incluso se aplicará a los particulares que tengan la calidad de concesionarios. Así lo dispone el art. 2, ámbito de aplicación, en el que como destinatarios de la ley se enumera a los organismos que por esencia y típicamente ejercen función administrativa: el Órgano Ejecutivo y sus dependencias, las instituciones autónomas y demás entidades públicas --incluyendo las que hayan sido creadas por una ley calificada como especial, y las municipalidades en cuanto a los actos administrativos que realicen y los procedimientos que ejecuten.

Se aplicará también al Órgano Legislativo, Órgano Judicial y a las instituciones independientes que no son parte de ninguno de los tres órganos fundamentales de gobierno, como las que conforman el Ministerio Público, la Corte de Cuentas de la República, el Tribunal Supremo Electoral, el Tribunal de Ética Gubernamental, el Consejo Nacional de la Judicatura y cualquier entidad pública, en todo lo que signifique el ejercicio de potestades sujetas al Derecho administrativo, como los procesos de selección y nombramiento de funcionarios y de personal,³ el ejercicio de la atribución disciplinaria respecto de los mismos, el ejercicio de la función normativa y los procesos de contratación pública.

Una de las principales novedades y avances en cuanto a la constitucionalización del derecho administrativo, son los nueve principios de la LPA que son: Legalidad, proporcionalidad, antiformalismo, eficacia, celeridad e impulso de oficio, economía, coherencia, verdad material y buena fe. Todos

3 Incluyendo aquellos casos en los que las personas seleccionadas no pasan a formar parte de la planilla de la institución, pero sí son beneficiados con un servicio, programa o proyecto de la misma, como es el caso de los estudiantes de la ANSP y las personas beneficiarias del INJUVE, ISNA, CONAIPD, FOPROLYD etc.

enumerados en el art. 3, con una breve definición o explicación de los mismos que, sin duda, facilita la comprensión e interpretación de ellos.

Decimos que tales principios constituyen un avance en la constitucionalización del derecho administrativo y más específicamente de los procedimientos administrativos, porque cada uno de ellos, son una expresión de determinados principios, valores y fines constitucionales. Por ejemplo, el principio de legalidad, es una manifestación del principio constitucional de legalidad establecido en el art. 8 de la Constitución de la República, que, en cuanto a los ciudadanos y habitantes del país, hace prevalecer el derecho a la libertad, de manera que esta sólo puede ser limitada o restringida mediante una ley; por eso tal disposición constitucional reza: *“nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda ni a privarse de lo que ella no prohíbe”*.

Con respecto a las instituciones estatales, los funcionarios y servidores públicos que las conforman, en el ejercicio de sus atribuciones, el principio de legalidad funciona prácticamente al revés, sólo pueden hacer aquello que la ley les permite, en la forma y en la dimensión que se les autoriza. Es la manera más sencilla de comprender lo dispuesto por el art. 86, inc. 1º, parte 1ª de la Constitución: *“Art. 86.- El poder público emana del pueblo. Los órganos del Gobierno lo ejercerán independientemente dentro de las respectivas atribuciones y competencias que establecen esta Constitución y las leyes.”*

Este principio y los demás que enumera el art. 3, son una expresión de la naturaleza humanista de la Constitución salvadoreña, que coloca al ser humano como el origen y el fin de la actividad estatal, es decir, de la Administración Pública, cuyo propósito no puede ser otro que la consecución de la justicia, la seguridad jurídica y el bien común.

En conjunto, los principios de la LPA pretenden que la persona humana y sus derechos fundamentales, se vuelvan el núcleo esencial y el objetivo principal del despliegue de la actividad administrativa estatal, por lo que ésta tiene la obligación de facilitar el acceso a los servicios públicos, a no interponer requisitos excesivos, a responder con agilidad, eficiencia, equidad, honestidad y racionalidad; y a que en caso que se tenga que limitar o restringir el ejercicio de un derecho, se haga dentro de la estricta legalidad y proporcionalidad.

En resumen: la LPA viene a confirmar y a garantizar que en la actividad estatal lo preponderante sean los derechos de la persona humana, el ciudadano o el administrado y que el servidor público tiene un poder limitado cuya finalidad es garantizar el bien común. Lo cual, puede denominarse una finalidad garantista, que en términos jurídicos, políticos y sociales, significa un cambio cualitativo en la concepción del Estado y en la vigencia de los derechos fundamentales de las personas.

I. Las antinomias o contradicciones normativas

Una antinomia, como se explicará en el siguiente apartado, en términos llanos es una contradicción que se produce entre dos normas pertenecientes al mismo ordenamiento jurídico, que tienen el mismo ámbito de validez, tratan el mismo asunto, tema, o hechos, pero con consecuencias contrapuestas, de manera que no pueden cumplirse simultáneamente.

Dicho fenómeno ocurre con mucha frecuencia en todo sistema jurídico, debido a la misma dinámica de la convivencia social que requiere de diversas regulaciones en muchos ámbitos del acontecer diario, lo que conlleva la necesidad de emitir, reformar o derogar leyes u otras normas constantemente.

Para algunos autores, una de las causas de las antinomias normativas es el fenómeno de la “inflación legislativa”, es decir, la sobreproducción de normas jurídicas por los mismos o diferentes órganos, relativas a la misma materia y destinatarios, en tal sentido, se dice:

“Los conflictos normativos, son el resultado de la existencia del fenómeno de la sobrerregulación que se ha producido en los últimos tiempos con el objeto de prever todas las situaciones posibles, ha generado no solamente una incertidumbre en cuanto al volumen del universo normativo que rige en un determinado país, sino también problemas de incompatibilidad entre normas dentro de un sistema

jurídico.”⁴

En ese sentido, se suele afirmar que las antinomias son inconsistencias, vicios o defectos de los ordenamientos jurídicos.

Por el contrario, para otros expositores, las antinomias normativas, no necesariamente se deben a la inflación o sobreabundancia legislativa, entendida como un vicio del sistema político y jurídico, sino a una necesidad de las sociedades contemporáneas, caracterizadas por sus múltiples y complejas relaciones entre: el Estado y la sociedad, las personas naturales y jurídicas, entre estas y el Estado, etc. En otras palabras, las antinomias no son un síntoma de una anomalía en el orden jurídico de una determinada nación, sino un hecho normal del quehacer jurídico en un Estado social y democrático de Derecho, debido a las incontables necesidades de elaboración normativa del mismo.⁵

Como sea, las antinomias son una realidad en cualquier sistema jurídico y por ello, por regla general, cada vez que se aprueba una nueva ley o incluso en reformas legales, dentro de la estructura de la misma, el legislador incluye una sección de disposiciones derogatorias, que entre sus objetivos tienen el de prevenir el surgimiento de las contradicciones normativas.

4 Cf. Carmen Hortensia Arvizu Ibarra, Conflictos normativos: *Las Antinomias en el Sistema jurídico mexicano: Su ubicación en la Formación del Abogado*, http://www.juridicainformativa.uson.mx/memorias/iv_coloquio/doc/MesaJuridicoFormativa/CarmenHortenciaArvizuI.pdf, acceso el 23 de julio de 2020.

5 “La complejidad de las sociedades modernas y el papel creciente que ha ido asumiendo paulatinamente el Estado cuando se convierte en “social”, han provocado que las necesidades normativas sean muchas, que los órganos con capacidad para producir normas jurídicas sean muy numerosos, y que, en consecuencia, la cantidad de normas jurídicas que componen un ordenamiento jurídico contemporáneo sea inmensa.” Francisco Javier Ezquiaga Ganuzas, Conflictos normativos e interpretación jurídica, Colección cuadernos de divulgación sobre cultura de la legalidad, no. 2, (Michoacán: Tribunal Electoral del Estado de Michoacán, 2010), 13. En similar sentido se dice: “las antinomias son una consecuencia natural del dinamismo de los sistemas jurídicos y también, por qué no decirlo, de un cierto déficit del legislador, pues muchas antinomias podrían evitarse, bien absteniéndose de dictar normas contradictorias con otras precedentes, o bien eliminando del sistema estas últimas.” Luis Pietro Sanchíz, “Observaciones sobre las antinomias y el criterio de ponderación”, en *Cuadernos de Derecho Público*, No. 11 (2010): 10.

1.1 La voluntad del legislador en la LPA y la necesidad de prevenir antinomias

En el caso de la LPA, al tratarse de una ley nueva para El Salvador, que por primera vez en la historia jurídica establece fines, principios, valores y otras normas de carácter general y uniforme para todos los procedimientos administrativos, y teniendo en cuenta que desde mucho antes de la aprobación de esta ley, existe una gran cantidad de leyes administrativas especiales, muchas de las cuales contienen uno o varios procedimientos, que en su mayoría se mantienen vigentes, el surgimiento de contradicciones normativas sería común e inminente. Este es el motivo por el cual la LPA tuvo la necesidad de adoptar un conjunto de disposiciones para prevenir antinomias. De no hacerlo, la voluntad o intención del legislador, *voluntas legislatoris*, podría ser obstaculizada o anulada.

Esa voluntad o intención del legislador está plasmada en los considerandos de la ley que recogen una serie de fines interconectados y complementarios entre sí. En síntesis, puede afirmarse que la finalidad o intención de la LPA es:

“Establecer un régimen general de los procedimientos administrativos, con normas claras y uniformes, que faciliten a la Administración Pública su sometimiento al principio de legalidad y demás principios que la rigen, para garantizar los derechos fundamentales con mayor efectividad, eficiencia y eficacia, mediante la modernización, simplificación, y agilidad de sus actuaciones, que genere un impacto positivo en el desarrollo económico y social”.⁶

En razón de la multiplicidad de leyes especiales previas a la LPA que rigen la actuación de la Administración Pública, esa gran finalidad modernizadora, democratizadora, humanista y garantista de los derechos fundamentales plasmada en los considerandos de la LPA, podría verse anulada porque, como se dijo arriba, es previsible el surgimiento de muchas contradicciones normativas que, de ser resueltas exclusivamente mediante

6 Ley de Procedimientos Administrativos.

el criterio tradicional de especialidad, *lex speciali derogat legi generalis*, la consecuencia sería la nula o marginal aplicación de la LPA.

Por este motivo, el legislador adoptó un *Régimen de Prevención de Antinomias*, con el fin de eliminar o disminuir las contradicciones normativas; o bien, establecer de antemano los criterios o reglas claras mediante las cuales tales antinomias deben ser resueltas y no dejar todo librado al principio de especialidad. Dicho régimen, cuyos detalles se explicarán en un apartado posterior, es de doble vía: una, como regla general, la derogatoria expresa de todas las disposiciones contenidas en leyes generales o especiales que las contradigan (Art.163, inc. 1º, parte 1ª, LPA); y dos, como excepción, la prevalencia expresa en varias disposiciones de la LPA, de determinadas leyes o normas especiales, lo que está en consonancia con el primer considerando de la LPA según el cual “(...) la existencia de normas claras y uniformes, sin perjuicio de la especialidad propia de algunas materias que rijan la actividad de la Administración Pública, garantiza en mejor forma el sometimiento de ésta al principio de legalidad (...)”.⁷

1.2 Definición de antinomia. Sus requisitos y su identificación

Existen dos conjuntos de definiciones de antinomias jurídicas. El primero se centra en la incompatibilidad de los operadores deónticos, es decir lo que se manda, prohíbe o permite, y el segundo se enfatiza en la imposibilidad de cumplimiento.

Entre el primer grupo están las definiciones siguientes:

Según Bobbio, una antinomia es “*aquella situación que se verifica entre dos normas incompatibles, pertenecientes al mismo ordenamiento y que tienen los mismos ámbitos de validez.*”⁸

7 Ley de Procedimientos, considerando I.

8 Norberto Bobbio, *Teoría dell' ordinamento giuridico* (Torino: Giappiceli, 1960) 90, cit. por, Victoria Iturralde Sesma, “Una aproximación al tema de las antinomias normativas: problemas relativos

Por su parte, García Máynez expresa que existe una antinomia cuando: *“Dos normas se oponen contradictoriamente (...) teniendo iguales ámbitos de validez material, espacial y temporal, una permite y otra prohíbe a un mismo sujeto la misma conducta. No obstante, para que haya contradicción no es necesario que lo que lo que un precepto prohíba a un sujeto lo permita expresamente, en iguales condiciones, el otro precepto. Puede ocurrir que uno de ellos prohíba y el otro ordene la misma conducta.”*⁹

En el otro grupo se encuentran, por ejemplo, Bulygin, para quien *“dos normas se dicen contradictorias cuando el cumplimiento de una excluye lógicamente el cumplimiento de la otra”*¹⁰; En similar sentido, Morgental, define la antinomia como *“contradicción de dos leyes o principios en su aplicación práctica, sea a un solo caso, sea a la categoría de casos particulares”*.¹¹

Pero como ambas perspectivas no son incompatibles, sino más bien complementarias, hay autores que adoptan definiciones mixtas, tales como Pietro Sanchíz, para quien:

*“existe una antinomia o contradicción normativa cuando dentro de un mismo sistema jurídico se imputan consecuencias incompatibles a las mismas condiciones fácticas, es decir, cuando en presencia de un cierto comportamiento o situación de hecho encontramos diferentes orientaciones que no pueden observarse simultáneamente. Por ejemplo, una norma prohíbe lo que otra manda, o permite no hacer lo que otra ordena, etc.”*¹²

a la identificación de las mismas”, en *Anuario de Filosofía del Derecho* (nueva época), no. 4, Madrid, (1987): 332.

9 Vid. Eduardo García Máynez, *Introducción a la lógica jurídica* (Buenos Aires: Fondo de la Cultura Económica, 1951), 32. cit. por Iturralde Sesma, *Una aproximación al tema de las antinomias normativas: problemas relativos a la identificación de las mismas*, 332.

10 Vid. Bulygin, *Incompletezza: contraddittorietà e indeterminatezza degli ordinamenti normativi*, Logica deontica y semantica (a cura di G. di Bernardo), (Bologna: Il Mulino, 1977) 291. cit. por Iturralde Sesma, *Una aproximación al tema de las antinomias normativas: problemas relativos a la identificación de las mismas*, 332-333.

11 Vid. Leopold Morgental, *Les Antinomies en Droit* (Bruselas: Ch. Perelman, 1965) 39; cit. por Iturralde Sesma, *Una aproximación al tema de las antinomias normativas: problemas relativos a la identificación de las mismas*, 333.

12 Vid. Pietro Sanchíz, *Observaciones sobre las Antinomias y el Criterio de Ponderación*, 9.

Iturralde Sesma, igualmente combina ambas perspectivas y define la antinomia normativa así:

“Dos normas son antinómicas cuando existiendo identidad en sus antecedentes deónticos (a) tienen caracteres deónticos incompatibles (antinomia deóntica) o (b) existe una imposibilidad (no empírica ni valorativa) de aplicar y/o cumplir ambas simultáneamente (antinomia no deóntica) (incompatibilidad de consecuencias jurídicas).”¹³

Para los efectos de este trabajo, entenderemos la antinomia jurídica, como una contradicción que se produce entre dos normas pertenecientes al mismo ordenamiento jurídico, que tienen el mismo ámbito de validez, tratan el mismo asunto, tema, o hechos, pero con consecuencias contrapuestas, de modo que, si se cumple una, no puede cumplirse la otra.

De las definiciones citadas se derivan los requisitos de las antinomias, que son: 1) Incompatibilidad entre dos normas; 2) Pertenencia de ambas normas al mismo sistema u ordenamiento jurídico; y 3) Que tenga el mismo ámbito de aplicación o validez: temporal, espacial, personal y material.

1) Incompatibilidad normativa

Toda norma, especialmente las de naturaleza jurídica, están conformadas por modalidades deónticas que por regla general son de tres tipos: mandatos u obligaciones, prohibiciones y permisos. En otras palabras, por lo general una norma jurídica obliga, prohíbe o permite determinados comportamientos.¹⁴ Si son tres las principales modalidades deónticas, tres

13 *“Existe incompatibilidad empírica entre dos normas cuando, aun no siendo lógicamente incompatibles, no pueden cumplirse o aplicarse simultáneamente. Este tipo de incompatibilidad se produciría, por ejemplo, si una norma obliga a trabajar a una persona de cuatro de la tarde a tres de la mañana, y otra obliga a hacerlo de cuatro de la mañana a tres de la tarde”.* Iturralde Sesma, *Una aproximación al tema de las antinomias normativas: problemas relativos a la identificación de las mismas*, 333.

14 Decimos que estas son las modalidades deónticas o enunciados normativos más comunes porque existen otras formulaciones de normas o mandatos más complejos como el permiso bilateral, es decir, autorización de realizar o de no realizar una acción, y la prescripción que si es afirmativa implica una obligación y si es negativa es una prohibición, lo que se origina en el uso del lenguaje, en las diferentes formas verbales en que se expresa el legislador. Vid, Iturralde Sesma, *Una aproximación al tema de las antinomias normativas: problemas relativos a la*

son las más comunes incompatibilidades entre normas: a) Que una norma jurídica obligue a realizar un comportamiento y otra norma prohíba realizar ese mismo comportamiento; b) Que una norma jurídica obligue a realizar un comportamiento y otra permita no realizar ese mismo comportamiento; y c) Que una norma jurídica prohíba realizar un comportamiento y otra permita realizar ese mismo comportamiento.¹⁵

2) Pertenencia al mismo sistema u ordenamiento jurídico

Sólo puede existir una antinomia si las dos normas contrapuestas pertenecen al mismo ordenamiento jurídico. Por ejemplo, no hay antinomia si una determinada conducta está prohibida en la legislación tributaria de El Salvador, por considerarla constitutiva de evasión de impuestos, mientras que la misma conducta está permitida en la legislación tributaria de Guatemala; no hay antinomia porque los sistemas jurídicos son diferentes. Tampoco habría antinomia entre las normas del derecho de familia que permiten el divorcio y otras del derecho canónico que lo prohíba. Si bien ambos sistemas normativos se aplican en un mismo territorio y para los mismos habitantes, son sistemas jurídicos diferentes.¹⁶

3) Mismo ámbito de validez o de aplicación

El ámbito de validez o “antecedentes deónticos” –denominación usada por algunos autores–, está compuesto por: **a) El o los sujetos**, son las personas

identificación de las mismas, 340. El permiso bilateral puede advertirse en el uso de la expresión “Corresponde”. Por ejemplo, el art. 31 de la Constitución comienza diciendo “Corresponde a la Asamblea Legislativa”. Es obvio que con dicha expresión el constituyente señala las atribuciones y facultades del Órgano Legislativo que aparecen enumeradas en esa disposición. Las atribuciones por regla general se entienden como obligaciones. Pero varias de ellas son permisos bilaterales o atribuciones facultativas en el sentido de que autorizan a hacer o dejar de hacer algo. No son precisamente obligaciones ni prohibiciones, sino atribuciones facultativas que pueden ser ejercidas o no ejercidas según las circunstancias.

15 Cf. Ezquiaga Ganuzas, *Conflictos normativos e interpretación jurídica*, 17. Quien ahí mismo expone ejemplos para cada una de las incompatibilidades normativas.

16 Cf. Ezquiaga Ganuzas, *Conflictos normativos e interpretación jurídica*, 18.

a quienes se dirige la norma o mandato, a los que la autoridad obliga, permite o prohíbe, hacer y/o abstenerse de hacer algo; **b) El tiempo o la ocasión**, es el lapso temporal de la norma, o sea, su duración en el tiempo, desde su entrada en vigencia hasta su derogación; y **c) El espacio o territorio**, es el espacio físico o ámbito territorial donde tienen validez las normas de un estado.¹⁷

Ahora bien, la identificación de una antinomia no se hace de manera mecánica. En los casos concretos en que supuestamente se encuentra una antinomia, el aplicador del derecho no debe apresurarse a tratarla como tal, pese a que aparentemente se reúnen todos los requisitos. Los jueces u operadores jurídicos al momento de aplicar la ley, tienen un amplio margen de interpretación para apreciar la existencia de una antinomia. Esta puede ser identificada, en principio, de la simple lectura del texto o enunciados de las normas supuestamente en conflicto; es decir, a través de una interpretación literal. Pero en tal circunstancia, no debe aplicar mecánicamente alguno de los criterios para solucionar la antinomia; lo primero que debe hacer es un mayor esfuerzo de interpretación a efecto de confirmar si de verdad existe la antinomia o si ésta es sólo aparente.¹⁸

Por el contrario, a través de la interpretación, el aplicador de la ley puede hacer surgir una antinomia donde aparentemente no existe, pues:

“En efecto, hay ocasiones en las cuales el significado prima facie de un enunciado, su significado literal, provoca a juicio del juzgador una injusticia y la quiere reparar, para lo que puede intentar manipular, o al menos radicalmente reinterpretar, la

17 Cf. Iturralde Sesma, *Una aproximación al tema de las antinomias normativas: problemas relativos a la identificación de las mismas*, 336-337.

Vid. Ezuiaga Ganuzas, *Conflictos normativos e interpretación jurídica*, 18. quien didácticamente presenta varios ejemplos.

18 *“En función de las circunstancias, se puede, en primer lugar, por medio de la interpretación evitar una antinomia surgida al atribuir a dos disposiciones sus significados prima facie. En efecto, hay ocasiones en las cuales ese sentido prima facie, es decir, el literal, el obtenido de la simple lectura del texto de dos enunciados, pone de manifiesto una antinomia, por expresar ambas disposiciones normas contradictorias, obligaciones que no pueden cumplirse simultáneamente. En esta situación caben dos opciones: la primera, aceptar que existe una antinomia y por lo tanto que se tiene que resolver, independientemente de cómo se haga; la otra, proceder por vía interpretativa a eliminar la antinomia, reasignando a uno o a ambos enunciados un significado diferente que los haga compatibles.”* Afirma Ezquiaga Ganuzas, *Conflictos normativos e interpretación jurídica*, 16.

disposición para darle otro significado distinto. En este caso el juez provoca la antinomia para luego solucionarla por medio de cualquiera de los instrumentos idóneos para resolverlas y saltar, por decirlo así, por encima del significado literal de la norma injusta."¹⁹

1.3 Clasificación de las antinomias

Los criterios más conocidos para la clasificación de las antinomias son el de la extensión de la incompatibilidad entre las normas contrapuestas y el de la existencia o no de una incompatibilidad lógica.

A) Según la extensión de la incompatibilidad

El creador de esta clasificación es el ius-filósofo danés Alf Ross,²⁰ quien las clasifica de la manera siguiente:

A-1) Total-Total: es aquella en que las dos normas son totalmente incompatibles entre sí, tienen los mismos supuestos de hecho, el mismo ámbito de validez y por tanto no se puede aplicar ninguna, bajo ninguna circunstancia, sin entrar en conflicto con la otra. Gráficamente *"Si los hechos condicionales de cada norma son simbolizados por un círculo, una inconsistencia de esta clase ocurre cuando los dos círculos coinciden."*²¹ Como ejemplo, Ezquiaga Ganuzas, cita:

"se produciría una antinomia total-total entre una norma que en los centros

19 *Ibid.* 17

20 Alf Ross, *Sobre justicia y derecho*, (t. G. Carrió) (Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1963), cit. por Alejandro Guevara Arroyo, "Discrecionalidad de los tribunales constitucionales en la aplicación de principios jurídicos: un análisis realista", en *Revista Ius Doctrina*, vol. 11, No. 2 (2018). <http://revistas.ucr.ac.cr/index.php/iusdoctrina>.

21 *"Los conjuntos de supuestos de hecho de dos normas diversas se superponen completamente"*. Vid. Miriam Lorena Henríquez Viñas, "Los jueces y la resolución de antinomias desde la perspectiva de las fuentes del derecho constitucional chileno", en *Estudios Constitucionales*, N.º 1, Talca: Universidad de Talca (2013): 462; Guevara Arroyo, *Discrecionalidad de los tribunales constitucionales en la aplicación de principios jurídicos: un análisis realista*, 20. "Este tipo de antinomias son las más graves en cuanto a su extensión, "ya que el ámbito de aplicación de las dos normas se superpone completamente, pues se refieren al mismo momento, al mismo lugar, a las mismas personas y al mismo comportamiento u objeto". Ezquiaga Ganuzas, *Conflictos normativos e interpretación jurídica*, 19.

educativos prohibiera durante el horario docente la venta al profesorado y al alumnado de bebidas alcohólicas de más de 18 grados, y otra norma que en los centros educativos permitiera durante el horario docente la venta al profesorado y al alumnado de bebidas alcohólicas de más de 18 grados”.

A-2) Total-parcial: Una de las dos normas contrapuestas no puede ser aplicada de ninguna manera sin conflictuar con la otra; pero esta otra comprende algunas situaciones o circunstancias en las que puede aplicarse sin colisionar con la primera. Gráficamente tal inconsistencia se representa “con dos círculos, uno de los cuales está completamente dentro del otro”.²² Ezquiaga Ganuzas expone como ejemplo:

*“una norma que en los centros educativos permitiera durante el horario docente la venta al profesorado y al alumnado de bebidas alcohólicas de menos de 18 grados, y otra norma del mismo sistema jurídico que en los centros educativos prohibiera durante el horario docente la venta al profesorado y al alumnado de bebidas alcohólicas. La primera de las normas en todo caso es incompatible con la segunda, pero ésta sólo lo es en parte, concretamente en relación con la venta de alcohol de menos de 18 grados”.*²³

A-3) Parcial-parcial: Es aquella antinomia en que ambas normas contrapuestas comparten una parte de su ámbito de aplicación que es incompatible; pero las dos tienen a su vez otra parte de ese ámbito que sí es compatible; es decir, ambas pueden aplicarse en parte sin entrar en conflicto. Gráficamente se representa mediante dos círculos en intersección.²⁴ Un ejemplo

22 Vid. Henríquez Viñas, *Los jueces y la resolución de antinomias desde la perspectiva de las fuentes del derecho constitucional chileno*, 462. “Son los casos en que los supuestos de hecho de una norma 1 son un subconjunto del conjunto total de supuestos de hecho de la norma 2”. Guevara Arroyo, *Discrecionalidad de los tribunales constitucionales en la aplicación de principios jurídicos: un análisis realista*, 20.

23 “En este tipo de antinomias “una norma jurídica no puede ser aplicada en ninguna circunstancia sin entrar en conflicto con otra norma del sistema, pero esta segunda contempla supuestos adicionales respecto de lo que puede ser aplicada sin conflicto con la primera, pues se refieren a otros momentos, lugares, personas y/o comportamientos en relación a los cuales no surge la incompatibilidad”. Ezquiaga Ganuza, *Conflictos normativos e interpretación Jurídica*, 20.

24 Vid. Henríquez Viñas, *Los jueces y la resolución de antinomias desde la perspectiva de las fuentes del derecho constitucional chileno*, 462; Guevara Arroyo, *Discrecionalidad de los tribunales*

citado por Esquiaga Ganuzas, es:

*“una norma que en los centros educativos permitiera durante el horario docente la venta al profesorado y al alumnado de bebidas alcohólicas de menos de 18 grados, y otra norma del mismo sistema jurídico que en los centros educativos prohibiera durante el horario docente la venta al profesorado y al alumnado de bebidas alcohólicas de más de 15 grados”.*²⁵

Esto significa que ambas normas serían incompatibles con relación a las bebidas de 16 y 17 grados, puesto que la primera norma permite su venta, mientras que la segunda la prohíbe. Pero ambas normas son compatibles con la venta de bebidas de menos de 15 grados.

B) Según la incompatibilidad lógica

De acuerdo con este criterio, la imposibilidad de cumplir simultáneamente con dos normas contrapuestas, no siempre es porque entre ellas existe una incompatibilidad lógica; a veces, las dos normas pueden ser lógicamente compatibles, pero la incompatibilidad se debe a otros motivos de carácter empírico o valorativo. En ese sentido, según este criterio, las antinomias pueden ser de dos tipos:

B-1) Antinomias propias: implican una incompatibilidad de tipo lógico, puesto que es lógicamente imposible cumplir simultáneamente el comportamiento prohibido y obligado, prohibido y permitido, o permitido y obligado. Todos los tipos de antinomia explicados en la anterior clasificación, total-total, parcial-total y parcial-parcial, son antinomias propias.²⁶

constitucionales en la aplicación de principios jurídicos: un análisis realista, 20, afirma que en estos casos Ross sostiene que “existe una intersección no vacía entre los conjuntos de supuestos de hecho de dos normas incompatibles entre sí”. “Dos normas jurídicas poseen ambas una parte de su ámbito de aplicación incompatible, pero otra que no lo es. De todos los supuestos de aplicación de ambas normas, sólo en algunos son incompatibles. Entran en conflicto sólo en algunos casos, mientras que pueden ser aplicadas también las dos sin problemas en relación con otros supuestos suplementarios. El ámbito de aplicación de ambas normas es parcialmente coincidente y parcialmente diferente.” En palabras de Esquiaga Ganuzas, *Conflictos normativos e interpretación jurídica*, 20.

25 Vid. Esquiaga Ganuzas, *Conflictos normativos e interpretación jurídica*, 20.

26 *Ibid.*, 20-21.

B-2) Antinomias impropias: aquellas que lógicamente son compatibles, pero no pueden ser obedecidas o aplicadas simultáneamente por otras razones de carácter empírico o axiológico. Por tal motivo, estas antinomias se subclasifican en empíricas, cuando aun siendo lógicamente compatibles, su cumplimiento simultáneo es imposible por razones de hecho; por ejemplo, cuando una norma permite la venta al profesorado y al alumnado de bebidas alcohólicas de más de 18 grados, en los centros educativos, fuera del horario docente, y otra norma que estableciera que el horario docente abarca las veinticuatro horas del día. Por otra parte, están las antinomias axiológicas, que abarcan diversos casos de contraposición desde una perspectiva valorativa, aunque entre las normas no hay incompatibilidad lógica. En ese sentido, a su vez se subdividen en tres subtipos: antinomias de principio, de valoración y teleológicas.²⁷

C) Según la validez de las normas en conflicto

Una tercera tipología de antinomias considerada es la que las clasifica en aparentes y auténticas o genuinas, dependiendo que al menos una de ellas realmente no se válida.

C-1) Antinomias aparentes: son aquellas que se producen entre dos normas jurídicas incompatibles que, en apariencia, tienen el mismo ámbito de validez temporal, espacial, personal y material; pero en realidad dicha antinomia no existe porque una de las dos normas ha perdido validez; por ejemplo, ha sido derogada por otra norma posterior, de manera tácita o mediante una derogación expresa innominada.²⁸

27 *Ibíd.*, 21. Quien ahí mismo, explica y ejemplifica cada uno de estos subtipos de antinomias axiológicas.

28 Debido a esa condición de apariencia, en la doctrina hay quienes rechazan que esta sea una verdadera clasificación, puesto que por definición la antinomia aparente no existe. Sin embargo, se sostiene que esta tipología es necesaria por razones prácticas, ya que *“En primer lugar, en muchas ocasiones la cuestión de la validez jurídica no resulta ni mucho menos evidente o fácil de determinar, y sólo un análisis más cauteloso de la situación nos permite concluir que una de las normas en conflicto no es válida. En segundo lugar, desde el punto de vista de un operador jurídico, en ambos casos se plantea la misma dificultad: la de determinar, entre distintas normas incompatibles, cuál resulta la adecuada para poder justificar una acción o decisión. Esta dificultad práctica se plantea también en el caso de las antinomias aparentes, y no sólo en las auténticas”*, Vid. David Martínez

C-2) Antinomias auténticas o genuinas: son aquellas en las que dos normas válidas se contraponen entre sí y resultan incompatibles en su aplicación. Al ser válidas las dos normas, habría un auténtico conflicto entre todos los elementos de su validez: personal, temporal, espacial y material o al menos en algunos de ellos²⁹, con lo cual, al mismo tiempo de considerarse antinomias reales, podrían también ser clasificadas dentro de alguno de los tipos total-total, total-parcial o parcial-parcial.

D) Antinomias de segundo grado.

Otro tipo de antinomias, son las llamadas antinomias de segundo grado; pero éstas no son propiamente contradicciones entre dos normas, sino entre dos criterios o reglas de solución contrapuestas entre sí y con consecuencias diferentes, aplicables por igual ante una determinada antinomia. Tales antinomias de segundo grado se explicarán infra, en el apartado sobre los criterios de resolución de antinomias.

II. Los criterios tradicionales de resolución de antinomias

Para resolver las antinomias las tres reglas o criterios clásicos más conocidos son: jerarquía, cronología y especialidad.

2.1 Jerarquía.

La regla de la jerarquía, *lex superior derogat legi inferiori*, dicta que la norma de superior rango prevalece sobre la inferior, la cual no sería aplicable en el caso de una ley especial contrapuesta a la LPA, puesto que ambas son leyes de la república, emanadas del mismo órgano de Estado como es la Asamblea

Zorrilla, *Conflictos Normativos, Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*, vol. 2, Universidad Autónoma de México (Ciudad de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2015), 1315.

29 Cf. Martínez Zorrilla, *Conflictos Normativos*, 1315.

Legislativa y por tanto tendrían la misma jerarquía.

Este criterio resolvería una antinomia si ésta se estableciera entre la LPA y el reglamento de una ley especial, puesto que, la primera es una ley superior y prevalecería, *prima facie*, sobre el reglamento. Sin embargo, en tal caso, esta no es una solución automática, debido a que, en la realidad estaríamos ante una antinomia de segundo grado, es decir, un conflicto entre dos criterios de solución de antinomias; por una parte, el jerárquico y por otro, el de especialidad.

Dependiendo de qué tan especial es la materia tratada por el reglamento y que tan menos especial sea la norma concreta prevista en la LPA, dependiendo también de que no se vulnere el principio de igualdad, puede ser que, mediante una interpretación motivada, el conflicto se resuelva a favor del reglamento por su especialidad, a pesar de ser jerárquicamente inferior.³⁰

2.2 Cronología o Temporalidad

La segunda regla es la de la temporalidad o criterio cronológico, *lex posterior derogat legi priori*, en virtud de la cual, la norma posterior se impone sobre la anterior. Según este criterio, en una antinomia producida entre una norma contemplada en la LPA y otra prevista en una ley especial, prevalecería la primera por tratarse de una ley posterior.

30 Al respecto vid. José Antonio Tardío Pato, "El principio de especialidad normativa (Lex specialis) y sus aplicaciones jurisprudenciales", en *Revista de Administración Pública*, no. 162 (2003): 209-215. Donde el autor identifica varias sentencias del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo de España, en las que, según la interpretación de dichos tribunales, en determinados casos se hizo prevalecer una norma prevista en un reglamento, sobre otra establecida en una ley, contrapuesta a la primera. "Existen, en la jurisprudencia constitucional italiana, manifestaciones de la prevalencia del principio de especialidad sobre el principio jerárquico, en determinados supuestos en los que el Supremo Intérprete Constitucional ha considerado que la peculiaridad del caso regulado por una norma con rango de Ley justificaba una disciplina particular que se apartaba para el mismo de la normativa general, sin vulnerar el principio constitucional de igualdad consagrado en el artículo 3 de su Constitución"; por lo que, ahí mismo, el autor italiano sostiene: "la solución no es automática, sino que debe obtenerse a través de la interpretación, la cual viene a encontrarse cara a cara con el estudio de la justicia, es decir, con la regla de que hay que tratar a lo igual de manera igual y a lo diferente de manera diferente. Así, el criterio de especialidad con respecto al criterio jerárquico «vence o pierde según las razones que se aducen a favor de la disciplina especial, según que ésta sea o no justificada en base al sumo criterio de justicia: *sum cuique tribuere*»" [Dar a cada uno lo que le corresponde]. Norberto Bobbio, *Contribución a la Teoría del Derecho*, 352-353.

Sin embargo, como se explicará en el siguiente apartado, en una antinomia como ésta, se establece un conflicto entre el criterio cronológico y el de especialidad, en el que, por regla general, se impone el criterio de especialidad; pero hay excepciones que hacen prevalecer el criterio cronológico, por lo que la solución tampoco es automática.

2.3 Especialidad

La tercera regla es la de la especialidad, *lex specialis derogat legi generali*, según la cual una norma especial predomina sobre la norma general o deja sin efecto a ésta. Esta es la regla a la que más atención debemos prestarle en el presente análisis, por las razones expuestas en el apartado uno.

Por el tratamiento que la LPA establece con respecto a este criterio, desde ya hay que acotar que la primacía de esta regla opera siempre que la norma especial mantenga su vigencia, es decir que no haya sido derogada por la norma general que se le contrapone o por otra norma, porque en esta última circunstancia estaríamos ante una antinomia aparente. En ese sentido, se afirma:

“Entiendo que la solución a estos interrogantes puede encontrarse en la teoría general del derecho: legi speciali per generalem non derogantur «ley general posterior no deroga ley especial anterior», salvo, claro está, expresa abrogación o manifiesta repugnancia entre las normas en debate.”³¹

Suponiendo entonces que se esté, ante una antinomia auténtica, entre una norma que forma parte de la LPA y otra prescrita en una ley especial anterior, como es el caso de todas las leyes especiales previas a la vigencia de la LPA, ambas de la misma jerarquía, válidas y vigentes, concurrirían dos criterios

31 Vid. Paula Calace Vigo, *El Código Civil y Comercial de la Nación, el Derecho del Trabajo y el dilema entre leyes especiales y generales: Muchas interrogantes, posibles soluciones*, Microiuris. com. Inteligencia jurídica, acceso el 27 de julio de 2020, <https://aldiaargentina.microiuris.com/2018/01/23/el-codigo-civil-y-comercial-de-la-nacion-el-derecho-del-trabajo-y-el-dilema-entre-leyes-especiales-y-generales-muchos-interrogantes-posibles-soluciones/>. En esa misma línea vid. José Miguel Fraguela, *Caso Neymar: ley especial vs. ley general*, Iusport, acceso el 28 de julio de 2020, <https://iusport.com/art/35321/caso-neymar-ley-especial-vs-ley-general>.

para resolverlo: el cronológico, según el cual, la LPA es norma posterior, deja sin validez a la norma especial anterior; y el de especialidad, en virtud del cual, la norma especial anterior, deja sin efecto a la LPA, ley general posterior.

Es decir, estaríamos no sólo ante un conflicto de normas; también ante un conflicto de las reglas o criterios para resolver una antinomia, lo que la doctrina y la jurisprudencia denominan **antinomia de segundo grado**,³² en el sentido de que existe no solo una contraposición entre dos normas jurídicas, sino entre dos de los criterios de solución, en este caso, **el criterio cronológico versus el criterio de la especialidad**.³³

La doctrina reconoce que este conflicto normativo, una norma especial anterior versus otra general posterior, ambas de la misma jerarquía e incluidas en diferentes cuerpos normativos, es de difícil solución y que no existe ninguna regla unánimemente aceptada para resolverlo, ya que, por una parte, puede afirmarse que si el legislador ha emitido una normativa general contrapuesta a otra anterior especial, es porque quería acabar con ese tratamiento especial o específico; de lo contrario, en la nueva norma general hubiera incluido una salvedad expresa en relación con la situación anterior. Pero, por otra parte, también pueden esgrimirse argumentos de justicia, de equidad, para mantener la norma especial, aunque sea anterior. En tal sentido, cada caso debe ser resuelto por el órgano jurisdiccional competente, aunque en la jurisprudencia existe

32 Sobre la categoría antinomias de segundo grado, vid. Martínez Zorrilla, *Conflictos Normativos*, 1322-1324; Ezquiaga Ganuzas, *Conflictos normativos e interpretación jurídica*, 31-35; Henríquez Viñas, *Los jueces y la resolución de antinomias desde la perspectiva de las fuentes del derecho constitucional chileno*, 471-472.

33 "El conflicto entre el criterio de especialidad y el cronológico sucede entre una norma anterior-especial incompatible con una norma posterior general. Existe conflicto porque al aplicar el criterio de especialidad se da prevalencia a la primera norma, y al aplicar el criterio cronológico se da prevalencia a la segunda. Previamente, hemos señalado que la ley posterior general no deroga la ley anterior especial, conforme a tal afirmación todo indica que el conflicto entre el criterio de especialidad y el criterio cronológico se resuelve a favor del primero. Sin embargo, esta afirmación debe ser considerada con cautela a la luz de la casuística." afirma Henríquez Viñas, *Los jueces y la resolución de antinomias desde la perspectiva de las fuentes del derecho constitucional chileno*, 472. "Si la norma general y la norma especial se encuentran en dos documentos normativos de distinta cronología e idéntico rango jerárquico y el documento en el que se halla la norma general es posterior a aquel en el que se encuentra la norma especial, entran en tensión los principios de especialidad normativa y de temporalidad de las normas". Tardío Pato, *El principio de especialidad normativa (Lex specialis) y sus aplicaciones jurisprudenciales*, 207.

cierta tendencia a favor del criterio de especialidad.³⁴

A pesar de que, como se ha citado, este conflicto normativo de segundo grado, estadísticamente tiende a resolverse a favor del criterio de la especialidad, hay autores que, en los casos en que realmente existe una contradicción normativa, plantean que debe predominar el criterio cronológico.

Es decir, la ley posterior, de igual jerarquía que la otra, aunque sea general o menos específica, debe preferirse a la ley previa, aunque esta sea especial o más específica, puesto que estaríamos ante una antinomia total parcial.

“ello significa que en todos los supuestos de aplicación de la norma anterior y más específica será también de aplicación la norma posterior y más general, sin excepciones. Ello supone que esta norma anterior debería considerarse derogada (tácitamente) por la posterior, lo que implica que ha sido expulsada del sistema y carece de validez. Consiguientemente, la norma a aplicar sería la posterior.”³⁵

Asimismo, se afirma que:

*“En la jurisprudencia italiana existen manifestaciones para resolver el conflicto tanto de la aplicación prevalente del criterio cronológico sobre el de especialidad como viceversa (54), y su Tribunal Constitucional ha llegado a declarar que no es verdad en absoluto la máxima de que *lex posterior generalis no derogat priori speciali* (es decir, la primacía del criterio de especialidad sobre el cronológico) y que lo que debe prevalecer es la interpretación de la intención del legislador, *voluntas legis*, de modo que no debe excluirse que dicha interpretación evidencie una amplitud de la ley general posterior tal que no tolere excepciones, ni siquiera de parte de leyes especiales, las cuales quedan de ese modo tácitamente abrogadas*

34 Al respecto, cf. Ezquiaga Ganuzas, *Conflictos normativos e interpretación jurídica*, 34 y 35. *“Un conflicto que ha llamado mucho la atención de los teóricos del Derecho es el que se puede plantear entre los criterios cronológico y de especialidad; en otras palabras, qué ocurre cuando una de las dos normas es anterior pero especial en relación con la otra (posterior pero general). En síntesis, la única conclusión cierta que se puede obtener es que para estas situaciones no existe en la práctica jurídica una solución unívoca, dado que en algunos supuestos se ha dado preferencia al criterio cronológico y en otros al de especialidad, sin que pueda fijarse una relación clara entre ambos. En todo caso, quizá sea destacable, en términos fundamentalmente estadísticos, una cierta prevalencia del criterio de especialidad”,* expone: Martínez Zorrilla, *Conflictos Normativos*, 1323.

35 *Vid.* Martínez Zorrilla, *Conflictos Normativos*, 1323-1324.

(Sentencia 29/1976)".³⁶

2.4. Otros criterios: prevalencia y competencia

Además de los tres criterios anteriores llamados "clásicos" o tradicionales, en la doctrina y la jurisprudencia se establecen otras dos reglas, para algunos autores también pueden ubicarse dentro de los criterios clásicos, que son la prevalencia y la competencia.³⁷

El criterio de prevalencia opera cuando una norma vigente, generalmente de orden constitucional, expresamente establece que una determinada norma o grupo de normas, prevalecerá o será preferente ante otras con las que eventualmente entre en conflicto. Por ejemplo, el artículo 149.3, inciso segundo, de la Constitución española, que dice: "*Las normas del Estado prevalecerán, en caso de conflicto, sobre las de las Comunidades Autónomas en todo lo que no esté atribuido a la exclusiva competencia de éstas.*" Y el art. 235 de la Ley del Sistema de Ahorro para Pensiones de nuestro país que dice: "*La presente Ley por su carácter especial prevalecerá sobre cualesquiera otras que la contraríen. Para su derogación o modificación, se la deberá mencionar en forma expresa.*"

El criterio de competencia:

"se establece a partir de disposiciones constitucionales que señalan el ámbito material sobre el que puede ejercerse una competencia normativa y que, en consecuencia, condicionan la validez de los actos normativos y –derivadamente– la de las disposiciones o normas creadas por ellos. Existen tres clases de normas de este tipo: las normas que realizan una distribución material de competencia entre distintas fuentes fijando los límites materiales de cada una de ellas; las normas que

36 Vid. Tardío Pato, *El principio de especialidad normativa (Lex specialis) y sus aplicaciones jurisprudenciales*, 207.

37 Vid. Sala de lo Constitucional, *Sentencia de Amparo, Referencia: 71-2002* (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2015); Ezquiaga Ganuzas, *Conflictos normativos e interpretación jurídica*, 9 y 22-28; Laura Miraut Martín, "Apuntes para una consideración del concurso de normas como modificación del sistema jurídico", en *Revista de Ciencias Jurídicas*, N°8, Gran Canaria: Universidad de Las Palmas (1997): 24; Arvizu Ibarra, *Conflictos normativos: Las Antinomias en el Sistema jurídico mexicano. Su ubicación en la Formación del Abogado*, 8.

*sustraen una determinada materia a la competencia normativa de una fuente, pero sin señalar cuál es la fuente competente; y las normas que establecen que ciertas materias sólo pueden ser reguladas por una determinada fuente, de forma que ninguna otra fuente puede disciplinarlas”.*³⁸

Un ejemplo, en materia tributaria, es lo dispuesto en el art. 204 N° 1 Cn., que concede a los Municipios la competencia de crear, modificar y suprimir tasas; y el art. 205 Cn. que sustrae a la ley la competencia para eximir o dispensar el pago de tasas municipales. O sea, la Constitución de El Salvador, en materia de tasas municipales realiza una distribución de competencias a favor de los municipios, mediante ordenanzas; y niega esa competencia a la Asamblea Legislativa que está inhibida para legislar sobre esa materia.³⁹

Estos criterios, si bien suelen ser aplicados en los ordenamientos jurídicos de los estados unitarios, como el salvadoreño,⁴⁰ se usan más en los estados federales o confederados, que al ser en esencia una asociación de diferentes estados, se rigen por un ordenamiento jurídico que comprende dos subsistemas, el federal y el estatal, ambos con su propia constitución, leyes, reglamentos y demás normativa, condición que vuelve más propicio el surgimiento de antinomias por la producción legislativa de cada subsistema.

La Sala de lo Constitucional de El Salvador, desde la concepción de las antinomias como una deficiencia en la coherencia del ordenamiento jurídico y las reglas de solución de las mismas como remedios para restablecer dicha consistencia, atendiendo al momento en que se realiza la coherencia con el ordenamiento jurídico, clasifica en dos grupos a estos criterios de la manera siguiente: (a) criterios que realizan la coherencia en el momento de producción del Derecho, entre los cuales se encuentran (ai) el criterio de competencia

38 *Ibid.*

39 *Ibid.*

40 *Vid.* Sala de lo Constitucional, Sentencia de Inconstitucionalidad, *Referencia: 34-2011/55-2011* (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2011), 6. sobre la prevalencia expresa que tiene la LSAP, establecida en su art. 235, que dice: “Art. 235.- *La presente Ley por su carácter especial prevalecerá sobre cualesquiera otras que la contraríen. Para su derogación o modificación, se la deberá mencionar en forma expresa*”.

y (aii) el criterio de jerarquía; y (b) criterios que realizan la coherencia en el momento de aplicación del Derecho, es decir los criterios (bi) de especialidad, (bii) cronológico y (biii) de prevalencia.⁴¹

III. La ponderación: un método alternativo o sustitutivo para la solución de antinomias

Las reglas, métodos o criterios para la solución de contradicciones normativas, pueden clasificarse según si dicho conflicto se concibe como un problema formal del sistema jurídico o como un problema moral de solución de los dilemas y conflictos. En consecuencia, los métodos de análisis y de solución de las antinomias, según la perspectiva predominante son:

3.1. **Perspectiva formal: la coherencia del ordenamiento jurídico. Los criterios tradicionales de solución de antinomias.**

Si la contradicción normativa se define como un problema formal, referido a la coherencia del ordenamiento jurídico, las antinomias son tratadas como un defecto o inconsistencia del ordenamiento legal y en consecuencia los criterios de solución se orientan a restablecer la coherencia del ordenamiento. El foco de atención es el propio sistema que para mantener su coherencia requiere de formas de solución de la contradicción normativa. El problema de cómo deben actuar las personas relacionadas o afectadas por la antinomia, es secundario. Esta es la perspectiva tradicional de la teoría general del Derecho.⁴²

Dentro de esta perspectiva que es la tradicional, se incluyen los criterios clásicos de solución de antinomias antes referidos (Jerarquía, Temporalidad, Especialidad, Competencia y Prevalencia).

⁴¹ *Ibid.*

⁴² Cf. Martínez Zorrilla, *Conflictos Normativos*, 1308-1309.

3.2. Perspectiva moral: qué debe hacer el individuo o agente ante el conflicto normativo. La ponderación como criterio de solución

Si la contradicción normativa se entiende no tanto como un problema de coherencia del sistema jurídico, sino como un dilema moral, el énfasis de la solución no estará en devolver la consistencia a dicho sistema, sino en qué debe hacer el agente o individuo que tiene la obligación de actuar ante el conflicto para determinar o justificar adecuadamente las acciones a tomar, ante el dilema de que existen razones atendibles para tomar decisiones incompatibles, que no apuntan a la misma dirección.

Desde este enfoque siempre se tiene en cuenta la antinomia como defecto del sistema normativo, pero de forma secundaria. Esta perspectiva es la que prevalece a partir del neoconstitucionalismo y se aplica principalmente en los “conflictos entre principios” o entre derechos, valores o bienes constitucionales; lo principal es la decisión a tomar por la autoridad competente, normalmente judicial, y su mecanismo de solución es la ponderación.⁴³

Como resultado de la “constitucionalización del Derecho”, es decir, la creación de ordenamientos jurídicos respetuosos y sometidos a la superioridad de la Constitución, los ordenamientos jurídicos cuentan con textos constitucionales que incluyen muchas disposiciones sustantivas en forma de principios, derechos fundamentales, bienes constitucionalmente protegidos, valores, etc., cuya redacción suele ser general y abstracta, volviéndose susceptibles de diversas interpretaciones.

Esa situación, unida a la existencia de normativas que permiten la aplicación directa de la Constitución, la supremacía de ésta, así como los mecanismos para garantizar esa prevalencia y la protección de derechos fundamentales presentes en todas las ramas jurídicas, es decir, la constitucionalización del Derecho, ha hecho que muchas disputas jurídicas

⁴³ *Ibíd.*

cobren una dimensión constitucional, que pueden llamarse “conflictos constitucionales”, y por ende, requieren de una solución que escape a los criterios tradicionales de resolución de antinomias.

Esos conflictos entre principios constitucionales, demandan un mayor protagonismo de la argumentación e interpretación jurídica a cargo del órgano jurisdiccional o del aplicador del derecho competente. Un ejemplo clásico de la dimensión constitucional que puede tener una controversia jurídica, es la que se produce entre el derecho a la libertad de expresión e información y el derecho a la privacidad, intimidad y honor, cuando un periodista publica una noticia que señala a un determinado funcionario de alto nivel, de haberse enriquecido ilegalmente por haber cometido actos de corrupción.⁴⁴

IV. El tratamiento del principio de especialidad en la LPA

Desde la perspectiva que estudia a las antinomias como inconsistencias del ordenamiento jurídico y a los criterios de solución como herramientas que funcionan para restablecer dicha coherencia, las contradicciones normativas pueden considerarse como “*un cierto déficit del legislador, pues muchas antinomias podrían evitarse, bien absteniéndose de dictar normas contradictorias con otras precedentes, o bien eliminando del sistema estas últimas*”.⁴⁵

Que el legislador se abstenga de aprobar normas contradictorias es prácticamente imposible porque en las sociedades contemporáneas, es necesario que los Estados legislen múltiples y complejos asuntos en los ámbitos políticos, sociales, económicos y otros. Así es que, tal como ocurre en la práctica, los

44 *Ibid.* 1324-1325, quien expresa que este fenómeno provoca que “*cualquier controversia jurídica mínimamente relevante tenga relevancia constitucional, en la medida en que las distintas pretensiones enfrentadas pueden hallar (al menos, prima facie) apoyo constitucional. Lo cual, a su vez, ha ido trasladando el foco de atención hacia una mayor centralidad de la argumentación jurídica y del papel de los órganos jurisdiccionales, en la medida en que éstos deben resolver de manera razonada y argumentada las controversias que se les plantean*”.

45 Pietro Sanchíz, *Observaciones sobre las antinomias y el criterio de ponderación*, 10.

órganos legislativos suelen incorporar en las nuevas leyes o reformas de las mismas, algunas disposiciones orientadas a eliminar o prevenir el surgimiento de antinomias.

Esas disposiciones pueden ser derogatorias o bien, dependiendo de la voluntad del legislador, pueden ser disposiciones que dictan la prevalencia de determinadas normas o leyes especiales previas.

En cuanto a la LPA, el legislador salvadoreño, fue cuidadoso, no cometió el déficit antes aludido, ya que se encargó de prevenir, mediante una derogación expresa, algunas de las antinomias que podrían aparecer al entrar en vigencia la LPA y simultáneamente dejó consignadas en la nueva ley, varias disposiciones mediante las cuales expresamente otorga prevalencia a determinadas leyes o normas especiales previas.

Puede afirmarse entonces que al aprobar la Ley de Procedimientos Administrativos, el legislador salvadoreño, adoptó un *Régimen Preventivo de Antinomias de Doble Vertiente*: como regla general, la derogatoria expresa de todas las disposiciones contenidas en leyes generales o especiales que la contradigan (Art.163, inc. 1º, parte 1ª, LPA); y dos, como excepción, la prevalencia expresa en varias disposiciones de la LPA, de determinadas leyes o normas especiales, lo que está en consonancia con el primer considerando de la LPA según el cual ésta pretende “(...) la existencia de normas claras y uniformes, *sin perjuicio de la especialidad propia de algunas materias que rijan la actividad de la Administración Pública (...)*”.⁴⁶

De no hacerlo, se corría el riesgo de que uno de los principales fines de la LPA, como es el de regular con carácter general y uniforme los procedimientos que corresponde seguir a la Administración Pública, se viera frustrado debido a la existencia previa de múltiples leyes administrativas especiales, entre ellas muchas que contienen procedimientos o normas procedimentales que pueden contradecir a la LPA y que prevalecerían sobre ésta mediante la aplicación del

46 Ley de Procedimientos Administrativos.

criterio de especialidad, a menos que, como hizo el legislador, se establecieran disposiciones preventivas de ese defecto no deseado.

Ese **Régimen Preventivo de Antinomias de Doble Vertiente**, se complementa con un *Mandato de Subsanción de Antinomias con Prevalencia de la LPA*, establecido bajo el nombre de “Adaptación Normativa”, previsto en el art. 166, que prescribe:

Art. 166.- En el plazo de dieciocho meses contados a partir de la entrada en vigencia de esta Ley, se deberán adecuar a la misma las normas de cualquier naturaleza que regulen los distintos procedimientos administrativos que pudieren ser incompatibles con lo previsto en esta Ley.

Esa disposición impone la obligación a todas las instituciones y organismos estatales, incluidas en el ámbito de aplicación de la ley en cuestión, de adecuar su normativa legal, reglamentaria u otras disposiciones internas, relativas a procedimientos administrativos, para volverlas compatibles con la LPA, a más tardar el 13 de agosto de 2020.

El plazo anterior, a la fecha en que se concluye este análisis, veinte de agosto de 2020, ya venció, siendo muy probable que la gran mayoría de instituciones públicas no hayan terminado tal adecuación, en particular las del Órgano Ejecutivo, debido a que el uno de junio de 2019 tomó posesión un nuevo gobierno y en todo lo que va del año 2020, las instituciones estatales no han podido trabajar con normalidad, limitándose casi exclusivamente a lo más urgente e imprescindible de sus atribuciones, debido al estado de emergencia desatado a nivel mundial por la pandemia del COVID-19. Por estas razones, dicho término debería extenderse por lo menos un año más, mediante la reforma legal respectiva.

En coherencia con el régimen de prevención de antinomias antes referido, esa compatibilidad favorable a la LPA, no debe realizarse en aquellas materias respecto de las cuales la misma LPA previamente ha establecido disposiciones de prevalencia a favor de la norma o ley especial, lo que se

explicará en un siguiente apartado. Pero en todas las demás áreas en que existan contradicciones, pese a la derogación expresa de las leyes o normas especiales que las contengan, el legislador manda a que sean compatibilizadas con la LPA.

4.1 Regla general: derogación expresa de las normas que contradigan a la LPA

Esta primera vertiente del *Régimen Preventivo de Antinomias*, está consignado en el Título VII. Disposiciones finales. Capítulo Único. Derogatorias. Art. 163, LPA, que establece:

“Art. 163.- La presente Ley será de aplicación en todos los procedimientos administrativos, por tanto, quedan derogadas expresamente todas las Disposiciones contenidas en Leyes Generales o Especiales que la contraríen, incluyendo las que regulen el régimen de procedimientos en la Ley del Seguro Social y la Ley de la Comisión Ejecutiva Hidroeléctrica del Río Lempa.”

Debe tomarse en cuenta que, previamente, en el art. 2, *Ámbito de Aplicación* la LPA ya anticipa que la misma se aplicará a las instituciones autónomas u otras entidades públicas, *“aun cuando su Ley de creación se califique de carácter especial”*; es decir, la voluntad del legislador ya hace ver, desde las primeras disposiciones, que la LPA, por regla general, prevalecerá sobre las leyes y normas especiales.

Además, dentro de esta regla general, la derogación expresa, se incluye la derogación expresa nominada, establecida en el art. 163 inciso 3º, LPA, que estipula:

“Deróganse expresamente:

- a) Ley de Procedimiento para la Imposición del Arresto o Multa Administrativos, aprobada por Decreto Legislativo N° 457, del 12 de marzo de 1990, publicado en el Diario Oficial N° 70, Tomo N° 306, del 21 de marzo de 1990;*
- b) Ley de Reclamaciones Pecuniarias de Extranjeros y Nacionales contra la Nación, aprobada por Decreto Legislativo S/N, del 10 de mayo de 1910, publicada en el*

Diario Oficial N°128, del 3 de junio de 1910;

c) El inciso final del artículo 30 de la Ley de la Comisión Ejecutiva Hidroeléctrica del Río Lempa, aprobada por Decreto Legislativo N° 137, del 22 de septiembre de 1948, publicado en el Diario Oficial N° 210, Tomo N° 145, del 27 de septiembre de 1948; y,

d) Artículo 102 de la Ley del Seguro Social, aprobada por Decreto Legislativo Número 1263, del 7 de diciembre de 1953, publicado en el Diario Oficial N° 226, Tomo N°161, del 11 de diciembre de 1953.”

En cuanto a los procedimientos de revisión de oficio, el régimen de los recursos, las normas sobre ejecución de actos y resoluciones, y cuestiones de derecho transitorio, el legislador ha sido más enfático en cuanto al predominio de la LPA sobre cualquier otra ley o norma especial, y además de la derogatoria expresa, incorporó una disposición de prevalencia a favor de la primera, aun en aquellos procedimientos administrativos iniciados antes de la vigencia de la LPA. Tal es la disposición transitoria contenida en el art. 167, incisos 2º al 4º, que dictan:

“Los procedimientos de revisión de oficio iniciados después de la entrada en vigencia de la presente Ley, se sustanciarán por las normas establecidas en ésta.

Los actos y resoluciones dictados con posterioridad a la entrada en vigencia de esta Ley, se regirán en cuanto al régimen de recursos, por las Disposiciones de la misma.

Los actos y resoluciones pendientes de ejecución a la entrada en vigencia de esta Ley, se regirán para su ejecución por ésta.

A falta de previsiones expresas establecidas en las correspondientes Disposiciones legales y reglamentarias, las cuestiones de derecho transitorio que se susciten en materia de procedimiento administrativo, se resolverán de acuerdo con los principios establecidos en los apartados anteriores.”

Es decir, tratándose de procedimientos administrativos iniciados antes de la entrada en vigencia de la LPA, en lo que corresponde a las materias antes referidas, no se aplica la regla establecida en el inciso 1º del art. 167 LPA, según

el cual: “A los procedimientos ya iniciados antes de la entrada en vigencia de esta Ley no les será de aplicación la misma, rigiéndose por la normativa anterior”.

Con relación a la derogatoria expresa establecida en el art. 163, inciso 1º, de la LPA que en lo medular dice: “quedan derogadas expresamente todas las Disposiciones contenidas en Leyes Generales o Especiales que la contraríen, incluyendo las que regulen el régimen de procedimientos en la Ley del Seguro Social y la Ley de la Comisión Ejecutiva Hidroeléctrica del Río Lempa”, podría objetarse que, al no haberse hecho mención específica de cada ley o norma especial que se deroga, aquellas que contraríen a la LPA no identificadas, se mantienen vigentes.

Sin embargo, se considera que ese razonamiento adolece de un endeble fundamento, ya que las derogatorias expresas pueden ser de dos tipos: nominadas, aquellas en las que se identifica detalladamente la norma que se deroga; e innominadas, las que se refieren en general a cualquier norma que contraríe a la norma que entra en vigencia y que deroga a las primeras.

Al respecto, Guastini, denomina *derogación nominata*, a la derogación expresa que identifica con precisión el objeto de la derogación. Y llama *innominata*, a la derogatoria expresa, en la que el objeto de derogación no es determinado con precisión, utilizando una fórmula como: “Quedan derogadas todas las normas incompatibles con la presente ley”.⁴⁷

La derogación expresa, en esencia, no es una forma de evitar incompatibilidades normativas. Su finalidad esencial es invalidar, dejar sin efecto una determinada norma que queda superada o se vuelve innecesaria por la nueva ley. Sin embargo, sí puede tener como uno de sus objetivos el prevenir o evitar un conflicto normativo, cuando el legislador, previendo que

47 Cf. Riccardo Guastini, *In tema di abrogazione, L'abrogazione delle leggi, Un dibattito analitico*, C. Luzzati (coord.) (Milán: Giuffrè, 1987), 7. cit. Por Marina Gascón Avellán, “Cuestiones sobre la derogación”, en *Revista Digital Doxa*, N°. 15-16, 850-851. <https://www.biblioteca.org.ar/libros/141909.pdf>. También vid. Ezquiaga Ganuzas, *Conflictos normativos e interpretación jurídica*, 29; Sebastián Agüero San Juan, *La Derogación. Un análisis de la dinámica de los ordenamientos jurídicos* (Tesis doctoral, Universidad Pompeu Fabra, 2015), 215-220; para una definición básica de derogación innominada, vid. “INFOLEG: Manual de Técnica Legislativa en línea”, INFOLEG, acceso el 12 de agosto de 2020, <http://www.infoleg.gob.ar/basehome/manualdetecnicalegislativa.html>.

un nuevo cuerpo normativo pudiera entrar en contradicción con otra norma previa, recurre a la derogatoria explícita de ésta. En consecuencia, no puede existir una antinomia cuando la nueva ley expresamente deroga aquella o aquellas normas que la contradicen.⁴⁸

Ahora bien, se debe aclarar que los efectos, de una derogación expresa nominada, difieren de los efectos de la derogación expresa innominada. La diferencia es que la primera, produce la derogación inmediata de las normas que son identificadas en la ley que contiene la disposición derogatoria; es decir, provoca la exclusión o invalidez de las normas señaladas a partir de la entrada en vigencia de la ley que las deroga, con efectos *erga omnes*; es un acto jurídico constitutivo, que no requiere de ejecución o interpretación para que produzca el efecto de invalidar las normas derogadas, ya que éstas están claramente identificadas.

Por su parte, la derogación expresa innominada, no produce la derogación inmediata de las normas que contradigan a la ley que contiene la disposición derogatoria, dado que aquellas no están debidamente identificadas y tampoco se determina qué disposiciones de la nueva ley son las contrariadas; la derogación no se produce en el momento en que entra en vigencia la ley que contiene las disposiciones derogatorias, ni produce efectos *erga omnes*, sino que la derogación se realiza en el momento de aplicación de la ley, en cada caso concreto; es decir, la derogación requiere de un acto de ejecución posterior, mediante la declaración que deben hacer los jueces u otros órganos aplicadores de la ley.⁴⁹

48 *“El criterio de la cronología como instrumento para la solución de antinomias no tiene ni por qué ser utilizado, ya que no hay ninguna. La nueva norma y la derogada no entrarán nunca en conflicto porque esta última ya no es utilizable para los casos futuros”, Cf. Gascón Avellán, Cuestiones sobre la derogación, 851; Ezquiaga Ganuzas, Conflictos normativos e interpretación jurídica, 47-49.*

49 *Cf. “El discurso anterior se refiere únicamente al acto legislativo de publicación de una disposición derogatoria innominada, y por tanto, nada tiene que ver con la aplicación del Derecho. Se puede considerar correcta la afirmación de que los actuales ordenamientos jurídicos contienen enunciados contradictorios y que son los Jueces (o los aplicadores del Derecho en general) los que ante una contradicción tienen que aplicar uno de los enunciados en conflicto. Si esto es así es porque este tipo de disposiciones derogatorias contenidas en casi todas las Leyes de nuestro ordenamiento no han producido la derogación correspondiente: de lo contrario no se plantearía en sede de aplicación el problema de*

Establecido entonces que lo dispuesto por la LPA en el artículo 163, es una derogación expresa innominada de todas las disposiciones contenidas en leyes generales o especiales que contraríen a la primera, pero que la derogación se materializa hasta el momento en que el juzgador u operador jurídico competente, resuelva un caso concreto, debe considerarse que además son aplicables las reglas de la derogación de las leyes establecidas en el art. 50 del Código Civil Salvadoreño que dice:

“Art. 50.- La derogación de las leyes podrá ser expresa o tácita.

Es expresa cuando la nueva ley dice expresamente que deroga la antigua.

Es tácita cuando la nueva ley contiene disposiciones que no pueden conciliarse con las de la ley anterior.

La derogación de una ley puede ser total o parcial.

La ley general no deroga la especial, si no se refiere a ella expresamente.”

Se observa claramente que de conformidad al art. 50, inciso 5º, del Código Civil salvadoreño, la regla de especialidad, *lex speciali derogat legi generali*, no es aplicable cuando la ley general deroga expresamente a la ley especial, que es precisamente lo que hace el art. 163 de la LPA con respecto a toda norma o ley especial que la contradiga: quedan derogadas expresamente, pero, al tratarse de una derogación innominada, la derogación debe ser concretada por el Juez u operador jurídico, al resolver un caso específico, en el que se

*elegir cuál de entre los enunciados en conflicto aplicar: la remisión de esta cuestión al momento de la aplicación pone de relieve que no se ha producido la derogación”. Victoria Iturralde Sesma, “Derogación innominada, acto del habla y condiciones de satisfacción”, en *Anuario de Filosofía del Derecho* (nueva época), no 19, Madrid (2002): 357-375, especialmente cf. 371, en la que, refiriéndose a que las derogaciones innominadas no causan efecto derogatorio inmediato al entrar en vigencia. En similares términos, “(...) mientras la derogación expresa nominada es un acto normativo realizado completamente por el legislador, la derogación expresa innominada y la derogación tácita, son actos normativos derogatorios completados por los jueces en virtud de la señalada delegación legislativa. Así, una derogación nominada, al cumplir con la sola emanación de la disposición por parte del legislador, se podría denominar «derogación legislativa», al completarse únicamente mediante actos del legislador. En cambio, la derogación innominada y la tácita, al no presentar un acto derogatorio del legislador y cumplirse al recabar del discurso del legislador una disposición derogatoria implícita, se puede denominar «derogación jurisprudencial», ya que son los jueces quienes se inmiscuyen en el discurso legislativo a través de la elaboración de una disposición derogatoria que determina qué es lo derogado y qué lo deroga” Vid. Agüero San Juan, *La Derogación. Un análisis de la dinámica de los ordenamientos jurídicos*, 216.*

identificará cuáles son las disposiciones de la LPA contradichas y cuales leyes o normas especiales las contradicen.

El criterio de especialidad únicamente predominaría y serviría para resolver una antinomia, si ambas normas, la de una ley especial previa y otra de la LPA posterior, estuvieran vigentes al mismo tiempo y en el momento de su aplicación; es decir, prevalecería lo dispuesto en la ley o norma especial previa, pues sería la norma que regula de manera más específica el procedimiento administrativo en cuestión, tal como lo ha sostenido la Sala de lo Constitucional al expresar:

*“(...) en caso de surgir un conflicto entre una ley especial previa y una ley general posterior, prevalece el criterio de especialidad —lex specialis derogat generali— y nunca a la inversa, aun cuando la ley general posterior trate de una forma diferente el mismo supuesto ya regulado por la ley especial previa, en cuyo caso, si se genera un conflicto entre normas, se resuelve siempre por el criterio de la especialidad, es decir, prevalece la ley especial”.*⁵⁰

Pero tal solución seguiría siendo jurídicamente cuestionable porque estaría en contra de la intención del legislador (*voluntas legistori*), que como se explicó en párrafos precedentes, es un criterio alternativo o sustitutorio que puede aplicarse cuando es dudosa la aplicación de las reglas tradicionales, en particular el de especialidad por falta de certeza de cuál es la ley realmente especial, cuando dichas reglas conllevan a un resultado no deseado, injusto o inconveniente, especialmente en los casos en que una ley general posterior entra en contradicción con otra especial anterior, ambas de igual jerarquía, situación en la que, con base en este criterio, se entiende que la intención del legislador era derogar la ley previa y se acepta como una derogación tácita.⁵¹

50 Sala de lo Constitucional, Sentencia de Inconstitucionalidad, *Referencia: 121-2007* (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2007).

51 Al respecto *Vid.* Tardío Pato, *El principio de especialidad normativa (Lex specialis) y sus aplicaciones jurisprudenciales*, 200-203 y 207; Centro de Información Jurídica en Línea de la Universidad de Costa Rica (CIJUL), *Derogatoria de leyes*, 36, acceso el 23 de julio de 2020, <https://cijulenlinea.ucr.ac.cr/2013/derogatoria-de-leyes/>. Donde se encuentra citada la sentencia: Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Sentencia 130 de las catorce horas con treinta minutos

Asimismo, otro método de solución de una contradicción entre la LPA y una norma especial previa, desde la concepción de la antinomia y sus criterios de solución como un dilema moral, de necesidad de hacer justicia y, partiendo de la constitucionalización del Derecho administrativo, consistiría en determinar si detrás del conflicto normativo se encuentra una colisión de principios o valores constitucionales, en cuyo caso la solución tendría que hacerse por la vía de la ponderación.⁵²

4.2. Excepción: prevalencia de determinadas normas especiales sobre la LPA

Esta segunda vertiente del *Régimen Preventivo de Antinomias*, que funciona como excepción, a la regla del predominio de la LPA sobre las leyes o normas especiales que la contradigan, se encuentran en varias disposiciones de la LPA, en las que el legislador expresamente ha querido mantener o hacer que prevalezcan dichas normas, relativas a ciertas materias o instituciones jurídicas.

De esta manera también previene el surgimiento de antinomias, que en este caso se resolverían no mediante la regla de la especialidad, sino mediante el criterio de la prevalencia porque existe una norma, en este caso las de la LPA, que expresamente otorgan preferencia a las disposiciones de las leyes especiales.

Tal es el caso de lo dispuesto en el inciso 2º de art. 163 (Derogatorias) que literalmente dice:

“No obstante, no se derogan los procedimientos administrativos en materia tributaria y aduanal, de prestaciones de seguridad social, de expropiación forzosa, procedimientos seguidos por la administración militar, procedimientos de selección del contratista y procedimientos relativos al medio ambiente, los cuales se regirán

del veintiséis de agosto de mil novecientos noventa y dos. Expediente: 92-000130-0004-CA.

52 Vid. Pietro Sanchíz, *Observaciones sobre las antinomias y el criterio de ponderación*, 9-30; Ezquiaga Ganuzas, *Conflictos normativos e interpretación jurídica*, 21; Guevara Arroyo, *Discrecionalidad de los tribunales constitucionales en la aplicación de principios jurídicos: un análisis realista* 19-21; Martínez Zorrilla, *Conflictos Normativos* 1308-1309; Tardío Pato, *El principio de especialidad normativa (Lex specialis) y sus aplicaciones jurisprudenciales*, 203.

por lo dispuesto en su Ley Especial. En todo lo no previsto se aplicará lo establecido en esta Ley”.

Asimismo, el art. 164 LPA, denominado **“Disposición Sobre Especialidad”**, que literalmente dicta:

“Disposición Sobre Especialidad

Art. 164.- Cuando el procedimiento administrativo regulado en una Ley especial prevea, en razón de la materia, trámites adicionales a los establecidos en esta Ley, dichos trámites se regirán por lo dispuesto en la Ley Especial. Cuando una Ley Especial autorice expresamente que pueda omitirse una fase procedimental, siempre que no se violen garantías constitucionales, se aplicará lo dispuesto en la norma especial”.

También encontramos disposiciones de prevalencia de las normas especiales, en las siguientes disposiciones de la LPA: art. 22 (Requisitos de validez de los actos administrativos), art. 36, literal h) (Nulidad absoluta del acto administrativo cuando así lo determine una Ley especial; art. 44, numeral 3 (Sobre los límites de la delegación), art. 45 (Avocación), art. 56 (Ámbito de aplicación de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública), art. 89 inciso 2º (Plazo para concluir el procedimiento), art. 119, numeral 1 (Órgano competente para tramitar y resolver el procedimiento de revisión de oficio), art.125, numeral 5 (Requisitos de los recursos), y art. 148 inciso (Plazos de prescripción de las infracciones y sanciones).

A estas disposiciones, pueden sumarse aquellas respecto de las cuales la LPA, expresamente prevé que, de existir otras normas en leyes especiales, aplicables al asunto en cuestión, mantendrán su vigencia junto a las que establezca la LPA. Es decir, son casos, no de prevalencia sino de complementación de normas de leyes especiales con las de la LPA. Entre tales disposiciones están:

Expediente Administrativo

Art. 8.- Inciso final:

Para garantía de seguridad, se deberán implementar los mecanismos necesarios que salvaguarden la información y el exclusivo acceso a quienes tienen derecho en los términos establecidos en esta Ley y en las especiales que resulten aplicables.

Requisitos de Validez

Art. 22.- Sin perjuicio de lo que se establezca en Leyes especiales, en la producción de los actos administrativos, deben observarse los siguientes requisitos:

- a) Competencia e investidura del órgano competente;*
- b) Presupuesto de hecho;*
- c) Causa;*
- d) Fin;*
- e) Motivación;*
- f) Procedimiento; y,*
- g) Forma de expresión.*

Nulidad Absoluta o de Pleno Derecho

Art. 36.- Los actos administrativos incurren en nulidad absoluta o de pleno derecho, cuando:

(...) h) Así lo determine expresamente una Ley especial."

Conclusiones.

La Ley de Procedimientos Administrativos, LPA, significa un cambio radical de paradigma en la concepción, función y objetivos de las actuaciones de la Administración Pública, no sólo porque por primera vez El Salvador cuenta con una ley que establece normas generales y uniformes aplicables a todos los procedimientos administrativos, sino porque la persona humana y sus derechos fundamentales, se convierten en el núcleo esencial y el fin principal de la actividad administrativa estatal, por lo que ésta tiene la obligación de facilitar el acceso a los servicios públicos, a no interponer requisitos excesivos,

a responder con agilidad, eficiencia, equidad, honestidad y racionalidad.

La voluntad legislativa, es decir la intención del legislador, está plasmada en los considerandos de la LPA, conformados por varios objetivos sistemáticos y conexos, que en síntesis pueden expresarse así: Establecer un régimen general de los procedimientos administrativos, con normas claras y uniformes, que faciliten a la Administración Pública su sometimiento al principio de legalidad y demás principios que la rigen, para garantizar los derechos fundamentales con mayor efectividad, eficiencia y eficacia, mediante la modernización, simplificación, y agilidad de sus actuaciones, que genere un impacto positivo en el desarrollo económico y social.

Es decir, además del fin humanista y democratizador, consistente en transformar al ser humano, al administrado y sus derechos, en el foco principal de la ley, ésta también persigue una finalidad modernizadora de la administración pública, para lo cual establece principios y normas orientadas a desmontar el exceso de burocracia, a volver proactivas las actuaciones administrativas, a viabilizar el uso de las tecnologías de información y comunicación, con el fin de ser más eficiente y efectiva.

La ventaja que representa la novedad de la LPA, al mismo tiempo implica una desventaja, una debilidad, teniendo en cuenta que antes de la aprobación de esta ley, en El Salvador, existen un número extenso de leyes administrativas especiales, cuya vigencia es necesario mantener, y esa circunstancia propicia, como puede ocurrir con cualquier nueva ley, pero más aún en el caso de la LPA, el apareamiento de contradicciones normativas o antinomias.

Dichas antinomias, por tratarse de una contraposición entre una ley general y normas de leyes especiales, tradicionalmente se resuelven mediante el criterio clásico de especialidad, *lex speciali derogat legi generali*, según el cual, una norma especial invalida o deja sin efecto a una norma general, en caso de conflicto entre ellas. Dicho criterio es considerado también como un principio general del Derecho y por lo tanto sería correcta su aplicación para solucionar

estas antinomias.

Pero dicha solución entra en conflicto con la voluntad del legislador, arriba detallada; puesto que su aplicación mecánica en toda ocasión que una norma o ley especial entrara en contradicción con la LPA, ésta dejaría de ser aplicada y por ende se vendrían abajo los objetivos humanistas, garantistas, democratizadores y modernizadores de la LPA.

Esta es la razón, a criterio del autor, que motivó al legislador salvadoreño a establecer en la LPA, un régimen orientado a prevenir el apareamiento de las aludidas antinomias o a resolverlas de antemano, para lo cual echó mano de dos técnicas legislativas: la derogación expresa, nominada e innominada, de leyes o normas especiales previas; y, al mismo tiempo, de la incorporación de disposiciones de prevalencia, en algunos caso a favor de la LPA y en otros, a favor de leyes o normas especiales previas.

Al conjunto de esas disposiciones, en este trabajo se le denomina: *Régimen Preventivo de Antinomias de Doble Vertiente*, consistente en que, por un lado, como regla general, se impone la derogatoria expresa de todas las disposiciones contenidas en leyes generales o especiales que contradigan a la LPA (Art.163, inc. 1º, parte 1ª, LPA); y por otro lado, como excepción, se impone la prevalencia expresa en varias disposiciones de la LPA, de determinadas normas de leyes especiales, lo que está en consonancia con el primer considerando de la LPA según el cual “(...) la existencia de normas claras y uniformes, sin perjuicio de la especialidad propia de algunas materias que rijan la actividad de la Administración Pública, garantiza en mejor forma el sometimiento de ésta al principio de legalidad (...)”.

Dicho régimen preventivo de antinomias, se complementa con un *Mandato de Subsanción de Antinomias con Prevalencia de la LPA*, establecido bajo el nombre de “Adaptación Normativa”, previsto en el art. 166, que establece la obligación de las entidades públicas, de adecuar todas las normas legales, reglamentarias o de otra índole que regulen sus procedimientos administrativos y que contradigan a la LPA, para compatibilizarlas con ésta, dentro de un plazo

de ciento ochenta días a partir de la entrada en vigencia de la mencionada ley.

El plazo anterior venció el 13 de agosto de 2020, siendo muy probable que la mayoría de instituciones estatales no hayan concluido la referida adecuación normativa, en especial las del Ejecutivo porque en junio de 2019 inició funciones un nuevo gobierno y en todo lo que va del presente año, todas las entidades públicas no han podido trabajar normalmente debido a la pandemia del COVID-19, en razón de lo cual dicho término debería ser prorrogado por al menos un año más, mediante la reforma legal correspondiente.

En virtud del *Régimen Preventivo de Antinomias de Doble Vertiente y del Mandato de Subsanación de Antinomias con Prevalencia de la LPA*, antes explicados, se descarta que el principio de especialidad, *lex speciali derogat generali*, se imponga ante el surgimiento de contradicciones normativas entre la LPA y normas de leyes especiales previas. Incluso se puede afirmar que cualquier antinomia que surja entre leyes o normas especiales previas, son aparentes, porque la LPA las ha solucionado de antemano y, en consecuencia, no es necesario recurrir a las reglas de solución de antinomias. En otras palabras, el principio *lex specialis derogat legi generali*, es inoperante en cualquier presunta contradicción entre una norma especial previa y la LPA, siendo ésta la que prevalecería.

La Constitucionalización del Derecho Administrativo en El Salvador

Rubio Edenilson Barahona Molina

LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO EN EL SALVADOR

Rubio Edenilson Barahona Molina.

RESUMEN

El artículo tiene como objetivo analizar el tema de la Constitucionalización del Derecho Administrativo, a la luz de la doctrina de los expositores del derecho y la jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Para ello, es imprescindible resaltar la vinculación existente entre el Derecho Constitucional y el Derecho Administrativo, pues este último tiene fuerte incidencia a nivel jurisprudencial y doctrinal desde la óptica constitucional. En ese sentido, se vislumbran con detenimiento aspectos históricos que han sido determinantes para el desarrollo de la constitucionalización del Derecho Administrativo, que devienen desde la década de los 80 en adelante, aspectos que vuelven creciente y necesaria la creación de la Sala de lo Constitucional con la entrada en vigencia de la Constitución de 1983, lo cual generó un desenvolvimiento en la garantía y protección de los derechos y bienes jurídicos en materia constitucional. Finalmente, el artículo desarrolla algunas figuras en materia administrativa y como estas se ven fuertemente impactadas con la aplicación de la normativa constitucional y el control constitucional que realiza la Sala en el marco de sus facultades y potestades.

PALABRAS CLAVES: Derecho Administrativo - Derecho Constitucional - Constitucionalización - Derechos Fundamentales - Control Constitucional - Sala de lo Constitucional - Ley de Procedimientos Administrativos - Ley de Procedimientos Constitucionales - Principios Constitucionales - Fuente Normativa.

THE CONSTITUTIONALIZATION OF ADMINISTRATIVE LAW IN EL SALVADOR

Rubio Edenilson Barahona Molina.

ABSTRACT

The objective of the article is to analyze the issue of the Constitutionalization of Administrative Law, in light of the doctrine of the law expositors and the jurisprudence of the Constitutional Chamber of the Supreme Court of Justice. To this end, it is essential to highlight the link between Constitutional Law and Administrative Law, since the latter has a strong impact at the jurisprudential and doctrinal level from the constitutional point of view. In this sense, historical aspects that have been decisive for the development of the constitutionalization of the Administrative Law, which have been developed since the 80's onwards, aspects that make the creation of the Constitutional Chamber with the entry into force of the Constitution of 1983, which generated a development in the guarantee and protection of the rights and legal assets in constitutional matters, are carefully glimpsed. Finally, the article develops some figures in administrative matters and how these are strongly impacted by the application of the constitutional regulations and the constitutional control carried out by the Chamber within the framework of its faculties and powers.

KEYWORDS: Administrative Law - Constitutional Law - Constitutionalization - Fundamental Rights - Constitutional Control - Constitutional Chamber - Administrative Procedures Law - Constitutional Procedures Law - Constitutional Principles - Normative Source.

La Constitucionalización del Derecho Administrativo en El Salvador.

Rubio Edenilson Barahona Molina¹

Introducción.

El vínculo existente entre el Derecho Administrativo y el Derecho Constitucional, las cuales son ramas del Derecho público, muestran que, con el devenir del tiempo se han fortalecido sus nexos, provocando con ello un impacto positivo en la garantía de los derechos de los ciudadanos salvadoreños y los procedimientos que estos disponen. Sin duda alguna, son estas ramas las que representan el eslabón del fenómeno de la constitucionalización del Derecho Administrativo.

Desde las efemérides del Estado salvadoreño, con el restablecimiento de la democracia salvadoreña, a través de la firma de los Acuerdos de Paz en México Chapultepec en el año 1992, el cual fue un acontecimiento originado por el enfrentamiento bélico entre dos bandos, en el que uno de estos fue el gobierno militar y por otro lado, las fuerzas populares de salvadoreños, que abrieron paso a un largo proceso de transformación del Estado de Derecho en El Salvador, con un nuevo rumbo a seguir ceñido al apego del tenor e imperio de la Constitución de la República de 1983. Resultando así, que la Constitución ha pasado a ser concebida más que una norma política, como una norma jurídica superior, pues sin desatención de que está matizada por dichos elementos

1 Miembro Propietario de la Junta Directiva de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la Universidad de El Salvador, Auxiliar de Cátedra con especialidad en Derecho Administrativo y adscrito al Departamento de Derecho Público. Nominado como el estudiante más destacado de la Facultad de Jurisprudencia en el año 2020, acreditado para la obtención de la beca a la excelencia académica conferida por la Universidad de El Salvador como reconocimiento al mérito Cum Honorífico. Estudiante de quinto año de la Carrera de Ciencias Jurídicas de la Universidad de El Salvador.

políticos, se considera que su poder de imperio impregna un rango jerárquico superior a la ley, como lo consagra el Artículo 246 Inciso 2, que a su tenor literal establece: *“La Constitución prevalecerá sobre todas las leyes y reglamentos”*.²

No obstante, la referida jerarquización de las normas jurídicas no es un cambio meramente cuantitativo de la posición que ocupan la Constitución y la ley en el ordenamiento jurídico salvadoreño, sino también constituye un cambio cualitativo del Derecho.

“Por cuanto, antes la ley era la medida de validez del Derecho; mientras que ahora la Constitución es el parámetro de validez de la ley. Con lo cual en nuestro medio jurídico académico y jurisprudencial se ha iniciado hace un tiempo el proceso de constitucionalización del Derecho; el mismo que en principio ha sido afable con el Derecho Penal, Derecho Tributario, Derecho Laboral, con el Derecho Civil y con ciertos matices para el Derecho Administrativo”.³

A pesar de que el principio de legalidad ha sido la norma estructural en el origen del Derecho Penal o del Derecho Tributario, para su modernización y desarrollo contemporáneo, estas áreas del Derecho han requerido de la Constitución y del Derecho Constitucional, en la medida que les ha permitido una aplicación flexible de la ley, para llevar a cabo sus fines públicos; es así, para el destacado profesor alemán de Derecho Administrativo, Schmidt-Assman: *“La constitucionalización se ha convertido en una de las más notables fuerzas del desarrollo del Derecho”*.⁴

Por su parte, el Derecho Administrativo salvadoreño, debido a que ha tenido un impulso en las últimas décadas, fuertemente vinculado a la modernización del Estado acorde al modelo económico neoliberal; que supuso la privatización de las empresas públicas, la desregulación de la actividad empresarial del Estado, la transferencia al libre mercado de los servicios

2 Constitución de la República de El Salvador (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 1983). De la misma manera, las disposiciones contenidas en la Constitución son de obligatorio cumplimiento para el Órgano Judicial, Legislativo y Ejecutivo.

3 Eberhard Schmidt-Assman, “El concepto de la constitucionalización del Derecho administrativo, La constitucionalización del Derecho Administrativo, XV Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo”, *Revista de Derecho*, n.69 (2014): 23.

4 *Ibid.*, 200 -201.

públicos, entre otros.

“Con el proceso de constitucionalización del Derecho Administrativo no se hace alusión exclusivamente al desarrollo de las bases constitucionales o de las normas constitucionales de la función pública en el Derecho Administrativo; sino que, sin perjuicio de ello, se hace referencia a la constitucionalización del procedimiento administrativo, del acto administrativo, el contrato administrativo, los bienes públicos, la función pública, el empleo público, la contratación pública y la responsabilidad administrativa básicamente”⁵

I. Principios constitucionales administrativos

Cuando los derechos públicos subjetivos del Estado se transformaron en derechos fundamentales y se incorporaron principios constitucionales en el Estado democrático constitucional de la postguerra; este hecho obligó, a los tribunales, así como a la dogmática constitucional, a proveer de técnicas y métodos de interpretación para la aplicación directa de la Constitución, ya no solo dentro de lo legalmente debido, sino también dentro de lo constitucionalmente posible.⁶

“Sobre la base de ese orden supremo constitucional y de la eficacia vinculatoria de los derechos fundamentales, el Estado democrático constitucional se afirmó con la judicialización de la Constitución, a través del desarrollo de los principios constitucionales con eficacia vinculante para el ordenamiento jurídico. Los principios constitucionales se convirtieron en postulados jurídicos con tres diversas

5 Pierre Devolvé, *La actualidad de la teoría de las bases constitucionales del Derecho Administrativo*, (Bogotá: Universidad del Externado de Colombia, 2014), 43-59. De lo mencionado, resulta entonces necesario llevar a cabo una evaluación y análisis sobre la constitucionalización del Derecho Administrativo, pues más allá de la presentación de las bases constitucionales del Derecho Administrativo señaladas en el marco normativo constitucional, si no, a partir de su judicialización constitucional; es decir desde la óptica de la jurisprudencia emitida por la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Ello, en la medida que en sus tareas de garantía, control de las leyes y de tutela de los derechos fundamentales, la Sala de lo Constitucional con el paso del tiempo ha edificado una jurisprudencia no siempre uniforme, sobre el proceso de constitucionalización del Derecho Administrativo.

6 Raúl Canosa Usera, *Interpretación constitucional y fórmula política: La interpretación de la Constitución* (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984), 302.

dimensiones con carácter de: “metanormas”, es decir normas abiertas que permiten concretizar normas específicas de un código; normas “hermenéuticas”; porque permiten interpretar otras normas específicas en caso de vacío o deficiencia del mismo cuerpo normativo; así como, de normas “teleológicas” orientadas a la concretización y optimización de los principios constitucionales materiales”.⁷

Para su implementación ha jugado un rol determinante la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, en tanto se ha convertido en el supremo intérprete, ya no solo de la constitución, sino también del ordenamiento jurídico basado en la Norma Suprema. Proceso que se ha puesto en movimiento en El Salvador, a partir de la jurisprudencia que dicha Sala ha emitido en reiteradas oportunidades, al desarrollar un Derecho basado en principios constitucionales; base sobre los cuales, a continuación, se presentan algunas expresiones de su vinculación al Derecho Administrativo Salvadoreño.

A. Principio de Legalidad y Derecho Administrativo en El Salvador

A partir del reconocimiento de la necesidad de un régimen jurídico especial para regular los asuntos propios de la administración del Estado, ese nuevo derecho, llamado Derecho Administrativo, fue consolidándose progresivamente y creando principios propios para regular la actividad, entre los que principalmente está el principio de legalidad. El tratadista español García de Enterría, sostiene que: *“El Derecho Administrativo y por consiguiente el principio de legalidad surge a partir de la Revolución francesa en 1789 para combatir la arbitrariedad, abuso del poder y la inseguridad jurídica”*.⁸

“Ciertamente el principio de legalidad aparece cercano a la teoría de la división de poderes en lo que se desprende del artículo 16 de la Declaración de los Derechos

7 Marcial Rubio Correa, *El Estado peruano en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional* (Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2006), 405.

8 Libardo Rodríguez-Rodríguez, *La explicación histórica del derecho administrativo* (México: UNAM, 2009), 303.

*del Hombre y del Ciudadano. A lo que Montesquieu sostiene, que la necesidad de buscar un equilibrio entre los poderes políticos, dividiéndolos y limitándolos entre sí con la finalidad de asegurar la seguridad jurídica”.*⁹

Como se ha podido apreciar en un breve resumen al principio de legalidad, el cual surge en Francia como reacción al principio monárquico, que existe y marca un límite en la acción del juez y la administración, se caracteriza por estar ligado a todos los principios constitucionales y el respeto al ordenamiento jurídico; no obstante con el pasar de los años y los diferentes modelos de Estado a lo largo de la historia se comenzó a visualizar la necesidad de una habilitación normativa y una medida de garantía de los derechos de las personas, lo que lleva a la explicación del principio de legalidad en la actualidad del Estado salvadoreño.¹⁰

Una vez se ha resaltado algunos aspectos históricos del surgimiento del principio de legalidad es necesario conocer su implicación en la realidad salvadoreña, partiendo de que:

*“su reconocimiento ha sufrido varios cambios por corrientes que sostienen la necesidad de trascender de la concepción tradicional de considerar la Constitución como la norma suprema y cúspide de todo el ordenamiento jurídico, sino a su proyección como un conjunto de valores y principios encaminados a la protección de los derechos de los ciudadanos, teniendo como principio la aplicación directa de la Constitución, lo cual ha traído oposición por su complicación de ejecución en la práctica”.*¹¹

9 Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 (Francia: Asamblea General, 1789), artículo 16. Una Sociedad en la que no esté establecida la garantía de los Derechos, ni determinada la separación de los Poderes, carece de Constitución”.

10 Roberto Islas Montes, Sobre el principio de legalidad (México: UNAM, 2009), 102. Este principio propugna oposición a los actos que estén en contraste con la ley, a los actos no autorizados por la ley y a los actos no regulados completamente por la ley, siendo entonces pilar fundamental en el sistema normativo administrativo.

11 Karla Pérez Portilla, Principio de igualdad: alcances y perspectivas (México: UNAM, 2005), 55. Para llegar a esta realidad, se tuvo que enfrentar a una transformación partiendo de un Estado de derecho consagrado que representaba al principio de legalidad con un carácter intocable en un Estado positivista; para que con el paso del tiempo y la expedición de la Constitución de la República de El Salvador de 1983, se consagre como un Estado constitucional de derechos

Este principio de legalidad con relación al derecho administrativo, encuentra su asidero legal en el artículo 86 inciso final de la Constitución de la República de El Salvador,¹² se sustenta en el respeto de las normas jurídicas, cuyo marco de aplicación adquiere fuerza en el Estado de derecho, la Constitución es la norma suprema en torno a la cual se desarrollan parámetros de actuación de las autoridades. Es decir, no se puede concebir a dicho principio como un mero respeto al ordenamiento jurídico, si lo que se busca es la habilitación normativa, en el que no se acuda únicamente a argumentaciones que pongan énfasis en la división de poderes, sino que se circunscriba en disposiciones constitucionales que estén encaminadas a la protección de los derechos de los ciudadanos, sin incumplir la normativa, en el marco de un Estado de derecho.

“Así la formulación del principio de legalidad toma un matiz de claridad, que enfoca en la competencia y en la legalidad y a su vez puede ser estático y dinámico. En su aspecto estático establece quién debe realizar el acto y cómo debe hacerlo; en su aspecto dinámico la conformidad de actuación de la autoridad y la conformidad del resultado de su actuación con la ley”,¹³

Es decir toda autoridad puede hacer únicamente lo que la ley permite, de este modo todo acto o procedimiento que se expida debe estar apoyado en una norma legal, que en su forma y contenido tendrá disposiciones enmarcadas en la Constitución. Lo que conlleva a que no se pueda asumir el principio de legalidad como la mera conformidad a la ley, sino que los componentes como competencia y control de los organismos se proyecten en una norma jurídica encaminada a la previsión de la limitación de los derechos.

y justicia, considerado como una época del garantismo donde el principio de legalidad tiene una connotación diferente.

12 Constitución de la República de El Salvador (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 1983). La referida disposición establece que: Los funcionarios del Gobierno son delegados del pueblo y no tienen más facultades que las que expresamente les da la ley. Vale decir, que cuando se refiere a ley también hace una remisión tácita a la Constitución de la República.

13 Roberto Islas Montes, *Sobre el principio de legalidad* (México: Anuario de derecho constitucional latinoamericano, 2009) ,102.

En ese orden de ideas, el principio de legalidad debe estar justificado en una ley previa (*lex praevia*), y su sometimiento será en primer lugar a la Constitución y luego recaerá sobre el resto del ordenamiento jurídico.

*“Para tal caso, es preciso enmarcarse a las normas reglamentarias creadas por los órganos con potestad normativa de la propia administración, tomando en consideración lo que se conoce como “bloque de legalidad” (Constitución, leyes, reglamentos, principios generales, etc.), también llamado por Merkl “principio de juridicidad de la administración”; y más recientemente también se le ha denominado “principio de constitucionalidad”, que significa concretamente que toda actuación se realice en el marco del ordenamiento jurídico, velando por los derechos constitucionales”.*¹⁴

En la práctica el principio de legalidad ha sido objeto de algunas críticas acerca del excesivo formalismo que exige, sin embargo, si el Estado busca un progresivo avance de la sociedad, se requiere que nuevos elementos recobren fuerza como es el caso: de los derechos de la representación democrática, la libertad e igualdad formal. Entendiendo, que no hay norma general que no pueda ser consagrada a nivel constitucional, es oportuno precisar de modo general que toda norma expedida debe estar al amparo de la Constitución.¹⁵

“En el mismo contexto, es necesario precisar que el principio de legalidad debe ser considerado como una posibilidad de protección de los derechos fundamentales aplicando normas constitucionales o generales, lo cual se convierte en verdadero reto, pues dejar de ver a dicho principio como un imperativo de observancia estricta

14 José A. Estévez Araujo, *La crisis del principio de legalidad: la imagen jurídico-formal y la realidad material del funcionamiento de la administración* (Barcelona: anuario de filosofía del derecho VII, 1990), 115. Es así que los órganos administrativos podrían reforzar sus decisiones en caso de un conflicto normativo, poniendo a conocimiento de la Sala de lo Constitucional, máximo intérprete constitucional, a fin de que se pronuncie sobre el orden jerárquico de aplicación normativa en el marco del bloque de legalidad.

15 Constitución de la República de El Salvador. El Salvador es un Estado constitucional de derecho y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario intercultural, plurinacional y laico. Se organiza en forma de república y se gobierna de manera descentralizada. La soberanía radica en el pueblo, cuya voluntad es el fundamento de la autoridad, y se ejerce a través de los órganos del poder público y de las formas de participación directa previstas en la Constitución.

*de formalidad ha ocasionado serias discusiones, ya que correlativamente el más alto deber del Estado radica en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Carta Magna”.*¹⁶

De modo que, también debe estar ligado al principio de responsabilidad de la Administración Pública y al debido proceso, ya que en todo proceso donde se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, asegurar esta garantía es esencial para que en ningún caso se pueda sacrificar la justicia por la simple omisión de solemnidades.

En conclusión, a través de la nueva concepción del principio de legalidad en el marco del Estado Constitucional de El Salvador, se puede comprender que la Carta Magna y la ley son elementos esenciales en el ejercicio de la actividad de la Administración Pública, aún más cuando se trata de un tema normativo que causará efectos generales. Por ello, es importante hacer hincapié en la necesidad de atender a un orden jerárquico de aplicación de las normas, el cual debe ser acatado por toda autoridad pública, y la idea de la Constitución, como ese conjunto de valores, derechos y principios con supremacía.

B. La Constitución como la norma suprema configuradora del Derecho Administrativo salvadoreño

Desde que el artículo 1 de la Constitución reconoce que la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad es el fin supremo de la sociedad y el Estado, la Administración Pública tiene un mandato prescriptivo de tutelar los derechos fundamentales de los administrados, como la finalidad –ethos– de su actividad estatal. Por ello, se puede señalar que, frente a los excesos del poder administrativo de diversas formas, como las decisiones de la Autoridad Administrativa arbitrarias, exorbitantes, inmotivadas o de abstenciones,

16 Constitución de la República de El Salvador. El orden jerárquico de aplicación de las normas se establece de la siguiente manera: La Constitución; los tratados y convenios internacionales; las leyes orgánicas; las leyes ordinarias; los decretos y reglamentos; las ordenanzas municipales; los acuerdos y resoluciones; y los demás actos y decisiones de los poderes públicos.

irrazonables y desproporcionadas, la racionalización del poder a través de la Constitución se ha convertido en un desafío del Derecho Administrativo.¹⁷

*“Sin perjuicio de la función dogmática de la Constitución salvadoreña propia del Estado de entender los derechos fundamentales como derechos de defensa frente a la Autoridad Pública, el desarrollo del Estado democrático constitucional de las últimas décadas ha acompañado al proceso de modernización del Estado, asumiendo una función configuradora de la Administración Pública a través de la protección positiva de los derechos de los administrados. Esto es que el Estado, en el ejercicio de sus potestades ordinarias y sobre todo discrecionales, debe configurar su potestad administrativa y su actuación prestacional en función de los principios constitucionales de interdicción de la arbitrariedad, razonabilidad y proporcionalidad, para proteger y proveer los derechos fundamentales de los administrados; ya no solo frente a la misma Administración Pública, sino también frente a terceros y particulares”.*¹⁸

El incremento de las responsabilidades del Estado en la Administración Pública y la prestación de los servicios públicos, ha llevado a constitucionalizar principios que regulan el incremento del personal que en ellos labora, la protección de la propiedad pública y los contratos públicos, así como, la defensa judicial de los intereses públicos.

“La Administración Pública parece apoderarse del Derecho Administrativo y de los derechos de los administrados, bajo prácticas burocráticas y legalistas perniciosas; así como, también, se presenta la tensión entre el Poder Ejecutivo encargado de la dirección política del Estado, y la necesidad de una Administración Pública

17 Eberhard Schmidt-Assman, “El concepto de la constitucionalización del Derecho administrativo”, 202.

18 *Ibid.* 202-204. Con la modernización del Estado, en la Constitución de 1983, se ha distinguido entre el Poder Ejecutivo y la Administración Pública. Así, se han constitucionalizado normas especiales para la función pública sobre: la jerarquía de los funcionarios públicos, la carrera administrativa, la declaración de sus bienes y rentas, la lucha contra la corrupción, y los derechos de sindicación y huelga, con las excepciones de los servicios públicos; la defensa judicial del Estado, los bienes y de dominio público; así como, la obligatoriedad mediante licitación pública de los contratos de obras y la adquisición de suministros de bienes y servicios públicos con fondos y recursos públicos, sus excepciones, y los servicios públicos, entre otros.

*neutral frente a las reclamaciones de los administrados, como personas naturales y jurídicas”.*¹⁹

Esa tensión se hace más evidente en la relación del Poder Ejecutivo y subsidiariamente de la Administración Pública con los gobiernos municipales; debido a que, a pesar de las disposiciones constitucionales de la descentralización,²⁰ las decisiones en materia económica de inversiones públicas, así como, de algunos servicios públicos se mantienen aun fuertemente centralizados, mediante el control presupuestario; lo cual, apenas ha sido materia de control constitucional. Debido a una concepción centralista del desarrollo y ciertamente al manejo inadecuado de los recursos públicos en muchos gobiernos municipales.

C. La fuerza normativa de la Constitución salvadoreña irradia al Derecho Administrativo

Desde que la Administración Pública, deja de estar inmune por su solo sometimiento a la ley, se inicia un proceso progresivo de subordinación a la Constitución, en tanto norma suprema que integra a todas las normas del ordenamiento jurídico. Lo cual supone que la Constitución irradia su fuerza normativa no solo sobre el legislador que hace la ley, sino también sobre la Administración Pública encargada de aplicarla, así como, sobre las normas administrativas que ella emite.²¹ Ello se ha hecho posible gracias a la judicialización de la Constitución, debido a que:

“A todo derecho, valor o principio constitucional, corresponde un proceso constitucional que le protege. La judicialización de la Constitución o, para ser

19 Sabino Cassese, “Las tres etapas de la constitucionalización del Derecho Administrativo. La constitucionalización del Derecho Administrativo XV Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo”, *Revista de Derecho*, n.69 (2014): 284-288.

20 César Landa, “Descentralización y jurisprudencia constitucional”, *Revista de Derecho*, n.1 (2014): 41-54.

21 Eberhard Schmidt-Assman, “El concepto de la constitucionalización del Derecho administrativo”, 203.

más exactos, la de todo acto que a ella contravenga, es la máxima garantía de que su exigibilidad y la de los derechos fundamentales reconocidos, no está sujeta a los pareceres de intereses particulares; por el contrario, todo interés individual o colectivo, para ser constitucionalmente válido, debe manifestarse de conformidad con cada una de las reglas y principios, formales y sustantivos, previstos en la Carta Magna".²²

De modo que, hacer derecho judicial de la Constitución es una manifestación de su fuerza normativa, que está en manos de todos los operadores de la Norma Suprema, sino que, en caso de dudas sobre el sentido interpretativo de una norma constitucional, le corresponde a la Sala de lo Constitucional llevar a cabo la tarea argumentativa de resolver las controversias constitucionales; por ello, el supremo intérprete de la Constitución ha señalado que:

"La interpretación aislada de disposiciones constitucionales resulta manifiestamente contraria al principio de fuerza normativa de la Constitución y al de corrección funcional, ya que desconoce, por un lado, el carácter jurídico-vinculante de la Constitución y, por otro, la función de contralor de la constitucionalidad conferida a la Sala de lo Constitucional. En efecto, dicha interpretación confunde la autonomía que ha sido reconocida constitucionalmente al Tribunal Supremo Electoral de acuerdo a lo establecido en el artículo 208 de la Constitución de la República"²³, con autarquía, pues pretende que sus resoluciones no sean objeto de control constitucional en aquellos casos en los que resulten contrarias a los principios y derechos fundamentales reconocidos en la Carta Magna".²⁴

Por eso, como se ha señalado en la doctrina comparada, la interpretación de la norma administrativa hay que entenderla como una concretización de la Constitución, en ese entendido, siguiendo a la jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional, se puede señalar que la fuerza normativa de la Constitución se

22 *Ibid.*, 203-204.

23 Constitución de la República de El Salvador. Lo que equivaldría a sostener que, para el TSE, tales principios y derechos no resultan vinculantes.

24 Eberhard Schmidt-Assman, "El concepto de la constitucionalización del Derecho administrativo", 204-205.

expresa en los siguientes principios:

Principio de Legalidad:

*“En virtud del principio de legalidad, la Administración Pública únicamente puede dictar actos en ejercicio de sus atribuciones previamente conferidas por la ley, y de esta manera instaurar el nexos ineludible acto-facultad-ley”.*²⁵

*“El principio constitucional de legalidad como principio fundamental del Derecho Público significa que todos los actos que realice la administración pública deben estar sometidos al imperio de la ley y al Derecho, ya que la razón de ser de este principio es la de brindar y garantizar seguridad jurídica a los administrados. Así, estando sujeta la administración al ordenamiento jurídico no sólo se certifica que pueda ser controlada por el órgano jurisdiccional sino también que la actividad administrativa tenga un límite externo que enmarque su autonomía dentro de lo que la ley permite y/o mande y que nada quede a su arbitrio”.*²⁶

*“Existe la obligación para que mediante el principio de legalidad se evite una regulación normativa amplia que permita márgenes de discrecionalidad a la Administración Pública, mediante la taxatividad de los supuestos jurídico-administrativos; tanto cuando tenga que interpretar los conceptos jurídicos que sean abiertos, como cuando tenga que subsumir hechos en casos de conceptos jurídicos indeterminados; sobre todo, si con ello se van a limitar derechos de los administrados, y; máxime si se trata del Derecho Administrativo Sancionador, corresponde proteger el contenido esencial del derecho fundamental afectado”.*²⁷

25 Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia Definitiva, Referencia: 99-S-99 (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2003).

26 Vicente Alexander Rivas Romero, *Jurisprudencia Constitucional sobre los Principios Constitucionales de la Administración Pública* (El Salvador: Sala de lo Constitucional, 2018), 23.

27 *Ibid.*, 204-206.

Principio de ponderación:

*“Este principio sirve, como límite a la discrecionalidad de la actividad administrativa sancionatoria, procurando la correspondencia y vinculación que debe existir entre las infracciones cometidas y la gravedad de las sanciones impuestas por el ente competente. Cabe decir, que esta institución jurídica implica la prohibición de exceso de las medidas normativas de índole sancionatorio administrativo, que sólo podrán ser materializadas cuando su cuantía y extensión resulte idónea, necesaria y proporcionada en estricto sentido para la consecución de fines constitucionalmente legítimos”.*²⁸

Al respecto la Sala de lo Constitucional ha indicado que:

*“...una sanción administrativa será idónea si es capaz de conseguir los fines perseguidos por el legislador con su adopción; será necesaria si dentro del catálogo de medidas posibles no existen otras que posean igual grado de idoneidad con respecto a la finalidad advertida y que sean menos lesivas o dañosas a los derechos fundamentales involucrados; y, finalmente, será proporcionada en estricto sentido si, superados los juicios de idoneidad y necesidad, es adecuada en relación con la magnitud o lesividad del comportamiento infractor...”.*²⁹

Jurisprudencia vinculante:

*“La obligación de la Administración Pública de cumplir la jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional que propugna el fortalecimiento de la protección de los derechos fundamentales, se fundamenta en el mandato legislativo de la Ley de Procedimientos Constitucionales, y; se hace exigible a través de los procedimientos administrativos ordinarios –sobretudo trilaterales– y de los procedimientos contenciosos administrativos judiciales”.*³⁰

28 Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia Definitiva, Referencia: 222-2012 (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2019).

29 Sala de lo Constitucional, Inconstitucionalidad, Referencia: 175-2013 (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2013).

30 Eberhard Schmidt-Assman, “El concepto de la constitucionalización del Derecho

De tal modo que, el artículo 77 letra f, *in fine*:

*“La sentencia definitiva no admitirá ningún recurso y será vinculante de un modo general para los órganos del Estado, para sus funcionarios y autoridades y para toda persona natural y jurídica, y la Sala mandará a publicar conforme a lo establecido en el artículo 11 de esta ley”.*³¹

Es importante mencionar que, ha surgido como obligación internacional del Estado el control de convencionalidad, que hace exigible para la Administración Pública el inaplicar normas estatales que pudieran ser contrarias a la Convención Americana sobre Derechos Humanos.³²

Entonces, a partir de los principios constitucionales administrativos se analiza a continuación su impacto a través de la jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional en sus tareas de control constitucional de la actuación de la Administración Pública.

II. Control constitucional del Derecho Administrativo salvadoreño.

La justicia constitucional desde sus comienzos enmarcados a la Primera Constitución Política de El Salvador del año 1824, cuando era un Estado miembro de la República Federal de Centroamérica, no mostraba grandes garantías en el rol de actuación de las instituciones estatales, no así hasta el año 1983, en el que:

“El Salvador inicia magnos cambios en el ámbito jurídico, al crear la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, que vendría a absorber, además, a la existente hasta ese entonces, Sala de Amparo, cuyo nacimiento se había dado con nuestra Carta Magna de 1886 colocando a El Salvador como el primer país

administrativo”, 205-206.

31 Ley de Procedimientos Constitucionales (El Salvador: Asamblea Legislativa, 1991).

32 *Vid.* Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Gelman vs Uruguay: Resolución de Supervisión de cumplimiento de Sentencia de fecha 20 de marzo de 2013.

centroamericano que introduciría el amparo, dentro de su Constitución".³³

"De aquella época a nuestros días, la materia constitucional ha cobrado, poco a poco, una gran importancia en nuestro territorio, aumentando, por consiguiente, en igual forma, el rol a desempeñar por dicha Sala. Se comenzaba a sentir la necesidad de renovar nuestras bases jurídico-constitucionales para que no sólo el país entero estuviera preparado para aceptar los cambios que se avecinaban, sino que también nuestro ordenamiento jurídico tuviera los mecanismos adecuados para garantizarlos, facilitando de esta forma la pacificación de nuestra sociedad a través del respeto a la norma primaria: La Constitución".³⁴

De lo anterior, resulta entonces destacar que se ha tenido un desarrollo retardado en materia constitucional; por cuanto en el desempeño de las tareas de control y tutela de derechos fundamentales apegado a una concepción legalista antes que constitucionalista de la Constitución; se han experimentado etapas de cautiverio y corrupción de la Sala de lo Constitucional, pues estuvo sometida a la voluntad política de algunos gobiernos de turno; para dichos fines la ley y en algunos casos la Constitución eran instrumentos maleables en beneficio del poder.³⁵

"Con el retorno a la democracia en enero de 1992, se inicia un proceso de

33 Alexander Kellman, "El Tribunal Constitucional en El Salvador: El tribunal constitucional, naturaleza y características, Tipos de sentencia del tribunal constitucional y sus efectos, la jurisdicción constitucional en El Salvador" (tesis de pregrado, Universidad Centroamericana "José Simeón Cañas", 1991), 2. <http://www.csj.gob.sv/BVirtual.nsf/0/07f514a173b2026206256b3e00747ad6?OpenDocument>

34 *Ibid.* 2-3. El primer soplo serio de renovación, puede considerarse fue dado por la CORELESAL (Comisión Revisora de la Legislación Salvadoreña), con su obra "La Justicia Constitucional", en la cual señalaban que: La justicia constitucional a partir de la Segunda Guerra Mundial, ha adquirido una importancia creciente, no sólo a nivel de doctrina sino también de legislación, conceptuándose como el instrumento más idóneo con que cuenta el Estado, para la eliminación de la arbitrariedad, que no es otra cosa que la negación del derecho o la ausencia del derecho mismo, realizando un estudio bastante profundo sobre la materia y plasmando o al menos intentando plasmar la justificación para un anteproyecto de ley que regulara la justicia constitucional en nuestro país reemplazando, así, a la ya obsoleta Ley de Procedimientos Constitucionales.

35 Alexander Kellman, "El Tribunal Constitucional en El Salvador", 2. <http://www.csj.gob.sv/BVirtual.nsf/0/07f514a173b2026206256b3e00747ad6?OpenDocument>

*saneamiento institucional y moral donde la Sala de lo Constitucional, con el mismo marco normativo constitucional de 1983, que llevo a desarrollar un modelo de justicia constitucional democrática. La que se implementó a partir de la renovación de sus magistrados, la implementación y aplicación de la Ley de Procedimientos Constitucionales, así como, la definición de una política jurisdiccional en lucha contra el narcotráfico, la corrupción y el respeto a los derechos humanos”.*³⁶

En este escenario, se analizarán algunos institutos del Derecho Administrativo que han sido objeto de pronunciamiento por parte del supremo intérprete de la Constitución:

A. Debido procedimiento administrativo

La jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional, con vinculación al derecho administrativo salvadoreño, permite vislumbrar la expresión “*debido proceso o debido procedimiento administrativo*”, afirmando que: es una categoría genérica, identificada con un proceso constitucionalmente configurado, tal como se ha establecido jurisprudencialmente, el cual incluye una serie de derechos conectados entre sí –audiencia, defensa, a la presunción de inocencia, juez natural, entre otros– que configuran la estructura del debido proceso.³⁷

*“Así mismo, la jurisprudencia constitucional, ha afirmado que el artículo 2 de la Constitución reconoce de manera expresa, la obligación estatal de proporcionar protección jurisdiccional a todas las personas, frente a actos arbitrarios e ilegales que afecten su esfera jurídica y a través del instrumento heterocompositivo diseñado con tal finalidad: el proceso jurisdiccional en todas sus instancias y en todos sus grados de conocimiento, el cual debe comprender una serie de garantías para sus intervinientes”.*³⁸

36 Eberhard Schmidt-Assman, “El concepto de la constitucionalización del Derecho administrativo”, 206.

37 *Vid.* Sala de lo Constitucional, Amparo, Referencia: 19-VII-2007 (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2006).

38 Vicente Alexander Rivas Romero, *Jurisprudencia Constitucional sobre los Principios Constitucionales de la Administración Pública* (El Salvador: Sala de lo Constitucional, 2018), 46.

Además, se ha sostenido en la jurisprudencia constitucional, que el derecho a la protección jurisdiccional instaurado con la finalidad de asegurar la eficacia de los derechos fundamentales, al permitirle a su titular reclamar válidamente ante los entes jurisdiccionales, frente a actos de particulares o estatales que atenten contra tales derechos, se manifiesta mediante cuatro grandes rubros: 1) el acceso a la jurisdicción; 2) el proceso constitucionalmente configurado o debido proceso; 3) el derecho a una resolución de fondo, justificada y congruente; y, 4) el derecho a la ejecución de las resoluciones.³⁹

*“Se ha afirmado que la defensa no jurisdiccional está relacionada con todas aquellas vías o instancias tramitadas ante otros entes capaces de solucionar, de algún modo, controversias con relevancia jurídica, como la protección en sede administrativa, o con asegurar la extensión al procedimiento administrativo sancionador de las mismas garantías de un proceso constitucionalmente configurado”.*⁴⁰

En ese orden de ideas, se ha establecido que el procedimiento administrativo sancionador debe garantizar el respeto a derechos constitucionales de los administrados, por cuanto el acto sancionador es una especie de acto restrictivo de su esfera jurídica y se encuentra regido por los principios inspiradores del orden penal: derecho de defensa y presunción de inocencia, entre otros.⁴¹

De las anteriores nociones, se advierte que la protección de los derechos fundamentales se manifiesta en la esfera jurídica de las personas a través de un proceso constitucionalmente configurado, en el cual los intervinientes tienen la posibilidad de hacer valer sus derechos de manera equitativa y en cada una de las etapas en que aquel se divide.

Por ende, la configuración de un procedimiento administrativo, como instrumento por medio del cual, las personas pueden ejercer la defensa no

39 Vid. Sala de lo Constitucional, Sentencia de Inconstitucionalidad, Referencia: 40-2009 (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2010).

40 *Ibid.* 46-47.

41 Vid. Sala de lo Constitucional, Amparo, Referencia: 780-99 (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2001).

jurisdiccional de sus derechos fundamentales, implica que:

*“Se otorga a las partes la oportunidad de intervenir dentro de él en condiciones de igualdad, asegurando la aplicación de los mismos principios y derechos observados en el ámbito de los procesos judiciales, de tal manera que se les garantice, en sus respectivas posiciones, la posibilidad real de exponer sus argumentos y utilizar las pruebas pertinentes en su defensa ante la autoridad competente”.*⁴²

En ese sentido, es menester destacar que la exigencia de un proceso equitativo, respetuoso de los derechos fundamentales de los sujetos partícipes, requiere la conformación de un haz de garantías que han de cobrar vigencia en todos los órdenes jurisdiccionales y no jurisdiccionales y en las diferentes etapas de un proceso o procedimiento administrativo.

B. Acto administrativo

El régimen jurídico de los actos administrativo se encuentra previsto en la Ley de Procedimientos Administrativos. Esta ley en su artículo 21, ha establecido que: *“Se entenderá por acto administrativo toda declaración unilateral de voluntad, de juicio, de conocimiento o deseo, productora de efectos jurídicos, dictada por la Administración Pública en ejercicio de una potestad administrativa distinta a la reglamentaria”.*⁴³ Así mismo, la ley señala y establece sus requisitos de validez y los supuestos por los que un acto administrativo puede ser declarado nulo.

Desde la perspectiva de la jurisprudencia constitucional, se ha entendido que un requisito *sine qua non* que deben de cumplir los actos administrativos es el de debida motivación, ello de acuerdo a lo establecido en el artículo 23 de la Ley de Procedimientos Administrativos, que como sabemos es un derecho fundamental procesal que tiene reconocimiento constitucional.

“La Sala de lo Constitucional ha establecido que, cuando un acto administrativo no posee la debida motivación sobre la culpabilidad del infractor, ello podría transgredir

42 Vicente Alexander Rivas Romero, *Jurisprudencia Constitucional*, 47-48.

43 Ley de Procedimientos Administrativos (El Salvador: Asamblea Legislativa, 2017).

el principio de culpabilidad, el principio de presunción de inocencia y con ello violentar la seguridad jurídica. Vale decir que, la jurisprudencia constitucional también ha sostenido, que las resoluciones deben estar debidamente motivadas, contener todos los requisitos de un acto por el cual se declare la responsabilidad administrativa del sujeto, establecer la correspondencia de hechos que se puedan atribuir en un caso práctico y determinar la responsabilidad de manera clara, permitiendo conocer las imputaciones y demás elementos de una situación real, para garantizar el cumplimiento al derecho de defensa”.

La motivación de las resoluciones administrativas es de especial relevancia, pues consiste en el derecho de certeza, el cual supone la garantía de todo ciudadano a que las sentencias estén motivadas, es decir, que exista un razonamiento jurídico explícito entre los hechos y las leyes que se aplican, por lo que puede afirmarse que: *“La motivación de la actuación administrativa, es decir, la fundamentación que se apoya, es una exigencia ineludible para todo tipo de actos administrativos, imponiéndose las mismas razones para exigirla tanto respecto de actos emanados de una potestad reglada como discrecional”.*⁴⁴

El tema de la motivación del acto administrativo es una cuestión clave en el ordenamiento jurídico administrativo, y es objeto central de control integral por el juez y la consiguiente supresión de los ámbitos de inmunidad jurisdiccional.

“Constituye una exigencia o condición impuesta para la vigencia efectiva del principio de legalidad, presupuesto ineludible de todo Estado de Derecho. A ello, se debe añadir la vinculación que existe entre la actividad administrativa y los derechos de los ciudadanos. Es indiscutible que la exigencia de motivación suficiente de sus actos es una garantía de razonabilidad y no arbitrariedad de la decisión

44 Eberhard Schmidt-Assman, “El concepto de la constitucionalización del Derecho administrativo”, 207-208. Es importante mencionar que, no son admisibles como motivación, la exposición de fórmulas generales o vacías de fundamentación para el caso concreto o aquellas fórmulas que por su oscuridad, vaguedad, contradicción o insuficiencia no resulten específicamente esclarecedoras para la motivación del acto.

administrativa".⁴⁵

En esa medida, la Sala de lo Constitucional ha enfatizado que la falta de motivación o su insuficiencia constituye una arbitrariedad e ilegalidad, en la medida en que es una condición impuesta por la Ley de Procedimientos Administrativos. Así, la falta de fundamento racional suficiente de una actuación administrativa es por sí sola contraria a las garantías del debido procedimiento administrativo.⁴⁶

*"De manera complementaria, la motivación de los actos administrativos puede generarse antes de la propia de los actos administrativos puede generarse antes de la propia decisión administrativa, mediante informes o dictámenes que contienen recomendaciones en torno a la decisión que debe adoptarse, o de forma concurrente con la solución. De igual manera, se cumple con el deber de motivar cuando se incorpora de modo expreso, de forma extensa o mínima, sus propias razones de aquellas contenidas en los dictámenes o informes a los que deberá hacerse necesaria remisión e identificación para que el administrado pueda conocer las razones que justifican la decisión, así como ejercer su derecho de defensa si lo cree conveniente".*⁴⁷

Por tanto, es importante tener en consideración que dada la apertura de nuestro ordenamiento jurídico al Sistema Interamericano de Derechos Humanos y a la recepción de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con el tiempo la Administración Pública se verá obligada a aplicar el control de convencionalidad, sobre el que la Corte IDH, ya ha señalado que es una atribución que debe ejercerse de oficio por las autoridades de Estado, bajo riesgo de llevarlo a incurrir en responsabilidad internacional en caso de

45 *Ibid.*, 208. Al respecto, es importante mencionar, que no precisan motivación algunos actos como: Las decisiones de mero trámite que impulsan el procedimiento administrativo. Cuando la autoridad estima procedente lo pedido por el administrado y el acto administrativo no perjudica derechos de terceros. Cuando la autoridad produce gran cantidad de actos administrativos sustancialmente iguales, bastando la motivación única.

46 Eberhard Schmidt-Assman, "El concepto de la constitucionalización del Derecho administrativo", 207-208.

47 *Ibid.* 207-208. Es importante mencionar que, el derecho a la debida motivación, resulta exigible en el ámbito de los procedimientos administrativos que encausan la formación de los actos administrativos.

omisión.⁴⁸

C. Bienes públicos

Sobre los bienes públicos resulta interesante advertir que en nuestro medio se considera que los bienes del Estado son inembargables, pues tal como lo contempla la Constitución de la República en el artículo 104, que a su tenor literal establece: “*Los bienes inmuebles propiedad del Estado podrán ser transferidos a personas naturales o jurídicas dentro de los límites y en la forma establecido por esta ley*”.⁴⁹ Por su parte, la jurisprudencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo, ha contemplado que: “*El dominio público está referido a una masa o conjunto de bienes sometidos a un régimen jurídico especial de derecho público. Se trata de una afectación de Ley respecto de un conjunto de bienes propiedad del Estado -lato sensu-, cuyo uso se concede a los habitantes del mismo de manera directa o indirecta*”.⁵⁰

En ese orden de ideas, la jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional, ha vislumbrado que: Los bienes de dominio público presentan una construcción teórica fundada en exposiciones doctrinales y jurisprudenciales que tratan de delimitarlos a partir de dos perspectivas: La primera, desde una posición de derecho natural, en la que se argumenta que existen objetos que por naturaleza no pueden ser susceptibles de apropiación del hombre y es sobre los cuales el Estado ejerce actos de dominio; y la segunda; mayoritaria, propugna que existe un dominio del Estado establecido en la ley. Así, desde esta segunda perspectiva se contempla desde la óptica de lo expresado en el párrafo *ut supra*.

Cuatro son los elementos que doctrinariamente se dice configuran el dominio público: Subjetivo, el más importante, para que un bien sea considerado parte del dominio público, debe saberse quién es su titular, en este caso el titular

48 *Ibid.*, Para ello, la Administración Pública deberá motivar debidamente las decisiones en las que aplique el referido control normativo sobre las normas estatales.

49 Constitución de la República de El Salvador (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 1983).

50 *Vid.* Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia Definitiva, Referencia: 95-D-2003 (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2005).

debe ser el Estado, entendido como tal, toda la estructura de los órganos del Gobierno y entes públicos. Y es que, los bienes del dominio público no son cosas de nadie, porque en ese caso cualquier persona podría apropiárselos e impedir su libre uso, de ello resulta que el titular de los bienes dominicales sea el Estado, entendido en dicho concepto, el Estado en forma centralizada o descentralizada, ya sea por el territorio -municipios- o por sus funciones -instituciones autónomas, es decir, instituciones jurídicas públicas-, en tanto que los bienes sobre los cuales recae parte o la totalidad de su actividad, formen parte de su patrimonio.

Otro elemento es el objetivo, en tanto el dominio público constituye efectivamente un conjunto de bienes que puede ser determinado o indeterminado, pues la condición jurídica de esos bienes depende de la voluntad del legislador, que, tratándose de bienes naturales o de bienes denominados artificiales les declare tal calidad; es por tal razón, que ese conjunto de bienes podrá variar, aumentando o disminuyendo. Dicho conjunto de bienes se caracteriza porque sobre ellos no pueden realizarse transacciones comerciales, ni pueden ejercitarse actos de posesión, mucho menos pueden recaer sobre ellos decisiones judiciales para excluirlos del mercado, pues ya lo están, ni tampoco para asegurar el pago de obligaciones, pues son inembargables.

Teleológico, es el elemento relativo al destino dado a los bienes que conforman el dominio público, el cual se entiende a partir del uso que se haga de los mencionados bienes; así, por tratarse de bienes nacionales, su uso en principio es realizado por el Estado, en estos casos existe un uso público cuando éste Estado utiliza un determinado bien, con el sólo objeto de prestar un servicio público; por otro lado, el uso público también puede ser ejercido por la colectividad, cuando de forma directa o indirecta obtiene del mismo una cierta utilidad, tal es el caso de las calles, puentes, etc.; finalmente, el elemento normativo o legal indica qué bienes son públicos; estableciéndose con ello el sometimiento a un régimen de Derecho Público que sólo proviene de una

decisión de autoridad competente, es decir, el ente de carácter público que con competencia legislativa establece que ciertos bienes son nacionales.⁵¹

En tal sentido, y conforme lo establece el artículo 571 del Código Civil:
“Se llaman bienes nacionales aquellos cuyo dominio pertenece a la Nación toda. Si además su uso pertenece a todos los habitantes de la Nación, como el de calles, plazas, puentes y caminos, el mar adyacente y sus playas, se llaman bienes nacionales de uso público o bienes públicos. Los bienes nacionales cuyo uso no pertenece generalmente a los habitantes, se llaman bienes del Estado o bienes fiscales”.

Es decir, en principio todos los bienes cuyo dominio es ejercido por el Estado se denominan bienes nacionales; pero estos además pueden dividirse en bienes nacionales de uso público, si el uso de los mismos está permitido a los particulares, tales como las plazas, los parques, los jardines, caminos, calles, muelles, etc.; si no lo está, se trata entonces de bienes fiscales.⁵²

III. Breves consideraciones

Concluido este esfuerzo académico, el análisis se ha enfocado a instituciones del Derecho Administrativo, en primer lugar, estableciendo el vínculo o relación existente entre el Derecho Constitucional y el Derecho Administrativo, con especial interés en la constitucionalización de este último. En segundo lugar, se ha realizado una breve referencia sobre los principios constitucionales administrativos, con un destacado estudio del principio de legalidad, que permite vislumbrar su aplicación al Derecho Administrativo Salvadoreño, a la luz de la jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional, por

51 *Vid.* Sala de lo Constitucional, Inconstitucionalidad, Referencia: 33-2000Ac (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2001).

52 *Cf.* Código Civil (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 1860). En el caso del suelo, puede decirse que sobre éste existe el derecho de propiedad particular, aunque en ocasiones el ejercicio de tal derecho puede verse condicionado por el uso al que se ha destinado el suelo, ya que en ciertos regímenes se le clasifica al suelo por el uso, a saber: suelos agrícolas, suelos destinados a usos urbanos o industriales, etc. Mientras que para el caso del subsuelo se acepta que cada Estado detenta su dominio y que el mismo no es objeto de propiedad privada. Y es que, en esta parte se depositan los recursos naturales que se traducen en minerales, hidrocarburos y otras sustancias que forman parte de la riqueza del Estado.

lo que en ese orden de ideas se desarrollan aspectos teóricos que tienen una íntima relación con la Constitución como la norma suprema configuradora del Derecho Administrativo Salvadoreño; razón por la cual, también ha resultado importante abordar la fuerza normativa de la Constitución y como esta irradia al Derecho Administrativo en el sistema normativo salvadoreño, tema que mantiene estrecha vinculación con el principio de ponderación y el tema de la jurisprudencia vinculante en materia constitucional que desarrolla aspectos enmarcados en el Derecho Administrativo Salvadoreño.

Por último, se lleva a cabo el desarrollo de una temática con fuerte trascendencia jurídica, como lo es, el control constitucional del Derecho Administrativo Salvadoreño, permitiendo así realizar un estudio en profundidad de temáticas relacionadas como el debido procedimiento administrativo, el acto administrativo y los bienes públicos. Sin embargo, resulta indispensable señalar que este artículo puede extenderse y tener complementariedad con otros temas a estudiar, tales como la función pública, es decir, las actividades que realizan aquellos que prestan servicios al Estado; el empleo público, en cuanto al régimen de los servidores al servicio del Estado que tradicionalmente ha sido objeto de regulación por parte del Derecho Administrativo; el contrato administrativo, con referencia a las disposiciones constitucionales que permiten contratar con fines lícitos y la actuación de la Administración Pública enmarcada en el margen de actuación legal; la contratación pública, con referencia a los principios constitucionales que informan dicha figura en materia administrativa; la responsabilidad administrativa funcional, en relación a la gestión de bienes y servicios de forma directa o indirecta a través de los particulares, en el cual tiene participación la Administración Pública. Por tanto, se deja en manos del lector este esfuerzo académico científico con las consideraciones pertinentes para su estudio en el ámbito jurídico.

Conclusiones.

Como se dijo, el desarrollo de la Constitucionalización del Derecho Administrativo en el plano nacional por la vía jurisprudencial, acarrea nuevas responsabilidades y retos, comenzando por generar un desarrollo con mayor profundidad de las figuras en materia administrativa que se ven fuertemente influenciadas por el Derecho Constitucional.

Como el Derecho Administrativo regula la actividad de interés colectivo ejercida por las autoridades públicas, distintas a las legislativas y judiciales, que vincula a los ciudadanos con el Estado, se puede destacar que es un Derecho vivo; que va teniendo cambios con la evolución del Estado y la Constitución. No obstante que, desde la Constitución de 1824 no incorporaba figuras determinantes en materia administrativa, no así hasta la Constitución de 1983, que incorporó instituciones propias para la Administración Pública, distintas de la clásica regulación del Poder Ejecutivo, se ha venido dando un impulso al Derecho Administrativo a partir de la judicialización de los derechos fundamentales de los administrados frente a la Autoridad Administrativa, como de los procesos constitucionales incluso entre las entidades públicas.

Ello ha permitido que ciertos principios constitucionales como el del debido procedimiento, la interdicción de la arbitrariedad, o, el de la razonabilidad y proporcionalidad al ejercer potestades discrecionales, se hayan ido asentando como parámetros para la exigencia de la Autoridad Administrativa de conductas y decisiones que sean no solo de acuerdo con la legislación, sino también de conformidad con la Constitución.

La progresiva constitucionalización del Derecho Administrativo Salvadoreño debería llevar a replantear a varios institutos clásicos del Derecho Administrativo, como el principio de legalidad, servicio público, contrato público, carrera pública, propiedad pública, etc. Esto, debido a que adquieren una dimensión diferente a la luz de la jurisprudencia constitucional, que procura tutelar los derechos fundamentales de los administrados, como asegurar de

forma más eficiente e integradora los deberes primordiales del Estado de brindar seguridad, bienestar y desarrollo integral y equilibrado a los administrados; así como, de promover el empleo, la salud y la educación, entre otros, mediante servicios públicos y la infraestructura necesaria.



Visita nuestra Página Web:

<http://aequus.jurisprudencia.ues.edu.sv>



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.
investigacion.jurisprudencia@ues.edu.sv
Ciudad Universitaria



Aequus Editorial



Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales
Universidad de El Salvador
ISSN (En línea): 2789-3960