

Revista Derecho

Universidad de El Salvador
Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales
ISSN: 2411-1465 e-ISSN: 2789-3960

VOLUMEN VI (2022)
Noviembre 2021- Noviembre 2022



Revista Derecho

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

VOLUMEN VI (2022)
Noviembre 2021 - Noviembre 2022

Revista Derecho

Autoridades universitarias

Rector

MSc. Roger Armando Arias

Vicerrector Académico

PhD. Raúl Azcúnaga

Vicerrector Administrativo

Ing. Juan Rosa Quintanilla

Secretario General

Ing. Francisco Alarcón

Fiscal General

Lic. Rafael Humberto Peña Marín

Defensor de los Derechos Universitarios

Lic. Luis Antonio Mejía Lipe

Secretaria de Comunicaciones

Lcda. Mónica Xóchilt Escalante

Secretario de Asuntos Académicos

Ing. Carlos Ernesto Vargas Ramos

Revista Derecho

Universidad de El Salvador

Facultad de Jurisprudencia
y Ciencias Sociales

Escuela de Ciencias Jurídicas

Noviembre 2021 - Noviembre 2022

Directora de la Revista:

Dra. Evelyn Beatriz Farfán Mata

Consejo Editorial:

MSc. Hugo Dagoberto Pineda Argueta

MCP. Evelin Gutiérrez de Doradea

MCP. Odaly Sánchez de Rodríguez

Lic. Oscar Ernesto Cruz Chávez

Revisores:

Argentina

Mg. Milton Hernán Kees

Universidad Nacional del Comahue

México

MSc. Octavio Adán Nájera Hernández

Universidad Abierta y a Distancia de México

El Salvador

MSc. Junior Concepción Zelaya Flores

Corte Suprema de Justicia de El Salvador

MSc. Wilfredo Antonio Jovel González

Corte Suprema de Justicia de El Salvador

Traductora:

Lcda. Ana Elizabeth López Lazo

Unidad de Proceso de Graduación

Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales

ana.lopez5@ues.edu.sv

Diseñadora y diagramadora:

Lcda. Jeimy Patricia Guerrero Bonilla

Unidad de Investigación

Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales

jeimy.guerrero@ues.edu.sv

ISSN (En línea):

2789-3960



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

Tel. 2511-2000 ext. 6526

Dirección electrónica: investigacion.jurisprudencia@ues.edu.sv

REVISTA DERECHO

Autoridades de la Facultad de
Jurisprudencia y Ciencias Sociales

Junta Directiva

Decana

Dra. Evelyn Beatriz Farfán Mata

Vice Decano

Dr. Edgardo Herrera Pacheco Medrano

Secretario

Lcda. Digna Reina Contreras de Cornejo

Representantes Docentes

Propietarios

MSc. Oscar Mauricio Duarte Granados

Lic. Eric Napoleón López Águila

Suplentes

Lic. Pedro Rosalio Escobar Castaneda

Lic. David Omar Molina Zepeda

Representantes Estudiantiles

Propietarios

Br. Estefany Mazzie Cabezas Colocho

Br. Sharon Marilyn Trujillo Orellana

Suplentes

Br. Diana Alejandra Valdés Jacobo

Br. Tania Abigail Meléndez Carbajal

Representantes sector Profesional no Docentes

Propietarios

Lic. Noel Hussein Hernández Galdámez

Lic. Elías Abisai Romero Martínez

Suplentes

Lcda. Norma Gloria Cáceres Navas

Lic. Raúl Roberto Santillana Echeverría

Responsables de Unidades

Director de la Escuela de Ciencias Jurídicas

MSc. Hugo Dagoberto Pineda Argueta

Director de la Escuela de Relaciones

Internacionales

MFE. Nelson Ernesto Rivera Diaz

Jefe del Departamento de Derecho Penal

Dr. Armando Antonio Serrano

Jefe del Departamento de Derecho Privado y Procesal

Lic. Jorge Alonso Beltrán

Jefe del Departamento de Derecho Público

MSc. Hugo Dagoberto Pineda Argueta

Jefe del Departamento de Ciencias Políticas y Sociales

Lcda. Alma Dinora Aguirre

Administrador Académico

Ing. Danny William Gutiérrez Recinos

Administrador Financiero

Sr. José Ángel Pérez Espinoza

Jefa de la Unidad de Planificación

Lcda. Luz Polanco

Jefa de Biblioteca

Lcda. Alejandrina Martínez Meza

Jefe de servicios Generales

Sr. Serafín López Chicas

Unidad de Comunicaciones

Ing. Mauricio Mejía

Coordinador Unidad de Posgrado

Dr. José Miguel Vásquez López

Coordinador de Proyección Social

Lic. Danny Obed Portillo Aguilar

Coordinador del Socorro Jurídico

Lcda. Ammi Raquel Martínez Delgado

Unidad de Investigación

MCP. Odaly Lissette Sánchez de Rodríguez

MCP. Evelin Gutiérrez de Doradea

Coordinador de la Unidad de Docencia y Desarrollo Curricular

MEd. Rubén Antonio Solórzano Treminio

Coordinadora de la Unidad de Servicios Informáticos

Ing. María Mercedes Lara

Directora General de Procesos de Graduación

MSc. Diana del Carmen Merino de Sorto

Contenido

Presentación.....	13
<i>MSc. Hugo Dagoberto Pineda Argueta</i>	

ARTÍCULOS

Legalidad procesal en el CPCM de El Salvador: una mirada integral en pro de un proceso judicial flexible.....	23
<i>Matías A. Sucunza</i> <i>(Argentina)</i>	

Introducción.....	25
I. Legalidad procesal.....	26
II. El CPCM y su regulación en la materia.....	38
III. Interpelaciones al CPCM.....	41
IV. Comentarios finales.....	44
Bibliografía.....	47

Las ONG's, el lavado de dinero y el financiamiento del terrorismo.....	49
<i>Herbert Mauricio Serafín García</i> <i>(El Salvador)</i>	

Introducción.....	51
I. El Grupo de Acción Financiera Internacional.....	52
1.1 Las organizaciones sin fines de lucro, el Financiamiento del Terrorismo y el GAFI.....	53
1.2 ¿Qué es el financiamiento del terrorismo?.....	54
1.3 ¿La lucha contra el terrorismo justifica la aplicación de medidas que restrinjan las actividades de las OSFL?.....	57
II. Recomendación 8 y su evolución.....	60
2.1 Nota Interpretativa de la Recomendación 8.....	62
2.2 Peculiaridades de las OSFL frente a otros sujetos obligados.....	65
2.3 Metodología GAFI:.....	70
2.3.1 Evaluación Nacional de Riesgos.....	71
2.3.2 Necesidad de incorporar a las OSFL en la ENR.....	73
III. Proyecto de Ley Especial para la Prevención, Control y Sanción del Lavado de Activos.....	73
Conclusión.....	80
Bibliografía.....	81

Apología reflexiva:

Problemas dogmáticos y probatorios en delitos sexuales..... 83

Miguel Alejandro Villeda Soto

(El Salvador)

Introducción.....	85
I. Concepto objetivo de la sexualidad: una cuestión del ser.....	86
II. Problemas dogmáticos.....	89
2.1 Bien jurídico protegido y sujeto pasivo	89
2.2 La dimensión típica general y la dimensión típica cualificada en la violación y la agresión sexual: bienes jurídicos construidos	90
2.3 Libertad sexual y posibilidad de consentimiento.....	97
2.4 El error de tipo en la violación o agresión sexual en menor o incapaz.....	98
2.5 El error de prohibición en la violación o agresión sexual en menor o incapaz	101
III. Problemas probatorios: naturaleza interna del delito.....	103
Conclusión.....	106
Bibliografía	107

Antinomias del recurso de apelación en el proceso declarativo común civil de enriquecimiento sin justa causa de funcionarios y empleados públicos en El Salvador 109

Irvin Paolo Umanzor-Umanzor

(El Salvador)

Introducción.....	111
I. LEIFEP: carencias de una ley preconstitucional	113
II. Someras nociones del recurso de apelación en el Derecho Procesal Civil	120
III. Antinomia sobre la impugnabilidad objetiva: LEIFEP vs CPCM	121
IV. Antinomia sobre la competencia objetiva o funcional: LEIFEP vs CPCM.....	128
V. LECAFE: hacia una nueva ley de enriquecimiento sin justa causa ..	132
Conclusiones	134
Bibliografía	136

La equidad natural en la doctrina chilena: notas para un intercambio con la doctrina salvadoreña 139

Patricio Sáez Almonacid

(Chile)

Introducción.....	141
I. La equidad como Derecho natural	143
1.1. La versión débil	143
1.2. La versión moderada	144

1.3. La versión fuerte	145
1.4. Problemas de la tesis iusnaturalista.....	145
II. La equidad natural como aplicación de principios generales del Derecho.....	146
2.1. La carga axiológica de los principios.....	147
2.2. El lugar de los principios	148
2.3. La insuficiencia del modelo principialista.....	149
III. Equidad natural como valoración moral del juez (teoría discrecional).....	149
3.1. La versión débil	150
3.2. La versión moderada	150
3.3. La versión fuerte.....	151
3.3.1. La versión cerebrina:	151
3.3.2. La versión escéptica:	152
Conclusiones	154
Bibliografía	158

Y ahora quién podrá defendernos: violencia social y política criminal en El Salvador..... 161

Luis Antonio Tobar Quintero
(El Salvador)

Introducción.....	163
I. El aporte de la teoría sociológica al análisis de la violencia social ...	164
II. La violencia entre grupos estudiantiles: antecedente del apareamiento de las pandillas	170
III. La violencia social en El Salvador	176
IV. La política criminal juvenil en El Salvador	180
Conclusiones	189
Bibliografía	191

Principales innovaciones tecnológicas implementadas por los países a nivel latinoamericano, por efectos de la pandemia del COVID-19 193

Claudia Jeannette Vides Landaverde
Wilmer Humberto Marín Sánchez
(El Salvador)

Introducción.....	195
I. La presencialidad en los servicios públicos y de los registrales en particular	196
II. Innovación en los registros públicos: prestación de servicios a distancia.....	197
III. De las innovaciones tecnológicas destacables.....	199
IV. Colofón.....	211
Bibliografía	212

PRESENTACIÓN

Presentación

MSc. Hugo Dagoberto Pineda Argueta.¹

Hoy en día, se están viviendo tiempos en donde las TICs generan muchísima información; lastimosamente, mucha de esta es falsa o no posee ninguna fundamentación que permita su verificación y/o comprobación. Es deber de quien pretende aprender, constatar la información que le llega, a fin de no ser víctima de la desinformación. Para facilitar el aprendizaje a la comunidad jurídica en general, es que se presenta esta Revista; contentiva de valiosas y bien fundamentadas investigaciones.

El aprendizaje es una necesidad fundamental, el ser humano constantemente aprende, descubre, modifica o reafirma lo aprendido. Una herramienta formal del conocimiento es la educación superior universitaria y la investigación científica, además de ser uno de los fines esenciales de esta, es un instrumento por medio del cual la educación contribuye a mejorar la vida en sociedad.

La universidad que no investiga es cada vez menos universidad; el personal académico de cualquier centro de estudios superiores está obligado a investigar y a dejar constancia de lo investigado; con lo que contribuye al engrandecimiento de su alma máter y de sí mismo, convirtiéndose así, en

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

referente o fuente de inspiración de los estudiantes en general y de los suyos en particular.

Es deber de la Universidad de El Salvador y de nuestra Facultad en particular, incentivar a su personal académico y estudiantil, tanto de grado como de posgrados, para que realicen y publiquen investigaciones científicas, con las que se ayuda a saciar la necesidad humana de aprender. Gracias a la Unidad de Investigación de nuestra Facultad por buscar proveedores de este pan del saber.

En la Revista Derecho número VI, correspondiente a noviembre y presentada en diciembre de dos mil veintidós; la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la Universidad de El Salvador, por medio de su sello editorial Aequus, incorpora valiosos artículos de investigaciones del personal académico nacional y extranjero, de hijos y estudiantes de esta casa de estudios, en los que, con rigor científico, reflexionan, analizan y proponen temas de actualidad y trascendencia jurídica; por lo que, no dudamos que constituyen un aporte importante para la comunidad jurídica en general y para la nuestra en particular.

Así, **Matías A. Sucunza**, maestrando de la Maestría en Derechos Humanos de la Universidad Nacional de La Plata, Argentina; en su artículo **“Legalidad procesal en el CPCM de El Salvador: una mirada integral en pro de un proceso judicial flexible”**; nos muestra cómo se incorpora y dimensiona el principio de legalidad procesal en el Código Procesal Civil y Mercantil de El Salvador, plantea varias dificultades que enfrentan las partes e incluso el juez, debido a su rígida incorporación; propone posibles relecturas del mencionado principio que permitan alcanzar los objetivos centrales del sistema de justicia; el control y gestión adecuada del funcionario judicial del conflicto y la litigación que le han presentado las partes.

En su investigación, nos muestra que si bien el Código Procesal Civil y Mercantil contiene varios e interesantes elementos del proceso concebido desde la reforma a la justicia civil en Latinoamérica, la legalidad procesal parece ser un punto a revisar o discutir dada la rigidez con que ha sido concebida por

el CPCM y las contradicciones que evidencia con la visión de proceso civil latinoamericano. Específicamente, nos dice que la rigidez con la que se regula el principio de legalidad procesal dificulta la adopción de herramientas legales necesarias para un mejor tratamiento de los casos. Entre ellas, los mecanismos de resolución flexibles y dinámicos, el case management y la transformación organizacional y su modelo de gestión.

El **Lic. Herbert Mauricio Serafín García**, graduado en nuestra casa de estudios, en su investigación denominada **“Las ONG’s, el lavado de dinero y el financiamiento del terrorismo”**, nos comenta el desarrollo de las regulaciones internacionales antilavado de dinero y financiamiento al terrorismo dirigidas a organizaciones sin fines de lucro, con las que se pretende combatir la corrupción, el tráfico de estupefacientes, el lavado de dinero y activos. Nos relata la creación del Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI) y nos explica como esta entidad desarrolla los estándares internacionales que buscan erradicar los delitos antes mencionados.

Explica que en El Salvador, producto de tales estándares, han surgido regulaciones como parte de compromisos de Estado para implementar medidas que buscan erradicar prácticas que permitan cometer el delito de lavado de dinero y de activos y el financiamiento al terrorismo. Especialmente, hace breves pero profundas reflexiones sobre las implicaciones de las regulaciones antilavado hacia las organizaciones sin fines de lucro como parte de las entidades sujetas a aquellas y que estas, a su vez, no afecten el derecho humano a la libertad de asociación. Concluye diciendo que es indispensable procurar no coartar el financiamiento lícito de las organizaciones sin fines de lucro, por el simple hecho de ser consideradas incómodas para una clase política o gobierno de turno por los temas que desarrolla o actividades que realiza, principalmente las de defensa de derechos humanos.

Por su parte, el Licenciado **Miguel Alejandro Villeda Soto**, en su artículo **“Apología reflexiva: Problemas dogmáticos y probatorios en delitos sexuales”**, analiza los bienes jurídicos protegidos por el legislador al tipificar los delitos sexuales, nos dice que los delitos sexuales -tipificados en el Código

penal y en leyes especiales- son límites generales y especiales a las conductas que generan un agravio a la libertad en su manifestación de autodeterminación sexual; sin embargo, a lo largo de la investigación, centra su estudio en proponer parámetros de diferenciación entre el delito de violación sexual y agresiones sexuales; sin embargo, afirma que los bienes jurídicos protegidos con los delitos sexuales, con mayor o menor énfasis, son los mismos. Explica profundamente cómo, dentro de la libertad, juega un rol importante el consentimiento -según edad o capacidad del sujeto pasivo- en este tipo de ilícitos y su repercusión en el error de tipo o de prohibición directo e indirecto.

También comenta con magistral precisión que estamos en presencia de delitos de mera actividad; y nos muestra los diversos problemas probatorios que tienen que sortear las partes involucradas, especialmente la víctima; por ello nos explica el papel probatorio que, visto el énfasis en la acción para consumar estos delitos y la naturaleza privada o asilada en la que generalmente suceden, las leyes penales adjetivas otorgan a la víctima.

Irvin Paolo Umazor-Umazor, graduado de nuestra Universidad, abogado experto en temas anticorrupción; en la investigación titulada **“Antinomias del recurso de apelación en el proceso declarativo común civil de enriquecimiento sin justa causa de funcionarios y empleados públicos en El Salvador”**; analiza como la Ley sobre Enriquecimiento Ilícito de Funcionarios y Empleados Públicos ha subsistido a tres constituciones, lo que ha hecho que se le califique como una ley preconstitucional. En dicho análisis, identifica en la LEIFEP carencias de tipo administrativo, sancionatorio, y procesales; específicamente en lo referido a los medios de impugnación.

En la investigación, el autor analiza y describe las reglas a las cuales remite la LEIFEP al proceso común; y si tal remisión genera inconsistencias en la sustanciación del recurso de apelación, como único medio de impugnación. El análisis que hace es dogmático, pues se apoya en una serie de resoluciones judiciales en las que se han descubierto antinomias o contradicciones normativas entre la LEIFEP y el entonces Código de Procedimientos Civiles; discrepancias que se mantienen con el Código Procesal Civil y Mercantil; específicamente

en lo relativo a la impugnabilidad objetiva y de competencia funcional dentro del proceso judicial y la competencia funcional u objetiva para resolver de los recursos.

Para facilitar la comprensión de su análisis, el autor compara el texto de tres disposiciones normativas, las analiza a la luz de la jurisprudencia y concluye afirmando que, para llenar los vacíos de la LEIFEP, en la antinomia de impugnabilidad objetiva no procede la heterointegración del CPCM, mientras que en la antinomia de la competencia funcional, si es procedente la heterointegración de la citada norma procesal; opinión que sugiere deba de ser considerada para la emisión de la nueva Ley de Enriquecimiento sin justa causa de Funcionarios y Empleados Públicos (LECAFE).

Patricio Sáez Almonacid, en su investigación denominada **“La equidad natural en la doctrina chilena: notas para un intercambio con la doctrina salvadoreña”**, procurar mostrar, de forma breve, a los juristas salvadoreños, particularmente a los civilistas, el estado de la discusión filosófica, histórica y dogmática dada en Chile, relativa al concepto de equidad natural – positivado en el artículo 24° del Código Civil chileno como en el salvadoreño. - Muestra la equidad como Derecho natural o ius naturalista, sus inconvenientes como aplicación de los principios generales del Derecho, en la que nos dice que cumple un rol supletorio y otro interpretativo -nos ayuda a establecer el sentido y alcance de una norma-; y como valoración moral del juez o concepción discrecional de la equidad.

Concluye diciéndonos que el Código Civil chileno, adopta la equidad natural en su versión interpretativa, cuando estemos en presencia de una norma hermenéuticamente deficiente; no obstante, el autor nos dice que la equidad natural, además de ser un concepto jurídico indeterminado, es una norma de clausura la que, junto al espíritu general del legislador, le permiten al juzgador resolver las disputas hermenéuticas.

Por su parte, **Luis Antonio Tobar Quintero**, sociólogo, graduado de esta casa de estudios; con su investigación denominada: **“Y ahora quién podrá defendernos: violencia social y política criminal en El Salvador”**, nos recuerda

que el problema de la violencia es un fenómeno histórico que ha afectado especialmente a las sociedades latinoamericanas y centroamericanas; afirma que representa una amenaza para cualquier gobierno de la región y que los factores causantes de esta están asociados a la violencia política y social; lo que genera, a juicio del autor, una importante cantidad de homicidios. Nos relata como a su juicio, la violencia estudiantil escaló y se convirtió en uno de los antecedentes de las maras o pandillas en El Salvador, y que estas se asientan en los tejidos sociales más frágiles, en gran medida, alentados por la desintegración familiar.

Explica el aporte de diversas teorías en el análisis de la violencia social; comenta que, desde la perspectiva sociocultural, en las últimas dos décadas se ha tratado de ofrecer una respuesta a la violencia; misma que ha estado basada en el uso de la fuerza o de la coerción del aparato del Estado; esfuerzo en lo que centra su investigación. Por ello, busca explicar la violencia social desde una perspectiva socio-histórica y además pretende estudiar las soluciones o políticas de criminales adoptadas por los gobiernos salvadoreños. El autor analiza la política criminal del país, especialmente la juvenil; las modificaciones que en el tiempo se fueron haciendo, y concluye que la exclusión social ha sido un factor determinante en la violencia social vivida en El Salvador.

Finalmente, los profesores de la Escuela que me honro en presidir; **Claudia Jeannette Vides Landaverde** y **Wilmer Humberto Marín Sánchez**, con su investigación denominada **“Principales innovaciones tecnológicas implementadas por los países a nivel latinoamericano, por efectos de la pandemia del COVID-19”**; afirman que muchos son los factores que históricamente han transformado a la humanidad y que la pandemia por COVID-19 no ha sido la excepción. Nos explican magistralmente cómo el avance de la pandemia, seguida de la maquinaria informativa de los gobiernos, lograron el aislamiento social a nivel mundial, mismo que expuso lo mejor del ser humano: su creatividad.

Explican como tal creatividad se convirtió en el instrumento o motor de cambio para que la sociedad no permaneciera estática en su desarrollo y que como consecuencia buscara alternativas de solución para ponerlas a disposición

de las instituciones públicas y/o privadas, especialmente aquellas operadoras de servicios, para mejorar así las condiciones de vida del mundo entero. Analizan, entre tales alternativas de solución, el apareamiento o transformación de la administración pública en las modalidades de prestar los servicios públicos en general y de los registros públicos en particular. Explican como las innovaciones tecnológicas aplicables en los registros públicos mantuvieron activos estos servicios; dando publicidad registral y seguridad jurídica a la población sobre sus derechos reales. Generando una transición de la presencialidad de la prestación a la virtualidad de esta.

Hacen un recuento comparado de como determinados Estados han modernizado las modalidades de prestación de los servicios y también analizan como los diversos encuentros del Comité Latinoamericano de Consulta Registral abrieron las puertas para que se conocieran los cambios que a nivel registral presentan los países invitados a dichos conclave y que, por cuya difusión, se mantiene constante el desarrollo de nuevas formas de mejoramiento a la prestación que ofrecen los registros públicos, favoreciendo así a los usuarios de estos, independiente de que dichos registros recaigan sobre bienes muebles, inmuebles, personas o garantías; hasta llegar a lo que bien podría denominarse servicio registral digitalizado.

Los artículos antes mencionados, sin duda serán valiosos recursos de aprendizajes para todo aquel que los lea; los que, además, desafían e instan a la irreverencia académica para cuestionar tales saberes, con el afán de construir sobre ellos nuevos aprendizajes. Enhorabuena, felicitaciones a todos los investigadores e investigadoras que contribuyeron con esta edición de la Revista; y animo a toda nuestra comunidad académica y estudiantil a que se inicien o mantengan en la senda de la investigación, ya que con ella se llega a la verdad y esta nos hace libres; y de paso se enaltece el buen nombre de nuestra casa de estudios.

ARTÍCULOS

Legalidad procesal en el CPCM de El Salvador: una mirada integral en pro de un proceso judicial flexible

Procedural legality in the CPCM of
El Salvador: a comprehensive look
towards a flexible judicial process

Matías A. Sucunza
(Universidad Nacional de La Plata, Argentina)
<https://orcid.org/0000-0003-3858-9757>



Recibido: 21-04-2022
Aceptado: 28-07-2022

LEGALIDAD PROCESAL EN EL CPCM DE EL SALVADOR: UNA MIRADA INTEGRAL EN PRO DE UN PROCESO JUDICIAL FLEXIBLE

Matías A. Sucunza

RESUMEN

El artículo analiza cómo se receipta la legalidad procesal en el Código Procesal Civil y Mercantil de El Salvador, a fin de problematizar y presentar posibles relecturas del mismo que permitan potenciar la realización de los objetivos centrales del sistema de justicia. En particular, el control y gestión adecuada del conflicto y la litigación. La investigación fue realizada a través de un abordaje eminentemente teórico de base documental. Los hallazgos determinan que, si bien el CPCM tiene diversos puntos interesantes para el proceso de reforma a la justicia civil en Latinoamérica, la legalidad procesal pareciese ser un punto a revisar o discutir dada la rigidez con que ha sido concebida y las contradicciones que evidencia. Dichos factores dificultan la introducción de herramientas legales necesarias para un mejor tratamiento de los casos. Entre ellas, la idea de mecanismos de resolución flexibles y dinámicos, el case management y la transformación organizacional y su modelo de gestión.

PALABRAS CLAVES: Justicia - Legalidad procesal - Case management - Litigación - Conflictos - Mecanismos Autocompositivos de conflictos.

PROCEDURAL LEGALITY IN THE CPCM OF EL SALVADOR: A COMPREHENSIVE LOOK TOWARDS A FLEXIBLE JUDICIAL PROCESS

Matías A. Sucunza

ABSTRACT

The article analyzes how procedural legality is received in the Civil and Commercial Procedure Code of El Salvador, in order to problematize and present possible rereadings of the same that allow promoting the realization of the central objectives of the justice system. In particular, the control and proper management of conflict and litigation. The research was carried out through an eminently theoretical approach based on documents. The findings determine that, although the CPCM has several interesting points for the civil justice reform process in Latin America, procedural legality seems to be a point to review or discuss given the rigidity with which it has been conceived and the contradictions it shows. These factors make it difficult to introduce the necessary legal tools for a better treatment of cases. Among them, the idea of flexible and dynamic resolution mechanisms, case management and organizational transformation and its management model.

KEYWORDS: Justice - Procedural legality - Case management - Litigation - Conflicts - Self-composed conflict mechanisms

Legalidad procesal en el CPCM de El Salvador: una mirada integral en pro de un proceso judicial flexible

Matías A. Sucunza¹

Introducción

El Salvador ha sido uno de los ocho países que en los últimos doce años ha reformado su modelo procesal en el ámbito civil, con un enfoque de política pública y pretensión de integralidad. El presente trabajo tiene por objetivo analizar cómo se recepta la legalidad procesal en el Código Procesal Civil y Mercantil de El Salvador (en adelante, CPCM), a fin de problematizar y presentar posibles relecturas del mismo que permitan potenciar la realización de los objetivos centrales del sistema de justicia.²

Para ello, lo primero que se hará será examinar cuatro dimensiones asociadas a la legalidad procesal. Esto es, cuál es el sentido histórico que se le

1 Abogado por la Universidad Nacional de La Plata (UNLP, Argentina), diploma de Honor al mejor promedio. Especialista en Derecho Procesal Profundizado por la Universidad Notarial Argentina, en Derecho Administrativo Económico por la Universidad Católica Argentina y maestrando en Derechos Humanos por la UNLP. Consultor externo del Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA). Autor y coautor de libros y publicaciones nacionales y extranjeras en materias de su especialidad.

2 En la elaboración del artículo se ha seguido y recuperado los desarrollos realizados en Leonel González Postigo, Marco Fandiño y A. Matías Sucunza, *Proceso Civil. Un modelo adversarial y colaborativo* (Editores del Sur, 2020), y en Marco Fandiño, Lorena Espinosa Olguín y A. Matías Sucunza, *Estudio comparado sobre las reformas procesales civiles en América Latina* (CEJA, 2020). Para profundizar sobre la temática y otras vinculadas, remitimos a dichos estudios.

ha asignado; qué problemas estructurales evidencian ese enfoque; qué sentido deberíamos atribuirle hoy a partir de los cambios suscitados con motivo del proceso de constitucionalización y convencionalización del derecho; y, cuáles son los elementos que no deberían obviarse si se pretende construir un modelo integral y eficaz.

En segundo término, identificaremos cómo regula el CPCM la legalidad procesal. El análisis se ceñirá al texto normativo, procurando recuperar como se estructura la institución y cómo se manifiesta en los diversos microsistemas procesales.

A *posteriori*, problematizaremos en torno a ello, cotejando la reglamentación del CPCM con las dimensiones identificadas como relevantes. Con ello se pretende: (i) recuperar los aspectos positivos y negativos que pueden advertirse; y, (ii) observar su mayor o menor deferencia para el logro de los objetivos y valores del sistema de justicia. Por último, se realizarán algunos comentarios que tienen por objeto contribuir a la discusión y operar como claves de lectura constructivas.

I. Legalidad procesal

a) Sentido histórico

La pregunta en torno a cuáles son las reglas procesales bajo las cuales se resolverá un conflicto y cómo se vinculan los sujetos en torno a ellas, ha estado determinada históricamente por tres posicionamientos.

El primero, al que se podría llamar legalidad en estricto, se caracterizó por sostener que es el legislador el que dispone las formas, modos y términos en que se llevará adelante un proceso. Como toda regla legal, esta determinación era abstracta, impersonal y general. Al mismo tiempo, esta idea de legalidad se complementa con otro principio: el de indisponibilidad de las formas. Es decir, la imposibilidad que los sujetos procesales puedan adaptarlas, transformar o convenir algo distinto de lo fijado por el legislador como “debido proceso”.

El segundo es aquel que sostiene la libertad de las formas. Bajo este principio, el debido proceso no es una regla rígida definida por el legislador sino una categoría maleable por los sujetos procesales intervinientes, quienes pueden negociar y disponer las formas en que se discutirá.

El tercer posicionamiento recupera la legalidad en tanto sometimiento a las reglas fijadas por el legislador, pero habilita la posibilidad que la autoridad judicial pueda adecuarlas para lograr la efectividad de los derechos en juego. En general, esta posición se construyó al calor del reforzamiento de la idea del juez/a como director del proceso. Es un intento de dar respuesta a la tensión advertida entre los extremos expuestos, aunque -como trataremos de señalar- no pareciese ofrecer una síntesis adecuada al problema planteado.

b) Desarreglos estructurales

Como se expuso, se ha sostenido el principio de la legalidad de las formas, afirmando que es el legislador quien dispone los ritos que deben cumplirse dándole a ello un carácter imperativo. Es decir, se somete el conflicto, la pretensión y solución a un mecanismo dogmático e irreflexivo. Ese dogma, inhabilitó o dificultó al juez y las partes dialogar y vincularse de modo dinámico con la construcción de la norma procesal a fin de procurar su cometido central: organizar eficazmente el mecanismo de procesamiento al caso.

En contrasentido, se promovió el principio de la libertad o adecuación de las formas, enfatizando la condición instrumental del proceso. Pero, ¿cómo debe actuar el juez la facultad de adecuación si existe una norma que preceptúa que toda regla procesal es de orden público o indisponible? ¿Qué pautas o mecanismos precisan los Códigos Procesales para compatibilizar ambas ideas o trabajar con ellas? ¿Cómo se vinculan y relacionan los sujetos en la creación de la legalidad? ¿Qué lugar tienen las partes en ello? ¿Tienen las partes la posibilidad de disponer de las reglas procesales para dar un tratamiento al conflicto acorde a sus intereses y necesidades?

Luego, resulta comprensible porqué la incorporación de instituciones que suponían poner en riesgo a las visiones acumuladas antedichas y esa forma de administrar el poder, fueran neutralizadas por el propio sistema. Por ejemplo, la escasa utilización de las facultades judiciales para organizar eficazmente la racionalidad del proceso (sistema de regulación o adecuación judicial de las formas) e, inclusive, la nula utilización de ciertas instituciones que habilitaban a las propias partes en el mismo sentido (v.gr., la presentación conjunta de postulaciones o la realización de convenciones probatorias).

La manera en que se ha concebido la legalidad procesal en tanto vinculación entre normas y sujetos para la creación del ámbito de discusión más apropiada para el conflicto, es un claro ejemplo de la acumulación liberal-conservadora que el régimen constitucional de muchos de países en Latinoamérica recepta. Acumulación que se ha agravado en razón de las sucesivas reformas constitucionales que incorporan una serie de demandas igualitarias, de mayor compromiso social, político y democrático, pero mantuvieron intacta la columna vertebral de la organización de poder.

De allí que, se estima imprescindible resolver las contradicciones y evidencias en relación con la concepción de la legalidad que estructura el proceso. No se puede seguir sosteniendo que todas las reglas procesales son de orden público (indisponibles) y, al mismo tiempo, instrumentales. Tampoco suma, bajo esa acumulación de sentidos y mandatos normativos, afirmar que es el juez quien debe adecuarlas. Al hacerlo, se coloca a la autoridad judicial en una situación casi irresoluble; se anula o degrada el rol de las partes; se reafirma la centralidad de la autoridad judicial en la construcción de la legalidad, en un contexto de ejercicio unidireccional y/o discrecional del poder; se invisibiliza la dimensión de la gestión judicial del caso; e, imposibilitan la construcción de una matriz colaborativa del proceso, que la conciba como una comunidad de trabajo y vincule positivamente a todos los sujetos en la definición de las reglas de discusión.

c) Sentido actual

Repensar la legalidad significa transformar la concepción y modo en que las fuentes normativas y los sujetos se vinculan para definir el mecanismo y manera más adecuada para procesar un conflicto. De ahí que, se considera que la contradicción expuesta deba resolverse en favor de un esquema que conciba a la legalidad como un concepto dinámico y maleable. Es decir, un proceso *judicial flexible* que permita adaptar el marco de discusión al caso o conjunto de casos, sintetizando las posiciones encontradas.

Múltiples razones justifican ese cambio de paradigma. Algunas son de orden conceptual, estructural o normativa y otras de tipo pragmático, utilitarista o eficientista. En todo caso, los diferentes órdenes de razones tienen un denominador común claro: instituir un modelo de vinculación entre sujetos para la construcción de la legalidad que aporte racionalidad entre estructuras, medios y fines. En el presente, nos interesa recuperar tres razones:

1. El conflicto como epicentro regulatorio

El concepto a partir del cual debería construirse el modelo regulatorio es el conflicto. La legalidad procesal en abstracto y en concreto debe tener como presupuesto el caso o el flujo de casos, sus dimensiones (individual o colectiva) y sus modulaciones (v.gr., presencia de sujetos en situación de vulnerabilidad). Ello no sólo permite maximizar la administración de las reglas procesales y su razón de ser, sino también evitar subordinar el caso o flujo de casos en concreto a la “legalidad del proceso o la forma en abstracto”. Al mismo tiempo, el poner en primera plana al conflicto y pensar desde ahí la intervención procesal, obliga a la autoridad judicial y las partes a trabajar en su procesamiento desde esa materialidad histórica y situada.

2. El carácter complejo del derecho y la multiplicidad de fuentes para la construcción de la regla al caso

El proceso de constitucionalización del derecho, recuperó y potenció tres fenómenos que tienen directa incidencia con la legalidad en general y la procesal en particular. El primero, es la revalorización de la multiplicidad de fuentes. Ello tuvo como correlato, colocar en el centro a la Constitución convencionalizada; dejar de considerar a la ley autosuficiente (relativizando su valor como fuente predominante y excluyente); y, otorgar a los principios y valores significación normativa. El segundo, asumir que el derecho no es un orden neutral ni simple, sino complejo. El tercero, visibilizar que el derecho es interpretación y no mera aplicación, la cual depende de una pluralidad de autoridades interpretativas.

Siendo ello así, es imposible sostener una concepción de la legalidad que pretenda reducir el proceso a las reglas de un modelo regulatorio, cualquiera sea. Es decir, ya no se puede sostener que las reglas del debido proceso sean las que contiene el Código Procesal (“la ley”), porque el cambio paradigmático señalado, rompió con esa racionalidad. Esa respuesta no es aceptable en la hermenéutica actual. Tampoco lo sería porque, como se ha expuesto y se afirma seguidamente, supondría una respuesta ineficaz. El marco regulatorio debe ser enunciativo y propositivo, incentivando a todos los sujetos intervinientes a su adaptación proporcional al caso, siempre que ello resulte más eficiente para la discusión y resolución del conflicto y teniendo como único límite la no vulneración de aquellos estándares que son el núcleo duro del debido proceso.

3. El debido proceso como estándar

Se considera que:

“pensar que todos los casos exigen un mismo tipo de juicio oral y -por tanto- siempre un mismo formato de preparación, es un error que está incidiendo en

la calidad de la justicia civil y en la correcta administración de los recursos con que se cuentan para ello. Se hace necesario avanzar hacia fórmulas procesales flexibles que permitan a cada jueza y juez utilizar diversos mecanismos para adecuar la respuesta judicial a las necesidades concretas de cada caso. (...) Esta discusión puede ser mucho más fecunda si se aborda desde la perspectiva de qué herramientas o instrumentos concretos de preparación requiere un determinado caso, más que el número de audiencias que es necesario cumplir”³

El proceso debe ser necesariamente flexible dado que: (i) el debido proceso no es una regla, sino un estándar; y, (ii) la legalidad procesal se construye desde el caso, a través de la labor cooperativa de todos los sujetos involucrados y valorando la pluralidad de fuentes. Es decir, la proporcionalidad individual se traduce en adaptabilidad. Ese es el ADN de la legalidad procesal. Su potencia estará directamente vinculada a la eficacia con que se administre.

Consolidar al debido proceso como un estándar dinámico, supone al menos tres cosas:

- i) Asumir que dicha noción está constituida por un conjunto de parámetros básicos (núcleo duro) que deben ser cumplidos por todo proceso para asegurar que la discusión y la determinación de derechos se haya realizado en un entorno de razonabilidad y justicia. Por supuesto que esos estándares variarán en función del tipo de conflictividad (individual o colectiva), de los sujetos o bienes involucrados.
- ii) Erradicar la idea de debido proceso como el cumplimiento de un rito dogmático y lineal, reconociendo su condición de complejo, dinámico y evolutivo y la vinculación entre conflicto, caso judicial, proporcionalidad y debido proceso como estándar. En consecuencia, interesa más el grado y modo de cumplimiento de esos estándares en razón del caso en concreto, que la observancia de un modelo o estructura

3 Erick Ríos, *La oralidad en los procesos civiles en América Latina. Reflexiones a partir de una observación práctica* (Santiago de Chile: Centro de Estudios de Justicia de las Américas, 2013).

predeterminada e inmodificable de discusión.

- iii) Admitir que el debido proceso es susceptible de grados de aplicación (que nunca pueden socavar su núcleo duro), en función del tipo de conflicto, sus particularidades e intereses en juego. Es decir, no constituye conceptos pétreos ni cerrados, sino pautas maleables que exigen en su aplicación una labor ponderativa.

En ese sentido, afirmar que el proceso es flexible también implica romper con la determinación abstracta de los carriles procesales; la concepción del proceso como linealidad; la relación rígida entre pretensión y esquema de procesamiento; o, las interpretaciones o prácticas formalistas que imposibilitan o dificultan su adaptabilidad.

d) Dimensiones a considerar

Si se toma como premisa la transformación paradigmática operada en términos constitucionales-convencionales⁴ y se tuviera que diseñar un modelo regulatorio, ¿cómo se pensaría en la legalidad procesal? ¿Qué desafíos enfrenta la materia? ¿Qué dimensiones deberían tenerse en consideración? Más allá de los tres aspectos señalados en el apartado antecedente, entre los principales factores que condicionan cómo trabajar en torno a la legalidad procesal si se pretende construir un modelo integral y eficaz, se destaca:

1. La proporcionalidad como respuesta institucional: como señalan los autores PICHÉ Y NOREAU,⁵ la proporcionalidad opera desde dos perspectivas:

4 Remitimos a las consideraciones explicitadas en el trabajo: Jorge A. Rojas (Coordinador), *Constitucionalización del derecho y reforma a la justicia no penal: interpelaciones y aportes en pro de una (re)ingeniería procesal igualitaria, responsable y democrática, "Análisis de las bases para la reforma procesal civil y comercial"* (Asociación Argentina de Derecho Procesal, Rubinzal Culzoni Editores, 2018), 9.

5 C. Piché y P. Noreau, "Reformas a la Justicia Civil en Quebec y Canadá", Marco Fandiño (Director), Volumen II, en *Estudios comparados sobre Reformas al Sistema de Justicia Civil. Australia y Canadá, Centro de Estudios de Justicia de las Américas* (2019).

- i) una micro o individual, la cual sostiene que el costo y tiempo ocupado en un caso individual debe ser proporcional al valor de lo demandado o a la complejidad del caso. Esta visión, se centra en el caso que el tribunal está conociendo. El proceso será proporcional cuando en el balance realizado, el costo de decidir el caso mediante la aplicación del derecho en los términos previstos sea menor que el beneficio que se derive para las partes; y,
- ii) otra macro o sistémica, la cual nos hace pensar que la autoridad judicial debe velar también por una asignación adecuada del conjunto de los recursos del sistema de justicia y que, por lo tanto, si asigna demasiados recursos (como número de audiencias asignadas o cantidad de medios probatorios conocidos) a un caso, se los está privando a otro. En ese sentido, la autoridad judicial debe intentar lograr un equilibrio en la asignación de recursos a los casos (distribución proporcional), a fin de maximizar el acceso a la justicia.⁶

La proporcionalidad es importante porque nos exige pensar, distinguir y priorizar entre el valor y la complejidad del caso y su relevancia (social o particular) para asignar eficazmente los limitados recursos del sistema al: (i) caso individual, propiciando un adecuado procesamiento en función de las características del conflicto; y, (ii) al conjunto de casos, priorizando aquellos conflictos que consideramos más relevantes social, pública o privadamente. Por consiguiente, deberemos tener en consideración cuáles son esos valores a los cuales las Constituciones convencionalizadas y la comunidad le atribuyen preponderancia, a fin de lograr una distribución razonable del dinero público. Es decir, analizar si la naturaleza y relevancia del conflicto y pretensión y los mecanismos, medidas y esfuerzos dispuestos, guardan correlato razonable en términos de solución, costo, tiempo y beneficios.

6 *Ibíd.*

La proporcionalidad es un mandato exigible a todos los operadores. El legislador deberá valorarlo al momento de diseñar los esquemas regulatorios o las abogadas al propiciar medidas para la gestión y/o procesamiento de un caso. Sin embargo, quienes mayor responsabilidad tienen son los jueces/zas y las Oficinas Judiciales, ya que son ellos quienes ponderan el valor del caso en el conjunto de ellos y las limitaciones existentes.⁷

2. La eficacia y calidad del servicio como objetivos del sistema: el modelo regulatorio que se propicie debe concebirse como una organización administrable y, por ende, instituir a la eficacia y calidad como objetivos para su funcionamiento.
3. La caracterización de la estructura organizacional y su modelo de gestión: uno de los elementos que define y condiciona la concepción, sentido y alcance de la legalidad procesal, es el tipo y características de la organización y su modelo de gestión judicial. De allí que la concreción del cambio de paradigma propiciado, deba tener como presupuesto la transformación radical de la estructura, organización y gestión de poder del siglo XVIII que caracteriza el funcionamiento del Poder Judicial.

No se puede pretender tener una organización que responda ágilmente si los procesos de trabajo son burocráticos, verticales, concentrados y discrecionales. Tampoco se puede lograr crear espacios colaborativos para la construcción de la legalidad al caso, si la autoridad judicial cree que ella tiene la razón excluyente o carece de controles endógenos o exógenos que limitan su discrecionalidad. De igual manera, difícilmente existe una utilización eficaz de los recursos si no se mide ni controla la carga y procesos de trabajo.

⁷ Leonel González Postigo, Marco Fandiño y A. Matías Sucunza, *Proceso Civil. Un modelo adversarial y colaborativo*, 108-109.

4. Oralidad y simplificación procesal: como se expuso en otro lugar,⁸ partiendo del conflicto como noción estructurante, se considera que cualquier tipo de intervención procesal que se instituye debe adoptar como matriz un proceso oral por audiencias. Ello así, no sólo porque constituya un mandato convencional (art. 8 y concs., CADH), sino por las ventajas epistémicas que la oralidad reporta como metodología de trabajo. La oralidad garantiza y maximiza la inmediación, el contradictorio, la publicidad y comunicación.

Consagrar la oralidad como metodología de trabajo principal supone que, independientemente del tipo de pretensión, todas las estructuras procesales deberían organizarse -por regla- en torno a alguna audiencia. Sin embargo, también implica admitir que habrá actos y supuestos en que, necesaria y razonablemente, la oralidad podrá ser pospuesta, mitigada u obviada. En todo caso, lo que debe buscarse es la construcción de soluciones racionales, que faciliten la realización de los fines del servicio de justicia mediante la maximización de las ventajas de ambos esquemas.

En la reconversión de la legalidad procesal, la simplificación procesal debería constituir una premisa inexcusable. Entre otras cosas, simplificar se traduce en crear reducidos y simples ámbitos de discusión; eliminar la profusa reproducción de procesos especiales o tutelas diferenciadas, los cuales pueden procesarse en regímenes generales haciendo los ajustes respectivos; instituir un régimen único de solución de conflictos que incorpore todos los mecanismos para resolver conflictos individuales o colectivos no penales; o, la desformalización de actos procesales en general y de nulidades en particular.

8 *Ibíd.*, 105.

5. La dimensión de la gestión del caso y flujo de casos: el cambio en la concepción de la legalidad y los principios de adaptabilidad y proporcionalidad se materializan en instrumentos concretos tales como la gestión de casos (*case management*) y la posibilidad de celebrar acuerdos procesales. Las reformas procesales deben incorporar expresamente ambas instituciones, brindando un marco claro para su posterior desarrollo reglamentario, jurisprudencial u operativo por parte de todos los operadores.

Se define al *case management* como un mecanismo de eficiencia procesal, según el cual, el sistema judicial -en general- y los jueces -en los casos particulares- se constituyen en responsables del desarrollo de la litigación, cuyo objetivo es asegurar, en la operatoria misma del sistema, el cumplimiento de diversos objetivos procesales.⁹ Esta actividad o función, decanta en el funcionamiento del sistema judicial bajo la forma de criterios de organización, distribución de recursos y decisiones procesales colectivas o individuales que incorporan la proporcionalidad como rasgo más distintivo, orientando tanto la forma como se procesa el conjunto de la litigación, como el curso y tratamiento específico de los casos individuales.

Es decir, que el *case management* es una herramienta compleja y dinámica, que involucra distintas dimensiones. Entre ellas, una dimensión macro (general o del sistema) y micro (en el caso); el flujo de casos -el cual se refiere a las actividades, operaciones o acciones que se dirigen a procesar los casos, en el sentido de hacerlos avanzar o progresar, desde su inicio hasta su finalización-; la dimensión de gestión, asociada con aspectos organizacionales, administrativos o de eficiencia; o, su ejercicio por parte de distintos sujetos. De allí el *case management* de partes y el cooperativo.

9 Ramón García Odgers, *Develación, diagnóstico y proyecciones del judicial case management en Chile desde la perspectiva del derecho comparado* (Tesis para optar al grado doctor en derecho de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 2019).

En relación a estos últimos, resultará crucial que se incluyan previsiones que incorporen reglas y estándares para la aprobación de acuerdos procesales en caso de sujetos en situación de vulnerabilidad o conflictos colectivos. Dichas pautas deben permitir testear las condiciones de celebración, su resultado y posibilidad de abuso (reaseguros procedimentales y de eficacia), pero sin caer en paternalismos ni perfeccionismos intrusivos. Debe evitarse tanto la situación de abuso, producto de la desigualdad, como la sustitución de la autonomía por un criterio de autoridad impuesto. En todo caso, la mecánica más productiva podría ser generar una instancia de diálogo con las partes (contradictorio), previo a su homologación.

Como se puede advertir, estos conceptos conciben a la legalidad desde la perspectiva de proporcionalidad y adaptabilidad expuesta con anterioridad. Al mismo tiempo, vinculan la administración de las reglas o recursos humanos o materiales en abstracto con la gestión de esos mismos componentes en el caso o flujo de casos en concreto. El objetivo central es generar una sinergia positiva entre los distintos operadores y estructuras en pro de la eficiencia del sistema y la justicia del caso.

6. La vinculación entre sujetos y las instancias posibles de diálogo (modelo cooperativo): otra dimensión que cualquier modelo regulatorio debería considerar y promover es la relación entre sujetos para la construcción de la legalidad. Es decir, generar condiciones de posibilidad reales, para que ese diálogo y trabajo cooperativo pueda concretarse. Pareciese fundamental consolidar un modelo cooperativo; evitar el desbalance de funciones o poderes; incentivar un involucramiento activo; o, crear instancias de encuentro horizontal.
7. Estándares para interpretar la legalidad: cómo se ha expuesto, la determinación del carril procesal y/o su construcción al caso depende de la interpretación del conjunto de reglas y fuentes que se haga. Siendo ello así, resulta primordial que el modelo regulatorio incorpore

expresamente principios y estándares para concretar esa labor, los cuales permitan la promoción de arreglos interpretativos razonables y afines a los objetivos y valores que promueve el sistema.

8. Responsabilidad en la construcción de la legalidad: para que las personas actúen como agentes racionales es imprescindible contar con un régimen de incentivos y desincentivos eficiente. Esto es, asignación clara de responsabilidades y mecanismos de monitoreo y fiscalización que permitan premiar o castigar los incumplimientos o disfuncionalidades. La posibilidad de construir prácticas coherentes con los objetivos regulatorios depende de ello.

II. El CPCM y su regulación en la materia

En el presente apartado se recuperarán las referencias explícitas a la legalidad procesal que contiene el CPCM,¹⁰ a fin de identificar cómo se regula.

La regla más relevante es la contenida en el artículo 3, donde recepta el principio de legalidad. Allí se estipula que todo proceso deberá tramitarse ante el juez competente y “conforme a las disposiciones del CPCM, las que no podrán ser alteradas por ningún sujeto procesal”. Las formalidades previstas “son imperativas”. Cuando la forma de los actos procesales no estén expresamente determinadas por ley, se adoptará la que resulte indispensable o idónea para la finalidad perseguida”. Como vemos, la concepción de la legalidad es estricta y su disponibilidad imposible, salvo cuando la forma de un acto no esté determinada.

Dicha regla se complementa con lo dispuesto en los artículos 1 y 2, en torno al derecho a la protección jurisdiccional y la vinculación de la autoridad judicial con la Constitución y demás normas. En lo que interesa, la primera de dichas mandas establece que *“todo sujeto tiene derecho a plantear su pretensión ante los tribunales (...) y a que el proceso se tramite y decida conforme*

10 *Código Procesal Civil y Mercantil* (San Salvador: Asamblea Legislativa de la República de El Salvador, 2008), https://www.oas.org/dil/esp/Codigo_Procesal_Civil_Mercantil_El_Salvador.pdf

a la normativa constitucional y a las disposiciones legales”. La segunda que “los jueces están vinculados por la normativa constitucional, las leyes y demás normas del ordenamiento jurídico, sin que puedan desconocerlas ni desobedecerlas. Todo juez, a instancia de parte o de oficio, deberá examinar previamente la constitucionalidad de las normas de cuya validez dependa la tramitación de cualquier proceso (...); y si alguna de ellas contradice la normativa constitucional, la declarará inaplicable en resolución debidamente motivada (...).”¹¹

Al mismo tiempo, ello se tensiona a partir de lo previsto en el artículo 18 en relación con la interpretación de las disposiciones procesales. Ahí se prescribe que *“las disposiciones del CPCM deberán interpretarse de tal modo que se procure la protección y eficacia de los derechos de las personas y la consecución de los fines que consagra la constitución, dentro del respeto al principio de legalidad. En consecuencia, el juez deberá evitar el ritualismo y las interpretaciones que supediten la eficacia del derecho a aspectos meramente formales”*.¹²

Entre los deberes de la autoridad judicial vinculados al punto, se puede recuperar el dirigir, ordenar e impulsar de oficio el proceso. Dicha exigencia debe ser ejercida *“de acuerdo a lo establecido en este código. En consecuencia, deberá conducir los procesos por la vía procesal ordenada por la ley, no obstante que la parte incurra en error”* y con la mayor celeridad posible.¹³

Estas líneas directrices se complementan con otras disposiciones:

- a) Toda pretensión que se deduzca ante los tribunales y que no tenga señalada por la ley una tramitación especial, será decidida en proceso declarativo que corresponda por razón de la materia o por razón de la cuantía del objeto (arts. 239, 240 y 241). Las normas referentes a la clase de proceso en el que habrá de sustanciarse una pretensión *“tienen carácter imperativo y podrán ser consideradas de oficio por el juez,*

11 *Ibíd.*

12 *Ibíd.*, Art. 18.

13 *Ibíd.*, 14.

pero no procederá la declaración de nulidad cuando hubiesen tramitado bajo el procedimiento común". El CPCM prevé la posibilidad de impugnar dicha decisión, debiendo resolverse en la audiencia preliminar o, si es abreviado, en la audiencia multipropósito (arts. 244, 245, 3030 y concordantes).

- b) La existencia de un proceso oral por audiencias, sin perjuicio de la documentación o los actos procesales que deban hacerse constar por escrito (art. 8).
- c) La obligación de toda persona o autoridad de colaborar con la justicia cuando le sea requerido, bajo apercibimiento de multa o de girar las actuaciones a sede penal cuando constituyese delito (art. 12).

Entre las referencias indirectas a la legalidad procesal que pueden resultar de interés, se destacan:

- a) El derecho de defenderse y contradecir, por el cual cada parte cuenta con la oportunidad de exponer su argumentación y rebatir la de la contraria. Sólo cuando expresamente lo disponga la ley podrán adoptarse decisiones sin oír previamente a una de las partes (art. 4).
- b) El principio de igualdad procesal, que estipula que las partes dispondrán de los mismos derechos, obligaciones, cargas y posibilidades procesales durante el desarrollo del proceso y que las limitaciones a la igualdad no deban aplicarse de modo tal que generen una pérdida irreparable del derecho a la protección jurisdiccional (art. 5).
- c) El CPCM regula el lugar, tiempo y modo en que debe desarrollarse la actividad procesal, destacándose que los plazos son legales, perentorios e improrrogables (arts. 140, 143, siguientes y concordantes).
- d) El secretario judicial informará al tribunal sobre el estado en que se encuentre cada proceso y de cada escrito que se presente, a más tardar, al día siguiente (art. 193).

- e) La suspensión del proceso procede de común acuerdo, por un máximo de 45 días y siempre que no sea contraria al orden público, ni suponga perjuicio para el interés general o para tercero (art. 199).
- f) La consagración de los principios de especificidad y trascendencia en materia de nulidades procesales, aunque con la particularidad de que los actos procesales viciados no serán nulos cuando cumplan con su finalidad, “salvo que hubiesen causado indefensión a cualquiera de las partes” (arts. 232, 233 y concordantes).

III. Interpelaciones al CPCM

Teniendo en consideración el marco teórico planteado y las disposiciones del CPCM reseñadas, podemos advertir que:

- a) El CPCM adopta una concepción de la legalidad estricta, a la cual suma dos factores problemáticos. Primero, instituye el principio de indisponibilidad de las formas, al establecer que las reglas son imperativas y que no podrán ser alteradas por ningún sujeto procesal. Segundo, crea una cláusula interpretativa que tensiona de forma irresoluble ese deber, ya que le exige al juez interpretar las normas procesales de modo que procure la protección y eficacia de los derechos pero dentro del respeto al principio de legalidad.
- b) La regulación del CPCM no recepta el principio de proporcionalidad ni tampoco el de adaptabilidad de las formas. La única pauta que permitiría propiciar algún tipo de flexibilidad es la del artículo 18. Sin embargo, es difícil pensar cómo conjugar esa norma con la estrictez con que se plantea el principio de legalidad. Inclusive, cuando dice que la interpretación que procure la protección eficaz de derechos y evite los ritualismos, debe hacerse “dentro del respeto al principio de legalidad” y que las normas referente a la clase de proceso “tienen carácter imperativo”.

Es decir, que la construcción de la legalidad procesal es una *no construcción*. La forma de discusión viene impuesta de manera rígida por el legislador; no parece estar el conflicto en el centro; la asignación del trámite proviene del juez; y, los arts. 276 y 284 -que definen el contenido de la demanda y contestación- no proponen discutir sobre el ámbito de discusión ni ninguna cuestión vinculada. La audiencia preparatoria tampoco tiene por objeto ello (art. 292). La única discusión que puede existir al efecto es para ver si la asignación del juez fue correcta en razón de lo que estipula la ley y no para propiciar ajustes razonables a ese carril predeterminado en función del caso.

- c) La concepción de la autoridad judicial en la dirección y orden del proceso pareciese reproducir una mirada individualista de la gestión (arts. 14, CPCM), como si el servicio de justicia se redujera a un único caso. No está presente la proporcionalidad como dimensión colectiva. Lo que predomina es un enfoque atomizado de la justicia.

GARCÍA ODGERS y MAUREIRA precisan que *“nuestros códigos y leyes procesales parecen definir y regular un solo escenario operativo, esto es, el de un proceso o caso individual, paradigmáticamente representado por la imagen de un procedimiento en el cual se resuelve un solo conflicto, entre dos partes frente a un juez. (...) No se trata de desconsiderar los requerimientos de justicia individual, ni criticar normas o instrumentos procesales específicos, sino la necesidad de pensar cómo ellas deben operar desplegando sus valores y virtudes para el conjunto de casos. Esto genera la necesidad de encontrar límites racionales y equitativos de los casos individuales”*.¹⁴

A ello agregan que *“el marco teórico de la dirección judicial del proceso resulta insuficiente para explicar las prácticas de los jueces y la función que ellas cumplen o podrían cumplir en el sistema. (...) El enfoque de la dirección del proceso, no considera el tratamiento del conjunto de casos y por ello resulta insuficiente para*

14 Ramón García Odgers y Claudio Maureira, *¿Dirección judicial del proceso en la producción de la prueba? No, judicial case management* (UCA Chile: Thomson Reuters, 2019), 614-615.

*comprender y resolver la complejidad de articular y compatibilizar las necesidades de los casos individuales con la del resto de los casos. (...) Mientras el case management conecta la administración con la gestión judicial (...) en la idea de dirección del proceso, la imagen del juez ejerciendo sus potestades es la única que aparece”.*¹⁵

- d) La eficacia, eficiencia y calidad no conforman principios o valores explícitos en el CPCM, en tanto pautas de actuación o fin para la autoridad judicial, las partes y el sistema. La única referencia es la contenida en el art. 18, aunque está vinculada con la interpretación de las normas procesales “al caso”. Es decir, sin dimensionar el conjunto de casos ni el sistema en su conjunto.
- e) Si se tuviera que pensar en cómo se vinculan los sujetos en el CPCM para construir la legalidad procesal, se tendría que afirmar por lo menos dos cosas: (i) la rigidez que imposibilita o dificulta la disponibilidad de las formas para una tramitación más eficaz para el caso; y, (ii) la existencia de un desbalance hacia el polo jurisdiccional, dado que sobre este punto se refuerzan las facultades del juez, pero no las de las partes en similar forma. De ese modo, pareciera existir un juez director del proceso que tiene mayores poderes, sin embargo, no es un gestor del caso para su mejor procesamiento (*judicial case management*). Al mismo tiempo, no se habilita a las partes a celebrar acuerdos o contratos procesales al mismo fin, lo cual resulta llamativo en un código que reforzó el contradictorio en términos de autonomía personal.

¿Cómo se puede construir un proceso eficaz si las partes no tienen amplias potestades o instancias para proponer cuál es el modo de resolución más eficaz en función de su caso? O, ¿cómo se puede hacerlo si la forma en que se organiza el contradictorio otorga al juez un poder preponderante? ¿Es ese el esquema de distribución de tareas o funciones más racional para la búsqueda de

15 *Ibid.* 629-630 y 633.

información de calidad en pro de una decisión lo más correcta o justa posible?

Se debe pensar qué pautas, espacios o alternativas da a las partes o al propio juez para construir la legalidad procesal en general o en particular (por ejemplo, en materia de ejecución de decisiones), cuando se trata de conflictos complejos, justicia de acompañamiento o de interés público. En ese sentido, otro punto problemático en el CPCM, es la no regulación adecuada de la dimensión colectiva de la conflictividad (ver art. 256 inc. 6, CPCM), donde la construcción de la legalidad procesal es un aspecto central.

- f) Es importante que en el CPCM se hubiesen simplificado las estructuras procesales. Sin embargo, el problema que permanece parece ser cuánta y qué tipo de flexibilidad existe en cada una de esas estructuras procesales. ¿Realmente es posible llevar adelante un trabajo constructivo entre los múltiples sujetos a partir del diseño dado? ¿Cómo se piensa la legalidad en los microsistemas de ejecución o recursivo? ¿Se incorporaron facultades para hacerlos más eficaces?

IV. Comentarios finales

El CPCM tiene diversos puntos de interés, ejemplares para el proceso de reforma a la justicia civil en Latinoamérica. Sin embargo, la legalidad procesal pareciese ser un punto a revisar o discutir. De ese modo, sin perjuicio de las consideraciones efectuadas en los apartados antecedentes, se realizan algunas recomendaciones que quizás puedan resultar de interés para examinar y potenciar la concepción de la legalidad procesal en el CPCM. En especial, pensando en la necesidad de construir herramientas más eficaces, que permitan horizontalidad en el ejercicio del poder y hacer más responsable al sistema. Entre ellas, se destacan:

- a) Resolver las contradicciones evidenciadas en torno a la noción de legalidad y transformarla por una que tenga al proceso judicial flexible como norte. Ello supone que la concepción, diseño y prácticas del sistema procesal y cada uno de sus componentes, de principio a fin (ejecución de la decisión), debe estar transversalmente caracterizada por la noción flexible de la legalidad procesal a la que se ha aludido en los apartados antecedentes. También debe valorarse que existe una interrelación sistémica entre los componentes. Por ende, cuanto más diferente a los objetivos sea la regulación de cada subsistema, más coherente y eficaz será el funcionamiento del conjunto.
- b) La reconversión de la concepción de la legalidad procesal, su construcción y forma de administración en el caso y conjunto de casos, debe conformar un objetivo del modelo regulatorio y ser parte de la agenda de trabajo, que no se reduzca a la oralidad ni a la simplificación de las estructuras procesales. Como parte de ese cambio paradigmático, también debiera incorporarse la noción de proporcionalidad (y no sólo la de adaptabilidad), mandato que es exigible a todos los operadores.
- c) Debe enfatizarse como matriz la idea de mecanismos de resolución flexibles y dinámicos, donde los marcos sean enunciativos y propositivos. Poner en el centro al conflicto y asumir el debido proceso (individual y colectivo) como estándar, implica considerar a las estructuras procesales como esquemas propositivos (no imperativos) y ordenatorios (no inmutables).
- d) Regular de forma integral y robusta la dimensión del *case management* (y los acuerdos procesales, cuando no se los asuma como *case management* de partes), reconvirtiendo el rol de director de la autoridad judicial por la de gestor del conflicto, amplificando el rol de las partes, creando oportunidades e instancias para discutir en torno a la legalidad al caso (v.gr., escritos postulatorios, audiencia preliminar o de gestión del caso)

y profundizando el enfoque cooperativo de la justicia introducido.

Un mecanismo útil para reforzar la libertad, pero sin descuidar la igualdad material ni anular la voz de los sujetos, es maximizar el contradictorio. Escuchar a las partes, saber lo que quieren, por qué actúan como lo hacen y promover la discusión. También sería clave incorporar precisiones en torno a los métodos interpretativos o estándares; pautas objetivas sobre aprobación de acuerdos; o, la valoración de argumentos esenciales.

Como afirma GARCÍA ODGERS, el *case management* aparece como una manifestación de la dinámica evolutiva del proceso civil, que se inserta en la tendencia que promueve un mayor control judicial en el desarrollo y resultados de la litigación, en la búsqueda de articular los fines privados y públicos del proceso. La tendencia moderna en el *case management* apunta a privilegiar la cooperación, lo que permite superar el debate sobre el dominio del proceso y la confrontación entre fines públicos y privados en la litigación. Esta cooperación para el logro de objetivos procesales, en un entorno flexible y gestionado por los jueces, puede entregar mayor legitimidad al *case management*, al permitir la participación de los litigantes en la toma de decisiones para la conducción del caso.¹⁶

- e) La transformación organizacional y su modelo de gestión, constituye otro de los cambios fundamentales para promover otro tipo de concepción y construcción de la legalidad procesal. Su correcto funcionamiento depende de cómo se estructure el diseño. La administración de esas reglas, estará condicionada por la posición que se asuma en relación a los mismos; las potestades que se atribuyen; las responsabilidades fijadas; y, los mecanismos de control.

16 Ramón García Odgers, *Develación, diagnóstico y proyecciones del judicial case management en Chile desde la perspectiva del derecho comparado*.

Bibliografía

- » *Código Procesal Civil y Mercantil*. San Salvador: Asamblea Legislativa de la República de El Salvador, 2008. https://www.oas.org/dil/esp/Codigo_Procesal_Civil_Mercantil_El_Salvador.pdf
- » Fandiño, Marco, Lorena Espinosa Olguín y A. Matías Sucunza. *Estudio comparado sobre las reformas procesales civiles en América Latina*. CEJA, 2020.
- » Odgers, Ramón García, *Develación, diagnóstico y proyecciones del judicial case management en Chile desde la perspectiva del derecho comparado*. Tesis para optar al grado doctor en derecho de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 2019.
- » Odgers, Ramón García y Claudio Maureira. *¿Dirección judicial del proceso en la producción de la prueba? No, judicial case management*. UCA Chile: Thomson Reuters, 2019.
- » Postigo, Leonel González, Marco Fandiño y A. Matías Sucunza, *Proceso Civil. Un modelo adversarial y colaborativo*. Editores del Sur, 2020.
- » Piché, C. y P. Noreau. "Reformas a la Justicia Civil en Quebec y Canadá". Marco Fandiño (Director), Volumen II, en *Estudios comparados sobre Reformas al Sistema de Justicia Civil. Australia y Canadá*. Centro de Estudios de Justicia de las Américas (2019).
- » Ríos, Erick. *La oralidad en los procesos civiles en América Latina. Reflexiones a partir de una observación práctica*. Santiago de Chile: Centro de Estudios de Justicia de las Américas, 2013.
- » Rojas, Jorge A. (Coordinador). *Constitucionalización del derecho y reforma a la justicia no penal: interpelaciones y aportes en pro de una (re)ingeniería procesal igualitaria, responsable y democrática. "Análisis de las bases para la reforma procesal civil y comercial"*. Asociación Argentina de Derecho Procesal, Rubinzal Culzoni Editores, 2018.

Las ONG's, el lavado de dinero y el financiamiento del terrorismo

NGO's, money laundering and terrorist financing

Herbert Mauricio Serafin García
(Universidad de El Salvador, El Salvador)
<https://orcid.org/0009-0003-7081-8393>



Recibido: 06-02-2022
Aceptado: 19-09-2022

LAS ONG'S, EL LAVADO DE DINERO Y EL FINANCIAMIENTO DEL TERRORISMO

Herbert Mauricio Serafin García

RESUMEN

El desarrollo de las regulaciones antilavado de dinero y financiamiento al terrorismo dirigidas a organizaciones sin fines de lucro como producto de instrumentos internacionales cuyo objetivo es combatir la corrupción y el tráfico de estupefacientes, así como de países poderosos que conforman el G7 del cual surge la creación del Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI) entidad que a su vez desarrolla los estándares internacionales que buscan erradicar tales delitos ha conllevado a que en El Salvador surjan regulaciones como parte de compromisos de Estado para implementar medidas que buscan erradicar prácticas que permitan cometer el delito de lavado de dinero y de activos y el financiamiento al terrorismo.

En tal sentido, es recomendable hacer efectivas algunas obligaciones para que El Salvador, de acuerdo a los referidos estándares GAFI, pueda darles un efectivo cumplimiento, partiendo de una de las recomendaciones del organismo internacional, como es la realización de una Evaluación Nacional de Riesgos. Asimismo, se hacen breves reflexiones sobre las implicaciones de las regulaciones antilavado hacia las organizaciones sin fines de lucro como parte de las entidades sujetas a aquellas y que estas, a su vez no afecten el derecho humano a la libertad de asociación.

Con la implementación del nuevo Instructivo de la Unidad de Investigación financiera en contraste a la Recomendación 8 y su Nota Interpretativa de GAFI se realizan comentarios sobre las posibles repercusiones que las nuevas obligaciones puedan acarrear a las organizaciones con baja capacidad humana y financiera puedan cumplir, ante ello, se insiste constantemente en la realización de una efectiva Evaluación Nacional de Riesgos que permita dirigir regulaciones específicas a ONGs con ciertas características y no al universo de estas.

PALABRAS CLAVES: Organizaciones sin Fines de Lucro Grupo de Acción Financiera Internacional - Recomendación 8 - Lavado de dinero - Financiamiento al terrorismo - Debida Diligencia - Evaluación Nacional de Riesgos.

NGO'S, MONEY LAUNDERING AND TERRORIST FINANCING

Herbert Mauricio Serafin García

ABSTRACT

The development of anti-money laundering and anti-terrorist financing regulations aimed at non-profit organizations as a result of international instruments aimed at combating corruption and drug trafficking, as well as powerful countries that make up the G7 from which the Financial Action Task Force (FATF) was created, entity that in turn develops the international standards that seek to eradicate such crimes has led to the creation of regulations in El Salvador as part of the State's commitments to implement measures aimed at eradicating practices that allow the commission of money laundering and financing of terrorism.

In this sense, it is advisable to enforce some obligations so that El Salvador, in accordance with the FATF standards, can effectively comply with them, based on one of the recommendations of the international organization, such as conducting a National Risk Assessment. In addition, brief reflections are made on the implications of anti-money laundering regulations for non-profit organizations as part of the entities subject to them and that these, in turn, do not affect the human right to freedom of association.

With the implementation of the new Instructions of the Financial Investigation Unit in contrast to Recommendation 8 and its FATF Interpretative Note, comments are made on the possible repercussions that the new obligations may have for organizations with low human and financial capacity to comply with the new requirements, in view of this, there is constant insistence on carrying out an effective National Risk Assessment that would allow specific regulations to be directed to NGOs with certain characteristics and not to the universe of NGOs.

KEYWORDS: Not-for-Profit Organizations - Financial Action Task Force - Recommendation 8 - Money Laundering - Terrorist Financing - Due Diligence - National Risk Assessment.

Las ONG's, el lavado de dinero y el financiamiento del terrorismo

Herbert Mauricio Serafín García¹

Introducción

En este artículo se señalan algunas disposiciones puntuales contempladas en los marcos normativos en materia de regulación a ONG's y prevención del delito de lavado de dinero y financiamiento al terrorismo; asimismo, se desarrollará de manera general, la necesidad de adecuar el marco regulatorio salvadoreño en la prevención de los referidos delitos cuyas características poseen un alcance de afectación al derecho de libre asociación.

Este artículo no discute aspectos conceptuales, doctrinarios y jurisprudenciales en torno al delito de lavado de dinero y de financiamiento al terrorismo, tampoco se discute ampliamente sobre los delitos generadores o

1 Licenciado en Ciencias Jurídicas por la Universidad de El Salvador, se ha desempeñado como consultor y técnico jurídico en la Fundación de Estudios para la Aplicación del Derecho (FESPAD). Entre sus capacidades temáticas se encuentran algunas como: representante de la República de El Salvador en el "Taller Regional de la Recomendación 8 de GAFI sobre Organizaciones sin Fines de Lucro" en la Ciudad de Arequipa, Perú, coordinado por el International Center for Not-for-Profit Law -ICNL-, ocasión en la que se participó en reunión con los representantes del Grupo de Acción Financiera de Latinoamérica (GAFILAT). Asimismo, posee experiencia laboral en procesos judiciales por los delitos de lavado de dinero, peculado, agrupaciones ilícitas y casos especiales de lavado de dinero; participó en las discusiones del proyecto de "Ley Especial para la Prevención, Control y Sanción del Lavado de Activos" desde la perspectiva de la Recomendación 8 y su Nota Interpretativa del GAFI. Por otro lado, posee posgrados en "Derecho Administrativo" con la Universidad de la Coruña de España (2021) y "Prevención del delito de lavado de dinero" con la Universidad "Dr. José Matías Delgado" (2021), se desempeñó como defensor público penal de la Procuraduría General de la República de El Salvador y a la fecha de la publicación del artículo se desarrolla como Abogado Socio de la Firma Abogados Consultores como especialistaconsultor en prevención de lavado de dinero y financiamiento al terrorismo.

determinantes de dichos delitos; pero sí de desarrollar brevemente sobre qué es el Grupo de Acción Financiera Internacional, el papel que juega en la prevención de los delitos antes mencionados y qué rol tienen los países frente a las recomendaciones o estándares emitidos por este organismo intergubernamental, particularmente la recomendación 8 y su nota interpretativa.

En el desarrollo del estudio, se hace uso indistinto de conceptos como Organizaciones sin Fines de Lucro (OSFL), Organizaciones Sociales, Organizaciones, Organizaciones No Gubernamentales (ONG's) o Asociaciones y Fundaciones sin Fines de Lucro.

La discusión de este tema se vuelve relevante porque se está discutiendo sobre el principio de proporcionalidad en las regulaciones antilavado de dinero y de financiamiento al terrorismo que pueden repercutir en el ya antes aludido derecho de libre asociación.

I. El Grupo de Acción Financiera Internacional

El Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI) es el organismo de control mundial cuya finalidad busca promover políticas y buena voluntad estatal para una lucha eficaz contra los delitos de lavado de dinero y el financiamiento del terrorismo mediante la emisión de estándares internacionales, que tienen como objetivo prevenir estas actividades ilegales y las consecuencias que genera en la sociedad. En tal sentido, el GAFI trabaja para generar la voluntad política necesaria para llevar a cabo reformas legislativas y regulatorias nacionales en estas áreas.

El GAFI se encuentra integrado por más de doscientos países y jurisdicciones comprometidos a implementar los referidos estándares; este organismo ha desarrollado las denominadas "40 recomendaciones", las cuales aseguran una respuesta global coordinada para prevenir el crimen organizado, la corrupción y el terrorismo, ayudan a las autoridades a perseguir el dinero

que los delincuentes generan a través del cometimiento de diversos delitos que generan el lavado de dinero como narcotráfico, trata de personas, administración fraudulenta, secuestro, extorsión, corrupción, entre otros. El GAFI también trabaja para detener la financiación de armas de destrucción masiva.²

1.1 Las organizaciones sin fines de lucro, el Financiamiento del Terrorismo y el GAFI

A nivel mundial se conoce que en países como Arabia Saudita, Irak, Irán, Israel, Jordania, Afganistán, Palestina, Siria, Yemen y otros se han cometido actos terroristas, así como en casi o en todos los países europeos. Como parte de las investigaciones a tales hechos, se han identificado casos en los que los terroristas y las organizaciones terroristas abusan de algunas OSFL que están legítimamente constituidas, para recaudar y trasladar fondos, prestar apoyo logístico, instar al reclutamiento de terroristas o de algún otro modo respaldar a las organizaciones y operaciones terroristas. Asimismo, existen casos en los que los terroristas crean caridades de pantalla o realizan recaudación fraudulenta para tales propósitos. Este uso indebido no sólo facilita la actividad terrorista, sino que también quebranta la confianza de los donantes y pone en peligro la integridad misma de las OSFL.

Por tanto, la protección de las OSFL frente al abuso para el financiamiento del terrorismo es un componente esencial en la lucha global contra el terrorismo y un paso necesario para preservar la integridad de las mismas y la comunidad de donantes. Las medidas para protegerlas del potencial abuso para financiamiento del terrorismo deberán ser focalizadas y en línea con el enfoque basado en riesgo³ -proporcionalidad-. También es importante que dichas medidas sean establecidas de manera que respeten las obligaciones de

2 Quiénes somos. *Financial Action Task Force (FATF)*. Disponible en: <https://www.fatf-gafi.org/about/>

3 Recomendación 1. "Estándares internacionales sobre la lucha contra el lavado de activos, el financiamiento del terrorismo, y el financiamiento de la proliferación de armas de destrucción masiva", acceso el 14 de septiembre de 2022, <https://www.gafilat.org/index.php/es/las-40-recomendaciones>

los países con base en la Carta de las Naciones Unidas y el derecho internacional humanitario.

Por razones como la anterior, el GAFI toma en cuenta a las OSFL entre sus 40 recomendaciones porque ha identificado que algunas han sido utilizadas para fines terroristas; específicamente, la Recomendación 8 está dirigida a este sector a fin de que los Estados la apliquen y empleen medidas para la prevención de este delito en las ONG's.⁴

1.2 ¿Qué es el financiamiento del terrorismo?

La recomendación 5 del GAFI no brinda una definición concreta sobre qué se entiende por financiamiento del terrorismo, puesto que remite a los Estados a definir el delito de conformidad al Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo,⁵ de la cual El Salvador es parte, al señalar que:

*“Los países deben tipificar el financiamiento del terrorismo en base al Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo, y deben tipificar no sólo el financiamiento de actos terroristas, sino también el financiamiento de organizaciones terroristas y terroristas individuales, aún en ausencia de un vínculo con un acto o actos terroristas específicos. Los países deben asegurar que tales delitos sean designados como delitos determinantes del lavado de activos”.*⁶

Por su parte el referido Convenio define al financiamiento del terrorismo como:

“Acto destinado a causar la muerte o lesiones corporales graves a un civil o a cualquier otra persona que no participe directamente en las hostilidades en una situación de conflicto armado, cuando el propósito de dicho acto, por su naturaleza o

4 *Ibid.* Recomendación 8.

5 Ratificado por medio de D.L. No. 1159 de fecha 12 de febrero de 2003 y publicado en el D.O. No. 47, Tomo No. 358 de fecha 11 de marzo de 2003.

6 *Ibid.* Recomendación 5.

*contexto, sea intimidar a una población u obligar a un gobierno o a una organización internacional a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo”.*⁷

Asimismo, la Asamblea General de las Naciones Unidas definió como acciones terroristas:

*“Los actos criminales con fines políticos concebidos o planeados para provocar un estado de terror en la población en general, en un grupo de personas o en personas determinadas (que) son injustificables en todas las circunstancias, cualesquiera sean las consideraciones políticas, filosóficas, ideológicas, raciales, étnicas, religiosas o de cualquier otra índole que se hagan valer para justificarlos”.*⁸

Para el caso de El Salvador, la Ley Especial Contra Actos de Terrorismo tipifica a la financiación de actos de terrorismo de la siguiente manera:

*“Art. 29.- El que por cualquier medio, directa o indirectamente, proporcionare, recolectare, transportare, proveyere o tuviere en su poder fondos o tratare de proporcionarlos o recolectarlos, dispensare o tratare de dispensar servicios financieros u otros servicios con la intención de que se utilicen, total o parcialmente para cometer cualquiera de las conductas delictivas comprendidas en la presente Ley, será sancionado con prisión de veinte a treinta años, y multa de cien mil a quinientos mil dólares. En igual sanción incurrirá el que, directa o indirectamente, pusiere fondos, recursos financieros o materiales o servicios financieros o conexos de cualquier otra índole, a disposición de persona o en entidad que los destine a la comisión de alguno de los delitos previstos en esta Ley”.*⁹

La Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador concluyó que:

7 Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo (Asamblea General de las Naciones Unidas, 1999).

8 Asamblea General de las Naciones Unidas, resolución: A/RES/49/60 (17 de febrero de 1995): artículo 3.

9 Ley Especial Contra Actos de Terrorismo (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 2006).

*“son grupos terroristas las pandillas denominadas Mara Salvatrucha o MS-13 y la Pandilla 18 o mara 18, y cualquier otra pandilla u organización criminal que busque arrogarse el ejercicio de las potestades pertenecientes al ámbito de la soberanía del Estado, atemorizando, poniendo en grave riesgo o afectando sistemática e indiscriminadamente los derechos fundamentales de la población o parte de ella; en consecuencia, sus jefes, miembros, colaboradores, apologistas y **financistas**, quedan comprendidos dentro del concepto de “terroristas” en sus diferentes grupos y formas de participación, e independientemente de que tales grupos armados u organizaciones delictivas tengan fines políticos, criminales, económicos (extorsiones, lavado de dinero, narcotráfico, etc), o de otra índole.”¹⁰*

Ahora bien, cabe recordar que la recomendación 5 del GAFI mandata a los Estados a tipificar el financiamiento del terrorismo, quienes a su vez deben asegurar que los delitos que señala la referida recomendación deben ser designados como delitos determinantes del lavado de activos según la Convención de Palermo, que, en su artículo 2 literal h) establece que se entenderá por tal -determinante- *“todo delito del que se derive un producto que pueda pasar a constituir materia de un delito definido en el artículo 6 de la presente Convención”*,¹¹ en esa lógica, el financiamiento del terrorismo cumple los parámetros establecidos en el artículo 5 de la misma Convención de Palermo en atención a su artículo 6 número 2 literal b).

En síntesis, el financiamiento del terrorismo pretende ocultar el propósito para el cual son utilizados estos fondos, en lugar de ocultar su origen. A menudo, los terroristas han utilizado empresas legales para realizar actividades legales que les generan ingresos lícitos, pero estos son destinados a organizaciones ilícitas para que estos, a su vez, realicen actividades ilícitas; es decir, actos de terrorismo, es por ello que el GAFI incluye a las OSFL en sus 40 recomendaciones.

10 Sala de lo Constitucional, Sentencia de Inconstitucionalidad, Referencia: 22-2007/42-2007/89-2007/96-2007 (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2015).

11 Convención de Palermo, (2006).

1.3 ¿La lucha contra el terrorismo justifica la aplicación de medidas que restrinjan las actividades de las OSFL?

El Relator Especial sobre el derecho a la libertad de reunión pacífica y de asociación se ha referido a este tema y ha destacado que:

*“Si bien los Estados tienen la responsabilidad de combatir el blanqueo de dinero y el terrorismo, nunca debe invocarse esa obligación como justificación para socavar la credibilidad de una organización, ni para obstaculizar arbitrariamente a sus actividades legítimas (...) Todas las medidas que se adopten en este contexto deben promover la transparencia y una mayor confianza en ese sector entre la comunidad de donantes y el público en general, de manera que los fondos y los servicios de beneficencia lleguen a sus legítimos beneficiarios”.*¹²

No debe olvidarse que el derecho que ejercen las organizaciones sin fines de lucro es un derecho humano, es decir, el derecho a la libre asociación que se encuentra reconocido en el artículo 20 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, 16 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 22 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, siendo este último el que a su vez señala:

*“El ejercicio de tal derecho sólo podrá estar sujeto a las restricciones previstas por la ley que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad pública o del orden público, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás”.*¹³

Sin embargo, lo anterior no significa que, con la sola finalidad de proteger a un Estado de actos de terror realizados por organizaciones terroristas, en virtud de la seguridad nacional, seguridad pública o del orden público, se

12 Maina Kai, “Informe del Relator Especial sobre los derechos a la libertad de reunión pacífica y de asociación”, A/HRC/20/27, 21 de mayo de 2012.

13 Declaración Universal de los Derechos Humanos, Organización de las Naciones Unidas, (1948).

implementarán medidas restrictivas *per se* a las OSFL, sino que también deben tomarse en cuenta los principios de legalidad y proporcionalidad. Con relación a esto último, el Relator Especial sobre los derechos a la libertad de asociación y reunión pacífica señaló que:

“23. (...) Para cumplir los criterios de proporcionalidad y necesidad, las medidas restrictivas deben ser el medio menos invasivo de lograr el objetivo deseado, y limitarse a las asociaciones que presenten los aspectos claramente identificados que caracterizan al terrorismo. Las medidas no deberían estar dirigidas a todas las organizaciones de la sociedad civil, como lamentablemente sucede en una nueva ley contra la delincuencia organizada de Venezuela. Las leyes redactadas en términos generales que limitan, o incluso prohíben, la financiación usando como justificación la lucha contra el terrorismo no cumplen los requisitos de “proporcionalidad” ni de “necesidad”.¹⁴

24. (...) El Relator Especial insta a los Estados a evitar las medidas que se dirijan o graven desproporcionadamente a las organizaciones de la sociedad civil, como las que impongan a las mismas normas estrictas de investigación de antecedentes, procedimientos u otros requisitos específicos que no se apliquen al sector empresarial en general.¹⁵

25. El Relator Especial toma nota del conjunto de normas preparado por el Grupo de Acción Financiera (GAFI), órgano intergubernamental establecido en 1989 que se ocupa específicamente de la cuestión del blanqueo de dinero y de la financiación del terrorismo. En la recomendación 8 del GAFI (anteriormente denominada Recomendación Especial VIII), sobre las organizaciones sin fines de lucro, se recomienda a los países que examinen sus leyes y reglamentos para velar por que las entidades no sean utilizadas para financiar el terrorismo. El

14 Maina Kai, “Informe del Relator Especial sobre los derechos a la libertad de reunión pacífica y de asociación”, A/HRC/23/29.

15 *Ibid.* He de hacer notar que, si bien existen regulaciones y obligaciones tendientes a establecer políticas de prevención con base a un enfoque basado en riesgos, no significa que una ONG y una empresa van a poseer el mismo nivel de riesgos, por lo tanto, una organización no puede implementar políticas de debida diligencia como las de una entidad financiera.

Relator Especial subraya — como lo hace un interesante documento de trabajo del Banco Mundial en el que se analiza la respuesta del GAFI a la financiación del terrorismo— que en muy pocas ocasiones — si es que ha habido alguna— se han detectado casos de financiación del terrorismo gracias a las medidas de supervisión destinadas específicamente a las organizaciones de la sociedad civil; “en realidad, lo fundamental es la inteligencia financiera”. En la recomendación 8 no se tiene debidamente en cuenta que los Estados ya disponen de otros medios, como la vigilancia financiera y la cooperación policial, para hacer frente con eficacia a la amenaza de la financiación del terrorismo (...).¹⁶

En ese orden de ideas, el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas también ha hecho referencia a la necesidad de la proporcionalidad de las medidas dirigidas a las OSFL:

“Si bien es importante contrarrestar la financiación del terrorismo, debemos velar por que las medidas adoptadas no restrinjan el espacio en que los agentes humanitarios pueden llevar a cabo sus actividades con arreglo a principios, en particular en contextos de alto riesgo y frágiles en los que su asistencia es sumamente necesaria. Por consiguiente, hacemos hincapié en que la aplicación de medidas para luchar contra la financiación del terrorismo debe ajustarse plenamente al derecho internacional — en particular, las normas de derechos humanos, el derecho internacional humanitario y el derecho internacional de los refugiados— y que deben introducirse medidas de mitigación, incluidos los casos en que se dan excepciones humanitarias, para reducir las consecuencias para los agentes humanitarios. Además, todos los Estados deben velar por que las actividades de las organizaciones sin fines de lucro, en particular las que se ocupan de cuestiones relacionadas con el género y los derechos de la mujer, así como la reconstrucción y la estabilización, no se vean indebidamente limitadas”.¹⁷

16 *Ibid.*

17 Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, Resolución S/PV.8496, jueves 28 de marzo de 2019, New York.

Acotado lo anterior es importante entonces conocer en qué consiste la Recomendación 8 y su Nota Interpretativa del GAFI.

II. Recomendación 8 y su evolución

La referida Recomendación 8¹⁸ fue modificada en el año 2016, dada la afectación generada a las OSFL para el desarrollo de sus actividades, pues los Estados interpretaron erróneamente la misma y, en consecuencia, establecieron medidas desproporcionadas. A efecto de conocer este suceso, se traslada a continuación el referido estándar antes de su reforma, el cual establecía:

“Los países deben revisar la idoneidad de las leyes y regulaciones relativas a las entidades que pueden ser utilizadas indebidamente para el financiamiento del terrorismo. Las organizaciones sin fines de lucro son particularmente vulnerables, y los países deben asegurar que éstas no sean utilizadas indebidamente:

(a) por organizaciones terroristas que se presenten como entidades legítimas;

(b) para explotar entidades legítimas como conductos para el financiamiento del terrorismo, incluyendo el propósito de escapar a medidas de congelamiento de activos; y

*(c) para esconder u ocultar el desvío clandestino de fondos, destinados a propósitos legítimos, de las organizaciones terroristas”.*¹⁹

La redacción de la Recomendación dio lugar a que las organizaciones sin fines de lucro sufrieran estigmatizaciones y regulaciones desproporcionadas que generaban el desarrollo de sus actividades, esto debido a que el estándar antes de 2016, señalaba que *“Las organizaciones sin fines de lucro son particularmente vulnerables”*, entonces, como efecto de las medidas desproporcionadas, las

18 Recomendación 8. “Estándares internacionales sobre la lucha contra el lavado de activos, el financiamiento del terrorismo, y el financiamiento de la proliferación de armas de destrucción masiva”, acceso el 14 de septiembre de 2022, <https://www.gafilat.org/index.php/es/las-40-recomendaciones>

19 GAFISUD, “Estándares internacionales sobre la lucha contra el lavado de activos y el financiamiento del terrorismo y la proliferación, las recomendaciones del GAFI”, Recomendación 8: 12, <https://bit.ly/3su0ekF>

OSFL denunciaron ante el GAFI dicha situación, lo que provocó la reforma a la aludida recomendación por la siguiente:

“Los países deben revisar la idoneidad de las leyes y regulaciones relacionadas con las organizaciones sin fines de lucro que el país haya identificado como vulnerables al abuso para el financiamiento del terrorismo. Los países deben aplicar medidas focalizadas y proporcionadas, a la luz del abordaje basado en el riesgo, a dichas organizaciones sin fines de lucro para protegerlas del abuso para el financiamiento del terrorismo, incluyendo:

- (a) por organizaciones terroristas que se presenten como entidades legítimas;*
- (b) para explotar entidades legítimas como conductos para el financiamiento del terrorismo, incluyendo el propósito de escapar a medidas de congelamiento de activos; y*
- (c) para esconder u ocultar el desvío clandestino de fondos, destinados a propósitos legítimos, a las organizaciones terroristas”.*²⁰

Es importante comprender que la Recomendación 8, pues se encuentra compuesta de la siguiente manera:

- 1) Los países deben revisar la idoneidad de las leyes y regulaciones relacionadas con las organizaciones sin fines de lucro;
- 2) que el país haya identificado como vulnerables al abuso para el financiamiento del terrorismo;
- 3) Los países deben aplicar medidas focalizadas y proporcionadas;
- 4) a la luz del abordaje basado en el riesgo;
- 5) a dichas organizaciones sin fines de lucro para protegerlas del abuso para el financiamiento del terrorismo.

Lo anterior solamente es posible realizarse por medio de la implementación de una Evaluación Nacional de Riesgos de conformidad a la Recomendación 1 de GAFI, la cual se desarrollará más adelante.

²⁰ *Ibid.*

2.1 Nota Interpretativa de la Recomendación 8

Como parte de los esfuerzos que realiza el GAFI, se emitió una explicación de la Recomendación 8 para facilitar su comprensión y aplicación por parte de los Estados que llevan a cabo esfuerzos de aprobación y aplicación de normativas y políticas dirigidas a la prevención y combate de los delitos de Lavado de Activos y Financiamiento del Terrorismo.

La referida interpretación señala que:

*“OSFL se refiere a una persona jurídica u otra estructura u organización jurídica involucrada fundamentalmente en la recaudación o desembolso de fondos para cumplir con propósito benéficos, religiosos, culturales, educacionales, sociales o fraternales, o para llevar a cabo otros tipos de “buenas obras”. Sin perjuicio de la Recomendación 1, esta Recomendación se aplica solamente a aquellas OSFL que entran en la definición del GAFI de OSFL. No se aplica a todo el universo de OSFL.”*²¹

Para ampliar lo antes acotado, la Recomendación 1 señala que:

*“Los países deben identificar, evaluar y entender sus riesgos de lavado de activos/ financiamiento del terrorismo, y deben tomar acción, incluyendo la designación de una autoridad o mecanismo para coordinar acciones para evaluar los riesgos, y aplicar recursos encaminados a asegurar que se mitiguen eficazmente los riesgos. Con base en esa evaluación, los países deben aplicar un enfoque basado en riesgo (EBR) a fin de asegurar que las medidas para prevenir o mitigar el lavado de activos y el financiamiento del terrorismo (ALA/CFT) y la implementación de medidas basadas en riesgo en todas las Recomendaciones del GAFI. Cuando los países identifiquen riesgos menores, éstos pueden optar por permitir medidas simplificadas para algunas Recomendaciones del GAFI bajo determinadas condiciones”.*²²

21 *Ibid.*

22 *Ibid.* Recomendación 1.

Al respecto, el GAFI ha manifestado lo siguiente sobre las regulaciones dirigidas a las OSFL relacionado a la Recomendación 1, 8 y 20:

*“35. Los países deberían establecer mecanismos adecuados para garantizar que, cuando haya sospechas de que una OSFL particular está siendo abusada por terroristas, esta información y otra información relevante sea compartida rápidamente con las autoridades relevantes competentes, para adoptar medidas preventivas o investigativas. Esto no significa que las Recomendaciones del GAFI requieran que los países impongan una obligación de presentación de reportes de operación sospechosa a todas las OSFL, de conformidad con las líneas de la Recomendación 20. Las OSFL no son consideradas actividades y profesiones no financieras designadas (APNFD) y, por lo tanto, no deberían estar sujetas a los requisitos GAFI para APNFD”.*²³

El GAFI por medio de la Recomendación 22 señala que los requisitos de debida diligencia del cliente y el mantenimiento de registros establecidos en las Recomendaciones 10, 11, 12, 15 y 17, se aplican a las Actividades y Profesiones No Financieras Designadas (APNFD), siendo estas las siguientes:

- A. Casinos;
- B. Agentes inmobiliarios;
- C. Comerciantes de metales preciosos y comerciantes de piedras preciosas;
- D. Abogados, notarios, otros profesionales jurídicos independientes;
- E. Contadores;
- F. Proveedores de servicios societarios y fideicomisos.

En síntesis, las OSFL no son APNFD, sin embargo, El Salvador cayó en ese error en 2014, cuando la UIF preparaba un nuevo instructivo en el cual

23 Lucha Contra el abuso de organizaciones sin fines de lucro (Recomendación 8), Mejores prácticas, GAFI, 2015.

consideraba a las Asociaciones y Fundaciones sin Fines de Lucro como APNFD,²⁴ no obstante, el referido instructivo no entró en vigencia.

En tal sentido, en octubre de 2021, la UIF emitió un nuevo instructivo que sustituye al de 2013, este nuevo instructivo se encuentra parcialmente adecuado a lo exigido por el estándar de la Recomendación 8, pues lo que realmente debería reformarse, para adecuar las regulaciones a las Recomendaciones GAFI, es la Ley Contra el Lavado de Dinero, pues en poco beneficia que el instructivo mande a implementar medidas de prevención con enfoque basado en riesgos para las ONG's, cuando la Ley las considera, sin distinción de naturaleza, actividad, capital, fines y otros como sujetos obligados de manera general, esto se debe a que no existe una Evaluación Nacional de Riesgos actualizada que haya permita esclarecer qué sector o qué tipo de ONG's son las vulnerables a ser abusadas por el financiamiento del terrorismo.²⁵

Por otro lado, el nuevo instructivo recoge conceptos que deben entenderse con cuidado, pues debe hacerse distinción cuando hace referencia a obligaciones dirigidas a "clientes" del sujeto obligado, pues una ONG no tiene clientes directamente, principalmente son usuarios o beneficiarios, también contrapartes o proveedores; sin embargo, se puede hablar que una organización posee clientes cuando esta ejerce una actividad económica que le permite generar ingresos para auto sustentabilidad que le permitan continuar ejerciendo sus labores para el cumplimiento de sus objetivos. En tal sentido, deben considerarse los distintos tipos de riesgo: legal, reputacional, operativo y de contagio, que, por no ser estos objetos de estudio en el presente documento no se desarrollarán; sin embargo, deben identificarse bajo un enfoque basado

24 Instructivo de la Unidad de Investigación Financiera para la prevención del lavado de dinero y financiamiento al terrorismo, Código: INUIF-16, artículo 14 No. 13. Disponible en: <http://bit.ly/2KJev9t>

25 La Recomendación 8 principalmente recoge el enfoque de prevenir que las OSFL sean abusadas por el financiamiento del terrorismo, no para el lavado de dinero; sin embargo, debemos recordar que producto del lavado de dinero pueden surgir capitales para financiar actos terroristas, por tal situación podremos encontrarnos con que en algún momento se hable de prevención de lavado de dinero y financiamiento al terrorismo en ONG's.

en riesgos para abordarlos adecuadamente para prevenir los delitos en estudio.

2.2 Peculiaridades de las OSFL frente a otros sujetos obligados

Debida diligencia

El GAFI señala en la Recomendación 8 que los países deben dar pasos para promover la supervisión y el monitoreo eficaz, ya que el abordaje “universal” sería inconsistente con la implementación adecuada de un abordaje basado en el riesgo según se estipula en la Recomendación 1. Los países deben ser capaces de demostrar que las medidas basadas en el riesgo se aplican a OSFL en riesgo de abuso para el financiamiento del terrorismo. También es posible que las medidas regulatorias o de otra índole puedan ya abordar, de manera suficiente, el riesgo actual de financiamiento del terrorismo a las OSFL en una jurisdicción, aunque los riesgos de financiamiento del terrorismo en el sector deben revisarse en forma periódica.

Se presentan ejemplos de medidas que podrían aplicarse a las OSFL, en forma total o parcial, dependiendo de los riesgos identificados:

- Podría requerirse que las OSFL mantengan información sobre: (1) el propósito y los objetivos de sus actividades declaradas; y (2) la identidad de la(s) persona(s) que posee(n), controla(n) o dirige(n) sus actividades, incluyendo funcionarios de alto nivel, los miembros del directorio y los fiduciarios.

Vale mencionar que en El Salvador las OSFL ya dan cumplimiento a este tipo de medidas, por ejemplo, lo preceptuado en el artículo 147 del Código Tributario, que debe relacionarse con la Nota Interpretativa de la Recomendación 8, ya que esta señala:

“C. Medidas

5. Sin perjuicio de los requerimientos de la Recomendación 1, dado que no todas las OSFL son inherentemente de alto riesgo (y algunas puede representar poco o ningún riesgo), los países deben identificar qué subconjunto de organizaciones entra en la definición de OSFL del GAFI. Al realizar este ejercicio, los países deben utilizar todas las fuentes de información relevantes para identificar características y tipos de OSFL, que por sus actividades o características, corren el riesgo de ser abusadas por el financiamiento del terrorismo.”

Por ejemplo, esta información puede ser suministrada por los reguladores, autoridades fiscales, las UIF, las organizaciones donantes o autoridades del orden público y de inteligencia.

De acuerdo a lo anterior, es necesario mencionar que El Salvador cuenta con regulaciones en línea a esta consideración, por ello el GAFI recuerda a los países que deben revisar la idoneidad de las leyes, a continuación podemos ver algunos mandatos a los que las OSFL ya están sujetas:

No.	Disposición legal	Contenido
1	Ley Orgánica del Banco Central de Reserva (BCR)	Obligación de proporcionar toda la información que requiera (Art. 64), con base a tal disposición, toda donación percibida por las organizaciones debe completarse la “declaración de ingreso en moneda extranjera por operaciones externas” solicitada por el BCR.
2	Código Tributario	Registro de contribuyentes (Art. 86), obligación de informar (Art. 120); obligación de informar toda donación para efectos de Impuesto Sobre la Renta (Art. 146); obligación de conservar información y pruebas (Art. 147).

No.	Disposición legal	Contenido
3	Ley General Tributaria Municipal	<p>Permitir y facilitar las inspecciones, exámenes, comprobaciones o investigaciones ordenadas por la administración tributaria municipal (Art. 90):</p> <ul style="list-style-type: none"> - Proporcionar los datos pertinentes de la entidad y comunicar de manera oportuna cualquier modificación; - Informar los cambios de residencia y cualquier otra circunstancia que modifique o pueda hacer desaparecer las obligaciones tributarias; - Permitir y facilitar las inspecciones, exámenes, comprobaciones o investigaciones ordenadas por la administración tributaria municipal; - Presentar las declaraciones para la determinación de los tributos, con los anexos respectivos; - Concurrir a las oficinas municipales cuando sea citado por autoridad tributaria; - Presentar las declaraciones, balances, inventarios físicos, tanto los correspondientes si los hubiere, informes, documentos, activos, registros y demás informes relacionados con hechos generadores de los impuestos. Permitir que se examine la contabilidad, registros, documentos y liquidar el impuesto que le corresponda; - Brindar las aclaraciones que le fueren solicitadas y presentar a la Administración los libros o registros contables.
4	Ley de Impuesto sobre la Renta	<p>Esta Ley establece que los Organismos No Gubernamentales, por ser de utilidad pública, sin fines de lucro que destinan sus ingresos y patrimonio hacia los fines de su institución sin distribuirlos directo o indirectamente entre los miembros que la integran, están exentas del pago del ISR, siendo calificadas por la Dirección General de Impuestos Internos.</p> <p>La exención se refiere al pago del ISR, pero no a la presentación de la declaración correspondiente, pues están sujetas a cumplir con las demás obligaciones formales que la ley dicta, por ejemplo:</p>

No.	Disposición legal	Contenido
4	Ley de Impuesto sobre la Renta	<ul style="list-style-type: none"> - Presentar la declaración del Impuesto Sobre la Renta del año inmediato anterior (Art. 100 C. Tributario); - Retener el anticipo del ISR a los empleados que presten servicios de carácter permanente en la institución (Art. 155 C. Tributario); - Expedir constancia de retención del ISR por remuneraciones de carácter permanente, a más tardar un mes después de realizada la última retención (Art. 145 C. Tributario); - Remitir dentro del mes de enero, un informe de las retenciones realizadas durante el año inmediato anterior a las personas naturales, jurídicas o entidades (Art. 123 C. Tributario); - Las corporaciones y fundaciones de utilidad pública están obligadas a informar las donaciones que reciban mensualmente (Art. 6 LISR y 146 C. Tributario)
5	Ley del Impuesto a la Transferencia de Bienes Muebles y a la Prestación de Servicios (IVA)	<p>En esta ley se establece que las Corporaciones y Fundaciones de Derecho Público o de utilidad pública excluidas del ISR por la DGII deberán cumplir con las obligaciones señaladas por la ley:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Presentar las declaraciones de IVA (Art. 91 C. Tributario), en los primeros diez días hábiles del mes siguiente; - Emitir y entregar Comprobantes de Crédito Fiscal o Factura (Art. 107 C. Tributario) - Solicitar la asignación y autorización de la numeración correlativa y de serie para la impresión de facturas, comprobantes de crédito fiscal, nota de remisión, nota de crédito y débito (Art. 115-A Inc. 1° C. Tributario)

No.	Disposición legal	Contenido
6	Ley del Seguro Social y su Reglamento	<ul style="list-style-type: none"> - Los patronos de las Organizaciones No Gubernamentales deberán inscribir a la entidad y afiliar al personal al Instituto Salvadoreño del Seguro Social en los plazos que se establezcan en el Reglamento de la Ley del Seguro Social. - Realizar aportaciones mensuales del siete y medio por ciento (7.5 %), para la cobertura de contingencias por enfermedad, accidente común, accidente de trabajo, enfermedad profesional y maternidad (Art. 29) - Remitir mensualmente al Instituto las planillas obrero-patronales, ya sea utilizando la planilla elaborada por el patrono o mediante planilla preelaborada con Facturación Directa (Art. 48 y 49 del Reglamento para la Aplicación del Régimen del Seguro Social). - Entre otras.

Fuente: Elaboración propia con base a disposiciones normativas.

Entonces, es válido preguntarse si El Salvador ya cuenta con normativa que obliga a las OSFL a remitir información a las autoridades, ¿Para qué regularlas más? Esta pregunta es fácil de responder con base en datos arrojados por una Evaluación Nacional de Riesgos, pues una vez realizada, se identificará qué OSFLs son vulnerables al abuso del financiamiento del terrorismo o al lavado de dinero (como delito determinante) y serán estas quienes deban cumplir con nuevas medidas de prevención. Al respecto, el GAFI ha dicho que si un país implementa medidas para la prevención de delitos LA/FT de manera general para todas las OSFL ello sería calificado como deficiente con base en la metodología de evaluación que utiliza el organismo.

2.3 Metodología GAFI:

Si no se atiende a criterios de un enfoque basado en riesgo para la implementación de medidas a OSFL vulnerables, estas establecerán una carga administrativa desproporcional a la capacidad administrativa y financiera de las OSFL no identificadas como vulnerables, sin tener relación con su nivel de riesgo. Por lo tanto, sería difícil demostrar que las medidas son proporcionales con la finalidad que se busca.

Por ejemplo, si se obliga a que todas las Asociaciones y Fundaciones cumplan con la asignación de un Encargado de Cumplimiento, esto conlleva a que las organizaciones pequeñas retrasarían o limitarían el ejercicio de la libertad de asociación como una libertad universalmente reconocida.²⁶ A través del Instructivo las OSFL, efectivamente están obligadas a nombrar al Encargado de Cumplimiento, pero existe flexibilidad en que se pueda elegir a personal de la misma entidad, no es obligación, o más bien, es incompatible la subcontratación de una persona externa para ejercer dicho rol, sin embargo, muchas organizaciones no tienen personal con los requisitos que el referido Instructivo exige, entre uno de ellos: título universitario, circunstancia que puede conllevar a algún incumplimiento y futura sanción y que, para evitar tal situación, la organización tendría que incurrir en gastos o su cierre ante la imposibilidad de cumplir algún requisito.

Ante ello, los evaluadores del país, con base en la Metodología de Evaluación de GAFI (2013), consideraron que no se cumplen los componentes de dicha metodología, puesto que dicho organismo ha adoptado dos enfoques complementarios, por una parte, la evaluación del cumplimiento técnico de las Recomendaciones del GAFI, y por otra, determinar la existencia y las formas de cómo se evidencia la efectividad del sistema ALA/CFT. En síntesis, la metodología comprende dos componentes: cumplimiento técnico y evaluación de efectividad.

26 Nota Interpretativa Recomendación 8 GAFI, párrafo 4 (d).

- A)** La evaluación sobre el cumplimiento técnico aborda los requisitos específicos de las Recomendaciones del GAFI, principalmente en lo que respecta al marco jurídico e institucional relevante del país, y los poderes y procedimientos de las autoridades competentes. Estos representan los pilares fundamentales de un sistema ALA/CFT.
- B)** La evaluación de efectividad difiere fundamentalmente de la evaluación sobre el cumplimiento técnico. Se trata de evaluar la idoneidad de la implementación de las Recomendaciones del GAFI, e identifica el grado en que un país alcanza un conjunto definido de resultados que son fundamentales para un sólido sistema ALA/CFT. Por lo tanto, el enfoque de la evaluación de la efectividad se medirá en la medida en que el marco legal e institucional produce los resultados previstos.

2.3.1 Evaluación Nacional de Riesgos

El GAFI, a través de la Recomendación 1, señala el valor de la realización de una Evaluación Nacional de Riesgos al establecer que:

*“Los países deben identificar, evaluar y entender sus riesgos de lavado de activos/ financiamiento del terrorismo, y deben tomar acción, incluyendo la designación de una autoridad o mecanismo para coordinar acciones para evaluar los riesgos (...). Con base en esa evaluación, los países deben aplicar un enfoque basado en riesgo (EBR) a fin de asegurar que las medidas para prevenir o mitigar el lavado de activos y el financiamiento del terrorismo sean proporcionales a los riesgos identificados.”*²⁷

27 Políticas y coordinación ALA/CFT, 1. Evaluación de riesgos y aplicación de un enfoque basado en riesgo.

Lo anterior permite tener claridad sobre lo que se ha venido desarrollando, pero cabe preguntarse ¿El Salvador ha realizado una ENR?

Se conoce que, por parte de la UIF, el país cuenta con una ENR que incluye información correspondiente a los años 2013 a 2016, pero no sobre las OSFL, y es que según la FGR sería actualizada en el año 2021, pero tras el imprevisto de la pandemia por COVID-19, a la fecha de publicación de este artículo, se desconocen nuevas fechas, ya que incluso la Evaluación Mutua de la que sería objeto El Salvador durante los años 2021 y 2022, fue modificada y trasladada para abril de 2022,²⁸ por parte del GAFIC; sin embargo, es de señalar que El Salvador a finales del año 2021, se retiró de este Grupo y se incorporó al GAFILAT, esto a consideración del autor, se debe a una situación particular: la aprobación de la criptomoneda *Bitcoin* como moneda de circulación nacional y la posibilidad de obtener una mala calificación sobre el cumplimiento de las Recomendaciones GAFI.

Como se ha dicho con antelación, el propósito del GAFI es promover estándares para la prevención del cometimiento del delito de lavado de dinero, siendo que esta entidad no es ajena al tema de las criptomonedas y la posibilidad de que estas sean utilizadas para fines de lavar activos (Consúltese Recomendaciones 15 y 16), ya que la aprobación de la Ley *Bitcoin* se realizó sin consulta previa a instituciones financieras, fue aprobada sin mayor discusión en la Asamblea Legislativa y por otra parte, las normas técnicas para la implementación y regulación del *Bitcoin* se encontraban en estudio de aprobación y una vez puestas en práctica, seguramente surgirían vacíos legales; además, el sistema financiero no se encontraba preparado para poner en práctica la circulación de la referida criptomoneda, sumando a ello la necesidad de actualizar la norma técnica NRP-08.

28 Calendario de evaluaciones mutuas de GAFI. Disponible en: <http://bit.ly/3aZXoN2>

2.3.2 Necesidad de incorporar a las OSFL en la ENR

Tal como se indicó con antelación, las OSFL no “son particularmente vulnerables”, sino que el deber ser es que los países identifiquen a aquellas OSFL que se encuentran en situación de vulnerabilidad, de ser abusadas por el financiamiento del terrorismo, a manera de ejemplo, México ha realizado dos ENR en las que incluyó al sector OSFL. La primera realizada en el año 2016, sin embargo, solamente fueron evaluadas dos OSFL de un universo de alrededor de 60,000 lo que resultó en datos totalmente inciertos sobre las características propias de diversas organizaciones que no permitió detectar vulnerabilidades; sin embargo, en la segunda ENR llevada a cabo en 2020, se evaluó a más de 2,500 OSFL lo que permitió concluir lo siguiente:

“Los resultados indican que el máximo nivel de riesgos que se tiene en México es Alto, en el que se encuentran menos del 1 % de las entidades (9 OSFL), mientras que 2,542 restantes (99.92 %) fueron identificadas con riesgo Bajo. Cabe mencionar, que la mayor calificación de riesgo identificada corresponde a 9 Asociaciones Religiosas. Derivado de lo anterior, y dado que en México no existe algún caso de FT mediante las OSFL's y al contar con una matriz de riesgo confiable, se considera que la vulnerabilidad que representa la posibilidad de las OSFL's de cometer actos de FT tiene una probabilidad BAJA e Impacto MEDIO”.²⁹

III. Proyecto de Ley Especial para la Prevención, Control y Sanción del Lavado de Activos

A continuación, se estudiarán brevemente algunas disposiciones del ahora excluido proyecto de ley que fue presentado en 2018, y que a la fecha de finalización de este artículo no ha sido aprobado, ya que la legislatura 2021-

²⁹ Evaluación Nacional de Riesgos, 2020, “La posibilidad de las OSFL's de cometer actos de FT”. México, 2020. Pág. 45. Disponible en: <https://bit.ly/30vzkg9>

2024, la envió a archivo sin que esta volviese a ser estudiada, no obstante, debe mencionarse que algunas regulaciones que en él se contemplaban podían ser atentatorias a las OSFL, y por ende a la Recomendación 8 de GAFI y su Nota Interpretativa.

La Recomendación No. 8 establece la necesidad de que los países deben revisar la idoneidad de las leyes y regulaciones relacionadas con las organizaciones sin fines de lucro que el país haya identificado como vulnerables al abuso para el financiamiento del terrorismo.

Dada la regulación establecida en el inciso segundo de dicho artículo establece que:

“Los controles que adopten los sujetos obligados deben responder al nivel de riesgo de cada sujeto obligado o sector de sujetos obligados, por lo tanto, las autoridades de supervisión deberán simplificar los sistemas de gestión de riesgos a los sujetos obligados (...).”³⁰

El aludido artículo parte de la presunción de la existencia de una ENR, ya que menciona que los controles deben responder al nivel de riesgo de cada sujeto, en este caso, las OSFL, sin embargo, el artículo menciona que las autoridades de supervisión deberán simplificar los sistemas.

Sobre la base de lo anterior, cabe mencionar que la última ENR realizada por El Salvador, posee datos de los años 2013 a 2016, misma en que no se incluyó al sector de Asociaciones y Fundaciones sin Fines de Lucro,³¹ por ello, puede hablarse de la existencia de una regulación general en el Anteproyecto de Ley hacia este sector al señalarles como sujetos obligados (Art. 22 No. 14). En esa lógica, no podrían aplicarse las disposiciones establecidas en Arts. 19, 24³² y 25³³ sin tener de base los resultados de una evaluación de riesgo del sector OSFL.

30 Proyecto de Ley Especial para la Prevención, Control y Sanción del Lavado de Activos.

31 Respuesta a solicitud de acceso a información pública referencia 21-UAIP-FGR-2020.

32 Señala los deberes de los sujetos obligados.

33 Señala el procedimiento de debida diligencia que deberán realizar los sujetos obligados.

“Artículo 24 inciso final: “En el instructivo de la UAF se definirán las obligaciones que deberán cumplir cada uno de los sujetos obligados mencionados en el Art. 22, lo anterior considerando los criterios de cuantía, cantidad de operaciones o transacciones, volumen de activos, entre otros (...)”³⁴

Artículo 25 inciso final: “En el instructivo correspondiente, la UAF definirá acciones y actividades de debida diligencia que deberá aplicar cada uno de los sujetos obligados, considerando para ello, criterios de cuantía, cantidad de operaciones o transacciones, volumen de los activos, entre otros.”³⁵

Se considera que no se pueden promover regulaciones hacia el sector OSFL sin tener de base un conocimiento previo sobre la situación del mismo respecto a los riesgos a los que esté vulnerable, porque, además, al no contar con una ENR que incluya al sector, las autoridades como la UIF no poseerán información actualizada sobre el tamaño, forma legal, actividades, donantes, actividades transfronterizas, movimiento de fondos, forma de realizar pagos, etc., aunque alguna de esa información puede obtenerse con base a los requerimientos que solicitan las leyes que se vieron en el cuadro, sin embargo, ello no cumple con los requisitos de una ENR.

Como resultado de la carencia de la incorporación del sector OSFL en la ENR no se ha logrado identificar un subsector de OSFL en riesgo, como sí se logró en México, tampoco se ha evaluado la idoneidad de las leyes, regulaciones y medidas existentes para mitigar los riesgos del sector OSFL, no se conoce tampoco si las medidas establecidas por los bancos en cumplimiento a directrices de la SSF limitan el trabajo caritativo legítimo de las OSFL, que, de ser así, se estaría vulnerando un derecho humano.

34 *Ibid.*

35 *Ibid.*

¿Quiénes son considerados sujetos obligados en la normativa antilavado salvadoreña?

La Ley Contra el Lavado de Dinero y de Activos que data de 1998, en su artículo 2 comprende un listado de sujetos obligados, sin señalar, a partir de qué base de activos serán considerados como tales, aspecto que sí contemplaba el proyecto de Ley Especial para la Prevención, Control y Sanción del Lavado de Activos; sin embargo, no hacía esta distinción para las Asociaciones y Fundaciones sin Fines de Lucro, aspecto lógicamente comprensible por la inexistencia del sector en la ENR.

Sujetos obligados (Art. 22)	
1	Toda asociación, federación y confederación de cooperativas de ahorro y crédito supervisadas por el Instituto Salvadoreño de Fomento Cooperativo (INSAFOCOOP) cuando el total de sus activos sean iguales o mayores a quinientos mil dólares de los Estados Unidos de América.
2	Toda asociación, federación, confederación y sociedades cooperativas de ahorro y crédito que no son supervisadas por la Superintendencia del Sistema Financiero, cuando el total de sus activos sean iguales o mayores a diez millones de dólares de los Estados Unidos de América.
3	Toda sociedad cooperativa de ahorro y crédito y sociedades cooperativas cuando el total de sus activos sean iguales o superiores a dos mil quinientos salarios mínimos mensuales vigentes para el comercio, industria y servicios.

Fuente: elaboración propia con base en el Proyecto de “Ley Especial para la Prevención, Control y Sanción del Lavado de Activos”.

En los numerales antes citados, se hace alusión a diversos sujetos obligados, y se señala específicamente porqué son considerados como tales, es decir, se señala una base de activos, como consecuencia de ello, las personas jurídicas cuya actividad sea la misma pero sus activos se encuentren por debajo del umbral señalado, no son considerados sujetos obligados.

Para el caso del numeral 14 en el Art. 22, que señalaba a las Asociaciones y Fundaciones sin Fines de Lucro como sujetos obligados de manera general, sin distinción de un umbral o actividades. Sin embargo, la referida regulación era contraria a lo señalado en la Recomendación No. 8 del GAFI, en cuanto a que “Los países deben aplicar medidas focalizadas y proporcionadas, a la luz del abordaje basado en riesgo...”, por su parte, la Nota Interpretativa señala:

C. Medidas

Sin perjuicio de los requerimientos de la Recomendación 1, dado que no todas las OSFL son inherentemente de alto riesgo (y algunas representan poco riesgo o ningún riesgo), los países **deben identificar** qué subconjunto de organizaciones entra en la definición de OSFL del GAFI.

Los países deben dar pasos para promover la supervisión y el monitoreo eficaces. El abordaje “universal” sería inconsistente con la implementación adecuada de un abordaje basado en el riesgo según se estipula en la Recomendación 1 de los estándares de GAFI.

En la práctica, los países deben ser capaces de demostrar que las medidas basadas en el riesgo se aplican a OSFL en riesgo de abuso para el financiamiento del terrorismo.

¿Es vinculante o de obligatorio cumplimiento la Recomendación 8 del GAFI para El Salvador?

Recordemos que la Recomendación 8 está dirigida para que los Estados cumplan implementando regulaciones adecuadas para las organizaciones sin fines de lucro, siendo estas el resultado de un derecho humano universalmente reconocido como el derecho a la libre asociación.

Según Luiz Guilherme Marinoni, el control de compatibilidad de la ley con los tratados internacionales puede ser hecho mediante acción directa, (...). El ejercicio del control de la compatibilidad de las normas internas con las convencionales es un deber del juez nacional, pudiendo ser hecho a requerimiento de la parte o aún de oficio.

En ese orden de ideas, se ha dicho que el derecho a la libre asociación está reconocido por diversos instrumentos internacionales, como la Carta de Naciones Unidas, Convención Americana Sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, siendo así que, se ha de traer a colación el caso trabajadores censados del Congreso (AGUADO ALFARO y otros) vs Perú, en el cual la Corte Interamericana de Derechos Humanos establece: *“Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional, como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin”*.³⁶

El Salvador ha ratificado los instrumentos internacionales de derechos humanos que antes se han señalado, por lo tanto, debe vigilar que las regulaciones antilavado de dinero y financiamiento al terrorismo dirigidas a las Asociaciones y Fundaciones sin Fines de Lucro no restrinjan este derecho (asociación), siendo así que la jurisprudencia emitida por la Corte IDH es vinculante para el Estado, así como las resoluciones de organismos de Naciones Unidas en materia de Derechos Humanos, así como las obligaciones que generan otros instrumentos -ratificados por El Salvador- como la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción³⁷ y la Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional.³⁸

36 Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso trabajadores cesados del congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú, (2006).

37 Artículos 15 a 23 y siguientes que establecen deberes a los Estados para adoptar medidas legislativas y de otra índole para tipificar como delitos las actividades que señala la convención como acciones corruptas.

38 Artículo 7.3 insta a los Estados a utilizar como guía las iniciativas pertinentes de las organizaciones regionales, interregionales y multilaterales de lucha contra el blanqueo de

El Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas -como resultado de la Carta de Naciones Unidas- ha insistido en que:

*“Las medidas que implementen los Estados Miembros para proteger a las organizaciones sin fines de lucro de posibles abusos deberían de ser concebidas con arreglo a un enfoque basado en riesgos. Es imperioso que los Estados apliquen esas medidas respetando las obligaciones que le imponen la Carta de Naciones Unidas y el derecho internacional de los derechos humanos”.*³⁹

Posteriormente, en la RCSNU 1617 (2005) en su párrafo 7, *“insta encarecidamente a todos los Estados Miembros a que pongan en práctica las normas internacionales completas incorporadas en las cuarenta recomendaciones sobre el blanqueo de dinero del Grupo de Acción Financiera y sus nueve recomendaciones especiales sobre la financiación del terrorismo”*, incluyendo la Recomendaciones sobre las OSFL.

De forma más explícita, en 2015, el CSNU adopta la RCSNU 2253 (2015) donde reconoce *“la necesidad de que los Estados Miembros prevengan que los terroristas abusen de las organizaciones no gubernamentales, sin fines de lucro y de beneficencia”*.

En síntesis, la Ley Contra el Lavado de Dinero y de Activos, su Reglamento y el Instructivo de la Unidad de Investigación Financiera pueden llegar a ser objeto de control de convencionalidad respecto a las Asociaciones y Fundaciones sin Fines de Lucro por ser el resultado directo de un derecho humanos universalmente reconocido -derecho de libre asociación-.

dinero. Acá entra el GAFI.

39 (CSNU. Guía técnica del CSNU. 2019. S/2019/998. Párr. 115).

Conclusión

Como se ha mencionado reiteradamente, el GAFI destaca que deben identificarse aquellas OSFL vulnerables a ser abusadas por el financiamiento del terrorismo a través de la realización de una Evaluación Nacional de Riesgo o Sectorial del Riesgo.

El Salvador en su próxima Evaluación Nacional de Riesgos debe incorporar al sector OSFL y contar con información adecuada para determinar lo más cercano posible a los riesgos que estas poseen frente al financiamiento del terrorismo y lavado de dinero y así regular con un enfoque basado en riesgos a aquellas organizaciones identificadas como vulnerables.

El Estado salvadoreño posee una Ley de Asociaciones y Fundaciones sin Fines de Lucro que data de 1996, misma que ya no responde asertivamente a la actualidad de las organizaciones, pues también se discute si debería una ley especial de ONG's regular lo pertinente sobre el cumplimiento de regulaciones antilavado y contra el financiamiento del terrorismo por ser una materia con un tratamiento especial. Sin embargo, también debe contarse con una claridad sobre el reporte de las donaciones que las entidades sin ánimo de lucro perciben, ya que es de conocimiento del autor que muchas ONG's desconocen las obligaciones que contempla la Ley Contra el Lavado de Dinero y de Activos, como el reporte de operaciones reguladas y las sospechosas, no obstante, debe señalarse que las donaciones, es decir el dinero destinado a la ejecución de proyectos, pasa por el sistema financiero y es este quien debe realizar una debida diligencia de conformidad a sus políticas internas de prevención, que, en caso que detecte alguna inconsistencia o inusualidad deberá reportarlo a la UIF.

Por último, debe recordarse que es indispensable procurar no coartar el financiamiento lícito de las OSFL por el simple hecho de ser considerada incómoda para una clase política o gobierno de turno por los temas que desarrolla, principalmente la defensa de derechos humanos.

Bibliografía

- » Asamblea General de las Naciones Unidas, resolución: A/RES/49/60, (1995).
- » Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, Resolución S/PV.8496. 2019.
- » Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo. (2003).
- » Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo: Asamblea General de las Naciones Unidas, 1999.
- » Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso trabajadores cesados del congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú. 2006.
- » Declaración Universal de los Derechos Humanos, Organización de las Naciones Unidas. 1948.
- » Evaluación Nacional de Riesgos, 2020, *“La posibilidad de las OSFL's de cometer actos de FT”*. México. 2020.
- » GAFI: Lucha Contra el abuso de organizaciones sin fines de lucro (Recomendación 8), Mejores prácticas. 2015.
- » Instructivo de la Unidad de Investigación Financiera para la prevención del lavado de dinero y financiamiento al terrorismo, Código: INUIF-16, artículo 14 No. 13. Disponible en: <http://bit.ly/2KJev9t>
- » Instructivo de la Unidad de Investigación Financiera para la prevención del lavado de dinero y de activos. El Salvador: Fiscalía General de la República, 2021.
- » Ley Especial Contra Actos de Terrorismo. El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 2006.
- » Maina Kai. “Informe del Relator Especial sobre los derechos a la libertad de reunión pacífica y de asociación”, A/HRC/20/27, (2012).
- » Organización de las Naciones Unidas. Declaración Universal de los Derechos Humanos. 1948.
- » Recomendación 1. “Estándares internacionales sobre la lucha contra el lavado de activos, el financiamiento del terrorismo, y el financiamiento de la proliferación de armas de destrucción masiva”. Acceso el 14 de septiembre de 2022, <https://www.gafilat.org/index.php/es/las-40-recomendaciones>
- » Recomendación 5. “Estándares internacionales sobre la lucha contra el lavado de activos, el financiamiento del terrorismo, y el financiamiento de la proliferación de armas de destrucción masiva”. Acceso el 14 de septiembre de 2022, <https://www.gafilat.org/index.php/es/las-40-recomendaciones>
- » Recomendación 8. “Estándares internacionales sobre la lucha contra el lavado de activos, el financiamiento del terrorismo, y el financiamiento de la proliferación de armas de destrucción masiva”. Acceso el 20 de febrero de 2021, <http://bit.ly/2ZRNwjo>
- » Respuesta a solicitud de acceso a información pública referencia 21-UAIP-FGR-2020.
- » Sala de lo Constitucional, Sentencia de Inconstitucionalidad, Referencia: 22-2007/42-2007/89-2007/96-2007. El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2015.

Apología reflexiva: Problemas dogmáticos y probatorios en delitos sexuales

Reflexive apology: dogmatic and probative problems in sexual crimes

Miguel Alejandro Villedas Soto
(Universidad Evangélica de El Salvador, El Salvador)



Recibido: 17-03-2022
Aceptado: 30-08-2022

APOLOGÍA REFLEXIVA: PROBLEMAS DOGMÁTICOS Y PROBATORIOS EN DELITOS SEXUALES

Miguel Alejandro Villedas Soto

RESUMEN

Este artículo académico parte de revelar los problemas dogmáticos y probatorios presentes en los delitos de violación y agresión sexual, por ello, se crean dos baremos interpretativos: i) dimensión típica general, cuando la víctima supera los dieciséis años de edad y no tiene incapacidad mental; y ii) dimensión típica cualificada, que proceden en la víctima enajenada mental o cuando es menor o igual a quince años de edad; en virtud, que la realidad jurídico-penal salvadoreña, exige mejorar los cuestionamientos y reflexiones para la mejor judicialización de casos penales. En este contexto, dos son los objetivos que han dirigido el estudio. El primero de ellos, sistematizar y ordenar los tipos penales y los bienes jurídicos que protegen. El segundo, a partir de esa estructura, desplegar los problemas que habitan en el juicio de tipicidad y en el de culpabilidad, así como, la desventaja probatoria que requieren. Con el afán de encaminarse hacia los objetivos planteados, el texto utiliza un método cualitativo y adopta un modelo de investigación aplicada, porque deriva de los problemas habituales presentes en la etapa de sentencia de procesos penales en El Salvador, a su vez, retoma aspectos de la investigación bibliográfica, derivada del enfoque de la jurisprudencia salvadoreña en materia penal. Del estudio íntegro del artículo, se obtendrá una mayor comprensión sobre la existencia de tres bienes jurídicos, un claro enfoque del problema derivado de circunstancias como el consentimiento del menor de edad en las relaciones sexuales y la función de la víctima en la actividad probatoria.

PALABRAS CLAVES: Delito sexual - sujeto activo - víctima - bien jurídico protegido.

REFLEXIVE APOLOGY: DOGMATIC AND PROBATIVE PROBLEMS IN SEXUAL CRIMES

Miguel Alejandro Villedas Soto

ABSTRACT

This academic article, part of revealing the dogmatic and evidentiary problems present in the crimes of Rape and Sexual Assault, for this reason, two interpretive scales are created: i) General typical dimension, when the victim is over sixteen years of age and has no mental disability; and ii) Qualified typical dimension, which comes from the mentally alienated victim or when it's less than or equal to fifteen years of age; by virtue that, the Salvadoran legal-criminal reality, requires improving the questions and reflections for the best judicialization of criminal cases. In this context, there are two objectives that have guided the study. The first of them, to systematize and order the criminal types and the legal rights they protect. The second, from that structure, is to unfold the problems inherent in the judgment of typicality and guilt, as well as the probative disadvantage they require. In order to achieve its objectives, the text uses a qualitative method and adopts an applied research model, because it derives from the usual problems present in the sentencing stage of criminal proceedings in El Salvador, in turn, takes up aspects of bibliographic research, derived from the approach of Salvadoran jurisprudence in criminal matters. From the full study of the article, a better understanding of the existence of three legal assets, a clear approach to the problem arising from circumstances such as the consent of the minor in sexual relations and the role of the victim in the evidentiary activity will be obtained.

KEYWORDS: Sexual crime - active subject - victim - protected legal right.

Apología reflexiva: Problemas dogmáticos y probatorios en delitos sexuales

Miguel Alejandro Villedas Soto¹

Introducción

Los delitos sexuales son una forma de protección subsidiaria del bien jurídico, libertad sexual, el cual, se realiza a través de componer supuestos de hechos y sanciones dentro del Código Penal de El Salvador (en adelante CP) o en leyes penales accesorias. Sin embargo, a pesar de que únicamente se cataloguen como delitos que atentan contra la libertad sexual, cuando en la víctima recae en condiciones particulares, ese margen se extiende, y permite el surgimiento de dos bienes jurídicos diferentes: la indemnidad sexual y la intangibilidad sexual. Dicho marco interpretativo, genera diversos problemas en la aplicación de la norma penal, sobre todo, cuando se analiza el grado de autodeterminación sexual que el sujeto ostenta según su evolución personal y lo que, a partir de ello, puede vulnerar o pretender no transgredir por el sujeto activo.

1 Miguel Alejandro Villedas Soto, letrado en Derecho Penal, empleado de la Cámara Segunda Especializada de lo Penal "B" de San Salvador, con diplomados en derecho constitucional, procesal penal y civil por las Universidades de Harvard, Carlos III de Madrid y la Universidad de El Salvador. Siete veces acreedor del reconocimiento a la excelencia académica por la Universidad Evangélica de El Salvador. Ponente y ganador de congresos de Investigación Jurídica de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Evangélica de El Salvador.

Para encaminar conclusiones de tal índole, a continuación, se detallará el origen de la condición reflexiva que acá se trata, luego, se delimitará un concepto objetivo de la sexualidad que le importa al Derecho Penal; seguido, se crearán los conceptos de dimensión típica general y cualificada para ordenar el problema jurídico y, finalmente, se expondrán argumentos sobre las complicaciones dogmáticas y probatorias presentes en los delitos de violación y agresión sexual.

I. Concepto objetivo de la sexualidad: una cuestión del ser

La sexualidad ha moldeado las relaciones sociales desde la más íntima etapa del desarrollo humano. Entre tantas funciones que a la sexualidad le han sido otorgadas destaca la tarea de reproducción humana y el disfrute del ser, lo que la convierte en una auténtica cuestión del *homo sapiens*. Su estudio detallado, implicaría un viaje desde las primeras modalidades del traspaso del linaje y la estructuración social de las primeras tribus humanas, hasta las contemporáneas ilustraciones del debate a favor de los vínculos entre sexos igualitarios, así como el discurso del género. La sexualidad también se ha clasificado como una cuestión del poder, y ha sido parte de un paradigma de su ejercicio como un agente opresor o prohibido que lo ejerce sobre alguien determinado o para un fin específico. El poder y la sexualidad arriba hacia las formas culturales de su represión y los estándares históricos para categorizar las características de la mujer y el hombre.²

Por otro lado, también existe en la sexualidad una perspectiva histórica presente en función del parentesco y la creación de la descendencia, a través del matrimonio y la prohibición de la reproducción humana en el parentesco.³ Por ejemplo, la sexualidad ha estado inmersa en las formas de evolución social

2 Michel Foucault, *Historia de la sexualidad I. La Voluntad del Saber* (Madrid: Siglo XII editores, 1998).

3 Claude Lévy-Strauss, *Estructuras elementales del parentesco* (Barcelona, España: Ediciones Paidós Ibérica, S.A., 1969).

a lo largo de la historia y, sobre todo, “*las diferencias sexuales y los estereotipos de función sexual se vieron agudizadas por la engañosa identificación de los hombres con la producción y de las mujeres con el consumo, aunque también los hombres consumían y las mujeres producían (...)*”.⁴ Como consecuencia, la sexualidad ha sido comprendida en un sentido amplio como parte integrante de la cultura y de la reproducción humana, su debate reside en la gran clasificación sobre las funciones sociales del sexo en un esquema social.

Sin perjuicio de lo anterior, la esencialidad de la sexualidad, desde una función material del delito, ha sido también la garantía para su protección subsidiaria a través del Derecho Penal. No obstante, no se protege la sexualidad desde un esquema cultural y con base en la clasificación social de las funciones del sexo masculino o femenino, tampoco reside en un debate de género, pues, dichas circunstancias tornarían subjetiva lo sexualmente adecuado y desvalorizarían la protección del bien jurídico hacia una cuestión cultural. Por ende, una dimensión objetiva de la sexualidad se aplica directamente sobre el ejercicio libre del bien jurídico que corresponde a cada ser humano, donde la libertad y la sexualidad se interpreta desde lo que se presume adecuado para la reproducción humana o como la ausencia de violencia, coacción, amenaza, tortura o cualquier menoscabo a la voluntad para decidir sobre la forma, condición y circunstancias de disposición del acto sexual reproductivo.

Ahora bien, esta construcción de la sexualidad y, particularmente, de la disposición sexual, ostenta un anclaje constitucional dentro de un rango material de la Constitución, propiciado por el derecho fundamental de libertad. En ese sentido, el margen constitucional de la libertad, ha sido definido como el derecho para hacer u omitir, que exige la contraprestación del tercero para no incidir en lo que se hace o se omite.⁵ De esta línea de ideas es donde reside la libre disposición del ámbito sexual, que amalgama aspectos desde la elección

4 Alvin Toffler, *La tercera ola* (Bogotá: Plaza & Janes, S.A. Editores, 1980), 30.

5 Véase. Sala de lo Constitucional, *Sentencias de inconstitucionalidad, Referencias: 79-2011 y 21-2020 Ac* (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2014 y 2020, respectivamente).

de conformación de familia, pero que para el particular tema que se desarrolla, es parte del ámbito reproductivo y de la protección de su normal desarrollo.

Por lo tanto, la sexualidad a efectos de la ley penal salvadoreña, en términos generales, se encuentra en las formas, modelos y voluntad reproductiva de la persona humana, en otras palabras, comunicativas; es la posesión y libre disposición del elemento sexual como parte integrante del ser. Así las cosas, elevarlo a la categoría de bien jurídico es una necesidad desarrollada desde la historia, por ser una actividad de trascendental importancia para el propio fin de la existencia humana. Ahora bien, la sexualidad se presenta de forma diferencial entre lo que corresponde al ámbito liberal –disposición para hacer u omitir-, sobre el aspecto proteccionista de una ulterior etapa de libre disponibilidad, lo que aplica en aquellos supuestos, donde la propia condición del ser limita la libertad en este ámbito, como consecuencia de una presunción de futuro desarrollo o de la inhabilitación de disfrute y disposición.

De lo anterior, el Derecho Penal ha construido una clasificación del bien jurídico protegido derivada de esta interpretación, el cual, como se analizará, reside en otorgar la libertad sexual a los mayores de dieciséis años, reducir la libertad y categorizarla como indemnidad sexual a los menores de quince años de edad y generalizar la inhabilitación de presente y futura libre disposición a los sujetos enajenados mentalmente.

El bloque jurisprudencial del tribunal constitucional no ha pormenorizado una detallada conceptualización de la libertad sexual como categoría aislada de derecho fundamental, sin embargo, sí ha reconocido un vínculo directo de dicho bien jurídico con los derechos reproductivos, adaptando el margen interpretativo en ámbitos impensables años atrás, de tal modo que, hoy por hoy, inclusive es posible hablar de la autodeterminación informativa y el derecho de acceso a la información en materia reproductiva.⁶ En ese orden, un bien jurídico no es igual que un derecho fundamental, el primero proclama

6 Sala de lo Constitucional, *Sentencia de amparo, Referencia: 749-2014* (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2014).

la idea de “un interés jurídicamente protegido”⁷ y el segundo, a una posición ético-jurídica reconocida a favor del individuo y positivizada en el texto normativo.⁸ Por lo tanto, es razonable que el mayor desarrollo jurisprudencial de la noción de la libertad sexual haya sido creada por el máximo tribunal en grado en materia penal, desde una visión interpretativa de lo que el delito protege y la acción delictiva agravia.

II. Problemas dogmáticos

2.1 Bien jurídico protegido y sujeto pasivo

El *corpus iuris* del CP⁹ tipifica y sanciona los delitos sexuales en el título IV del libro segundo, bajo el epígrafe “Delitos contra la Libertad Sexual”. Las conductas constitutivas de trasgresión a dicho bien jurídico, al menos dentro del CP, son un total de diecisiete conductas dolosas de comisión. Sin embargo, normativas como la Ley Especial Contra Delitos Informáticos y Conexos o la Ley Especial Integral para una Vida Libre de Violencia para las Mujeres, también estatuyen y sancionan acciones que ocasionen menoscabo al bien jurídico tutelado, comentario digno de ser mencionado para revertir la creencia que únicamente el CP sanciona delitos de índole sexual.

Como ha sido reiterado en el apartado que antecede, los delitos sexuales son límites generales y especiales a las conductas que generan un agravio a la libertad en su manifestación de autodeterminación sexual, lo cual, es más extensivo y radical cuando se trata de la protección de la sexualidad de

7 Graciela Angulo, “El consentimiento frente a los bienes jurídicos indisponibles”, *Revista Latinoamericana de Derecho*, n. 7-8 (2007): 55-88.

8 Sobre la construcción constitucional de los derechos fundamentales, véase. Sala de lo Constitucional, *Sentencias de inconstitucionalidad, Referencias: 8-97 y 105-2014* (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2001 y 2015, respectivamente).

9 *Código Penal* (San Salvador: Asamblea Legislativa de la República de El Salvador, 1997), <https://www.asamblea.gob.sv/sites/default/files/documents/decretos/C0AB56F8-AF37-4F25-AD90-08AE401C0BA7.pdf>

los menores de edad o los incapaces. Sobre el interés superior para proteger grupos vulnerables –menores de edad o incapaces- el legislador opta por estipular consecuencias jurídicas más gravosas para la libertad de quien asume la realización de las conductas y, por su lado, gran parte de la dogmática penal lo consiente a través del mayor reproche social, derivado del común acuerdo en que hay grupos poblacionales que requieren mayor protección por sus condiciones personales.¹⁰ Como consecuencia, la esencialidad del bien jurídico y la condición vital de la libertad son insumos merecedores de protección jurídica a través de su importancia para la existencia de la vida humana y el desarrollo del bloque societario.

La *familia delictiva* de los delitos sexuales es amplia. En ese orden, atendiendo a la múltiple y persistente judicialización de procesos por violación y agresiones sexuales, el énfasis del estudio recae sobre el núcleo de dichos delitos. Sin embargo, el consiguiente discurso sobre tres bienes jurídicos protegidos a través de estas conductas, es un argumento aplicable a otras figuras delictivas, *verbi gratia*, en el acoso sexual (art. 165 inciso 2° CP), se sanciona una conducta para las personas mayores de dieciséis años, pero también otra para las víctimas inferiores a ese rango de edad, donde reside la tutela jurídica de la indemnidad sexual. En síntesis, no se impone a la academia limitar esta interpretación de forma exhaustiva.

2.2 La dimensión típica general y la dimensión típica cualificada en la violación y la agresión sexual: bienes jurídicos construidos

Razonar sobre el origen de los problemas dogmáticos y procesales en estos tipos de delitos requiere crear, al menos en una ínfima posibilidad, un concepto y una definición específica de la acción y el bien jurídico tutelado en

10 Andrés Díaz Gómez y María José Pardo Luch, “Delitos sexuales y menores de edad: Una aproximación basada en las personas privadas de libertad en la isla de Gran Canaria”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (2017): 1-51.

la violación y la agresión sexual, atendiendo al marco objetivo del juicio de tipicidad, precisamente en relación al sujeto pasivo como objeto material de la conducta desplegada por el autor del tipo penal. Cabe agregar que existen diversos debates sobre lo que se entenderá por uno u otro término, por lo cual, una postura jurídicamente adecuada pone acento a la exégesis normativa del dogmático y la postura axiológica e integradora sostenida por la jurisprudencia.

Bajo ese *iter*, en líneas generales, una violación es la acción consistente en el acceso del órgano reproductivo masculino en la vagina o el ano del sujeto pasivo, por otro lado, la agresión sexual, serán las acciones no constitutivas de violación que, a pesar de no implicar el acceso carnal, constituyen una seria perturbación en la autodeterminación sexual, por ejemplo, la masturbación genital, introducción de objetos en el ano o la vagina, la práctica de sexo vía oral. De tal modo, el margen que diferencia una violación de una agresión sexual, para efectos de adecuación objetiva del tipo, será el acceso carnal.

Así las cosas, en estos delitos es posible construir dos términos a efectos de diferenciar, aquellos aspectos generales de los particulares dentro del juicio de tipicidad en los aludidos tipos penales, partiendo del sujeto pasivo del delito. En ese orden, se estará frente a una *dimensión típica general*, cuando se esté en aquellos casos donde la víctima es un adulto o mayor a dieciséis años de edad y, por otro lado, se razona sobre una *dimensión típica cualificada*, en aquellos supuestos de hechos donde el requisito de procedencia objetiva dependa de una condición particular en el sujeto pasivo, la que constató desde poseer edad igual o inferior a quince años de edad, o encontrarse dentro de una incapacidad absoluta o transitoria al momento de la ejecución del delito.

En relación a la dimensión típica general, las conductas aplicables según el CP, serán los delitos contenidos en los arts. 158 y 160 del mencionado cuerpo normativo. Dentro del elemento objetivo de dichos delitos, se tiene que el sujeto activo puede ser cualquier individuo, sin que se exija alguna calidad

cualificada para adoptar tal condición.¹¹ El sujeto pasivo, en ambos supuestos, debe ser mayor de dieciséis años de edad y no consentir la acción que del sujeto activo recibe. Aquí, existe consentimiento pues, ante la condición de adolescencia superior a los dieciséis años o la adultez, se presume una mejor autodeterminación de lo sexual, y por ende, existe disposición para y sobre aceptar el acto.

Por otro lado, se reitera que en la violación subsiste un acceso carnal –penetración del órgano reproductor masculino en el ano o la vagina-, mientras que, en la agresión sexual, esta penetración no se encuentra presente. En síntesis, el acceso carnal cumple una función objetiva para distinguir ambas conductas. El criterio del tribunal superior en grado en materia penal ha sostenido que la diferencia persistente entre ambas conductas la delimita el acceso carnal, de tal forma que el legislador reduce el margen interpretativo del juzgador, quien no podrá condenar como autor directo de violación, cuando no exista corroboración objetiva de la presencia de un acceso carnal.¹²

Del mismo modo, se hace hincapié en la ausencia de consentimiento sobre el acto que el sujeto pasivo recibe, pues el medio comisivo utilizado por el autor es la violencia para limitar la libre voluntad de la víctima al momento que tolera el delito. En ese orden, consentir el acto vuelve inoperante la sustanciación de un proceso penal; por tal motivo, por el hecho de no existir una coacción en la libre voluntad. En estos casos, donde la víctima es mayor a dieciséis años de edad, el bien jurídico que protegen los delitos es la libertad sexual, pues se presume que a partir del margen de edad señalado que debe tener la víctima, ya existe un mayor desarrollo de la autodeterminación sexual.

11 A guisa de ejemplo, el Art. 39 del CP, cataloga bajo el epígrafe *Concepto de funcionario, empleado público y municipal, autoridad pública y agente de autoridad*, lo que para efectos penales deberá concurrir en el sujeto activo para serle aplicable una posible sanción penal. Otro ejemplo, se encuentra en los delitos oficiales a los que hace referencia el Art. 22 del mismo cuerpo normativo. Así, en la Violación o la Agresión Sexual, estas condiciones son entelequias intrascendentes.

12 Sala de lo Penal, *Sentencia de Casación Penal, Referencia: 69-CAS-2010* (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2011).

En relación a lo anterior, la Sala de lo Penal desde el núcleo del margen etario, ha identificado que la libertad sexual –ejercicio de la libertad individual– no procede como bien jurídico tutelado en los supuestos del sujeto pasivo igual o menor de quince años o los enajenados mentales. De tal forma que, la esfera de la libertad sexual tiene un límite transitorio en la edad y otro permanente –en la incapacidad mental absoluta-. En síntesis, el criterio consiste en que la libertad sexual y por ende, el disponer de ella, procederá como margen de la voluntad del individuo desde los dieciséis años en adelante, rango de edad que importa al juzgador para efectos penales.¹³ Agotados los razonamientos anteriores, en esta dimensión típica objetiva que surge del sujeto pasivo mayor de dieciséis años de edad, puede ilustrarse a través del siguiente cuadro:

Delito	Violación (Art. 158 CP).	Otras Agresiones Sexuales (Art. 160 CP).
Acto consumativo	Acceso carnal vía vaginal o anal.	Agresión sexual, sin acceso carnal, por ejemplo, masturbación, acceso carnal bucal, introducción de objetos en el ano o vagina.
Condición del sujeto pasivo.	Mayor a dieciséis años de edad.	
Bien jurídico protegido.	Libertad Sexual.	
Margen abstracto de la sanción privativa de libertad.	Mínimo de seis, máximo de diez años de prisión	Mínimo de tres, máximo de seis años de prisión (agresión sexual base). Mínimo de seis, máximo de diez años de prisión (acceso carnal bucal, introducción de objetos en la vagina o ano).

En relación a la dimensión típica cualificada, es decir, las disposiciones penales de la violación y la agresión sexual, aplicables a condiciones particulares del individuo, el CP las regula en los arts. 159 y 161. Los cambios sustantivos en el análisis del juicio de tipicidad, difieren del margen típico general por dos notas particulares. Primero, y es la más importante de ellas, es la condición de

13 Sala de lo Penal, *Sentencia de Casación Penal*, Referencia: 194C2016 (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2016).

incapacidad que en la víctima recae. Por ejemplo, en el caso de los menores de edad, es una incapacidad transitoria que superará el margen de protección de bien jurídico cualificado, cuando se pasen los dieciséis años de edad. Segundo, es la incapacidad absoluta de las personas con enajenación mental permanente, quienes, en ningún rango de edad podrán autodeterminar la sexualidad y la libre disposición de la misma. Ahora bien, la incapacidad transitoria, en los casos de estado de embriaguez, insomnio por sustancias psicotrópicas, entre otros supuestos, no implica que el bien jurídico protegido será el mismo que en los enajenados mentales, pues, podrá dentro de estos delitos protegerse la libertad sexual de un individuo de más de dieciocho años de edad.

A partir de lo anterior, se derivan dos bienes jurídicos protegidos diferentes de la libertad sexual. Su justificación, en el caso de los menores de edad, recae sobre la construcción ordinaria y libre de la autodeterminación sexual a futuro, de tal modo que, dentro del margen igual o inferior de los quince años de edad, no exista intervención para ese ulterior momento de desarrollo. En ese sentido, el bien jurídico que se protege no es la autodeterminación sexual presente, sino, la futura, por tanto, se presume que al momento de tener quince años de edad o ser menor de ese rango, hay una presunción de *no-sexualidad* en el menor.

La Sala de lo Penal ha sostenido que, en este rango de edad, es un criterio del legislador de una etapa donde el menor de edad carece de la capacidad física, psíquica o intelectual, para disponer de su sexualidad, de tal modo que, al realizar actos de naturaleza sexual dentro de estas edades, está presente la posibilidad de afectar el equilibrio y correcto desarrollo de la personalidad, condición que favorece a que se proteja la *indemnidad sexual* del menor de edad y no su libertad sexual.¹⁴ De catalogar la indemnidad sexual, como el bien jurídico protegido en el caso de los menores o iguales a quince años de edad, es el punto de partida para el principal problema dogmático, derivado en el juicio

14 Sala de lo Penal, *Sentencia de Casación Penal*, Referencia: 194C2016 (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2016), ya citada.

de tipicidad o en el de culpabilidad de la conducta reprochada. En razón de ello, el debate subsiste en sí el consentimiento, que se comprende no aceptado cuando se vulnera la indemnidad sexual, puede recrear una presunción de culpabilidad en desfavor del sujeto activo del delito, o si al contrario, crea una barrera que reduce la capacidad de imputación, postura que se desarrollará en el apartado consecutivo.

Bajo esa línea argumentativa, la idea del consentimiento es de sumo interés en los delitos de índole sexual, pero se asume que existe únicamente en el ámbito de la libertad sexual, es decir, a partir de los dieciséis años de edad. Sin embargo, en el ámbito de la dimensión típica cualificada del sujeto pasivo enajenado mental, el consentimiento no se toma como presente o construido paulatinamente con el aumento de los años de edad, porque no existirá la posibilidad de que se construya una autodeterminación sexual como categoría jurídica de la libertad individual.

Ahora, el otro bien jurídico que se crea en la dimensión típica cualificada es la intangibilidad sexual, aplicable tanto a los iguales o menores de quince años de edad, como los que superan ese rango etario, siempre que la condición personal del sujeto pasivo impida una libertad sexual adecuadamente construida con base en la comprensión de la forma, métodos y medidas en la que se dispondrá de las relaciones sexo-genitales y, por consecuencia, el acto reproductivo humano.

En ese sentido, la intangibilidad sexual tiene su fundamento en la condición mental que inhibe el libre desarrollo racional, convirtiendo al incapaz en intocable, empero, en la ausencia de libertad sexual que tiene y a futuro no desarrollará. Parte de la doctrina cataloga esta intangibilidad como una postura negativa en perjuicio de la población en general, donde un incapaz no puede ser vulnerado de ningún modo.¹⁵ El anterior diagrama de estudio, es ilustrado a través del siguiente cuadro:

15 Nicolás Oxman Vilches, *Libertad Sexual y Estado de Derecho en Chile* (Santiago: Librotecnia, 2007).

Delito.	Violación en Menor o Incapaz (Art. 159 CP).	Agresión Sexual en Menor o Incapaz (Art. 161 CP).
Acto consumativo.	Acceso carnal vía vaginal o anal.	Agresión sexual, sin acceso carnal, por ejemplo, masturbación, acceso carnal bucal, introducción de objetos en el ano o vagina.
Condición del sujeto pasivo.	Igual o menor a quince años de edad; o cualquier rango de edad, pero enajenado mental.	
Bien jurídico protegido.	Indemnidad sexual (edad igual o menor de quince años de edad). Intangibilidad sexual (menores o mayores de edad con una condición de enajenado mental absoluto).	
Margen abstracto de la sanción privativa de libertad.	Mínimo de catorce, máximo de veinte años de prisión.	Mínimo de ocho, máximo de doce años de prisión.

Además, no es requerido que se afirme que el sujeto activo utilizó violencia o intimidación para ejecutar estos delitos en un menor de edad o en un enajenado mental, porque las condiciones de vulnerabilidad más amplias en el sujeto pasivo no exigirán que también se ejecuten tales medios comisivos, aunado a ello, no existe un consentimiento doblegado, sino una invasión a un futuro ejercicio progresivo –indemnidad sexual- o a partir de un bien intocable –intangibilidad-.

En síntesis, a pesar de que el CP se encarga de proteger el bien jurídico de la libertad sexual, a través de esta serie de delitos, una visión más integra de las condiciones particulares del sujeto pasivo ha permitido que la ponderación legislativa, en virtud de una visión determinada de política-criminal, haya asumido similares conductas delictivas, pero con un juicio de tipicidad diferenciado en el elemento objetivo, derivado del sujeto pasivo que recibe la acción punible. Como conclusión de este apartado, el siguiente cuadro resume los delitos y el bien jurídico que protegen las dimensiones típicas generales y cualificadas, lo que es pauta para los problemas dogmáticos que a continuación se detallarán:

	Dimensión típica general.	Dimensión típica cualificada.
Delitos.	Violación (Art. 158 CP). Otras agresiones sexuales (art. 160 CP).	Agresión sexual en menor o incapaz (art. 161 CP). Violación en menor o incapaz (art. 159 CP).
Condición del sujeto pasivo.	Libertad sexual.	Indemnidad e intangibilidad sexual.
Edad y bien jurídico protegido.	Libertad sexual. Mayor de dieciséis años de edad.	Indemnidad sexual. Igual o menor a quince años de edad (Menor de edad). Intangibilidad sexual. Cualquier rango de edad (enajenado mental, incapacidad absoluta por enfermedad mental)
Consentimiento.	Si existe.	No existe en la enajenación mental. No existe, mientras no se superen los quince años de edad.

2.3 Libertad sexual y posibilidad de consentimiento

Del examen pormenorizado del previo problema dogmático, dos aseveraciones conjugan con importante interés. Una de ellas, es que identificar el sujeto pasivo y el bien jurídico tutelado cubre una importante función en la adecuación típica, por lo tanto, permite diferenciar a través de la condición particular del sujeto pasivo, el delito por el que se acusa. La segunda aseveración es que, a diferencia del anterior problema dogmático que hace énfasis en la víctima, la existencia de autodeterminación sexual y la presencia de consentimiento son problemas a evaluar en el juicio de culpabilidad del sujeto activo.

El principal inconveniente no se encuentra dentro de la dimensión típica general –para mayores de dieciséis años de edad-, donde se ostenta la libertad sexual. Lo anterior, debido a que se asume que este bien jurídico es disponible y, por derivación lógica, quien lo ostente puede decidir la forma, circunstancias, intervinientes, entre otros, que incidirán en su desarrollo sexual y, sobre todo, por su autorización, podrán incidir en sus relaciones sexuales.

Esta disponibilidad se reconoce desde el vínculo personal que hay entre el bien jurídico y el individuo, sobre todo porque está inmerso en él cuestiones como la libertad para hacer u omitir y exigir el respeto de esa decisión. Por lo tanto, si se habla de la existencia de disponibilidad, también se encontrará en este esquema el consentimiento como una voluntad para y sobre la decisión de ejercer o no la libertad sexual.¹⁶

La idea del consentimiento se ha ubicado como causa de justificación por la conformidad del sujeto pasivo, condición que resulta inofensiva y atípica la conducta, por lo tanto, cuando se está en el ejercicio de la libertad sexual, la violación o la agresión sexual solo se cometerán contra la aprobación del sujeto pasivo, supuesto que es inoperante en el caso del menor de edad o el enajenado mental, donde el bien jurídico tutelado es diferente a la libertad sexual y como consecuencia, el consentimiento no se da *libremente*.¹⁷

2.4 El error de tipo en la violación o agresión sexual en menor o incapaz

El consentimiento, ya sea que se acepte como parte del tipo o dentro del juicio de culpabilidad, no puede soslayarse ante la gran importancia que ocasiona en relación al error de tipo y al de prohibición.¹⁸ Estas figuras dogmáticas, se encuentran reguladas en el art. 28 del CP. Ambos errores toman importante interés en el tópico de delitos sexuales, sobre todo en el ámbito de estudio del texto. Sus apariciones dentro del juicio de tipicidad o en el análisis de la culpabilidad han exigido un esfuerzo racional desde la mecánica judicial para tratar de entender un guion de aplicación del Derecho cuando se esté frente al juzgamiento de casos.

16 Véase. Enrique Díaz Aranda, *Lecciones de derecho penal. Para el nuevo sistema de justicia en México* (México D.F: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2014), 67.

17 Hans Jescheck, *Tratado de derecho penal. Parte General I*, 3ª ed (Barcelona: Bosch, 1978).

18 *Ibíd.*

El error de tipo, catalogado en el inciso primero del art. 28 del CP, se estudia en el juicio de tipicidad. La jurisprudencia en materia penal lo define como una figura dogmática que versa en la no correspondencia entre la realidad que percibe el sujeto activo y los elementos del tipo objetivo, es decir, que recae en la acción, el curso causal, resultado, cualidades especiales del autor, entre otros supuestos. Su aparición excluye el dolo si es invencible o cataloga la acción como culposa, en caso de ser vencible; condiciones que reducen gradualmente la pena que se aspiraba a aplicar sin su aparición.¹⁹ En relación al error de tipo sobre los menores de edad, su objeción recae con cierto grado de generalidad, en el erróneo conocimiento de la edad de la víctima, como consecuencia de sus rasgos o características físicas que, en apariencia, hacen que el sujeto activo considere de una edad equivocada a la verdaderamente existente en el sujeto pasivo.

Este tipo de error es más sencillo de soslayar cuando los elementos probatorios de convicción objetiva, distinguen que la acción de violación o agresión sexual ocurrieron con el claro ánimo de obtener un beneficio lascivo a través de violencia, coacción, amenaza o intimidación, donde alegar que la edad de la víctima no correspondía a su desarrollo físico sería inoperante, pues la acción se realizó sin importar tal circunstancia. En cambio, cuando el acto sexual deriva de una situación eventual acordada –sin admitir que se tiene posibilidad de consentir en el menor de edad–, por ejemplo, cuando el sujeto activo tiene relaciones sexo-genitales con la víctima después de compartir una fiesta únicamente para mayores de edad, es posible discutir la vencibilidad del error y el evitar de la acción,²⁰ la cual recaerá sobre el margen de conocimiento del sujeto activo de la edad de la víctima y la acreditación probatoria de ello.

19 Sala de lo Penal, *Sentencia de Casación Penal, Referencia: 441-CAS-2009* (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2011).

20 Sala de lo Penal, *Sentencia de Casación Penal, Referencia: 100-C-2012* (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2012).

De tal modo que el desconocer la edad de la víctima es preferible analizarse desde las condiciones en las que el acto se desarrolló, los modos o grados de intervención entre el sujeto activo y el pasivo y, sobre todo, las condiciones particulares del acusado que hayan reducido la posibilidad de vencer el error. En ese sentido, las características físicas de la víctima, pueden ser un elemento a tomar en consideración por parte del juzgador, pero no de forma aislada, porque arribaría a un juicio subjetivo de lo que para el imputado podría ser alguien que se le representa como mayor de edad. Por ende, también deberán existir insumos para acreditar que, además de las características de la víctima, hubo elementos que restringen el conocer la edad.

En cuanto al error de tipo en los enajenados mentales, la Sala de lo Penal ha conocido de casos donde se mantuvieron relaciones sexo-genitales con un incapaz, sin conocer tal circunstancia especial. Del análisis adoptado en esa oportunidad, el elemento de convicción para habilitar la procedencia del error de tipo fue que, posterior al desarrollo del suceso, la madre de la víctima se enteró que padecía de un retraso mental, por lo tanto, se asumió que si ni la madre conocía tal condición, tampoco pudo conocerla el sujeto activo.²¹ Nótese que, al igual a lo sostenido cuando se alegue el desconocimiento de la minoría de edad por características físicas de adultez, no basta sostener tal argumento desde una perspectiva subjetiva, sino que es requerido un elemento mínimo objetivo que solo podrá brindarse a través de la actividad probatoria.

Sin perjuicio de lo anterior, determinar si el error es vencible o invencible, siempre exige arribar al tema de la vencibilidad del error. Ahora bien, de ser invencible el error de tipo en los delitos de violación o agresión sexual en menor o incapaz, se inhibirá la existencia del dolo y, por lo tanto, se absolverá al sujeto activo. Lo cual, también ocurriría en el caso de que exista un error de tipo vencible, donde, deberá sancionarse a título de acción culposa, no obstante, el resultado absolutorio sería indiferente, pues, no existe la modalidad

21 *Ibid.*

culposa de estos delitos.²²

2.5 El error de prohibición en la violación o agresión sexual en menor o incapaz

Por otro lado, el error de prohibición se evalúa en el juicio de culpabilidad, es decir, posterior a la procedencia de la tipicidad y antijuridicidad de la acción delictiva. El legislador lo ha regulado en el inciso segundo del art. 28 del CP y, el criterio jurisprudencial en El Salvador lo comprende dentro de la prohibición jurídico-penal, es decir, del conocimiento de la antijuridicidad de la acción desplegada, lo cual, por lógica derivación, redujo la culpabilidad. En el margen del error de prohibición, se desprenden dos aristas unitarias; el primero es el error de prohibición directo, cuando se limita al conocimiento potencial de la ilicitud, y el segundo es el indirecto, donde el autor obra suponiendo que está amparado en una causal de justificación²³ *verbi gratia*, la legítima defensa putativa, donde se rechaza un ataque en base a la presencia de una amenaza que materialmente no existió.

Dentro de este esquema, hay que resaltar nuevamente la figura del consentimiento; pese a que antes se argumentó que los menores de quince años de edad o enajenados mentales no tenían libre disposición de la sexualidad y, por ende, tampoco consentimiento, existe un supuesto donde este es el punto a discutir entre la autorización para realizar una conducta y la no permisón a través del bien jurídico que se protege. En ese sentido, a pesar de la ausencia de libertad sexual, el consentimiento puede presentarse como figura presente en las relaciones de noviazgo entre la víctima y el sujeto activo del delito.

El criterio jurisprudencial sobre este tipo de error ha vacilado entre aceptar que el consentir relaciones sexuales derivada de una relación de noviazgo entre el sujeto activo y la víctima permite crear un error de prohibición

22 *Ibid.*

23 Sala de lo Penal, *Sentencia de casación penal*, Referencia: 162C2012.

vencible,²⁴ pero también, ha afirmado una postura contradictoria a ello, asumiendo que el noviazgo y el consentir el acto sexual por parte de la víctima menor de edad, no es un estado afectivo que implique soslayar las condiciones de indemnidad sexual de la víctima.²⁵

Asumir y negar la procedencia del error de prohibición, en casos del consentimiento en el noviazgo, es debido a que se interpreta desde el otorgamiento que la víctima brinda, pero no como un lapsus entre la víctima y el sujeto activo, que se encuentra dentro del margen de error del que ejecuta la acción. De tal modo que interpretar el error desde la imposibilidad de consentimiento es una presunción equivocada porque no se asume que se desconozca la edad de la víctima, sino que, a sabiendas de esa edad, se crea un consentimiento, el cual se desconoce que no puede proceder atendiendo a que en esa edad el bien jurídico protegido no acepta disposición.

Por lo tanto, un adecuado análisis del juicio de probable aparición de un error de prohibición recaerá sobre medir la figura del consentimiento presunto como intermediario entre la víctima y el sujeto activo, producto de una relación de noviazgo socialmente aceptada; es decir, sostener que el consentimiento no existe debido a la naturaleza del bien jurídico no es lo que se pretende, sino, comprender el grado de limitación sobre conocer la ilicitud que le generó al acusado la figura del consentimiento.

De tal modo, la edad del sujeto pasivo que delimita un bien jurídico donde no hay consentimiento no puede comprenderse como una presunción de culpabilidad, porque una cosa es saber la edad de la víctima y tener, por ejemplo, una breve ilustración de lo que consiste la violación o la agresión sexual en menor o incapaz, y otra diferente, es que haya un presunto consentimiento mutuo, porque en el primero de los casos siempre se partirá de la culpabilidad,

24 Sala de lo Penal, *Sentencia de Casación Penal*, Referencia: 655-CAS-2008 (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2012).

25 Sala de lo Penal, *Sentencia de Casación Penal*, Referencia: 571-CAS-2010 (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2012).

pues se analiza una postura objetiva del tipo, mientras que en la segunda, se analiza hasta qué grado esa figura omnubilatoria de consentimiento, justificó soslayar la edad, porque se creía que se estaba autorizado a tener relaciones sexuales por parte del sujeto pasivo.

III. Problemas probatorios: naturaleza interna del delito

Los delitos sexuales que en el texto se desarrollan, otorgan a la víctima un importante papel probatorio derivado de dos circunstancias. El primero es el énfasis en la acción para consumir el tipo y el segundo, la naturaleza privada en la que se suelen cometer. La clasificación ordinaria de los delitos estriba en diferenciar aquellos donde una acción unitaria o accesoria despliega efectos causales; por ejemplo, en el caso del homicidio, lo que también permite con mayor facilidad hablar de temas como la tentativa, de otros cuerpos ilícitos, en los que la sola ejecución de una acción consume el tipo penal, sin que se requieran resultados causales objetivos.²⁶

Los delitos sexuales de agresión sexual y violación, indistintamente si se ejecutan contra mayores de dieciséis años, menores de quince años o en incapacidades absolutas –enajenación mental- o transitorias –embriaguez, sonambulismo, etcétera-, han sido catalogados por la jurisprudencia como de *mera actividad*, porque su descripción y contenido material se agotan con la acción, por lo tanto, no se exige una causalidad entre la acción y un resultado lesivo.²⁷ Asimismo, también se les ha denominado como delitos de alcoba, por las condiciones privadas y alejadas de la visualización general en las que se realizan –sin obviar la posibilidad que ocurran a la luz del día y en público- y además, porque dicha nomenclatura se justifica en que la acción típica exige

26 María Acale Sánchez, “Los delitos de mera actividad”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n° 10 (2002): 11-45.

27 Sala de lo Penal, *Sentencias de Casación Penal, Referencias: 51-CAS-2011 y 194C2016* (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2012 y 2016, respectivamente).

una cercanía inmediata y material entre la víctima y el sujeto activo.²⁸

En ese sentido, al consumarse el delito con inmediata cercanía entre víctima y sujeto activo, es que el valor probatorio del sujeto pasivo recibe la mayor utilidad y grado de posibilidad –idoneidad- para comprobar los extremos del hecho histórico y, por tanto, delimitar los márgenes del delito. El contemporáneo sistema probatorio de El Salvador se forja a través del principio de libertad probatoria, regulado en el art. 176 del Código Procesal Penal –CPP-. A partir de él, los hechos y las circunstancias relacionadas al delito podrán comprobarse por cualquier medio, sin que exista una prueba tasada que previamente determine una puntuación probatoria, limitándose a que se respete la legalidad para su obtención e incorporación (art. 175 CPP) y, además, que su introducción al debate sea limitada por la utilidad y pertinencia (art. 177 CPP).

Bajo ese parámetro, pueden extraerse dos posibilidades totalmente diferentes: una de ellas es que se invoque este principio para desvirtuar la presunción de inocencia con la única declaración de la víctima –alegando utilidad y no cantidad probatoria-; otra es que, a través de esta libertad probatoria, se pueda construir la culpabilidad a través de prueba indirecta en su modalidad indiciaria o referencial. Empero, la naturaleza del delito y el vínculo estrecho al momento de su ejecución hacen que la judicialización de procesos se decante por requerir a la víctima como declarante y soslayar la prueba indirecta cuando no se tiene la deposición del sujeto pasivo. Este modelo de actuación pesa en una importante función del Derecho Penal, precisamente en la identificación –a través de la actividad probatoria mínima- del sujeto activo, lo cual, ante el vínculo directo y personal al momento de los hechos, podrá realizarse con mayor idoneidad y utilidad por la víctima.²⁹

28 A efectos de mayor indagación, véase. Cámara Segunda de lo Penal de la Primera Sección del Centro, *Sentencia de Apelación, Referencia: 120-2016* (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2016); y, Cámara Tercera de lo Penal de la Primera Sección del Centro, *Sentencia de Apelación, Referencia: INC-88-11-7* (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2011).

29 Véase. Sala de lo Penal, *Sentencia de Casación Penal, Referencia: 137C2018* (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2018).

Sin embargo, un testigo directo, a diferencia de una víctima-testigo, no tiene un igual grado de imparcialidad, porque el primero es un tercero ajeno al hecho, con conocimiento de aquel, mientras que el segundo es quien ha tenido una participación pasiva al ser objeto del delito.³⁰ Tal circunstancia requiere que, en materia de delitos sexuales, la declaración de la víctima sea tomada en cuenta con mayor sutileza, valorando criterios para soslayar la sospecha de imparcialidad objetiva, por ejemplo, midiendo el grado de incriminación en tiempo y espacio, no descubriendo móviles espurios, ánimos de venganza o resentimiento y, además, acreditando objetivamente lo mencionado por el declarante.³¹

Lo anterior puede tomar mayor o menor grado de dificultad según la víctima del delito, por ejemplo, tanto si es mayor a dieciséis años o menor a quince, circunstancias de corroboración objetiva en la violación, como lo es la afectación psicológica y sobre todo, los rasgos físicos ocasionados por el acceso carnal, deberán ser comprobados a través de la prueba pericial. En el mismo orden, la persistencia en la incriminación se exige de forma diferente en adultos que en niños o niñas, pues, en el segundo grupo, la inconsistencia en las fechas carece de esencialidad, porque no siempre será posible que recuerden el momento exacto del acontecimiento, producto de la afectación emocional que generó el acto y del nivel de desarrollo cognitivo de los menores de edad.³²

30 Véase. Sala de lo Penal, *Sentencias de Casación Penal, Referencias: 568-CAS-2007 y 137C2018* (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2009 y 2018, respectivamente).

31 Sala de lo Penal, *Sentencias de Casación Penal, Referencias: 137C2018 y 764-CAS-2009* (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2018 y 2013, respectivamente).

32 Sala de lo Penal, *Sentencia de Casación Penal, número de referencia 401C2016* (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2017).

Conclusión

Lo estudiado hasta este último epígrafe, ha sido una argumentación relevante para comprender la naturaleza proteccionista de los delitos sexuales, cuando se toma en cuenta el sujeto pasivo para la construcción del tipo y el adecuado juicio de tipicidad. Ahora bien, que existan tres bienes jurídicos protegidos ocasiona problemas interpretativos serios, sobre todo cuando se analizan los bienes jurídicos protegidos en un menor o igual a quince años de edad o en aquellas personas enajenadas mentales, donde la libertad sexual se ve limitada.

Es así, que plantear los problemas jurídicos derivados de esta categoría de delitos resulta significativo para la aplicación más favorable de la norma penal, no solo en la medida que optimice declaratorias de condena, sino también, que permita soslayar la imposición de una pena cuando el cuadro fáctico y la solución dogmática de cuestionamientos, como los desarrollados en el texto, permitan una mejor exégesis de la norma penal.

Bibliografía

Textos consultados

- » Roxin, Claus. *Derecho penal. Parte general. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. Madrid: Civitas, 1997.
- » Ferrajoli, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta, S.A., 1995.
- » Martínez Osorio, Martín Alexander. "Principios para la formulación de una política criminal de acuerdo a la jurisprudencia constitucional: El programa penal de la Constitución", *A.A.V.V., XXV Aniversario de la Constitución de El Salvador*, tomo II (1998).
- » Anaya, Enrique. "Nociones básicas sobre el concepto de constitución", *Teoría de la Constitución. Estudios en homenaje a José Albino Tinetti*. San Salvador: Departamento de Publicaciones de la Corte Suprema de Justicia, 2020.
- » Foucault, Michel. *Historia de la sexualidad I. La Voluntad del Saber*. Madrid: Siglo XXI editores, 1998.
- » Levy-Strauss, Claude. *Estructuras elementales del parentesco*. Barcelona: Ediciones Paidós Ibérica, S.A., 1969.
- » Toffler, Alvin. *La tercera ola*. Bogotá: Plaza & Janes, S.A. Editores, 1980.
- » Angulo, Graciela. "El consentimiento frente a los bienes jurídicos indisponibles", *Revista Latinoamericana de Derecho*, n. 7-8 (200/): 55-88.
- » Díaz Gómez, Andrés y Pardo Luch, María José. Delitos sexuales y menores de edad: Una aproximación basada en las personas privadas de libertad en la isla de Gran Canaria", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (2017): 1-51.
- » Oxman Vilches, Nicolás. *Libertad Sexual y Estado de Derecho en Chile*. Santiago: Librotecnia, 2007.
- » Díaz Aranda, Enrique. *Lecciones de derecho penal. Para el nuevo sistema de justicia en México*. México D.F.: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2014.
- » Jescheck, Hans. *Tratado de derecho penal. Parte General I*, 3ª ed., Barcelona: Bosch, 1978.
- » Acale Sánchez, María. "Los delitos de mera actividad", *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n.10 (2002): 11-45.
- » Sala de lo Constitucional, *Sentencia de Amparo, Referencia: 749-2014*. El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2014.
- » Sala de lo Constitucional, *Sentencia de Inconstitucionalidad, Referencia: 8-97*. El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2001.
- » Sala de lo Constitucional, *Sentencia de Inconstitucionalidad, Referencia: 105-2014*. El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2015.
- » Sala de lo Penal, *Sentencia de Casación Penal, Referencia: 69-cas-2010*. El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2011.
- » Sala de lo Penal, *Sentencia de Casación Penal, Referencia: 194C2016*. El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2016.
- » Sala de lo Penal, *Sentencia de Casación Penal, Referencia: 441-CAS-2009*. El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2011.
- » Sala de lo Penal, *Sentencia de Casación Penal, Referencia: 100-C-2012*. El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2012.
- » Sala de lo Penal, *Sentencia de Casación Penal, Referencia: 162C2012*. El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2013.
- » Sala de lo Penal, *Sentencia de Casación Penal, Referencia: 655-CAS-2008*. El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2012.
- » Sala de lo Penal, *Sentencia de Casación Penal, Referencia: 571-CAS-2010*. El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2012.
- » Sala de lo Penal, *Sentencia de Casación Penal, Referencia: 194C2016*. El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2016.
- » Cámara Segunda de lo Penal de la Primera Sección del Centro, *Sentencia de Apelación, Referencia: 120-2016*. El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2016.
- » Cámara Segunda de lo Penal de la Primera Sección del Centro, *Sentencia de Apelación, Referencia: INC-88-11-7*. El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2011.
- » Sala de lo Penal, *Sentencia de Casación Penal, Referencia: 137C2018*. El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2018.
- » Sala de lo Penal, *Sentencia de Casación Penal, Referencia: 568-CAS-2007*. El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2009.
- » Sala de lo Penal, *Sentencia de Casación Penal, Referencia: 764-CAS-2009*. El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2013.
- » Sala de lo Penal, *Sentencia de Casación Penal, Referencia: 401C2016*. El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2017.

Jurisprudencia consultada

- » Sala de lo Constitucional, *Sentencia de Inconstitucionalidad, Referencia: 79-2011*. El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2014.
- » Sala de lo Constitucional, *Sentencia de Inconstitucionalidad, Referencia: 21-2020 Ac*. El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2020.

Antinomias del recurso de apelación en el proceso declarativo común civil de enriquecimiento sin justa causa de funcionarios y empleados públicos en El Salvador

Antinomy of the appeal in the common civil declarative process of enrichment without just cause of public officials and employees in El Salvador

Irvin Paolo Umanzor-Umanzor
(Corte Suprema de Justicia, El Salvador)
<https://orcid.org/0000-0001-8081-7093>



Recibido: 31-03-2022
Aceptado: 28-07-2022

ANTINOMIAS DEL RECURSO DE APELACIÓN EN EL PROCESO DECLARATIVO COMÚN CIVIL DE ENRIQUECIMIENTO SIN JUSTA CAUSA DE FUNCIONARIOS Y EMPLEADOS PÚBLICOS EN EL SALVADOR

Irvin Paolo Umanzor-Umanzor

RESUMEN

La Ley sobre Enriquecimiento Ilícito de Funcionarios y Empleados Públicos (LEIFEP) es la única que ha subsistido a tres constituciones, siendo catalogada hasta hoy como una ley preconstitucional. La LEIFEP con el paso del tiempo y su aplicación ha demostrado ser una normativa con algunas carencias desde lo administrativo y lo sancionatorio, extendiéndose hasta aspectos procesales, específicamente en lo relativo a los medios de impugnación. El artículo propone, a partir de lo dispuesto en los artículos 12 y 14 de la LEIFEP, analizar y describir si las reglas a las que remite la LEIFEP al proceso común generan inconsistencias sustanciales en el trámite de la apelación como único medio de impugnación, apoyado en una serie de resoluciones judiciales en las que se han descubierto antinomias o contradicciones normativas entre la LEIFEP y el Código de Procedimientos Civiles (CPrC) hoy Código Procesal Civil y Mercantil (CPCM), en lo concerniente a la impugnabilidad objetiva dentro del proceso judicial y la competencia funcional u objetiva para resolver de los recursos. Para comprender estas antinomias, se compara el articulado de las tres normativas citadas previamente, para concluir con base en la jurisprudencia, la LEIFEP y el CPCM, que para colmar los vacíos de la LEIFEP, en la antinomia de impugnabilidad objetiva no procede la heterointegración del CPCM, mientras que en la antinomia de la competencia funcional, si es procedente la heterointegración de la citada norma procesal, no obstante a que, a la luz de documentos históricos del legislador de 1959, se estableciera el órgano competente de resolverlo y su por qué, conclusiones que previsiblemente deben considerarse para la emisión de la nueva Ley de Enriquecimiento sin justa causa de Funcionarios y Empleados Públicos (LECAFE).

PALABRAS CLAVES: antinomia - recurso de apelación - proceso declarativo común civil - enriquecimiento sin justa causa - funcionarios y empleados públicos.

ANTINOMY OF THE APPEAL IN THE COMMON CIVIL DECLARATIVE PROCESS OF ENRICHMENT WITHOUT JUST CAUSE OF PUBLIC OFFICIALS AND EMPLOYEES IN EL SALVADOR

Irvin Paolo Umanzor-Umanzor

ABSTRACT

The Law on Illicit Enrichment of Public Officials and Employees (LEIFEP) is the only one that has survived three constitutions, being catalogued until today as a pre-constitutional law. With the passage of time and its application, LEIFEP has proven to be a regulation with some shortcomings from the administrative and punitive aspects, extending to procedural aspects, specifically in relation to the means of challenge. The article proposes, based on the provisions of Articles 12 and 14 of the LEIFEP, to analyze and describe whether the rules to which the LEIFEP refers to the common process generate substantial inconsistencies in the appeal process as the only means of challenge, supported by a series of judicial resolutions in which normative antinomies or contradictions have been discovered between the LEIFEP and the Code of Civil Procedures (CPrC), known today as Civil and Commercial Procedure Code (CPCM), regarding the objective contestability within the judicial process and functional competence or objective to resolve resources. To understand these antinomies, the articles of the three aforementioned regulations are compared, to conclude, based on the jurisprudence, the LEIFEP and the CPCM, that to fill the gaps of the LEIFEP, in the antinomy of objective impugnability, the heterointegration of the CPCM is not appropriate, while in the antinomy of functional competence, the heterointegration of the aforementioned procedural rule is appropriate, however, in light of historical documents of the legislator of 1959, the competent body to resolve it and why, conclusions that should foreseeably be considered for the issuance of the new Law on Enrichment without Just Cause of Public Officials and Employees (LECAFE).

KEYWORDS: antinomy - appeal - common civil declarative process - enrichment without just cause - public officials and employees.

Antinomias del recurso de apelación en el proceso declarativo común civil de enriquecimiento sin justa causa de funcionarios y empleados públicos en El Salvador

*En memoria de mi amada madre,
María Concepción Umanzor*

Irvin Paolo Umanzor-Umanzor¹

Introducción

Hace 63 años nació la Ley de Enriquecimiento Ilícito de Funcionarios y Empleados Públicos (LEIFEP) en El Salvador; dicha ley ha sido catalogada como una ley preconstitucional, siendo una ley tan longeva como incómoda en su aplicación. La misma sigue vigente bajo las mismas debilidades dogmáticas desde sus orígenes, la más notable de ellas, que no distingue claramente la figura que regula de lo *ilegítimo* con lo ilícito, generando una confusión indiscriminada entre enriquecimiento sin justa causa y enriquecimiento ilícito, ambos justiciables desde la vía civil y penal respectivamente. La LEIFEP contiene una serie de deficiencias a nivel del procedimiento administrativo que regula,

¹ Licenciado en Ciencias Jurídicas por la Universidad de El Salvador; Colaborador Técnico Jurídico de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador; autor de tesis de grado, artículo y ensayo sobre las temáticas de enriquecimiento sin justa causa, derecho de acceso a la información pública, probidad y derechos humanos. Primer lugar del Certamen Estudiantil de Investigación de 2019 organizado por la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la Universidad de El Salvador. Articulista de opinión sobre transparencia, probidad, corrupción y derechos humanos en La Prensa Gráfica.

así como el proceso judicial ante la Cámara Seccional de lo Civil competente, deficiencias extensibles al único medio de impugnación, específicamente la apelación de la sentencia definitiva, el cual por disposición literal de la LEIFEP debería conocer el Pleno de la Corte Suprema de Justicia.

Los artículos 12 y 14 de la LEIFEP establecen que tanto el juicio como la apelación se seguirán por los trámites del procedimiento común, lo anterior, considerando que por trámites del procedimiento común se entenderán aquellos que se encontraban vigentes al momento de la entrada en vigencia de la LEIFEP en 1959, los cuales eran determinados por el Código de Procedimientos Civiles de 1882 (CPrC), una ley que entró en vigencia en las postrimerías del siglo XIX, es decir, hace 140 años y que dejó de estar vigente en el año 2010, como efecto de la llegada del nuevo Código Procesal Civil y Mercantil (CPCM).

A partir de lo anterior, es claro que las reglas a las cuales hace remisión la LEIFEP con relación al medio de impugnación al que refiere su artículo 14 han cambiado, por lo tanto, cabe preguntarse ¿estas reglas a las cuales remite la LEIFEP en el proceso común generan inconsistencias sustanciales en el trámite de la apelación como único medio de impugnación dentro del proceso civil de enriquecimiento ilícito?

Para los efectos anteriores, se analiza y describe de forma general cómo las carencias y vacíos de la LEIFEP se extienden hasta el único medio de impugnación, para posteriormente realizar una comparativa entre la LEIFEP, el CPrC y el CPCM que permita comprender si la remisión a estas últimas normativas puede integrarse al desarrollo de la apelación en el proceso judicial que determina la LEIFEP, apoyado en una serie de resoluciones emitidas tanto por las Cámaras de lo Civil como del Pleno de la Corte Suprema en las cuales se han constatado en el trámite de apelación, antinomias o contradicciones entre las normativas antes citadas, relativas a la impugnabilidad objetiva y competencia funcional.

Finalmente, a la luz de cada una de las antinomias citadas, se contrastará las mismas con las disposiciones del legislador durante la discusión y aprobación de la LEIFEP en 1959, a fin de establecer consideraciones que sirvan para la emisión de la nueva Ley de Enriquecimiento Sin Causa de Funcionarios y Empleados Públicos (LECAFE) que releva a la LEIFEP después de más de 60 años.

I. LEIFEP: carencias de una ley preconstitucional

En mayo de 2022 se cumplieron 63 años de la entrada en vigencia de la Ley sobre Enriquecimiento Ilícito de Funcionarios y Empleados Públicos (LEIFEP),² considerada hasta estos días como una ley *preconstitucional*, sustentada en la *actio in rem verso* o acción de restitución de bienes adquiridos de forma *ilegítima* a costa de la Hacienda Pública o Municipal por funcionarios o empleados públicos, siendo esta una de las responsabilidades en las que incurrir los mismos de conformidad a la Constitución de El Salvador (Cn.).³

El distintivo de *pre constitucional* atribuido a la LEIFEP ha brindado dos características peculiares a esta, pues según palabras del magistrado propietario de la Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia (CSJ), Maestro Leonardo Ramírez Murcia, la primera de ellas, es que tal distintivo es algo que muy pocas leyes pueden tener, y no se sabe si habrá otra ley con el perfil de sobrevivir a tres Constituciones, aunque ello no implique que la misma se haya aplicado de forma patriótica y con celo profesional por parte de las diversas cortes supremas de justicia en el paso del tiempo; mientras que, la segunda “virtud” que hace aún más especial la LEIFEP, es que tal condición *preconstitucional*, ha permitido a esta dar el contenido esencial a la norma primaria cuando debería

2 D.L. 2833 del 24 de abril de 1959, publicado en el D.O. No. 87, Tomo 183, del 18 de mayo de 1959.

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

ser lo contrario.⁴

Desde la creación de esta ley *preconstitucional* en 1959, la probidad y la rendición de cuentas por parte de funcionarios y empleados públicos habían tenido poca o nula relevancia para la comunidad jurídica y para la sociedad en general, puesto que existieron muchos factores para que la ley no se aplicará conforme a lo que el constituyente estableció en el artículo 240 Cn., pues históricamente esta ley ha sufrido desconocimiento por su incomodidad en el combate de esta vertiente *sui generis* de la corrupción, así como otros factores, entre ellos, los acuerdos emitidos por el Pleno de la CSJ que limitaron por algún tiempo las facultades de investigación de la Sección de Probidad de la CSJ como órgano instructor en los casos de enriquecimiento sin justa causa.⁵

Si bien es cierto, que la LEIFEP tiene más de 60 años de vigencia, el trabajo de la Sección de Probidad de la CSJ antes de 2005, año en el que se le revocaron sus atribuciones de investigación, ha sido nulo, y puede con toda propiedad decirse que hasta ese entonces fueron 46 años en que tanto la LEIFEP como lo dispuesto en el artículo 240 Cn. fue letra muerta y la Sección de Probidad un archivo de declaraciones juradas de patrimonio.⁶

4 Msc. Leonardo Ramírez Murcia, “Breve comentario sobre el Reglamento para la tramitación de las diligencias de investigación y comprobación patrimonial de funcionarios y empleados públicos”. *Ley sobre el enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados públicos* | *Reglamento para la tramitación de las diligencias de investigación y comprobación patrimonial de funcionarios y empleados públicos y sus comentarios* (San Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2021), 40-41.

5 *Vid. Acta correspondiente a la sesión de Corte Plena del nueve de junio de dos mil cinco*, (San Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2005). Dicha acta fue requerida mediante solicitud de acceso a la información pública y proveído mediante resolución con referencia UAIP/675/RR/1624/2020(4) de fecha 17 de junio de 2020, y el autor pone a disposición del lector en el siguiente enlace: <https://drive.google.com/file/d/124YU1sDoXI-LhN727lr96mqTpVXyYfGX/view?usp=sharing>

6 *Vid. Irvin Paolo Umazor-Umazor, “Factores y causas que determinan las limitaciones al Derecho de Acceso a la Información Pública en los casos de probidad en El Salvador”, (Investigación inédita, 2022), 100.*

a. Deficiencias sustantivas y adjetivas

Como se dijo, la LEIFEP es de larga data, y ha sufrido algunas reformas en 1959, 1974 y 1992, y, pese a intentos fallidos por renovar su texto para que fuera apegado al texto del artículo 240 Cn.,⁷ la misma sigue vigente bajo las mismas debilidades dogmáticas desde sus orígenes, por ejemplo, que dicho cuerpo normativo no distingue claramente la figura que regula de lo *ilegítimo* con lo ilícito, generando una confusión indiscriminada entre enriquecimiento sin justa causa y enriquecimiento ilícito, ambos justiciables desde la vía civil y penal respectivamente.⁸

Asimismo, la LEIFEP posee ciertas debilidades que contribuyen a que no se cumplan los ideales tanto de la misma ley como de la Constitución, específicamente en lo relativo al combate a la corrupción, la rendición de cuentas y la promoción de la cultura de transparencia en el ejercicio de la función pública, ya que hasta inicios del año 2022, con relación a la potestad sancionadora, la CSJ imponía multas en colones que van desde los ₡ 100 hasta los ₡ 10,000.00 a aquellos funcionarios que no declaren en los términos del artículo 3 de la LEIFEP y a quienes en el contenido de sus declaraciones consignen información manifiestamente falsa,⁹ sanciones que, en definitiva, son alejadas de nuestra realidad y que hace asequible que cualquier funcionario o empleado público al que se le imponga pueda pagarla, creando en cierta medida un incentivo para poder incumplir con esta obligación, o en su defecto hacerlo de forma parcial o incompleta, lo que, junto a otros factores, conlleva a que en El Salvador existe

7 Vid. Sala de lo Constitucional, Sentencia en proceso de inconstitucionalidad, Referencia: 6-2016/2-2016 (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2018).

8 “Comentario a la Ley sobre el enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados públicos”. *Ley sobre el enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados públicos...*, 12. En palabras del Magistrado de la Sala de lo Constitucional, Msc. Carlos Ernesto Sánchez Escobar: “...según se ha expresado (...) hay fundamentos suficientes para entender que el juicio previsto en el artículo 240 en cuanto al enriquecimiento sin justa causa, es de carácter civil, por ello debe tenerse presente que el procedimiento previsto en el art. 9 LEIFEP implica un procesamiento estrictamente civil por la figura del enriquecimiento sin causa, conforme a una pretensión también de dicho carácter derivado de la figura del enriquecimiento sin justa causa (...) con la particularidad que se trata de funcionarios o empleados públicos que hayan afectado la Hacienda Pública o Municipal...”.

9 Vid. Artículo 19 LEIFEP.

un deficiente control del patrimonio de los servidores públicos, considerando por ejemplo que, en julio de 2019, se conocía que alrededor de nueve mil funcionarios no habían declarado su patrimonio ante la Sección de Probidad de la Corte Suprema de Justicia desde el año 2009.¹⁰

La misma LEIFEP, en la investigación del patrimonio de un funcionario público, dispone de un procedimiento administrativo y proceso judicial,¹¹ no obstante, se debe entender como uno solo.¹²

La LEIFEP en su cuerpo normativo contiene escuetas disposiciones relativas al procedimiento administrativo que ha de realizar la Sección de Probidad de la CSJ bajo las directrices de la Comisión de Ética y Probidad y las providencias que emane el pleno de magistrados de la misma en la tramitación de diligencias de investigación y comprobación patrimonial, las cuales son desarrolladas de una mejor manera por el reciente Reglamento para la Tramitación de Diligencias de Investigación y Comprobación Patrimonial de Funcionarios y Empleados Públicos (RTDICPFEP).¹³

10 Vid. Ricardo Flores, “Reportan 8,974 exfuncionarios sin declarar su patrimonio”, Noticias de El Salvador, La Prensa Gráfica, (18 de julio de 2019), <https://www.laprensagrafica.com/elsalvador/Reportan-8974-exfuncionarios-sin-declarar-su-patrimonio-20190717-0443.html>

11 Cámara Segunda de lo Civil de la Primera Sección del Centro de San Salvador, *Sentencia del Proceso Declarativo Común Civil de Enriquecimiento Ilícito de Funcionario*, Referencia: 1-PCEIF-16 (San Salvador: 2017). En su sentencia la referida Cámara expresó: “... existen dos tramites independientes entre sí: 1) el administrativo, en el que la Sección de Probidad realiza la investigación patrimonial de funcionarios, y la Corte Suprema de Justicia que advierte indicios de enriquecimiento sin causa; y, 2) el judicial, cuya finalidad es salvaguardar los derechos de audiencia y defensa de los funcionarios y empleados públicos...”.

12 Corte Suprema de Justicia en Pleno, *Resolución*, Referencia: 55-IPROB-2017, (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2019). En su resolución, el Pleno consideró: “(...) no es posible pretender fundarse en la mencionada posibilidad de dividir el proceso en cuestión en dos fases (administrativa y judicial) para buscar darle autonomía a cada una de ellas, pues hacerlo desnaturalizaría lo dispuesto por el constituyente. Al respecto debe tenerse claro que el proceso de enriquecimiento ilícito es uno solo de naturaleza jurisdiccional, de materia civil, definido por la Constitución y una ley especial (...)”.

13 Vid. Acuerdo N° 14-P, Reglamento para la tramitación de diligencias de investigación y comprobación patrimonial de funcionarios y empleados públicos (RTDICPFEP) (San Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2020). En su considerando II, el RTDICPFEP considera que la LEIFEP “...no contiene normativa que regule el procedimiento relativo a la resolución y sistematización que conlleve a la comprobación de la veracidad de las declaraciones juradas de patrimonio presentadas por los funcionarios o empleados públicos obligados...”.

Con relación al proceso judicial ante la Cámara Seccional con competencia en lo Civil del domicilio del demandado, también la LEIFEP contiene algunas disposiciones procesales a considerar tales como el plazo para incoar la acción judicial,¹⁴ la resolución que da apertura al proceso judicial,¹⁵ y algunas disposiciones que la Cámara juzgadora deberá tomar en cuenta sobre la sentencia que emita, ya sea absolutoria o condenatoria¹⁶ y su ejecución.¹⁷ Pero, de dicha sentencia, su contenido y aspectos fundamentales sobre la impugnabilidad de la misma, la LEIFEP no lo desarrolla de manera amplia y clara, lo que evidentemente dice mucho de la ambigüedad que históricamente ha tenido la LEIFEP sobre tal aspecto.

b. Deficiencias y vacíos con relación a medios de impugnación

Dicho lo anterior, es posible deducir que las deficiencias de LEIFEP, son trasladables a otros aspectos relacionados a la sentencia que haya de emitirse en estos casos. Sobre esta última, la LEIFEP es clara al establecer que, de la sentencia final dictada en el proceso judicial, solo se admitirá recurso de apelación ante la CSJ siguiéndole los trámites del procedimiento común,¹⁸ lo anterior, considerando que por trámites del procedimiento común se entenderán aquellos que se encontraban vigentes al momento de la entrada en vigencia de la LEIFEP, es decir, en 1959.

La LEIFEP aplicada al juzgamiento de esta versión *sui generis* de la corrupción, al ser una ley preconstitucional, establece no solamente que el medio de impugnación previsto en su texto se ventile mediante las reglas del procedimiento común, sino que además el proceso judicial como tal se regirá por

14 *Vid.* Artículo 11 LEIFEP. También, *Vid.* Artículo 23 del RTDPCFEP.

15 *Vid.* Artículo 12 LEIFEP.

16 *Vid.* Artículo 16, 20 LEIFEP.

17 *Vid.* Artículo 15 y 21 LEIFEP, los cuales disponen que la ejecución de la sentencia condenatoria corresponderá a la Cámara sentenciadora.

18 *Vid.* Artículo 14 LEIFEP.

las reglas del juicio ordinario,¹⁹ haciendo a través de su artículo 14 una especial remisión al Código de Procedimientos Civiles de 1882 (CPrC),²⁰ una ley que entró en vigencia en las postrimerías del siglo XIX, es decir, hace cuarenta años y que dejó de estar vigente en el año 2010, luego de la reforma Procesal Civil y Mercantil en El Salvador que trajo consigo el Código Procesal Civil y Mercantil (CPCM),²¹ constituyéndose en el derecho común de las jurisdicciones de familia, laboral, ambiental, contencioso administrativo, entre otras.²²

Considerando lo anterior, es claro que las reglas a las cuales hace remisión la LEIFEP con relación a los medios de impugnación han cambiado, por ello, cabe preguntarse si estas reglas a las cuales remite la LEIFEP en el proceso común generan inconsistencias sustanciales en el trámite de la apelación como único medio de impugnación en el desarrollo del proceso civil de enriquecimiento sin justa causa.

c. Un proceso judicial, un medio de impugnación

Como se dijo antes, en el proceso judicial de enriquecimiento sin justa causa de funcionarios y empleados públicos, que inicia posterior a la emisión de la resolución de declaratoria de indicios de enriquecimiento sin justa causa por parte del Pleno de la CSJ, posee un solo medio de impugnación, concretamente el recurso de apelación de la sentencia definitiva.

Sobre la exclusividad de la apelación como medio de impugnación, el Pleno de la CSJ en resolución sobre la pretensión de las partes técnicas en un caso concreto de acceder a otros recursos como la casación, advirtió la no existencia de tal recurso en la LEIFEP, ya que, al considerar por parte de dicho Pleno un nuevo medio de impugnación, tal decisión crearía un efecto extensivo a otros

19 *Vid.* Artículo 12 LEIFEP.

20 Código de Procedimientos Civiles (El Salvador: Ministerio de Justicia, 1982).

21 Código Procesal Civil y Mercantil (El Salvador: Asamblea Legislativa, 2008).

22 Para profundizar sobre la reforma procesal civil y mercantil en El Salvador, *Vid.* René Alfonso Padilla y Velasco, “Diez años de reforma procesal civil y mercantil en El Salvador”, *Revista Derecho*, No.5, (2021), 39-50.

procesos donde existe de igual manera una única vía para recurrir, generando un precedente para la CSJ que eventualmente afectaría de forma grave al principio de seguridad jurídica que rige al Estado y particularmente al Órgano Judicial, ya que no existiría claridad sobre la impugnabilidad objetiva de las resoluciones judiciales, siendo objeto de discrecionalidad de los juzgadores.²³

Para reforzar su criterio resolutivo, la CSJ tajantemente consideró:

*“(...) esta Corte no puede hacer las veces del Legislativo y reconocer, más allá de lo que la ley ya lo hizo, un medio impugnativo. (...) tampoco está habilitada para asumir competencias que no le han sido atribuidas constitucional ni legalmente, como la de conocer de un recurso de casación en materia de enriquecimiento ilícito de funcionarios. (...) esta Corte concluye que los procesos de enriquecimiento ilícito finalizan con la sentencia definitiva y que esta solo es recurrible a través de la apelación”.*²⁴

Del criterio anterior, es necesario recalcar que la misma Corte concluye que los procesos de enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados públicos finalizan con la sentencia definitiva, lo cual no se debe inadvertir. Asimismo, entendiendo que en los procesos de enriquecimiento sin justa causa de funcionarios y empleados públicos existe un solo medio de impugnación, es decir, la apelación de la sentencia definitiva, es necesario considerar de forma somera, algunas nociones básicas y fundamentales de dicho recurso como medio de impugnación.

23 Vid. Resolución de improcedencia de recurso de casación, Referencia: 3-C-2017 (San Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2018).

24 Ibid.

II. Someras nociones del recurso de apelación en el Derecho Procesal Civil

Para el destacado procesalista Eduardo J. Couture, un *recurso* es, literalmente, regreso al punto de partida. Es correr de nuevo, el camino ya hecho. Jurídicamente la palabra denota tanto el recorrido que se hace nuevamente mediante otra instancia, como el medio de impugnación por virtud del cual se recorre el proceso.²⁵

Asimismo, la *apelación o alzada*, se entiende como el recurso concedido a un litigante que ha sufrido agravio por la sentencia del juez inferior, para reclamar de ella y obtener su revocación por el juez superior.²⁶ Este recurso, se considera como una protesta, ya que proviene de un impulso instintivo de desobediencia de parte del perdedor, y se erige en el derecho procesal por un instrumento técnico que recoge esa misma protesta, donde el alzarse por sublevarse se sustituye por la alzada por apelar, y aquí, la justicia por mano propia se reemplaza por la justicia de un mayor juez.²⁷

La protesta concretada por la alzada por apelar tiene por *objeto*, como se ha dicho, la operación de revisión a que queda sometida la sentencia recurrida.²⁸

Por otro lado, interpuesto el recurso de apelación, este tiene efectos de los cuales se produce la inmediata sumisión del asunto al juez superior (*efecto devolutivo*). Pero en la previsión natural de que la nueva sentencia pudiera ser revocatoria de la anterior, normalmente se suspenden los efectos de la sentencia recurrida (*efecto suspensivo*).²⁹

25 Eduardo J. Couture, *Fundamentos de Derecho Procesal Civil*, 3ª ed. (Buenos Aires: Depalma, 1958), 340.

26 *Ibid*, 351.

27 *Ibid*, 353.

28 *Ibid*, 354. De hecho, el autor en su obra afirma: “Pero aceptado que el objeto de la apelación es la revisión de la sentencia de primera instancia, surge la duda de saber cuál es el objeto exacto de esa revisión: si lo es la instancia anterior en su integridad o si lo es la sentencia misma”.

29 *Ibid*, 352.

Si bien es cierto, este artículo no pretende describir detalladamente la vastedad de características dadas por la teoría al recurso de apelación como medio de impugnación, las antes expuestas son las necesarias para explicar y comprender las particularidades del recurso aplicado a la LEIFEP.

III. Antinomia sobre la impugnabilidad objetiva: LEIFEP vs CPCM

El artículo 12 de la LEIFEP establece en su inciso tercero: *“El juicio se seguirá por todos los trámites que el Código de Procedimientos Civiles determina para el juicio ordinario, con la única modificación de que en lugar de traslados se darán audiencias”*.

Por su parte, el artículo 14 del mismo cuerpo normativo establece: *“Se admitirá apelación para ante la Corte Suprema de Justicia, siguiéndose los trámites del procedimiento común, solamente de la sentencia definitiva”*.³⁰

Las citadas disposiciones remiten a los trámites que disponía el antiguo CprC. para el juicio ordinario, ahora proceso declarativo común, según el CPCM. En dicho cuerpo legal, se establecía en su artículo 984: *“La ley concede apelación en ambos efectos, salvo las excepciones (...) de toda sentencia definitiva o interlocutoria con fuerza de definitiva pronunciada en juicio ordinario (...)”*. También, el inciso 3° del mismo artículo mencionaba que: *“También se concede apelación en ambos efectos, salvo casos exceptuados (...) de las resoluciones que pongan término a cualquier clase de juicios, haciendo imposible su continuación (...)”*. Además, el artículo 985 del mismo cuerpo normativo enumeraba todas las resoluciones con efecto devolutivo.³¹

Partiendo de lo anterior, es evidente que el CprC hacía referencia a la *sentencia definitiva* y la *interlocutoria con fuerza de definitiva* como resoluciones

30 Nótese que el legislador en la LEIFEP establece en dicho artículo la apelación sólo con efecto devolutivo, es decir, la inmediata sumisión al juez superior.

31 Específicamente el ordinal 16° de dicho artículo establecía que el CprC. concede apelación: *“De todas las demás sentencias en que la ley admite expresamente la apelación sólo en el efecto devolutivo”*.

apelables; asimismo, en su contenido definía a la *sentencia* de forma genérica,³² dividiéndola en *interlocutoria* y *definitiva*,³³ delimitando además lo que debía entenderse por *interlocutoria* con fuerza de *definitiva*.³⁴

Por su parte, el CPCM – ley actualmente vigente - establece una clasificación de las resoluciones judiciales, es decir, decretos, autos y sentencias, haciendo una especial distinción entre estas últimas dos.³⁵

Si se hace una comparación entre las dos normas, tanto el CPrC y el CPCM establecen que la *sentencia* es aquella relacionada a la resolución del asunto principal o el fondo del proceso respectivamente, mientras que las *sentencias interlocutorias* también denominadas por el CPrC como *autos*, el CPCM los clasifica en *simples* o *definitivos*, siendo estos últimos *autos definitivos*, el equivalente a las *interlocutorias con fuerza de definitiva*, las cuales, como se ha explicado, a la luz de ambas normativas son apelables en uno o ambos efectos.

Hecha la distinción entre *sentencias definitivas*, *interlocutorias con fuerza de definitiva* y *autos definitivos*, es conveniente hacer ver que, según la terminología del CPrC, *sentencia definitiva* no es igual a *interlocutoria con fuerza de definitiva* o a su equivalente según el CPCM – *autos definitivos*-, ya que tanto el CPrC y el CPCM, hacen una distinción entre los autos o interlocutorias, con o sin fuerza de definitivas, respecto de las sentencias definitivas.

32 Art. 417.- *Sentencia es la decisión del Juez sobre la causa que ante él se controvierte. Es interlocutoria o definitiva.*

33 Art. 418.- *Sentencia interlocutoria es la que se da sobre algún artículo o incidente. Definitiva es aquella en que el Juez, concluido el proceso, resuelve el asunto principal, condenando o absolviendo al demandado. Las sentencias interlocutorias se llaman también autos.*

34 Art. 984 inc. 2°. - *“Se llaman interlocutorias con fuerza de definitivas las sentencias que producen daño irreparable o de difícil reparación por la definitiva”.*

35 Art. 212.- *Las resoluciones judiciales pueden ser decretos, autos y sentencias. Los decretos tienen por objeto el impulso y ordenación material del proceso. Los autos son simples o definitivos. Simples, si se dictaren, entre otros propósitos, para resolver incidentes, acordar medidas cautelares, definir cuestiones accesorias o resolver nulidades; definitivos, si le ponen fin al proceso, haciendo imposible su continuación en la instancia o por vía de recurso, o si así lo determina este código. Las sentencias deciden el fondo del proceso en cualquier instancia o recurso.*

Si retomamos el artículo 14 de la LEIFEP, es evidente que cuando el citado artículo establece que se interpondrá apelación de la *sentencia definitiva*, no se refiere a cualquier sentencia, sino a aquella que concluye el proceso, decide el fondo y pone fin a la instancia, y es de esta sentencia que, por ministerio de ley, se podrá interponer recurso de apelación.

No obstante a lo anterior, tal circunstancia derivada del citado artículo de la LEIFEP conlleva a que, en la tramitación de la etapa judicial, existan casos en los cuales las partes técnicas intentan impugnar resoluciones emitidas dentro del proceso declarativo común, pero que no están contempladas en la LEIFEP,³⁶ es decir, resoluciones distintas a la sentencia definitiva, generando una antinomia, es decir, una contradicción entre los preceptos del CPCM y la LEIFEP, ya que si bien el proceso judicial de enriquecimiento sin justa causa de funcionarios y empleados públicos, a la luz de la LEIFEP, se realizará por todos los trámites del CPRC que determina para el juicio ordinario o su equivalente para el proceso común del CPCM, dichos trámites no se extienden a los medios de impugnación.

De lo anterior se tiene claramente que la LEIFEP dispone la apelación como único medio de impugnación, y la sentencia definitiva, es decir, aquella que resuelve el fondo del asunto, la única resolución susceptible de ser impugnada.

Los precedentes en los que se ha advertido tal antinomia entre la LEIFEP y el CPCM han dado cabida, por ejemplo, a la interposición del recurso de apelación sobre otras resoluciones distintas a la sentencia definitiva, donde las partes técnicas tuvieron que fundamentarse en diversos aspectos como el derecho a los recursos, lo dispuesto en tratados internacionales, la integración del derecho mediante la heterointegración normativa, incluso, la aplicación directa de la Constitución, por considerar en definitiva la necesidad de la

36 Vid. Sala de lo Civil, *Resolución de improcedencia de recurso de apelación*, Referencia: 13-APC-2016 (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2017). En la parte expositiva de esta resolución se establece que las partes técnicas pretendían impugnar el auto que declaraba improponible la demanda.

configuración de un recurso que permita la revisión por un tribunal superior en grado, de autos definitivos que causan agravios a las partes.³⁷

La anterior postura es respaldada por algunos magistrados de la CSJ ya que, bajo los mismos argumentos, agregan que si bien el derecho a recurrir o acceso a los medios impugnativos no está expresamente en la Constitución, el mismo es protegible por ser un derecho de configuración legal, el cual debe respetar los principios, derechos y valores constitucionales, pues según su criterio, una limitación al derecho de acceso a los recursos, sin justificación suficiente o desproporcionada, es contraria a la Constitución y así debe ser declarada por los jueces, por los medios que la misma confiere en sus artículos 172 inc. 3º, 185 y 249.³⁸

La crítica anterior se fundamenta en la supeditación del legislador a la Constitución y su facultad de legislar, la cual no es absoluta, pues no es posible que una resolución judicial de tal naturaleza, como lo es el auto definitivo que declara improponible la demanda, no pueda ser revisada por nadie más y quede como una resolución absoluta e inamovible, sin oportunidad de recurrir, pues se debe entender que la norma secundaria se debe interpretar conforme a la Constitución, sean *pre* o *post* constitucionales, llegando al punto de sugerirse la inaplicabilidad del artículo 14 LEIFEP por las partes apelantes, o en su defecto la derogación de parte del contenido de su texto según algunos magistrados de la CSJ.³⁹

37 *Ibid.*

38 *Vid.* Voto razonado Magistrada Sandra Luz Chicas en *Resolución de improcedencia de recurso de apelación*, Referencia: 13-APC-2016 (El Salvador, Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia, 2017).

39 *Ibid.* De hecho, en su voto razonado, la magistrada Chicas sugiere la aplicación del artículo 186 Cn., que faculta a los jueces para inaplicar una ley cuando sea contraria a un precepto constitucional, pues en su criterio "...el artículo 14 LEIFEP en la parte final cuando dice '**solamente**' es inconstitucional puesto que no armoniza ni se ajusta con la Constitución, al impedir de forma tajante que se pueda recurrir ante un tribunal de alzada del auto definitivo, a pesar de ser una decisión judicial que le pone fin al proceso y resuelve el fondo de la controversia, no posibilitando que la resolución sea recurrible ante un tribunal de alzada. (...) considero que al estar derogada esa palabra '**solamente**' del artículo 14 parte final LEIFEP, no hay necesidad de declarar la inaplicabilidad solicitada por la parte apelante, pues la referida ley no es una norma postconstitucional sino preconstitucional, por lo que con la vigencia de nuestra Constitución quedan derogadas todas aquellas disposiciones que la contraríen y

La Sala de lo Civil de la CSJ, consciente de la problemática generada por la antinomia entre la LEIFEP y el CPCM, consideró resolver la misma con base en la especialidad de la materia, tanto en lo sustantivo como en lo procesal, puesto que existe una clara voluntad legislativa que no constituye laguna legal, sino una mera potestad legislativa que determina qué recursos aplican para un procedimiento legal, y respecto de esta ley, el legislador consideró clara, expresa y únicamente el recurso de apelación de la sentencia definitiva, por lo que se evidencia que este separó el trámite del procedimiento común del procedimiento en materia de recursos, aunque en el primero se previeron otros recursos, no pudiendo ningún tribunal ni aún bajo la modalidad de heterointegración de las normas, crear otras resoluciones apelables no previstas por el legislador, ya que, como se dijo, la previsión legal ha sido reservar apelación para la sentencia definitiva.⁴⁰

Para contrastar tal circunstancia, el autor acudió a documentos históricos en los cuales, efectivamente, en sesión plenaria del 24 de abril de 1959, los legisladores de la Asamblea Legislativa, en la aprobación de dicho artículo, consideraron:

“(…) si la ley va a establecer únicamente dentro de todo el procedimiento el recurso de apelación o si va a establecer otro recurso y este artículo está diciendo es que sólo serán apelables las sentencias definitivas y no las interlocutorias. (...) ¿Cuántas sentencias van a recaer? Dos. ¿Se va a apelar la sentencia apelada? No se puede. Una de esas sentencias se va a apelar y ese es el único recurso que se va a admitir y, es más, no se va a admitir apelación de las sentencias interlocutorias. (...) para

los jueces estamos obligados a interpretar las normas conforme a ella”.

40 Vid. Sala de lo Civil, *Resolución de improcedencia de recurso de apelación*, Referencia: 13-APC-2016 (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2017). En su resolución la Sala considera: “... la remisión de la ley especial a la norma general, tal como lo dispone el artículo 12 inc. 3° LEIFEP, es únicamente para efectos de seguir los trámites del ‘proceso declarativo común’ (...) pero no en cuanto a la regulación de carácter específica y exclusiva sobre la materia recursiva contenida en el artículo 14 LEIFEP. (...) Esta Sala Considera que la antinomia sobre impugnabilidad objetiva del auto definitivo se resuelve con la especialidad de la materia ya que la remisión de la LEIFEP a los trámites del proceso declarativo común regulados por el CPCM, no aprovecha la impugnabilidad objetiva regulada en el artículo 277 CPCM.”.

*mayor claridad del artículo debe decirse la sentencia definitiva y no las sentencias, porque en realidad en un juicio se pronuncia una sola sentencia definitiva, no varias sentencias”.*⁴¹

Conforme a lo anterior, se evidencia que, históricamente, la LEIFEP no aprovechó la impugnabilidad objetiva que establecía el CprC para las sentencias interlocutorias definitivas, ni la establecida por el CPCM en su artículo 277 para los autos con fuerza de definitiva.

En un criterio personal, se considera que la razón por la cual históricamente la LEIFEP no ha aprovechado la impugnabilidad objetiva de otras resoluciones distintas a la sentencia definitiva, es por la existencia de la presunción legal *iuris tantum*⁴² establecida en la Constitución y la LEIFEP,⁴³ la cual nace desde que se emite la resolución de declaratoria de indicios de enriquecimiento sin justa causa por parte del Pleno de la CSJ, la cual no es absoluta sino relativa, ya que esta subsiste hasta no comprobarse lo contrario mediante un proceso judicial cuya finalidad es la restitución, con todas las garantías que corresponden, para que el presunto enriquecido justifique el excedente patrimonial del cual se desconoce su procedencia, ya que el carácter *iuris tantum* de dicha presunción permite que sea el funcionario o empleado el

41 Cf. Versión taquigráfica que contiene el acta de sesión plenaria de discusión y aprobación del proyecto de Ley de enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados públicos (San Salvador, Asamblea Legislativa de El Salvador, 1959). Dicho documento fue requerido a la Unidad de Acceso a la Información Pública quien proveyó en resolución administrativa UAIP-AI-6772-2020-(EC) de fecha 22-XII-2020; dicha discusión, el autor la pone a disposición del lector en el siguiente enlace: <https://drive.google.com/file/d/1cLeclwhBgySgwDIATXK0ZLhYB3kjqbV/view?usp=sharing>

42 Vid. *Sentencia pronunciada en el Proceso Declarativo Común de enriquecimiento sin causa*, Referencia: 2-PDCEIF-2016, (El Salvador: Cámara Primera de lo Civil de la Primera Sección del Centro, 2018). Manifiesta la referida Cámara que: “...esta presunción es la que nace del propio derecho positivo, Es una afirmación que deviene de la ley y que admite prueba en contrario. Surte efectos mientras no se demuestre su falsedad o inexactitud, por cuanto la consecuencia contenida en la norma es provisional”.

43 Vid. Artículo 240 Cn., y relaciónese con el artículo 7 LEIFEP.

que asuma la carga de la prueba,⁴⁴ por lo que eventualmente dicha presunción debe destruirse si y solo sí, mediante una sentencia definitiva absolutoria, o en su defecto, confirmarse con una sentencia definitiva condenatoria de obligación de restitución, la cual efectivamente puede ser objeto de impugnabilidad.

Además, se considera que, si bien es cierto que la LEIFEP históricamente no ha aprovechado la impugnabilidad objetiva de otras resoluciones distintas a la sentencia definitiva, en el proceso judicial, a la luz de la presunción constitucional y legal de enriquecimiento sin justa causa, no deberían darse resoluciones que pongan fin de forma anticipada al proceso, como es el caso de la resolución que declara improponible la demanda, puesto que, como se dijo antes, dicha presunción subsiste mientras no se demuestre lo contrario y sea así declarada por una sentencia definitiva; lo anterior en el entendido que, como se ha dicho en otros pasajes, tanto su etapa prejudicial ante la Sección de Probidad de la CSJ y la etapa judicial ante la Cámara de lo Civil, es uno solo.⁴⁵

Finalmente, y considerando todo lo anterior, es necesario hacer ver que si bien la LEIFEP establece que tanto el juicio como la apelación se tramitará según las disposiciones del CPrC – hoy CPCM-, en la práctica la antinomia descrita obliga a que sea el CPCM el que se adapte a la LEIFEP en atención a la especialidad de esta última, lo cual sin duda alguna se convierte en una especial particularidad, puesto que debería de ser lo contrario.

44 Cf. *Sentencia pronunciada en el Proceso Declarativo Común de enriquecimiento sin causa*, Referencia: 1-PDCEIF-2016, (El Salvador: Cámara Segunda de lo Civil de la Primera Sección del Centro, 2017). La referida Cámara manifiesta que en esta figura *sui generis*: “... se establece la presunción legal de enriquecimiento sin causa en contra de los funcionarios, por lo que la carga de la prueba se revierte. No será el demandante el obligado a probar la culpabilidad, sino que será éste quien deberá aportar todos los medios probatorios necesarios para justificar el origen de la adquisición de los bienes señalados...”.

45 Para ampliar el conocimiento sobre la presunción constitucional y legal de enriquecimiento sin justa causa, *Vid.* Irvin Paolo Umanzor-Umanzor, Luis Edgardo Machado Castro y Lisandro Sigfredo Ortiz Márquez, “El enriquecimiento sin justa causa de los funcionarios y empleados públicos y la obligación de restitución en el juicio civil por enriquecimiento ilícito en funcionarios y empleados públicos que no tienen administración y manejo de bienes públicos”, (tesis de grado, Universidad de El Salvador, 2019). <http://ri.ues.edu.sv/id/eprint/21844/1/%E2%80%9CEL%20ENRIQUECIMIENTO%20SIN%20JUSTA%20CAUSA%20DE%20LOS%20FUNCIONARIOS.pdf>

IV. Antinomia sobre la competencia objetiva o funcional: LEIFEP vs CPCM

Por otro lado, la ambigüedad del artículo 14 de la LEIFEP se extiende a la competencia, pues su texto establece que se admitirá el único recurso, es decir, la apelación, para ante la CSJ.

Si se sigue el tenor literal del artículo 14 LEIFEP, la Cámara de lo Civil del domicilio del demandado que conoció en primera instancia debe remitirse a la CSJ, para que sea esta la competente de resolver dicho recurso. Sin embargo, el primer precedente de interposición de apelación ante la Sala de lo Civil en estos casos, derivó en la resolución donde se declara la incompetencia objetiva o funcional por parte de dicha Sala, de conformidad con lo establecido en el artículo 45 CPCM y artículos 12 y 14 LEIFEP.⁴⁶

Asimismo, la citada declaratoria por parte de la Sala de lo Civil derivó en la remisión de las actuaciones al Pleno de la CSJ para que sea este, de conformidad al artículo 14 LEIFEP, el que conociera del recurso, no obstante, el Pleno, en su resolución, acusó a la Sala de lo Civil de incurrir en una serie de violaciones,⁴⁷ pues en su criterio, dicha Sala interpretó errónea y aisladamente el citado artículo de la LEIFEP, pues desde el año de 1953, es decir, 6 años antes de promulgarse la LEIFEP, la Ley Orgánica del Poder Judicial, denominada así en aquel entonces, establecía en su texto que la Sala de lo Civil conocería del recurso de casación, y en apelación de las sentencias de la Cámara de lo Civil

46 Sala de lo Civil, *Auto definitivo de fecha 05-XII-16 en Recurso de Apelación Civil con Referencia: 13-APC-2016* (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2016).

47 *Vid. Resolución sobre recurso de apelación Referencia: 1-2016* (San Salvador: Corte Suprema de Justicia en Pleno, 2016). En dicha resolución el Pleno de la CSJ sobre las actuaciones de la Sala de lo Civil al declararse incompetente de conocer del recurso de apelación que establece la LEIFEP, manifestó: "...al declararse incompetente y remitir los autos a Corte Plena (...), no solo no tomó en cuenta los criterios para depurar el conflicto normativo que se planteó, sino que incurrió en una violación a los derechos a recurrir (art.2 y 11 Cn.) y a un juez ordinario predeterminado por la ley (art.15 Cn.). (...) la Sala de lo Civil al emitir dicho auto elude la competencia funcional que se le atribuye y provoca una vulneración al Juez Ordinario predeterminado por la ley (...) ya que impide la posibilidad de que exista una Segunda Instancia en la que se tramiten los recursos de apelación suscitados con ocasión de un juicio civil de enriquecimiento ilícito".

de la Primera Sección del Centro, pronunciadas en los asuntos que conozca en primera instancia.⁴⁸

La particular antinomia de la competencia funcional en la interposición del recurso de apelación, en estos casos, nace cuando la CSJ acude a la heterointegración del artículo 12 LEIFEP, al considerar que este hace una llamada al derecho supletorio – que hasta a junio de 2010 lo constituía el CprC –, por lo cual, a partir de los artículos 20 y 28 del CPCM, se aplica de forma supletoria a la LEIFEP, la competencia de la Sala de lo Civil de la CSJ para conocer del recurso de apelación.⁴⁹

Llegados a este punto, la antinomia es evidente puesto que, por un lado, la LEIFEP configura como competente de resolver el recurso de apelación al Pleno de la CSJ, por otro, el mismo Pleno establece que, según la supletoriedad del CPCM y la Ley Orgánica Judicial,⁵⁰ es la Sala de lo Civil la que debe resolverlo.⁵¹

A partir de lo anterior, es necesario acudir al pensamiento del legislador de 1959; consta en el acta de sesión plenaria donde se discute y aprueba la LEIFEP que la competencia atribuida a la CSJ tuvo su por qué, ya que el legislador no pensó únicamente en el funcionario público como parte apelante, sino que previó que los bienes a restituir por parte de este al Estado podrían ser reclamados por un tercero mediante un recurso de amparo ante la Sala

48 *Ibid.* Actualmente bajo la Ley Orgánica Judicial, D.L. N° 123 de fecha 06/VI/1984, en su artículo 54 mantiene la competencia de la Sala de lo Civil, siendo su última reforma mediante D. L. N° 134 de fecha 14/IX/1994 publicada mediante D. O. N° 173, Tomo 324 de fecha 20/IX/1994; en dicha reforma únicamente se incluye el conocimiento por parte de dicha Sala, de los recursos de casación en materia de familia.

49 *Ibid.* Sobre tal circunstancia, el Pleno de la CSJ consideró que: “ (...) integrando tanto el art. 12 de la referida ley con el artículo 20 del CPCM vigente se colige que este último cuerpo normativo se erige como derecho supletorio ante el vacío en la Ley de Enriquecimiento Ilícito”.

50 *Vid.* Artículo 54 de la Ley Orgánica Judicial y relaciónese con el artículo 28 ordinal 3° del CPCM.

51 *Ibid.* En su resolución el Pleno manifiesta: “(...) al realizar una heterointegración de la norma procesal, es decir colmar una laguna normativa acudiendo a una fuente distinta dentro del mismo ordenamiento el art.14 (...) habrá de entenderse que se refiere a la Sala de lo Civil, tribunal al que funcionalmente le corresponde conocer de los recursos de apelación cuando han conocido en primera instancia las Cámaras correspondientes, siguiendo para ello las normas procedimentales previstas en dicha ley procesal, en lo que sea pertinente”.

de Amparos – denominada así en aquel entonces-, y en la discusión de dicho artículo el legislador manifestó:

“... así como se le debe rodear de garantías y decididamente rodea de garantías a la Ley de Amparo, así la Corte, cuando esta conoce, así también debe rodearla de garantías en el pronunciamiento de una sentencia definitiva cómo es esa, no se puede desampararlos en un caso y ampararlos en otro. (...) el individuo que es objeto del juicio ha tenido una serie de recursos de defensa hasta llegar a la apelación, en cambio, la tercera persona que ha pedido el amparo tiene solamente ese derecho de defensa, el amparo ante la Corte Suprema de Justicia. (...) será obligación nuestra legislativa, rodear de mayores garantías este amparo, puesto que va a ser la única defensa que va a tener un tercero que no es objeto del juicio, mientras que el otro ya tuvo el derecho de defensa y de protección a través de todo un juicio seguido según nuestro Código de Procedimientos.”⁵²

El anterior análisis del legislador de 1959 se sustentó, además, en lo dispuesto por la Ley de amparo, vigente en aquel entonces, que otorgaba a la CSJ el conocimiento de estos, por ello, consideró que fuera el Pleno el competente para conocer de la apelación y del eventual amparo, no solamente porque la citada ley y la Constitución de 1950 en su artículo 89 ordinal 1° atribuía la competencia del recurso de amparo a la CSJ,⁵³ sino por revestir de efectividad la decisión que habría de emitirse cuando se suscitara tal circunstancia.⁵⁴

52 Cf. Versión taquigráfica que contiene el acta de sesión plenaria de discusión y aprobación del proyecto de Ley de enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados públicos (San Salvador, Asamblea Legislativa de El Salvador, 1959).

53 De hecho el artículo 182 ordinal 1° de la actual Constitución de la República de 1983 establece que una de las atribuciones de la Corte Suprema de Justicia es conocer de los amparos; por otro lado, el artículo 174 de la misma Constitución menciona que la Corte Suprema de Justicia tendrá una Sala de lo Constitucional, a la cual corresponderá conocer y resolver los procesos de amparo; y finalmente, el artículo 247 del mismo cuerpo menciona que toda persona puede pedir amparo ante la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, por lo cual, siguiendo una interpretación literal, tanto la Corte Suprema de Justicia, como la Sala de lo Constitucional tienen la atribución de conocer de los amparos.

54 Cf. Versión taquigráfica que contiene el acta de sesión plenaria de discusión y aprobación del proyecto de Ley de enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados públicos (San Salvador, Asamblea Legislativa de El Salvador, 1959). Agregó en la discusión el legislador: “... la Ley de amparo dice en su art. 1, que “La Corte Suprema de Justicia es el tribunal competente para conocer

Asimismo, se evidencia que el legislador, en su discusión y análisis, consideró “el peso” o eficacia de la resolución en atención a la cantidad de magistrados que la emitieran, por lo cual se entiende que la voluntad legislativa fue que conocieran todos los magistrados y, en atención a ello, manifestó:

*“... Para que no haya duda sobre el fallo que se pronuncie y para rodear de mayores garantías al acusado es que hemos considerado necesario que sea la Corte Suprema de Justicia la que conozca en su totalidad (...) aunque tengan que conocer todos los magistrados de la Corte. Es indudable que un fallo pronunciado por una Corte tiene mayor fuerza, tiene mayor envergadura jurídica, tiene mayor sentido de justicia que el pronunciado por tres de sus componentes, por una Sala de lo Civil. (...) en vista de que la Corte tendría que decidir sobre dos cosas como he dicho distintas, una sobre el derecho de un tercero y la otra, única y exclusivamente sobre si el funcionario se ha enriquecido o no con justa causa, me inclino a que sea la Corte Suprema de Justicia la que conozca en la apelación”.*⁵⁵

Visto lo anterior, pueden considerarse tres aspectos fundamentales respecto de la competencia funcional del recurso de apelación:

1. En la antinomia sobre competencia objetiva o funcional para el conocimiento del recurso de apelación en los casos de enriquecimiento sin justa causa, a diferencia de la antinomia sobre la impugnabilidad objetiva, si es aplicable la heterointegración de la norma a efectos de colmar el vacío de la LEIFEP.
2. Por voluntad del legislador, el Pleno de la CSJ debería conocer del recurso de apelación en atención al eventual recurso de amparo interpuesto por un tercero.

del recurso de amparo que establece el artículo 222 de la Constitución”, y no creo que la Corte se va a poner en situaciones ambiguas. Ella conoce de las dos situaciones y entonces, ella tiene que dictar el fallo que más se ajuste a los juicios (...) o a lo verdadero, no es la Sala de Amparo la que conoce en forma global, y por eso nosotros insistimos que por no haber incongruencia en este punto, que sea la Corte Suprema la que conozca en la totalidad del asunto, así como conoce del recurso de amparo, así que conozca en su totalidad de un fallo pronunciado por la Cámara de lo Civil, en un asunto de tanta importancia y trascendencia como este”.

55 *Ibíd.*

3. Por voluntad del legislador, la totalidad del Pleno de la CSJ debería conocer del recurso de apelación a efectos de revestir de efectividad la resolución frente al funcionario o empleado público y un tercero.

Se considera que el legislador de 1959 fue previsor al considerar que los bienes susceptibles de ser restituidos al Estado podrían en algún momento ser objeto de gravámenes a favor de los acreedores del presunto enriquecido, por lo cual consideró la tutela de sus derechos.⁵⁶ Asimismo, se justifica hasta cierto punto que el legislador considerara que el Pleno de la CSJ podía conocer tanto del amparo como de la apelación, ya que la Constitución de 1950 no establecía en ninguno de sus artículos la prohibición que sí considera la Constitución de 1983 en su artículo 16, es decir, que un mismo juez no puede serlo en diversas instancias en una misma causa, lo anterior, considerando que un magistrado de la Sala de Amparos – hoy Sala de lo Constitucional- eventualmente conocerá del recurso de apelación en el Pleno, y además que históricamente desde la creación de la LEIFEP, los magistrados que conforman el Pleno de la CSJ también emiten la resolución que declara indicios de enriquecimiento por parte de un funcionario o empleado público, una situación que en definitiva es objeto de un análisis extensivo y separado de lo que en estas líneas pretende darse a conocer.

V. LECAFE: hacia una nueva ley de enriquecimiento sin justa causa

No hace falta mencionar que la LEIFEP ha cumplido un ciclo para la realidad jurídica de nuestro país. La LEIFEP por mucho tiempo fue una ley que, por su incomodidad, fue objeto de desconocimiento y de poca o nula aplicación, muchas veces por voluntad política a fin de no afectar intereses particulares.

⁵⁶ A guisa de ejemplo sobre actuaciones de terceros en procesos judiciales de enriquecimiento sin justa causa de funcionarios y empleados públicos, *Vid.* Cámara Segunda de lo Civil de la Primera Sección del Centro de San Salvador, *Sentencia del Proceso Declarativo Común Civil de Enriquecimiento Ilícito de Funcionario*, Referencia: 2-PCEIF-15 (San Salvador: 2016). En dicha resolución se constata la actuación del Banco Hipotecario como tercero acreedor del señor Leonel Antonio Flores Sosa quien fungió como Director General del ISSS.

En la actualidad, El Salvador es un país que se ha sumado al apogeo de la era de la información, en la cual, la sociedad consume y genera información de toda índole, incluida información política y jurídica, que permite a su vez organizarse y sumarse a organizaciones para realizar investigaciones por cuenta propia e incluso realizar denuncias sobre aquello que genere descontento en este ámbito, lo cual coincide plenamente que desde el año 2012 a la fecha se tengan mayores denuncias y fiscalización del trabajo de instituciones o dependencias que, según el rol del legislador, están llamadas a combatir la corrupción y fiscalizar el patrimonio de la Hacienda Pública o Municipal y de sus funcionarios y empleados.

La exigencia de una nueva sociedad informada, cada vez con poca tolerancia a la opacidad y con valentía para denunciar y exigir el cese a la corrupción, conllevan a que inexorablemente se realicen esfuerzos por emitir una nueva ley apegada a esta nueva realidad y exigencia social.

A partir de lo anterior, la CSJ y la Sección de Probidad han sido conscientes de la necesidad de una nueva ley, por ello, desde el año 2018, realizan desde la Comisión de Ética y Probidad y la Comisión contra el Lavado de Dinero y Activos, una serie de esfuerzos para llevar ante la Asamblea Legislativa una nueva Ley de Enriquecimiento sin justa causa de Funcionarios y Empleados Públicos (LECAFE), que vendrá a relevar después de 63 años a la LEIFEP.

La LECAFE está llamada a ser una ley más eficaz que la LEIFEP, la cual ha sido efectiva en algunos aspectos pero ha demostrado falencias que no deberían repetirse, por ejemplo, las antinomias sobre la impugnabilidad y competencia funcional en el recurso de apelación, por lo cual, esta nueva ley debe considerar en su conjunto tanto la Constitución, la presunción legal que establece su artículo 240 y las reglas del proceso común a la luz del CPCM, a fin de evitar las contradicciones que tantos problemas generan en la actualidad a los aplicadores de la LEIFEP, lo anterior, considerando que en esta nueva ley se suprimirá lo relativo sobre la fase judicial del proceso civil,

remitiéndose directamente al proceso abreviado que establece el CPCM,⁵⁷ por tal razón, el autor es de la idea que esta nueva ley debe establecer, de forma clara, aspectos sobre la impugnabilidad de la única resolución que pone fin al proceso, entendiendo a esta como la sentencia definitiva, y con más razón la consideración de la competencia funcional para conocer del recurso que ha de recaer sobre dicha resolución, puesto que, como se ha visto, el separar el trámite del proceso y el trámite en materia de recursos ha sido una falencia legislativa que, en definitiva, no contribuye al combate a la corrupción.

Conclusiones

Expuesto lo anterior, se concluye que:

- I. Producto de las deficiencias sustantivas y adjetivas que ha tenido desde sus orígenes, la LEIFEP y las reglas del proceso común a las cuales hace remisión en sus artículos 12 y 14 LEIFEP, ante el cambio de normativa del CPRC al CPCM, generan inconsistencias sustanciales en el trámite de la apelación como único medio de impugnación generando lo que la jurisprudencia denomina antinomias o contradicciones sobre la impugnabilidad objetiva y la competencia funcional.
- II. En la antinomia sobre impugnabilidad objetiva, si bien es cierto que el CPCM permite que otras resoluciones distintas a la sentencia definitiva sean recurribles, en la LEIFEP se establece que solamente se recurrirá dicha sentencia, no pudiendo crear otras resoluciones vía heterointegración de la norma, por lo cual, en este caso es el CPCM el que debe adecuarse a la LEIFEP y no al contrario, como establece el artículo 14 de la LEIFEP; mientras que en la antinomia sobre la

57 *Vid.* Hoja de ruta de modificación del anteproyecto: de una “Ley Integral de Probidad” hacia una “Ley de enriquecimiento sin justa causa de los funcionarios y empleados públicos” Dicha hoja fue requerida vía acceso a la información pública ante la Corte Suprema de Justicia, quien proveyó en resolución de fecha, misma que el autor pone a disposición del lector en el siguiente enlace: <https://drive.google.com/file/d/13V-DK67zSBhlM9hS7uWB4HVVtj7ZSsVk/view?usp=sharing>

competencia objetiva o funcional de la LEIFEP respecto del CPCM, a diferencia de la antinomia sobre la impugnabilidad objetiva, es posible colmar tal antinomia mediante la heterointegración de la norma, a efectos de que sea la Sala de lo Civil de la CSJ la que conozca de la apelación.

- III. Si bien es cierto que en el caso de la antinomia sobre la competencia objetiva o funcional puede colmarse mediante la heterointegración normativa del CPCM, se debe considerar que la competencia atribuida por la LEIFEP a la CSJ se sustenta en la voluntad del legislador, en atención de revestir de eficacia la resolución frente al funcionario o empleado público y un tercero, cuando este último interponga recurso de amparo, lo cual no debe omitirse por parte del legislador en la promulgación de la nueva Ley de Enriquecimiento sin justa causa de Funcionarios y Empleados Públicos (LECAFE).

Bibliografía

Libros

- » *Ley sobre el enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados públicos | Reglamento para la tramitación de las diligencias de investigación y comprobación patrimonial de funcionarios y empleados públicos y sus comentarios*. San Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2021.
- » Eduardo J. Couture, *Fundamentos de Derecho Procesal Civil*, 3ª ed. Buenos Aires: Depalma, 1958.

Trabajos de grado

- » Irvin Paolo Umanzor-Umanzor, Luis Edgardo Machado Castro y Lisandro Sigfredo Ortiz Márquez, “El enriquecimiento sin justa causa de los funcionarios y empleados públicos y la obligación de restitución en el juicio civil por enriquecimiento ilícito en funcionarios y empleados públicos que no tienen administración y manejo de bienes públicos”. Tesis de grado, Universidad de El Salvador, 2019. <http://ri.ues.edu.sv/id/eprint/21844/1/%E2%80%99CEL%20ENRIQUECIMIENTO%20SIN%20JUSTA%20CAUSA%20DE%20LOS%20FUNCIONARIOS.pdf>

Artículos

- » René Alfonso Padilla y Velasco, “Diez años de reforma procesal civil y mercantil en El Salvador”, *Revista Derecho*, No.5, (2021), 39-50.

Investigaciones inéditas

- » Irvin Paolo Umanzor-Umanzor, “Factores y causas que determinan las limitaciones al Derecho de Acceso a la Información Pública en los casos de probidad en El Salvador”. Investigación inédita, 2021.

Legislación nacional

Constitución

- » Constitución de la República de El Salvador. El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 1983.

Leyes

- » Ley sobre enriquecimiento de funcionarios y empleados públicos (LEIFEP). El Salvador: Asamblea Legislativa, 1959.
- » Código de Procedimientos Civiles. El Salvador: Ministerio de Justicia, 1982.
- » Código Procesal Civil y Mercantil. El Salvador: Asamblea Legislativa, 2008.

Reglamentos

- » Acuerdo N° 14-P, Reglamento para la tramitación de diligencias de investigación y comprobación patrimonial de funcionarios y empleados públicos (RTDICPFEP). San Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2020.

Documentos históricos

- » Versión taquigráfica que contiene el acta de sesión plenaria de discusión y aprobación del proyecto de Ley de enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados públicos. San Salvador, Asamblea Legislativa de El Salvador, 1959. <https://drive.google.com/file/d/1cLeclwhBgySgwDIATXK0ZLhYB3kjqbV/view?usp=sharing>

Jurisprudencia

- » Sala de lo Civil, *Auto definitivo de fecha 05-XII-16 en Recurso de Apelación Civil con Referencia: 13-APC-2016*. El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2016.
- » Cámara Segunda de lo Civil de la Primera Sección del Centro de San Salvador, *Sentencia del Proceso Declarativo Común Civil de Enriquecimiento Ilícito de Funcionario, Referencia: 1-PCEIF-16*. San Salvador: 2017.
- » Cámara Segunda de lo Civil de la Primera Sección del Centro de San Salvador, *Sentencia del Proceso Declarativo Común Civil de Enriquecimiento Ilícito de Funcionario, Referencia: 2-PCEIF-15*. San Salvador: 2016.
- » Corte Suprema de Justicia en Pleno, *Resolución, Referencia: 55-IPROB-2017*. El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2019.
- » *Resolución de improcedencia de recurso de casación, Referencia: 3-C-2017*. San Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2018.
- » *Resolución sobre recurso de apelación Referencia: 1-2016*. San Salvador: Corte Suprema de Justicia en Pleno, 2016.
- » Sala de lo Civil, *Resolución de improcedencia de recurso de apelación, Referencia: 13-APC-2016*. El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2017.
- » Sala de lo Constitucional, *Sentencia en proceso de inconstitucionalidad, Referencia: 6-2016/2-2016*. El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2018.
- » *Sentencia pronunciada en el Proceso Declarativo Común de enriquecimiento sin causa, Referencia: 2-PDCEIF-2016*. El Salvador: Cámara Primera de lo Civil de la Primera Sección del Centro, 2018.

- » Voto razonado Magistrada Sandra Luz Chicas en *Resolución de improcedencia de recurso de apelación, Referencia: 13-APC-2016*. El Salvador, Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia, 2017.

Actas

- » *Acta correspondiente a la sesión de Corte Plena del nueve de junio de dos mil cinco*. San Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2005.

Notas periodísticas

- » Ricardo Flores, "Reportan 8,974 exfuncionarios sin declarar su patrimonio", *Noticias de El Salvador, La Prensa Gráfica*, (18 de julio de 2019). <https://www.laprensagrafica.com/elsalvador/Reportan-8974-exfuncionarios-sin-declarar-su-patrimonio-20190717-0443.html>

Otros documentos

- » Hoja de ruta de modificación del anteproyecto: de una "Ley Integral de Probidad" hacia una "Ley de enriquecimiento sin justa causa de los funcionarios y empleados públicos". <https://drive.google.com/file/d/13V-DK67zSBh1M9hS7uWB4HVVtj7ZSsVsk/view?usp=sharing>

La equidad natural en la doctrina chilena: notas para un intercambio con la doctrina salvadoreña

Natural equity in chilean doctrine: notes for an exchange with salvadoran doctrine

Patricio Sáez Almonacid
(Universidad Viña del Mar, Chile)
<https://orcid.org/0000-0002-6166-1545>



Recibido: 07-05-2022
Aceptado: 28-07-2022

LA EQUIDAD NATURAL EN LA DOCTRINA CHILENA: NOTAS PARA UN INTERCAMBIO CON LA DOCTRINA SALVADOREÑA

Patricio Sáez Almonacid.

RESUMEN

Este trabajo tiene por objetivo exponer las diferentes posiciones teóricas que se han construido en la doctrina chilena alrededor del concepto equidad natural, que se encuentra contenido en el artículo 24° del código civil –tanto chileno como salvadoreño–. Como es sabido, la equidad natural es un concepto interpretativo. Y ello, en la doctrina chilena, se ha manifestado en la existencia de tres grandes doctrinas de la equidad: la corriente iusnaturalista, la principialista y la tesis de la discrecionalidad judicial. Sin embargo, estas tres vertientes no son meros estancos donde los autores deciden adherir sin más a una u otra, sino que incluso dentro estas mismas corrientes subsisten diferencias no menores al momento de explicar el sentido y alcance de la expresión equidad natural. Dicho esto, para llevar a cabo este trabajo, se sirve de la metodología analítica con el objetivo de distinguir las diferentes versiones que existen dentro de una determinada concepción de la equidad natural, así como sus deficiencias y aportes teóricos y prácticos. A su vez, esto permitirá definir los principales puntos de acuerdo entre las corrientes, como también identificar y desechar las versiones ajenas al propio sentido de la disposición normativa. Por último, luego de esta purificación conceptual se establecerá de manera mucho más refinada los elementos constitutivos, señalados por la doctrina chilena, de la equidad natural.

PALABRAS CLAVES: equidad natural - Derecho civil - interpretación jurídica - Andrés Bello - aplicación del Derecho.

NATURAL EQUITY IN CHILEAN DOCTRINE: NOTES FOR AN EXCHANGE WITH SALVADORAN DOCTRINE

Patricio Sáez Almonacid.

ABSTRACT

This paper aims to expose the different theoretical positions that have been built in Chilean doctrine around the concept of natural equity is contained in Article 24 of the Civil Code – both Chilean and Salvadoran-. As is known, natural equity is an interpretive concept. And this, in Chilean doctrine, has manifested itself in the existence of three major doctrines of equity: the iusnaturalist current, the principalist current and the thesis of judicial discretion. However, these three aspects are not mere watertight spaces where the authors decide to adhere simply to one or the other, but even within these same currents there are still not minor differences when it comes to explaining the meaning and scope of the expression natural equity. That said, to carry out this work, the analytical methodology is used with the aim of distinguishing the different versions that exist within a certain conception of natural equity, as well as their deficiencies and theoretical and practical contributions. In turn, this will make it possible to define the main points of agreement between the currents, as well as to identify and discard the versions outside the very meaning of the normative provision. Finally, after this conceptual purification, the constitutive elements, indicated by Chilean doctrine, of natural equity will be established in a much more refined way.

KEYWORDS: natural equity - Civil law - legal interpretation - Andrés Bello - application of law.

La equidad natural en la doctrina chilena: notas para un intercambio con la doctrina salvadoreña

Patricio Sáez Almonacid¹

Introducción

El código de Bello es posiblemente la obra de Derecho (positivo) privado más importante del continente. Luego de su publicación oficial en 1856 en Chile, fue declarado Derecho vigente en diversos Estados y en otros –tanto en América como Europa y hasta Japón²– fue utilizado como texto de referencia para crear sus códigos civiles.³ En el caso de la República de El Salvador el código de Bello se adoptó íntegramente en 1860.⁴

Dicho esto, ha sido bastante común que la doctrina civilista de la región haya mostrado un fuerte interés por compartir reflexiones académicas. Sin

1 Estudiante egresado de derecho, Universidad Viña del Mar, Chile. Sus áreas de interés versan sobre filosofía y teoría del Derecho. Ha participado como ponente en congresos internacionales de filosofía del Derecho y ha publicado artículos en diferentes países del continente.

2 Carlos Amunategui, “¿Andrés Bello y el código civil japonés?”, *Revista Chilena de Derecho*, 39, n. 2 (2012): 313.

3 Bernardino Bravo, “La difusión del código civil de Bello en los países de derecho castellano y portugués”, *Revista de Estudios Histórico – Jurídicos*, 7 (1982): 71.

4 Alejandro Guzmán Brito, *La codificación civil en Iberoamérica. Siglos XIX y XX* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2000), 405-406.

embargo, esto no ha sido tan frecuente con nuestros pares de Centroamérica. En esta línea, lo que busca este trabajo es dar una breve muestra a los civilistas de El Salvador del estado de la discusión dada en Chile en lo relativo al concepto de equidad natural –el cual se encuentra positivado en el artículo 24° del código civil chileno como salvadoreño–.

Dentro de la doctrina chilena, la equidad natural siempre se refiere a la aplicación de algo. Ahora, *qué* es ese algo que se aplica mediante la equidad natural, la doctrina ha dado tres respuestas diferentes: el Derecho natural, los principios generales del Derecho y la moral social desde la perspectiva del juez –o también conocida como teoría discrecional.⁵ Esta diferencia de pareceres no se manifiesta en la práctica como una adhesión abiertamente declarada por una u otra opción, sino que más bien los autores suelen explicar –por medio de argumentos históricos, dogmáticos y filosóficos– el *porqué* de su postura. A su vez, en raras ocasiones debaten entre ellos las concepciones de la equidad natural de los demás autores, lo cual ha devenido en que el estado de la discusión relativa a este concepto se encuentre estancada –para no decir que está derechamente olvidada–.

Por último, toca señalar que existen importantes trabajos en el medio destinados a clasificar las diferentes interpretaciones de los autores respecto de las reglas hermenéuticas del código civil. En el caso de este trabajo, se ha optado por hacer uso de una metodología analítica, gracias a la cual será posible distinguir las variantes que subsisten dentro de una determinada concepción de la equidad, así como sus dificultades teóricas y prácticas.

5 Antonio Pedrals incluye el Derecho romano como una cuarta concepción de la equidad. Sin embargo, bien entendida esta concepción, se puede concluir que es una variante de la corriente principialista de la equidad, sólo que es llevada a cabo por medios diferentes. Véase: Antonio Pedrals, “Sobre la ‘abstracta y difusa’, noción de equidad natural”. En *Estudios de derecho civil. Jornadas nacionales de derecho civil 2005-2009* (Santiago: Legal Publishing, 2011), 79.

I. La equidad como Derecho natural

La interpretación de la equidad natural como referencia al Derecho natural es la concepción más antigua dentro de la dogmática chilena. En principio ello es obvio si nos atenemos al periodo histórico en el cual se gesta el código civil (CC): el apogeo de los ideales de la modernidad y su fundamentación iusnaturalista del Derecho positivo.⁶ Sin embargo, los autores que adscriben a esta concepción no siempre están de acuerdo en los ámbitos de aplicación correspondientes a la equidad. Dicho esto, podemos distinguir tres variantes que conviven dentro de esta concepción:

1.1. La versión débil

La versión débil de esta concepción acepta que la equidad es un recurso para aplicar el derecho natural. Sin embargo, considera que de esta tesis –del reconocer la vigencia del Derecho natural– no se deriva que los jueces puedan recurrir siempre –es decir, aun cuando no sea necesario–, a argumentos de Derecho natural para resolver los conflictos hermenéuticos. Pues, de darse esto último, ya no sería la equidad de la ley, sino la del juez quien determinará lo que vale como Derecho.⁷

En esta línea, bastante conocido es el párrafo por medio de la cual Bello expone lo que *no* considera como equidad natural:

“A pretexto de equidad, no deben los jueces de los comerciantes (i lo mismo se aplica a todos los otros jueces) apartarse de las leyes i reglamentos. Se les manda solamente no detenerse en las sutilezas del derecho i en lo que se llama súmmum jus, summa injuria. Si la lei es clara i precisa, no les es permitido violarla, por dura que les parezca, (lei 12, Qui et aquibus manum). La conciencia de la lei vale mas que la del hombre: conscientia legis vincit conscientiam hominis (Stracca).

6 Marcelo Montero, “La época moderna como antesala de la función judicial”, *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, n. 13 (1995): 217.

7 Andrés Bello, *Obras Completas XVIII* (Chile: Impreso por Pedro G. Ramirez, 1885), 283.

*Debe el juez seguir la equidad de la ley, no la de su propia cabeza (Dumoulin). Los jueces dan sentencias inicuas, cuando se imaginan ser arbitros i maestros de la equidad (Stracca)."*⁸

Como consecuencia de lo anterior, para la versión débil, la equidad natural solamente tiene aplicación cuando fallan las reglas hermenéuticas contenidas en los artículos 19° al 23° del CC. Es más, para autores mucho más reticentes, como Luis Felipe Borja, la equidad (como parte del Derecho natural) se aplica de manera independiente, y esto solamente tendrá lugar una vez que previamente se hubiese intentado resolver el problema por medio del espíritu general de la legislación.⁹

1.2. La versión moderada

Esta versión es caracterizada por concebir la equidad natural del artículo 24° en un sentido más amplio que la versión débil. Para quienes adhieren a esta vertiente, la equidad es un elemento bifuncional: sirve tanto para interpretar la ley como para colmar lagunas.¹⁰ En esta línea, el Derecho natural ya no sólo sería válido para resolver problemas hermenéuticos, sino también para dar origen a normas de Derecho positivo en todos los casos donde el legislador hubiese guardado silencio.¹¹

Es importante señalar que buena parte de estos autores –siguiendo a Escriche¹²– generalmente distinguen entre equidad y epiqueya. La primera, es aquella que opera respetando la autoridad de la ley, en cambio, la segunda,

8 Ibid. 281.

9 Luis Felipe Borja, *Estudios sobre el código civil chileno* (Paris: R. Roger y F. Chernoviz, 1901), 375-378.

10 Enrique Cood y Clemente Fabres, *Explicaciones de Código civil destinadas a los estudiantes del ramo en la Universidad de Chile* (Santiago: Publicación de la Academia de Leyes y Ciencias Políticas, 1884), 114.

11 Paulino Alfonso, "De la interpretación de la ley", *Revista Forense Chilena*, n. 8 (1892): 25-26.

12 Joaquín Escriche, *Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia* (Madrid: Imprenta Dr. Eduardo Cuesta, 1874), 834.

permite al juez buscar la interpretación más benigna en aquellos casos en los que de la observancia irrestricta de la ley se obtienen consecuencias perniciosas o injustas. Como se puede deducir, los autores que adhieren a la versión moderada consideran que el código permite sólo la equidad y no la epiqueya.¹³ O, dicho de otra manera, el Derecho natural está para complementar, y no sustituir, la obra del legislador.

1.3. La versión fuerte

La versión fuerte de esta tesis plantearía –y es acertado hablar en sentido hipotético, ya que, en realidad no hay autores que defienden esta tesis en la dogmática chilena–, que la equidad natural del artículo 24° ya no sólo sirve para interpretar y suplir los silencios de la ley, sino que también es posible por medio del recurso al Derecho natural que el juez pueda desatender la aplicación de una disposición o morigerar/corregir sus efectos aun cuando esta (la regla) sea del todo clara.

1.4. Problemas de la tesis iusnaturalista

Cuando se habla de problemas de la tesis iusnaturalista no se hace en función de la ya clásica crítica positivista según la cual el Derecho natural carece de los elementos claves para ser definido como Derecho,¹⁴ sino que a la formulación dogmática de quienes adhieren a esta tesis.

En general, no se encuentra en los autores citados un modelo de decisión judicial donde la explicación de la equidad natural permite al operador jurídico comprender qué hacer cuando tiene que aplicar dicho concepto.

Tampoco los autores han sido claros al momento de explicar a qué

13 Alfredo Barros Errazuriz, *Curso de derecho civil. Primer año* (Santiago: Editorial Nacimiento, 1930), 68-69.

14 En general, estos elementos son tres: 1) contenido cierto e identificable, 2) existencia de una autoridad que dicte las reglas y 3) que sea respaldado mediante la fuerza socialmente organizada. Véase: Hans Kelsen, “La doctrina del derecho natural y el positivismo jurídico”, *Academia. Revista sobre la enseñanza del derecho*, n. 12 (2008): 183-198.

iusnaturalismo adhieren –aunque en general se puede conjeturar que sería a una versión racionalista, a excepción de Bello que en esta materia es más bien ecléctico–.¹⁵

Todo esto ha devenido en una teoría de la equidad natural que, formalmente hablando, se muestra insuficiente para dar respuesta a los diferentes problemas que tienen lugar en la aplicación del Derecho. Más no por ello debe ser una opción desechada de plano, pues, en la medida que los iusnaturalistas chilenos –y también salvadoreños– se tomen su doctrina en serio esta tesis puede volver a ser una opción interesante.

II. La equidad natural como aplicación de principios generales del Derecho

La segunda concepción de la equidad natural plantea que, en aplicación del artículo 24°, los jueces tienen la obligación de resolver conforme a los principios generales del Derecho.¹⁶ Ahora bien, a diferencia de la primera concepción, los autores que adscriben a esta versión no tienen tantas diferencias entre sí, pues, en general la mayoría aceptan las siguientes dos tesis:

- a) La equidad natural sólo cumple un rol supletorio: la aplicación *expresa* de la equidad natural solamente tendrá lugar en aquellos casos donde no hubiese sido posible aplicar los artículos 19° al 23° del código civil.¹⁷
- b) La equidad natural sólo tiene una función interpretativa: su función es únicamente la de interpretar la ley y no colmar lagunas o corregir los efectos que se deriven de la aplicación de ésta.¹⁸

15 Juan Carlos Aguilera, “Análisis filosófico de ley en el pensamiento de Andrés Bello”, *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, n. 13 (1995): 271.

16 Fernando Quintana, *Interpretación y argumentación jurídica* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2006).

17 Adolfo Carvallo, *Métodos de interpretación en la ciencia del derecho* (Valparaíso: Prensas de la Escuela de Derecho de Valparaíso, 1962), 42.

18 Alejandro Guzmán Brito, “La historia dogmática de las normas sobre interpretación recibidas por el Código Civil de Chile”, En: Universidad de Chile y Universidad Adolfo Ibáñez, *Interpretación, integración y razonamiento jurídicos* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1992), 41.

Ahora bien, esta tesis no es excluyente de la otra referencia a la equidad que existe en el Derecho chileno –y que está contenida en el artículo 170° del código de procedimiento civil (CPC)–. En ella se establece, a diferencia del artículo 24° del CC, que el juez puede recurrir a *principios de equidad* para resolver litigios.

Como se puede ver, la función que cumple la equidad en una u otra regla son bastante diferentes y no es correcto confundirlas para efectos de explicar la regla hermenéutica del artículo 24° del CC. Pues, mientras la disposición del CPC habla de una equidad integradora, la contenida en el CC se refiere a su función interpretativa.

No obstante, esta teoría de la equidad no está ajena a críticas, las cuales giran en torno a tres puntos:

2.1. La carga axiológica de los principios

Como primera observación, se debe notar que estos autores no resuelven la problemática relativa a la posible colisión entre principios. Como es sabido, los principios son juicios de razonabilidad o justicia.¹⁹ Por lo tanto, requieren que el juez sopesa los principios que están en juego a la hora de decidir esta clase de conflictos. En este sentido, la decisión respecto a cuál principio debe primar deja al juez en el mismo lugar en que se encontraba antes de recurrir a la concepción principialista de la equidad, a saber, la necesidad de tomar una decisión discrecional sobre cual opción adoptar.²⁰

Una vía de escape sería argumentar que, frente a esta situación, el juez debe recurrir al espíritu general de la legislación y desde allí decidir cuál principio tiene mayor valor dentro del Derecho. Sin embargo, otra vez esta tesis pone en jaque al juzgador, pues, decidir cuál principio tiene mayor relevancia

19 Ronald Dworkin, *¿Es el derecho un sistema de reglas?* (México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1977), 19.

20 Agustín Squella, “La concepción de la equidad en Aristóteles”. En: Agustín Squella y Abel González, *Dos concepciones de la equidad* (Valparaíso: Edeval, 1981), 38.

para el ordenamiento jurídico a la luz del propio Derecho no es tarea que se pueda llevar adelante con prescindencia de la valoración moral.

De esta crítica se sigue casi de manera automática la segunda: el lugar de los principios.

2.2. El lugar de los principios

La dogmática nacional ha diferido de manera importante respecto al lugar que ocupa el artículo 24° entre los métodos de interpretación de la ley. Algunos, siguiendo a Savigny, se han inclinado por concebirlos como parte del elemento sistemático,²¹ mientras tanto, otros plantean que no se encuadra dentro de ninguna de las clasificaciones metodológicas tradicionales, pues, dada su naturaleza excepcional, no puede decirse que el juez lo tenga constantemente a la vista para interpretar la ley.²² Dicho esto, es perfectamente válido preguntarse si los principios generales del Derecho son parte del elemento sistemático o no. A quienes han respondido afirmativamente, se les podría objetar que entonces los jueces no acceden a los principios generales del Derecho gracias a la equidad natural, sino que es por medio del espíritu general de la legislación –en tanto elemento que busca armonizar y volver un todo coherente la legislación (al igual que los principios)–, que se hacen presentes. Si esto es cierto, la teoría principalista deviene en estéril a la hora de explicar el concepto de equidad natural, pues no es la equidad el concepto que nos permite aplicar los principios, sino el espíritu general de la legislación.

21 Gonzalo Ruz, *Explicaciones de derecho civil. Parte general y acto jurídico* (Santiago: Abeledo Perrot, 2011), 129.

22 Jaime Williams Benavente, *Lecciones de introducción al derecho* (Chile: Ediciones Fundación de Ciencias Humanas, 1999), 188.
Para ver las diferentes líneas hermenéuticas que existen en la doctrina chilena véase: Fernando Quintana Bravo, *Estudios sobre teoría de interpretación jurídica* (Chile: Thomson Reuters, 2016), 94 y ss.

2.3. La insuficiencia del modelo principialista

Ahora bien, la respuesta a la pregunta antes formulada puede ser negativa, y entender que la equidad natural no es un medio para conocer los principios, sino que más bien se trata de la manera en que deben ponderarse los principios. Tal parece ser la interpretación que realizan Guzmán,²³ Larraín²⁴ y Corral²⁵ cuando, por medio de argumentaciones distintas, señalan que la equidad natural no sería otra cosa que la referencia al ámbito jurídico-cultural al cual pertenece el juez y que le permite distinguir, cuando aplica principios, entre una solución conforme a equidad de una contraria a la equidad.

De ser esto cierto, entonces la teoría principialista no sería otra cosa que una variante más de la tercera concepción de la equidad natural: la teoría discrecional.

III. Equidad natural como valoración moral del juez (teoría discrecional)

En tercer lugar, encontramos la concepción discrecional de la equidad natural. Llámese de esta manera porque para esta concepción la equidad natural, vista desde la teoría del Derecho, es un concepto con una textura amplísima: exige que el juez realice un juicio de valor para poder aplicar este concepto.²⁶ Por lo tanto, para esta tesis la interpretación equitativa de la ley *no está necesariamente* determinada por elementos externos –Derecho natural o principios generales del Derecho–, pues es perfectamente posible que el juez decida el problema hermenéutico en función de su propio parecer.

23 Alejandro Guzmán Brito, “Razón escrita”, *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, n. 4 (1979): 135; Alejandro Guzmán Brito, “El significado histórico de las expresiones ‘equidad natural’ y ‘principios de equidad’ en el derecho chileno”, *Revista de Ciencias Sociales (LIV)*, n. 18-19 (1981): 111.

24 Hernán Larraín, *Lecciones de Derecho Civil* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1994), 59-63.

25 Hernán Corral Talciani, *Curso de derecho civil* (Santiago: Thomson Reuters, 2018), 75-78.

26 Herbert Hart, *El Concepto del Derecho* (Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2012), 168-169.

Dicho esto, se pueden observar tres versiones de esta concepción:

3.1. La versión débil

En su versión débil, esta teoría plantea que la equidad reconocida en el código civil es de mera interpretación y tiene un ámbito de aplicación excepcional.²⁷ Ello por dos motivos: primero, porque el juez tiene la obligación de intentar resolver el problema hermenéutico en conformidad con las reglas positivadas en los artículos 19° al 23° y, segundo, porque al ser la equidad un concepto indeterminado y con una fuerte carga axiológica es incompatible con el imperio de la ley que el juez pueda recurrir a ella toda vez que le plazca.²⁸

Dicho en otras palabras, precisamente porque la interpretación equitativa de la ley es discrecional, el legislador la permitió en aquellos casos donde el problema es jurídicamente –por medios propios del Derecho positivo– irresoluble recurrir a ella para buscar una solución.²⁹ Ahora bien, esto no significa que la equidad quede al mero arbitrio del juez. A este último se le exige que cualquiera sea la interpretación que adopte debe estar justificada en el espíritu general de la legislación.

3.2. La versión moderada

Una segunda vertiente de la teoría discrecional es la versión moderada. Para esta corriente, la equidad natural sigue siendo un elemento de aplicación excepcional. Sin embargo, ella no solamente está para interpretar la ley, sino también para colmar los vacíos legales.³⁰ Ello atendiendo a que el legislador

27 Pablo Rodríguez Grez, *Teoría de la interpretación jurídica* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1995), 85.

28 Jacinto Chacón, *Exposición razonada y estudio comparado del código civil* (Valparaíso: Imprenta del Mercurio, 1868), 36-38.

29 Luis Claro Solar, *Explicaciones de Derecho civil chileno y Comparado* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1978), 124-125.

30 Máximo Pacheco Gómez, *Introducción al Derecho* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1976), 423-424.

no siempre puede prever todos los casos, y se vuelve menester que el juez, en función del principio de inexcusabilidad, resuelva tales conflictos conforme más le parezca a la equidad natural y al espíritu general de la legislación.

La crítica que usualmente se le hace a esta versión es que confunde dos conceptos de equidad natural que conviven en el ordenamiento jurídico chileno: la equidad del 24° del CC con la equidad del 170° del CPC.³¹ Como ya sabemos, la primera es aquella que cumple una función meramente interpretativa, en cambio, la segunda, está para complementar y colmar las lagunas existentes. Esta observación es relevante a la hora de proponer modelo de interpretación/integración equitativa de la ley, pues responden a postulados y fines diferentes, aunque en el fondo, ambas entienden por equidad el ejercicio discrecional del juez.

3.3. La versión fuerte

La versión fuerte de la equidad tiene dos variantes:

3.3.1. La versión cerebrina:

Para esta tesis, la equidad natural, además de cumplir funciones interpretativas e integradoras, sirve también para morigerar los efectos de la aplicación literal de la ley cuando estos sean (injustificadamente) perniciosos o injustos.³² Llámese cerebrina porque es la forma en que se denominó durante la Edad Media al argumento de equidad mediante el cual los jueces buscaban corregir las consecuencias o efectos perniciosos que se derivan de la aplicación estricta de la ley.³³

31 María Angélica Figueroa, "Algunos antecedentes históricos sobre los principios de inexcusabilidad y legalidad", *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, n. 18 (1996): 187-196.

32 Fernando Fueyo, *Interpretación y Juez* (Santiago: Universidad de Chile y Centro de estudios Ratio Iuris, 1976), 148.

33 Alejandro Guzmán Brito, *Codificación del derecho civil e interpretación de las leyes* (Madrid: Editorial Iustel, 2011), 78-92.

Como es evidente, la equidad cerebrina no sólo es contraria al propio enunciado del artículo 24°, sino también es incompatible con el pensamiento de Bello y el Derecho moderno.³⁴ La posibilidad de que los jueces puedan decidir cuándo la aplicación de la ley es justa o cuándo no, encierra en su interior una contradicción con la existencia misma de los códigos legales. Pues, estos últimos fueron elaborados partiendo de la base que será considerado Derecho sólo aquello que se encuentre positivado y no, como en el caso de la equidad cerebrina, lo que le parezca al juez. Por lo tanto, esta teoría es incongruente con el concepto que busca dilucidar, pues, no parece ser coherente con el papel subsidiario y a la vez excepcional que ocupa dentro de las reglas de interpretación de la ley (21° al 24°).

3.3.2. La versión escéptica:

Para esta tesis, la equidad natural no sólo se aplica para resolver casos excepcionales, sino que se debe recurrir siempre a ella en la aplicación del Derecho.³⁵ Esta teoría es escéptica en el sentido de que, contrario a lo que plantea el legislador con sus reglas, dispone que la equidad se debe aplicar siempre, pues, son notas distintivas del fenómeno jurídico la vaguedad y la ambigüedad. Por lo tanto, el juez en cada caso que resuelva debe interpretar la ley de la manera más justa posible.

Dicho esto, es relevante anotar que la tesis escéptica de la equidad tiene debilidades importantes. En general podemos resumirlas en tres puntos:

3.3.2.1. Primero, la irrelevancia en que deja al Derecho. Se comparten reglas porque en general se es capaz de comprender que quieren decir, aun cuando es posible disentir en la concreción de sus enunciados. Si bien se ha afirmado cientos de veces que el Derecho es vago y ambiguo, también se ha reconocido –por hermeneutas y analíticos– que el lenguaje

34 Alejandro Guzmán Brito, *Las reglas del "Código Civil" de Chile sobre la interpretación de las leyes* (Santiago: Lexis Nexis, 2007), 202-203.

35 Carlos Ducci Claro, *Derecho Civil. Parte general* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2016), 93.

posee cierto nivel de certeza –por más mínimo que sea–, ya que, de no ser así no sólo el Derecho sino la vida social en general sería imposible.³⁶

3.3.2.2. Segundo, si efectivamente fuera así, la autoridad del Derecho carecería de fuerza normativa.³⁷ Pues, ¿qué más da quien lo que diga la ley si el juez puede cada vez que se lo proponga desviarse de ella para resolver según su propio parecer? ¿Cuál sería el sentido de tener leyes si en último sentido es el juez quien decide lo que es Derecho?

Esta crítica no es nueva en la historia del Derecho, pues el proyecto político-jurídico de la modernidad buscaba precisamente asegurar la autoridad de la ley y la sujeción a esta por parte de los jueces, en un momento en que no existía certeza respecto al Derecho vigente –ya que coexistían diferentes cuerpos normativos– y quien era el órgano competente para crearlo.³⁸ En esta línea, la teoría escéptica no sólo es opuesta al propio código civil, sino también a los fundamentos filosóficos y políticos que lo sustentan.

3.3.2.3. Tercero, su falta de cabida en la legislación. Si los juristas construyen sus modelos dogmáticos en función del Derecho positivo, la tesis fuerte de la equidad carece de sustento, pues, desde la legislación civil chilena (y según lo estudiado también en el caso salvadoreño) no hay disposición alguna que permita que la equidad del artículo 24° se aplique siempre.

36 Patricio Sáez Almonacid, *Interpretación, jueces y democracia* (Santiago: Editorial El Jurista, 2020), 85-88.

37 Herbert Hart, *Ibid.* 176-183.

38 Alejandro Guzmán Brito, “La codificación del Derecho”, *Revista de Derecho (PUCV)*, n. 8 (1984): 15.

Conclusiones

En primer lugar, se presentará a modo de conclusión los puntos donde se puede observar que existe –o al menos se podría esperar que existiera– cierto consenso dentro de la dogmática civilista chilena. De lo analizado en este trabajo se pueden extraer las siguientes ideas:

- a) **El tipo de concepto de equidad natural:** la equidad natural es utilizada por Bello en un sentido interpretativo –es decir, está destinada a establecer el sentido y alcance de una norma³⁹– y restringido –solamente opera cuando la norma es hermenéuticamente deficiente, lo cual implica reconocer que los jueces no están autorizados a desatender el sentido de una regla clara, aun cuando se deduzcan de ella consecuencias injustas–.⁴⁰
- b) **Tiene un carácter supletorio:** otro punto a destacar es que la equidad natural tiene un carácter supletorio, por lo tanto, no es un elemento que deba aplicarse siempre.⁴¹
- c) **Es la norma de clausura:** como consecuencia de las dos tesis anteriores, se debe agregar que la equidad natural, junto al espíritu general de la legislación, son los elementos hermenéuticos que ponen fin al debate interpretativo, pues son los únicos permitidos por el CC para realizar esta acción.⁴² En otras palabras, la equidad natural y el espíritu general de la legislación son los últimos criterios a partir de los cuales los jueces pueden resolver las disputas hermenéuticas.

39 Para cierta posición minoritaria los casos donde es necesario aplicar la equidad son aquellos donde el problema es de alcance, más no de sentido.

Véase: Jorge Streeter, “Influencia de la equidad en la aplicación de leyes generales”, En: Universidad de Chile y Universidad Adolfo Ibáñez, *Interpretación, integración y razonamiento jurídicos* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1992), 203-214.

40 Agustín Squella, *Introducción al Derecho* (Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2011), 417.

41 José Victorino Lastarria, *Instituta del Derecho Civil chileno* (Chile: Imprenta Eug. Vanderhaeghen, 1864), 8.

42 Tiburcio Bonilla, *Comentarios al código civil salvadoreño. Libro I* (San Salvador: Imprenta Nacional del Dr. F. Sagrini, 1884), 46.

d) Es un concepto indeterminado: exige la valoración del juez para su aplicación. Ya sea en observancia del derecho natural o los principios generales del Derecho, la equidad se *basa en su sentido último* en el juicio del juez -atenuado, como es evidente, por la exigencia de conformidad al espíritu general de la legislación-.

Para complementar esta conclusión es relevante distinguir entre la aplicación equitativa de la ley y la justificación equitativa de la aplicación de la ley. En relación al primero concepto, se suele aceptar que los jueces siempre aplican la ley de manera prudente, a saber, con consideración a las notas únicas e irrepetibles que posee cada litigio. La actividad silogística exige la sapiencia y experiencia del juzgador para concretar la norma general al caso particular.⁴³ Por lo tanto, aplicación equitativa significa adecuación de la ley al caso y en principio no habría contradicción con la regla hermenéutica contenida en el artículo 24°. Por otro lado, la justificación equitativa de la aplicación de la ley hace referencia al hecho que los jueces declaren en sus sentencias que resuelven un conflicto de relevancia jurídica determinado en atentación a la equidad natural. Frente a esta situación, se debe distinguir entre aquellos casos donde la equidad es utilizada para resolver problemas hermenéuticos o de vacíos legales (lagunas). Si estamos frente a casos del primer tipo la mayoría de la doctrina concuerda en que los jueces pueden (y deben) recurrir a la equidad natural para justificar su decisión. En cambio, en los casos del segundo tipo el asunto es más discutido y lo veremos en la siguiente conclusión.

e) El asunto de la integración de lagunas: si acaso la equidad natural del artículo 24° permite la integración es un tema donde se puede observar que no hay punto de acuerdo en la doctrina. Según el parecer del autor, ello no debería ser posible, pues el CC no le delega dicha función. Sin

43 Ángel Latorre, *Introducción al derecho* (España: Ediciones Ariel, 1969), 102.

embargo, en atención a la propia historia de la gestación del código, es menester destacar dos hitos relevantes: primero, la supresión el artículo 4° durante su discusión en la cámara legislativa –artículo que regulaba el orden de prelación entre las diferentes fuentes formales del Derecho y que incluía a la equidad como fuente última– y, segundo, su posterior refundición en el artículo 170° del CPC. Es posible concluir que la integración por medio de la equidad es posible, pero no porque el CC lo permita, sino que está positivada en el CPC.⁴⁴

Ahora bien, por supuesto esta tesis es válida para la legislación chilena. En el caso del Derecho salvadoreño, no se encuentra en su Código Procesal Civil y Mercantil ni en su Ley Orgánica Judicial, argumentos que permitan concluir que la equidad natural cumple un rol integrador –aunque, por supuesto, algún civilista salvadoreño que respondiera a este artículo podría corroborar o desechar esta observación–.

f) **Cabe señalar que**, en general, esta caracterización de la equidad natural no es muy distinta de la llevada a cabo en la jurisprudencia por la Corte Suprema de Chile.⁴⁵ Para el tribunal supremo la aplicación de la equidad está sujeta a las siguientes condiciones:

- Que no se haya podido utilizar las reglas de interpretación de los artículos 19° a 23°;
- Que no exista ley expresa que solucione el litigio; y
- Que sea el último recurso aplicable para solucionar el caso.⁴⁶

Como se puede observar en comparación con lo analizado en este artículo, el primer criterio se encuentra suscrito por la mayoría de la doctrina. Sin embargo, en relación a los criterios dos y tres existe una

44 Aldo Topasio, “La equidad en el periodo de formación del Derecho Nacional”, *Revista de Ciencias Sociales (UV)*, n. 26-27 (1984): 97-104.

45 Carmen Domínguez, “la equidad natural en la jurisprudencia”, En: Universidad de Chile y Universidad Adolfo Ibáñez, *Interpretación, integración y razonamiento jurídicos* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1992), 544 y ss.

46 Rodrigo Andreucci, “Los conceptos de la Corte Suprema sobre interpretación de la ley a través de sus sentencias”, *Nomos*, n. 1 (2008): 32.

confusión de parte de la Corte entre la función interpretativa de la equidad (reconocida en el artículo 24° del CC) y la función integradora de la equidad (reconocida en el artículo 170 del CPC).

- g) Por último**, se espera que este muestrario permita un intercambio mucho más fluido entre dos academias que comparten algo más que el idioma. Lo que pueda decir una civilista chilena o una salvadoreña puede ser tan interesante en un país como en otro.

Bibliografía

- » Adolfo Carvallo, *Métodos de interpretación en la ciencia del derecho*. Valparaíso: Prensas de la Escuela de Derecho de Valparaíso, 1962.
- » Agustín Squella, "La concepción de la equidad en Aristóteles". En: Agustín Squella y Abel González, *Dos concepciones de la equidad*. Valparaíso: Edeval, 1981.
- » Agustín Squella, *Introducción al Derecho*. Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2011.
- » Aldo Topasio, "La equidad en el periodo de formación del Derecho Nacional", *Revista de Ciencias Sociales*. UV, n. 26-27. 1984.
- » Alejandro Guzmán Brito, "El significado histórico de las expresiones 'equidad natural' y 'principios de equidad' en el derecho chileno", *Revista de Ciencias Sociales*. UV, n. 18-19. 1981.
- » Alejandro Guzmán Brito, "La codificación del Derecho", *Revista de Derecho*. PUCV, n. 8. 1984.
- » Alejandro Guzmán Brito, "La historia dogmática de las normas sobre interpretación recibidas por el Código Civil de Chile", En: Universidad de Chile y Universidad Adolfo Ibáñez, *Interpretación, integración y razonamiento jurídicos*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1992.
- » Alejandro Guzmán Brito, "Razón escrita", *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, n. 4. 1979.
- » Alejandro Guzmán Brito, *Codificación del derecho civil e interpretación de las leyes*. Madrid: Editorial Iustel, 2011.
- » Alejandro Guzmán Brito, *La codificación civil en Iberoamérica. Siglos XIX y XX*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2000.
- » Alejandro Guzmán Brito, *Las reglas del "Código Civil" de Chile sobre la interpretación de las leyes*. Santiago: Lexis Nexis, 2007.
- » Alfredo Barros Errazuriz, *Curso de derecho civil. Primer año*. Santiago: Editorial Nacimiento, 1930.
- » Andrés Bello, *Obras Completas XVIII*. Chile: Impreso por Pedro G. Ramírez, 1885.
- » Ángel Latorre, *Introducción al derecho*. España: Ediciones Ariel, 1969.
- » Antonio Pedrals, "Sobre la 'abstracta y difusa', noción de equidad natural". En *Estudios de derecho civil. Jornadas nacionales de derecho civil 2005-2009*. Santiago: Legal Publishing, 2011.
- » Bernardino Bravo, "La difusión del código civil de Bello en los países de derecho castellano y portugués", *Revista de Estudios Histórico - Jurídicos*, 7. 1982.
- » Carlos Amunátegui, "¿Andrés Bello y el código civil japonés?", *Revista Chilena de Derecho*, 39, n. 2. 2012.
- » Carlos Ducú Claro, *Derecho Civil. Parte general*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2016.
- » Carmen Domínguez, "la equidad natural en la jurisprudencia", En: Universidad de Chile y Universidad Adolfo Ibáñez, *Interpretación, integración y razonamiento jurídicos*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1992.
- » Enrique Cood y Clemente Fabres, *Explicaciones de Código civil destinadas a los estudiantes del ramo en la Universidad de Chile*. Santiago: Publicación de la Academia de Leyes y Ciencias Políticas, 1884.
- » Fernando Fueyo, *Interpretación y Juez*. Santiago: Universidad de Chile y Centro de estudios Ratio Iuris, 1976.
- » Fernando Quintana Bravo, *Estudios sobre teoría de interpretación jurídica*. Chile: Thomson Reuters, 2016.
- » Fernando Quintana, *Interpretación y argumentación jurídica*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2006.
- » Gonzalo Ruz, *Explicaciones de derecho civil. Parte general y acto jurídico*. Santiago: Abeledo Perrot, 2011, 129.
- » Hans Kelsen, "La doctrina del derecho natural y el positivismo jurídico", *Academia. Revista sobre la enseñanza del derecho*, n. 12. 2008.
- » Herbert Hart, *El Concepto del Derecho*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2012, 168-169.
- » Hernán Corral Talciani, *Curso de derecho civil*. Santiago: Thomson Reuters, 2018, 75-78.
- » Hernán Larraín, *Lecciones de Derecho Civil*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1994, 59-63.
- » Jacinto Chacón, *Exposición razonada y estudio comparado del código civil*. Valparaíso: Imprenta del Mercurio, 1868.
- » Jaime Williams Benavente, *Lecciones de introducción al derecho*. Chile: Ediciones Fundación de Ciencias Humanas, 1999.
- » Joaquín Escriche, *Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia*. Madrid: Imprenta Dr. Eduardo Cuesta, 1874.
- » Jorge Streeter, "Influencia de la equidad en la aplicación de leyes generales", En: Universidad de Chile y Universidad Adolfo Ibáñez, *Interpretación, integración y razonamiento jurídicos*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1992.
- » José Victorino Lastarria, *Instituta del Derecho Civil chileno*. Chile: Imprenta Eug. Vanderhaeghen, 1864.
- » Juan Carlos Aguilera, "Análisis filosófico de ley en el pensamiento de Andrés Bello", *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, n. 13. 1995.

- » Luis Claro Solar, *Explicaciones de Derecho civil chileno y Comparado*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1978.
- » Luis Felipe Borja, *Estudios sobre el código civil chileno*. Paris: R. Roger y F. Chernoviz, 1901.
- » Marcelo Montero, "La época moderna como antesala de la función judicial", *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, n. 13. 1995.
- » María Angélica Figueroa, "Algunos antecedentes históricos sobre los principios de inexcusabilidad y legalidad", *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, n. 18. 1996.
- » Máximo Pacheco Gómez, *Introducción al Derecho*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1976.
- » Pablo Rodríguez Grez, *Teoría de la interpretación jurídica*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1995.
- » Patricio Sáez Almonacid, *Interpretación, jueces y democracia*. Santiago: Editorial El Jurista, 2020.
- » Paulino Alfonso, "De la interpretación de la ley", *Revista Forense Chilena*, n. 8. 1892.
- » Rodrigo Andreucci, "Los conceptos de la Corte Suprema sobre interpretación de la ley a través de sus sentencias", *Nomos*, n. 1. 2008.
- » Ronald Dworkin, *¿Es el derecho un sistema de reglas?* México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1977.
- » Tiburcio Bonilla, *Comentarios al código civil salvadoreño. Libro I*. San Salvador: Imprenta Nacional del Dr. F. Sagrini, 1884.

Y ahora quién podrá defendernos: violencia social y política criminal en El Salvador

And now who will be able to
defend us?: social violence and
criminal policy in El Salvador

Luis Antonio Tobar Quintero
(Universidad de El Salvador, El Salvador)
<https://orcid.org/0000-0002-3620-6989>



Recibido: 03-03-2022
Aceptado: 19-09-2022

Y AHORA QUIÉN PODRÁ DEFENDERNOS: VIOLENCIA SOCIAL Y POLÍTICA CRIMINAL EN EL SALVADOR

Luis Antonio Tobar Quintero.

RESUMEN

El problema de la violencia ha sido un fenómeno histórico que han enfrentado las sociedades latinoamericanas y centroamericanas, ello representa una amenaza para cualquier gobierno de la región y cuyos factores causales han estado asociados a la violencia política y social, las cuales generan una fuerte cantidad de homicidios. Desde la perspectiva sociocultural, en los últimos veinte años se ha tratado de ofrecer una explicación a dicha problemática. Es por ello que el presente artículo busca explicar la violencia social desde una perspectiva socio-histórica, así como estudiar las soluciones o políticas de criminales tomadas por los gobiernos salvadoreños. La metodología utilizada en el presente ensayo fue de carácter cualitativa, cuyas fuentes documentales han permitido estudiar el fenómeno planteado.

PALABRAS CLAVES: *Violencia social - Política criminal - Seguridad - Políticas públicas - Delincuencia juvenil.*

AND NOW WHO WILL BE ABLE TO DEFEND US?: SOCIAL VIOLENCE AND CRIMINAL POLICY IN EL SALVADOR

Luis Antonio Tobar Quintero.

ABSTRACT

The problem of violence has been a historical phenomenon faced by Latin American and Central American societies, this represents a threat to any government in the region and its causal factors have been associated with political and social violence, which generate a high number of homicides. From a socio-cultural perspective, in the last twenty years an attempt has been made to offer an explanation for this problem. For this reason, this article seeks to explain social violence from a socio-historical perspective, as well as to study the solutions or criminal policies adopted by Salvadoran governments. The methodology used in this essay was of a qualitative nature, whose documentary sources have made it possible to study the phenomenon raised.

KEYWORDS: *Social violence - Criminal policy - Security - Public politics - Juvenile delinquency.*

Y ahora quién podrá defendernos: violencia social y política criminal en El Salvador

Luis Antonio Tobar Quintero¹

Introducción

El problema de la violencia ha sido una constante en la sociedad centroamericana y salvadoreña en particular. Desde la llegada de los españoles, el establecimiento de las relaciones sociales tuvo a su base una imposición violenta por parte de los conquistadores y así se mantendría hasta la llegada de la independencia. Durante buena parte del siglo XX, el apareamiento de la violencia estuvo asociada a factores socioculturales, con índices de delincuencia altos cometidos en su mayoría por menores de edad. Las primeras reacciones por parte del gobierno fueron la modificación del código criminal y la creación de centros de detención sin ningún tipo de programa de reinserción social para los jóvenes delincuentes.

1 Es Licenciado en Sociología por la Facultad Multidisciplinaria de Occidente de la Universidad de El Salvador, investigador del grupo Herencias y perspectivas del marxismo del Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales (CLACSO). Maestro en Estudios de Cultura Centroamericana, Opción Literatura. Jefe de la Biblioteca de la Facultad Multidisciplinaria de Occidente.

A partir de los Acuerdos de paz, la violencia social toma de nuevo el escenario y las denominadas pandillas comienzan a crear niveles de violencia altos, superando los generados por la guerra civil salvadoreña. Las soluciones propuestas desde el gobierno de la república fueron la modificación del código penal a través del incremento de las penas y el apareamiento de leyes criminalizando a la juventud en general.

Entre dichos planes, los más criticados fueron: el de la mano dura y la super mano dura implementados en los gobiernos de Francisco Flores y Elías Antonio Saca. Hasta el año 2014, la política criminal mantendría los mismos planes criminalizadores, sin ofrecer oportunidades a los jóvenes, sector vulnerable para el reclutamiento y crecimiento de las estructuras criminales en el país.

I. El aporte de la teoría sociológica al análisis de la violencia social

Para entender las teorías sociológicas de la violencia, es importante comprender algunos conceptos sobre los cuales se ha intentado explicar el fenómeno. Para autores como Durkheim, Weber, Merton y Parsons, la violencia debe ser explicada a través de los conceptos de anomia, acción social, consenso, armonía social, equilibrio social, hecho patológico, entre otros.

En palabras de Durkheim, la explicación fundamental, que gira en torno a la violencia es que debemos entenderla como un hecho patológico. Este concepto explica la violencia como hechos no aceptados en la sociedad, debido a que sus consecuencias causan un desorden en la misma y en su funcionamiento. Para Durkheim, citado por López, el hecho patológico es *“sinónimo de organismo no sano o función que daña o altera el equilibrio vital de la sociedad. El hecho patológico es la acción mala, por ejemplo, el crimen”*.²

2 Raúl López Grijalva. Sociología para universitarios. (San Salvador: EDIPRO, 2017), 50.

Por ello, para este autor el aumento de la delincuencia se debe a que los mecanismos de control han fallado, es decir, las normas y prácticas sociales aceptadas en una sociedad. En otras palabras, hay restricciones sobre las aspiraciones de las personas. Para el caso de El Salvador, los índices de violencia social han incrementado debido a factores como: el desempleo, desigualdad social y la herencia de una cultura de la violencia que no permite mantener un orden social en términos funcionalistas.

Estas formas en contra del equilibrio social suceden para Durkheim, citado por Zofio y Bonavena, cuando:

“(...) Al adquirir más rápidamente nuevas necesidades que las posibilidades de satisfacerlas se acumulan sentimientos de amargura y frustración. Con la rápida disolución de las solidaridades comunales y la creciente disonancia entre las experiencias de la vida y la estructura normativa que las regula, las tensiones y las hostilidades generaron crímenes, suicidios locuras y arranques espontáneos de sufrimiento popular (...)”³

El anterior planteamiento explica que la violencia social sucede cuando hay una falta de oportunidades en una sociedad determinada. En el caso del país, la falta de políticas en el área de la juventud ha mermado el tejido social y los jóvenes no han tenido otra opción que integrarse a las pandillas y estos grupos han provocado conflictos en los centros escolares.

Asimismo, para Merton, la violencia se debe a causas anómicas en una sociedad. Para dicho autor, los factores culturales juegan un papel importante en la trasmisión de los valores y normas al interior de los agentes socializadores. Al igual que Durkheim, piensa que las instituciones sociales tales como la familia y la escuela son las principales en lograr que sus miembros se adapten a un sistema social. Cuando las normas no son respetadas en una sociedad,

3 Ricardo Zofio y Pablo Bonavena. El objetivismo sociológico y el problema del conflicto social: la perspectiva de Emilio Durkheim. *Revista del programa de Investigaciones sobre Conflicto Social*. no. 1 (2008), 83-84.

entonces se presentan conductas desviadas en los individuos. En ese sentido, Merton expresa:

“(...) los padres sirven de banda de transmisión de los valores y los objetivos de los grupos de que forman parte, sobre todo de su clase social o de la clase con la cual se identifican. Y las escuelas son, naturalmente, la agencia para la transmisión de los valores vigentes (...)”.⁴

Así pues, la familia y la escuela son dos instituciones sociales importantes para la formación de valores en los individuos. De tal manera, para González, los grandes problemas que afectan a los salvadoreños son las exclusiones económicas, culturales y políticas que recaen sobre sectores mayoritarios, entre los que se encuentra la familia y la escuela como agentes socializadores primarios.⁵

Cuando los individuos que integran estos dos agentes socializadores violentan las normas sociales, están en la presencia, en palabras de Merton, de una desviación de la conducta. Buckley expresa *“(...) Ello significa que la adhesión a la conducta canalizada socialmente conduce, en el curso natural de los hechos sociales, a premios (no recompensas), y la desviación conduce a penalidades (no castigos) (...)”*.⁶

La normatividad, desde los teóricos del funcionalismo, conlleva a las personas a mantener un comportamiento adecuado, pero la violación a estas normas tiene su correspondiente castigo. Dicho castigo juega un papel equilibrante para los individuos; en el caso de la realidad salvadoreña, la violencia juvenil de finales de los noventa, fue corregida mediante la aplicación de leyes penales con miras a mantener el orden social y disminuir los hechos de violencia.

4 Robert Merton. *Teoría y estructuras sociales*. (México: Fondo de Cultura Económica, 2002), 215.

5 Véase. Luis González. *Educación, conocimiento y emancipación*. (San Salvador: EDIPRO, 2014).

6 Walter. Buckley. *La sociología y la teoría moderna de los sistemas*. (Buenos Aires: Amorrortu Editores, 1977), 242-243.

Para finalizar, se revisará las perspectivas de Weber y Parsons sobre la violencia. Ambos teóricos sostienen que esta proviene de una conducta desviada o anómica que no permite un desarrollo adecuado de los grupos y los individuos. La explicación de la violencia parte por entender la conducta de las personas a través de sus acciones, de esta manera se puede controlar la manera de actuar de las mismas.

Además, para controlar las conductas, Weber propone establecer un monopolio en el ejercicio de la violencia que resida en el Estado y que, a través de este, no se expanda a otros grupos. Para el sociólogo estadounidense Parsons, la violencia puede explicarse desde la normatividad y el consenso social. Para que una sociedad se mantenga en armonía social, es decir, no presente problemas disfuncionales en un orden normativo a través de reglas y valores. Por ello Parsons, plantea:

*“El núcleo de una sociedad, como sistema, es el orden normativo, organizado dentro de un patrón, a través del que se organiza colectivamente la vida de una población. Como orden, contiene valores y normas diferenciadas y particularizadas, así como reglas, que requieren referencias culturales para resultar significativas y legítimas (...)”.*⁷

De esta manera, los diferentes grupos dentro de la sociedad deben estar regulados por un sistema normativo, el cual en la sociedad salvadoreña debe estar dirigido por reglas dentro del hogar y la escuela que mejoren los procesos de convivencia social entre los diferentes miembros y otros grupos sociales, incluyendo a la escuela.

De igual modo, Parsons apuntaba que estas normas sociales debían interiorizarse en los individuos, debido a que muchas veces las conductas de estos se desvían, se vuelven difusas y con ello se violentan las normas. Esto quiere decir que problemas como la violencia sean vistos como algo normal por las personas al no haber un respeto por los valores y normas que regulan

7 Talcott Parsons. La sociedad. *Perspectivas evolutivas y comparativas*. (México: Trillas, 1983), 24.

la conducta.

Sin embargo, muchas de estas teorías no explican de donde provienen esas fallas en las normas. Por ejemplo, en el país, muchos actos de violencia juvenil se deben a factores sociales y culturales de carácter estructural, como la desigualdad y la marginación social de los jóvenes, la falta de políticas públicas que generen oportunidades en los mismos.

En este segundo apartado se analizará el fenómeno de la violencia desde otras teorías que han retomado otros elementos para explicar los problemas de las conductas en los individuos. Entre ellas están: las del control social, apuntando que las malas conductas solo pueden ser controladas aplicándoles una dosis de poder a través de la autoridad. De igual manera, las relaciones de poder intervienen en estas y se les ha dado prioridad a medidas coercitivas.

Asimismo, las conductas violentas se han tratado de explicar como una forma de desviación por parte de los individuos y la cual se ha asociado a los delitos. De esta manera, estas dos teorías explican, desde su visión, el problema de la delincuencia. Sin embargo, la puesta en marcha de las mismas ha conllevado a resolver los problemas de una forma coyuntural, la cual no ha atacado los factores estructurales de una manera equilibrada.

Con base en lo anterior, es importante hacer la siguiente pregunta ¿qué es una desviación? En términos generales se le asocia con aquellas personas que no aceptan vivir con las reglas que se han establecido en la sociedad. Muchas veces se le asocia con el delito, pero en la realidad va más allá de esto. Giddens, la define como *“la falta de conformidad con una serie de normas dadas, que si son aceptadas por un número significativo de personas de una comunidad o sociedad (...)”*.⁸

Esta forma de comportamiento que no acepta las reglas, si se aplica al caso del país, tiene a su base muchas causas y sobre todo porque ha afectado a instituciones como la familia, la escuela y la comunidad. La mayoría de las personas que conforman estos grupos provienen de familias pobres que no

8 Anthony Giddens. *Sociología*. (Madrid: Alianza Editorial, 2000), 267.

pueden darles educación a sus hijos o han sido marginados por la sociedad.

Para el caso de El Salvador, el fenómeno de las maras es un ejemplo claro. La conformación de estas, a partir de los noventa, está causando graves problemas a la sociedad salvadoreña y a instituciones como la escuela. Por ello, López define una conducta desviada cuando la sociedad reconoce que ha violado las reglas de convivencia y para la cual existe una sanción.⁹ La sanción con la que se ha corregido a los individuos, la cual se ha utilizado desde épocas anteriores ha sido el castigo corporal. Estas formas son maneras de controlar la conducta individual y grupal. Foucault, citado por Daza, define el castigo como:

*“Una técnica de coerción de los individuos; pone en acción procedimientos de sometimiento del cuerpo, con los rastros que deja, en forma de hábitos, en el comportamiento; y supone la instalación de un poder específico de gestión de la pena”.*¹⁰

Los castigos son impuestos por un poder, por lo tanto, estos se dan mediante relaciones jerárquicas de poder. Así, por ejemplo, en la familia, los padres, en la escuela los docentes o autoridades, en un país los organismos de seguridad. Sin embargo, en El Salvador la conformación de los grupos denominados maras ha generado que estos demuestren poder a través de la violencia social. Por ende, al Estado solo le ha quedado la opción de resolver el problema mediante la coerción a través de la policía y el ejército.

Estas formas de control social tienen que ver con la aplicación de la violencia física en las maras. En los últimos diez años se han creado una serie de leyes encaminadas a castigar a dichos grupos, pero no se ha resuelto el problema. Buckley considera el poder como una forma de controlar las conductas de otros, mediante la regulación de las conductas por el sistema. En opinión de Berger, la violencia física es el único mecanismo de control eficaz en cualquier

9 Véase Raúl López Grijalva. Sociología para universitarios...

10 María Daza, Vigilar y castigar: el nacimiento de la prisión, 7. <https://es.scribd.com/document/140667463/Vigilar-y-Castigar-Michel-Foucault>.

sociedad y expresa:

*“Allí donde viven o trabajan seres humanos en grupos compactos, en los cuales son conocidos personalmente y con los que están vinculados por sentimientos por sentimientos de lealtad personal (la clase que lo sociólogos llaman grupos primarios), se ejercen mecanismos de control muy potentes y al mismo tiempo muy sutiles para atacar el descarrío efectivo o potencial (...)”.*¹¹

Los mecanismos de control de los que habla Berger son los establecidos en la familia, la escuela, amigos, entre otros. Para él, dichos grupos deben ser los encargados de corregir las desviaciones en sus miembros. Pero, en el país, el dañado tejido social ha debilitado a estos grupos y los ha hecho vulnerables, incluso estos mismos han sido reproductores de violencia en la sociedad.

II. La violencia entre grupos estudiantiles: antecedente del apareamiento de las pandillas

Los primeros conflictos que se dieron entre diversos grupos estudiantiles tiene sus orígenes a principios de la década del cuarenta del siglo pasado. Dichas rivalidades fueron concebidas como búsqueda de liderazgo por parte de diversos grupos de distintas instituciones. Las causas de estas peleas se le atribuían a la identidad creada en los estudiantes de las instituciones educativas públicas contra las privadas.

Hasta 1980, la violencia ejercida por estos grupos estudiantiles se consideraba todavía sana. Es decir, presentaba causas por disputas de liderazgo, ganar prestigio, ser el mejor, entre otras. Así también, un estudio realizado por FUNDASALVA, citado por Savenije y Beltrán, afirma:

11 Peter Berger. *Introducción a la Sociología*. (México. LIMUSA. 2012), 104.

“La explicación más frecuente” encontrada por FUNDASALVA – sobre la manifestación de la violencia estudiantil – es que se puede “interpretarla como una ‘rivalidad’ que existe entre los institutos técnicos e institutos nacionales”. En este marco, FUNDASALVA indica que “a la base de la rivalidad se establece el supuesto de imagen o estereotipo de superioridad en diferentes ámbitos” Entre las otras explicaciones, dadas por los participantes de los grupos focales, se caracterizan los actos de violencia como conductas impulsivas; mencionan la afiliación de estudiantes a pandillas o maras, y consideran la rivalidad como una tradición heredada. Además, “para algunos alumnos, las riñas surgen como un proceso de autodefensa y de reivindicación del honor de la institución en la que estudian”. Lastimosamente, no queda claro cómo dichas explicaciones se relacionan entre sí”.¹²

Dicha respuesta muestra como la violencia en la escuela, en sus primeras décadas, obedeció a factores de rivalidad entre estudiantes, hasta su evolución a principios de la década del dos mil. En dicho sentido, se parte a explicar la evolución de la problemática hasta llegar a explicarlo en los niveles actuales, considerando nuevas variables y dimensiones. En un primer momento, se debe partir que la violencia generada en los centros educativos data de una larga historia, que no solo tiene que ver con la guerra civil o la pérdida de valores en los jóvenes durante la época de la posguerra. Las rivalidades entre estudiantes surgen a principios de la década del cuarenta; esta violencia se generaba en base a un eje central, el deporte.

Entre esos primeros centros educativos, en los cuales se generaba dicha rivalidad, se encuentran: el Liceo Salvadoreño, el Externado de San José, el Colegio García Flamenco y el Instituto El Salvador. Eran las barras de los equipos de fútbol y basketball donde los conflictos se hacían presentes. Estos primeros conflictos se mostraban a la palestra pública mediante la difusión de los periódicos. Tal como lo afirma Savenije y Beltrán:

12 Win Savenije y María Beltrán. *Compitiendo en bravuras. Violencia estudiantil en el Área Metropolitana de San Salvador*. (San Salvador: FLACSO, 2007), 5.

“En 1946, los periódicos hablaban con indignación, pero también con sorpresa sobre los acontecimientos desarrollados en el estadio. Por ejemplo, un periodista de La Prensa Gráfica se quedó sorprendido cuando: “en plena cancha [...] varios jugadores del equipo negro agredieron a varios jugadores del Liceo” (“Un espectáculo,” 1946). Cuatro días después, el mismo periódico mostró su incompreensión de la conducta de las barras, haciendo referencia a ‘la noble misión del deporte’ cuando da una reprimenda dirigida a los miembros de las barras: “el sábado la barra ‘flamenca’ olvidando la noble misión del deporte en sí, hizo [...] gala de una cultura que mucho dudamos le sea impartida en un centro educativo de la bien ganada fama y prestigio del Colegio García Flamenco” (“Candente,” 1946) (...).”¹³

Estas primeras riñas las protagonizaron estudiantes de colegios privados donde, por lo general, estudiaban hijos de las clases acomodadas. La manifestación de esta violencia era vista como algo normal dentro de las instituciones educativas, pese a que sus consecuencias eran, en muchas ocasiones, dañinas para los estudiantes y el público en general. Por otro lado, para 1950 la peleas entre las distintas barras fue incrementando y sus consecuencias fueron peores. La rivalidad no se expresó solo en las peleas en los partidos de basketball si no también fuera de los mismos. Con base en ello, las manifestaciones de la violencia se volvieron más una costumbre para los grupos estudiantiles.

Esta década representó el aumento de los conflictos entre los centros educativos, lo que generó detenciones e intervención de los jueces en dichas peleas. Oliva y Savenije y Beltrán expresan:

“(...) Después de un partido de básquetbol efectuado en el Gimnasio Nacional entre los equipos del Externado San José y el Instituto El Salvador, que fue ganado por el equipo del Externado, los buses que llevaban a los estudiantes aficionados del equipo ganador de regreso a su colegio fueron atacados. El mismo periódico explica más detalladamente lo que pasó: dos autobuses escolares del Externado San José fueron

13 Win Savenije y María Beltrán, 18.

*cogidos a pedradas y uno de ellos a balazos por una multitud de jóvenes estudiantes, descontentos por la derrota que les infirieron en un partido de básquetbol”.*¹⁴

La anterior confirma el nivel al que llegaron las riñas entre diversos grupos estudiantiles pertenecientes a las barras de los colegios de la época. A diferencia de la década del cuarenta, la policía tuvo que intervenir en dichos conflictos y en algunos casos llegó a mano de jueces. De igual manera, para la década de los años sesenta y setenta las rivalidades empezaron con la exigencia de otro tipo de demandas, las cuales estaban dirigidas al gobierno y al Ministerio de Educación (MINED).

Así pues, se pretende esclarecer que para 1960-1970 hubo una combinación de demandas, tanto en lo deportivo como en las demandas sociales que empezaban a mostrar una clara diferencia entre los institutos públicos de los colegios privados. En esta lógica, Oliva menciona:

*“Durante los años sesenta y setenta las riñas estudiantiles, cuyas causas para los jóvenes estaban en la rivalidad deportiva dentro de los campeonatos que jugaban sus equipos colegiales, dejaron de ser casos aislados y pasaron a ser un patrón de los juegos, en los que la Policía tenía un papel disuasivo”.*¹⁵

Como se dijo, la violencia escolar de estas décadas involucro la intervención de los cuerpos de seguridad en la disuasión de la violencia entre los centros educativos. Esto se debió a que las luchas empezaron a tomar otras dimensiones, las cuales incluían el uso de piedras, armas y quemas. Cualquier evento deportivo significaba la aparición de conflictos en cualquier instante de la competencia, por lo que las barras estaban conscientes a la hora de asistir a dichos encuentros deportivos.

14 Héctor Oliva. Matices cronológicos de la violencia escolar en El Salvador (Apuntes críticos para la comprensión del fenómeno). *Realidad y Reflexión*, No. 42 (2015), 21. <http://dx.doi.org/10.5377/ryr.v42i0.2815>

15 *Ibid*, 15.

Para la década de 1980, la situación de las rivalidades no cambiaría. Sin embargo, las peleas entre los centros educativos fueron con base en el honor y la identidad de los estudiantes con la institución a la que pertenecían. El uso de mascotas o símbolos del mismo bastaba para que las riñas estudiantiles aparecieran en los juegos deportivos, tal como lo afirma Savenije y Beltrán:

*“En ese incidente, la sola presencia de los atletas y la exhibición de las mascotas – es decir, de los símbolos que representan el honor, orgullo y la identidad de las instituciones – fueron suficientes para provocar un enfrentamiento violento entre las barras. Jugar animosamente un partido y perderlo, una barra emocionada y sobrecalentada en sus ánimos viendo a sus favoritos derrotados, dejaron de ser ingredientes necesarios para desatar el enfrentamiento. La rivalidad empezó a ganar otras características que más adelante crearían una nueva situación en la cual también el escenario deportivo perdería su importancia”.*¹⁶

Las rivalidades de los años ochenta presentaron una cuestión múltiple en la aparición de las rivalidades. Ya no bastaba que hubiera un juego deportivo, sino que también aparecieran insignias de la institución y además de solo pertenecer a uno de los centros educativos rivales, INFRAMEN, ITI, Externado de San José, Gracia Flamenco, entre otros.

Cualquier estudiante de esa época coincide en que la identidad jugó un papel importante a la hora de generar las riñas entre las instituciones educativas. Si el estudiante era del INFRAMEN, no se podía estar cerca de los estudiantes del ITI, de igual manera, si se era de un colegio privado no se podía acercarse a los públicos y viceversa. Ello provocó que a los estudiantes de los colegios privados se les llamara “pequeños burgueses” y esto a la vez dio origen a una nueva rivalidad.

Para finales de la década del ochenta, los disturbios generados por la violencia estudiantil se fueron separando del deporte y podían ocurrir en cualquier lugar. Las agrupaciones entre distintas instituciones le dieron otro

¹⁶ *Ibid*, 27.

rumbo a las rivalidades entre los estudiantes de diferentes zonas. El uso de armas fue cambiando poco a poco, si antes se habían utilizado cinchos, piedras y puños, a principios de los noventa se empezaron a utilizar machetes, navajas y armas hechizas. En cuanto a las alianzas, Savenije y Beltrán afirman:

“Paralelamente, la inercia de las confrontaciones llevó a un proceso de búsqueda de aliados. Para sentirse más seguros o más protegidos los estudiantes empezaron a buscar apoyo con los alumnos de otros centros educativos. La barra de la ENCO fue una de las primeras que se comprometió como aliada del INFRAMEN (...).”¹⁷

Este sistema de alianzas entre las barras de los diferentes institutos fue creando rivalidades ya no por el deporte o por la identidad con la institución, sino rivalidades por zonas entre los diferentes estudiantes y el uso además de nuevas armas para dañar a otros. Esta situación fue empeorando durante toda la década del 90 y la violencia en los centros educativos fue tomando un rumbo ajeno a las sucedidas en las anteriores décadas. En palabras de Savenije y Beltrán:

“Así pues, con la ampliación de las rivalidades, las cuales se convirtieron en enemistades generalizadas, también cambiaron las armas que utilizaban los estudiantes. En los noventa aunque los puños, cinchos y piedras posiblemente se mantuvieron como las armas más usadas, también se menciona el uso de navajas, cuchillos, machetes y armas hechizas que emplean cartuchos de escopetas (...).”¹⁸

A partir de este momento aparece el concepto de mara estudiantil, para referirse a los estudiantes que provocaban disturbios en la vía pública. La década de los noventa se caracterizó por la generalización de los disturbios en cualquier espacio de la vía pública por estudiantes, en su mayoría de institutos públicos, cuya rivalidad ya no era el deporte, sino la defensa de territorios.

El nuevo tipo de violencia generada por los estudiantes fuera de las escuelas se le denominó “rivalidades sin deporte”. Comienzan a surgir en

17 *Ibid*, 29.

18 *Ibid*, 30

este periodo las denominadas pandillas juveniles que, posteriormente, fueron conocidas como maras. El asesinato de estudiantes es una nueva modalidad para la década del 2000, por ejemplo, los estudiantes del INFRAMEN y del Centro Cultural Italiano.

El aumento de la muerte de estudiantes generó alarma en las autoridades de educación, tomando en cuenta la coexistencia entre las barras estudiantiles y las pandillas que empezaban a ser los principales generadores de la violencia en la escuela y la sociedad en general. En el año 2001 se detuvieron 123 estudiantes, en el 2002 fueron 130, para el año 2003 fueron 187 estudiantes, mientras que para el año 2004 aumentó a 245 estudiantes.

El número de asesinatos fue otro dato en aumento, para el año 2001 fue de 123 estudiantes, en el 2002 fueron 130, para el año 2003 fueron 187 estudiantes, mientras que para el año 2004 aumentó a 245 estudiantes. De hecho, el carácter de las conductas antisociales, según la Organización de las Naciones Unidas (2007) están relacionadas con muchachos o jóvenes que se encuentran en una situación de desocupados y, por ende, le toca que dedicarse a delinquir.¹⁹ Esta lógica empezó a notarse fuertemente en el país a principios del siglo XXI, cuando la situación de las pandillas juveniles, representaba un problema grave.

III. La violencia social en El Salvador

Hablar del fenómeno de la violencia social, a partir de mediados de los años noventa, requiere en opinión personal, diferenciarla de la que sucedió en la década de los ochenta. En este contexto se habla de una nueva forma de expresión de la violencia que tiene su origen en las pandillas. De igual manera, las pandillas son un nuevo tipo violencia que tiene un carácter social y que se asienta en el frágil tejido social del país.

19 Organización de las Naciones Unidas. *Crimen organizado en Centroamérica*. (New York: United Nations Publication, 2007).

Esta violencia generada por los grupos antes mencionados tuvo una fuerte acogida entre los jóvenes que habitaban en zonas marginales, los cuales poco a poco fueron generando los siguientes problemas: asaltos, peleas, disputas de territorio, conflictos en la escuela, entre otros. Según el PNUD:

“(...) las pandillas se asientan en un contexto caracterizado por la convergencia de frágiles estructuras familiares, escaso control parental, insuficiente presencia de instituciones de protección social, débil interacción entre agentes socializadores primarios (como la familia y la escuela), grandes desventajas económicas y sociales, y la existencia de economías sumergidas o ilegales que surgen, en parte, como respuesta a una estructura socioeconómica incapaz de cubrir formalmente las necesidades básicas de la población. Estos, entre otros factores y carencias, son los que llevan a que un joven decida participar en una pandilla”.²⁰

El apareamiento de las pandillas acrecentó el fenómeno de la violencia social en el país, la respuesta con medidas represivas y la creación de cárceles no fue la mejor solución sino se atacaban los factores que buscaran mejorar las condiciones de la población. Además, los problemas psicosociales dejados por la guerra contribuyeron a la expansión del fenómeno, sobre todo porque no hubo un saneamiento social ni mental en las personas.

Asimismo, el componente de la desintegración familiar jugó un papel importante en la integración de jóvenes a las pandillas; buen porcentaje de hogares a finales de la década de los noventa e inicios de la primera del nuevo siglo tenían como cabeza de hogar a la madre. Ello ha provocado que estas no puedan cuidar a sus hijos, ni puedan estar pendientes de lo que hacen. En palabras de Smutt y Miranda:

“Estas pandillas son un hecho social preexistente al proceso de transición política iniciado con la firma de los Acuerdos de Paz en 1992.No obstante, fue desde esa coyuntura que las dimensiones y características asumidas por dichos grupos

20 Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo. *Informe sobre Desarrollo Humano*. (San Salvador: PNUD, 2013), 214-216.

motivaron una amplia preocupación social y estatal, que se sustentó, muchas veces, en una equívoca percepción del fenómeno. Debido a ello, la etapa transicional fue escenario de marcadas tendencias para estigmatizar a los jóvenes organizados en pandillas y para aplicar “soluciones” coercitivas al problema”.²¹

Lo afirmado por Smutt y Miranda no fue tomado en cuenta por los gobiernos de la época ni los futuros, la solución a través de la coerción y la cárcel fue la medida implementada. Los gobiernos no entendieron el fenómeno que representaba esta nueva problemática social, la cual generaba una nueva polarización social en el país, diferente al de la guerra civil.

Para la autora, los procesos de socialización juegan un papel importante a la hora de entender el problema de las pandillas. Desde los años ochenta, El Salvador vivió masivas migraciones lo que generaba altos niveles de desintegración social en la familia. Así también, el factor del conflicto que vivió el país dejó una cultura de la violencia impregnada en la sociedad. Con base a lo anterior, Smutt y Miranda exponen:

“Por lo tanto, entender la violencia como sinónimo de delincuencia, además de reducir la problemática, define en cierta forma quiénes son los “buenos” y quiénes los “malos”. De tal forma, los desempleados, los marginados, los jóvenes, los alumnos de un determinado instituto y, en definitiva, personas en situación de riesgo social son considerados “potenciales delincuentes” que deben ser controlados”.²²

Bajo esa lógica, la violencia social que se ha venido desarrollando en el país ha sido vista desde un enfoque más jurídico, en vez de entenderlo desde la lógica o el punto de vista social. Estas ideas la reflejan la puesta en marcha de planes como la mano dura y súper mano dura del año 2003 y 2004 respectivamente. Si el problema de la violencia tiene fuertes matices de exclusión, dichas leyes, en palabras de Meléndez y Bergmann, consistieron en:

21 Marcela Smutt y Jennifer Miranda. *El fenómeno de las pandillas en El Salvador*. (San Salvador: FLACSO, 1998), 11.

22 *Ibíd*, 24.

“El plan policial de mano dura, además de transgredir derechos humanos, no tuvieron otros resultados respecto al fenómeno, y las leyes antimaras eran, sobre todo, inconstitucionales y curiosamente temporales, dictados en periodos preelectorales. No se aplicaron en los tribunales y el fenómeno, lejos de disminuir, creció”.²³

La lógica de los planes de seguridad entre los años 2003 y 2004 fue una medida coyunturalista y de carácter político, que tenía como objetivo mostrar a la población que había un interés por resolver el problema de la violencia en el país. Esa solución implicaba a las escuelas, comunidades y familias donde se encontraban los jóvenes, en su mayoría con factores de riesgo de caer en las pandillas. La siguiente figura muestra los diferentes tipos de riesgos:

Figura 1. Factores de riesgo en jóvenes

Factores de riesgo en jóvenes pandilleros.	Factores de riesgo en jóvenes no afiliados.	Factores de riesgo amplificados.
Familia: vínculos débiles. Escuela: conductas conflictivas. Individuo mismo: creencias antisociales. Amigos: amistades antisociales.	Familia: lazos afectivos con adultos pro sociales. Escuela: valorización como una acción positiva para el futuro. Individuo mismo: proyecto de vida/ actitud más positiva sobre eventos negativos. Amigos: amistades similares a ellos.	Familia: niños y niñas que nacen de uno o ambos padres miembros de pandilla.
Comunidades: las pandillas tienen presencia en comunidades caracterizadas por un contexto social desventajoso.		

Fuente: Adaptado del Informe de Desarrollo Humano, 2013

23 Oscar Meléndez y Adrián Bergmann, Adrián. ed. *Violencia en tiempos de paz: conflictividad y criminalización en El Salvador*. (San Salvador: Secretaría de Cultura de la Presidencia, 2015), 117.

La anterior muestra los niveles de riesgo en que se encuentran los jóvenes en los distintos grupos tales como la familia, los amigos y la comunidad. Pese a que en América Latina cada país tiene políticas en materia de juventud, muchos se quedan engavetados y no se ponen en marcha. Esta idea la refleja Rodríguez, al decir que: *“En el mejor de los casos, algunas de las propuestas incluidas en dichos documentos de política pública, se han implementado a partir de los esfuerzos aislados de alguna de las instituciones gubernamentales operantes en este campo”*.²⁴

Lo grave del problema de la violencia social en el país son las magnitudes y su implicación en instituciones como la escuela. Es decir, la violencia tradicional que se ejercía en la escuela junto con la producción de los entornos está causando alarma entre los profesores y alumnos. En opinión personal, el problema de la violencia social debe empezar por atacar aquellas causas que la provocan.

IV. La política criminal juvenil en El Salvador

El control de la violencia social representa, en la actualidad, una grave problemática para el gobierno. Ello implica poner en práctica una serie de políticas criminales que hagan menguar los elevados índices de criminalidad en el país. Bajo esa lógica se hará un recorrido histórico, de manera general, sobre las diferentes formas de tratar el problema antes mencionado.

En El Salvador desde finales del siglo XIX y durante el XX se han puesto en marcha tres grandes leyes como consecuencia de los altos niveles de delincuencia juvenil, las cuales son:

- 1) La ley de Policía de 1879
- 2) Ley Represiva de Vagos y Maleantes de 1931 y,
- 3) Ley para tratar los Menores de 1966

²⁴ Ernesto Rodríguez. *Políticas de juventud y desarrollo social en América Latina: bases para la construcción de respuestas integradas*. (San Salvador: UNESCO, 2011), 12.

A la par de dichas leyes se establecieron reformas a los Códigos Penales que servían de auxiliares para tratar el fenómeno. Durante este periodo, los gobiernos intentaron controlar la delincuencia mediante la aplicación de penas o castigos que debían cumplir los menores que violaban la ley. La política criminal, parafraseando a Zúñiga, busca detener el fenómeno propiamente criminal en una sociedad, mediante la implementación de dos tipos de políticas: la política criminal represiva, violadora de los derechos fundamentales de las personas y la política criminal preventiva, que hace hincapié en la prevención del problema.²⁵

De esta manera, en el país la delincuencia ha sido tratada bajo un enfoque represivo, basada en parte en la concepción del orden weberiano, mediante la concentración del monopolio de la violencia en manos del Estado. Además, hubo diversas formas en que se juzgaban a los menores delincuentes. Ante esto Meléndez y Bergmann manifiestan:

*“(...) El código de instrucción criminal de 1902 establecía que dos facultativos o personas inteligentes examinaran las facultades intelectuales del menor encausado, si concluían que este había obrado con discernimiento se continuaba el proceso en su contra hasta determinar la culpabilidad o no (...)”.*²⁶

Los jueces se auxiliaban de dos personas para poder tomar una decisión a la hora de condenar a cualquier menor que cometía un delito. Con esto, se pretendía garantizar un juzgamiento más objetivo en el sistema de justicia de la época. Sin embargo, para 1915 los procedimientos para juzgar a los menores dependían propiamente del juez. Asimismo, este decidía si se enviaba a una Correccional de Menores o a una cárcel para adultos debido a la falta de una Ley de Tutelar de Menores, que se creó hasta 1966.

25 Laura Zúñiga Rodríguez. *Nociones de política criminal*. (Salamanca: CISE, 2009).

26 Oscar Meléndez y Adrián Bergmann, ed. *Violencia en tiempos de paz: conflictividad y criminalización en El Salvador*. (San Salvador: Secretaría de Cultura de la Presidencia, 2015), 87.

Las causas de la delincuencia juvenil fueron atribuidas a diversos factores: los hereditarios, físicos o ambientales, la pobreza, acceso a educación, y oportunidades laborales para los jóvenes. Es decir, los gobiernos no eran capaces de garantizar las mínimas condiciones para que una familia supliera las necesidades básicas de sus miembros. Bajo esa lógica, Meléndez y Bergmann sostienen:

*“En suma, las causas de la delincuencia de menores de edad se atribuyeron a condiciones sociales que mayormente solo adolecían las familias pobres, como la carencia de vivienda y la alimentación adecuada y falta de acceso al sistema de sanidad y alfabetización. Se concluyó que las familias pobres no eran capaces de ofrecer las condiciones morales necesarias para educar a sus miembros más jóvenes, pues no brindaban el buen ejemplo (...)”.*²⁷

El estado propicio de las condiciones de violencia provocó el aumento de la delincuencia entre los años 1920 a 1940 lo que obligó a los gobiernos de turno a crear Escuelas Correccionales, con el objetivo de reinsertar a los menores de nuevo a la sociedad. Entre las más importantes se encontraban:

- a) Correccional de menores La Reforma, fundada en 1917
- b) Escuela correccional de mujeres menores de edad en 1917
- c) Escuela correccional de varones menores de edad en 1921
- d) Escuela correccional de menores, fundada en la capital en 1935
- e) Escuela correccional de menores, fundada en Santa Ana en 1929

Estas instituciones serían las encargadas de reinsertar a los menores a la sociedad, para ello, se les enseñaban distintos oficios como: carpintería, zapatería, panadería, entre otros. Por otra parte, La Ley Represiva de Vagos y Maleantes de 1931 tenía como objetivo reducir los índices delincuenciales de la época. Generalmente los delitos por los que eran acusados la mayoría de jóvenes era el robo o la pertenencia a bandas de ladrones.

²⁷ *Ibid*, 95.

Para el año de 1944 y 1945 se le hacen modificaciones a la Constitución de la República a fin de establecer una ley más específica para tratar a los menores delincuentes, agregando el artículo 59 en 1944 y el 153 en 1945. Esta realidad se mantendría hasta 1966, cuando el país crea la Ley Especial para los Menores, que se había adoptado tiempo antes en los demás países de Centroamérica.

A partir de la década del cuarenta, también aparece el conflicto estudiantil que se desarrolla entre los colegios e institutos más prestigiosos de la capital, al cual se hace mención en el apartado dos de este capítulo. Sin embargo, la situación de la violencia empieza a cambiar a partir de los años noventa, cuando se empiezan a conformar las pandillas, entre ellas las denominadas “Mara Salvatrucha 13” y “Barrio 18”. Al respecto, el PNUD afirma:

*“Las pandillas han existido en América Central desde al menos los 1960’s y 1970’s, disminuyendo su importancia durante las guerras de los 1980’s. Pero los grupos cambiaron radicalmente cuando fueron cruzados con los deportados que llegaban de los Estados Unidos en los años 1990’s. Actualmente, la cultura de pandilla de países como El Salvador, Honduras y, en un menor grado, Guatemala, se parece mucho la de las áreas hispanas de Los Ángeles en muchos aspectos, aunque la fortaleza de los vínculos entre pandilleros en Centroamérica y aquellos de los Estados Unidos está aún siendo investigada”.*²⁸

Esto muestra cómo el fenómeno inició a conformarse y se consolidó a partir de los años noventa, tal como lo señala González. La guerra civil, que había durado doce años, dejó una cultura de la violencia inmersa en el país. En palabras de Martín-Baró, la población sufría un trauma, es decir, una herida dejada por la guerra en términos mentales, entre ellos, los nerviosos: angustia, tensión, afectando a la población más vulnerable.²⁹

28 Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, 65.

29 Véase Ignacio Martín-Baró. *Psicología social de la guerra*. (San Salvador: UCA Editores, 2000).

Además, las relaciones de convivencia estaban dañadas debido a la división entre dos bandos que generó el conflicto. Para mediados de la década del noventa, la violencia generada por las pandillas empezaba a tomar importancia en los principales medios, no solo en el país, sino en toda Centroamérica. Como respuesta a esto se creó, en palabras de Meléndez y Bergmann “(...) *la Ley Transitoria de Emergencia contra la Delincuencia y el Crimen Organizado* (...)”.³⁰

La ley se podía aplicar a adultos (dieciocho años en adelante) pero también se estableció que los menores de edad podrían ser juzgados como adultos. (Art. 22, literal b de la Ley en Cuestión). El fenómeno de las pandillas empezaba a generar identidad entre muchos jóvenes de familias pobres en todo el país. El carácter delincencial volvía a tener como protagonistas a jóvenes, tal como lo había sido durante las primeras cuatro décadas del siglo XX.

Esta ley duró poco tiempo y dejó de funcionar mientras en 1999 y 2003 los homicidios seguían al alza y el gobierno necesitaba dar una respuesta al fenómeno criminal. Como exigencia de la población, el gobierno crea el *Plan Mano Dura* y la *Ley Antimaras* (LAM) en el año 2003. Su ejecución no tenía la intención de resolver los efectos de la violencia, sino dar una respuesta coyunturalista ante la presión de la población.

La ley anterior apenas duró 180 días, ya que fue declarada inconstitucional y no logro los resultados deseados. Pero, la política criminal seguiría el mismo enfoque, para el año 2004 se lanza el *Plan Mano Dura*, el *Plan Súper Mano Dura*, y la *Ley para el Combate de las Actividades Delincuenciales de Grupos o Asociaciones Ilícitas Especiales* (LCADGAIE).

Este plan tenía por objetivo identificar aquellos jóvenes que pertenecían a las maras para poder hacer capturas y demostrar la eficacia de las autoridades encargadas de la seguridad pública. Sin embargo, datos de la Naciones Unidas reflejan que, para el año 2005, el país tuvo una tasa de 3,871 homicidios. De igual manera, el tema de las pandillas crecía y generaba una identidad con

30 Oscar Meléndez y Adrián Bergmann, 123.

jóvenes que habitaban municipios con grandes rasgos de desigualdad. En tal sentido, Savenije sostiene:

“En esa transformación, la idea del espacio que une a la pandilla ha cambiado drásticamente. Ya no es la comunidad donde crecieron los jóvenes el territorio y referente principal que une a la pandilla; ahora es la pertenencia a una unión más extensa. Esa unión va más allá de las comunidades donde viven los pandilleros individualmente considerados y sus clicas locales, la misma trasciende y aglutina a los grupos en diferentes barrios, ciudades, departamentos, e incluso países (...).”³¹

La cita anterior muestra lo grave del problema en los años posteriores a la puesta en marcha del *Plan Súper Mano Dura* debido a que la política criminal tuvo una característica represiva o coercitiva contra los jóvenes que integraban las pandillas. No había una fórmula mágica para resolver la problemática y las autoridades de seguridad estaban contra la espada y la pared.

En el año 2010, como consecuencia del aumento de los hechos delictivos, el gobierno de Mauricio Funes crea La *Ley de Proscripción de Maras, Pandillas, Agrupaciones, Asociaciones y Organizaciones de Naturaleza Criminal* (LPMPAAONC). Esto implicó hacerle modificaciones al Código Penal, con el fin de adaptarlo a la nueva Ley. Para ello, se modificó el art. 345 del Código Penal aumentando las condenas para los líderes de las pandillas y las agrupaciones ilícitas.³²

Las anteriores leyes tenían un denominador común, eran de carácter represivo y menos preventivo para controlar el fenómeno de la delincuencia juvenil. Para Fuentes (2015), este mecanismo tiene un carácter de Derecho Penal para enemigos; mientras que Savenije y Mata lo conciben como una Ley de carácter represivo que muy poco podría contribuir a la solución del problema, Mata lo expone de esta manera:

31 Win Savenije. *Las pandillas transnacionales o maras: violencia urbana en Centroamérica*. Redalyc. No. 3 (2007), 639. <http://www.redalyc.org/comocitar.oa?id=59911150007>

32 Oscar Meléndez y Adrián Bergmann, 136-137.

*“(...) La actitud gubernamental frente a la violencia y especialmente a las pandillas se ha traducido en políticas de control y represión, orientadas al endurecimiento de las leyes y a privilegiar la privación de la libertad sobre las estrategias de prevención, rehabilitación y reinserción social (...)”.*³³

Los cambios en la política criminal comienzan con la implementación del Plan El Salvador Seguro, articulando una serie de instituciones públicas y privadas para combatir la violencia. Dentro de las medidas que implementaría dicho Plan está la creación de la policía comunitaria, prevención de la violencia en las escuelas, comunidades en territorios violentos, cuyo modelo pretendió vincular a la ciudadanía con los Cuerpos de Seguridad.

Bajo la lógica anterior, las diferentes comunidades del país se encuentran controladas por las pandillas de la Mara 13 y 18; por ende, las políticas de seguridad no han resuelto el fenómeno en su totalidad, es decir, esa comunidad representa una realidad en la cual no se puede habitar tranquilamente.

La comunidad, vista como país, colonias, barrios, es una forma de amenaza para los habitantes que residen ahí. La seguridad y la libertad son dos valores que se contradicen y a los cuales con los altos índices de violencia social pareciera representar algo lejano de alcanzar en el corto plazo. El concepto de seguridad se volvió algo hostil para la mayoría de jóvenes excluidos en El Salvador y las pandillas representan el único camino.

Una de las características de las pandillas es la capacidad de realizar homicidios como ritual para que nuevos miembros ingresen. Esta es una forma de generar identidad entre los distintos miembros y el cual es causante de una buena parte de los homicidios. Su entrada en la pandilla se vuelve una rutina agradable, un “vacil”, ante esto, Martínez plantea:

33 David Mata. *Relación de los planes de seguridad pública impulsados por los gobiernos de el salvador a partir de la década del año 2000 respecto a los niveles de violencia*. (Tesis Maestría: Facultad Multidisciplinaria de Occidente de la Universidad de El Salvador, 2016), 31. <https://ri.ues.edu.sv/id/eprint/13574>

*“Ahí es donde uno tiene que demostrar que le gusta la pandilla. Que uno ama las dos letras. Ya después de eso ven que uno tiene huevos y ya se va ganando uno el respeto. Porque vaya, si uno mató a un enemigo que tenía bastante respeto en su pandilla, ese respeto le queda a uno también en la suya -me comenta el informante mientras hace brillar un cigarro entre sus labios”.*³⁴

Esta es la lógica de las pandillas en el país, los elevados niveles de exclusión social y falta de oportunidades, así como escenarios de convivencia con procesos de socialización basados en la violencia convierten a las comunidades en zonas de guerra entre las pandillas rivales.

Martínez, al convivir un año con la Mara Salvatrucha encuentra claras evidencias de estos escenarios, por ello, menciona *“La lógica de la guerra se vuelve cada vez más evidente. Son invitaciones, retos de bravura. Consiste en golpear y esperar la respuesta. Cada vez más fuerte. Cada golpe trae consigo su revés”.*³⁵ Esto se ha vuelto algo normal en El Salvador y las personas que lo viven ya están acostumbradas a vivir en escenarios de violencia.

Por lo tanto, las políticas criminales y de seguridad no han podido detener la violencia, en parte, porque no han abordado el fenómeno desde sus causas estructurales y ha prevalecido un método coercitivo-represivo contra los jóvenes y las cárceles se han vuelto en escuelas del crimen.

Esta lógica de la inseguridad es vista por el sociólogo Bauman como una forma hostil en la que los seres humanos no pueden moverse plenamente sobre eso que se llama “comunidad”.³⁶ La libertad que se presentaba en el pasado como un valor fundamental del ser humano se muestra como restricción en el país, en el sentido de que la comunidad ya no es vista como algo seguro, algo donde se pueda transitar sin ninguna preocupación.

34 Juan Martínez. *“La última comunidad de la colina”*, El Faro (17 de enero de 2011). www.elfaro.net/templates/elfaro/especiales/salanegra/ultimacomunidad.php

35 *Ibid.*, 110.

36 Zygmunt Bauman. *Comunidad*. En busca de seguridad en un mundo hostil. (Madrid: Siglo XXI Editores, 2006).

Esta idea está relacionada con el fenómeno de las pandillas en El Salvador, debido a que las mismas controlan esos territorios por donde circulan la mayoría de las personas civiles. En cierta manera, porque el progreso económico que se dio en unas minorías reforzó el sistema exclusionista y desigual y los jóvenes fueron vistos como meros desechos, algo no deseado, tal como lo plantea Bauman:

*“(...) Se trata más bien de «víctimas colaterales» del progreso económico, imprevistas y no deseadas. En el curso del progreso económico (la principal línea de montaje/desmontaje de la modernización), las formas existentes de «ganarse la vida» se van desmantelando sucesivamente, se van separando en sus componentes destinados a ser montados otra vez («reciclados») de nuevas formas (...)”.*³⁷

El modelo neoliberal en el país significó la pauperización de las condiciones de vida y la falta de oportunidad en muchos jóvenes, por ejemplo, desempleo, falta de acceso a la educación, pobreza, etc. unida a las políticas criminales coercitivas que buscaban castigar con medidas penales los altos niveles de violencia.

En el año 2014, se lanza el Plan El Salvador Seguro, con el cual se pretende implementar una nueva lógica en los planes de seguridad. Para ello, se combina diversas estrategias integrales que buscan dar una solución al fenómeno de la violencia. Se pretende abordar la problemática de una manera integral, incluyendo a instituciones como la familia, la escuela, las iglesias, una policía comunitaria, las cuales busquen la prevención de los delitos en las comunidades.

37 Zygmunt Bauman. *Vidas desperdiciadas: la modernidad y sus parias*. (Buenos Aires: Paidós. 2005), 57-58.

Conclusiones

La violencia ha estado presente a lo largo de toda la historia, es decir, las relaciones sociales han sido mediadas por prácticas violentas entre diferentes grupos sociales, para los cuales es una manera de demostrar poder.

El fenómeno de la violencia social es padecido externamente por los individuos, debido a que, quienes la sufren lo hacen contra su voluntad, ya sea porque son muy débiles o no tienen capacidad de reaccionar ante las amenazas externas.

Los conflictos entre grupos estudiantiles, que surgieron en la década del cuarenta, sufrieron cambios sustanciales cada vez más hasta la aparición de los factores sociales en la década del ochenta. Para el año 2000, las pandillas tenían mucha influencia en los conflictos causados por grupos juveniles.

Había una lógica en la lucha estudiantil desarrollada hasta los noventa. Esta era la de disputas de liderazgo entre distintos institutos y colegios privados mediados por el deporte. Para mediados de los noventa la lógica cambiaba y el concepto evoluciono de maras estudiantiles a pandillas, cuya presencia en todos los territorios del país, las convirtió en una amenaza para el gobierno.

Dentro de los factores que provocaron la aparición de la violencia social están los relacionados a los económicos, sociales, familiares, migratorios, entre otros, que agravaron las condiciones de la población salvadoreña. El factor de las pandillas transnacionales tuvo su peso importante junto a la falta de voluntad de resolver el problema por parte de los gobiernos.

Las primeras políticas de tipo criminal que se implementaron en el país, fueron: 1) La ley de policía de 1879, 2) Ley represiva de vagos y maleantes de 1931, 3) La ley para tratar los menores de 1966. Además, los primeros centros para tratar los problemas de la delincuencia fueron las correccionales de menores.

Las causas de la delincuencia juvenil durante el siglo XX fueron atribuidas a diversos factores, entre los que están: los hereditarios, físicos o ambientales, la pobreza y la falta de educación y oportunidades. Ante esto los gobiernos, recurrieron a la modificación de la constitución y el código penal.

Desde 1996 se han aplicado una serie de políticas criminales encaminadas a resolver el problema de la violencia de una manera coyuntural de tipo coercitivas, que muy poco combatieron el fenómeno. El carácter de las pandillas era de tipo juvenil, por lo que la única solución para ellos, fue tratar de ocultar la problemática pensando políticamente, lo demás no interesaba.

Entre las principales políticas criminales puestas en marcha por parte de ARENA y el FMLN están: la Ley Transitoria de Emergencia contra la Delincuencia y el Crimen Organizado de 1996, el Plan Súper Mano Dura del 2003, el Plan Súper Mano Dura del año 2005, la Ley de Proscripción de Maras, Pandillas, Agrupaciones, Asociaciones y Organizaciones de Naturaleza Criminal del año 2010.

Para Bauman, el problema de la violencia está relacionado con el desarrollo económico debido a que los jóvenes han sido vistos como mero desechos o personas no deseadas, por ello a través de las políticas criminales punitivas se ha pretendido detener el accionar de los delincuentes sin profundizar en las causas que la provocan.

Bibliografía

- » Bauman, Zygmunt. *Vidas desperdiciadas: la modernidad y sus parias*. Buenos Aires: PAIDÓS, 2005.
- » Bauman, Zygmunt. *Comunidad. En búsqueda de seguridad en un mundo hostil*. Madrid: Siglo XXI Editores, 2006.
- » Berger, Peter. *Introducción a la Sociología*. México: LIMUSA, 2012.
- » Buckley, Walter. *La sociología y la teoría moderna de los sistemas*. Buenos Aires: Amorrortu Editores, 1977.
- » Giddens, Anthony. *Sociología*. Madrid: Alianza Editorial, 2000.
- » González, Luis. *Violencia social, prevención de la violencia y escuela*. San Salvador: UDB, 2012.
- » González, Luis. *Educación, conocimiento y emancipación*. San Salvador: EDIPRO, 2014.
- » López Grijalva, Raúl. *Sociología para universitarios*. San Salvador: EDIPRO, 2017.
- » Martin-Baró, Ignacio. *Psicología social de la guerra*. San Salvador: UCA Editores, 2000.
- » Merton, Robert. *Teoría y estructuras sociales*. México: Fondo de Cultura Económica, 2002.
- » Meléndez, Oscar. y Bergmann, Adrián. ed. *Violencia en tiempos de paz: conflictividad y criminalización en El Salvador*. San Salvador: Secretaría de Cultura de la Presidencia, 2015.
- » Parsons, Talcott. *La sociedad. Perspectivas evolutivas y comparativas*. México: Trillas, 1983.
- » Rodríguez, Ernesto. *Políticas de juventud y desarrollo social en América Latina: bases para la construcción de respuestas integradas*. San Salvador: UNESCO, 2011.
- » Smutt, Marcela. y Miranda Jennifer. *El fenómeno de las pandillas en El Salvador*. San Salvador: FLACSO, 1998.
- » Zúñiga Rodríguez, Laura. *Nociones de política criminal*. Salamanca: CISE, 2009.
- » Martínez, Juan. "La última comunidad de la colina". El Faro (17 de enero de 2011). www.elfaro.net/templates/elfaro/especiales/salanegra/ultimacomunidad.php
- » Organización de las Naciones Unidas. *Crimen y desarrollo en Centroamérica*. New York: United Nations Publication, 2007.
- » Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo. *Informe sobre Desarrollo Humano El Salvador 2013*. San Salvador: PNUD, 2013.
- » Ramos, Elsa. *Migración forzada y violencia criminal: una aproximación teórico-práctica en el contexto actual*. San Salvador: Universidad Tecnológica de El Salvador, 2014.
- » Savenije, Win. y Beltrán, María. *Compitiendo en bravuras violencia estudiantil en el área metropolitana de San Salvador*. San Salvador: FLACSO El Salvador, 2007.

Artículos de revistas

- » Oliva, Héctor. *Matices cronológicos de la violencia escolar en El Salvador (Apuntes críticos para la comprensión del fenómeno)*. Realidad y Reflexión, no. 42(2015): 21. <http://dx.doi.org/10.5377/ryr.v42i0.2815>
- » Savenije, Win. *Las pandillas transnacionales o maras: violencia urbana en Centroamérica*. Redalyc, no. 3(2007): 639. <http://www.redalyc.org/comocitar.oa?id=59911150007>
- » Zofio, Ricardo. y Bonavena, Pablo. *El objetivismo sociológico y el problema del conflicto social: la perspectiva de Emilio Durkheim*. Revista del Programa de Investigaciones sobre Conflicto Social, no. 1(2008): 83-84.

Sitios web

- » Daza, María Vigilar y castigar: el nacimiento de la prisión, acceso en mayo de 2017. <https://es.scribd.com/document/140667463/Vigilar-y-Castigar-Michel-Foucault>.

Informes y estudios

- » Mata, David. *Relación de los planes de seguridad pública impulsados por los gobiernos de el salvador a partir de la década del año 2000 respecto a los niveles de violencia*. Tesis maestría. Facultad Multidisciplinaria de Occidente de la Universidad de El Salvador, 2016. <https://ri.ues.edu.sv/id/eprint/13574>

Principales innovaciones tecnológicas implementadas por los países a nivel latinoamericano, por efectos de la pandemia del COVID-19

Main technological innovations implemented by latin american countries, due to the effects of COVID-19 pandemic

Claudia Jeannette Vides Landaverde
(Universidad de El Salvador, El Salvador)

Wilmer Humberto Marín Sánchez
(Universidad de El Salvador, El Salvador)



Recibido: 15-03-2022
Aceptado: 23-07-2022

PRINCIPALES INNOVACIONES TECNOLÓGICAS IMPLEMENTADAS POR LOS PAÍSES A NIVEL LATINOAMERICANO, POR EFECTOS DE LA PANDEMIA DEL COVID-19

Claudia Jeannette Vides Landaverde
Wilmer Humberto Marín Sánchez

RESUMEN

La humanidad ha sido transformada por muchos factores a través de la historia, y acontecimientos como la pandemia por COVID-19 no han sido la excepción, ya que, si bien es cierto, su reproducción y difusión trajo consigo el aislamiento social a nivel mundial, también sacó lo mejor del ser humano: su creatividad. Lo que le ha valido para no permanecer estático en su desarrollo, sino buscar alternativas de solución para ponerlas a disposición de las instituciones públicas y mejorar con ello las condiciones de vida de todo el mundo. Entre esas alternativas de solución ha surgido las innovaciones tecnológicas aplicables en los registros públicos con el fin de mantener el servicio que estos prestan y a través de los cuales se garantiza la seguridad jurídica de la población sobre derechos reales y la publicidad registral.

La celebración de los encuentros del Comité Latinoamericano de Consulta Registral abre las puertas para conocer de los cambios que a nivel registral presenta cada uno de los países invitados a los mismos, y por cuya difusión, mantiene latente el desarrollo del mejoramiento de las actividades de los registradores en beneficio de los usuarios de los Registros Públicos, independientemente de que estos sean de bienes muebles, inmuebles, personas o garantías, siendo representado con el nuevo servicio registral digitalizado.¹

PALABRAS CLAVES: COVID-19 - Servicio Registral Digitalizado - Servicio Público - SUNARP - Siguelo - Código QR - Zonas Registrales - Firma Electrónica - Digitalización - Testamento Hológrafo.

MAIN TECHNOLOGICAL INNOVATIONS IMPLEMENTED BY LATIN AMERICAN COUNTRIES, DUE TO THE EFFECTS OF COVID-19 PANDEMIC

Claudia Jeannette Vides Landaverde
Wilmer Humberto Marín Sánchez

ABSTRACT

Humanity has been transformed by many factors throughout history, and events such as the COVID-19 pandemic have not been the exception, although its reproduction and dissemination brought with it a social isolation worldwide, it also brought out the best of human beings: their creativity. This has enabled it not to remain static in its development, but to seek alternative solutions to make them available to public institutions and thereby improve living conditions around the world. Among these solution alternatives, technological innovations applicable to public registries have arisen in order to maintain the service they provide and through which the legal security of the population regarding real rights and registry publicity is guaranteed.

The celebration of the meetings of the Latin American Registry Consultation Committee opens the doors to learn about the changes that each of the countries invited to them present at the registry level, and whose diffusion, the development of the improvement of the activities of the registrars for the benefit of the users of the Public Registries, regardless of whether these are personal property, real estate, people or guarantees, being represented with the new digitized registry service.

KEYWORDS: COVID-19 - Digitized Registry Service - Public Service - SUNARP - Follow It - QR Code - Registry Zones - Electronic Signature - Digitalization - Holograph Will.

¹ El servicio público digital, se entiende que, haciendo uso de la tecnología, aplicado en los registros públicos, al igual que en las demás entidades de la administración pública, ha generado y viene generando (sin flaquear) un procedimiento registral célere y una seguridad jurídica eficaz. Citando a Santos, Zegel Basilio, en *DEL SERVICIO PÚBLICO DOCUMENTADO AL SERVICIO PÚBLICO DIGITAL: La tecnología al servicio de un procedimiento registral célere y una seguridad jurídica eficaz (nuevo rol de la Sunarp frente a la Ley de Gobierno Digital. Dec. Leg. N° 1412)*. El autor es asistente de la Oficina Registral de Huaraz. Zona Registral N° VII-Sede Huaraz.

Principales innovaciones tecnológicas implementadas por los países a nivel latinoamericano, por efectos de la pandemia del COVID-19

*Claudia Jeannette Vides Landaverde¹
Wilmer Humberto Marín Sánchez²*

Introducción

Históricamente, el mundo ha sufrido una serie de acontecimientos³ surgidos unos por la naturaleza y otros provocados por el hombre, los cuales han generado una serie de mutaciones en la realidad que se presenta en cada período de la humanidad, ocasionando la obligada adaptación de esta última a los cambios que se realizan.

Entre dichos acontecimientos se encuentra la pandemia por COVID-19,⁴ siendo la crisis de salud global que define nuestro tiempo y el mayor desafío al que la humanidad se ha enfrentado desde la Segunda Guerra Mundial, y

- 1 Docente del Departamento de Derecho Privado y Procesal, coordinando las materias de Derecho Notarial y Registral. Graduada del Diplomado en Derecho Bursátil por el Consejo Nacional de la Judicatura. Graduada del Diplomado en Formación Pedagógica para Ambientes Virtuales en la Educación Superior de la Universidad de El Salvador.
- 2 Docente del Departamento de Derecho Privado y Procesal, se ha desempeñado como Coordinador de Seminario de Investigación, Graduación y Posgrado, representante de la Facultad en el XXXIII Encuentro del Comité Latinoamericano de Consulta Registral celebrado en la ciudad de Cusco, Perú 2021.
- 3 Para la Real Academia Española, <https://www.rae.es>. Acontecimiento presenta las siguientes acepciones: a) Hecho, suceso, cosa que ocurre; b) En pl. designa especialmente los sucesos históricos o de carácter político; c) Suceso importante que cobra especial relieve sobre los hechos cotidianos.
- 4 La **pandemia de COVID-19** conocida también como **pandemia de coronavirus**, es causada por el virus **SARS-CoV-2**, surgió en el mes de diciembre de 2019 en la ciudad china de Wuhan al reportarse casos de un grupo de personas enfermas con un tipo de neumonía desconocida, provocadas de la vinculación de los afectados con trabajadores del mercado mayorista de mariscos de Huanan, siendo declarada como emergencia por la Organización Mundial de la Salud (OMS) el 30 de enero de 2020, reconociéndola como pandemia el 11 de marzo del mismo año. (véase <https://www.who.int>.)

la cual trajo consigo una nueva realidad, diferente a la existente, como lo fue el “aislamiento social, preventivo y obligatorio” para toda la sociedad a nivel mundial, haciendo cambios bruscos en todos los sectores de la población, sin diferencias de ninguna clase o tipo.

La implementación de esa nueva realidad ha demostrado la necesidad de incorporar actividades y servicios con carácter de esenciales y transformarlas, adaptándolas a los nuevos tiempos con el fin de mitigar los efectos ocasionados por las medidas que cada Estado haya adoptado.

Esa mutación ha implicado la afectación de varias actividades propias del Estado y también las de la población a nivel mundial, transformándolas en nuevas oportunidades que, de ser desarrolladas correctamente, harán surgir una nueva modalidad de vida y que posibilitarán la economía mundial.

I. La presencialidad en los servicios públicos y de los registrales en particular

Se parte de la definición de lo que son los servicios públicos, los cuales son todas aquellas actividades llevadas a cabo por los organismos del Estado o bajo el control y regulación de este, cuyo objetivo es satisfacer las necesidades de una colectividad. Servicios que pueden ser clasificados en básicos, administrativos y de auxilio, de los que, por razón de la temática que se desarrolla, se hará alusión únicamente al segundo de ellos: el denominado servicio público administrativo, que a su vez se relaciona a la gestión que realizan las instituciones públicas a favor de los administrativos, como es el caso de los registros públicos.

Así las cosas, tratándose de los registros públicos, los cuales son considerados como *“instituciones administrativas encargadas de prestar un servicio público consistente en dar publicidad oficial del estado jurídico de la propiedad y posesión de los bienes inmuebles; algunos actos jurídicos sobre muebles; limitaciones y gravámenes a que ambos están sujetos, así como la existencia y constitución de personas*

morales: asociaciones y sociedades civiles”,⁵ definición que debe comprender la inscripción de personas, hechos, actos, documentos o derechos, a través de los cuales permite garantizar a toda persona la titularidad y condiciones de bienes muebles e inmuebles y aún sobre aspectos de la personalidad del individuo por parte del Estado.

Los servicios públicos que el Estado presta,⁶ los realiza al menos en el caso salvadoreño de manera presencial, contando con la asistencia física del interesado a cada una de las instalaciones en las cuales solicitará el servicio por recibir, y tratándose de los registros públicos, se apersona a éstos con el fin de obtener la protección estatal y la seguridad jurídica del objeto de registración, así se observa en el caso de registros como el de propiedad, raíz e hipotecas, de vehículos automotores, de comercio, de propiedad intelectual, de armas, entre otros muchos; circunstancia que implica la presentación física del documento que ampara el negocio jurídico e iniciar así el proceso interno de la registración hasta finalizarlo con la incorporación virtual del mismo en un soporte digital o archivo que será resguardado por la institución registral competente.

II. Innovación en los registros públicos: prestación de servicios a distancia

Recientemente, en la ciudad de Cusco, Perú se desarrolló el XXXIII Encuentro del Comité Latinoamericano de Consulta Registral,⁷ la cual tuvo

5 Pérez Fernández del Castillo, Bernardo. Derecho Registral. Tercera edición, (México, editorial Porrúa, 1992, P. 61).

6 Para la Sala de lo Contencioso Administrativo, *“El servicio público está dirigido a procurar la atención de necesidades individuales o conjuntas, de interés público y relativas al bien común, vincula tanto a la Administración en el caso de la gestión directa, como al particular o particulares que asuman su gestión, a garantizar su prestación efectiva. El servicio público se debe prestar con la continuidad convenida y cuidar del buen orden del mismo”* (véase sentencia definitiva de fecha 29 de junio de 2000, ref. 55-D-99).

7 Dicho Encuentro se realizó entre los días 8 al 12 de noviembre de 2021, en la ciudad de Cusco, Perú contando con la participación presencial y virtual de varios asistentes, los cuales eran parte del sector público ya que eran registradores en su mayoría, estos participaron activamente en el desarrollo de sus ponencias y brindaron las presentaciones expuestas para el conocimiento de todos.

una serie de intervenciones de ponentes, expositores, asistentes virtuales y presenciales, ya que simultáneamente durante las jornadas académicas existió el enlace con la ciudad argentina de La Plata, y en la cual no solo se vio reflejada la nueva normalidad en la prestación de servicios registrales mediante el uso de la tecnología, desde antes de la pandemia, sino cómo cobró una mayor relevancia al implementarse el aislamiento social y obligatorio por todos los países, volviéndose necesario brindar una respuesta acorde a los tiempos en que se ven expuestos.

La prestación de servicios a distancia era, hasta la pandemia, un mínimo porcentaje de todos los trámites que se hacen en las oficinas públicas, pero el confinamiento y las reglas de distancia social pusieron a prueba la capacidad de continuar con vida, casi sin ninguna interacción con nuestros semejantes, lo cual es relevante si se toma en consideración que los trámites públicos presenciales –como el que se realiza en los registros públicos– son la puerta de acceso a la seguridad jurídica que presta el Estado a través de los registros públicos.

El hecho que los gobiernos se hayan visto obligados a cerrar sus oficinas desde el mismo momento en que su capacidad de entrega de servicios se veía tensada por la necesidad de implementar nuevas medidas para contrarrestar los efectos sociales y económicos de la crisis hizo que se idearan políticas de mejoramiento y reforzamiento de los servicios prestados por sus instituciones, poniéndose en marcha nuevos servicios de asistencia a los ciudadanos y empresas más vulnerables a través del uso de herramientas tecnológicas que le facilitasen obtener la misma respuesta que se hace si de forma presencial se tratase.

Algo que se reconoce, es el hecho que, a través de las diferentes ponencias desarrolladas, se percibe que casi todos los países se han movilizado para hacer frente al nuevo escenario. Los gobiernos han reorganizado en tiempo récord los recursos humanos y materiales disponibles. Por ejemplo, se han implementado soluciones tecnológicas, se han ajustado procesos y regulaciones,

y se ha reforzado la capacidad de comunicación, ello con el único fin de no parar las actividades públicas, y que la pandemia por COVID-19 no sea un obstáculo para que los pueblos no puedan salir adelante, y los servicios públicos sean prestados de la mejor manera posible. Al menos es la percepción que se obtuvo de países como Perú, que han hecho de la tecnología una herramienta eficaz en la prestación de servicios públicos, destacando de ello, el servicio público registral a cargo de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos (SUNARP).

III. De las innovaciones tecnológicas destacables

Cabe destacar que, en la República del Perú, los avances en materia de Derecho Registral, con la intervención de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos, ha permitido que los servicios que prestan los diferentes registros públicos, sea casi en total normalidad, aclarando que dicho éxito se debe a que, desde antes de la pandemia, ya se venía trabajando en una reforma tecnológica que permitiera la prestación de esos servicios en línea. No puede omitirse señalar, que el impacto generado por el cierre de actividades en la pandemia de forma abrupta, agudizó significativamente el desarrollo de las actividades registrales, que obligaron a la puesta en marcha de otros servicios vitales para el normal desarrollo de sus funciones y que también debían prestarse en línea.

Dentro de los temas expuestos en el XXXIII Encuentro Latinoamericano de Consulta Registral se destacan, para efectos de este artículo, aquellos que son considerados de trascendental importancia para El Salvador, con la finalidad de ser tomadas en cuenta a la hora de buscar alternativas tecnológicas en los diferentes registros públicos, que permitan la prestación de un servicio que garantice la seguridad jurídica y responda a los más altos estándares de confiabilidad y menor vulnerabilidad.

Así las cosas, sobre la base que la pandemia provocada por el COVID-19, es una situación excepcional y atípica, aceleró la mejora de los programas de asistencia, provocó importantes avances en el uso de las tecnologías en países como Perú, República Dominicana, Argentina, Brasil y Ecuador, y dejó entrever la problemática enfrentada por otros países como México, quien sufrió los efectos de no contar con una atención digital en los servicios prestados por los diferentes registros públicos, pese a contar con la suficiente capacidad para ello, tanto en recursos tecnológicos como humanos.

A continuación, se hará una breve reseña de lo planteado por los representantes de los países participantes en dicho encuentro.⁸

a) República del Perú

En el Perú, la irrupción tecnológica de la zona registral número 5, sede Trujillo, La Libertad, en palabras de la Doctora Clara Fiestas Piscoya, abogada certificada de la zona registral antes mencionada, supone que los cambios generados en las plataformas digitales aceleraron el proceso de digitalización, pues la SUNARP⁹ ha simplificado la forma de solicitar la información, ya que esta se hace en tiempo real, como la consulta de propiedad, la consulta del directorio nacional de personas jurídicas, la alerta registral, consulta vehicular y SIGUELO.¹⁰ Las ventajas de estas innovaciones han permitido simplificar los

8 Se ha considerado que, por haber existido una gran cantidad de exposiciones, se han seleccionado las que tienen relación directa con los registros públicos desarrollados en El Salvador.

9 **SUNARP:** Es la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos, de la República del Perú, cuenta con 59 Oficinas Registrales distribuidas en las 14 Zonas Registrales, según el siguiente detalle: Zona Registral N.º I Sede Piura; Zona Registral N.º II Sede Chiclayo; Zona Registral N.º III Sede Moyobamba; Zona Registral N.º IV Sede Iquitos; Zona Registral N.º V Sede Trujillo; Zona Registral N.º VI Sede Pucallpa; Zona Registral N.º VII Sede Huaraz; Zona Registral N.º VIII Sede Huancayo; Zona Registral N.º IX Sede Lima; Zona Registral N.º X Sede Cusco; Zona Registral N.º XI Sede Ica; Zona Registral N.º XII Sede Arequipa; Zona Registral N.º XIII Sede Tacna; y, Zona Registral N.º XIV Sede Ayacucho.

10 **SIGUELO:** Es una plataforma digital gratuita, que permite conocer el avance de los trámites de inscripción registral, y los pagos que se van generando como parte del proceso de inscripción, disponible de lunes a domingo las 24 horas, implementada por la SUNARP en junio de 2019, por medio de la cual se puede ver y descargar según el trámite que se haya solicitado, que puede consistir en: esquelas de observación, liquidación y tacha, informes técnicos del área de catastro; y, asientos de inscripción, entre otros.

trámites, el acceso e información inmediata del estado de los trámites vía correo electrónico, sin necesidad de trasladarse a las oficinas del registro; la alerta registral, que permite al titular del derecho inscrito enterarse inmediatamente de quien está haciendo algún trámite jurídico con las propiedades, con la finalidad de ampliar los efectos de la publicidad registral, que únicamente estaba limitada a la emisión de certificaciones, y la consulta de las inscripciones en las oficinas del registro. Tales beneficios han propiciado un aumento significativo en las inscripciones, por lo que se garantiza el tráfico mobiliario e inmobiliario en un clima de confianza; el cambio de las prácticas registrales no ha sido fácil, pero se traduce en un avance las actividades registrales y especialmente en cuanto especialidad se refiere.

Con la consulta vehicular, también se ha simplificado el acceso a las plataformas registrales, pues las mismas pueden ser consultadas en tiempo real, con el número de placa y obtener las características del vehículo y los datos del titular, y así, por ejemplo, en casos de robo de vehículos con las referidas consultas, se evita perder tiempo para interponer la denuncia, pues con la presentación del certificado digital con código QR, se tiene por probada la titularidad, evitando así tramitar cualquier otra certificación en físico, emitida por el registro respectivo.

El poder emitir la publicidad registral en forma digital, haciendo uso del Código QR, y que pueda comprobarse la veracidad de la misma sin necesidad de acudir a las oficinas de registro, ha sido uno de los principales logros del sistema registral digitalizado en Perú, evitando las aglomeraciones en las oficinas de registro, pérdida de tiempo, el uso de papel, la emisión o respuesta es más rápida y directa, ya que la información llega directamente al correo electrónico del usuario. Lo que se pretende con ello, es la masificación del uso de los servicios que brinda la SUNARP, que las inscripciones se hagan por medio de la intermediación digital, situación que la pandemia indirectamente agudizó y ha sido de mucho beneficio para la comunidad jurídica; siendo el principal

derrotero, lograr que los usuarios aprendan a utilizar la plataforma, ya que una buena cantidad de usuarios del registro poseen poca o nula instrucción sobre el manejo de computadoras y de las plataformas digitales, no obstante, la SUNARP ha proporcionado los instructivos necesarios para su pronta asimilación.

En la disertación realizada por el Doctor Eloy Mogrovejo Marroquín,¹¹ se hizo referencia a las inscripciones automatizadas y levantamiento de hipotecas con firma digital, tema en el que convergen la demanda de servicios y la capacidad de atención, pues la demanda de servicios crece exponencialmente, pero las instituciones no tienen la capacidad para atenderlos, y los efectos de la pandemia del COVID-19 han obligado a levantar las barreras burocráticas y replantear algunos procedimientos a la fecha obsoletos y mejorarlos con el uso de la tecnología. En ese orden de ideas, se vuelve necesario, realizar inscripciones automatizadas¹² que permitan liberar a las personas de realizar tareas repetitivas y, de esa forma, puedan dedicarse a tareas más complejas, acotando, que las tareas repetitivas hay que dejarlas a los softwares, el cual es obtenido como resultado de la mejora en la productividad, estandarización y eficiencia en la prestación de tales servicios.

El reflejo que la automatización se ha llevado a cabo en los registros públicos se observa cuando se compara los antiguos procesos de inscripción con los que se tienen en la actualidad, se viene de una realidad en la que dichos procesos eran manuales, se presentaba un documento en físico y este era replicado en un libro de inscripción de similar forma, por lo que el uso indiscriminado de papel era el peor resultado de los procedimientos registrales; ahora por el contrario, la réplica se lleva a cabo de manera digital.

Ante esta nueva realidad digital, surgen las siguientes preguntas: ¿Puede llevarse a cabo una inscripción automatizada en la que no intervenga el registrador en dicho procedimiento? ¿Puede considerarse al documento

11 El Doctor Eloy Mogrovejo Marroquín, es Registrador Público de la Zona Registral Número Trece, sede Tacna.

12 Uso de tecnología para realizar tareas casi sin intervención de las personas.

emitido por el acreedor por medio del que se cancela la constitución de la garantía hipotecaria, bajo responsabilidad funcional, como un título suficiente para su inscripción en el registro, tomando en consideración que la misma ha sido emitida con firma digital?

Las respuestas pueden basarse en que la firma digital es una herramienta tecnológica al servicio de las personas, que tiene reconocimiento y validez legal, utilizada en algunos actos de la administración pública, garantizando la verificación y autenticación del firmante, la vinculación del documento firmado con el firmante y la verificación de la integridad del documento firmado; si se tiene un documento con estas características, y es otorgado por el titular del derecho y este ha expresado que se ha cancelado la obligación principal y como consecuencia, la constitución de la garantía también está liberada, no existiría necesidad de elaborar un instrumento notarial que deba ser calificado por un registrador y presentado para su inscripción en el registro, indudablemente, que puede considerarse innecesario.¹³

Siendo el certificado de liberación de garantía hipotecaria un documento privado, podría incluirse en la lista de documentos inscribibles en el registro, pues demuestra ser un título muy seguro, ya que ha sido emitido por el mismo acreedor mediante el uso de la firma digital, no teniendo por qué, en casos como ese, hacer un mal uso del elemento humano, que puede atender situaciones más complejas; de esta forma, también se limitaría el ámbito de la calificación registral, ya que bastaría con verificar la adecuación del contenido del título con el antecedente registral.

Si retomamos las preguntas planteadas anteriormente, podría concluirse que, efectivamente, es viable llevar a cabo una inscripción automatizada, que prescinda de la intervención del registrador, siempre que

13 En nuestro país, el Ministerio de Economía como autoridad de control y vigilancia a cargo de la Unidad de Firma Electrónica, y quien acredita a los proveedores de servicios de confianza, implementando la infraestructura de clave pública (PKI) raíz país, debería ser la instancia competente que se encargue de transformar junto con las autoridades del CNR y otros registros involucrados, la figura que se comenta.

no se trate de instrumentos complejos; tomando como referencia, lo señalado por el Doctor Mogrovejo Marroquín, y para el caso de las cancelaciones de hipoteca otorgadas por entidades financieras, siempre y cuando, la entidad financiera ingrese el documento por intermediación digital con firma digital del representante legal para cancelar hipotecas, consignando el nombre de la entidad financiera, el lugar del registro, el número de asiento de inscripción, el monto del gravamen, en este caso, el software calculará los derechos registrales que deben cancelarse, extrayendo de la base de datos del registro los relativos al inmueble y demás cláusulas del contrato y las comparará con el documento enviado por la entidad financiera, si está conforme, generará así el asiento de cancelación; por el contrario, si encuentra incongruencias, rechazará levantar la hipoteca. Lo anterior es posible si la información registral se encontrara en bases estructuradas; es decir, que cada dato está contenido en un campo, de tal forma que el software haga la tarea de comparar los campos de información ingresados por la autoridad financiera y los que existen en el asiento registral de la hipoteca inscrita, lograr esto, constituye todo un reto para la actualización de registro.

Todos los cambios generados a raíz de la pandemia del COVID-19, han hecho enfrentar la mayor prueba para la gestión administrativa de los diferentes registros públicos, en especial, aquellos que se relacionan con la calificación registral y los procedimientos para la recepción de los documentos inscribibles en el registro; las restricciones de aforo de personas, el personal de registros trabajando de manera remota y con el modelo arcaico de que la mayoría de servicios confiables deben constar en papel, vuelven un poco caótico el hecho de la adaptación de los usuarios de registro al uso de las nuevas tecnologías. La presentación física de documentos al registro ha sido lo predominante, no obstante de que se ha tratado de incorporar los aspectos tecnológicos de manera pausada; a pesar de la ampliación de algunos servicios basados en procedimientos que permiten que un acto o contrato que conste

en un documento emitido siempre por un servidor público o un notario, sea evaluado por un registrador público, a fin de verificar que cumple con las normas vigentes y pueda ser incluido o inscrito en los registros públicos; el cambio de costumbres y el afianzamiento en la utilización de herramientas digitales ha sido una tarea difícil pero no imposible de superar.

Las soluciones descritas han hecho emerger en países como Perú, legislaciones que permitan palear y volver más efectiva la calificación registral, con la aplicación de la Ley de Firmas Digitales y Certificados Digitales Número 27269,¹⁴ se establecieron nuevas alternativas para el procedimiento registral, en la que se tenía una preparación, digitalización, control de calidad, firma digital y el despacho del documento.

En la preparación del documento, se establecen los órdenes necesarios para poder digitalizarlos (escanearlos), con ello se buscaba llevarlos a un sistema en el que no se filtra información y poder custodiarlo, verificando la información y garantizando que no se hubiesen hecho modificaciones al documento, pasando después a un control de calidad en la que el contenido del documento físico corresponde a la imagen digitalizada, para posteriormente certificar digitalmente, para lo cual se necesitaba que un fedatario por medio de la firma digital, que certifique la inscripción, para finalmente remitir al área de despacho que permitirá enviar el documento inscrito en línea al usuario final; esa línea de trabajo ha permitido los avances en el año 2020 y 2021 en la tarea de la calificación registral de documentos digitalizados.

Para el Doctor Maikol Arguedas,¹⁵ la digitalización de los títulos supone entender retos en la calificación registral, por ejemplo: la calificación de mérito de documentos digitales que no contienen firma digital en su origen, la ruptura del tiempo y espacio para la calificación del título, generación de una atención

14 La ley de Firmas Digitales y Certificados Digitales, fue promulgada por el Congreso de la República del Perú, y fue publicada en el Diario Oficial El Peruano, el 28/05/2020, año XVIII, N° 7279.

15 EL Doctor Maikol Arguedas, es Asistente Registral de la Zona Registral N° IX , sede Lima. Perú.

eficiente que evite la inscripción de títulos falsificados y la digitalización de procesos que brinden oportunidad de mejora en los servicios registrales.

b) República Dominicana

En República Dominicana, la transformación digital del Registro Inmobiliario ha experimentado modificaciones innovadoras, como efecto directo de la pandemia del COVID-19, tal como lo ha expresado el Doctor Jonattan Toribio Frías¹⁶ en su disertación en el congreso, en la que expresó que dentro de la planificación estratégica que ha implementado su país, y que ha sido dirigida por el Consejo del Poder Judicial, se han determinado situaciones que los obligan a orientar su trabajo en una transformación digital, como es el hecho de que los usuarios esperan procesos actualizados, tener acceso a la información, el tema de la ética y formación humana y el atraso en los trámites registrales.

En el mes de marzo de dos mil diecinueve, se suspendieron en ese país los plazos administrativos y judiciales y la afectación de servicios resultó inminente; por lo que, como medidas necesarias para la continuidad de los mismos, se emiten certificados en línea, los servicios de cartografía son publicados en un geoportal,¹⁷ depósito desatendido, el depósito remoto nacional, el sistema de citas para servicio presencial y las citas virtuales habilitadas para comparecencias y consultas. Con la emisión de los certificados en línea, que son los más demandados, pues constituyen un insumo en cualquier trámite hipotecario, cualquier venta u otra debida diligencia, el registro permitía acceder a la situación jurídica de los inmuebles; con los servicios de cartografía en el geoportal público, los peritos podían hacer las consultas de catastro sobre inmuebles geo-referenciados o no, y hacer trámites en línea; con el depósito desatendido, se habilitaron buzones en las afueras de la oficina registral que buscaban evitar el contacto físico, los usuarios ingresaban los datos de su trámite,

16 El Doctor Jonattan Toribio Frías, es Administrador del Registro Inmobiliario de la República Dominicana.

17 **GEO PORTAL:** Herramienta que brinda el servicio de visualización y consulta de información a usuarios y profesionales acerca de una determinada materia.

y el personal del registro posteriormente pasaba a esos buzones a retirar los documentos, para posteriormente inscribirlos o se hacían las observaciones que consideraban pertinentes; por medio del depósito remoto nacional, el cual era destinado para trámites presenciales, se permitió que los usuarios pudieran realizar cualquier trámite registral en cualquiera de las oficinas del registro, sin tener que avocarse a la oficina donde originalmente correspondía hacer dichas transacciones, esto era aplicable tanto para el registro como para catastro; con el sistema de citas presencial, se evitó la aglomeración de personas en las oficinas registrales y se brindó una atención personalizada a los usuarios; finalmente, con relación a las citas virtuales habilitadas para comparecencias y consultas, los registradores, directores de mesura y directores nacionales, mediante el uso de las mismas plataformas virtuales utilizadas para el teletrabajo, daban audiencia a los usuarios, ya sea que existiera alguna duda en cuanto a las observaciones hechas a los trámites presentados o porque el registrador solicitara la comparecencia de los mismos para solventar algunas interrogantes o se le ampliara alguna información necesaria para determinar la procedencia de la inscripción.

Todo lo anterior ha facilitado el acceso a los usuarios e inversionistas, así como también se atendió a los usuarios corporativos, a quienes por su demanda de servicios masivos necesitaban una atención diferenciada.

El teletrabajo ha permitido, en República Dominicana, atender las demandas del sector privado y público y contribuir al desarrollo de las actividades económicas del país aún con todas las limitaciones producto de la pandemia del COVID-19.

c) República de Chile

En relación a Chile, el Magíster Gerardo Carvallo¹⁸ expuso el hecho de que los notarios públicos y los conservadores de bienes raíces (registradores de la propiedad) han sido puestos en una encrucijada, entre mantenerse aferrados

18 El Mg. Gerardo Carvallo Castillo, es Notario Público de la República de Chile.

a una rígida presencialidad física de los destinatarios de los servicios registrales o buscar la forma de transitar hacia medios telemáticos de atención remota con presencialidad virtual.

Como es sabido, los notarios y conservadores han tenido un rol importante para poder dinamizar la economía en tiempos de pandemia, por esa razón el gobierno chileno incluyó a los notarios en la prestación de servicios esenciales, que fueron prestados tomando en cuenta todos los protocolos sanitarios, partiendo del hecho de considerar que las escrituras matrices son el principal instrumento de acceso al registro inmobiliario; la tecnología ha dejado en evidencia la necesidad de la menor presencia de aquellos en el requerimiento de los servicios.

No obstante, siendo esta tecnología incipiente, ha estado presente ya en muchas de las actividades que los conservadores realizan, pero para el otorgamiento de las escrituras matrices, cuya actividad está destinada a los notarios, no puede prescindirse de la presencia real de las partes en un contrato que deba celebrarse en escritura pública, por aplicación del principio de intermediación que tiene lugar en el sistema de notariado latino, siendo así dispuesto por la Corte Suprema de Chile; por lo que, al plantear la siguiente pregunta: ¿Hasta qué punto debemos confiar en la tecnología, para la celebración de este tipo de contratos?. La respuesta puede basarse en el hecho de que, si la tecnología es una herramienta al servicio de la función notarial, si la tecnología es capaz de garantizar la certeza jurídica, de esa manera podrán observarse cambios importantes y relevantes en la legislación, pues no hay que perder de vista que según lo informan las autoridades policiales y fiscales de ese país, existe un alto número de casos en los que, por el uso de la tecnología, se cometen hechos delictivos como la clonación de voz y la suplantación de identidad mediante el rostro, lo que preocupa a los notarios de ese país, puesto que no logran encontrar en las herramientas tecnológicas esa garantía de la seguridad jurídica.

Como se dijo antes, no se permite hoy en día, el uso de la firma electrónica para las partes, solo se permite el uso de la misma para el notario y los conservadores; todavía está en discusión en el Congreso de la Nación si se permitirá o no, todo apunta a que siempre se exigirá la presencialidad de las partes para la firma de los contratos, por el grave desconocimiento de estas tecnologías, a criterio del ponente.

d) República de El Salvador

El país tuvo la participación de un representante del Centro Nacional de Registros, a través de la licenciada Mariela Funes,¹⁹ quien expuso que dicho registro es el único en El Salvador creado en línea o mediante plataformas tecnológicas, y cuya solicitud de información o de inscripciones se hace a través del Sistema de Garantías Mobiliarias (SGM), y cuyo servicio es ininterrumpido durante todos los días del año y en todas las horas del día, lo que implica que puede ser consultado desde los hogares, oficinas, y aun empleando la aplicación creada por el CNR para prestar servicios de forma telemática.

Del mismo modo identificó como usuarios de dicho sistema a las instituciones financieras, oficinas legales, empresas, organizaciones internacionales y cualquier persona interesada en constituir una garantía de esa naturaleza.

Expuso que dicho servicio no se vio afectado con la pandemia por COVID-19, ya que presenta un mecanismo por medio del cual se remitirán aquellos documentos que ingresaron digitalizados (escaneados) por los usuarios, de manera automática una vez estos se encuentren inscritos, sin que ello represente un costo adicional al efectuado al inicio del trámite. Del mismo modo, presta servicios de certificación y consulta de garantías inscritas, los cuales son los únicos servicios que involucran la intervención del registrador, lo que se realiza de manera no virtual, pues las certificaciones documentadas

19 La Lcda. Mariela Funes es la Registradora Jefe del Registro de Garantías Mobiliarias del Centro Nacional de Registros.

tienen una utilidad probatoria determinada, no siendo admisible la misma de manera digital.

e) Especial referencia a la ponencia de la Dra. Irene Coppola

Se hará una especial referencia a la temática expuesta por la Dra. Coppola como representante de la Universidad de Salerno, Italia, quien disertó sobre “El testamento como instrumento de transmisión del derecho real”, y que aparentemente no tiene relación con la transformación digital que ha traído la pandemia por COVID-19 a nivel mundial en los registros públicos; sin embargo, destacamos dicha temática en relación a una obligada pregunta ¿Las personas afectadas por COVID-19 tuvieron la oportunidad de manifestar su última voluntad de disponer de sus bienes?, la respuesta parecería sencilla, ya que en la mayoría el testamento es un acto solemne que requiere de la participación de un notario y testigos, ante quienes depone el testador su expresión de voluntad sobre sus bienes para después de sus días. Empero, ante la inminencia de la muerte y el aislamiento en que se dejaron a los pacientes a quienes se les diagnosticó los síntomas de dicha enfermedad, no pudieron contar ni con el acompañamiento mínimo de un sacerdote, mucho menos sería con el de un notario y de testigos presenciales.

En Italia, donde existe una cultura hacia la testamentación, se reconoce al testamento holográfico²⁰ como el acto que tiene por objeto dar a conocer los aspectos más íntimos y ocultos de la personalidad de su autor, sin opacidad, destinado a entablar relaciones a favor de otros. Por ello, siendo que la pandemia impidió la realización de actos como el descrito –incluso privó de la presencia de familiares al acto de muerte-, a través de una reforma de ley, se posibilitó el derecho de testar para quienes habían sido prácticamente desahuciados de forma menos solemne a través de los médicos tratantes o del

20 El testamento holográfico es aquél que se redacta a mano y está firmado por el propio testador. En nuestro país, si bien subsiste el testamento cerrado, este requiere de otras formalidades para que tenga validez, aún y cuando el contenido del testamento haya sido escrito y firmado por el testador, tal como lo describen los arts. 1017 del Código Civil y 40 de la Ley de Notariado.

Director del Hospital, quienes estarían facultados para celebrar el acto de última voluntad del testador, pudiendo dejarse constancia de ello a través de una grabación en video que permitiera difundir la voluntad privada del otorgante, implementando con ello su efectiva utilidad práctica para los herederos de aquél.

En el caso de El Salvador, el Código Civil reconoce la figura de los testamentos privilegiados en el art. 1024 CC, identificando como representaciones de esa clase de testamento, el militar y el marítimo, indicando los motivos de procedencia para cada uno de ellos y las condiciones de implementación de los mismos. Asimilando la disertación de la Doctora Coppola al caso salvadoreño, consideramos factible que, a través de una reforma de ley, podría dársele competencia material a los médicos en Jefe de las Unidades responsables de tratar pacientes por COVID-19 para autorizar testamentos privilegiados y potenciar así el derecho a testar que tienen los pacientes afectados, pudiendo en todo caso, establecer condiciones mínimas (formato de manifestación de intenciones por ejemplo), lo que volvería más eficaz el derecho que tiene toda persona de disponer libremente sobre sus bienes antes de fallecer.

IV. Colofón

La pandemia ha sido un acontecimiento nunca visto, pero es evidente que la misma vino a transformar el mundo de muchas formas, estableciendo una nueva normalidad no solo en cuanto a las medidas de bioseguridad que se implementan en todos los países, sino que vino a desarrollar una nueva forma de prestación de servicios que cual “gigante dormido”, ha despertado y ha puesto a repensar en las formas más efectivas y eficaces de llevar ese cambio institucional a todos los que asistieron presencial o virtualmente en el XXXIII Encuentro del Comité Latinoamericano de Consulta Registral, y desarrollar los mismos en cada uno de los países, como parte directa o indirecta de los registros públicos, sea como registradores o usuarios de aquellos.

Bibliografía

- » Encuentro del Comité Latinoamericano de Consulta Registral celebrado en la ciudad de Cusco, Perú 2021.
- » Santos, Zegel Basilio, en *del servicio público documentado al servicio público digital: la tecnología al servicio de un procedimiento registral célere y una seguridad jurídica eficaz (nuevo rol de la Sunarp frente a la Ley de Gobierno Digital*. Dec. Leg. N° 1412).
- » Pérez Fernández del Castillo, Bernardo. Derecho Registral. Tercera edición. México, editorial Porrúa, 1992.
- » Sala de lo Contencioso Administrativo, sentencia definitiva **ref. 55-D-99**. El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 29 de junio de 2000,
- » La ley de Firmas Digitales y Certificados Digitales, fue promulgada por el Congreso de la República del Perú, y fue publicada en el Diario Oficial El Peruano, el 28/05/2020, año XVIII, N° 7279.



Visita nuestra Página Web:

<http://aequus.jurisprudencia.ues.edu.sv>



REVISTA DERECHO

REQUISITOS PARA LA PUBLICACIÓN DE ARTÍCULOS “AEQUUS EDITORIAL”

La Revista Derecho se especializa en temas de las Ciencias Jurídicas y Sociales, reuniendo la producción académica de docentes, estudiantes y graduados de la Facultad, así como profesionales e investigadores nacionales e internacionales y la comunidad universitaria en general para promover la difusión del trabajo científico e incorporar un espacio para la divulgación y discusión de temas de relevancia nacional e internacional. En ella se presentan artículos académicos, investigaciones, ponencias, estudios de jurisprudencia entre otros. Para realizar una publicación en la Revista, se deben cumplir los siguientes requisitos:

- a) Poseer evidente calidad científica, estar redactados de forma impersonal, es decir escritos en tercera persona del singular y conforme a las reglas de la gramática española, ortografía y sintaxis.
- b) Los textos se entregarán en formato Word, escritos en letra Arial de 11 puntos a un espacio y medio, con una extensión de 15 a 20 páginas tamaño carta.
- c) El título será lo más ilustrativo y conciso posible, escrito en idioma español y después en inglés, compuesto de entre 8 o 9 palabras claves significativas del texto.
- d) Resumen: Se deberá incorporar un resumen de entre 250 y 300 palabras en español y a continuación su traducción al inglés (abstract). El resumen se estructurará recogiendo el objetivo o finalidad de la investigación, los procedimientos básicos del mismo y los resultados o conclusiones del estudio.
- e) Palabras clave: Luego del resumen se deben incluir de 5 a 10 palabras claves o descriptoras, expresadas en español y en inglés (Keywords).
- f) Los artículos se acompañarán de un curriculum extractado (entre 50 y 75 palabras) de los autores, que indique su perfil académico y profesional, así como sus principales líneas de investigación y su afiliación académica.
- g) Todas las citas y referencias deberán respetar el Manual de Estilo Chicago (edición 16, nota completa).
- h) Los trabajos estarán sujetos al dictamen del Consejo Editorial. Los artículos aceptados se someterán a corrección de estilo por parte del Consejo Editorial de la Revista y su publicación estará sujeta a disponibilidad de espacio en cada número de la misma.
- i) Los autores que envíen sus trabajos a la revista aceptan: el dictamen emitido por el Consejo Editorial, autorización para publicarla en la revista en formato físico y posteriormente vía electrónica, reimpresión en ediciones especiales de la Facultad y en cualquier otro medio que permita lograr una mayor y mejor difusión.
- j) Los trabajos deberán entregarse a la Unidad de Investigación de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales en formato digital o deberán ser enviados al correo correo electrónico investiga.ues.jcs@gmail.com, para ser revisado y evaluado por el Consejo Editorial. Los autores se someten a la revisión de su trabajo y a la posterior subsanación de las mismas.

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES
UNIDAD DE INVESTIGACIÓN



UNIDAD DE INVESTIGACIÓN
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

Teléfonos: 25112000 Ext. 6526.
investigacion.jurisprudencia@ues.edu.sv
Ciudad Universitaria



Aequus Editorial



Universidad de El Salvador
Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales

Universidad de El Salvador
ISNI: 0000 0001 2107 1797

ISSN: 2411-1465
e-ISSN: 2789-3960



9 772411 146004



9 772789 396001