

Revista Derecho

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

NÚMERO I

Marzo de 2015



Revista Derecho

El Salvador marzo de 2015

Revista Derecho Autoridades universitarias

Rector

Ing. Mario Roberto Nieto Lovo

Vicerrectora Académica

MsD. Ana María Glower de Alvarado

Vicerrector Administrativo

MAE. Óscar Noé Navarrete

Secretaria General

Dra. Ana Leticia Zavaleta de Amaya

Fiscal General

Lic. Francisco Cruz Letona

Defensora de los Derechos Universitarios

Mdh. Claudia Melgar de Zambrana

Secretario de Comunicaciones

MSc. Ernesto Deras

Secretario de Asuntos académicos

Ing. Rubén Antonio Asencio

Revista Derecho

Universidad de El Salvador

Facultad de Jurisprudencia
y Ciencias Sociales

Escuela de Ciencias Jurídicas

Marzo 2015

Directora de la Revista:

Dra. Evelyn Farfán Mata

Consejo Editorial:

Mcp. Luis Eduardo Ayala Figueroa

Mcp. Evelin Patricia Gutiérrez de Doradea

Licda. Odaly Lissette Sánchez Arias

Lic. Wilfredo Antonio Jovel González

Colaboradores:

Diagramación:

Ing. René Mauricio Mejía

Imprenta Universitaria - UES

Traductora:

Tec. Ana Elizabeth López Lazo

ISSN:

En trámite

*Impreso 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. 25116546

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

REVISTA DERECHO

Autoridades de la Facultad de
Jurisprudencia y Ciencias Sociales

Junta Directiva

Decano

Lic. José Reinerio Carranza

Vicedecano

MSc. Donald Sosa Preza

Secretario

Lic. Francisco Alberto Granados

Representantes Docentes

Propietarios

Lic. Jesús Peña

Lic. Javier Portillo

Suplentes

Licda. Diana Merino de Sorto

Lic. Marvin Flores

Representantes

Profesionales no Docentes

Propietarios

Lic. Miguel Ángel Flores Durel

Lic. Jaime Gómez Martínez

Suplente

Lic. Mario Edmundo Molina Lozano

Representantes Estudiantiles

Br. Dinora Beatriz Ramos

Br. Eliana Vides Olaizola

Suplentes

Br. Ana Beatriz Ramos

Br. Marta Yesenia Cortez

Responsables de Unidades

Directora de la Escuela de Ciencias Jurídicas

Dra. Evelyn Beatriz Farfán Mata

Directora de la Escuela de Relaciones Internacionales

Msc. Yaqueline Rodas

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

Msc. Hugo Dagoberto Pineda

Jefe del Departamento de Ciencias Políticas y Sociales (Interina)

Dra. Evelyn Beatriz Farfán Mata

Administrador Académico

Ing. Danny William Gutiérrez

Administrador Financiero

Lic. Luis Edmundo Mármol

Jefa de la Unidad de Planificación

Licda. Alma Dinora Aguirre Castro

Jefa de Biblioteca

Alejandrina Martínez Meza

Jefe de servicios Generales

Serafín López Chicas

Unidad de Comunicaciones

Lic. Gerardo Guillén

Coordinador Unidad de Posgrado

Dr. Reynaldo González

Coordinador de Proyección Social

Lic. Reinaldo Chávez

Coordinador del Socorro Jurídico

Msc. Juan José Castro

Coordinador de la Unidad de Investigación

Mcp. Luis Eduardo Ayala Figueroa

Coordinador de la Unidad de Docencia y Desarrollo Curricular

Licda. Digna Reyna Contreras

Coordinadora de la Unidad de Servicios Informáticos

Ing. María Mercedes Lara

Director General de Procesos de Graduación

Lic. Miguel Ángel Paredes

Unidad de Cultura y Comunicaciones

Ing. René Mauricio Mejía

Contenido

Presentación	11
--------------------	----

Dra. Evelyn Farfán Mata

ARTICULOS ACADÉMICOS

Aproximación Histórica a la Regulación Constitucional de los Derechos Políticos y su Evolución en la Participación Política en El Salvador	19
--	----

Lic. William Ernesto Santamaría Alvarenga

Introducción	21
I. El constitucionalismo decimonónico.....	23
II. Las Constituciones en El Salvador.....	28
III. Constitución de 1983.....	47
Conclusiones.....	53

Los Concejos Municipales Plurales ¿Deuda Democrática u Obstáculo a la Gobernabilidad?	55
--	----

Licda. Odaly Lissette Sánchez Arias

Introducción.....	57
I. Análisis Histórico.....	59
II. Derecho Comparado.....	63
III. Concejos Municipales Plurales, Nueva Realidad Salvadoreña	67
IV. Retos en la Implementación de los Concejos Municipales Plurales.....	71
Conclusiones.....	73

La influencia de las decisiones de la Corte IDH y de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el Derecho Penal de los Estados partes	75
---	----

Lic. Jaime Edwin Martínez Ventura

Introducción.....	77
I. Incorporación del derecho internacional, especialmente la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) en el ámbito interno	79
II. Los efectos de las decisiones de los órganos interamericanos en materia penal y procesal penal	85

III. Mecanismos jurídicos, especialmente mecanismos para revisar sentencias judiciales pasadas en autoridad de cosa juzgada, para hacer efectivas en el ámbito interno las decisiones de la Corte IDH.	98
IV. Criterios legales o de jurisprudencia nacional utilizados en relación con el cumplimiento de las decisiones de los órganos interamericanos en casos penales y no penales	98
V. Obstáculos jurídicos o jurídico-constitucionales que se oponen al cumplimiento de las decisiones de los órganos interamericanos.	99
Conclusiones	99

Innovaciones en la Competencia en el Código Procesal Civil y Mercantil	103
<i>Lic. José Reinerio Carranza</i>	

Introducción.....	105
I. Evolución histórica.....	107
II. Concepto y fundamentos de la Competencia	112
III. Criterios de Competencia.....	117
IV. Indisponibilidad de la Competencia	125
V. Creación y conversión de los Tribunales de lo Civil y Mercantil.....	126
VII. Ejecución forzosa	129
VIII. Otros casos de regulación de la competencia	134
IX. Reflexión final	140

ESTUDIOS

Breve referencia a la concepción principalista del derecho y al ciclo vital de las obligaciones. Prescripción y caducidad en materia de familia, Parte I	145
<i>Lic. Cristian Eduardo Palacios Martínez</i>	

Introducción.....	147
I. Enfoque de estudio	148
II. Noción previa	149
III. El Derecho	152
IV. Las obligaciones.....	159
V. El ciclo vital de las obligaciones.....	170
Conclusión.....	202

PRESENTACIÓN

Presentación

Dra. Evelyn Beatriz Farfán Mata¹

Presentamos una nueva edición de la Revista Derecho, espacio académico de difusión del pensamiento de académicos de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales y profesionales de las Ciencias Jurídicas con temáticas de actualidad aportando al debate científico en el ámbito jurídico nacional.

La Revista Derecho de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales en consonancia con su misión como institución de educación superior formadora de profesionales con gran capacidad crítica y propositiva para consolidar el Estado de Derecho, la Paz y la Democracia en la Sociedad salvadoreña y para contribuir en la solución de los problemas y el desarrollo científico de nuestro país, presenta cuatro artículos académicos y un estudio jurídico.

En el primer apartado se encuentran los artículos: “Aproximación histórica a la regulación constitucional de los derechos políticos y su evolución en la participación política en El Salvador” del Lic. William Ernesto Santamaría Alvarenga; “Los Concejos Municipales Plurales en El Salvador ¿Deuda democrática u obstáculo a la gobernabilidad?” por la Licda. Odaly Lissette Sánchez Arias; “La influencia de las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el De-

1 Directora de la Escuela de Ciencias Jurídicas de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la Universidad de El Salvador, Periodo 2011-2015. Docente de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la Universidad de El Salvador, desde 1997 a la fecha. Abogada y Notaria de la República. Licenciada en Ciencias Jurídicas por la Universidad de El Salvador, 1993-1999. Máster en Derecho Pluralista Público y Privado por la Universidad Autónoma de Barcelona, 2002-2004. Doctora en Derecho por la Universidad Autónoma de Barcelona, 2002-2006.

recho Penal de los Estados partes” por el Lic. Jaime Edwin Martínez Ventura; “Innovaciones en la Competencia en el Código Procesal Civil y Mercantil” por el Lic. José Reinerio Carranza; y finalmente presentamos un estudio jurídico denominado: “Breve referencia a la Concepción Principialista del Derecho y al ciclo vital de las obligaciones: apuntes iniciales de la Prescripción y Caducidad en Materia de Familia” por el Lic. Cristian Eduardo Palacios Martínez.

En el primer artículo, el Lic. Santamaría Alvarenga, aporta un análisis histórico, jurídico y político de la evolución de los derechos políticos en las Constituciones que han regido El Salvador, iniciando con una reseña del periodo pre-independentista hasta llegar a la situación de los derechos políticos en la actualidad y los retos del Estado salvadoreño para establecer las condiciones jurídicas y fácticas que posibiliten a todos los ciudadanos el libre ejercicio del derecho al sufragio activo en particular y de los derechos políticos en general.

En este primer artículo el autor enfatiza la evolución normativa del término “ciudadano”, transitando del sufragio censitario al sufragio universal, así mismo nos plantea los constantes cambios que sufrió la regulación de la forma de elegir al Presidente de la República, sus requisitos e inhabilidades, así como los principales sucesos político-sociales que desencadenaron el fenómeno de la diversidad de Constituciones que han regido en El Salvador; culminando con un análisis de los sectores de ciudadanos que sin impedimento legal se encuentran limitados del ejercicio del sufragio activo como los salvadoreños con residencia en el exterior, los agentes de la Policía Nacional Civil y estudiantes de la Academia Nacional de Seguridad Pública, y su impacto en la participación política, el sistema electoral y por lo tanto, en el sistema político salvadoreño.

Por su parte la Licda. Odaly Lissette Sánchez Arias nos plantea un enfoque histórico del surgimiento de los Concejos Municipales, un análisis comparativo de algunos países que han incorporado la figura de los Concejos Municipales Plurales y que tienen algunas experiencias acumuladas sobre su funcionamiento, por otra parte se refiere a la incorporación de esta figura en la

legislación salvadoreña y los posibles retos en su implementación, partiendo del hecho que pese a que su regulación data del año 2013, su implementación se proyecta hasta las elecciones municipales del año 2015.

En su artículo la autora nos plantea los posibles panoramas que podrían presentarse en la implementación de los Concejos Municipales plurales en El Salvador, así por un lado podrían constituir un avance democrático en cuanto propician mayor representación y participación política pluralista dentro del gobierno local, encajando en el primer panorama que nos plantea el título los Concejos Municipales Plurales como deuda democrática cumplida a la sociedad salvadoreña.

Por otra parte en relación a las implicaciones sobre la gobernabilidad, la autora nos plantea dos panoramas contrapuestos, la implementación de los Concejos Municipales Plurales pueden constituir un obstáculo si la falta de madurez de los representantes de los partidos políticos antepone los intereses particulares ante el bienestar general de la comunidad, adoptando actitudes de oposición injustificada a los proyectos locales, derivando en retrasos en la toma de decisiones que perjudicarán el desarrollo local; o en un segundo panorama la composición pluripartidista de los gobiernos locales podría derivar en un avance en la gobernabilidad democrática a partir de posibilitar mayor participación ciudadana, y un entendimiento y el debate honesto entre las fuerzas políticas, que favorezcan acuerdos con visión de país con proyectos a largo plazo, mayor transparencia a partir de una efectiva rendición de cuentas bajo un esquema de control interno.

El tercer artículo nos presenta la influencia de las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el Derecho Penal de los Estados partes, el autor desarrolla su análisis partiendo del hecho que desde 1995 que el Estado de El Salvador reconoció la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos hasta diciembre de 2012 hemos tenido cuatro sentencias condenato-

rias, dos casos relativos a desapariciones forzadas de niños y niñas durante el conflicto armado, conocidos como Caso de las Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador y el Caso Contreras y Otros vs. El Salvador; una tercera sentencia por hechos ocurridos en la post guerra, relativa a una ejecución sumaria y violación al derecho a las garantías judiciales, a la protección judicial y a la integridad personal conocido como Caso García Prieto y Otros vs. El Salvador; y la cuarta y última sentencia de fecha 25 de octubre de 2012, por las sucesivas masacres cometidas por un batallón élite del ejército, entre el 11 y 13 de diciembre de 1981, en diversos sitios del norte del Departamento de Morazán, conocido como Masacres de El Mozote y Lugares Aledaños vs. El Salvador, en esta última sentencia, el autor aclara que por tratarse de la más reciente de estas sentencias, cuyo cumplimiento aún no ha llegado a sus términos, no fue objeto de análisis.

El Lic. Martínez Ventura dada su experiencia en el área, desarrolla un análisis relativo a las primeras tres resoluciones condenatorias contra el Estado salvadoreño emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos midiendo su cumplimiento en el ámbito interno, considerando que a la fecha lo que concierne a la parte dispositiva que ordena continuar o reiniciar los procesos penales respectivos y superar las limitaciones u obstáculos de hecho y de derecho que impiden el cumplimiento de las investigaciones de manera efectiva no ha sido cumplido por El Salvador, dirigiendo su estudio hacia una perspectiva de la influencia de las resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el derecho penal y procesal penal de El Salvador.

En el cuarto artículo denominado “Innovaciones en la Competencia en el Código Procesal Civil y Mercantil”, el autor inicia con una referencia de la evolución histórica de las formas de resolución pacífica de los conflictos entre los miembros de la sociedad, posteriormente desarrolla la competencia a nivel teórico para diferenciarla de la jurisdicción y profundizar los criterios de competencia que regula el Código Procesal Civil y Mercantil.

El Lic. Carranza desarrolla las competencias atribuidas a la Corte Suprema de Justicia en pleno, a la Sala de lo Civil, Cámaras de Segunda Instancia, Juzgados de Primera Instancia, Juzgados de Primera Instancia de Menor Cuantía y finalmente Juzgados de Paz. A continuación desarrolla un análisis pormenorizado de los criterios de competencia en relación al territorio, funcional, grado, materia y cuantía que desarrolla el Código Procesal Civil y Mercantil.

Con el objeto de brindar una perspectiva integral del tema el autor desarrolla la indisponibilidad de la competencia, la conversión y creación de los tribunales de lo civil y mercantil, la competencia en el exequátur o proceso de reconocimiento de sentencias y resoluciones judiciales extranjeras, competencia en la ejecución forzosa, para finalizar con otros casos de competencia como: diligencias preliminares, aseguramiento de prueba, anticipo de prueba y medidas cautelares, para concluir con reflexiones finales.

En el apartado de estudios jurídicos presentamos el trabajo del Lic. Cristian Eduardo Palacios Martínez, denominado: “Breve referencia a la Concepción Principialista del Derecho y al ciclo vital de las obligaciones: apuntes iniciales de la Prescripción y Caducidad en Materia de Familia”. Este documento representa un excelente aporte como texto de estudio para quienes pretenden iniciarse en el conocimiento de las Ciencias Jurídicas ya que introduce al lector en el estudio de temas de mucha importancia como son el Derecho y las obligaciones, temas abordados desde la perspectiva de diversos autores clásicos y de actualidad, que permiten tener un panorama general pero muy completo de los diversos temas desarrollados.

ARTÍCULOS
ACADÉMICOS

Aproximación Histórica
a la Regulación Constitucional
de los Derechos Políticos
y su Evolución
en la Participación Política
en El Salvador

Lic. William Ernesto Santamaría Alvarenga

Aproximación Histórica a la Regulación Constitucional de los Derechos Políticos y su Evolución en la Participación Política en El Salvador

Lic. William Ernesto Santamaría Alvarenga

Resumen

El presente artículo presenta brevemente el proceso histórico, jurídico y político que se ha producido en el Estado salvadoreño con respecto a los requisitos y circunstancias que han motivado en las Constituciones de la República la exigibilidad de determinadas condiciones a fin de establecer si un habitante ostenta la calidad de ciudadano, y si, por tanto, está habilitado por el Sistema Jurídico para ejercer los Derechos Políticos, siendo el más representativo de ellos el derecho al sufragio activo, aunque paulatinamente se extiende al sufragio pasivo. Se analizan las modificaciones progresistas que el constituyente plasmó en la Carta Magna, de tal manera que es posible apreciar los diversos pasos que van desde el reconocimiento del voto censitario, acorde a las legislaciones europeas decimonónicas que habían cambiado su forma de gobierno de Monarquía Absoluta a Repúblicas, hasta las últimas reformas, decretadas por la Asamblea Legislativa, e interpretaciones, por parte de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, que permitieron incluir en el ámbito de participación política para elegir Presidente y Vicepresidente de la República a los ciudadanos salvadoreños que residen en el exterior, así como la aprobación de reformas transitorias al Código Electoral que permitieron votar en las recién pasadas elecciones a los agentes de la Policía Nacional Civil y estudiantes de la Academia Nacional de Seguridad Pública, los cuales históricamente estuvieron imposibilitados para votar en toda elección. Es por tanto, la síntesis de un proceso de mayor inclusión en el Sistema Electoral salvadoreño.

PALABRAS CLAVE: CIUDADANÍA – DERECHOS POLÍTICOS – DEMOCRACIA REPRESENTATIVA – ELECCIONES – SISTEMA CONSTITUCIONAL – SISTEMA ELECTORAL – SUFRAGIO ACTIVO – SUFRAGIO PASIVO.

Abstract

This article presents the historical, legal and political process that has occurred in the Salvadoran State regarding the requirements and circumstances that motivated the Constitutions of the Republic enforceability of certain conditions in order to establish whether a resident holds the as a citizen, and if, therefore, is enabled by the Legal System to exert Political Rights, the most representative of them the right to active suffrage, but it gradually extends to passive suffrage. Progressive changes that the constituent embodied in the Magna Carta, so that we can appreciate several steps ranging from the recognition of census vote, according to the nineteenth-century European legislation which had changed its form of government from Absolute Monarchy to Republics, until the latest reforms enacted by the Legislature Assembly, and interpretations by the Constitutional Chamber of the Supreme Court of Justice, which allowed include the scope of political participation for choose President and Vice President of the Salvadoran citizens living abroad, as well as approval of transitional Electoral Code reforms that allowed to vote in the recent elections to the agents of the National Civil Police and students of the National Academy of Public Safety, which historically were unable to vote in every election. It is therefore the synthesis of a process of greater inclusion in the Salvadoran Electoral System.

KEYWORDS: CITIZENSHIP – POLITICAL RIGHTS – REPRESENTATIVE DEMOCRACY – ELECTIONS – CONSTITUTIONAL SYSTEM – ELECTORAL SYSTEM – ACTIVE SUFFRAGE – PASSIVE SUFFRAGE.

Aproximación Histórica a la Regulación Constitucional de los Derechos Políticos y su Evolución en la Participación Política en El Salvador

Lic. William Ernesto Santamaría Alvarenga¹

“Atenas no es gobernada por un sólo hombre. Es una ciudad libre en la que el pueblo manda. Aquí no hay privilegios. El rico y el pobre tienen los mismos derechos.”
(Eurípides, *Las suplicantes*. Siglo IV A.C.)

Introducción

El propósito de este artículo es presentar, en memoria del Doctor José Rodolfo Castro Orellana² y en homenaje al trigésimo primer aniversario de vigencia de la Constitución de la República, un estudio del desarrollo histórico, jurídico y político de las diversas modificaciones que las Constituciones de El Salvador han mostrado en torno a la regulación de los derechos políticos, demostrando el proceso paulatino de inclusión de sectores sociales en los términos “ciudadano”³ y “cuerpo electoral”, hasta las más recientes

1 Abogado de la República. Licenciado en Ciencias Jurídicas por la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la Universidad de El Salvador. Graduado del primer Diplomado Superior en Derecho Electoral y Sistema Político Salvadoreño impartido por la Universidad de El Salvador en convenio con el Tribunal Supremo Electoral. Ex auxiliar de Cátedra del Departamento de Ciencias Políticas y Sociales de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la Universidad de El Salvador en los cursos Introducción a las Ciencias Políticas y Teoría del Estado.

2 El Dr. José Rodolfo Castro Orellana (01 de agosto 1944 – 25 de marzo 2014) fue Abogado, Sociólogo y Politólogo. Docente de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la Universidad de El Salvador en las áreas de “Introducción a la Ciencias Políticas” y “Teoría del Estado” de las cuales fue coordinador hasta 2013. Con amplios conocimientos en materia de Metodología en Investigación social, Sociología Jurídica e Introducción al estudio del Derecho. Asesor metodológico de trabajos de graduación y autor de diversos trabajos de investigación en el área de la Ciencia Política e Historia de El Salvador.

3 “En sana lógica deberíamos decir también *Polites* en vez de *ciudadano*, porque no es exactamente lo mismo para los griegos que para nosotros. *Polites*, en efecto, es el que participa en los asuntos de la polis y de los tribunales y asambleas populares, y se identifica con el “hombre político”, o sea, con el que retiene permanentemente las responsabilidades del gobierno. Por

interpretaciones que incluyen a los salvadoreños con residencia en el exterior y la potencial participación de los agentes de la Policía Nacional Civil y estudiantes de la Academia Nacional de Seguridad Pública en el ejercicio del sufragio, y su impacto en la participación política, el sistema electoral y por lo tanto, en el sistema político salvadoreño.

Pareciera que analizar la importancia de la Constitución como cuerpo normativo fundamental y supremo del orden jurídico y político de los Estados actuales es un tema agotado por ser obvio para la comunidad en general la existencia de los derechos fundamentales y su prioritario reconocimiento en la Constitución de la República; pero no siempre fue de esa manera, sobre todo con lo referente a los derechos políticos, que inicialmente se reflejan en los requisitos necesarios para que una persona tenga la calidad de ciudadano así como la capacidad de emitir el sufragio. Este reconocimiento de los derechos fundamentales, entre ellos el sufragio, ha sido producto en el mundo occidental y particularmente en El Salvador, de un largo proceso no exento de conflictos políticos y sociales que actualmente ha decantado en regulaciones constitucionales más apegadas a la inserción de sectores que antes estuvieron total o parcialmente excluidos de la posibilidad de incidir políticamente en los asuntos del Estado. La lucha, armada o no, por la inclusión de los derechos fundamentales y en especial los derechos políticos y su evolución, es un fenómeno histórico que no es ajeno a nuestra realidad nacional y es preciso identificar la manera en que estos derechos han sido regulados por el instrumento jurídico político y social más importante de los últimos siglos: las Constituciones nacionales.

consiguiente expresa mucho más de lo que para nosotros significa la simple palabra *ciudadano*". **ARISTÓTELES**. *Politeia (La Política)*. Publicación del Instituto Caro y Cuervo. Primera edición, prologada, vertida directamente del griego y notas por Manuel Briseño Jáuregui. Estudio preliminar e introducciones por Ignacio Restrepo Abondano. Bogotá, Colombia. 1989. Pág. 44.

I. El constitucionalismo decimonónico

1.1 El auge del Constitucionalismo decimonónico

Los Estados modernos surgen sobre la base de garantizar su estabilidad a través de las monarquías absolutas⁴ donde era el monarca el único que gobernaba el Estado, creaba y aplicaba leyes y juzgaba según su propio criterio. Es hasta el siglo XVIII, según lo plantea Duverger⁵, que aparecen en los Estados Unidos de Norteamérica y en la Francia revolucionaria dos clases de documentos que reflejan los principios básicos de un Estado Democrático: las declaraciones de derechos (declaración de independencia de Estados Unidos, declaración de los derechos del hombre y del ciudadano en Francia) y las Constituciones propiamente dichas. Las primeras precisaban los derechos naturales del hombre que el Estado debe respetar, las segundas regulaban la organización de los poderes públicos y la estructura fundamental del Estado; con el paso del tiempo ambas clases de documentos se fusionaron resultando más o menos las constituciones como se conocen en la actualidad.

En Europa, la Revolución Francesa a pesar de sus críticas y desavenencias, es el acontecimiento que posibilitó el origen de los Estados Constitucionales que tienen como finalidad a través de gobiernos democráticos⁶ asentados en el

4 "El Estado absoluto, teorizado por Hobbes y Bodino, descansaba en la omnipotencia del soberano real sin frenos jurídicos relevantes, puesto que las limitaciones del derecho divino y natural y aun de las leyes fundamentales del reino fueron simbólicas." **SOLANO RAMIREZ**, M. A. *"Estado y Constitución"*. Sección de publicaciones de la Corte Suprema de Justicia. Primera edición. San Salvador, El Salvador. 1998. Pág. 35.

5 **DUVERGER**, M. *"Instituciones Políticas y Derecho Constitucional"* Editorial Ariel. Sexta edición. España 1980. Pág. 28

6 La democracia tiene dos momentos y visiones diferentes, la de los antiguos y la de los modernos. Descriptivamente los antiguos la ejercían como democracia directa, en tanto que los modernos la ejercen como democracia representativa, es decir que para los antiguos la democracia tenía símbolos como la plaza, la asamblea: "el poder del *demos*", en tanto que para los modernos la democracia tiene como símbolos las elecciones, el solo ejercicio del voto: "el poder de los representantes del *demos*". **BOBBIO**, N. *Teoría General de la Política*. Editorial Trotta. Primera edición en español, traducida por Antonio del Cabo y Gerardo Pisarello. España. 2003, Pág. 402 y 403.

derecho al sufragio universal en contraposición al derecho divino a gobernar que ostentaban los monarcas absolutos, delimitar el poder político que los monarcas habían ostentado durante la edad media e inicios de la edad moderna. Aunque los conflictos originados por defender los derechos de gobernar por parte de los monarcas, la Iglesia Católica y amplios sectores conservadores hicieron que en un inicio este proceso de sustituir el modelo monárquico absolutista por el modelo democrático fuera limitado, cuando se extiende de Francia al resto de Europa esta delimitación, se refleja en la institucionalización de la división de poderes y la garantía de los derechos públicos subjetivos, sobre todo la libertad (expresión, reunión, asociación, etc.) y la igualdad (ante la ley y que no se reconozcan cargos ni privilegios hereditarios) consagrados en las constituciones con el propósito de garantizar los derechos consagrados a los habitantes de los nacientes Estados de Derecho, en los que el poder se concentra en las legislaciones, sobre todo de carácter escrita, y no en la voluntad arbitraria y única de los monarcas.

1.2 La caída del *ancien regime* español y la Constitución de Cádiz.

En los primeros años del siglo XIX, el Reino de España se convulsionaba con la crisis de lo que, por primera vez en la literatura Alexis de Tocqueville⁷ denomina el *ancien regime*, el antiguo régimen identificado fundamentalmente por el sistema de monarquía absoluta, que imperaba en toda Europa y que fue progresivamente sustituida por un modelo de corte liberal al estilo de la República Francesa. Después de 1789, el sistema monárquico y aristocrático aparece viejo, anticuado y precario, por lo que, según afirma Duverger⁸, durante los

7 TOCQUEVILLE, A. de, *El antiguo régimen y la revolución*, Fondo de Cultura económica. Tercera edición. México 2006.

8 DUVERGER, M. *Instituciones Políticas y Derecho Constitucional*, Editorial Ariel. Sexta edición. España 1980 Pág. 49

cincuenta años siguientes se desarrolla en Europa un combate implacable entre el antiguo régimen monárquico o aristocrático y el nuevo régimen democrático.

En España este proceso de sustitución al *nuevo régimen* estuvo inmerso en diversos conflictos tanto internos como externos que desencadenaron en marzo de 1808 el levantamiento popular denominado *el motín de Aranjuez*, provocado por presiones de la clase noble ante la insatisfacción de la ocupación del ejército de Francia a cargo del emperador Napoleón Bonaparte en tierras españolas debido al Tratado de Fontainebleau⁹. La presión popular llegó a tal punto que el Rey Carlos IV decidió abdicar a favor de su hijo, el rey Fernando VII, cuyo reinado sólo duró de marzo a mayo del mismo año, ya que dada la influencia y el poder del Emperador Bonaparte, el 5 de mayo de 1808 Fernando VII, en Bayona Francia, abdicó de sus derechos y un mes después el Emperador nombra a su hermano mayor, José Napoleón I^o Rey de España. Éste, una vez en el poder de España, promulga el 7 de julio de 1808 el Estatuto de Bayona, que pretendió ser una Constitución para España, pero dado el hecho que fue otorgada por un Estado extranjero y sin voluntad popular, no se consideró una Constitución sino una extensión del poder del Emperador Napoleón en el Reino de España.

Estos hechos provocaron una lucha independentista por parte de Fernando VII y en medio de esta guerra, surge en España la asamblea constituyente conocida como las Cortes de Cádiz (Andalucía) en 1810, con el objeto de gobernar España en ausencia del legítimo Rey ya que no reconocían la autoridad

9 A través del Tratado de Fontainebleau de 1807, España y Francia hacen una alianza para invadir Portugal que se había aliado con Inglaterra, principal enemigo del emperador Napoleón Bonaparte. Pero el ejército francés ocupó a su paso por España varias localidades no previstas en el Tratado, inquietando a la clase noble provocando el motín de Aranjuez reclamando la abdicación del Rey Carlos IV y la renuncia del primer ministro de España Manuel Godoy. QUEIPO DE LLANO, J. M. Historia del levantamiento, guerra y revolución de España, Tomo I. Imprenta de Casimir. París, Francia.1838.

10 Según Javier Peñalosa, es en esta época en que el general francés Leopoldo Hugo viaja a España y se traslada con su esposa e hijos, entre ellos el futuro escritor Víctor Hugo, a Madrid, ahí vivirá y estudiará hasta que se hace evidente la derrota francesa en España, regresando a Francia con problemas económicos. HUGO, V. *Los Miserables*. Editorial Porrúa. Nota preliminar de Javier Peñalosa. México. 2011.

de José Napoleón I. Por lo tanto, tras largos debates sobre la mejor forma de gobierno, el 19 de marzo de 1812 promulgan la “Constitución de Cádiz”, en la que se proclamaba que el poder lo ejerce la nación representada en las Cortes¹¹. Ésta es considerada la Primera Constitución de España cuya vigencia aplicó también para los territorios del continente americano bajo el dominio español, entre ellos, la intendencia de San Salvador.

No obstante, en 1813 Fernando VII triunfa sobre el ejército Francés y regresa al trono de España. Contrario a lo que esperaban de él los liberales, el 4 de mayo de 1814 deroga la constitución de Cádiz para retornar al absolutismo, persiguiendo a los liberales y suspendiendo todo derecho constitucional, incluido la calidad de ciudadanos y sus derechos¹², por lo que se provocó inestabilidad política durante años. Esta situación duró de esta forma hasta 1820, cuando el general español y político liberal Rafael de Riego se dirigió a su ejército expresando que vivían sometidos ante un poder arbitrario y absoluto y que desde que el rey Fernando VII volvió al trono, no solo había derogado la Constitución de 1812 sino también violentado los derechos de la nación, provocando un levantamiento anti absolutista. El 8 de marzo el rey Fernando juró la Constitución de 1812 y dos días después se publicó ese manifiesto encabezado con la frase del rey: “*Marchemos francamente, y yo el primero, por la senda constitucional*”. Inicia así el denominado Trienio Liberal o constitucional en el que la constitución de Cádiz inicia su segundo período de vigencia como una monarquía constitucional¹³.

11 Art. 3 de la constitución de Cádiz: “La soberanía reside esencialmente en la Nación, y por lo mismo pertenece a ésta exclusivamente el derecho de establecer sus leyes fundamentales.”

12 Art. 23. “Solo los ciudadanos españoles podrán obtener empleos municipales, y elegir para ellos en los caso señalados por la ley”

13 No obstante, la Constitución de Cádiz volvió a perder vigencia el 1 de octubre de 1823, cuando Fernando VII nuevamente la deroga a favor del absolutismo durante la “década ominosa” en que resurgió el absolutismo monárquico, hasta la guerra civil por las disputas hereditarias a la muerte de Fernando VII. Hechos que no afectaron en Centroamérica por haberse llevado a cabo la independencia.

Con la segunda vigencia de la Constitución de Cádiz, en términos del jurista e investigador salvadoreño doctor Napoleón Rodríguez Ruíz padre¹⁴, se permitió que se difundiera legalmente la propaganda política independentista gracias a la libertad de prensa que el cuerpo legal otorgaba, así surgieron en Guatemala dos periódicos pro independentista: “*El Editor Constitucional*”, el 24 de julio de 1820 liderado por el Dr. Pedro Molina de corte radical y “*El Amigo de la Patria*” encabezado por José Cecilio del Valle, de tendencia ideológica más moderada¹⁵. Estos textos ayudaron a difundir las ideas de independencia por toda la región Centroamericana.

La Constitución de Cádiz rigió a Centroamérica hasta su separación de la corona española, que en El Salvador acontece el 15 de septiembre de 1821¹⁶ y tras una serie de conflictos con el emperador Iturbide en México¹⁷, se anexó en 1824 a la naciente Federación Centroamericana con su propia Constitución. En ella se plasmaron, además de la declaración de “libertad e independencia de España y de México y de cualquiera otra potencia ó gobierno extranjero” (Art. 1 constitución de 1824), los principios liberales junto a los derechos individuales y

14 **RODRÍGUEZ RUÍZ, N.** *Historia de las instituciones jurídicas salvadoreñas*. Sección de publicaciones de la Corte Suprema de Justicia. Primera edición. San Salvador, El Salvador, 2006. Pág. 123

15 Los que apoyaban a Pedro Molina llamaban a los seguidores de Cecilio Del Valle “Los Bacos” en referencia a que eran borrachos, mientras los simpatizantes de Del valle llamaban a los que molinistas “Los Cacos” en referencia a que eran ladrones. Estos grupos son considerados el germen de las primeras facciones en Centroamérica, de los que surgirán poco a poco los primeros partidos políticos. **RODRÍGUEZ RUÍZ, N., op. cit.** Pág. 123

16 Para un mayor estudio de los acontecimientos políticos en El Salvador entre 1821 y 1822, Cfr. artículo **CASTRO, J. R.** “*Notas sobre actores, ideas e ideologías en las luchas por la emancipación de El Salvador*” que se encuentra publicado en siete entregas de la *Revista Ciencia Política* de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la Universidad de El Salvador en formato digital, de Junio de 2010. Año 2. No. 3 a Diciembre 2012 Año 4 No. 14 en <http://www.jurisprudencia.ues.edu.sv/publicaciones.html> consultado el 16 de octubre de 2013.

17 “El primero de octubre de 1822 el emperador mexicano Iturbide ordena el ataque a la provincia de San Salvador si inmediatamente no se une a México, sobre las bases de una entera sumisión al Gobierno Imperial, y sin condición alguna que pudiese contrariarla. (...) el nueve de febrero de 1823 entra a la ciudad de San Salvador el ejército de Iturbide y el diez de febrero declara anexado al Imperio Mexicano a la Provincia El Salvador, nueve días más tarde Iturbide abdica la corona Imperial de México, por lo que el imperio se desmorona y El Salvador y el resto de países invadidos recobran su libertad e independencia.” **MONTERREY, F.** *Historia de El Salvador. Anotaciones cronológicas. 1810-1842* Tomo I. Editorial Universitaria. Primera edición. San Salvador, El Salvador. 1997. Págs. 95,104.

los valores jurídicos fundamentados en la libertad humana, que terminaría en el año 1841 cuando El Salvador se declara como un Estado unitario, independiente y soberano, proclamando su propia Constitución de la República. A partir de esta Constitución iniciará el estudio propio de los derechos políticos, no sin antes puntualizar algunos aspectos que la Constitución de Cádiz impregnó en el constitucionalismo del naciente Estado salvadoreño.

II. Las Constituciones en El Salvador

Como se señala *supra*, El Salvador pocos años antes de la independencia había tenido influencia jurídica constitucional proveniente de España y su conflicto con la caída y auge del estado absolutista y la segunda etapa de vigencia de la Constitución de Cádiz con sus principios de Monarquía Constitucional, por lo que no es extraño que las constituciones de El Salvador declararan principios inspirados tanto de España, sobre todo la relación con el catolicismo, pero en especial de la Francia revolucionaria y Bonapartista, por lo que en 1841 se opta por constituir un Estado Republicano y Democrático, además de Unitario, separándose totalmente de la Federación Centroamericana, proceso que había iniciado en 1838.

Con respecto al reconocimiento de los derechos políticos, durante las dos vigencias de la Constitución de Cádiz, según Avendaño Rojas¹⁸, se introdujeron las elecciones indirectas, que en América se ejercieron en la elección de cabildos de 1812 y las efectuadas para renovar a los diputados en cortes, las del ayuntamiento y las de diputaciones provinciales en 1813 y 1820, las cuales fueron ejercidas por electores de parroquia, partido y provincia.

Los derechos políticos se otorgaban a ciertos ciudadanos con determinados requisitos: españoles o sus hijos, nacidos o avecindados en el imperio español; los extranjeros naturalizados o los que durante diez años hubieran

18 AVENDAÑO ROJAS, X. *Elecciones, ciudadanía y representación política en el Reino de Guatemala, 1810-1821*. Boletín AFEHC N°12, publicado el 04 septiembre 2005, página5, disponible en: http://afehc-historia-centroamericana.org/index.php?action=fi_aff&id=364 consultado el 19 de octubre de 2013.

habitado un pueblo y las castas que prestaron servicios o se distinguieron por su talento siempre que fueran hijos legítimos y estuvieran casados “con mujer ingenua”¹⁹. Además, para ser ciudadanos debían contar con un empleo o modo de vivir conocido, no tener deudas con Hacienda ni juicio pendiente, ni ser empleado doméstico.²⁰ Las limitaciones a los derechos políticos, sobre todo al derecho de ser nominalmente “ciudadano” de carácter moral se fueron reproduciendo en las constituciones de El Salvador, con matices liberales en cada nueva Constitución.

2.1 Constitución de 1841

Desde el Art. 2 se proclama que El Salvador se configurará bajo un Gobierno republicano, popular, representativo y que además será ejercido por tres poderes distintos, el legislativo, ejecutivo y judicial.

El Artículo 5 enuncia quienes serán considerados ciudadanos y sus requisitos:

*“Son ciudadanos todos los salvadoreños **mayores de veintiún años** que sean **padres de familia**, ó cabezas de casa, ó que sepan leer y escribir, ó **que tengan la propiedad que designa la ley**”²¹*

Además el Art. 8 enuncia las causales de suspensión y pérdida de la calidad de ciudadano:

*“Se suspenden los derechos de ciudadano por proceso criminal en que se haya proveído **auto motivado de prisión** por delito que según la ley merezca pena más que correccional: por ser **deudor fraudulento** legalmente declarado, o **deudor a las***

19 VARGAS VALENCIA, A. *Las Instituciones de Justiniano en Nueva España*. Instituto de Investigaciones Filológicas, en *Cuadernos del Instituto de Investigaciones Filológicas* número 25. Universidad nacional autónoma de México. México. 2011. Pág. 21 “*En el derecho romano, los ingenui son los libres de nacimiento*” consultado en <http://132.248.101.214/chiif9/lib/tpl/arctic/images/InstJustiniano.pdf> el 19 de octubre de 2013

20 El contenido de estos requisitos y limitaciones se ubican entre los Artículos 18 al 26 de la Constitución de Cádiz.

21 Las negritas, cursivas y/o subrayados que figuren en la presente investigación, sobre todo en el texto de las disposiciones normativas, son suplidas por el autor.

*rentas públicas y judicialmente requerido de pago: por conducta notoriamente viciada, ó sin ninguna ocupación honesta, legalmente calificada: por locura, demencia o enajenación mental: y por ser sirviente doméstico cerca de la persona. Pierden la calidad de ciudadanos los que admitieren empleos, o aceptaren pensiones, distintivos o títulos hereditarios o personales de otra nación sin licencia de la Asamblea general: los **sentenciados por delitos** que merezcan pena más que correccional, hasta obtener rehabilitación.”*

Puede advertirse una serie de requisitos que limitaban la posibilidad de ser ciudadano salvadoreño por diversos criterios, además de los requisitos de edad y capacidad mental, destaca el hecho de ser requisito el poseer propiedades con extensiones determinadas por la ley, esto lleva a considerar el Art. 11 del mismo cuerpo normativo que determina los requisitos para que un ciudadano pudiera ser parte del poder Legislativo como representante de cámara de Diputados²², entre los cuales figuraba el “poseer una propiedad al menos de quinientos pesos”, y para ser senador la propiedad debía ser “inmueble que no baje de cuatro mil pesos, ubicada en cualquier punto del territorio del mismo El Salvador”. Del mismo, modo para ser Presidente de la República se debía “poseer una propiedad raíz que no baje de ocho mil pesos, situada en cualquiera de los departamentos del mismo”.

Además se observan las limitaciones derivadas de la condición social, como ser padre de familia o estar encargado económicamente de las necesidades de una vivienda, así como saber leer y escribir, siendo este último requisito un elemento que limitaba ampliamente el número de personas capaces de adecuarse en el término “ciudadano”²³.

22 El Poder Legislativo en la República de El Salvador como Estado unitario se configuró con un sistema bicameral compuesto por los representantes de Cámara de Diputados y los Senadores. Esta configuración se estableció en la Constitución de 1841 (Art. 13) y permaneció así durante 45 años hasta la Constitución de 1886 (Art. 54). A partir de entonces, la Asamblea Legislativa se configuró con el sistema unicameral compuesta por los Diputados, sistema que se mantiene igual hasta la actualidad.

23 “Se estima que para 1841 el 80% de la población salvadoreña era analfabeta” En ese contexto se justificó la importancia de la fundación de la Universidad de El Salvador el 16 de febrero de 1841”. PICARDO JOAO, O. *Historia y Reforma de la Educación Superior en El Salvador*. Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, y Ministerio de

2.2 Constitución de 1864

El Artículo 7 determina los requisitos para ser ciudadano en esa etapa histórica salvadoreña: la edad mínima para ser ciudadano sigue siendo veintidós años, debía mostrar buena conducta, pero además debía demostrar tener alguna de las cualidades o condiciones siguientes: ser padre de familia o cabeza de casa, saber leer y escribir o tener la propiedad que designe la ley.

Existía una excepción a la edad en razón del nivel educativo o estado familiar, en ese sentido también eran ciudadanos los mayores de diez y ocho años que obtengan grado literario o sean casados.

Los Artículos 10 y 11 determinaban las causales de suspensión o pérdida de los derechos del ciudadano. En general siguen siendo las mismas causas que contemplaba la Constitución de 1841, excepto que se elimina la causal de suspensión el hecho de *ser sirviente doméstico cerca de la persona*. Lo que formalmente se apertura la posibilidad de acceder al derecho político a quienes estuvieran en esa condición.

Aparte de lo anterior, los requisitos para ser candidato a los órganos de Estado estaban supeditados a la posesión de propiedades de diversas dimensiones según tipo de funcionario²⁴. Por lo que aún se manifiesta el voto censitario²⁵ tanto en los requisitos para ser ciudadanos, como en los requisitos para ser electo gobernante.

Educación de la República de El Salvador. Pág. 28 consultado en <http://www.wisis.ufg.edu.sv/www.wisis/documentos/M0/M000394.pdf> el 23 de octubre de 2013.

24 Para candidato a Presidente y vicepresidente se exigía que fuera dueño de propiedad con valor de ocho mil pesos (Art. 15); para senador, una propiedad de al menos cuatro mil pesos (Art. 16); para diputado se exigía propiedad con valor de no menos de quinientos pesos (Art. 17); para ser Magistrado de la Corte Suprema de Justicia, exigía un capital de mil pesos en bienes raíces (Art.19) y para los ministros de gobierno se requería poseer propiedad con valor de al menos dos mil pesos (Art. 20)

25 “El sufragio censitario fue la primera forma de sufragio restringido y la más extendida; es la restricción del sufragio por condiciones de fortuna”. Entre las modalidades de sufragio censitario figura el que es por razón de poseer propiedades, es decir que “solamente serán electores las personas dueñas de tierras” El voto censitario se justificó sobre la base que sólo las personas que poseían fortunas económicas estaban verdaderamente ligadas a la nación, argumento sostenido por la burguesía de finales del siglo XVIII e inicios del XIX. DUVERGER, M. *Instituciones Políticas y Derecho Constitucional*. Op. Cit. Pág. 95.

2.3 Constituciones de 1871 y 1872

En Abril de 1871 el militar y político guatemalteco General Santiago González Portillo derrocó al presidente Francisco Dueñas con un golpe de Estado y asumió la presidencia provisional de El Salvador²⁶. Las primeras acciones del gobierno provisional tienden a proclamar la libertad de expresión e imprenta y el 13 de mayo convoca a elecciones de representantes para asamblea constituyente. Como resultado, el 17 de Octubre se emite la cuarta Constitución de la República de El Salvador (tomando en cuenta la de 1824).

En esta norma constitucional, se prohíbe la reelección consecutiva del presidente (durante el gobierno de Dueñas se reformó la Constitución de 1864 para permitir la reelección hasta dos veces consecutivas²⁷) y que el mismo duraría en sus funciones 2 años, además se estableció la tolerancia religiosa, la independencia de los poderes y la elección indirecta. Por último, para legitimar su poder, se proclamó que los que no hayan nacido en El Salvador y tengan varios años de residencia, podían ser electos presidentes. A partir de esta Constitución inicia progresivamente el período liberal que alcanzará su apogeo en la constitución de 1886²⁸. No obstante, en la Constitución de 1872 se aumentó a cuatro el número de años que el Presidente permanecía en su cargo, ampliándose de esa manera el gobierno “provisorio” de González hasta 1876²⁹.

La regulación en torno a los ciudadanos figura en las Constituciones de 1871 y 1872 en los Artículos del 8 al 11 y al ser textualmente idénticas se presentan en uno sólo conjunto.

26 MONTERREY, F. Historia de El Salvador. Anotaciones cronológicas. 1843- 1871 Tomo II. Editorial Universitaria. Primera edición. San Salvador, El Salvador. 1997 Págs. 360-364

27 MONTERREY, F. Op. Cit. Pág. 351

28 Ibid. Pág. 364

29 *“Todos los funcionarios de los altos Poderes ya sean de elección popular o ya del Cuerpo Legislativo, que comenzaron a ejercer sus funciones en el año corriente, de conformidad con el Código Político de 16 de Octubre de 1871, continuarán funcionando hasta completar el período que respectivamente se les asigna en esta Constitución”*. (Artículo adicional transitorio a la Constitución de 1872)

El Artículo 8 determinaba las condiciones para ser ciudadano, estas eran: ser mayor de veintiún años de edad, tener buena conducta y que además tuviera al menos una de las siguientes condiciones: ser padre de familia o cabeza de casa, saber leer y escribir o tener un modo de vida independiente.

Es importante señalar que a partir de esta Constitución se suprime el requisito de poseer propiedad en bienes raíces para poder ser ciudadano, lo cual marca una pauta en la eliminación del voto censitario. También figuraba la excepción por la edad a quienes teniendo dieciocho años ya tuvieran un grado literario, eliminando la otra opción que figuraba en 1864 que era “ser casado”.

Del mismo modo, el artículo 10 y 11 determinaban las causales de suspensión y pérdida de los derechos del ciudadano que son las mismas en ambas constituciones, excepto que en la de 1871 incluía como causal de pérdida al ciudadano que venda su voto en elecciones populares.

Estas constituciones son el punto intermedio en donde se empieza a romper el esquema conservador, ampliamente unido al poder de la iglesia católica que había imperado en el Estado Salvadoreño. Por ejemplo, en las secciones destinadas a las elecciones en la Constitución de 1871, así como la de 1841 y 1864, al referirse a la cantidad de personas en un “círculo, distrito o cantón” expresa el número con el término “almas”, mientras que la de 1872 utiliza el término “habitantes”. Además se reafirma la prohibición hacia todo eclesiástico de acceder a cargos de elección popular.

Por último, la Constitución de 1872 contiene dos cambios más: el primero y el más relevante en este tema, es que por primera vez se manifiesta que el derecho al sufragio es de carácter irrenunciable (Art. 49) y el segundo, es en relación a la división administrativa del Estado, que antes se dividía en “círculos” y a partir de entonces se divide en “departamentos”, división que continua en el presente.

2.4 Constitución de 1880

Al concluir el período presidencial de Santiago González y sabiendo que la Constitución de 1872 que él mismo había impulsado impedía su reelección, propone como candidato oficial a Andrés del Valle, que bajo los efectos del régimen de González fue electo para el cargo e inició su gobierno el primero de febrero de 1876. Pero esos mismos efectos produjeron rechazo popular hacia su persona, ya que Santiago González continuó en el gobierno al ser designado Vicepresidente de la República y General en jefe de las Fuerzas Armadas³⁰, cargo que según la Constitución correspondía al Presidente (Art. 89). Pocos días después, Andrés del Valle enfrentó un cruento movimiento revolucionario por parte del gobierno de Guatemala que concluyó en su renuncia a la presidencia el primero de mayo de 1876, resultando electo como presidente provisorio Rafael Zaldívar³¹ para el período comprendido del primero de Mayo de 1876 al 1 de Febrero de 1880. Éste, una vez concluido su período como presidente provisorio, para mantenerse en el poder promulgó la Constitución de 1880 en la que el Artículo 131 determinaba lo siguiente: *“Por esta sola vez la Asamblea Nacional Constituyente elegirá y posesionará directamente al Presidente de la República para el primer Período Constitucional, a los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia y a los tres designados a que se refiere la fracción 7a. del Art. 69.”*

Los requisitos constitucionales en el Artículo 7 de este cuerpo normativo, con respecto a los de la Constitución de 1872, contenían algunas novedades tales como la inclusión de los que teniendo veintiún años estuvieran enlistados en las milicias o en el ejército salvadoreño, además que los individuos que tuvieran dieciocho años podrían ser ciudadanos si tenían “algún título literario” y a los menores de veintiún años de edad siempre que estuvieran casados, por

30 CARDENAL, R. *El poder eclesiástico en El Salvador. 1871-1931*. Dirección de Publicaciones e impresos Biblioteca de Historia Salvadoreña. Segunda edición. San Salvador, El Salvador. 2001, Págs. 135- 138

31 Esta elección no fue de carácter popular sino que fue producto de una junta de cafetaleros, que fue convocada por Andrés Valle como parte del acuerdo con Guatemala que se conformó de alrededor de 200 salvadoreños, incipientes cafetaleros, terratenientes, comerciantes, políticos, militares y juristas *vid.* CARDENAL, R. “El poder...” o. cit. Pág. 137.

lo que se volvió a incluir a los mayores de dieciocho años que sin título literario sí estén casados, circunstancia que en las constituciones de 1871 y 1872 había quedado anulada.

Se reafirma la irrenunciabilidad del sufragio y se determina su carácter obligatorio (Art. 45). El Presidente de la República duraba en sus funciones cuatro años y no podía reelegirse inmediatamente, sino después de transcurrido al menos un período presidencial de por medio (Art. 78).

2.5 Constitución de 1883

Con la Constitución de 1880 había comenzado el proceso de secularización del Estado, en el que siempre se reconocía a la religión católica como la “que profesan los salvadoreños” con la protección del Estado, pero que se garantizaba plenamente la profesión de fe de otras religiones, con el único límite de mantener el orden público. También se prohibió el establecimiento de congregaciones conventuales y de toda especie de institución religiosa (Art.40). Se mantuvo además la prohibición a cualquier ministro religioso de poder acceder a cargos de elección popular (Art. 50). Otra tendencia liberal que iba cobrando auge en este momento es el del “Estado cafetalero” produciendo grandes ganancias a los empresarios, por lo que entre 1881 y 1882 se promulgaron leyes de extinción de ejidos³² y tierras comunales³³, con el fin de ser aprovechadas

32 **Diccionario de la Lengua Española.** 22° Edición. *Ejido*. (Del lat. **exītus*, por *exītus*, salida). 1. m. *Campo común de un pueblo, lindante con él, que no se labra, y donde suelen reunirse los ganados o establecerse las eras. Vid. OLMEDO LOPE, H. J. “Breves Consideraciones al régimen de titulación de inmuebles en la legislación salvadoreña” Tesis doctoral. Universidad de El Salvador. Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales. San Salvador, El Salvador. 1969. Pág. 3 “La palabra Ejido, comenzó a usarse, debido a que dichas tierras eran las que se encontraban a la salida de los lugares o de los pueblos. Sin embargo, posteriormente se aplicó dicha palabra, a las tierras que los Municipios, por concesión de la Corona española primero, y concesión del estado a partir de la independencia, tenían en uso y goce.”*

33 **Tierras Comunales:** “Las comunidades eran extensiones de tierras administradas por Corporaciones que tenían personalidad jurídica las cuales eran inscribibles. Las tierras de la comunidad eran poseídas en indivisión.” (8) *Las tierras comunales pues, eran aquellas que pertenecían en propiedad a las Comunicaciones de Indígenas y ladinos, las cuales eran administradas por Corporaciones que gozaban de personalidad jurídica, siendo poseídas por los indígenas y ladinos en proindivisión. Desaparecieron con la ley de extinción de comunidades en el año de 1881. OLMEDO LOPE, H. J. “Breves Consideraciones...” Op. Cit. Pág. 3.*

para el cultivo del café. A partir de 1880 el Estado Salvadoreño adquirió más fortaleza y estabilidad, el aparato estatal empezó a tener una presencia más efectiva en el territorio nacional, sobre todo en la región occidental que era la que mejor se desarrollaba económicamente con el cultivo y exportación del café. Por primera vez en varios años el territorio nacional pudo librarse de las guerras entre países, además el presidente lograba mantenerse durante más tiempo en su cargo, como es el caso de Rafael Zaldívar que estuvo nueve años consecutivos hasta 1885.³⁴

Esta situación de estabilidad y el interés en continuar con su cargo hizo que el 18 de octubre de 1883, Zaldívar convocara otra Asamblea constituyente la cual, el cuatro de diciembre, aprobó la nueva Constitución, ratificada por Zaldívar dos días después. Esta constitución suprimió la prohibición de reelección del presidente de la república (art. 77), convocándose a elecciones el 23 de diciembre, con las mismas disposiciones de la ley electoral de 1873, resultando reelecto para el período de 1884 a 1888³⁵. No obstante renunció a su cargo como presidente el 14 de mayo de 1885.³⁶

Los Artículos del 43 al 46 determinaban los derechos del ciudadano así como las causales de suspensión y pérdida de la ciudadanía, los cuales en su esencia no variaron en nada con los expuestos en 1872.

El gobierno de Zaldívar terminó al renunciar en 1885 debido a un levantamiento popular dirigido por Francisco Menéndez en el que participaron varios sectores sociales. La política social y económica de Zaldívar se volvió en su contra por parecerles que Zaldívar solo beneficiaba a un sector de personas de confianza o camarilla. La clase emergente de propietarios participó por primera vez en forma directa en la oposición política y militar de un gobernante que consideraban que actuaba de forma ajena a sus intereses.

34 AA.VV. Historia de El Salvador, Tomo II. Ministerio de Educación. Primera Edición. San Salvador, El Salvador. 1994, Pág. 22-23

35 Poder Legislativo decreto del veintiocho de enero de 1884 publicado en el Diario Oficial Tomo 16 Número 25, del 29 de enero de 1884

36 Vid. VIDAL, M. *Nociones de historia de Centro América*. Departamento Editorial, Ministerio de Cultura. Quinta edición. San Salvador, El Salvador. 1957. Págs.304-307

Según la opinión de historiadores salvadoreños, *“Los opositores consideraban que Zaldívar no había cumplido con los preceptos fundamentales del liberalismo, especialmente los relacionados con los derechos de los ciudadanos, tales como la libertad de expresión, democracia representativa, igualdad de los ciudadanos ante la ley³⁷.”* El líder de la oposición, Francisco Menéndez convocó a una asamblea constituyente al llegar a la jefatura del gobierno. El anteproyecto de constitución de 1885 fue rechazado por Menéndez por considerar que otorgaba muy poco poder al Presidente de la República, por ejemplo, se redujo el período presidencial a tres años (Art. 80), no permitía el nombramiento de ministros sin nacionalidad salvadoreña y se implementó por primera vez el derecho a la insurrección del pueblo si éste advertía que los gobernantes irrespetaban las leyes fundamentales (Art. 36). Ante la negativa del poder legislativo de modificar el proyecto de Constitución, Menéndez disolvió el congreso se declaró dictador y la Constitución quedó sin firmar. Posteriormente, convocó nueva Asamblea Constituyente, que se instaló el 21 de junio de 1886.

2.6 Constitución de 1886

La mayoría de las diferencias entre las constituciones de 1885 y 1886 tendían a mantener los poderes del poder ejecutivo tal como la de 1883. Los cambios en la sección de los ciudadanos variaron en el sentido que la mayoría de edad para serlo se estableció a los dieciocho años de edad, incluyendo a los casados o con título académico aunque fueran menores de esas edad. (Art. 51), además de ampliar las causales de pérdida de su ejercicio, incluyendo a los que vendan votos en las elecciones, los que hagan actos tendientes a promover la reelección presidencial y a los funcionarios que coarten la libertad del sufragio (Art. 53 ordinales 5°, 6° y 7°).

Por último, se modificó el sistema bicameral del Poder Legislativo y se instituyó el sistema unicameral (Art. 54) con un determinado número de Dipu-

37 AA.VV. Historia de El Salvador, Tomo II, *op. Cit.* Pág.31

tados, ampliándose sus facultades y atribuciones con respecto a la constitución de 1883 (Art. 68). Las condiciones concernientes al ejercicio de las elecciones se mantuvieron similares a la última Constitución vigente. Además se mantuvo el derecho a la insurrección del pueblo, pero se limitaba a separar a los gobernantes de sus cargos, manteniendo el orden jurídico sin modificaciones.

La Constitución de 1886 es denominada “liberal” por el reconocimiento de principios y derechos propios de esta corriente ideológica. Ha sido la Constitución cuya vigencia ha sido la más extensa; sobre sus bases se consolidó el Estado cafetalero así como la clase élite y el distanciamiento de éstos con los sectores sociales compuestos por campesinos, jornaleros y trabajadores en general, así como el progresivo surgimiento de sectores que se revelaban públicamente contra el *estatus quo*, en una época sin elecciones verdaderamente libres secretas e igualitarias.

2.7 Constitución de 1939

Como marco histórico y político es necesario recordar el ascenso al poder del General Maximiliano Hernández Martínez a través de un golpe de Estado en 1931 contra Arturo Araujo, probablemente el primer presidente elegido libremente por la ciudadanía desde 1841. Las luchas populares debido a desigualdad entre las clases sociales, sobre todo en los campesinos, sindicatos y los sectores indígenas, la crisis económica que afectaba los precios del café desde 1929, además del fraude electoral en las elecciones municipales y legislativas de inicios de enero de 1932³⁸, produjeron el levantamiento campesino y la masacre en el sector occidental del país, por parte de Martínez con el fin de dominar a las masas populares. A partir de este hecho se produjeron diversas

38 En ese tiempo se anularon los votos de diversos centro de votación, sobre todo de la zona occidental del país, pues era ahí donde el movimiento campesino e indígena era más fuerte, aunado al Partido Comunista Salvadoreño, que durante el gobierno de Araujo obtuvo su personería jurídica que le permitió participar directamente en esas elecciones. Vid ANDERSON, T. *El Salvador 1932*. Dirección de Publicaciones e Impresos. Tercera edición. San Salvador, El Salvador. 2001

movilizaciones de personas tanto nacionales como extranjeras, por lo que se hizo difícil controlar quienes eran salvadoreños y quienes no, por ello, se emitió por primera vez la ley de cédula de vecindad, para extender un documento que incluía una serie de datos de cada persona mayor de 18 años de edad³⁹ y cuya presentación era obligatoria para poder entre otras cosas, ejercer el derecho al sufragio. (Art. 8 de la ley de Cédula de vecindad).

Diversos autores⁴⁰ determinan en sus estudios históricos salvadoreños que para las elecciones municipales y legislativas de 1932 aún estaba permitido inscribir candidaturas independientes debido a la falta de partidos políticos tal como ahora se conocen⁴¹. Las cuotas de poder político se asignaban a candidatos que ganaban las elecciones por su popularidad y capacidad de gobierno, lo que algunos denominan “caudillismo”, es decir que había alcaldes que ejercían trabajos artesanales pero que eran elegidos por ser considerados líderes en sus respectivas comunidades, muy alejadas del gobierno central ejercido en San Salvador. A partir de entonces se prohibió inscripciones de candidatos “inde-

39 Para Rafael Guidos Véjar, la idea de crear un documento de este tipo era controlar a la población, otorgando el documento a quien no tuviera rasgos o antecedentes “comunistas”, grupo que se convirtió desde ese momento en el enemigo del gobierno. *Vid GUIDOS VÉJAR, R. El ascenso del militarismo en El Salvador*. UCA editores. Tercera edición. El Salvador, 1986. Pág. 16. Cabe destacar que este documento fue, además, el antecedente a la Cédula de Identidad, que a su vez es el antecedente del Documento Único de Identidad, siendo una de las funciones de los tres documentos citados el ser necesario para ejercer el derecho al sufragio. *Vid*. Registro Nacional de las Personas Naturales. Memoria de labores 2011. El Salvador, 2012. Pág. 15.

40 *Vid*. ANDERSON, T. *El Salvador 1932*. *Op. Cit.* HERNÁNDEZ TURCIOS, Héctor Antonio. Régimen de partidos políticos 1930 1975. Tesis doctoral. Universidad de El Salvador. San Salvador, El Salvador. 1977. HÁNDAL, Shafick. Teoría de la situación revolucionaria Ediciones Instituto Schafik Hándal. Primera Edición. San Salvador, el Salvador. 2012. DALTON, R., *El Salvador*, monografía. UCA editores. Tercera edición. San Salvador, El Salvador. 1993

41 “Es así como podemos definir nuestra iniciación política como la etapa en que se desarrolla el caudillismo político, por la que un hombre por su poder castrense o económico, antojadamente tomaba el poder u obligaba a los obedientes a que le designara como mandatario y todavía más, aburrido de poder, ponía en éste, al que igualmente al azar se le ocurría. (..) Al terminar el siglo (...), surgió una nueva etapa política, los partidos caudillistas, los cuales aún cuando llevaron las mismas tendencias anteriores, cambiaron las modalidades de organización y de lucha, se constituyeron partidos políticos alrededor de un hombre, por lo que el hombre y el partido eran una misma cosa y si existía la masa alrededor de ellos, podríamos formular que partido, masa y hombre era lo mismo; pero lo interesante es que tal unidad era de tal fragilidad, que perdida la elección, pasada ésta o retirado el hombre-candidato, desaparecía el partido y la masa, o sea que toda la organización, el partido caudillista se mantuvo hasta 1960 o 1961. HERNÁNDEZ TURCIOS, Régimen de partidos políticos...*op cit*, pág. 28.

pendientes” para las elecciones municipales y legislativas, además se restringió fuertemente la autonomía administrativa y económica de los municipios.⁴² Ese mismo año se decretó la Ley de Cédula de Vecindad, documento que tenía como una de sus tantas finalidades, el ser requisito indispensable a presentar para que los ciudadanos pudieran emitir el sufragio. Este documento es el primer antecedente del actual Documento Único de Identidad.

El hecho más conocido con respecto a los derechos políticos de los ciudadanos fue el ocurrido con el caso de Prudencia Ayala en 1930, que se presentó a la alcaldía municipal de San Salvador a presentar solicitud de inscripción como ciudadana y más adelante su candidatura para las elecciones presidenciales, siendo rechazada la moción por el hecho que la Constitución vigente no contemplaba el derecho a la mujer a ejercer el sufragio.⁴³

Prudencia Ayala recurrió a la Corte Suprema de Justicia, pero ésta se declaró incompetente de conocer del caso debido a que la Constitución no consideraba dentro de sus competencias esta clase de peticiones por tratarse de derechos políticos y no derechos civiles.⁴⁴ El actuar de Prudencia Ayala alarmó a los sectores políticos salvadoreños, sobre todo porque en esa época estaban en un período electoral tenso y además no se tenía idea de las simpatías

42 De hecho, la estrategia de Martínez en las elecciones de 1932 consistió en aperturar las candidaturas a todo sector que quisiera participar en los comicios, esto se hizo porque en ese momento, las elecciones no eran secretas, ya que el ciudadano debía registrarse en listas específicas enunciando su preferencia electoral. Durante la masacre el gobierno utilizó estas listas para ubicar a las personas simpatizantes con el Partido Comunista Salvadoreño. **HERNÁNDEZ TURCIOS**, Héctor Antonio. Régimen de partidos políticos. Págs. 33-34

43 Si bien es cierto ningún artículo de la Constitución de 1886 lo limitaba, durante la vigencia de todas las constituciones nunca se pensó realmente en incluir a la mujer en todos los derechos civiles y en ningún momento se consideró incluirla en los derechos políticos, hecho que era general a nivel internacional, además de la existencia de leyes que colocaban a la mujer jurídicamente por debajo del hombre, como artículos específicos del Código Civil (133 y 134) ahora derogados.

44 Art. 37 Constitución de 1886: *“Toda persona tiene derecho de pedir y obtener el amparo de la Suprema Corte de Justicia o Cámara de Segunda Instancia, cuando cualquiera autoridad o individuo restrinja la libertad personal o el ejercicio de cualquiera de los otros derechos individuales que garantiza la presente Constitución. Una ley especial reglamentará la manera de hacer efectivo este derecho.”*

políticas del gran número de mujeres⁴⁵. Además el sufragio femenino se estaba reconociendo en diversos Estados⁴⁶.

Este reconocimiento fue utilizado como ventaja por Martínez para buscar apoyo popular y continuar en el poder del ejecutivo, por lo que la Constitución de 1939 incluía dos artículos especiales con respecto a la mujer:

“Art. 21.-El ejercicio del derecho de sufragio por las mujeres será reglamentado en la Ley Electoral.”

“Art. 144.-El derecho de elegir es irrenunciable, y su ejercicio, obligatorio, salvo para las mujeres que es voluntario.”

La ley reglamentaria de elecciones de 1939, determinaba entre los requisitos para que una mujer pudiera ser ciudadana los siguientes: Presentar Cédula de vecindad, comprobar que era casada y mayor de 25 años de edad, y si era soltera debía ser mayor de 30 años; además se le exigía, independientemente del estado civil, haber cursado por lo menos los grados de la enseñanza primaria. Pero si la mujer tenía cualquier título profesional podía ser incluida con solo comprobar haber cumplido la mayoría de edad.⁴⁷

Además, la Constitución de 1939 fue la primera en El Salvador que no se limitó sólo a determinar quiénes eran considerados ciudadanos, sino que presentó una lista de los derechos y deberes de quienes tuvieran tal calidad (Art. 20). Los derechos eran el ejercicio del sufragio y optar a cargos públicos,

45 La cantidad de mujeres mayores de 18 años de edad en 1930 era 85,107. Este número es superior al de los hombres que era 80,994. Datos tomados del Censo de población de El Salvador 1930. Biblioteca Virtual en Población. Centro Centroamericano de Población. Visto en http://ccp.ucr.ac.cr/bvp/censos/El_Salvador/1930/ consultado el 11 de noviembre de 2013.

46 Para los casos del continente americano vid. **IRAHETA, C.** “Primeras diputadas en la Asamblea Legislativa en El Salvador”. En **AA.VV.** *Historias de mujeres. Mujeres de historia en El Salvador*. Secretaría de Cultura de la Presidencia. Grupo Parlamentario de Mujeres, Asamblea Legislativa de El Salvador Dirección Nacional de Investigaciones en Cultura y Arte. Primera edición. San Salvador, El Salvador. 2013. Págs. 151 y ss. Para casos del resto del mundo vid **URIARTE E,** *Introducción a las Ciencias Políticas*. Editorial Tecnos. Primera edición. Madrid, España. 2012 Pág. 117 y ss.

47 Artículo 4 de la Ley Reglamentaria de elecciones. Decreto constituyente N° 31 del 31 de enero de 1939, publicado en el Diario Oficial número 44 tomo 126, del 24 de febrero de 1939

en tanto que los deberes eran servir a la nación, respetar a las autoridades y contribuir con los gastos públicos de manera proporcional y equitativa.

No obstante, los anteriores reconocimientos a los derechos políticos del hombre en general y de la mujer en particular, fueron solo una especie de concesión ante el verdadero motivo de la derogación de la constitución de 1886: La reelección de Hernández Martínez⁴⁸ como presidente de la República usando el mismo método “legal” que usó Zaldívar, así pues, el inciso tercero del Art. 91 respecto al poder Ejecutivo determinó: *“Excepcionalmente, y por exigirlo así los intereses nacionales, el ciudadano que habrá de ejercer la Presidencia de la República del primero de marzo del corriente año hasta el primero de enero de 1945, según esta Constitución, será electo por los Diputados a la Asamblea Nacional Constituyente, sin que por esta única vez tengan aplicación las incapacidades a que se refiere el artículo 94 (prohibición de reelección consecutiva).”* Por lo que continuó en su cargo presidencial por tercer período de 1939 a 1945, ya que incluso amplió el período de ejercicio de la presidencia a seis años. (Art. 92)

2.8 Constitución de 1945

Para el año 1941, se había conformado una alianza panamericana a favor de las democracias en su lucha contra los regímenes de Hitler y Mussolini, las cuales emitían propaganda abiertamente anti dictatorial. La más eficaz de estas organizaciones era la Acción Democrática Salvadoreña (ADS) que para 1943 tuvo que operar en la clandestinidad debido a su activa campaña en contra de la reelección de Hernández Martínez.⁴⁹ En 1944, encontrándose Martínez nuevamente ante el problema de perpetuarse en el cargo presidencial en forma

48 Previo a las elecciones de 1935 renunció y colocó en el cargo a su primer designado, Andrés Ignacio Menéndez, seis meses antes de las elecciones, durante ese tiempo fue ministro de guerra, marina y aviación, así pudo inscribirse como candidato único (pro patria) y prolongó su mandato de 1935 a 1939. Lo cual no era un secreto, al punto que la editorial del Diario oficial del día del “relevo presidencial”, así lo expresó: *“Ya los salvadoreños conocen los motivos que el señor general Hernández Martínez tuvo para solicitar permiso ante el honorable congreso: va el a ponerse al frente de los trabajos eleccionarios que a su favor vienen organizando sus amigos...”* Diario Oficial N° 187 tomo N°117 del 29 de agosto de 1934.

49 AA.VV. Historia de El Salvador, Tomo II *Op cit* Pág. 142.

legal, otra vez convocó a una Asamblea Constituyente, la cual, el 24 de febrero de 1944 hizo una serie de reformas a la Constitución de 1939⁵⁰, siendo la más relevante para el mantenimiento del régimen dictatorial de Hernández Martínez, la reforma al art. 91, determinando:

En cinco días la Asamblea Nacional constituyente eligió, “por unanimidad” y en nombre del “Pueblo Salvadoreño” a Maximiliano Hernández Martínez como Presidente de la República, hasta el 31 de diciembre de 1949.⁵¹

Los hechos minaron la voluntad de seguir bajo la dictadura, y grupos civiles y militares, el 2 de abril de 1944, se sublevaron, aunque sin éxito, provocando medidas más represivas por parte del Órgano Ejecutivo. Además la presión internacional, sobre todo de Estados Unidos que una vez terminada la segunda guerra mundial volvía a prestar atención a Latinoamérica, era cada vez mayor, por lo que progresivamente los ministros fueron renunciando a sus cargos y la medida que generó mayor presión fue la huelga del 3 de mayo, conocida como “de los brazos caídos”. Todos se rehusaban a volver al trabajo mientras no se detuvieran los fusilamientos y se encontrara una salida a la crisis con la renuncia del presidente, la cual ocurrió el 8 de mayo, no sin antes designar como sucesor en la presidencia al general Andrés Ignacio Menéndez.⁵²

El 21 de octubre del 1944 una junta militar solicitó la renuncia al general Menéndez y en su lugar la Asamblea Legislativa nombró al coronel Osmín Aguirre y Salinas.⁵³ Éste, al iniciar su mandato, anunció que cumpliría el

50 Cabe destacar que también se reformó el Artículo 18 de la Constitución ratificando el derecho al sufragio de las mujeres que cumplan con los requisitos que la Ley secundaria imponga.

51 Decreto Constituyente N°12, del 29 de febrero de 1944, publicado en el Diario Oficial N° 50 tomo N° 136, del 29 de febrero de 1944.

52 D. L. N° 34 y 35 del 10 de mayo de 1944 publicado en el Diario Oficial N° 103 tomo 136 del 10 de mayo de 1944

53 Legalmente le correspondía ejercer la presidencia provisional de la República al doctor Miguel Tomás Molina, pero la junta militar exigió a la Asamblea Legislativa reunirse en la madrugada de ese mismo día y modificar el orden de la sucesión para designar al coronel Osmín Aguirre y Salinas; estos cambios, la renuncia del General Menéndez, el nombramiento como primer designado de la Presidencia a Osmín Aguirre y Salinas y el nombramiento del mismo como Presidente de la República, se pueden apreciar en los decretos Legislativos Números 109, 110 y 111 del veintiuno de octubre de 1944, publicados en el Diario Oficial Número 234 Tomo N° 137 del 21 de octubre de 1944.

precepto constitucional de la libertad de sufragio. En enero de 1945 se celebraron elecciones presidenciales; para entonces se había limitado la libertad de prensa y los principales partidos de la oposición o habían abandonado la posibilidad electoral o habían huido del país a consecuencia de la persecución del Gobierno, por lo que el único candidato, el General Salvador Castaneda Castro, resultó electo presidente, tomando posesión del cargo el 1 de marzo de 1945.

Dentro de las medidas impopulares de Castaneda Castro destaca el hecho que a fines de 1945 decretó la vigencia de la Constitución de 1886 con una serie de reformas. El descontento devenía del hecho que se consideraba que esta Constitución ya no era capaz de conducir a la modernización del Estado por ser obsoleta. Dentro de las reformas efectuadas, figura el apartado "P" que determinaba que la ley electoral vigente a partir de entonces volvería a ser la de 1886, excepto que se debía reformar especialmente para reglamentar el derecho del sufragio de las mujeres,⁵⁴ además de derogar la Constitución de 1939 así como sus reformas de 1944. Así, el 28 de diciembre de 1945 la Asamblea Constituyente Decretó la Constitución expresando que era la misma de 1886 con las modificaciones dadas en noviembre.

La debilidad del gobierno de Castaneda llegó a su punto álgido con el problema de la sucesión, puesto que debían celebrarse elecciones presidenciales en marzo de 1949. Para continuar en el poder, Castaneda Castro fue convencido de la necesidad de promover una nueva reforma constitucional que le permitiera reelegirse.

Con esa idea hizo que el 13 de diciembre de 1948, la Asamblea Legislativa decretara una "urgente" convocatoria a elecciones de Asamblea Constituyente dentro del plazo de una semana.⁵⁵ Con el argumento que era necesario clarificar el texto de la Constitución para armonizarla con el hecho que Castaneda Castro había sido electo presidente para el plazo de seis años

54 Decreto Constituyente N° 251 del 29 de noviembre de 1945, publicado en el Diario Oficial Número 262, número 139, del 30 de noviembre de 1945

55 Decreto Legislativo N° 253 del trece de diciembre de mil novecientos cuarenta y ocho, publicado en el Diario oficial N° 273 Tomo N° 145 del 13 de diciembre de 1948

antes del decreto que estableció la nueva vigencia de la Constitución de 1886 que establecía como plazo de la presidencia cuatro años, se justificó que era necesario garantizar que Castaneda Castro se mantuviera en su cargo hasta 1951. Ante la noticia de la inminente prolongación en el poder del presidente, al día siguiente Castaneda Castro es depuesto por el “Movimiento de la Juventud Militar”, compuesto por tres militares y dos civiles, el cual se erige como el Consejo de Gobierno Revolucionario, declarando que han tomado el poder de manera provisional para *“garantizar el respeto de los principios democráticos incluyendo la libertad del sufragio”*⁵⁶.

2.9 Constitución de 1950

A partir de entonces se inicia un proceso de creación de una reforma jurídica e institucional que se materializó con la creación de una comisión para la elaboración de leyes electorales y especialmente para decretar una nueva Constitución.

En marzo de 1950 se celebraron elecciones, resultando ganador el coronel Óscar Osorio, que fue miembro del Consejo de Gobierno Revolucionario. La Constitución entró en vigencia el 14 de septiembre de 1950.

La Constitución en general representó la base para la modificación y creación de diversas instituciones que, al menos formalmente, garantizaban los derechos sociales de los salvadoreños, además de promover la industrialización del Estado.

Para el tema que nos ocupa, es importante señalar que el Art. 22 determinó que la calidad de ciudadano correspondía a todos los salvadoreños mayores de dieciocho años de edad, sin distinción de sexo. Por lo que por primera vez quedó establecida la total igualdad de los derechos políticos de los hombres y mujeres.⁵⁷

56 Decreto N° 1 del Consejo de Gobierno Revolucionario del 16 de diciembre de 1948, publicado en el Diario Oficial N° 276 tomo N° 145 del 16 de diciembre de 1948

57 No obstante no fue sino hasta el período Legislativo de 1956 en el que fueron elegidas cuatro

Pero no fue solo esta modificación la relevante con respecto a los derechos políticos, puesto que el Art. 23 determinaba como derechos de los ciudadanos “*asociarse para constituir partidos políticos*” a excepción de los ministros de cualquier culto religioso, que tampoco podían optar a cargos de elección popular (Art. 24). Se reconoce las características del voto como “*directo, igualitario y secreto*” (Art. 28), en ese momento estaba prohibido que simultáneamente se celebraran elecciones para elegir Diputados y presidente de la República (Art. 31).

Una de las novedades más relevantes fue la creación del Concejo Central de Elecciones (Arts. 33 y 34) como organismo permanente del control de los procesos y eventos electorales. Antes de esta fecha esta clase de organismos era de carácter transitorio, funcionando solamente durante el período en que se celebraban elecciones.

El período para el ejercicio de la Presidencia de la República se estableció a seis años (Art. 62) pero se reguló que quien ejerciera “*a cualquier título*” la Presidencia no podría ser Presidente, Vicepresidente o Designado de la presidencia durante el período presidencial inmediato al de su mandato. (Art. 65). Formalmente, esta limitante garantizaba la no reelección del Presidente, actuación que fue recurrente en las administraciones anteriores. Con respecto al auge de la importancia de los Partidos Políticos, la Constitución les reconoce además el derecho a la vigilancia en el proceso electoral (Art. 33).

2.10 Constitución de 1962

El hecho político que originó la Constitución de 1962 fue el golpe de Estado contra el coronel José María Lemus, encabezado por profesionales y militares el 26 de octubre de 1960. A partir de este golpe de Estado, una junta Cívico – Militar asumió el poder de la República, la cual deroga el estado de

mujeres como Diputadas. Para consultar mayor información al respecto Vid. CAÑAS DINARTE, C.; CORTEZ, V. S. “*Historia del Órgano Legislativo de la República de El Salvador 1824-2006*” *Op cit.* Págs. 67 - 68

sitio y enmienda los abusos del poder público del gobierno anterior, siendo después derrocada y sustituida por un Directorio Cívico Militar el 25 de enero de 1961, que convoca a la Asamblea Constituyente el 3 de enero de 1961 y derogó la Constitución de 1950, siendo sustituida por la nueva Constitución que entró en vigencia el 25 de enero de 1962.⁵⁸

Lo cierto es que esta Constitución era muy similar a la de 1950, con sólo algunos cambios con respecto al Poder Ejecutivo, en los que figura: el cambio del período presidencial a cinco años (Art. 63), el inicio y final de cada período presidencial para el 1 de julio en lugar del 14 de diciembre (Art.63) y finalmente se modificó la prohibición al que ha desempeñado el cargo de Vicepresidente o Designado a la Presidencia ser Presidente a la República en el período siguiente, de tal manera que la redacción sólo limitaba la reelección a quien estuviera desempeñando el cargo de la Presidencia.

Con respecto a los derechos políticos de los ciudadanos y a las funciones de los partidos políticos o del Concejo Central de Elecciones, no hubo cambios respecto a la Constitución de 1950, aunque con respecto a este último sí hubo reformas a la Ley Electoral, todo con el propósito de conservar el poder político de este período histórico.

III. Constitución de 1983

3.1 Texto original de la Constitución

La desconfianza hacia las instituciones políticas y jurídicas durante las décadas de 1960 y 1970, la desigualdad económica y social y la frustración ocasionada por la imposibilidad ciudadana de incidir políticamente en la toma de decisiones a través de elecciones verdaderamente libres y justas, fueron algunos de los hechos que ocasionaron el golpe de Estado del 15 de octubre de 1979 contra el General Carlos Humberto Romero. Tras el mismo se erigió

⁵⁸ Publicada en el Diario Oficial el ocho de enero de 1962.

la primera Junta Revolucionaria de Gobierno que renunció a inicios de 1980, conformándose la segunda Junta Revolucionaria de Gobierno, la cual, dadas las circunstancias económicas, sociales y políticas que El Salvador enfrentaba, convocó a elecciones de Asamblea Constituyente. El 18 de diciembre de 1981 decretó la Ley Electoral Transitoria, que sería la norma electoral que regiría las elecciones de 1982. Cuando la Asamblea Constituyente fue elegida e instalada, decretó la Constitución el 16 de diciembre de 1983, cuya vigencia inició el 20 de diciembre del mismo año.

Con respecto a los derechos del ciudadano, en su texto original, tal como se expresa en el informe único⁵⁹ era muy parecido al que figuró en la Constitución de 1950 y 1962, pero por primera vez se agregó y por tanto, se reconoció una característica del voto: “el voto es libre” (Art. 78) ya que las anteriores constituciones determinaban que el voto era directo, igualitario y secreto.

Como innovaciones con respecto al sistema electoral, es pertinente citar la implementación del sistema de “segunda vuelta” en las elecciones presidenciales cuando ninguno de los candidatos obtenga en la elección la cantidad mínima de votos requeridos. Se debe recordar que antes de este sistema, cuando ocurría ese hecho era la Asamblea Legislativa la que decidía quien sería el presidente de la República. Aunado a esto último, por primera vez se eleva a rango constitucional el sistema de representación proporcional en la Asamblea Legislativa, el cual ya era efectivo legalmente desde la reforma a la Ley Electoral en 1963⁶⁰, además se elevó a rango constitucional la función de registro electoral ahora delegado al Concejo Central de Elecciones; por último, en referencia a la parte Orgánica, se sustituyó el término “Poder” por el de “Órgano” para designar al Legislativo, Ejecutivo y Judicial.

59 *Vid.* Informe único de la comisión de estudio del proyecto de constitución de 1883.

60 Decreto Legislativo N° 365, del 14 de agosto de 1963, publicado en el Diario Oficial N° 154 Tomo N° 200 del 21 de agosto de 1963. Antes de esta reforma en El Salvador funcionaba el sistema mayoritario para la conformación de la Asamblea Legislativa, es decir que el partido político que obtuviera la mayor cantidad de votos era el que obtenía el poder real en el Poder Legislativo.

No obstante, otros artículos fueron redactados para regir al país durante el conflicto armado que en ese momento ya estaba en pleno desarrollo, el ejemplo más claro se encuentra en el Artículo 85 que excluía a cualquier organización de la posibilidad de ejercer el poder dentro del Gobierno excepto a los partidos Políticos⁶¹.

3.2 Reformas constitucionales en el marco de los Acuerdos de Paz

Tras los hechos de noviembre de 1989, se inició el proceso de negociación para el cese definitivo del conflicto armado, este proceso culminó el 16 de enero de 1992 con la firma de los Acuerdos de Paz. El proceso de negociación y los acuerdos que fueron surgiendo en cada etapa escapan al objetivo este estudio, por lo que se revisará brevemente aquellos que exclusivamente tienen aplicación directa para el tema que nos ocupa⁶².

61 Según la sentencia de inconstitucionalidad 61-2009 con respecto al término “Gobierno” se debe entender que el constituyente se refería a “Órgano ejecutivo”, es decir que nadie puede acceder al cargo de presidente o vicepresidente de la República si no está inscrito en un partido político, esta intención del constituyente, según la sentencia, se verifica al menos de dos formas: 1) En el texto de la Constitución, sólo en los requisitos para ser presidente de la República figura el estar afiliado a un Partido Político (Art.151), situación que no se presenta en los requisitos para ser Diputado de la Asamblea Legislativa(Art. 126), magistrados de la Corte Suprema de Justicia (Art. 176) o Miembro de Concejo Municipal (Art. 202 inciso 2°); 2) El informe único de la comisión de estudio del proyecto de constitución desarrolla en el capítulo concerniente al Art. 85 lo siguiente: “*para la defensa del sistema democrático y, **conforme a las realidades nacionales**, la Comisión incluye un concepto adicional de limitación: Circunscribe a los partidos políticos la expresión de ese pluralismo democrático representativo, de manera que **no se permita que otra clase de instituciones con distintas finalidades**, se arroguen la representación popular y la participación en el quehacer gubernamental.*” Las negritas y subrayados son nuestros, para enfatizar la situación del conflicto armado que había en El Salvador al momento de la elaboración de la Constitución Vigente, en la que se colocó estas disposiciones para, según la sentencia “deslegitimar” cualquier cambio en el poder público que surgiera de las fuerzas de los “insurrectos”.

62 Para mayor información consultar: MARTINEZ URIBE, A. A veinte años de los Acuerdos de Paz. Un análisis acerca de la reforma fundamental: la institución armada. Colección de estudios CENICSH. Primera Edición. San Salvador, El Salvador. 2012; GUIDOS VÉJAR, R. *Los acuerdos de Paz ¿Refundación de la República?* en AA.VV. *El Salvador: Historia Mínima 1811-2011*. Secretaría de cultura de la presidencia. Primera Edición. San Salvador, El Salvador, 2011. Pág. 97; Acuerdos de El Salvador. En el camino de la Paz. Publicado por el departamento de información pública de las Naciones Unidas. San Salvador, El Salvador. 1993

En primer lugar, se crea el Tribunal Supremo Electoral, en sustitución del Concejo Central de Elecciones, con más atribuciones que el anterior cuerpo colegiado, como la de velar por que el ejercicio del sufragio sea libre, vigilar la no violación de la alternabilidad en la presidencia de la República, atribuciones que antes le correspondían a la Fuerza Armada. Además, aunque no es una reforma constitucional, se permitió al FMLN su inscripción como partido Político, lo cual permitió a amplios sectores de la sociedad una opción partidaria que representara sus intereses y que antes no había estado garantizada por el Estado Salvadoreño.

Por último destaca la promulgación del Código Electoral donde figuraban las reformas y nuevas atribuciones con respecto al Tribunal Supremo Electoral; además, las limitaciones que se impusieron a la fuerza Armada y que se transfirieron a instituciones como el Tribunal Supremo Electoral, la Corte Suprema de Justicia y la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos contribuyeron a estabilizar varias de las tensiones que originaron el conflicto armado. Los artículos concernientes a los derechos políticos no se modificaron, excepto en las partes que reemplazaba “Concejo Central de Elecciones” por “Tribunal Supremo Electoral”, aunque los artículos de otras partes que si se modificaron ayudaron a que los derechos políticos se ejercieran de forma más plural, con progresivos matices democratizadores.

3.3 Los derechos políticos de los salvadoreños en el siglo XXI

Desde los Acuerdos de Paz, en El Salvador se han celebrado diez eventos electorales, cinco para elegir Presidente y Vicepresidentes, cinco para elegir Diputados de la Asamblea Legislativa, Parlamento Centroamericano y Concejos Municipales, de los cuales en dos, el de 1994 y el de 2009, se eligió a todos los funcionarios de elección popular debido al cómputo aritmético de los períodos de elección, cinco años para Presidente y Vicepresidente y tres años para Diputados y Concejos Municipales.

No obstante, el Código Electoral sufrió desde su promulgación en 1993 una serie de reformas, que incluso superó la cantidad de reformas efectuadas a cualquier otro cuerpo normativo vigente en El Salvador. Varias de esas reformas se efectuaron para mantener partidos políticos que no alcanzaban el mínimo de votos requeridos para seguir funcionando como tales.

A partir de 2010 y tras un conflicto jurídico – político entre la Asamblea Legislativa y la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, se inició una serie de reformas electorales que han tenido como base una mayor incidencia de los ciudadanos en la toma de decisiones políticas a través del ejercicio del sufragio, entre ellas destacan:

Candidaturas no partidarias: a raíz de la sentencia 61-2009 se interpretó la Constitución de la República en el sentido que para las elecciones para Diputados es posible inscribir como candidatos a ciudadanos no afiliados a un partido político.

Voto preferente: en la que el ciudadano, en las elecciones para diputados podía marcar su preferencia sobre uno o varios de los integrantes de la lista de candidatos propuesta por un mismo partido político, pudiendo modificar el orden de la lista y dependiendo la cantidad de votos por un candidato, éste podía ocupar los primeros lugares de la lista, pudiendo conseguir un escaño en la circunscripción electoral en la Asamblea Legislativa aunque su nombre fuera el último de la lista y viceversa.

Concejos Municipales Plurales: que básicamente se traduce a una representación proporcional en los Concejos Municipales, de tal forma que haya representación de todos los partidos que compitieron en la elección, lo que en teoría, genera mayor representación de los ciudadanos que votaron por un partido que no resultó electo.

Voto Residencial: a través del cual el ciudadano puede votar en el centro de votación geográficamente más cercano a su lugar de residencia. Esto es producto de un proceso que inició en 2006 y que para las elecciones presidenciales de 2014 se implementará a nivel nacional.

Voto desde el Exterior: por primera vez, se ha reconocido el derecho al ejercicio del sufragio a los salvadoreños, que sin haber renunciado a su nacionalidad, residan en otro Estado a través del voto postal, el cual fue implementado en las elecciones presidenciales 2014. Esta última reforma ha sido objeto de estudios jurídicos, políticos y sociológicos⁶³, llegando a la conclusión que las constituciones en El Salvador nunca han delimitado el ejercicio del derecho al sufragio de los salvadoreños con residencia en el exterior, es más, la Constitución regula en otras disposiciones artículos en referencia a la obligación del Estado de garantizar el ejercicio de tal derecho fundamental⁶⁴.

En mayo de 2014, la Sala de lo Constitucional admitió una demanda de inconstitucionalidad contra un artículo del Código Electoral (195) y dos de la Ley de la Carrera Policial (86 y 87) en el sentido que estos artículos vulneran el derecho el sufragio de los agentes de la Policía Nacional Civil y los estudiantes de la Academia Nacional de Seguridad Pública, ya que no se regula de manera permanente la forma en que estos ciudadanos pueden ejercer el sufragio mientras cumplen sus funciones de seguridad de los centros de votación⁶⁵ en lugares distintos a los que el padrón electoral determina. De dictarse una sentencia de declaratoria de inconstitucionalidad este caso sería el más reciente de potencialización de derechos políticos a ciudadanos salvadoreños.

Estas y otras reformas se han manifestado a través de diversos cuerpos normativos, tales como la promulgación del nuevo Código Electoral en agosto de 2013, las disposiciones para la postulación de candidaturas no partidarias en las elecciones legislativas, la Ley Especial para el Ejercicio del Voto desde el Exterior en las elecciones presidenciales y la Ley de Partidos Políticos.

63 **COMISIÓN INTERINSTITUCIONAL PARA LA IMPLEMENTACIÓN DEL VOTO DESDE EL EXTERIOR.** Estudio técnico de factibilidad para la implementación del voto desde el exterior de las salvadoreñas y los salvadoreños residentes en el exterior para las elecciones presidenciales 2014. San Salvador, El Salvador.2012

64 **INICIATIVA SOCIAL PARA LA DEMOCRACIA (ISD)** Línea base del sistema electoral salvadoreño. Primera edición. San Salvador El Salvador, noviembre de 2011 Pág. 48 -51

65 En las elecciones presidenciales de febrero y marzo de 2014, los agentes de la Policía Nacional Civil y los estudiantes de la Academia Nacional de Seguridad Pública pudieron emitir el sufragio con la autorización de un decreto transitorio.

Conclusiones

El estudio histórico, jurídico constitucional y político de los derechos de los ciudadanos en El Salvador merece las siguientes conclusiones:

- a) *El concepto ciudadano es clave en los Estados republicanos, además es uno de los distintivos de los Estados monárquicos, ya que al menos en teoría, es a través de la obtención de esta categoría que una persona puede ejercer parte de su poder soberano no solo al decidir a los gobernantes del Estado a través del proceso electoral, sino además para participar activamente en la política, pudiendo ser candidato a cargos de elección popular y además poder constituir o inscribirse a partidos políticos.*
- b) *De 1824 a la actualidad, la obtención de la calidad de ciudadano y los derechos que otorga en las trece constituciones que han tenido vigencia en El Salvador, ha estado supeditada a limitaciones de tipo económico, académico, laborales, de edad, de género, estado familiar y residencia en el territorio. Poco a poco estas limitaciones han ido desapareciendo, tornando la legislación menos rigurosa en los requisitos exigidos y reforzándola con el reconocimiento de otros derechos fundamentales para la democratización del Estado, como el de igualdad, libertad de expresión, reunión, asociación, derecho de insurrección en casos determinados y el de constituir partidos políticos con pluralidad ideológica, fortaleciendo así los derechos y garantías propias de un moderno Estado Constitucional de Derecho.*
- c) *Adquirir los derechos del ciudadano ha sido el resultado de diversas luchas a través de la historia salvadoreña. Cuando las limitaciones, ya sea de carácter jurídico, religioso, académico, de igualdad de género, o de imposibilidad real de optar a cargos de elección popular por fraudes electorales han surgido, también, por antítesis, se han manifestado los movimientos e iniciativas que han incidido en la reivindicación de estos derechos, convirtiéndose en el marco fáctico de reforma constitucional y legal.*
- d) *Es notoria la relación entre los derechos políticos y el sistema electoral, ya que según la historia política salvadoreña, es el sistema electoral vigente el que garantiza el pleno ejercicio material de los derechos del ciudadano o contribuye a vulnerarlo.*

Por lo que es importante implementar un mayor estudio y reflexión académica tanto histórica como actual de nuestro sistema, proceso y Derecho Electoral para contribuir desde las Ciencias Jurídicas al fortalecimiento de los procesos de democratización del Estado salvadoreño.

LOS CONCEJOS MUNICIPALES PLURALES EN EL SALVADOR

¿Deuda Democrática u Obstáculo
a la Gobernabilidad?

Licda. Odaly Lissette Sánchez Arias

Los Concejos Municipales Plurales ¿Deuda Democrática u Obstáculo a la Gobernabilidad?

Licda. Odaly Lissette Sánchez Arias

Resumen

El artículo presenta un panorama de la conformación de los Concejos Municipales en El Salvador, los que constituyen los gobiernos locales y tienen la oportunidad de conocer de manera inmediata sus necesidades. En El Salvador, a partir de 2015, el mecanismo de elección de los Concejos Municipales será puesto a prueba al pasar de una conformación monopartidaria a una integración plural, es decir con la representación proporcional de los partidos que compitieron por la alcaldía. Sin embargo, a nivel político, la introducción de esta reforma abre el espacio para plantearse algunos posibles escenarios; por una parte, puede en efecto propiciar una mayor participación ciudadana a través de la representación de los partidos políticos en contienda, pero a su vez, podría acarrear mayores problemas en cuanto a la gobernabilidad, pues resulta más difícil tomar decisiones entre más intereses se encuentren representados. Esta disyuntiva sin embargo, no justifica el hecho de no haber implementado los Concejos Municipales Plurales con anterioridad, pues en toda la región latinoamericana se han registrado experiencias locales bajo este formato, pero en El Salvador, lo que una medida como ésta significa es que, los partidos políticos deberán comenzar a trabajar más bajo la figura de consensos y menos bajo la figura de oposición así como a tomar decisiones en base a intereses colectivos generales y menos intereses particulares. Ello se traducirá en un mayor fortalecimiento del sistema democrático salvadoreño y un manejo más transparente y eficiente del poder público.

PALABRAS CLAVE: CONCEJO MUNICIPAL – DEMOCRACIA REPRESENTATIVA – GOBERNABILIDAD – MUNICIPALISMO – PARTICIPACIÓN CIUDADANA – PLURALISMO POLÍTICO – REPRESENTACIÓN PROPORCIONAL – SISTEMA ELECTORAL – TRANSPARENCIA.

Abstract

The article presents an overview of the formation of the Municipal Councils in El Salvador, which are local governments and have the opportunity to meet their needs immediately. In El Salvador, from 2015, the election mechanism of the Municipal Councils will be tested when moving from one political system forming to plural integration, which is the proportional representation of parties competing for city hall. However, at the political level, the introduction of this reform opens the space for considering some possible scenarios; on the one hand, it may indeed promote greater citizen participation through the representation of political parties in contention, but in turn, it could lead to major problems in terms of governance, it is more difficult to make decisions among more interests are represented. However, this dilemma does not justify the failure to Plural Municipal Councils implemented before, because in all of Latin America have been local experiences in this format, but in El Salvador, so a measure like this means is that, political parties must start to working lower the guise of consensus and at least under the figure of opposition and make decisions based on general collective interests and less particular interests. This will lead to a further strengthening of the Salvadoran democratic system and a transparent and efficient management of public power.

KEYWORDS: MUNICIPAL COUNCIL – REPRESENTATIVE DEMOCRACY – GOVERNANCE – MUNICIPALISM – CITIZEN PARTICIPATION – POLITICAL PLURALISM – PROPORTIONAL REPRESENTATION – ELECTORAL SYSTEM – TRANSPARENCY

Los Concejos Municipales Plurales en El Salvador

¿Deuda Democrática u Obstáculo a la Gobernabilidad?

Licda. Odaly Lissette Sánchez Arias¹

“El pluralismo es la base sobre la que se erige la democracia y significa reconocimiento del otro, capacidad para aceptar las diversidades y discrepancias como condición para la existencia de una sociedad libre”².

Introducción

La figura de los Concejos Municipales Plurales en el ordenamiento jurídico nacional surge en marzo del 2013 a partir de la reforma al Código Electoral de 1992 y se agrega en el nuevo Código Electoral de julio de 2013, dicha figura prevé ser incorporada en las elecciones de alcaldes y concejos municipales del año 2015. En el ámbito académico se plantean diferentes escenarios sobre la eficacia de su implementación, desde posibles conflictos de gobernabilidad hasta la transparencia y participación en el manejo de los asuntos municipales. A partir de esta coyuntura político- electoral, se intenta plantear en este artículo un enfoque histórico del surgimiento de los Concejos Municipales, un análisis sobre los países que lo aplican en sus regulaciones, la incorporación de la misma en la legislación salvadoreña y los posibles retos en su implementación.

La doctrina presenta a los gobiernos municipales³ como el fruto del

-
- 1 Licenciada en Ciencias Jurídicas por la Universidad de El Salvador, Graduada con Honores, Asistente de investigación de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la Universidad de El Salvador.
 - 2 Dr. Raúl Alfonsín, Abogado y político, Presidente de la República Argentina de 1983 a 1989.
 - 3 En El Salvador, el Código Municipal en su Artículo 2 inc. 1. señala: *“El Municipio constituye la Unidad Política Administrativa primaria dentro de la organización estatal, establecida en un territorio determinado que le es propio, organizado bajo un ordenamiento jurídico que garantiza la participación popular en la formación y conducción de la sociedad local, con autonomía para darse su propio gobierno,*

ejercicio de la democracia representativa⁴, pues a través del sufragio, la población busca elegir a las personas con mayor idoneidad para el logro de sus intereses sociales; la composición de los Concejos Municipales retoma importancia al encargarse de velar por la convivencia armoniosa y apacible para cada uno de los habitantes del municipio.

Según Reynoso Soto, se debe entender que *“El municipio se integra por una población que comparte identidades culturales e históricas, asentada en un territorio determinado que se administra por autoridades constituidas en un Ayuntamiento electo por sufragio universal y directo o por las modalidades que determine la ley, para su progreso y desarrollo. Su personalidad jurídica se manifiesta en su capacidad política, administrativa, patrimonial y reglamentaria”*⁵.

Los gobiernos municipales en la realidad muestran un mejor acercamiento a la población para la que administran, a diferencia del gobierno central, que no puede optar a una mayor cercanía por factores de distancia y factibilidad. La población del municipio se encuentra integrada por sectores con intereses opuestos, algunos de ellos, pueden no ser la mayoría y por lo tanto quedar sin representación en las decisiones municipales. En ese sentido, la conformación de concejos municipales con participación pluripartidista se refleja como una opción para la efectiva representación de los intereses generales de la población en una municipalidad.

*“Lo que caracteriza a un sistema como democrático es que el pueblo que participa en el ejercicio del poder sea el reflejo más exacto posible del pueblo en cuanto tal”*⁶. En base a esta consideración de Presno Linera, la esencia de un sistema

el cual como parte instrumental del Municipio está encargado de la rectoría y gerencia del bien común local, en coordinación con las políticas y actuaciones nacionales orientadas al bien común general, gozando para cumplir con dichas funciones del poder, autoridad y autonomía suficiente”.

- 4 *“La representatividad supone, por tanto, la perfecta adecuación del interés del representante con los de sus representados, en donde los primeros ejercen el poder otorgado en función de los intereses de los segundos”.* Cfr. Fundación Nacional para el Desarrollo (FUNDE), *“Concejos municipales plurales y gobernabilidad democrática para El Salvador: una propuesta de reforma electoral”*, primera edición, San Salvador, 2009, p. 17.
- 5 REYNOSO SOTO, R. M., et al., *“Manual Básico para la Administración Municipal”*, Cuarta Edición, Toluca, México, octubre de 2003, Instituto de Administración Pública del Estado de México, A.C, p. 2.
- 6 PRESNO LINERA, M. Á., *“El Derecho de Voto”*, Editorial Tecnos, 2003, Madrid, España, p. 62

democrático recae en la capacidad de representación del pueblo en las decisiones trascendentales del manejo del poder público.

En El Salvador se exponían iniciativas para la efectiva representación al interior de los concejos municipales, encontrándose propuestas de los sectores profesionales y políticos que intentaban llegar a reformar el Código Electoral salvadoreño⁷, ya que en su consideración no concordaba con el sistema político pluralista que establece nuestra Constitución en su artículo 85.

A partir de dichas propuestas, distintas circunstancias políticas frenaron por años el intento de efectivizar una representación proporcional en la conformación de los Concejos Municipales, debido al miedo de perder el poder total sobre la administración de los asuntos de la municipalidad; para ese momento El Salvador se encontraba frente a la región centroamericana como el único país que no permitía la representación de toda la población de un municipio en la integración de los concejos municipales, situación que afectaba la consolidación de la democracia representativa a nivel local. Es hasta el año 2013 que se logró la aprobación de un Decreto legislativo que permitió una reforma al Código Electoral de 1992 y que impulsó su incorporación en el nuevo Código abriendo paso a la conformación de los Concejos Municipales Plurales.

I. Análisis Histórico

En la época colonial, los ayuntamientos españoles y los cabildos de indios gozaron de atribuciones propias frente al poder central de los representantes de la monarquía española (capitán general e intendentes). Estas autoridades locales constituyeron el antecedente inmediato de los municipios actuales⁸.

7 Cfr. Iniciativa Social para la Democracia, *Propuesta sobre Concejos Municipales Plurales*, disponible en: <http://isd.org.sv/wp/wp-content/uploads/2012/11/Presentaci%C3%B3n-de-propuesta-sobre-Concejos-Municipales-Plurales.pdf>, consultado el 31 de julio de 2014.

8 “[E]n Iberoamérica la dimensión municipal adquiere aún más importancia debido a la ausencia, durante toda la época colonial, de órganos representativos de los reinos. Además, el cabildo fue una institución de autonomía local tanto de la sociedad blanca o criolla (los cabildos de españoles) como de la sociedad indígena (los cabildos de indígenas). En efecto, la historiografía de los últimos veinte años ha demostrado ampliamente cómo esta institución de origen europeo fue manejada por los indígenas para redefinir

Con la independencia, los ayuntamientos fueron considerados como la expresión directa de la opinión popular. En 1822, ante la propuesta de anexas los territorios centroamericanos al imperio mexicano, se decidió consultar a los ayuntamientos para decidir sobre esta iniciativa, lo que indicaba la relevancia que se les asignaba como representación directa y cercana de los ciudadanos⁹.

En los primeros años de vida independiente, los ayuntamientos fueron renombrados como municipios. En la época de la Reforma Liberal (1870-1890), la autonomía municipal fue limitada en favor de un esquema centralista que se mantuvo durante el período histórico de la República Cafetalera (1890-1931) como también durante los gobiernos del autoritarismo militar (1931-1979). Durante este tiempo, se pasó a considerar al municipio como apéndice del gobierno central e incluso, se fortaleció la posición de los comandantes locales, representantes de la autoridad militar en las zonas apartadas del país. La legislación electoral que preveía que los integrantes del Concejo Municipal (alcalde, síndico y regidores) debían pertenecer a la lista propuesta por el partido político con mayor número de votos excluyendo a todas las demás opciones políticas, permitió el control total de los municipios por los partidos políticos oficiales¹⁰.

En los artículos 202 al 206 de la Constitución de 1983, se establecieron las bases de un auténtico régimen municipal democrático y autónomo, que se materializó en el Código Municipal de 1986. A pesar de las innovaciones introducidas por el Código Municipal, la monopolización del Concejo por el partido político con mayor número de votos, se mantuvo obviándose la figura de los Concejos plurales. En los Acuerdos de Paz de 1992 no se previó la realización de reformas en materia municipal.

su identidad a raíz de la Conquista., MORELLI, F., "Orígenes y valores del municipalismo iberoamericano", en *Revista Araucaria*, año 9, número 18, Sevilla, segundo semestre de 2007, p. 3.

9 BONILLA, A., "Independencia y república" en AA.VV., *El Salvador Historia mínima 1811-2011*, Secretaría de Cultura de la Presidencia de la República, San Salvador, pp. 27-28.

10 Cfr. MORALES EHRLICH, A. et al., *Apuntes de Historia Política de El Salvador*, primera edición, Instituto Centroamericano de Estudios Políticos, Ciudad de Guatemala, 2001, pp. 16-38.

En 1994, en las primeras elecciones presidenciales posteriores a la firma de los Acuerdos de Paz, se produjo una segunda vuelta entre los candidatos Dr. Armando Calderón Sol del partido Alianza Republicana Nacionalista (ARENA) y el Dr. Rubén Zamora Rivas de una coalición de partidos de izquierda encabezada por el Frente Farabundo Martí para la Liberación Nacional (FMLN). En el marco de ese proceso electoral, las fuerzas contendientes negociaron una agenda de reforma política, que incluía diversos aspectos obviados en los Acuerdos de Paz. Dentro de esta agenda se estableció la meta de introducir la figura de los Concejos Municipales de composición plural, que eran reclamados desde las organizaciones de la sociedad civil como un mecanismo imprescindible de democratización. El mencionado acuerdo político, no se volvió realidad, pasando las propuestas a discusión en el seno de la Asamblea Legislativa.

A finales de 2007, la Comisión Nacional para el Desarrollo Local (CONADEL) y la Red de Cooperantes para el Desarrollo Local (RECODEL), junto con la Fundación Nacional para el Desarrollo (FUNDE), la Agencia Española de Cooperación Internacional (AECID) y la Agencia de Estados Unidos para el Desarrollo Internacional (USAID), retomaron con seriedad el análisis de las reformas electorales que facilitarían la conformación de concejos pluripartidarios.

En 2008, hubo un nuevo acuerdo político que buscaba materializar los Concejos Municipales Plurales en el proceso electoral de marzo de 2009, pero de igual manera se vio frustrado por los intereses de los actores políticos. En agosto de 2009, la Iniciativa Social para la Democracia (ISD) promovió una propuesta de ley para introducir la composición plural de los Concejos Municipales.

Ante el prolongado incumplimiento de la Asamblea Legislativa en hacer realidad la Composición plural de los Concejos Municipales, el director de la ISD, Lic. Ramón Villalta, interpuso una acción de inconstitucionalidad con fecha 12 de diciembre de 2011, en contra de la conformación unipartidista de los concejos, fundamentándose en los artículos 3 (principio de igualdad), 78 (carácter igualitario del voto) y 85 (principio de pluralismo político) de la Constitución. Esta acción fue respaldada por las organizaciones civiles integradas

en el Grupo Gestor por Concejos Municipales Plurales, entre las que se destaca la Fundación Nacional para el Desarrollo (FUNDE).

A partir de ello, la Asamblea Legislativa fue requerida por la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, debido a la admisión de una demanda de inconstitucionalidad del artículo 264 del Código Electoral, razón por la cual se le establecía como fecha límite el 28 de febrero de 2013 para pronunciarse sobre la legalidad del referido artículo. En este contexto de cuestionamiento en sede judicial de la inactividad legislativa, se alcanzó el acuerdo final entre las fracciones legislativas en el seno de la Comisión de Reformas Electorales y Constitucionales, que permitió el 7 de marzo de 2013, la aprobación de las reformas al Código Electoral de 1992, que permitían la conformación de los Concejos Municipales Plurales, cumpliendo con la pretensión de los demandantes en el proceso de inconstitucionalidad seguido ante la Sala de lo Constitucional. Para Julio de ese mismo año, se aprueba por Decreto Legislativo N° 413 un nuevo Código Electoral que incorpora en su artículo 219 la conformación del Concejo Municipal de forma plural.

Todo ello sucedió en el marco de una iniciativa presentada por el Grupo Parlamentario del FMLN, además del cabildeo realizado por las organizaciones de la sociedad civil, aglutinadas en el mencionado Grupo Gestor. Estos esfuerzos estaban orientados a lograr la materialización de los cambios jurídicos necesarios para implementar los Concejos Municipales Plurales en el país. Después de una larga discusión en el seno de la Comisión de Reformas Electorales y Constitucionales se logró en enero de 2013 un acuerdo entre las fracciones legislativas para implementar los Concejos Municipales Plurales. La pronta aprobación del dictamen se vio impedida por la decisión del partido ARENA de someter a consulta de sus alcaldes esta propuesta, sin embargo, el día 7 de marzo de 2013¹¹, luego de nuevas negociaciones, la Asamblea Legis-

11 Véase las siguientes notas periodística que exponen el proceso de discusión para la implementación de la composición plural de los Concejos Municipales: Diario Digital Contra Punto <http://www.contrapunto.com.sv/politica/concejos-plurales-19-anos-para-materializarse>, Diario Co Latino <http://www.diariocolatino.com/es/20120606/nacionales/104224/FMLN-presiona->

lativa aprobó las reformas legales necesarias para poner fin a la composición unipartidista de los Concejos Municipales y se reafirmó en julio de ese mismo año en el nuevo Código Electoral.

II. Derecho Comparado

El planteamiento de un panorama más extenso acerca de la aplicación de los Concejos Municipales Plurales permite observar el grado de avance de la reforma implementada en el país, mostrando datos objetivos de la forma de regulación en la legislación de otros países. A continuación se presentan datos sobre la aplicación de esta figura en leyes electorales que forman una visión más completa de la factibilidad de la conformación plural de los Concejos Municipales.

Respecto a las Constituciones Latinoamericanas, Nohlen en su Tratado de Derecho Electoral Comparado¹², establece que en casi todas las constituciones se puede encontrar un apartado referido al sistema electoral. Pone como ejemplos a países como México en sus artículos 52-54 y Panamá en el artículo 14, en los cuales el sistema electoral está descrito de manera acabada y en detalle en la Constitución. También retoma que en todos los demás países, una ley electoral contiene importantes reglamentaciones adicionales o las decisivas, ejemplo de ello, Costa Rica, El Salvador y Honduras en los cuales el sistema electoral está determinado exclusivamente por una ley electoral. Esta situación no es frecuente, porque es difícil encontrar el principio de representación plasmado en las constituciones.

En este mismo orden de ideas, se encuentran otros países como Paraguay, quien en su artículo 118 de la Constitución establece el “sistema de representación proporcional”, en Perú la Constitución de 1993 recoge el principio

por-Concejos-Plurales.htm, <http://www.diariocolatino.com/es/20120324/nacionales/101755/Organizaciones-piden-aprobaci%C3%B3n-de-Concejos-Municipales-Plurales-en-actual-legislatura.htm>, Transparencia Activa <http://www.transparenciaactiva.gob.sv/aprueban-concejos-plurales/>.

12 NOHLEN, D. *et al*, *Tratado de Derecho Electoral Comparado de América Latina*, Fondo de Cultura Económica 2011, p. 296.

que en todas las elecciones pluripersonales se debe emplear la representación proporcional (artículo 187), en Bolivia (art. 60), Brasil (art. 56), Ecuador (art. 99), Nicaragua (art. 132), Uruguay (art. 88), Venezuela (arts. 63 y 186) expresan en sus constituciones la representación proporcional como principio de representación o fórmula de decisión. Solamente en las constituciones de dos países se nombra la representación por mayoría como sistema electoral (Haití, art. 89s. y Argentina, art. 45); sin embargo, en Argentina se elige según la representación proporcional.

El cuadro presentado a continuación, contiene la regulación del sistema electoral de algunos países respecto a la conformación de los Concejos Municipales, en el que se muestra la aplicación del principio de representación proporcional en dicha elección.

Cuadro N° 1. Derecho Comparado: Leyes electorales que regulan el principio de representación proporcional en los Concejos Municipales.

PAIS	LEY	ARTÍCULO
Honduras	Ley Electoral y de las Organizaciones Políticas ¹³	<p>ARTÍCULOS</p> <p>Art.3 sistema de elección: De conformidad con las disposiciones que preceptúa la presente ley, el sistema de elección podrá ser:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Por simple mayoría; ó, 2. Por representación proporcional por cocientes y residuos electorales, nacionales, departamentales y municipales. <p>Art. 195. Miembros de las corporaciones municipales: Para la declaratoria de elección de los miembros de las corporaciones municipales se procederá de la manera siguiente:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Para obtener el cociente electoral municipal, se dividirá el total de votos válidos depositados en el municipio, entre el número total de miembros de la corporación municipal que deben ser electos, excluyendo el Vice-Alcalde; 2. Se declarará electo Alcalde y Vice Alcalde municipal, a los ciudadanos que aparezcan en la nomina de candidatos del Partido Político, Alianza o Candidatura Independiente, que haya obtenido la mayoría de sufragios, restándose del total de votos que favorecen a dicha nómina, el equivalente a un cociente electoral municipal; y,

13 Para consultar la ley Véase el sitio <http://pdba.georgetown.edu/Electoral/Honduras/Leyes/LeyElectoral.pdf>

PAIS	LEY	ARTÍCULO
		<p>3. Se declarará electo primer regidor, al ciudadano que aparezca en la nómina favorecida con el más alto número de sufragios, después de haber restado el cociente electoral municipal, con el cual se declaró electo Alcalde y Vice Alcalde. En la misma forma se hará sucesivamente hasta completar el número de regidores que correspondan al municipio.</p> <p>4. Si la distribución a la que se refiere el numeral anterior de este artículo, no completare el número total de regidores que debe elegirse por cada municipio, se declarará electo el candidato a regidor, de la lista del Partido Político, Alianza o Candidatura Independiente, que haya alcanzado el mayor residuo municipal electoral; y así sucesivamente, en el orden descendiente de residuos, hasta completar el número de regidores a elegirse.</p>
Nicaragua	Ley Electoral ¹⁴	<p>ARTÍCULOS</p> <p>Artículo 157.- “La elección de los Concejales previstos en el artículo anterior se hará por Circunscripción Municipal utilizando el sistema de representación proporcional por cociente electoral y con la misma metodología de media mayor que se utiliza para la elección de los Diputados Departamentales o Regionales”.</p>
Panamá	Código Electoral	<p>Art. 330. “Cuando se trate de la elección de dos o más Concejales se aplicarán las reglas del artículo 326, con la consideración en este caso de las listas de candidatos independientes”.</p> <p>Art. 326 “Cuando se trate de circuitos electorales que elijan a dos o más Diputados, las Juntas de Escrutinio de Circuito Electorales proclamarán a los candidatos electos de conformidad con las siguientes reglas:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. El número total de votos válidos depositados en el circuito por todos los electores se dividirá por el número de ciudadanos que han de elegirse. El resultado de esta división se denominará cociente electoral. 2. El número total de papeletas obtenidas por cada lista de candidatos se dividirá por el cociente electoral y el resultado de esta operación será el número de candidatos que corresponde elegir al partido que hubiere lanzado la lista de que se trata. 3. Si quedaran puestos por llenar para completar el número de ciudadanos que han de elegirse, se adjudicará uno a cada una de las listas restantes que hayan obtenido un número de papeletas no menor de la mitad del cociente electoral en el orden en que dichas listas hayan obtenido papeletas. Los partidos que hayan obtenido el cociente electoral no tendrán derecho al medio cociente. 4. Si aún quedaran puestos por llenar, se adjudicarán a los candidatos más votados, una vez aplicado el cociente y medio cociente”...

14 Para consultar la ley véase el sitio <http://pdba.georgetown.edu/Parties/Nica/Leyes/LeyElectoral.pdf>

PAIS	LEY	ARTÍCULO
Venezuela	Ley Orgánica de Procesos Electorales ¹⁵	Artículo 8. “Para la elección de los integrantes de la Asamblea Nacional, de los consejos legislativos de los estados, de los concejos municipales, y demás cuerpos colegiados de elección popular, se aplicará un sistema electoral paralelo, de personalización del sufragio para los cargos nominales y de representación proporcional para los cargos de la lista. En ningún caso, la elección nominal incidirá en la elección proporcional mediante lista”.

Al observar las legislaciones en materia de sistemas electorales, El Salvador se enfrentaba a un retraso en su democracia representativa ya que no permitía una verdadera participación¹⁶ de la población en los asuntos municipales, limitando el sufragio a una sola opción para la administración del gobierno local. Dicha situación es distinta hasta en países como Cuba que no permiten la diversidad de partidos políticos, pero sin embargo, sus Concejos Municipales se encuentran regulados con representación directa de las organizaciones sociales en las Asambleas Municipales del Poder Popular, lo que garantiza la existencia de criterios plurales en la misma.

En los países que se ejemplifican en el cuadro N° 1 se establece la conformación de los Concejos Municipales de una forma plural, respetando la democracia representativa al otorgarle valor a cada uno de los votos de la población que conforman el municipio. A la luz de la experiencia internacional, que refleja un avance en materia de representación plural en la administración municipal, en El Salvador ¿la conformación de los concejos municipales plurales es una deuda a la democracia o un obstáculo para la gobernabilidad?

Sin duda, la reforma a los artículos 220 y 264 del Código Electoral de 1992 y su incorporación en el Código Electoral de 2013, se muestra como un paso ineludible para el avance democrático del país en cuanto a los gobiernos

15 Para consultar la ley véase el sitio:
http://www.cne.gov.ve/web/normativa_electoral/ley_organica_procesos_electorales/indice.php

16 “La participación del ciudadano en el municipio es una especie de la participación política referida a la conducción de la sociedad política local y consiste en tomar parte activa en las decisiones gubernativas correspondientes”. Cfr. HERNÁNDEZ, A. M., *Derecho Municipal: parte general*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, primera edición, 2003, p. 381 y ss.

municipales, pues como se ha podido evidenciar, la regla básica de la conformación de los Concejos Municipales era por el sistema de mayoría.

III. Concejos Municipales Plurales, Nueva Realidad Salvadoreña

Los procedimientos de representación en la elección de los funcionarios municipales son un mecanismo democrático¹⁷ que otorga total legitimidad a su función y por medio de los cuales se refleja la voluntad popular. A través de los mismos, estos funcionarios adquieren el compromiso de administrar el gobierno municipal. *“La más clara explicitación de la participación política en el municipio democrático consiste en el carácter electivo de las autoridades comunales”*¹⁸.

Dentro de las sociedades se desarrollan una multiplicidad de problemas que requieren solución; ante esta situación la democracia propone un mecanismo para la búsqueda del bienestar común al consolidar el acuerdo de la población sobre las personas que tomarán las decisiones trascendentales para la armonía social. Es a partir de ese consenso que la toma de decisiones en los asuntos municipales no se realiza por la comunidad de manera directa, sino por las personas elegidas por ésta, quienes tienen la obligación de velar por sus intereses¹⁹.

17 *“De acuerdo con una “definición mínima” de democracia como forma de gobierno, tal como la ha caracterizado Norberto Bobbio, podemos afirmar que la democracia hace referencia a un conjunto de reglas fundamentales que establecen quién está autorizado a tomar decisiones, bajo qué procedimientos y en qué condiciones. De acuerdo con esto, una forma de gobierno será considerada democrática sólo si se cumple que: los sujetos involucrados en los procesos de toma de decisiones son la mayoría de la población adulta; el procedimiento de toma de decisiones se rige por el principio de mayoría; y están garantizadas un conjunto de libertades básicas (de opinión, de información, de asociación, de reunión, etc.) que permiten a los sujetos involucrados presentar y/ o elegir opciones políticas definidas sin que pesen sobre ellos mecanismos de coacción”*. CAMOU, A., en *“Gobernabilidad y Democracia”*, en *Cuadernos de Divulgación de la Cultura Democrática*, número 4, Instituto Federal Electoral, disponible en: http://www.ife.org.mx/documentos/DECEYEC/gobernabilidad_y_democracia.htm#presenta.

18 HERNÁNDEZ, A. M., ob. cit., p. 388.

19 Véase: Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, *Sentencia de inconstitucionalidad*, referencia: 61-2009. Considerando III. 3. A: *“El derecho al sufragio descansa sobre tres elementos: el principio de soberanía popular; la democracia como forma de gobierno; y la representación política. Lo anterior se afirma porque la elección popular de los gobernantes sirve, tanto para que el pueblo pueda participar en el gobierno, como para que los gobernantes ejerzan la calidad de representantes del mismo”*.

El ejercicio democrático al interior de los Concejos Municipales Plurales, deviene de entender que a través de la diversidad de componentes políticos en la administración del gobierno municipal, se permitirá una mayor legitimidad de los acuerdos y decisiones alcanzadas, además de conceder importancia a la opinión de una minoría que se siente representada, tal como lo expresa la Sala de lo Constitucional: *“La soberanía popular implica que la gestión de los asuntos públicos afecta a la generalidad, y en esa medida, tiene interés en la misma. Por ello, el destino de la sociedad debe ser decidido por todos sus integrantes, debiendo reconocerse a cada ciudadano un voto con el mismo valor. En otras palabras: (i) las decisiones generales que afectan el destino colectivo debe tomarlas el pueblo; (ii) todos los cargos que ejercen poder público deben ser de elección popular o derivados de los cargos de elección popular; y (iii) las decisiones las toma la mayoría, atendiendo a sus intereses, pero con respeto a las minorías”*.²⁰

En el caso específico de El Salvador, el 22 de marzo de 2013 a través del Decreto Legislativo número 326²¹ se establece que en base al artículo 85 de la Constitución, que refleja el carácter pluralista del sistema político²², se abre la puerta a la conformación de los Concejos Municipales Plurales, permitiendo la participación de las fuerzas políticas con mayor apoyo de la población, es decir, con un grado importante de votos obtenidos en la elección municipal. Los principales incentivos para la aprobación de esta reforma son propiciar la

20 Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, *Sentencia de inconstitucionalidad*, referencia: 61-2009. Considerando III.1.

21 Decreto legislativo N° 326, publicado en el Diario Oficial, tomo 398, número 57 del 22 de marzo de 2013.

22 *“[E]l principio de pluralismo consagrado en el art. 85 inc. 2° Cn. tiene dos dimensiones básicas: El pluralismo ideológico, el cual, en contraposición al totalitarismo o integralismo, implica favorecer la expresión y difusión de una diversidad de opiniones, creencias o concepciones del mundo, a partir de la convicción de que ningún individuo o sector social es depositario de la verdad, y que esta sólo puede ser alcanzada a través de la discusión y del encuentro entre posiciones diversas; o, en palabras del Informe Único de la Comisión de Estudio del Proyecto de Constitución, ‘la convivencia temporal y espacial, dentro de un régimen de libertad, de múltiples ideologías’. [Y] el pluralismo político, el cual -en contraposición al estatismo- implica el reconocimiento y protección a la multiplicidad de grupos e instituciones sociales que se forman natural y espontáneamente entre el individuo y el Estado -las llamadas instituciones intermedias-, las cuales, aunque no forman parte de la estructura gubernamental -ya que generalmente están organizados para la defensa de intereses grupales o sectoriales y para propugnar ciertas ideologías-, sí influyen en la formulación de las decisiones políticas”*. Vid. Sentencia de 20-VII-99, Inc. 5-99, Considerando IX. 1.

inclusión de las minorías²³, la rendición de cuentas y ayudar a la transparencia del ejercicio del poder municipal.

A partir de este avance, el sistema político pluralista se ve acompañado del principio de democracia representativa en contraposición al sistema de elecciones municipales utilizado antes del decreto 326 y de la aprobación del nuevo Código Electoral, por medio del cual las alcaldías se otorgaban por un sistema mayoritario. De esta forma se elegía al alcalde, síndico y a la vez a todo el Concejo Municipal, siendo éstos integrantes de un mismo partido político o coalición. Esta forma de elección partía de una completa exclusión del resto de fuerzas políticas sin permitir un cauce para la canalización de los intereses representados por las mismas.

En este marco de ideas se reforman los artículos 220 y 264 del Código Electoral de 1992 que permiten la composición plural de los Concejos Municipales, tomando en cuenta el apoyo reflejado en votos por los habitantes del municipio para su conformación. El logro de dicha reforma al Código Electoral, presentó una falta de voluntad por parte de los actores políticos para la consolidación de este avance democrático, porque a lo largo de las discusiones políticas para su aprobación, existió oposición y prórrogas debido al interés del manejo exclusivo de las alcaldías; pero a pesar de los obstáculos que mantenían por años postergando el tema, se logró un consenso político que finalmente permitió la reforma.

Los partidos políticos también reaccionaron de diferentes formas ante esta reforma electoral. El partido político Gran Alianza por la Unidad Nacional (GANU) mostró una postura negativa, ya que consideraba que impedirían el manejo estable de las alcaldías municipales y que se desataría una lucha de poder que llevaría al retroceso en los municipios; por su parte, el partido político Alianza Republicana Nacionalista (ARENA), después de brindar apoyo inicial al dictamen favorable, cambió de posición y pidió el retiro del dictamen del

23 *“El hombre se congrega en sociedad, no para el logro del bien de uno solo, con exclusión de los demás, sino para el bien de todos y cada uno de los miembros; en ese sentido un bien comunitario general. El bien común es el fin que centra la vida de la comunidad política, anima la actividad de su gobierno y da sentido a la ley como instrumento de la acción de poder y el orden político”.* DROMI, J. R., *La Autonomía Municipal*, La Plata, Universidad Notarial Argentina, 1982, p. 111.

pleno legislativo, convirtiéndose en obstáculo para la aprobación del mismo bajo la justificación que necesitaba más tiempo para explicar a sus alcaldes el nuevo funcionamiento de los Concejos plurales²⁴.

Finalmente el partido político Frente Farabundo Martí para la Liberación Nacional (FMLN) como grupo impulsor de la reforma desde sus primeras formulaciones, mantuvo su apoyo a la misma, logrando que el respectivo dictamen no fuese archivado sino que volviera a ser sometido al pleno legislativo. Después de las críticas realizadas por las organizaciones de la sociedad civil, el partido ARENA tuvo que expresar nuevamente su respaldo a este proyecto. Finalmente Con 73 votos se logró aprobar en marzo de 2013 el Decreto Legislativo número 326 que contiene una reforma al Código Electoral²⁵ de 1992, y a partir de la misma se incorpora en julio de ese mismo año al nuevo Código Electoral, mostrándose como un avance a la transparencia y el buen manejo de los fondos públicos.

Los actores sociales y políticos han coincidido en valorar positivamente la incorporación del pluralismo dentro de los Concejos Municipales y lo señalan como un progreso más en el proceso de democratización en el país. Es destacable que se lograra un consenso de las fuerzas políticas, así como la aprobación de las organizaciones de la sociedad civil sobre el alcance de esta reforma, sin embargo, una de las críticas formuladas desde la academia, manifiesta la tardanza de adoptar esta medida a pesar que desde 1994 se encontraba en debate, lo que convertía a El Salvador como el único país de América Latina que contaba con concejos integrados por un solo partido político. Esta condición desigual previa a la reforma a los artículos 220 y 264 del Código Electoral, era el irrespeto al carácter pluralista del sistema político, situación que en las elecciones a nivel nacional de diputados en la Asamblea Legislativa si se toma en cuenta, prevaleciendo el principio de democracia representativa. Por el contrario para las

24 Cfr. Semanario Voces "Asamblea retrasa aprobación de Concejos plurales", noticia publicada el 25 de enero de 2013, disponible en <http://voces.org.sv/2013/01/25/asamblea-legislativa-retrasa-la-aprobacion-de-consejos-plurales/>

25 Puede consultarse el texto de la reforma que permite la composición de Concejos Municipales Plurales: D.L. N° 326, publicado en el D. O., tomo 398, número 57 del 22 de marzo de 2013.

elecciones a nivel local, es decir, en las municipalidades no existía ningún nivel de acceso a la efectiva representación de los intereses de la población en general.

Esta falta de homogeneidad en el sistema electoral²⁶ afectaba la democracia a nivel municipal, puesto que se dejaba a un solo partido político la dirección de los asuntos municipales y éstos muchas veces ganaban con menos del cincuenta por ciento de los votos, lo que implicaba que una minoría decidiera, afectando la gobernabilidad y democracia al interior del municipio.

IV. Retos en la Implementación de los Concejos Municipales Plurales

Respecto a las implicaciones sobre gobernabilidad²⁷ y democracia, desde el punto de vista académico se deja abierta la posibilidad a un primer escenario caracterizado por el entendimiento y el debate honesto entre las fuerzas políticas, que favorezca el logro de acuerdos con visión de país y la implementación de proyectos a largo plazo, lo que propiciaría la consolidación democrática. Entre los avances en gobernabilidad que se esperan, se encuentra la transparencia en la administración del gobierno municipal y la participación ciudadana, estableciendo con la composición pluripartidista del Concejo Municipal que es la máxima autoridad del municipio, un mejor manejo de los recursos y la efectiva rendición de cuentas bajo un esquema de control interno que permita un efectivo debate de idoneidad de las decisiones tomadas.

26 *“El sistema electoral tiene por finalidad asegurar que las votaciones traduzcan la expresión auténtica, libre y espontánea de los ciudadanos; y que los escrutinios sean reflejo exacto y oportuno de la voluntad del elector expresada en las urnas por votación directa. Tiene por funciones básicas el planeamiento, la organización y la ejecución de los procesos electorales o de referéndum u otras consultas populares; el mantenimiento y la custodia de un registro único de identificación de las personas; y el registro de los actos que modifican el estado civil”. Cfr.” NOHLEN, D. et al., Ob. cit., p. 295.*

27 *“En otras palabras, no es un Estado o gobierno lo que permite, por sí mismo, gobernar a una sociedad, ni tampoco es la sociedad en sí misma gobernable o ingobernable; más bien, es la relación compleja entre ambos términos lo que nos permite hablar de las condiciones de gobernabilidad. El asunto no sólo tiene importancia teórica, sino que también adquiere relevancia práctica: la responsabilidad por mantener condiciones adecuadas de gobernabilidad no es una cuestión que recae, de manera unilateral, en el gobierno o en la sociedad. De este modo, gobierno y oposición, partidos y organizaciones ciudadanas han de comprometerse de manera conjunta a la hora de mantener un nivel aceptable de gobernabilidad”. Cfr. CAMOU, A., Ob. Cit.*

El otro escenario potencial al integrarse los Concejos Municipales Plurales es la posible repetición del enfrentamiento de las diferentes fuerzas políticas a nivel local, generando problemas para la gobernabilidad, retrasos en la toma de decisiones que sean para el bienestar de la comunidad debido a la búsqueda de intereses partidarios sobre el interés general.

Para alcanzar el primer escenario expuesto, se requiere el sacrificio de intereses particulares por parte de las fuerzas políticas del país tomando conciencia que deben concertar las decisiones trascendentales para la sociedad. Partiendo de esta realidad las municipalidades deben aprender a superar las diferencias partidarias para primar el bienestar de la población; a la vez tener en cuenta la rendición de cuentas hacia sus gobernados, que en este caso es más efectiva por la proximidad entre los dirigentes municipales y la población²⁸.

Además de la reformas al Código Electoral, se encuentra también la aprobación de la Ley de Acceso a la Información Pública como parte de la necesidad de manifestar a la población un grado de transparencia en la toma de decisiones de las entidades públicas así como los criterios que orientaron a los funcionarios públicos a decidir qué era la mejor opción. Con ello, se crea un sistema de contraloría social que vigila y regula las acciones del gobierno otorgando una mayor legitimidad y confianza la administración pública

Como parte de la implementación de los Concejos Municipales Plurales, la Asamblea Legislativa aprobó un nuevo Decreto numero 737, que contiene otro conjunto de reformas al Código Electoral, tales como: la incorporación en la elección de Diputados del Parlamento Centroamericano sobre las mismas reglas de elección de Diputados para la Asamblea Legislativa (artículo 156); se reforma el artículo 165, estableciendo la creación de una planilla del partido o

28 *“La democracia municipal “cumple, para sus sostenedores dice Fernando Albi, tres misiones fundamentales: aproxima la población a los problemas locales, constituye una escuela de civismo y ciudadanía y significa un freno a la excesiva concentración del poder en los organismos centrales”. Nosotros creemos en la democracia local, pero ello no significa que pensemos que todo municipio es democrático, del mismo modo que no todo Estado es democrático. Querriamos que lo fuese, pues la democracia constituye “el único clima moral en que el hombre puede realizar el sagrado derecho de ser hombre”. Cfr. HERNÁNDEZ, A. M., ob. cit., p. 422.*

coalición en orden de precedencia de sus candidatos para Concejo Municipal en caso de no obtener la mayoría simple y que en esta planilla puede incorporarse al candidato o candidata a alcalde y síndico municipal, se reforma el artículo 219 literales g y h y su inciso final, que determinan que en caso de empate entre los partidos se resolverá por sorteo y crea en la composición del Concejo Municipal una prohibición que excluye la participación a parientes entre si y la asignación de regidores en orden ascendente según la cantidad de votos validos²⁹.

Este conjunto de reformas en el sistema electoral muestra rasgos de innovación, así como de mayor representación y participación política. Con la primera conformación de los Concejos plurales prevista para el uno de marzo de 2015, se impulsa la disminución en las prácticas secretas y autoritarias que impiden la transparencia en los procesos de toma de decisiones a nivel municipal, favoreciendo una contraloría pública más efectiva.

Conclusiones

1. *La consolidación del sistema democrático en El Salvador recae en la búsqueda de una verdadera representación del pueblo en las decisiones trascendentales y el manejo transparente y eficiente del poder público.*
2. *El Concejo Municipal es el ente encargado de la administración pública del municipio, mostrándose más cercano a las necesidades de su población. En ese sentido la representación de todos los sectores en dicha entidad permite la discusión y tratamiento de los problemas que afecten a la comunidad.*
3. *Las reformas aprobadas en marzo 2013 a los artículos 220 y 264 al Código Electoral de 1992, abrió paso a la representación plural en los Concejos Municipales. A partir de la misma se incorpora en el nuevo Código Electoral de julio de 2013 el mecanismo de elección de Concejo Municipal de manera proporcional a los votos obtenidos en la elección (Art. 219).*

²⁹ Decreto Legislativo numero 737: Reformas al Código Electoral relativas a los Concejos Municipales Plurales, homologación de papeletas e inscripción de diputados y diputadas al PARLACEN.

4. *Para el año 2014, la Asamblea Legislativa emitió un nuevo Decreto (N° 737) que establece el orden de precedencia de los candidatos al Concejo Municipal, la incorporación del candidato o candidata a alcalde en la misma y una exclusión referida al parentesco. Este Decreto busca la aplicación efectiva de los Concejos Municipales Plurales para las elecciones municipales del año 2015.*
5. *El Salvador era el único país de la región centroamericana que no permitía una representación proporcional de la población votante, estableciendo un alcalde y Concejo Municipal por el sistema de mayoría, reflejado en la administración de la Alcaldía por un solo partido político. No obstante, antes del año 2013 se realizaron muchos intentos por aprobar los Concejos Municipales Plurales con el fin de crear una verdadera representación en la administración de las municipalidades. Dentro del debate legislativo, surgieron negociaciones políticas, así como presión por parte de organizaciones de la sociedad civil e incluso un proceso de inconstitucionalidad por la conformación unipartidista de los Concejos Municipales.*
6. *La conformación de los Concejos Municipales Plurales se mantenía como una deuda a la democracia salvadoreña, ya que impedía la representación municipal de la mayoría de la población. Esta reforma en el sistema de elección municipal constituye un avance democrático que contribuirá a medir el nivel de madurez política de los partidos políticos en cuanto a trabajo a favor de la población.*
7. *En cuanto a la gobernabilidad, se espera que con esta reforma, se cuente con una mayor transparencia en la administración del Gobierno Municipal, así como una mayor participación ciudadana, puesto que con la composición pluripartidista del Concejo Municipal, se pretende un mejor manejo de los recursos y la efectiva rendición de cuentas bajo un esquema de control interno que permita ampliar el debate en la toma de decisiones.*
8. *Finalmente, con los Concejos Municipales Plurales, uno de los mayores retos para la gobernabilidad es superar los intereses particulares generados entre los diferentes partidos políticos, evitando retrasos en la toma de decisiones que sean para el bienestar de la comunidad, enfocándose en el manejo transparente y eficiente de la administración municipal.*

La influencia de las decisiones
de la Corte IDH
y de la Comisión interamericana
de Derechos Humanos
en el derecho penal
de los Estados partes

Lic. Jaime Edwin Martínez Ventura

Influencia de las Decisiones de la Corte IDH y de La Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el Derecho Penal de los Estados

Lic. Jaime Edwin Martínez Ventura

Resumen

El Salvador es uno de los pocos países de Iberoamérica que proclama, explícitamente en su Constitución, la existencia y validez de un ordenamiento jurídico internacional con jerarquía normativa supra legal. Desde 1978 es parte de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) y en 1995 reconoció la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). Sin embargo, las tres primeras de cuatro sentencias condenatorias – existentes hasta diciembre de 2012 – de dicha Corte contra este país, no han sido cumplidas en lo que atañe a la parte dispositiva que ordena continuar o reiniciar los procesos penales respectivos y superar las limitaciones u obstáculos de hecho y de derecho que impidan el cumplimiento de las investigaciones de manera efectiva. Este estudio trata acerca de ese y otros fenómenos, en tanto presenta un panorama de la influencia de las resoluciones de la Corte IDH en el derecho penal y procesal penal de El Salvador, y se analiza si las decisiones de dichos órganos son cumplidas en el ámbito interno y en qué medida lo son. Se divide en seis partes en las que se desarrollan, entre otros temas, los aspectos más relevantes de la incorporación del derecho internacional, especialmente de la CADH, en el ámbito interno, entre ellos el reconocimiento y la jerarquía de los tratados internacionales en el ordenamiento jurídico salvadoreño; la aplicación directa de la CADH y el reconocimiento en el derecho interno de la obligatoriedad estatal de cumplir con las decisiones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH).

PALABRAS CLAVE: CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS – COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS – JURISPRUDENCIA – EL SALVADOR – CUMPLIMIENTO DE SENTENCIAS CONDENATORIAS.

Abstract

El Salvador is one of the few countries in Latin America proclaiming explicitly in its Constitution, the existence and validity of an international legal system with supra legal hierarchy. Since 1978, it is part of the American Convention on Human Rights (ACHR) and in 1995, it recognized the litigious competition of the Inter-American Court of Human Rights (IACHR). However, three of the first four condemnatory sentences - existing until December 2012 - of this Court against this country, they have not been fulfilled regard as the dispositive part in continue ordering or restart the respective criminal proceedings and exceed the limitations or obstacles of fact and law that prevent the compliance investigations effectively. This study is about these and others phenomena, while presents an overview of the influence of the resolutions of the Inter-American Court (IAC) in criminal law and criminal procedure of El Salvador, and analyzed whether the decisions of these bodies are fulfilled in the internal field and in what extent they are. It is divided into six parts that are developed, among other topics, the most relevant aspects of the incorporation of international law, especially of the ACHR, domestically, including recognition and hierarchy of international treaties in the Salvadoran legal system; direct application of the ACHR and recognition in the domestic law of the state obligation to comply with the decisions of the Inter-American Commission on Human Rights (IACHR).

KEYWORDS: INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS – INTER-AMERICAN COMMISSION OF HUMAN RIGHTS – JURISPRUDENCE – EL SALVADOR – COMPLIANCE OF CONDEMNATORY SENTENCES.

La influencia de las decisiones de la Corte IDH y de la Comisión interamericana de derechos humanos en el derecho penal de los Estados partes

Informe de El Salvador¹

Lic. Jaime Edwin Martínez Ventura²

Introducción

En este artículo se presenta un panorama sobre la influencia de las resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en adelante podrá denominarse la Corte IDH o la Corte, y de la Comisión Interamericana de Derechos, en adelante la CIDH o la Comisión, en el Derecho penal y procesal penal de El Salvador, con el objetivo de exponer si las decisiones de dichos órganos son cumplidas en el ámbito interno y en qué medida lo son.

Por decisiones en este trabajo se entienden exclusivamente tres tipos de actos: uno, lo dispuesto por la Corte en la parte resolutive de las sentencias

1 Artículo publicado originalmente en Kai Ambos/Ezequiel Malarino/Christian Steiner (editores): *Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional – Tomo III*, Bogotá: Konrad Adenauer Stiftung, Georg-August-Universität-Göttingen, 2013, págs. 253 a 276. Para su publicación en este número de la revista Derecho ha sido adaptado en aspectos de forma.

2 Miembro del Grupo Latinoamericano de Estudios sobre Derecho Penal Internacional, auspiciado por el Programa Estado de Derecho para Latinoamérica, de la Fundación Konrad Adenauer de Alemania; bajo la conducción académica de los profesores Kai Ambos y Ezequiel Malarino. Miembro del Observatorio del Crimen Organizado en América Latina y del Grupo de Estudios sobre Seguridad Regional en Centroamérica, auspiciados por el Programa de Seguridad Regional de la Fundación Friedrich Ebert de Alemania. Ex Director del Centro de Estudios Penales, CEPES, de FESPAD. Ex Director de la Unidad de Justicia Juvenil de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador. Director General de la Academia Nacional de Seguridad Pública de El Salvador, desde junio de 2009 a la fecha.

como reparación en casos contenciosos; dos, lo sugerido por la Corte IDH en una Opinión Consultiva; y tres, lo recomendado por la Comisión al término de un informe según los arts. 50 y 51 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, CADH.

El informe se divide en seis partes. En la primera se desarrollan los aspectos más relevantes de la incorporación del derecho internacional, especialmente de la CADH, en el ámbito interno, entre ellos el reconocimiento y la jerarquía de los tratados internacionales en el ordenamiento jurídico salvadoreño; la aplicación directa de la Convención Americana y el reconocimiento en el derecho interno de la obligatoriedad estatal de cumplir con las decisiones de la CIDH y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

En la segunda parte, la principal de este estudio, se tratan los efectos de las decisiones de los órganos interamericanos en materia penal y procesal penal, dividiendo tales decisiones para efectos expositivos, en decisiones de la Corte IDH en sentencias de casos contenciosos, opiniones consultivas y recomendaciones de la CIDH, cada una en tres ámbitos: en la legislación, en casos judiciales concretos y otro tipo de efectos en materia penal y procesal penal.

La tercera parte responde a la pregunta de si existen en El Salvador mecanismos jurídicos para hacer efectivas en el ámbito interno las decisiones de la Corte IDH; la cuarta parte hace referencia a los criterios legales o de jurisprudencia nacional utilizados en relación con el cumplimiento de las decisiones de los órganos interamericanos en casos penales y no penales; la parte cinco se ocupa de explicar si existen obstáculos jurídicos o jurídico-constitucionales que se oponen al cumplimiento de las decisiones de los órganos interamericanos; y, por último, en la parte número seis se exponen algunas conclusiones.

I. Incorporación del derecho internacional, especialmente la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) en el ámbito interno

1.1. Incorporación del derecho internacional en general

El Salvador, junto a Argentina, Costa Rica, Honduras Paraguay, Perú y Venezuela, forman parte de la excepcionalidad de países iberoamericanos que cuentan con disposiciones jurídicas constitucionales o legales internas que reconocen un orden jurídico internacional o supranacional.

En cuanto a la jerarquía de los tratados dentro del ordenamiento jurídico salvadoreño, estos tiene por disposición constitucional un valor supra legal aunque por debajo de la Constitución de la Republica; así lo dispone el artículo 144 de la de la Carta Magna salvadoreña, al prescribir que los tratados internacionales celebrados por El Salvador con otros Estados o con organismos internacionales, constituyen leyes de la República al entrar en vigencia, con un valor superior a las leyes ordinarias, las cuales no pueden modificar o derogar lo acordado en un tratado vigente para El Salvador, por lo que si en determinadas circunstancias el tratado y la ley entraran en conflicto, prevalecerá el tratado³.

No obstante, de conformidad al texto constitucional, lo dispuesto en un tratado no puede estar sobre la Constitución de la República ya que los tratados o convenios internacionales aunque tienen valor superior al de las leyes comunes, los primeros no son incorporados al texto de la Constitución, no forman parte del llamado bloque de constitucionalidad y, en consecuencia,

3 La disposición constitucional literalmente reza: "Art. 144.- Los tratados internacionales celebrados por El Salvador con otros estados o con organismos internacionales, constituyen leyes de la República al entrar en vigencia, conforme a las disposiciones del mismo tratado y de esta Constitución. La ley no podrá modificar o derogar lo acordado en un tratado vigente para El Salvador. En caso de conflicto entre el tratado y la ley, prevalecerá el tratado."

si en un momento se determina que una disposición convencional es contraria a la Constitución, ésta no podrá prevalecer sobre la Constitución de la República⁴.

En cuanto a la autoridad competente y el procedimiento a seguir para la suscripción y ratificación de los tratados internacionales, el artículo 168, ordinal 4º, de la Constitución salvadoreña, establece como atribución del Presidente de la República, celebrar tratados y convenciones internacionales, someterlos a la ratificación de la Asamblea Legislativa, y vigilar su cumplimiento, atribución que conforme al Reglamento Interno del Órgano Ejecutivo, el Presidente ejerce por medio del Ministerio de Relaciones Exteriores⁵.

A su vez, el Art. 131, ordinal 7º de la Constitución, prescribe que es atribución de la Asamblea Legislativa ratificar dichos tratados⁶.

4 Al menos esta es la posición oficial que el Estado salvadoreño ha sostenido continuamente en coherencia con la declaración que expresó en el instrumento de ratificación de la Convención Americana, depositado en la Secretaría General de la OEA el 23 de junio de 1978, tal como se verá más adelante.

5 Dicho Reglamento, en lo pertinente dice:
*“Art. 32.- Compete al Ministerio de Relaciones Exteriores:
2.- Gestionar, negociar, firmar y denunciar tratados, convenciones y acuerdos internacionales oyendo la opinión de la Secretaría interesada cuando fuere necesario;”*

6 La ratificación de los tratados, por regla general, requiere el voto de la mayoría simple de los diputados electos. Hay dos excepciones en las que se exige el voto de una mayoría calificada de dos tipos: dos tercios de los votos de los diputados electos, en los tratados relativos a la extradición (Art. 28, inciso 3º constitucional); y el voto de por lo menos las tres cuartas partes de los diputados electos, en los casos relacionados con el territorio nacional y los límites de la República, según lo dispone el Art. 147 de la Constitución.
En lo que atañe a reservas o prohibiciones constitucionales relativas a determinadas materias u objetos de convenios o tratados, el artículo 145 constitucional, prescribe que no pueden ratificarse los tratados en que se restrinjan o afecten de alguna manera las disposiciones constitucionales, a menos que la ratificación se haga con las reservas correspondientes. Las disposiciones del tratado sobre las cuales se hagan las reservas no son ley de la República. Asimismo, el art. 146 constitucional, prohíbe la celebración o ratificación de tratados u otorgamiento de concesiones en que de alguna manera se altere la forma de gobierno o se lesionen o menoscaben la integridad del territorio, la soberanía e independencia de la República o los derechos y garantías fundamentales de la persona humana. Esta prohibición incluye a los tratados internacionales o contratos con gobiernos o empresas nacionales o internacionales en los cuales se someta el Estado salvadoreño, a la jurisdicción de un tribunal de un estado extranjero, lo cual, según el mismo texto constitucional, no impide que, tanto en los tratados como en los contratos, el Estado salvadoreño en caso de controversia, someta la decisión a un arbitraje o a un tribunal internacionales.

1.2 Incorporación de la Convención Americana de Derechos (CADH)

El Salvador ratificó la Convención Americana sobre Derechos Humanos, mediante Decreto Legislativo No.5, de fecha 15 de junio de 1978, publicado en el Diario Oficial No. 113, del 19 de junio de 1978. El instrumento de ratificación fue recibido en la Secretaría General de la OEA el 23 de junio de 1978, con una reserva relativa al reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte IDH, y una declaración⁷.

1.3 Aplicación directa de la CADH

El Art. 144 de la Constitución de la República establece que los tratados internacionales celebrados por El Salvador con otros estados o con organismos internacionales, son leyes de la República desde que entran en vigencia. Es decir, pasan a formar parte del ordenamiento jurídico interno y por lo tanto deben ser cumplidos y aplicados directamente por los tribunales y autoridades competentes e incluso pueden ser invocados por las personas naturales o jurídicas en situaciones y casos concretos en los que tengan interés, en particular cuando se trata de normas de orden público que no necesitan ser desarrollados en leyes secundarias por tratar asuntos de contenido político o de relaciones fundamentales de los Estados⁸. En consecuencia, la Convención Americana sobre

7 Esa reserva y esa declaración dicen:

"Ratificase la presente Convención, interpretándose las disposiciones de la misma en el sentido de que la Corte Interamericana de Derechos Humanos solamente tendrá competencia para conocer de cualquier caso que le pueda ser sometido, tanto por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos como por cualquier Estado Parte, siempre y cuando el Estado de El Salvador, como parte en el caso, haya reconocido o reconozca dicha competencia, por cualquiera de los medios y bajo las modalidades que en la misma Convención se señalan.

Ratificase la Convención Americana sobre Derechos Humanos, llamada "Pacto de San José de Costa Rica", suscrita en San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969, compuesta de un preámbulo y ochenta y dos artículos, aprobada por el Poder Ejecutivo en el Ramo de Relaciones Exteriores mediante Acuerdo número 405, de fecha 14 de junio del corriente año, haciendo la salvedad que tal ratificación se entienda sin perjuicio de aquellas disposiciones de la Convención que puedan entrar en conflicto con preceptos expresos de la Constitución Política de la República."

8 No obstante, muchos tratados, debido al objeto o materia que regulan, requieren para su aplicación efectiva de la emisión de legislación interna, como es el caso de los convenios internacionales en materia ambiental, contra el narcotráfico, el crimen organizado y otros. Al respecto *vid.* Fundación Salvadoreña para el Desarrollo Económico y Social. Departamento

Derechos Humanos, puede y debe ser aplicada directamente por los tribunales, autoridades públicas y demás funcionarios competentes.

En la práctica la aplicación directa de la CADH por parte de los tribunales superiores de El Salvador, entendiendo por tales la Sala de lo Constitucional, la Sala de lo Contencioso Administrativo y la Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia y a las cámaras de lo penal de segunda instancia, es muy reciente; para los efectos de este estudio y según la información disponible, las primeras aplicaciones son del año 2002⁹, mientras que la vigencia de esta Convención es desde el 23 de junio de 1978. Es decir, tuvieron que pasar más de veinte años para que los principales tribunales de este país se decidieran a utilizar directamente lo dispuesto en la CADH para el fundamento de sus sentencias o resoluciones.

Aunque la aplicación directa de la Convención Americana en materia penal y procesal penal por parte de los tribunales salvadoreños está todavía en ciernes, existen una cantidad importante de sentencias y resoluciones en las que se ha aplicado dicha convención con relación a varios temas e instituciones penales y procesales penales¹⁰. A manera de ejemplo se citan las cinco siguientes:

1. *Derecho del imputado a ser informado de los motivos de su detención (Sala de lo Constitucional/Hábeas Corpus/Sentencias Definitivas, 53-2010 de fecha 06/10/2010)*¹¹;

de Estudios Legales. *Ratificación y observancia de los tratados internacionales*. Boletín de Estudios Legales No. 79, julio de 2007, San Salvador, p. 5

- 9 No se descarta que estos tribunales superiores o los tribunales de primera instancia de lo penal hayan aplicado directamente esta Convención con anterioridad al año 2002, pero debido a la falta de disponibilidad de registros jurisprudenciales ordenados en esos años previos, eso no fue objeto de estudio en este informe.
- 10 Dicha aplicación directa puede ser consultada en Corte Suprema de Justicia de El Salvador. Centro de Documentación Judicial. Jurisprudencia. Líneas Jurisprudenciales. <http://www.jurisprudencia.gob.sv/visor2012/lineas.aspx>. Como parte de la investigación realizada para este informe, se detectó y se analizó más de 30 sentencias en las que se hace aplicación directa de la CADH con relación a 17 temas o instituciones penales o procesales penales, en sentencias definitivas de la Sala de lo Constitucional, Sala de lo Contencioso Administrativo y Sala de lo Penal, de la Corte Suprema de Justicia, y por las cámaras de lo penal de segunda instancia.
- 11 La sentencia, en lo sustancial dice: El mencionado derecho también se recoge en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, específicamente en su artículo 7 número 4º: "...*Toda persona detenida o retenida debe ser informada de las razones de su detención y notificada, sin demora, del cargo o cargos formulados contra ella...*".

2. *Derecho del imputado a contar con un defensor de su elección (Sala de lo Penal/Sentencias Definitivas, 165-CAS-2009 de fecha 07/11/2011; Sentencia de la Sala de lo Penal Ref. 474-CAS-2006, de las 10:20 horas del día 29/5/2008; Sentencia de la Sala de lo Penal Ref. 70-CAS-2008, de las 9:31 horas del día 4/6/2008; Sentencia de la Sala de lo Penal, Ref. 437-CAS-2004 de las 10:00 horas del día 8/8/2007; Sentencia de la Sala de lo Penal, Ref. 239-CAS-2004 de las 09:30 horas del día 15/2/2005)¹²;*
3. *Principio de legalidad e irretroactividad de la ley penal (Sentencia Definitiva de Sala de lo Contencioso, Ref. 193-M-2001 de 09:10 de 14/03/2003; y Sentencia definitiva de la Sala de lo Contencioso, Ref. 206-C-2001 de las 9:10 de fecha 6/5/2004)¹³;*
4. *Debida aplicación del principio Ne Bis In Ídem (Sala de lo Penal/Sentencias Definitivas, 235-CAS-2007, de fecha 21/04/2010; Sentencias Definitivas, 283-CAS-2005, de fecha 27/09/2010; Sentencia de la Sala de lo Penal, Ref. 599-CAS-2006, de las 11:25 horas del día 4/9/2009; Sentencia de la Sala de lo Penal Ref. 63-CAS-2006, de las 10:00 horas del día 23/7/2008; Sentencia de la Sala de lo Penal Ref. 4-CAS-2005 de las 11:30 horas del día 30/11/2005; Sentencia de la Sala de lo Penal Ref. 298-CAS-2005 de las 10:34 horas del día 9/12/2005; Cámara de la 3^a Sección del Centro, San Vicente, Ref. 65-03/03 de las 11:50 horas del día 27/5/2004)¹⁴;*

12 En lo pertinente, estas sentencias coincidentemente expresan: "Aunado a lo anterior, la Convención Americana sobre Derechos Humanos -Art. 8.2 Lit.d)- y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos -Art. 14.3 Lit. d), reconocen el derecho del imputado de ser representado en el proceso por un defensor "de su elección", de donde resulta claro que se trata de un derecho fundamental, y por lo mismo, su ejercicio es inherente a la inviolabilidad de la defensa en el procedimiento."

13 El contenido pertinente de las sentencias reza: "Así mismo, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José, OEA, 1969), ratificada con interpretación por El Salvador a través del Decreto Legislativo número cinco del quince de junio de mil novecientos setenta y ocho, publicado en el Diario Oficial número ciento trece, tomo doscientos cincuenta y nueve, del diecinueve de junio del mismo año, lo reconoce en su art. 9 Principio de Legalidad y de Retroactividad: "Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello."

14 Las sentencias en lo atinente y de manera similar expresan: "A la vista de la alegación formulada por el recurrente, es preciso constatar que el Art. 11 de la Constitución, encierra una serie de garantías y principios que deben ser cumplidos en forma evidente, a fin de procurar y preservar un juicio justo; de tal manera, que figura entre éstos el de legalidad procesal, el cual supone que el juzgador imperativamente cumplirá con la organización estructural y funcional durante la totalidad del proceso, con el objetivo de evitar la manipulación antojadiza de su organización ya determinada."

5. *Principio de excepcionalidad de la detención preventiva (Sentencia de la Cámara de la 2ª Sección de Occidente, Sonsonate, de las 09:02 horas del día 7/2/2007; Sentencia de la Cámara de la 3ª Sección de Occidente, Ahuachapán, Ref. 84/06 de las 16:00 horas del día 14/8/2006; Sentencia de la Cámara de la 3ª Sección de Occidente, Ahuachapán, Ref. 05/06 de las 16:00 horas del día 12/1/2006; Sentencia de la Cámara de la 3ª Sección de Occidente, Ahuachapán, Ref. 76/06 de las 09:58 horas del día 19/7/2006; Sentencia de la Cámara de la 3ª Sección de Occidente, Ahuachapán, Ref. 131/06 de las 16:00 horas del día 17/11/2006; Cámara de la 3ª Sección de Occidente, Ahuachapán, de las 16:00 horas del día 25/1/2005; Cámara de la 2ª Sección de Occidente, Sonsonate, Ref. 60-2004 de las 14:15 horas del día 15/12/2004; Cámara de la 3ª Sección de Occidente, Ahuachapán, a las 14.00 horas del día 12/12/2003; Cámara de la 3ª Sección de Occidente, Ahuachapán, a las 09:30 horas del día 29/4/2003; Sentencia de las 11:30 de fecha 21/02/02, Cámara de la 2ª Sección de Occidente, Sonsonate)¹⁵.*

1.4 Reconocimiento en el derecho interno de la obligatoriedad estatal de cumplir con las decisiones de la Comisión IDH y de la Corte IDH

El Salvador no tiene instrumento jurídico alguno en el que reconozca la obligación de cumplir las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, aunque cuando se trata de medidas cautelares ordenadas por dicho organismo, por regla general las ha cumplido, como se verá más adelante.

También figura como garantía procesal, aquella que prohíbe el doble juzgamiento o lo que en doctrina se le denomina non bis in ídem, la que también es reconocida por la normativa internacional, verbigracia el Art. 14.7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y Art. 8.4 de la Convención Americana de Derechos Humanos (...)"

- 15 Las sentencias citadas, en lo pertinente y de manera coincidente dicen: "Es oportuno señalar que es facultad exclusiva de los jueces valorar en cada caso concreto y de acuerdo a las circunstancias particulares del mismo, la aplicación del "principio de excepcionalidad de la detención provisional" que consagran los Arts. 9.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 7.5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, al decir que la prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general y que la libertad de los procesados podrá estar subordinada a garantías que aseguren su presencia al juicio o en cualquier otro momento de las diligencias procesales."

En cambio sí reconoce jurídicamente la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, mediante el Decreto Legislativo No. 319 de fecha 30 de marzo de 1995, publicado en el Diario Oficial No. 82, Tomo 327 del 5 de mayo de 1995. La fecha desde la cual se hizo efectivo dicho reconocimiento de competencia es el 6 de junio de 1995, en la que fue presentado el instrumento respectivo ante la Secretaría General de la OEA, con una reserva consistente en que la aceptación de competencia es sólo para los hechos o actos jurídicos posteriores o hechos o actos jurídicos cuyo principio de ejecución sean posteriores a la fecha en que se depositó el instrumento de reconocimiento ante la OEA y reservándose el derecho de hacer cesar la competencia en el momento que lo considere oportuno¹⁶''.

II. Los efectos de las decisiones de los órganos inter-americanos en materia penal y procesal penal

2.1 Decisiones de la Corte IDH en sentencias sobre reparaciones

El Salvador, hasta la fecha, ha sido condenado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en dos casos relativos a desapariciones forzadas de niños y niñas durante el conflicto armado, como son el Caso de las Hermanas

16 La Declaración de aceptación de competencia dice:

- "I. El Gobierno de El Salvador reconoce como obligatoria de pleno derecho y sin Convención especial, la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 62 de la Convención Americana de Derechos Humanos o "Pacto de San José.*
- II. El Gobierno de El Salvador, al reconocer tal competencia, deja constancia que su aceptación se hace por plazo indefinido, bajo condición de reciprocidad y con la reserva de que los casos en que se reconoce la competencia, comprende sola y exclusivamente hechos o actos jurídicos posteriores o hechos o actos jurídicos cuyo principio de ejecución sean posteriores a la fecha del depósito de esta Declaración de Aceptación, reservándose el derecho de hacer cesar la competencia en el momento que lo considere oportuno.
- III. El Gobierno de El Salvador, reconoce tal competencia de la Corte, en la medida en que este reconocimiento es compatible con las disposiciones de la Constitución de la República de El Salvador."

Serrano Cruz vs. El Salvador¹⁷ y el Caso Contreras y Otros vs. El Salvador¹⁸. Una tercera causa por hechos ocurridos en la post guerra, relativa a una ejecución sumaria y violación a los derechos a las garantías judiciales, a la protección judicial y a la integridad personal es el Caso García Prieto y Otros vs. El Salvador¹⁹. El 10 de diciembre de 2012, se dio a conocer públicamente la cuarta sentencia condenatoria contra El Salvador, de fecha 25 de octubre de ese mismo año, por las sucesivas masacres cometidas por un batallón élite del ejército, entre el 11 y 13 de diciembre de 1981, en diversos sitios del norte del Departamento de Morazán, conocido como caso Masacres de El Mozote y Lugares Aledaños versus El Salvador. Sin embargo, por tratarse de la más reciente de estas sentencias, cuyo cumplimiento aún no ha llegado a sus términos, no será objeto de análisis en este trabajo.

2.1.1 Efectos sobre la legislación

En la sentencia del Caso de las Hermanas Serrano Cruz, la Corte IDH, en cuanto a efectos sobre la legislación, en el punto dispositivo 6, ordena: “6. *El Estado debe (...) eliminar todos los obstáculos y mecanismos de hecho y derecho que impidan el cumplimiento de dichas obligaciones en el presente caso*²⁰, de modo que utilice todas las medidas a su alcance, ya sea por medio del proceso penal o mediante la adopción de otras medidas idóneas (...) en los términos de los párrafos 166 a 182 de la presente Sentencia”.

Por consiguiente, este punto resolutivo debe ser interpretado en coherencia con lo indicado en los párrafos 166 a 182 de la sentencia que resulten pertinentes, tomando en cuenta que dichos párrafos, forman parte de la

17 Vid. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso de las Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador Sentencia del 1 de marzo de 2005. <http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>

18 Vid. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Contreras y otros vs. El Salvador. Sentencia del 31 de agosto de 2011 (Fondo, Reparaciones y Costas). <http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>

19 Vid. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso García Prieto y otros vs. El Salvador. Sentencia del 20 de noviembre de 2007 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). <http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>

20 Se refiere al primer deber que impone esta sentencia como es el de investigar efectivamente los hechos denunciados en ese caso, en un plazo razonable.

primera medida de reparación dictada por la corte, consistente en la *Obligación de investigar los hechos denunciados, identificar y sancionar a los responsables y efectuar una búsqueda seria de las víctimas*. En cuanto a efectos en la legislación, los párrafos pertinentes son:

“172. La Corte advierte que el Estado debe garantizar que el proceso interno tendiente a investigar lo sucedido a Ernestina y Erlinda y, en su caso, sancionar a los responsables, surta sus debidos efectos. El Estado deberá abstenerse de recurrir a figuras como la amnistía, la prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad, así como medidas que pretendan impedir la persecución penal o suprimir los efectos de la sentencia condenatoria²¹. Este Tribunal reitera que en cuanto al cumplimiento de la obligación de investigar y sancionar: [...] son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos²².

*180. (...) el Tribunal estima justo y razonable ordenar a El Salvador que, en el cumplimiento de su obligación de investigar los hechos denunciados, identificar y sancionar a los responsables y efectuar una búsqueda seria de las víctimas, **elimine todos los obstáculos y mecanismos de hecho y derecho que impidan el cumplimiento de dichas obligaciones en el presente caso²³**, de modo que utilice todas las medidas a su alcance, ya sea por medio del proceso penal o mediante la adopción de otras medidas idóneas^{24 25}.”*

21 Cfr. *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri*, supra nota 10, párr. 148; *Caso 19 Comerciantes*, supra nota 15, párr. 175; y *Caso Maritza Urrutia*, supra nota 19, párr. 126.

22 Cfr. *Caso Carpio Nicolle y otros*, supra nota 3, párr.130; *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri*, supra nota 10, párr. 233; y *Caso 19 Comerciantes*, supra nota 15, párr. 262.

23 Lo sobresaltado en negritas es suplido por el autor.

24 Cfr. *Caso Carpio Nicolle y otros*, supra nota 3, párr. 134; y *Caso Myrna Mack Chang*, supra nota 8, párr. 77.

25 Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso de las Hermanas Serrano Cruz. vs. El Salvador*, cit.

Esta disposición de la Corte Interamericana aún no ha sido cumplida, aunque no se debe necesariamente a que la Fiscalía General de la República alegue que existen obstáculos jurídicos como la Ley de Amnistía²⁶, la prescripción y otras instituciones penales y procesales penales que se lo impidan. Según la resolución de supervisión de cumplimiento de la sentencia de la Corte IDH, del 3 de febrero de 2010, el Estado reconoció que no hay avances sustanciales en la investigación, aunque la Fiscalía, en cumplimiento de un requerimiento del Juzgado de Primera Instancia de Chalatenango, solicitó al Presidente de la República en dos ocasiones la nómina de los oficiales que participaron en un operativo militar durante el cual se perpetró la desaparición de las hermanas Serrano Cruz. El 17 de julio de 2009, el Presidente ordenó al Ministro de Defensa que entregue dicha información, pero ésta aún no ha sido proporcionada²⁷.

En vista de esa falta de avances en la investigación, la Corte decidió mantener abierto el procedimiento de supervisión de cumplimiento de los puntos pendientes de ser obedecidos, entre ellos el de “investigar efectivamente los hechos denunciados en el presente caso, identificar y sancionar a los responsables y efectuar una búsqueda seria de las víctimas, eliminar todos los obstáculos y mecanismos de hecho y derecho que impidan el cumplimiento de dichas obligaciones”, y resolvió: “Solicitar al Estado que presente a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a más tardar el 30 de junio de 2010, un informe en el cual indique todas las medidas adoptadas para cumplir las reparaciones ordenadas por esta Corte que se encuentran pendientes de cumplimiento²⁸”.

Otra de las medidas ordenadas por la Corte IDH en este caso, que podrían llegar a tener efecto en la legislación penal, es que el Estado salvadoreño debe tipificar adecuadamente el delito de desaparición forzada de personas y debe ratificar la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de

26 Ley de Amnistía General para la Consolidación de la Paz. Decreto Legislativo 486, del 20-03-93; publicado en Diario Oficial No. 56, Tomo 318, del 22-03-93

27 *Cfr.* Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 3 de febrero de 2010. Caso de las Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador. Supervisión de Cumplimiento de la Sentencia. Párrafo 12. <http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>

28 *Ibidem*, Punto declarativo 2 y punto resolutivo 2.

Personas, puesto que cuando ocurrieron los hechos investigados no se encontraba tipificada dicha figura como delito en la ley penal respectiva. A partir de 1999 fue incorporada en el Código Penal Salvadoreño el delito mencionado, pero la Corte observó que dicha tipificación no es coherente con los estándares internacionales, en lo atinente a la descripción de los elementos del tipo penal y la pena correspondiente a la gravedad del delito²⁹.

Hasta la fecha, el Estado salvadoreño no ha efectuado ninguna reforma o adecuación del tipo penal de desaparición forzada de personas como consecuencia de la sentencia de este caso, ni ha ratificado la Convención Americana sobre Desaparición Forzada de Personas³⁰, por lo tanto, no ha cumplido con esta parte resolutive de la sentencia del caso Hermanas Serrano. En la sentencia del caso Contreras, punto resolutive 10, la Corte ordena: “10.

El Estado debe adoptar las medidas pertinentes y adecuadas para garantizar a los operadores de justicia, así como a la sociedad salvadoreña, el acceso público, técnico y sistematizado a los archivos que contengan información útil y relevante

29 Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador, cit., párrafo 174. El Código Penal de El Salvador, vigente desde 1999 y también en vigor a la fecha de la sentencia de la Corte IDH (1 de marzo de 2005), tipifica tres tipos penales de desaparición forzada de personas. El tipo básico denominado “**Desaparición Forzada de Personas**” (Art. 364), según el cual “*El funcionario o empleado público, agente de autoridad o autoridad pública, que detuviere legal o ilegalmente a una persona y no diere razones sobre su paradero, será sancionado con prisión de cuatro a ocho años e inhabilitación absoluta del cargo o empleo respectivo por el mismo término*”; el delito de “**Desaparición Forzada cometida por Particular**” (Art. 365), que reza: “*El que realizare la conducta descrita en el artículo anterior, habiendo recibido órdenes o instrucciones de funcionario o empleado público, agente de autoridad o autoridad pública, será sancionado con prisión de tres a seis años y multa de ciento ochenta a doscientos días multa*”; y el tipo penal denominado “**Desaparición de personas permitida culposamente**” (Art. 366), que expresa: “*El que por culpa permitiere que otro cometa el delito de desaparición forzada de personas, será sancionado con pena de dos a cuatro años de prisión, multa de cien a ciento ochenta días multa. Si fuere funcionario o empleado público, agente de autoridad o autoridad pública se le impondrá además, inhabilitación para el ejercicio del cargo o empleo respectivo por igual término*.” Lamentablemente la Corte IDH no dice exactamente por qué esas descripciones típicas no se adecuan a los estándares internacionales. Solo dice (SIC) “*que dicha tipificación no se adecuó a los estándares internacionales sobre desaparición forzada de personas, en lo atinente a la descripción de los elementos del tipo penal y la pena correspondiente a la gravedad del delito. La Corte estima que sería conveniente que El Salvador tipifique adecuadamente dicho delito y adopte las medidas que sean necesarias a fin de ratificar la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas*.”

30 Cfr. Organización de Estados Americanos, OEA. Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Persona. Estado de Firmas y Ratificaciones. <http://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/a-60.html>, consultado el 15-09-12

para la investigación en causas seguidas por violaciones a los derechos humanos durante el conflicto armado, de conformidad con lo establecido en el párrafo 212 de la presente Sentencia”.

El Salvador emitió el 2 de diciembre de 2010 la Ley de Acceso a la Información Pública³¹, LAIP, la cual se encuentra vigente desde mayo de 2011; tal como quedó indicado en la sentencia de este caso³². Sin embargo, la aprobación y promulgación de dicha ley no se deriva directamente del cumplimiento de esta sentencia. Además, el párrafo 212 comprendido dentro de las medidas de reparación ordenadas por la Corte IDH, este tribunal se refiere a que ha observado como una de las limitaciones para avanzar en las investigaciones, la falta de acceso a la información contenida en archivos relativos a operativos de contrainsurgencia, así como de las personas, unidades y estamentos militares que participaron en las operaciones en las cuales desaparecieron las víctimas del presente caso, incluyendo sus jerarquías, funciones y responsabilidades. En consecuencia, la entrada en vigencia de la LAIP, per se, no da por cumplida esta disposición de la Corte.

Sin embargo, debe tenerse en cuenta que la sentencia del caso Contreras y Otros vs. El Salvador, es apenas del 31 de agosto de 2011, por lo que puede considerarse que el Estado aun se encuentra dentro del plazo razonable que la Corte ordenó para cumplir con este punto resolutivo. Además debe contemplarse que en este caso el Estado salvadoreño antes de la sentencia reconoció su responsabilidad internacional por la desaparición forzada, la violación de los derechos a la protección judicial y otros derechos, por lo que la Corte dio

31 Decreto Legislativo 534, publicado en el Diario Oficial 70, Tomo 391, del 8-04-11.

32 Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Contreras y otros. vs. El Salvador... “(...) 111. El Estado informó sobre la entrada en vigencia el 8 de abril de 2011 de la Ley de Acceso a la Información Pública que “permitirá un mecanismo interno de acceso a la información relacionada a actividades gubernamentales presuntamente vinculadas a la desaparición de niños y niñas durante el conflicto armado interno”, y la cual dispone además “la creación de Unidades de Acceso a la Información Pública”, así como “la creación de un Instituto de Acceso a la Información Pública”, con personalidad jurídica y patrimonio propio, el cual estará encargado de velar por la aplicación de la ley. Asimismo, informó que en dicha ley se contempla “un mecanismo de control ante la falta de respuesta a una solicitud de información”.”

por cesada la controversia en cuanto a la violación de tales derechos³³ y de esta manera El Salvador demostró, de manera inédita, que tiene voluntad de cumplir con la sentencia del tribunal regional.

En la sentencia final del caso *García Prieto y Otro*, la Corte en el punto resolutivo 5, dispone que el Estado “*debe concluir las investigaciones pendientes respecto al homicidio de Ramón Mauricio García Prieto y las amenazas y hostigamientos, en un plazo razonable, en los términos de los párrafos 192 al 197 de la presente Sentencia*”. El párrafo 196 de dicha sentencia dice: “*Corresponde a los Estados expedir las normas y ajustar las prácticas necesarias para cumplir lo ordenado en las decisiones de la Corte Interamericana, si no cuentan con dichas disposiciones*³⁴”.

Este punto resolutivo no ha sido cumplido por el Estado Salvadoreño, tal como lo establece la resolución de supervisión de cumplimiento de la sentencia de la Corte IDH, de fecha 27 de agosto de 2010³⁵.

2.1.2 Efectos sobre casos judiciales concretos

En el Caso de las Hermanas Serrano Cruz, la Corte IDH, en cuanto a efectos sobre casos judiciales, en el punto dispositivo 6, ordena: “*6. El Estado debe, en un plazo razonable, investigar efectivamente los hechos denunciados en el presente caso, identificar y sancionar a los responsables y efectuar una búsqueda seria de las víctimas, (...) en los términos de los párrafos 166 a 182 de la presente Sentencia*³⁶”.

33 Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Contreras y otros. vs. El Salvador. párrafos 17 a 28.

34 Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *García Prieto y otros*. vs. El Salvador, cit.

35 Cfr. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. 27 de agosto de 2010. Caso *García Prieto y otros*. vs. El Salvador. Supervisión de Cumplimiento de la Sentencia. Esta resolución dispone que mantendrá abierto el procedimiento de supervisión de cumplimiento de dos puntos pendientes de ser cumplidos: a) concluir las investigaciones pendientes respecto al homicidio de Ramón Mauricio García Prieto y las amenazas y hostigamientos sufridos por el señor José Mauricio García Prieto Hirlemann y la señora Gloria Giralt de García Prieto; y, b) brindar de forma gratuita la asistencia médica, psiquiátrica o psicológica que requieran el señor José Mauricio García Prieto Hirlemann y la señora Gloria Giralt de García Prieto.

36 Dicho punto resolutivo, en consecuencia, debe ser interpretado en concordancia con lo dispuesto por la Corte en los párrafos comprendidos entre el 166 y 182 de la sentencia que sean pertinentes, lo cuales, como ya se explicó, forman parte de las medidas de reparación dictadas por la Corte.

Este punto resolutivo de la Corte IDH, no ha sido cumplido pero no necesariamente porque la Fiscalía General de la República esgrima la existencia de obstáculos jurídicos como la Ley de Amnistía General para la Consolidación de la Paz, la prescripción y otras instituciones penales y procesales penales que se lo impidan³⁷. Según la resolución de supervisión de cumplimiento de la sentencia de la Corte IDH, del 3 de febrero de 2010, el Estado reconoció que no hay avances sustanciales en la investigación. No obstante, en dicha resolución se aclara que la Fiscalía, en cumplimiento de un requerimiento del Juzgado de Primera Instancia de Chalatenango, solicitó al Presidente de la República en dos ocasiones la nómina de los oficiales que participaron en un operativo militar durante el cual se perpetró la desaparición de las hermanas Serrano Cruz. El 17 de julio de 2009, el Presidente ordenó al Ministro de Defensa que entregue dicha información, pero ésta aún no ha sido proporcionada³⁸.

En el caso Contreras, en el punto resolutivo número 2, la Corte ordenó: *“2. En un plazo razonable, el Estado debe continuar eficazmente y con la mayor diligencia las investigaciones abiertas, así como abrir las que sean necesarias con el fin de identificar, juzgar y, en su caso, sancionar a todos los responsables de las desapariciones.”*

En este caso, tales párrafos son:

“175. A la luz de las anteriores consideraciones, la Corte estima que El Salvador debe investigar efectivamente los hechos denunciados en este caso, con el fin de determinar el paradero de Ernestina y Erlinda, lo sucedido a éstas y, en su caso, identificar, juzgar y sancionar a todos los autores materiales e intelectuales de las violaciones cometidas en su perjuicio, para los efectos penales y cualesquiera otros que pudieran resultar de la investigación de los hechos. (...)”

“176. Asimismo, es preciso que en la investigación de los hechos el Estado no repita las actuaciones y omisiones señaladas en las consideraciones de la Corte sobre la violación a los artículos 8.1 y 25 de la Convención (supra párr. 52 a 107). Es preciso que se tomen en cuenta las particularidades de los hechos denunciados y la situación de conflicto armado en que se encontraba El Salvador en la época en que supuestamente ocurrieron los hechos (...)”

37 Si la Fiscalía General de la República no alega la existencia de obstáculos jurídicos que le impidan llevar a cabo las investigaciones ordenadas en las sentencias de la Corte IDH, probablemente sea porque el principal impedimento para investigar es la falta de voluntad política para hacerlo; también es posible que ni la Fiscalía General de la República, ni la Policía Nacional Civil, hayan desarrollado suficientes capacidades de investigación científica en crímenes tan complejos como los que fueron objeto de las sentencias del tribunal interamericano y, en consecuencia, estemos también ante un problema de fragilidad institucional y debilidad administrativa.

38 *Cfr.* Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 3 de febrero de 2010. Caso de las Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador. Supervisión de Cumplimiento de la Sentencia. Párrafo 12. <http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>

ciones forzadas de Gregoria Herminia Contreras, Serapio Cristian Contreras, Julia Inés Contreras, Ana Julia Mejía Ramírez, Carmelina Mejía Ramírez y José Rubén Rivera Rivera, así como de otros hechos ilícitos conexos, de conformidad con lo establecido en los párrafos 183 a 185 y 187 a 188 de la presente Sentencia³⁹”

Al igual que en el caso *Hermanas Serrano Cruz*, esta parte dispositiva debe ser interpretada coherentemente con lo indicado por la Corte en los párrafos mencionados que forman parte de las reparaciones ordenadas por la Corte⁴⁰.

El Estado salvadoreño aun no se ha cumplido con la investigación ordenada por la Corte IDH, en este caso, pero debe tenerse en cuenta que la sentencia es apenas del 31 de agosto de 2011, por lo que el Estado aun está dentro del plazo razonable que la Corte ordenó para su cumplimiento⁴¹.

En la sentencia final del Caso *García Prieto*, punto resolutivo 5, la Corte dispuso: “5. *El Estado debe concluir las investigaciones pendientes respecto al*

39 *Cfr.* Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *Contreras y otros. vs. El Salvador*, cit.

40 El párrafo 185 es claro al decir que la investigación de los hechos deberá ser realizada por el Estado “*removiendo todos los obstáculos de facto y de jure que mantienen la impunidad en este caso. En particular, el Estado deberá:*

- a) tomar en cuenta el patrón sistemático de desapariciones forzadas de niños y niñas en el contexto del conflicto armado salvadoreño (...)
- b) identificar e individualizar a todos los autores materiales e intelectuales de las desapariciones forzadas de las víctimas (...)
- c) asegurarse que las autoridades competentes realicen las investigaciones correspondientes ex officio, y que para tal efecto tengan a su alcance y utilicen todos los recursos logísticos y científicos necesarios (...)
- d) por tratarse de violaciones graves a derechos humanos, y en consideración del carácter continuado o permanente de la desaparición forzada cuyos efectos no cesan mientras no se establezca la suerte o paradero de las víctimas y su identidad sea determinada (supra párr. 83 y 92), el Estado debe abstenerse de recurrir a figuras como la amnistía en beneficio de los autores, así como ninguna otra disposición análoga, la prescripción, irretroactividad de la ley penal, cosa juzgada, ne bis in idem o cualquier eximente similar de responsabilidad, para excusarse de esta obligación, y
- e) garantizar que las investigaciones por los hechos constitutivos de las desapariciones forzadas del presente caso se mantengan, en todo momento, bajo conocimiento de la jurisdicción ordinaria.

41 Igualmente debe considerarse que en este caso el Estado salvadoreño antes de la sentencia reconoció su responsabilidad por la desaparición forzada, la violación de los derechos a la protección judicial y otros derechos; la Corte en consecuencia dio por concluida la controversia en cuanto a la violación de tales derechos y de esta manera El Salvador demostró su voluntad por cumplir con la sentencia del tribunal regional.

homicidio de Ramón Mauricio García Prieto y las amenazas y hostigamientos, en un plazo razonable, en los términos de los párrafos 192 al 197 de la presente Sentencia⁴²”.

Esta disposición no ha sido cumplida por el Estado Salvadoreño, tal como lo establece la resolución de supervisión de cumplimiento de la sentencia de la Corte IDH, de fecha 27 de agosto de 2010⁴³.

2.1.3 Otros efectos en materia penal o procesal penal

Caso Hermanas Serrano Cruz:

- a) *El funcionamiento de una comisión nacional de búsqueda de jóvenes que desaparecieron cuando eran niños durante el conflicto armado y participación de la sociedad civil;*
- b) *Creación de una página web de búsqueda;*
- c) *Creación de un sistema de información genética, en los términos de los párrafos 183 a 193 de la presente Sentencia⁴⁴;*

42 Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso García Prieto y Otro vs. El Salvador. Sentencia de 20 de noviembre de 2007 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Lo más relevante de los párrafos 192 a 197, que forman parte de las medidas de reparación ordenadas por la Corte, en lo que respecta a los efectos judiciales derivados de la sentencia, son:

“193. (...) el Estado incumplió con el deber de colaborar con las autoridades judiciales en la investigación relacionada con la inspección judicial de los libros “de entradas y salidas” del personal del Batallón San Benito de la Policía Nacional (supra párr. 116). En razón de ello, el Estado debe culminar dicha investigación.

194 Además de lo anterior, aún se encuentran abiertas dos investigaciones, una respecto del homicidio de Ramón Mauricio García Prieto y otra respecto a las amenazas y hostigamientos sufridas por el señor José Mauricio García Prieto Hirlemann y la señora Gloria Giralt de García Prieto (supra párr. 94, 116, 137, 157). Estas investigaciones deben continuar a la brevedad posible, de acuerdo con la ley interna.

195. En cumplimiento de la obligación de investigar, el Estado debe utilizar todos los medios disponibles para hacer expedita la investigación y los procedimientos respectivos, y así evitar la repetición de hechos como los del presente caso.”

43 Cfr. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. 27 de agosto de 2010. Caso García Prieto y otros. vs. El Salvador. Supervisión de Cumplimiento de la Sentencia. Esta resolución dispone que mantendrá abierto el procedimiento de supervisión de cumplimiento de dos puntos pendientes de ser cumplidos, entre ellos el de “concluir las investigaciones pendientes respecto al homicidio de Ramón Mauricio García Prieto y las amenazas y hostigamientos sufridos por el señor José Mauricio García Prieto Hirlemann y la señora Gloria Giralt de García Prieto.”

44 Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso de las Hermanas Serrano Cruz. vs. El Salvador, cit.

La Comisión Nacional de Búsqueda de Niñas y Niños Desaparecidos durante el Conflicto Armado Interno, fue creada en abril de 2010⁴⁵. La Corte IDH en su resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia de 3-02-10, dispuso mantener la supervisión del cumplimiento de esa medida porque para ese entonces, el Estado informó que existía un anteproyecto de ley presentado en la Asamblea Legislativa para crear dicha comisión, pero no había sido aprobado por el Órgano Legislativo; en vista de lo cual el Órgano Ejecutivo, mediante un decreto ejecutivo, había decidido crear una Comisión Nacional de Búsqueda, que cumpla con los estándares establecidos por la Corte en su Sentencia⁴⁶.

Actualmente puede considerarse que el Estado ha cumplido con la creación y funcionamiento de dicha Comisión Nacional de Búsqueda, a tal punto que la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, en una sentencia de Habeas Corpus a favor de otra persona que fue víctima de desaparición forzada cuando era niña durante el conflicto armado interno, constató su existencia y decidió comunicarle dicha sentencia para el cumplimiento efectivo de sus funciones, conforme a la normativa que le es aplicable⁴⁷.

En cuanto a creación de una página web de búsqueda y de un sistema de información genética, son medidas aún no cumplidas por el Estado a satisfacción de la Corte IDH, y por ello este tribunal regional decidió mantener la supervisión de su cumplimiento, en la resolución del 3 de febrero de 2010⁴⁸.

45 Decreto Ejecutivo No. 5, del 9-04-10, publicado en el Diario Oficial No. 75, del 26-05-09. Esta comisión fue creada para remplazar a la “Comisión Interinstitucional de Búsqueda de Niños y Niñas Desaparecidos a consecuencia del Conflicto Armado en El Salvador”, creada el 5 de octubre de 2004, mediante Decreto Ejecutivo No. 45, la cual no llenaba los requisitos exigidos por los demandantes, por la CIDH y por la Corte IDH.

46 Cfr. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 3 de febrero de 2010. Caso de las Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador. Supervisión de Cumplimiento de la Sentencia.

47 Cfr. Corte Suprema de Justicia de El Salvador. Sala de lo Constitucional. Sentencia de Hábeas Corpus 199-2007, de fecha 01-12-10. <http://www.jurisprudencia.gob.sv/VisorMLX/Documento/>, consultado el 15-09-12

48 Cfr. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 3 de febrero de 2010. Caso de las Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador. Supervisión de Cumplimiento de la Sentencia.

Caso Contreras y Otros:

- a) *Articular mecanismos de coordinación entre los diferentes órganos e instituciones estatales con facultades de investigación, así como de seguimiento de las causas que se tramiten por los hechos de desaparición forzada de niños y niñas durante el conflicto armado, para lo cual deberá organizar y mantener actualizada una base de datos sobre la materia, a efectos de lograr las más coherentes y efectivas investigaciones;*
- b) *Elaborar protocolos de actuación en la materia bajo un enfoque interdisciplinario y capacitar a los funcionarios involucrados en la investigación de graves violaciones a los derechos humanos, para que dichos funcionarios hagan uso de los elementos legales, técnicos y científicos disponibles;*
- c) *Promover acciones pertinentes de cooperación internacional con otros Estados, a fin de facilitar la recopilación y el intercambio de información, así como otras acciones legales que correspondan, y*
- d) *Asegurarse que los distintos órganos del sistema de justicia involucrados en el caso cuenten con los recursos humanos, económicos, logísticos, científicos o de cualquier índole necesarios para desempeñar sus tareas de manera adecuada, independiente e imparcial y adoptar las medidas necesarias para garantizar que funcionarios judiciales, fiscales, investigadores y demás operadores de justicia cuenten con un sistema de seguridad y protección adecuado, tomando en cuenta las circunstancias de los casos a su cargo y el lugar donde se encuentran laborando, que les permita desempeñar sus funciones con debida diligencia, así como la protección de testigos, víctimas y familiares.”*

Todas estas disposiciones ordenadas por la Corte en el caso Contreras y Otros, no se han cumplido. Sin embargo deben tomarse en cuenta las consideraciones expuestas arriba en cuanto a que ésta es una sentencia aun reciente, del 31 de agosto de 2011.

2.2 Opiniones consultivas de la Corte IDH

No hay opiniones consultivas de la Corte IDH que hayan sido promovidas y aceptadas como vinculantes por el Estado de El Salvador.

2.3 Recomendaciones de la Comisión IDH

2.3.1 Efectos sobre la legislación

No existen recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, derivadas de un informe específico sobre El Salvador que hayan sido cumplidas por dicho Estado y hayan causado directamente efectos en su ordenamiento jurídico.

2.3.2 Efectos sobre casos judiciales concretos

Entre 1996 y 2009, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, CIDH, ordenó medidas cautelares para garantizar la vida y la integridad física de varias personas en seis casos⁴⁹. En todos o la mayoría de estos casos, el gobierno de El Salvador cumplió con el otorgamiento de las medidas preventivas ordenadas, incluyendo la protección policial a cargo de agentes de la División de Protección a Personalidades Importantes o de la División de Protección a Víctimas y Testigos de la Policía Nacional Civil, único cuerpo policial de este país.

⁴⁹ Las personas que ha sido favorecidas con medidas cautelares consistentes en protección de sus vidas e integridad física, ordenadas por la CIDH, por año y según el nombre de los casos son: 1996, caso Adrián Esquino Lisco, a favor del señor Adrián Esquino Lisco; 1997, caso Ramón García Prieto, medidas a favor de Mauricio García Prieto Hirlemann, Gloria Giralte de García Prieto y Carmen de García Prieto; 2001, caso Ramón García Prieto, medidas a favor de Mauricio García Prieto Hirlemann, Gloria Giralte de García Prieto, Benjamín Cuéllar, Pedro Cruz y David Morales; 2006, caso Damián Miguel Pedro Taylor Colosal, medidas a favor del mismo; caso Adrián Meléndez Quijano y otros, medidas a favor de Adrián Meléndez Quijano y familia y Eurípides Meléndez Quijano y familia; 2009, caso Héctor Antonio García Berrios y otros, medidas a favor de Héctor Antonio García Berrios, Alirio Napoleón Hernández Leiva, Miguel Ángel Rivera Moreno, integrantes de la Asociación Amigos de San Isidro (ASIC); Alexander Beltrán Castillo, Ludwin Iraheta, y Vladimir Abarca, integrantes de la Radio Comunitaria Victoria; y el sacerdote Luis Alberto Quintanilla.

2.3.3 Otros efectos

No existen recomendaciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que hayan causado otro tipo de efectos en materia penal o procesal penal en las instituciones o en el ordenamiento jurídico de El Salvador.

III. Mecanismos jurídicos, especialmente mecanismos para revisar sentencias judiciales pasadas en autoridad de cosa juzgada, para hacer efectivas en el ámbito interno las decisiones de la Corte IDH.

No existen ese tipo de mecanismos en el ordenamiento jurídico de El Salvador. Lo único que existe es un borrador de anteproyecto de Ley para el Cumplimiento de las Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, elaborado por uno de los asesores de la fracción legislativa del partido Frente Farabundo Martí para la Liberación Nacional.

IV. Criterios legales o de jurisprudencia nacional utilizados en relación con el cumplimiento de las decisiones de los órganos interamericanos en casos penales y no penales

No existen criterios jurídicos o de la jurisprudencia nacional, relativos al cumplimiento de las sentencias, resoluciones, recomendaciones u otro tipo de decisiones de los órganos del sistema interamericano de protección de los derechos humanos en casos penales y no penales.

V. Obstáculos jurídicos o jurídico-constitucionales que se oponen al cumplimiento de las decisiones de los órganos interamericanos.

Para una parte de la comunidad jurídica salvadoreña sí existen obstáculos jurídicos como son la Ley de Amnistía General para la Consolidación de la Paz, la prescripción, irretroactividad de la ley penal, cosa juzgada, *ne bis in idem* y otras eximentes similares de responsabilidad⁵⁰; para otra parte de dicha comunidad, tales obstáculos no existen o no debieran existir, tal como lo establece la Corte IDH en sus sentencias contra El Salvador.

Conclusiones

El Salvador es uno de los pocos países de Iberoamérica que reconoce, explícitamente en su Constitución, la existencia y validez de un ordenamiento jurídico internacional con jerarquía normativa supra legal.

El texto constitucional salvadoreño, no obstante, establece que lo dispuesto los tratados no puede estar sobre la Constitución de la República, ya que éstos al ser suscritos y ratificados no pasan a formar parte de la Constitución; por lo tanto si se determina que un tratado o una de sus disposiciones es contraria a la Constitución, no podrá prevalecer sobre la Carta Magna.

Con esa declaración y una reserva relativa a la competencia contenciosa de la Corte IDH, El Salvador depositó el instrumento de ratificación de la Convención Americana, en la Secretaría General de la OEA el 23 de junio de 1978 y similar manifestación hizo también cuando reconoció la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ocasión en la

50 Esa opinión de una parte de la comunidad jurídica salvadoreña es en abstracto, porque hasta la fecha no hay un solo caso concreto en el que se haya argumentado que una investigación judicial ordenada por la Corte IDH sea improcedente por vulnerar el principio de *ne bis in idem*.

que también expresó la reserva de reconocer tal competencia única y exclusivamente para hechos o actos jurídicos posteriores o hechos o actos jurídicos cuyo principio de ejecución sean posteriores al seis de junio de 1995.

La aplicación directa de disposiciones de la Convención Americana por los tribunales de la República de El Salvador, es un hecho relativamente reciente; los primeros casos se registran apenas a partir del año 2002 en algunas de las Cámaras de Segunda Instancia de lo Penal. Antes de ese año, la gran mayoría de tribunales superiores, entendiendo por tales tres salas de la Corte Suprema de Justicia: de lo Constitucional, de lo Contencioso Administrativo y de lo Penal, así como a las cámaras de segunda instancia de lo penal, en sus sentencias sencillamente hacían caso omiso de las disposiciones de la CADH. Es probable que los juzgados o tribunales de primera instancia sí se hayan adelantado a la aplicación directa de esta Convención, pero este asunto escapó al alcance de este estudio.

En cuanto al cumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos dictadas contra El Salvador y que hayan tenido efecto en el ordenamiento jurídico, en casos judiciales concretos u otro tipo de efectos en materia penal y procesal penal, hasta la fecha son solo tres casos contenciosos que han concluido con sentencias condenatorias contra este país.

Sobresale en común en esas tres sentencias, como principal punto resolutorio que a la vez forma parte de las medidas de reparación, la disposición de la Corte IDH de ordenar al Estado salvadoreño que continúe o reinicie los procesos penales respectivos debido a que también comparten la casi absoluta impunidad de las graves violaciones a derechos humanos denunciados; para ello, el tribunal regional ordena al Estado que tome las medidas necesarias para superar las limitaciones u obstáculos de hecho y de derecho que impidan el cumplimiento de las investigaciones de manera efectiva, incluso mediante la adecuación de su legislación penal interna.

Lamentablemente los tres casos tienen también en común el incumplimiento hasta la fecha por parte del Estado salvadoreño, de ambos puntos

resolutivos que se encuentran entrelazados, es decir, realizar las investigaciones judiciales efectivas para lo cual, de ser necesario, debe remover obstáculo jurídicos de orden interno. En ninguno de los tres casos se han realizado avances sustanciales en las investigaciones que en sede administrativa compete iniciar a la Fiscalía General de la República, por lo que hasta el momento ninguna de las tres sentencias ha causado impacto alguno en sede judicial, ni mucho menos en la legislación penal y procesal penal aplicable.

En cuanto a otro tipo de efectos en el ámbito penal y procesal penal, derivados del cumplimiento de las sentencias, lo único que destaca es la creación y funcionamiento por decreto ejecutivo de la Comisión Nacional de Búsqueda de Niñas y Niños Desaparecidos durante el Conflicto Armado Interno, desde abril de 2010 que sustituye a una anterior comisión creada en 2004 pero que no cumplía con los estándares exigidos por la Corte IDH.

También se destaca la creación el 5 de mayo de 2010, mediante el Decreto Ejecutivo N° 57, de la “Comisión Nacional de Reparación a las Víctimas de Violaciones a los Derechos Humanos, Ocurridas en el Contexto del Conflicto Armado Interno”, con la finalidad de proponer al Presidente de la República, mediante un informe debidamente fundamentado, el establecimiento de un programa presidencial de reparación a las víctimas de graves violaciones a los derechos humanos, en el cual serán incluidos los jóvenes re encontrados, aunque ésta no es una medida ordenada por la Corte Interamericana.

Con respecto a opiniones consultivas de la Corte, El Salvador no ha promovido ni ha reconocido como obligatorias ninguna opinión de este tipo ante dicho tribunal regional, por lo tanto no hay efectos jurídicos, judiciales ni de otro tipo en el ámbito penal y procesal penal derivados de la competencia consultiva de la Corte IDH.

En cuanto a las recomendaciones o medidas ordenadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, El Salvador en varios casos ha dado el debido cumplimiento a las medidas cautelares ordenadas, sobresaliendo entre

ellas las medidas de protección a cargo de la Policía Nacional Civil, a través de la División de Protección a Personalidades Importantes, PPI y la División de Protección a Víctimas y Testigos. Más allá de este tipo de medidas, las decisiones o medidas de la CIDH no han tenido efecto en el ordenamiento jurídico u otro tipo de efectos en las instituciones del sistema penal y procesal penal.

En El Salvador no existen mecanismos jurídicos, especialmente para revisar sentencias judiciales pasadas en autoridad de cosa juzgada, para hacer cumplir con sentencias u otras decisiones vinculantes de la Corte IDH.

Tampoco existen criterios legales o de jurisprudencia nacional utilizados en relación con el cumplimiento de las decisiones de los órganos interamericanos en casos penales y no penales.

En lo que concierne a obstáculos jurídicos o jurídico-constitucionales contrarios al cumplimiento de las decisiones de los órganos interamericanos, una parte de la comunidad jurídica salvadoreña considera que sí existen obstáculos jurídicos como son la Ley de Amnistía General para la Consolidación de la Paz, la prescripción, irretroactividad de la ley penal, cosa juzgada, ne bis in idem y otras eximentes similares de responsabilidad; para otra parte de dicha comunidad, tales obstáculos no existen o no debieran existir, tal como lo establece la Corte IDH en sus sentencias contra El Salvador.

Innovaciones
en la Competencia
en el Código Procesal Civil
y Mercantil

Lic. José Reinerio Carranza

Innovaciones en la Competencia en el Código Procesal Civil y Mercantil

Lic. José Reinerio Carranza

Resumen

En este artículo se presenta un panorama de las innovaciones experimentadas en lo relativo a la competencia de los tribunales en materia civil y mercantil, a partir de la vigencia en el Código Procesal Civil y Mercantil en 2010, caracterizado por la introducción del proceso por audiencias en sustitución del modelo basado en la escrituralidad, lo que ha implicando un reto de adaptación, tanto por parte de las instancias del Estado encargadas de su aplicación, así como para la comunidad jurídica del país. Para la mejor comprensión de estas innovaciones, además de la regulación normativa, se incluyen datos históricos sobre la evolución de la competencia, así como la jurisprudencia y reflexiones doctrinarias que coadyuvan a la definición de la institución procesal de la competencia y a su diferenciación de otros conceptos jurídicos, así como a la determinación de los diversos criterios de competencia de acuerdo a una visión moderna. De igual manera se hace una referencia sucinta a una serie de casos especiales como la competencia para conocer de las medidas cautelares, diligencias preliminares y ejecución de la sentencia, resaltando las modificaciones introducidas por el CPCM, así también se hace mención de los Decretos Legislativos que han establecido nuevos tribunales y reestructurado otros que ya existían, todo ello con el objeto de facilitar la aplicación de dicha normativa procesal.

PALABRAS CLAVE: COMPETENCIA – DERECHO PROCESAL – CÓDIGO PROCESAL CIVIL Y MERCANTIL – JURISPRUDENCIA – JURISDICCIÓN – EJECUCIÓN FORZOSA – PRUEVA – MEDIDAS CAUTELARES

Abstract

This article presents an overview of the innovations tested in regard as to the jurisdiction of courts in civil and commercial matters, from the currently in the Civil and Commercial Code in 2010, characterized by the introduction of the hearings process is presented in replacement model based writing, which has implying an adaptive challenge, both by state bodies responsible for its implementation, as well as for the legal community in the country. For a better understanding of these innovations, in addition, the normative regulation, including historical data on the evolution of competition, and the case law and doctrinal reflections that contribute to the definition of the procedural institution of competition and its differentiation from other legal concepts included as well as the determination of several criteria of competence according to a modern vision. Similarly a brief reference to a number of special cases like the jurisdiction of the precautionary measures, preliminary proceedings and execution of the judgment is made, highlighting the changes introduced by the CPCM, and also made mention of the Legislative Decrees have established new courts and restructured others already exist, all with the aim of facilitating the implementation of the proceduralrules.

KEYWORDS: COMPETITION – PROCEDURAL LAW – CIVIL AND COMMERCIAL CODE – CASE LAW – JURISDICTION – FORCED EXECUTION – EVIDENCE – PRECAUTIONARY MEASURES

Innovaciones en la Competencia en el Código Procesal Civil y Mercantil

Lic. José Reinerio Carranza¹

Introducción

El Estado salvadoreño se encuentra organizado para la consecución de la justicia, la seguridad jurídica y el bien común. Para el cumplimiento de estos fines desarrolla diferentes funciones, dentro de ellas destaca la función jurisdiccional realizada por el Órgano Judicial y manifestada en los actos jurisdiccionales. Dicha función consiste en la potestad que tiene el Estado para dar respuesta al conflicto jurídico existente entre los particulares, o entre éstos y el propio Estado.

El ordenamiento jurídico salvadoreño reconoce los principios de separación de poderes y distribución de competencias entre los Órganos fundamentales del gobierno. Como derivación de este principio, la norma fundamental ha atribuido exclusivamente al Órgano Judicial la potestad de

1 Decano de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales, de la Universidad de El Salvador; profesor del Departamento de Derecho Privado y Procesal de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la Universidad de El Salvador. Abogado de la República. Licenciado en Ciencias Jurídicas por la Universidad de El Salvador. Diplomado en Seguridad Alimentaria y Nutricional por la Universidad de El Salvador.
El autor agradece la colaboración de la Licda. Odaly Lissette Sánchez y el Lic. Wilfredo Antonio Jovel, Asistentes de la Unidad de Investigación de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la Universidad de El Salvador.

juzgar y ejecutar lo juzgado, quedando estrictamente prohibida cualquier injerencia de los demás Órganos estatales en el ejercicio de dicha función².

El proceso jurisdiccional es el instrumento utilizado por el Estado para resolver los conflictos y satisfacer las pretensiones de los particulares, dando cumplimiento mediante la regulación procesal específica a su función constitucional de administrar justicia. Cabe precisar que solo mediante el proceso realizado con estricto respeto a los parámetros previstos en la Constitución se puede privar a una persona de los derechos consagrados a su favor en el ordenamiento jurídico³.

Para materializar la función jurisdiccional, en el sistema de justicia civil y mercantil se establecen normas procesales en el orden jurídico positivo, de tal manera que desde el artículo 26 al 41 del Código Procesal Civil y Mercantil (CPCM) se regula la jurisdicción y competencia, ámbito que también es normado por las disposiciones de la Ley Orgánica Judicial junto a sus Decretos Complementarios así como el Decreto Legislativo número 372, por medio del cual se crean o convierten juzgados, a los que corresponde juzgar y ejecutar lo juzgado en las materias civil y mercantil según la competencia legalmente determinada.

En consecuencia de lo expuesto, la importancia del estudio de la Competencia en el marco de la legislación procesal se encuentra en que tal institución posibilita la solución de conflictos dentro de la vida humana en sociedad mediante la función jurisdiccional del Estado, mediante la asignación específica de una esfera de acción predeterminada para los tribunales de la República, lo que a su vez coadyuva en el respeto irrestricto de la seguridad jurídica pues le permite a cada ciudadano saber ante quién debe acudir ante la vulneración de sus derechos consagrados en el ordenamiento jurídico.

2 *"La exclusividad del Órgano Jurisdiccional para juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, contemplada en el art. 172 inc. 1° Cn., excluye o impide la posibilidad de usurpación de las atribuciones judiciales por parte del Órgano Ejecutivo y el Legislativo período 2014-2019.* Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia definitiva del proceso de inconstitucionalidad con ref. 16-98, San Salvador, 1 de diciembre de 1998, Considerando III.3.D.

3 Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia del proceso de amparo con referencia número 718-2006. San Salvador, 16 de octubre de 2008, Considerando III.

El tema adquiere especial relevancia para los profesionales y estudiantes del Derecho, a partir de las importantes innovaciones introducidas por el Código Procesal Civil y Mercantil de 2010, que generan una nueva distribución de la Competencia; a su vez estos cambios implican un reto para las instancias del Estado encargadas de su aplicación, así como para la comunidad jurídica del país que se ve en la necesidad de adaptarse al nuevo proceso.

I. Evolución histórica

La resolución pacífica de los conflictos entre los miembros de la sociedad para lograr la paz social es uno de los objetivos centrales buscados por el ordenamiento jurídico. En el curso de la historia, se ha experimentado una evolución orientada a superar la tendencia primitiva del ser humano a resolver sus disputas mediante el uso de la fuerza⁴. Es en el marco de este proceso que va surgiendo el proceso jurisdiccional en el que hace responsable al juez *“a quién le concierne como función connatural la de solucionar los conflictos, dar una normativa clara, precisa y concreta que rija en lo sucesivo y como cosa juzgada las situaciones conflictivas que se presenten y se debatan en el proceso”*⁵. En la actualidad se reconoce que el juez debe ser independiente, imparcial y tener predeterminada su competencia conforme a la ley, pero debe precisarse que esas garantías se han ido desarrollando en el devenir histórico.

Como un antecedente remoto, cabe mencionar que en las sociedades antiguas, el juzgamiento de controversias era ejercida por el monarca o por sus consejeros más cercanos, aunque progresivamente hubo una especialización funcional surgiendo la figura del juzgador. Así en la antigua civilización egipcia se registra la existencia y operatividad de normas procesales en las que se asignaba competencia en la tarea de impartir justicia⁶, dado que los asuntos

4 Cfr. QUINTERO, B. y PRIETO, E, *Teoría General del Derecho Procesal*, Ed. Temis, cuarta edición, 2008, pág. 10.

5 *Ibidem*, pág. 16

6 Se hace mención de las civilizaciones antiguas como un precedente histórico, aunque cabe

civiles correspondían a tribunales locales que eran denominados *sepat*, además existía un tribunal superior en la ciudad de Menfis que tenía competencia para conocer en apelación de todas las causas sentenciadas en tales tribunales⁷. Esto permite afirmar que desde los albores de la civilización, se reconoció la necesidad de no concentrar la función de impartir justicia en un único juez así como se previeron medios de impugnación de las decisiones judiciales.

Más allá del precedente egipcio, fue en las Ciudades Estado de Grecia Antigua donde se reguló una distribución de competencia entre diversos tribunales, así *“en la ciudad de Atenas, en el período democrático, la mayoría de causas civiles y penales eran competencia de los tribunales populares (Heliae), solamente los delitos más graves eran sometidos al Consejo del Areópago”*⁸.

El proceso moderno, aplicado en los países que pertenecen al Sistema jurídico de Derecho continental o romanista, tiene sus orígenes en la legislación y práctica forense de la Antigua Roma, complementada por el aporte de los pueblos germánicos junto con el Derecho canónico medieval.

Como indica Vécovi, en la Antigua Roma, existieron tres momentos clave en el desarrollo del Derecho Procesal: *“El sistema llamado de las acciones legales, corresponde a la monarquía. En ese entonces la función judicial era ejercida por el rey. En la época de la República Romana, la facultad de administrar justicia pasó a los Cónsules. En el año 387 antes de Cristo cuando los plebeyos alcanzaron esa dignidad, los patricios, para reservarse la facultad de administrar justicia, la confiaron a un nuevo magistrado llamado Pretor”*⁹.

destacar que faltaba en estas primeras manifestaciones de la judicatura, las características de independencia e imparcialidad que son inherentes de la función jurisdiccional en su concepción moderna.

- 7 Cfr. ALONSO ROYANO, F., El Derecho en el Egipto faraónico, en *Espacio, tiempo y forma. Revista de la Facultad de Geografía e Historia*, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Serie II, Historia antigua, número 11, Madrid, 1998, págs.36-38.
- 8 AA. VV., Enciclopedia Temática Milenio, Tomo V, Ed. Cultural Recreativa, Bogotá, 2001, pág. 1260.
- 9 VÉSCOVI, Enrique, *Teoría General del Proceso*, Editorial Temis, segunda edición, Bogotá, 1999, pág. 22

El antiguo proceso romano comprendía dos partes: ante el magistrado (*in jure*) y luego ante el *iudex*¹⁰ (*in iudicium*), el que era designado por los litigantes y en su defecto por el magistrado.

Para ejercer una acción, “*el demandante cumplía una serie de formalidades en presencia de testigos. El proceso era predominantemente oral. Luego de cumplir las anteriores formalidades designaban al iudex y el magistrado determinaba a viva voz los puntos controvertidos*”¹¹.

Después de los actos procedimentales indicados, la instrucción del juicio continuaba por el *iudex*, autoridad ante quién los testigos repetían las palabras pronunciadas por el magistrado; luego se producían las pruebas y de acuerdo a ellas, el *iudex* dictaba la sentencia.

En el período republicano de Roma, se observa el surgimiento de un nuevo criterio de competencia como consecuencia de la presencia de extranjeros en Roma, se nombraron jueces especiales denominados pretores peregrinos, a los que correspondía resolver las controversias en las que intervenían ciudadanos romanos con los extranjeros de Roma.

En esta etapa del derecho romano, gracias a los mencionados pretores fue creado el procedimiento formulario que tuvo vigencia en el segundo período. Este procedimiento nuevo consistía en que el magistrado después de oír a las partes en controversia, entregaba al actor una instrucción escrita llamada fórmula que comenzaba con la designación del juez y comprendía la exposición de los hechos, el resumen de las pretensiones del demandante; y las facultad que el juez tenía de condenar o absolver y facultad de adjudicar la propiedad de la cosa litigada.

El sistema formulario tuvo corta duración porque fue sustituido por el procedimiento extraordinario impuesto por el emperador Diocleciano. En este procedimiento, “*el magistrado conocía directamente la controversia (litis)*”. En este período, se aplicó el criterio territorial de competencia, atribuyendo el

10 En ocasiones esta palabra latina ha sido traducida por los vocablos castellanos “juez” o “árbitro”, vid. VÉSCOVI, E., *obra citada*, pág. 22.

11 *Ibidem*, pág. 23.

enjuiciamiento de causas civiles y penales de su respectiva provincia, a los representantes locales del poder imperial (vicarios y prefectos)¹², también “*existió un criterio funcional de competencia, ya que se preveía la apelación al emperador*”¹³.

Con las invasiones de los pueblos germánicos (siglo V después de Cristo), éstos dejaron varias instituciones procedimentales de importancia y que han tenido aplicación en los posteriores sistemas procesales. Entre los pueblos germánicos, la facultad de administrar justicia residía en el conjunto de habitantes. Los juicios se resolvían de acuerdo a las tradiciones conservadas por los ancianos, porque no tenían leyes escritas. No existía separación entre proceso civil y penal, ya que un mismo órgano (asamblea popular) era competente para conocer de ambas cuestiones. Esta asamblea tenía la facultad de dirimir antes que resolver¹⁴.

En los países europeos en los años posteriores a la cristianización, durante el gobierno del emperador Constantino, se reconoció el derecho de las partes a someterse voluntariamente a la autoridad de los obispos, para resolver los conflictos en materia civil, lo que permitía a la iglesia ejercer verdadera supremacía en el ámbito temporal. Los tribunales eclesiásticos aplicaron inicialmente las etapas del procedimiento romano, con algunas nuevas formas e instituciones. Los obispos tenían competencia territorial en el ámbito de su diócesis.

Con el curso del tiempo, surgieron tribunales eclesiásticos de menor jerarquía competentes en las circunscripciones establecidas por el respectivo obispo. En este período se fueron construyendo criterios de competencia, “*el Derecho Canónico estableció a partir de las reformas del papa Gregorio VII, la posibilidad de apelar las sentencias episcopales ante el papa como máxima autoridad eclesiástica*”¹⁵.

12 Respecto a los criterios de competencia en el proceso romano, *vid.* ADINOLFI, G., “Extremismos en tema de “*accusatio*” e “*inquisitio*” en el proceso penal romano”, en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, número XXXI, Valparaíso, Chile, 2009, págs. 37-60.

13 VÉSCOVI, Enrique, obra citada. pág. 25

14 *Vid.* ROJAS DONAT, L., “El sistema probatorio medieval de los germanos”, en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, número XXXIV, Valparaíso, Chile, 2012, pág. 483.

15 Sobre la incidencia del Derecho canónico en las normas procesales, *vid.* GARCÍA Y GARCÍA, A., “La compilación de Huesca de 1247 y el Derecho canónico medieval”, en *Glossae. Revista de historia del derecho europeo*, Instituto de Derecho Común Europeo, Universidad de Murcia,

En el período medieval los glosadores elaboraron un procedimiento mixto romano-canónico llamado también común. Véscovi señala que en este último procedimiento fueron introducidas “*las instituciones germanas como la división del proceso en dos partes, la solemnidad de la contestación de la litis. Los principios fundamentales de la prueba y la sentencia todos eran de procedencia romana. Bajo la influencia del derecho canónico, que el proceso se hizo escrito y enteramente dirigido por los funcionarios oficiales el procedimiento secreto, con un sistema de prueba tasada*”¹⁶.

Las innovaciones procesales introducidas por la influencia del Derecho Canónico, fueron conocidas en España, e incorporadas progresivamente por varios cuerpos normativos entre los que se cuentan “*la Compilación de Huesca (1247), las Siete Partidas de Alfonso X El Sabio (1265), el Ordenamiento de Alcalá (1348) y el Ordenamiento Real de 1485, éste último aprobado por iniciativa de los Reyes Católicos*”¹⁷.

Las instituciones procesales españolas influenciadas por la tradición romana canónica, pasaron a los países americanos durante el prolongado período colonial¹⁸. Después de la independencia, la influencia española se mantuvo de manera notable como sucede en el caso salvadoreño, en el cual, el Código de Procedimientos Civiles de 1882, se encuentra inspirado por la Ley de Enjuiciamiento Civil española de esa época.

El Código de 1882 se mantuvo vigente durante más de un siglo, sustentando un modelo procesal escrituralista, que desde las últimas décadas del siglo XX mostró signos de agotamiento y excesiva mora judicial, dándose inicio a una discusión pública sobre la conveniencia de adoptar el modelo procesal por audiencias, que ya había sido acogido en diversos países iberoamericanos. Fue

Murcia, 1996

16 VÉSCOVI, E., obra citada, pág. 27-28

17 GARCÍA Y GARCÍA, A., ob. cit., pág. 29.

18 En las colonias hispánicas de América se aplicó de manera preferente las normas contenidas en la Recopilación de Leyes de Indias de 1542 y otros cuerpos legales de carácter especial, que componían el llamado Derecho Indiano y de forma supletoria las normas del Derecho de la Corona de Castilla. Al respecto *vid.* RODRÍGUEZ RUIZ, N., *Historia de las instituciones jurídicas salvadoreñas*, primera edición, Editorial Universitaria, 1959.

como producto de la constatación de los problemas estructurales de la anterior legislación procesal que se realizó la promulgación del Código Procesal Civil y Mercantil, cuya vigencia fue establecida a partir del 1 de julio de 2010 en el que se optó claramente por un modelo procesal por audiencias con un importante componente de oralidad.

II. Concepto y fundamentos de la Competencia

2.1 Doctrinal

La función jurisdiccional, es la atribución y el deber que tiene el Estado de resolver los diferentes conflictos que surgen a partir de la interrelación de la sociedad, es decir entre su población y hasta con el mismo Estado, con la finalidad de proteger el orden jurídico instaurado y potenciar el respeto de los derechos fundamentales de las personas. Para cumplir esta función, se ha establecido el Órgano Judicial, integrado por el conjunto de tribunales caracterizados por la independencia, imparcialidad y predeterminación normativa¹⁹.

Dado que los conflictos en la sociedad son numerosos y se producen por diferentes motivaciones, surge la necesidad de la efectiva aplicación de dicha función jurisdiccional y se manifiesta la imposibilidad material de que un solo juez pueda cumplir la totalidad de procesos que se promueven, por tal

¹⁹ El derecho al juzgamiento por un tribunal predeterminado por la ley es una de las exigencias inherentes del debido proceso y se encuentra ampliamente reconocido en el Derecho Comparado. Respecto a este derecho, el Tribunal Constitucional peruano establece: “[L]a jurisdicción y la competencia del juez deben ser predeterminadas por la ley, por lo que la asignación de competencia judicial necesariamente debe haberse establecido con anterioridad al inicio del proceso, garantizándose así que nadie pueda ser juzgado por un juez *ex post facto* o por un juez *ad hoc*”. Tribunal Constitucional de la República del Perú, Sentencia definitiva de hábeas corpus, 9 de enero de 2009, Exp. número 03790-2008-PHC. Por otra parte, el juzgamiento por un tribunal predeterminado, ha sido considerado como una de las garantías judiciales derivadas del art. 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en múltiples sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos como las dictadas en los casos *Caballero Delgado vs. Colombia* (29 de enero de 1997) y *Cesti Hurtado vs. Perú* (29 de septiembre de 1999).

razón se asigna la jurisdicción a varios jueces, determinando para cada uno de ellos, su específica competencia.

En efecto, la jurisdicción es aquella facultad de administrar justicia que les es otorgada a los jueces y es imprescindible reglamentar su ejercicio. Con el propósito de distribuir y delimitar razonablemente el ámbito de acción de cada tribunal, el ordenamiento jurídico prevé el establecimiento de criterios de competencia. Es en consideración a la interrelación entre los conceptos de jurisdicción y competencia, que Devis Echandía establece: *“La competencia es por lo tanto, la facultad que cada juez o magistrado de una rama jurisdiccional tiene para ejercer la jurisdicción en determinados asuntos y dentro de cierto territorio. Por eso podemos considerar la competencia desde un doble aspecto: el objetivo, como el conjunto de asuntos o causas en que, con arreglo a la ley, puede el juez ejercer su jurisdicción; y el subjetivo, como la facultad conferida a cada juez para ejercer la jurisdicción dentro de los límites en que les es atribuida. Si bien esos límites tienen diversa importancia, en ellos se trata siempre de distribución de jurisdicción entre los jueces de una misma rama jurisdiccional”*²⁰.

Como observa Mario Oderigo, la regulación legal de la competencia trasciende a una mera distribución aritmética del total de causas entre los diversos tribunales, sino que requiere la organización del trabajo judicial de acuerdo a criterios objetivos y razonables. Así, en palabras del mencionado autor: *“Las leyes no han hecho un simple reparto numérico, sino un reparto calificado: han hecho una división calificada del trabajo entre los jueces atendiendo a determinadas circunstancias, que permitan una clasificación razonable de los asuntos, formando con ellos diferentes categorías y atribuido el conocimiento de cada una de esas categorías a cada uno de los jueces o grupo de jueces. No es que hayan parcelado la función jurisdiccional, sino que han señalado los límites dentro de los cuales cada uno de los jueces puede ejercitarla; han determinado la esfera de acción de cada juez, su competencia”*²¹.

20 ECHANDIA, H. D., *Teoría General del proceso*, Tercera Edición, Editorial Universidad, Ciudad de Buenos Aires. Pág. 142.

21 ODERIGO, M. A., *Lecciones de Derecho Procesal*, Parte General, Tomo I, Ediciones De palma, Buenos aires, 1973. Pág. 243.

Es por ello, que no todos los jueces conocen indistintamente de los conflictos jurídicos que se les presentan, esto dependerá de la competencia otorgada para conocer determinadas causas, en definitiva, la competencia es la medida en que se puede aplicar la jurisdicción entre las diversas autoridades judiciales. Siguiendo la concepción anterior reseñada, Véscovi define la competencia como *“la porción o parte de jurisdicción de los diversos órganos jurisdiccionales y, a la vez, la aptitud de ellos para juzgar determinados asuntos. Tiene asimismo un aspecto negativo, designado con el nombre de incompetencia, que significa la imposibilidad de juzgar ciertos asuntos en virtud de que les falta dicha aptitud, puesto que la función ha sido atribuida a otros órganos de la jurisdicción”²²*.

Diferencias esenciales entre jurisdicción y competencia

De importancia para el entendimiento de la competencia, es su distinción con la jurisdicción, por tal razón he retomado la opinión del jurista chileno Casarino Viterbo, quien resume la separación entre ambos conceptos:

- “a) La jurisdicción es la facultad que tienen los tribunales para administrar justicia; en cambio, la competencia es la facultad que tiene cada tribunal determinado para conocer de los negocios que le son propios;*
- b) La jurisdicción es un concepto genérico: de allí que sea de la esencia de todo tribunal tener jurisdicción; en cambio, la competencia es un concepto específico, de su propia naturaleza, y es por eso que un tribunal puede no tener competencia para conocer de un determinado asunto y no por ello deja de ser tal;*
- c) La jurisdicción es el todo; en cambio, la competencia es la parte, y por tal razón también puede definirla diciendo que es la cantidad, grado o medida de la jurisdicción que a cada tribunal corresponde, y*
- d) La jurisdicción señala la esfera de acción del Poder Judicial frente a los demás poderes del Estado; en cambio, la competencia señala la esfera de acción de los diversos tribunales entre sí”²³.*

22 VÉSCOVI, E., obra citada. Pág. 133.

23 CASARINO VITERBO, M., *Manual de Derecho Procesal. Derecho Procesal Civil*. Tomo I Editorial Jurídica de Chile, Valparaíso, 2011, pág. 127.

2.2 Legal

Como se ha desarrollado anteriormente, la competencia implica la determinación de límites precisos a la esfera de acción en la que cada juez podrá ejercer la potestad jurisdiccional que le ha sido atribuida, lo que coadyuva al buen orden interno de la judicatura y permite atender de manera adecuada los asuntos que se someten a su conocimiento.

El CPCM de 2010 no presenta una definición legal del concepto de competencia, sin embargo sí realiza de manera detallada una regulación de la competencia de los tribunales dado que se reconoce la relevancia de esta institución para asegurar el buen orden de la labor judicial así como protección efectiva de los derechos de cada persona que acude al órgano jurisdiccional.

Comentando la fundamentación de la institución jurídica de la competencia en el CPCM, Canales Cisco expresa: *“Para el mejor desempeño en el ejercicio de la función jurisdiccional, surge a la vida jurídica la institución de la competencia judicial, entendiéndose por tal, la facultad atribuida a cada juzgado o Tribunal para juzgar y ejecutar lo juzgado, atendiendo a criterios claramente definidos, los cuales distribuyen dichas facultades, procurando un orden en el ejercicio de la función jurisdiccional”*²⁴.

Para mostrar un panorama general de la regulación de la competencia en el CPCM y de esa manera integrar los conocimientos teóricos con la realidad normativa del ordenamiento jurídico salvadoreño, se presenta el siguiente cuadro resumen:

TRIBUNAL	COMPETENCIA	ARTÍCULO CPCM
Corte Suprema de Justicia en Pleno	1º De las abstenciones y recusaciones conforme a lo dispuesto en este código; 2º Del recurso de casación cuando la Sala de lo Civil ha conocido en apelación, con exclusión de los magistrados que integran dicha sala; 3º De los conflictos de competencia; y 4º De los demás asuntos que determinen las leyes.	Art. 27

24 AA. VV., *Código Procesal Civil y Mercantil Comentado*, Consejo Nacional de la Judicatura, San Salvador, 2011, pág. 40.

TRIBUNAL	COMPETENCIA	ARTÍCULO CPCM
Sala de lo Civil CSJ	1º De los procesos de exequátur; 2º Del recurso de casación; 3º Del recurso de apelación cuando las cámaras de segunda instancia hayan conocido en primera instancia; 4º De la revisión de sentencias firmes; y 5º De los demás asuntos que determinen las leyes.	Art. 28
Cámaras de Segunda Instancia	1º Del recurso de apelación; 2º De las demandas contra el Estado; y 3º De los demás asuntos que determinen las leyes.	Art. 29
Juzgados de Primera Instancia	1º Del proceso común; 2º De los procesos especiales regulados en este código, sin perjuicio de lo establecido para el proceso monitorio; 3º De la ejecución forzosa, conforme a lo previsto en este código; 4º De los demás asuntos que determinen las leyes de la República. Asimismo conocerá el juzgado de primera instancia de los procesos abreviados y de los monitorios que se susciten en aquellas circunscripciones donde no exista juzgado de primera instancia de menor cuantía.	Art. 30
Juzgados de Primera Instancia de menor cuantía	1º Del proceso abreviado; 2º De los procesos monitorios; 3º De la ejecución forzosa, conforme a lo previsto en este código; 4º De los procesos ejecutivos cuya cuantía no supere los veinticinco mil colones o su equivalente en dólares de los Estados Unidos de América; y 5º De lo demás que determinan las leyes.	Art. 31

2.3 Jurisprudencia

Uno de los componentes esenciales del debido proceso es la existencia de un tribunal predeterminado por el ordenamiento jurídico para conocer y resolver las controversias planteadas por las personas en la conservación y defensa de sus derechos.

Respecto a la vinculación entre debido proceso y competencia, la cámara Tercera de lo Civil de la primera sección del centro, el día dieciocho de octu-

bre de dos mil doce expresó en su sentencia 193-DQCM-12: *“El Debido Proceso o Proceso Constitucionalmente Configurado, comprende, entre otros, la existencia de tribunal competente, como aparece en diversos tratados internacionales celebrados por El Salvador, en relación con los Arts. 172 a 190 de la Constitución, ya que se reconoce que en un Estado de Derecho, la administración de Justicia eficiente y eficaz, a través de un tribunal competente, (Garantía de Competencia), independiente e imparcial, constituye una especial garantía judicial básica de la legalidad que el Estado tiene el deber de asegurar...Entre nosotros, la Ley Orgánica Judicial contiene la distribución organizativa del Órgano Judicial, al que constitucionalmente se le atribuyen las facultades jurisdiccionales de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, en las materias que en ella se señalan, aunque, realmente, en todo su conjunto, la ley está destinada a distribuir la jurisdicción en base no sólo a la materia (RATIONE MATERIAE), sino también por grado, territorio y funcionalidad. Arts. 131 Ordinal 31°, 172 y 184 Constitución²⁵”.*

III. Criterios de Competencia

La delimitación de criterios de competencia se origina como producto de la realidad material en la que debe ejercerse la jurisdicción, en la que el aplicador de justicia debe conocer de un elevado número de causas así también de la demarcación territorial en la que ejerce su función. Como afirma Hugo Alsina: *“Puede concebirse la existencia de un solo juez que ejerza la plenitud de la jurisdicción en un territorio y al cual, por consiguiente, estarían sometidas todas las personas y cosas sin distinción de clases ni cuestiones. En la práctica, sin embargo, no siempre resulta eso posible, porque si el territorio es dilatado, no podría el juez, sin desmedro de sus funciones, trasladarse de un lugar a otro para administrar justicia, ni sería razonable que una persona se viera obligada a cubrir largas distancias para comparecer ante él por el solo hecho de haberse formulado una demanda de la que puede resultar absuelto. Por otra parte, aunque el territorio fuera reducido, la densidad*

25 Cámara Tercera de lo Civil de la Primera Sección del Centro. Auto en el incidente de apelación del auto definitivo pronunciado por el señor Juez Quinto de lo Civil y Mercantil. Diligencias de Pago en Consignación. San Salvador, 18 de octubre de 2012, Ref. 193-DQCM-12

de población y la multiplicidad de litigios pueden perturbar gravemente la función del juez, por la imposibilidad de examinarlos y resolverlos con la atención debida. Necesario es entonces arbitrar un medio que facilite la tarea del juez, y ese medio es la regulación de la competencia”²⁶.

3.1 Territorial

Este criterio, se encuentra enmarcado en el límite geográfico en donde el tribunal ejercerá su competencia, pues es necesario establecer un rango específico de actuación para el juez y una seguridad para la población que accederá a dirimir sus conflictos.

Devis Echandía describe el alcance del criterio de competencia en razón del territorio: *“Hace relación a la circunscripción territorial dentro de la cual el juez puede ejercer su jurisdicción; en principio los diversos procesos de igual naturaleza pueden ser conocidos por todos los jueces que existen en el país, de igual clase y categoría, y por esto para ser distribuidos se tiene en cuenta el lugar del domicilio de las partes, especialmente el del demandado, y a falta de aquel su residencia (Fuero Personal) o el lugar de cumplimiento de la obligación contractual (Fuero Convencional), o el de la ubicación del objeto materia del proceso, o el de ocurrencia del hecho que genera responsabilidad penal o extracontractual, o el del centro de la administración de negocios (Fuero real general o especial)”²⁷.*

La Corte Suprema de Justicia, en el Conflicto de competencia suscitado entre el Juzgado de lo Civil de Santa Tecla y el Juzgado Cuarto de lo Civil y Mercantil de San Salvador, de fecha seis de octubre de 2011²⁸, establece: *“Existen normas sobre competencia territorial que utilizan distintos elementos para delimitar el*

26 ALSINA, H., *Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*, Tomo II, segunda edición, EDIAR Editores, Buenos Aires, 1957, pág. 508.

27 ECHANDIA, H. D., *Compendio de Derecho Procesal*, Tomo I, sexta edición, Editorial ABC, Bogotá, 1978, pág. 115.

28 Corte Suprema de Justicia. Resolución del conflicto de competencia negativa suscitada entre el Juez de lo Civil de Santa Tecla y el Juez Cuarto de lo Civil y Mercantil de San Salvador. 6 de octubre de 2011. Ref. 123-D-2011.

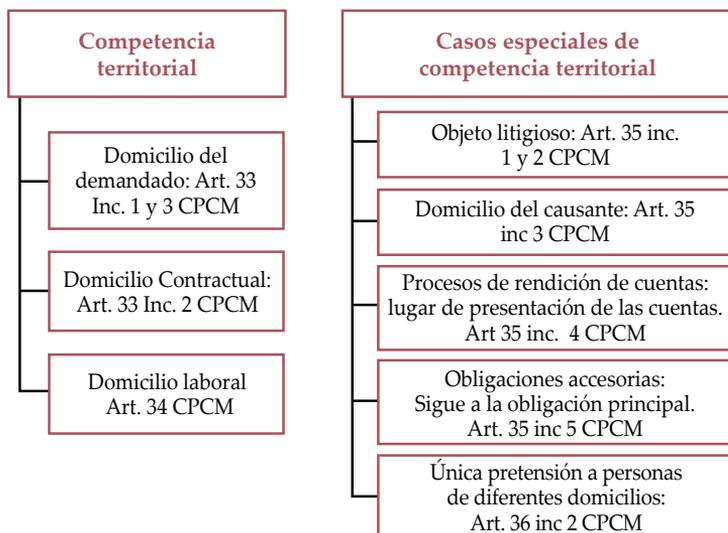
conocimiento de un conflicto determinado... Para un mejor entendimiento de los criterios territoriales sobre la competencia que abarque la mayoría de supuestos y determinar el Juzgado competente, el C.P.C.M, separa dos grupos, siendo estos los generales de territorialidad y los especiales de territorialidad. Arts.33, 34, 35 y 36 CPCM. En el presente caso, atañe referirse a la aplicación de los criterios sobre competencia en los supuestos generales de territorialidad que se identifican de la siguiente manera: a) domicilio del demandado, que comprende domicilio determinado y fijo y el indeterminado cuando no tuviere domicilio ni residencia en el país; b) domicilio contractual, será aquél en que las partes hayan sometido anticipadamente por instrumentos fehacientes en el que medie mutuo acuerdo entre las partes; c) domicilio Laboral, donde el demandado realiza las actividades laborales, y d) Lugar donde la situación o regulación jurídica a que se refiera el proceso haya nacido o deba surtir efectos”.

En el conflicto de competencia suscitado entre el Juez de lo Civil de Zacatecoluca y la Jueza de lo Civil de Soyapango²⁹, la Corte Suprema de Justicia establece: *“Como base lo establecido en el Art. 33 CPCM, el cual establece los criterios sobre competencia en razón del territorio, y en su inciso primero enuncia el domicilio del demandado, que comprende domicilio determinado y fijo, y el indeterminado cuando no tuviere domicilio ni residencia en el país. Partiendo de esa premisa, el Juzgador está llamado a evaluar dos aspectos: 1. La aportación que la parte actora hace del lugar donde ésta conoce que está fijado el domicilio de la parte demandada; bajo el supuesto que es él quien conoce los hechos que motivan su acción Art.7 CPCM, y además en base al principio establecido en el Art.13 del mismo cuerpo legal, que atañe exclusivamente a las partes al momento de proporcionar sus alegatos; y 2. Que conocido que sea el hecho del domicilio develado por el demandante, el Juzgador realice el juicio de valoración para establecer su competencia, en concordancia a lo que la Ley sustantiva entiende como domicilio de una persona. En ese orden de ideas, respecto a lo estipulado en el Art. 57 C.C., el domicilio está integrado por dos elementos a saber: la residencia y el ánimo de permanecer en la misma, de ellos predomina el ánimo de permanencia”.*

²⁹ Corte Suprema de Justicia. Resolución del Conflicto de competencia negativa suscitada entre el Juez de lo Civil de Zacatecoluca, departamento de La Paz y la Jueza de lo Civil de Soyapango. San Salvador, 30 de julio de 2012. Ref. 128-D-2012.

La falta de competencia territorial, tal como lo establece el Código Procesal Civil y Mercantil, da paso a la suspensión del procedimiento; pero, el tribunal, a petición de parte, puede realizar actos encaminados a garantizar los efectos de la demanda.

Para entender la regulación legal de la aplicación del criterio territorial sobre la competencia, se ejemplifica en el siguiente cuadro:



Criterio de competencia territorial y casos especiales en el Código Procesal Civil y Mercantil

3.2 Funcional

El criterio funcional debe entenderse como la atribución que establece la ley a cada uno de los órganos jurisdiccionales para conocer en diferentes instancias de un mismo proceso, estableciendo funciones específicas para cada tribunal. En palabras del procesalista colombiano Devis Echandía: *“Se deriva de la clase especial de funciones que desempeña el juez en un proceso; según la instancia o la casación y revisión, y su conocimiento se halla distribuido entre varios jueces de distinta categoría³⁰”*.

30 ECHANDIA, H. D., *Compendio de Derecho Procesal*, Tomo I, Sexta Edición, Editorial A B C, Bogotá, 1978, pág. 115.

Ramos Méndez precisa respecto a este criterio: *“La competencia funcional resulta de la propia organización administrativa de la justicia. Por un necesario principio de coordinación se establecen los diversos tribunales que han de intervenir en un mismo proceso a lo largo de sus diversas fases. Se distribuyen así entre los tribunales los diversos grados o instancias de un mismo asunto”*³¹.

El profesor Ortells Ramos aclara la relación de este criterio con otros como el territorial: *“La atribución de la competencia objetiva y territorial tiene implícita la de una competencia funcional: la de conocer la primera instancia del proceso. Pero hay actividades en un proceso que la ley atribuye a otros órganos. Para hacer esa atribución la ley se sirve de la relación existente entre los órganos jurisdiccionales en la organización judicial”*³².

La regulación específica de este criterio se encuentra en el artículo 38 CPCM, en relación con lo dispuesto en los arts. 27 al 32 CPCM.

3.2.1 Grado

Dentro del criterio funcional, que se refiere a la atribución de competencia a los Tribunales en primera y segunda instancia, así como para el conocimiento del recurso de casación en los casos en que proceda, el ordenamiento procesal ha previsto una regulación especial para los procesos en los que el Estado intervenga como demandado.

Así, en palabras de Óscar Canales Cisco, el nuevo Código Procesal Civil y Mercantil *“reafirma el privilegio concedido por el Código de Procedimientos Civiles a favor del Estado de El Salvador, siempre que posea calidad de demandado en toda clase de procesos y cualquiera que sea la materia y la cuantía”*³³. Tal regulación se fundamenta en la consideración del Estado, como representante de los intereses públicos, por ello se establecen reglas especiales relativas al tribunal competente para conocer en cada una de las instancias.

31 RAMOS MÉNDEZ, F., *Derecho Procesal Civil*, Editorial Bosch, Barcelona, 1980, pág. 161.

32 ORTELLS RAMOS, M., y otros, *Derecho Procesal Civil*, Quinta edición, Editorial Aranzandi, Valencia España, 2004, pág. 226.

33 Cfr. CANALES CISCO, Oscar, en AA. VV., *Código Procesal Civil y Mercantil Comentado*, obra citada, pág. 45.

Bajo este criterio, los procesos contra el Estado, independientemente de la cuantía, corresponderán en primera instancia a las Cámaras de Segunda Instancia con competencia territorial en la Capital de la República, como lo dispone el art. 29 ordinal 2º en relación con el art. 39 CPCM; en tales casos, el recurso de apelación será conocido por la Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia, art. 28 ordinal 3º; mientras que la Corte Suprema de Justicia en Pleno le corresponderá conocer del recurso de casación, con exclusión de los Magistrados de la Sala de lo Civil, conforme a lo dispuesto en el art. 27 ordinal 2º CPCM.

Conforme al art. 39 inciso 2º CPCM, se excluye de esta regla especial, a los municipios, al Instituto Salvadoreño del Seguro Social, así como a los entes descentralizados del Estado, los cuales pueden ser demandados conforme al criterio funcional común. Tampoco se aplica el privilegio antes enunciado cuando es el Estado quien demanda a un particular, pues en tal caso la demanda se radicará conforme a las reglas comunes de competencia.

3.3 Materia

La diversidad de situaciones que pueden ser objeto de tutela judicial es atribuida al conocimiento de un tribunal mediante el criterio de competencia por razón de la materia, el cual, toma como fundamento la naturaleza del conflicto que es sometido al conocimiento del órgano jurisdiccional, es decir, la relación jurídica de donde surge el litigio y las características propias del asunto en controversia³⁴.

Como sostiene Véscovi, éste es un criterio variable, que se orienta a organizar los tribunales de acuerdo a la especialización de los jueces y magistrados respecto de la índole del proceso. Este criterio, en algunos ordenamientos positivos como el uruguayo ha llevado a la confusión semántica con la jurisdicción, no obstante en la mayoría de los sistemas positivos se diferencia nítidamente ambos conceptos³⁵.

34 ROMERO SEGUÉL, A., *Curso de Derecho Procesal Civil*, Tomo II, Editorial Jurídica de Chile, tercera edición, Valparaíso, 2009, pág. 51

35 VÉSCOVI, E., obra citada, pág. 135

Un primer aspecto de la distribución por materia es la distinción entre tribunales con competencia civil y tribunales con competencia penal que es prácticamente universal. En muchos ordenamientos jurídicos, con el surgimiento de nuevas realidades, se ha producido el reconocimiento de materias que se han desprendido del Derecho Civil. Desde la Edad Media, surgió la distinción entre tribunales civiles, y aquellos competentes en materia mercantil.

En el siglo XX, surgieron tribunales especializados en materia de trabajo y familia. La tendencia moderna a la especialización de la administración de justicia se ha mantenido con el establecimiento de nuevos tribunales dedicados a materias como niñez y adolescencia, agrario y ambiental, entre otras.

Modernamente la doctrina tiende a considerar que la competencia en razón de la materia, forma parte de lo que se denomina competencia objetiva, dado que atienden a circunstancias no relacionadas con las partes sino con la naturaleza y objeto de la pretensión, y específicamente en cuanto a la competencia por materia se atiende “*al contenido de la relación jurídica*”³⁶ que origina el conflicto entre las partes.

3.4 Cuantía

La cuantía como factor de determinación de la competencia absoluta consiste en la estimación de la cantidad de dinero o valor económico reclamado en un determinado asunto. En materia civil y mercantil, la cuantía se determina por el valor de la cosa disputada³⁷.

Como señala la doctrina, éste es un criterio altamente casuístico, y las cantidades establecidas para distinguir los diferentes litigios son determinadas expresamente por los preceptos legales³⁸. El valor del litigio determina no solo la competencia del Tribunal concedor, sino también el procedimiento a seguir, ya que múltiples asuntos son sometidos a procesos especiales como el

36 Cfr. CANALES CISCO, Oscar, en AA. VV., *Código Procesal Civil y Mercantil Comentado*, obra citada, página 43.

37 ROMERO SEGUER, A., obra citada, página 55.

38 RAMOS MÉNDEZ, F., *Derecho Procesal Civil*, Editorial Bosch, primera edición, Barcelona, 1980, pág. 154.

abreviado en atención a su escaso valor. El criterio más generalizado es el de atribuir los asuntos de menor valor económico a los jueces de rango inferior en la escala jerárquica. Están excluidos de este criterio las causas que en los que el objeto litigioso tiene valor indeterminados y a aquellos que se refieren a derechos personalísimos.

En la doctrina moderna se ubica al criterio de cuantía como parte de la competencia objetiva pues atiende a una circunstancia propia del objeto procesal, como es el valor económico de la cosa disputada, sin embargo, el destacado procesalista Francesco Carnelutti sostuvo una opinión contraria y rechazó que la cuantía forme parte de la competencia objetiva clasificándola como una especie de competencia funcional³⁹.

En el Código Procesal Civil y Mercantil de 2010, un aspecto innovador que merece ser destacado en cuanto al criterio de cuantía es que el legislador actualizó a la realidad presente de la sociedad salvadoreña los montos fijados para la determinación de competencia por cuantía, así por ejemplo, el CPCM prevé el proceso abreviado para conocer de las demandas cuya cuantía no exceda de veinticinco mil colones o su equivalente en dólares siendo competente para conocer de este tipo de procesos los juzgados de primera instancia de menor cuantía (art. 31 en relación con art. 241 CPCM), esto en contraste con el anterior Código de Procedimientos Civiles que establecía montos muy pequeños que eran completamente inaplicables en la realidad salvadoreña de las últimas décadas⁴⁰.

Como segundo aspecto innovador del Código de 2010, el legislador ha tomado la precaución de considerar la constante transformación de los asuntos económicos, y es por ello que en el art. 700 CPCM se ha previsto la actualización periódica de los montos fijados dentro del criterio de cuantía, lo que permitirá evitar que la inflación monetaria prive de sentido a la regulación legal de este criterio.

39 Cfr. QUINTERO, B. y PRIETO, E., obra citada, pág. 274.

40 Cfr. Arts. 502 y 503 del Código de Procedimientos Civiles de 1882.

IV. Indisponibilidad de la Competencia

La regulación legal de la competencia se funda en razones de orden público, por lo que no puede ser delegada por el titular del órgano al cual se atribuye⁴¹, como se permitió en la época romana. De allí que tiene que ser ejercida de manera exclusiva por el tribunal establecido previamente en la ley⁴². La prohibición de la delegación no se opone a la institución de la comisión procesal dado que como observa Véscovi, *“se admite sí que los tribunales, por motivos de auxilio judicial, cometan a otros la realización de alguno de los actores procesales que no pueden efectuar por sí mismos. Así, por ejemplo, todo lo que debe realizarse fuera de la jurisdicción que tiene cada tribunal, puede ser cometido al respectivo lugar”*⁴³.

Como afirma Santiago Garderes, *“Históricamente, se reconoce que las normas que versan sobre la distribución de los criterios de competencia son indisponibles. La negación de alterar las normas competenciales posee un fundamento sólido sustentado en el principio legalidad, art. 3 CPCM, consistente en la imposibilidad de los sujetos procesales de alterar la tramitación del proceso ante Juez competente y conforme a las disposiciones del CPCM. Esta regla sobre la indisponibilidad aceptada en reiterados pronunciamientos por la jurisprudencia ordinaria nacional fue retomada por la nueva ley procesal en el art. 26 CPCM., en el mismo, se reconoce expresamente que la competencia en general es indisponible, excepto la competencia en razón del territorio”*⁴⁴.

La excepción a la regla general de indisponibilidad de la competencia se encuentra prevista en el artículo 26 del CPCM, al permitirse únicamente en el supuesto de competencia en razón del territorio. Respecto a esta excepción, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en el conflicto de competencia

41 *“[M]ediante el nombramiento de rigor el Estado legitima a los jueces para el ejercicio de la jurisdicción con competencia en determinado tribunal, la que será ejercida de conformidad a las reglas que delimitan el ejercicio de la función. Ni la jurisdicción ni la competencia podrán ser delegadas por quienes están investidos con tales atributos”* FALCÓN, E., Derecho Procesal Civil, Comercial, Concursal Laboral y Administrativo, Tomo I, Rubinzal Culzoni Editores, primera edición, Santa Fe, 2003, pág. 103.

42 Cfr. QUINTERO, B. y PRIETO, E, obra citada, páginas 292-293

43 VÉSCOVI, E., obra citada. Pág. 145.

44 AA. VV., Código Procesal Civil y Mercantil Comentado, obra citada, Pág. 29.

con referencia 128-D-2012 establece: *“La disponibilidad de la competencia territorial es prerrogativa de la parte demandada, a quien corresponderá controvertir tal situación y denunciar la falta de aquélla de conformidad al Art. 42 Inc. 1° CPCM.- Al haber enunciado la parte actora el domicilio de la demandada, cumplió con uno de los requisitos para la admisión de la demanda, desarrollado en el Art. 276 ord. 3° CPCM; el cual determina -en principio y por regla general- la competencia, como en muchas ocasiones lo ha sostenido esta Corte (v. gr. sentencias 34-D-11 y 70-D-2011); ya que al consignar el domicilio contribuye a determinar el elemento pasivo de la pretensión; aunado, a que la manifestación del domicilio de la parte demandada constituye un asunto de hecho y no de derecho, por cuyo motivo a la parte actora corresponde manifestarlo, y no debe el Juez inquisitivamente tratar de determinarlo por otros medios, sino que debe respetar el principio de buena fe, en cuanto a lo manifestado por el actor⁴⁵”.*

V. Creación y conversión de los Tribunales de lo Civil y Mercantil

Dentro de la comunidad jurídica salvadoreña era muy esperada la renovación de la normativa procesal en materia civil y mercantil, ya que se evidenciaban graves problemáticas en la aplicación del Código de Procedimientos Civiles de 1882, en especial referidos a la excesiva mora judicial así como la falta de celeridad en la tramitación de los procesos en los que primaba la escrituralidad. Ante este panorama, la comunidad jurídica del país esperaba que la nueva legislación procesal diera respuesta a los retos planteados por el desarrollo actual de la sociedad salvadoreña dado que la anterior regulación respondía a la realidad del siglo XIX; es así que después de haber desarrollado las etapas constitucionalmente establecidas para el proceso de formación de ley y habiendo transcurrido una *vacatio legis* superior a un año, el Código Procesal Civil y Mercantil entró en vigencia el 1 de julio de 2010.

45 Corte Suprema de Justicia, treinta de julio de dos mil doce. Conflicto de competencia negativa suscitada entre el Juez de lo Civil de Zacatecoluca, departamento de La Paz y la Jueza de lo Civil de Soyapango. Ref. 128-D-2012.

El Código de 2010 vino a transformar de manera estructural, todo el sistema de tramitación de procesos, estableciendo una mayor celeridad, concentración y economía procesal, dando un giro al anterior Código de Procedimientos Civiles sumamente riguroso y formalista. Estos cambios constituyen una modernización y avance para el ordenamiento salvadoreño.

Como parte de la implementación del Código de 2010, era necesaria la creación de nuevos tribunales junto con la conversión de otros ya existentes para asegurar la correcta aplicación del nuevo Código. Dadas las condiciones anteriores, se estableció el Decreto Legislativo número 372, de fecha 27 de mayo de 2010, que crea Tribunales civiles y mercantiles en las ciudades más pobladas del país, y a la vez se encarga de la conversión de los ya instaurados en los municipios de menor población, para que asumen las causas iniciadas a partir de la entrada en vigencia de la nueva legislación procesal.

Documentos que emanan del exterior

Las resoluciones judiciales dictadas en el extranjero, como actos de soberanía de otro Estado, para gozar de la misma efectividad que las resoluciones dictadas por los tribunales nacionales necesitan del reconocimiento de la autoridad estatal salvadoreña.

El *exequátur*, también llamado *auto de pariatis*, es el proceso de reconocimiento de sentencias y resoluciones judiciales extranjeras previo a su ejecución, siempre y cuando se cumplan con los requisitos establecidos por el ordenamiento jurídico salvadoreño.

El *exequátur* puede darse también en virtud de un Instrumento Internacional, en observancia de los requisitos contemplados en dicho Instrumento. El Art. 28 numeral 1 del Código Procesal Civil le atribuye exclusivamente a la Sala de lo Civil, el conocimiento de los procesos de *exequátur*.

En el Libro Quinto del CPCM, dentro de la regulación jurídica de la Ejecución Forzosa, en los artículos 555 al 558 se deduce que las resoluciones judiciales extranjeras que ponen fin a un proceso, si son reconocidos en El Salvador, también son títulos de ejecución (Art. 555).

Cuando no exista un tratado internacional aplicable al reconocimiento de un título extranjero en El Salvador, éste se podrá producir si concurren al menos los requisitos determinados por el art. 556 CPCM:

- 1º. *Que la sentencia con autoridad de cosa juzgada en el Estado en que se ha pronunciado, emane del tribunal competente según las normas salvadoreñas de jurisdicción internacional.*
- 2º. *Que la parte demandada, contra la que se pretende realizar la ejecución, hubiese sido legalmente emplazada, aunque fuera declarada rebelde, siempre que se le hubiera garantizado la posibilidad de ejercer su defensa y que se le hubiese notificado legalmente la resolución.*
- 3º. *Que la sentencia reúna los elementos necesarios para ser considerada como tal en el lugar donde se dictó, así como las condiciones de autenticidad exigidas por la ley nacional.*
- 4º. *Que la sentencia no afecte los principios constitucionales o de orden público del derecho salvadoreño, y que el cumplimiento de la obligación que contenga sea lícito en El Salvador.*
- 5º. *Que no exista en El Salvador un proceso en trámite, ni una sentencia ejecutoriada por un tribunal salvadoreño que produzca cosa juzgada.*

La competencia para el reconocimiento de las sentencias, resoluciones judiciales y laudos arbitrales procedentes del extranjero corresponde a la Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia. Esta es una reforma que puso en armonía al Art. 557 con el Art. 28 del Código Procesal Civil y Mercantil, ya que al momento de entrar en vigencia, dicho código, el citado artículo 557 otorgaba la competencia a la Corte Suprema de Justicia, tal y como sucedía en el anterior Código de Procedimientos Civiles.

El reconocimiento deberá ser pedido por la parte a la que le interese y de la solicitud, se tiene que dar audiencia a la parte contraria, emplazándola ante la Corte, para que pueda formular alegaciones sobre la concurrencia de los requisitos legalmente establecidos.

Cuando no se hubieran formulado alegaciones, o no se practica prueba, la Sala de lo Civil dictará sentencia reconociendo la resolución extranjera y otorgándole plenos efectos, o denegando dicho reconocimiento en el plazo de diez días.

Se permite aportar pruebas, en cuyo caso, se abrirá un plazo probatorio. Si se hubiera propuesto prueba útil y pertinente, se ordenará su práctica en audiencia, que deberá celebrarse en un plazo que no pase de veinte días, y concluida la cual se dictará sentencia. Contra las sentencias de la Sala de lo Civil que resuelven el proceso de *exequátur* no procede recurso alguno.

VII. Ejecución forzosa

La potestad jurisdiccional debe ser ejercida no solo para juzgar y dictaminar una resolución, también debe traer consigo la efectiva realización de ese mandato, para lo cual se necesita la figura de la Ejecución, es decir, una forma de efectivizar lo dispuesto en una sentencia y evitar que la actividad del juzgador se quede solo en simples fallos que no lleguen a tener una realización material.

Todo esto encaminado a la Tutela judicial efectiva, pues es deber del Estado lograr el seguro cumplimiento de los derechos que el ciudadano solicita se le tutelen, se le reconozcan y se hagan efectivos. No sólo nos podemos limitar al acceso a la justicia, es deber llegar a sus últimas instancias, “la materialización”, teniendo en cuenta que la misma Constitución de la República lleva implícito en el artículo 2, el deber del Estado de realizar una tutela judicial efectiva.

“La actividad ejecutiva se presenta como una necesaria continuación del proceso a fin de dar cumplimiento en todos sus extremos a la sentencia judicial, sobre todo frente a una conducta rebelde del condenado. La ejecución se funda aquí en la existencia de un título jurisdiccional: la sentencia o cualquier otra resolución jurisdiccional.

La existencia de esta fase de la actividad procesal está subordinada esencialmente a la necesidad de una tutela jurídica efectiva. Poco importa obtener una resolución

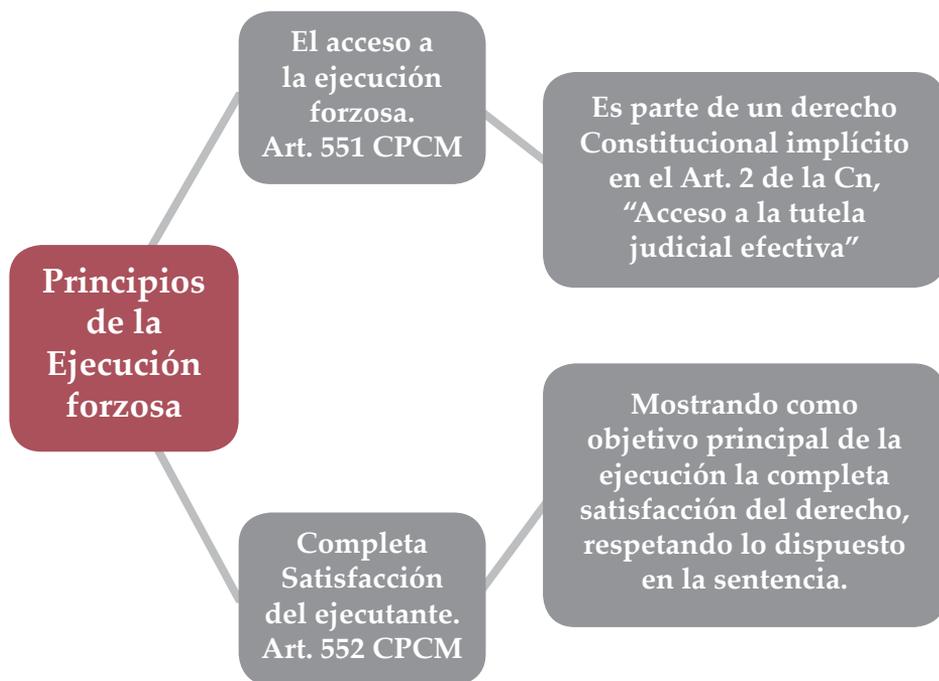
jurisdiccional favorable, o estar en posesión de cualquier otro título ejecutivo, sino puede obtenerse una efectiva realización de dichos títulos, o si no puede conseguirse el bien de la vida que los títulos amparan. Si es cierto que el ordenamiento jurídico necesita del proceso, esta exigencia se cumple en toda su significación en el momento de la ejecución procesal. Sin ejecución el derecho es algo que se esfuma en etéreas declaraciones o formulaciones más o menos afortunadas. A este nivel el derecho dejaría de desempeñar el cometido que justifica su propia existencia⁴⁶".

La ejecución de la sentencia solamente tiene motivo de realización en las sentencias de condena, puesto que en las sentencias meramente declarativas y constitutivas, no necesitan de la etapa de ejecución, ya que ésta, es la encargada de ejercitar un efectivo cumplimiento de lo emitido por el órgano jurisdiccional y en las sentencias declarativas y constitutivas, la misma sentencia las hace efectivas.

"En el proceso civil, cuando una sentencia ha pasado en autoridad de cosa juzgada, comienza a asomar el perfil coercitivo del Estado en su uso monopólico de la fuerza, ya que si el deudor no cumple con la obligación declarada en la condena, el acreedor puede iniciar la ejecución forzada de su crédito. Esta nueva etapa, que se abre a partir de la adquisición de firmeza por el pronunciamiento judicial, es de ejecución, porque tiende a hacer cumplir- ejecutar-lo dispuesto en la sentencia, es procesal, porque se conforma de una serie de actos procesales, algunos instructorios, otros directamente ejecutorios, ordenados a dicho fin, y es forzada, porque predomina el uso de la coacción sobre los bienes y, a veces, también sobre la persona del deudor, de cuya voluntad se irá prescindiendo⁴⁷".

46 RAMOS MENDEZ, F., *Derecho Procesal Civil*, Editorial Bosch, Barcelona, 1980. pág. 951.

47 ARAZI, R., *Derecho Procesal civil y comercial*, parte general y especial, segunda edición, editorial Astrea, Buenos Aires, 1995. pág. 600.



Los artículos 554 y 555 del CPCM dan origen a la Ejecución forzosa, dividiendo los tipos de títulos en Nacionales y extranjeros, a excepción del 457 que expresa el proceso ejecutivo. Es por ello oportuno diferenciar el proceso ejecutivo de la ejecución forzosa; y es que el primero, es un proceso especial que se realiza para dar cumplimiento a un título que tiene aparejada ejecución, en cambio la ejecución forzosa es un proceso mediante el cual se hace efectiva una sentencia en aplicación del principio de tutela judicial efectiva, que obliga al Estado a juzgar y hacer ejecutar lo juzgado.

Respecto a los Títulos Nacionales son:

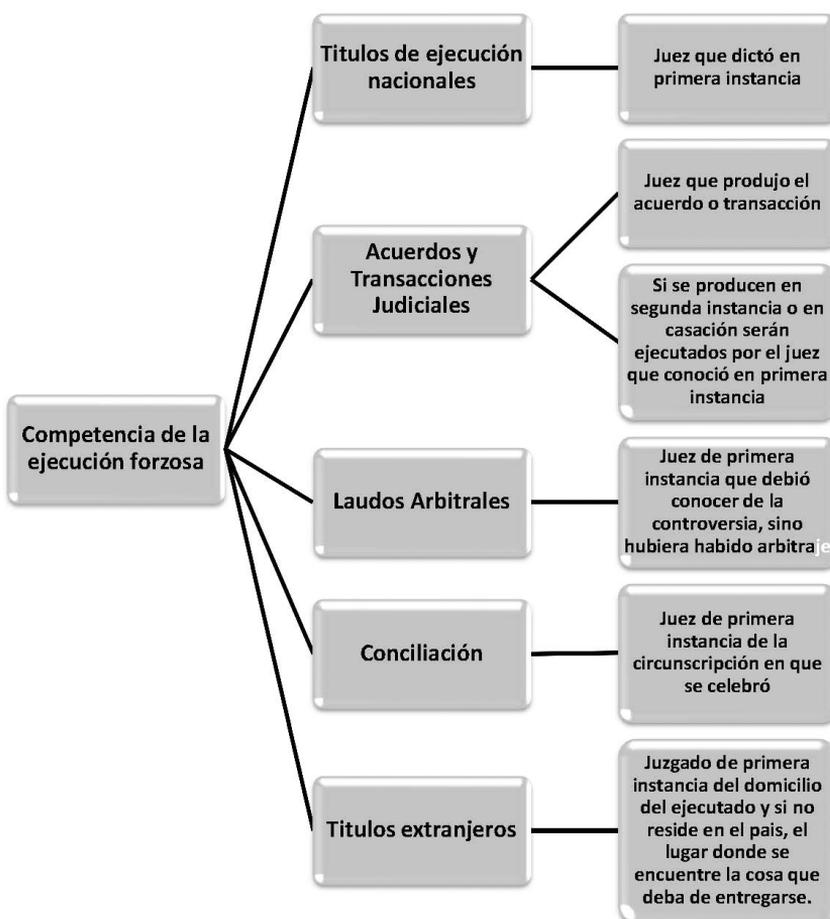


Como se expuso anteriormente debe ser una sentencia de condena, pues no es necesaria la ejecución forzosa en proceso declarativos o constitutivos; debe de tratarse de una sentencia que haya pasado en autoridad de cosa juzgada. Para el caso, se encuentran expuestos en el CPCM en los artículos 229, 230 y 231, que nos relacionan tres supuestos: Cuando los recursos interpuestos hubieran sido resueltos y no existieren otros disponibles en el caso; cuando las partes los consintieran expresamente y cuando se hubiera dejado que transcurriera el plazo de impugnación sin interponer el correspondiente recurso; mostrándose estos como impedimentos para otro proceso con las mismas partes y la misma pretensión.

Una de las principales innovaciones es la "*Ejecución provisional de sentencias recurridas*" prevista en el Art. 592 CPCM; dicho mecanismo opera a solicitud de parte y se interpone ante el juez que hubiese resuelto en primera instancia:

Por regla general, no necesita la presentación de caución a excepción que el juez así lo decida y tomando en cuenta la capacidad económica del solicitante; si la sentencia es revocada, el ejecutante responde por los daños y perjuicios al ejecutado y el juez hará las actuaciones necesarias para revertir los hechos ejecutados, ya sea devolver el dinero o el bien y si no es posible entregar éste último, sustituirlo por su equivalente en dinero.

Respecto a la competencia de la ejecución forzosa, la encontramos regulada a partir del artículo 561, 254 y 562 CPCM.



VIII. Otros casos de regulación de la competencia

8.1 Diligencias Preliminares

Para ingresar al estudio sobre a quién compete conocer sobre las diligencias preliminares, se muestra a continuación qué se entiende según nuestro Código Procesal Civil y Mercantil por “Diligencias preliminares”:

Según Valentín Cortés y Víctor Catena, las diligencias preliminares son *“actuaciones que se postulan de los órganos judiciales y tienen por objeto lograr información acerca de circunstancias relativas a la personalidad del futuro demandado o a otros extremos que quien pretenda presentar una demanda precise conocer para la iniciación con éxito de un proceso civil, así como obtener documento u objetos que resulten necesarios para entrar en dicho proceso”*⁴⁸.

A la vez encontramos una definición que nos ayuda a clarificar el término en el CPCM que expresa: *“Las diligencias constituyen un verdadero trámite autónomo y subsisten de manera independiente, jamás pueden ser consideradas como trámites accesorios a un proceso principal, es decir, como una cuestión incidental. Todas las averiguaciones para completar la información para la elaboración de la demanda, la disponibilidad de los medios probatorios y el objeto litigioso deben estar al alcance de las partes, antes de la iniciación del proceso, caso contrario la demanda será rechazada”*⁴⁹.

Debemos tener en cuenta que al hablar de Diligencias Preliminares no estamos conduciéndonos al término de Medidas Cautelares, ya que como se ha expresado en las definiciones anteriores, se refieren a la búsqueda de la efectiva presentación de una demanda, buscando preparar toda la información y documentos necesarios que ayuden al futuro demandante a interponer su demanda con éxito, tal como lo expresa el artículo 255 del CPCM, las diligencias

48 CORTÉS DOMÍNGUEZ, V. y CATENA MORENO, V. *“Derecho Procesal Civil, Parte General”*, 3ra Edición, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pág. 118.

49 Código Procesal Civil y Mercantil Comentado, obra citada, pág. 251

preliminares tienen el fin de “Preparar el proceso”, y si estas diligencias no son utilizadas en el plazo de un mes pierden su eficacia.

Por otro lado, al hablar de la competencia para el conocimiento de las Diligencias Preliminares, encontramos en el artículo 257 del CPCM que éstas deberán de ser conocidas por el tribunal del domicilio de la persona que deba declarar, exhibir, o intervenir en las actuaciones y si esta información no puede ser encontrada por el solicitante de forma subsidiaria, será competente el tribunal donde se deba interponer la futura demanda.

El CPCM en el mismo artículo 257 expresa dos supuestos concretos para la aplicación del criterio subsidiario⁵⁰ de competencia (será competente el tribunal donde se le dará curso a la futura pretensión):

Art. 256 Ord. 2do CPCM: “La integración de la representación legal de los menores, los incapacitados y los hijos menores que litiguen contra sus padres por medio de la Procuraduría General de la República o por los medios establecidos en la ley”.

Art. 256 Ord. 6to CPCM: “La determinación judicial del grupo de afectados en los procesos para la defensa de los intereses colectivos de consumidores y usuarios. En tales casos, podrá solicitar del tribunal la adopción de las medidas oportunas para la averiguación sobre los integrantes del grupo, de acuerdo a las circunstancias del caso y conforme a los datos suministrados por el solicitante, incluyendo el requerimiento al demandado para que colabore en dicha determinación”.

8.2 Aseguramiento de la prueba

El aseguramiento de la prueba consiste en la petición que se hace ante el tribunal para lograr el efectivo resguardo de una prueba que se verterá en el

50 Sobre las Diligencias Preliminares, un punto de relevancia para la aplicación del criterio subsidiario de competencia, encontramos que el Código Procesal Civil y Mercantil Comentado, obra citada, pág. 252 expresa: “Bajo la misma idea, acerca del criterio especial y subsidiario, hay que advertir que no sólo tendrá lugar al desconocerse el domicilio del requerido sino, además, en los supuestos donde el criterio territorial no pueda ser utilizado como referencia para fijar la competencia conforme a las reglas generales, como es el caso de las demandas promovidas contra el Estado de El Salvador; en esto, es indudable que el art. 257 inciso 1º nos remite tácitamente a lo regulado por el art. 39 CPCM”.

juicio. Se puede solicitar ya sea antes de entablar la demanda o en el transcurso del proceso, el fin último es lograr que la prueba pueda desfilarse en juicio sin ninguna alteración.

“A diferencia de las diligencias preliminares, las medidas de anticipación y aseguramiento de prueba sí que tienen como finalidad adelantar o garantizar incluso antes del inicio del procedimiento aquella prueba relativa al fondo del asunto que corre el riesgo de no poder practicarse si se sujeta a las ordinarias disposiciones temporales... las medidas de aseguramiento de prueba que pretenden que, en el momento procesal ordinario, tenga sentido proponer y sea posible practicar una prueba pertinente y útil”⁵¹.

Sobre la competencia del aseguramiento de la prueba, es claro el artículo 323 del CPCM al explicarnos dos supuestos:

- *Si se pide el aseguramiento de la prueba cuando el proceso está en curso, el competente para conocer sobre ello será el juez que está conociendo la causa (el tribunal que está resolviendo el litigio).*
- *Si se solicita el aseguramiento de la prueba antes de la interposición de la demanda, el conocimiento de ello es competencia del tribunal que deba de conocer del proceso principal.*

8.3 Anticipo de Prueba

El anticipo de prueba, es un mecanismo previsto por el ordenamiento jurídico en interés de la justicia y verdad real, que consiste en la solicitud formulada por una de las partes antes del proceso o antes de la fase probatoria, en el sentido que se produzca un medio de prueba concreto y se documente tal producción a efecto de que pueda ser valorado en el momento procesal oportuno.

La justificación para que pueda autorizarse el anticipo de prueba se encuentra en la existencia de un riesgo cierto de no poder ser aportada al proceso por alguna circunstancia sobreviniente. Como afirma Montero Aroca,

51 CLEMENTE CASAS, I. “Diligencias preliminares y medidas de anticipación y aseguramiento de prueba”, en “*Revista Actualidad Jurídica*”, número 12, Madrid, 2005. Pág. 93. Disponible en: <http://www.uria.com/documentos/publicaciones/1477/documento/foro7.pdf>

la anticipación de prueba, “consiste en la práctica de cualquier medio de prueba en momento anterior al del juicio, ante el temor de que la fuente propia del mismo se pierda, haciendo imposible su aportación al proceso. Se trata, no de asegurar la fuente, sino de practicar el medio⁵²”.

Con fundamento en el art. 328 CPCM, la competencia para conocer de la solicitud de anticipo de prueba corresponde:

- Al juez que está conociendo del proceso, cuando éste ya ha iniciado pero todavía no se encuentra en la fase probatoria.
- Al juez que debería conocer del proceso conforme a las reglas generales, cuando éste se realice de manera previa a la demanda.

8.4 Medidas Cautelares

Como observa Santiago Garderes, “el proceso suele concebirse como un instrumento lento y, en ocasiones, poco eficaz”. Este mismo autor indica que “aún las estructuras procesales más ágiles habrán de insumir un tiempo que consideradas las circunstancias del caso, puede resultar excesivo al poner en riesgo la eficacia de la tutela jurisdiccional⁵³”. Por su parte, Kielmanovich afirma que “Se advierte desde antiguo, que la natural y hasta diríamos inevitable lentitud de los procedimientos judiciales puede aparejar cierto riesgo de que la composición del conflicto resulte tardía⁵⁴”.

Ante la realidad de las demoras procesales se han propuesto diversas soluciones, como la implementación de procesos abreviados para abordar las pretensiones que presentan especial urgencia, aunque ello no elimina la estructura mínima de todo proceso vinculada al respeto de los principios de bilateralidad y contradicción, de allí que no elimina el riesgo de insatisfacción de los derechos que requieren de tutela jurisdiccional. Por ello, el ordenamiento

52 Citado por REYES HURTADO, M., *Tutela jurisdiccional diferenciada*, Palestra Editores, primera edición, Lima, 2006, pág. 443

53 GARDERES, S., en AA. VV., *Código Procesal Civil y Mercantil Comentado*, obra citada, pág. 461.

54 KIELMANOVICH, J., *Medidas cautelares*, Rubinzal Culzoni Editores, Buenos Aires, primera edición, 2000, pág. 14

jurídico ha previsto la institución de las medidas cautelares como mecanismo para salvaguardar la eficacia del proceso, a pesar de la demora antes indicada.

Gascón Inchausti delimita esta institución procesal señalando: *“Se trata, de disposiciones de carácter provisional, acordadas por el Juez, a través de las cuales se dispone lo que sea preciso para asegurar, durante la pendencia del proceso principal, que será posible llevar a efecto lo decidido en la sentencia, cuando ésta llegue, y suponiendo que sea estimatoria de las peticiones del actor^{55”}.*

La doctrina reconoce un conjunto de principios fundamentales que informan la institución procesal de las medidas cautelares, dentro de los que se enumera la universalidad de la aplicación, la proporcionalidad, la defensa y contradicción, la celeridad, la responsabilidad, la congruencia y el principio dispositivo. Dentro de estos principios debe destacarse la universalidad de aplicación, que se refiere a la posibilidad de solicitar medidas cautelares en todo proceso independientemente de su materia específica, así como su procedencia en cualquier etapa procesal, siendo procedente incluso de forma previa al inicio del proceso cuando se justifique el riesgo de ineficacia debido a la demora en la tramitación del mismo⁵⁶.

Por otra parte, los procesalistas destacan dos caracteres distintivos de las medidas cautelares: la instrumentalidad y la provisionalidad. Sobre el primero de estos caracteres se afirma que *“las medidas cautelares son instrumentales, por cuanto carecen de un fin en sí mismas, y se encuentran subordinadas y ordenadas funcionalmente a un proceso principal del cual dependen, en miras a asegurar el cumplimiento de la sentencia a dictarse en aquél^{57”}*; mientras que la provisionalidad se refiere a que las medidas cautelares *“habrán de subsistir hasta el momento que la sentencia definitiva adquiere firmeza o ejecutoriedad^{58”}.*

55 GASCÓN INCHAUSTI, F., *La adopción de las medidas cautelares con carácter previo a la demanda*, Cedecs Editorial, primera edición, 1998, pág. 19.

56 Cfr. GARDERES, S. et. al., ob. cit., págs. 463-468.

57 KIELMANOVICH, J., ob. cit., página 42.

58 KIELMANOVICH, J., ob. cit., página 42.

La adopción de las medidas cautelares requiere la intervención del órgano investido de la función jurisdiccional, ya que afectan el patrimonio del demandado antes de la existencia de un título de ejecución; por ello, se vuelve necesario la especial motivación de la resolución judicial en que se impongan tales medidas, la cual debe fundamentarse en el cumplimiento de los dos presupuestos básicos denominados tradicionalmente: *fumus boni iuris* y *periculum in mora*. El primero de ellos, consiste en la apariencia razonable de que el solicitante tiene derecho a aquello que pide en el proceso sobre el fondo, mientras el segundo presupuesto se refiere al peligro relativo al efecto del transcurso del tiempo que conduzca a perjudicar o volver ineficaz la resolución final del proceso⁵⁹.

Cómo se indicaba anteriormente, uno de los principios que informa la institución procesal de las medidas cautelares, es la universalidad de aplicación, lo que implica que las medidas cautelares pueden adoptarse antes y durante la tramitación del proceso, principio que se encuentra expresamente regulado en nuestro proceso civil y mercantil mediante el artículo 434 CPCM.

Partiendo de la universalidad de aplicación, debe indicarse que la competencia para imponer medidas cautelares comprende ambos supuestos, como se encuentra regulado en el artículo 449 CPCM: "*Será competente para la adopción de las medidas cautelares el juez que deba conocer o esté conociendo, en la instancia o recurso, del procedimiento en el que se han de acordar*". Del precepto antes citado se infiere que independientemente del momento procesal en que se soliciten, corresponderá al mismo tribunal que tiene a su cargo el proceso, o aquél que debería conocer cuando todavía no se ha interpuesto la demanda, siendo aplicables en este supuesto los criterios de competencia ya abordados, como el territorio y la materia.

Por otra parte, el artículo 449 CPCM, en su inciso segundo, también prevé dos casos especiales de competencia. El primero se refiere a la fijación

59 Cfr. GASCÓN INCHAUSTI, F., ob. cit., páginas 22-23.

de medidas cautelares en materia de arbitraje interno, estableciendo que *“la competencia corresponderá al juez de primera instancia del lugar donde se deba ejecutar la sentencia arbitral o donde deban surtir efecto las medidas”*; el segundo se refiere a procesos jurisdiccionales o arbitrales desarrollados en el extranjero, para los cuales se establece igual regulación, con la salvedad de las previsiones específicas de los tratados internacionales ratificados por el país.

IX. Reflexión final

El Código Procesal Civil y Mercantil vigente desde el 1 de julio de 2010, ha generado una profunda transformación en el funcionamiento de la justicia en el ámbito del Derecho Privado, introduciendo un proceso por audiencias que vino a sustituir la anterior regulación procesal de corte escrituralista prevista en el Código de Procedimientos Civiles que tuvo más de un siglo de vigencia.

Este cambio de los procesos civiles y mercantiles que incluyen el principio de oralidad, pretende agilizar un sistema estancado en formalidades y que saturaba el sistema e impedía la pronta y cumplida justicia. Es innegable que muestra retos para los profesionales del derecho, pero que representa una avance al proceso.

La norma procesal de 2010, además del establecimiento de audiencias en la tramitación procesal, contiene cambios importantes en la adopción de nuevas clasificaciones de procesos; la previsión del recurso de revisión de sentencias firmes; la regulación específica de procesos especiales como el monitorio y el posesorio; así también una reformulación de las normas y principios de Derecho Probatorio.

Dentro del conjunto de aspectos innovadores antes mencionado, el CPCM modifica profundamente la regulación normativa de la competencia, institución jurídica que delimita esferas de acción que corresponde a los diversos tribunales entre sí.

En el CPCM, el legislador ha dispuesto de manera sistematizada la regulación de los ámbitos de competencia de la Corte Suprema de Justicia, las Cámaras de Segunda Instancia, Juzgados de Primera Instancia y de Paz, todo con el propósito de facilitar el acceso a la administración de justicia para las personas que reclaman la intervención de los órganos jurisdiccionales para resolver sus controversias.

ESTUDIOS

Breve referencia a la concepción principalista del derecho y al ciclo vital de las obligaciones

Prescripción y caducidad en materia de familia

Parte I

Lic. Cristian Eduardo Palacios Martínez

Prescripción y Caducidad en Materia de Familia

Breve referencia a la Concepción Principialista del Derecho y al ciclo vital de las obligaciones

Parte I

Lic. Cristian Eduardo Palacios Martínez

Resumen

El Derecho es un organismo vivo, está en constante cambio, sujeto a colisiones entre sus componentes y transitando progresivamente en el tiempo. Sin duda alguna que la idea de Derecho invoca la idea de obligación, pues hablar de Derecho es hablar de la necesidad de ejercer o no una actividad, bajo la advertencia de sufrir la imposición y el cumplimiento de una sanción. El Derecho es un mundo obligacional, y una obligación es la fuerza que mantiene unidas a las instituciones jurídicas, adecuando la interacción entre ellas y posibilitando que el orden jurídico no se altere. Ahora bien, las obligaciones tienen su propia naturaleza y explicación, la forma de cómo se originan, expresan, desarrollan y extinguen; es decir, tienen su propio ciclo vital. Asimismo, el Derecho es un sistema de principios dotados de justicia, según lo predica la Concepción Principialista del Derecho. En esta concepción no se interpreta a los principios como partículas absolutas y sobrepuestas al todo, sino como compuestos inteligibles y entrelazados que responden a una forma coherente y estable de la labor jurídica, como parte del quehacer de la sociedad. La Concepción Principialista del Derecho permite entonces descubrir que la eficaz aplicación de un sistema normativo no depende de la codificación cerrada y extensiva del mismo, sino de la adecuada interpretación de los principios que guían su composición y estructura. Sin duda alguna que en esta concepción los principios tienen no solo un valor supletorio del Derecho, sino también un valor fundamentador e interpretativo del mismo.

PALABRAS CLAVE: CADUCIDAD – CONCEPCIÓN PRINCIPIALISTA DEL DERECHO – DERECHO DE FAMILIA – OBLIGACIONES JURÍDICAS – PRESCRIPCIÓN – PRINCIPIOS JURÍDICOS.

Abstract

The law is an alive organism in constantly change, subject to collisions between components and progressively traveling in time. Certainly, the idea of law invokes the idea of obligation, because law is talk about the need to exercise or not an activity, under the warning to suffer the enforcement and fulfillment of a sanction. The law is an obligational world and an obligation is the force that holds together the legal institutions, adapting the interaction between them and enabling the legal system is not altered. However, the obligations have their own nature and explanation, the way how they originate, express, develop and extinguish; meaning, it has their own life cycle. Also, the law is a system equipped principles of justice, according to Principialist Conception preached by the law. It does not interpret in this conception of the principles as absolute and overlaid particles at all, but as intelligible and intertwined compounds that respond to the way stable and consistent with legal work, as part of the task of the society. The Principialist Conception of law allows discover the effective implementation of a regulatory system does not depend on the closed and extensive encoding the same, but the proper interpretation of the principles that guide their composition and structure. Clearly, the principles have not only a substitute value of law in this conception, but also a foundational and interpretive value the same.

KEYWORDS: EXPIRY – PRINCIPIALIST CONCEPTION OF LAW – FAMILY LAW – LEGAL OBLIGATIONS – PRESCRIPTION – LEGAL PRINCIPLES.

Breve referencia a la concepción principalista del derecho y al ciclo vital de las obligaciones Prescripción y caducidad en materia de familia

Parte I

Lic. Cristian Eduardo Palacios Martínez¹

*...en el mundo están ocurriendo cosas increíbles (...)
Ahí mismo, al otro lado del río, hay toda clase de aparatos mágicos,
mientras nosotros seguimos viviendo como los burros...²*

Introducción

En el artículo se describen algunas consideraciones sobre la prescripción y caducidad en materia de familia en el sistema jurídico salvadoreño, que nacen del seno de la práctica forense y, desde luego, en el estudio de las corrientes teóricas que se sustentan y explica sobre el acervo doctrinario de los científicos del Derecho.

Se busca poner a disposición de la administración pública y de los actores del sistema judicial, y por supuesto, de todos los interesados por el Derecho de Familia, una aproximación teórica a uno de sus apéndices, este es, el que refleja los efectos jurídicos del tiempo en la consolidación de las relaciones jurídicas. Esa área de la que hablamos es la del mundo de las obligaciones de orden familiar.

1 Licenciado en Ciencias Jurídicas, graduado de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la Universidad de El Salvador. Colaborador Judicial del Juzgado Segundo de Familia (Juez 2), del Municipio de San Salvador, Departamento de San Salvador, El Salvador.

2 Por José Arcadio Buendía en **GARCIA MARQUEZ, Gabriel**, *Cien años de soledad*, Bruguera, Barcelona, 1985, p. 13.

Para efectos de sistematización y exposición de la información, el presente trabajo se ha dividido en tres partes, la primera parte está referida a la exposición de las bases teóricas en torno a la Concepción Principilista del Derecho y al ciclo vital de las obligaciones. La segunda parte estará referida al desarrollo de la prescripción, y la tercera, a la exposición de los temas académicos que corresponden a la caducidad y al contraste de ambas instituciones jurídicas. *Las dos partes que completan el contenido de este trabajo serán puestas a disposición del lector en las siguientes publicaciones de esta revista.*

Este artículo tiene por objetivo ampliar el campo del Derecho de familia en nuestra cultura jurídica y enriquecer un campo de estudio tan fértil como es el Derecho de obligaciones de orden familiar. Desde luego que el enriquecimiento teórico no inicia con la exposición de las ideas que este artículo contiene, sino en la crítica y superación que se tenga de ellas.

I. Enfoque de estudio

En términos generales, el enfoque de estudio permite conocer cuál es la percepción que el intérprete tiene de la realidad jurídica que investiga (Derecho objetivo, subjetivo, vigente, positivo, público, privado, social, por ejemplo.), para facilitar la comprensión de su investigación. Asimismo, según el enfoque de investigación, se establece la perspectiva teórica empleada para descubrir, interpretar y exponer los datos obtenidos en la investigación (orientación teórica del iusnaturalismo, iuspositivismo, del realismo jurídico – como reduccionismos jurídicos -, del formalismo jurídico, de las teorías argumentativas, por ejemplo) y con ello, definir el tipo de investigación jurídica: Jurídica- dogmática formalista o jurídica-histórica sociológica.

Existen diferentes enfoques como interpretados existen, algunos que han sido clasificados en razón de las características más generales que presentan, con rasgos propios que van desde concepciones tradicionales hasta orientaciones más modernas, con métodos precisos (Analítico, sintético, deductivo,

inductivo, analógico- comparativo, sistemático, histórico, dialéctico, intuitivo) y con técnicas de investigación particulares (encuesta, entrevista, análisis de casos, cuadros comparativos, entre otras).

El enfoque empleado en la investigación que dio lugar al presente artículo fue eminentemente normativo, con ciertos caracteres axiológicos³ y fácticos, que no lo hacen encajar precisamente con los reduccionismos jurídicos; no obstante que, el núcleo de la investigación fue eminentemente jurídico-dogmático formalista, reduciéndose a analizar, sintetizar, deducir, inducir y comparar el significado de la norma, y contrastar su contenido con los valores y principios que la justifican.

Por lo tanto, en la elaboración de este trabajo se ha utilizado el método deductivo, en el que se parte de lo más abstracto (valores y principios) y se concretiza con los supuesto de hecho (casuística); y con ello, se construye el enlace que une al origen o fuente (Derecho) con el destino (casuística), y así, prever el fin o resultado (Jurisprudencia).

II. Noción previa

A semejanza de los fenómenos del mundo físico, que acontecen dentro de un orden mayor, es decir, dentro de un sistema solar, que pertenece a una galaxia, y ésta al universo; las instituciones jurídicas pertenecen a un

3 Toda regulación del actuar humano implica una elección de valores; por ello, lo normativo está íntimamente ligado a la axiología, es decir, al mundo de los valores. Vid. **MARTINEZ MARULANDA, Diego**, *Fundamento para una introducción al derecho*, Colección Erinia, Universidad de Antioquia, Medellín, 2007, p. 41. Se ha dicho que los valores son básicos y primarios, las normas son derivadas y secundarias. Incluso, se dice que las normas son instrumentales para la realización de algunos valores. Vid. **VON WRIGHT, Georg Henrik**, *Un ensayo de lógica deóntica y la teoría general de la acción*, traducido por Ernesto Garzón Valdés, Colección: Cuadernos, Cuaderno 33, Instituto de Investigaciones Filosóficas, Universidad Nacional Autónoma de México, México D.F., 1976, p. 12. El Derecho involucra aspectos axiológicos, con diferentes denominaciones por los autores, así: la corrección moral o pretensión de corrección, como un concepto no-positivista del Derecho (Robert Alexy) o de la moral objetiva (Moreso). Vid. **FERRAJOLI, Luigi**, *“Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista”*, Edición digital, en **AA.VV.**, *Doxa* (publicaciones periódicas): Cuadernos de Filosofía del Derecho, revista electrónica, número 34, 2011, Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, p. 29. Disponible en <http://bib.cervantesvirtual.com/FichaObra.html?Ref=053980> [Consultado el 14-05-14].

ordenamiento jurídico, que forma parte de algo mayor, es decir, a un *sistema jurídico*⁴, que se aloja en un conglomerado social, precisamente, dentro de la sociedad. Dentro de ese sistema orbitan todas las instituciones jurídicas, incluidas las fuentes del Derecho, entorno y a favor de las personas. En un mundo ético-abstracto, al igual que los fenómenos del mundo físico, las instituciones jurídicas tienen una razón de ser, viven interactuando bajo un orden que, en mayor o menor medida, es armónico e inteligible, expresando con ello su propio cosmos. Ésta es una visión estructural del Derecho⁵, con la que tampoco se agota la idea del mismo.

El Derecho está insertado en una *galaxia social*. El Derecho es un *mundo obligacional*, y en la forma de concebirlo en este artículo, una obligación es la fuerza que mantiene unidos a los *átomos jurídicos*, es decir, a las instituciones jurídicas⁶, adecuando la interacción entre ellas⁷ y posibilitando que el orden jurídico no se altere. Las obligaciones - jurídicas - posibilitan y potencializan la continuidad de las relaciones jurídicas, y desde esta óptica, permiten la

4 La idea de *sistema jurídico* en este artículo es más amplia que la de ordenamiento jurídico. Por ello, el concepto de sistema jurídico no corresponde exactamente con la idea de *constitucionalismo*, que en sí misma envuelve la idea de sistema normativo.

5 Desde un enfoque realista o sociológico, el Derecho no es simplemente lenguaje y normatividad, sino también, comportamiento humano, y en particular, comportamiento judicial. Asimismo, el Derecho es argumentación, una técnica para la solución de problemas prácticos. Como argumentación el Derecho es un instrumento que humaniza los principios y valores. Es el campo de conjeturas fácticas y refutaciones jurídicas. Vid. **ATIENZA, Manuel**, "El Derecho como argumentación", en **AA.VV.** *Argumentación jurídica*, Revista electrónica Isegoria, número 21, 1999, pp. 37-38. Disponible en <http://isegoria.revistas.csic.es/index.php/isegoria/issue/view/4>. [Consultado el 15-05-14].

6 Entiéndase a éstas como elementos vivos del Derecho, como entidades elementales que conforman el engranaje más lógico y estable del orden jurídico, cuya vitalidad la obtienen por el hecho de que se constituyen como verdaderas exigencias, y que por lo tanto, ameritan una regulación normativa más o menos detallada; o porque son un soporte del orden jurídico. Así, las ideas de persona, Estado, propiedad, inquilinato, prescripción, caducidad, orden público, vida, seguridad jurídica, por ejemplo, son instituciones jurídicas, porque el Derecho se sustenta sobre ellas, y por tal motivo, llega al punto de regularlas en cuerpos normativos de una forma especial. Inclusive, el Derecho se auxilia de ellas para actualizarse y legitimarse, en ocasiones, aun sin su previa codificación.

7 A la configuración que la norma jurídica hace de los hechos sociales básicos, teniendo siempre en cuenta valores y posibilidades, es a lo que llamamos instituciones jurídicas. Estas instituciones se proponen a los sujetos de Derecho, quienes participan con ellas mediante las *relaciones jurídicas*. Vid. **MORAN MARTIN, Remedios**, *Materiales para un curso de historia del derecho*, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 2010, p. 65.

progresiva continuidad del Derecho, y a su vez, el equilibrio de las relaciones humanas. Las obligaciones tienen su propia naturaleza y explicación, la forma de cómo se constituyen, expresan, desarrollan y extinguen. Las obligaciones tienen su propia *cosmología jurídica*.

A pesar de las semejanzas que se advierten al hacer una analogía entre el mundo físico y el mundo jurídico, las leyes que en uno y otro rigen son totalmente diferentes, en el primero son firmes e inalterables, mientras que en el segundo, son totalmente lo contrario. En el mundo físico, por ejemplo, las fuerzas que mantienen la existencia de las cosas no son establecidas por el ser humano, en cambio en el mundo jurídico, las fuerzas (obligaciones) que realizan el orden jurídico, sí lo son; no obstante que estas últimas obedecen no a una voluntad individual, sino a unos *valores* que encarnan la voluntad generalmente aceptada por un grupo humano en una época determinada.

Aún con la luz de la razón que deja ver las semejanzas entre el mundo físico y el mundo jurídico, no se pueden explicar de la misma manera las leyes que los rigen, sino que se requieren de métodos y técnicas distintas, que encajen con los objetos de estudio que un mundo y otro presentan. Comprender ésto es esencial para la *cosmología jurídica* que intenta explicar el origen, evolución, expresión, estructura y finalidad del Derecho; y desde luego, para explicar el *ciclo vital de las obligaciones*⁸ y los incidentes que se manifiestan en él. En efecto, debemos comprender que la obligación jurídica se ve afectada por la prescripción y la caducidad⁹, pero de una forma incidental, porque estas instituciones pueden o no manifestarse en las fuerzas que dan estabilidad al ordenamiento jurídico.

Ahora bien, no obstante que el mundo físico y el mundo jurídico no obedecen a las mismas leyes, esto no es óbice para indicar que, las leyes de uno

8 La idea de *ciclo vital de las obligaciones* ha sido tomada de JULIAN, Emil Jalil, "El sistema normativo de la Teoría General de las Obligaciones en el Código Civil proyectado", en AA.VV., *Derecho Privado. Reforma del Código Civil. Obligaciones y Responsabilidad*, Directores Gustavo Caramelo y Sebastián Picasso, Editorial Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, Buenos Aires, Año I, Número 3, Diciembre 2012, p.4.

9 La caducidad -extraprocesal-, como adelante se expondrá, indirectamente afecta los derechos. Por ello, si las obligaciones son el correlativo de los derechos, la caducidad indirectamente afecta las obligaciones también.

y otro se revelan al ser humano y es éste quien las *descubre*, interpreta, comprende y explica, para finalmente, en una ulterior fase del conocimiento, tener la capacidad de predecir los fenómenos que en uno y otro sucederán. Desde luego, el todo o una parte de él, se revela por la acuciosidad que caracteriza al pensamiento humano, afectado por el germen de la continuidad del saber.

Antes de comprender los efectos del tiempo en la consolidación de las relaciones jurídicas, a través de las instituciones de prescripción y caducidad, es necesario conocer más de cerca cuáles son las fuerzas que mantienen el orden establecido en el mundo jurídico, los enlaces que procuran dar estabilidad y seguridad a un mundo tan cambiante y complejo. Concretamente, es indispensable saber cuál es el *ciclo vital de las obligaciones jurídicas*, atendiendo a la constitución o nacimiento, desarrollo o vida y extinción o muerte de las mismas.

III. El Derecho

El Derecho es un organismo vivo, al igual que el planeta, está en constante cambio, sujeto a colisiones entre sus componentes y transitando progresivamente en el tiempo. El Derecho es el *Dasein del deber ser*. Él se reproduce asimismo, no requiere de conceptos cerrados y acabados que lo declaren, se basta con la interpretación del pensamiento humano. El Derecho se reproduce y renueva todos los días en los Tribunales y Juzgados, en las instituciones de la administración pública, e inclusive, en las más simples relaciones humanas. De ahí que, para el *Realismo Jurídico*¹⁰, el Derecho se crea y reproduce con la práctica forense.

El mundo jurídico, como el mundo físico, no se crea ni se destruye, solo se transforma, y en consecuencia, los nuevos elementos del mismo, únicamente, se *descubren*. El Derecho en su aplicación se revela como algo nuevo y acabado, a pesar que está en constante cambio, sometido a leyes sociales, a choques de

10 Es una nota distintiva del *Realismo Jurídico Estadounidense o Conductista*, la creación judicial del Derecho. Vid. **MORALES, José Humberto**, *Apuntes de Filosofía del Derecho*, Editorial Universitaria, Universidad de El Salvador, San Salvador, 2011, p. 78.

intereses y a ponderación de valores. Por ello, el Derecho, en la concepción que se ha descrito, a raíz del estímulo que los hechos le producen, únicamente se descubre asimismo. Entonces, el error del Derecho no está en él, sino en el pensamiento de quien lo descubre, interpreta y expone.

Ahora bien, en este artículo centraremos nuestro interés en la idea pragmática de Derecho, es decir, partimermos de la noción de Derecho como vinculación, necesidad, gravamen, compromiso, o más precisamente, como *obligación*. La entidad misma del Derecho es “ser obligación” (*Dasein del deber ser juridico*¹¹).

3.1. El Derecho como obligación

La concepción jurídica de las relaciones humanas se reviste del elemento obligacional, del yelmo de la necesidad afflictiva. La idea de Derecho invoca la idea de obligación. Hablar de Derecho es hablar de la necesidad de ejercer o no una actividad, bajo la *advertencia* de sufrir la imposición y el cumplimiento de una sanción, positiva o negativa.

El Derecho es la antesala de una serie de advertencias, positivas o negativas, para sus destinatarios. Al mismo tiempo, es la concretización de esas advertencias; por tal motivo, el Derecho es, y a su vez, se permite ser la fuente y el medio que se descarga en un fin, este es, la persona humana, a quien se revela y sobre quien se deja ser de la forma en que se conoce. Ahora bien, esa forma de descargarse no es tan sencilla como se describe, sino más bien, obedece a una mecánica interna y lógica, más o menos compleja de la organización social.

El Derecho como lo conocemos es una imposición que manda, permite o prohíbe. Es una fuente de mandatos y reglas, y el medio por el cual se canalizan y cumplen esos mandatos y esas reglas. Para que el Derecho sea descargado, observado o actualizado en los sujetos de derecho, se requiere que

11 El Derecho está ahí, tiene su propia existencia. Tiene un tiempo y un lugar en el que se manifiesta. No está en nuestra conciencia, es una entidad externa que se sobrepone, naturalmente, al comportamiento humano, pues tiene la suficiente fuerza real para doblegarlo.

éstos lo acepten como legítimo o válido. El proceso de aceptación del Derecho es silencioso, porque los sujetos de derecho desde su nacimiento o constitución se incorporan a un orden pre-establecido, y a pesar que lo reconocen bajo la condición de su propia seguridad personal, patrimonial y jurídica, no interviene una voluntad real y expresa, sino más bien, una presunción¹² de aceptación. Aunado a lo anterior, los sujetos de derecho, como destinatarios de las normas, sacrifican una porción de su estado de libertad y, a cambio, se vuelven condicionadamente libres.

3.2. Coercibilidad del Derecho.

Que el Derecho sea obligatorio significa que deviene en coercible. La *coercibilidad* es el carácter innato del Derecho que potencializa la eficacia de sus *proposiciones jurídicas*.

La *coercibilidad* es el carácter del Derecho, precisamente, de las normas jurídicas¹³, que posibilita que ante su desobediencia, las mismas sean cumplidas por sus destinatarios con la intervención aflictiva, amenazante o constrictiva de un tercero, particularmente, ese tercero es el Estado. La coercibilidad realiza y concretiza la hetero-composición de los conflictos humanos. En la justicia privada y en la auto-composición¹⁴ no existe coercibilidad, sin perjuicio del respaldo coactivo que presta el Estado en esta última forma de solucionar los conflictos de intereses.

12 Por ello no es extraño que en la creación racionalista del Estado Constitucional de Derecho, se presuma que todas las normas son constitucionales - y por lo tanto obligatorias -, y que para establecer lo contrario, deben ser declaradas como inconstitucionales por la autoridad competente y bajo los medios establecidos legalmente.

13 Bien se ha dicho que la *coercibilidad* es una característica de la norma jurídica, junto con la racionalidad, la generalidad, la imperatividad, la estatalidad, la unidad formal, la unilateralidad, la permanencia y el carácter proposicional.

14 Puede definirse como aquella forma pacífica y directa de solución de los litigios que consiste en la subordinación, recíproca o unilateral, del interés de cada una o de una de las partes del litigio, al de la otra que está en litigio. *Vid. ALDEA MOSCOSO, Rodolfo Alejandro, De la autocomposición. Una contribución al estudio de la solución de los conflictos jurídicos*, Editorial jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1989, p. 86.

El Derecho es coercible porque naturalmente es infringido. Él legitima y valida su existencia en su propia desobediencia; por ello, requiere ser coercible para superar lo que él mismo ha previsto. Las leyes existen porque la evolución social las ha exigido, pues si la vida en sociedad estuviera libre de intereses, las leyes no serían necesarias. Es decir, la coercibilidad del Derecho tiene su fundamento en que éste será, naturalmente, infringido o desobedecido.

Aun cuando se debate sobre la naturaleza jurídica de las normas del Derecho Internacional, por su aparente falta de coercibilidad, no restaremos el carácter jurídico de las mismas, porque el Derecho en sí mismo obtiene el carácter coercible de los principios generales del Derecho (valores imperantes de la época), precisamente, de la idea de justicia¹⁵. El Derecho atiende a un fin último: La justicia¹⁶ en la persona. Este fin determina qué conducta debe ser obligatoriamente observada. Algo se exige porque se considera o se debería considerar como necesario para alcanzar justicia. Si la obligación no atiende a ese fin, ella es naturalmente ilegítima y por lo tanto, debería ser desobedecida.

El Derecho como producto histórico, es expresión de una historia determinada, esto es, de los valores imperantes de la época que se vive. Justamente, las formas o modos del Derecho para hacerse valer asimismo variarán según las sociedades se han organizado en el devenir del tiempo¹⁷. Por eso, el Derecho Internacional que se ha dicho que es más un Derecho de contenido moral¹⁸ que jurídico, tiene su forma de auto-ejecutarse conforme a su evolución histórica

15 El estudio de las fuentes del Derecho puede adoptarse desde una *óptica jurídico-positiva* o desde una *óptica filosófica-jurídica*. Vid. **GARCIA CUADRADO, Antonio M.**, *El ordenamiento constitucional. Un enfoque histórico y formal de la teoría de la Constitución y de las fuentes del Derecho*, Editorial Club Universitario, Alicante, 2002, p. 196.

16 De ahí que se hable de lo que se ha dado a llamar la Dikelogía, esto es, la ciencia de la justicia. Vid. **ALDEA MOSCOSO, Rodolfo Alejandro**, *De la autocomposición...*, Ob. cit., p. 86.

17 No es extraño que en la actualidad se pretenda que las personas que comercializan por medios electrónicos ("personas virtuales") paguen tributos al igual que las personas naturales. Son exigencias que la sociedad exige según su evolución histórica.

18 Esta nota distintiva es importante porque se ha considerado que el Derecho es coercible y la moral no. Vid. **OLASO, Luis María**, *Curso de Introducción al Derecho. Introducción Filosófica al Estudio del Derecho*, Tomo I, 3ª edición, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 1998, p. 120.

hasta la actualidad. No sería extraño que en un futuro se reconozcan medios realmente apremiantes para obligar a los Estados a cumplir con sus obligaciones. Además, que se discuta acerca del contenido jurídico del Derecho Internacional tiene que ver con la inexistencia de un Estado mundial¹⁹, pero eso no es razón para desnaturalizarlo como un derecho moral.

3.3. Principios Generales del Derecho (Concepción Principialista)

Que el Derecho sea obligación no se reduce a que sus palabras estén impresas en papel, a que haya sido positivizado, sin perjuicio que esta última sea una cláusula de cierre aparente y necesaria del Derecho. La *concepción principialista del Derecho* permite descubrir que la eficaz aplicación de un sistema normativo no depende de la codificación cerrada y extensiva del mismo, sino de la adecuada interpretación de los hilos (principios) que guían su composición y estructura jurídica. En la *concepción principialista del Derecho* los principios tienen no solo un valor supletorio del Derecho, sino también un valor fundamentador e informador o interpretativo del mismo²⁰.

Los principios generales del Derecho no devienen de las normas jurídicas, no son producto de éstas, sino no todo lo contrario; a pesar que algunas legislaciones han reconocido en sus textos normativos a los principios generales del Derecho como fuentes del mismo²¹. Es decir, contemporáneamente, desde una visión racionalista, se produce la “codificación principialista”, y a este fe-

19 Vid. ATIENZA RODRIGUEZ, Manuel, *Tres lecciones de Teoría del derecho*, Editorial Club Universitario, Alicante, España, 2000, p. 34.

20 Vid. JORDANO BAREA, Juan B., “La fuente primaria del Derecho (Glosa a una vieja disputa entre Castro y D’Ors)”, en AA.VV., *Libro homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, coordinadores J.M. González Porras y F.R. Méndez González, Volumen I, Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Editum, Universidad de Murcia, España, 2004, p. 2,548.

21 Esto sucede con la legislación Española, que en el artículo 1 del Código Civil ha establecido que las fuentes del ordenamiento jurídico español son la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho. Véase la nueva edición del Real Decreto de España del 24 de julio de 1889.

nómeno no es ajena nuestra cultura jurídica-política, y tampoco nuestra técnica legislativa²². De tal forma que, el *constitucionalismo garantista* considera que los principios éticos-políticos son expresiones viejas del derecho natural que han sido positivizados, convertidos en principios jurídicos vinculantes para todos los titulares de funciones normativas²³.

Desde una concepción *filosófica-jurídica*, el núcleo del Derecho se encuentra en el vigor de los principios innatos del mismo, y no en la positivización de las normas jurídicas. Esos principios innatos son los hilos que descubren la existencia de un orden normativo supremo al escrito, aquel que va por delante de los textos normativos y que cuenta de la existencia de las normas para que los sujetos de derecho las conozcan. Resulta oportuno manifestar que, el legislador es mecánico y limitado, y en consecuencia, por momentos inconsciente e insensible; en cambio los principios del Derecho son flexibles y llenos de contenido, al alcance de todos los justiciables, no de unos cuantos legisladores, quienes sustentados en la idea de representación popular deciden que será Derecho (positivo) para esta época histórica.

En la *concepción principialista del Derecho* no se interpreta a los principios como partículas “absolutas y sobrepuestas al todo”, sino como compuestos inteligibles y entrelazados que responden a una forma coherente y estable de la labor jurídica, como parte del quehacer de la sociedad. Efectivamente, *el Derecho es un sistema de principios dotados de justicia*; que no responde a intereses particulares, sino a valores de un conglomerado humano. Aclarado lo anterior, podemos concluir que, los principios no se aplican de forma absoluta, de ser así, con principios se vaciaría la ley, y ésta perdería su contenido y se desconocería toda idea de seguridad jurídica, y más aún, toda idea de Estado Constitucional/Social/Ambiental de Derecho. Esta es la razón de ser del principio de legalidad

22 El Código Procesal Civil y Mercantil (2010) es el más claro ejemplo de este fenómeno en El Salvador, en cuyo contenido general se “reconocen” algunos de los principios del Derecho Procesal, que forman parte, a su vez, de la amplia gama de principios del Derecho.

23 Vid. FERRAJOLI, Luigi, “Constitucionalismo...”, Ob. cit., p. 27. Se trata del *neoconstitucionalismo*, *constitucionalismo principialista* o *ius-constitucionalismo*, que el citado autor nomina.

Realmente es una especie de *apeiron jurídico*, porque todo regresa a sus orígenes y se renueva de una forma infinita. El Derecho se renueva, y a su vez, se descubre por sus destinatarios.

Entonces, Derecho no es solo el Derecho Positivo, a pesar que éste es el que se revela con mayor facilidad a sus destinatarios. El soporte del Derecho tal como lo conocemos son los principios del Derecho, y en consecuencia, los pilares del mundo jurídico se encuentran en un orden superior, que se revela a los sujetos de Derecho de una forma renovada en cada época histórica, con mayor o menor grado de estabilidad, según sea exigido por los interés que la sociedad pretenda proteger.

IV. Las obligaciones

4.1. Importancia de la teoría general de las obligaciones.

Para hacer referencia a las diferentes áreas de la realidad jurídica nos referimos a la idea de *plataformas jurídicas*²⁵. Ellas se construyen, entrelazan y transforman a partir de obligaciones. Ninguna *proposición jurídica* tiene vigor en la realidad si no es a partir de una *advertencia jurídica*, esto es, de una *consecuencia jurídica*. Los destinatarios de las normas las obedecen bajo el entendimiento de que su incumplimiento conlleva la realización de lo advertido por las mismas normas. Incluso, en la concepción *rousseauuniana*, que brinda una conjetura a la causa de la vida en sociedad bajo el imperio de una autoridad, la idea de *contrato social* implica el aviso de constreñir a los “otorgantes”, bajo los mecanismos estipulados a su cumplimiento.

Es la conducta humana, su resistencia y falibilidad, la que justifica la necesidad de las obligaciones. Las obligaciones sustentan la posibilidad

25 Una *plataforma jurídica* es cualquier campo económico, social, cultural, político, por ejemplo, cuya estructura se conforma y se rige por normas jurídicas.

de que se ejecute lo incierto. Por lo tanto, conocer las fuerzas que unen a las piezas del todo, y que permiten que las plataformas jurídicas funcionen de la mejor forma posible, es tan importante como conocer el todo. No se explica la unidad si no fraccionando cada uno de sus componentes. Se comprende que, desde el punto de vista social, económico, político y cultural, en una sociedad multiforme y dinámica como la de nuestros días, el Derecho de obligaciones y la teoría general que las explica, adquieren una importancia muy relevante, debido a que mediante obligaciones se desenvuelven la inmensa mayoría de las relaciones jurídicas, a través de las cuales cada individuo se desarrolla en la vida de su comunidad²⁶.

No existe la duda del protagonismo que tiene la teoría general de las obligaciones para las ciencias jurídicas, porque al hablar de ellas en sentido genérico, nos acercamos a sub-especies, según la naturaleza de las plataformas jurídicas sobre las cuales operan. Así, la teoría general de las obligaciones tiene una aproximación a las de carácter civil y mercantil, que regulan el tráfico jurídico entre personas privadas o públicas con ánimo de obtener lucro o no. Al mismo tiempo, se aproxima a las obligaciones que reglamentan los intereses de grupos sociales plenamente consolidados en una época y lugar determinado, como las obligaciones de patronos y trabajadores, de proveedores y consumidores, entre otros; y desde luego, se aproxima a las de orden familiar, sobre las cuales trata este artículo.

4.2. Concepto de obligación

Para no incurrir en apreciaciones desgastantes, a pesar de sus diferencias²⁷, se estima como equivalentes a los conceptos de obligación y

26 En **DIAZ PAIRO, A.**, *Teoría general de las obligaciones*, Vol. I, 2ª edición, La Habana, 1945, p. 1, citado por **ACEDO PENCO, Ángel**, *Teoría General de las Obligaciones*, Dykinson, Madrid, 2010, p. 19.

27 Se ha considerado que el deber indica alguna cosa más imperiosa para la conciencia, y en cambio, la obligación indica alguna cosa más absoluta para la práctica. *Vid. BARCIA, Roque*, *Sinónimos Castellanos*, Universidad del Rosario, Colección Clásicos del Saber, Bogotá, 2010, p. 105. Así, se ha dicho que la obligación se impone por la ley; el deber viene de la conciencia. El hombre moral y religioso tiene deberes, y el hombre asociado, tiene obligaciones. No obstante lo anterior, jurídicamente los términos deber y obligación son equivalentes porque no tienen

deber. El concepto de obligación, independientemente de la causa, denota la necesidad de cumplir con una actividad en particular o de dejar de hacer una en especial, a efecto de procurar o impedir, concretizar una advertencia, que se traduce en una aprobación o en la adquisición de un beneficio, o en el modo de evitar un reproche.

Sin embargo, el concepto antes expuesto es demasiado genérico, ya que es aplicable a cualquier clase de obligación, motivo por el cual no es posible distinguir la línea divisoria entre las obligaciones jurídicas de las que no lo son; en ese sentido, definiremos que es una obligación jurídica, no sin antes indicar cuáles son las clases de obligaciones y de normas.

4.3. Cuádruple raíz del origen de las obligaciones

Las obligaciones son las vinculaciones de enunciados normativos, que implican una regulación de la actividad humana²⁸. Por ello, las obligaciones son derivaciones formales del contenido de la norma. Por su parte, la norma se ha definido como una regla de comportamiento. De esta manera, tradicionalmente, se han clasificado cuatro clases de normas, a saber: Morales, religiosas, sociales y jurídicas. A su vez, las obligaciones son de cuatro clases: Morales, religiosas, sociales (usos sociales) y jurídicas. Esta es la *cuádruple raíz* del origen de las obligaciones o del deber ser.

La *cuádruple raíz* del origen de las obligaciones o del *deber ser*, encuentra su fundamento y expresión, como se ha indicado, en las normas morales, religiosas, sociales y jurídicas²⁹; que importa diferenciarlas para efectos de estimar el carácter jurídico de una conducta y de su posible sanción legal. En

divergencias sustanciales. Por ello, parece más razonable la posición de quienes (Como H. Kelsen, H. Nawiasky, H. Hart...) prefieren utilizar como sinónimo los términos deber jurídico y obligación jurídica. Vid. MONTORO BALLESTEROS, Alberto, *El deber jurídico*, Cuadernos de Teoría Fundamental del Derecho, número 14, Universidad de Murcia, 1993, p. 9.

28 Vid. MARTINEZ MARULANDA, Diego, *Fundamento...*, Ob. cit., p. 41.

29 Para el estudio de los diferentes caracteres de las normas religiosas, morales, sociales (usos sociales) y jurídicas, consúltese HOFFMAN ELIZALDE, Roberto, *Introducción al estudio del Derecho*, 2ª edición, Universidad Iberoamericana, México D.F., 1998, pp. 15-26.

este artículo hablaremos concretamente de las normas jurídicas, caracterizadas, habitualmente, por ser *externas, bilaterales, heterónomas y coercibles*³⁰.

Contemporáneamente, la doctrina acepta una *tendencia de reformulación*, estimando que una norma es jurídica no por ser necesariamente *externa, bilateral, heterónoma y coercible*, sino porque pertenece a un *sistema jurídico* que sí lo es. Por ejemplo, la norma que establece la mayoría de edad en los distintos países no es una norma coercible, en tanto que su pretensión no es regular la conducta humana apelando a la fuerza; sin embargo, tal disposición se puede considerar una norma jurídica por cuanto pertenece a un sistema de normas que se denomina ordenamiento jurídico³¹, que sí es coercible. De esta manera, es correcto que, el carácter jurídico de una norma, y en consecuencia, la vinculación que produce para sus destinatarios – obligación jurídica -, se aprecie no en función de la norma aisladamente, sino como perteneciente al todo, esto es, al sistema jurídico que integra. Esta visión es compatible con la concepción principialista del Derecho, y además, más completa, porque no excluye la juridicidad de las normas en función de la operatividad individual de cada una de ellas, sino todo lo contrario.

Es importante destacar lo mencionado por su alto valor académico, al grado que ramas del conocimiento como la Filosofía del Derecho, se han preocupado por diferenciar las obligaciones jurídicas de las que no lo son. Además, porque las obligaciones jurídicas no siempre han existido, sino que

30 Vid. MARTINEZ MARULANDA, Diego, *Fundamento...*, Ob. cit., pp. 50-54. Inclusive, la norma – jurídica – se ha definido como un modelo de conducta humana, exterior, bilateral, imperativa y coercitiva que regula las acciones de los hombres con el fin de establecer un ordenamiento justo y organizado de la convivencia humana. Vid. PACHECO, Máximo, *Introducción al estudio del Derecho*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1976, p. 50, citado por SOTO GAMBOA, María de los Ángeles, *Nociones básicas de Derecho*, 2ª edición, Editorial Universidad Estatal a Distancia, San José, Costa Rica, 2005, p. 17.

31 Se ha debatido si las normas del Derecho Internacional son un tipo de *normas sui-generis*, porque involucra un sistema de normas cuya estructura no encaja por completo con las normas jurídicas. Sin embargo, tal planteamiento no tiene lugar cuando se piensa más en la coherencia y contenido de la norma en relación con el sistema de normas al que integra, que en la coherencia y contenido de la norma vista aisladamente. Así, bastará que el sistema normativo contenga normas coercibles para que ese sistema se considere jurídico. Al respecto véase en MARTINEZ MARULANDA, Diego, *Fundamento...*, Ob. cit., pp. 54-56.

éstas surgieron, y se modifican, con la organización de las sociedades en el transcurso de la historia. De igual forma, han servido para proyectar el futuro de las relaciones humanas, según la cosmovisión del que interpreta la realidad. Así, en la visión marxista, las obligaciones jurídicas tenderían a desaparecer junto con el Derecho y el Estado, porque perderían su fundamento en virtud de la convivencia de las personas en comunidad.

Inclusive, es útil para comprender la sujeción del ser humano a órdenes superiores, como el hecho de que las normas religiosas son anteriores a las jurídicas. Al respecto, la *antropología jurídica*³² nos demuestra que, en la sociedad primitiva, toda norma de conducta se presenta bajo la forma consuetudinaria y de este modo la costumbre va pasando de algo que ha sido y es, a algo que “debe de ser”³³. Precisamente, el carácter obligatorio de una actividad surge por su repetitividad y conveniencia, hasta que se acepta por la comunidad que esa actividad tiene que ser estimada como un *deber ser*. Es claro, pues, que una conducta es vinculante, o sea, obligatoria, a partir de su necesidad, esto es, que por su repetitividad y aprobación la dota de estabilidad, permanencia y continuidad al grupo social. Pero aun así, esa conducta por la simple aceptación genérica no obtiene el carácter jurídico, sino hasta que la comunidad reconoce un orden objetivo superior y logra el cumplimiento de una conducta bajo los medios consensuados por ella misma. En adelante se hablará de obligaciones, haciendo referencia a las de tipo jurídico.

4.4. Etimología y definición de obligación jurídica.

Se ha venido aceptando por la doctrina que el termino obligación, en la época de la gestación del Derecho romano, se desprendía del antiguo verbo *obligare* que procede de las expresiones *ob* (alrededor) y *ligare* (atar), algo así como “atar

32 Consúltese de esta sub-disciplina en **KROTZ, Esteban**, *Antropología Jurídica: perspectivas socio-culturales en el estudio del derecho*, Colección Antropología Autores, Textos y Temas, Edición de **ESTEBAN KROTZ**, Editorial Anthropos, Universidad Autónoma Metropolitana, Iztapalapa, 2002.

33 Vid. **HOFFMAN ELIZALDE, Roberto**, *Introducción...*, Ob. cit., pp. 15-16.

alrededor”, y posteriormente, el sustantivo *obligatio*, sería ligadura o sujeción, tanto física como moral³⁴.

Definir los diferentes conceptos jurídicos, académicamente, es tan delicado y comprometido como definir qué es Derecho, en razón que la evolución de la sociedad es progresiva y apresurada, y en consecuencia, la evolución del Derecho de igual forma lo es, dejando un margen muy limitado de estabilidad para los intérpretes de la realidad jurídica. Y es que si los conceptos jurídicos no son acabados, las definiciones de los mismos tampoco lo son. Sin embargo, para efectos didácticos, es necesario recurrir a las definiciones.

En primer lugar debemos tener en cuenta que, una obligación jurídica va más allá de expresar la necesidad de cumplir con una actividad en particular o dejar de hacer una en especial, a efecto de procurar o impedir, concretizar una advertencia, que se traduce en una aprobación o en la adquisición de un beneficio, o en el modo de evitar un reproche. La obligación jurídica tiene un componente especial, que obedece al adjetivo que la acompaña.

La noción de obligación es la que dieron las institutas de Justiniano al decir: “*Juris vinculum quo necessitae adstrigimur alicuius solvendae rei secundum nostrae civitatis iura*”. Es un vínculo de derecho en virtud del cual una persona que se llama deudor está obligada para con otra, que se llama acreedor, a dar, a hacer o a no hacer alguna cosa³⁵. Sin embargo, erróneamente se ha sostenido que una obligación consiste en dar, hacer o no hacer alguna cosa, en virtud de que, con dicha descripción se hace referencia a la *prestación*, que es el contenido inmediato de la obligación. Por esta razón se ha dicho que, la obligación es la relación jurídica (relación jurídica obligatoria), en virtud de la cual una persona, llamada deudor, tiene el deber jurídico de realizar una prestación a favor de otra persona, llamada acreedor, quien tiene el poder de exigirla³⁶.

34 Vid. ACEDO PENCO, Ángel, *Teoría...*, Ob. cit., p. 20.

35 Vid. ROCHA ALVIRA, Antonio, *Lecciones sobre Derecho Civil. Obligaciones de Antonio Rocha Alvira. Revisado, actualizado y completado por Betty Mercedes Martínez Cárdenas*, Colección memoria viva, Facultad de Jurisprudencia, Universidad del Rosario, Bogotá, 2009, p. 17.

36 Vid. LOPEZ DIAZ, Elvira, *Iniciación al derecho*, Delta publicaciones, Madrid, 2006, p. 168.

Sin perjuicio de las anteriores aportaciones teóricas, y a fin de aproximarnos a la definición de obligación jurídica, sencillamente, podemos indicar que, *ésta es una exigencia necesaria de cumplir para obtener una aprobación o para evitar un reproche jurídicamente establecido*. Veamos los elementos de este enunciado.

a) Exigencia necesaria de cumplir (Supuesto de hecho o hipótesis jurídica).

La *exigencia necesaria de cumplir* es la descripción que el orden jurídico hace de la conducta que habilita la configuración de la *advertencia jurídica*. Es a lo que se ha llamado *supuesto de hecho* de la norma jurídica. Parece adecuado el uso de la expresión *exigencia necesaria de cumplir*, porque las normas jurídicas, en principio, pueden ser permisivas (como las que establecen facultades), descriptivas (como las que delimitan conceptos) e imperativas (como las que imponen obligaciones o prohibiciones). La exigencia necesaria de cumplir es un imperativo.

Entonces, la exigencia recae sobre el “debe” y el “no debe”, que son operadores deónticos o normativos, junto con el “puede”, que corresponden a las nociones de obligación, prohibición y permisión respectivamente³⁷. De tal manera que, los supuestos de hecho de las normas que imponen obligaciones, antes de que sean simples enunciados, son, particularmente, exigencias para obtener o evitar lo que se prevé.

b) Obtener una aprobación o para evitar un reproche (Advertencia jurídica).

La aprobación o el reproche es el premio por la realización o no de la exigencia necesaria de cumplir. Se trata de la advertencia jurídica, mejor conocida como consecuencia jurídica. En este artículo es preferible el uso del concepto de *advertencia jurídica* antes que el de consecuencia jurídica, porque en

Se da el nombre de obligación a todo vínculo jurídico en virtud del cual una persona debe realizar una prestación a favor de otra. Vid. CAMACHO CUBIDES, Jorge, *Obligaciones*, 5ª edición completada y actualizada con la colaboración de Juanita Cubides Delgado, Colección Profesores, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2005, p. 33.

37 Vid. VON WRIGTH, Georg Henrik, *Un ensayo de lógica deóntica y la teoría general de la acción*, Traducido por Ernesto Garzón Valdés, 2ª edición en español, cuaderno 33, Instituto de Investigaciones Filosófica, Universidad Nacional Autónoma de México, México D.F., 1998, p. 9.

el sentido en que se expone la información, la idea de advertencia tiene mayor correspondencia con la de aprobación y reproche.

A pesar de lo discutible que esto puede ser, en el orden obligacional, si bien es cierto que formalmente una consecuencia de derecho es un hecho jurídico posterior como resultado de un hecho jurídico anterior; estructuralmente, no se logra evidenciar una verdadera consecuencia (en el sentido de alteración), sino más bien, la concretización de una advertencia que el destinatario de la norma debía conocer. Desde una dimensión eminentemente normativa, una proposición jurídica es un enunciado deóntico que permite, obliga o prohíbe; y ella es el depósito de advertencias, desde luego, de contenido jurídico. Una proposición jurídica no altera un orden establecido, no implica resultados nuevos, no trae efectos que cambien el sistema jurídico, sino que se limita a reconocer lo que previamente ha establecido, es decir, a consumir una advertencia pre-establecida. Los supuestos de hecho no sorprenden al sistema jurídico en el que se manifiestan porque de alguna forma siempre recibirán una calificación jurídica.

Además, no se debe confundir el *resultado real* con la consecuencia jurídica, porque configurado el supuesto de hecho (exigencia necesaria de cumplir) el *resultado real* puede no tener lugar, mientras que la consecuencia jurídica no. Por ejemplo, la consecuencia jurídica de un hecho punible es la punibilidad del autor, y no la ejecución real de la pena mientras “tenga validez” el mandato³⁸, que sería el resultado real que busca la norma por la comisión del hecho punible.

No obstante lo anterior, las ideas de supuesto de hecho y consecuencia jurídica son conceptos jurídicos fundamentales generalmente aceptados, los cuales no se pretende rebatir en este artículo, sino todo lo contrario. Por último, debemos indicar que, el supuesto de hecho pertenece al estado del ser, en cambio, la consecuencia jurídica, al estado del deber ser. Armonizar estos dos estados es el trabajo de los operadores del Derecho.

38 Las consecuencias jurídicas se producen *in concreto*, es decir, adquiere validez porque ha sido coordinada *in abstracto* por la proposición jurídica. Vid. LARENZ, Karl, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, Ariel Editores, Barcelona, 1966, p. 166.

c) Jurídicamente establecida (Orden superior reconocido).

El ser humano en el devenir del tiempo ha reconocido órdenes superiores, entre ellos, un orden divino, uno moral, uno social y finalmente, un orden jurídico. Este último es el resultado de la organización social por medio de normas que aseguran la pacífica convivencia intersubjetiva, las cuales son exigibles por los medios establecidos por dicho orden. Lo exigido jurídicamente son las advertencias jurídicas, desde luego, siempre que se ha realizado la exigencia necesaria de cumplir. Es así que para *obtener una aprobación o para evitar un reproche*, la aprobación o el reproche debe existir (estar establecido) en el orden jurídico, así como también debe existir el medio para exigirlo. Es decir, lo jurídico es lo exigido por un pacto previo entre humanos.

Ahora bien, independientemente de cual sea el fundamento del orden jurídico, que básicamente se valida y legitima en el Derecho positivo o en el Derecho natural³⁹, siempre será un orden superior al cual se subordina el comportamiento humano; porque en un fundamento y en otro, se reconoce una autoridad superior ante quien se pueden exigir la concretización de las advertencias jurídicas y que tiene como finalidad a la justicia⁴⁰. Las advertencias jurídicas deben estar previamente establecidas por el orden jurídico, porque en última instancia se trata de la vigencia del principio de legalidad, como cláusula de cierre del orden jurídico y como garantía de la seguridad jurídica. Lo anterior sin perjuicio de la renovación del Derecho, tal como en principio se ha manifestado.

Únicamente en las obligaciones de índole jurídica, al margen de su procedencia, interviene el poder coactivo del Estado, para confirmar el contenido preciso de las mismas y, sobre todo, para evitar que queden sin compensación o

39 El orden jurídico deviene, para el Derecho positivo, del conjunto de normas jurídicas positivas; y para el Derecho natural, del conjunto de normas innatas al ser humano que reglamentan su propio actuar en sociedad, sin necesidad que sean racionalmente puestas por el ser humano.

40 Se ha considerado que la justicia es una nota distintiva del orden jurídico, que lo separa del orden de la moral vigente y de las convenciones sociales. *Vid. LARENZ, Karl, Metodología...*, Ob. cit., p. 159.

resarcimiento los perjuicios que se ocasionan a las personas o a los bienes como consecuencia de su incumplimiento⁴¹. El garante de las obligaciones jurídicas es el Estado, quien debe crear los mecanismos necesarios para llevarlas a su cumplimiento, sea él o no el obligado. Las obligaciones jurídicas dan estabilidad a las relaciones humanas, evitando un choque de culturas y de concepciones de la vida.

4.5. Concepto de Derecho de obligaciones.

El *Derecho de obligaciones* es la rama especializada de las ciencias jurídicas que tiene por objeto de estudio las obligaciones jurídicas, tomando en cuenta su ciclo vital, estructura, sistematización y expresión en la realidad jurídica. El Derecho de obligaciones constituye un sustento de las demás ciencias jurídicas porque aporta una teoría general acerca de su objeto de estudio y que es aplicable en lo pertinente a las diferentes áreas jurídicas⁴². De ahí la importancia práctica de esta rama del conocimiento como disciplina instructiva, que es imprescindible que sea del conocimiento de todos los operadores jurídicos.

Asimismo, de una forma clara y sencilla, se ha indicado que el Derecho de obligaciones es la parte del Derecho civil que trata de las relaciones de obligación⁴³. Se debe entender que una *relación de obligación* es la comunión entre sujetos de derecho que ha nacido vinculada a una de las fuentes de las obligaciones y que impone la necesidad de cumplir o abstenerse de realizar una conducta.

41 Vid. ACEDO PENCO, Ángel, *Teoría...*, Ob. cit., pp. 19-20.

42 Se ha considerado que el Derecho de obligaciones es de carácter patrimonial, lo que no es discutible, siempre que no se asimile lo patrimonial a lo pecuniario, porque hay obligaciones, como las del Derecho de familia, que no tienen un componente económico, sino que pertenecen a un orden personal o extrapatrimonial, como los deberes del matrimonio, por ejemplo.

43 Confróntese LACRUZ BERDEJO, José Luis, SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís, DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús y FRANCISCO RIVERO FERNÁNDEZ, *Elementos de Derecho civil II, Derecho de obligaciones*, Vol. primero, 2ª edición, Editorial Bosch, Barcelona, 1985, p. 15, citado por ACEDO PENCO, Ángel, *Teoría...*, Ob. cit., p. 20.

4.6. Clasificación de las obligaciones.

Las *categorías jurídicas* se pueden clasificar según la preferencia de quien lo haga. En esta ocasión se ha considerado adecuado tomar una clasificación ajena de las obligaciones⁴⁴, pero apropiada para los fines de este artículo, a la cual se le ha efectuado las aportaciones pertinentes. Conforme al CC, las obligaciones jurídicas se pueden clasificar:

En función del objeto

Por la naturaleza de la prestación (Art. 1309 CC)

Obligaciones de dar

De dar dinero

De hacer

De no hacer

Por la naturaleza del vínculo

Obligaciones alternativas (Art. 1370 CC)

Obligaciones facultativas (Art. 1376 CC)

Por la posibilidad de escindir la prestación

Obligación divisible (Art. 1395 CC)

Obligación indivisible (Art. 1395 CC)

Por la relevancia de la prestación

Obligación principal (Arts. 1343, 1406, 1536, 209 CC, entre otros)

Obligación accesoria (Arts. 2086, 2094 y 2255 CC)

En función del sujeto

Unipersonales

Pluripersonales

Por la responsabilidad en el pago

Conjuntas o mancomunadas (Art. 1382 inciso 1 CC)

Solidarias o in solidum (Art. 1382 inciso 2CC)

44 Esta clasificación corresponde a JULIAN, Emil Jalil. Véase al respecto en "El sistema...", Ob. cit., pp. 3 - 32.

En función de su exigibilidad

Por la posibilidad de ser perseguida en juicio

Obligaciones civiles (Art. 1341 inciso 2 CC)

Obligaciones meramente naturales (Art. 1341 inciso 3 CC)

Por la posibilidad de exigir su inmediato cumplimiento

Obligación pura y simple (Arts. 2090 CC)

Obligación condicionada (Art. 1344 – 1369 y 2090 CC).

V. El ciclo vital de las obligaciones

El Derecho se reproduce y sus apéndices de igual forma lo hacen. Lo accesorio sigue la suerte de lo principal. Las obligaciones siguen la suerte del Derecho. El Derecho se actualiza segundo a segundo, y sus células caen y se renuevan. Por ello, cuando sus apéndices mueren no significa que él lo haga también, sino que como en los seres bióticos, sus células (obligaciones y derechos) mudan para que otras ocupen su lugar con mayor vigor.

El Derecho tiene su propio sistema con el que hace circular el tráfico jurídico, refleja una presión sistólica con los derechos y una presión diastólica con las obligaciones. Los derechos son ejercidos y las obligaciones exigidas, este el ritmo cardiaco con el que expresa su vitalidad. Por lo tanto, así como los seres bióticos de la naturaleza tienen su origen existencial que constituye el comienzo de su ciclo biológico, y un fin que se condice con la muerte natural, las obligaciones en general detentan la misma suerte⁴⁵. Es entre estos dos momentos que se concretiza el *ciclo vital de las obligaciones*. Se examinará entonces la vitalidad de las obligaciones.

5.1. El nacimiento obligacional.

En el mundo material nada surge de la nada, en el mundo jurídico, ninguna obligación surge de la nada. El nacimiento de una obligación jurídica

⁴⁵ Vid. JULIAN, Emil Jalil, "El sistema...", Ob. cit., p. 4.

está subordinado a un reconocimiento previo por el orden jurídico. Para que una obligación exista y sea legítima, se requiere de un *título* que describa su existencia y a través del cual se legitime. Ese título nos dice cuál es la *causa de la obligación*, o si se prefiere, la *causa eficiente que le da origen*.

5.1.1. Características y elementos de la obligación

Las notas características de la obligación, en general, son la relatividad (se exigen a personas determinadas), la existencia de un *vínculo jurídico* (relación jurídica), la *temporalidad* (tienen duración limitada en el tiempo) y su patrimonialidad (el crédito y la deuda se integran al patrimonio del acreedor y deudor respectivamente)⁴⁶. La obligación tiene un aspecto activo que se llama crédito, y un aspecto pasivo, que se llama débito⁴⁷. Las obligaciones jurídicas deben ser objetivas, racionales y necesarias.

Los elementos esenciales de la obligación son aquellos componentes que indefectiblemente deben estar presentes en el vínculo obligacional al tiempo de su formación⁴⁸. La obligación tiene una estructura lógica, opera bajo conexiones necesarias, ella cuenta con un elemento subjetivo (activo y pasivo), objetivo (prestación), jurídico (vínculo o relación de poder) y causal (motivo de la relación jurídica).

Al respecto, y en cuanto al elemento causal, debemos tener claro que no estamos hablando de la causa del contenido de la obligación (la prestación), sino de la causa de la obligación. La causa del contenido de la obligación difiere en su significado con lo que ahora exponemos; por ejemplo, se ha llegado a considerar que en los contratos bilaterales, el objeto de la obligación de uno de los contratantes es la causa de la obligación del otro. Por lo tanto, no nos referimos a la causa del contenido de la obligación, sino a la causa de la obligación en sí misma. Es decir, no nos referimos a la causa en el sentido de “por qué”, sino “en virtud de

46 Vid. ACEDO PENCO, Ángel, *Teoría...*, Ob. cit., pp. 23-24.

47 Vid. U. BARBERO, Omar, *Introducción al Derecho Privado*, Juris, Rosario, 2004, p. 191.

48 Ibidem, p. 191.

qué". Así, nos preguntamos de donde proviene la obligación de alimentos, y no por qué el padre tiene la obligación de asistir con alimentos a sus hijos. Para el primer caso, la respuesta puede ser que la obligación proviene de la ley o de la sentencia, y en el segundo caso, por la conexión filial que tiene el padre con el hijo y que se comprueba con la certificación de partida de nacimiento de este último.

5.1.2. La causa eficiente de la obligación: Causa mediata o inmediata

En obediencia al principio de legalidad, no existe obligación jurídica sin causa, es decir, que la haga derivar de algún hecho idóneo para producirla, conforme lo establece el ordenamiento jurídico. El artículo 8 CN, que reconoce el denominado *principio de legalidad por inversión*⁴⁹, desconoce las obligaciones nacidas al margen de la ley. La obligación jurídica siempre tendrá una causa, y para conocer cuál es ésta, se necesita de un título que nos la revele. El título expresa la causa.

La causa de la obligación puede ser mediata o inmediata. La *causa mediata* de la obligación es la ley, es decir, la norma jurídica. La *causa inmediata* es una fuente de las obligaciones, como el contrato, el cuasicontrato, el delito, el cuasidelito, las faltas, el enriquecimiento sin causa, el abuso del derecho⁵⁰, entre otros. La obligación jurídica siempre tendrá su origen en las normas jurídicas o

49 Pero esta regla (cláusula de cierre del Derecho positivo), para que formalmente sea válida y coherente en un sistema de normas, requiere de otra norma que habilite lo que no está prohibido o prohíba lo que indeterminadamente está permitido; en razón de que el sistema de normas tiene como último soporte o filtro el contenido de los principios generales del Derecho. Desde una dimensión positiva, no es del todo cierto que los hechos se manifiestan siempre dentro de un sistema jurídico pleno y coherente, sino más bien, ésta es una presunción. Por ello, no es extraño que actos como el cambio de sexo de personas por transexualismo e intersexualismo, a pesar de no estar expresamente prohibido, tampoco se considere como expresamente permitido-habilitado, sino que para resolver este tipo de casos la jurisprudencia recurre a los principios generales del Derecho y a otras fuentes del Derecho, como a la jurisprudencia internacional y a la Doctrina, por ejemplo. Ahora bien, lo que el artículo 8 CN dispone es que, no se puede reprochar por lo que se hizo sin estar prohibido, ni premiar o reconocer lo que tampoco está permitido. De ahí el sustento del Derecho Penal, que no persigue conductas que no estén tipificadas por la norma jurídica.

50 Sobre el enriquecimiento sin causa y el abuso del derecho, consúltese BONNECASE, Julien, *Elementos de Derecho Civil*, Tomo II, Volumen XIV, traducido por José M. Cajica Jr., Editorial José M. Cajica R., Puebla, México, 1945, pp. 307-334.

en las fuentes de las obligaciones que dichas normas establecen. Fuera de éstas, la obligación pierde el carácter jurídico y deviene en obligación moral, religiosa o en uso social. La causa de la obligación siempre es la norma jurídica porque ésta es la que establece las fuentes de las obligaciones; inclusive, el artículo 1308 CC indica que la ley, en sí misma, es una de las causas de la obligación.

La clasificación entre causa mediata e inmediata de la obligación es para efectos académicos de sistematización y exposición de la información que ahora presentamos. Sin embargo, la diferencia entre causa mediata e inmediata de la obligación tiene efectos prácticos, porque cuando el hecho con incidencia jurídica rompe o no encaja en la hipótesis jurídica o supuesto de hecho, la consecuencia jurídica no se coordina o configura, razón por la que el sistema jurídico debe recurrir a *instancias jurídicas de auxilio*. En efecto, cuando la obligación deviene de una de las fuentes de la obligación diferente a la ley, se recurre en primer término a la misma ley (norma jurídica); y cuando la obligación deviene directamente de la ley, se recurre a las fuentes del Derecho, entre ellas, a los principios generales del Derecho. Existe, por lo tanto, un auxilio principialista de las obligaciones, que se convierte a su vez, en causa de las obligaciones jurídicas.

5.1.3. Causa principialista de la obligación jurídica

La causa principialista de las obligaciones viene a ser el génesis de las fuerzas del mundo jurídico. Impera en el mundo jurídico a una fuerza centrípeta que puede ser descrita así: *Valores/ principios como fuentes del Derecho/ la ley/ obligación jurídica*. Es como si en el mundo físico buscáramos las causas de las fuerzas que lo rigen y explican, como si tratáramos de conocer el origen del mundo. De igual forma, desde esta concepción, buscamos los restos de un *Big Bang jurídico*, no limitándonos únicamente a las normas codificadas, sino buscando también en los antecedentes de las fuerzas que dan eficacia a las relaciones humanas dentro del mundo jurídico, esto es, en los antecedentes más remotos de las obligaciones.

Antes se indicó que la causa de la obligación es la ley o norma jurídica, a lo que hemos llamado *causa mediata de la obligación*; pero tal enunciado no revela o *descubre* nada nuevo. Sin embargo, lo disputable históricamente y debatible aún en la actualidad, es que la ley no es el origen de las obligaciones en primera instancia, sino que el verdadero germen obligacional se encuentra en las fuentes del Derecho, particularmente en los principios generales del Derecho, quienes traducen (hacen comprensibles) los mensajes de los valores imperantes de la época histórica a los destinatarios del orden objetivo en el que existen. De ahí que, son los principios generales del Derecho los que *no solo revelan, sino que también provocan* el origen de las obligaciones jurídicas. La misma actividad legislativa está impregnada de valores.

No debemos olvidar que los principios generales del Derecho no tienen por objetivo *vaciar la ley*, es más, para que los mismos no desborden ni saturen el marco legal, han establecido su propio freno o contrapeso, a través de principios que sirven de soporte al reino de lo positivo. Con mucha razón esto es así, porque existen valores que son un refuerzo al mismo orden codificado, por ejemplo, el de seguridad jurídica, que se manifiesta contundentemente a través del principio de legalidad en sus diferentes dimensiones. No sería lógico que por aplicación de principios generales del Derecho se deje sin efecto lo que ellos mismos fundamentan. Por eso, se insiste, que aquellos se aplican en forma supletoria o auxiliar a la ley positiva. Esta es la doble función con la que operan, en principio, (1) como fundamentadores del orden jurídico, y luego, (2) en auxilio de la aplicación del Derecho.

5.1.4. Principialismo y fuentes del Derecho

No hay que confundir las fuentes de las obligaciones con las fuentes del Derecho. Las fuentes del Derecho han sido conceptualizadas de maneras muy variadas, han sido nominadas como fuentes del conocimiento, fuerzas creadoras, autoridades creadoras, fundamentos de validez y formas de manifestarse

de las normas⁵¹, entre otras. Sin embargo, sin ánimo de exponer un concepto acabado y en obediencia a la concepción jurídica empleada en la elaboración de este artículo, diremos que, *las fuentes del Derecho son las formas de revelarse o manifestarse del Derecho*. Como el Derecho, según se ha expuesto, únicamente se *descubre*, las fuentes del Derecho son las formas por medio de las cuales éste se revela a sus destinatarios.

En las fuentes del Derecho, concretamente en los valores, se encuentra el núcleo del mundo jurídico, o si se prefiere, son ellas los pilares o fundamentos en los que se sostiene éste. Es de vital importancia conocer las fuentes del Derecho para comprender la naturaleza de las relaciones humanas, para diferenciar las que se revisten de contenido jurídico, de las que no. Las fuentes del Derecho han sido tradicionalmente tratadas por los civilistas, no obstante que, en la actualidad debe considerarse ante todo como una cuestión fundamental del Derecho público⁵², y desde luego, del Derecho social, el cual exige una teoría general que lo descubra y lo explique.

Dentro de las fuentes del Derecho encontramos (1) los valores⁵³, y dentro de éstos, los valores jurídicos, (2) los principios generales del Derecho, y de una forma más precisa, los principios especiales de las diferentes áreas del Derechos, (3) la jurisprudencia o *juris prudence*, (4) la costumbre, (5) la ley, (6) los actos jurídicos y, desde luego, (7) la doctrina científica. Al respecto, y sin referirnos particularmente a cada una de ellas, debemos tener en cuenta que, entre todas las fuentes del Derecho “descubiertas”, los valores ocupan el primer lugar en la *escala de la abstracción jurídica*, son ellos los fundamentadores del orden jurídico, de ellos se desprenden cuáles son los bienes jurídicos protegibles por la sociedad histórica que los reconoce y los hechos jurídicamente reprochables.

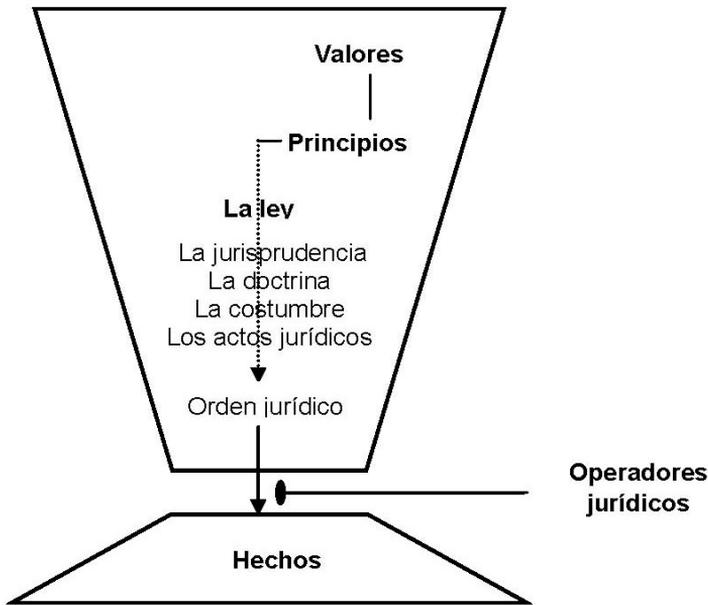
51 Siguiendo a LEGAZ y LACAMBRA, *Filosofía del Derecho*, 5ª edición, Bosch, Barcelona, 1979, p. 509 citado por AGUÍLO REGLA, Josep, *Teoría general de las fuentes del Derecho (y del orden jurídico)*, Ariel, Barcelona, 2000, p. 22.

52 Vid. GARCIA CUADRADO, Antonio M., *El ordenamiento...*, Ob. cit., p. 195.

53 El Derecho se aparece, oculta y reencarnan en los valores. Este es el existencialismo jurídico, el *Dasein del deber ser*.

Sin embargo, los valores por su alto nivel de abstracción requieren de un enlace con la realidad humana, y *esos enlaces son los principios generales del Derecho*. De tal manera que, la jurisprudencia, la ley, e inclusive, los actos jurídicos, en la escala de la abstracción se ubican ligeramente por debajo de los valores, por tal motivo están impregnados de la esencia, en mayor o menor medida, de los mismo valores⁵⁴, y desde luego, los casos *in concreto* que regulan, también lo están.

El siguiente trapecio “invertido” puede indicar lo antes expuesto.



Véase que es preferible el uso de un trapecio, antes que el de una pirámide invertida, porque el Derecho es un sistema infinito, que se renueva constante y progresivamente, sin encontrar un punto final.

54 La norma está constituida por valores sociales que la colectividad ha decidido proteger y regular, independientemente de su manera de presentarse. Vid. SOTO GAMBOA, María de los Ángeles, *Nociones...*, Ob. cit., p. 17.

5.1.5. La norma jurídica

Según se ha expuesto en este artículo, existen dos órdenes de realidades: un orden físico, con normas inalterables que se cumplen siempre inexorablemente (leyes de la naturaleza), y un orden ético, en el que las normas pueden ser incumplidas, pues se refieren al comportamiento del hombre, y éste es libre de cumplir o incumplir las normas. El orden ético está pues regido por un conjunto de normas, entre las que pueden clasificarse, según su naturaleza y finalidad, en normas morales, religiosas, jurídicas y los usos sociales⁵⁵.

Las normas jurídicas son aquellas reglas que regulan los comportamientos humanos libres que pueden ser judicialmente exigibles⁵⁶. Por ello, tal como antes se indicó, entre los aspectos que diferencian a las normas jurídicas de las que no lo son, se encuentra la posibilidad de acudir a los órganos jurisdiccionales para exigir su cumplimiento, o sea, su coercibilidad.

No debemos obviar que el concepto de norma invoca una idea más amplia que el de ley-formal, porque la ley-formal, al igual que la costumbre y las decisiones jurisprudenciales, es una manifestación de la norma⁵⁷ jurídica. La norma jurídica en la dimensión de ley-formal encuentra su progenitura en el principio de legalidad. Este principio fundamenta la clausura de un sistema jurídico por medio de normas codificadas. Los racionalistas, precisamente, los positivistas, consideraron que era necesario indicar por medio de preceptos escritos, qué conductas humanas eran jurídicas y, por exclusión, cuáles no, sin perjuicio de una post-valoración jurídica. En efecto, el principio de legalidad, con fundamento en el valor de seguridad jurídica, procura dar estabilidad jurídica; pero el Derecho no se agota con lo positivo, sino que es una llave de cierre de las conductas más repetitivas y con relevancia jurídica.

55 Vid. GARCIA CUADRADO, Antonio M., *El ordenamiento...*, Ob. cit., p. 196.

56 *Ibidem*, p. 196.

57 Vid. SOTO GAMBOA, María de los Ángeles, *Nociones...*, Ob. cit., p. 17.

5.1.6. Principios y normas jurídicas

Las normas jurídicas son reflejo de valores y principios, son valías encarnadas en la realidad material de una sociedad. A diferencia de los principios, como antes se ha acotado, los valores son demasiado abstractos, requieren de un enlace con la realidad, y ese enlace, esa guía al mundo humano, son los principios generales del Derecho. Son éstos quienes establecen (traducen) qué normas deben de existir, cuáles deben derogarse y cuáles deben entenderse existentes, aun sin su previa codificación, esto es, superando a la misma actividad legislativa, o sea, sobreponiéndose al principio de legalidad de una manera racional. Por ello, hemos dicho que los principios cumplen con una función *fundamentadora o reveladora* del Derecho.

Además, los principios cumplen con una *función auxiliar* en la aplicación del Derecho, lo que involucra que extrañamente, a parte de la función fundamentadora, cumplen con una *función suspensiva* del Derecho; aparentemente esto es extraño, porque sin necesidad de suprimir la regla de conducta que fundamentan, únicamente la suspenden sobre un caso en concreto. La supresión completa de una norma o regla de conducta debe realizarse en obediencia al principio de legalidad, es decir, bajo el *orden principialista*, esto es, a través de la actividad legislativa o jurisprudencial, reservada en este último caso a los Tribunales que emiten sentencias con efectos *erga omnes* y de obligatorio cumplimiento para los tribunales inferiores. Por lo tanto, los principios generales del Derecho, al mismo tiempo que revelan el Derecho *in abstracto*, también lo revelan de la forma en que debe de manifestarse *in concreto*, sin importar que eso signifique la necesidad de restar la eficacia a una regla de conducta en un momento determinado sobre un caso en particular.

Las normas jurídicas, y en consecuencia, las obligaciones jurídicas, tienen una *causa principialista*. Esto es razonablemente correcto, por ello no es curioso que normas jurídicas se desobedezcan, incluso, por Tribunales, respeto a principios generales del Derecho, y desde luego, frente principios especiales

de las diferentes ramas del mismo. Con mucha razón una proposición jurídica pierde vigencia en un caso *in concreto* cuando colisiona con un principio del Derecho. De ahí que, un principio del Derecho, tiene el suficiente vigor para restar la eficacia a una norma jurídica en un caso en particular.

Casuística ilustrativa

Veamos un ejemplo en el que una norma codificada pierde vigor frente a los principios del Derecho. Para tal efecto citaremos y comentaremos el voto de la magistrada suplente que resuelve la discordia en el procedo de pérdida de la autoridad parental por abandono sin causa justificada, clasificado bajo la referencia 129-13-SA-F2, de la Cámara de Familia de la Sección de Occidente, conocido en apelación. Los considerandos del referido voto son los siguientes:

El Código de Familia dispone en su artículo 206 que: La autoridad parental es el conjunto de facultades y deberes, que la ley otorga e impone al padre y a la madre sobre sus hijos menores de edad o declarados incapaces, para que los protejan, eduquen, asistan y preparen para la vida, y además, para que los representen y administren sus bienes.

Se comprende que, la autoridad parental involucra un cúmulo de facultades-deberes, una serie de relaciones reciprocas entre padres e hijos, en virtud de que, los deberes de los padre se convierten en facultades para los hijos, y aquello que se expresa como facultades para el padre, se constituye como un deber para el hijo, y más especialmente, frente al otro progenitor, quien debe respetar dichas prerrogativas, e inclusive, exigir las cuando se incumplan. Desde esta óptica, se debe estimar que el ejercicio de la autoridad parental no siempre es observable, no siempre se cumple, ya sea por actos intencionales e imputables a uno o ambos padres, o por actos no imputables a ellos, por alguna causa de justificación.

En el primer caso, cuando los padres de forma consciente e intencional incumplen con sus deberes paterno-filiales, la ley prevé, por las causas determi-

nadas en el artículo 240 CF, la pérdida de la autoridad parental, como sanción jurídica de orden familiar, lo que trae como resultado que los elementos de la autoridad parental (1) Cuidado personal, (2) Representación legal y (3) Administración de bienes del hijo o hija, no sean ejercidos por el padre que ha sido sancionado con pérdida de la autoridad parental. En el segundo caso, cuando configurándose el supuesto de hecho que concretiza la consecuencia jurídica (advertencia jurídica), el mismo no puede ser imputable al padre o madre a quien se pretende sancionar con la pérdida de la autoridad parental, por circunstancias ajenas a él o ella, que atenúan o excluyen su responsabilidad. Ahora bien, centrémonos en el primer caso, cuando la causa de pérdida de autoridad parental se ha comprobado, y que por lo tanto, se deberá obedecer el precepto establecido en el artículo 240 inciso 1 CF, que establece:

*El padre, la madre o ambos perderán la autoridad parental sobre **todos** sus hijos, por cualquiera de las causas siguientes:*

- 1ª) Cuando corrompieren a alguno de ellos o promovieren o facilitaren su corrupción;*
- 2ª) Cuando abandonaren a alguno de ellos sin causa justificada;*
- 3ª) Cuando incurrieren en alguna de las conductas indicadas en el artículo 164; y,*
- 4ª) Cuando fueren condenados como autores o cómplices de cualquier delito doloso, cometido en alguno de sus hijo.*

*La proposición jurídica claramente establece que, el padre, la madre o ambos perderán la autoridad parental sobre **todos, sus hijos (...)**. Al respecto, no se puede negar que ha sido práctica de la actividad judicial salvadoreña el interpretar textualmente la norma jurídica (interpretación histórico- exegética) dejando de lado toda interpretación conforme a la Constitución, al sistema coherente del ordenamiento jurídico y con un enfoque de derechos humanos, bajo un concepción principialista del Derecho.*

Por ello, bajo una interpretación literal se advierte fácilmente que, independientemente de la cantidad de hijos procreados por el progenitor sancionado con pérdida de la autoridad parental, los efectos de la sentencia de pérdida de la autoridad parental se extiende a todos ellos, es decir, se trata de una sentencia con efectos pluripersonales,

sin importar que se les garantice un juicio previo en el que todos los hijos sean oídos. En consecuencia, sin importar que sean hermanos bilaterales (Cuando proceden de los mismos padres), o hermanos unilaterales (cuando proceden de un mismo ascendiente en primer grado, difiriendo en el otro), los efectos de la sentencia son extensivos a ellos.

Conforme a un enfoque de Derechos Humanos y bajo una interpretación conforme a la Constitución, en aquellos procesos en los que la causa de pérdida de la autoridad parental alcanza una gravedad que requiera que el hijo sea sustraído del ámbito de relación parental, por su eminente protección preventiva, para salvaguardar determinados bienes jurídicos o derechos fundamentales, la sentencia sí debe tener efectos pluripersonales, debe ser extensiva a todos los hijos del progenitor sancionado con pérdida de la autoridad parental, como cuando la pretensión de pérdida de la autoridad parental se motive por la causal cuarta del artículo 240 CF; caso contrario, los efectos de la sentencia deberían alcanzar solo a los hijos a favor de quienes se ha promovido el correspondiente proceso, y quienes han participado en el mismo, de no ser así, se vulneraría el derecho del hijo a emitir opinión, y más aún, el derecho de defensa del demandado y de los hijos que no participaron en el proceso, por afectar derechos fundamentales respecto de personas con las que mantiene relaciones de familia, sean estas efectivas o no. En ese sentido, cuando la pérdida de la autoridad parental se promueva por abandono sin causa justificada, no sería de justicia que los efectos de la sentencia se extiendan a todos los hijos del progenitor que incurrió en sanción por el supuesto del artículo 240 causal 2 CF; caso contrario, la sentencia sería excesiva, por alcanzar los intereses de hijos que no participaron en el respectivo proceso.

Se advierte entonces que, la interpretación hecha en la providencia judicial relacionada obedece a una *concepción principialista del Derecho*, porque la juez no se limita a ser la boca de la ley, sino que se remite a explorar y comprender el génesis del Derecho, para explicarlo y aplicarlo. La juzgadora, en el voto comentado, valoró el derecho de defensa y audiencia del demandado, su derecho a un proceso justo o juicio previo; el derecho del hijo a ser oído y tener relaciones filiales efectivas, a la unidad, integración y solidaridad familiar,

y desde luego, su interés superior, bajo equidad y justicia; y este conjunto de valores y principios, sustrajeron (*suspendieron*) el vigor de la norma codificada en el caso concreto, que establecía que la sentencia de pérdida de autoridad parental debía ser extensiva a todos los hijos del progenitor sancionado. Entonces, contundentemente podemos decir que, los principios pueden dejar sin efecto (*suspender*) a la norma jurídica en supuestos *in concreto*. De ahí que, el juzgador tiene la obligación de aplicar la norma jurídica (Art. 86 inciso 3, 172 y 235 CN), pero en coherencia a un sistema de Derecho lógico y justo, no mecánico e irracional.

Hasta el momento este artículo se ha referido a la causa de la obligación, pero resta referirse al título que expresa esa causa.

5.1.7. El título que expresa la causa de la obligación

El título no hace referencia directamente a la causa de la obligación, sino al instrumento que comprueba su existencia y a la forma de cómo se engendró. El título de la causa mediata es el texto jurídico, la norma jurídica en sí misma; el título de la causa inmediata, es el hecho o acto jurídico instrumentalizado que engendra la *exigencia necesaria de cumplir para obtener una aprobación o para evitar un reproche jurídicamente establecido*. La causa mediata tiene un título *en general*, la causa inmediata tiene un título *en particular*. En ese orden de ideas, la sentencia es el título que expresa la causa del delito, precisamente, el homicidio, el robo, el secuestro, por ejemplo, que engendró la responsabilidad penal a cargo del autor del ilícito; el contrato o convenio escrito, es el título del contrato de compraventa, de permuta, y desde luego, de otras convenciones que engendran obligaciones, como el convenio de divorcio, de alimentos, de capitulaciones matrimoniales, e inclusive, el mismo matrimonio, por ejemplo.

Así, la obligación del padre de aportar alimentos a favor del hijo tiene su fuente en la ley, particularmente en los artículos 33 CN y 247 y 248 CF. Sin embargo, cuando al padre se le impone la obligación de aportar alimentos a

favor del hijo, a través de un convenio de alimentos suscrito ante el Procurador General de la Republica (art. 263 CF) o por medio de sentencia ejecutoriada en un proceso de alimentos o de divorcio (arts. 247 y 111 inciso 1 CF), a pesar que la ley no deja de ser la causa mediata de la obligación, en este tipo de casos, es el convenio o la sentencia respectiva el título que expresa la *causa inmediata* de la obligación. Entonces, ya no se trata de una fuente genérica, como es la ley, sino que estamos en presencia de un título en particular, y que por lo tanto, cobra efectos de igual naturaleza. Lo mismo sucede con las obligaciones de régimen de visitas, cuidado personal y las derivadas de la unión matrimonial (el título de estas obligaciones es el instrumento en el que se formalizó el acto matrimonial).

Ahora bien, existen obligaciones exigibles que solo devienen por un título en particular, esto es, mediante un *causa inmediata*, como la obligación del tutor de cuidar del pupilo y de administrar sus bienes, salvo la obligación de los parientes que son llamados a ejercer la tutela legítima del pupilo (Art. 291 CF), en respeto al principio de *solidaridad familiar*; pero en todo caso, se requiere de la sentencia correspondiente para exigirles a los mismos que cumplan con sus obligaciones como guardadores. Por lo tanto, es este punto el que no debemos perder de vista, porque no podemos reclamar el cumplimiento de obligaciones genéricas no exigibles, es decir, obligaciones que parten de una declaración judicial previa, como las obligaciones derivadas de la declaratoria judicial de unión no matrimonial o las que surgen a raíz del decreto de divorcio, como el pago de pensión compensatoria, por mencionar una.

El título tiene efectos prácticos. Mientras la norma positiva-vigente (título de la causa mediata) impone la obligación de dar alimentos a los padres, dicha obligación es genérica, pues no se cuenta con un plazo para establecer su vencimiento y, en consecuencia, para ejecutar su cobro; a diferencia de la sentencia (título de la causa inmediata), que impone fechas de pago y la cuantía en concepto de alimentos a pagar, permitiendo calcular una cantidad líquida y un plazo de cobro. Por lo tanto, por un lado habilita la ejecución del título

mediante la acción de cobro a favor del alimentario, y de otro lado, la acción de prescripción a favor del alimentante, que son los temas que importa señalar en este artículo.

Se debate si el título de la obligación es autónomo a la relación subyacente que lo motiva, tal como sucede en materia mercantil con los títulos valores. Por ejemplo, ¿se puede ejecutar una sentencia de alimentos cuando la paternidad o maternidad del alimentante fue impugnada respecto del alimentario? o ¿se puede ejecutar la sentencia de divorcio – considerándose que se dictó sobre la base de que el demandado era de paradero ignorado - en cuanto al pago de pensión compensatoria, cuando el matrimonio por el que se impuso se declaró nulo? En el primer caso se ha considerado que la sentencia es un acto de autoridad que debe ser obedecido por seguridad jurídica, por lo tanto, si bien es cierto que dicha obligación quedó sin fundamento a partir del momento en que se impugnó el vínculo filial, también es cierto que dicha sentencia produce efectos mientras no cesen los mismos mediante los mecanismos legales⁵⁸. Es decir, en materia de familia se ha estimado que a pesar de tratarse de relaciones personales, el título es autónomo a la relación subyacente que lo motiva, pues tiene validez mientras no se declare lo contrario y en consecuencia, produce plenos efectos.

5.2. La vida obligacional

Luego de exponer cuál es el origen de una obligación jurídica, conviene indicar que posteriormente a su nacimiento, la misma pasará por un proceso regular que finalizará o se renovará con el cumplimiento de la misma, según la obligación sea de cumplimiento periódico o no. La obligación tiene vida propia,

58 Es complicado resolver tal situación porque el proceso de cesación de obligaciones de alimentos no prevé esta causal (Art. 270 CF) y, por el *principio de impugnación objetiva*, no se configura llanamente el recurso de revisión de sentencias, a pesar que debería ser procedente. Caso contrario, por justicia, la obligación ilegítima debería ser desobedecida, y de condenarse al obligado por tal comportamiento, éste debería auxiliarse del correspondiente recurso constitucional.

y así, se enfrentará a un desarrollo de orden legal, atravesando por una serie de etapas de acuerdo a su naturaleza, según lo determine la ley, y sobre todo, la voluntad de su titular. Sin embargo, como todo proceso que se puede desviar de su cauce normal, la obligación jurídica puede seguir un proceso irregular, que la hará extinguirse de una forma que en principio no se previó.

El nacimiento de una obligación está sujeto a condiciones, bajo pena de que el orden jurídico la deseche bajo una especie de *selección natural*, porque las obligaciones que contravienen el orden jurídico se desconocen bajo los mecanismos establecidos, como sucede con los actos que engendran obligaciones sobre los cuales pesa un vicio de nulidad. Entonces, el nacimiento de una obligación no es tan sencillo como se puede creer, sino todo lo contrario, y es de suma importancia porque en él se marca la esperanza de vida que aquella tendrá. La vida de una obligación puede estar cargada de tantos sucesos como el titular de ella lo permita.

Durante su vida, la obligación puede sufrir cambios en su estructura o elementos (sujeto, objeto, vínculo jurídico y causa) y a la vez puede enfrentarse a situaciones propias de la vida obligacional (como el pago parcial, la mora y el interés legal), pero que no son esenciales o propias de su curso vital, porque se tratan de circunstancias contingentes o incidentales. Por ejemplo, en cuanto al cambio en su estructura, la obligación puede mutar en una obligación natural (pierde vigor el vínculo jurídico), subrogarse, legal o convencionalmente (cambia el elemento subjetivo), inclusive, suspenderse (por caso fortuito o fuerza mayor), entre otros aspectos, sin que eso signifique la muerte o extinción de la obligación por su eficaz cumplimiento.

En cuanto a las circunstancias contingentes con las cuales la obligación se puede acompañar, podemos mencionar que la obligación puede caucionarse, mediante garantías reales o personales, o a su vez, asistirse de *cláusulas penales*, del uso de *arras* o del pago de intereses convencionales. Realmente hablamos de una forma de *reproducción obligacional*, porque la causa de la caución se encuentra

en la obligación principal para la cual se constituye, esto es, que la obligación accesoria se deriva de la principal. Hagamos referencia a algunos aspectos de la vida obligacional que interesa exponerlos en este artículo.

5.2.1. Obligación natural, moral o de conciencia.

De las relaciones entre los miembros de una sociedad en las cuales alguien proporciona a otro una ventaja o le satisface una necesidad, una prestación, solo algunas de éstas, las obligaciones jurídicas, llegan a ser respaldadas directamente por la organización jurídico-política de la sociedad que confiere plena eficacia y validez a la actuación legítima del sujeto, poniendo su poder al servicio del acreedor⁵⁹, con el fin de que obtenga la satisfacción de sus intereses⁶⁰. Recordemos, pues, que las obligaciones jurídicas, según su posibilidad de ser perseguidas en juicio, se clasifican en obligaciones civiles y meramente naturales o simplemente naturales.

Conforme al artículo 1341 CC, *las obligaciones son civiles o meramente naturales. Civiles son aquellas que dan derecho a exigir su cumplimiento. Naturales las que no confieren derecho de exigir su cumplimiento, pero que, cumplidas, autorizan para retener lo que se ha dado o pagado en razón de ellas.*

En principio, todas las obligaciones se presumen que son civiles, salvo aquellas que la ley establece que no lo son. La obligación civil permite que ante su eventual incumplimiento se demande su ejecución ante la autoridad pública, quien está en la obligación de activar los mecanismos legales para que se cumpla con la misma o se indemnice por su incumplimiento. Por su parte, las obligaciones meramente naturales o simplemente naturales, a pesar que por el derecho de acceso a la justicia, de petición y respuesta, se pueden exigir en

59 Poco se ha hecho uso del término *acreedor* por ser un concepto de Derecho Privado, alejado del Derecho de Familia, aunque realmente el acreedor lo es tanto en Derecho Público como en el Derecho Social, a pesar que el fundamento del crédito es totalmente diferente.

60 Vid. MEDINA PABON, Juan Enrique, *Derecho Civil: Aproximación al Derecho. Derecho de Personas*. 2ª edición, Colección Lecciones de Jurisprudencia, Editorial Universidad del Rosario, Colombia, 2010, p. 333.

juicio, la ley no habilita el auxilio del Estado a favor del peticionante; es decir, el Estado no debe de activar su aparato para lograr el cumplimiento de la obligación desobedecida o para resarcir por su incumplimiento, caso contrario, la acción sería ilegal y la resolución sería objeto de impugnación. Por lo tanto, una obligación natural no habilita acción alguna para exigir su cumplimiento, es decir, no lleva aparejada ejecución. En efecto, el cumplimiento de una obligación natural depende de la voluntad del deudor, pero una vez cumplida por éste, no se puede exigir la devolución (repetir es la palabra técnica) y el acreedor está legitimado para retener el interés satisfecho⁶¹. De ahí que se les llamen obligaciones *naturales, morales*⁶² o *de conciencia*, porque su cumplimiento queda al arbitrio del deudor u obligado⁶³.

Las obligaciones naturales que nuestra legislación reconoce, según el artículo 1341 CC, son:

- 1º *Las contraídas por personas que teniendo suficiente juicio y discernimiento, son, sin embargo, incapaces de obligarse según las leyes, como los menores adultos no habilitados de edad;*
- 2º *Las obligaciones civiles extinguidas por la prescripción;*
- 3º *Las que proceden de actos a que faltan las solemnidades que la ley exige para que produzcan efectos civiles; como la de pagar un legado impuesto por un testamento que no se ha otorgado en la forma debida;*
- 4º *Las que no han sido reconocidas en juicio por falta de prueba.*

El listado que recoge el citado artículo es tasado, taxativo o cerrado. Las obligaciones naturales lo son por (1) causas innatas a su nacimiento o por (2) causas sobrevenidas. Así, las obligaciones naturales relacionadas en los ordinales 1º y 3º del artículo 1341 CC, lo son por causas innatas a ellas, en virtud

61 *Ibidem*, p. 333.

62 Las obligaciones naturales vienen a ser un tipo intermedio entre el deber moral y la obligación jurídica. Vid. *Ibidem*, p. 334.

63 La obligación puede presentar un carácter moral o de conciencia, cuyo efecto principal reposa en que aquello que haya sido entregado en cumplimiento del mencionado deber es irrepetible. Vid. **JULIAN, Emil Jalil**, "*El sistema...*", Ob. cit., p. 7.

de que nacieron con un vicio que no les permitió constituirse de acuerdo al orden jurídico establecido. Es como si existiera una especie de *selección natural en el mundo jurídico*, que desecha aquellas creaciones jurídicas imperfectas. En cambio las obligaciones naturales relacionadas en los ordinales 2º y 4º, nacieron perfectamente, pero en su desarrollo legal, en su vida obligacional, fueron afectadas por un vicio que les sustrajo el vigor para ser perseguidas en juicio. Esta es la razón por la que se les ha llamado *obligaciones abortadas*, porque siendo civiles, perdieron la posibilidad de ser reclamadas en juicio, mutando en obligaciones naturales.

Las obligaciones naturales, en comparación a las civiles, tienen sus notas distintivas, entre las que podemos mencionar:

- a. *No habilitan acción judicial: La principal característica de las obligaciones naturales es que no habilitan acción judicial en contra del deudor, ni para reclamar el cumplimiento de la obligación, ni para exigir el resarcimiento por su incumplimiento. En base al derecho de acceso a la justicia, de petición y respuesta, el acreedor tiene el derecho de formular la petición a la entidad jurisdiccional, mas ésta no debe de acceder a la misma; sin que el rechazo de la acción intentada, en base a la obligación natural, extinga la misma, según lo plantea el artículo 1342 CC.*
- b. *Admiten caución: A pesar que el vigor del vínculo jurídico ha sido desconocido por el Estado, la ley permite que las obligaciones naturales sean caucionadas, mediante garantías reales o personales, siempre que el que constituye la caución, tenga conocimiento, al momento de constituirla, de las circunstancias que hacen devenir en obligación natural a la obligación que asegura, según lo dispone el artículo 1343 CC. La ley respeta la autonomía de la voluntad de los particulares y permite que sus relaciones estén en función de la fluidez del tráfico jurídico. Ahora bien, se debate si la acción judicial puede ser intentada contra el fiador, el deudor prendario o hipotecario, de una obligación natural, quienes se constituyeron como tales teniendo conocimiento de que aseguraban una obligación natural. En primer momento se considera que no, porque las obligaciones accesorias siguen la suerte de la principal, y en razón de que, el tercero no debe responder por lo que el deudor principal*

no estaba obligado. En otro momento se considera que sí, porque la ley lo habilita, sobre la base del consentimiento del que rinde la caución, esto es, de que su propia voluntad se sobrepone a la obligación natural, caso contrario no tendría sentido que aseguren el cumplimiento de una obligación que ellos mismos no reconocen. Es decir, el fiador, el deudor prendario o hipotecario, reconocen el vigor civil de una obligación que es natural. De tal manera que parece acertada esta tesis, sobre la base de que el deudor natural también lo consienta, para efectos de subrogación. En efecto, la caución de las obligaciones naturales se valida sobre la base del consentimiento del que constituye la caución y del titular del débito.

- c. Permiten retener lo pagado, cuando se hizo de forma voluntaria: Una segunda característica esencial de las obligaciones naturales es que, lo que se paga en concepto de ellas no puede repetirse. El deudor natural no puede alegar el pago de lo no debido, cuando ya ha efectuado el pago de forma voluntaria. El acreedor natural tiene el derecho de mantener en su patrimonio y disponer de lo que se ha pagado en concepto de una obligación natural, inclusive, con respaldo de la autoridad pública. Como se comprende, la ejecución de las obligaciones naturales se valida sobre la base del consentimiento del titular del débito.*
- d. Indirectamente opera como excepción (Es una consecuencia procesal): Procesalmente, las obligaciones naturales indirectamente desestiman la pretensión incoada en contra el deudor, porque de acreditarse los hechos por los cuales una obligación civil deviene en obligación natural, la pretensión que se fundamenta sobre ellas, debe ser rechazada, sin perjuicio que el deudor la reconozca. Las obligaciones son naturales por configurarse la causa que les da tal adjetivo, sin que exista declaración judicial previa que la estime como tal. Por ello, en el mismo proceso en el que se ventila la pretensión de pago, se puede acreditar el motivo por el cual la obligación civil deviene en natural. Es decir, que una obligación sea natural es el efecto, y la excepción es la causa que produce ese efecto. Por ejemplo, la excepción es la prescripción, y el efecto de comprobarse esa excepción, es que se deriva una obligación natural que desestima, por lo tanto, la pretensión.*

El juez estará en la obligación de reconocer de oficio la existencia de la obligación natural, cuando la causa por la que lo es no se lo impida. Sin embargo, las causas que producen las obligaciones naturales que en este artículo importa señalar, deben ser alegadas a instancia de parte. Así, la causal tercera del artículo 1341 CC, debe ser alegada y acreditada por el deudor, vedando al juez la posibilidad de estimarla de oficio. La misma suerte corre la causal primera del referido artículo. Ambas causales se refieren a la prescripción y a la nulidad relativa respectivamente, que proceden a instancia de parte. Con la causal segunda del mismo artículo ocurre lo contrario, porque la falta de solemnidades es una causa de nulidad absoluta, que conforme a los artículos 1552 y 1553 CC, el juez debe declararla de oficio.

5.2.2. La sanción o caución contractual: La cláusula penal.

El contrato es una de las fuentes de las obligaciones. El contrato es un convenio entre sujetos de derecho mediante el cual se imponen el cumplimiento de obligaciones unilaterales o recíprocas entre sí. En los contratos predomina la autonomía de la voluntad de los particulares, siempre que no contravengan el orden jurídico establecido. Entonces, los límites de las obligaciones adquiridas por los contratantes son tan flexibles como la voluntad de los mismos lo sea, siempre que dicha flexibilidad no desborde el marco legal sobre el cual se pacta.

Sobre la base de lo comentado, se debate si los particulares, teniendo en cuenta que en sus relaciones privadas prevalece la autonomía de la voluntad, pueden estipular sanciones entre sí por el incumplimiento de las obligaciones adquiridas. Al respecto, un sector de la Doctrina ha llegado a considerar que no es posible que los particulares acuerden entre sí sanciones, sino únicamente los mecanismos para garantizar el patrimonio comprometido en sus relaciones contractuales⁶⁴. Otro lado de la Doctrina estima que, tratándose de relaciones privadas sí pueden hacerlo, siempre que la ley no les prohíba tal situación,

64 Inclusive, en algunas legislaciones está prohibida, como sucede en el Código Belga. Detrás de esta realidad parece latir la idea de que es inadecuado que los particulares puedan pactar una multa o sanción distinta de la pura indemnización de los daños y perjuicios. Vid. **DIAZ ALABART, Silvia**, *La cláusula penal*, Editorial Reus, Madrid, 2011, p. 40.

porque la actividad sancionadora que es propia de la autoridad pública, es por omisión avalada a favor de los particulares. Sin embargo, en el orden positivo y por seguridad jurídica, para que una conducta sea respaldada por la autoridad pública se requiere de una norma que lo habilite (artículos 86 inciso 3 y 235 CN), no bastando únicamente con la inexistencia de una norma que lo prohiba (artículo 8 CN). Por ello, en principio no es admisible que los particulares acuerden la imposición de sanciones entre sí.

Sobre este punto, se ha discutido si es posible que una institución de Derecho civil, como es la cláusula penal, se incorpore en instituciones propias del Derecho de familia; es decir, que figuras jurídicas que han nacido bajo la filosofía de proteger y resarcir un derecho de crédito, en el que prevalece el interés particular, por motivos lucrativos o no, tenga lugar en relaciones jurídicas de interés social y que están lejos de buscar obtener un interés lucrativo; pues más bien, buscan garantizar la continuidad del grupo familiar y el desarrollo integral y progresivo (bio-psico-social) de sus miembros.

Por lo tanto, comentemos brevemente qué es la *cláusula penal* en las relaciones contractuales, para efectos de estimar su legalidad cuando se incorpore en instrumentos (causa inmediata de la obligación) que fijan el pago de alimentos, de cuota alimenticia especial o de pensión compensatoria.

Generalidades: Concepto, clases y naturaleza jurídica.

Conforme al Art. 1406 CC *la cláusula penal es aquella en que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena que consiste en dar o hacer algo en caso de no ejecutar la obligación principal o de retardar su ejecución.*

El objeto de la cláusula penal es el pago de una suma de dinero, o cualquiera otra prestación en especie que pueda ser objeto de obligación jurídica, bien sea en beneficio del acreedor o de un tercero⁶⁵, según se haya acordado por los contratantes.

⁶⁵ La cláusula penal se destina a favor del acreedor, aunque puede destinarse a favor de un tercero. Ver más características en *ibídem*, pp. 40- 41.

Nuestro CC reconoce la existencia de una cláusula penal (1) *compensatoria* y (2) *moratoria*, según se aplique por la no ejecución de la obligación o por el retardo de su cumplimiento, teniendo la misma, por lo tanto, una finalidad *represiva* y *preventiva*. Realmente, al margen de su aprobación, tiene una función preventiva y una represiva o sancionadora, más no garantista, como luego se expondrá. Y es que existiendo el incumplimiento o el retraso de la obligación, la *advertencia jurídica* tiene lugar; esta es, que se activa la posibilidad de exigir la segunda obligación, que no tiene por objeto satisfacer la obligación principal directamente, sino más bien, reprimir y resarcir el incumpliendo o el retardo de la misma.

La cláusula penal es de origen contractual, por lo tanto se rige bajo esas reglas. La cláusula penal es un elemento accesorio de los contratos, puede estar presente o no en los mismos. Por tal carácter, la cláusula penal debe pactarse expresamente. Ella siempre es accesorio, sigue la suerte de la obligación principal. Para un sector de la Doctrina su naturaleza jurídica es la de ser una *caución* y no una garantía⁶⁶, porque es una *obligación duplicada* a cargo del mismo deudor, que no tiene mayores posibilidades de asegurar la satisfacción del acreedor que la que tiene la obligación principal⁶⁷. Otra parte de la Doctrina considera a la cláusula penal como una *garantía* propiamente, porque constriñe al deudor, bajo amenaza de cargos de contenido patrimonial, a cumplir con la obligación adquirida. Sin embargo, la cláusula penal reviste de caracteres parecidos a la *caución juratoria* (que no es garantía estrictamente), porque un mismo obligado no puede garantizarse asimismo, teniendo en cuenta que es titular, por regla general, únicamente, de un patrimonio.

Situación diferente se presenta cuando la cláusula penal se impone a cargo de un tercero, porque entra en juego un nuevo patrimonio, y por lo tanto, sí estamos en presencia de una verdadera garantía; diferenciándose de la fianza, en que quién se obliga a pagar la pena (cumplir con la cláusula penal) no asume

66 Se ha indicado que entre caución y garantía hay una relación de género a especie.

67 Vid. *ibidem*, p. 59.

la obligación integra del deudor, sino solo la de pagar la pena estipulada, ya sea por incumplimiento (compensatoria) o por retardo (moratoria). La cláusula penal a cargo de un tercero se configura como una garantía de carácter personal. No así las *arras*, las cuales se tipifican como una garantía real⁶⁸. En todo caso, no es una garantía de la integridad de la deuda, salvo que la cláusula penal abarque el total de la misma.

Doctrinariamente hay mucho que comentar, mas no es el objeto del presente trabajo, pues no se pretende agotar el tema, sino ilustrar lo necesario para considerar los puntos a tratar en este artículo. Lo que sí precisa considerar es si la cláusula penal, que opera sobre relaciones de crédito, es compatible o no con las relaciones de asistencia familiar, teniendo en cuenta las diferencias entre una y otra.

Relaciones de crédito	Relaciones de asistencia familiar
Operan al margen del parentesco	Procuran la unidad familiar y la estabilidad del grupo social
La finalidad es de carácter patrimonial	Su finalidad es la continuidad del grupo familiar (extrapatrimonial)
El objetivo es particular	El objetivo es colectivo-familiar
Existe una protección egoísta del patrimonio	Existe una protección solidaria del grupo familiar
El legislador no interviene activamente	El legislador interviene activamente
Habilitan sanción penal	Habilitan sanción penal

No existe disposición normativa que establezca que la *cláusula penal* es una institución reservada a los contratos civiles o mercantiles. Sin embargo, sobre la base del orden jurídico-familiar, en principio, no parece aceptable que se busque una actividad lucrativa en contra del deudor, por parte del titular del derecho de crédito. Por ejemplo, parecería discutible la imposición de una cláusula penal al padre que incumple con sus obligaciones alimenticias

68 En MELICH-ORSINI, José, *Teoría General del contrato*, 4ª edición, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 1997, p. 561 a 585 citado por MORALES HERNANDEZ, Alfredo, *Garantías mercantiles*, Editorial Texto C.A., Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2007, p. 74.

periódicas, o en el pago de la pensión alimenticia especial, no obstante que, son situaciones que no están alejadas de la realidad. Así, en un convenio de Divorcio los solicitantes establecían, junto con el pago de cuota de alimentos y de la base de actualización anual de la misma (artículo 108 cláusula 2ª CF), que el alimentante debía cancelar el diez por ciento de la cuota de alimentos por no efectuar el correspondiente pago en la fecha acordada, más la correspondiente cuota de alimentos. Tal sanción moratoria había sido insertada bajo la forma de cláusula penal. Sin embargo, dicha cláusula no fue homologada en las diligencias de Divorcio por mutuo consentimiento, por considerarse excesiva a cargo del alimentante. Además, dicha cláusula no tenía correspondencia con la finalidad que permean los principios del Derecho de Familia.

Lo mismo sucede con los *intereses legales* que se pretendan por el no pago de la cuota de alimentos, los cuales no procederían porque no obedecen a la finalidad de asistencia familiar que procuran dar los alimentos. No obstante lo anterior, no se puede negar que no está prohibido la admisión de este tipo de estipulaciones en convenios que disponen de obligaciones familiares; sin embargo, en base a la naturaleza de las relaciones de crédito y de asistencia familiar, la cláusula penal sería admisible en aquellas obligaciones cuyo contenido es eminentemente de crédito, como la liquidación del régimen patrimonial del matrimonio o el pago de pensión compensatoria, y no en las relaciones de asistencia familiar, como el pago de alimentos y de cuota alimenticia especial. Caso contrario, se desnaturalizaría la finalidad de las relaciones de asistencia familiar, y se diera lugar al *mercantilismo* de las mismas. No debemos olvidar que las obligaciones jurídicas deben ser racionales, objetivas y necesarias; y que están en función de los valores históricos y, concretamente, de los principio reproducidos en un conglomerado humano. Esos principios, en materia de asistencia familiar, no se coordinan con la idea crédito con la cual se impregna la cláusula penal.

5.3. La defunción obligacional

La naturaleza puede conceder largos periodos de tiempo, pero no un tiempo indefinido. El mundo jurídico opera bajo la misma lógica, de ahí el fundamento de la prescripción y la caducidad, tal como luego veremos. Hemos dicho que, el Derecho como un organismo vivo cambia sus células, muda sus elementos y se actualiza en el tiempo, y las personas *descubrimos*, en la medida que se revela, sus cambios progresivos. Desde esa perspectiva, la obligación jurídica nace con el sino o fortuna de la muerte. La obligación se extingue como parte de un todo que pervive aun después de ella.

Nada es eterno en el mundo físico, todo está en constante cambio y sujeto a un final. De la misma manera, en el mundo jurídico, las instituciones jurídicas sufren alteraciones, y sobre todo, se extinguen, ya sea por la intervención de los sujetos de derecho (actos jurídicos) o por la acción de fenómenos naturales (hechos jurídicos), como es el efecto del devenir del tiempo. Esta suerte sigue la obligación jurídica que desde su nacimiento ha sido condenada a muerte. Ahora bien, la muerte de una obligación es más precisa que su nacimiento, porque en cuanto a éste, la ley es muy amplia, señalando diversas formas de cómo puede engendrarse una obligación, a diferencia de la muerte de las mismas, porque la ley ha sido más rigurosa, indicando de forma cuidadosa los modos por los cuales se extinguen.

Modos de extinguir las obligaciones

El CC salvadoreño reglamenta la extinción de las obligaciones en el Título XIV del Libro IV, concretamente en el artículo 1438.

La existencia de la obligación debe registrarse, desde su nacimiento hasta su muerte. Esto obedece al *principio de instrumentalidad del acto*. La muerte de la obligación estará determinada por el motivo y condiciones de su fallecimiento, esto es, por el modo de extinguir la obligación que operó en ella. Los modos de extinguir las obligaciones son los hechos o actos a los que la ley atribuye el valor

de hacer cesar los efectos de la obligación⁶⁹. Se dice que una obligación se ha extinguido cuando en virtud de una determinada actuación ha sido cancelada definitivamente⁷⁰.

Las obligaciones se pueden extinguir por completo o en parte. Se extingue por completo cuando el objeto de la obligación fue satisfecho íntegramente, inhabilitando al acreedor para exigir el cobro de lo que se le debía. En parte, cuando el acreedor fue satisfecho parcialmente respecto del crédito que tiene a su favor, quedándole a salvo la acción de cobro del remanente o residuo adeudado.

Las obligaciones pueden extinguirse de una manera directa o indirecta⁷¹. En el primer caso, la obligación es satisfecha o cancelada llanamente. En el segundo caso, desaparece la obligación por extinguirse el vigor del instrumento (título) que da vida a la obligación, como cuando se declara nulo el contrato. En este caso no se entiende satisfecha la obligación, ni real ni ficticiamente. Las formas de extinción directa son el pago, la novación-delegación, remisión de deuda, compensación, confusión y prescripción.

Sin ánimo de explicar cada uno de los modos de extinguir las obligaciones que reconoce el artículo 1438 CC, haremos referencia de forma sucinta a algunos de ellos, a efecto de hacer algunas consideraciones en relación a las obligaciones familiares.

5.3.1. Resciliación

Resciliación o mutuo disenso es el acto mediante el cual los contratantes de común acuerdo deciden dar por cumplida la obligación estipulada por los mismos. La resciliación puede ser considerada como el pacto contractual mediante el cual se deja sin efecto la obligación engendrada, por considerarse que la misma ha sido satisfecha, aun sin que ésta haya sido realmente ejecutada.

69 Vid. RAMOS PAZOS, Rene, *De las obligaciones*, Colección manuales jurídicos, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1999, p. 319.

70 Vid. ESPINOSA, José María y Enrique GOMEZ, *Lecciones de Derecho Romano*, coordinadores Lucía Bernard y Gabriel Buigues, Espacio Europeo de Educación Superior, Universitat de Valencia, 2011, p. 146.

71 En BONNECASE, Julien, *Elementos...*, Ob. cit., p. 451.

El inciso 1 del artículo 1438 CC, dispone que:

Toda obligación puede extinguirse por una convención en que las partes interesadas, siendo capaces de disponer libremente de lo suyo, consientan en darla por cumplida.

La proposición jurídica citada es la base legal de la resciliación, en ella se encuentra el germen de la idea de que, *los contratos como se hacen se deshacen*. Esto es correcto, porque los hechos se hacen, en cambio el Derecho se actualiza y se descubre. La autonomía de la voluntad, así como dispone para crear, dispone para dejar sin efecto lo creado. La resciliación actúa bajo una ficción legal, porque se entiende satisfecho aquello con lo que realmente no se cumplió. La resciliación es en sí misma una forma de *auto-componer* futuras controversias y, realmente, es una forma privativa de la justicia⁷².

Únicamente se puede disponer de lo que es propio, de aquello de lo cual se es titular o autor, no de lo que deviene impuesto. Por ello, debemos manifestar que, particularmente en el Derecho de familia, hay obligaciones impuestas por la ley y que tienen la característica de ser indisponibles por los particulares, en consecuencia, no pueden dejarse sin efecto de común acuerdo por los mismos. Así, los derechos que no corresponden al campo de la autonomía de la voluntad están sustraídos del libre albedrío de los sujetos de derecho, son derechos y obligaciones indisponibles, motivo por el cual no opera la resciliación sobre los mismos. Las obligaciones de por sí son indisponibles, pero en materia de familia, lo son incluso por los titulares del crédito de las mismas.

Esto es importante porque hay obligaciones que surgen no por la autonomía de la voluntad, sino por la voluntad del constituyente, de un segundo poder constituyente, y en muchas ocasiones, por mandatos de autoridad pública. Desde esta perspectiva, ningún particular sobrepasará la voluntad soberana de la ley (Art. 1 CC), dejando sin efecto de común acuerdo los deberes que la misma instituye. Por ejemplo, el deber de aportar alimentos, impuesto por

⁷² Privativa porque los justiciables a instancia propia convienen en dar por solucionada una situación que posteriormente podría llegar a ser objeto de judicialización.

convenio de alimentos o por sentencia definitiva, no puede dejarse sin efecto de común acuerdo por el alimentante y el alimentario, sino que se requiere de la autorización del Estado. Por tal motivo, para modificar o dejar sin efecto la sentencia dictada en un proceso de alimentos, es necesario sustanciar el proceso de modificación de sentencia (Art. 83 LPRFM) o de cesación de obligaciones de alimentos (Art. 270 CF).

5.3.2. El pago

La solución o pago efectivo es la forma normal de extinción de las obligaciones por cumplimiento de las mismas. De ahí que, el Título XIV del Código Civil se denomina “De los modos de extinguirse las obligaciones y *primeramente de la solución o pago efectivo*”. Los romanos llamaron a esta forma de cumplimiento *solutio*⁷³, de ahí la procedencia de su nombre. El pago lleva aparejada la liberación del deudor en relación al vínculo obligatorio, extinguiéndose su responsabilidad y la de sus garantes, cuando los hubiera.

El pago es la satisfacción de cualquier clase de prestación, no solo la entrega de dinero, como de ordinario se entiende. Por lo tanto, paga aquel que entrega una cosa como aquel que realiza o se abstiene de un hecho⁷⁴. Por eso se ha indicado de forma sencilla y clara que, el pago, en el sentido técnico del término, es el cumplimiento de la prestación, objeto de la obligación⁷⁵. Pagar es cumplir exactamente con lo que se debe. El pago está en correspondencia con una necesidad, generalmente de contenido patrimonial, y esta necesidad se satisface por el objeto del pago.

Discurrir en la importancia de esta figura jurídica es esencial para el Derecho de familia, porque es de los modos de extinguir las obligaciones con mayor frecuencia en las relaciones familiares. En la práctica forense, sobre todo en el cumplimiento de las obligaciones alimenticias, se presenta el fenómeno

73 Vid. ESPINOSA, José María y Enrique GOMEZ, *Lecciones...*, Ob. cit., pp. 146-147.

74 Vid. U. BARBERO, Omar, *Introducción...*, Ob. cit., p. 247.

75 Al respecto en BONNECASE, Julien, *Elementos...*, Ob. cit., p. 452.

del pago en especie, aun cuando el título de la obligación impone el pago en dinero a cargo del alimentante. Esto lleva a que en la fase de liquidación en el procedimiento de ejecución forzosa (Art. 170 LPRFM) o en las diligencias de adecuación de modalidades (Art. 175 LPRFM), se discuta si el pago en especie puede ser deducible del líquido adeudado por el alimentante o no, cuando el título de la obligación impone el pago de una cosa particular, que generalmente se trata de dinero. Al respecto, los Tribunales con mucha razón no lo admiten, porque el título que expresa la causa de la obligación describe cómo la obligación se engendró, y en consecuencia, cómo ésta debe perfeccionarse en su desarrollo legal (indica lugar, modo, tiempo, entre otros aspectos, de cómo se realizará el pago).

No obstante lo anterior, se ha sostenido que la única forma de que pueda introducirse el pago en especie en la liquidación, es que el alimentario o su representante legal consientan en hacerlo. Opera, de este modo, la *dación en pago*. Ahora bien, esto es aplicable únicamente respecto de las obligaciones exigibles, esto es, respecto de las que ha transcurrido el plazo para que sean cumplidas, sin que el obligado lo haya hecho; no para las que aún están por cumplirse, porque el título (de los derechos-obligaciones indisponibles), tal como antes se indicó, no puede ser modificado por la autonomía de la voluntad. Sobre todo porque el legislador es significativamente proteccionista en materia de niñez y adolescencia.

Otro aspecto a considerar es que, el pago puede hacerse, independientemente del deudor, por todas las personas interesadas, como los codeudores y los fiadores, y también por cualquier otra persona (artículo 1443 CC), salvo que la obligación se haya engendrado en consideración a la calidad del obligado. Por lo tanto, vale la pena indicar que el pago, como todo acto jurídico, expresa un *ánimo* y un *hecho*, el ánimo refleja, o presume, la disposición positiva del deudor de cumplir con la obligación; y el hecho, es la materialización del ánimo que provoca la satisfacción del acreedor. Ahora bien, la finalidad que permean los principios del Derecho de familia van más allá de provocar una satisfacción

material en el acreedor, porque la unidad y continuidad familiar exigen la satisfacción de intereses extrapatrimoniales, que solo son satisfechos por el ánimo de cumplir con la obligación (sentimiento de asistencia familiar). Por ello, hay obligaciones que se perfeccionan exclusivamente por sujetos determinados, sin que la obligación nazca en consideración a la calidad de los mismos; y a pesar que la obligación es cumplida por un tercero, no libera al deudor por completo de su responsabilidad. Podemos citar una serie de casos en el que el obligado pretende acorazarse en el pago que un tercero realizó en favor del acreedor y en defecto del obligado, pero que no desvincula a este último de su responsabilidad afectiva (*ánimo*), como cuando el pago de alimentos es efectuado por los abuelos paternos, queriendo el padre justificar su actuar en tal situación. Este tipo de casos ocurre con cierta frecuencia en los procesos de pérdida de autoridad parental por abandono sin causa justificada, cuando el padre alega, como defensa a la pretensión de la parte demandante, que su hijo en ningún momento ha quedado abandonado, en virtud de que su padre o madre (abuelos) ha cubierto las necesidades de su hijo (nieto).

5.3.3. La compensación y la confusión.

Otra de las formas de extinguir las obligaciones es la *compensación*. Esta tiene lugar cuando dos personas, por derecho propio, reúnen la calidad de acreedor y deudor recíprocamente, cualesquiera que sean las causas de una y otra deuda⁷⁶. Por ello, siendo deudora una de la otra, se extinguen con fuerza de pago las dos deudas, hasta el monto de la menor, quedando el residuo de la deuda mayor pendiente de pago a favor del titular del crédito de la misma. La compensación puede resultar de la propia ley que supone la existencia de dos deudas de diferente origen en que el acreedor de una es deudor de la otra y viceversa. Esas deudas deben ser exigibles, líquidas, homogéneas, fungibles y *disponibles*⁷⁷.

76 Así en JULIAN, Emil Jalil, "El sistema...", Ob. cit., p. 10.

77 Vid. BARBERO, Omar, *Introducción...*, Ob. cit., pp. 256-257.

La compensación puede ser opuesta como *excepción* en juicio, como una forma de cancelar, total o parcialmente, la deuda que se reclama, siempre que el objeto de la obligación lo permita. Es sobre esto que debemos volver a considerar el carácter indisponible de los derechos y obligaciones familiares, en razón que no se pueden compensar obligaciones que son invaluable, porque no se estimaría la equivalencia de ellas. Este es el motivo por el cual las obligaciones que admiten compensación deben ser exigibles, líquidas, homogéneas y fungibles, y desde luego, disponibles.

Ahora bien, hay situaciones que la ley toma como equivalentes, sin que estemos en presencia de compensación, como cuando un cónyuge no trabaja pero por encargarse del cuidado de los hijos, tal actividad se considera como una contribución equivalente a la proporción económica con la que el otro cónyuge contribuye para los gastos de familia (Art. 37 CF). Asimismo, para que la compensación tenga lugar, debe efectuarse, únicamente, por los titulares del crédito. Por ejemplo, la madre (ex-cónyuge) no puede compensar el crédito producido por el no pago de alimentos a favor del hijo con el débito de pensión compensatoria que tiene que cancelar a favor del padre (ex-cónyuge), porque los titulares del derecho de alimentos (hijo) y de pensión compensatoria (ex-cónyuge), son personas distintas.

Finalmente indicaremos que, la obligación jurídica se extingue por *confusión*, que tiene lugar cuando las calidades de acreedor y de deudor se reúnen en una misma persona y en un mismo patrimonio, quedando la obligación extinguida, total o parcialmente, en proporción a la parte de la deuda en que se produce la confusión⁷⁸. La confusión es un hecho jurídico extintivo de la obligación, la cual se liquida por reunirse en una misma persona la calidad de acreedor y deudor. Esto obedece a que nadie puede deberse a sí mismo, o con mayor precisión, un mismo patrimonio no puede estar comprometido con él mismo, porque se trataría de una contradicción.

78 Consúltese JULIAN, Emil Jalil, "El sistema...", Ob. cit., p. 10.

La confusión se puede operar por sucesión a título universal (herencia) o a título singular, generalmente por causa de muerte. En el primer caso, porque el acreedor es heredero del deudor, o porque el deudor heredera al acreedor o, porque al fallecer el acreedor y el deudor un tercero los hereda a ambos. En todo caso, si la herencia se acepta con beneficio de inventario no opera la confusión, porque los patrimonios conservan su individualidad⁷⁹. Un caso muy práctico sucede cuando el padre es deudor alimentario de su hijo, y al fallecer el primero, el hijo acepta la herencia de su padre, confundiéndose por tal hecho el crédito y el débito en el hijo, respecto de los alimentos adeudados.

Conclusión

Hemos hecho una breve referencia a la concepción principialista del Derecho y al ciclo vital de las obligaciones con el fin de sentar una posición doctrinaria al respecto. En consecuencia, a manera de conclusión, podemos puntualizar en lo siguiente:

Derecho no es solo el Derecho positivo. El Derecho es el orden axio-normativo que rige la conducta humana. De ahí que, el Derecho es un conjunto de principios dotados de justicia, que traducen, a los sujetos de derecho, los valores imperantes en una época y comunidad determinada; motivo por el cual, el Derecho escrito se interpreta bajo el orden principialista.

Los principios generales del Derecho son las guías que interconectan el orden ético-ideal con el orden real, esto es, buscan adecuar el mundo del deber ser con el del ser. Los principios del Derecho son el lenguaje comprensible de los valores, que justifican la repetitividad de una conducta en una sociedad históricamente establecida.

79 Vid. **BARBERO, Omar**, *Introducción...*, Ob. cit., pp. 257-258. Situación parecida sucede con la Empresa Individual de Responsabilidad Limitada (EIRL) en materia mercantil (Arts. 600 y siguientes CCOM.). Puede verse sobre la EIRL en **DÍAZ MARTÍNEZ, Rutilio Antonio**, "Empresa individual de responsabilidad limitada y sociedad unipersonal" en **AA.VV.**, *Ventana Jurídica*, N°. 6, Año III, Vol. 2, Julio-Diciembre, 2005, Consejo Nacional de la Judicatura, San Salvador, El Salvador, pp. 113-127.

Los principios del Derecho cumplen con una función creadora y una función suspensiva. La función creadora está referida a la fundación de normas jurídicas (justifican las leyes) y a la fundamentación de las soluciones jurídicas (providencias judiciales). Con la función suspensiva, los principios del Derecho tienen el suficiente vigor para dejar sin efecto (*suspender*) a la norma jurídica en supuestos *in concreto*, cuando la norma no se coordina con el sentido general del orden principialista.

En la concepción principialista del Derecho, el principio de seguridad jurídica es el soporte del Derecho positivo, que exige que los principios del Derecho se apliquen de forma subsidiaria, supletoria o alternativa a la norma jurídica (ley formal); caso contrario, por aplicación arbitraria y desmedida de ellos, se vaciaría la ley. En consecuencia, el cumplimiento de las obligaciones jurídicas se verifica bajo las exigencias de los principios generales del Derecho, quienes indican que una obligación jurídica es legítima en la medida que se coordina con el sistema de valores vigentes.

*Esta revista
se terminó de imprimir
en la Imprenta Universitaria
de la Universidad de El Salvador,
en marzo de dos mil quince.
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