

Revista Derecho

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

NÚMERO III

Octubre de 2018



Revista Derecho

El Salvador, octubre de 2018

Revista Derecho
Autoridades universitarias

Rector

Msc. Roger Armando Arias

Vicerrector Académico

Dr. Manuel de Jesús Joya Ábrego

Vicerrector Administrativo

Ing. Nelson Bernabé Granados

Secretario General

Lic. Cristobal Hernán Ríos Benítez

Fiscal General

Lic. Rafael Humberto Peña Marín

Defensora de los Derechos Universitarios

Mdh. Claudia Melgar de Zambrana

Secretario de Comunicaciones

Msc. Douglas Antonio Hernández Miranda

Secretaria de Asuntos Académicos

Ing. Carlos Ernesto Vargas Ramos

Revista Derecho

Universidad de El Salvador

Facultad de Jurisprudencia
y Ciencias Sociales

Escuela de Ciencias Jurídicas

Octubre 2018

Directora de la Revista:

Dra. Evelyn Beatriz Farfán Mata

Consejo Editorial:

Dra. Evelyn Beatriz Farfán Mata

Mcp. Evelin Patricia Gutiérrez Castro

Licda. Odaly Lissette Sánchez Arias

Mcp. Luis Eduardo Ayala Figueroa

Revisores:

Msc. Islen Yahir Oviedo(Colombia)

Lic. Luis Antonio Villeda (El Salvador)

Traductora:

Tec. Ana Elizabeth López Lazo

ISSN:

2411-1465

*Impreso y diagramado en Imprenta Universitaria
Universidad de El Salvador*

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

Ciudad Universitaria. San Salvador. El Salvador.

Tel. 2511-2000 ext. 6526

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

REVISTA DERECHO

Autoridades de la Facultad de
Jurisprudencia y Ciencias Sociales

Junta Directiva

Decana

Dra. Evelyn Beatriz Farfán Mata

Vice Decano

Dr. José Nicolás Ascencio Hernández

Secretario

Mcs. Juan José Castro Galdámez

Representantes Docentes

Propietarios

Lic. Eric Napoleón López Águila
Dr. Edgardo Herrera Medrano Pacheco

Suplentes

Msp. Luis Eduardo Ayala Figueroa
Dr. Juan Carlos Castellón Murcia

Representantes Estudiantiles

Propietarios

Br. Leticia María Polanco Anaya
Br. Marco Antonio Martínez García

Suplentes

Br. Claudia Guadalupe Pérez Medrano
Br. Moisés Isaías Penado Salgado

Responsables de Unidades

Director de la Escuela la de Ciencias Jurídicas

Ing. René Mauricio Mejía

Director de la Escuela de Relaciones Internacionales

Mfe. Nelson Ernesto Rivera Diaz

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

Msj. Hugo Dagoberto Pineda Argueta

Jefe del Departamento de Ciencias Políticas y Sociales

Msc. Diana del Carmen Merino

Administrador Académico

Ing. Danny William Gutiérrez Recinos

Administrador Financiero

Lic. Napoleón Muñoz Ramírez

Jefa de la Unidad de Planificación

Licda. Alma Dinora Aguirre Castro

Jefa de Biblioteca

Sra. Alejandrina Martínez Meza

Jefe de servicios Generales

Serafín López Chicas

Unidad de Comunicaciones

Lic. Gerardo Guillén

Coordinador Unidad de Posgrado

Dr. Reinaldo González

Coordinador de Proyección Social

Lic. Reinaldo Chávez Martínez

Coordinador del Socorro Jurídico

Lic. Reinaldo Chávez Martínez

Unidad de Investigación

Mcp. Evelin Patricia Gutiérrez Castro

Licda. Odaly Lissette Sánchez Arias

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

Licda. Digna Reina Contreras Hernández

Contenido

Presentación	11
<i>Mcp. Luis Eduardo Ayala Figueroa</i>	

ARTÍCULOS

Un acercamiento a los procesos de victimización secundaria y la corresponsabilidad social	17
<i>Octavio Adán Nájera Hernández</i>	

I. Antecedentes.....	19
II. Nociones de victimología y procesos de victimización.....	20
III. Violencia y su relación con la victimización.....	24
IV. La corresponsabilidad social en la dinámica victimológica.....	29
Conclusiones.....	32

Los conflictos de Leyes en la apertura de la sucesión en el Sistema Jurídico Romano.....	35
<i>Manuel Alejandro Cea Morales</i>	

Introducción.....	37
I. Los conflictos de leyes en la apertura de la sucesión en el Sistema Jurídico Romano.....	38
Conclusiones.....	63
Recomendaciones.....	64

ESTUDIOS

Finalidades Preventivo-Generales en el Cumplimiento de la Pena de Prisión en El Salvador. Parte I.....	67
<i>Moris Edgardo Landaverde Hernández</i>	

Introducción.....	69
I. Las Penas en general.....	70
II. La Pena de Prisión en Particular	95

PONENCIAS

Justicia contractual y constitucionalización del derecho privado en los procesos recodificatorios	107
<i>Milton Hernán Kees</i>	
Introducción.....	109
I. Codificación. Breve revisión histórica. Los principios ideológicos del movimiento codificador del siglo XIX	112
II. La mirada económica y las bases contractuales del movimiento codificador.....	117
III. Fisuras “sistémicas” y surgimiento de microsistemas jurídicos (polisistemas): descodificación y recodificación.....	120
IV. La nueva mirada de la recodificación: eficacia horizontal de los derechos constitucionales y justicia contractual.....	123
V. La traducción normativa de la justicia contractual: el caso argentino	127
Conclusiones	129

PRESENTACIÓN

Presentación

Mcp. Luis Eduardo Ayala Figueroa.¹

La Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales en su labor por promover, producir y socializar contenidos académicos mediante su revista Derecho, tiene el gusto de presentar para este año dos mil dieciocho, una nueva edición de su prestigioso órgano de divulgación, con artículos que por su diversidad de materias en ciencias jurídicas, generará - con mucha seguridad - el interés y atención para la comunidad estudiantil, docente y profesional, tanto para incrementar el conocimiento sobre temas de actualidad como para provocar un debate en torno a la evolución de ciertas instituciones y teorías en el mundo del Derecho, particularmente cuando se trata de su aplicación en latitudes latinoamericanas y desde luego, en la misma realidad nacional.

Como ya se ha vuelto una tradición en la Revista Derecho, los trabajos que se han aceptado para su publicación provienen de diversas raíces teóricas e intelectuales, de múltiples nacionalidades y de muchas disciplinas; algo que enriquece el diálogo académico en el marco de la promoción de contenidos de ciencias jurídicas. En este número en particular, es llamativa la tendencia a darle al derecho un enfoque mucho más plural, más consciente y consecuente con las realidades particulares en las que debe ser aplicado, procurando salir

1 Licenciado en Ciencias Jurídicas y Maestro en Ciencias Políticas, durante los años recientes a la publicación de este artículo se desempeñó como Coordinador de la Unidad de Investigación de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la Universidad de El Salvador. Actualmente es Profesor Universitario en las Cátedras de Ciencia Política y Teoría del Estado. Coordinador de la Maestría de Ciencias Políticas y Gestión Pública de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la Universidad de El Salvador.

de la supuesta armonía jurídica para encarar con mayor crudeza y realismo, esas asimetrías sociales, políticas y económicas que condicionan de gran forma al derecho en su ejercicio práctico.

El primero de los artículos aborda los procesos de victimización secundaria y la corresponsabilidad social, un trabajo del académico Octavio Adán Nájera Hernández, especialista en Criminología y política criminal de la Universidad Autónoma de México (UNAM), que nos coloca en el terreno de la victimología, como disciplina derivada de la criminología clásica; con sus correspondientes características, ámbitos de intervención y estudio, además de sus alcances. El artículo tiene como rasgo distintivo una postura crítica de los procesos a los que se enfrenta una persona considerada como víctima, principalmente aquellos relativos a la parte de la corresponsabilidad social de las instituciones sociales u otros integrantes del conglomerado.

Como tarea necesaria para clarificar ideas, esta lectura contiene elementos de carácter conceptual y teórico analítico; y una vez colocados y explicados los temas claves, se sugiere prestar atención a la evolución de la victimología y el estado actual de la discusión en torno a su vigencia, la relación entre violencia y víctimas - desde la causalidad hacia las consecuencias - así como la corresponsabilidad social en torno a las dinámicas productoras de este complejo fenómeno llamado violencia.

El segundo de los artículos corresponde al profesor Manuel Alejandro Cea, docente de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la Universidad de El Salvador y responsable de cátedras de Derecho Privado, quien nos ofrece un análisis sobre los conflictos de leyes en la apertura de la sucesión en el sistema jurídico romano, entendiendo que existe una problemática no solo teórica, más bien práctica, cuando concurren una pluralidad de sucesiones en las que se advierte una doble aceptación de herencia.

El maestro Alejandro Cea nos invita a reflexionar que más allá de lo establecido en las leyes salvadoreñas - precisamente en el ámbito nacional no se

presentan estas dificultades – las complejidades surgen cuando la aceptación de herencia es a nivel internacional y partiendo del supuesto que existe un domicilio en el extranjero; las reglas generales y las excepciones producen un fenómeno de pluralidad de leyes aplicándose para el mismo caso, algo que jurídicamente se consigna como ineficaz en el escenario de una múltiple aceptación de herencia en los países involucrados en la sucesión.

Para dar respuesta a esta problemática, se parte de una reseña histórica del sistema jurídico romano, anglosajón y socialista en lo relativo al tratamiento de los extranjeros relacionados a la sucesión. Esta reflexión conduce a países como Francia, Alemania, Italia, Argentina, Chile y desde luego el caso salvadoreño. Concluido este esfuerzo, el análisis se dirige posteriormente hacia la validez de las normas extranjeras y los métodos regulatorios para solucionar controversias, con especial interés en el sistema utilizado en la legislación nacional y sus excepciones.

En lo relativo al tercer trabajo, que es un estudio jurídico sobre las finalidades preventivas generales en el cumplimiento de la pena de prisión, de Moris Edgardo Landaverde Hernández, profesor y abogado especialista en técnicas de Litigación Oral y Resolución Alterna de Conflictos de la Universidad Salvadoreña Alberto Masferrer (USAM), con Posgrado en el derecho Constitucional – Penal, puede anticiparse que coloca como tema de análisis el uso de la pena como principal consecuencia jurídica del delito, la confluencia o tensión entre lo preventivo general y especial, el cumplimiento de la pena y los desequilibrios derivados de estos elementos.

Como ocurre con los estudios y artículos de naturaleza académica, el presente esfuerzo contiene diversos temas que llaman la atención: La aproximación teórica sobre las finalidades de la pena y su incorporación a la jurisprudencia salvadoreña es uno de esos tópicos analizados, continuando con el ámbito penitenciario y el sistema de cumplimiento de pena de prisión, respecto al ideal de resocializar. Finalmente la toma de postura del autor sobre la

constitucionalidad de dichas restricciones a partir de un análisis jurisprudencial, representa la conclusión siempre tentativa de un autor dispuesto al debate y la reflexión inherente a los procesos jurídicos penales.

Finalmente en lo relativo a ponencias magistrales, el Doctor Milton Hernán Kees, profesor de Derecho Civil de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Comahue en Argentina, aborda la justicia contractual desde su vinculación con diversos factores de naturaleza filosófica, económica e histórica; por mencionar ámbitos de la vida que son determinantes en la lógica de la sociología funcionalista a partir del concepto del control social, aproximándose de forma progresiva desde la noción de equidad en el Código Civil Napoleónico, pasando por su evolución de lo voluntarista hacia una mirada socializadora orientada a la búsqueda de los límites morales en las relaciones contractuales.

Por estas y otras razones, existe lo que el autor denomina una “nueva mirada” en la que además de crear mecanismos que contrarresten los desequilibrios contractuales, se posibilite reenfocar el derecho privado, haciéndolo seguramente más humano y más social, dotarlo de un contenido ético orientado a mejores niveles de bienestar.

En conclusión, queda en manos de los lectores diversos esfuerzos y productos académicos que, por su calidad, profundidad y agudeza, estoy convencido que serán recibidos con particular inquietud, por comprender y posteriormente dar continuidad a sus posturas, tanto en lo relativo a la producción de contenidos científicos, como en la cátedra universitaria, pasando, por supuesto, por el ejercicio práctico del Derecho en sus múltiples manifestaciones.

ARTÍCULOS

“Un acercamiento a los procesos
de victimización secundaria
y la corresponsabilidad social”.

Octavio Adán Nájera Hernández

UN ACERCAMIENTO A LOS PROCESOS DE VICTIMIZACIÓN SECUNDARIA Y LA CORRESPONSABILIDAD SOCIAL

Octavio Adán Nájera Hernández.

RESUMEN

La victimología ha pasado por diversos momentos históricos y tomó mayor importancia en las últimas décadas, pasando de centrar un estudio a la víctima sólo como parte de una dinámica delincencial a estudiar los procesos así como factores que influyen en la victimización. Estos procesos vivenciales de las personas que sufren un daño están relacionados con diferentes elementos que le permiten su superación y reestructuración (lo que se conoce como proceso de desvictimización).

La relevancia que adquiere el estudio victimológico en la dinámica social, tiene que ver con la relación existente entre el concepto de violencia y los ambientes que la propician. Esto incide en las nuevas formas sobre la construcción del proceso de victimización e incluso en revictimizaciones por parte de los integrantes de la sociedad en la que está inmersa la víctima. Esta dinámica está permeada de múltiples victimizaciones a una persona, las cuales dificultan la superación del hecho dañoso inicial, se ha visto la combinación de situaciones sucesivas que continúan provocando menoscabo en la calidad de vida de la víctima.

Por ello es importante mencionar cuáles son dichos procesos, su relación con la violencia y cómo la corresponsabilidad social es una parte que debe desarrollarse en las sociedades actuales.

PALABRAS CLAVES: *Victimología - Violencia - Desvictimización.*

AN APPROACH TO THE PROCESSES OF SECONDARY VICTIMIZATION AND SOCIAL CO-RESPONSIBILITY

Octavio Adán Nájera Hernández.

ABSTRACT

The Victimology has gone through different historical moments and it took greater importance in the last decades, passing from focus a study to the victim only as part of a dynamic crime to study processes as well factors influencing the victimization. These experiential processes of people suffering damage related to different elements that allow its overcoming and restructuring (what is known as the process of devictimization).

The relevance acquired by the victimological study in social dynamics has to do with the relationship between the concept of violence and the environments that foster it. This affects the new ways of building the process of victimization and even in revictimizations by the members of the society in which the victim is immersed. This dynamic is permeated by multiple victimizations to a person, which make it difficult to overcome the initial harmful event, it has been seen the combination of successive situations that continue to impair the quality of life of the victim.

Therefore, it is important to mention what are these processes, their relationship with violence and how social co-responsibility is a part that must be developed in current societies.

KEYWORDS: *Victimology - Violence - Devictimization*

Un acercamiento a los procesos de victimización secundaria y la corresponsabilidad social

Octavio Adán Nájera Hernández¹

I. Antecedentes.

El interés por evaluar las consecuencias de las conductas antisociales y/o desviadas de manera minuciosa y categorizada dentro de una sociedad ha sido un estudio constante a lo largo de la historia. Principalmente a partir del surgimiento de la criminología, el campo de las investigaciones versaba de manera céntrica sobre el delincuente (como los casos analizados por César Lombroso). A pesar de ello se retomaban las afectaciones externas al respecto, un ejemplo de lo anterior es la concepción de la defensa social, planteando al sujeto desviado como un peligro para el resto del conglomerado y por lo tanto éste debía ser protegido del mismo.² Representa entonces la relevancia de atender no únicamente la conducta manifestada sino además de las repercusiones en el entorno.

Por lo tanto aunque no existía formalmente el nombre de una disciplina encargada de ese estudio, de manera indirecta se entendía un binomio inseparable consistente en los fenómenos antisociales y las consecuencias de los mismos en el exterior. Esto da pauta a que finalmente generara la existencia

1 Licenciado en Criminología por el Instituto de Ciencias Forenses y Periciales del Estado de Puebla, México; Master en Política Criminal por la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM) Facultad de Estudios Superiores Aragón.

2 Iñaki Rivera Beiras. *Política criminal y sistema penal. Viejas y nuevas racionalidades punitivas*. (Barcelona: Anthropos, 2011), 55.

de forma lateral de estudios victimológicos. Desde la aparición formal de esta disciplina en el *Primer Simposium de Victimología* llevado a cabo en Jerusalem en 1973³, ésta ha ido adquiriendo nuevas características y formas de explicación, intervención, prevención y además diferentes alcances.

Entender la dinámica victimológica dentro de las sociedades actuales tendría que estar estrechamente relacionada no únicamente con la conceptualización netamente jurídica, sino sumado al espectro de interacciones culturales, antropológicas, sociales e incluso económicas, entre otras.

Apoyándose en los esquemas de dominación, los autores José M. Mardones y Reyes Mate, plantean la manera utilizada por parte de los “dominadores” para hacer prevalecer la diferencia con los “dominados”, lo cual genera irremediamente la separación de las sociedades, apelando a una aparente racionalidad por parte de los primeros, resultando en una asimetría de voluntades. Dentro de estos sistemas sociales de dominación, el sector dominante no podrá ser persuadido de atender a argumentos racionales a menos que se les fuerce a prestar atención.⁴

Lo que se expone a continuación, representa una postura crítica a los procesos enfrentados por una persona considerada como “víctima”, principalmente aquellos relativos a la parte de corresponsabilidad social por parte de las instituciones sociales u otros integrantes del conglomerado.

II. Nociones de victimología y procesos de victimización.

La disciplina que nos atañe tiene sus antecedentes de manera sistemática en la obra de Hans Von Hentig “*El criminal y su víctima*”, que intentó determinar el papel del sujeto pasivo del delito y su relación directa para propiciar la conducta del victimario. Posteriormente se producen las encuestas masivas de

3 Luis Rodríguez Manzanera. *Victimología: Estudio de la víctima*. Séptima edición. (México: Porrúa, 2002), 18.

4 José María Mardones, et al., *La ética ante las víctimas* (Barcelona: Anthropos, 2003), 12.

victimización que pretendían establecer características socio-demográficas de la población víctima. La evolución de los estudios victimológicos logró establecer de forma teórica las características de una víctima particular, generando con ello propuestas más académicas. Esta serie de transformaciones también tuvo que superarse eventualmente y se alcanzó una corriente más humanista la cual consiste en el apoyo a víctimas del delito además de la preocupación sobre cómo alcanzar el resarcimiento de sus derechos.⁵

Finalmente la victimología logró consolidarse; ello se evidenció por ejemplo en la creación de la Sociedad Mundial de Criminología, que se reúne cada tres años en un simposio internacional (el último celebrado en noviembre de 2015 con sede en Australia). Sumando también la aprobación formal por parte de la Asamblea General de las Naciones Unidas el 11 de noviembre de 1985 de la “Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y de Abuso de Poder”.⁶ Asimismo se cimientan los aspectos legislativos y medidas gubernamentales; se puede ver en el caso de México, algunas instituciones gubernamentales como el Instituto de Atención a Víctimas del Delito (dependiente de la Procuraduría General de la República –PGR-) o el Programa de Atención a Víctimas del Delito (por parte de la Comisión Nacional de Derechos Humanos –CNDH-).

Existen varios conceptos de victimología desarrollados de acuerdo al contexto socio histórico en el que se han empleado; sin embargo, por lo ecléctico que representa su campo de estudio, de manera sintética puede decirse que *“es una ciencia multidisciplinar que se ocupa del conocimiento relativo a los procesos de victimización y desvictimización. Conciernen a la victimología el estudio del modo en que una persona deviene víctima, de las diversas dimensiones de la victimización y de las estrategias de prevención y reducción de las mismas”*.⁷

5 Ezzat A. Fattah, “Victimología: pasado, presente y futuro”, Traducción María del Mar Daza Bonachela, en *Revista electrónica de ciencia pena y criminología*, No. 16 (2014): 1-33, paráfrasis.

6 *Ibíd.* 18.

7 Enrique Baca Baldomero, Enrique Echeburría Odriozola y Josep Tamarit Sumalla; Coordinadores. *Manual de victimología*, Sociedad Científica Española de Victimología (SEV). (Valencia: Tirant lo Blanch, 2006), 17.

Por otro lado tenemos una conceptualización de víctima la cual nos dice “es la persona que padece la violencia a través del comportamiento del individuo –delincuente- que transgrede las leyes de su sociedad y cultura”.⁸ Este precepto planteado nos hace referencia únicamente a personas perjudicadas por la acción de un individuo determinado, por lo que es una definición más limitativa, pues se estaría omitiendo aquellas víctimas de desastres naturales, que entran en la actualidad dentro del estudio victimológico. Por lo tanto para complementar los conceptos que rodean tanto a la victimología y a la víctima, se debe comprender cuáles son esos procesos.

Retomando a Baca, E. y otros encontramos los siguientes:⁹

- a. Victimación primaria: Es el proceso por el cual una persona sufre, de modo directo o indirecto, daños físicos o psíquicos derivados de un hecho delictivo o acontecimiento traumático; no se limitan a la afectación física sino también a las secuelas psicológicas.
- b. Victimación secundaria: Constituye el conjunto de costes personales que tiene para la víctima de un hecho delictivo su intervención en el proceso penal en el que éste es objeto de enjuiciamiento, incluye los efectos producidos por interrogatorios, exploración médico-forense, además de aquellos adicionales por parte de los medios de comunicación.
- c. Victimación terciaria: Es el conjunto de costes de la penalización sobre quien la soporta personalmente o sobre terceros, como la neurosis carcelaria, vista como una angustia generada por el proceso de adaptación a una institución penitenciaria y de los diferentes estados del sujeto en reclusión de inseguridad, frustración, soledad, culpabilidad y vergüenza,¹⁰ además de quienes les rodean (esposas, hijos). Sin olvidar el impacto que la conducta antisocial genera dentro de la sociedad.

8 Hilda Marchiori, *Criminología: La víctima del delito* (México: D.F, Porrúa, 2003), 2.

9 Baca et. al., 32-33.

10 Luis Rodríguez Manzanera, *Criminología Clínica*. Quinta edición (México: Porrúa, 2012), 157.

d. Desvictimación:¹¹ Ha sido definida como un proceso de reparación o reconstrucción, se sitúa en un lugar preferente la reintegración social de la víctima y trata de evitar riesgos tales como la estigmatización de la víctima, la instalación en la victimización, la explotación de la condición de víctima real o supuesta, la transmisión de la imagen de una posible rentabilidad de la atribución de la etiqueta de víctima o incluso, como en algún momento se ha advertido, el riesgo de la construcción de una “sociedad de víctimas”.

Se debe recordar que si bien la criminología no limita su ámbito de acción en lo encuadrado en la ley, sino que es más relacionado con el estudio biopsicosocial, dicha ciencia interpreta la conducta delictiva como un desahogo de la ansiedad para evitar la disgregación de la personalidad misma.¹² La victimología por su parte hace lo mismo, extiende su contexto de estudio hacia los procesos de victimización aunque no estén netamente relacionados con los daños provocados a partir de la comisión de una conducta desviada; por ello se habla incluso de elementos fortuitos propios de los riesgos existentes dentro de las sociedades posmodernas y sobre industrializadas.¹³

Se entiende el supuesto de regulación existente por parte de las estructuras estatales o medios legales para regular las conductas aversivas y evitar la victimización, en instrumentos como el derecho, que tiene la función de regular y poner límite al goce individual y forzar la conducta del sujeto para su adaptación a los ideales sociales;¹⁴ además de determinar los procedimientos para el apoyo a víctimas de dichas conductas, sumado a los medios para el resarcimiento del daño. Sin embargo, también se encuentra que los dispositivos

11 Los términos enlistados mantienen una variación en cuanto a la escritura, los conceptos de *victimización* y *desvictimización* de acuerdo al manejo de autores como Hilda Marchiori, en “Criminología: La víctima del delito”, son equivalentes a los planteados por Baca Baldomero y Otros; para fines prácticos ambas formas se considerarán como sinónimos.

12 Hilda Marchiori, *Psicología Criminal* (México: D.F, Porrúa, 2009), 4.

13 Ulrich Beck, *La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad*, Traducción Jorge Navarro (Barcelona: Paidós, 1998), 86-91.

14 Luis Seguí, *Sobre la responsabilidad criminal. Psicoanálisis y Criminología* (Madrid: Fondo de Cultura Económica, 2012), 114.

de impartición de justicia se han deslegitimado, e inclusive llegan a ser generadores de victimización.

Entender la complejidad de dicho proceso significa estudiar la fenomenología de la dinámica social y las percepciones que se tienen de los mismos, principalmente la vivencia relacionada con la victimización secundaria, pues existe un ejercicio de una violencia estructural, además de la reacción social generada por los proceso victimógenos que puede caer en mecanismos de exclusión.

III. Violencia y su relación con la victimización.

La violencia es una característica de las sociedades actuales, se llega a premiar o considerar como signo de superioridad. *“En el año 2002, la Organización Mundial de la Salud alertó de la gravedad del asunto, declarando oficialmente que la violencia se había convertido en un problema de Salud Pública a nivel planetario”*.¹⁵

Somos una especie única en el reino animal, debido a que contamos con capacidades evolutivas de raciocinio y un sistema de comunicación a través del lenguaje en diferentes variables (sin ser obviamente los únicos seres capaces de comunicarse entre sí). Tenemos una influencia social que recae sobre los miembros integrantes de la misma, cada uno debe cumplir con un rol esperado y satisfacer expectativas al respecto como miembro del grupo social. *“La personalidad y el comportamiento determinan las formas elaboradas o primitivas, respetuosas u hostiles, de lucha y obtención de los objetivos”*.¹⁶

En esta concepción, cada sistema sociocultural permite a sus integrantes la expresión de ciertos grados de violencia y agresión aceptados. En efecto la violencia es considerada como una conducta adquirida mediante el proceso de aprendizaje social, esto al ser premiada o utilizada para la obtención de beneficios.

15 David Huertas Sánchez, *Violencia: La gran amenaza* (Madrid: Alianza Editorial, 2007), 16.

16 *Ibíd.* 34.

Erich Fromm realiza una clasificación de tipos de violencia, contemplando la violencia lúdica y reactiva como aquellas a favor de la supervivencia, que son las que se podrían considerar como agresividad, al ser naturales e inherentes al ser humano; mientras que aquellas derivadas de la frustración, venganza, compensación o sed de sangre arcaica fueron asociadas al instinto destructivo del ser humano, con la mera intención de causar un daño, relacionadas así con el concepto de violencia.¹⁷

Los humanos son seres sociales por naturaleza, el entorno a su alrededor representa modelos de aprendizaje para nuevas generaciones que tendrán una visión particular del mundo en el que viven. Se enfrentan a varios fenómenos de expresión de deterioro y violencia, sus modalidades se han vuelto tan variadas, que incluso se consideran problemáticas de la vida cotidiana sin percatarse más allá de la relevancia que representan.

La importancia de la existencia de violencia dentro de las interacciones sociales radica en cómo ésta genera conflictos entre sus integrantes, finalmente la comisión de una conducta destructiva con la finalidad de daño, son la puesta en práctica de violencia. El problema no para aquí, sino como mencionaba anteriormente, el proceso de victimización primaria produce un estigma que rodea a la víctima.

Las consecuencias emocionales-sociales producidas a una persona pueden aparecer semanas después de la violencia recibida, implican graves cambios en el comportamiento y la personalidad de la víctima, sentimientos de tristeza, desconfianza, pérdida de identidad, de dignidad, humillación, ira, rechazo familiar, rechazo hacia el medio social.¹⁸ La violencia a la cual es sometida la víctima puede tener una tendencia a la revictimización, ahora cometida por las instituciones encargadas de su protección, que inevitablemente por las características de los procesos para la administración de justicia, pueden

17 Cf. Erich Fromm, *El corazón del hombre: Su potencia para el bien y para el mal*. Novena reimpresión. Traducción Florentino M. Torner (México: Fondo de Cultura Económica, 1985), 14-26.

18 Hilda Marchiori, *Psicología criminal*. 6

revivir procesos de victimización (a lo que se llama entonces victimización secundaria).

También se habla de una limitación en la calidad de vida, donde se tienen expectativas producidas por la legislación imperante hasta cierto punto desproporcionales a la realidad social; por ejemplo en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su artículo 123 sobre las disposiciones en los salarios mínimos indica que *“éstos deberán ser suficientes para satisfacer las necesidades normales de un jefe de familia, en el orden material, social y cultural, y para proveer a la educación obligatoria de los hijos”*, mientras tanto la jornada laboral al día está pagada en \$73.04,¹⁹ los cuales son insuficientes para su objetivo, esto genera restricciones a la población en general y sufren sus daños colaterales a través de la criminalización; ven minimizadas cada vez más sus posibilidades al acceso para la satisfacción de necesidades incluso vitales. El producto entendido como víctima pareciera transformarse en una masa victimal, genérica y despersonalizada. Esta perspectiva lo que en realidad crea son procesos de victimización masivos.

Las sociedades extremadamente urbanizadas con gran competitividad, son más susceptibles a la expresión de varios tipos de violencia, las exigencias de los modelos sociales actuales provocan una presión de manifestación de reacciones violentas para subsistir en medios hostiles. Este tipo de cultura de la violencia ha sido tan divulgado sobre los conglomerados sociales, más aún por la existencia y mala dirección de los medios masivos de información. Igualmente en épocas más recientes medios como el periodismo o la televisión han perdido la sensibilidad sobre sus contenidos, considerándose como avances contemporáneos; ahora las noticias más importantes son aquellas con mayor crudeza e impacto para el público. Esta orientación tan inadecuada ha provocado una invasión irremediable sobre la violencia en el entorno social.²⁰

19 Establecidos por la Comisión Nacional de los Salarios Mínimos mediante resolución publicada en el Diario Oficial de la Federación del 18 de diciembre de 2015. Vigentes a partir del 1 de enero de 2016. México. http://www.sat.gob.mx/informacion_fiscal/tablas_indicadores/Paginas/salarios_minimos.aspx

20 David Huertas, 70-76.

La violencia se ejerce a toda la sociedad, abarcando grupos que se vuelven vulnerables por la decisión de una mayoría, como es el caso de la que se ejerce contra la mujer, los menores o los ancianos. Por lo tanto las víctimas parecen multiplicarse a su vez por integrantes del mismo conglomerado social en el que se encuentran inmersas, susceptibles a ser incluidas en procesos de estigmatización, provocando re-victimizaciones.

El punto de partida para analizar el fenómeno de la violencia debe situarse en el reconocimiento de su complejidad. No sólo hay múltiples formas de violencia, cualitativamente diferentes, sino que los mismos hechos tienen diversos niveles de significación y efectos históricos. Por ello la violencia puede ser vista desde varios enfoques que constituyen finalmente una visión parcial o limitada. Existe mucha confusión respecto al término de violencia, como se mencionaba con Erich Fromm, se marca una distinción entre ambos conceptos, que se afinarán a continuación.

La palabra violencia viene del latín “*vis*”, que significa fuerza. Violento, dice el Diccionario de la Real Academia, es aquel o aquello “*dicho de una persona: Que actúa con ímpetu y fuerza y se deja llevar por la ira. Que está fuera de su natural estado, situación o modo. Que implica el uso de la fuerza, física o moral*”. Por otro lado el mismo diccionario define a la agresión como “*acto de acometer a alguien para matarlo, herirlo o hacerle daño*”. De lo anterior se puede concluir entonces, apoyándose en las definiciones proporcionadas, que el concepto de violencia conlleva una serie más compleja de elementos y por lo tanto es más amplio que el de agresión.²¹

1. Constitutivos de la violencia

Ignacio Martín-Baro clasifica cuatro factores constitutivos de la violencia: la estructura formal del acto, la ecuación personal, el contexto posibilitador y el fondo ideológico.

21 Ignacio Martín-Baro, *Acción e ideología: Psicología social desde Centroamérica*. Décima reimpresión, Colección Textos Universitarios Serie Psicología Volumen I (Universidad Centroamericana José Simeón Cañas, El Salvador, UCA Editores, 2004), 367.

En primer lugar, la estructura formal del acto. Se trata de la *conducta como forma extrínseca, pero también de la formalidad como totalidad de sentido*. “*Todo acto violento tiene una configuración caracterizada por la aplicación de un exceso de fuerza sobre una persona o grupo de personas, sobre una organización o un proceso*”.²² Esto trata de definir el carácter del acto que se tiene presente para su categorización como violencia o agresión. Existe también una diferencia entre los actos de violencia instrumental y los actos de violencia terminal. En los primeros, la violencia se ejerce con la finalidad de facilitar la obtención de otros objetivos que no son el acto violento en sí, sino son utilizados como medios para la obtención de algo deseado; mientras que en el segundo caso, el acto violento es único en sí, el acto de violencia final que buscaba esa violencia terminal, es el acto por sí solo. Variando por ende su intencionalidad, uno de los errores principales es tratar a la violencia siempre en su forma terminal, dejando de lado las cuestiones instrumentales.

El segundo aspecto de la violencia es la llamada ecuación personal, aquellos elementos del acto que sólo son explicables por el particular carácter de la persona que lo realiza.²³ Esto significa, que las características personales, definirán la manera de expresión de la violencia. Hay ciertos actos violentos que son atribuibles a los factores de personalidad de su autor, sin embargo, también existen actos de violencia que son despersonalizados, esto por la cotidianeidad o por la profesionalización en la realización de los actos de violencia.

El tercer factor constitutivo de la violencia es el contexto posibilitador. Para que se realice un acto de violencia o de agresión debe darse una situación mediata e inmediata, en la que tenga cabida ese acto.²⁴ Es decir tanto el desencadenamiento como la ejecución de la acción violenta debe desarrollarse en un contexto propicio para realizarse; el contexto puede referirse no únicamente a la situación interpersonal por motivos de venganza o lucha, sino también a

22 Ibid. 372.

23 Ibid. 373.

24 Ibid.

los contextos ambientales, e igualmente de la intervención de factores dentro de la estructura social, pues una sociedad en dónde la violencia es banalizada o cotidiana, puede ser un contexto o medio propicio para la proliferación de más conductas similares.

Finalmente el cuarto elemento constitutivo de la violencia es su fondo ideológico. Esto quiere decir que la violencia se concibe como un elemento dentro de un contexto sociocultural determinante, no quiere decir que sea racional, sino remite a una realidad social configurada. *“La racionalidad de la violencia concreta, personal o grupal, tiene que ser históricamente referida a la realidad social en la que se produce y a la que afecta pues es a la luz de esa realidad donde los resultados logrados muestran su sentido”*.²⁵

Por lo tanto la suma de los elementos anteriores facilita la expresión de violencia individual y colectiva, además de buscar su legitimación a través de la expresión de la misma dentro de la sociedad, propiciando la proliferación de ella al grado de la cotidianeidad.

IV. La corresponsabilidad social en la dinámica victimológica.

La consciencia del apoyo a víctimas ha tenido un aumento considerable dentro del discurso, buscando un resarcimiento en el aspecto jurídico, pero el más importante debe ser el aspecto social. José M. Mardones y Reyes Mate, mencionan que se habla de víctima sobre todo para plantear una satisfacción material, para exigir responsabilidades; entrando también en un discurso moral, en cuanto se habla en ese sentido se señala al sufrimiento de un inocente voluntariamente.²⁶

Primeramente, se busca definir la responsabilidad, dejando de lado la perspectiva de si una persona es imputable o no, retomando a Erich Fromm.

25 *Ibíd.*

26 José Mardones, et al., 100.

Hay otro concepto de la responsabilidad que no tiene relación ni con castigo ni con “culpa”. En este sentido, responsabilidad sólo significa: “*Sé que lo hice*”.²⁷ El hombre es responsable en la medida en que es libre para elegir sus propios actos. Pero la responsabilidad no es otra cosa que un postulado ético, y con frecuencia una racionalización, por parte de las autoridades, del deseo de castigarlo.²⁸

Se debe comprender la responsabilidad lejos de la mirada jurídica, aceptándola a modo de un concepto más deontológico, saber lo que se hace y aceptar las consecuencias que conlleva ese saber. Por otro lado la aplicación en las interacciones sociales se basaría entonces sobre lo que se realiza y estar dispuesto a los resultados atraídos por ese actuar. No únicamente hacer, también lo que no se hace tiene resultados sobre el entorno. Por lo tanto la corresponsabilidad, se refiere a las acciones u omisiones entre partes generadoras de consecuencias que son aceptadas por los involucrados; es una responsabilidad compartida. La corresponsabilidad social dentro de los procesos de victimización hace alusión a los mecanismos para buscar la restauración de la afectación a la víctima, aceptando los resultados positivos o negativos que emanen de ese ejercicio. Se es corresponsable de la armonización y de no generar procesos de revictimización, así como igualmente la misma sociedad puede propiciar que sí los existan.

Ahora para centrarse en el tema de interés, se hablará de aquellas víctimas provocadas por el hombre de forma voluntaria. Este apartado centra la explicación de los primeros conceptos planteados relativos a la victimización secundaria, entendida como los procesos que pasa la víctima, ligado a los costes sociales y a su interacción con el sistema de administración de justicia; mismo sistema que en ocasiones le desampara y la convierte en invisible, sumando el rechazo de algunos sectores sociales que son indiferentes ante las víctimas o bien generan una estigmatización resultante en revictimización.

*“La ONU describe como víctimas las personas que individual o colectivamente han sufrido daños, inclusive lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial en sus derechos fundamentales”.*²⁹

27 Erich Fromm, 124.

28 *Ibíd.*, 147.

29 Raúl Osvaldo Torre, *La víctima del crimen* (Ciudadela: Dosityuna Ediciones Argentinas, 2012), 139.

Esto abre un panorama amplio respecto a los derechos fundamentales, interpretando los supuestos de libertades. Como ejemplo se puede hablar de la figura del aborto: la legislación penal en la Ciudad de México plantea en el Código Penal para el Distrito Federal³⁰ que: “Aborto es la interrupción del embarazo después de la décima segunda semana de gestación”. Por lo tanto se entiende que antes de ello no puede ser susceptible de una sanción punitiva. Sin embargo, y por la soberanía que tiene cada uno de los Estados que constituye el territorio mexicano, la ley anterior sólo aplica para la entidad federativa mencionada, por lo tanto las mujeres de otros Estados que deseen ejercer su derecho de libertad reproductiva no pueden hacerlo, de manera contradictoria si trataran de ejercer ese derecho serían criminalizadas.

Un ejemplo más ilustrativo respecto al tema que atañe sobre la victimización secundaria, es la forma en que las mismas instancias encargadas de la protección de las víctimas paradójicamente las hacen pasar por nuevos procesos de victimización. Aterrizando una ejemplificación en el caso de los menores, al suponer que se habla de un abuso sexual, violación a un menor, éste no únicamente se enfrenta al estrés generado por el acto de violencia, sino al concretarse una denuncia se le someterá a una valoración médico forense correspondiente (considerando los reglamentos imperantes de dónde suceda el hecho); esto implica una revisión física exhaustiva que podría propiciar emociones aversivas por el hecho traumático al que se acaba de enfrentar; además de brindar declaraciones y entrar en la dinámica burocrática del seguimiento de la denuncia, sin olvidar que la familia permanecerá en la incertidumbre al no conocer si las investigaciones brindarán o no algún resultado.

Se debe considerar también al proceso interno. Como se mencionaba, la víctima tendrá efectos psico-emocionales, posiblemente inestabilidad, auto rechazo, ideas de culpabilidad; así mismo, por encima de ello, enfrentarse a la

30 Cabe mencionar que el denominado Código Penal para el Distrito Federal, no hace mención a una aplicación de nivel nacional, el nombre de “Distrito Federal” alude a como anteriormente era llamada la actual “Ciudad de México”, dicha modificación fue publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 05/02/2016.

posibilidad del distanciamiento familiar e inclusive la exclusión social, todos en conjunto generando procesos de revictimización que dificultarán aún más la reintegración de esa persona a su medio. Se considera que la víctima es la persona que padece el sufrimiento físico, emocional y social a consecuencia de la violencia de una conducta intencional agresiva antisocial. El delito producirá cambios existenciales en la vida y las relaciones de la víctima con su medio familiar y social.³¹ Paradójicamente la sociedad, a través de sus instituciones penales, no valora adecuadamente la cooperación de la víctima del delito, ésta recibe un trato insensible en ocasiones deshumanizante y a veces resulta doblemente victimizada, por la propia administración de justicia.³²

Hilda Marchiori plantea también las consecuencias que conlleva el proceso penal para la víctima; entre ellas que su historia personal se hace de conocimiento público, la humillación social, a través de la prensa, estigmatización, marginación familiar y en algunos casos también social, consecuencias en la víctima y en su familia, estados depresivos, aislamiento y temores a nuevos delitos.³³ La asistencia victimológica debe contemplar el personal capacitado y las instancias que medien y propicien la reintegración de la víctima sobreviviente a la vida social, procurando evitar la revictimización durante el paso por las mismas.

Conclusiones.

La dinámica vigente de victimización se ha convertido en una cadena de procesos repetitivos de vivencias aversivas para las víctimas, que inicia con la violencia ejercida en una primera instancia por otro, continuando con los procedimientos penales que se llevan a cabo para dar seguimiento a las persecuciones de los delitos. El entorno social genera a su vez procesos de

31 Hilda Marchiori, Coordinadora. *Serie victimología 2*, (Córdoba: Encuentro Grupo Editor, 2006), 192.

32 Hilda Marchiori, *Criminología: La víctima del delito* (México: D.F, Porrúa, 2003), 157.

33 *Ibíd.*, 161.

victimización secundaria, con el rechazo social, marginación y creando etiquetas alrededor de la figura de la víctima, llegando a atribuirle características de inferioridad por no defenderse y permitir que ejerzan cualquier tipo de violencia sobre sí; incluso se llega a aseverar que la misma víctima propicia la repetición de procesos de victimización.

Ahora bien, las consecuencias no son exclusivas de las personas sobre la cual recae directamente la acción violenta, sino, tiene incidencia en el entorno y en sus propias relaciones sociales. Al pedir que una persona posterior a un evento traumático retome de manera inmediata el control sobre sí mismo y sus emociones, evidentemente debe existir un proceso de recuperación, en el cual evitar la revictimización es esencial; sin embargo, hay situaciones en que el mismo sistema social, dificulta esta reintegración.

La búsqueda utópica de una sociedad de no violencia se ha convertido en uno de los paradigmas que buscan dar solución a dinámicas planteadas a lo largo de este trabajo; es decir, que los procesos de administración de justicia minimicen a lo máximo el proceso de victimización. Inevitablemente procedimientos como la revisión médico forense, declaraciones, careos, quizás sean estrictamente necesarios (no para todos los casos), son circunstancias en donde esa no violencia es complicada de alcanzar, pues finalmente una víctima sobreviviente pasará por estos procesos del mismo sistema que al momento de contacto generan una revictimización. Los etiquetamientos sociales también quedan fuera del control del individuo, se busca una sociedad de no violencia cuando las mismas estructuras gubernamentales y sociales ejercen de manera constante un impacto a los sujetos inmersos en ellos, orillándolos a ajustes conductuales que faciliten la aceptación del conglomerado y no el rechazo.

“Los conflictos de leyes
en la apertura de la sucesión
en el sistema jurídico romano”

Manuel Alejandro Cea Morales

LOS CONFLICTOS DE LEYES EN LA APERTURA DE LA SUCESIÓN EN EL SISTEMA JURÍDICO ROMANO

Manuel Alejandro Cea Morales

RESUMEN

La investigación desarrollada trata de solucionar el problema de la pluralidad de sucesiones que acontece en la apertura de la sucesión por existir un conflicto de leyes a nivel internacional, en donde se advierte una doble aceptación de herencia. La solución se estudia desde la perspectiva del derecho comparado analizando las disposiciones jurídicas de alrededor de 13 países extranjeros la mayoría con influencia en el sistema jurídico romanista.

PALABRAS CLAVES: Apertura de la sucesión - Conflicto de leyes - Ley que rige la sucesión - Pluralidad de la sucesión - Sistema jurídico - Unidad de la sucesión.

THE CONFLICTS OF LAWS IN THE OPENING OF THE SUCCESSION IN THE ROMAN LEGAL SYSTEM

Manuel Alejandro Cea Morales

ABSTRACT

This developed research tries to solve the issue of the plurality of successions that happens in the opening of inheritance cause there is a conflict of laws internationally, where there is a double acceptance of inheritance. The solution is studied from the perspective of comparative law analyzing about legal provisions from 13 foreign countries most influential in the civil legal system.

KEYWORDS: Opening of succession - Conflict of laws - Law governing succession - Plurality of succession - Legal system - Unit of succession

Los conflictos de Leyes en la apertura de la sucesión en el Sistema Jurídico Romano

Manuel Alejandro Cea Morales¹

Introducción.

La sucesión por causa de muerte es una institución muy compleja en su aplicación. Existen una variedad de normas que regulan dicha institución; para la aceptación de una herencia de conformidad a las leyes nacionales no se advierte ningún problema, pues El Salvador no es un estado federado y solamente existe un cuerpo normativo que lo regula.

El problema surge en la aplicación de la aceptación de herencia a nivel internacional, lo cual ocurre cuando el causante tiene su domicilio en el extranjero, pues es claro que el Código Civil de El Salvador le otorga competencia al país del último domicilio para que conozca de las diligencias de aceptación de herencia, pero también regula una excepción a esa regla y retoma la competencia para dichas diligencias, entonces se va a evidenciar una pluralidad de leyes que se van a aplicar a una sucesión, lo cual es jurídicamente ineficaz, pues no pueden existir dos aceptaciones de herencia en cada uno de los países involucrados en la sucesión.

1 Licenciado en Ciencias Jurídicas por la Universidad de El Salvador, cursando actualmente la Maestría de Derecho Privado por la Universidad de El Salvador, profesor universitario del Departamento de Derecho Privado y Procesal de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la UES. Abogado y Notario en libre ejercicio.

Al inicio del trabajo se desarrollará la historia referida al tratamiento de los extranjeros relacionados a la sucesión, estudiando el sistema jurídico romano, el sistema jurídico anglosajón y socialista; posteriormente, cómo se aplicó el tratamiento romanista en algunos países europeos como Francia, Alemania e Italia, para después estudiarlo en los países latinoamericanos como Argentina y Chile terminando con el Código Civil salvadoreño.

Luego de estudiar la historia, se investigará lo relativo a la validez de normas extranjeras y los métodos que regulan para solucionar su aspecto controversial, identificando el sistema germánico que se aparta de la regla del sistema romano para la adquisición de la herencia.

Se estudiará el sistema que utiliza la legislación nacional y sus excepciones, aplicando dichas normas frente a un caso hipotético en donde se incluyen varios supuestos y la aplicación de una ley extranjera de conformidad a los métodos de solución que cada país ha regulado. Ese mismo problema se identificará en qué países pudiera ocurrir, por adoptar el sistema romano.

Por último, se abordará el estudio de las distintas leyes de los países extranjeros en la aplicación de la aceptación de la herencia a nivel internacional, identificando aquellos países en donde aplican el sistema romano para su aceptación y determinando los métodos que utilizan para solucionar problemas de índole internacional, estudiando también el sistema germánico que se aparta de dicha regla.

I. Los conflictos de leyes en la apertura de la sucesión en el Sistema Jurídico Romano.

La regla de la ley que rige la sucesión en la apertura de la sucesión en el sistema normativo jurídico salvadoreño es clara y determinante, pues ésta ocurre al momento de verificarse la muerte del causante, la cual se regla por la ley del último domicilio. Lo que se pretende es estudiar dicha regla desde el

sistema jurídico germánico y cómo se aplicó en los distintos países europeos y en Latinoamérica hasta llegar a la legislación nacional; y plantear el conflicto de leyes a nivel internacional que puede llegar a verificarse en la aplicación de esta regla tan simple.

En el sistema jurídico romano, la apertura de una sucesión intestada no hacía alusión a la ley que debía aplicarse para adquirir la herencia, pues solamente podía aplicarse el Derecho Romano y ésta se reglaba bajo los siguientes principios:

1. *Solo hay sucesión legítima sino hay sucesión testamentaria. - Teniendo los romanos una preferencia marcada por la sucesión testamentaria, mientras haya esperanza de un heredero que viene en virtud del testamento, no se abre la sucesión ab intestato. De lo que resulta que no hay heredero testamentario en los casos siguientes: a) Cuando el difunto no ha hecho testamento; b) Cuando el testamento es injustum,² ruptum,³ irritum⁴ o declarado inofficiosum;⁵ c) Cuando el instituido ha muerto antes, es incapaz, rehúsa o está instituido bajo una condición que no se realiza.*
2. *La sucesión legítima se abre en el momento en que es cierto que no hay heredero testamentario. - Es una consecuencia de la regla precedente, pues la sucesión*

2 *“Testamento Injustum. Locución latina: era el testamento que contravenía los requisitos establecidos, causa de su nulidad, el testamento es injusto o realizado sin derecho”. UniversoJus.com: Diccionario de Derecho, 2017. <http://universojus.com/definicion/testamentum-injustum>.*

3 *“Testamento Ruptum. Locución latina: Testamento roto. El válido al redactarse, pero que ha perdido su fuerza por ulterior nacimiento de un heredero suyo o por efecto de la revocación del testador”. UniversoJus.com: Diccionario de Derecho, 2017. <http://universojus.com/definicion/testamentum-ruptum>.*

4 *“Testamento Irritum. Locución latina, testamento irrito. El válido al otorgarse; pero que luego, por la disminución de la capacidad del testador, quedaba sin valor”. UniversoJus.com: Diccionario de Derecho, 2017. <http://universojus.com/definicion/testamentum-irritum>.*

5 *“Testamento Declarado Inofficiosum. Era considerado una querrela basada en la falta de piedad del padre que debía tener con sus herederos”. Escuela Judicial de La República de Costa Rica: https://www.poderjudicial.go.cr/escuelajudicial/archivos/documentos/revs_juds/rev_jud_86/07Libre%20Testamentifactio.htm. En este testamento se daba la peculiaridad de que era válido hasta que se volvía inválido por una causa especial, en este caso el testador por un deber hacia sus parientes más próximos, debía dejar una parte de su fortuna por el mismo deber de afección y al no cumplirlo en su testamento, podía atacar su propio testamento, para que la sucesión se vuelva intestada. Este fenómeno se ejercitaba por medio de una querrela y el fundamento de la misma es que el testador no se encontraba en su sano juicio cuando realizó el testamento. Ahora en día no se puede concebir dicha acción en vista de que, si una persona demente otorga un testamento, entonces la acción que se ejercitaría es la nulidad absoluta por falta de capacidad.*

legítima se abre, lo mismo en el fallecimiento que más tarde, y en caso de testamento inoficioso se abre cuando ha triunfado la querrela. Si el instituido llega a ser incapaz después de la muerte del testador, o rehusar la herencia, en el día en que se cumplen estos diversos acontecimientos es cuando se abre la sucesión ab intestato.

3. *Es en el momento de la apertura de la sucesión legítima cuando es necesario colocarse para apreciar la capacidad, la cualidad y el grado de los herederos [[ab intesto]]. Así, es necesario ser ciudadano romano para recoger una sucesión legítima, puesto que es un modo de adquirir del Derecho civil; y el que siendo ciudadano al fallecimiento ha perdido el derecho de ciudadanía en la apertura, de la sucesión, no puede recogerla. Es necesario que el heredero ab intestado esté concebido por lo menos en el momento de la muerte de aquel a quien sucede; se admite en su favor la suposición de la gestación más larga, la de diez meses.⁶*

En el derecho romano, la apertura de la sucesión se dividía en apertura testamentaria y apertura intestada; en esta última solamente los ciudadanos romanos podía ser declarados herederos, en la apertura testamentaria los romanos tenían la libre testamentifacción, en virtud de la cual el testador podía incluso instituir como heredero a un esclavo, el cual era denominado como heredero necesario y aceptaba la herencia de forma automática aun sin necesidad de su conocimiento. En ambos casos, la ley que reglaba la sucesión era la romana; en roma no se reconocía la aplicación de otras leyes, para adquirir la herencia, pues lo primordial en esa institución era la calidad de ciudadano romano, de tal manera que si el heredero intestado no era ciudadano romano, no podía aceptar herencia pues solo a ellos les correspondía el derecho a la sucesión, lo mismo ocurría cuando el heredero testamentario era extranjero y éste aceptaba herencia y moría, los romanos no le reconocían ningún derecho a los herederos.

En la historia de roma, no se concedía al extranjero ningún derecho. Sobre la adquisición de la propiedad, los romanos aplicaban el aforismo

6 Eugene Petit, *Tratado Elemental De Derecho Romano*, 23ª ed. (México: editorial Porrúa, 2007), 585-586. De conformidad al autor, los romanos seguían el estatuto personal en consideración a los derechos de la sucesión, es decir que solo los ciudadanos romanos pueden aceptar herencia, sin influir el último domicilio del causante, pero esto solamente se aplicaba a la sucesión intestada.

“adversus hostem aeterna auctoritas esto”,⁷ con este aforismo los romanos establecían que los extranjeros no tenían derecho a prescribir bienes, por lo tanto no era factible la posibilidad de la aplicación del derecho extranjero en Roma; pero esto cambió cuando se inició la nacionalización de los extranjeros, convirtiéndose ellos en ciudadanos romanos.

El anterior principio aplicado en el derecho romano se trasplantó a las legislaciones europeas y regía en la institución de la sucesión del extranjero, en donde no se les reconocía ningún derecho a los herederos del extranjero, sino que los bienes que pertenecían a la sucesión pasaban al fisco al momento del fallecimiento, así nace el derecho de *albinagio* o de *abuana*.

Bajo el régimen feudal, *imperó el mismo criterio de aversión hacia los extranjeros; se equiparó la condición de estos con la de los siervos, que soportaban todas las cargas y no gozaban sino de escasas garantías. La incapacidad más importante para el extranjero era la que se designaba con el nombre de derecho de albana o albinagio (con la palabra albana denotábase a los extranjeros). Consistía en que el extranjero no podía recibir ni transmitir una sucesión; a su muerte los bienes que le pertenecían pasaban al señor feudal. Este derecho, que en un principio fue de los señores feudales pasó a Francia después a los reyes⁸ quienes, después de haberlo ejercido sin limitación lo atenuaron considerablemente.*⁹

Esta aplicación exagerada del principio del derecho romano, se justificaba en la filosofía que indicaba que el derecho de sucesión es una institución que pertenece al derecho civil y el derecho civil solo se aplicaba en un principio a los nacionales, no se reconocía el derecho a la sucesión como un derecho natural de los hijos a heredar independientemente de su calidad de nacional o extranjero, sino como un derecho condicionado a las reglas del

7 Esto significa: Contra el enemigo, el derecho a reclamar sea perpetuo, de otra forma, por esto eterna autoridad contra el enemigo. Era un principio consignado en las XII tablas que ha sido mal interpretado, y que en realidad solo vedaba al extranjero de la adquisición de prescripción de las cosas pertenecientes a un ciudadano romano. El término *hostis* tenía la idea de huésped. Noé Bustamante Bustamante, *Locuciones latinas en materia jurídica* (Editor Palibrio, 2012), 36.

8 Antonio Vodanovich Hernández, *Tratado de derecho civil: Partes preliminar y general, tomo I*, (Santiago de Chile: editorial jurídica de Chile, 1999), 414.

9 Luis Claro Solar, *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado, tomo 5º de las personas*, 9ª ed. (Santiago de Chile – Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1979), 199.

código civil.¹⁰ El principio se aplicaba indistintamente si el extranjero dueño de bienes situados en Roma, poseía herederos o no.

Haciendo una breve comparación entre el sistema romano germánico y el **SISTEMA ANGLOSAJÓN** sobre la sucesión:

En el derecho inglés la persona que se hace cargo de la herencia no es la que va a disfrutarla, a ser dueño de los bienes relictos; el heredero, según la nomenclatura romana; sino un administrador encargado de liquidar la sucesión mediante un procedimiento con necesaria intervención de los tribunales. En el derecho inglés la muerte no deja subsistir sino la realidad concreta de bienes diversos que hay que inventariar, poner en administración, y purificar de todas las cargas, impuestos sucesorios y deudas del causante. Se trata, en fin, de reducir a puro activo la fortuna del difunto, no dejando de ella sino un saldo definitivo representado por elementos concretos inmediatamente disponibles y transmisibles, limpios de deudas. Entre el causante y los herederos se interpone, pues, una persona imparcial y responsable que impide a éstos asumir inmediatamente las titularidades del causante. Esta persona intermedia es el executor, que nombraran los tribunales si no lo ha hecho el testamento, y hasta que asuma la administración, hay un período de vacancia de la propiedad privada, en el que los bienes, por un procedimiento de fuente esencialmente feudal, retornan a la corona, considerada como guardiana (trustee) de los bienes hereditarios.¹¹

Como puede verse en el derecho anglosajón, la sucesión es totalmente distinta, pues se parte de un principio que consiste en que todos los bienes

10 En tal sentido, el insigne maestro Robert Joseth Pothier, manifestó: *El derecho de sucesión, tanto activo como pasivo, es de derecho civil, puesto que la ley civil es la que concede o defiere la sucesión del difunto, y la que llama las personas que deben recogerla. Resulta de aquí que solo los ciudadanos que gozan de la vida civil son los que tienen derecho a transmitir su sucesión.* Citado por Luis Romero Sánchez, "Del Conflicto de Leyes sobre Sucesiones" (*Tesis de Doctorado en Ciencias Políticas, Caracas, editorial Tipr. Herrera Trigoyen & CA, Abril 1904*) 10. De este fundamento lógico jurídico partían los romanos, por ende, rechazaban la idea de otorgarle derechos a un extranjero y mucho menos validez a una ley extranjera sobre los bienes que se encontraban en Roma.

11 José Luis Lacruz Berdejo y Francisco de Asís Sancho Rebullida, *Elementos de derecho civil, tomo v, derecho de sucesiones* (España-Barcelona: editorial Ronda Universitaria, 1981), 11. A diferencia del sistema romano germánico en donde los bienes hereditarios se entregan al acontecimiento de la muerte del causante de forma inmediata, en el sistema inglés esto nunca ocurre.

pertenecen a la corona y las personas que lo detentan son simplemente unos administradores.

EN EL SISTEMA JURÍDICO SOCIALISTA, *la sucesión en los países socialistas se planteaba de forma totalmente diferente; así los programas de MARX y ENGELS, la consideraban como un privilegio protector de la burguesía: es la sociedad la única que tiene derecho a percibir los bienes de los individuos que mueren, como recompensa a los servicios prestados por ella. El Estado recibirá tales bienes en virtud de un derecho de regalía, fundados sobre los intereses de la comunidad y sobre el hecho de que todos los bienes han sido adquiridos en perjuicio de la misma. Los modernos intérpretes de Marx explican su doctrina en el sentido de excluir de la sucesión la propiedad capitalista de los medios de producción y el poder de decisión económica que va unido a ellos, mientras que cuando todos los bienes de producción y cambio están colectivizados y donde, por consecuencia, las fortunas y las herencias no pueden existir sino limitadas al producto del trabajo personal, no hay ya razón de principio para condenarlas o suprimirlas.*¹²

Es claro que en el sistema socialista no existe noción de propiedad privada y por ende la herencia tampoco puede ser excluida de tal principio, en consecuencias todas las herencias pertenecen al Estado.

EN EL CÓDIGO CIVIL FRANCÉS, *tal como lo indica la historia, su uso fue desmedido, en tal razón, algunos reyes de Francia, desde San Luis hasta Luis XVI, procuraron introducir ciertas reformas en esta materia ya por medio de edictos, ya por medio de tratados con otras naciones, sustituyendo al derecho de albinagio con el de detracción, esto es el derecho que se concedía al Fisco de percibir, no ya el todo, sino una parte, ordinariamente el décimo, de la sucesión del extranjero. Aquí conviene advertir que, tanto el derecho de albinagio como el de detracción, suponían la facultad en el extranjero de adquirir bienes, muebles o inmuebles, pero siempre con la perspectiva de que las adquisiciones cediesen en favor del Fisco y no de los herederos o sucesores del propietario; lo cual naturalmente tendía a hacer ilusoria esa facultad. Sin embargo no han faltado legislaciones, que han prohibido*

12 Ibid. 13

absolutamente a los extranjeros adquirir, sino toda clase de bienes por lo menos lo inmuebles.

La primera Asamblea constituyente de Francia abolió completamente y de una manera absoluta, tanto el derecho de albinagio como el de detracción, por ser contrarios, según el estilo de aquellos tiempos, a los principios de fraternidad que deben ligar a los hombres, cualesquiera que sean su patria y su gobierno. Pero el hecho es que la Asamblea creyó que los demás pueblos de Europa habían de seguir el impulso de la Francia, acatando las ideas que en esta dominaban, y que, por lo mismo se apresurarían a declarar igualmente abolidos en sus respectivos territorios, esos odiosos derechos, tan opuestos a la fraternidad. La Asamblea se engañó; porque ninguna otra nación imitó su ejemplo, y el albinagio y la detracción siguieron formando parte del derecho internacional privado.

Los redactores del Código Civil Francés encontraron las cosas en ese estado, y desde luego comprendieron que no era prudente dejar a los franceses vecindados en país extranjero, en una condición inferior a los extranjeros vecindados en Francia; pues mientras los primeros estaban sujetos al derecho de albinagio o al de detracción, los segundos gozaban de la facultad plena de adquirir bienes en el territorio francés, sin que el fisco interviniera para nada.¹³

Los franceses fueron entonces los primeros en modificar el principio del derecho romano en relación a los extranjeros aun y cuando que tal modificación no surte el impacto que se esperaba.

La abolición de los derechos del albinagio y de detracción impulsó grandemente, con sus ideas de igualdad y de fraternidad, la evolución jurídica hacia una perfecta asimilación de nacionales y extranjeros. Sin embargo, el Código de Napoleón no aceptó en toda su integridad el principio de la igualdad civil entre unos y otros.¹⁴ En

13 Toribio Pacheco, *Tratado de Derecho Civil*, 2ª edición (Lima- Perú: editorial imprenta del Estado, 1872), 16 - 17. En Francia se modificó varias veces el principio del derecho romano aplicado a los extranjeros en la sucesión, en primer lugar se adoptó de forma exagerada, posteriormente se crea otra figura jurídica para disimular su aplicación, la cual llaman detracción, al paso del tiempo abolen totalmente dichas instituciones y nace el principio de igualdad para los extranjeros que habiten en Francia y al no provocar el resultado que buscaban, modifican nuevamente este derecho imponiéndole condiciones al extranjero.

14 Antonio Vodanovich Hernández, 414. Esto ocurre al ver la omisión de otros países de tratar de forma diferente a los extranjeros, en donde ellos tenían una relación de desventaja.

tal sentido, nace lo que se conoce como el principio de reciprocidad aplicable a los extranjeros, lo cual no es una posición de igualdad, pero resguarda tanto los derechos de los nacionales y extranjeros que consideren a sus propios extranjeros y se crea por otra parte la figura de la herencia vacante, en relación a la sucesión de un extranjero, que posee bienes en el país, pero que no tiene herederos nacionales o extranjeros, es en el único caso en que el Estado se apropiará de tales bienes.¹⁵

EN EL CÓDIGO CIVIL ALEMÁN, se regula lo relativo a la ley de herencia estatutaria del estado y esta recoge el mismo principio del Código Civil Francés, pues en caso de que no exista heredero de la sucesión, el gobierno es quien hereda, pero esta regla se aplica indistintamente a la calidad de nacional o extranjero.¹⁶

EN EL CÓDIGO CIVIL ITALIANO, regula la misma institución relativa a las herencias vacantes, aplicándose indistintamente sea nacional o heredero.¹⁷

EN EL CÓDIGO CIVIL ARGENTINO, el derecho de albinagio se aplicó y los tratadistas discutían sobre la naturaleza del derecho del fisco; en tal sentido, manifestaban que, *Cuando una persona fallece sin dejar herederos, o cuando*

15 “Art. 539. Los bienes de las personas que fallezcan sin herederos, o cuyas sucesiones sean abandonadas, pertenecerán al Estado”. Código Civil de La República de Francia, Ley nº 2004-809 (Francia, 2004). Art. 147.

16 “Art. 1936 DEL LEY DE HERENCIA ESTATUTARIA DEL ESTADO. Si no hay pariente, cónyuge o pareja del fallecido en el momento de la sucesión, el país en el que el fallecido tenía su residencia habitual en el momento de su herencia o, si no es posible determinarlo, su residencia habitual. 2 Por cierto, el gobierno federal hereda”. La versión del código civil alemán antes dicha puede verse en: *Dejure.org*. Código Civil de la República de Alemania (Alemania: 2002). En la versión publicada el 2 de enero de 2002 en el Boletín Oficial Federal.
<https://translate.google.com.sv/translate?hl=es&sl=de&u=https://dejure.org/gesetze/BGB/1944.html&prev=search>

17 “Art. 586 DEL ADQUISICIÓN DE BIENES POR EL ESTADO. A falta de otros sucesivos (459, 572), la herencia se transfiere al Estado (473). La compra se realiza por derecho sin necesidad de aceptación y no se puede considerar que renuncia. El Estado no es responsable por deudas hereditarias y legados sobre el valor de los bienes adquiridos.” Código Civil de la República de Italia (Italia: 1942). RD 16 de marzo de 1942, n. 262 Aprobación del texto del Código Civil, Publicado en la edición extraordinaria de la Gaceta Oficial, n.º79 del 4 de abril de 1942, Edición actualizada por adv. F. Chiaves - Dr. V. Virzi.
https://translate.google.com.sv/translate?hl=es&sl=it&u=http://www.jus.unitn.it/cardoza/obiter_dictu_m/codciv/Codciv.htm&prev=search

estos renuncian a la herencia, su patrimonio pasa al Fisco. Así lo dispone el artículo 3588 Código Civil (ya derogado),¹⁸ al estatuir que, a falta de herederos, los bienes del difunto que se encuentren en la República, sean raíces o muebles y sea aquél ciudadano argentino o extranjero, pasarán al Fisco nacional o provincial, según el lugar en que se encuentren. Son éstas las llamadas herencias vacantes.

En ese sentido se podría creer que el Fisco era un heredero directo por disposición legal, por lo tanto, surge la siguiente pregunta: ¿Es heredero el Fisco? siguiendo una opinión que puede considerarse unánime, que no lo es, y que el Fisco adquiere los bienes en virtud del dominio eminente del Estado, a quien pertenecen todas las cosas sin dueño, como en esta hipótesis. Prueba de ello es que los bienes no se adjudican a un solo Estado (al nacional, por ejemplo), sino a varios, si están situados en más de uno; y también que se excluye completamente al Estado extranjero, no obstante que el causante estuviera domiciliado en él al tiempo del fallecimiento. Cuando el artículo 3589 del Código Civil (ya derogado),¹⁹ impone al Estado la obligación de cumplir las cargas que pesan sobre la herencia, igual que a los demás herederos, no hace sino sancionar un principio de equidad: quien se beneficia con la adquisición de un patrimonio, debe soportar sus cargas.²⁰

En la actualidad el Código Civil y Mercantil de Argentina regula dicha institución en el art.2648.²¹

18 “Art. 3588: A falta de los que tengan derecho a heredar conforme a lo dispuesto anteriormente, los bienes del difunto, sean raíces o muebles, que se encuentren en el territorio de la República, ya sea extranjero o ciudadano argentino, corresponden al Fisco, provincial o nacional, según fueren las leyes que rigieren a este respecto”. Código Civil de Argentina (Argentina: El Senado y la Cámara de Diputados de la Nación Argentina, 1869). Derogado.

19 “Art. 3589 Los derechos y las obligaciones del Estado en general o de los Estados particulares, en el caso del artículo anterior, serán los mismos que los de los herederos. Para que el Estado pueda apoderarse de los bienes de una sucesión vacante, el juez debe entregarlos bajo inventario y tasación judicial. El Fisco sólo responde por la suma que importan los bienes”. *Ibíd.*

20 Guillermo A., Borda, *Tratado de derecho civil sucesiones tomo I*, (Argentina: Abeledo-Perrot, 1994.), 30.

21 “Art. 2648 Herencia vacante. Si el derecho aplicable a la sucesión, en el caso de ausencia de herederos, no atribuye la sucesión al Estado del lugar de situación de los bienes, los bienes relictos ubicados en la Argentina, pasan a ser propiedad del Estado Argentino, de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires o de la provincia donde estén situados”. Código Civil y Comercial de la Nación de Argentina, ley 26.994 (Argentina: El Senado y Cámara de Diputados de la Nación Argentina, 2014).

EN EL CÓDIGO CIVIL DE CHILE, se aplica la misma regla en caso de que faltaren todos los herederos y dicha norma se aplicaría tanto para los nacionales y los extranjeros.²²

EL CÓDIGO CIVIL DE EL SALVADOR, aplica una regla similar, porque el legislador no deja directamente como heredero al Estado o Fisco, sino que a falta de todos los herederos, pueden heredar la Universidad de El Salvador y hospitales, teniendo ambos los mismos derechos a la sucesión.²³

En resumen, el derecho de albinagio ha sufrido modificaciones en cada uno de los códigos civiles que lo han recogido. Iniciando como una institución desmedida en contra de los extranjeros que no podía transmitir su herencia a sus herederos, modificándose luego como un impuesto a favor del Estado, para posteriormente implementarse el principio de igualdad entre el extranjero y nacional; pero los civilistas no aceptaron dicha postura porque era contraproducente con respeto de sus nacionales hacia el extranjero. Al verificar que esa institución no proporcionó el resultado proyectado, se abolió y se implementó el principio de reciprocidad.

Lo que ocurrió en las legislaciones europeas y de Latinoamérica es que modificaron totalmente el derecho de albinagio aplicado a los extranjeros en las sucesiones, porque el supuesto hipotético en que el Estado será dueño de los bienes de un extranjero es porque no existe nadie que lo herede y los bienes se encuentran abandonados, por otra parte, las legislaciones lo aplican indistintamente a los nacionales y extranjeros.

En El Salvador, se modificó aún más dicha institución pues se otorgó la herencia no a favor del Estado, sino de instituciones que tienen una proyección de beneficio para la sociedad, como son los hospitales que se proyectan en la

22 *“Art. 995: A falta de todos los herederos abintestato designados en los artículos precedentes, sucederá el Fisco”*. Código Civil Chileno (Chile: Cámara de Diputados, 1855).

23 *“Art. 998 Son llamados a la sucesión intestada: 1º Los hijos, el padre, la madre y el cónyuge, y en su caso el conviviente sobreviviente; 2º Los abuelos y demás ascendientes; los nietos y el padre que haya reconocido voluntariamente a su hijo; 3º Los hermanos; 4º Los sobrinos; 5º Los tíos; 6º Los primos hermanos; y, 7º La Universidad de El Salvador y los hospitales”*. Código Civil de El Salvador (El Salvador: Asamblea Legislativa, 1860).

salud en general para la ciudadanía y la universidad de El Salvador que tiene por objetivo la educación e investigación que favorece a la sociedad.

Se ha estudiado lo relativo al tratamiento jurídico de varios países en lo tocante a los extranjeros y la sucesión que por ellos es dejada al momento de su defunción, se procederá al análisis relativo a las leyes que pueden aplicarse al momento de apertura de la sucesión.

Ya se ha dicho que, en el sistema del derecho romano, los romanos no reconocían la validez de normas extranjeras en su Estado, por lo tanto, no tenían ningún aspecto de controversia de leyes en el espacio. El problema surge cuando existe una pluralidad de leyes que manifiestan que tienen competencia para conocer sobre una sucesión, pues su código civil ha regulado dicha situación, de esa forma. ¿Cómo se deben interpretar estas disposiciones? En los distintos países se regula tal institución como la ley que rige la sucesión, así lo norman los países como Francia,²⁴ Italia,²⁵ Argentina,²⁶ Chile²⁷ y El Salvador,²⁸ entre otros, los cuales aplican el sistema romano para la aceptación de una herencia.

En el **CÓDIGO CIVIL ALEMÁN**, no se encontró una disposición que regulara lo relativo a la ley que rige la sucesión. Esto es así porque el sistema jurídico germano se aparta de las reglas que concibieron los romanos.

El sistema germánico parte de que es la sangre, el parentesco, lo que hace al heredero y de su concepción de la herencia como adquisición del saldo favorable que pudiera resultar luego de enjugadas las deudas, prescinde de la necesidad de la aceptación, entendiéndose que la transmisión de titulares del causante al heredero se produce

24 Código Civil de la Republica de Francia, Ley nº 2004-809 de 13 de agosto de 2004 (Francia: 2004). Art. 147 no regula dicha institución en el apartado proporcionado para la sucesión, sino que lo regula cuando legisla sobre el domicilio, en su art. Artículo 110. El lugar en el que se abrirá la sucesión será determinado por el domicilio.

25 “Art. 456 regula lo relativo a la Apertura de la sucesión, el cual dice: La sucesión se abre en el momento de la muerte (Código Civil 4, 58 y siguientes), en el lugar de la última residencia del difunto”. Código Civil de la República de Italia, 1942.

26 “Art. 2336 Competencia. La competencia para entender en el juicio sucesorio corresponde al juez del último domicilio del causante, sin perjuicio de lo dispuesto en la Sección 9ª, Capítulo 3, Título IV del Libro Sexto”. Código Civil de Argentina, 1869. Derogado.

27 “Art. 995 manifiesta: La sucesión en los bienes de una persona se abre al momento de su muerte en su último domicilio; salvos los casos expresamente exceptuados. La sucesión se regla por la ley del domicilio en que se abre; salvos las excepciones legales”. Código Civil Chileno, 1855.

28 ART. 956 INC. 2º La sucesión se regla por la ley del domicilio en que se abre; salvos las excepciones legales. Código Civil de El Salvador, 1860.

*en el instante mismo de su muerte, sin solución de continuidad, a lo cual responden los principios medievales DER TOT ERBT DEN LEBENDIGEN, LE MORT SAISIT LE VIF, es decir, que el muerto inviste – transmite y entrega los bienes – al vivo, aunque al heredero le sea posible la renuncia o repudiación, fingiéndose que el renunciante no fue nunca heredero, y que lo fue, en cambio, desde la muerte del de cujus quien haya de sustituir al renunciante, a diferencia del sistema romano en que para no adquirir basta con no aceptar la herencia.*²⁹

Esto significa que los alemanes, no aplican el concepto de retroactividad en la aceptación de la sucesión, pues como la adquisición ocurre de forma inmediata y directa, desde ahí comienza el dominio de la herencia. *“En el sistema llamado germánico, por el contrario, no hay solución de continuidad; la adquisición de la herencia tiene lugar automáticamente, por la muerte del causante, y a la voluntad del llamado solamente se le reconoce la facultad de renunciarla o repudiarla. Su aceptación no es necesaria para la adquisición hereditaria.”*³⁰

En materia sucesoral, *toda relación jurídica tiene que estar regida por una ley; “la sucesión por causa de muerte, la transmisión del patrimonio de una persona fallecida a otra que le sobrevive, no puede substraerse a ello, también está regida por una ley, a la que estarán sometidas las personas y las cosas que en un caso dado intervienen en ella.”*³¹ Todas las legislaciones antes mencionadas manifiestan que la sucesión se regla por la ley del domicilio en que se abre. En tal sentido el último domicilio del causante puede tenerlo en otro país como Italia, Argentina, Chile, o Francia. *“En las legislaciones no existe uniformidad de criterios para determinar cuál ley debe regir la sucesión; en algunos países ella se regla por la legislación del lugar en que se encuentran situados los bienes distinguiendo otras aun entre los bienes muebles y raíces. En otras rige la ley de la nacionalidad o el del domicilio del causante.”*³²

29 José Luis Lacruz Berdejo y Francisco de Asís Sancho Rebullida, *Elementos de Derecho Civil*, Tomo V, Derecho de Sucesiones (España, Barcelona: Editorial Ronda Universitaria, 1981), 11.

30 Luis Diez Picazo y Antonio Gullón, *Sistema de Derecho Civil*, volumen IV, Derecho de Familia y Derecho de Sucesiones, 9º ed. (Madrid: Editorial tecnos, 2004), 489.

31 Roberto Romero Carrillo, *Nociones de Derecho Hereditario*, 2ª Edición (San Salvador: Editorial Universitaria, 1988), 23.

32 Rene Abeliuk M., *Derecho Sucesorio*, Tomo I, 5ª Edición (Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1988), 36.

Para determinar qué ley es aplicable a una sucesión se utiliza el sistema de los estatutos, la cual funciona en la aplicación del derecho internacional privado, *“la teoría de los estatutos clasificó las leyes en personales, es decir, relativas a la persona, y reales, o sea relativas a los bienes. Las primeras tienen aplicación extraterritorial, pues siguen a la persona donde quiera que vaya, como la sombra al cuerpo, según el decir de los estatutarios. Las leyes reales solo se aplican en el territorio en el cual están situado los bienes, es decir, tienen carácter local y territorial. Más tarde se agregó una tercera categoría de leyes D’Árgentré, añadió la clasificación de las leyes mixtas, que se refieren a las relaciones concernientes a un mismo tiempo a los bienes y a las personas y particularmente a la forma de los actos y para los cuales la aplicabilidad fuera del territorio se admitía o no según los casos y criterios sutiles de distinción deducidos del fin que la ley perseguía.”*³³

La teoría de los estatutos se originó en Lombardía, en la segunda mitad del siglo XII, debido al florecimiento de numerosas ciudades y sobre todo a los conflictos de leyes que se originaron en materia mercantil. La teoría sirvió para reglamentar no solo los conflictos existentes entre los estatutos locales, sino también los conflictos de leyes de diferentes países.

Una característica especial de la doctrina italiana es la siguiente: *“establecimiento de un régimen diferenciando las personas, las cosas y la forma de los actos jurídicos.”*³⁴ El método del sistema italiano consistió en dividir los problemas en materias referidas a las personas, bienes muebles e inmuebles y la forma en que se tenían que celebrar ciertos actos jurídicos, así nace el estatuto real y el estatuto personal.

El sistema de estatutos sufre una modificación por la doctrina francesa en la cual *“el uso de estatutos reales y estatutos personales, ya no corresponden al de la escuela italiana, por cuanto que en ésta los estatutos reales eran los aplicables a las cosas, y en la francesa quiere decir leyes territoriales; asimismo, los estatutos personales*

33 Antonio Vodanovich. Tratado de Derecho Civil, 227.

34 Rafael Rojina Villegas, *Compendio de Derecho Civil, Introducción, Personas y Bienes*, 16^a ed. (México: Edit. Porrúa, 1979), 55.

para la escuela italiana eran los referentes a la persona, y en la francesa comprende las leyes extraterritoriales."³⁵

La pregunta que surge es ¿la ley que rige la sucesión es de estatuto personal o de estatuto real? Cierta parte de la doctrina se inclina a que dicha ley es de estatuto personal porque regula relaciones familiares con respecto del heredero y el causante, otra parte de la doctrina sostiene que la ley que rige la sucesión pertenece al estatuto real, pues regula lo relativo a los bienes muebles o inmuebles que son parte de una sucesión.

Existe parte de la doctrina que aun estudia la solución de este problema jurídico utilizando como base la aplicación de la teoría de los estatutos y paralelamente otra parte de los doctrinarios aplican los sistemas de la unidad y pluralidad de las sucesiones para resolver dicha problemática.

Lo cierto es, que *"los sistemas de los estatutos han resultado ineficaz para la resolución de los conflictos en materia de sucesión, en efecto no puede establecerse de una manera absoluta que esta clase de leyes son esencialmente personales ni tampoco que son reales. Si se pregunta por ejemplo, ¿Qué debe hacerse con los bienes del difunto? La materia parece rozarse íntimamente con las cosas. Pertenecería a la jurisdicción real, es decir, a la soberanía bajo la cual se encuentran aquellos bienes, decidir la cuestión de a quién debe entregarse. Se pregunta ahora, ¿Quién tiene derecho a heredar?, cambia por completo el aspecto de la cuestión: se trata entonces de derechos y aptitudes personales, y habría que atribuirle la competencia a la ley personal. Como no puede fijarse el límite preciso que separa las leyes reales de las personales, resulta que cada quien les da el carácter que quiere y hace a su antojo un estatuto real o personal."*³⁶ Es por tal razón que *"dejando de lado la consideración de sistemas que ya han perdido toda vigencia teórica y práctica, puede afirmarse que hoy se disputan el campo dos opiniones encontradas: la que propugna que el derecho de las sucesiones debe estar regido por una sola ley (la del domicilio o la de la nacionalidad del causante) y la que sostiene que debe aplicarse la ley del país en la que están situados los bienes, lo que implica la aplicación de varias leyes en el caso que los bienes estén situados en distintos países."*³⁷

35 *Ibíd.* 55

36 *Romero Sánchez, "Del Conflicto De Leyes Sobre Sucesiones".*

37 *Guillermo Borda, Tratado de derecho civil sucesiones tomo I.* 32

Recuérdese que en materia de sucesión, no se trata de una situación de personas ni de los bienes, por lo que no hay preocupación de aplicar dichos estatutos,³⁸ en tal sentido la doctrina aplica otros sistemas de integración de normas para otorgar una solución al problema y se habla del sistema de la unidad de la sucesión y el sistema de pluralidad de sucesiones.

El sistema de unidad de la sucesión se fundamenta en lo siguiente:

“a) lo que se transmite por sucesión es el patrimonio, es decir, un todo ideal de contenido indeterminado; ese patrimonio se encuentra en todas partes y en ninguna, y no podría asignársele, por tanto, un locus rei sitae; b) el fundamento de la transmisión hereditaria es la voluntad del causante, que a veces se manifiesta expresamente (caso de que haya testamento) y otras tácitamente, como ocurre con la sucesión intestada, en cuyo caso la ley dispone el orden hereditario de acuerdo con la voluntad presunta de aquél; no se concibe, por tanto, que el causante tenga diferentes voluntades para distintas partes de sus bienes, como resultaría del sistema de la pluralidad; c) no es exacto, como se pretende, que la soberanía nacional pueda verse afectada por la aplicación de una ley extranjera en lo que atañe al orden sucesorio, aunque se trate de bienes inmuebles; una cosa es el régimen de la propiedad y otra quiénes tienen derecho a ella; que el propietario sea Juan, Pedro o Diego, es cosa que no afecta la soberanía de ningún Estado; d) la unidad implica un solo juicio sucesorio, con todo lo que ello significa como economía de gastos y de tiempo; hasta una razón de orden y buen sentido parece aconsejar esta solución; e) por último, hay una razón que resulta cara a los tratadistas de derecho internacional: el ideal de la comunidad jurídica de las naciones sufre con la negativa a aplicar la ley extranjera en materias en que no se ve afectado el orden público nacional.”³⁹

Es claro que este sistema se fundamenta en la unidad de la sucesión y que existe una ley única tendiente a solucionar dicha situación.

38 La inaplicabilidad de los estatutos corresponde a la errónea aplicación de los mismos a la sucesión, ya que de conformidad a ellos, los bienes muebles se consideraban unidos a la persona y estos se regía por la ley del domicilio, pues se refutaban situados en el domicilio del causante, pero en consideración a los bienes inmuebles se aplicaba la ley donde estaba situado, es decir que se regía por la ley local.

39 Guillermo Borda, *Tratado de derecho civil sucesiones tomo I*. 32

Por otra parte, los sostenedores del sistema de la pluralidad arguyen en su favor:

“a) la concepción del patrimonio como entidad ideal independiente de los derechos que lo integran está desprestigiada y, puede decirse, perimida, en el derecho moderno; la idea de sucesión en la persona ha sido reemplazada por la de sucesión en los bienes; es lógico, por tanto, aplicar a éstos la ley del lugar en que están situados; b) Igualmente inexacta es la teoría que funda la transmisión hereditaria en la voluntad presunta del testador, como que hay herederos que no pueden ser privados por aquél de la porción que la ley les asigna, salvo que medien causas legales; c) toda ley de sucesión es una ley política que interesa, por tanto, al orden público nacional; un ejemplo lo demuestra con claridad. Supóngase que el Estado en que se domiciliaba el causante, no admita el derecho de sucesión, o lo limite de tal modo que el heredero sólo recoja una porción insignificante de la herencia; supóngase, además, que aquella persona haya dejado importantes bienes en nuestro país y que el heredero sea hijo suyo. ¿El Fisco Nacional Extranjero se apoderará de esos bienes, consumando lo que para nosotros es un despojo? Se dirá que no, porque ello contraría una ley nacional de orden público. Lo que demuestra que el régimen sucesorio es de orden público y que, por tanto, debe aplicarse la ley nacional; d) el derecho del Fisco a las sucesiones vacantes se funda en el dominio eminente del Estado, no obstante lo cual éste podría verse despojado en algunos casos, si las sucesiones se discernieran de acuerdo con la ley personal; e) todo lo que atañe al régimen inmobiliario se vincula estrechamente con los fundamentos mismos de la organización social; de ahí que no pueda admitirse, respecto de ellos, la aplicación de la ley extranjera. Por esto muchas legislaciones, aun aceptando el principio de la unidad, han hecho la excepción de los bienes raíces, que someten a la ley del lugar en que están situados.”⁴⁰

En este sistema se reconoce una pluralidad de leyes competentes para conocer sobre los derechos hereditarios de los herederos, pues al tratarse de los

40 Guillermo Borda, *Tratado de derecho civil sucesiones tomo I*, 34

bienes inmuebles, se establece que cada Estado va a reglar la situación jurídica de los inmuebles sin reconocer la aplicación de una ley extranjera.

La pregunta que surge es ¿Qué sistema regula la legislación civil salvadoreña?

El Código Civil de El Salvador, en el art. 956 Inc. 2° establece: *La sucesión se regla por la ley del domicilio en que se abre; salvo las excepciones legales*. Antes de regular dicha regla, el legislador ha manifestado que la sucesión se abre en el último domicilio del causante. La interpretación de dicha norma no supone un problema en cuanto a su aplicación en toda la República de El Salvador, pues en el país solo existe una ley que se refiere a la sucesión y es el Código Civil.⁴¹ Ahora bien, si el causante tuvo su último domicilio en otro país, la sucesión se abrirá en ese país y deberá ser tramitada de conformidad a las leyes de dicho país, las cuales tendrán efecto en El Salvador. Con esta regla, el Estado está reconociendo la aplicación de las leyes extranjeras al sistema jurídico Nacional.

“Al establecer lo anterior, el legislador dio cabida en nuestro derecho positivo, a uno de los dos sistemas más importantes que la doctrina ha ideado para determinar qué ley es la que debe regir a la sucesión cuando el causante fallece en un país distinto de aquel en que tiene sus bienes o deja sus herederos, y por ello puede suscitarse un conflicto de leyes en el espacio. Tal sistema es el personal, que somete la sucesión a

41 La regla es importante cuando se tramitan las diligencias de aceptación de herencia vía judicial, pues en ese caso solo el Juez del último domicilio del causante es competente para conocer de dichas diligencias, así la jurisprudencia ha establecido la forma de probar el domicilio del causante. *“Las declaraciones contenidas en una partida de defunción, las cuales se consignan en virtud de una exigencia legal, deben tenerse como ciertas mientras no se pruebe lo contrario. En consecuencia, no comprobándose que el causante falleció en lugar distinto del que se afirma la partida de defunción, es competente para conocer de las respectivas diligencias de aceptación de herencia, el Juez del domicilio atribuido al difunto en la certificación de la partida presentada”*. REVISTA JUDICIAL ENERO A DICIEMBRE 1962, Poder Judicial, El Salvador, 163– 164. *“Si no aparece cual fue el domicilio del de cujus debe establecerse antes de resolver. Si la aceptación se hace en domicilio distinto no produce efectos legales. Aun en asuntos de jurisprudencia voluntaria los jueces deben procurar que sus actos sean valederos. El juez competente para conocer en las respectivas diligencias de aceptación de herencia, es el del último domicilio del causante. Art. 956 C. Si tanto en el testamento como en la respectiva partida de defunción del causante, consta de que este era del domicilio de Ahuachapán y con base en ello es aceptada la gerencia ante el Juez de lo Civil con Jurisdicción de dicha ciudad; y por otra parte conste en la cédula de vecindad del mismo causante, que este era del domicilio de Santa Ana y con base en dicho documento es acepta la herencia en esta última ciudad, debe declararse competente al Juez de lo Civil de Santa Ana, ante quien se ha aceptado la herencia, pues la cédula de vecindad es el documento pertinente como prueba del domicilio según lo establece la ley de la materia”*. REVISTA JUDICIAL, DICIEMBRE 1908, Poder Judicial, El Salvador, 560

la ley del país al cual pertenecía el causante o a la del país donde estaba domiciliado, sin atender a la situación de sus bienes. En el primer caso, el sistema personal se basa en la nacionalidad, y en el segundo en el domicilio. Según el sistema personal, ya se base en la nacionalidad ya en el domicilio, la sucesión será única, y se aplicará solamente la ley del país de la nacionalidad del causante o la de aquel en que tuvo su último domicilio, según la base que se haya adoptado, por lo que es llamado sistema de la unidad de la sucesión.”⁴²

Como lo explica el autor, la legislación de El Salvador adopta en una primera regla el sistema de la unidad de la sucesión, pero también acepta ciertas excepciones, en donde se aplica el sistema de pluralidad de la sucesión,⁴³ lo cual lo vuelve un sistema mixto en su aplicación.

La excepción al sistema de unidad de la sucesión se aplica de conformidad a las siguientes reglas:

- a) Cuando un salvadoreño fallece en el extranjero, teniendo allá su último domicilio, dejando bienes y parientes en El Salvador, pues en cuanto atañe a los derechos sucesorales o alimenticios, de los salvadoreños, esa sucesión se va a regir por ley salvadoreña. Ésta constituye una excepción, pues la regla general manifiesta que se tiene que aplicar la ley del último domicilio del causante, es decir la ley extranjera, pero en este caso se va a aplicar la ley salvadoreña. El fundamento de esta excepción se encontraba en el art. 15 N° 2 del C.C., el cual fue derogado, por el Decreto Legislativo N° 677, del 11 de octubre de 1993, publicado en el D.O. N° 231, Tomo 321, 13 de diciembre de 1993, que daba nacimiento al Código de Familia, desde ese decreto las cuestiones familiares ya no eran consideradas como un asunto civil, sino familiar. Pero en el Código de Familia también se reguló la excepción en el art. 10 el cual dice: “**EXTRATERRITORIALIDAD. - El nacional, *no obstante su residencia o domicilio en país extranjero*, queda sujeto a las disposiciones de**

42 Roberto Romero Carrillo, *Nociones de Derecho Hereditario*, 25

43 Se aplica este sistema en vista del posible perjuicio que puedan sufrir nuestros nacionales frente a las leyes internacionales, las cuales regulan la sucesión en detrimento de los extranjeros.

este Código, en lo relativo al estado de las personas y a las obligaciones y derechos que nacen de las relaciones de familia". Esta norma es de aplicación directa en el caso de las sucesiones que se apertura en el extranjero por poseer el causante su último domicilio en el extranjero; ordena claramente que estará sujeta a la leyes salvadoreñas por ser una obligación y derechos que nace de las relaciones de familia.

- b) La otra excepción ocurre cuando un extranjero domiciliado en su país de origen, o en otro pero no en El Salvador, fallece dejando bienes y herederos salvadoreños en El Salvador, caso en el que éstos tienen a título de herencia o de alimentos, los mismo derechos que según las leyes salvadoreñas les corresponderían sobre la sucesión de un salvadoreño que tuvo su último domicilio en El Salvador, los cuales pueden hacer efectivos en los bienes del extranjero situados en el país. Así lo regula el art. 995 C.C., que dice: *"En la sucesión abintestato de un extranjero que fallezca dentro o fuera del territorio de la República, tendrán los salvadoreños a título de herencia, o de alimentos, los mismos derechos que según las leyes salvadoreñas les corresponderían sobre la sucesión intestada de un salvadoreño". Los salvadoreños interesados podrán pedir que se les adjudique en los bienes del extranjero existentes en El Salvador todo lo que les corresponda en la sucesión del extranjero. Esto mismo se aplicará en caso necesario a la sucesión de un salvadoreño que deja bienes en país extranjero.* Es evidente el error que comete la norma en comento, porque en el primer inciso supone que el extranjero fallezca dentro o fuera del país y el lugar donde ocurre la muerte de una persona no produce ningún efecto en cuanto a generar la competencia de leyes a nivel internacional, debe interpretarse entonces, a que el último domicilio del causante fue en país extranjero, sin importar el lugar donde haya fallecido.

Vista la regla general y las excepciones que aplica la legislación salvadoreña sobre la ley que rige la sucesión, ante la aplicación de la ley internacional que pueda surtir efectos en el territorio salvadoreño, dichas reglas

y excepciones pueden llegar a provocar un conflicto de leyes en su aplicación. Se analizarán algunos casos al respecto.

Primer caso: Guillermo tiene su domicilio en El Salvador y está casado con Beatriz, con la cual ha procreado a 3 hijos, Pedro, Saúl y Ana y habitan en una casa que es de su propiedad. Ante la criminalidad y pobreza, Guillermo solicita asilo político en Colombia y se le otorga tal beneficio, constituyendo su domicilio en ese país, pero al cabo de 2 años muere en Colombia.

Dentro del anterior contexto, según el sistema de unidad de la sucesión, la ley aplicable al caso concreto es la extranjera, esto es así porque el Art. 956 C.C. de El Salvador, ordena que se regule la sucesión por la ley del último domicilio que tuvo el causante y su último domicilio fue en Colombia; por otra parte el Código Civil colombiano, también regula dicha situación y manifiesta que la sucesión debe regirse por el último domicilio del causante.⁴⁴ En una primer conclusión sobre este caso, debe aplicarse la ley colombiana para la adquisición de la herencia, pero no es así porque estamos en presencia de una de las excepciones que regula el Código Civil de El Salvador, en el art. 15 en relación al art. 10 del código de Familia, por lo que la ley a la cual se sometería dicha sucesión sería la ley salvadoreña.

Estaríamos ante un conflicto de leyes si en Colombia existieran bienes inmuebles, pues la legislación colombiana entonces exigiría que se aplique la primera regla, es decir que la aceptación se origine en ese país y no por la ley salvadoreña, pero Colombia también regula la excepción,⁴⁵ por lo que se aplica el principio de reciprocidad de la leyes y la legislación salvadoreña será la

44 *“Art. 1012 APERTURA DE LA SUCESIÓN. La sucesión en los bienes de una persona se abre al momento de su muerte en su último domicilio, salvo los casos expresamente exceptuados. La sucesión se regula por la ley del domicilio en que se abre, salvas las excepciones legales”.* Código Civil de Colombia, Ley 153 de 1887 (Colombia: 1887). El supuesto hipotético de la norma en mención, es idéntico al que regula el art. 956 del Código Civil de El Salvador.

45 *“Art. 19 EXTRATERRITORIALIDAD DE LA LEY. Los colombianos residentes o domiciliados en país extranjero, permanecerán sujetos a las disposiciones de este Código y demás leyes nacionales que reglan los derechos y obligaciones civiles: 2o) En las obligaciones y derechos que nacen de las relaciones de familia, pero sólo respecto de sus cónyuges y parientes en los casos indicados en el inciso anterior”.* Código Civil de Colombia, 1887. La norma en comento es idéntica al art. 15 del código civil de El Salvador, en relación al art. 10 del Código de Familia de ese mismo país.

aplicable siempre. Pero en un segundo caso, supongamos que el causante, en el tiempo de habitar en Colombia, adquirió un inmueble y tuvo un hijo, entonces aparece otro conflicto de leyes, pues en ambos países se aplicaría la excepción y por ende ambos tienen tanta competencia judicial, como conocimiento en la aplicación de su propia ley.

Ante este otro problema, lo que prevalece es un conflicto positivo de leyes, es decir que existen dos leyes de distintos países que son competentes para conocer de la adquisición de una sucesión, pues así lo declaran sus leyes. El problema que podría surgir, es que exista una dualidad de aceptaciones, y para el caso, el heredero de Colombia acepta herencia ante los tribunales colombianos y así es declarado y posteriormente inscribe en el registro correspondiente la declaratoria de la herencia y traspaso por sucesión, de forma equiparada los herederos salvadoreños aceptan herencia ante los tribunales de El Salvador y así son declarados e inscriben la declaratoria de herederos y traspaso por sucesión; y entonces cuando el heredero de Colombia desee hacer efectiva su aceptación de herencia en El Salvador para que se inscriba en el Registro correspondiente, se va a encontrar con el problema de que ya existen herederos declarados e inscritos y lo mismo ocurría si los herederos salvadoreños deseen hacer efectiva la aceptación en el registro de Colombia. ¿Cómo se resolvería esta situación? Podría creerse que en este caso se aplicaría la excepción del art. 995 C.C., la cual establece que los salvadoreños tienen los mismos derechos sobre la sucesión de un extranjero, y concluir que los salvadoreños soliciten se les adjudique los bienes que se encuentran en El Salvador a su favor y el heredero colombiano solicite que se le adjudique el bien ubicado en Colombia, pero no puede aplicarse dicha norma, porque el supuesto de la misma es que se trate de un extranjero que deja bienes y herederos en El Salvador, no de un salvadoreño, pues en ese caso se aplica la primera excepción.

En este otro caso hipotético existen dos declaratorias de herederos, lo cual es inconsecuente, pues solo debe existir una, y el heredero que fue declarado primero tiene la prioridad, así pues, si el colombiano aceptó herencia primero y desea homologar dichas diligencias ante la Corte Suprema

de El Salvador de conformidad al art. 182 N°4 de la Constitución, al solicitar el informe a la oficialía mayor ocurre que manifiesta que ya existe una declaratoria de herederos y no se aprueba la homologación de tal sentencia. En tal situación el heredero colombiano no tiene otra opción más que someterse a las leyes Salvadoreñas para hacer valer su derecho a los inmuebles ubicados en El Salvador, entonces tendrá que pedir la incorporación a las diligencias de aceptación de herencia de los Salvadoreños ya finalizadas de conformidad al **art. 1166 Inc. 2° C.C.**, de El Salvador, pero siempre se mantendría vigente su declaratoria de heredero en Colombia y los herederos salvadoreños deben también incorporarse a la declaratoria de herencia declarada por los tribunales colombianos.⁴⁶ Es claro que ambas leyes se mantienen vigentes y se encuentra conociendo sobre la sucesión del difunto, lo cual es contraproducente, pero se puede encontrar la solución en solicitar la incorporación judicial del heredero a las diligencias.

Ahora bien, en otro supuesto, si el heredero optó por escoger tramitar las diligencias de aceptación de herencia ante un notario, la situación se complica aún más. En primer lugar, porque dicha resolución no puede ser homologada por la Corte Suprema de Justicia, pues la declaratoria de herederos que realiza un notario no tiene calidad de sentencia, sino de resolución final, por lo tanto, no puede aplicarse el supuesto del **Art. 182 N°4** de la **Constitución de El Salvador**, entonces esas diligencias solo serán válidas en ese país, ¿Cómo se solucionaría dicho problema? En otro supuesto, en que el heredero declarado en Colombia haya aceptado judicialmente la herencia en su país y se encuentre con una declaratoria de herederos emitida por un notario salvadoreño, él tiene la facultad de solicitar la nulidad absoluta de tales diligencias por existir objeto ilícito en las mismas, pues la ley del ejercicio notarial de la jurisdicción voluntaria y de otras diligencias en su art. 2 manifiesta que para iniciar el trámite ante notario,

46 *“Art. 1297 INC. 2°. Si hubiere dos o más herederos, y aceptare uno de ellos, tendrá la administración de todos los bienes hereditarios pro indiviso, previo inventario solemne; y aceptando sucesivamente sus coherederos, y suscribiendo el inventario tomarán parte en la administración. Mientras no hayan aceptado todas las facultades del heredero o herederos que administren, serán las mismas de los curadores de la herencia”.* Código Civil de Colombia, 1887. Esta norma es equivalente al inc. 2° del art. 1166 Código Civil de El Salvador.

si son varios los interesados, se necesita el consentimiento unánime de ellos, es decir que todos deben estar de común acuerdo para tramitar las diligencias ante notario y como faltó un interesado, las diligencias se vuelven nulas por contravenir lo prescrito por la ley para el trámite ante notario. El heredero colombiano, luego de tramitar y finalizar el Proceso Común Declarativo de Nulidad Absoluta por Objeto Ilícito de las Diligencias de Aceptación de Herencia, deberá pedir nuevamente la homologación de su declaratoria judicial ante la Corte Suprema de Justicia y si posteriormente inscribe la declaratoria y traspaso, los herederos salvadoreños deberán diligenciar la incorporación judicial a la declaratoria de herederos que tramitó el colombiano en su país, lo cual se vería en detrimento y desventaja a los derechos de los salvadoreños.

En otra hipótesis del mismo caso, si tanto el heredero de Colombia como los salvadoreños han tramitado las diligencias ante notario, ambas serían nulas y ninguna podría homologarse por los distintos países, lo cual haría mucho más difícil la adquisición de la herencia en países extranjeros. Este caso podría suscitarse en varios países que adoptaron el sistema romano para la adquisición de las herencias,⁴⁷ conforme a sus leyes civiles.

A continuación, se estudiarán algunos de esos países y las disposiciones jurídicas que se refieren a la unidad de la sucesión y la excepción estudiada.

En la República de **NICARAGUA**, la unidad de la sucesión se encuentra regulada en el **Arts. 42, 939 y 942** de su **Código Civil**.⁴⁸ Lo interesante de este código civil, es que no regula la excepción que se ha estudiado, es decir el supuesto en que un nicaragüense posea hijos y bienes inmuebles en Nicaragua, remitiéndose a la ley nicaragüense para aplicarla en la adquisición de la sucesión. Este país claramente se somete a las normas de derecho extranjero si el último domicilio del causante fue en el extranjero.

47 El sistema romano para adquirir la sucesión, exige que exista una aceptación de la sucesión, que se tramitaba ante el pretor, es decir que la sucesión no se trasmite de pleno derecho como ocurre en el sistema germánico.

48 “Art. 42 El domicilio que tenía el difunto, determina el lugar en que se abre su sucesión. Art. 939.- El derecho de sucesión al patrimonio del difunto, es regido por la ley del domicilio que la persona de cuya sucesión se trata tenía al tiempo de su muerte, sean los sucesores nacionales o extranjeros. Art. 942.- La capacidad para suceder es regida por la ley del domicilio de la persona al tiempo de la muerte del autor de la sucesión”. Código Civil de Nicaragua (Nicaragua: Presidencia de la Republica, 1899).

En la República de **URUGUAY**, se regula la ley que rige la sucesión en el **Art. 36** de su Código Civil,⁴⁹ pero esta regla se aplica literalmente solo para el territorio uruguayo; en las disposiciones finales del mismo código en el **Arts. 2400**⁵⁰ el legislador uruguayo, se somete al sistema plural de sucesiones, es decir, que si el causante posee bienes inmuebles en varios países, se abrirán en cada uno de esos países la sucesión.

En la República de **PARAGUAY**, en lo relativo a la ley que rige la sucesión, se regula en el **Art. 25** de su código Civil,⁵¹ pero **ellos** adoptan un sistema mixto, pues la regla general es que la sucesión se rige por la ley del último domicilio del causante, pero para los inmuebles ubicados en Paraguay, se aplica la ley de esa nación, con lo cual reconoce una pluralidad de leyes aplicables en la adquisición de la sucesión. Nótese que acá no importa que posea herederos nacionales, como se regula en el Salvador, sino que solamente posea bienes inmuebles.

En la República de **VENEZUELA**, encontramos que la ley que rige la sucesión se regula en el **Artículo 993** de su **Código Civil**,⁵² sometiéndose al último domicilio del causante y en el **Art. 951**⁵³ regula la excepción a esa regla del último domicilio. Tales disposiciones son idénticas a las del Código Civil salvadoreño.

La República de **GUATEMALA**, se somete expresamente a la legislación extranjera en cuanto a la capacidad para suceder sobre los bienes ubicados fuera

49 *"Art 36. El domicilio del difunto, siendo en territorio nacional, determina el lugar en que debe radicarse la testamentaria, sin perjuicio de lo dispuesto por la ley procesal"*. Código Civil de Uruguay (Uruguay: Cámara de Senadores, 2010). Art 36.

50 *"Art. 2400. La ley del lugar de la situación de los bienes hereditarios al tiempo del fallecimiento de la persona de cuya sucesión se trate, rige todo lo relativo a la sucesión legítima o testamentaria"*. Código Civil de Uruguay, 2010.

51 *"Art.25 La sucesión legítima o testamentaria, el orden de la vocación hereditaria, los derechos de los herederos y la validez intrínseca de las disposiciones del testamento, cualquiera sea la naturaleza de los bienes, se rigen por la ley del último domicilio del causante, pero la transmisión de bienes situados o existentes en el territorio nacional estará sujeto a las leyes de la República"*. Código Civil de Paraguay, ley N° 1183/85 (Paraguay: Congreso de la Nación Paraguay, 1985).

52 *"Art. 993 La sucesión se abre en el momento de muerte y en el lugar del último domicilio del de cujus"*. Código Civil de Venezuela (Venezuela: Congreso de la República de Venezuela, 1982).

53 *"Art. 951 Las leyes concernientes al Estado y capacidad de las personas obligan a los venezolanos, aunque residan o tengan su domicilio en país extranjero"*. Código Civil de Venezuela, 1982.

de Guatemala en el **Art. 923** de su **Código Civil**,⁵⁴ lo cual significa que si existen bienes pertenecientes a la sucesión en Guatemala, éstos deben ser adquiridos de conformidad a la ley de Guatemala; es claro que dicho país adopta el sistema de pluralidad de sucesiones.

En la República de **COSTA RICA**, en el **Art. 24** de su Código Civil,⁵⁵ regula el sistema de pluralidad de sucesiones, pues es la ley donde se encuentren ubicados los inmuebles que pertenecen a la sucesión lo que genera competencia para conocer sobre la sucesión.

En la República de **CHILE**, la ley que rige la sucesión, regula dicha institución en los Arts.15 y 955 de su Código Civil, la regla que aplica dicho código es idéntica a lo que regula Código Civil salvadoreño, pues está inspirado en una buena parte por el Código Civil chileno.

En conclusión, a nivel latinoamericano los códigos civiles regulan un sistema mixto para la adquisición de los bienes que se encuentran dentro de la sucesión, por lo tanto, siempre existirá un conflicto de leyes entre Estados, pues el sistema mixto para adquirir la sucesión supone la existencia de una aceptación de herencia en cada Estado, lo cual es ilógico, porque el heredero solamente puede ser declarado heredero una sola vez.

La República de **FRANCIA**, regula la regla de la ley del último domicilio del causante en el **Art. 10** de su Código Civil, generando la competencia de leyes extranjeras en las sucesiones de los franceses.

Hasta aquí se ha estudiado los conflictos de leyes que poseen los países que adoptaron el sistema romano para la adquisición de la sucesión, pero el problema no termina ahí, porque en aquellos países donde adoptaron el sistema

54 *"Art. 923 La capacidad para suceder se rige por la ley del domicilio que tenga el heredero o legatario al tiempo de la muerte del autor de la sucesión, cuando se trate de bienes situados fuera de la República".* Código Civil de Guatemala, decreto-ley número 106 (Guatemala: Jefe de Gobierno de la República de Guatemala, 1963).

55 *"Art. 24 Las leyes costarricenses rigen los bienes inmuebles situados en la República, aunque pertenezcan a extranjeros ya se consideren dichos bienes aisladamente en sí mismos, ya en relación con los derechos del propietario como parte de una herencia o de otra universalidad".* Código Civil de Costa Rica (Costa Rica: Congreso Constitucional de la República de Costa Rica, 1887).

germánico en cuanto a la adquisición de la sucesión, es totalmente diferente al sistema jurídico salvadoreño, pues ahí el heredero adquiere la herencia por ministerio de la ley, sin que le respalde documento o trámite alguno, lo cual vuelve ineficaz el ejercicio de su derecho en los sistemas de sucesión romana, en donde necesita una declaratoria de herederos judicial para hacer valer su derecho y se ve prácticamente obligado a someterse a una legislación extranjera, para la adquisición de los bienes de la herencia que se sitúan en otro país. En este caso, aunque las legislaciones regulen expresamente la competencia de la legislación extranjera, no se podrá aplicar y volverse efectiva dicha norma, porque el sistema jurídico es totalmente diferente.

Mucho más difícil sería la situación de la adquisición de la herencia en otros sistemas jurídicos totalmente apartados del salvadoreño, como el sistema socialista, el anglosajón y el religioso, en donde prácticamente la legislación Nacional no tiene aplicación en ellos.

Conclusiones.

Los países que adoptan el sistema de la unidad de la sucesión, siempre regulan una excepción en consideración a los bienes inmuebles que se ubican en su propio país, o en consideración a los herederos, o consideran ambas situaciones, lo cual predispone a una aplicación de leyes diversas.

El conflicto de leyes internacionales se debe al acogimiento de un sistema mixto para adquirir la sucesión, lo cual vuelve imposible la unificación del derecho sucesorio.

La aprobación de una ley extranjera, se somete a la condición de que sea pronunciada y aplicada por el sistema judicial de ese país, lo que conlleva a la ineficacia de la homologación de resoluciones finales pronunciadas por los notarios y se vuelve necesario la aplicación de las distintas leyes.

Recomendaciones.

Identificar los países que adoptan un mismo sistema para adquirir la sucesión y celebrar un tratado entre ellos para agilizar el trámite de aplicación de leyes extranjeras.

Identificar los países que adoptan un sistema distinto para adquirir la sucesión y celebrar un convenio entre ellos para garantizar los derechos de los herederos en países extranjeros y la aplicación de su ley en dicho país.

Crear un organismo internacional a través de un tratado de varios países, para que homologue y aplique la ley extranjera y facilite el trámite de la adquisición de la herencia en cada uno de los países.

ESTUDIOS

Finalidades
preventivo-generales
en el cumplimiento
de la pena de prisión
en El Salvador

Parte I

Moris Edgardo Landaverde Hernández

FINALIDADES PREVENTIVO-GENERALES EN EL CUMPLIMIENTO DE LA PENA DE PRISIÓN EN EL SALVADOR. Parte I

Moris Edgardo Landaverde Hernández.

RESUMEN

Al interior de la disciplina penal se han instaurados teorías concretas que estudian la pena como principal consecuencia jurídica del delito, mismas que actualmente, son objeto de discusión. En el ámbito jurídico salvadoreño, ha sido la Constitución que en su Art. 27 inc 3º, regula el principio de resocialización, que tiende sus efectos al ámbito penitenciario, interpretado por más de alguno, como la instauración constitucional de las finalidades preventivas especiales de la pena. No obstante lo anterior, las finalidades preventivo generales encuentran siempre cabida en orden jurídico salvadoreño. Lo anterior, ha ocasionado cierta tensión entre ambas finalidades a la hora de la conminación penal a través de la reforma legislativa, la aplicación de la norma con la respectiva sentencia o la ejecución penal mediante el cumplimiento de la pena, en las cuales no siempre ha existido equilibrio, sino que ha privado una en detrimento de la otra.

PALABRAS CLAVES: Pena de Prisión - Finalidades de la Pena - Sistema Progresivo - Sistema y Beneficios Penitenciarios - Derecho a la Resocialización.

GENERAL-PREVENTIVE PURPOSES IN THE COMPLIANCE WITH THE PRISON PENALTY IN EL SALVADOR. Part I

Moris Edgardo Landaverde Hernández.

ABSTRACT

Inside criminal discipline have established specific theories studying the penalty as the main legal consequence of crime that are currently the subject of discussion. In the Salvadoran legal field, the Constitution according its article 27 paragraph 3, regulates the principle of resocialization, which tends its effects to the penitentiary environment interpreted by more than one as the constitutional establishment of the Special preventive purposes of penalty. Notwithstanding the above, the general-preventive purposes are always fitted in Salvadorian legal order. This has caused some tension between both purposes at the time of the criminal commination through legislative reform, the application of the rule with the respective sentence or the penal execution through the enforcement of the penalty, which has not always been balance, but that has private one at the expense of the other.

KEYWORDS: Prison sentence - Purposes of the penalty - Progressive system - System and prison benefits - Right to resocialization.

Finalidades preventivo-generales en el cumplimiento de la pena de prisión en El Salvador.

Parte I

Moris Edgardo Landaverde Hernández¹

Introducción.

En el ámbito de la ejecución de la pena de prisión, se ve involucrado el sistema progresivo de cumplimiento de la misma junto a ciertos beneficios penitenciarios, los que en virtud de dichas fricciones, resultan limitados o restringidos, favoreciendo las finalidades preventivo generales en detrimento de las especiales.

En el primer apartado, se estudiarán las posturas de las teorías que pretenden detentar las finalidades de la pena, es decir las teorías absolutas y relativas de la pena, finalizando con el análisis de la teoría ecléctica o de la unión; aterrizando sobre lo que al respecto ha dicho la Sala de lo Constitucional (SC) en su jurisprudencia.

En el segundo y tercer apartado, se estudiará el ámbito penitenciario, el moderno sistema progresivo de cumplimiento de la pena de prisión en general y el salvadoreño en particular; el cual si bien es cierto, no ha sido normado por la Constitución salvadoreña (CS), sino por la norma secundaria, es desarrollado en

1 Abogado, profesor de Técnicas de Litigación Oral y Resolución Alterna de Conflictos en la Universidad Salvadoreña Alberto Masferrer (USAM). Licenciado en Ciencias Jurídicas y Master en Derecho Penal Constitucional de la Universidad Centroamericana "José Simeón Cañas" (UCA). Escritor de la Revista Virtual Enfoque Jurídico. Actualmente se desempeña como Colaborador Jurídico del Tribunal de Ética Gubernamental.

fases, que coinciden con el ideal resocializador que se instaura en aquella norma constitucional y que, auxiliados de los beneficios penitenciarios, le potencian.

Empero, se advertirá que el legislador y cierta jurisprudencia de la misma SC, han intentado anularlos, restringirlos o condicionarlos con el estandarte de las finalidades preventivo generales de la pena, pues según esta postura, las finalidades preventivo especiales no son las únicas finalidades constitucionalmente válidas.

Por último, en el cuarto apartado, se adoptará una postura respecto a la constitucionalidad de dichas restricciones, para lo cual se valdrá de la misma jurisprudencia de la SC que instaura la resocialización como principio constitucional y de una doctrina que lo señala como derecho fundamental.

I. Las Penas en general.

Existe pacífico consenso entre los doctrinarios sobre la función de control social que ejerce el Derecho Penal, diferenciándole del resto de controles por su alto componente formalizado, que norma la conducta humana conminándola mediante la amenaza de una sanción al darse el supuesto de hecho indeseable.² Por ello, es de rigor definir la pena en general.³

1. Definición y fundamento.

Conceptualmente, la mayoría de autores coinciden en que se trata de un mal⁴. Empero no cualquier mal, sino aquel impuesto por el Estado a una persona culpable, como retribución de un hecho adecuado en la ley como delito.⁵

2 Santiago Mir Puig, *Derecho Penal, parte general* (Barcelona: Reppertor, 2002).

3 Carlos Fontán Balestra, *Derecho Penal. Introducción y parte general* (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998).

4 Bernardo Feijoo Sanchez, *Retribución y prevención general. Un estudio sobre la teoría de la pena y las funciones del Derecho Penal* (Montevideo-Buenos Aires: B de F Ltda, 2007).

5 Ibid. Sobre la definición de pena como mal, 46. En idéntico sentido: Gerardo Landrove Diaz, *Las consecuencias jurídicas del delito* (Madrid: Tecnos, 1996), 17. Este autor señala que consecuencia de la estatización del Derecho Penal es la superación de la visión privatista de delito y pena. Sobre la definición de la pena como retribución: ver Ibid. 18. Unos autores hablan de reacción, otros de consecuencia, empero su fundamento es la retribución. Sobre la pena como consecuencia de un delito: Ver. Bernardo Feijoo Sanchez, *Retribución y prevención general. Un estudio sobre la*

Cosa distinta es su fundamento, tomando en cuenta que las posturas abolicionistas no dejan de ser ideales, cualquier sociedad moderna, no puede soslayar su necesidad, lo cual viene a ser, además, su justificación. Aunque si bien es la más coactiva, resulta ser la más determinante para el combate represivo de la criminalidad, en búsqueda de mantener las condiciones de vida fundamentales para la convivencia de las personas en comunidad.⁶

JESCHECK al fundamentar la necesidad de la pena, distingue tres tipos de justificaciones, a saber: la primera, de índole *político-estatal*, según la cual, sin pena el ordenamiento jurídico renunciaría a la coacción, convirtiéndose en un conjunto de normas incoercibles al igual que la moral, religión y usos sociales. En segundo lugar, aprecia una justificación *psicológico-social*, en cuanto satisface demandas sociales colectivas de justicia; y por último, una **ético-individual**, según la cual el individuo al liberarse de la culpa, mediante la expiación de la pena, realiza una experiencia fundamental como ente moral.⁷

En ese sentido, la instauración del principio de necesidad en el ordenamiento jurídico salvadoreño, como justificación de la pena, -art. 5 CP- comporta una restricción a la facultad punitiva del Estado, que establece que la misma se impondrá solo cuando resulte indispensable.

De ello se deriva la exigencia -principio de subsidiaridad- de que el Derecho Penal debe actuar solo cuando otros controles fallen y cuando el hecho que se pretende evitar no puede ser controlado por otros medios menos gravosos -*ultima ratio*-; aunado al postulado de que solo debe proteger bienes jurídicos, -principio de lesividad- regulado en el Art. 3 del Código Penal (CP).⁸

teoría de la pena y las funciones del Derecho Penal, 48. En idéntico sentido Carlos Fontán Balestra, *Derecho Penal. Introducción y parte general*, 537 y 538. No importa la corriente dogmática que se utilice para la definición de delito, así pena siempre será la consecuencia jurídica de un delito tanto para causalistas, finalistas, neokantistas y funcionalistas. Para muestra la definición de JAKOBS, para quien pena es "reacción ante la infracción de una norma". Ver. Gunther Jakobs, *Derecho Penal, parte general, fundamentos y teoría de la imputación*, Ediciones Jurídicas (Madrid: Marcial Pons, 1997), 8.

6 Ver. Jesús María Silvia Sánchez, *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo* (Barcelona: José María Bosch, 1992). En idéntico sentido: Francisco Muñoz Conde y Mercedes García Aran, *Derecho Penal, parte general*, Tomo I vols. (Valencia: Tirant lo Blanch, 1996), 47-48.

7 Ver. Hans-Heinrich Jescheck, *Tratado de Derecho Penal* (Granada: Comares, 1993).

8 Ver. Santiago Mir Puig, *Derecho Penal, parte general*. Sobre el principio de subsidiaridad, 122-124. Ver. Claus Roxin, *Derecho Penal, parte general, Fundamentos. La estructura de la teoría del*

Estos principios limitan la conminación penal que de manera abstracta hace el legislador, pero la justificación de la pena a través del principio de necesidad, político-criminalmente irradia sus consecuencias a nivel individual.⁹ Es decir, al momento de la imposición judicial de la concreta sanción penal a través del principio de culpabilidad -regulado en el Art. 4 CP como responsabilidad-, según el cual solo es válido imponer pena cuando el hecho ha sido realizado con dolo o culpa, y a través de las reglas de determinación de la pena -establecidas en el Art. 63 CP- que mandatan que ésta debe equivaler al desvalor del hecho realizado por el autor y proporcional a su culpabilidad.¹⁰

En ese sentido, el principio de necesidad, junto al resto de principios y exigencias referidas, no solo establecen si la pena debe ser aplicada, sino también en qué medida; parámetros a los que agrega la exigencia de que la misma no debe ser ejecutada si el culpable no la necesita.¹¹

Por ello, se puede concluir, que el principio de necesidad al fundamentar la pena, limitándola en proporción, lo hace además, con todas aquellos beneficios penitenciarios que el ordenamiento jurídico regula, como serían los de renuncia, simplificación, sustitución y reemplazo de la pena, por cuanto constituyen herramientas aplicables cuando aquella no es necesaria en el caso concreto.

2. Finalidades de la pena en general.

Vasta es la discusión dogmática que busca dar sentido a las finalidades de la pena al momento en que el legislador la prescribe de manera general, como

delito, vol. Tomo I (Civitas, 1977), 49-67. Sobre la discusión de que es lo que protege el Derecho Penal, nos adherimos a la postura del funcionalismo racional-final de ROXIN, en cuanto a que el Derecho Penal protege bienes jurídicos. Ver. Gunther Jakobs, *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho Penal funcional* (Madrid, 1996), 18. La postura contraria es la del funcionalismo sistémico, según el cual se protege la vigencia de la norma. Ver. Santiago Mir Puig, *Derecho Penal, parte general*. 124. Sobre el principio de lesividad.

9 Cf. Mercedes Pérez Manzano, *Culpabilidad y prevención: las teorías de la prevención general positiva en la fundamentación de la imputación subjetiva y de la pena* (Madrid: UAM, 1989), 226. Esta autora distingue un nivel general de justificación de la pena, a través de la protección de bienes jurídicos, y un nivel concreto, sobre la base de que no todas las penas son necesarias, aunque sirvan para proteger bienes jurídicos, dependiendo de ciertos parámetros valorativos del caso concreto. Ver. José Antonio Choclán Montalvo, *Culpabilidad y pena, su medición en el sistema penal salvadoreño* (San Salvador: Justicia de Paz (CSJ-AECI), 1999), 41-47. Sobre la irradiación de consecuencias a nivel individual

10 Santiago Mir Puig, *Derecho Penal, parte general*.

11 *Ibid.* 44.

consecuencia de un hecho tipificado como delito; y en particular, al ser aplicada por el juzgador, dando cumplimiento a la norma secundaria de las disposiciones penales, que le ordenan penar, y al momento de su cumplimiento.¹²

2.1. Teorías absolutas.

Tal y como lo advirtió MAURACH en su momento, las teorías absolutas son en puridad teorías de la pena, y no teoría de los fines de aquella.¹³ Las mismas responden a la filosofía kantiana según la cual la pena es un fin en sí mismo y no un medio para obtener un objetivo determinado que se impone por pura compensación, reparación, expiación o retribución, siendo decisiva la reafirmación del Derecho, que se consigue al imponerla por el cometimiento de un mal encarnado en la definición de delito.¹⁴

Para los partidarios de estas teorías la idea de retribución es uno de los conceptos determinantes, ya que la pena no es más que el castigo que merece el culpable, distinguiéndose al menos dos sentidos que colman dicha acepción;¹⁵ a saber:

- i) *Retribución moral*, que lleva a los polémicos conceptos de “el bien y el mal”, por lo que si el primero debe premiarse, el segundo debe castigarse como imperativo categórico derivado del mandato de la Ley, siendo lo razonable en términos filosóficos.¹⁶
- ii) *Retribución jurídica*, al revelarse el individuo contra el ordenamiento jurídico, es necesario restablecer ese orden violado, que por tanto, necesita una

12 Cf. Santiago Mir Puig, *Introducción a las Bases del Derecho Penal* (Buenos Aires: B de la F Ltda, 2007). Según dicho autor, norma primaria es aquella prohibitiva que va dirigida al ciudadano a abstenerse de realizar el supuesto de hecho de la disposición penal, y la secundaria, es la que obliga al juez a sancionar, una vez constatado dicho supuesto.

13 Citado por. Gerardo Landrove Diaz, *Las consecuencias jurídicas del delito*.

14 Ver. Ibid. 18

15 Ver. Carlos Fontán Balestra, *Derecho Penal. Introducción y parte general*, 539.

16 Ver. Kant, *La metafísica de las costumbres*, 1978. Ilustrativa la fábula de Kant, según el cual la población de una isla decide disolver su comunidad, planteándose que deben hacer con los condenados pendientes, a los que brinda como única salida ejecutarlos, hasta el último asesino que se halle en prisión, para que todos comprendan el valor de sus actos. Aquí la pena ha de imponerse por el delito cometido aunque resulte innecesaria para el bien de la comunidad.

reparación a través de la pena para reafirmar la soberanía del Estado.¹⁷ HEGEL en su dialéctica, estableció que el delito es negación del derecho y por lo tanto, pena es negación del delito, por lo que pena es negación de una negación.¹⁸

Igual importancia tiene el concepto de justicia como fundamento jurídico de las teorías absolutas de la pena, en el sentido de que se busca dar satisfacción al mandato legal de justicia, resultando irrelevante los efectos que se puedan obtener en el reo o para la sociedad.¹⁹ Empero, dicha idea exige no solo la imposición de la pena, sino la retribuida en la medida de la culpabilidad manifiesta en el hecho.²⁰

En ese sentido, la retribución se ve limitada por el principio de culpabilidad, que exige que la pena debe ser equivalente al injusto culpable de conformidad al principio de justicia distributiva²¹; siendo inherente la idea de que aquella pueda ser medida según su gravedad convirtiéndose en límite y medida de la pena.²²

Tan severa es la implicación de la justicia como retribución de la pena, que instituciones como los sustitutivos penales, la suspensión condicional de la ejecución de la pena, la prescripción del delito o pena, o la posibilidad de renuncia de la acción penal por el ofendido son incompatibles.²³

17 Gunther Jakobs, *Derecho Penal, parte general, fundamentos y teoría de la imputación*, 8-61. De hecho este postulado es fundamento de la teoría del delito de este autor.

18 Hegel, *Líneas Fundamentales de la Filosofía del Derecho*, 1821.

19 Ver. José Antonio Choclán Montalvo, *Culpabilidad y pena, su medición en el sistema penal salvadoreño*, 50.

20 Ibid. 53.

21 Hans-Heinrich Jescheck, *Tratado de Derecho Penal*, 58.

22 Ramón Falcón y Tella, *Fundamento y finalidad de la sanción: ¿un derecho a castigar?* (Madrid: Marcial Pons, 2005), 133.

23 Ver. Juan Bustos Ramírez y Hernán Hormazábal Malareé, *Lecciones de Derecho Penal*, vol. 1 (Madrid: Trotta, 1997). 44. Las teorías absolutas de la pena parten de una premisa: la existencia de verdades o valores absolutos anteriores al hombre.; y Diego Manuel Luzón Peña, *Antinomias penales y medición de la pena*, La reforma del Derecho Penal (Barcelona: MIR, 1980), 199.

Siguiendo con las consecuencias del principio de culpabilidad, solo puede ser retribuido un hecho antijurídico que haya sido realizado voluntariamente; y por ende reprochable a su autor, por lo que la pena no debe rebasar el marco fijado por la culpabilidad del hecho cometido por éste.²⁴

Por último, es necesario aclarar que el supuesto de la retribución para equilibrar la justicia, tiene a la base la idea del reconocimiento del libre albedrío, que fundamenta la postura iusfilosófica del indeterminismo, según el cual el ser humano goza de libertad y por consiguiente, responsabilidad; así, la acción humana es fruto de la libre determinación de dicha libertad, siendo justo y merecido que se pague por los delitos cometidos al haber hecho mal uso de esa libre disposición.²⁵

Actualmente, casi no existen autores serios que propugnen la pena como retribución sin asignarle ningún contenido utilitarista.²⁶ De igual manera, existen muchos reparos a dicha teoría en su versión radical. Una de ellas es que, siguiendo el pensamiento idealista, propugna el Derecho y el Estado como “exigencias a priori de la razón”, alejándose de la concepción de que el Derecho Penal, como se dijo *supra*, es un medio de control social. En ese sentido, actualmente al Estado no le incumbe garantizar la justicia divina en la tierra, sino buscar la convivencia pacífica de la sociedad,²⁷ por ello es menester darle utilidad a la pena en beneficio del bien común.²⁸

En segundo lugar, se apunta a la consecuencia desmotivadora del delincuente, quien cultivará “*un intenso resentimiento que le espoleara a perseverar*

24 Juan Cordoba Roda, *Culpabilidad y pena* (Barcelona: Bosch, 1977), 20.

25 Ramón Falcón y Tella, *Fundamento y finalidad de la sanción: ¿un derecho a castigar?*, 132. La postura contraria es el indeterminismo, que predica que el actuar humano no es más que un eslabón en una conexión de hechos causales que no está regida por la libertad. Ambas posturas son explicadas por los hermanos FALCON Y TELLA.

26 Ver. Santiago Mir Puig, *Derecho Penal, parte general*, 85.

27 Carlos Fontán Balestra, *Derecho Penal. Introducción y parte general*, 88. Al respecto refiere que no tomar en cuenta la diferencia entre justicia divina y humana, nos llevaría a una presunción de infalibilidad de la justicia terrenal.

28 Antonio Obregón García y Antonio Gómez Lanz, *Teoría general de la pena*, La aplicación de las consecuencias jurídicas del delito (Barcelona: Bosch, 2005), 24-25.

*en el delito”, y además... “se desanimará en un hipotético intento por mejorar su vida futura”.*²⁹

En tercer lugar, no es cierto que una pena, así concebida, sea racional, puesto que es indudable que lo racional implica reaccionar jurídicamente a la consecución de un fin, por lo que cuando hace falta, al no haber fundamento y sentido, se vuelve irracional.³⁰

Por último, tampoco resulta cierto que con la retribución, se compensa o repara el delito cometido, puesto que un nuevo mal, que no sirve para enmendar el que ha causado el delincuente, tampoco es útil para compensar su culpa.³¹

CHOCLAN MONTALVO afirma que la crisis de la idea retributiva como fin de la pena es consecuencia de la crisis de la concepción normativa del concepto de culpabilidad.³² Si se parte de que la pena en sentido de retribución presupone la reprochabilidad del comportamiento a través de la declaratoria de culpabilidad del delincuente, a la vez presupone que su actuar es producto de su libre voluntad, tal y como lo propugna el indeterminismo sobre la base del libre albedrío, (concepto filosófico cuya existencia no se puede probar). En otras palabras, la base del concepto de culpabilidad, así entendida, está en crisis.³³

Con influencia de ciencias como la psicología y el psicoanálisis, se pone entre dicho la normatividad de la culpabilidad, ya que es imposible demostrar si una persona ante una situación concreta ha actuado conforme a esa libertad o no.³⁴

ROXIN refiere que el concepto de culpabilidad favorece al ciudadano, puesto que al limitar al Estado, crea una presunción a favor del delincuente, en

29 Ibid. 25.

30 Carlos Fontán Balestra, *Derecho Penal. Introducción y parte general*, 88

31 Ibid.

32 José Antonio Choclán Montalvo, *Culpabilidad y pena, su medición en el sistema penal salvadoreño*, 55-68.

33 Gunther Stratenweeth, *Culpabilidad por el hecho y medida de la pena*, El futuro del principio jurídico penal de culpabilidad (Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1981), 89.

34 Ver. Enrique Gimbertat Ordeig, *¿Tiene un futuro la dogmática jurídica-penal?*, Estudios de Derecho Penal (Madrid: Civitas, 1981), 143.

el sentido de que actuó en pleno uso de su libertad; de lo contrario, al suprimirla, no habría más remedio que aplicar medidas de seguridad a favor del Estado, lo que le perjudicaría.

En ese sentido, no se trata de declarar ontológicamente la existencia del libre albedrío, sino postular político criminalmente un mandato al juez, que debe tratar al ciudadano como persona capaz de tomar una decisión autónoma y de responsabilidad, siempre y cuando tenga capacidad de motivación. Por lo tanto, la culpabilidad debe enjuiciarse según criterios de utilidad o dañosidad social.³⁵

2.2. Teorías relativas.

La base fundamental de las teorías relativas descansa en que la pena es siempre un medio para alcanzar un fin utilitarista, prescindiendo de consideraciones trascendentes, como lo sería un concepto absoluto e ideal, anterior al hombre, de la justicia.³⁶ En ese sentido, se despreocupan del fundamento de la pena y buscan dar respuesta a la pregunta: ¿Para qué sirve? Lo anterior se resuelve tomando a consideración las funciones del Derecho Penal en general y la pena en particular, por lo que en sentido amplio, se justificaría en razones sociales, políticas y jurídicas y, en último término, por su utilidad social.³⁷

En otras palabras, se castiga no porque se haya delinquirido en el pasado, sino para evitar que se delinca en el futuro, protegiendo de esa manera la sociedad en su convivencia pacífica.³⁸

La doctrina distingue dos tipos de teorías relativas, como lo son las *preventivo-generales* y *preventivo-especiales*, las cuales se estudiarán a continuación.

35 Ver. Claus Roxín, *Culpabilidad y prevención en Derecho Penal*, Trad. Muñoz Conde (Madrid: Reus, 1981), 48-49.

36 Ver. Juan Bustos Ramírez y Hernán Hormazábal Malareé, *Lecciones de Derecho Penal.*; y Francisco Muñoz Conde y Mercedes García Aran, *Derecho Penal, parte general*, 47.

37 Francisco Muñoz Conde y Mercedes García Aran, *Derecho Penal, parte general*, 47.

38 Cf. Antonio Obregón García y Antonio Gómez Lanz, *Teoría general de la pena*, 25.

2.2.1. Finalidades preventivo generales.

Para esta teoría, la pena irradia su alcance de manera general a la comunidad en varios momentos diferentes: *i)* mediante la amenaza que hace el legislador con la norma penal; *ii)* la imposición concreta de la pena de parte del juzgador al declarado culpable; y *iii)* la ejecución de la misma.³⁹ Con ello se pretende la prevención de delitos actuando de manera general sobre la comunidad, amenazada que de actuar conforme a un supuesto de hecho contenido en una norma penal, será objeto de una sanción.⁴⁰ Empero, no basta la simple amenaza de una pena, es necesario que exista certeza de su imposición y ejecución, puesto que de esto depende su eficacia.⁴¹

FREUD señaló que algunas personas detienen sus impulsos antijurídicos cuando advierten que el que actúa fuera de la ley, con la finalidad de salirse con la suya, no consigue éxito; sino que al contrario, sufre graves inconvenientes (la pena), apaciguando la tentación de todos los miembros de la sociedad.⁴²

Es decir que la norma proyecta en la *psique* humana una serie de mecanismos conformados por procesos psicológicos que inducen a respetar los bienes jurídicos que protege la norma. Este proceso, al ser parte integrante de la norma penal, lleva a la conclusión que la función motivadora es además, objeto del Derecho Penal.⁴³

Empero no solo intimidación se logra con dicha categoría, sino también la *“motivación integradora del consenso a través de la confirmación y aseguramiento de las normas básicas que rigen la convivencia social”*.⁴⁴ Lo anterior pues, al ser el Derecho Penal parte del control social, se asegura el cumplimiento de las expectativas

39 Claus Roxín, *Derecho Penal, parte general, Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, 89.

40 Francisco Muñoz Conde y Mercedes García Aran, *Derecho Penal, parte general*. 48. FEUERBACH le denominaba “coacción psicológica”. Citado por MUÑOZ CONDE/GARCIA ARAN. En idéntico sentido: Santiago Mir Puig, *Derecho Penal, parte general*, 87.

41 Claus Roxín, *Derecho Penal, parte general, Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, 90.

42 Ver. Ibid. Citado por ROXIN.

43 Francisco Muñoz Conde, *Derecho Penal y control social* (España: Fundación Universitaria de Jerez, 1985), 31.

44 Ibid. 41.

de conducta y los intereses contenidos en las normas, confirmándolas contra fácticamente, al haber sido frustradas, con la respectiva sanción.⁴⁵

2.2.1.1. Finalidad preventiva- general negativa.

Esta teoría busca la prevención de delitos mediante la intimidación general de las personas con potencial de delinquir a través de la conminación penal.⁴⁶ En ese sentido, opera como coacción psicológica en el momento abstracto de la incriminación penal;⁴⁷ y por lo tanto, la ejecución de la misma solo tiene sentido para confirmar la seriedad de la amenaza legal.⁴⁸

Obviamente, sin el contrapeso de la proporcionalidad, que sería la medida racional entre culpabilidad y pena -Art. 63 CP-, que se vuelve un freno frente a la actuación estatal, se cometerían extremos irracionales⁴⁹, a saber: *i*) delitos menos graves, que cometidos con frecuencia y cuya persecución sea débil, podrían ser castigados con penas gravísimas para evitar su cometimiento; *ii*) la falta de eficacia de una norma penal, que provocada por la nula reacción de la sociedad, generaría una exasperación en la amenaza penal mediante una reforma, aumentando la discrepancia entre la voluntad del legislador y la de la comunidad. Por otra parte, *iii*) casos que la sociedad considera gravísimos, “v.g. el parricidio”, por el mismo hecho de ser reprochados con extrema gravedad

45 Ibid. No obstante dicho autor refiere que la tesis del Derecho Penal como derecho igualitario y de la pena como prevención integradora del consenso es insostenible con un modelo basado en la desigualdad y en la explotación del hombre por el hombre. Ver. Sentencia dictada en el proceso de inconstitucionalidad referencia 11-2004 (El Salvador, Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, 2006).

46 Claus Roxin, *Derecho Penal, parte general, Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, 91.

47 Francisco Muñoz Conde y Mercedes García Aran, *Derecho Penal, parte general*. 48. FEUERBACH, citado por MUÑOZ CONDE/GARCIA ARAN; y Santiago Mir Puig, *Derecho Penal, parte general*, 87.

48 Ver. Santiago Mir Puig, *Introducción a las Bases del Derecho Penal*, 53.

49 Ver. José Antonio Choclán Montalvo, *Culpabilidad y pena, su medición en el sistema penal salvadoreño*, 81. Sobre el principio de proporcionalidad, la SC ha dicho que si bien es cierto no está contemplado expresamente en el texto constitucional, puede derivarse dicho principio del Art. 246 CS, en tanto limite a la potestad legislativa al desarrollar disposiciones constitucionales, que alteren derechos y principios que la misma consagre. Ver SC DE LA CSJ, sentencia dictada en el proceso de inconstitucionalidad referencia 15-1996, 14 de febrero de 1997. Con respecto a la culpabilidad resulta ser el instrumento tradicional, a la vez más seguro, en su función limitadora de la pena. En ese sentido, la teoría de la prevención general no aporta dicho baremo de medición, sino que se debe recurrir a otra categoría independiente.

mediante otros controles sociales y que al cometerse muy pocos, podrían ser penados por el legislador con menos pena que los cometidos frecuentemente.⁵⁰

ROXIN agrega, como reparo, que la tarea de fundar la pena en la necesidad de amenazar a la colectividad, supondría utilizar al condenado como instrumento, castigándole para que los demás no delinca.n.⁵¹

De igual manera, hay autores que añaden como crítica, que los efectos preventivos generales no son comprobables empíricamente.⁵² Lo mismo sucede con la pretensión de que el potencial delincuente, gracias a la motivación de la pena, hará una ponderación de costes y beneficios al representarse el cometimiento del delito, presuponiendo su abstención una racionalidad homogénea de todas las personas;⁵³ mucho menos si la población en general, sencillamente desconoce la vigencia de la norma prohibitiva.⁵⁴

Por último, siguiendo con los reparos que se le formulan, la teoría gradúa la pena no por la gravedad del hecho, sino por la necesidad de prevención, lo que puede dar lugar al terror penal, al autoritarismo y a la arbitrariedad.⁵⁵

2.2.1.2. Finalidad preventiva - general positiva.

Busca la prevención de delitos mediante la afirmación de las convicciones jurídicas fundamentales, de la conciencia social de la norma o de una actitud de respeto por el Derecho.⁵⁶

50 José Antonio Choclán Montalvo, *Culpabilidad y pena, su medición en el sistema penal salvadoreño*, 53-54.

51 Santiago Mir Puig, *Introducción a las Bases del Derecho Penal*, 54-55.

52 Cf. Juan Bustos Ramírez y Hernán Hormazábal Malareé, *Lecciones de Derecho Penal*, 48.

53 Ibid. "volume": "1", "event-place": "Madrid", "author": [{"literal": "Juan Bustos Ramírez"}, {"literal": "Hernán Hormazábal Malareé"}], "issued": {"date-parts": [{"1997}]}], "schema": "https://github.com/citation-style-language/schema/raw/master/csl-citation.json"} Pág. 48; y José Antonio Choclán Montalvo, *Culpabilidad y pena, su medición en el sistema penal salvadoreño*, 81.

54 José Antonio Choclán Montalvo, *Culpabilidad y pena, su medición en el sistema penal salvadoreño*, 81. HASSEMER, citado por CHOCLÁN MONTALVO.

55 Ver. Juan Bustos Ramírez y Hernán Hormazábal Malareé, *Lecciones de Derecho Penal*, 48.

56 Ver. Claus Roxin, *Culpabilidad y prevención en Derecho Penal*, 101-103; Santiago Mir Puig, *Derecho Penal, parte general*, 88. Santiago Mir Puig, *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de derecho* (Barcelona: Bosch, 1982), 31. Winfried Hassemer, *Fines de la pena en el Derecho Penal de orientación científico-social*, *Derecho Penal y Ciencias Sociales* (Barcelona:

En otras palabras, busca demostrar la “inviolabilidad del ordenamiento jurídico ante la comunidad jurídica y así reforzar la confianza jurídica del pueblo”⁵⁷; o lo que es lo mismo, cumple la función de robustecimiento de la pretensión de validez de las normas jurídicas en la conciencia social a través de la pena, restableciendo la confianza en el Derecho.⁵⁸

La norma jurídica es un sistema de expectativas que no solo se espera que se evite la conducta prohibida; sino también que, en caso de que sea realizada, se imponga una pena. Al violentarse la primera, se está frustrando la norma, por lo que la pena vendría a garantizar vigencia de la primera.⁵⁹ Desde el punto de vista de esta teoría, el ámbito de actuación de la pena es evitar delitos a futuro, influyendo psicológicamente en los ciudadanos en general, potenciales delinquentes o no, estabilizando, manteniendo o fortaleciendo su conciencia de lo antijurídico y la fidelidad interna a las normas.⁶⁰

KAUFMANN atribuye tres significados a esta teoría, a saber: (i) una función informativa de lo prohibido y de lo que se debe hacer (y lo que no); (ii) la misión de reforzar la confianza, y mantenerla, en la capacidad del derecho de permanecer e imponerse; y (iii) crear y fortalecer en los ciudadanos una actitud de respeto por el derecho.⁶¹ ROXIN agrega una más, que tiene que ver con esta última: el efecto de pacificación, que se produce cuando la conciencia jurídica general se tranquiliza, en virtud de la sanción, sobre el quebrantamiento de la ley y considera solucionado el conflicto con el autor.⁶²

Santiago Mir, 1982), 137. Armin Kaufmann, *La misión del Derecho Penal*, Política criminal y reforma del Derecho Penal (Bogotá: Mir Puig, 1982), 127.

57 Claus Roxín, *Culpabilidad y prevención en Derecho Penal*, 91.

58 Ver. José Antonio Choclán Montalvo, *Culpabilidad y pena, su medición en el sistema penal salvadoreño*, 82-83.

59 Francisco Muñoz Conde, *Derecho Penal y control social*, 25.

60 Cf. Bernardo Feijoo Sanchez, *Retribución y prevención general. Un estudio sobre la teoría de la pena y las funciones del Derecho Penal*, 307.

61 Ver. Armin Kaufmann, *La misión del Derecho Penal*, 127.

62 Claus Roxín, *Derecho Penal, parte general, Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, 91. De dicha función deriva el nombre de función integradora.

MIR PUIG critica las posturas extremas que pretenden legitimar la finalidad de la pena en base a los postulados radicales de esta teoría, en el sentido de que pretende “moralizar” al ciudadano mediante la coacción penal, buscando la adhesión interna de valores jurídicos, intromisión no permitida por respeto al principio de dignidad de la persona humana -Art. 2 CS- y menos coactivamente.⁶³

De igual manera, MUÑOZ CONDE señala, que el Derecho Penal puede volverse legitimador de un orden social injusto, y que por lo tanto, al crear delincuencia, más bien realizar un proceso de criminalización, busque introyectar a la población, mediante la prevención general positiva, ciertos valores en particular que le convengan, volviéndose manipulador.⁶⁴

La prevención general positiva, parte al igual que la negativa del concepto de motivación; pero no a través del miedo, sino por el Derecho que comunica a la población determinados valores jurídicos, contribuyendo al aprendizaje social. Esto presupone la consideración de una racionalidad libre de la persona y la existencia de miembros de una sociedad homogénea y motivable.⁶⁵ Es decir, que ese efecto que se espera, no es comprobable empíricamente en todas las personas que se pretenden motivar.

Esta teoría ha encontrado actualmente en el funcionalismo de JAKOBS, que descansa sobre la base de las finalidades preventivo generales positivas de la pena, su principal promotor, quien parte de que al ser entendida la pena como un mal, la secuencia externa del hecho (delito) y pena, se produciría según la conocida expresión de HEGEL, la irracional secuencia de dos males. Sólo sobre la base de una comprensión comunicativa del hecho entendido como afirmación que contradice la norma y la pena entendida como respuesta que confirma la

63 Ver. Santiago Mir Puig, *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de derecho*, 32.

64 Francisco Muñoz Conde, *Derecho Penal y control social*, 43.

65 Cf. Juan Bustos Ramírez y Hernán Hormazábal Malareé, *Lecciones de Derecho Penal*, 50.

norma, puede hallarse una relación ineludible entre ambas.⁶⁶

En ese sentido, al ser la pena una muestra de la vigencia de la norma a costa de un responsable surgiendo un mal, cumple su cometido sólo con la estabilización de la norma lesionada.⁶⁷ De igual manera, para esta teoría el acto de comunicación que la pena supone no tiene destinatario prevalente al delincuente, sino al conjunto de ciudadanos que poseen ciertas expectativas, que la norma expresa (expectativa normativa), mostrándoles que al respetar la norma, están en lo cierto y que el defecto está en el actuar del otro (que la ha incumplido).

Por otra parte, para dicho autor, el delito es una comunicación defectuosa, una defraudación de expectativas que lesiona la vigencia de la norma, por lo que la pena, que se mueve en el plano simbólico o comunicativo, tiene la función de mantener dichas expectativas; siendo así, de ninguna manera es un instrumento de protección de bienes jurídicos.⁶⁸ Por ello, la imposición de la pena es la forma que tiene el sistema social de tratar las defraudaciones a costa del infractor y cumplir su función de estabilización normativa.⁶⁹

Así JAKOBS afirma que el Derecho Penal confirma la identidad social;⁷⁰ y no es tan solo un medio para mantenerla, sino que ya constituye ese mantenimiento.⁷¹ En ese sentido, le corresponde la función de velar por la parte más esencial de tales normas y solventar su subsistencia, estructurando de esa forma la base de lo social.

66 Cf. Gunther Jakobs, *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho Penal funcional*, 10 y ss.

67 Cf. Gunther Jakobs, *Derecho Penal, parte general, fundamentos y teoría de la imputación*, 9

68 Ver. Gunther Jakobs, *¿Cómo protege el Derecho penal y qué es lo que protege? Contradicción y prevención; protección de bienes jurídicos y protección de la vigencia de la norma.*, Libro homenaje al Profesor Dr. Günther Jakobs, *Desafíos del Derecho penal en el Siglo XXI* (Ara, 2005), 147 y ss.

69 Ver. Bernardo Feijoo Sanchez, *La Normativización del Derecho Penal: ¿Hacia una teoría sistémica o hacia una teoría intersubjetiva de la comunicación?*, *Teoría de Sistemas y Derecho Penal, Fundamentos y posibilidad de aplicación* (Lima: Ara, 2007), 553.

70 Ver. Gunther Jakobs, *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho Penal funcional*, 11.

71 *Ibid.* 11.

Por lo tanto, es imposible desgajar al Derecho Penal de la sociedad, ya que existe una dependencia recíproca entre ambos: cabe asumir al Derecho Penal que realice esfuerzos para afrontar nuevos problemas sociales, hasta que el sistema jurídico alcance una complejidad adecuada con referencia al sistema social.⁷²

Ahora bien, desde su concepción el Derecho Penal no está orientado al servicio del orden de lo materialmente justo, sino precisamente que este derecho se justifica por su prestación para el mantenimiento del todo social, y éste se ha desarrollado por la comunicación.

En conclusión, para JAKOBS, las normas jurídicas serían “*expectativas del comportamiento contrafacticamente estabilizadas*”; el delito, una comunicación defectuosa que quebranta la vigencia de la norma; y la pena, un instrumento de aseguramiento contrafáctico y cognitivo de la vigencia de la norma.⁷³

Por último, es importante destacar que en cierta jurisprudencia de la SC empieza a tener eco la concepción funcionalista, ya que ha dicho con respecto a la misión del Derecho Penal y Procesal Penal, que “*parte de la base de asegurar los valores fundamentalmente consensuados dentro del marco de la Constitución y el afianzamiento de la identidad normativa de la sociedad conforme la aplicación de la pena en aquellos casos en que se ha realizado un delito*”.⁷⁴

2.2.2. Finalidades preventivo – especiales.

A diferencia de la función preventivo general de la pena que se proyecta a la colectividad, estas teorías propugnan que su objeto principal es la prevención de delitos que puedan proceder de una persona determinada.⁷⁵ Empero no cualquier sujeto, sino solo aquel que ya ha delinquirido y que por lo

72 Ibid. 15.

73 Cf. Gunther Jakobs, *La imputación jurídico-penal y las condiciones de vigencia de la norma*, Teoría de Sistemas y Derecho Penal, Fundamentos y Posibilidad de Aplicación, Trad. de Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles y Carlos Gómez-Jara Díez (Lima: Ara, 2007), 277.

74 Ver. Sentencia dictada en el proceso de inconstitucionalidad referencia 6-2009 (El Salvador, Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, 2012).

75 Claus Roxín, *Derecho Penal, parte general, Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, 85. Lo que la convierte en teoría relativa es la finalidad preventiva, diferenciándola de las absolutas.

tanto ha sido sancionado, por lo que se trata de que quien la sufre no vuelva a delinquir.⁷⁶ No opera, por lo tanto, en el momento de la conminación penal, sino en el momento de su ejecución.⁷⁷

Ha sido VON LISZT quien en su "Programa de Marburgo" sentó como postulado político criminal, a la fecha vigente, de que la finalidad de prevención especial se cumple de forma distinta según el tipo de delincuente: *i)* para el delincuente ocasional necesitado de correctivo, la pena es un recordatorio que le inhibe de ulteriores delitos. *ii)* Con respecto al delincuente no ocasional corregible, debe buscarse la resocialización con una adecuada ejecución de la pena; y *iii)* frente al delincuente habitual incorregible, la pena le tiene previsto la inocuización a través de su aislamiento.⁷⁸

Para el referido autor, a través de la intimidación del delincuente, no de la sociedad, la función de la pena se lleva a cabo mediante la corrección o resocialización y la inocuización. En ese sentido, el Derecho Penal lucha contra el delito, combate sus causas a través de la personalidad del delincuente, protegiendo de esta manera los bienes jurídicos más importantes de la sociedad.⁷⁹

Agrega dicho autor, que la prevención especial actúa de tres formas: *i)* asegurando a la comunidad frente a los delincuentes, mediante el encierro de éstos; *ii)* intimidando al autor mediante la pena, para que no cometa futuros delitos; y *iii)* preservándole de la reincidencia mediante su corrección.⁸⁰ Esta postura, es compatible con la que justifica la pena a través de su necesidad, en el sentido de que se han creado una serie de instituciones, como los beneficios penitenciarios, que permiten dejar de imponer la pena o ejecutarla total o parcialmente, cuando las condiciones propias del delincuente lo permitan.⁸¹

76 Cf. Santiago Mir Puig, *Derecho Penal, parte general*, 88.

77 Santiago Mir Puig, *Introducción a las Bases del Derecho Penal*, 55.

78 Ver. Fran Von Liszt, *La idea de fin en el Derecho Penal. Programa de la Universidad de Marburgo*, Trad. Carlos Perez del Valle (Granada: Comares, 1995), 77-91.

79 *Ibid.* 91.

80 Claus Roxín, *Derecho Penal, parte general, Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, 85-86.

81 Santiago Mir Puig, *Derecho Penal, parte general*, 91.

Históricamente, han sido denominadas teorías de la enmienda, y refiere que la pena al ser correctiva, deja de ser un mal, por cuanto el condenado es una persona necesitada de mejoramiento moral y severa disciplina que le vuelvan a ser útil para la sociedad.⁸²

Por último, estas teorías parten de un sustrato filosófico diferente al de las preventivos generales, ya que para las primeras, el ser humano no es libre y por lo tanto está determinado al delito como ser defectuoso; en cambio para las últimas, el ser humano es libre, “*corriente denominada indeterminista*”.⁸³

2.2.2.1. Finalidad preventivo - especial positiva.

Esta teoría ve en la pena la oportunidad de resocializar y reeducar al delincuente, es decir volverlo apto para vivir en sociedad. En ese sentido, la pena solo tendría sentido, si lleva implícita en la ejecución un plan reeducador correccional, de readaptación social en definitiva, partiendo de ese modo de la idea de fin.⁸⁴ Estos postulados partieron las teorías extremas correccionalista, que entiende el Derecho Penal como protector de los criminales, y del positivismo criminológico, que llevó a la sustitución de la pena por medida de seguridad.⁸⁵

La fundamentación de la pena por la vía de esta teoría, por sí sola, se le recriminan varias posturas: *i*) puede generar supuestos de condenas con penas de larga duración, mientras dura el proceso resocializador, para delitos menos graves;⁸⁶ *ii*) de igual manera puede resultar ilícita, en el caso de intentar la persuasión a fuerza de tratamientos, sin que medie voluntad del penado;⁸⁷

82 Cf. Carlos Fontán Balestra, *Derecho Penal. Introducción y parte general*, 541.

83 Ver. Juan Bustos Ramírez y Hernán Hormazábal Malareé, *Lecciones de Derecho Penal*, 51.

84 Santiago Mir Puig, *Introducción a las Bases del Derecho Penal*, 55-58.

85 *Ibid.* 56; y José Antonio Choclán Montalvo, *Culpabilidad y pena, su medición en el sistema penal salvadoreño*, 73-75.

86 Santiago Mir Puig, *Introducción a las Bases del Derecho Penal*, 57; y Claus Roxín, *Derecho Penal, parte general, Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, 88.

87 Santiago Mir Puig, *Derecho Penal, parte general*, 91.

iii) casos de inocuización perpetua cuando sea incorregible;⁸⁸ o iv) casos de impunidad, aun para delitos graves, cuando el condenado no necesite ningún tratamiento resocializador o reeducador, en los que habría falta de necesidad de la pena.⁸⁹ Tampoco es necesaria la pena para el caso de delinquentes que para cometer el delito, obedecieron estímulos y circunstancias que, con seguridad, no volverán a repetirse en la vida del individuo.⁹⁰

Asimismo, se enfrenta con el cuestionamiento de con qué derecho deben dejarse educar y tratar los ciudadanos adultos por el Estado; al grado que tanto KANT como HEGEL veían en ello una violación de la dignidad humana, interpretación que no está alejada de la realidad en el orden jurídico salvadoreño, que contempla como un valor fundamental constitucional, la dignidad del ser humano -Art. 2 CS-, y a la vez como un principio limitador del Derecho Penal -Art. 2 CP-.⁹¹

Por último, se enfrenta a la dificultad de dar respuesta al delincuente reincidente que supuestamente ha sido reeducado, tomando en cuenta que, si se pretende una finalidad concreta como lo es su readaptación, no se ha tenido éxito; por lo que el problema de su justificación se tornó en su desencanto, quedó plasmado en el lema "*nothing works*" (nada funciona).⁹²

2.2.2.2. Finalidad preventivo - especial negativa.

Esta teoría propugna la pena con la función de proteger a la comunidad, aislando al delincuente peligroso para evitar su reincidencia delictiva.

88 Santiago Mir Puig, *Introducción a las Bases del Derecho Penal*, 58.

89 Ibid. 58; y Claus Roxín, *Derecho Penal, parte general, Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, 89. En idéntico sentido ROXIN, quien además agrega que esta teoría en ocasiones no haya que hacer con esta clase de delinquentes –los que no necesitan reeducación-, ejemplificando el caso de los delinquentes del nacional-socialismo que hoy en día son inofensivos y viven en sociedad discretamente.

90 Santiago Mir Puig, *Derecho Penal, parte general*, 92. Frase de ROXIN, citado por MIR PUIG.

91 Cf. Claus Roxín, *Derecho Penal, parte general, Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, 88.

92 Ibid. 89.

Al entenderse como exclusiva dicha finalidad, se convierte en un planteamiento reduccionista, objeto de graves críticas, como lo sería, en primer lugar: *i)* la utilización de la persona humana como instrumento, la cual se ve cosificada, sin respetarse su dignidad reconocida por la CS, en su Art. 2⁹³; *ii)* al apartarle, sin más, de la sociedad en beneficio de ésta, se escoge la opción social en detrimento de la persona humana, lo cual olvida el fin del Estado salvadoreño, según el Art. 1 CS; *iii)* los sujetos peligrosos e incorregibles, recibirían un tratamiento especial, concretamente se generarían casos de inocuización perpetua;⁹⁴ y *iv)* por último, la pena sería más que un mal, un encierro para los indeseables.

2.3. Teorías eclécticas o de la unión.

Tal y cual hemos expuesto, cada una de las posturas que buscan dar sentido a la pena, por si solas, radicalizan sus planteamientos, generan soluciones injustas y por lo tanto se vuelven criticables.⁹⁵ No pasó mucho tiempo para que aparecieran teorías eclécticas, que trataran la retribución, la prevención general y especial, como distintos aspectos de un fenómeno complejo como lo es la pena.⁹⁶

Varias han sido las teorías eclécticas que han sido puestas sobre la mesa, pero ha sido ROXIN, quien propuso la más simple y unitaria.⁹⁷ Este autor, señala que debe existir una “*recíproca complementación y restricción*”⁹⁸ entre las finalidades antes estudiadas, en el que sus aciertos sean conservados en una concepción amplia y que sus deficiencias amortiguadas, denominándole “*teoría unificadora preventiva dialéctica*”.⁹⁹

93 Ver. Juan Bustos Ramírez y Hernán Hormazábal Malareé, *Lecciones de Derecho Penal*, 51.

94 Cf. Santiago Mir Puig, *Introducción a las Bases del Derecho Penal*, 58.

95 Cf. Claus Roxin, *Derecho Penal, parte general, Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, 94.

96 Cf. Santiago Mir Puig, *Derecho Penal, parte general*, 93.

97 Ibid. 96.

98 Claus Roxin, *Derecho Penal, parte general, Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, 95.

99 Ibid. 95.

No obstante lo anterior, manifiesta expresamente la renuncia a la retribución, agregando que aunque es cierto que toda pena es una intervención coercitiva del Estado y una carga para el condenado, en cuanto es inherente a ella un elemento represivo, las finalidades preventivo generales vendrían a suplir las “bondades” de la retribución;¹⁰⁰ así por ejemplo, el caso según el cual solo la teoría de retribución podría resolver, cual es el de los nazis que se dice que, luego de cometer crímenes horrendos, vivieron apegados a la ley, sin necesidad de reeducación alguna, la teoría preventivo general positiva obligaría imponer una pena.¹⁰¹

Empero ROXIN afirma por otro lado, que el principio de culpabilidad exige que la pena sea proporcional a la culpabilidad del reo;¹⁰² lo cual debe pasar a formar parte también de la teoría ecléctica como medio de limitación de la pena, ya que remedia el defecto propio a todas las teorías preventivas, cual es que para su enfoque se dejan de lado las barreras del poder sancionador.¹⁰³ A ello hay que agregar otra exigencia de dicho principio que debe respetarse, y es que las necesidades de prevención (general o especial) no pueden legitimar una pena que supere la gravedad de la culpabilidad.¹⁰⁴

Por ello, todavía hay autores que no renuncian a la retribución en las teorías eclécticas, salvando de ellas, al igual que ROXIN, esa parte que resume el principio de culpabilidad.¹⁰⁵ A pesar de lo anterior, este último autor defiende que el fin de la pena sólo puede ser de tipo preventivo, y que la búsqueda simultánea, tanto de finalidades preventivo generales como especiales, no es problema si se

100 Ibid. 98.

101 Ibid. 98.

102 Ver. Hans-Heinrich Jescheck, *Tratado de Derecho Penal*, 58. Ramón Falcón y Tella, *Fundamento y finalidad de la sanción: ¿un derecho a castigar?*, 133. Según dichos autores, la culpabilidad es presupuesto base de la teoría de la retribución.

103 Cf. Claus Roxin, *Derecho Penal, parte general, Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, 99.

104 José Antonio Choclán Montalvo, *Culpabilidad y pena, su medición en el sistema penal salvadoreño*, 95. El principio de proporcionalidad en nuestro ordenamiento jurídico, es una limitante de la pena en ambas vertientes, ya que el Art. 63 CP establece que la pena no podrá exceder el desvalor que corresponda al hecho realizado por el autor y será proporcional a su culpabilidad.

105 Ibid. 96. ZIPF, citado por CHOCLÁN MONTALVO.

logra un correcto equilibrio entre ambas, aunque no se necesite resocialización alguna, la necesidad de prevención general fundamentaría la pena.¹⁰⁶

Por otro lado agrega que es necesario, por el principio de dignidad humana, que la resocialización sea opcional al condenado para que sea eficaz, y que en casos en que haya conflicto entre ambas funciones, en el sentido de que una aconseje una pena más grave por ejemplo, es necesario sopesar los fines de prevención especial y general y ponerlos en un orden de prelación, teniendo preferencia la prevención especial, por lo que se debería cumplir la pena más baja y buscar un sustituto penal;¹⁰⁷ y al contrario, por motivo de los efectos preventivo especiales, la pena no puede ser reducida hasta tal punto que la sanción ya no se tome en serio en la comunidad, pues quebrantaría la confianza en el ordenamiento jurídico.¹⁰⁸

Por último, refiere que las finalidades de la pena se acentúan en diferentes momentos en la vida de la misma; así, en primer lugar, con la conminación penal se logra la prevención general. En segundo lugar, en la imposición de la pena en la sentencia, privan fines y necesidades preventivas especiales y generales. Por último, en la ejecución de la pena pesa la prevención especial.¹⁰⁹ Con la conminación legal se busca la protección de bienes jurídicos y prestaciones públicas imprescindibles a través de la prevención general de los hechos que atenten contra tales bienes.¹¹⁰

En el segundo momento, es decir con la aplicación judicial, sirve de complemento a la función de prevención general, confirmando la seriedad de la amenaza abstracta expresada por la ley; pero sin sobrepasar la culpabilidad del autor, sirviendo a la vez a la prevención especial.¹¹¹ En el momento de la

106 Ibid. 95.

107 Ibid. 96-97.

108 Ibid. 96.

109 Ibid. 97.

110 Santiago Mir Puig, *Derecho Penal, parte general*, 96. ROXIN, citado por MIR PUIG.

111 Ibid. 96-97. ROXIN, citado por MIR PUIG.

ejecución de la pena, sirve de confirmación a los fines anteriores, tendiendo a la resocialización del delincuente, como forma de prevención especial.¹¹²

3. Jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional.

La CS habilita a los Tribunales de justicia penal la facultad de imponer penas, siempre y cuando se respeten las garantías constitucionales instauradas y los principios limitadores del *ius puniendi*, de conformidad a los Arts. 13 y 14.

Empero es el Art. 27 inciso tercero de la Carta Magna el que regula la pena, puntualizando que los centros penitenciarios estarán organizados con la finalidad de procurar la readaptación y resocialización de los delincuentes junto a la prevención de los delitos, prohibiendo en los incisos primero y segundo, la pena de muerte para casos civiles, la prisión por deudas, las penas perpetuas, las infamantes, las proscriptivas y toda especie de tormento.

Dicha disposición conlleva un mandato a favor de las finalidades preventivo-especiales a la pena. Con respecto a ello, la SC en reciente jurisprudencia, reconoce una directriz constitucional de asignar a la ejecución penitenciaria una orientación preventivo-especial positiva, entendida como la búsqueda de la reeducación y reinserción social de los condenados, estipulando de esta manera la resocialización como principio rector de la ejecución penitenciaria. Advierte que, a pesar de que la prisión tiene de hecho este efecto neutralizador mientras se está ejecutando (prevención-especial negativa), la simple retención o custodia del recluso no puede convertirse en un objetivo constitucionalmente válido por sí mismo, que no tome en cuenta los efectos que la privación de libertad haya tenido en la resocialización del penado o en la realización de otro fin constitucionalmente legítimo.¹¹³

Empero también se refirió a las finalidades preventivo generales, ya que agregó además que la referida disposición constitucional, no contiene una

112 Ibid. 97.

113 Ver. Sentencia dictada en el proceso de inconstitucionalidad referencia 63-2010 (El Salvador, Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, 2013).

prohibición para el legislador de atender dichos criterios, en relación con la intensidad de la afectación a la libertad, concretamente la finalidad disuasiva de la pena en el momento de la conminación penal. Sin embargo, aclaró que no pueden existir penas que imposibiliten un tratamiento penitenciario y mucho menos que supongan un encierro prolongado, que sea indefinido o de por vida.¹¹⁴

De esa manera, la SC si bien es cierto no derivó de los postulados constitucionales las finalidades preventivo generales de la pena, abrió la puerta para que el legislador se valiese de la misma para combatir el fenómeno delincencial desde ese punto de vista; no significando que se habilite sancionar en abstracto el delito con marcos de penalidad, que lleven ya en la dosimetría penal a imponer penas extremadamente largas.¹¹⁵

Fue más allá en otra resolución, y refirió que la prevención especial (positiva) no es el único fin constitucional de la pena, pues ésta también sirve para la prevención de delitos (prevención general negativa). En ese entendido, estableció que existe un amplio margen de configuración legislativa del Derecho Penal, tanto respecto a la selección de las consecuencias jurídicas, como en relación a la forma en que serán cumplidas; por lo que aunque el Art. 27 de la CS muestre coincidencias con el ideal resocializador, no supone que exista una obligación constitucional para el legislador de regular tal beneficio para todos los delitos.¹¹⁶

En definitiva, la SC sin decirlo expresamente, al reconocer el mandato preventivo especial contenido en el Art. 27 de la CS y al abrir paso a finalidades preventivo generales en su jurisprudencia, reconoce la necesidad de una pena cuyo sentido no sea potenciar una única teoría sobre las finalidades de la pena, sino parece se ha decantado por la teoría ecléctica o de la unión, al combinar las finalidades estudiadas en diferentes momentos de la vida de la pena.

114 Ver. Sentencia dictada en el proceso de inconstitucionalidad referencia 5-2001, acumulada (El Salvador, Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, 2010).

115 Ver. José Antonio Choclán Montalvo, *Culpabilidad y pena, su medición en el sistema penal salvadoreño*, 96.

116 Ver. Sentencia dictada en el proceso de inconstitucionalidad referencia 25-2006 (El Salvador, Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, 2008).

4. Fricción entre finalidades preventivo generales y especiales en el orden jurídico salvadoreño.

Hasta aquí hemos analizado las diferentes posturas sobre la finalidad de la pena, las cuales son aplicables a nuestro derecho interno, por lo que el esfuerzo que se pretende hacer a continuación es enunciar algunos momentos de tensión entre ambas finalidades y los problemas generados, y en algunos casos, las soluciones aportadas por la jurisprudencia y la doctrina.

El legislador al dictar el CP que entró en vigencia en el año 1998, creó un catálogo de delitos, los cuales sancionó en abstracto con un marco penal mínimo y máximo de pena, cual conminación penal que pone en vigencia la función preventivo general que busca motivar a la población mediante la amenaza de un mal, en el sentido de que se abstenga de realizar las conductas ahí prohibidas.

Según el Art. 63 del mismo cuerpo de leyes, dependiendo de la culpabilidad del sujeto, siguiendo los criterios de determinación de la pena que ahí se exigen, el juez decreta una pena en particular, reafirmando la expectativa violentada por el delito, nutriéndose de esa manera la confianza en el Derecho.

De igual manera, en ese mismo año, entró en vigencia la Ley Penitenciaria (LP), que en su Art. 3 define su objeto: *“procurar la readaptación social de los condenados y la prevención de los delitos, así como la custodia de los detenidos provisionales”*. En dos líneas define la función preventivo especial en sus aspectos positivo y negativo, respectivamente. En ese sentido, los centros penales, de conformidad al Art. 27 de la CS, están organizados para la búsqueda de finalidades preventivas especiales de readaptación social de los condenados; y a la vez, apartándoles de la población en general por el tiempo en que deben cumplir dicha condena.

Empero, tanto el CP como la LP empezaron a sufrir reformas, las cuales ponían énfasis en la prevención general atemperando la prevención especial. Para el caso, se señalan el Art. 45 n° 1, que establecía la pena de prisión como

pena principal, con una duración de seis meses a setenta y cinco años; Art. 71, que regulaba la penalidad del concurso real, advirtiendo que el conjunto de penas impuestas en ningún caso podrá exceder de setenta y cinco años de prisión; y Art. 129 inc. final, todos los anteriores del CP, que señalaba como pena máxima la de cincuenta años para el homicidio agravado.¹¹⁷

En un primer momento la SC avaló tal proceder, ya que reconoció al legislador, como parte de la libertad de configuración legal, la facultad de compaginar finalidades preventivo-generales o retributivas a la hora de la conminación penal, aun exacerbando las penas en cuasi perpetuas¹¹⁸. Afortunadamente la SC, teniendo una conformación diferente, enmendó tal decadente jurisprudencia, manifestando en lo medular que esa libertad de configuración legal que tiene el legislador a la hora de la formulación abstracta de la pena no es ilimitada, ya que el marco penal no puede: *i*) ir en contra de la dignidad humana; *ii*) impedir el proceso de reinserción del condenado; y *iii*) exacerbar al máximo el carácter aflictivo o expiatorio, que ya de por sí es inherente a la cárcel.¹¹⁹

En ese sentido, declaró inconstitucionales parcialmente en cuanto a la determinación de los montos de las penas, los referidos artículos del CP, por cuanto la magnitud prevista por el legislador (75 años) vuelve nugatoria la función resocializadora de la pena contemplada en los incs. 2° y 3° del Art. 27 CS.

Empero, difirió los efectos de dicha declaratoria, a fin de que la Asamblea Legislativa determine la sanción penal a imponer en relación con los máximos de prisión como pena principal (Art. 45 del CP), con la penalidad del concurso real de delitos (Art. 71 del CP), y los límites máximos de la pena

117 D. L. N° 486 del 18-VII-2001 (D. L. 486/2001), publicado en el D. O. N° 144, tomo 352, correspondiente al 31-VII-2001.

118 Ver. Sentencia dictada en el proceso de inconstitucionalidad referencia 32-2006 (El Salvador, Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, 2008). Declaró que en el número uno del Art. 45, en el inciso último del Art. 129 y en el Art. 149, todos del CP, no existe contradicción con el Art. 27 inciso tercero de la CS, porque esta disposición constitucional reconoce al Órgano Legislativo un amplio margen de acción en las políticas públicas en materia criminal.

119 Ver. Sentencia referencia 5-2001, acumulada. (El Salvador, Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia).

de prisión en el delito de homicidio agravado (Art. 129 del CP); lo cual fue cumplido por este último órgano, estableciendo la pena de 60 años de prisión.¹²⁰

No obstante lo anterior, se considera que la pena de prisión de sesenta años sigue volviendo nugatoria la función resocializadora contemplada en los incs. 2° y 3° del Art. 27 CS, ya que no busca ninguna finalidad reeducadora, sino inocuizadora, por cuanto que una persona condenada a esa cantidad de años de prisión, nunca podría resocializarse saliendo de la misma como adulto mayor. De igual manera, la ejecución penitenciaria de corte preventivo especial, presenta fricciones con las finalidades preventivo generales. A su estudio se dedican los siguientes apartados.

II. La Pena de Prisión en Particular.

Lo dicho sobre las finalidades de la pena en general en el primer capítulo, no aplica a todas las penas existentes -tomando en cuenta que la legislación salvadoreña ofrece un catálogo más amplio en los Arts. 45 y 46 del CP que las clasifica en principales y accesorias, verbigracia la de prisión, arresto de fin de semana, arresto domiciliario, multa y prestación de trabajo de utilidad pública-. En ese sentido, penas como la de multa, en las que no existe privación de libertad, no es posible hablar de prevención especial negativa o función inocuizadora, por ejemplo.

Aclarado lo anterior, la finalidad de este trabajo va orientado al estudio de los límites legales a los beneficios penitenciarios, los cuales solo son predicables para la pena de prisión.

1. Concepto y finalidades de la pena de prisión en particular.

La prisión es aquella pena que implica afectación al bien jurídico *libertad* mediante la reclusión por un tiempo determinado, efectuada en un

120 D.L. No. 1009, 29 de febrero de 2012, publicado en D.O. No. 58, T. 394, 23 de marzo de 2012.

establecimiento penitenciario y bajo un determinado régimen de actividades.¹²¹ De las penas principales es de las más importantes y coactivas por antonomasia, siendo una de las consecuencias jurídicas del delito más gravosas que existen.¹²²

La legislación salvadoreña no hace un esfuerzo para clasificarla, limitándose a establecer el marco penal, mínimo y máximo, de su duración, estableciendo que va de seis meses a sesenta años -Art. 45 numeral 1) del CP-, agregando que será cumplida en una celda o pabellón especial de aislados.

Empero en la LP, se regula una clasificación de delitos en base a la duración de la pena de prisión, así en el Art. 18 inciso 2 del CP, se establece que los delitos son graves y menos graves, siendo los primeros aquellos que están castigados con pena de prisión con un máximo superior a los tres años, y por deducción, los menos graves, son aquellos señalados con pena de prisión cuyo límite máximo es inferior a los tres años de prisión. En ese sentido, podemos clasificar también las penas en graves y menos graves, siendo la línea divisoria entre una y otra la cantidad de tres años de prisión.

2. Los sistemas penitenciarios.

La prisión como pena no siempre fue el eje del Derecho Penal en la historia, ya que antes del siglo XVIII, no era más que una medida cautelar para garantizar las resultas de otras penas como la de muerte, castigos corporales y las infamantes.¹²³

121 Ver. Miguel Ángel Boldova Pasamar, Luis Gracia Martín, y M. Carmen Alastuey Dobón, *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2004), 55. Entendida como consecuencia jurídica del delito. Gerardo Landrove Diaz, *Las consecuencias jurídicas del delito*, 45. José Lorenzo Salgado, *Penas privativas de libertad. Referencia especial al arresto de fin de semana.*, Penas y medidas de seguridad en el nuevo Código Penal (Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1996), 18-22. Miguel Ángel Boldova Pasamar, Luis Gracia Martín, y M. Carmen Alastuey Dobón, *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, 57.

122 Ver. Santiago Mir Puig, *Derecho Penal, parte general*. Sin lugar a dudas la más grave es la pena de muerte, 658-664; y Francisco Muñoz Conde y Mercedes García Aran, *Derecho Penal, parte general*, 526.

123 Cf. Gerardo Landrove Diaz, *Las consecuencias jurídicas del delito*, 45.

A partir de ese siglo, los procesos de ejecución de la pena de prisión se organizan de acuerdo a unos determinados principios, dando lugar a distintos tipos de sistemas penitenciarios.¹²⁴ Se entiende por sistema penitenciario al conjunto de normas que regulan el funcionamiento de los centros penales, orientadas a los fines que debe lograr la prisión.¹²⁵

2.1. Sistema Progresivo.

Su fundamento es la preparación del penado para la libertad, estimulando en ellos la emulación que habría que conducirles a dicha meta, orientando progresivamente, es decir distribuyendo el tiempo de duración de la condena en diversos períodos en los cuales se acentúan privilegios o ventajas para el recluso, paralelo a su buena conducta y aprovechamiento del tratamiento del que es objeto.¹²⁶ En ese sentido, el avance o regresión de una fase a otra, es recompensa o castigo, según el comportamiento del penado.¹²⁷

Empero la labor de preparar al condenado para su libertad, mediante trabajo, tratamiento y un régimen, no es otra cosa que adaptar la ejecución de la pena a las necesidades resocializadoras de la misma (prevención especial positiva).¹²⁸ Adviértase que, en ese sentido, la finalidad del sistema progresivo, es acorde a las exigencias del Art. 27 inc. 3 CS.¹²⁹

Este sistema debe su éxito a la planificación de la fase ejecutiva, en dos aspectos: la primera, terapéutica, que se sucede a una investigación de la personalidad y relaciones vitales del interno, lo cual en el orden jurídico

124 Ver. Miguel Ángel Boldova Pasamar, Luis Gracia Martín, y M. Carmen Alastuey Dobón, *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, 88. En esa obra se sostiene que la evolución de las penas que castigaban al cuerpo y la vida, a las que privan de libertad, tuvo que ver el sistema de producción capitalista, en el que cobra valor la fuerza de trabajo del hombre y por lo tanto, su cuerpo, siendo en consecuencia los reclusos, una importante fuerza de trabajo de la que se puede disponer, aún a costa de su voluntad individual.

125 Ver. Francisco Muñoz Conde y Mercedes García Aran, *Derecho Penal, parte general*, 577.

126 Ver. Ibid. Pág. 578; y Gerardo Landrove Diaz, *Las consecuencias jurídicas del delito*, 52-53.

127 Ver. Francisco Muñoz Conde y Mercedes García Aran, *Derecho Penal, parte general*, 578.

128 Cf. Borja Mapelli Caffarena y Juan María Terradillos Basoco, *Las consecuencias jurídicas del delito* (Madrid: Civitas, 1996), 139.

129 Ver. José Antonio Choclán Montalvo, *Culpabilidad y pena, su medición en el sistema penal salvadoreño*, 103-108.

salvadoreño es realizado por el Consejo Criminológico Nacional (CCN), Art. 29 LP; y la segunda, la penitenciaria que, basada en la primera, determina el tipo de régimen a aplicar.¹³⁰

La doctrina establece para dicho sistema, con variantes, alrededor de cuatro fases o periodos;¹³¹ a saber: *i*) aislamiento celular, para el reconocimiento del recluso y su clasificación; *ii*) ordinario, vida en común, en el que se es objeto de acción conjunta de todos los medios a disposición de la institución penitenciaria: instrucción, educación, trabajo, etc.; *iii*) confianza o pre-libertad, que busca la preparación para la vuelta a la sociedad, fomentando lazos con el exterior, mediante permisos de salida, búsqueda de trabajo; y *iv*) la libertad condicional o bajo palabra.

La SC ha dicho, a propósito de la libertad condicional, que para algunos doctrinarios constituye la última fase de “los regímenes penitenciarios progresivos”, cuya principal característica es la importancia que le conceden a la buena conducta del recluso en prisión y su prognosis de reinserción social, lo que supera incluso el cumplimiento íntegro de la pena en un régimen cerrado.¹³²

No obstante lo anterior, en dicha jurisprudencia, no deja de dar a entender que esa interpretación es una mera propuesta doctrinaria, la cual le parece irrelevante, ya que sin decirlo expresamente, se decanta interpretando la libertad condicional como un beneficio penitenciario que se da en la última etapa de la ejecución de la pena, y que puede limitarse en abstracto, es decir mediante ley, por finalidades preventivo generales.

En otra línea jurisprudencial, la SC ha dicho que la LP está inspirada en el “ideal resocializador”, el cual descansa sobre dos ejes: el régimen y el tratamiento penitenciarios.¹³³ El primero, entendido como el orden normal de

130 Cf. Borja Mapelli Caffarena y Juan María Terradillos Basoco, *Las consecuencias jurídicas del delito*, 140.

131 Ver. Gerardo Landrove Diaz, *Las consecuencias jurídicas del delito*. Págs. 53-54. Francisco Muñoz Conde y Mercedes García Aran, *Derecho Penal, parte general*. Pág. 580. Miguel Ángel Boldova Pasamar, Luis Gracia Martín, y M. Carmen Alastuey Dobón, *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, 90.

132 Ver. Sentencia de inconstitucionalidad referencia 25-2006. (El Salvador, Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia).

133 Ver. Sentencia de inconstitucionalidad referencia 5-2001. (El Salvador, Sala de lo Constitucional

convivencia al interior de un establecimiento penitenciario, a través de normas, y el segundo, como el conjunto de actividades dirigidas a la consecución de la reeducación y reinserción social de los penados. En ese sentido, el Art. 124 de la LP especifica que el tratamiento penitenciario está formado por “*todas aquellas actividades terapéutico-asistenciales encaminadas a la reinserción social de los condenados, incluyendo la atención post-penitenciaria.*”

En la misma sentencia, dijo que régimen penitenciario salvadoreño responde esencialmente a los principios: *i) legalidad*, según el cual la actividad penitenciaria debe respetar garantías y límites establecidos por la LP, los reglamentos dictados conforme a ella y por las sentencias judiciales (Art. 4 de la LP); *ii) subordinación*, ya que según el Art. 3 de la LP, es de rigor procurar la readaptación social de los condenados y la prevención de los delitos, así como la custodia de los detenidos provisionales, preponderando el tratamiento penitenciario sobre el régimen (Arts. 2 y 3 de la LP); *iii) afectación mínima*, según el cual las medidas disciplinarias no pueden contener más restricciones que las necesarias para conservar en armonía, la seguridad y la vida interna del centro (Art. 4 de la LP); y por último, *iv) coordinación*, según el cual, en base al inc. 2° del Art. 127 de la LP, el Consejo Criminológico Regional (CCR) cuidará de armonizar el tratamiento penitenciario con las actividades del régimen.¹³⁴

Sobre ello, añadió la SC, la LP regula la división del régimen penitenciario de carácter progresivo en cuatro fases: *i) fase de adaptación*: acomodación de los internos a las condiciones de vida en el centro; *ii) fase ordinaria*: de desarrollo normal del cumplimiento de la condena; *iii) fase de confianza*: de flexibilización de la disciplina, concesión de algunos beneficios como los permisos de salida, así como poder optar a puestos de trabajo de mayor responsabilidad; y *iv) fase de semilibertad*: el interno podrá realizar actividades fuera del centro y gozar de permisos de salida más amplios, además de contar con apoyo profesional para su posterior reinserción en la vida social.¹³⁵

de la Corte Suprema de Justicia). Dicho análisis es parte del “*ober dictum*” de la sentencia, con la finalidad de determinar si el Art. 103 LP es inconstitucional o no.

134 Ibid.

135 Ibid.

En reciente jurisprudencia, afortunadamente matizó la postura inicial, manifestando que: ...“*el diseño de un sistema progresivo de cumplimiento de la pena constituye la estructura fundamental sobre la cual se asienta el régimen penitenciario salvadoreño, a partir de la individualización del penado*”. Enseguida lo definió como varias fases en las cuales, conforme a su evolución positiva, el recluso adquiere más ventajas y privilegios, como mayores responsabilidades, de cara a su salida. El objeto del mismo es que la persona se supere progresivamente en dichas fases, hasta alcanzar el cumplimiento total de la pena o ser beneficiada con la libertad condicional.¹³⁶

En esta jurisprudencia, los cambios de criterio político-criminal respecto al sistema progresivo, cayeron en tierra fértil, ya que reconoció que la libertad condicional, vértice de dicho sistema, aunque caracterizada como un beneficio penitenciario es una forma de cumplir la pena, ya que el condenado sigue sujeto a control.¹³⁷ Por último, aclaró que es imprescindible el máximo contacto de los internos con el exterior durante el cumplimiento de la pena para el éxito de cualquier política de reinserción. Así, se suaviza la institucionalización de la prisión y se facilita la reincorporación del condenado a la sociedad y a la libertad, acercándolo gradualmente.¹³⁸

3. Crisis de la ideología resocializadora.

MUÑOZ CONDE dice que la prisión en lugar de resocializar, agrava indefectiblemente la “desocialización”.¹³⁹ Otros autores van más allá, y hablan de crisis del pensamiento resocializador, no solo como ideología, sino también del medio para conseguirla: el tratamiento penitenciario, produciendo una involución del Derecho Penal a posiciones retribucionistas.¹⁴⁰

136 Ver. Sentencia de inconstitucionalidad referencia 63-2010, (El Salvador, Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia).

137 Ibid.

138 Ibid.

139 Cf. Francisco Muñoz Conde, *Derecho Penal y control social*, 89.

140 Ver. José Antonio Choclán Montalvo, *Culpabilidad y pena, su medición en el sistema penal salvadoreño*, 108.

En ese sentido, las principales posturas que le critican, lo hacen desde el concepto de tratamiento, negando la posibilidad o eficacia del mismo y por otro lado, su legitimidad. En cuanto a lo primero, se dice cómo educar para la libertad en condiciones de ausencia de libertad. Para lo segundo, se dice que no hay que resocializar al delincuente, sino a la sociedad misma y que la intervención constituye una injerencia en la persona humana.¹⁴¹

MUÑOZ CONDE, al referir el único sentido que puede y debe tener en la actualidad la realidad penitenciaria el concepto de resocialización y tratamiento, concluye de manera pesimista: *“procurar la no desocialización del delincuente o, en todo caso, no potenciarla con instituciones de por sí desocializadoras”*.¹⁴²

Con todo, muchas han sido las construcciones teóricas que señalan la imposibilidad de obtener resultados positivos con la ejecución de la pena, desde el punto de vista resocializador, los cuales teniendo de base resultados palpables, como lo serían estadísticas de reincidencia de los penados, las que a veces no son alentadoras, resulta inadecuado criticar el tratamiento en función de sus efectos, ya que el éxito de la ejecución no depende únicamente de ello, sino de múltiples factores extrapenitenciarios que le afectan:¹⁴³ miseria, desintegración familiar, falta de efectividad de otros controles sociales, etc. En ese sentido, solo es exigible a un Estado Social de Derecho, que el tratamiento funcione para algunos delincuentes a fin de justificar su subsistencia.¹⁴⁴

4. El sistema penitenciario salvadoreño.

Tal como se ha expresado, siguiendo a la SC, el sistema penitenciario salvadoreño es de orden progresivo, ya que el mismo descansa sobre fases, las cuales se suceden unas a otras con mejores beneficios y mayores responsabilidades penitenciarias, que de acuerdo a la prognosis inicial de su readaptación y el desempeño en su tratamiento, constituye un *iter* de la ejecución

141 Ver. Jesús María Silvia Sánchez, *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo*, 30-31

142 Cf. Francisco Muñoz Conde, *Derecho Penal y control social*, 117.

143 José Antonio Choclán Montalvo, *Culpabilidad y pena, su medición en el sistema penal salvadoreño*, 112. GARCÍA GARCÍA, citado por CHOCLÁN MONTALVO.

144 Ibid. 114.

de la pena, hasta llegar a la obtención de la libertad.

Subjetivamente, se crea una situación jurídica peculiar, entre el interno y la Administración Penitenciaria, denominada de “sujeción especial”, conformada por un entramado de derechos y obligaciones que afecta a reclusos y funcionarios.¹⁴⁵ En ese sentido, la relación penitenciaria desencadena un conjunto de derechos y obligaciones recíprocas, que de ninguna manera debe servir de excusa para privar derechos fundamentales de los internos o limitar los controles jurisdiccionales en la ejecución de la pena.¹⁴⁶

A continuación se describirán las fases del sistema progresivo salvadoreño:

4.1. Fase de adaptación.

Su finalidad es la acomodación de los internos a las condiciones de vida en el centro penitenciario,¹⁴⁷ suponiendo su llegada a la prisión, caracterizándose por reuniones explicativas y amplio horario de visitas, tal y cual lo regula el Art. 96 LP. Su duración es de 60 días, en los cuales el CCR debe evaluar si el interno se encuentra en condiciones para pasar a la fase ordinaria, o de lo contrario debe ampliar el término por igual período tiempo. En caso de ser afirmativo, dicho Consejo debe evaluar el estatuto jurídico al cual será sometido el interno, así como deberá establecer el tratamiento a aplicársele de conformidad al Art. 3 y 31 No. 2 LP.

Esta etapa sirve para que el CCR se nutra de información vital sobre la personalidad del interno, estando obligados a realizarle un estudio criminológico que comprenda sus características personales y la prognosis de adaptabilidad a la sociedad.¹⁴⁸

145 Ver. Juan Carlos Ferré Olivé, *Consecuencias jurídicas del delito* (San Salvador: Consejo Nacional de la Judicatura, 2001), 223.

146 Ibid. 224.

147 Ver. Sentencia de inconstitucionalidad referencia 5-2001, (El Salvador, Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia).

148 Cf. Juan Carlos Ferré Olivé, *Consecuencias jurídicas del delito*, 250.

4.2. Fase ordinaria.

Prácticamente es la fase de desarrollo normal de la condena,¹⁴⁹ por lo que supone el eje de su cumplimiento.¹⁵⁰ Se caracteriza por su escasa flexibilidad. Está regulada en el Art. 97 LP, cuyos pilares son el trabajo, instrucción, recreación y de descanso. Todo ello distribuido en horarios determinados. Así, para el trabajo, se establece que no podrá ser superior a ocho horas y el de instrucción, una hora, salvo que asista a cursos regulares.

El trabajo es regulado como una obligación para todos los internos, salvo autorización del Consejo, por lo que el Estado está obligado a brindar dicha posibilidad a todos los internos. De igual manera, en el aspecto recreacional, los centros deberán poner énfasis en actividades deportistas, culturales y artísticas. Con respecto a la instrucción, se establece como una obligación del Estado brindarla a cada interno. Todo lo anterior, con apego al principio de dignidad humana, promoviendo las relaciones comunitarias, para preparar la vida en libertad.

4.3. Fase de confianza.

Se caracteriza por la flexibilización de la disciplina, concesión de algunos beneficios como los permisos de salida ordinarios, opción a puestos de trabajo de mayor responsabilidad,¹⁵¹ un incremento del régimen de visitas y mayores libertades ambulatorias dentro del centro.¹⁵² Está regulada en los Arts. 98 y 99 LP.

Requisitos para ello son haber cumplido un tercio de la condena y probar objetivamente, avances en el desarrollo de la personalidad. Lo anterior deberá ser evaluado por el CCR, quienes tomarán en cuenta las relaciones del

149 Ver. Sentencia de inconstitucionalidad referencia 5-2001. (El Salvador, Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia).

150 Cf. Juan Carlos Ferré Olivé, *Consecuencias jurídicas del delito*, 250.

151 Ver. Sentencia de inconstitucionalidad referencia 5-2001. (El Salvador, Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia).

152 Cf. Juan Carlos Ferré Olivé, *Consecuencias jurídicas del delito*, 250.

interno con la comunidad penitenciaria y con el exterior, su predisposición a participar en la vida de su grupo social, la conducta, los progresos demostrados en su instrucción educativa, su actividad laboral y, en caso de recibir tratamiento, los resultados producidos en el mismo.

No obstante lo anterior, previo dictamen favorable del CCR, se podrá obviar el requisito de haber cumplido la tercera parte de la pena, atendiendo a las circunstancias personales del condenado, las del hecho cometido, la duración de la pena o por méritos demostrados en el régimen ordinario.

4.4. Fase de semilibertad.

Es la fase de prisión abierta, en el sentido de que se buscarán para el interno, centros abiertos para su reclusión. En ella el interno podrá realizar actividades fuera del centro penitenciario, gozar de permisos de salida más amplios, contar con un régimen de visitas amplio, además de contar con apoyo profesional para su posterior reinserción en la vida social, que incluye búsqueda de trabajo y vivienda, y preparación de documentación.¹⁵³ Está regulada en los Arts. 100 y 101 de la LP.

Se requiere para ello haber cumplido dos cuartas partes de la condena o estar a seis meses de la fecha en que el interno se pueda beneficiar con libertad condicional, es decir seis meses antes de cumplir las dos terceras partes de la condena.

153 Ver. Sentencia de inconstitucionalidad referencia 5-2001. (El Salvador, Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia).

PONENCIAS

Justicia contractual
y constitucionalización
del derecho privado
en los procesos recodificatorios

Milton Hernán Kees

JUSTICIA CONTRACTUAL Y CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO PRIVADO EN LOS PROCESOS RECODIFICATORIOS.

Milton Hernán Kees

RESUMEN

El concepto de justicia contractual ha sido mirado de distintas formas en la historia, ya que el derecho es sin duda un fenómeno de control social y el contrato es un instrumento de control económico dentro de la estructura social, por ello, se presenta el problema en su contexto histórico, económico y social o desde una aproximación y comprensión epistemológica. Se busca un redescubrimiento o resignificación de este concepto, lo que implica una migración en la forma de ver el asunto; desde una posición voluntarista y de una mirada o de razonamientos que privilegiaban las libertades individuales, el formalismo y la rigidez de las instituciones y el absolutismo de los derechos, hacia una mirada socializadora y orientada a la búsqueda de límites morales en las relaciones contractuales.

PALABRAS CLAVES: Justicia Contractual - Procesos Recodificatorios - Relaciones Contractuales – Codificación - Movimiento Codificador - Microsistemas Jurídicos - Polisistemas – Descodificación - Recodificación.

CONTRACTUAL JUSTICE AND CONSTITUTIONALIZATION OF PRIVATE LAW IN RECODIFICATION PROCESSES.

Milton Hernán Kees

ABSTRACT

The concept of contractual justice has been looked at in different ways in history, undoubtedly law is a phenomenon of social control and the contract is an instrument of economic control within the social structure. Therefore, the problem is presented in its historical, economic and social context or from an epistemological approach and understanding. A rediscovery or resignification of this concept is sought, which implies a migration in the way of seeing the matter; from a proactive position and a look or reasoning that concentrating the individual freedoms, the formalism and the rigidity of the institutions and the absolutism of the rights towards a socializing look and oriented to the search of moral limits in contractual relationships.

KEYWORDS: Contractual Justice - Recoding Processes - Contractual Relations - Codification - Encoding Movement - Legal Microsystems - Polysystems - Decoding - Recoding.

Justicia contractual y constitucionalización del derecho privado en los procesos recodificatorios

Milton Hernán Kees¹

Introducción.

Si bien la ponencia trata sobre la justicia contractual debemos tener presente que el tema conecta con cuestiones filosóficas, económicas, históricas y sociológicas. No solo porque el concepto de justicia contractual ha sido mirado de distintas formas en la historia, sino además porque el derecho es sin duda un fenómeno de control social y el contrato es un instrumento de control económico dentro de la estructura social,² por ello -en la medida del espacio que disponemos-, pretendemos presentar el problema en su contexto histórico, económico y social o desde una aproximación y comprensión epistemológica.

Como primer premisa afirmaremos que el problema de la justicia contractual en tanto es una “especie” de equidad -en este caso vista desde la mirada de los contratos-, no es un concepto nuevo, desde la presentación misma del Código Civil Napoleónico se aseguraba que las normas del Código Civil serían mal concebidas si no las entendiéramos como reglas elementales

1 Profesor adjunto regular a cargo de la materia Derecho Civil III, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional del Comahue (Argentina).

2 Carlos Ghersi y Celia Weingarten, Manual de contratos civiles, comerciales y de consumo. (Ciudad Autónoma de Buenos Aires: La Ley, 2017).

de equidad.³ Se trata más bien de un redescubrimiento o resignificación de este concepto.

En idéntico sentido, Portalis, uno de los codificadores del Código de Napoleón, nos informaba que la libertad contractual no solamente está subordinada a las leyes de orden público y a la buenas costumbres, sino también a la justicia y utilidad pública.⁴ El verdadero asunto, según lo vemos, es cómo ha sido leído este principio en los distintos procesos históricos.

Esta resignificación de la que hablábamos implicó una migración en la forma de ver el asunto; desde una posición voluntarista y de una mirada o de razonamientos que privilegiaban las libertades individuales, el formalismo y la rigidez de las instituciones y el absolutismo de los derechos, hacia una mirada socializadora y orientada a la búsqueda de límites morales en las relaciones contractuales. El nacimiento del derecho del consumo es una cabal muestra del fenómeno, pero esos límites también comienzan a ser buscados fuera de las relaciones de consumo, específicamente en los contratos denominados paritarios o de negociación individual.

Estos límites son buscados a partir de la superación de los presupuestos fundantes del derecho contractual clásico que parte por reconocer una igualdad genética y formal de los sujetos contratantes. *“La protección del débil jurídico del iter contractual emerge para colisionar con la miopía social propia de los códigos decimonónicos”*.⁵

Por ello esta “nueva mirada” asume que no solamente deben crearse mecanismos para combatir los desequilibrios contractuales (genéticos o sobrevinientes), antes se trata de un reenfoque del derecho privado, que busca socializarlo, dotarlo de un contenido ético, orientarlo hacia la felicidad solidaria

3 Bigot-Prémeneu, *Exposición de motivos del título III, libro III del Code Civil* (París: Edit. Firmin Didot frères, 1838.),425.

4 Portalis. *Discours préliminaire*, Loqué, t. IV, p. 302. Citado por J. Ghestin, *Traité de droit civil. Les obligations*. París: Le contrat. Edit. L.G.D.J. 1980), 29.

5 Rosa Barcelo Compte, *Hacia un derecho contractual más justo*, Working Paper 1/2016 Cátedra Jean Monnet de Derecho privado europeo UB. 2016 (Barcelona: Universitat de Barcelona. 2016). http://diposit.ub.edu/dspace/bitstream/2445/104556/6/WP_2016_1.pdf.

y, en lo que nos toca, darle un tratamiento específico a la falta de equidad entre prestación y contraprestación.

La irrupción de una mirada moralizante en el derecho de los contratos ha sido objeto de debates doctrinarios, pero también se ha comenzado a plasmar en diversas instituciones contenidas en los códigos civiles más modernos y reguladas en el *soft law*.

Las nuevas regulaciones evidencian que el recurso a consideraciones *procedimentales*, propiciada por la teoría clásica del contrato, representada por la ausencia de vicios en la formación del consentimiento, resultó insuficiente para cautelar una efectiva simetría prestacional.⁶

Por lo tanto, bajo la idea de justicia contractual (o principio de equilibrio contractual) debemos incluir a aquellas instituciones legales que buscan mitigar, corregir y sancionar las desproporciones significativamente importantes que acontecen en la formación del contrato (equilibrio inicial, genético u originario, *gross disparity* o *unfair advantage*) o durante su ejecución (equilibrio funcional, sobreviniente o *hardship*).

Este proceder implica revisar también si la igualdad de las partes es formal o real, pues como lo afirma Ghersi, *“la igualdad y la libertad no pueden estar en las normas, como monumentos pétreos, deben estar en las prácticas cotidianas del derecho”*.⁷

La pérdida de base negocial del contrato es lo que justifica su adaptación para reestablecer esa simetría perdida, pero también el deber de no dañar y la buena fe, ambos preceptos de anclaje constitucional.

Por ello es que vinculamos ambos temas en nuestra ponencia: este fenómeno (justicia contractual) debe ser visto como un capítulo de un proceso mucho más amplio, *“la doctrina también contempla la posibilidad de hablar de una*

6 Patricia Lorena López Díaz, “El principio de equilibrio contractual en el código civil chileno y su particular importancia como fundamento de algunas instituciones del moderno derecho de las obligaciones en la dogmática nacional”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, (2015): 151-157.

7 Carlos Ghersi y Celia Weingarten, *Manual de contratos civiles, comerciales y de consumo*.

*tendencia hacia la constitucionalización del Derecho privado”;*⁸ la introducción de una dosis de moralización en el derecho de los contratos para restaurar o sancionar el desequilibrio encuentra su justificación en del derecho constitucional.

Ese justamente creemos que debe ser el punto de partida, la constitucionalización del derecho privado, no solo porque que la justicia contractual es un capítulo de esta nueva mirada, sino además porque este tema conecta de forma directa con los procesos recodificatorios de la normativa civil y comercial que se dan en diversos países latinoamericanos y con cambios jurisprudenciales profundos que vienen sucediendo en el mundo donde el “equilibrio prestacional” comienza a ser visto como un principio de derecho que debe ser tutelado y donde la recodificación civil comienza a “dialogar” con los preceptos constitucionales para mostrar una coherencia sistémica; o en otras palabras, los derechos fundamentales comienzan a tener una eficacia horizontal (o *Drittwirkung der Grundrechte* como es conocida en la doctrina alemana) en el sentido de que son invocados en las relaciones entre particulares.

Por ello, en invertido vuelo, analizaremos brevemente la sistematización histórica de las leyes civiles (y la filosofía de la cual estaban impregnados nuestros primeros códigos) para que, de esta forma, desde la comprensión revisionista histórica de los procesos codificatorios, nos podamos aproximar de una mejor forma al fenómeno de la justicia contractual.

I. Codificación. Breve revisión histórica. Los principios ideológicos del movimiento codificador del siglo XIX.

La necesidad o idea de codificación históricamente se estribó en la necesidad de ordenar, simplificar y agrupar una multiplicidad de normas bajo un único cuerpo normativo y, a su vez como una forma de dotar de publicidad y estabilidad a esta fuente de derecho, es decir a la ley (frente a la volatilidad y

⁸ Rosa Barcelo Compte, *Hacia un derecho contractual más justo*.

vaguedad que ofrecía el derecho “no escrito”). “La codificación es una especie de fijación del derecho, una fijación cuyo resultado es un cuerpo fijador que se denomina código”.⁹ Por ello, en cuanto es ordenador y organizador el código presupone la existencia de normas jurídicas preexistentes que son reemplazadas por el nuevo cuerpo legal.

Si bien existieron varios códigos en el Bajo Imperio Romano (*Gregorianus*, *Hermogenianus* y el *Codex Theodosianus*, etc.) cuando se habla de codificación o de movimiento codificador no nos referimos centralmente al movimiento surgido a fines del siglo XVIII producto centralmente del iluminismo francés, y de la pandectística alemana (ya sobre el siglo XVIII y XIX) que se desarrolla en la mayoría de los países de Europa y América a partir siglo XVIII.¹⁰

De hecho, el siglo XVIII es designado como el siglo de la ilustración y del enciclopedismo y el movimiento codificador que surge en ese período histórico no es ajeno a esa visión: los códigos franceses se efectuaron bajo una mirada filosófica y por principios económicos inspirados por las ideas de la Revolución de 1789. Estos códigos fueron los modelos a seguir por las naciones incipientes de América.

Por eso es que afirmamos que el movimiento codificador que surge en esa época no se trata solo de una tarea “administrativa” o compiladora ni es un fenómeno propiamente jurídico, por el contrario, la actividad codificadora imbuida bajo la mirada de la ilustración “*corresponde a un fenómeno histórico expresivo de un cierto movimiento o estilo jurídico, constituido por elementos de tipo ideológico, político y social*”,¹¹ y también filosófico -agregamos nosotros-. En su esencia se trata de una forma de concebir el derecho.

Una de las máximas expresiones de este movimiento -y quizá la obra más influyente en el derecho civil hispanoamericano- fue la elaboración del Código

9 Paulina Victoria González Vergara, “Codificación y técnica legislativa.” *Revista Chilena de Derecho* 25 (1998): 867-895.

10 No fue el único aporte el que este movimiento legó a las ciencias jurídicas, también debe ser mencionado su preocupación por los derechos naturales del Hombre.

11 Paulina Victoria González Vergara, “Codificación y técnica legislativa.”

Civil Francés de 1804, también conocido como Código Napoleónico o “*Code civil*” y la escuela de la exégesis que se desarrolló luego de su promulgación.¹² Esa escuela abogó por la protección del texto del Código Napoleón y anheló una veneración del texto de la ley y de la intención de los codificadores.¹³

Este cuerpo normativo fue la piedra de toque del movimiento codificador moderno e influyó a la totalidad de los códigos civiles que surgieron después, particularmente a los de Latinoamérica (y también el de Louisiana). El “code” que promulgó Napoleón en 1804 fue el verdadero modelo a seguir, no solo por su metodología, sino centralmente por la ideología liberal herencia de la Revolución Francesa que se mostraba como de vanguardia.

En suma, el movimiento codificador rompe el sistema plural de fuentes por una fuente única, es racionalizador en tanto busca simplificar el acceso a las normas y simplificar la ley pero además es catalizador del progreso, “*ya que el código es el arma de expansión del concepto socioeconómico de la burguesía liberal*”,¹⁴ por ello ante todo es una forma de consolidar el nuevo orden social, económico y político.

Consolida el sistema político (particularmente el de las nuevas naciones) y tiene una vocación de durabilidad: “*liquida el antiguo régimen, lo que supone una garantía de los derechos individuales (...). Código es al derecho privado lo que la constitución es al derecho público...*”¹⁵ Por ello viene a constituirse como un garante el nuevo orden social y económico y, particularmente en América, los procesos

12 Debemos apuntar que la influencia no fue solo para Iberoamérica, el Código Napoleón tuvo vigencia en las colonias del imperio francés (Por ejemplo, en Martinica y Guayana) y siguió a los ejércitos de Napoleón (v.gr. Bélgica y los territorios hanseáticos) Asimismo, fue adoptado mediante persuasión directa (v.gr., en el gran ducado de Varsovia y de Westfalia). Luego de que terminaran las campañas militares expansionistas de Francia, otros territorios europeos adoptaron por voluntad propia varias disposiciones del Código Napoleón, ya sea mediante meras traducciones o con considerables modificaciones (v.gr. los Países Bajos y Rumania). Finalmente, en el Medio Oriente, el Líbano encontró inspiración en el texto francés; y en el Lejano Oriente, Japón elaboró un código civil influenciado por el texto francés, que fue aplicado sin aprobación legislativa entre 1880 y 1896. Cf. Agustín Parise, “The Place of the Louisiana Civil Code in the Hispanic Civil Codifications: Inclusion in the Comments to the Spanish Civil Code Project of 1851” en *Louisiana LawReview*, Volumen 68, Baton Rouge, (2008): 823-929.

13 Abelardo Levaggi, *Manual de Historia del Derecho Argentino*, Vol. 1 (Buenos Aires: Ediciones Depalma, 2001).

14 José E. Castañeda, “La codificación en España y su influjo en Hispanoamérica.” *Cuadernos de Estudios Empresariales* (Universidad Complutense de Madrid) (1997): 359-368.

15 Ibid.

codificatorios contribuyeron al proceso de consolidación y construcción del ser nacional: los códigos civiles fueron un gran aporte para dotar de identidad propia a las naciones incipientes y fijaron el proyecto social, mientras que paralelamente el proyecto político estaba fijado en la constitución y el proyecto económico y comercial queda acrisolado en los códigos de comercio.

*“Desde otro punto de vista, lo que queda en claro es la salvaguarda de los intereses socioeconómicos y políticos de la burguesía como clase social, lo cual es evidente si se estudia la formación de los grandes códigos Europeos, especialmente el civil y el mercantil”.*¹⁶

El movimiento concebía el Derecho como un producto de la razón humana, que se concretaba en la ley. Por ese motivo, los códigos así pergeñados asumían que serían la forma de ordenar el desorden existente en las incipientes naciones y de romper el particularismo jurídico reinante y en esa vocación ordenadora, la veneración de la ley que nos hablaba Levaggi tenía un lugar central; se pretendía convertir a la ley en fuente hegemónica y excluyente, en desmedro de otras fuentes de derecho, como la jurisprudencia, la doctrina o incluso la costumbre.

Como corolario de lo hasta aquí expuesto es que afirmamos que se pueden reastrear en esa visión codificadora características bien determinadas:

- Totalidad (o Universalidad) y hermeticidad: *“A la idea básica de la Revolución en torno a una única nación, surge la idea revolucionaria de un único derecho”*,¹⁷ por ello todos los conflictos sociales debían hallar respuesta en el código. Un solo texto para todos que pusiera término a las normas exclusivas para ciertas regiones o para ciertas clases sociales; el fin de los textos discriminatorios, de los estatutos de privilegio, de los particularismos de las costumbres locales.¹⁸

16 Miguel Acosta Romero, “El fenómeno de la descodificación en el derecho civil”, *Revista de la Facultad de Derecho de México* (1990), 37-61.

17 Juan Baro Pazos, “Derecho Civil en España (1808-1889)”, *Servicio de publicaciones de la Universidad de Cantabria*, (1992), 25.

18 Gonzalo Figueroa Yañez, “Codificación, descodificación y recodificación del derecho civil”, *Cuadernos de análisis jurídico. Serie Colección de Derecho Privado*. (Universidad Diego Portales) (2005).

A su vez, abarcan todas las cuestiones vinculadas con la vida en sociedad. Por ello, afirma Sozzo, son sistemas cerrados *que tienen pretensiones similares (interrelación) a las de un sistema: ser completos, autosuficientes (nota de totalidad o universalidad) y sin lagunas (nota de plenitud)*.¹⁹ La sistemática del código asume que este no presenta lagunas, e idea un sistema para cubrir las: mediante la analogía se cubren todos los vacíos por lo que su eficiencia es absoluta, todas las respuestas a los conflictos civiles estarían allí.

- Unidad: Los códigos carecen de antinomias (por eso lo de sistémicos): *“Los códigos persiguen y pretenden haber conseguido la unicidad interna de sus elementos”*.²⁰
- Simplicidad y practicidad: bajo la idea de unificación y sistematización se supera el confuso sistema de fuentes disperso: las leyes debían ser pocas, claras y precisas.²¹ Importaban un sistema ordenado, no contradictorio internamente y, si excepcionalmente llegaba a serlo, el propio sistema preveía las normas para dirimir los conflictos normativos: la ley superior se imponía sobre la de jerarquía inferior (criterio de jerarquía), la ley posterior sobre la anterior (criterio temporal) y la especial prevalecía sobre la general (criterio de especialidad).²²

En este contexto histórico, la constitución no tiene injerencia en las relaciones entre los particulares. Los derechos constitucionales son blandidos contra el avance del Estado sobre los derechos de los particulares (derechos de defensa frente al Estado), pero no tienen injerencia en las relaciones entre los particulares, es decir, los derechos fundamentales no tienen eficacia frente a terceros (*Drittwirkung der Grundrechte*), tal como ha sido planteada en la

19 Gonzalo Sozzo, “¿Es tan importante recodificar?”, *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales-UNL*, (2001): 83-112.

20 Ibid.

21 Agustín Motilla, “La codificación como técnica de producción legislativa.”, *Revista de Derecho Privado*, (1987): 545-574.

22 Gonzalo Sozzo, “¿Es tan importante recodificar?”.

dogmática constitucional alemana.²³ Esto es lo que se ha llamado “eficacia vertical” de los derechos fundamentales frente a la “eficacia horizontal”, que postulan los principios de la justicia contractual en el sentido de que los derechos fundamentales también pueden ser invocados en las relaciones entre particulares (particularmente la equidad, la buena fe y el deber de no dañar).

Va de suyo que esta última mirada implica desconocer que el poder (económico o social) se ostenta no sólo por el Estado sino también por los particulares y que la opresión también puede venir desde un particular.

Por lo tanto, esta forma de concepción histórica del derecho y esa “eficacia vertical” de los derechos constitucionales asigna una función secundaria al juez quien no es llamado a armonizar el sistema y menos aún se le asignan herramientas para buscar la justicia social (y dentro de ella, la contractual). “*La rígida sumisión del juez a la ley no admitía excepción alguna*”.²⁴

II. La mirada económica y las bases contractuales del movimiento codificador.

La ideología burguesa que condujo el modelo histórico revolucionario se volcó en los códigos civiles y comerciales decimonónicos y, en lo que nos interesa (ya mirando a los contratos dentro de este movimiento), se tradujo en las siguientes premisas:

23 El Tribunal Constitucional alemán recurrió a esta teoría por primera vez en el caso Lüth-Urteil (BverfG 7, 198). Allí, un periodista (Eric Lüth), llamó al boicot contra una película realizada por un productor filonazi (Urteil). El productor (Urteil) consiguió del juez una orden para que el periodista se abstuviese de seguir llamando al boicot. Ante esta decisión, el periodista apeló la decisión ante el Tribunal Constitucional, que recordó que la libertad de expresión no se aplica directamente a las relaciones entre particulares; no obstante, consideró que la sentencia del juez ordinario vulneraba el derecho fundamental del señor Lüth toda vez que éste (el juez) se encontraba vinculado por los derechos fundamentales en el sentido que debía de tener en cuenta a la hora de interpretar y aplicar las normas de derecho privado, la influencia de los derechos fundamentales en el campo de la relaciones de carácter civil o laboral, al no hacerlo, al no valorar en su justa medida el efecto irradiación que un determinado derecho fundamental despliega en una relación jurídica privada concreta, el juez incurrió en su vulneración. Así, el Tribunal de *Karlsruhe* reconoció la vinculación de los derechos fundamentales en el tráfico jurídico privado.

24 Luciano Timm Benetti y Maximiliano Marzetti, “Descodificación, constitucionalización y recodificación del Derecho Privado: ¿es todavía útil el código civil?”, *The Latin American and Caribbean Journal of Legal Studies* 3 (2008).

- La incorporación y tutela de la propiedad privada y la adopción del sistema capitalista de acumulación privada.
- El reconocimiento de la libertad contractual (formal) de los individuos. “*El pilar fundamental de la concepción actualmente más extendida del contrato sigue siendo, como hace más de doscientos años, el de la libertad contractual*”.²⁵
- El reconocimiento de la igualdad de los sujetos.
- La fuerza vinculante de los contratos y la imposibilidad de injerencia judicial en la revisión posterior de los contratos (excepto en el caso de que la voluntad de los sujetos esté viciada).

Por ello, bajo estas premisas, se adoptó un modelo de contratación e intercambio de bienes paritario de negociación individual cuyas bases teóricas son justamente la libertad de los individuos y la autonomía negocial o contractual. El derecho asume que las partes se van a vincular en un plano de igualdad jurídica, y esa igualdad puede rastreársela en cualquier constitución (por el caso en la Constitución de El Salvador en su artículo 3 y en la Argentina en los artículos 14 y 17).

El efecto que genera esta ideología liberal es que nuestros códigos no reparan ni tutelan la justicia contractual o el equilibrio de las prestaciones como un reflejo del respeto por la integridad de las personas o como la realización de un valor supremo vinculado con la buena fe y la equidad que debe perseguirse en las relaciones económicas. Claramente se trata de una visión acorde a las ideas ultraliberales del racionalismo burgués y de la influencia de la Escuela de la fisiocracia francesa que afirmaba la existencia de una ley natural por la cual el buen funcionamiento del sistema económico estaría asegurado sin la intervención del Estado, ideología que se la suele resumir en el aforismo: *laissez faire, laissez passer* (dejar hacer dejar pasar). Lo libremente querido obliga como la ley misma y el Estado no debe entrometerse.

25 Nuria Gines Castelet, “La ventaja o explotación injusta en el ¿futuro? Derecho contractual.”, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, (2016).

Bajo una idea de igualdad “formal” el legislador asume que los sujetos son libres de obligarse de no hacerlo y que, si se encuentran en pleno uso de sus facultades mentales y no son víctimas de un “vicio en la voluntad”, pues entonces sus palabras los encadenan y obligan “como la ley misma”, como lo mencionan con distintas palabras la mayoría de los códigos latinoamericanos. Esto es, explicado brevemente, la fuerza vinculante de los contratos.

Por ello, el pacto así efectuado será indisoluble y en la mayoría de los códigos no se previeron mecanismos para atenuar una excesiva onerosidad sobreviniente (conocida como teoría de la imprevisión), o el aprovechamiento de la necesidad, inexperiencia o ligereza de una persona (lesión enorme o enormísima, o también conocida como lesión subjetiva) o la violencia económica reconocida en el nuevo “code” francés vigente desde octubre del año 2016 (artículo 1143).

Fuera de los casos donde puede rastrearse un vicio en la voluntad (violencia o fuerza física, error, dolo) el juez normalmente no tiene en la mayoría de las legislaciones (como la salvadoreña²⁶) facultades para modificar los términos de un contrato y solo puede modificarse el mismo por un acuerdo de partes o bien por causas “legales” (solo allí donde estas fueron reconocidas): lesión, teoría de la imprevisión, o incluso bajo la figura del abuso del derecho o de la acción de nulidad.

La mayoría de los códigos civiles siguen sin permitir una revisión frente al desequilibrio o falta de equilibrio contractual y eso sucede no solo en nuestro continente, en este sentido “*el Código civil español, fiel a los principios ultraliberales del período en que fue elaborado, establece contundentemente en su art. 1.293 que ningún contrato se rescindirá por lesión, fuera de los casos mencionados en los números 1. y 2. del artículo 1291*”.²⁷

26 Excepto el caso de la transacción (Artículo 132 de la ley procesal civil y mercantil salvadoreña) pero resáltese que en ese caso se puede rechazar si no es conforme a la ley o si se realiza en perjuicio de un tercero.

27 Nuria Gines Castelet, “La ventaja o explotación injusta en el ¿futuro? Derecho contractual.”, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, (2016).

A modo de graficar lo antes dicho, si comparamos aquellos artículos que prevén el efecto del contrato o su fuerza vinculante en los códigos civiles salvadoreños y en el derogado Código Civil argentino²⁸ (y en general los códigos latinoamericanos que siguieron el modelo francés), sin trepidar advertiremos que -salvando pequeñas diferencias semánticas-, dicen exactamente lo mismo: el contrato es inmodificable por el juez y solo puede modificarse por causas legales.

Los jueces no tienen facultades para buscar una justicia contractual en el campo del derecho privado o menos aún de poder aplicar un derecho constitucional a una relación privada para salvaguardar, por ejemplo, la integridad moral que generaría la violencia económica o situaciones que, aunque no se pueden constituir como verdaderas situaciones de abuso, generan una onerosidad excesiva o una situación de inequidad manifiesta en una relación privada.

III. Fisuras “sistémicas” y surgimiento de microsistemas jurídicos (polisistemas): descodificación y recodificación.

El concepto o la descodificación es atribuido a Natalino Irti, quien lo popularizó al publicar su artículo *L'età della decodificazione*, en 1978, demostrando que el modelo de Estado surgido con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial, (llamado Estado Social) transformó la legislación europea promoviendo una verdadera fuga desde el Código Civil italiano (de 1942), en dirección hacia los principios y valores de la Constitución italiana, (la llamada constitucionalización del Derecho Civil).²⁹

28 Código Civil de El Salvador, (El Salvador: Art. 1416.- Todo contrato legalmente celebrado, es obligatorio para los contratantes, y sólo cesan sus efectos entre las partes por el consentimiento mutuo de éstas o por causas legales.

Código Civil Argentino (derogado): Art. 959.- Efecto vinculante. Todo contrato válidamente celebrado es obligatorio para las partes. Su contenido sólo puede ser modificado o extinguido por acuerdo de partes o en los supuestos en que la ley lo prevé.

29 Luciano Timm Benetti y Maximiliano Marzetti, “Descodificación, constitucionalización y recodificación del Derecho Privado.

Cuando hablamos de descodificación nos referimos a la dispersión de las reglas civiles, al rompimiento de la vocación totalizante de los códigos civiles monolíticos y al surgimiento de microsistemas (o polisistemas) que antiguamente estaban regidos por la onda expansiva y totalizante del código civil. Son “*ramas completas desojadas del tronco civil originario*”.³⁰

Igualmente, no solo se trata de la creación de sistemas jurídicos paralelos de materias antes regidas en exclusividad por el código civil. También caen dentro de este fenómeno el surgimiento de legislación complementaria o de nuevas ramas jurídicas (dentro del mismo derecho privado) y en particular de esa fuga hacia los principios constitucionales de las que nos hablaba Irti.

En la mayoría de los países que siguieron el modelo francés, a poco de andar, surgieron una pluralidad de microsistemas jurídicos: leyes de consumo (o códigos, como en Brasil o el Perú), leyes sobre arrendamientos urbanos o rurales, sobre venta de inmuebles en lotes y a plazos, leyes sobre propiedad horizontal, códigos de familia (como fue dictado en El Salvador por ejemplo), leyes sobre trasplantes de órganos, sobre propiedad intelectual, leyes de prenda, operaciones de crédito, y un larguísimo etcétera.

Igualmente la modificación y dispersión de las normas civiles no solo debe ser atribuida a la proliferación normativa interna de los países, también se ve influenciada por la incorporación de los tratados internacionales (con impacto específico en las relaciones civiles) al derecho interno mediante la jerarquización y elevación a rango constitucional de los mismos; constituciones de Argentina (artículo 75 inc. 22) Honduras, (artículo 16), República Dominicana (artículo 3) Colombia, (artículo 93), México (artículo 133), Venezuela (artículo 23) o incluso “supra constitucional” como acontece en la Constitución de Guatemala, (artículo 46) o la de El Salvador (artículo 144).

La descodificación en tanto es dispersión normativa, implica el rompimiento de los principios fundantes del movimiento codificador de los que

30 Gonzalo Figueroa Yañez, “Codificación, descodificación y recodificación del derecho civil”.

hablábamos más arriba y ello, a su vez, implica reconocer la imposibilidad de regular la totalidad de la conducta de las personas a través de una única Ley. *“En este sentido, dentro del conjunto de microsistemas el código es uno más. Pierde su cualidad de estatuto de Derecho común y general, ocupa el papel de un Derecho residual que regula los aspectos no alcanzados por las leyes especiales”*.³¹

Esta circunstancia, sumada a la inconveniencia de regular las relaciones civiles del siglo XXI con una ley del siglo XIX, ha generado un movimiento “recodificador”. Varios ejemplos contemporáneos de recodificación podemos citar en nuestro continente, quizá el más reciente fue el caso argentino que en el año 2015 (que además unificó el códigos civil y comercial), pero antes de esta unificación podemos citar ejemplos de este fenómeno a los de los códigos civiles del Perú (1984), Brasil (2002) de Quebec (1994), o incluso los códigos de Holanda (1992) o la profunda modificación introducida en el BGB alemán (2002) y la de Francia (2016).

En la visión de Figueroa Yañez:

“Recodificar no consiste en recopilar. No se trata, en consecuencia, de juntar todas las obras civiles, una detrás de otra, en una especie de anexo monstruoso de mil colores, detrás del texto de Código Civil.(...) Tampoco requiere esa compilación de un esfuerzo intelectual de magnitud: bastará solo con un esfuerzo editorial de precisión”.³²

Muy por el contrario, los códigos que surgen en este proceso “recodificador” se diferencian del movimiento codificador decimonónico centralmente porque asumen su carácter de ser microsistema jurídico más o, lo que es lo mismo, asumen una legislación civil y comercial al amparo de poli sistemas normativos, ya no tienen esa vocación totalizante y única ni la hermeticidad a la que aspiraban su predecesores pero, además, porque algunos de ellos permiten expresamente la penetración del derecho privado por el

31 Juan Carlos Frontera, “La Erosión del Código de Comercio de la República Argentina a través del instituto de la quiebra. Primer estudio sobre su descodificación.” *IUS Historia* (IJ Editores) IJ-LXV-31 (2007).

32 Gonzalo Figueroa Yañez, “Codificación, descodificación y recodificación del derecho civil”.

derecho constitucional o reconocen la eficacia “horizontal” de los derechos constitucionales, como es el caso del código argentino.

IV. La nueva mirada de la recodificación: eficacia horizontal de los derechos constitucionales y justicia contractual.

De lo hasta aquí expuesto, surge que la recodificación no implica un cambio solo en la forma de organizar el sistema jurídico, no se trata de cambios en los principios sistematizadores, también implicó una revisión profunda sobre las bases ideológicas y filosóficas que subyacen detrás del código y sus sistemas normativos.

Esa “fuga” desde el Código Civil hacia los principios y valores de la Constitución de la que nos hablaba Irti nos sugiere que el movimiento recodificador no fue una simple re sistematización, sino una revisión profunda de las bases filosóficas e ideológicas sobre el que se asientan los viejos cuerpos normativos, donde *“el concepto y la práctica del Estado social de derecho colocan a la Constitución por encima de todos los demás sistemas normativos, y sus directrices informan íntegra la normatividad, que no solo ha de ajustarse a ella, sino que debe interpretarse con arreglo a la ideología acogida en su parte dogmática”*.³³

Quizá uno de los hitos más significativos en este sentido -en lo que hace a nuestro tema- fue asumir que el derecho de los contratos debe cumplir una función social, el reconocer que el poder (y su abuso) puede provenir no solo del Estado sino también de los particulares y entender, que las relaciones particulares deben ser respetuosas de los derechos fundamentales.

Las relaciones de poder en el nuevo milenio se muestran con una tendencia al desequilibrio y el contrato también puede ser una herramienta de opresión y, frente a ello, debe asumirse que los derechos constitucionales también pueden ser opuestos en las relaciones privadas.

33 Fernando Hinestrosa, “Codificación, descodificación y recodificación.”, *Revista de Derecho Privado* (Universidad Externado de Colombia) (2014): 3-13.

Igualmente debemos apuntar que no pocas son las voces que se alzan en contra de estas ideas, centralmente bajo la crítica de que si los derechos constitucionales nacieron como límites al poder del Estado, “concebirlos como vinculantes en las relaciones particulares es desvirtuar por completo su naturaleza jurídica”.³⁴ También han sido vistas como una amenaza a la seguridad jurídica y a la estabilidad de los negocios.

Este mayor protagonismo del juez y la subordinación del derecho privado al derecho constitucional en el campo de los contratos claramente implica una limitación de la autonomía de la voluntad, por lo que también el reproche a tal doctrina vino por el lado de que la misma va a “propiciar inseguridad jurídica, acabar con la autonomía privada y subordinar el derecho privado al constitucional”,³⁵ incluso permitió “hipotizar” acerca de un “governo giudiziario della discrezionalità contrattuale”.³⁶

Aun así, es innegable que con el constitucionalismo social -que es propio de las constituciones surgidas (o modificadas) luego de la Segunda Guerra Mundial- y con el nacimiento del Estado social de derecho, nace una nueva percepción de los derechos fundamentales que se adecuará a las nuevas necesidades y formas de organización social y económica: “En su multiplicidad de niveles funcionales, los derechos fundamentales poseen hoy en primer término el carácter de conferir status: determinar, asegurar o limitar la posición jurídica del individuo en sus bases y en sus relaciones jurídicas con otros individuos”.³⁷

Por cuestiones de espacio, no analizaremos los antecedentes jurisprudenciales que cada vez con más fuerza reciben estas ideas, sí

34 José Juan Anzués Gurría, “La eficacia horizontal de los derechos fundamentales”, Editado por UNAM Instituto de Investigaciones Jurídicas. *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, (2010).

35 Julio Alexei, “La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares”, *Universidad Externado de Colombia*, (2000).

36 Cfr. Rita Rolli, *Causa in astratto e causa in concreto*, (Verona: CEDAM, 2008), 239. (BARCELO COMPTE, 2016).

37 Hans Peter Schneider, “Derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático.”, *Revista de Estudios Políticos* (1979): 7-36.

mencionamos que aún fuera de los países que no han re-sistematizado sus códigos civiles o incluso aquellos que no tienen herramientas de derecho positivo que permitan nivelar el desequilibrio contractual (lesión, teoría de la imprevisión, violencia económica, etc.), la tendencia a la eficacia horizontal de los derechos se muestra como una tendencia irreversible, particularmente en lo que hace al derecho contractual: la mirada crítica hoy más bien antes que limitarse a la aplicación de los derechos constitucionales en las relaciones de los particulares (dentro de la admisión de esa eficacia) se reduce a la discusión sobre si la misma es inmediata (o directa) o si por el contrario tiene una eficacia mediata o indirecta.

*“El objeto de la discusión que ha mantenido ocupada a la doctrina constitucional durante los últimos 60 años se ha centrado más bien en determinar la forma y modo en que estos derechos han de hacerse efectivos en las relaciones privadas”.*³⁸

Esta nueva dimensión, como *valores*, que se le ha atribuido a los derechos fundamentales puede ser definida como el contenido de los derechos fundamentales, que aunado al subjetivo, es constituido por normas objetivas de principio (*objektive Grundsatznormen*) y decisiones axiológicas (*Wertenscheidung*)³⁹ que representan el sistema de valores y principios concretos de una sociedad (sistema cultural), y se convierten -en consecuencia-, en la razón y fundamento del Estado.⁴⁰

Por ello los derechos fundamentales cobran una dimensión objetiva (indistintamente frente a quien se tienen), asumen el rango de valores que representan la ideología de un Estado, lo que significa que los derechos entendidos como subjetivos son transformados en valores para que el juez pueda ponderarlos (objetivos): esos derechos se trasladan al campo de las relaciones

38 José Juan Anzures Gurría, “La eficacia horizontal de los derechos fundamentales”, Editado por UNAM Instituto de Investigaciones Jurídicas. *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, (2010).

39 E. W. Böckenförde, *Escritos sobre derechos fundamentales*, trad. de J. L. Requejo e I. (Villaverde: Baden-Baden, Nomos, 1993), 95. Citado por (Anzures Gurría, 2010).

40 R. Smend, “Verfassung und Verfassungsrecht”, *Teoría de la Constitución* (Madrid: Alianza, 1982), 170. citado por José Juan Anzures Gurría, “La eficacia horizontal de los derechos fundamentales”.

privadas y en el campo de los contratos, en alguna medida buscan superar la igualdad formal que propone el liberalismo (y que asumen los viejos códigos) mediante un activismo del Estado (por medio del poder judicial) quien debe asegurarlo aún en las relaciones particulares (eficacia horizontal).

El reconocimiento de la eficacia de la Constitución en las relaciones particulares nos sugiere que los principios fundamentales de las relaciones civiles debemos buscarlos hoy, en primer lugar, en la Constitución, *en otros términos, “es el Estado en el que la sociedad se protege por él y no frente a él”*⁴¹ y esto implica repensar la eficacia de la Constitución y, centralmente, repensar el rol de los operadores llamados a defender el derecho constitucional violado (jueces).

Esta asignación u objetivación de los derechos fundamentales impactó en el legislador (como en el caso de Argentina que seguidamente veremos) o en el *soft law* pero también en la forma de concebir la labor del custodio de la realización de estos valores, el juez.

La nueva legislación, como acontece en el método constitucional, requiere de normas “abiertas” y la resistematización del derecho privado asume otra forma; las contradicciones no solo no deben estar dentro del cuerpo civil, sino que la ley civil no puede entrar en contradicción con los derechos fundamentales.

A su vez los derechos fundamentales a la par de aportarle coherencia al sistema, adquieren una función interpretativa que asume dos formas: *“como factores de interpretación del derecho privado, desde o dentro del espíritu de los derechos fundamentales y, por otra parte, a través de las cláusulas generales y los conceptos jurídicos abiertos. Es en esta forma que los derechos fundamentales desenvuelven una “eficacia irradiante” sobre la legislación civil”*.⁴²

La nueva mirada del juez como encargado de asegurar o más bien ser garante de que esa eficacia de los derechos constitucionales se derrame sobre las relaciones particulares, lo vuelca al centro de la escena (por sobre el papel

41 E. R. Huber, *Rechtsstaat und Sozialstaat in der modernen Industriegesellschaft*, 1968, citado (Anzures Gurriá, 2010).

42 José Juan Anzures Gurriá, “La eficacia horizontal de los derechos fundamentales”.

residual que tenía en la etapa codificatoria decimonónica) y en ella, debe poner al sujeto como centro de ese sistema.

La coherencia se restablece por la coordinación flexible y útil de las fuentes: el descubrimiento de la racionalidad de las normas que se da por medio de la convivencia y del «diálogo». Entre ellas, Jayme bautizó como «diálogo» de las fuentes, a la aplicación simultánea, coherente y coordinada de fuentes legislativas convergentes,⁴³ por sobre la aplicación monolítica y asilada de un solo cuerpo normativo (código civil por ejemplo) a las relaciones particulares.

Esta resignificación de la función judicial debe ir acompañada de herramientas que le permitan hacerla efectiva: El juez debe respetar la autonomía contractual y velar porque las convenciones particulares no contravengan el orden público ni la moral o las buenas costumbres, pero, a su vez, es el garante de velar por la realización de la justicia contractual y de que la igualdad de los contratantes no sea reconocida solo en su aspecto formal.

Al concebir los derechos fundamentales como derechos subjetivos que el individuo ostenta directamente frente a sus semejantes en sus relaciones particulares, ya sea con mediación legal o sin ella, se está otorgando al juez una capacidad concretizadora de éstos que pertenece en principio al legislador.⁴⁴

V. La traducción normativa de la justicia contractual: el caso argentino.

La justicia contractual puede ser exclusiva del legislador (mediante la implementación de remedios generales) o bien ser una pauta de integración normativa que debe efectuar el juez (justicia contractual pretoriana) y este último control pretoriano puede enfocarse en desequilibrios genéticos o existentes al momento de su celebración (cláusulas abusivas, vicios en el consentimiento,

43 Alberto. Do Amaral Jr, "El «diálogo» de las fuentes: Fragmentación y coherencia en el Derecho Internacional contemporáneo.", *Revista Española de Derecho Internacional. Sección ESTUDIOS*, Asociación de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales, (2010): 61-88.

44 José Juan Anzures Gurría, "La eficacia horizontal de los derechos fundamentales", Editado por UNAM Instituto de Investigaciones Jurídicas. *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, (2010).

aprovechamiento de la necesidad, ligereza o inexperiencia para obtener una ventaja desproporcional) o bien de desequilibrios sobrevinientes (excesiva onerosidad sobreviniente, teoría de la imprevisión, buena fe en la ejecución, etc.).

Aun así, y fuera de estos institutos específicamente en la mirada recodificadora, en Argentina se ha dotado al juez de diversas (y novedosas) facultades que le permiten desarrollar la justicia contractual bajo el amparo de la compatibilización de las relaciones civiles con los preceptos constitucionales.

De hecho en el caso argentino en forma expresa se ha receptado esta mirada constitucionalizadora o la eficacia horizontal de la que hablábamos y el “*dialogo de fuentes*” del que hablaba Jayme: en el artículo 1º del nuevo código se establece que “*Los casos que este Código rige, deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos*” (...) y el artículo 2º establece que “*La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento*”.

Dentro de la nueva función del juez como integrador del sistema normativo y de la mirada “moralizante” del nuevo sistema, son ejemplificativos los casos enunciados en los artículos 771 que faculta a los jueces a reducir intereses,⁴⁵ al enunciado en el artículo 890 que otorga la facultad de disponer una condena con un pago en cuotas⁴⁶ cuando el deudor no pueda afrontar el monto de condena.

Incluso se faculta al juez a reducir el precio o fijar una retribución “equitativa” en un contrato de servicios o de obra si surge que “*la aplicación estricta de los aranceles locales conduce a una evidente e injustificada desproporción entre la retribución resultante y la importancia de la labor cumplida*” (artículo 1125).

45 Artículo 771 Los jueces pueden reducir los intereses cuando la tasa fijada o el resultado que provoque la capitalización de intereses excede, sin justificación y desproporcionadamente, el costo medio del dinero para deudores y operaciones similares en el lugar donde se contrajo la obligación. Los intereses pagados en exceso se imputan al capital y, una vez extinguido éste, pueden ser repetidos.

46 Artículo 890.- Carga de la prueba. El acreedor puede reclamar el cumplimiento de la prestación, y corresponde al deudor demostrar que su estado patrimonial le impide pagar. En caso de condena, el juez puede fijar el pago en cuotas.

En idéntico sentido podemos invocar al artículo 1610 que autoriza al juez a *“reducir la deuda directamente originada en el juego si resulta extraordinaria respecto a la fortuna del deudor”*.

Por último, en lo que creemos es el cambio más significativo en materia contractual y ejemplo de la admisión de la teoría de la justicia contractual y del cambio en la mirada económica y filosófica del cuerpo legal, es el artículo 960 que establece que *“Los jueces no tienen facultades para modificar las estipulaciones de los contratos, excepto que sea a pedido de una de las partes cuando lo autoriza la ley, o de oficio cuando se afecta, de modo manifiesto, el orden público”*.

Ya no solo podrá modificar un contrato *“por causas legales”* como decía la vieja norma, sino que si el orden público se ve violentado por una norma individual el juez podrá reestablecer ese orden violado, buscar la equidad del contrato o reestablecer la *“justicia contractual”*.

Conclusiones.

Doctrinariamente se ha instalado la idea de que deben ser admitidos instrumentos de justicia contractual en los códigos civiles y que las relaciones particulares también deben ser interpretadas bajo una mirada respetuosa de los derechos constitucionales, esto implica afirmar que los derechos constitucionales reconocen una eficacia horizontal (invocable entre los particulares o frente a un particular) además de una eficacia vertical (entre las relaciones del Estado con los particulares).

Reconocer una eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones particulares genera una intolerancia de la ventaja injusta y del contrato desequilibrado -o lesivo- en tanto genera un daño injusto. El reclamo moral en un contexto de derecho privado se postula como elemental principio de justicia y equidad que encuentran fundamento y cobertura en la Constitución.

Los proyectos de armonización del Derecho europeo e internacional de los contratos⁴⁷ prevén mecanismos para combatir la explotación injusta en

⁴⁷ En este sentido la propuesta de la Comisión Europea sobre un reglamento del Parlamento europeo y del Consejo relativo a una normativa común de compraventa europea [COM(2011)

materia contractual al igual que los Principios de Derecho Contractual Europeo (*Principles of European Contract Law*).⁴⁸

Fuera de estos preceptos comunitarios, diversos códigos civiles modernos se enderezan hacia la inclusión de una dosis de moralización del derecho privado. Así podemos citar al BGB alemán, que en su artículo 138, fulmina de nulidad a la transacción que ofende la moral, al nuevo código civil francés que receta en su artículo 1143 la teoría de la violencia económica y sanciona la ventaja excesiva, además del reciente caso argentino que autoriza al juez a modificar al contrato (incluso de oficio) si se afecta el orden público o si surge una onerosidad excesiva (artículo 960).

Esto nos sugiere que el principio de autonomía contractual debe ser entendido en dos dimensiones: desde la dimensión sinalagmática individual, pero también desde la recepción del principio de solidaridad como un valor independiente (y que trasciende) a las partes.

El contrato debe permitir la realización de valores protegidos constitucionalmente tales como la lealtad, la equidad, la justicia conmutativa o la confianza entre las partes. Esto implica resignificar al contrato no solo como el producto de una voluntad individual sino ser visto en un nuevo rol como elemento fundamental para desarrollar la felicidad solidaria. Los valores asignados por la ley al contrato deben ser buscados en la Constitución y no solo en la voluntad de las partes.

La apertura de la autonomía privada hacia este nuevo perfil (social o solidarista) implica una limitación de la autonomía privada y una mayor atribución de funciones al juez para reestablecer el equilibrio contractual o eliminar la ventaja injusta.

635 final - 2011/0284 (COD)] en el artículo 51, dispone sobre la ventaja injusta lo siguiente: *“Una parte podrá anular un contrato si, en el momento de su celebración: a) tenía una relación de dependencia o de confianza con la otra, se encontraba en dificultades económicas, tenía necesidades urgentes o era imprevisora, ignorante o inexperimentada; y b) esta otra parte sabía o debía esperar que supiera dicha situación del otro contratante y, atendidas las circunstancias y finalidad del contrato, se aprovechó de ello para conseguir un beneficio excesivo o una ventaja injusta”*. (Ginés Castellet, 2016)

48 En su artículo 4:109 contienen una previsión sobre el *“excessive benefit or unfair advantage”*.

*Se terminó de imprimir
en la Imprenta Universitaria
de la Universidad de El Salvador,
en octubre de dos mil dieciocho.
Final Avenida "Mártires Estudiantes
del 30 de julio". Ciudad Universitaria.
San Salvador, El Salvador, Centro América.
Teléfono: (503) 2511-2039.
Tiraje: 500 ejemplares.*

.....

 **Imprenta
Universitaria**
Universidad de El Salvador



Aequus Editorial



Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales
Universidad de El Salvador
ISSN: 2411-1465