

Revista Derecho

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

VOLUMEN VII (2023)
Noviembre 2022 - Noviembre 2023



Revista Derecho

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

VOLUMEN VII (2023)
Noviembre 2022- Noviembre 2023

Revista Derecho

Universidad de El Salvador

Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales
Escuela de Ciencias Jurídicas

Noviembre 2022 - Noviembre 2023

Autoridades universitarias

Rector

Ing. Juan Rosa Quintanilla

Vicerrector Académico

Dra. Evelyn Beatríz Farfán

Vicerrector Administrativo

MSc. Roger Armando Arias

Secretario General

Lic. Pedro Rosalío Escobar

Fiscal General

Lic. Carlos Amilcar Serrano

Defensora de los Derechos Universitarios

Lcda. Ana Ruth Avelar

Secretaria de Comunicaciones

Lcda. Mónica Xóchilt Escalante

Secretario de Asuntos Académicos

Ing. Carlos Ernesto Vargas Ramos

ISSN:

2411-1465

e-ISSN:

2789-3960



Director de la Revista:

Dra. Evelyn Beatríz Farfán

Editor de la Revista:

MCP. Odaly Lissette Sánchez de Rodríguez

Consejo Editorial:

MCP. Evelin Gutiérrez de Doradea

MCP. Odaly Lissette Sánchez de Rodríguez

Lic. Oscar Ernesto Cruz Chávez

Consejo de Revisores:

México

MSc. Octavio Adán Nájera

Universidad Nacional Autónoma de México

Chile

MSc. Katherine Figueroa Aillañir

Universidad de Concepción de Chile

El Salvador

MSc. Wilfredo Antonio Jovel González

Corte Suprema de Justicia

MSc. Junior Concepción Zelaya Flores

Corte Suprema de Justicia

MSc. Patricia Elena Batlle

Universidad Francisco Gavidia

Diseñadora y diagramadora:

Lcda. Jeimy Patricia Guerrero Bonilla

Unidad de Investigación

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

Ciudad Universitaria. San Salvador. El Salvador.

Tel. 2511-2000 ext. 6526

Correo electrónico: investigacion.jurisprudencia@ues.edu.sv

Revista Derecho

Universidad de El Salvador
Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales
Escuela de Ciencias Jurídicas
Noviembre 2022 - Noviembre 2023

Autoridades **Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales**

Junta Directiva

Decano

MSc. Hugo Dagoberto Pineda Argueta

Vicedecano

MSc. Oscar Mauricio Duarte Granados

Secretaria

MSc. Digna Reina Contreras de Cornejo

Representantes Docentes

Propietarios

Lic. Mauricio Adalberto Guevara
Msc. René Mauricio Mejía Méndez

Suplentes

Msc. Edwin Orlando Ortega Pérez
Dr. José Miguel Vásquez López

Representantes Estudiantiles

Propietarios

Br. Melissa Carolina Montes Salinas
Br. Víctor Enrique Ascencio Solís

Suplentes

Br. Karla Milena Gómez Ángel
Br. Jenifer Lisseth Sánchez Pérez

Representantes sector Profesional no Docente

Propietarios

Lcda. Elia Roxana Molina Mejía
Lcda. María del Carmen
Reyes de Ascencio

Suplentes

Lcda. Ana Delmy Avalos Alas
Lcda. Juana del Carmen
Melgar de Santamaria

Jefaturas

Director de la Escuela de Ciencias Jurídicas

Lic. David Omar Molina Zepeda

Director de la Escuela de Relaciones Internacionales

MSc. Jorge Alberto Aranda

Jefe del Departamento de Derecho Penal

Dr. Armando Antonio Serrano

Jefe del Departamento de Derecho Privado y Procesal

MSc. Manuel Alejandro Cea Morales

Jefe del Departamento de Derecho Público

Lcda. Yeni Patricia Nochez de Franco

Jefe del Departamento de Ciencias Políticas y Sociales

MSc. Luis Eduardo Ayala Figueroa



Aequus Editorial

Correo electrónico:
aequs.editorial@ues.edu.sv

Contenido

Presentación.....	13
-------------------	----

ARTÍCULOS

Las niñas, niños y adolescentes en el proceso de amparo desde la visión del principio del interés superior	23
--	----

Emma Patricia Muñoz Zepeda
El Salvador

I. El acceso de las niñas, niños y adolescentes al proceso de amparo en El Salvador	25
II. El proceso de amparo en México	33
Conclusiones.....	37
Bibliografía.....	38

Impunidad: el problema de la sanción del <i>extraneus</i> en el delito de peculado.....	39
---	----

Mauricio Marroquín Medrano
El Salvador

Introducción.....	41
I. La corrupción de agentes públicos con intervención de particulares	42
II. El <i>intraneus</i> y el <i>extraneus</i> : escenario de participación	46
III. La comunicabilidad de las circunstancias en el contexto de autoría y participación en el delito de peculado	50
Conclusiones.....	61
Bibliografía.....	63

La independencia y los límites entre los órganos del Estado en el constitucionalismo salvadoreño	65
--	----

Odaly Lissette Sánchez de Rodríguez
El Salvador

Introducción.....	67
I. Desarrollo	69
1.1 Panorama Constitucional.....	69
1.2 Marco doctrinal: la independencia entre órganos y los límites al poder	71

1.3	Órganos de Estado y sus facultades de limitar al poder en El Salvador.....	73
1.3.1	Órgano Legislativo.....	73
1.3.2	Órgano Ejecutivo.....	74
1.3.3	Órgano Judicial.....	75
1.4	La independencia entre órganos y los límites al poder: una mirada práctica.....	76
	Conclusiones.....	81
	Bibliografía.....	82
	Las TIC como medio para nuevos delitos contra las mujeres.....	83
	<i>Alicia Lemus, Krissia Espinoza y Gerardo Ortiz</i>	
	<i>El Salvador</i>	
	Introducción.....	85
I.	La violencia de género se hace presente en el mundo digital.....	86
1.1	Tipos de violencia contemplados en la Ley Especial para una Vida Libre de Violencia para Las Mujeres (LEIV).....	87
1.2	Tipos de violencia facilitados a partir de los avances con las Tecnologías de la Información y Comunicación (TIC).....	89
1.3	La evolución de los delitos informáticos y los países pioneros en su legislación y sanción.....	91
II.	Legislación Nacional en cuanto a delitos informáticos.....	94
2.1	La LEIV y los delitos informáticos.....	96
III.	Métodos para combatir la violencia contra las mujeres ejercida a través de las TIC.....	98
IV.	Mecanismos o estrategias que facilitan el acceso a la justicia en los delitos de violencia contra las mujeres.....	100
4.1	Las TIC como herramienta para combatir la violencia contra las mujeres.....	102
4.2	Necesidad de incorporar en la LEIV nuevos tipos penales a causa de los nuevos formas de violencia ocasionados a partir de los avances en las tecnologías de la información y comunicación.....	103
	Conclusión.....	105
	Bibliografía.....	107

Tecnología aplicada a la protección de los derechos sociales fundamentales:
algunas experiencias en Argentina, Colombia, España y Georgia 109

Alejandro Spessot y Federico Tabares

Argentina

Introducción..... 111

I. Compromiso y funciones de la tecnología al servicio
de la protección social. Las cuatro dimensiones 113

II. Casos y aportes de la blockchain por la efectividad práctica
de los derechos sociales fundamentales: Salud pública.
Educación. Propiedad. Seguros..... 116

III. La política estatal en tiempos digitales: La vocación social de
proyectos y propuestas en Argentina. Los casos del Gobierno
de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (GCABA), la Administración
Nacional de Seguridad Social (ANSES) y la Administración Federal de
Ingresos Públicos (AFIP) 122

IV. Estructura organizativa de una buena
administración prestacional..... 123

V. Inteligencia Artificial y Administración Pública..... 126

Conclusión 129

Bibliografía 131

PONENCIAS

La buena administración y el derecho a la educación 135

Hugo Dagoberto Pineda Argueta

El Salvador

Introducción..... 137

I. La buena administración..... 138

II. La educación 142

III. La buena administración en el derecho y servicio a la educación 149

Conclusión 155

Bibliografía..... 156



PRESENTACIÓN

Presentación

Vol. 7 (2023)

MSc. Hugo Dagoberto Pineda Argueta¹

Decano de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales

En todo ser vivo, racional o instintivo, la curiosidad le es consustancial, y ha sido esta la que en un inicio le ha llevado a aprender; y es que el aprendizaje es una necesidad fundamental del ser humano, prácticamente durante toda su vida aprende, descubre, modifica o reafirma lo aprendido. La educación es un derecho humano fundamental de la persona, por tanto, el Estado, por medio de la Administración pública, crea, organiza y administra el servicio público esencial de la educación, en aras de proveer un medio que permita alcanzar un mejor nivel de vida, tanto en la dimensión individual como en el social.

Es sabido que la investigación es la esencia de cualquier sistema educativo, puesto que con ella se logran nuevos conocimientos, con los que la sociedad va alcanzando nuevas formas o medios de satisfacer necesidades individuales o colectivas; es decir que la investigación científica, además de ser uno de los fines esenciales, es un instrumento por medio del cual la educación, contribuye a mejorar la vida en sociedad. Hoy en día se encuentra múltiple información en diversas plataformas o bases de datos, mucha de esta es dada por válida sin constatar sus fuentes; lo mismo está sucediendo

¹ Decano de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales, Máster en Derecho Judicial, Máster en Derecho Penal Económico, diplomado en diversas ramas del Derecho, consultor en Derecho Laboral y Administrativo, juez suplente, abogado y notario de la República.

en lo que a investigación se refiere, es tentador leer “nuevo conocimiento” en fuentes oscuras, y peor aún, darlo por válido.

Por lo anterior, es fundamental que las universidades cuenten con equipos de investigación, a fin de que cualquier publicación que se origine, previo a su divulgación, esté debidamente validada y sirva, por tanto, en los procesos de formación o de especialización de la comunidad académica. En ese sentido, aprovecho la ocasión para agradecer a nuestro equipo de investigación, por su tesonera labor de apoyar la Revista que presentamos.

Como Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la Universidad de El Salvador, reitero la invitación al personal académico, de grado y particularmente de posgrado, a investigar y dejar constancia de lo investigado; así contribuye a su propio crecimiento profesional y al engrandecimiento de su alma mater, convirtiéndose, además, en ejemplo de sus pares y en referente o fuente de inspiración de los estudiantes en general y de los suyos en particular.

En la Revista Derecho Vol. 7 (2023), la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la Universidad de El Salvador, por medio de su sello editorial Aequus, incorpora valiosos artículos de su personal académico, de juristas extranjeros y de hijos de esta casa de estudios; cada uno de ellos, con un rigor científico, reflexionan, analizan y proponen temas de actualidad y trascendencia; por lo que no dudamos que constituyen un aporte importante en la construcción y análisis del conocimiento en favor de la comunidad jurídica.

Así, el MSc. Mauricio Marroquín Medrano, graduado de la Maestría en Derecho Penal Económico de la Facultad, en su artículo *“Impunidad: el problema de la sanción del extraneus en el delito de peculado”*, sostiene como premisa primordial el debate multilateral y constante sobre el castigo o sanción del extraño en los delitos especiales propios, evaluando la esquiua postura sobre una solución efectiva al problema de impunidad generado a través del notorio incremento participativo de sujetos que no tienen la calidad especial en delitos de esa naturaleza. Expone el panorama normativo nacional sobre

el particular, junto a las dificultades dogmáticas de la ausencia de condición especial pese a la contribución necesaria o directa en la realización del hecho.

En su investigación, el autor plantea dos objetivos: el primero, analizar la teoría de la comunicabilidad de las circunstancias y la calidad del *extraneus* en la comisión del delito de peculado en el contexto de la autoría y participación; y el segundo, señalar los problemas prácticos de la falta de tratamiento de la imputación de autoría al *extraneus* en el sistema normativo salvadoreño. En relación a los citados objetivos, el texto recopila un análisis de la dogmática del Derecho Penal Económico aplicable al tratamiento del *extraneus* e *intraneus*, así como la perspectiva jurisprudencial nacional sobre ello, revelando así los vacíos normativos y las críticas en su entorno. Finalmente, sostiene que, debido al incremento de la corrupción a nivel nacional en los últimos años y para evitar la impunidad, es necesario hacer una adecuación normativa a partir de los indicios demostrativos de las fuentes materiales, que reconocen y sancionan la masiva participación de terceros en delitos especiales.

La MSc. Emma Patricia Muñoz Zepeda, abogada en libre ejercicio, en su investigación *“Las niñas, niños y adolescentes en el proceso de amparo desde la visión del principio del interés superior”* realiza un análisis sobre la aplicación del principio del interés superior y su relación con el derecho de acceso a la justicia como petición y respuesta de las niñas, niños y adolescentes en el proceso (acción constitucional) de amparo, derecho que lo analiza desde su regulación convencional, en la Convención de los Derechos del Niño, y legal, en la nueva ley *“Crece Juntos”*. Nos permite conocer los diversos mecanismos que fijan y desarrollan los instrumentos normativos antes mencionados; además, los contrasta con las recomendaciones dadas por el Comité sobre los Derechos del Niño de la Organización de las Naciones Unidas.

Por otro lado, analiza la jurisprudencia nacional de amparo dictada por la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, con la finalidad de conocer el acceso que tienen los niños, niñas y adolescentes a los derechos de acceso a la justicia, petición y respuesta; y toma como base

para el mencionado análisis, el principio del interés superior. Nos muestra las experiencias habidas en México en materia de amparo promovido por niñas y niños, específicamente el caso denominado “Malecón Tajamar”, acción que está vinculada con el derecho a un medio ambiente sano. Finalmente, concluye su análisis proponiendo acciones positivas que se pueden implementar en El Salvador, para potenciar el derecho de acceso a la justicia, de petición y respuesta de niñas, niños y adolescentes como sujetos de derecho.

Por su parte, los maestros Alejandro Spessot y Federico Tabares, juristas argentinos y amigos de esta casa de estudios, en su artículo *“Tecnología aplicada a la protección de los derechos sociales fundamentales: algunas experiencias en Argentina, Colombia, España y Georgia”*, nos muestran cómo el uso de las nuevas tecnologías de la información y comunicación es cada vez mayor y que, por tanto, le corresponde al Estado generar la seguridad jurídica al ciudadano que las usa y, en su caso, crear mecanismos de investigación y sanción a sus usos indebidos. También, analizan cómo el respeto al principio de buena administración es a la vez un derecho de los ciudadanos y un deber de la Administración pública.

De forma particular, nos muestran cómo desde la buena administración se han generado cambios profundos en el funcionamiento de la Administración, particularmente en la forma de gestionar o materializar los derechos sociales fundamentales. Asimismo, describen algunas aplicaciones innovadoras de blockchain implementadas por Argentina, Colombia, España y Georgia, como estas han impactado los derechos y que, por tanto, su desarrollo es un desafío para las democracias modernas.

La MCP. Odaly Sánchez de Rodríguez, investigadora de esta Facultad, en su artículo *“La independencia y los límites entre los órganos del Estado en el constitucionalismo salvadoreño”* nos muestra cómo la Constitución de la República erige tres órganos fundamentales de Gobierno: el Ejecutivo, Legislativo y Judicial; cada uno con sus propias facultades o competencias específicas. La autora hace énfasis en las formas de control existente entre

tales órganos, destaca la independencia de cada órgano en el cumplimiento de sus funciones, cuáles son sus límites y cómo estos se vuelven un control Inter orgánico.

Asimismo, afirma la igualdad o jerarquía que existe entre cada uno de los órganos, ya que de forma clara nos plantea que no hay superiores entre ellos, sino que todos constituyen partes específicas de un cuerpo llamado Gobierno. Explica que, en la realidad política de El Salvador, lo anterior no logra materializarse, ya que se advierte la cultura del predominio del Órgano Ejecutivo sobre los demás. El artículo también presenta un marco doctrinal de los límites al poder a través de los órganos del Estado, las funciones principales de cada uno de ellos y cómo éstas, en su ejercicio, llevan inmersa la idea del constituyente de control o de balance. Finalmente, analiza la necesidad e importancia de este tipo de controles y su efectividad, para garantizar un Estado constitucional y democrático de Derecho.

Los estudiantes de la Escuela de Ciencias Jurídicas, Alicia Lemus, Krissia Espinoza y Gerardo Ortiz, en su investigación *“Las TIC como medio para la comisión de nuevos delitos contra las mujeres”* plantean cómo los avances tecnológicos facilitan la comisión de delitos, especialmente aquellos cuyo bien jurídico es una vida libre de violencia para las mujeres; analizan la normativa vigente que regula las conductas relacionadas con la transgresión al bien en cuestión. Sostienen que, actualmente, persisten violaciones a los derechos de las mujeres, que estas tienen lugar en el ámbito doméstico o comunitario, y que se expanden mediante el empleo de diversos medios electrónicos, propiciando nuevas formas de violencia que atentan contra su dignidad, intimidad, integridad y libertad.

Asimismo, los autores hacen referencia que, en el marco jurídico salvadoreño, existen diversos cuerpos normativos que procuran proteger a la mujer de hechos de violencia, tales como el Código Penal, la Ley Especial para una Vida Libre de Violencia para las Mujeres y la Ley Especial contra Delitos Informáticos, con la que se pretende sancionar específicamente los

tipos de violencia que afectan a las mujeres en todos los espacios, incluyendo el cibernético. Afirman que la intersección entre la legislación penal general y la protección especial de género advierte un enfoque integral para enfrentar la problemática, pero que podría no ser suficiente. Reiteran en las disposiciones legales, buscan garantizar que las mujeres puedan vivir sin temor a la violencia de cualquier tipo, ya sea física, psicológica, emocional, simbólica, económica, patrimonial, sexual, feminicida e incluso la que se ejerce a través de medios electrónicos, y que sus derechos sean respetados en todos los ámbitos de la sociedad. Los autores concluyen afirmando que es fundamental que el combate a los delitos cibernéticos en general y a la violencia de género en particular, sea un esfuerzo global en el que haya cooperación internacional y coordinación nacional interinstitucional, ya que solo así se garantizará la igualdad de género y se combatirá eficazmente la violencia hacia las mujeres en todo el mundo.

Este servidor tuvo el privilegio de concurrir con un aporte en esta Revista junto a tan connotados investigadores, con la ponencia denominada *“La buena administración y el derecho a la educación”*, en el que se deja claro que la educación es un derecho humano fundamental de todas las personas, pero que en este caso se analiza como servicio público y se hace énfasis en la organización, funcionamiento y control del servicio público esencial de educación. Se reafirma que la educación, como servicio y en todos sus niveles y modalidades, es prestado por el sector público en concurrencia con el privado. En este último caso, el Estado, por medio del Ministerio de Educación, Ciencia y Tecnología, se convierte en el ente regulador del servicio; salvo en el caso de la educación superior universitaria a cargo de la Universidad de El Salvador.

En ese sentido, se analiza si en cualquiera de las modalidades de la prestación del servicio educativo, presencial o a distancia, sincrónico o asincrónico, el Estado, por medio del Ministerio de Educación y demás entes públicos, cumplen el deber de la buena administración, que además es vista como principio rector de la actividad administrativa y como derecho de los ciudadanos.

Todos los artículos contenidos en esta Revista, sin duda son valiosos recursos de aprendizaje para todo aquel que los lea; los que, además, nos desafían e instan a la irreverencia académica, para cuestionar tales saberes, con el afán de refutarlos, modificarlos o asumirlos y construir sobre ellos nuevos aprendizajes.

Felicito a todos los investigadores e investigadoras que contribuyeron con esta edición de la Revista Derecho e invito a toda nuestra comunidad académica y estudiantil a que se inicien o se mantengan en la senda de la investigación, ya que con ella se llega a la verdad y ésta, como sabemos, nos hace libres; y de paso, se enaltece el buen nombre de nuestra casa de estudios.

ARTÍCULOS

Las niñas, niños y adolescentes en el proceso de amparo desde la visión del principio del interés superior

Girls, boys and adolescents in the legal protection process from the vision of the principle of best interest

Emma Patricia Muñoz Zepeda
(Universidad Evangélica de El Salvador, El Salvador)
 <https://orcid.org/0000-0001-5834-8876>
Correspondencia: emmapatricia.zepeda@gmail.com



Recibido: 31-03-2023
Aceptado: 25-08-2023

LAS NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES EN EL PROCESO DE AMPARO DESDE LA VISIÓN DEL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR

Emma Patricia Muñoz Zepeda

RESUMEN

El artículo hace un análisis sobre la aplicación del principio del interés superior y su relación con el derecho de acceso a la justicia como petición y respuesta de las niñas, niños y adolescentes en el proceso de amparo, derecho que se encuentra regulado en el artículo 12 de la Convención de los Derechos del Niño y en la Ley Crecer Juntos, permitiendo conocer los mecanismos que se han establecido para su ejercicio desde la Convención sobre los Derechos del Niño y la legislación salvadoreña, partiendo de lo señalado en la Observación General número 12 y 14 del Comité sobre los Derechos del Niño.

Además, se realiza un análisis a partir de la jurisprudencia nacional emitida por la Sala de lo Constitucional en materia de amparo con la finalidad de conocer el acceso que tiene este sector en los derechos antes mencionados, tomando como punto de análisis el principio del interés superior. Aunado a la identificación de experiencias desarrolladas en México en materia de amparo promovido por niñas y niños en el caso denominado Malecón Tajamar, iniciativa que se encuentra vinculada con el derecho a un medio ambiente sano. Para concluir con propuestas de acciones positivas que se pueden implementar para potenciar el derecho de acceso a la justicia como petición y respuesta de niñas, niños y adolescentes como sujetos derechos.

PALABRAS CLAVE: proceso de amparo - derecho de acceso a la justicia - derecho de petición y respuesta - principio del interés superior

GIRLS, BOYS AND ADOLESCENTS IN THE LEGAL PROTECTION PROCESS FROM THE VISION OF THE PRINCIPLE OF BEST INTEREST

Emma Patricia Muñoz Zepeda

ABSTRACT

The use of the term politics is very popular in the everyday lexicon, it appears in hallway The article analyzes the application of the principle of the best interests of the child and its relationship with the right to access justice as a request and response by girls, boys, and adolescents in the legal protection (amparo) process, a right regulated in Article 12 of the Convention on the Rights of the Child and in the "Crece Juntos" Law. This analysis allows us to understand the mechanisms established for its exercise based on the Convention on the Rights of the Child and Salvadoran legislation, as indicated in General Comment numbers 12 and 14 of the Committee on the Rights of the Child.

Furthermore, an analysis is conducted based on national jurisprudence issued by the Constitutional Chamber in legal protection matters to determine the access that this sector has to the aforementioned rights, with the principle of the best interests of the child as a focal point of analysis. Additionally, experiences developed in Mexico regarding legal protection cases filed by children are identified, as seen in the Malecón Tajamar case, an initiative linked to the right to a healthy environment. The article concludes with proposals for positive actions that can be implemented to enhance the right to access justice as a request and response for girls, boys, and adolescents as rights holders.

KEYWORDS: legal protection process - right of access to justice - right of petition and response - principle of best interest

Las niñas, niños y adolescentes en el proceso de amparo desde la visión del principio del interés superior

Emma Patricia Muñoz Zepeda¹
El Salvador

I. El acceso de las niñas, niños y adolescentes al proceso de amparo en El Salvador

El proceso de amparo en el sistema interamericano requiere agotar los recursos a disposición de la ciudadanía de conformidad a su ordenamiento jurídico interno. La institución jurídica en análisis es un mecanismo ágil y oportuno para activar el sistema judicial, en consecuencia, recibir una respuesta a la vulneración de sus derechos, para lograr su restablecimiento. Encuentra su basamento en los artículos 1, 2 y 25 de la Convención Americana. En este sentido, el artículo 25 de la Convención Americana señala:

*“Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales”.*²

1 Maestra en Derecho de Familia de la Universidad Evangélica de El Salvador. Abogada en el libre ejercicio. Miembro del Centro Latinoamericano de Capacitación e Investigación. Líneas de investigación: Derechos Humanos, niñez y adolescencia. Email: emmapatricia.zepeda@gmail.com.

2 Convención Americana sobre Derechos Humanos (San José, Costa Rica: Conferencia



En cuanto a esta última disposición, se puede mencionar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha señalado que el proceso de amparo se encuentra imbíbido en su contenido, comprendiendo que es un proceso sencillo y breve que tiene por objeto la tutela de los derechos reconocidos constitucionalmente por los Estados parte y por la misma Convención Americana de Derechos Humanos.³

El amparo se encuentra relacionado con el derecho de acceso a la justicia, el cual es: *“la posibilidad de toda persona, independientemente de su condición económica o de otra naturaleza, de acudir al sistema previsto para la resolución de conflictos y vindicación de los derechos protegidos de los cuales es titular”*.⁴ Es decir, el acceso a la justicia es un derecho que no debe limitarse y debe trabajarse en las barreras estructurales, geográficas, sociales, económicas, entre otras; ya que afectan su ejercicio pleno, como lo señalan las 100 Reglas de Brasilia.

De igual manera, es interesante la opinión del Juez Sergio García Ramírez, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, quien en sentencia del caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala, emitió voto concurrente razonado y señaló que el derecho de acceso a la justicia debe concebirse bajo dos aristas que permiten comprender su efectividad:

“Ese acceso implica tanto la facultad y la posibilidad de acudir ante órganos que imparten justicia en forma independiente, imparcial y competente, formular pretensiones, aportar o requerir pruebas y alegar en procuración de intereses y derechos (justicia formal), como la obtención de una sentencia firme que satisfaga las exigencias materiales de la justicia (justicia material)”.⁵

Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, 15 de junio de 1978). Diario Oficial N°113, Tomo N°259, del 19 de julio de 1978.

- 3 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *El hábeas Corpus bajo suspensión de garantías*. (artículo 27.2, 25.1 y 7.6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). *Opinión Consultiva OC8/87 del treinta de enero de mil novecientos ochenta y siete*. Serie A número 8 párrafo 32. https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_08_esp.pdf
- 4 Manuel E Ventura Robles, *La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de acceso a la justicia e impunidad* (Ponencia pronunciada en el Taller Regional sobre Democracia, Derechos Humanos y Estado de Derecho, organizado por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2005).
- 5 Corte Interamericana de Derechos Humanos, STC, *Voto Concurrente Razonado del Juez Sergio*

En este orden de ideas, en el modelo tutelar, las niñas, niños y adolescentes no tenían un acceso a la justicia, partiendo de la concepción de no ser objetos de derecho, no siendo escuchados, por lo cual, las medidas eran adoptadas con base en el criterio del juez quien, como buen padre de familia, decidía lo más favorable; verbigracia: aplicando la medida de internamiento indefinida sin brindarle información sobre el motivo por el cual era separado de su madre y padre.⁶

De igual manera, lo citado anteriormente presenta un cambio sustancial a nivel normativo a partir de la Convención sobre los Derechos del Niño, como instrumento internacional que regula los derechos y garantías de la niñez y adolescencia; estableciendo en el caso que atañe, una serie de medidas que deben ser incluidas en el sistema judicial con la finalidad que las niñas, niños y adolescente ejerzan de forma eficaz sus derechos.

La Convención sobre los Derechos del Niño establece la calidad de sujetos de derechos a la niñez y adolescencia, comprende tener acceso a un abogado a través del cual puedan denunciar situaciones que vulneran sus derechos; la facultad de iniciar procesos judiciales en los cuales pueden facultar a un abogado para que los represente; el derecho a ser escuchados por las autoridades administrativas y judiciales, sancionando la falta de documentación de este ejercicio; la utilización de Cámaras Gesell para que brinden su testimonio en caso de ser testigos o víctimas de un delito; y en materia de familia, la realización de una audiencia para escuchar a las niñas, niños y adolescentes.⁷

Para lograr el ejercicio efectivo del presente derecho, es necesario que las instituciones judiciales cumplan con determinadas medidas, como espacios adecuados a la niñez y adolescencia, capacitación a los operadores de justicia,

García Ramírez a la Sentencia del Caso Mack Chang Vs. Guatemala, del 25 de noviembre de 2003. Acceso el 26 de marzo de 2023. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r24428.pdf>

6 Álvaro Burgos Mata y Gustavo Chan Mora, *Cuadernos de Justicia Juvenil Edición Especial* (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2009), 17.

7 Convención sobre los Derechos del Niño (Nueva York: Naciones Unidas, 1991). Decreto Legislativo Número 487 del 26 de abril de 1990. Diario Oficial número 108, tomo 307, del 9 de mayo de 1990. Artículos 3, 5, 12, 19, 28 y 37.

entre otras: que propicien un ambiente adecuado, las cuales, según el Comité de los Derechos del Niño, deben ser:

1. **Preparación:** consiste en hacer del conocimiento del niño, niña y adolescente el motivo por el cual se encuentra en ese lugar, explicándole cómo, cuándo, dónde y quiénes lo escucharán; que es una decisión no forzada de emitir su opinión, la cual puede efectuar personalmente o a través de su representante legal, como los efectos que tendrá la decisión que se tomará en dicho proceso judicial.
2. **Audiencia:** debe desarrollarse sin la presencia de los adultos en conflicto, ya que puede influir en la libertad de opinión del niño o adolescente; por ello, debe ser brindada en privado ante la autoridad que está dirimiendo el conflicto, para ser posteriormente hecha del conocimiento de las otras partes intervinientes en el proceso.
3. **Evaluación de la capacidad del niño:** al tener contacto con el niño, niña o adolescente, el funcionario judicial puede percibir el grado de comprensión y madurez que presenta, lo que permitirá formarse un juicio de la capacidad de acuerdo al desarrollo progresivo de sus facultades.
4. **Información sobre la consideración otorgada a las opiniones del niño (comunicación de los resultados al niño):** así como es significativo escuchar la opinión de la niña, niño y adolescente, es insoslayable hacer de su conocimiento el resultado del proceso y la influencia de la opinión vertida por este último en la decisión adoptada. Esta cuarta medida parte del análisis de la doctrina de protección integral al concebir a la niñez y adolescencia como sujeto de derecho que posee una gama de derechos a ejercer y para ello debe brindarse las condiciones e información para conocer cómo es su vinculación, en aras de proteger sus derechos.
5. **Quejas, vías de recurso y desagravio:** el derecho de ser escuchados no se limita a conocer su opinión sobre un determinado asunto

hecho del conocimiento del juzgador, deben concebirse los mecanismos judiciales para atacar aquella sentencia que vulnera su derecho a ser escuchados y reduce su opinión a un asunto de mera legalidad, pero sin la debida relación en la fundamentación de la decisión adoptada.⁸

Las condiciones antes mencionadas permiten potenciar el ejercicio pleno de los derechos de las niñas, niños y adolescentes. En consecuencia, el principio del interés superior aplicado por el operador judicial en todos aquellos procesos que afecten la esfera de derechos de la niñez y adolescencia; el operador debe obtener todos los insumos necesarios que permitan emitir una decisión integral, y por ello, es necesaria la participación activa; es decir, intervenir en todos los asuntos concernientes a sus derechos.

El interés superior se comprende como la más amplia satisfacción de los derechos contenidos en la Convención sobre los Derechos del Niño.⁹ De esta manera, el instrumento antes mencionado estipula que el principio del interés superior de la niña, niño y adolescente son:

*“todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas y privadas de bienestar social, tribunales las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a la que se atenderá será el interés del niño”.*¹⁰

El Comité de los Derechos del Niño señala la importancia del interés superior del niño y su vinculación con el derecho a ser escuchados. Las decisiones que sean tomadas por el órgano judicial no pueden ser ajenas a lo más favorable a las niñas, niños y adolescentes. Es decir, el concepto de

8 Comité de los Derechos del Niño. *Observación General Número 12 (2009). El derecho del niño a ser escuchado.* (Ginebra: Naciones Unidas, 2009), párrafos 41-47. <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2011/7532.pdf>

9 Miguel Cillero Bruñol, “El Interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los derechos del Niño”, En *Revista Justicia y Derechos del Niño*. Número 9. (Santiago de Chile: UNICEF, 2007): 125-141. https://unicef.cl/archivos_documento/68/Justicia%20y%20derechos%201.pdf

10 *Convención sobre los Derechos del Niño.*

interés superior radica en garantizar el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos por la Convención y el desarrollo holístico de estos, comprendiendo su esfera física, psicológica, mental, espiritual, moral y social para permitir un verdadero desarrollo.¹¹

En este mismo orden de ideas, la Sala de lo Constitucional se ha pronunciado sobre el interés superior del niño, niña y adolescente, señalando que:

*“Es un principio jurídico de aplicación preferente o rector en todas aquellas decisiones –particularmente de carácter discrecional– que puedan incidir o limitar el ejercicio de los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes. En otras palabras, con su aplicación se intenta potenciar cada uno de los derechos fundamentales que les asisten conforme el contenido y alcance del mismo en el caso concreto, sin poder afectar de ninguna manera su núcleo esencial”.*¹²

A partir de lo antes expuesto, el principio del interés superior, el derecho a ser escuchado y el derecho de acceso a la justicia, son cruciales para ejercer y solicitar el cumplimiento de sus derechos de forma eficaz en las diferentes instancias judiciales. En virtud, que el principio del interés superior de la niña, niño y adolescente, según el Comité de los Derechos del Niño, se analiza desde tres aristas: *“un derecho sustantivo, principio jurídico interpretativo fundamental y una norma de procedimiento”*.¹³

A partir de la noción tripartita, el principio del interés superior es una norma procedimental que debe ser aplicada por los tribunales que conocen hechos u acciones que tienen como vinculación la niñez y adolescencia, en este sentido, para alcanzar su máxima expresión es necesario que el niño, niña y adolescente ejerza su derecho de opinión. Como muy bien lo señala el Comité de los Derechos del Niño, el principio del interés superior del niño contiene ocho

11 Comité de los Derechos del Niño, *Observación General N°14, El derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1)* (Ginebra: Naciones Unidas, 29 de mayo de 2013), párrafo 4. https://www.observatoriodelainfancia.es/ficherosoia/documentos/3990_d_CRC.C.GC.14_sp.pdf

12 Sala de lo Constitucional, *Sentencia Referencia 128-2012* (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2015).

13 Comité de los Derechos del Niño. *Observación general N.º 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior...*, Párrafo 6.

garantías procesales que deben ser conocidas y aplicadas por los juzgadores en sus diferentes ramas y grados de conocimiento:

*“El derecho del niño a expresar su propia opinión, la determinación de los hechos, la percepción del tiempo, los profesionales cualificados, la representación letrada, la argumentación jurídica los mecanismos para examinar o revisar las decisiones y la evaluación del impacto en los derechos del niño”.*¹⁴

En ese sentido, la implementación de la doctrina de protección integral ha permitido la configuración en la legislación nacional de los mecanismos acorde a la Convención sobre los Derechos del Niño, para permitir el ejercicio irrestricto del derecho de petición y respuesta, derecho de participación, el cual comprende el ser escuchado y opinar ante los órganos administrativos y judiciales, que en el caso en concreto deben decidir sobre la esfera de derechos de la niñez y adolescencia. Por su parte, el derecho de ser escuchados tiene vinculación con nuestro estudio, en virtud que el ejercicio del derecho citado permite la participación de las niñas, niños y adolescentes en todos aquellos asuntos que conciernen a su esfera de derechos. Es decir, no existe una lista que limite las áreas en las cuales se ejercerá el mencionado derecho, debe partirse de la concepción de todos los temas que le afectan y ser respetada y acogida por todos los Estados firmantes de la Convención sobre los Derechos del Niño.¹⁵

El derecho antes citado, comprende dos aristas, la judicial y la administrativa. En nuestro estudio nos limitaremos a la judicial, en la cual la niña, niño y adolescente se encuentra habilitado para ejercer su derecho en cualquier clase de proceso y en cualquier instancia, iniciado por su madre, padre, un tercero o por el mismo niño o adolescente. El Comité de los Derechos del Niño presenta ejemplos de procesos judiciales, en los cuales podemos observar la participación de los niños y adolescentes:

14 Comité de los Derechos del Niño. *Observación general N.º 14...*, Párrafo 89 y 99.

15 Comité de los Derechos del Niño. *Observación General Número 12 el derecho del niño a ser escuchado...*, Párrafo 26 y 27.

*“Cuestiones de separación de los padres, custodia, cuidado y adopción, niños en conflicto con la ley, niños víctimas de violencia física o psicológica, abusos sexuales u otros delitos, atención de salud, seguridad social, niños no acompañados, niños solicitantes de asilo y refugiados y víctimas de conflictos armados y otras emergencias”.*¹⁶

Ejemplo de ello, son los procesos de amparo promovidos en los casos de las niñas, niños y adolescentes que han sido vulnerados en su derecho a la salud, regulado en el artículo 1 inciso III, 2, 35 y 65 de la Constitución. El agravio encuentra su asidero en la negativa por la institución de salud de proporcionar el medicamento para atender la enfermedad, el ejercicio del derecho de opinión permite al operador judicial conocer las afectaciones que presentan la niñez y adolescencia verbigracia por la falta de diálisis por enfermedad renal.

Un precedente importante en este análisis es el hábeas corpus 209-2020 promovido por una niña en favor de su madre que se encontraba en detención provisional en período de pandemia, señalando que es insoslayable para el operador judicial establecer las condiciones idóneas para el ejercicio del derecho de opinión de las niñas, niños y adolescentes. El análisis efectuado en la sentencia, realza la calidad de sujetos de derechos y la importancia del principio del interés superior en la toma de decisiones.

Asimismo, el principio del interés superior de la niña, niño y adolescente al ser analizado en la toma de decisiones judiciales –artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño- tiene una clara relación con el derecho de acceso a la justicia de este sector al señalar en las Reglas de Brasilia que:

*“...El acto debe ser celebrado en una sala adecuada, facilitando la comprensión, por medio de un lenguaje sencillo y evitando todos los formalismos innecesarios, tales como la toga, la distancia física con el tribunal y otros similares”.*¹⁷

16 Comité de los Derechos del Niño. *Observación General Número 12 el derecho del niño a ser escuchado...*, Párrafo 32.

17 XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, *Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas*

Las condiciones señaladas en el marco de la implementación permiten un desarrollo más fluido, cercano y sin formalismos que admiten situar en el centro del proceso a la niñez y adolescencia. Estas condiciones son propicias en aras de promover el ejercicio progresivo de los derechos de la niñez y la adolescencia de conformidad a los estándares internacionales como el enunciado.

II. El proceso de amparo en México

En México se permite a las niñas, niños y adolescentes acudir por sí mismos o representados a través de su padre o madre, en procesos de amparo indirecto en materia civil, cuando son asuntos de naturaleza familiar en los cuales no se agotó el principio de definitividad.¹⁸ Un ejemplo de ello se encuentra en el caso de 113 niñas y niños que interpusieron un proceso de amparo en contra de una construcción inmobiliaria en Cancún, el cual fue obtenido de forma inédita; pero no se logró su ratificación en virtud que el juzgado competente estableció una fianza de 21 millones de pesos, en consecuencia, quedó sin efecto.¹⁹

Un punto interesante de dicho proceso de amparo, es que su fundamentación se argumentó con base a la Constitución Mexicana, la Convención sobre los Derechos del Niño y la Ley de Protección de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, bajo el número de expediente 1194/2015, en cuyos términos 113 firmas de menores demandaron el derecho a ser escuchados, a que se vigile su derecho a un medio ambiente sano y específicamente se detengan los trabajos de tala y desmonte del manglar ubicado en la zona conocida como Malecón Tajamar.

En este mismo orden de ideas, un niño a través de su madre promovió un proceso de amparo en contra de los trabajos del Malecón Tajamar, otorgando

en condición de Vulnerabilidad (Brasilia: 2008). Regla 78.

18 Laura Elena Garfias Reyes y Alfredo García Rosas “El eficaz acceso a la jurisdicción de las niñas, los niños y los adolescentes a partir de la aplicación del principio de su interés superior: el supuesto de definitividad en el amparo”. *Dignitas* 33, enero-abril (2017): 73. <https://dignitas.codhem.org.mx/index.php/dignitas/article/view/51/47>

19 Segunda Sala, *sentencia referencia 659/2017* (México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2018)

el Juez Cuarto de Distrito de Cancún, Quintana Roo, de forma provisional la suspensión de la remoción de cualquier tipo de vegetación del manglar. La fundamentación brindada fue la prevalencia del derecho del niño a un medio ambiente adecuado para su desarrollo y bienestar, así como la preservación y protección del mismo.

En consecuencia, el principio del interés superior es fundamental en el análisis integral de casos como los antes señalados, en aras de potenciar el derecho de acceso a la justicia de las niñas, niños y adolescentes. Asimismo, se identifica una relación del derecho mencionado con el derecho a un medio ambiente adecuado, con la finalidad de proteger el ecosistema y su proyecto de vida.

A partir del caso expuesto, bajo la premisa del desarrollo evolutivo de las facultades de las niñas, niños y adolescentes, incluyendo el grado de madurez y conciencia ante las circunstancias que los rodean, en El Salvador éstos pueden ejercer de forma directa sus derechos al ser sujetos plenos, que tienen la capacidad de decisión y opinión, con la dirección de sus madres y padres de conformidad al artículo 9 de la Ley Crecer Juntos que consagra el principio del rol primario y fundamental de la familia.

Pero dicha facultad a partir del análisis de la Convención sobre los Derechos del Niño, se encuentra limitada a la normativa de cada Estado Miembro; por ese motivo, El Salvador es claro en estipular la necesidad de actuar bajo la figura de un representante legal para ejercer -capacidad procesal- sus derechos. En consecuencia, existe una diferencia en cuanto a la edad que se faculta para ejercer sus derechos de acuerdo a la materia que se esté conociendo como lo hemos venido mencionando en líneas anteriores.

Sobre este punto, la Sala de lo Constitucional en su jurisprudencia ha sido clara en señalar que los niños y adolescentes para promover este tipo de proceso, deben hacerlo a través de la figura de la representación, reiterando que *“la capacidad procesal, es la facultad que tiene una persona para poder actuar válidamente al interior de un proceso como sujeto de derechos y obligaciones”*,²⁰

20 Sala de lo Constitucional, *Sentencia referencia 642-99* (El Salvador: Corte Suprema de

capacidad que la niñez y adolescencia salvadoreña ejerce a través de sus padres o representantes. Es decir, no hay duda que las niñas, niños y adolescentes según la doctrina de protección integral son sujetos de derechos y el Estado se encuentra en la obligación de garantizar su satisfacción.

A partir de lo mencionado en la jurisprudencia nacional en materia de amparo se encuentra el escenario, en el que la niñez salvadoreña no ha promovido -por sí misma no está facultada- a través de un representante legal a realizar procesos de amparo, a contrario sensu, de otras personas que han acudido a la Sala de lo Constitucional a través de esta vía en su calidad de ciudadanos de conformidad al interés difuso o colectivo que se ejerce.

Es así que se puede citar en la jurisprudencia nacional la demanda de amparo con número de referencia 938-2014, promovida bajo la figura del interés colectivo²¹ al hacer del conocimiento de la Sala de lo Constitucional las omisiones por parte de los Directores del Hospital Nacional Rosales y el Hospital Nacional de Niños Benjamín Bloom de proveer los tratamientos preventivos y restaurativos idóneos a los pacientes con hemofilia; así como las acciones u omisiones por parte del Ministro de Hacienda y la Ministra de Salud, que derivaron en una asignación presupuestaria insuficiente para el tratamiento de los pacientes con hemofilia.²²

En este orden de ideas, se puede ejemplificar el proceso de amparo promovido por el niño o niña –a través de su padre, madre o representante legal- al ser paciente del Hospital Nacional doctor Benjamín Bloom por padecer hemofilia; la Sala de lo Constitucional por su parte, debería de escuchar al niño, niña o adolescente en una audiencia de opinión; partiendo que dicho razonamiento, está basado en la doctrina de protección integral adoptada en la

Justicia, 2000).

21 “Los elementos esenciales de una acción colectiva son: la existencia de un representante, la protección de un derecho de grupo y el efecto —expansivo— de la cosa juzgada. Su objeto es proteger los intereses o derechos denominados grupales”. Patricio Alejandro Maraniello, “El amparo en la Argentina. Evolución, rasgos y características especiales”, En *Revista IUS*, Volumen 5, N°27, Argentina (2011): 18. <https://www.revistaius.com/index.php/ius/article/view/78>

22 Sala de lo Constitucional, *Sentencia referencia 938-2014* (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2015).

Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia que retoma los principios y derechos de la Convención sobre los Derechos del Niño.

En consecuencia, lo antes expuesto responde a las teorías del interés – conocidas también como teorías del beneficiario– postulan que tener un derecho es detentar un cierto beneficio o interés sin que necesariamente se pueda ejercer directamente, del cual se derivan deberes, morales o jurídicos, que se imponen sobre uno o más sujetos que deben respetar dichos intereses o beneficios.²³ Por tanto, las niñas, los niños y adolescentes tienen derechos, aunque no puedan ejercerlos de forma directa.

23 Luis Villavicencio Miranda, “¿Derechos Humanos para quiénes? Reflexiones sobre algunas cuestiones embarazosas”, *En Revista de Derecho Valdivia*. volumen XXI, N°2, diciembre 2008, (Chile): 49. Acceso el 03 de marzo de 2023. https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502008000200002

Conclusiones

- La niñez y adolescencia tiene derecho de acceder al proceso de amparo a través de la representación de sus padres, madres, cuidadores o responsables, en virtud, que su capacidad de actuación no es plena y al encontrarse sujeto al ejercicio de la autoridad parental que poseen los padres sobre sus hijos y el desarrollo progresivo de las facultades que los últimos tienen; a excepción del artículo 218 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, que regula la capacidad de los adolescentes de catorce años de nombrar apoderado.
- Es necesario que la niñez y adolescencia conozca sus derechos; y que las madres y padres puedan tener un papel activo para el ejercicio y cumplimiento por las autoridades correspondientes, para garantizar el desarrollo holístico del menor. Situación que permitirá tener el acceso a la justicia desde los diferentes escenarios en que puede encontrarse una niña, niño y adolescente en el sistema judicial.
- Finalmente, el Comité de los Derechos del Niño en su Informe Final de Observaciones a El Salvador en el párrafo 95 recomienda la divulgación de la Convención sobre los Derechos del Niño, los informes brindados por el presente Comité con el objetivo de hacer del conocimiento de la niñez y adolescencia como por la sociedad civil, al tener conocimiento de los derechos y deberes de este sector a su vez se exigirá su cumplimiento a través de los mecanismos establecidos.²⁴

24 Comité de los Derechos del Niño. *Examen de los informes presentados por los Estados partes con arreglo al artículo 44 de la Convención. Observaciones finales: El Salvador*. (53 período de sesiones, 17 de febrero de 2010) edición en PDF, 95. Acceso el 02 de marzo de 2023. <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2012/8535.pdf>

Bibliografía

- » Burgos Mata, Álvaro y Gustavo Chan Mora. *Cuadernos de Justicia Juvenil Edición Especial*. El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2009.
- » Comité de los Derechos del Niño. *Examen de los informes presentados por los Estados partes con arreglo al artículo 44 de la Convención. Observaciones finales: El Salvador*. <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2012/8535.pdf>
- » Convención Americana sobre Derechos Humanos. San José, Costa Rica: Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, 15 de junio de 1978.
- » Corte Interamericana de Derechos Humanos, *El hábeas Corpus bajo suspensión de garantías. Opinión Consultiva OC8/87 del treinta de enero de mil novecientos ochenta y siete*.
- » Corte Interamericana de Derechos Humanos, STC, *Voto Concurrente Razonado del Juez Sergio García Ramírez a la Sentencia del Caso Mack Chang Vs. Guatemala*, del 25 de noviembre de 2003. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r24428.pdf>
- » Convención sobre los Derechos del Niño. Nueva York: Naciones Unidas, 1991.
- » Comité de los Derechos del Niño. Observación General Número 12 (2009). El derecho del niño a ser escuchado. Ginebra: Naciones Unidas, 25 de mayo a 12 de junio de 2009. <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2011/7532.pdf>
- » Cillero Bruñol, Miguel. "El Interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los derechos del Niño". En *Revista Justicia y Derechos del Niño*. Número 9. (Santiago de Chile: UNICEF, 2007). https://unicef.cl/archivos_documento/68/Justicia%20y%20derechos%201.pdf
- » Comité de los Derechos del Niño. Observación General N°14, El derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1). Ginebra: Naciones Unidas, 29 de mayo de 2013. https://www.observatoriodelainfancia.es/ficherosoia/documentos/3990_d_CRC.C.GC.14_sp.pdf
- » Garfías Reyes Laura Elena y García Rosas Alfredo "El eficaz acceso a la jurisdicción de las niñas, los niños y los adolescentes a partir de la aplicación del principio de su interés superior: el supuesto de definitividad en el amparo". *Dignitas* 33, enero-abril (2017): 73. <https://dignitas.codhem.org.mx/index.php/dignitas/article/view/51/47>
- » Maraniello, Patricio Alejandro. "El amparo en la Argentina. Evolución, rasgos y características especiales". En *Revista IUS*, Volumen 5, N°27, Argentina (2011): 18. <https://www.revistaius.com/index.php/ius/article/view/78>
- » Miranda, Luis Villavicencio. "¿Derechos Humanos para quiénes? Reflexiones sobre algunas cuestiones embarazosas". En *Revista de Derecho Valdivia*. volumen XXI, N°2, diciembre 2008, (Chile): 49. https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502008000200002
- » Sala de lo Constitucional, Sentencia Referencia 128-2012. El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2015.
- » Sala de lo Constitucional, Sentencia referencia 642-99. El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2000.
- » Sala de lo Constitucional, Sentencia referencia 938-2014. El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2015.
- » Segunda Sala, Sentencia referencia 659/2017. México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2018.
- » Ventura Robles, Manuel E. La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de acceso a la justicia e impunidad. Ponencia pronunciada en el Taller Regional sobre Democracia, Derechos Humanos y Estado de Derecho, organizado por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2005.
- » XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en condición de Vulnerabilidad (Brasilia: 2008). Regla 78.

Impunidad: el problema de la sanción del *extraneus* en el delito de peculado

Impunity: the issue of the extraneus penalty in the crime of embezzlement

Mauricio Marroquín Medrano

(Corte Suprema de Justicia de El Salvador)

 <https://orcid.org/0009-0007-1341-5976>

Correspondencia: mau_marroquin@yahoo.com



Recibido: 31-03-2023
Aceptado: 17-07-2023

IMPUNIDAD: EL PROBLEMA DE LA SANCIÓN DEL EXTRANEUS EN EL DELITO DE PECULADO

Mauricio Marroquín Medrano

RESUMEN

Este artículo académico sostiene como premisa primordial el debate multilateral y constante sobre el castigo o sanción del extraño en los delitos especiales propios, evaluando la esquivista postura sobre una solución efectiva al problema de impunidad generado a través del notorio incremento participativo de sujetos que no tienen la calidad especial en delitos de esa naturaleza. A partir de lo anterior, se expone el panorama normativo doméstico sobre el particular, aunado a las dificultades dogmáticas de la ausencia de condición especial pese a la contribución necesaria o directa en la realización del hecho. En esa orientación, dos objetivos guían el artículo, el primero de ellos, analizar la teoría de la comunicabilidad de las circunstancias y la calidad del *extraneus* en la comisión del delito de peculado en el contexto de la autoría y participación; y el segundo, señalar los problemas prácticos de la falta de tratamiento de la imputación de autoría al *extraneus* en nuestro sistema normativo. Con relación a los citados objetivos, el texto recopila un análisis de la dogmática del derecho penal económico aplicable al tratamiento del *extraneus e intraneus*, así como la perspectiva jurisprudencial doméstica sobre ello, revelando así los vacíos normativos y las críticas en su entorno. Por lo cual, se ha utilizado un método de investigación cualitativo con modelo de investigación aplicada, debido al incremento de la corrupción a nivel nacional en los últimos años, que exige la adecuación normativa a partir de los indicios demostrativos de las fuentes materiales y que reconocen la masiva participación de terceros en delitos especiales, donde, la falta de alternativas posibles de condena, intrínsecamente facilitarían la impunidad y, ulteriormente, la corrupción.

PALABRAS CLAVE: peculado - delito especial - *extraneus* - *intraneus* - corrupción - autoría - participación

IMPUNITY: THE ISSUE OF THE EXTRANEUS PENALTY IN THE CRIME OF EMBEZZLEMENT

Mauricio Marroquín Medrano

ABSTRACT

This academic article holds as a fundamental premise the multilateral and constant debate on the punishment or sanction of outsiders in special self-owned crimes, evaluating the elusive stance on an effective solution to the problem of impunity generated through the noticeable increase in the participation of individuals who do not have special status in such crimes. Based on the above, it presents the domestic regulatory landscape on this issue, along with the doctrinal difficulties arising from the absence of special status despite the necessary or direct contribution to the commission of the act. In this regard, two objectives guide the article. The first one is to analyze the theory of the communicability of circumstances and the status of the extraneus in the commission of the crime of embezzlement within the context of authorship and participation. The second is to highlight the practical problems stemming from the lack of treatment of the attribution of authorship to the extraneus in our regulatory system. With respect to these objectives, the text compiles an analysis of the doctrinal aspects of economic criminal law applicable to the treatment of extraneus and intraneus, as well as the domestic jurisprudential perspective on this matter, thus revealing normative gaps and criticisms in this context. Therefore, a qualitative research method with an applied research model has been used, given the increase in corruption at the national level in recent years, which demands regulatory adjustment based on demonstrative evidence from material sources that acknowledge the extensive participation of third parties in special crimes. The lack of possible condemnation alternatives would intrinsically facilitate impunity and, subsequently, corruption.

KEYWORDS: embezzlement - special crime - extraneus - intraneus - corruption - authorship - participation

Impunidad: el problema de la sanción del *extraneus* en el delito de peculado

Mauricio Marroquín Medrano¹
El Salvador

Introducción

El problema de la corrupción desde su intento de conceptualización pregona problemas sumamente serios. En su practicidad, genera un dispendio desorbitante a los intentos estatales por la permanencia de los derechos fundamentales y el reconocimiento de la legitimidad de la institucionalidad centralizada. A partir de ello, la corrupción dentro de la función pública también ha invocado la intervención de terceros ajenos al deber de resguardo estatal, quienes en escenarios determinados, contribuyen al socavo de la administración pública e indirectamente, ocasionan daños en la tutela efectiva de los derechos sociales de la población. En este texto, la narrativa gira en torno a esa ocasión participativa del extraño, pero en adecuación al *nomen iuri* denominado peculado con preponderancia. Sin embargo, ello no impide que el análisis y

1 Es Juez del Tribunal Primero de Sentencia de San Salvador, Maestro en Derecho Penal Económico, por la Universidad de El Salvador con Cum Honorífico, Maestro en Administración de Justicia con enfoque socio jurídico, con énfasis en Derecho Penal, por la Universidad Nacional de Costa Rica, Licenciado en Ciencias Jurídicas, Capacitador de la Escuela Judicial. Ha sido docente de maestrías en la Universidad de El Salvador, Universidad de Oriente, Universidad Católica de El Salvador, Universidad José Matías Delgado, Escuela Superior de Economía y Negocios, y en pregrado de la Universidad Católica de El Salvador, Universidad Alberto Masferrer. Ha impartido cursos de especialización en Derecho Penal, Derecho Procesal Penal, Argumentación Jurídica, Derecho Penal Internacional, Leyes Especiales, Derecho Penal Económico, en la Universidad Católica de El Salvador, Universidad Tecnológica, Universidad Modular Abierta, además, profesor de la cátedra de Derecho Penal, de la Universidad Evangélica de El Salvador. Panelista internacional en diversos foros de debate sobre Derecho Penal y Derecho Procesal Penal.



conclusiones obtenidas en el estudio, sean aplicables en escenarios similares, sobre todo, cuando se estudian diversos delitos especiales.

En líneas generales, la dificultad de sanción del extraño deviene de la construcción del tipo legal y la probable participación que realiza es parte de la práctica corruptiva actual que no tiene tratamiento punitivo específico.

I. La corrupción de agentes públicos con intervención de particulares

Habitualmente, la corrupción se encuentra vinculada con organismos públicos; sin embargo, las implicaciones de la modernización de la criminalidad económica, han contribuido a que este fenómeno se sitúe también en organizaciones privadas, en las cuales se vulneran “*intereses sociales propios*”² no vinculados directamente con lo público. Es así que, en la actualidad, la doctrina distingue dos tipos de corrupción: la “*corrupción pública*” y la “*corrupción privada*”;³ esta última reside en la delincuencia económica vinculada al Derecho penal de la empresa. Su nominación, está excluida del Código Penal de El Salvador (CP), pero ello no la excluye de la criminalidad dentro del giro de las actividades empresariales.

El bloque jurisprudencial de El Salvador ha superado la visión clasista de identificar a la corrupción como un exclusivo medio de contaminación de la administración pública; al contrario, resalta que sus efectos debido al manejo

2 María Acale Sánchez, “La lucha contra la corrupción en el ámbito supranacional y su incidencia en el Código Penal español”, *Diritto Penale Contemporáneo*, número 3-4, (2014): 27, <https://ruc.udc.es/dspace/handle/2183/23652>

3 La criminología visualiza la distinción entre la corrupción pública y corrupción privada, desde la perspectiva que, “*los objetivos del sector privado se limitan a la obtención de la máxima rentabilidad, aunque no necesariamente contemplada en términos económicos; mientras que en “lo público” –o en lo que queda de “lo público” desde los embates procedentes del modelo neoliberal– los objetivos se centran en la tutela de los derechos, intereses, principios e instituciones constitucionalmente impuestos*”. Juan María Terradillos Basoco, “Mercado y administración pública / Criminalidad económica y corrupción política”. En *El derecho penal en tiempo de cambios. Libro Homenaje al profesor Luis Fernando Niño* (La Habana: Unijuris, 2016), 199. También, vid. Norberto de la Mata Barranco, *Derecho penal económico y de la empresa* (Madrid: Dykinson, 2018), 415; Acale Sánchez, “La lucha contra la corrupción en el ámbito supranacional y su incidencia en el Código Penal español”, 27.

indebido de fondos públicos inciden en el estado de derecho, la democracia y, sobre todo, en los derechos sociales,⁴ los cuales, a pesar de que ostentan la crítica de ser caros⁵ en términos de prevención y protección, sí representan una posición jurídica comunitaria importante, donde el Estado debe velar para que no sean limitados por aspectos delincuenciales como la corrupción.⁶

La regulación normativa de las conductas corruptas, ha respondido a la necesidad de adecuación normativa interna a los estándares de derechos humanos en la materia. Por ejemplo, normas nacionales como: la Ley Contra el Lavado de Dinero y de Activos, y la Ley de Probidad,⁷ surgen a causa del Convenio Centroamericano para la Prevención y la Represión de los Delitos de Lavado de Dinero y de Activos Relacionado con el Tráfico Ilícito de Drogas y Delitos Conexos, así como de la Convención Interamericana contra la Corrupción, la Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada y, sobre todo, de lo dispuesto en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción.

Como se reiteró, el margen interpretativo de la corrupción es amplio, pero, en el CP, a partir del capítulo II del título XVI, se encuentra la *familia delictiva* de las conductas corruptas, que afectan el bien jurídico colectivo, que es la administración pública. Es válido otorgar dos breves menciones a lo concerniente al bien jurídico que se protege: primero, su criterio hace énfasis en lo que corresponde a la comunidad jurídicamente organizada, que le confía al Estado para que administre a su propio beneficio, aspectos como la seguridad social, el acceso a la educación o salud, la previsión social, entre otros; segundo,

4 Sala de lo Constitucional, *Auto interlocutorio de admisibilidad*, Referencia 6-2016 (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2015).

5 Francisco Javier Ansuátegui Roig, "Argumentos para una teoría de los derechos sociales", *En Revista Derecho del Estado*, número 24 (2010): 61. En términos del autor, los derechos sociales han sido catalogados como caros y separados de los derechos fundamentales baratos –los individuales-. Esa concepción histórica los ha soslayado por su exigente carácter prestacional, donde el Estado debe incidir para proporcionarlos jurídica y materialmente.

6 Sala de lo Constitucional, *Inconstitucionalidad*, Referencia 53-2005/55-2005 (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2013).

7 Ley de Probidad (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 2015).

la administración pública no se restringe a la vulnerabilidad individual, al contrario, reconoce el grado de riesgo que una práctica corrupta representa para la sociedad entera, lo que brinda a la comunidad la obligación de supervisión del caudal público.

A. La interrelación entre la corrupción pública y privada: el agente de cuello blanco.

Existen dos tipos de flagelos que en ocasiones coinciden entre sí, la referida a la corrupción del sector público y la corrupción del ámbito privado, que en ciertos escenarios se entrelazan; *ad exemplum*, una persona particular se le aproxime al funcionario público con el propósito de conseguir ventaja en el mercado frente a otras probables personas competidoras, valiéndose de medios ilícitos que en ocasiones merecen reproche penal por suponer hechos punibles.⁸

De tal forma que, en la corrupción pública existen casos en que “*se superpongan, en simbiosis natural, los ámbitos público y privado*”,⁹ donde la delincuencia económica, generalmente organizada y a la vez transnacional, intensifican la afectación a la lesividad económica que conlleva la corrupción funcional. Visto de ese modo y como ya se expuso anteriormente, la corrupción pública puede surgir del particular cuando ofrece la dádiva al funcionario, y muchas veces este particular es un empresario que opera como delincuente económico a favor de su empresa, donde el particular paga un soborno a un funcionario, con el fin, por ejemplo, de adquirir bienes o servicios comerciales.

En ese hilo de ideas, el criminal económico que actúa en el ámbito profesional empresarial generalmente forma parte de una estructura organizada, en la que se adoptan decisiones para inducir a constituir actividades corruptas, que se traducen a un precio que se evalúa como necesario, tomando en cuenta las ventajas económicas de realizar la actividad corrupta e ilícita.¹⁰ En el marco de la

8 Acale Sánchez, 27.

9 Terradillos Basoco, 199.

10 *Ibid.*, 200.

corrupción pública, lo anterior conlleva a descomunales cuantías dinerarias que ingresan al mercado negro donde no existe control y, finalmente, en economías vulnerables se proyecta su circulación “en negro” por medio de los mercados no oficiales, mayor dinero que aquel que circula lícitamente y su consecuencia es el trastoque del orden económico.¹¹

De esa manera, como se puede advertir, en este contexto la corrupción pública se traduce en una manifestación o modalidad más de la delincuencia económica, en la que se sitúan personas físicas particulares que actúan muchas veces al amparo de una persona jurídica, que se sirven de la administración pública a través de la dádiva que ofrecen o entregan al funcionario público, para que éste realice a su favor el acto corrupto que permitirá tener ventajas desproporcionadas frente a otras empresas que no se valen de medios ilícitos y corruptos.

Bajo este marco lineal, estas personas ajenas a la administración pública que ofrecen dádivas al funcionario para favorecer a su empresa, pertenecen a una categoría particular que la doctrina ha denominado “*delincuente económico*”, o bien, en algunos supuestos, criminal “*de cuello blanco*”.¹²

Las características de este delincuente ajeno a la administración, del cual se ha hecho mención, no incluyen en principio la criminalidad patrimonial común, sino que se sitúa en aquellos espacios de obras públicas a gran escala, de privatización o concesiones de servicios públicos de primera necesidad en algunos ámbitos de la sociedad, entre otros.¹³ Así, los propósitos de este delincuente económico son más que claros: obtener el mayor lucro a favor de su empresa y para él mismo, a costa de los intereses gubernamentales.¹⁴

11 Acale Sánchez, “El Derecho penal, corrupción pública y la corrupción privada”, 232.

12 José Luis Díez Ripollés y Alejandra Gómez-Céspedes, “La corrupción urbanística: Estrategias de análisis”, *Revista española de investigación criminológica*, número 6 (2008): 3, <https://doi.org/10.46381/reic.v8i0.36>

13 Terradillos Basoco, 14 y 15.

14 Fernando Carbajo Cascón, “Corrupción en el Sector Privado (I): La corrupción privada y el derecho privado patrimonial”, 283.

Eventualmente, se alude a una dualidad de criminales de cuello blanco, el genérico que se entiende en sentido amplio como lo asentó Sutherland¹⁵ “*que no siempre será equivalente al delincuente económico*”, y el específico, donde el delincuente económico se sitúa como una especie que integra el género que es el delincuente de cuello blanco, porque el criminal económico se delimita a una actividad específica, que es la empresarial de tipo mercantil. En tal sentido, tal como acertadamente lo expone Barroso González, se puede colegir que se estaría “*en presencia de un delincuente económico y a la vez de cuello blanco cuando converjan en dicha persona las características de pertenencia a una clase social alta, y cometa una infracción vinculada a su actividad profesional, siendo ésta de índole mercantil*”.¹⁶

Bajo esta línea argumentativa, se colisiona el contexto en el que se suscitan los vínculos estrechos entre corrupción/criminalidad económica/participación, de ello el interés en lo concerniente a la confluencia del *intraneus* y el *extraneus* (extraño) en los delitos cuya configuración del tipo requiere la calidad especial en el sujeto activo.

II. El *intraneus* y el *extraneus*: escenario de participación

Como señala el autor Gonzalo Quintero Olivares, a la definición de autoría en el ámbito del derecho penal no debería ser una tarea difícil, pues es intuitivo decir que el autor de un delito es quien realiza la acción descrita en el tipo penal, más específicamente, quien mata, quien hiere, quien quita el bien ajeno. Sin embargo, surgen dificultades cuando diferentes personas

15 Sutherland, *El problema del delito de cuello blanco*, 108.

16 Asimismo, este autor apunta de forma atinada que “*un delincuente de cuello blanco no necesariamente es también un delincuente económico, y viceversa. Ello se colige de la posibilidad cierta de que un individuo perteneciente a una clase social alta cometa una infracción vinculada a su actividad profesional, pero ésta no sea atentatoria contra la economía a la luz de los conceptos de delito económico ya abordados. Podríamos estar en presencia, en tal caso, de delitos funcionariales, relativos a la corrupción, y no contra la economía propiamente dicha*”. Barroso González, “Los delitos económicos desde una perspectiva criminológica”, 103.

compiten por la comisión de un mismo hecho típico, a través de contribuciones de diferentes entidades.¹⁷

Ahí es donde viene la llamada competencia de agentes, codelincuencia o concurso de personas (coautores),¹⁸ esta última, es la nomenclatura elegida por el legislador penal salvadoreño para designar el fenómeno de la comisión de un solo delito por dos o más sujetos activos.

La competencia de agentes tiene, por tanto, un carácter monista, que, como se verá, se puede deducir del contenido de algunas disposiciones del CP salvadoreño, esta característica proviene de la interpretación de las distintas aportaciones de los distintos competidores como la realización de la misma y común infracción¹⁹ siempre que, por supuesto, estén presentes los requisitos determinantes de la competencia de personas.²⁰

17 *"Por supuesto, cuando solo hay uno interviniendo en el crimen, los problemas de identificación legal del autor se reducen sensiblemente; Por este estudio de la autoría es el único momento el estudio de la participación delictiva, expresión referida al conjunto de personas que intervienen de una u otra forma en la comisión del delito, y la pena que les son aplicables en función de esta intervención".* Quintero Olivares, Gonzalo, *Manual de derecho penal: parte general* 2. ed. (Navarra: Aranzadi, 2000): 606-607.

18 *"En relación al extraneus, en el que no son funcionarios ni empleados públicos, exigencia para este delito especial, hay que aclarar que las circunstancias personales sólo son exigidas para el autor, esto porque el Código Penal salvadoreño regula la trilogía en la participación de un hecho punible de conformidad con el Art. 32 Pn. Por lo que solo pueden ser autores de un delito cualificado o especial, aquel en quien concurre ese elemento especial de funcionario o empleado público, mientras que el resto de intervinientes en el hecho responden como partícipes, es decir tenemos un sistema diferenciador."* Cámara de lo Penal de la Primera Sección de Occidente, Santa Ana, Incidente de apelación, Referencia 209-2018 (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2018): 16.

19 Como ampliación del redactor de este artículo, sobre la idea anterior resulta importante señalar que la *violación de la norma penal*, es decir, la infracción de sus postulados de hecho que legitiman la concurrencia de la consecuencia legal, puede realizarse de forma unitaria (autor), consumación por múltiples autores (coautoría), dominio funcional de un sujeto sobre instrumentos del tipo (autor mediato). Así, se tiene que, en el primer caso, el mismo individuo delibera, planifica y ejecuta el delito, haciéndose cargo de todos los actos que se hacen necesarios para llevarlo a cabo o, al menos, para intentarlo. En el segundo -aunque la infracción puede, en abstracto, ser cometida por una sola persona- en realidad concurren dos o más individuos para producirla, compartiendo entre ellos el peso de la tarea criminal. En este último, se tiene la concurrencia de personas en un delito.

20 Sobre la competencia de personas a la que se hace alusión, para el autor de este artículo resulta necesario señalar los requisitos de dicha figura, que se pueden resumir en los siguientes: i) pluralidad de agentes; ii) pluralidad de conductas; iii) vínculo causal entre cada conducta y el resultado delictivo y iv) acuerdo de voluntades, siendo este último el elemental que determinará la unidad del delito.

Las dificultades relacionadas con la coautoría se refieren a la distribución de la responsabilidad penal entre los distintos sujetos en competencia, problema para el cual se propusieron varios criterios que permitirían decir en qué casos el aporte al delito equivaldría a la autoría, en otros a la participación o incluso a la colaboración con impunidad.

Entre las clases criminales que ofrecen problemas adicionales, está la tarea de interpretación jurídico-penal de los aportes de los distintos intervinientes al delito, que es la categoría de delitos especiales. Esta dificultad es evidente cuando se admiten delitos especiales como figuras típicas con restricción de autoría; así, si, por un lado, la doctrina penal no duda en afirmar la imposibilidad de un sujeto que no cuente con las características personales exigidas en el tipo (así, por ejemplo, ser funcionario público, médico, abogado o gerente de una institución financiera) para cometer individualmente el delito; en cambio, la solución no es tan sencilla cuando el delito se comete mediante la concurrencia de personas calificadas y personas no calificadas, de acuerdo con los requisitos típicos.

En ese sentido, el sujeto calificado, capaz de practicar la infracción especial individualmente, es designado *intraneus*, mientras que, el sujeto no calificado, incapaz de realizar la figura típica por sí mismo, es designado *extraneus*. Sin embargo, la serie de problemas relacionados a la imputación de una culpabilidad por autoría o participación, surge cuando concurren ambos sujetos (*intraneus* y *extraneus*) en la realización de un delito especial.²¹

Por supuesto, si un *extraneus* no puede practicar de forma aislada un delito especial, no podrán practicarlo ni dos, ni siquiera una pandilla de individuos no calificados, ahora, cuando esté calificado y no calificado (*intraneus* y *extraneus*) cometen juntos un delito especial, la atribución de responsabilidad plantea cuestiones importantes a saber, de las cuales, se citan dos medulares:

21 “La doctrina reconoce que un sujeto privado de calificaciones personales (*extraneus*) puede participar en la comisión de un delito cometido por un sujeto calificado (*intraneus*). Así, el ciudadano común podrá competir en la práctica de un delito propio”. Costa JR y Paulo José, *Curso de Derecho penal*, 9. ed. Rvdo. y actual (Librería Saraiva, 2008.) 139.

i) ¿Existe alguna posibilidad de sancionar penalmente a quien no ostenta una cualidad especial?; y ii) ¿La figura de comunicabilidad de las circunstancias y cualidades, autoriza transportar una condición especial a un sujeto común (*extraneus*) sin que ello sobrepase la legalidad y la interpretación en parte desfavorables?

En esa orientación, el hecho de que se requieran ciertas cualidades del infractor especial, no da lugar a la imposibilidad que terceros no calificados (*extraneus*) puedan dañar o poner en peligro el bien legal protegido, si bien en algunos casos es difícil imaginar la situación en cuestión; en otros, la hipótesis no solo es completamente factible, sino que a menudo se verifica constantemente en la práctica, donde este sería el caso, por ejemplo, del particular que presta asistencia material al funcionario que resta valores a la Administración Pública.

Luego, a pesar de la notable contribución a un daño colectivo producto de la concurrencia de participación entre el *intraeus* y el *extraneus*, el margen de involucramiento del derecho penal se ve limitado, pues, como existe una condición especial en el sujeto activo que no es concurrente en el *extraneus*, ello conlleva a una condición específica de impunidad, lo cual, también transmite un mensaje a esta modalidad de criminalidad, en cuanto a que, será difícil sostener una acusación e intentar la aplicación de una pena, a quien intervenga en la realización de un delito contra la administración pública pero, no sea un sujeto especial.

En menoscabo de la responsabilidad penal de estas personas extrañas, se aboga el principio de legalidad, el cual determina los límites exactos de esta imputación, siendo objeto de constante debate en la doctrina extranjera, con énfasis en la alemana y la española. Por otro lado, la normativa salvadoreña reconduce esa postura en lo que se encuentra regulado en el artículo 67 del CP,²² que trata la denominada figura como “Comunicabilidad de Circunstancias y Cualidades”,²³ el cual pretende solventar este escenario de participación,

22 Código Penal Salvadoreño (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 2011).

23 El artículo 67 CP establece “Las circunstancias y cualidades que afecten la responsabilidad de alguno

indicando que lo que concurra en el autor y sea conocido por el partícipe, también le afectará a este. No obstante, la aplicación de esos postulados debe suscitarse en el contexto del delito de peculado, discutiendo la efectividad de las alternativas vigentes en el CP, a fin de profundizar sobre la ausencia de pronunciamiento legislativo y jurisprudencial al caso.

III. La comunicabilidad de las circunstancias en el contexto de autoría y participación en el delito de peculado

A. Escenarios de condena a través de participación.

Una conceptualización general de la figura de la comunicabilidad de las circunstancias y cualidades, es la translación de las condiciones que influencia en el autor del delito a los demás partícipes en aquel. Por ello, el cuestionamiento problemático se suscita en sí, en la calidad especial requerida para la condena en un delito de peculado, que puede realmente transmitirse a quien participa en el ilícito y no ostenta dicha condicionante.

En esa orientación, se redirecciona la posibilidad punitiva hacia esta figura. Primero, es cuestionable la imposibilidad de ser el autor como individuo calificado. Sin embargo, no se discute que, a diferencia del *inraneus*, el *extraneus* siempre puede asumir formalmente tal condición, al menos, cuando se enfrenta a una infracción especial impropia. La aptitud formal antes mencionada se vuelve imperativa, sea cual sea, es la teoría de la autoría electa, cuando el *inraneus* ejerce materialmente el dominio de la actividad delictiva. Este dominio puede presentarse en cualquiera de las modalidades de autoría singular: autoría

o algunos de los autores y partícipes, sólo se tendrán en cuenta respecto de quien concurra o de quien hubiera actuado determinado por esas mismas circunstancias o cualidades. (inc. 1) La misma regla se aplicará respecto de circunstancias y cualidades que configure un tipo penal especial. (Inc. 2)”. El entendimiento según el cual la disposición en cuestión determinaría, como excepción a la regla general, la comunicabilidad de la calidad del intraneus al eventual extraneus que contribuya a la comisión del delito especial, permitiendo así distribuir las responsabilidades entre ellos según criterios como el aporte efectivo de cada uno a la comisión del delito, sin restricción alguna en materia de autoría.

directa o autoría mediata, según se cometa el delito personalmente o mediante un instrumento desprovisto de conocimiento y voluntad.

Bajo esa tesis, la admisión de autoría mediata en delitos especiales y la instrumentalización de *extraneus* por el *intraneus*, no se discute como regla general,²⁴ con la hipótesis que se debería hacer una excepción a la regla: la de la práctica de un delito que además de especial, se caracteriza por ser de propia mano; en ese sentido, con respecto al *extraneus* que colabora con la ejecución del delito dominado materialmente por el *intraneus*, la doctrina imperante entiende su punibilidad, siempre como participación.

Debido a lo anterior, a manera de ejemplo, puede citarse: un empleado de una institución financiera que brinda asistencia material para que los directores malversen los activos de la entidad legal para su propio beneficio; o también, en el caso que un secretario judicial, instigado por un abogado particular y queriendo beneficiarlo, retrasa la práctica de un acto oficial. En estas hipótesis, tanto desde la perspectiva del dominio final del hecho, como desde la perspectiva de cualquiera de las teorías basadas en una idea normativa de dominio o en la concepción del incumplimiento del deber, el particular, si es sancionable, será como mero partícipe, y eso es porque, por un lado, no controla el evento típico y, por otro lado, ni siquiera cumple con los requisitos formales típicos que lo convertirían en un autor idóneo del delito especial.

Tal es la solución que se apoya predominantemente en la doctrina y jurisprudencia extranjera, que, siendo defendible bajo cualquier punto de vista doctrinal en cuanto al criterio de responsabilidad penal aplicable a delitos especiales, no genera muchas dudas, independientemente de la postura predominante sobre la punibilidad del *extraneus* (siempre como partícipe), ello por una corriente minoritaria -incluida esta investigación- que aboga por la no impunidad del incondicional que colabora con el delito especial.

24 “El razonamiento es sencillo: quien puede cometer un delito por sí mismo puede hacer lo mismo que otro. En el presente, el razonamiento es aún más claro para dar un reconocimiento legal expresado en la construcción de autoría mediata” Quintero Olivares, 105.

Así, la solución casi uniforme de la doctrina sobre la punibilidad del *intraneus* como autor directo o mediato y del *extraneus* como partícipe ya no se sostiene ante el caso límite del llamado “instrumento voluntario incondicional”, en el que un *intraneus* usa al *extraneus* para cometer un delito especial propio.

Resulta que, existe una salvedad excepcional para garantizar la punibilidad del sujeto calificado “desde atrás”, como lo es el caso del “instrumento malicioso no calificado”, lo cual se diferencia consistentemente con la hipótesis tradicional de autoría mediata. Aun con ello, es a Roxin que se le atribuye el desarrollo para poder resolverlos satisfactoriamente, después de todo, aplicando correctamente la teoría del dominio final de los hechos, sería inevitable reconocer el dominio en manos del *extraneus*, calculando al *intraneus* como mero instigador.²⁵

Sin embargo, teniendo en cuenta que el *extraneus* no puede ser el autor de un crimen especial, por no contar con las condiciones exigidas en el tipo de infracción, y que el *intraneus* no puede responder como partícipe de un delito sin autor, debido al carácter accesorio de la participación, la aplicación de la formulación tradicional de la teoría del dominio final conduciría inevitablemente a la impunidad tanto de los individuos calificados como de los no calificados. En ese sentido, el precio de la impunidad, siempre se considera alto, especialmente cuando va en contra del sentimiento de justicia material; esto es así, porque el vacío legal que produce la hipótesis del “instrumento voluntario incondicional” podría representar una “salida” para la práctica impune de un delito especial.

Esta ausencia de necesidad legislativa -de interés general-, en relación a encontrar una ponderación necesaria para respetar los principios mínimos de la intervención penal, pero también, con relación a crear un margen de prevención general y especial para evitar la impunidad en estos casos, sobre

25 Como apreciación analítica del autor de este artículo, debe señalarse que la especificidad de los casos que se están discutiendo consiste en que los requisitos de los que depende la autoría de los delitos especiales -calificación de autor y ejecución de la acción- se dan en dos personas distintas. El *intraneus* realiza en su propia persona sólo el presupuesto de la calificación de autor; sin embargo, dado que la acción es intencionalmente llevada por el *intraneus*, ya que estructura su conducta como instigación.

todo, cuando el ámbito de ejercicio de delitos como el de peculado, por tradición histórica salvadoreña, son generados no solo por la acción directa del sujeto especial, sino porque son actos masificados dentro de la administración pública que han requerido de la intervención de particulares para el disfraz de las actuaciones ilegales, es decir, aquellos delincuentes de cuello blanco privados que intervienen por medio de sobornos con los funcionarios para obtener beneficios -verbigracia, ganar una licitación pública-.

B. El peculado y los supuestos de punición del *intraneus* a través del CP.

En el CP, cuando se trata de conductas penalmente relevantes de un delito especial propio, verbigracia, el delito de peculado tipificado y sancionado en el art. 325 CP. El problema es sumamente grave, pues el *extraneus* que actúa de modo inmediato no puede ser autor del delito de peculado, ya que le falta la característica personal exigida en el supuesto de hecho, resultando su conducta en principio atípica. El inductor *intraneus* no podría responder como instigador²⁶ en virtud del principio y alcance de los partícipes, la cual es limitada de la participación.

Por consiguiente, en el caso predicado, se habría podido cometer materialmente el delito de peculado, que, no obstante, no se podría responsabilizar, por lo que supone una posible laguna de penología. Incluso, se podría acudir a la figura dogmática de la autoría mediata,²⁷ por la utilización de un instrumento doloso no calificado. En el mismo caso planteado el *intraneus* sería el “hombre de atrás”, como autor mediato del hecho, y el *extraneus* un cómplice necesario, a pesar de que realiza directamente el hecho.

26 “Se consideran instigadores los que dolosamente hubieren determinado a otro a cometer el delito”. CP, artículo 35.

27 “Se consideran autores mediatos los que cometen el delito por medio de otro del que se sirven como instrumento. [...] Si la ley requiere ciertas calidades personales o que se haya obrado en determinadas circunstancias de carácter subjetivo, será necesario y suficiente que dichas calidades o circunstancias concurren en el autor mediato” CP, artículo 34.

Cabe agregar que, la afirmación de la autoría mediata del *intraneus* parece una mera postulación de principio, por no estar debidamente fundamentada en criterio material alguno que brinde razones argumentativas para explicar que se encuentra ante la utilización de un instrumento y que el funcionario público –*intraneus*- domina el hecho. A este respecto, resulta sin razones justificadas el argumento no convincente desde la teoría de la pertenencia del hecho al *intraneus*, porque aparte de no parecer correcta en general la citada teoría, su argumentación en este punto no va mucho más allá de decir que un *extraneus* no puede ser autor de un delito especial propio en general y de peculado en particular, sin que quede claro por qué deba pasar la autoría al *intraneus* que no realizó la acción típica -apropiarse- del injusto de peculado.

Bajo esa línea de disquisiciones, si se rechaza la construcción de la autoría mediata por la utilización de instrumento doloso no cualificado y no se plantean algunas reformas, se produce una laguna de punición que no parece justificable. De las alternativas que se han estudiado en esta investigación, puede admitirse el recurso general a los llamados delitos de infracción del deber, en los cuales lo relevante para la autoría no serían los criterios habituales –como el dominio del hecho, por ejemplo-, sino la infracción de un específico deber extrapenal, verbigracia- siguiendo con el mismo ejemplo el delito de peculado, quien infringe el deber *intraneus* es autor aunque no domine el hecho –el *extraneus* es partícipe- aunque lo domine.

Incluso, el argumento de la comisión por omisión –el *intraneus*- es autor del delito en comisión por omisión, alguna vez utilizado por algún autor en relación al delito de peculado, soluciona el problema con carácter general, pues suscita reservas según cuál sea el concepto y requisitos de la comisión por omisión que se consideren correctos, y sobre todo, no parece posible aplicar la solución a todos o la mayoría de los supuestos que la doctrina tradicional soluciona mediante la autoría mediata por utilización de instrumento doloso no calificado.

Finalmente, quizás la solución más loable es la del recurso de la aplicación del art. 38 CP,²⁸ que recoge la construcción dogmática del actuar por otro, a la que el *extraneus* es un autor del delito especial, supliéndose a través del art. 38 CP en comento su carencia de la cualidad especial exigida por el delito; el *intraneus* será partícipe -instigador- en ese delito especial. Empero, aunque esta solución puede aplicarse a muchos casos, es dudoso que pueda decirse que en todos los supuestos tradicionalmente calificados de autoría mediata por utilización de instrumento doloso no cualificado actúe en nombre o representación legal o voluntaria de otro, como exige el ya citado art. 38 CP.

Bajo las premisas citadas, apelar al actuar por otro no soluciona el problema que habrá que admitir, ya que existe una laguna de penología, que podría evitarse a través de una norma específica, por ejemplo, reformando el precepto de la parte general o en particular del injusto de peculado ambos del CP. Al contrario de lo precedente, es el caso cuando el sujeto no cualificado que utiliza como instrumento al *intraneus* realice una conducta del delito de Peculado, verbigracia, el *extraneus* coacciona al funcionario público a que se apropie de bienes públicos. La problemática se plantea sobre todo cuando el *intraneus*, aquí verdadero instrumento, actúa en un supuesto de esa *vis compulsiva*, es decir bajo amenaza o coacción.

En este supuesto, la situación es fundamentalmente grave, el *intraneus* -único posible autor del peculado por concurrir en la cualidad especial de funcionario público²⁹ exigida en el tipo penal-, ya que realiza una acción típica,

28 “El que actuare como directivo, representante legal, o administrador de una persona jurídica, o en nombre o representación legal o voluntaria de otro, responderá personalmente, aunque no concurren en él las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura del delito requiera para poder ser sujeto activo del mismo, cuando tales circunstancias se dieren en la persona en cuyo nombre o representación obrare. [...] En todo caso, la persona jurídica incurrirá en responsabilidad civil subsidiaria especial. No obstante, lo anterior, en el caso de los delitos de cohecho propio, cohecho impropio, cohecho activo y soborno transnacional, la persona jurídica será solidariamente responsable por los daños causados en los términos establecidos en el art. 118 de [ese] código”. CP, artículo 38.

29 “Para efectos penales, se consideran: 1) Funcionarios públicos todas las personas que presten servicios, retribuidos o gratuitos, permanentes o transitorios, civiles o militares en la administración pública del Estado, del municipio o de cualquier institución oficial autónoma, que se hallen investidos de la potestad legal de considerar y decidir todo lo relativo a la organización y realización de los servicios públicos; 2) Autoridad pública, los funcionarios del Estado que por sí solos o por virtud de su función o cargo

antijurídica pero no culpable, por lo que en virtud del principio de accesoriadad limitada de la participación, el *extraneus* no puede ser responsable como instigador y cómplice en el delito de Peculado, pero el *extraneus* tampoco puede ser sancionado por autoría mediata, pues le falta la cualidad personal del delito de Peculado, ni como autor mediato o inmediato de un delito común.

Por tanto, habría que absolver al “hombre de atrás” –*extraneus*- del delito de peculado, lo que no parece adecuado y quizás lo único que se le pudiese atribuir es el delito común de coacción al *extraneus*; por esta razón es que debe de existir claridad y exhaustividad en la redacción de la norma sustantiva penal. De manera que, no es sostenible el argumento de construcción de la autoría mediata por un instrumento que no es doloso no cualificado de la redacción del peculado en el CP. Hasta el tratamiento que se realiza en el art. 67 CP, en relación con la comunicabilidad de las circunstancias y cualidades, la problemática de autoría y participación del *extraneus*, se puede plantear en tres sentidos:

- i) Un problema exclusivamente dogmático, que limita la accesoriadad del título único de la imputación, por el hecho que el delito en el ordenamiento jurídico-penal salvadoreño es clasificado como especial.³⁰ De ello, se extraen dos consecuencias, a saber: a) El delito especial propio requiere un sujeto activo cualificado, por ende, tanto la adecuación típica como la procedencia en la escala de la teoría jurídica del delito, será posible en la medida que el autor cumpla esa cualidad; b) La cualidad especial, es una condición normativa que se le atribuye al sujeto activo, pues el propio CP en su art. 39 identifica lo que se entenderá como funcionario, empleado o encargado de un servicio público; por ende, ello restringe la posibilidad de encajar

o como miembros de un tribunal, ejercen jurisdicción propia. 3) Empleados públicos y municipales, todos los servidores del Estado o de sus organismos descentralizados que carecen del poder de decisión y actúan por orden o delegación del funcionario o superior jerárquico; y, 4) Agente de autoridad, los Agentes de la Policía Nacional Civil” CP, artículo 39.

30 Claus Roxin, *Derecho penal: parte general, tomo I*. Traducción de la segunda edición alemana por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal (Madrid: Civitas, 1997), 338.

a un sujeto activo que diste de esas condiciones;³¹ y c) La necesaria condición especial del autor en el ilícito no viene dada únicamente por un parámetro de clasificación, al contrario, debe visualizarse desde el bien jurídico que se protege, el cual ha creado un parámetro de posibles escenarios lesivos por los individuos que se encarguen o tengan una cercanía directa con la administración pública.

- ii) Un segundo escenario, que resalta una postura negativa derivada de la construcción del supuesto de hecho del peculado, donde al exigir un sujeto activo con una cualidad particular, se respeta la literalidad de la norma y se recalca el principio de legalidad penal como un margen de interpretación de la disposición.³²
- iii) El tercero, la imposibilidad de compartir el título de funcionario, empleado o encargado de un servicio público, que es requisito *sine qua non* para la consumación del peculado, a un sujeto ajeno a esa condición, pero que, al margen de ello, se soslaya aquel escenario donde el *extraneus* puede dirigir de forma principal la consumación del ilícito o colaborar de forma útil e idónea para la realización del mismo.³³

31 Francisco Muñoz Conde y Mercedes García Arán, *Derecho Penal, parte general*, octava edición (Valencia: Tirant lo Blanch, 2010), 260. Sobre ese particular, la doctrina no asume un riesgo diferente al tratarse de tipos penales especiales, pues siempre se reitera la dificultad de atribución a un sujeto activo que no tenga esa misma condición. Así, se ha llegado a sostener: “Estos delitos plantean especiales dificultades en relación con el tratamiento que debe darse a aquellos partícipes que intervienen en la realización del delito especial sin tener las cualidades personales exigidas en el tipo”.

32 Sala de lo Constitucional, *Sentencia de Inconstitucionalidad, Referencia 22-2007Ac* (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2015). A pesar de que específicamente sobre este punto no exista pronunciamiento, la jurisprudencia sí ha reconocido al principio de legalidad como imperante en materia punitiva, por ejemplo, al momento de no realizar interpretaciones fuera del margen literal plasmado en la norma.

33 Francisco Moreno Carrasco y Luis Rueda García, *Código Penal de El Salvador Comentado* (San Salvador: Consejo Nacional de la Judicatura, 2004): 341. Con relación a este punto, la cualidad especial se ha catalogado como difícilmente comunicable porque está adherida al sujeto activo, es pues, de carácter subjetivo. Esta perspectiva es retomada por los autores de los Comentarios al Código Penal donde, según la clasificación que exponen, es posible encajar la condición especial en lo que particulariza al autor.

Así, todo requiere una adecuación a la realidad contemporánea de El Salvador, donde el peculado no es una mera extracción de fondos del Estado para el beneficio del sujeto activo, sino cuando su ejecución lleva aparejada la participación de particulares. De ello, que la jurisprudencia que ha deconstruido los elementos de este ilícito, resulta negativamente en la interpretación de aparejar al *extraneus* como responsable. Lo anterior, desde la condicionante de los elementos del tipo, que requiere la condición especial del sujeto activo.³⁴

El criterio nomofiláctico es problemático; verbigracia, piénsese en aquellos casos en que una persona jurídica dedicada al rubro de alquiler de inmuebles en el extranjero, junto a un cónsul salvadoreño en un país X, acuerdan con la junta directiva realizar un contrato de arrendamiento de un inmueble donde será la sede diplomática por el valor de cinco mil dólares de los Estados Unidos de América (\$5000.00), mensuales, por el plazo de cinco años; sin embargo, por mutuo acuerdo se realiza otro contrato de arrendamiento por la cantidad de tres mil quinientos dólares de los Estados Unidos de América, (\$3,500.00), pues la empresa entrega la diferencia en efectivo al funcionario. A ello debe agregarse que el desarrollo jurisprudencial en cuanto a la teoría del *intraneus* y el *extraneus* ha sido escaso tanto en el peculado, como en los límites de la comunicabilidad de las circunstancias y cualidades.

Respecto de la intervención del *extraneus*, la jurisprudencia³⁵ lo identifica como un sujeto ajeno al ilícito, de tal modo que lo importante para la adecuación típica del delito será la condición especial que recaiga en el sujeto activo –*intraneus*– como autor o partícipe dentro de una posición determinada asignada de forma previa al hecho.

Por otro lado, también ha existido un criterio jurisprudencial que asume la accesoriedad del título de la acción en aquellos supuestos donde el

34 Sala de lo Penal, *Casación, Referencia 1C2017* (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2017).

35 Cámara Tercera de lo Penal de la Cuarta Sección del Centro, San Salvador, *Incidente de apelación, Referencia 47-P-17* (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2017).

extraneus interviene para la realización del ilícito. Bajo ese parámetro, se ha sostenido que la cualidad especial solo se requiere como requisito de tipicidad para el autor del ilícito, de tal modo que es impensable un *extraneus* como autor directo, mediato o coautor; sin embargo, ello no opera para reprochar a título de partícipe la contribución necesaria o no en la consumación del tipo penal,³⁶ lo cual atenúa la pena.

Ahora bien, ese criterio o la postura que determine la posibilidad de transmitir las circunstancias y cualidades especiales al *extraneus*, no ha sido un planteamiento vigente por la Sala de lo Penal en el ordenamiento jurídico salvadoreño.³⁷ En ese orden, de manera opuesta también se plasma un criterio donde el *extraneus* no puede participar dentro del papel de garantía con la administración pública, que se encuentra inmerso en el *intraneus*.³⁸ En ese precedente jurisprudencial, se sostuvo que el *extraneus*, en el caso del cohecho propio –por ejemplo-, no es quien sobrepasa e infringe el deber de emitir resoluciones judiciales, sino que es el juez, en quien sí reside la cualidad especial. Acá, nuevamente se observa ese desconocimiento presente en la jurisprudencia, que asume con ausencia de rigor dogmático el criterio nacional sobre el tratamiento de estos supuestos.

Por ejemplo, la Sala de lo Penal³⁹ utilizó como parámetro para verificar la irregularidad de la función pública en el ámbito de contratación como un mecanismo de reproche sobre los actos realizados por un alcalde municipal y lo dispuesto en la normativa vigente encargada de regular esos actos. En esa oportunidad, se identificó que el beneficio brindado a partir de

36 Cámara de lo Penal de la Primera Sección de Occidente, Santa Ana, *Incidente de apelación, Referencia 209-2018* (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2018).

37 Véase: Sala de lo Penal, *Sentencia de Casación 1C2017* (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2017). En su interpretación sistemática, el precedente no aplica la figura del art. 67 CP, sino, se decanta por construir el título de “calidad especial”.

38 Cámara Tercera de lo Penal de la Primera Sección del Centro, San Salvador, *Incidente de apelación, Referencia inc-243-2017* (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, S.f.).

39 Sala de lo Penal, *Sentencia de Casación 167C2016* (EL Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2017).

la utilización de los fondos del Estado fue a favor de una persona jurídica individual, encargada de la construcción de una obra pública adjudicada por un funcionario del Estado.

Nótese que en los citados precedentes, la Sala sostiene el problema planteado en esta investigación, pues realiza una exégesis restrictiva en cuanto al autor del hecho que solo puede ser cometido de forma activa u omisiva, por quien tiene la calidad especial de funcionario público, lo cual limita la autoría; es decir, la jurisprudencia no deja posibilidad de sancionar al particular que interviene en la comisión del delito, a pesar de, no tener condición especial, pese a que, como ha sido relatado, también puede intervenir directamente en la comisión material del peculado.⁴⁰

El precedente citado *ut supra* fortalece este trabajo de investigación, pues insta a los operadores del sistema penal a poner atención a la calidad de autor del delito de peculado como delito especial propio, incluso deja fuera a los sujetos no calificados que no reúnan la relación funcional.⁴¹

Debido a lo expuesto, resulta válido cuestionar si los contemporáneos pronunciamientos son acordes a un criterio que asuma la comunicabilidad de las circunstancias como posible para la participación, o si por el contrario, ese esquema de análisis sobrepasa la vigente normativa en relación con la imposibilidad de sancionar a los intervinientes –en el caso de delitos especiales– que no ostenten la condición particular.

Lo anterior debería ser una postura clara ante la contemporánea producción de criminalidad económica que suscita el panorama salvadoreño, donde la intervención de un ajeno al vínculo público toma mayores potestades para infringir la administración pública. Verbigracia, cuando un *extraneus* se encarga de planificar reuniones de extranjeros con funcionarios del Estado,

40 Precisamente aludiendo a las Sentencias de Casación 1C2017(EL Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2017) y 167C2016 (EL Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2017), ya citadas. 0009-0007-0100-212X

41 Sala de lo Penal, *Sentencia de casación, Referencia 3-CAS-2004* (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, S.f.).

para facilitar un acuerdo económico al otorgar licitaciones fuera del margen de la legalidad.

Por lo tanto, la crisis dogmática en la que el país se encuentra, retrasa la judicialización de casos que aspiren hacia una justicia material más efectiva con la cualidad personalista de la Constitución de la República.⁴² La persecución del *extraneus*, por tanto, merece un tratamiento penológico propio.

Acá, la ausencia de regulación y la carencia de postura esclarecedora, genera una posibilidad de impunidad y una estrategia de uso omisiva para evitar la persecución penal; condicionantes que colocan en pugna el sentido de la justicia material y las implicaciones de la legalidad, frente a la garantía que protege la condena por el delito de peculado.

Conclusiones

La corrupción, como ha sido detallado, es un problema sistemático que se encuentra ligado a la alteración de la adecuada administración pública y tensiona directamente los derechos sociales, en cuanto a qué restringe a través de la alteración del sistema ordinario, las garantías esenciales de la población.

El problema de la corrupción, puede enfrentarse desde el ámbito preventivo, formulando normativas de descubrimiento y tratamiento; y también, desde la visión de prevención especial con la aplicación de ilícitos a casos concretos. Es en el segundo sentido, donde se sitúan aquellos problemas como el que se ha expuesto en los numerales del artículo, resumidos en ¿cuál tratamiento de imputación de responsabilidad penal dar a las personas que cometen o participan en el delito de peculado sin tener la calidad especial?

Como ha sido indicado, reporta la concurrencia de participación del *intraneus* y el *extraneus* tres problemas: Uno dogmático, que limita el título único

42 “El Estado no se agota en sí mismo, no es una entelequia intrascendente, sino creación de la actividad humana que trascienda para beneficio de las propias personas. Por eso se dice en el artículo 1 que ‘la persona humana es el principio y el fin de la actividad del Estado’” Comisión de Estudio del Proyecto de Constitución, *Informe único* (San Salvador, 1983).

de la imputación en el sujeto especial, otro en la forma en la que se ha construido el delito especial de peculado, y, finalmente los límites legales de transmitir a partir del artículo 67 CP la calidad de funcionario al particular.

A partir de estos inconvenientes, resulta importante en última instancia generar condiciones de *lege ferenda* palpables, a partir de la creación de mecanismos dogmáticos y de procesabilidad, que autorice la persecución y tratamiento del *extraneus* en el delito de peculado. Cabe agregar, que la propuesta de demanda legislativa es a fin de que los márgenes de la limitación de garantías -para el caso, la libertad ambulatoria- deviene de un necesario juicio de proporcionalidad al momento de la concreción de disposiciones. Ello permitiría que, ante la pugna de intereses pregone el evitar escenarios no normados que accesoriamente contribuyan a la impunidad. Todo en aras de comprender la magnitud del bien jurídico que se tutela y el estadio de necesidad legislativa para la judicialización efectiva de procesos.

Bibliografía

- » Acale Sánchez, María. “La lucha contra la corrupción en el ámbito supranacional y su incidencia en el Código Penal español”, *Diritto Penale Contemporaneo*, número 3-4, (2014): 27. <https://ruc.udc.es/dspace/handle/2183/23652>
- » Ansuátegui Roig, Francisco Javier. “Argumentos para una teoría de los derechos sociales”, *Revista Derecho del Estado*, número 24 (2010): 61.
- » Cámara de lo Penal de la Primera Sección de Occidente, Santa Ana, *Incidente de apelación, Referencia 209-2018*. El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2018.
- » Cámara Tercera de lo Penal de la Cuarta Sección del Centro, San Salvador, *Incidente de apelación, Referencia 47-P-17 1C2017*. El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2017.
- » Cámara de lo Penal de la Primera Sección de Occidente, Santa Ana, *Incidente de apelación, Referencia 209-2018*. El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2018.
- » Cámara Tercera de lo Penal de la Primera Sección del Centro, San Salvador, *Incidente de apelación, Referencia inc-243-2017*. El Salvador: Corte Suprema de Justicia, S.f..
- » Código Penal Salvadoreño. El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 2011.
- » Comisión de Estudio del Proyecto de Constitución, *Informe único* (San Salvador, 1983).
- » De la Mata Barranco, Norberto. *Derecho penal económico y de la empresa*. Madrid: Dykinson, 2018, 415.
- » Díez Ripollés, José Luis y Alejandra Gómez-Céspedes. “La corrupción urbanística: Estrategias de análisis”, *Revista española de investigación criminológica*, número 6 (2008): 3, <https://doi.org/10.46381/reic.v8i0.36>
- » JR, Costa y Paulo José. *Curso de Derecho penal*, 9. ed. Rvdo. y actual. Librería Saraiva, 2008. 139.
- » Ley de Probidad. El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 2015.
- » Moreno Carrasco, Francisco y Luis Rueda García, *Código Penal de El Salvador Comentado*. San Salvador: Consejo Nacional de la Judicatura, 2004, 341.
- » Muñoz Conde, Francisco y Mercedes García Arán, *Derecho Penal, parte general*, octava edición. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, 260.
- » Quintero Olivares, Gonzalo, *Manual de derecho penal: parte general* 2. ed. (Navarra: Aranzadi, 2000): 606-607.
- » Roxin, Claus. *Derecho penal: parte general*, tomo I. Traducción de la segunda edición alemana por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997, 338.
- » Sala de lo Constitucional, *Auto interlocutorio de admisibilidad, Referencia 6-2016*. El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2015.
- » Sala de lo Constitucional, *Inconstitucionalidad, Referencia 53-2005/55-2005*. El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2013.
- » Sala de lo Constitucional, *Sentencia de Inconstitucionalidad, Referencia 22-2007Ac*. El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2015.
- » Sala de lo Penal, *Casación, Referencia 1C2017*. El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2017.
- » Sala de lo Penal, *Sentencia de casación, Referencia 3-CAS-2004*. El Salvador, Corte Suprema de Justicia, S.f.
- » Terradillos Basoco, Juan María. “Mercado y administración pública / Criminalidad económica y corrupción política”. *En El derecho penal en tiempo de cambios. Libro Homenaje al profesor Luis Fernando Niño* (La Habana: Unijuris, 2016), 199.

La independencia y los límites entre los órganos del Estado en el constitucionalismo salvadoreño

Independence and limits between the organs of the State in Salvadoran constitutionalism

Odaly Lissette Sánchez de Rodríguez
(Universidad de El Salvador, El Salvador)
 <https://orcid.org/0009-0003-9046-9346>
Correspondencia: odaly.sanchez@ues.edu.sv



Recibido: 09-06-2023
Aceptado: 11-09-2023

LA INDEPENDENCIA Y LOS LÍMITES ENTRE LOS ÓRGANOS DEL ESTADO EN EL CONSTITUCIONALISMO SALVADOREÑO

Odaly Lissette Sánchez de Rodríguez

RESUMEN

La Constitución de la República de El Salvador establece a sus tres órganos de Gobierno: el Ejecutivo, Legislativo y Judicial. A cada uno de ellos les determina facultades específicas, como, por ejemplo, las formas de control entre dichos órganos. Este tema es la idea fundacional de la creación del artículo, pues refleja esa independencia en las labores de cada órgano y los límites que se ejercen desde el mismo poder. Dentro del análisis, se recalca que cada uno de los mencionados órganos no son superiores entre ellos, sino que, como la misma frase lo determina (órganos), constituyen partes específicas con funciones determinadas, pero que finalmente son una unidad en completo. Esta situación, en la realidad política de El Salvador, muchas veces no logra materializarse, puesto que se refleja la cultura del predominio del Órgano Ejecutivo sobre los demás. El artículo muestra un marco doctrinal de los límites al poder a través de los órganos del Estado, las funciones principales de cada uno al momento de controlar y una relación práctica de su puesta en marcha en la realidad política de El Salvador, con el fin de entrar en la reflexión de la necesidad e importancia de este tipo de controles y su efectividad.

PALABRAS CLAVE: independencia - órganos del Estado - constitucionalismo salvadoreño - poder - asamblea legislativa - órgano judicial - órgano ejecutivo

INDEPENDENCE AND LIMITS BETWEEN THE ORGANS OF THE STATE IN SALVADORAN CONSTITUTIONALISM

Odaly Lissette Sánchez de Rodríguez

ABSTRACT

The Constitution of the Republic of El Salvador establishes its three branches of government: the Executive, Legislative, and Judicial. Each of them is assigned specific powers, such as the forms of control between these branches. This topic is the foundational idea behind the creation of this article, as it reflects the independence in the roles of each branch and the limits exercised from within the same power. In the analysis, it is emphasized that each of the mentioned branches is not superior to the others, but, as the phrase itself determines (branches), they constitute specific parts with determined functions, ultimately forming a unified whole. In the political reality of El Salvador, this situation often fails to materialize, as it reflects a culture of the predominance of the Executive Branch over the others. The article provides a doctrinal framework of checks and balances through the state's branches, the main functions of each when it comes to control, and a practical relationship of their implementation in the political reality of El Salvador. The aim is to provoke reflection on the necessity and importance of such controls and their effectiveness.

KEYWORDS: independence - organs of State - Salvadoran constitutionalism - power - legislative assembly - judicial branch - executive branch

La independencia y los límites entre los órganos del Estado en el constitucionalismo salvadoreño

Odaly Lissette Sánchez de Rodríguez¹
El Salvador

Introducción

La Constitución, como comúnmente se conoce, es un documento legal que permite consagrar derechos fundamentales y estructurar al Estado,² dividiéndolo al menos en tres órganos que ejercen el poder público; en el caso de El Salvador, la Constitución de 1983, en su artículo 86,³ determina como órganos fundamentales de Gobierno: el Legislativo, Ejecutivo y Judicial.

Por su parte, el Órgano Legislativo es determinado en el art. 21 de la Constitución como un cuerpo colegiado, integrado por los diputados y cuya función principal es legislar; el Órgano Ejecutivo, establecido por el art. 150 Cn., es conformado por el presidente, vicepresidente, ministros y viceministros; finalmente, el Órgano Judicial, según el art. 172 Cn., es

1 Máster en Ciencia Política y Gestión Pública y Licenciada en Ciencias Jurídicas con honores por la Universidad de El Salvador, Abogada y Notario de la República de El Salvador. Investigadora de la Unidad de Investigación de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la Universidad de El Salvador. Miembro del Consejo Editorial de la Revista Derecho y Revista Relaciones Internacionales, Aequus Editorial.

2 “Para una mejor delimitación del concepto conviene destacar que por Estado nos referimos a la comunidad política, es decir a aquella organización que tiene que ver con intereses colectivos, a diferencia de otras organizaciones sociales que existen desde las primeras comunidades primitivas como la familia”. Carlos Gómez Díaz de León, *Sistema Político y Formas de Gobierno* (México: Universidad Autónoma de Nuevo León, s. f.), 35.

3 Constitución de la República de El Salvador (El Salvador: Asamblea Constituyente, 1983).



integrado por la Corte Suprema de Justicia, Cámaras y Juzgados que establece la ley.

Es así como la Constitución de la República de El Salvador establece a sus tres órganos de Gobierno, a los cuales determina facultades específicas y formas de control entre dichos órganos; marcando la importancia de cada uno, sin ser más imperante que el otro. Como la misma frase lo establece (órganos), son partes específicas con funciones determinadas, pero son una unidad en completo; situación que muchas veces cuesta materializar en la realidad política, debido a que algunos órganos suelen tratar de imponerse ante otro o se aducen competencias que no le corresponden. Sin embargo, la Constitución, de cierta manera, ha previsto esta serie de tensiones entre órganos, poniendo límites en el ejercicio del poder a cada uno, a través de las facultades del otro. Esto suele ser llamado por la doctrina como “Frenos y Contrapesos”, que posibilitan tener un balance de poder, limitándose unos a otros.

Pero, ¿Qué tan necesario es que exista esta independencia entre órganos? ¿Cuál es la importancia de los límites que se ejercen unos con otros? Estas son preguntas que sirven para el análisis y que orientan este artículo académico, que pretende realizar una aproximación a la importancia de la independencia entre órganos, los límites y controles que se ejercen unos a otros para el buen funcionamiento del Estado y cómo se materializan en la Constitución salvadoreña.

I. Desarrollo

1.1 Panorama Constitucional

La Constitución es la norma suprema⁴ del ordenamiento jurídico de El Salvador, y como tal busca determinar el contenido esencial y fundamental de la organización del Estado y los derechos fundamentales⁵ de la población, buscando ser la directriz principal que irradia el contenido normativo secundario y las normas internacionales que se incorporarán a la legislación salvadoreña, para su aplicación en el país.

*“El contenido de lo que es “fundamental” o “no fundamental” para un Estado, depende del criterio jurídico-político de cada comunidad. Por supuesto, se refiere a la estructuración de los poderes básicos de ese Estado y a la delimitación de las facultades, competencias y atribuciones de éste, así como al reconocimiento de los derechos personales y sociales que se reputen esenciales”.*⁶

La parte de la Constitución que desarrolla a los órganos del Estado suele ser llamada “Derecho Constitucional de Poder”, ordenando así la estructura de estos y, por ende, la organización y funcionamiento del

4 “Decir que la constitución tiene supremacía alcanza dos significados posibles: a) con uno queremos afirmar que la constitución material es la base o el fundamento que da efectividad y funcionamiento al orden jurídico político de un estado; b) con otro, adosado a la tipología de la constitución formal, se señala que por estar revestida de superlegalidad y supremacía, la constitución impone como “deber-ser” que todo el mundo jurídico inferior a ella le sea congruente y compatible, y no la viole ni le reste efectividad funcional y aplicativa”. Germán José Bidart Campos, *Compendio de derecho constitucional* (Buenos Aires: Ediar, 2004), 5.

5 “El constitucionalismo de los derechos bien entendido implica dos cosas muy relacionadas entre sí. La primera es que los derechos cumplen esencialmente un papel de fundamentación dentro del sistema jurídico-político: fundamentan tanto la obligación política de los ciudadanos, esto es, el deber de obediencia (no en vano fundamentan la autoridad legítima), como los límites de dicho deber de obediencia (por cuanto fundamentan una idea de justicia que determina los contenidos necesarios e imposibles). La segunda es que la tradicional tensión entre autoridad y justicia se plantea de manera bien peculiar en el constitucionalismo de los derechos: pues tanto la autoridad legítima como la justicia encuentran su fundamento en los derechos de los gobernados”. Josep Aguiló Regla, *En Defensa del Estado Constitucional de Derecho*, Red Iberoamericana de Argumentación Jurídica (Ciudad de México: Conferencia impartida en el Primer Seminario Internacional de Argumentación Jurídica, Constitucionalismo y Democracia, 2018), 89.

6 Néstor Pedro Sagües, *Manual de derecho constitucional* (Buenos Aires: Editorial Astrea, 2007).

Gobierno. Como tal, a grandes rasgos, la estructura que tiene la Constitución salvadoreña actual, que data del año 1983, establece un conjunto de derechos fundamentales; deberes y derechos políticos; el Estado, su forma de gobierno y sistema político; los órganos de Gobierno junto con sus atribuciones y competencias; entre otros.

Específicamente, en el artículo 86 inc. 2 Cn.⁷ se expresa como órganos fundamentales del Gobierno al Legislativo, Ejecutivo y Judicial, colocándolos en la misma categoría, no estando uno sobre el otro, sino en un balance de poder; siendo el manejo del mismo dentro de las atribuciones y competencias que son delegadas por la Constitución y su normativa secundaria que depende de ella.

*“SUBPRINCIPIO DE ORGANIZACIÓN. La constitución tiene que diagramar los poderes básicos del Estado (legislativo, ejecutivo, judicial, además del orden constituyente y electoral), y determinar cómo toman sus decisiones, cómo las cumplen y cómo se coordinan entre sí”.*⁸

El constitucionalismo implica poner límites al poder político en los órganos que ejercen ese poder y poner reglas a partir de las cuales todos puedan actuar, debido a que es de interés de los detentadores del poder y los destinatarios restringirlo y limitarlo, ya que es ese acuerdo de la comunidad (la Constitución), donde se fijan las reglas que permitan la estimación del uso del poder político por parte de los que lo practican, lo que conlleva a que, de manera formal, queden plasmados en ese acuerdo constitucional.⁹

“El Estado constitucional se basa en el principio de la distribución del poder. La distribución del poder existe cuando varios e independientes detentadores del poder u órganos estatales participan en la formación de la voluntad estatal. Las funciones que les han sido asignadas están sometidas a un respectivo control a

7 Constitución de la República de El Salvador (El Salvador: Asamblea Constituyente, 1983).

8 *Ibid.*, 21.

9 Karl Loewenstein, *Teoría de la Constitución* (Barcelona: Editorial Ariel, 1973), 29.

*través de los otros detentadores del poder; como está distribuido, el ejercicio del poder político está necesariamente controlado”.*¹⁰

Es así como el Estado debe funcionar eficazmente para garantizar el respeto a la ley y estar conforme a las atribuciones legales establecidas, participando en la limitación del poder de los otros órganos del Estado y ejerciendo las facultades determinadas por la ley. El Estado, a pesar de las crisis y la complejidad de cada país, sigue siendo, por excelencia, la unidad política más eficaz para el manejo del poder, si bien es cierto muchas veces surgen crisis o tensiones en el poder que devienen de su organización y funcionamiento como tal, estas no provienen del Estado en sí.

1.2 Marco doctrinal: la independencia entre órganos y los límites al poder

Para entrar a fondo en la independencia de los órganos de Gobierno, se iniciará con la definición de “separación de poderes”:

*“En un sentido amplio, la “división de poderes” se compone de una red compleja de divisiones (distribuciones) y separaciones, de interacciones e incompatibilidades, de vínculos y de recíprocas dependencias, independencias e interdependencias”.*¹¹

Es así como las constituciones determinan una separación de poderes, especificando las competencias y atribuciones a cada uno de sus órganos, lo cual también lleva a la definición de los límites a su poder, estableciendo la forma de ejercicio de los mismos para frenar su accionar. En ese sentido, estos órganos no poseen poderes ilimitados sino, todo lo contrario, la misma Constitución plantea un parámetro de sus acciones y, en caso de salir de ellas, crea barreras para no abusar del poder.

¹⁰ *Ibid.*, 50.

¹¹ Juan Gustavo Corvalán, Los ejes centrales de la división de poderes en el Estado Constitucional de Derecho, *Revista de Investigações Constitucionais* 2, n.1 (2015): 225-56, <http://doi.org/10.5380/rinc.v2i1.43661>

Es así que, ante esta división de poderes surgen los llamados “frenos y contrapesos”; en los cuales cada uno de estos órganos de Gobierno cuenta con actividades en donde se relacionan y, de esa manera, se limitan; es decir, “el poder limitando al poder”. De esta forma, surge un control entre órganos que permite dotar de mayor estabilidad al sistema político, estableciendo parámetros constitucionales de este control.

“Por un lado, Madison dejó en claro, entonces, cuál era el objetivo del sistema institucional de frenos y contrapesos. El mismo, consistente con la idea general de evitar las mutuas opresiones, se concentraba en la propuesta de resistir las intrusiones de una rama de gobierno sobre las demás. Para ello, se optaba por una estrategia institucional de paz armada, que consistía en otorgar a cada uno de los poderes de gobierno armas contundentes (“medios constitucionales”), capaces de prevenir los posibles ataques de los demás. Dotados, cada uno de los poderes, de armas defensivas, todas las ramas de gobierno podrían sentirse igualmente poderosas e intimidadas ante el poder de las demás, y tenderían por tanto a no excederse, temerosas del potencial “disparo defensivo” de las demás. En todos los casos, la reacción no provendría del deseo de los funcionarios públicos de servir al conjunto, de asegurar para siempre la vigencia de los derechos de los demás. Por el contrario, se trataría simplemente del autointerés de cada uno de ellos, tratando de preservar férreamente las porciones de poder que les asignará su comunidad. El egoísmo de los funcionarios –su voluntad de preservar el poder asignado– vendría a servir entonces al interés común de evitar los excesos del poder”.¹²

Es así que este control entre órganos trata de evitar abusos de poder, buscando encontrar la mejor salida en caso de conflictos entre estos, sabiendo que su accionar se encuentra respaldado por la Constitución. Por lo cual, se ve como uno de los beneficios del modelo de frenos y contrapesos el evitar el monopolio del poder por parte de una sola persona o partido, buscando mayores

12 Roberto Gargarella, El nuevo constitucionalismo dialógico, frente al sistema de los frenos y contrapesos, *Revista Argentina de Teoría Jurídica*, n.14 (2013).

consensos para la toma de decisiones, debido a que los actores deben negociar muchas veces las posibles alternativas con sus opositores.

1.3 Órganos de Estado y sus facultades de limitar al poder en El Salvador

Dentro del Sistema Político salvadoreño, se reconoce como los tres principales órganos de Estado, tal como se había mencionado anteriormente, al Órgano Legislativo, Ejecutivo y Judicial. Para entrar más a fondo en las facultades que la Constitución salvadoreña le otorga a cada uno de estos para la limitación del poder de los otros órganos en sus facultades, se presenta a continuación cada uno:

1.3.1 Órgano Legislativo

El Órgano Legislativo está representado por la Asamblea Legislativa, compuesta por 84 diputados,¹³ los cuales son representantes del pueblo y su principal función es legislar; es decir, crear la legislación secundaria, reglamentos, entre otros, que sean necesarios con base en las necesidades de la población que representan, basados en el respeto a la norma superior (la Constitución). La Asamblea Legislativa se renueva cada tres años y sus diputados tienen la facultad de ser reelegidos; es un órgano independiente que representa al pueblo y no está ligado a ningún mandato imperativo.

Dentro de sus facultades principales para realizar los frenos y contrapesos del poder que limitan su accionar, con base en la Constitución, son:

- Decretar, interpretar auténticamente, reformar y derogar las leyes secundarias (art. 131 ord. 5).
- Ratificar los tratados o pactos que celebra el Órgano Ejecutivo con otros Estados u organismos internacionales (art. 131 ord. 7).

13 Cabe aclarar, que para la próxima legislatura en 2024, se ha reducido la cantidad de diputados de 84 a 60 a través de una reforma al Código Electoral el 7 de junio del 2023.

- Decretar el presupuesto de ingresos y egresos de la Administración pública (art. 131 ord. 8).
- Desconocer al presidente de la República cuando exceda su período constitucional en el cargo (art. 131 ord. 16).
- Interpelar a los ministros o encargados de despacho y a los presidentes de instituciones oficiales autónomas (art. 131 ord. 34).
- Recomendar su destitución cuando así lo estime conveniente de ministros o encargados de despacho (art. 131 ord. 37).
- Todos los funcionarios y empleados públicos están en la obligación de colaborar con las comisiones especiales de la Asamblea Legislativa (art. 132).
- Dar licencia al presidente de la República para salir del territorio nacional (art. 158).
- El órgano ejecutivo al terminar cada año, deberá presentar un informe de labores de la Administración pública, la cuenta general del último presupuesto (art. 168 ord. 6).

1.3.2 Órgano Ejecutivo

Con respecto al Órgano Ejecutivo, está compuesto por el presidente de la República, vicepresidente, ministros y viceministros de Estado; el periodo presidencial es de cinco años y se prohíbe la reelección de manera consecutiva. La Constitución, en su art. 167,¹⁴ concede facultades al Consejo de Ministros y, en el art. 168,¹⁵ se otorgan atribuciones especiales para el presidente de la República.

Dentro de los límites que puede ejercer al poder de otros órganos, con base en la Constitución, se encuentran los siguientes:

- Los proyectos de ley aprobados por la Asamblea Legislativa se trasladarán dentro de diez días hábiles al presidente de la República

14 Constitución de la República de El Salvador (El Salvador: Asamblea Constituyente, 1983).

15 *Ibid.*

para su sanción o veto: si este lo sanciona, lo hará publicar como ley de la República; si lo veta, lo devolverá a la Asamblea dentro de ocho días hábiles, puntualizando las razones de su veto. En este caso, la Asamblea reconsiderará el proyecto: si lo ratifica con dos tercios de votos de los diputados electos, lo enviará de nuevo al presidente quien deberá sancionarlo; si lo devuelve con observaciones, la Asamblea las considerará y resolverá como crea conveniente por la mayoría establecida en el art. 123.

Si la razón del veto presidencial es por considerarlo inconstitucional y la Asamblea Legislativa lo ratifica, el presidente deberá enviarlo a la Corte Suprema de Justicia dentro de tres días hábiles para la decisión de su constitucionalidad o no (art 135 al 139).

- Convocar extraordinariamente a la Asamblea Legislativa, cuando los intereses de la República lo demanden. (art. 167 ord. 7)
- Cumplir y hacer cumplir la Constitución, tratados, leyes, entre otros. (art. 168 ord. 1)

1.3.3 Órgano Judicial

Por su parte, el Órgano Judicial está compuesto por la Corte Suprema de Justicia, Cámaras de segunda instancia y Tribunales, los cuales les compete la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado. Este órgano ejerce límites al poder de otros, con base en la Constitución, de la siguiente manera:

- Le corresponde exclusivamente la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado en materia constitucional, civil, penal, mercantil, laboral y de lo contencioso administrativo (art. 172).
- Los magistrados y jueces son independientes en el ejercicio de su función jurisdiccional y están sometidos exclusivamente a la Constitución (art. 172).

- La Corte Suprema de Justicia tendrá una Sala de lo Constitucional que conocerá y resolverá las controversias entre el Órgano Legislativo y el Órgano Ejecutivo referidas en el art. 138, el cual habla de la aprobación de leyes y el conflicto entre órganos, para decidir la constitucionalidad o no de una ley; siendo el máximo intérprete de la Constitución (art. 174).
- Conoce de la responsabilidad de los funcionarios públicos (art. 182 ord. 6).

1.4 La independencia entre órganos y los límites al poder: una mirada práctica

Los funcionarios que ejercen el poder dentro de los órganos de Gobierno deben ser controlados; para lo cual, la misma Constitución determina algunos parámetros de control entre órganos; es decir, *el poder controlando al poder*.

Las facultades de cada órgano están establecidas, como ya lo hemos acotado, en la misma Constitución; sin embargo, en muchas ocasiones los detentadores de ese poder suelen arrogarse competencias que no deben o piensan que su poder no tiene límites. Para lo cual, la misma Constitución establece un conjunto de frenos y contrapesos entre ellos.

*“El mal del autoritarismo es la tendencia de quien tiene poder político a creer que su título le autoriza a ordenarlo todo: que puede regular cualquier cosa y que puede dotar a esa regulación de cualquier contenido. Frente a este mal potencial de la relación política se reconocen los llamados derechos de libertad. El sentido de tales derechos no es otro que el de generar esferas de inmunidad para el ciudadano que se traduzcan en incompetencias para el soberano. Los derechos de libertad dan un título permanente al ciudadano para combatir las inclinaciones al autoritarismo en cualquiera de las formas en que este se manifieste”.*¹⁶

16 Josep Aguiló Regla, *En Defensa del Estado Constitucional de Derecho*, 88.

Usualmente, esta clase de autoritarismos en el uso del poder político es arrojado más a la figura del presidente, ya que puede ser común a los sistemas presidencialistas. Pero, en la realidad, estas tensiones se dan en cada uno de los órganos con poder, son tensiones que vienen del uso del mismo y deben ser limitadas para evitar abusos.

*“Los sistemas presidencialistas carecen de los medios para asegurar que el presidente cuente con el apoyo de una mayoría parlamentaria. Dado que los presidentes son elegidos en forma independiente de la asamblea, y debido a que las cualidades personales con frecuencia son decisivas en las campañas presidenciales, el ganador no necesita provenir de un partido mayoritario, si es que hay alguno. En algunos países, los partidos de los presidentes no controlan nada que se acerque a la mayoría de los escaños en el Congreso. A veces resultan elegidos presidentes que disfrutaban de un escaso apoyo en el Congreso, lo cual puede fácilmente conducir a amargas luchas entre el Ejecutivo y el Legislativo”.*¹⁷

Con el cambio de mandato presidencial en 2019, se agudizaron más las tensiones de poder entre los tres órganos de Estado que establece la Constitución.

El Salvador, como muchos países en América Latina, después de la guerra sufre los embates de la polarización política, la cual posee bandos claramente definidos que se enfrentan con ideologías y armamento político. Es hasta 2019 que se rompen los gobiernos de solo dos partidos políticos: el Frente Farabundo Martí para la Liberación Nacional (FMLN) y Alianza Republicana Nacionalista (ARENA). Históricamente, estos partidos venían enfrentándose y no existía forma de causar una ruptura en el sistema para que otro partido ganara las elecciones, como consecuencia de la polarización partidaria que regía en el país.

17 Matthew Soberg Shugart y Scott Mainwaring, *Presidencialismo y democracia en América Latina* (Buenos Aires: Paidós, 2002).

En ese mismo año, el presidente Nayib Bukele asume la presidencia con un partido diferente: Gran Alianza por la Unidad Nacional (GANA). Este partido le sirvió para llegar al Gobierno, debido a la cantidad de obstáculos políticos que los partidos mayoritarios, hasta ese entonces con poder, le ocasionaron para su candidatura; rompiendo así la hegemonía de dichos partidos, los cuales aún conservaban la mayoría de representación en la Asamblea Legislativa por un periodo corto. En ese periodo, el presidente Bukele enfrentó oposición, ya que tuvo que gobernar con una mayoría en contra en la Asamblea Legislativa, con tensiones políticas duras, donde existían enfrentamientos sobre ¿Quién tiene el poder?¹⁸

Un caso importante fue lo sucedido el 9 de febrero del 2020, cuando el presidente Bukele solicitó que se aprobara, por parte de la Asamblea Legislativa, un préstamo de 109 millones de dólares que sería destinado a su plan de seguridad que ya se estaba implementando en el país, el cual se mostraba, ante la población, con resultados rápidos. Por este motivo, y con base en el art. 167 ord. 7 de la Constitución, convoca de manera extraordinaria a la Asamblea Legislativa para la consideración de la aprobación de dicho préstamo, sumando también a la convocatoria una masiva difusión para que la misma población se hiciera presente y, a manera de protesta, respaldara al presidente, empujando a que la Asamblea Legislativa aprobara dicho préstamo.

A partir de lo anterior y al hecho que la mayoría de diputados de los principales partidos (ARENA y FMLN) no asistieron a dicha convocatoria, surge una tensión en la independencia del Órgano Legislativo, pues esta había sido convocada por el Órgano Ejecutivo; aunado a ello, se alegó una irrupción al

18 *“Por supuesto, es precisamente esta independencia de la asamblea respecto al Ejecutivo lo que puede generar el problema de inmovilismo. Esta independencia legislativa resulta particularmente problemática en presencia de sistemas en minoría pluripartidista altamente fragmentados, en los cuales los presidentes en minoría son la regla y los empates paralizantes son la consecuencia que se sigue fácilmente. No obstante, allí donde los presidentes gozan de un apoyo sustancial en la asamblea, la oposición legislativa a las iniciativas del Ejecutivo puede promover la construcción de consensos y puede evitar que sean aprobadas leyes mal concebidas con el único propósito de prevenir una crisis de confianza. El inmovilismo tan temido por los detractores del presidencialismo es meramente la otra cara de los frenos y contrapesos tan apreciados por los Padres Fundadores de los Estados Unidos”* Ibid., 45. Cita tomada de “El Federalista”.

palacio legislativo por parte del presidente. Todo ello reflejó la tensión entre los órganos sobre la legalidad o no de dicha convocatoria y un Órgano Legislativo que se sentía atacado. Cabe resaltar que la situación y tensión se salió del control formal de la Constitución, donde la comunidad jurídica debatía sobre la facultad de convocatoria, siendo un panorama dividido en sus opiniones.¹⁹

A partir de ello, dos ciudadanos presentan una demanda de inconstitucionalidad por la convocatoria a reunirse a la Asamblea Legislativa y por el llamado de insurrección realizado por el presidente. La Sala de lo Constitucional, en la sentencia 6-2020,²⁰ admitió la demanda en el sentido de evaluar la constitucionalidad de la convocatoria a la Asamblea Legislativa en sesión ordinaria y declaró improcedente por el motivo de llamar a insurrección. Asimismo, la Sala ordenó, como medida cautelar, el cese de la convocatoria, suspender sus efectos y abstenerse de hacer uso de la Fuerza Armada contrario a los fines constitucionalmente establecido; de esta manera, se buscaba evitar una mayor confrontación entre los órganos y otra convocatoria por parte del Ejecutivo.

En este ejemplo muy práctico, donde entraron en conflicto el Órgano Ejecutivo con el Órgano Legislativo, no se distinguían los límites o alcances constitucionales del accionar; por ello, la Corte Suprema de Justicia interviene, a través de la Sala de lo Constitucional como máximo intérprete de la Constitución, para dilucidar el accionar de los otros órganos de Gobierno con base en el texto constitucional; poniéndole, a través de medidas cautelares, un paro a un conflicto que estaba en aumento, pues ya se había convocado para 15 días después otro llamado a sesión ordinaria a la Asamblea Legislativa, que enardecía a una parte de la población en contra de los diputados.

19 El Salvador: tensión constitucional tras enfrentamiento de Bukele contra el Parlamento, *France 24* (10 de febrero de 2020), <https://www.france24.com/es/20200210-nayib-bukele-salvador-prestamo-pandillas>

20 Sala de lo Constitucional, *Proceso de Inconstitucionalidad, Referencia 6-2020* (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2020).

*“Para defensa de la constitución suprema, hace falta que exista y funcione algún sistema de control. El control constitucional sirve de garantía para declarar que las normas y los actos violatorios de la constitución son inconstitucionales. El efecto de tal declaración, según cómo sea el sistema de control, puede limitarse a desaplicar la norma o el acto inconstitucionales en el caso donde así se declara y dispone, o adquirir un efecto general que llegue hasta derogar la norma o el acto inconstitucionales”.*²¹

Por ello, son estos mecanismos de control que se establecen en la Constitución los que, en la realidad, resulta difícil poderlos aplicar, ya que trae tensiones en la sociedad que van reflejando el carácter constante de la búsqueda del poder y el dominio del accionar ante la sociedad. En el caso salvadoreño, el año 2020 fue un año preelectoral, pues para 2021²² se realizaron las votaciones para diputados y concejos municipales; estos cambios generaron nuevos roles en el sistema político.²³

Para el año 2023, a cuatro años de mandato presidencial, los frenos y contrapesos del Estado han tomado nuevas configuraciones, pues el presidente Bukele actualmente tiene una composición favorable al interior de la Asamblea Legislativa, con una bancada que domina a su favor; asimismo, cuenta con el respaldo de la Corte Suprema de Justicia en las medidas adoptadas, esta situación le resulta favorable en cuanto a gobernanza, pero desfavorable en los ámbitos de control y fiscalización entre poderes.

21 Bidart Campos, *Compendio de derecho constitucional.*, 5.

22 Camila Vollenweider, Informe postelectoral de El Salvador: Bukele ganó de nuevo, CELAG, 1 de marzo de 2021, <https://www.celag.org/informe-postelectoral-de-el-salvador-bukele-gano-de-nuevo/>

23 El Salvador aprueba polémico préstamo para seguridad, *Deutsche Welle* (12 de mayo de 2021). <https://www.dw.com/es/el-salvador-parlamento-aprueba-pol%C3%A9mico-pr%C3%A9stamo-para-plan-de-seguridad/a-57503176>

Conclusiones

- Tal como lo manifiesta la Constitución de El Salvador, en su art. 86 inc. 2, los órganos fundamentales de Gobierno son tres: Legislativo, Ejecutivo y Judicial; los cuales no están uno sobre otro, sino que permiten un balance al poder.
- El Estado debe funcionar eficazmente para garantizar el respeto a la ley y estar conforme a las atribuciones legales establecidas, participando en la limitación del poder de los otros órganos del Estado y ejerciendo las facultades determinadas por la ley.
- El Estado, a pesar de las crisis y la complejidad de cada país, sigue siendo por excelencia la unidad política más eficaz para el manejo del poder, si bien es cierto muchas veces surgen tensiones en el poder, estas devienen de su organización y funcionamiento, pero no del Estado en sí.
- Los frenos y contrapesos que ejercen los órganos de Gobierno, buscan encontrar la mejor salida a la posibilidad de conflictos entre ellos, permitiendo evitar el monopolio del poder y los posibles abusos.
- Existe una independencia clara en cada uno de los roles que asigna la Constitución de la República de El Salvador a sus tres órganos de gobierno y el porqué de su importancia en el control y fiscalización del poder; pero cuando este juego democrático desaparece es posible gobernar, pero sin el manejo de controles efectivos.

Bibliografía

- » "El Salvador: tensión constitucional tras enfrentamiento de Bukele contra el Parlamento", *France 24* (10 de febrero de 2020). <https://www.france24.com/es/20200210-nayib-bukele-salvador-prestamo-pandillas>
- » "El Salvador aprueba polémico préstamo para seguridad", *Deutsche Welle* (12 de mayo de 2021). <https://www.dw.com/es/el-salvador-parlamento-aprueba-pol%C3%A9mico-pr%C3%A9stamo-para-plan-de-seguridad/a-57503176>
- » Aguiló Regla, Josep. *En Defensa del Estado Constitucional de Derecho*. Red Iberoamericana de Argumentación Jurídica. Ciudad de México: Conferencia impartida en el Primer Seminario Internacional de Argumentación Jurídica, Constitucionalismo y Democracia, 2018.
- » Bidart Campos, Germán José. *Compendio de derecho constitucional*. Buenos Aires: Ediar, 2004.
- » Carlos Gómez Díaz de León. *Sistema Político y Formas de Gobierno*. México: Universidad Autónoma de Nuevo León, s. f.
- » Constitución de la República de El Salvador. El Salvador: Asamblea Constituyente, 1983.
- » Corvalán, Juan Gustavo. "Los ejes centrales de la división de poderes en el Estado Constitucional de Derecho". *Revista de Investigações Constitucionais* 2, n.1 (2015): 225-56. <http://doi.org/10.5380/rinc.v2i1.43661>
- » Gargarella, Roberto. "El nuevo constitucionalismo dialógico, frente al sistema de los frenos y contrapesos". *Revista Argentina de Teoría Jurídica* 14 (diciembre de 2013).
- » Loewenstein, Karl. *Teoría de la Constitución*. Barcelona-Caracas-México: Editorial Ariel, 1973.
- » Mainwaring, Scott y Matthew Soberg Shugart. *Presidencialismo y democracia en América Latina*. Buenos Aires: Paidós, 2002.
- » Sagües, Néstor Pedro. *Manual de derecho constitucional*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2007.
- » Sala de lo Constitucional. *Proceso de Inconstitucionalidad, Referencia 6-2020*. El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2020.
- » Vollenweider, Camila. "Informe postelectoral de El Salvador: Bukele ganó de nuevo". CELAG, 1 de marzo de 2021. <https://www.celag.org/informe-postelectoral-de-el-salvador-bukele-gano-de-nuevo/>

Las TIC como medio para nuevos delitos contra las mujeres

ICT as a means for new crimes against women

Alicia Marisol Lemus Perez
(Universidad de El Salvador, El Salvador)
 <https://orcid.org/0009-0000-8984-6966>
Correspondencia: lp18019@ues.edu.sv

Krissia Nohely Espinoza Ramírez
(Universidad de El Salvador, El Salvador)
 <https://orcid.org/0009-0007-2713-7137>
Correspondencia: er19012@ues.edu.sv

Gerardo Alberto Ortiz Martinez
(Universidad de El Salvador, El Salvador)
 <https://orcid.org/0009-0007-6229-5835>
Correspondencia: om19030@ues.edu.sv



LAS TIC COMO MEDIO PARA NUEVOS DELITOS CONTRA LAS MUJERES

Alicia Lemus, Krissia Espinoza y Gerardo Ortiz

RESUMEN

Este artículo se enfoca en los delitos que han sido facilitados debido a los avances tecnológicos, especialmente aquellos que utilizan las Tecnologías de la Información y Comunicación (TIC) para afectar el bien jurídico protegido de una vida libre de violencia para las mujeres; para ello, se ha revisado la normativa vigente que regula las conductas relacionadas con la transgresión a dicho bien. En la actualidad, persisten las violaciones continuas a los derechos de las mujeres, la situación es alarmante porque la violencia ya no solo se manifiesta en el ámbito doméstico o comunitario, sino que también se propaga mediante el empleo de diversos medios electrónicos, propiciando nuevas formas de violencia contra la mujer que atentan contra su dignidad, su integridad y su libertad. En el marco jurídico salvadoreño, se tienen diferentes cuerpos normativos como el Código Penal, la Ley Especial para una Vida Libre de Violencia para las Mujeres que posteriormente se reforzó con la introducción de la Ley Especial Contra Delitos Informáticos para poder abordar y sancionar específicamente los tipos de violencia que afectan a las mujeres en todos los espacios, incluyendo el cibernético. Esta intersección entre la legislación penal y la protección de género muestra un enfoque integral para enfrentar la problemática, pero que podría no ser suficiente. Estas disposiciones legales hacen un análisis exhaustivo de las condiciones que deben darse para configurar un delito que afecte el bien jurídico protegido. Así, se busca garantizar que las mujeres puedan vivir sin temor a la violencia de cualquier tipo como es, física, psicológica, emocional, simbólica, económica, patrimonial, sexual, feminicida e incluso, la que se ejerce a través de medios electrónicos, y que sus derechos sean respetados en todos los ámbitos de la sociedad. Es fundamental destacar que la lucha contra los delitos cibernéticos y la violencia de género es un esfuerzo global. La cooperación internacional y los convenios suscritos por nuestro país son importantes para garantizar la igualdad de género y erradicar la violencia hacia las mujeres en todo el mundo.

PALABRAS CLAVE: TIC - LEIV - violencia de género - delitos informáticos - legislación - discriminación - acoso - bien jurídico

ICT AS A MEANS FOR NEW CRIMES AGAINST WOMEN

Alicia Lemus, Krissia Espinoza y Gerardo Ortiz

ABSTRACT

This article focuses on crimes that have been facilitated due to technological advances, especially those that use Information and Communication Technologies (ICT) to affect the legally protected right to a life free of violence for women. To address this, the current regulations governing behaviors related to the infringement of this right have been reviewed. Currently, continuous violations of women's rights persist, and the situation is alarming because violence is no longer confined to domestic or community settings but also spreads through the use of various electronic means, giving rise to new forms of violence against women that undermine their dignity, integrity, and freedom. Within the Salvadoran legal framework, there are different regulatory bodies such as the Penal Code, the Special Law for a Life Free of Violence for Women, which was subsequently strengthened with the introduction of the Special Law Against Computer Crimes to specifically address and punish the types of violence that affect women in all spaces, including the cyber realm. This intersection between criminal legislation and gender protection demonstrates a comprehensive approach to addressing the issue but may not be sufficient. These legal provisions conduct a thorough analysis of the conditions that must be met to constitute a crime that affects the protected legal right. Thus, they aim to ensure that women can live without the fear of any type of violence, including physical, psychological, emotional, symbolic, economic, patrimonial, sexual, femicidal, and even violence exercised through electronic means, and that their rights are respected in all areas of society. It is essential to emphasize that the fight against cybercrime and gender-based violence is a global effort. International cooperation and agreements signed by our country are crucial to ensuring gender equality and eradicating violence against women worldwide.

KEYWORDS: ICT - LEIV - gender violence - cybercrime - legislation - discrimination - harassment - legal assets

Las TIC como medio para nuevos delitos contra las mujeres

*Alicia Lemus¹
Krissia Espinoza²
Gerardo Ortiz³
El Salvador*

Introducción

En los últimos años, se ha observado en la legislación salvadoreña la incorporación de diversas categorías de delitos destinados a salvaguardar a las mujeres de múltiples manifestaciones de violencia. Esto se refleja en el análisis en relación con el artículo número diez de la Ley Especial Integral para una Vida

- 1 Estudiante de cuarto año de la Licenciatura en Ciencias Jurídicas de la Universidad de El Salvador, ha cursado varios diplomados, dentro de los cuales se destacan: Diplomado en Autoría, participación y pluralidad de infracciones penales, Diplomado de Derecho Migratorio, Diplomado de especialización en Títulos Valores. Dentro de mis principales áreas de investigación se encuentra el ámbito notarial.
- 2 Estudiante de cuarto año de la Licenciatura en Ciencias Jurídicas de la Universidad de El Salvador, recientemente ha participado en el segundo concurso estudiantil de Técnicas de Litigación en Juicios Orales simulados, avanzando a la fase semifinal. Graduada con honores del Centro Cultural Salvadoreño Americano, obteniendo el tercer lugar a nivel institucional en la prueba PAES y segundo lugar en la prueba TOEFL, acreditando un nivel de inglés C1. Actualmente es miembro de la Asociación de Mujeres Abogadas por la Igualdad de Derechos (AMAID), por parte del cual ha participado en el diplomado de Derechos Humanos de la Mujeres con énfasis en los derechos sexuales y reproductivos, impartido por la organización IPAS CAM.
- 3 Estudiante de quinto año de la Licenciatura en Ciencias Jurídicas de la Universidad de El Salvador; realizó sus estudios básicos en el Liceo Cristiano Reverendo Juan Bueno, siguiendo con su educación media en el Instituto Nacional "General Manuel José Arce" obteniendo el título de bachiller técnico vocacional opción contaduría, a la fecha desempeña un cargo de colaborador jurídico en Strategist Consultora Jurídica y Empresarial; además de ello, es acreedor de algunos diplomados, donde destacan: diplomado en Criminalística de campo, Dactiloscopia, Balística y Grafoscopia, Diplomado en Medicina Forense, Diplomado especializado en Derecho Civil y Derecho de Familia, Diplomado en Derecho de la niñez y adolescencia, entre otros.



Libre de Violencia para las Mujeres. En el artículo se identifican varios tipos de violencia, incluyendo la de carácter económico, feminicida, física, psicológica, emocional, patrimonial, sexual y simbólica. Además, se identifican diversas modalidades de violencia, como la comunitaria, institucional y laboral; todo ello es fundamental, pues ayuda a contextualizar esta regulación antes de abordar una posible actualización normativa.

El desarrollo de las tecnologías de la información y la comunicación han impactado de forma positiva en el proceso de transformación social, económica y cultural, no obstante, también han facilitado los espacios para la comisión de nuevos delitos, algunos de los cuales afectan directamente la libertad e integridad de las mujeres transgrediendo su derecho universal a una vida libre de violencia. Un ejemplo de esto es el caso de las redes sociales que a menudo se utilizan para difundir mensajes que carecen de tolerancia y respeto hacia los demás, por lo tanto, es esencial que las instituciones y organizaciones que velan por la protección de los derechos adopten un enfoque estratégico en el uso de los medios de comunicación electrónicos para promover las buenas prácticas y buscar la armonización del entorno digital.

I. La violencia de género se hace presente en el mundo digital

La violencia de género es la manifestación de la discriminación y desigualdad que impacta a mujeres y niñas en diversas facetas de la sociedad. En el contexto de las Tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC), se observa la aparición de nuevas modalidades delictivas que utilizan estas herramientas como medios para perpetuar la agresión y el control hacia las mujeres.

En el ámbito digital, las TIC se convierten en una plataforma para la comisión de delitos como el acoso cibernético, la difusión no consentida de imágenes íntimas, la extorsión y la propagación de contenidos misóginos, entre otros. Estas prácticas representan una extensión de la violencia de género en línea, cuyo propósito es humillar, denigrar o acosar a las mujeres, con el

objetivo de limitar su libertad, dignidad y seguridad. Además, estas formas de violencia suelen ser ejecutadas de manera anónima o bajo identidades falsas, lo que complica su investigación y enjuiciamiento.

1.1 Tipos de violencia contemplados en la Ley Especial para una Vida Libre de Violencia para Las Mujeres (LEIV)

Esta ley se destaca por tener un enfoque especial en la protección de los derechos del género femenino. Todo este cuerpo normativo comprende un desglose de las condiciones en las que debe haberse llevado a cabo un hecho delictivo para determinar los elementos de la tipicidad del mismo. Para abordar estos diferentes delitos, se realiza una clasificación en función de las características esenciales de cada tipo de violencia presente en el caso concreto. El artículo nueve de la ley enmarca siete tipos de violencia, los cuales se derivan de la forma en que se afecta el bien jurídico protegido.⁴

Violencia Económica: es toda acción y omisión de la persona agresora, que afecta la supervivencia económica de la mujer, la cual se manifiesta a través de actos encaminados a limitar, controlar o impedir, el ingreso de sus percepciones económicas.

Violencia Femenicida: es la forma extrema de violencia de género contra las mujeres, producto de la violación de sus derechos humanos, en los ámbitos público y privado, conformada por el conjunto de conductas misóginas que conllevan a la impunidad social o del Estado, pudiendo culminar en feminicidio y en otras formas de muerte violenta contra las mujeres.

Violencia Física: es toda conducta que directa o indirectamente, está dirigida a ocasionar daño o sufrimiento físico contra la mujer, con resultado o riesgo de producir lesión física o daño, ejercida por quien sea o haya sido su cónyuge o por quien esté o haya estado ligado a ella por análoga relación de

4 Ley Especial Integral para una Vida libre de Violencia para las mujeres (El Salvador: Asamblea Legislativa, 2011).

afectividad, aun sin convivencia. Asimismo, tendrán la consideración los actos de violencia física contra la mujer, los ejercidos por la persona agresora en su entorno familiar, social o laboral.

Violencia Psicológica y Emocional: es toda conducta directa o indirecta que ocasione daño emocional, disminuya el autoestima, perjudique o perturbe el sano desarrollo de la mujer; ya sea que esta conducta sea verbal o no verbal, que produzca en la mujer desvalorización o sufrimiento, mediante amenazas, exigencias de obediencia o sumisión, coerción, culpabilización o limitaciones de su ámbito de libertad y cualquier alteración en su salud que se desencadene en la distorsión del concepto de sí misma, del valor como persona, de la visión del mundo o de las propias capacidades afectivas, ejercidas en cualquier tipo de relación.

Violencia Patrimonial: son las acciones, omisiones o conductas que afectan la libre disposición del patrimonio de la mujer; incluyéndose los daños a los bienes comunes o propios mediante la transformación, sustracción, destrucción, distracción, daño, pérdida, limitación, retención de objetos, documentos personales, bienes, valores y derechos patrimoniales. En consecuencia, serán nulos los actos de alzamiento, simulación de enajenación de los bienes muebles o inmuebles; cualquiera que sea el régimen patrimonial del matrimonio, incluyéndose el de la unión no matrimonial.

Violencia Sexual: es toda conducta que amenace o vulnere el derecho de la mujer a decidir voluntariamente su vida sexual, comprendida en esta no solo el acto sexual sino toda forma de contacto o acceso sexual, genital o no genital, con independencia de que la persona agresora guarde o no relación conyugal, de pareja, social, laboral, afectiva o de parentesco con la mujer víctima.

Violencia Simbólica: son mensajes, valores, conos o signos que transmiten y reproducen relaciones de dominación, desigualdad y discriminación en las relaciones sociales que se establecen entre las personas y naturalizan la subordinación de la mujer en la sociedad.⁵

5 *Ibid.*

1.2 Tipos de violencia facilitados a partir de los avances con las Tecnologías de la Información y Comunicación (TIC)

Creación, distribución, difusión o intercambio digital de fotografías, video clips, audio clips de naturaleza sexual o íntima sin consentimiento: consiste en crear, compartir o difundir en línea, sin consentimiento, material, imágenes o videos íntimos o sexualmente explícitos obtenidos con o sin el consentimiento de una persona, con el propósito de avergonzarla, estigmatizar o perjudicarla.⁶ Este tipo de violencia puede ocurrir en una gran gama de relaciones interpersonales, pero las acciones que pueden ser tendientes a lograr un beneficio de carácter económico para el agresor como forma de hacer una extorsión en perjuicio del sujeto pasivo.

Acceso, uso, manipulación, intercambio o distribución de datos no autorizada: este tipo de delitos tiende a manifestarse en forma de ataques a cuentas en línea o dispositivos de una mujer (teléfonos móviles, computadoras, tablets, etc.) con el objetivo de lograr obtener, manipular o publicar información de manera no autorizada mediante el robo de contraseñas, instalación de programas espías. Este tipo de delitos puede verse involucrado también el acceso no autorizado y control total de cuentas o dispositivos de una persona.

Suplantación y robo de identidad: estos delitos son uno de los más conocidos, ya que cuenta con la utilización de datos de otra persona en la mayoría de los casos de mujeres, como si fueran propios, con el fin de ocasionar un daño en el honor o la reputación de una persona, o también con el fin de amenazarla o intimidarla.⁷

Actos que dañan la reputación o credibilidad de una persona: consiste en crear y compartir información personal falsa con la intención de dañar la

6 REVM-ONU, Iniciativa cibernética de derechos civiles, 2018.

7 Programa de las Naciones Unidas para El Desarrollo PNUD, "Tecnología para eficientizar la justicia en violencia de género", 26 de abril de 2021. <https://www.undp.org/es/el-salvador/news/tecnologia-para-eficientizar-la-justicia-en-violencia-de-genero>

reputación de una mujer, como por ejemplo, la creación de perfiles falsos en redes sociales o cuentas en línea; hacer fotomontajes o imágenes manipuladas de contenido sexual a partir de fotografías obtenidas de redes sociales; publicar avisos en sitios de citas o pornográficos con fotos íntimas; difundir comentarios o publicaciones ofensivos o falsos, o memes en foros de discusión, redes sociales o páginas de internet. Todas estas acciones además de impactar en la percepción que tiene la mujer sobre sí misma, al dañar su autoestima y cuestionar su integridad moral, también afecta en cómo la perciben en su esfera familiar, social, comunitaria e incluso laboral, pues el agresor con su acción de carácter público -porque no hay que olvidar que el contenido de redes sociales es público y logra tener un alcance masivo- ha dañado su reputación, volviéndola objeto de rumores, críticas, burlas y marginación a la vez que pierde su confianza y credibilidad.

Actos que implican la vigilancia y el monitoreo de una persona: consiste en la localización que se hace hacia una mujer con la intervención de diferentes redes tecnológicas o se puede hacer a través de instrumentos de geolocalización, violentando la privacidad de una mujer.

Ciberhostigamiento: este tipo de delitos constituyen una serie de comportamientos manifestados por parte del sujeto agresor, actividad intencionada y realizada de manera reiterada, mediante cualquier tipo de medio electrónico, que puede constituir o no actos inofensivos por separado, pero que, en conjunto, constituye un patrón de conductas amenazantes que socavan la sensación de seguridad de una persona y le provocan miedo, como por ejemplo, llamar o enviar correos, mensajes de texto o de voz de forma repetitiva, incluso mensajes amenazantes o que busquen mantener el control sobre la víctima.⁸

Ciberacoso: es considerado como uno de los tipos de violencia en cuanto a la afectación de una mujer para humillar, molestar, atacar, amenazar, alarmar, ofender o insultar, no solo se da la existencia de un autor directo para esta conducta delictiva, sino que también podría verse en presencia de una

8 Navarro y Jasinski, 2013; Smith, 2012; Fanti, Demetriou y Hawa, 2012; Livingstone et al., 2011; Calvete et al., 2010.

situación donde se vean vinculados coautores. Este tipo de delito puede incluir el envío de mensajes no deseados e intimidantes por correo electrónico, texto o redes sociales; insinuaciones inapropiadas u ofensivas en redes sociales o salas de chat; violencia verbal y amenazas en línea de violencia física o muerte; discurso de odio; el robo o la publicación de información personal, imágenes y videos, y la difusión de información falsa o rumores para dañar la reputación de una mujer.

Ciber intimidación: es el uso de tecnologías por menores de edad para humillar, molestar, alarmar, insultar o atacar a otra menor de edad o difundir información falsa o rumores sobre la víctima, así como para amenazarla, aislarla, excluir o marginar.

En síntesis, dentro de los delitos que regula la Ley Especial para una Vida Libre de Violencia para las Mujeres, en atención a los avances tecnológicos que se han visto con el paso del tiempo, la tecnología ha facilitado el cometimiento de hechos delictivos, los cuales se han visto realizados a través de los medios electrónicos, en contra de la reputación de las mujeres o con el resultado de muy probablemente la afectación del honor y la intimidad del sujeto pasivo por parte del sujeto activo.

La LEIV se enfrasca en el resultado de la conducta delictual, y el uso de las TICS son el medio para lograr el cometimiento del delito.

1.3 La evolución de los delitos informáticos y los países pioneros en su legislación y sanción

En la era digital, los delitos informáticos se han convertido en una preocupación global, desafiando los sistemas legales existentes. A medida que la tecnología avanza, también lo hacen las formas en que los delincuentes aprovechan las vulnerabilidades en línea para perpetrar actos ilícitos.

El crecimiento exponencial de los delitos informáticos ha llevado a la necesidad de desarrollar legislaciones adecuadas para enfrentarlos y

sancionar a los responsables. En la década de 1970, Estados Unidos fue pionero en este campo al promulgar el "Computer Fraud and Abuse Act" (CFAA), estableciendo las bases para la persecución de delitos informáticos. El CFAA se ha convertido en un modelo para otras jurisdicciones, ya que define los delitos informáticos y establece penas proporcionales a la gravedad de los actos cometidos, su impacto ha sido más notorio en los países que tienen relaciones comerciales o de seguridad con Estados Unidos. Algunos ejemplos de legislaciones inspiradas por la CFAA son el Código Penal de Canadá, la Ley de Delitos Informáticos de Reino Unido, la Ley de Delitos Informáticos de Australia y la Ley de Delitos Informáticos de Singapur. Estas leyes buscan proteger la seguridad nacional, la propiedad intelectual y la privacidad de los usuarios de los sistemas informáticos.

Con el avance de la tecnología y el aumento de los delitos cibernéticos, la legislación internacional comenzó a tomar forma. En 2001, el Consejo de Europa adoptó el Convenio sobre la ciberdelincuencia, conocido como el Convenio de Budapest, siendo el primer tratado internacional vinculante que aborda los delitos informáticos y establece un marco legal común para su represión. El Convenio de Budapest ha sido ratificado por numerosos países y ha influido en la creación de leyes nacionales en todo el mundo tales como la Ley Orgánica de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales de España, y la Ley Federal de Delitos Informáticos de México.

En el contexto europeo, el Reino Unido se ha destacado en la lucha contra los delitos informáticos. La "Computer Misuse Act" de 1990 es considerada una de las leyes más avanzadas y completas en este campo. Además, la Unión Europea ha adoptado directivas como la Directiva 2013/40/UE, que establece normas mínimas sobre los delitos y las penas aplicables a los ataques contra los sistemas de información. Estos esfuerzos demuestran la importancia de una legislación actualizada y armonizada para combatir los delitos informáticos a nivel regional.

El continente asiático también ha tomado medidas significativas para abordar los delitos informáticos. Japón, por ejemplo, promulgó la Ley de Delitos Informáticos, en el año 2000, estableciendo un marco legal integral para la represión de estos delitos. China, por su parte, ha implementado una serie de leyes y regulaciones que abordan específicamente los delitos informáticos, como la "Ley de Seguridad de la Información de la República Popular China" del año 2017. Estos países reconocen la necesidad de mantenerse a la vanguardia de la legislación para proteger a sus ciudadanos en el mundo digital.

En América Latina, varios países han promulgado leyes y establecido medidas para enfrentar los delitos informáticos. Por ejemplo, Brasil introdujo la Ley N. ° 12.737 del año 2012, conocida como la "Ley Carolina Dieckmann", para abordar delitos como la invasión de la privacidad y la difusión no autorizada de datos. En Argentina, la Ley N. ° 26.388, aprobada en el año 2008, tipifica y sanciona los delitos informáticos, estableciendo penas para aquellos que cometen actividades ilegales en el ámbito digital. En México, se promulgó la Ley Federal de Delitos Informáticos en el año 1999, con el objetivo de prevenir, investigar y sancionar los delitos informáticos en el país. Esta legislación ha sido clave para la persecución de delitos como el acceso ilícito a sistemas, la falsificación informática y el sabotaje informático.

En general, América Latina ha experimentado un aumento significativo en la legislación de delitos informáticos en los últimos años. Sin embargo, persisten desafíos en términos de aplicación efectiva de estas leyes, así como en la capacitación de los actores involucrados en la investigación y el enjuiciamiento de estos delitos. Además, la cooperación internacional es fundamental para abordar los delitos cibernéticos transfronterizos y garantizar la seguridad en el entorno digital.

La evolución de los delitos informáticos ha llevado a la implementación de legislaciones especializadas en numerosos países, sin embargo, la rápida evolución tecnológica plantea nuevos desafíos legales, como la delimitación

de responsabilidades en casos de ataques cibernéticos transfronterizos y la protección de la privacidad en un entorno digital cada vez más complejo. Es necesario un esfuerzo continuo para adaptar la legislación existente, fomentar la cooperación internacional y promover la conciencia sobre los delitos informáticos. Solo así se podrá garantizar la seguridad y confianza necesarias en el mundo digital en constante cambio.

Es esencial destacar que todas estas leyes se centran en la regulación de los delitos informáticos y en la protección de valiosos intereses legales, tales como la propiedad, la privacidad, la libertad y la seguridad. A pesar de que su enfoque es inherentemente neutral en cuanto al género, su contenido se orienta hacia la salvaguardia de derechos universales, como el honor, la intimidad o la imagen, entre otros. Estas normativas tienen como objetivo primordial garantizar la seguridad, la integridad y la confidencialidad de la información digital, tanto para entidades como para individuos.

II. Legislación Nacional en cuanto a delitos informáticos

La expansión de la red de comunicación digital en El Salvador ha facilitado la aparición de nuevas formas de delincuencia cibernética, tales como difamación, amenaza, estafa, violación a derechos de autor, distribución de pornografía infantil, robo de identidad, entre otras. De conformidad a lo anterior, la legislación en materia penal en vigencia desde el año 1998, hacía referencia de manera poco relevante a la comisión de delitos mediante las tecnologías de la información y la comunicación, precisando esto en los artículos 172, 173 y el artículo 346; en donde pueden tipificarse como tal por el uso de las palabras contenidas en los mismos, como “informática, virtual, o a través de medios electrónicos”; es por ello que se puede establecer que tal regulación en este cuerpo normativo se hizo de una manera irregular.

A raíz de la poca relevancia y regulación en los distintos cuerpos normativos de materia penal sobre los delitos de carácter informático que atentan o podrían vulnerar la seguridad, la integridad informática, así como el daño a los distintos bienes jurídicos debido a la comisión de delitos mediante el uso de las TIC, el 26 de febrero de 2016, mediante el Decreto Legislativo N. ° 260, publicado en el Diario Oficial No. 40 Tomo N. ° 410, de la misma fecha, se aprobó en El Salvador la Ley Especial contra Delitos Informáticos y Conexos; este cuerpo normativo tiene como objetivo principal el sistematizar todos aquellos tipos penales que están íntimamente relacionados a la ciberdelincuencia, dando a lugar a un gran reto para las instituciones de justicia, para garantizar el debido cumplimiento del cuerpo normativo en mención.

En su artículo 3, esta ley define los delitos informáticos: *“Se considerará la comisión de este delito, cuando se haga uso de las Tecnologías de la Información y la Comunicación, teniendo por objeto la realización de la conducta típica y antijurídica para la obtención, manipulación o perjuicio de la información”*.⁹

La creación de la Ley Especial de Delitos Informáticos y Conexos en El Salvador ha tenido un impacto significativo en la prevención y sanción de las conductas ilícitas que afectan la seguridad informática, la protección de datos personales y el comercio electrónico. Esta ley, aprobada en 2016, establece los tipos penales, las penas, las medidas cautelares y los procedimientos para investigar y perseguir estos delitos, así como la cooperación internacional en esta materia. La ley también busca garantizar el respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales de los usuarios de las tecnologías de la información y la comunicación, así como promover una cultura de ciberseguridad en el país.

La relevancia de la Ley Contra Delitos Informáticos y Conexos en El Salvador radica en varios aspectos:

1. Protección de la ciberseguridad: La ley busca proteger la seguridad de la información y los sistemas informáticos en El Salvador, lo

⁹ Ley Especial Contra los Delitos Informáticos y Conexos (El Salvador: Asamblea Legislativa, 2021), Art. 3.

que es fundamental en la era digital para evitar ciberataques y la pérdida de datos sensibles.

2. Sanción de delitos informáticos: La legislación permite la persecución y sanción de diversas actividades ilegales en línea, como el acceso no autorizado a sistemas informáticos, el robo de información, la difusión de malware y otros delitos cibernéticos.
3. Fomento de la confianza en línea: Al tener una ley que aborda los delitos informáticos, se promueve un ambiente de mayor confianza en el uso de la tecnología y la realización de transacciones en línea, lo que es importante para el desarrollo económico y social.
4. Adaptación a la realidad digital: La ley reconoce la creciente importancia de la tecnología en la sociedad y proporciona un marco legal actualizado para abordar los desafíos y las amenazas en línea.

Los delitos informáticos son un problema global que requiere de una respuesta coordinada entre los diferentes actores involucrados, como el Estado, la sociedad civil, el sector privado y la cooperación internacional. Es importante que las personas se informen sobre los riesgos y las medidas de prevención que pueden adoptar para protegerse de estos delitos, así como que denuncien cualquier situación sospechosa o irregular que detecten en el ámbito digital. A través de los medios electrónicos con los que se envían, reciben o resguarda la información; se ha vuelto, particularmente importante tanto a nivel nacional como internacional en el desarrollo económico, político, social y cultural del país; por lo que, se convierte en una prioridad para el Estado el proteger esta información, ya que la falta de almacenamiento de dicha información violaría la confidencialidad, integridad, seguridad y disponibilidad general de los datos.

2.1 La LEIV y los delitos informáticos

La Ley Especial para una Vida Libre de Violencia para las Mujeres, comprende un objetivo central, que es el reconocimiento desigual existente

entre las relaciones yacentes de las mujeres y los hombres en la sociedad; las cuales, se ven reflejadas en la existencia de diferentes tipos de violencia en contra de las mujeres, lo que deviene de la negación de los derechos y libertades fundamentales para las mujeres.

En El Salvador la Ley Especial Integral para una Vida libre de Violencia para las Mujeres (LEIV) se considera la ley más destacada y especializada en materia de violencia contra las mujeres. En su creación se vieron involucradas organizaciones sociales que buscaron la armonización con las normas internacionales relacionadas; además de ello, esta ley se ve ampliamente apegada a la **Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la mujer** y la **Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer**, ambas ratificadas por El Salvador.

Con la implementación de esta Ley, a las mujeres salvadoreñas se les reconoce el derecho a vivir libre de violencia, y es ahí, donde el Estado asume la responsabilidad de identificar, prevenir, proteger y sancionar la violencia contra las mujeres en cualquiera de sus modalidades. Cuando se habla de modalidades se menciona, violencia económica, violencia feminicida, violencia física, violencia psicológica y emocional, violencia patrimonial violencia sexual, violencia simbólica, violencia comunitaria, violencia institucional, laboral y política; las cuales, se encuentran reguladas en la LEIV; pero dentro de dichas modalidades, no se toman en cuenta las relacionadas a lo informático, es decir, no se abordan en específico, volviendo insuficiente la norma e ineficiente en el combate de esta modalidad delictiva, puesto que se toman en cuenta en el artículo 49 en lo referido a la *Inducción, Promoción y Favorecimiento de Actos Sexuales o Eróticos por medios Informáticos o Electrónicos*; el artículo 50, con la *Difusión ilegal de información*; y lo citado por el artículo 51 en donde menciona lo relacionado a la *Difusión de pornografía*. Por lo que, no se considera el derecho a una vida libre de violencia contra la mujer, dejando fuera todo tipo de violencia que puede cometerse mediante las TIC. Pese a todo ello, se puede decir que

la LEIV define de una manera clara la violencia contra las mujeres, jóvenes y niñas, tipificándola no solamente como un delito penal, sino también como un delito que debe ser perseguido y juzgado a través de los sistemas de carácter judiciales, políticos y administrativos.

III. Métodos para combatir la violencia contra las mujeres ejercida a través de las TIC

En la era digital, las TIC han proporcionado herramientas poderosas para la comunicación y el acceso a la información. Sin embargo, también han dado lugar a nuevas formas de violencia y acoso contra las mujeres en el ámbito virtual. En este apartado se explora las posibles estrategias para abordar este grave problema:

1. Fortalecimiento de la legislación y su aplicación efectiva. La legislación es fundamental para combatir la violencia contra las mujeres en línea. Es necesario fortalecer las leyes existentes y promulgar nuevas normativas que aborden específicamente esta problemática. Según García-Delgado, "*es crucial establecer un marco legal sólido que tipifique y sancione adecuadamente los delitos cibernéticos de género*".¹⁰ Además, es fundamental garantizar la aplicación efectiva de estas leyes, proporcionando recursos y capacitación adecuada a los actores judiciales.
2. Fomento de la educación y concientización. La educación y la concientización son herramientas poderosas para prevenir y combatir la violencia de género en línea. Es esencial incluir en los programas educativos contenidos que promuevan el uso seguro y responsable de las TIC, así como la igualdad de género y el respeto

¹⁰ J. García-Delgado, "Ciberdelitos de género: Hacia una nueva perspectiva de análisis y respuesta", En *Revista de Derecho Informático*, (2017): 43-55.

hacia las mujeres.¹¹ Además, es necesario desarrollar campañas de sensibilización dirigidas a la sociedad en general, destacando los riesgos y las consecuencias de la violencia contra las mujeres en el entorno digital.

3. Mejora de los mecanismos de denuncia y apoyo a las víctimas. Es necesario establecer mecanismos de denuncia accesibles, confidenciales y efectivos para que las víctimas de violencia en línea puedan reportar los incidentes y recibir apoyo adecuado. Las instituciones públicas y las organizaciones de la sociedad civil deben brindar servicios especializados de atención y asesoramiento jurídico, psicológico y tecnológico a las mujeres afectadas.¹² Además, se debe garantizar la protección de la privacidad y seguridad de las víctimas durante todo el proceso.
4. Colaboración entre diferentes actores. La lucha contra la violencia de género en línea requiere de la colaboración y coordinación entre diferentes actores, como organismos estatales, organizaciones de la sociedad civil, empresas tecnológicas y las propias víctimas. Es fundamental establecer alianzas estratégicas que permitan compartir información, recursos y buenas prácticas.¹³ Asimismo, las empresas de redes sociales y plataformas en línea deben asumir su responsabilidad y adoptar políticas y mecanismos efectivos para prevenir y abordar el acoso y la violencia contra las mujeres en sus plataformas.

La violencia contra las mujeres en el entorno digital es una problemática grave que requiere de acciones concretas y coordinadas. A través del

11 L. Martínez, "Violencia de género en el ciberespacio: El reto de la protección efectiva", *En Revista de Derecho Penal y Criminología*, (2018): 89-100.

12 A. Jiménez, "Violencia de género en línea: Retos y desafíos para la protección de las mujeres", *En Revista de Derecho y Sociedad*, (2020):31-45.

13 R. Guzmán, "Ciberacoso y violencia de género en línea: Un análisis de la normativa y la responsabilidad de las empresas", *En Revista de Derecho y Tecnología*, (2019): 121-135.

fortalecimiento de la legislación, la educación y concientización, la colaboración entre diferentes actores y la mejora de los mecanismos de denuncia y apoyo a las víctimas, se puede avanzar hacia la erradicación de esta forma de violencia. Es responsabilidad de todos, desde los gobiernos hasta los usuarios de las TIC's, trabajar juntos para crear un entorno digital seguro y libre de violencia de género.

IV. Mecanismos o estrategias que facilitan el acceso a la justicia en los delitos de violencia contra las mujeres

El Salvador ha sido considerado uno de los países con un índice de violencia radicalmente alto de la región,¹⁴ por ello, la lucha para erradicar la violencia contra las mujeres es un gran desafío que requiere de un elevado compromiso para combatirla, y así poder lograr el respeto y la igualdad de derechos entre mujeres y hombres. Con lo reflejado en las estadísticas donde se aprecian los índices de violencia en contra de las mujeres, con los cuales se puede evidenciar la situación de vulnerabilidad de los derechos de las mujeres en El Salvador; debido a ello, el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) en conjunto con la Corte Suprema de Justicia (CSJ), el “Sistema de expedientes judiciales para la jurisdicción especializada de la Ley Especial Integral para una Vida Libre de Violencia para las Mujeres”, con el fin de ser agentes garantes del acceso a una pronta y cumplida justicia, específicamente en cada caso de víctimas de violencia de género.

En el cierre del año 2022 se reportaron 495 homicidios, constituyendo una tasa oficial de 7.8 homicidios por cada 100,000 habitantes, en donde la Fiscalía General de la República refiere que el 86.5 % son clasificados como muertes violentas por delincuencia general, 7.3 % por intolerancia social y

14 Estudio del caso, El Salvador: “prevención de violencia y construcción de capital social”, <https://www.sdgfund.org/es/estudio-de-caso/el-salvador-prevenci%C3%B3n-de-violencia-y-construcci%C3%B3n-de-capital-social>

6.3 % por intolerancia familiar.¹⁵ Derivando de ello, el Informe semestral de hechos de violencia contra las mujeres, publicado por el Ministerio de Justicia y Seguridad Pública (MJSP), reportó que, durante el primer semestre de 2022, 47 mujeres fueron víctima de violencia homicida, 35 casos menos respecto al primer semestre de 2021 (reducción del 42.7 %); también señaló que 7 de cada 10 casos de muertes violentas de mujeres fueron tipificados como feminicidios, cerrando el primer semestre con 33 feminicidios. Además de ello, en el mismo informe se detalla que durante los primeros 6 meses de 2022, se registraron 2,997 casos de mujeres víctimas de violencia sexual, 116 reportes menos respecto a los 3,113 casos de mujeres que denunciaron en el mismo período de 2021, así mismo, en el transcurso del primer semestre del año 2022, 4 de cada 10 (38 %) mujeres víctimas de violencia sexual correspondían a niñas menores de 15 años y aproximadamente 4 de cada 10 casos (46 %) correspondía a mujeres entre 15 y 29 años.¹⁶

Además de ello, se cuenta con la Actualización del Protocolo de Actuación para la Investigación y Procesamiento Penal de Muertes, Femicidios y Suicidio Femicida de la FGR, es decir, que este protocolo incorpora la perspectiva de género en la investigación, así como en la persecución en materia penal de los femicidios para su pronta intervención ante la justicia.¹⁷ Asimismo, el fortalecimiento de instituciones estratégicas en el sector justicia, esto con el fin de orientar, prevenir, detectar, responder, investigar y brindar la debida protección a las víctimas. En conclusión, la lucha contra la violencia hacia las

15 Gabinete de Seguridad, Gobierno de El Salvador, "balance con datos históricos en materia de combate a la criminalidad en el país", seguridad.gob.sv, diciembre de 2022, <https://www.presidencia.gob.sv/el-salvador-registra-el-promedio-de-homicidios-mas-bajo-de-centroamerica/>

16 Ministerio de Justicia y Seguridad Publica, *Informes de hechos de violencia contra las Mujeres* (San Salvador: 2021). <https://www.seguridad.gob.sv/dia/informe-de-hechos-de-violencia-contra-las-mujeres/>

17 Oficina Regional para América Central del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OACNUDH), "Modelo de protocolo latinoamericano de investigación de las muertes violentas de mujeres por razones de género (femicidio/feminicidio)", www.ohchr.org/, consultado el 16 de julio de 2023, <https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Issues/Women/WRGS/ProtocoloLatinoamericanoDeInvestigacion.pdf>

mujeres es un desafío que requiere el compromiso y la participación de todos los sectores de la sociedad. No se trata solo de un problema legal o de derechos humanos, sino también de un obstáculo para el desarrollo sostenible, la paz y la democracia. Es necesario implementar políticas públicas integrales que prevengan, atiendan y sancionen la violencia de género, así como promover una cultura de respeto, igualdad y no discriminación, para construir un mundo más justo y seguro para las mujeres y las niñas.

4.1 Las TIC como herramienta para combatir la violencia contra las mujeres

Es de vital importancia establecer que las TIC ejercen influencia en la promoción de la equidad de género y en la lucha contra la violencia hacia las mujeres; es por ello que los medios de comunicación deberían ofrecer modelos positivos de inserción social y de igualdad de derechos y obligaciones para ambos géneros, para poder hacer caso omiso a las imágenes que representen fuerza y opresión hacia las mujeres. Al transmitir información sobre la violencia contra las mujeres, lo hacen de una manera inadecuada, sensacionalista y cosificando a la mujer; con estas acciones, lo único que se logra es reforzar cada uno de los estereotipos que perpetúan la violencia contra las mujeres.

Por otro lado, el movimiento feminista y las nuevas tecnologías forman parte de un eje fundamental para exponer los cambios principales de la sociedad actual, justificando la expresión y la reflexión de la acción de género, exponiendo y cuestionando las diversas formas de violencia hacia las mujeres, la desigualdad, el sexismo y, sobre todo, la discriminación por la razón de género.

Dentro de los parámetros de desigualdad en cuanto al trato entre hombres y mujeres se encuentra destacada la discriminación, entendida como:

“Toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera”.¹⁸

La Declaración Universal de Derechos Humanos¹⁹ reafirma el principio de la no discriminación y proclama que todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y que toda persona puede invocar todos los derechos y libertades proclamados en esa Declaración, sin distinción alguna y, por ende, sin distinción de sexo. En conclusión, se asume que se comparte el deseo del desarrollo tecnológico y su aporte reflexivo a la inclusión, la igualdad de género, y a la tecnología.

4.2 Necesidad de incorporar en la LEIV nuevos tipos penales a causa de las nuevas formas de violencia ocasionados a partir de los avances en las tecnologías de la información y comunicación

La LEIV abarca diversos delitos, especialmente aquellos relacionados con las circunstancias y características que deben estar presentes al momento de cometer un delito. Entre ellos se encuentran el feminicidio, el feminicidio agravado y las expresiones de violencia contra las mujeres, entre otros. En el contexto de los avances tecnológicos, es importante destacar que estos no solo han sido utilizados de forma beneficiosa por los usuarios, como la divulgación y acceso a la información o la facilitación de la comunicación entre seres queridos, etc. sino que también han sido empleados de manera perjudicial, puesto que

18 ONU, *Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer* (Nueva York: Asamblea General de los Estados Unidos, 1979), Art. 1.

19 Declaración Universal de los Derechos Humanos (París: Naciones Unidas y Derechos Humanos, 1948). Entrada en vigor: 3 de septiembre de 1981, de conformidad con el artículo 27(1). <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/convention-elimination-all-forms-discrimination-against-women>

estos se han convertido en herramientas que facilitan la comisión de delitos a través de los medios de comunicación, siendo estos riesgos y desafíos que deben ser considerados y prevenidos.

Las TIC tienen una serie de características que las vuelven ideales para perpetrar delitos, dentro de las cuales están:²⁰

- Acción a distancia. Se vuelve mucho más difícil identificar y actuar contra el acosador.
- Facilidad de producción y difusión de contenido. Cualquier persona que tenga un teléfono celular puede captar y cargar imágenes y videos que luego se pueden copiar miles de veces sin costo ni restricción alguna.
- Automatización. Algunas tecnologías se especializan en la documentación e información exacta sobre la situación geográfica de una persona a través de las tecnologías que utiliza.

La LEIV debe de implementar tipos penales que vayan acorde a la utilización de los diferentes medios de comunicación en donde se establezca la afectación al derecho fundamental que regula la misma ley, el cual es el derecho de las mujeres a vivir una vida libre de violencia. Dentro de estos se comprende la imposición de una sanción, ya sea esta de carácter de multa o de prisión que pueda considerarse de manera grave para la persona que actúe con el rol de sujeto activo de la relación jurídica; con el objeto de que se logre el cese de esta serie de conductas.

En la mayoría de los casos las personas no saben qué hacer para protegerse de tales violaciones. Las empresas de telecomunicaciones, los proveedores de servicios de internet y los desarrolladores de software deben ser estrictos en cuanto al tema de proteger la privacidad y la seguridad del usuario. Y los gobiernos deben garantizar que las leyes y políticas respondan a esas nuevas formas de violencia hacia las mujeres.

20 Asociación para el progreso de las comunicaciones, navegadores y buscadores, consultado el catorce de julio de dos mil veintitrés. <https://genderit.org/node/2726>

Por lo tanto, a raíz de estas circunstancias es necesario implementar nuevos tipos penales que regulen las conductas del sujeto activo, que comprendan una sanción grave si los mismos son realizados con aprovechamiento de los avances tecnológicos, con el objetivo de que la pena que se impondrá si concurre esta circunstancia, deje en la psique del sujeto activo la no realización de dichas acciones.

Conclusión

A partir de la información recolectada se determina que es necesario implementar medidas que garanticen el acceso efectivo a la justicia para las mujeres víctimas de violencia. Esto implica, eliminar barreras burocráticas y legales que dificulten su acceso a los sistemas judiciales, así como garantizar la capacitación adecuada de los profesionales de la justicia en temas de género y violencia contra las mujeres.

Además, es fundamental establecer mecanismos de protección y prevención que utilicen las nuevas tecnologías a favor de las víctimas, aplicaciones móviles o plataformas en línea que permitan a las mujeres denunciar casos de violencia y recibir apoyo inmediato.

En cuanto a la reparación del daño, es necesario asegurar que las mujeres víctimas de violencia reciban una compensación adecuada por los daños sufridos, tanto a nivel económico como emocional, con la implementación de nuevos programas de atención que ayuden a las mujeres que sufren violencia, así como por ejemplo: el Instituto Salvadoreño Para el Desarrollo de la Mujer, que facilita la orientación, asistencia legal y asistencia psicológica a las mujeres que sufren violencia, y nuevos planes que faciliten la erradicación de la violencia contra la mujer como por ejemplo: El Plan Nacional de Prevención y Atención de Violencia Intrafamiliar (PNVIF).²¹

21 ISDEMU, *Información proporcionada por El Salvador para la elaboración del estudio a fondo sobre políticas, programas y buenas prácticas para combatir todas las formas de violencia contra la mujer*. <https://www.un.org/womenwatch/daw/vaw/responses/ELSALVADOR1.pdf> (consultado el

También, se deben promover campañas de sensibilización y educación en torno a la violencia de género, tanto a nivel escolar como comunitario, con el objetivo de prevenir la violencia, promover la igualdad de género y cambiar los patrones culturales que perpetúan la violencia contra las mujeres.

En resumen, para abordar la agudización de la violencia contra las mujeres con la implementación de avances tecnológicos, es necesario garantizar el acceso a la justicia, implementar mecanismos de protección y prevención, asegurar una reparación del daño adecuada y promover la sensibilización y educación en torno a la violencia de género. Estas acciones deben ser parte de un enfoque integral que involucre a diferentes actores de la sociedad, incluyendo al gobierno, instituciones judiciales, organizaciones de la sociedad civil y la comunidad en general.

También se puede establecer la creación de protocolos específicos para garantizar la investigación con perspectiva de género, de infancia y de diversidad sexual de los casos de violencia extrema contra las mujeres e implementar medidas de protección para salvaguardar a las mujeres.

Bibliografía

- » Asociación para el progreso de las comunicaciones, navegadores y buscadores, consultado el catorce de julio de dos mil veintitrés. <https://genderit.org/node/2726>
- » Declaración Universal de los Derechos Humanos. París: Naciones Unidas y Derechos Humanos, 1948. Entrada en vigor: 3 de septiembre de 1981, de conformidad con el artículo 27(1). <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/convention-elimination-all-forms-discrimination-against-women>
- » Estudio del caso, El Salvador: “prevención de violencia y construcción de capital social”. <https://www.sdgfund.org/es/estudio-de-caso/el-salvador-prevenci%C3%B3n-de-violencia-y-construcci%C3%B3n-de-capital-social>
- » García-Delgado, J. “Ciberdelitos de género: Hacia una nueva perspectiva de análisis y respuesta”. *En Revista de Derecho Informático*, (2017): 43-55.
- » Gabinete de Seguridad, Gobierno de El Salvador. “balance con datos históricos en materia de combate a la criminalidad en el país”, [seguridad.gob.sv](https://www.presidencia.gob.sv/el-salvador-registra-el-promedio-de-homicidios-mas-bajo-de-centroamerica/), diciembre de 2022. <https://www.presidencia.gob.sv/el-salvador-registra-el-promedio-de-homicidios-mas-bajo-de-centroamerica/>
- » Guzmán, R. “Ciberacoso y violencia de género en línea: Un análisis de la normativa y la responsabilidad de las empresas”. *En Revista de Derecho y Tecnología*, (2019): 121-135.
- » Jiménez, A. “Violencia de género en línea: Retos y desafíos para la protección de las mujeres”. *En Revista de Derecho y Sociedad*, (2020):31-45.
- » ISDEMU. *Información proporcionada por El Salvador para la elaboración del estudio a fondo sobre políticas, programas y buenas prácticas para combatir todas las formas de violencia contra la mujer*. <https://www.un.org/womenwatch/daw/vaw/responses/ELSALVADOR1.pdf>
- » Ley Especial Integral para una Vida libre de Violencia para las mujeres. El Salvador: Asamblea Legislativa, 2011.
- » Ley Especial Contra los Delitos Informáticos y Conexos. El Salvador: Asamblea Legislativa, 2021.
- » Martínez, L. “Violencia de género en el ciberespacio: El reto de la protección efectiva”. *En Revista de Derecho Penal y Criminología*, (2018): 89-100.
- » Ministerio de Justicia y Seguridad Pública, *Informes de hechos de violencia contra las Mujeres*. San Salvador: 2021. <https://www.seguridad.gob.sv/dia/informe-de-hechos-de-violencia-contra-las-mujeres/>
- » Navarro y Jasinski, 2013; Smith, 2012; Fanti, Demetriou y Hawa, 2012; Livingstone 2011; Calvete, 2010.
- » ONU, *Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer* (Nueva York: Asamblea General de los Estados Unidos, 1979), Art. 1.
- » Oficina Regional para América Central del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OACNUDH), “*Modelo de protocolo latinoamericano de investigación de las muertes violentas de mujeres por razones de género (femicidio/feminicidio)*”, www.ohchr.org/, consultado el 16 de julio de 2023, <https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Issues/Women/WRGS/ProtocoloLatinoamericanoDeInvestigacion.pdf>
- » Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo PNUD, “Tecnología para eficientizar la justicia en violencia de género”, 26 de abril 2021. <https://www.undp.org/es/el-salvador/news/tecnologia-para-eficientizar-la-justicia-en-violencia-de-genero>
- » REVM-ONU, *Iniciativa cibernética de derechos civiles*, 2018.

Tecnología aplicada a la protección de los derechos sociales fundamentales: algunas experiencias en Argentina, Colombia, España y Georgia

Technology applied to the protection of fundamental social rights: some experiences in Argentina, Colombia, Spain y Georgia

Alejandro Spessot

(Universidad de Buenos Aires, Argentina)

 <https://orcid.org/0009-0000-3454-7117>

Correpondencia: alejandrohernanspessot@gmail.com

Federico Tabares

(Universidad de Buenos Aires, Argentina)

 <https://orcid.org/0009-0006-0795-2081>

Correpondencia: federicogtabares@gmail.com



Recibido: 17-08-2023
Aceptado: 28-09-2023

TECNOLOGÍA APLICADA A LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS SOCIALES FUNDAMENTALES: ALGUNAS EXPERIENCIAS EN ARGENTINA, COLOMBIA, ESPAÑA Y GEORGIA

Alejandro Spessot
Federico Tabares

RESUMEN

El uso de las nuevas tecnologías de la información y comunicación es cada vez mayor. El respeto al principio de buena administración es un derecho de los ciudadanos, lo que se traduce en cambios profundos en la gestión de los derechos sociales fundamentales. Se describen aquí algunas aplicaciones innovadoras de *blockchain* implementadas por la organización estatal de Argentina, Colombia, España y Georgia. Su desarrollo es un desafío para las democracias modernas.

PALABRAS CLAVES: derechos sociales fundamentales - buena administración - tecnologías - blockchain - inteligencia artificial

TECHNOLOGY APPLIED TO THE PROTECTION OF FUNDAMENTAL SOCIAL RIGHTS: SOME EXPERIENCES IN ARGENTINA, COLOMBIA, SPAIN Y GEORGIA

Alejandro Spessot
Federico Tabares

ABSTRACT

The use of new information and communication technologies is increasing. Respecting the principle of good administration is a right of citizens, which translates into profound changes in the management of fundamental social rights. Here are described some innovative blockchain applications implemented by the state organizations of Argentina, Colombia, Spain, and Georgia. Their development is a challenge for modern democracies.

KEYWORDS: fundamental social rights - good governance - technologies - blockchain - artificial intelligence

Tecnología aplicada a la protección de los derechos sociales fundamentales: algunas experiencias en Argentina, Colombia, España y Georgia

Alejandro Spessot¹
Federico Tabares²
Argentina

Introducción

En los tiempos de la innovación tecnológica que se viven actualmente, no deja de concitar la atención, las posibilidades que brindan las herramientas de la información y la comunicación de datos a los modelos de gestión pública, a fin de tornarse más ágiles, transparentes y eficientes. Enhorabuena, estas transformaciones, se vuelven impostergables y en particular en el ámbito de la administración, sobre todo cuando esos elementos se disponen para configurar un sistema tecno-prestacional, indispensable para el cumplimiento de sus

- 1 Abogado egresado de la Facultad de Derecho Universidad Nacional de Rosario. Magíster en Derecho Administrativo y Administración Pública Universidad de Buenos Aires. Seminario Posgrado Formación Docente UNR; Posgrado en Contratos Administrativos Escuela Cuerpo Abogados del Estado; ex director de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Cultura de la Nación; ex Prosecretario de la Sala II de la Cámara Federal de Casación Penal; Prof. Adjunto de Instituciones del Derecho Público en la Facultad de Ciencias Económicas y de Actividad Sustantiva del Estado en la Facultad de Derecho -ambas de la UBA- y en la Universidad de San Isidro (Derecho Político, Derecho Administrativo y Derecho Procesal Constitucional Federal y Provincial en calidad de -prof. adjunto-); Asesor Instituto Nacional de Cine y Artes Audiovisuales; expositor en jornadas y congresos y autor de numerosos artículos en materia de derecho público. <https://orcid.org/0009-0000-3454-7117>
- 2 Abogado, egresado de la Facultad de Derecho Universidad de Buenos Aires, docente de la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad de Buenos Aires. Autor de numerosos artículos en materia de derecho público. <https://orcid.org/0009-0006-0795-2081>



funciones básicas, tan complejas por su naturaleza y contenido. En consecuencia, es clave que la administración disponga de un adecuado sistema que opere el eficiente rol tuitivo al que aspira. Se ahondará en el impacto y el uso de la tecnología digital desde la perspectiva de los derechos sociales, analizando la relación de la transformación digital con la dimensión que alcanza el rol tuitivo estatal, con el propósito de reducir las posibilidades que podrían perjudicar en el caso que nada se hiciese en su beneficio.

En este contexto, el *blockchain* es una de las nuevas tecnologías que, por razones humanitarias basadas en la igualdad, equidad y solidaridad, debe garantizar el ejercicio de los derechos sociales a partir de su eficaz tratamiento y gestión.

Es un cambio disruptivo que debe funcionar al servicio de los derechos sociales, sobre todo si se tiene en cuenta que *“La tecnología de cadena de bloques altera capas profundas del sentido común y de la operación de la economía, y tiene, por lo mismo, un enorme potencial transformador. La región (de América Latina y el Caribe) está en el momento adecuado para incorporarse a ese proceso modernizador”*.³ Y la clave es su aplicación a las políticas públicas en materia social.

Por ello, atentos a la irrupción tecnológica, especialmente la *blockchain* y la Inteligencia Artificial, en el presente artículo se propone desarrollar con sujeción a la metodología descriptiva, los nuevos desafíos que atañen a los Estados y las administraciones en el marco del ejercicio de los derechos sociales fundamentales, en pos de su salvaguarda. Es decir, se orienta el trabajo al conocimiento de esta nueva realidad, tal y como se presenta en una situación espacio-temporal determinada. En este sentido se hace mención de cómo fueron receptadas esas experiencias (delimitando algunas de ellas *stricto sensu*) en diversas ciudades en el mundo.

3 Rodrigo Martínez, Amalia Palma y Adriana Velásquez, “Revolución Tecnológica e inclusión social Reflexiones sobre desafíos y oportunidades para la política social en América Latina Políticas Sociales”, *En Serie 233 Cooperación alemana Deutsche ZUSAMMENARBEIT, Publicación de Naciones Unidas*, (versión electrónica), LT/TS (2020). CEPAL. ISSN1680-8983

En el primer apartado se analizan los alcances de estas nuevas tecnologías en sentido de la protección social y la comparación con culturas similares en la región y el tenor de este impacto en cuatro dimensiones: a) Jurídico-normativa, b) Organizacional, c) Técnico-operativa y d) Fiscal. Seguidamente, se examinan los sentidos prácticos de la *blockchain* aplicados en los derechos sociales fundamentales, pero utilizándolos desde la salud pública, la educación, la propiedad privada y los seguros.

En tercer lugar, nos adentraremos descriptivamente en algunos desafíos y complejidades a los que se enfrenta la administración pública de Argentina en el marco de la innovación tecnológica y la buena administración. En el cuarto apartado, y continuando con el punto anterior, se hace mención de los cambios normativos y nuevas regulaciones concernientes a los nuevos procedimientos y las nuevas tecnologías en la República Argentina. Finalmente, se plantean algunos desafíos y problemáticas que atañen al uso del “gobierno por algoritmos” en el marco del uso de la Inteligencia Artificial en la administración pública.

I. Compromiso y funciones de la tecnología al servicio de la protección social. Las cuatro dimensiones

En primer término, debe existir un compromiso político-jurídico y organizativo de cada jurisdicción por la dimensión que adquiere el tema en análisis, requiriéndose de una acción política sostenida, de colaboración entre los órganos estatales y de la consiguiente asignación efectiva de recursos económicos que no pocas veces se ven condicionados por la decisión política que pueda afectar los fondos necesarios para invertir en un esquema prestacional ágil y eficiente; es decir, sin correr riesgos para el propósito que fue pensado. Este es el escenario donde los Estados democráticos como Argentina y los países de la región, tienen la responsabilidad de emprender un camino responsable,

perfeccionándose con el objeto de satisfacer el interés público con la protección de los derechos sociales, digitalmente gestionados.

En segundo lugar y siguiendo a Cecchini y Martínez, la protección social tiene tres funciones centrales:

*“i) garantizar condiciones de vida que permitan sostener un mínimo nivel de bienestar y compensar la caída de ingresos en estándares esenciales; ii) facilitar el acceso a servicios sociales y de promoción, con inclusión de la provisión de cuidado, y iii) promover mejores políticas laborales ante los riesgos de la precariedad del mercado de trabajo”.*⁴

A partir de ello, surge la pregunta ¿Cómo las nuevas tecnologías, y en especial la revolución digital, afectan o facilitan el cumplimiento de las funciones de la protección social? Existe un amplio número de experiencias donde la tecnología ha facilitado la forma de entrega de las prestaciones de la protección social, posibilitando el acceso a personas que están fuera de los centros urbanos, permitiendo agilizar procesos, disminuyendo costos de transacción y otorgándole mayor transparencia a los procesos. Es así como existen experiencias en la Argentina, Brasil, Colombia, Costa Rica, Ecuador, Jamaica y el Paraguay⁵ donde el pago de las transferencias monetarias se realiza a través de tarjetas electrónicas, por ejemplo. Aspiramos a que esta forma de pago se extienda rápidamente a otros países de América donde fuese necesario.

A partir del conjunto de competencias del Estado que provee el bienestar social con las nuevas tecnologías, se abre una dinámica con la ciudadanía que contribuye a configurar un nuevo esquema garantizador de los derechos sociales de los países mencionados, reconocidos en sus cartas

4 Simone Cecchini y Rodrigo Martínez, *Protección Social Inclusiva en América Latina; una mirada integra, un enfoque de derechos* (Naciones Unidas: Ministerio Federal de Cooperación Económica y Desarrollo, 2011). <https://repositorio.cepal.org/server/api/core/bitstreams/4d8b0ae1-7148-43ad-9472-b582a33b3234/content>

5 Aldo Madariaga y Simone Cecchini, *Programas de Transferencias Condicionadas. Balance de la experiencia reciente en América Latina y el Caribe* (América Latina y El Caribe: CEPAL, 2011). <https://repositorio.cepal.org/items/86c2a3e6-e5e4-46c8-853f-80aba2000d44>

constitucionales y convencionales que los rigen, lo que se traduce en una clara manifestación de buena administración en la materia.

Así las cosas, reflexionar sobre el papel del derecho administrativo del siglo XXI en tiempos digitales, como parte integrante de la función social del procedimiento administrativo en defensa y protección de los derechos sociales fundamentales, como se ha sostenido, desde nuestro primer trabajo,⁶ se sustenta en el análisis de cuatro dimensiones:⁷

- La **dimensión jurídico-normativa**, que diseña e implementa las políticas y que rige la participación de los diversos actores.
- La **dimensión organizacional**, que comprende la estructura formal y los modelos de toma de decisiones y de comunicación y coordinación existentes entre los diversos actores que participan en la implementación de las políticas.
- La **dimensión técnico-operativa**, que incluye la variedad de “procedimientos, recursos físicos y capacidades técnicas disponibles respecto de la implementación de las políticas públicas en su conjunto, o bien exclusivamente las sociales”, como los asociados con los procesos de planificación estratégica; los sistemas de información para el diagnóstico, monitoreo y evaluación, y los mecanismos de transparencia y la rendición de cuenta.
- La **dimensión fiscal**, se refiere a la asignación de recursos para el ejercicio de las autoridades sociales y su capacidad para ejecutarlos.

En consecuencia, se apuntan algunas de sus implicancias: a) Paulatinamente, las tecnologías digitales ganan peso en la implementación de una determinada política pública y desarrollan iniciativas propias del gobierno abierto y gobierno digital, con cambios; b) las tecnologías digitales facilitan la efectivización de los derechos sociales fundamentales y aseguran sus sistema de

6 Alejandro Spessot y Federico Tabares, *La función social de la Gestión Documental Electrónica en el procedimiento administrativo actual. La experiencia argentina* (Buenos Aires: Ed. Albremática, 2019).

7 *Institucionalidad Social en América Latina y el Caribe*, Rodrigo Martínez Editor (América Latina y El Caribe: CEPAL, 2019).

información (de registro, previsionales, sanitarios, educativos, de seguros etc., básicamente a partir de la interoperabilidad de las bases de datos generadas, la realización de análisis integrados y la diversidad de canales de difusión, con reducción del tiempo de ejecución de cada uno de estos procesos y mejorar la detección de errores; y c) la incorporación de las tecnologías digitales en las políticas públicas tiene un costo de adquisición, mantenimiento y obsolescencia. En un marco de recursos escasos, las autoridades sociales necesitan contar con protocolos de evaluación que les permitan orientar el destino de sus inversiones tecnológicas considerando pautas rectoras que rigen el tema.

II. Casos y aportes de la *blockchain* por la efectividad práctica de los derechos sociales fundamentales: Salud pública. Educación. Propiedad. Seguros

Ante todo, se debe recordar que, para alcanzar el fin último del presente tópico, es indispensable que la colaboración como la coordinación entre los órganos administrativos afines, deben apuntar al beneficio del pleno ejercicio de los derechos sociales fundamentales -eventualmente, allanando obstáculos- especialmente en un Estado como el de Argentina, con la complejidad que presenta. Sobre todo, reflejándose en la utilización de los medios electrónicos que garanticen la prestación de los derechos sociales, lo que implica -entre otras cuestiones- el reconocimiento de documentos electrónicos, así como los medios de identificación y autenticación de los distintos beneficiarios. Lo contrario convertiría a los mencionados órganos en entes aislados incapaces de comunicarse de forma eficaz entre ellos, lo que, con toda seguridad, repercutirá negativamente en su rol tuitivo en la materia.

Dicho esto, se exploran algunas aplicaciones prácticas del *blockchain* desde la perspectiva de las prestaciones sociales, y se adelanta en describir algunos beneficios que su uso le reporta al sector público:

- a) promueve la digitalización en las diversas jurisdicciones estatales, al ser progresiva su implementación en un desarrollo descentralizador.
- b) Facilita construir un esquema en el que la tecnología consolide la confianza, permitiendo la interoperabilidad orgánica en un intercambio seguro y transparente de información en tiempo real, asumiendo un necesario rol auditor.
- c) Contribuye a reducir la corrupción.

Las instituciones vinculan identidades del mundo real a documentos e identificaciones digitales verificadas y encriptadas. Es decir, esta innovación, tan útil como disruptiva, nos impone reformular conceptos del derecho administrativo y rediseñar sus procedimientos en beneficio de los derechos sociales de los particulares. La *blockchain* juega un papel decisivo en su gestión por una serie de características básicas como las siguientes: a) la trazabilidad y el carácter fehaciente de su contenido, b) la administración de la operación realizada, c) la identificación de las partes interesadas y d) la inmodificabilidad y transparencia de la información –no se borra, aunque admite agregados- y su rol auditor –se almacena y es públicamente visible- entre las más importantes.

Dadas estas notas salientes, aparecen un conjunto de aplicaciones con perspectiva social de mucha utilidad práctica, no solo por parte de la ciudadanía para el ejercicio de sus derechos, sino también para las autoridades de los países tratados en este artículo, para el respectivo control y seguimiento de la gestión, como sucede con casos como la salud, educación, registros de la propiedad, seguridad social, seguros, planes sociales, los beneficios de atención médica, las ayudas nacionales e internacionales, las políticas de fomento en el área de cultura o el deporte, por ejemplo, entre las más importantes.

Se verán a continuación las cuatro primeras:

- a) **Salud Pública:** entre otros usos, puede utilizar la *blockchain* para el registro de vacunas. Así por ejemplo *VitalPass*, es el primer pasaporte digital de vacunación creado en Colombia contra el Covid-19 que,⁸ a través de dispositivos, garantiza seguridad, seguimiento y transparencia durante el proceso de vacunación en América Latina y contribuye a la transición hacia la pos pandemia. ¿Cómo funciona? Se le crea al ciudadano un usuario con su email y en la instancia de la aplicación, el vacunador completará un formulario con sus datos. Los certificados son emitidos por las unidades sanitarias a cargo de la aplicación y registrados sobre la tecnología *blockchain*. Es un documento similar a un pasaporte el cual está vinculado a una verificación registrada en la *blockchain* de su vacuna, a la que se accede por un código QR.
- b) **Educación:** Muchas universidades y entidades educativas del mundo ya están expidiendo sus títulos y diplomas certificados con *blockchain*, con la ventaja que queda registrada toda la historia académica del alumno en la red. Por citar algunos casos de España: la Universidad Carlos III de Madrid, ISDI Escuela de Negocios Digital, Universidad de Alicante, la Universidad de Buenos Aires,⁹ entre otras.
- c) **Propiedad:** La empresa BitFury firmó un acuerdo con la Agencia Nacional de Registro Público (NAPR sus siglas en inglés) -una oficina del Ministerio de Justicia de Georgia-, con el objetivo de desarrollar una plataforma de registros de propiedad basada en la *blockchain* con la colaboración del economista peruano Hernando de Soto.

8 AMCHAM COLOMBIA, Cámara de Comercio Colombo Americana, "El primer sistema digital Blockchain de registro de vacunación contra el COVID-19 es creado en Colombia y llegará a varios países de América Latina. <https://amchamcolombia.co/es/noticias-afiliados/el-primer-sistema-digital-blockchain-de-registro-de-vacunacion-contra-el-covid-19-es-creado-e>

9 Centro Interamericano de Administraciones Tributarias CIAT, "Blockchain en el sector público", 23 de diciembre 2021. www.ciat.org/ciatblog-blockchain-en-el-sector-publico, www.uba.ar/noticia/20035

Muchos países ya han puesto en marcha proyectos piloto,¹⁰ con el objetivo de desarrollar esta técnica aplicable a los registros de bienes inmuebles, en aras de examinar cómo podría aplicarse esta tecnología, qué ventajas tendría y qué inconvenientes podría plantear. Uno de los casos más avanzados es el de Georgia. Para su gobierno este proyecto es una oportunidad ideal para mejorar la imagen de sus servicios públicos. Hernando de Soto opina que el mayor beneficio que podría ser brindado por esta plataforma consiste en la capacidad registral en los países en los que no es posible llevarlos a cabo al no contar con un sistema para hacerlo. De acuerdo con las declaraciones del mencionado autor de 7,3 billones de personas en el mundo, solo 2 billones poseen un registro legal de sus propiedades, situación que podría cambiar con el uso de la *blockchain*.¹¹

- d) Seguros:** Se debe analizar los usos y ventajas frecuentes en la industria aseguradora. Por ejemplo, la constatación de fraudes y prevención de riesgos es uno de los principales problemas que enfrenta el sector. El 95 % de las aseguradoras emplea tecnología antifraude;¹² sin embargo, se registran pérdidas significativas. Ahora bien, la *blockchain* garantiza que las transacciones realizadas sean permanentes, esto significa que en virtud de los caracteres *ut supra* consignados, se evita la falsificación (mediante certificados digitales), se consigue eliminar a vendedores no registrados y reducir las primas respectivas. La actividad del reaseguro respalda a

10 "Gobierno de Georgia registrará títulos de propiedad en la Blockchain", Criptonoticias. <https://www.criptonoticias.com/aplicaciones/gobierno-georgia-registrara-titulos-propiedad-blockchain/>

11 BitFury creará registro de propiedad en la blockchain de Bitcoin en la República de Georgia", OroyFinanzas.com. Diario digital del dinero, <https://www.oroynfinanzas.com/2016/04/bitfury-creara-resistro-propiedad-blockchain-bitcoin-republica-georgia/>

12 Leo Elduayen, "Cómo el Blockchain podría transformar la industria aseguradora", American Express. <https://amexcorporate.com.ar/multitaskers/columnista/como-el-blockchain-podria-transformar-la-industria-aseguradora>

las aseguradoras y mitiga los riesgos asociados a desastres naturales, aunque muchas veces deviene infructuoso, ya que el trámite se hace manualmente por escrito. Sucede que acaecido el siniestro puede transcurrir un tiempo excesivo hasta que se adopte una decisión. Además, una aseguradora no solo negocia con una reaseguradora, sino con varias, lo que complica aún más el panorama por la falta de flujo de información entre las distintas empresas.

Frente a ello, *Blockchain* lo resuelva proporcionando un registro compartido para el intercambio de datos entre las partes y la actualización del material. Esto se traduce en un ahorro de costos tanto para las aseguradoras y reaseguradoras (traducido en mayor eficiencia) como así también para los usuarios (reduce el costo de los reclamos).

Un breve apartado merece los seguros de propiedad y accidente. Se presentan inconvenientes, tales como la evaluación de datos al momento del reclamo, el ingreso manual de la información, la descoordinación entre las partes, entre otros. Por un lado, la carga de datos manual conduce a errores que resultan en pérdidas para cualquiera de las partes, dependiendo de la equivocación cometida. Y también hay que tomar nota que la falta de un procesamiento adecuado de las denuncias perjudica al usuario final. Gestionar los bienes con contratos en código es la solución, ello permite el inmediato procesamiento del reclamo a través del denominado “contrato inteligente”. Por ejemplo, ante un accidente automovilístico, los sensores del vehículo envían información al instante, el contrato inteligente pedirá el remolque o la asistencia médica; luego, medirá el daño del vehículo con la ayuda de la tecnología y finalmente, después de obtener la información requerida, resolverá el caso, con una escasa o ninguna intervención humana.

En suma, se destacan dos roles fundamentales del *blockchain* en el ámbito estatal: por un lado, a) su **rol auditor** y el acceso a la información; y, por otro, b) el **rol certificador** de la certificación de la identidad. El primer uso además de asegurar transparencia y facilitar la trazabilidad, permite el acceso en tiempo real, a procesos subvenciones, subsidios, certificaciones o adjudicaciones, por ejemplo. Por otra parte, el segundo rol contribuye a evitar la falsificación y el fraude en documentos otorgados por el Estado. Sin perjuicio de ello, se debe tener en cuenta que el Estado no garantiza que la información vertida en ella sea genuina.

En síntesis, compartimos que la buena administración al servicio de la sociedad del conocimiento en la que se vive actualmente, exige una *"adecuada elección de los medios y de la oportunidad de ejercicio de las competencias, con relación al fin específico que se quiere satisfacer..."*¹³ en línea a la sentencia del Tribunal Supremo español de 4 de noviembre de 2021, que señala:

*"... el principio de buena administración tiene una base constitucional y legal indiscutible. Podemos distinguir dos manifestaciones del mismo, por un lado, constituye un deber y exigencia a la propia Administración que debe guiar su actuación bajo los parámetros referidos, entre los que se encuentra la diligencia y la actividad temporánea; por otro, un derecho del administrado, que como tal puede hacerse valer ante la Administración en defensa de sus intereses".*¹⁴

Ello en consonancia con lo expresado por Rivero Ortega:

"...los grandes objetivos de las políticas públicas están en la Constitución y el parámetro para valorar el cumplimiento o no del principio de buena administración está en el grado de cumplimiento de satisfacción de esos grandes objetivos de las políticas públicas, constitucionalmente establecidos. No lo está tanto ni en la

13 Héctor Giorgi, *EL Mérito y la Validez del Acto Administrativo. El Concepto de Buena Administración en la Constitución Uruguaya* Tomo 31 Cita La Ley On Line: UY/DOC/79/2009.

14 Sala de lo Contencioso, *Recurso de Casación Contencioso-Administrativo* (L.O 7/2015) (Madrid, Tribunal Supremo, 2021). <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/076122cd5a09c243/20211122>

*juridicidad que ha de ser respetada, ni en la eficiencia económica, sino la coherencia entre las decisiones adoptadas y el objetivo último de la política pública. Lo que hay que valorar para calibrar si se está realizando o no una buena administración es si la decisión de gestión pública es coherente con el objetivo que se pretende alcanzar”.*¹⁵

III. La política estatal en tiempos digitales: La vocación social de proyectos y propuestas en Argentina. Los casos del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (GCABA), la Administración Nacional de Seguridad Social (ANSES) y la Administración Federal de Ingresos Públicos (AFIP)

En primer término, nos aproximamos al proyecto legislativo¹⁶ presentado por el legislador Darío Nieto, para que en los diferentes programas y asistencias sociales que brinda el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires mediante el Ministerio de Desarrollo Humano y Hábitat se incorpore la tecnología *blockchain* “con el fin de mejorar la transparencia y que haya trazabilidad en los fondos públicos” con “el control total de los beneficiarios que reciben ayuda social”. El proyecto de ley contempla todos los planes que existen y que se creen a futuro.

Dicho esto, para conocer algunos casos de innegable utilidad práctica a partir de la colaboración entre los órganos administrativos en pos de la coordinación y actualización permanente de la información al servicio de una gestión eficaz. Su Administración Pública Nacional (APN) registra interesantes experiencias de trasfondo social a partir de la celebración de convenios: a) ANSES con otras reparticiones: a I) Rentas Provincia de Buenos Aires: respecto

15 Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo y Derecho Penal en la Sindicatura General de la Nación de Argentina: conforme lo informado en Sindicatura General de la Nación, Publicaciones Técnicas. https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/pts_13.pdf

16 Proyecto del legislador Darío H. Nieto, Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

al impuesto inmobiliario para jubilaciones mínimas, a II) Registros Civiles provinciales; para receptor fallecimientos y nacimientos, a III) AFIP: situación de revista y moratoria para la jubilación automática. b) AFIP con otras entidades: b I) Terminales aeroportuarias: entrada y salida de mercadería de zona aduanera, b II) Aduanas del Mercosur: mercadería en tránsito. b III) Redes bancarias: recepción de declaraciones juradas y pagos. b IV) - Rentas provinciales a fin de incorporar información de la gestión tributaria b V) Con el BCRA, b VI) con el Ministerio del Interior; organismos de seguridad: impedimentos vigentes sobre personas y vehículos, b VII) Ministerio de Justicia: para corroborar pagos ante la gestión de trámites, b VIII) RNPA - Provincias: Registración de vehículos. y, b IX) SINTyS: Acuerdos provinciales, entre las más importantes. En síntesis, cualquier política administrativa debe entenderse inscripta en la buena administración del procedimiento administrativo electrónico integrado, porque es la única especificidad que crea valor administrativo, indispensable para gestionar la protección de los derechos sociales fundamentales.

IV. Estructura organizativa de una buena administración prestacional

En primer término, en julio de 2018 Argentina instituyó *Blockchain* Federal Argentina (BFA), que surge como una iniciativa gubernamental para desarrollar una plataforma multiservicio de alcance federal basada en la tecnología de cadena de bloques. Luego, la Secretaría de Innovación Pública emitió la Resolución 17/22 mediante la cual creó en su órbita un Comité Nacional de *Blockchain* en el espacio de dicha secretaría dependiente de la Jefatura de Gabinete de Ministros de la Nación y se aprobó el lineamiento nacional sobre el *blockchain*. Este cuerpo convocará a aquellos organismos y entidades del Sector Público Nacional que, conforme a sus acciones primarias y competencias, puedan contribuir al desarrollo de políticas públicas y soluciones basadas en el dispositivo, a fin de obtener el máximo aprovechamiento de sus potencialidades a partir de una plataforma segura

y privada, inmutable, transparente y auditable, instrumentada y flexible, información distribuida y desintermediada. Por cierto, la realidad demuestra que existe voluntad de la Administración de impulsar esta técnica para mayor eficiencia de su actividad.

Lo comprueba la voluminosa y dispersa normativa sobre la simplificación y desburocratización estatal que se aprobó en los últimos tiempos, con nuevas regulaciones y conceptos, propios de la estandarización de procedimientos e incorporación de nuevas tecnologías, en los que el Estado debe asumir el compromiso por una *“actitud proactiva en atender las cuestiones que atañen a los derechos fundamentales adoptando las decisiones en plazo y evitando las omisiones que siempre lesionan los derechos de las personas más vulnerables”*.¹⁷ Y en este marco es clave que se afiance y consolide la *blockchain* en procura de la eficacia prestacional en materia social.¹⁸ Por último, es interesante mencionar que el Consejo Europeo de Innovación (EIC) ha premiado distintos proyectos de *blockchain* orientados al bienestar social. Las soluciones ganadoras proponen aplicaciones de esta tecnología para ámbitos tan diversos como el comercio justo, las ayudas a las víctimas de catástrofes, o la energía renovable, entre otros, para tomar conciencia de la preocupación global que gira sobre estos temas que ocupan la centralidad en una estimable cantidad de países.

Por último y en orden al método que se ha seleccionado, brevemente se describe la relación de los países escogidos: Georgia, Colombia y España -con excepción de Argentina, con motivo de haberlo hecho oportunamente en el desarrollo de este artículo- con las nuevas tecnologías para comprender la estatura que alcanzan como referentes en el uso de la *blockchain* aplicado a los derechos sociales fundamentales, de acuerdo a la fuente que nos informa al respecto:¹⁹

17 Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, *Derecho Administrativo y Derechos Sociales Fundamentales* (España: INAP, 2015), 363.

18 “Premios a los proyectos de bienestar social que usan la tecnología Blockchain”. <https://www.andaluciaescoop.org/premios-a-los-proyectos-de-bienestar-social-que-usan-la-tecnologia-blockchain/>

19 El Mundo, “Por qué no adoptan más países “blockchain”, la tecnología que puede acabar con la corrupción”, 9 de enero 2023. <https://www.elmundo.es/tecnologia/innovacion/working-pr>

a) Georgia:

Como antecedente útil en los avances comentados en este trabajo, se debe recordar que, en el siglo pasado, se recurre a los sobornos para acelerar la lenta burocracia de la época de influencia comunista en el registro de tierras. Tras la Revolución de las Rosas (2003) el país decidió terminar contundentemente con la corrupción en este terreno e inició un camino de reformas que ha culminado con la utilización exitosa de *blockchain*. “En las operativas en las que hay una falta de confianza o se necesita un aporte mayor de fiabilidad es donde tienen más sentido estos registros descentralizados”, indica Almudena de la Mata en la fuente citada.

b) Colombia:

Una de las iniciativas pioneras que contribuyó en la relación *tecnología-derechos sociales* se desarrolló en Colombia de la mano del Foro Económico Mundial. En esta experiencia piloto se trasladó a *blockchain* la selección de contratos para los comedores escolares del país, que históricamente había sido un foco de corrupción y escándalo: las empresas cobraban, pero a menudo los niños de familias desfavorecidas no recibían los alimentos. Luego, como se ha visto, la experiencia se trasladó a otras aplicaciones en materia social.

c) España:

Un valioso aporte que realiza este país como antecedente a lo indicado *ut supra*, es la aprobación del vigente Real Decreto-ley 14/2019, por el que se adoptan medidas urgentes por razones de seguridad pública en materia de administración digital, contratación del sector público y telecomunicaciones. Esta norma contiene significantes regulaciones en materia de derechos fundamentales. En lo sustancial: El capítulo I contempla dos medidas en materia de documentación nacional de identidad, dirigidas a configurar el Documento Nacional de Identidad, con carácter exclusivo y excluyente, como el único documento con suficiente valor por sí solo para la acreditación, a todos los efectos, de la identidad y los datos personales de su titular. Su capítulo II contiene en los artículos 3 y 4, varias medidas en materia de identificación

ogress/2023/01/08/63b97501fdddf5c168b45b6.html

electrónica ante la Administración Pública, ubicación de determinadas bases de datos y datos cedidos eventualmente a alguna jurisdicción. La finalidad de estas medidas es garantizar la seguridad pública, tanto en las relaciones entre las distintas jurisdicciones de la Administración cuando traten datos personales, como entre ésta y los ciudadanos cuando el aparato administrativo procede a la recopilación, tratamiento y almacenamiento de datos personales en ejercicio de la función pública.

V. Inteligencia Artificial y Administración Pública

En este punto es menester destacar la implementación y vertiginoso desarrollo de la Inteligencia Artificial (IA) en la Administración Pública, fenómeno que ya no es novedoso, pero que a su vez presupone una serie de avances como desafíos sin precedentes. Previo, se debe recordar: mientras los algoritmos de la IA son vitales para sus objetivos cognitivos y de percepción, en la *blockchain* son meros medios de validar y registrar la veracidad de las transacciones. En términos puntuales, son conocidos los beneficios asociados a la aplicación de la IA en la función pública, relacionados a la disminución del “costo” generalmente del accionar de la administración entre los cuales se destacan el económico y los procedimentales. Pero lo que es aún más importante, la IA apunta a mejorar la calidad del nivel de decisiones y, de esta manera, hacer más eficiente a la Administración frente al manejo de la gran cantidad de datos en la cual hoy se está inmersos.

Frente a eso, se suscitan una serie de interrogantes y problemáticas específicas, que mantienen una significancia particular teniendo en cuenta que se trata del ámbito público. De esta manera en el “gobierno por algoritmos” se deben tener en cuenta cuatro cuestiones centrales:

1. El propio **diseño algorítmico**, en donde se establece la importancia del desarrollo interno, es decir por parte de la Administración, de la capacidad técnica para su uso responsable y preciso intentando

reducir al mínimo el riesgo de discriminación algorítmica, en particular en lo concerniente al diseño y la calidad de los conjuntos de datos empleados para desarrollar sistemas de IA, los cuales van acompañados de obligaciones referentes a la realización de pruebas, la gestión de riesgos, la documentación y la vigilancia humana durante todo el ciclo de vida de tales sistemas. En este sentido, es conveniente que las Administraciones apunten a la creación, desarrollo y control sobre el propio diseño.

2. Las **interfaces de usuario**, entendidas como los canales que permiten la comunicación con estos sistemas y el ser humano, en donde es vital la eficacia y la eficiencia en los comandos pretendidos por las administraciones públicas. Las características particulares como la opacidad, la complejidad, la dependencia de los datos y el comportamiento autónomo de la IA pueden tener repercusiones negativas para múltiples derechos fundamentales consagrados, en especial en el derecho a la dignidad humana, al respeto de la vida privada y familiar y la protección de datos de carácter personal, la no discriminación y la igualdad entre hombres y mujeres.
3. Las **decisiones** llevadas a cabo por estos algoritmos, en cuanto deber de control por parte del ser humano sobre las decisiones o resoluciones adoptadas por estas tecnologías, y es aquí donde se debe prestar especial atención a la protección de los principios elementales del Derecho Administrativo. Por esto, en recientes regulaciones en el marco de la Unión Europea,²⁰ ya se legisla preservando para el ser humano ciertas tareas específicas de ejercicio y control en detrimento del accionar puro de la IA y del Aprendizaje Automático de estos sistemas.

20 Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas armonizadas en materia de Inteligencia Artificial (Ley de IA) y se modifican determinados actos legislativos de la Unión - Documento 52021PC0206, COM 2021/206

4. **El alcance (y control) humano** en estos procesos llevado a cabo por la Inteligencia Artificial. Y todos estos desafíos para su implementación, deberán ser abordados por los gobiernos garantizando que los sistemas de IA introducidos sean seguros y respeten la legislación vigente en materia de derechos fundamentales, como así también garantizar la seguridad jurídica para facilitar la inversión e innovación en IA y, por último, facilitar el desarrollo de un mercado único para hacer un uso legal, seguro y fiable.

En el marco de las nuevas herramientas tecnológicas, el aporte de la IA es más que considerable de acuerdo a su tratamiento institucional.²¹ Con un apropiado manejo, el “gobierno por algoritmos” no solo modernizará meteóricamente las administraciones públicas (algo que no suele ser común), sino que las convertirá en administraciones altamente eficientes y precisas. En contraste, en el caso de una mala dirección de esta tecnología sólo redundará en una profundización de la brecha existente entre lo público y privado, y lo que es peor, en el incremento de la arbitrariedad y la ausencia de transparencia de las acciones de gobierno. En este sentido, es convincente que la acción multidisciplinar en un *mix* entre aquellos de *expertise* técnico propio como ingenieros o expertos informáticos y abogados, fiscales y jueces, es esencial para el abordaje de los nuevos desafíos, en donde el Derecho enfrenta un fundamental dilema de comprensión, incorporación y regulación de la Inteligencia Artificial sin menoscabar y protegiendo el ejercicio de los derechos sociales fundamentales.

21 *Ibid.*

Conclusión

La irrupción de las nuevas tecnologías en la sociedad del conocimiento, lleva a las personas a un plano tanto de incertidumbres como de oportunidades. La incorporación de la *blockchain* y la Inteligencia Artificial por parte de los Estados en sus administraciones conlleva el desafío de seguir abogando por la protección de los derechos sociales fundamentales que las democracias modernas supieron construir.

Las nuevas tecnologías pueden ser una gran oportunidad para disminuir las brechas existentes; además, sirven para tomar nota de la huella social del modelo actual y trabajar de manera activa hacia los objetivos de la Agenda 2030 de Desarrollo Sostenible. A lo largo del año 2020, la pandemia del Covid 19 ha puesto en evidencia las oportunidades desde la tecnología para hacer frente tanto a sus efectos sanitarios como laborales y educacionales básicamente. El desafío va más allá de mejorar la cobertura y calidad del modelo de gestión pública que impere, sino que la clave radica en la propensión al bienestar social.

Con la cadena de bloques, cada operación queda registrada y controlada, a través de la trazabilidad que la caracteriza; paulatinamente, las prestaciones sociales ganan terreno con eficiencia y seguridad, en el control del uso y aplicación de los fondos públicos, como se demuestra con el rastreo de los gastos comprometidos. En consecuencia, se evita el desvío de los recursos públicos presupuestados, su manipulación y se vigila constantemente, junto con su buena ejecución dentro de las instituciones.

Sin perjuicio de la naturaleza que distingue a cada uno de los casos analizados de Argentina, Georgia, España y Colombia, se entiende que el avance que representa cada uno de ellos para la gestión pública y la ciudadanía, se inscribe en el nuevo entorno digital que los receipta, desde una doble función que deja vislumbrar sus puntos en común: a) como resultado de la relación que se entabla entre el Estado y la sociedad civil, que surge a partir de nuevas formas de vinculación y comportamientos, y b) como producto de las nuevas herramientas institucionales que inciden en el diseño y ejecución de las políticas

públicas, sobre todo en la dinámica y transparencia que tornan eficiente su gestión. Ello significa un compromiso del quehacer administrativo, orientado por pautas ágiles y seguras, propias del uso de las TICs en el marco de la organización administrativa.

En síntesis, el desafío de los Estados a los que nos referimos y de aquellos que eventualmente incorporen aplicaciones de esta índole para ejercer los derechos sociales fundamentales, está planteado en: afianzar y garantizar su pleno ejercicio, con sujeción a los principios de legalidad, eficacia, celeridad, publicidad y buena fe del moderno Estado de derecho democrático del siglo XXI.

Bibliografía

- » “BitFury creará registro de propiedad en la blockchain de Bitcoin en la República de Georgia”, OroyFinanzas.com. Diario digital del dinero, <https://www.royfinanzas.com/2016/04/bitfury-creara-resistro-propiedad-blockchain-bitcoin-republica-georgia/>
- » Cámara de Comercio Colombo Americana, AMCHAM COLOMBIA. “El primer sistema digital Blockchain de registro de vacunación contra el COVID-19 es creado en Colombia y llegará a varios países de América Latina. <https://amchamcolombia.co/es/noticias-afiliados/el-primer-sistema-digital-blockchain-de-registro-de-vacunacion-contra-el-covid-19-es-creado-e>
- » Centro Interamericano de Administraciones Tributarias CIAT, “Blockchain en el sector público”, 23 de diciembre 2021. www.ciat.org/CIATblog-blockchain-en-el-sector-publico
- » Cecchini, Simone y Rodrigo Martínez. *Protección Social Inclusiva en América Latina; una mirada integral, un enfoque de derechos*. Naciones Unidas: Ministerio Federal de Cooperación Económica y Desarrollo, 2011. <https://repositorio.cepal.org/server/api/core/bitstreams/4d8b0ae1-7148-43ad-9472-b582a33b3234/content>
- » Elduayen, Leo. “Cómo el Blockchain podría transformar la industria aseguradora”, American Express. <https://amexcorporate.com.ar/multitaskers/columnista/como-el-blockchain-podria-transformar-la-industria-aseguradora>
- » Giorgi, Héctor. *El Mérito y la Validez del Acto Administrativo. El Concepto de Buena Administración en la Constitución Uruguaya*. Tomo 31 Cita La Ley On Line: UY/DOC/79/2009.
- » “Gobierno de Georgia registrará títulos de propiedad en la Blockchain”, Criptonoticias. <https://www.criptonoticias.com/aplicaciones/gobierno-georgia-registrara-titulos-propiedad-blockchain/>
- » *Institucionalidad Social en América Latina y el Caribe*, Rodrigo Martínez Editor. América Latina y El Caribe: CEPAL, 2019.
- » Jaime Rodríguez-Arana Muñoz. *Derecho Administrativo y Derechos Sociales Fundamentales*. España: INAP, 2015.
- » Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo y Derecho Penal en la Sindicatura General de la Nación de Argentina: conforme lo informado en Sindicatura General de la Nación, Publicaciones Técnicas. https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/pts_13.pdf
- » Martínez, Rodrigo, Amalia Palma y Adriana Velásquez “Revolución Tecnológica e inclusión social Reflexiones sobre desafíos y oportunidades para la política social en América Latina Políticas Sociales”. En *Serie 233 Cooperación alemana Deutsche ZUSAMMENARBEIT, Publicación de Naciones Unidas*, (versión electrónica), LT/TS (2020). CEPAL. ISSN1680-8983.
- » Madariaga, Aldo y Simone Cecchini. *Programas de Transferencias Condicionadas. Balance de la experiencia reciente en América Latina y el Caribe*. América Latina y El Caribe: CEPAL, 2011. <https://repositorio.cepal.org/items/86c2a3e6-e5e4-46c8-853f-80aba2000d44>
- » Proyecto del legislador Darío H. Nieto, Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.
- » “Premios a los proyectos de bienestar social que usan la tecnología Blockchain”. <https://www.andaluciaescoop.org/premios-a-los-proyectos-de-bienestar-social-que-usan-la-tecnologia-blockchain/>
- » Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas armonizadas en materia de Inteligencia Artificial (Ley de IA) y se modifican determinados actos legislativos de la Unión - Documento 52021PC0206, COM 2021/206.
- » Spessot, Alejandro y Federico Tabares. *La función social de la Gestión Documental Electrónica en el procedimiento administrativo actual. La experiencia argentina*. Buenos Aires: Ed. Albremática, 2019.
- » Sala de lo Contencioso, *Recurso de Casación Contencioso-Administrativo* (L.O 7/2015) Madrid, Tribunal Supremo, 2021. <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/076122cd5a09c243/20211122>

PONENCIAS

La buena administración y el derecho a la educación

Good governance and the right to education

Hugo Dagoberto Pineda Argueta
(Universidad de El Salvador, El Salvador)
 <https://orcid.org/0009-0007-0100-212X>
Correpondencia: hugo.pineda@ues.edu.sv



Recibido: 02-05-2023
Aceptado: 08-06-2023

LA BUENA ADMINISTRACIÓN Y EL DERECHO A LA EDUCACIÓN

Hugo Dagoberto Pineda Argueta

RESUMEN

La educación, derecho humano fundamental de todas las personas; es atendida por medio de la organización y funcionamiento del servicio público esencial de educación; es prestado por el sector público en concurrencia con el privado, en este último caso, el Estado, por medio del Ministerio de Educación, Ciencia y Tecnología se convierte en el ente regulador del servicio. Se pretende mostrar en esta investigación bibliográfica, si en cualquiera de las modalidades de la prestación, el Estado, por medio del Ministerio de Educación, ciencia y tecnología y demás entes públicos involucrados en el servicio público de educación, cumplen el deber de la buena administración, que además es vista como principio rector de la actividad administrativa, y como derecho de los ciudadanos.

PALABRAS CLAVES: buena administración - principios - educación - derechos humanos - servicios públicos

GOOD GOVERNANCE AND THE RIGHT TO EDUCATION

Hugo Dagoberto Pineda Argueta

ABSTRACT

Education, a fundamental human right for all individuals, is provided through the organization and functioning of the essential public education service. It is delivered by the public sector in conjunction with the private sector, in which case the State, through the Ministry of Education, Science, and Technology, acts as the regulatory body for the service. This bibliographic research aims to determine whether, in any of the service delivery modalities, the State, through the Ministry of Education, Science, and Technology, and other public entities involved in the public education service, fulfill the duty of good administration, which is also seen as a guiding principle of administrative activity and as a right of citizens.

KEYWORDS: good governance - principles - education - human rights - public services

Abreviaturas utilizadas:

BA: Buena administración

A.P.: Administración pública

LPA: Ley de procedimientos administrativos

MINEDUCYT: Ministerio de Educación, Ciencia y Tecnología

UES: Universidad de El Salvador

DD.HH.: Derechos humanos

UNESCO: Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura

La buena administración y el derecho a la educación

Hugo Dagoberto Pineda Argueta¹
El Salvador

Introducción

En el presente escrito se analizan dos grandes temas del Derecho administrativos: el primero, la buena administración, vista en su triple dimensión, como principio rector de la actividad administrativa, como un deber de la Administración pública, y como un derecho del ciudadano; el segundo, la educación, vista como servicio público y como derecho humano fundamental.

Se analiza el servicio público esencial de educación en sus diversas modalidades y niveles, se presenta la relación que existe entre la buena administración con la eficacia en la prestación del servicio de educación y, por tanto, el goce de este derecho humano.

El escrito finaliza haciendo algunas reflexiones y dejando constancia de las diversas fuentes tenidas en cuenta en la elaboración de este.

1 Decano de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales, Máster en Derecho Judicial, Máster en Derecho Penal Económico, diplomado en diversas ramas del Derecho, consultor en Derecho Laboral y Administrativo, juez suplente, abogado y notario de la República.



I. La buena administración

Se debe partir que los recursos con los que cuenta la AP son limitados, por tanto, deben de ser administrados adecuadamente; por lo cual, se deben de conocer o por lo menos prever los límites y alcances, previo a tomar decisiones que afecten los recursos con los que cuenta el Estado.

Administrar es servir, por lo que la AP no se puede apartar de su carácter esencial de servicialidad. La calidad del Estado Democrático de Derecho no es solo las elecciones periódicas, sino aquel en el que la buena administración, responde a principios reales para vivir en un verdadero Estado Democrático de Derecho. Sostiene Cassese,² que cuando aumenta la desconfianza en los gobiernos y la democracia se convierte en un ideal frustrado, cobran brío los ideales tecnocráticos; según los cuales, la legitimidad de un gobierno, se mide por sus resultados, por sus productos, si prestan o no satisfactoriamente los servicios públicos esenciales.

La BA tiene una triple funcionalidad que es un principio general de la AP y del Derecho Administrativo. Es además, una obligación de ésta, lo que significa que toda la actividad de la AP, debe de hacerse bien. También es un derecho fundamental de la persona; es decir, que, desde la eficiencia, implica optimizar resultados con los recursos disponibles, y desde la economía, es hacer un uso racional de los recursos públicos.

a) La buena administración como principio

Los principios, son postulados o pronunciamientos generales, que fundan el ordenamiento jurídico de un Estado, que deben, por tanto, los funcionarios tener en cuenta para crear, interpretar y aplicar el Derecho. Hay principios generales del Derecho y particulares, según la disciplina jurídica de que se trate; tales principios son flexibles y abiertos. Varios principios han sido positivizados en los ordenamientos jurídicos, así, el art. 86 Cn., regula

2 Sabino Cassese, *La Democracia y sus límites* (Sevilla: Editorial Derecho Global, 2018), 58.

el principio de legalidad de la AP; los arts. 3, 139 y 160 de la LPA,³ enumeran los principios de la actividad administrativa, de la potestad sancionadora y normativa de la AP, respectivamente.

Son ideas jurídicas generales, valores fundamentales del ordenamiento jurídico; es precisamente esta indeterminación que trae aparejada la flexibilidad y apertura necesaria para construir el Derecho administrativo; que se ve reflejado en su sistema de fuentes de este. Al no estar positivizados, cumplen un rol secundario; pero una vez incluidos en las normas administrativas, se vuelven de obligatorio cumplimiento.⁴

La BA, es un principio que rige el funcionamiento de la Administración pública en su conjunto. Así, la buena Administración pública es aquella que cumple con las funciones que le son propias en democracia, implica: eficiencia, transparencia, inclusión y participación.

Sostiene el profesor Rodríguez Arana, que está fundado en el hecho de que los asuntos comunes, generales o públicos están sobre los individuales; por lo que las actuaciones administrativas deben de estar orientadas por una serie de criterios de buen gobierno, al servicio del bienestar general, integral o de todos y no de una parte, por importante que sea.⁵ Se considera que aparece al momento de la toma de decisiones de la Administración, como garantía del procedimiento administrativo, frente a sus destinatarios afectados;⁶ esto se ve inmerso en la motivación de la actuación, al advertir la Administración las razones de conveniencia al interés público, de la adopción de la decisión, en tal o cual sentido.

El derecho a la buena administración, además de entender que es un deber y un principio básico de la Administración, se cree que es expresión

3 Ley de Procedimientos Administrativo (El Salvador: Asamblea Legislativa, 2017).

4 Eberhard Schmidt-Assmann, *La dogmática del Derecho administrativo* (Sevilla: Editorial Derecho global, 2021), 108 y ss.

5 Jaime Rodríguez Arana, "Los principios de la Buena Administración". *Revista del III Congreso de Derecho Administrativo en El Salvador* (2016): 7.

6 Miguel Antonio Guevara Quintanilla, *El Derecho a la Buena Administración* (Madrid: Publicación especial de la Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, 2010), 88.

del principio de la buena fe con la que ésta debe comportarse, el que además, está enmarcado en el principio de confianza legítima de la Administración; con lo que se considera que se amplía el objeto de estudio del mismo Derecho administrativo, pues ya no basta ocuparse de la Administración; sino, además, por cómo se administra y quiénes intervienen en dicha administración.

Esta BA, tiene una proyección o alcance jurídico, ético y presupuestario. El primero, porque es un deber/poder elegir adecuadamente los fines y los medios para poder hacer lo que tiene que hacer; el segundo, porque nos provee los parámetros para calificarla, de mala, regular, o buena; calificación que exige tener en cuenta su objeto, su fin y las circunstancias de ejercicio; y el tercero, porque constituye un instrumento de política social y económica, que hace del presupuesto, una herramienta de ella, que le permita mantener un equilibrio, ya que no es posible alcanzar una justicia social sin una sustentabilidad presupuestaria.

b) La buena administración como derecho

Una moderna cualidad atribuida a los principios, es su mutabilidad; ejemplo de esto, es la BA, que, de principio, pasa a ser derecho.⁷ Es un verdadero derecho humano fundamental, sin perjuicio a no estar enunciado en el catálogo de derechos que presenta la Constitución, pero sí lo está en el ordenamiento jurídico de El Salvador, específicamente en la Ley de Procedimiento Administrativos.⁸

El art. 16 no. 1 de la LPA, establece la buena administración como un derecho de las personas frente a la Administración pública; y, por tanto, es un deber de la Administración gestionar eficazmente la cosa pública. Derecho que se extiende a toda persona, natural o jurídica, cualquiera sea la segmentación que de esta haga la doctrina o la ley.

Se entiende como derecho de los administrados, y se asume el concepto de buena administración, cuando hay una adecuada elección de medios y de

7 Roberto Oliva de la Cotera y Ricardo Rivero Ortega, *Derecho Administrativo* (El Salvador: Editorial Lex Innovation, 2018), 63.

8 Ley de Procedimientos Administrativos.

oportunidades, en el ejercicio de las competencias administrativas, con relación al fin específico que se pretende lograr.⁹

Según el capítulo tercero de la Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano en Relación con la Administración Pública,¹⁰ consiste en que los asuntos de naturaleza pública sean tratados con equidad, justicia, objetividad e imparcialidad y que sean resueltos en un plazo razonable y al servicio de la dignidad humana.

El art. 41 numeral 1, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, dictada por el Parlamento Europeo y por el Consejo de la Unión; expresa que: *“toda persona tiene derecho a que las instituciones y órganos de la Unión traten sus asuntos imparcial y equitativamente y dentro de un plazo razonable”*.¹¹

Como derecho, implica: i) la no dilación indebida de los procedimientos ii) las normas que rigen las funciones de la Administración pública y los servicios por ésta prestados, deben ser claras, accesibles y de fácil entendimiento para los ciudadanos; iii) los servicios provistos por la Administración pública deben cubrir las necesidades básicas de la sociedad.

Es un derecho de naturaleza instrumental, ya que eficientiza el goce de otros derechos fundamentales; en este mismo sentido, se expresa Mena Guerra,¹² cuando dice que es un supra derecho, por estar compuesto por todos los demás derechos contenidos en la Carta Iberoamericana de derechos y deberes del ciudadano en relación con la AP.

c) La buena administración como deber

Por deber, se entiende la obligación en sentido amplio; para que en éste queden comprendidas las obligaciones de dar, hacer o de no hacer; ya

9 Augusto Martínez Duran, “La Buena Administración”, *Estudios de Derecho Administrativo*, n.1 (2010): 173.

10 Adoptada por la XXIII Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y de Gobierno Ciudad de Panamá, 2013.

11 Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (Niza, Francia: El Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión, 2002).

12 Ricardo Mena Guerra, *Una aproximación al uso de las TIC en la LPA: Gobierno Electrónico y legislación de las nuevas tecnologías* (El Salvador: XVI Certamen de Investigación Jurídica, Unidad Técnica Ejecutiva del Sector de Justicia, 2022), 23.

que, si adoptamos solo el último de los alcances, se dejarían fuera las muchas obligaciones de dar y de hacer; lo que, sin duda, afectaría la eficacia de los derechos sociales, que imponen a la AP un rol activo.

Como deber u obligación, la Administración Pública, en el ejercicio de sus potestades, debe de crear las condiciones para que la libertad y la igualdad de la persona y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas, removiendo los obstáculos que impidan su cumplimiento y facilitando la participación social.

El preámbulo de la Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano en Relación con la Administración Pública, expresa que es una obligación inherente a los Poderes Públicos en cuya virtud el quehacer público debe promover los derechos fundamentales de las personas, fomentando la dignidad humana de forma que las actuaciones administrativas armonicen criterios de objetividad, imparcialidad, justicia y equidad, y sean prestadas en plazo razonable. Por tanto, se deben de crear las condiciones para que la libertad y la igualdad de la persona y de los grupos en que se integran sean reales y efectivas, removiendo los obstáculos que impidan su cumplimiento y facilitando la participación social.

II. La educación

a) La educación como derecho humano fundamental

Siguiendo a Pérez Luño,¹³ se dirá que los derechos humanos son un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humana; las que deben de ser reconocidas por los ordenamientos jurídicos nacionales e internacionales. Son pretensiones del individuo, como parte del grupo social ante el Estado. Surgen y se desarrollan como formas razonadas de controlar el poder, pero además como formas de concretar las exigencias y necesidades de los grupos sociales, en cada momento histórico.

13 Antonio Henríquez Pérez Luño, *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, 5ª ed. (Madrid: Editorial Tecnos, 1995), 48.

Por su parte, Gregorio Peces Barba¹⁴ los define como las facultades que el Derecho atribuye a las personas y a los grupos sociales, que son expresión de sus necesidades en lo referente a la vida, la libertad, la igualdad, la participación política o social, o a cualquier otro aspecto fundamental que afecte al desarrollo integral de las personas en una comunidad de hombres libres, exigiendo el respeto o la actuación de los demás hombres, de los grupos sociales y del Estado, y con garantía de los poderes públicos para restablecer su ejercicio en caso de violación o para la realizar la prestación que implique su cumplimiento.

Los derechos humanos representan valores, necesidades y facultades. Al ser valores, implica que se debe de ponderar la felicidad, la dignidad, la igualdad, la libertad, la solidaridad y la seguridad. Al ser necesidades, implica que se deben orientar a su satisfacción; ya sea de forma individual o colectiva, y al ser facultades, se pueden exigir; por tanto, debe de haber instrumentos objetivos e institucionales de tutela. Los derechos humanos son instrumentos de realización del ser, nos guían a la felicidad y convivencia social.

Sin pretender desarrollar la dogmática general de los derechos humanos, me permitiré recordar las características y las clasificaciones más comunes de estos. Entre las características que en cuanto a su ejercicio se le atribuyen están: La universalidad, interdependencia, indivisibilidad, e integridad; en cuanto a su goce, se caracterizan por su inalienabilidad, irrenunciabilidad, imprescriptibilidad, e inviolabilidad. Las más comunes de sus clasificaciones son: Individuales, económicos, sociales y culturales; civiles y políticos; de primera, segunda y tercera generación; etc.

A los derechos sociales, se le atribuyen otras características, entre las que se encuentran: prestacionales, requieren de la intervención estatal y se les considera programáticos y, por tanto, deben de estar reconocidos en una norma para reclamar su cumplimiento. Están basados en los valores de igualdad y solidaridad, y son reconocidos a grupos determinados e indeterminados de

14 Gregorio Peces-Barba Martínez, *Curso de Derechos Fundamentales* (España: Editorial Carlos III de Madrid, 1995), 21 y ss.

personas, pero tienen mecanismos individuales y colectivos de realización; suponen un derecho de crédito o de acción positiva frente al Estado, etc.

Nadie discute el carácter de derecho humano fundamental de la educación, sin embargo, es necesario tener en cuenta sus variadas dimensiones; así: como derecho civil, político, económico, social y cultural. Tiene, por tanto, implicaciones en el Estado, que ha asumido la responsabilidad de hacerlo efectivo, como en la persona titular del derecho, tanto en su esfera individual como social. A este derecho, se le asignan diversas finalidades que se relacionan con el disfrute de los demás derechos, se vuelve un eje transversal¹⁵ de cualquier política pública referida a los derechos humanos.

En su componente civil y político, se vincula con el disfrute de las libertades fundamentales; en lo económico, contribuye a la elevación de la calidad de vida de la persona y por ende de la sociedad; en su dimensión social, porque incluye elementos esenciales para la vida en sociedad; y finalmente, su componente cultural, porque es un medio o instrumento para el desarrollo de la identidad colectiva de los pueblos.

Cuando la Declaración Universal de los Derechos Humanos los define, incorpora un componente de solidaridad internacional o derecho de los pueblos, al darle como objetivo o finalidad, el contribuir con la amistad de las naciones, con la paz internacional, el medio ambiente y el desarrollo.

Entre los instrumentos normativos nacionales e internacionales que reconocen la educación como derecho, están: La Constitución de la República de 1983, la Ley General de Educación, la Declaración Universal de Derechos Humanos de las Naciones Unidas de 1948,¹⁶ el Pacto Internacional de Derechos

15 Así lo reconoce el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, Observación general número 13, 21 período de sesiones, 1999, párrafo 1.

16 Art. 26: "La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana y el fortalecimiento del respeto de los derechos humanos y a las libertades fundamentales; favorecerá la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y todos los grupos étnicos o religiosos, y promoverá el desarrollo de las actividades de las Naciones Unidas para el mantenimiento de la paz".

Sociales, Económicos y Culturales de 1966,¹⁷ el Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1999; entre otros.

Sostiene Alcalá, que el derecho a la educación, exige que el Estado proporcione de forma gratuita y obligatoria la educación básica y media, sin perjuicio de asegurar la educación superior de acuerdo a las capacidades de los educandos y las necesidades de la comunidad nacional. En el plano de la educación superior, el aseguramiento del derecho a la autonomía de las universidades y el derecho a la libertad de cátedra de los académicos. Por otra parte, supone el derecho de los pueblos originarios a desarrollarse de acuerdo con sus tradiciones, cultura, lengua y religión; y el derecho a la conservación del patrimonio histórico y cultural.¹⁸

La Organización especializada de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, UNESCO, tiene como metas la igualdad de oportunidades educativas para todas las personas, sin importar la raza, sexo, situación económica o social.

El art. 1 de la Ley General de Educación, define este derecho/servicio, como un proceso de formación permanente, personal, cultural y social; que se

17 Artículo 13 1. “Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la educación. Conviene en que la educación debe orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad, y debe fortalecer el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales. Conviene asimismo en que la educación debe capacitar a todas las personas para participar efectivamente en una sociedad libre, favorecer la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y entre todos los grupos raciales, étnicos o religiosos, y promover las actividades de las Naciones Unidas en pro del mantenimiento de la paz. 2. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que, con objeto de lograr el pleno ejercicio de este derecho: a) La enseñanza primaria debe ser obligatoria y asequible a todos gratuitamente. b) La enseñanza secundaria, en sus diferentes formas, incluso la enseñanza secundaria técnica y profesional, debe ser generalizada y hacerse accesible a todos, por cuantos medios sean apropiados, y en particular por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita. c) La enseñanza superior debe hacerse igualmente accesible a todos, sobre la base de la capacidad de cada uno, por cuantos medios sean apropiados, y en particular por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita. d) Debe fomentarse o intensificarse, en la medida de lo posible, la educación fundamental para aquellas personas que no hayan recibido o terminado el ciclo completo de instrucción primaria. e) Se debe proseguir activamente el desarrollo del sistema escolar en todos los ciclos de la enseñanza, implantar un sistema adecuado de becas, y mejorar continuamente las condiciones materiales del cuerpo docente”.

18 Humberto Nogueira Alcalá, “El Constitucionalismo Contemporáneo y los Derechos Económicos, Sociales y Culturales”, *Revista del Foro Constitucional Iberoamericano*, n. 2, abril-junio (2003): 30-65.

fundamente en una concepción integral de la persona humana, de su dignidad, de sus derechos y deberes.¹⁹

La educación, es tanto un derecho humano fundamental individual y a la vez, social, ya que comprende el derecho de enseñar, de aprender, y el de optar por el centro de enseñanza y por el tipo de educación que se prefiere. Implica que, la educación sea accesible y preferiblemente gratuita; y de no ser posible la gratuidad, estar subsidiada ya sea al estudiante directamente, por medio de becas generales o especiales o a la institución educativa que atiende a la persona.

Los Estados, a fin de atender o resolver determinados asuntos de interés nacional, problemas sociales o demandas colectivas, construyen políticas públicas, en las que dan más o mayor énfasis a determinados derechos y actúan, siguiendo a tales políticas; en materia educativa, el art. 4 y ss de la Ley General de Educación, expresa que éstas, deben girar en torno a la obligatoriedad de la educación y a garantizar el acceso a la educación a la mayor parte posible de la población, ya sea por medio de la gratuidad o por la implementación de programas de becas.

b) La educación como servicio público

Se entenderá por servicio público, el proceso por medio del cual, el Estado, más concretamente la AP, directa o indirectamente satisface en un grupo social determinado una necesidad pública insatisfecha, respetando estándares normativos y de calidad, previamente establecidos. No se desarrollarán los elementos que deben de concurrir para estar en presencia de un servicio público, ni sus características; por no ser ese el propósito del artículo.

Vista la educación como servicio, su prestación incluye la docencia, la investigación y la proyección social. La docencia busca enseñar a aprender, orientar la adquisición de conocimientos, cultivar valores y desarrollar en los estudiantes las habilidades para la investigación e interpretación, para su formación integral como ciudadanos. La investigación es la búsqueda

¹⁹ Ley General de Educación (El Salvador: Asamblea Legislativa, 1996). D.L. 917 del 12 de diciembre de 1996.

sistemática y análisis de nuevos conocimientos para enriquecer la realidad científica, social y ambiental; para enfrentar con éxito los efectos adversos que se presentan. Por su parte, es proyección social la interacción entre el quehacer académico con la realidad natural, social, ambiental y cultural del país.²⁰ Por tanto, su buena gestión debe comprender todos sus componentes.

Ya se ha dicho que el Gobierno del Estado, construye y sigue políticas públicas para atender demandas sociales, y sin duda, la educación es una de ellas; y siendo los servicios públicos una herramienta de aquellas, erige el servicio público de educación para dar respuesta a una demanda y necesidad individual y colectiva.

El número 33 de la Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano en relación con la AP, expresa que uno de los derechos comprendidos dentro de la buena administración, es el derecho a servicios públicos y de interés general de calidad. Por tanto, sostiene la Carta Iberoamericana de calidad en la gestión pública²¹ que aquellos servicios de responsabilidad pública deben ofrecer a los usuarios determinados patrones o estándares concretos de calidad, que se medirán periódicamente y se pondrán en conocimiento de los usuarios para que estos estén lo mejor informados posible y puedan efectuar los comentarios o sugerencias que estimen pertinentes.

El sistema educativo que rige la educación como servicio, se divide en modalidades; tales como: Formal e informal.²² La primera es la que se presta en establecimientos educativos autorizados por el Ministerio de Educación, en una secuencia de años o ciclos lectivos, con sujeción a pautas curriculares progresivas y orientadas a la obtención de aprobación de grados o títulos académicos. Esta

20 Claudia María Samayoa Herrera, *La prospección en los procesos formativos de la Academia Nacional de Estudios Políticos y Estratégicos y del Colegio de Altos Estudios Estratégicos. Aportes al desarrollo nacional de El Salvador* (El Salvador: Colegio de Altos Estudios Estratégicos, 2023), 56.

21 Adoptada por la XVIII Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y de Gobierno, San Salvador, El Salvador, 2008.

22 Ley General de Educación, Art. 8 y ss.

educación formal, tiene niveles;²³ tales como: inicial, parvulario, básica, medio-general o técnico vocacional- y superior, que comprende la tecnológica y la universitaria;²⁴ esta última a su vez, puede ser de grado o de posgrado.

La educación no formal,²⁵ es aquella que se ofrece con el objeto de completar, actualizar, suplir conocimientos y formar, en asuntos académicos o laborales, sin sujeción a sistema de niveles o de grados.

Cualquiera sea la modalidad de la educación, pero atendiendo a la modalidad en la que se entrega la prestación, el servicio educativo puede ser: Presencial, semipresencial y a distancia. Esta última es la mediación pedagógica desarrollada por diversidad de medios tecnológicos donde los estudiantes desarrollan el autoaprendizaje orientado por un docente; puede ser por correspondencia, por Radio o TV, virtual o en línea, utilizando plataformas educativas institucionales o no.

La Ley de Educación Superior en el art. 6 inciso tres en relación al art. 37 inciso final, contemplan el fundamento normativo genérico o básico para la educación superior no presencial o a distancia; disposiciones que son mayormente desarrolladas en el Reglamento Especial de la Educación no Presencial en Educación Superior de 2012; normas que obviamente se le aplican a la Universidad de El Salvador, lo que suple la omisión de las autoridades de la UES en dictar el ordenamiento específico.

Sobre esta área, varias de las Universidades privadas, ya han dictado sus propias normas; por ejemplo, la Universidad Francisco Gavidia tiene registrado su Reglamento Relativo a la Educación No Presencial, aprobado en 2019 e inscrito en el Registro de Reglamentos que al efecto lleva el MINEDUCYT; la Universidad Tecnológica, en 2014 dictó su Reglamento de Educación No Presencial, inscrito en el Registro respectivo; asimismo, la Universidad autónoma de Santa Ana, en 2013 dictó su Reglamento de Educación No Presencial y Semipresencial, inscrito también en el MINEDUCYT.

23 *Ibid.*, Art. 16 y ss.

24 Ley de Educación Superior (El Salvador: Asamblea Legislativa, 2004), Art. 4.

25 *Ibid.*, Art. 44.

Atendiendo a los sujetos que prestan el servicio, este puede ser educación pública u oficial o privada.²⁶ La primera la presta tanto el Estado, por medio del MINEDUCYT; los municipios, institutos tecnológicos nacionales y las universidades públicas. La privada, es prestada por particulares, previa autorización y posterior control del ente rector del servicio; que, para el caso, es el Ministerio de Educación. Tratándose del servicio de educación privada, el Estado subsidia a los particulares que lo prestan, en atención al número de estudiantes que poseen.

Si se tiene en cuenta que a la educación, independientemente de la forma o del nivel, la caracterizan la disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y adaptabilidad; deben de haber suficientes instituciones y programas de educación, accesibles material y económicamente, y sin ningún tipo de discriminación; con métodos y planes de estudio aceptables, sujetos a los objetivos de ésta y lo suficientemente flexibles, que le permitan adaptarse a las necesidades sociales e individuales del estudiante.

III. La buena administración en el derecho y servicio a la educación

Para analizar si el Estado realiza o no una buena administración en cuanto al goce ciudadano del derecho a la educación, es necesario tener en cuenta sus fines; los que son definidos por la Constitución y las leyes, pero más allá de los que ahí se fijan, se debe de determinar si el servicio de educación es eficaz en proveer al usuario los aprendizajes suficientes que le permitan desarrollarse digna e integralmente. Es decir, que sea una eficaz herramienta para el desarrollo personal, social y nacional; solo si se logra esto, se puede decir que el Estado hace una buena administración en el derecho y servicio a la educación.

26 *Ibid*, Art. 72 y ss.

Un instrumento que sirve de parámetro para hacer una medición de la realización del derecho a la educación, es el Manual de Preparación de Informes sobre Derechos Humanos que los Estados presentan en el seno de las Naciones Unidas, ya que en este se solicita información estadística sobre alfabetización, matrícula en enseñanza básica, niveles de abandono, etc.

Parafraseando a Ligia Bolívar,²⁷ se puede decir que el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales le impone a los Estados, en lo relativo al derecho a la educación, obligaciones de respetar, de cumplir, de proteger; entre las primeras se pueden mencionar, la de respetar el libre acceso a la enseñanza pública, en la política, en la práctica y sin discriminación; entre las segundas, están proteger jurídicamente la libertad de elegir el tipo de educación, aplicando y defendiendo el principio de igualdad; y finalmente, adoptar medidas positivas a favor de ciertos grupos, promoviendo sistemas de becas, formando a los docentes, etc.

Para analizar si hay una buena administración del derecho a la educación, es necesario tener en cuenta los ejes transversales del servicio y derecho a la educación; tales como: derechos humanos, equidad de género, educación inclusiva, educación ambiental, cambio climático, gestión para la reducción de riesgos y desastres, desempeño ético, educación para el uso de la tecnología, entre otros.

También se debe de tener en cuenta la cobertura educativa en los diferentes niveles y regiones del país; la que según datos de la Dirección de Planificación del MINEDUCYT,²⁸ publicados en su portal de transparencia en 2022, por todos los niveles -menos el superior- se matricularon 1,269,756 estudiantes; de los que el sector público atendió 1,098,430; y el sector privado, 171, 326 estudiantes; 558,311 correspondía al área rural; y 711,445 al área urbana; 638,819 hombres, y 630,937, mujeres.

27 Ligia Bolívar, "El derecho a la educación". *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, vol. 52 (2010): 206.

28 "Ministerio de Educación, Ciencia y Tecnología", Portal de Transparencia, acceso el 13 de marzo de 2023, <https://www.transparencia.gob.sv/institutions/mined>

De lo anterior se colige que, si se tiene en el país una población estudiantil arriba de un millón y medio; implica que casi un cuarto de millón no tuvo acceso a la educación, y si se tiene en cuenta el porcentaje del 8 % de deserción y del 6 % de repitentes, que publica el referido portal; se puede concluir que, en cuanto a acceso y eficacia, no hay una buena administración de este servicio.

El acceso a la educación, particularmente en la educación a distancia en modalidad virtual, se advierte que al haberse adoptado en todos los niveles y de forma obligatoria, un importante porcentaje de la población estudiantil, abandonó sus procesos educativos, ya sea por falta de cobertura de internet en diferentes regiones del país o por falta de recursos tecnológicos por parte de los estudiantes; se podría decir que no se alcanzó una buena administración; sin embargo, si el objetivo era no suspender el servicio, se puede decir que se la hubo. En cuanto a calidad, se ha reconocido que no se ha alcanzado la excelencia esperada; por ello incluso, se volvió a la presencialidad.

Otro elemento a tener en cuenta, para afirmar o no que la AP hace una buena administración en cuanto al derecho a la educación, es la calidad de la enseñanza en los diversos centros educativos y privados; y es de todos conocida la afirmación popular de que la educación proveída por particulares, es mejor que la pública. Sin embargo, lo que hay que determinar, es si los usuarios del servicio, en cualquiera de los sistemas educativos, públicos o privados, reciben los conocimientos y si desarrollan o no las habilidades y competencias que le permitan alcanzar un nivel de desarrollo integral.

Si se consideran los ejes transversales y los objetivos de la educación, se debe de ver el comportamiento social, del que sin duda forman parte los estudiantes de los diferentes niveles; y su impacto en el medio ambiente, derechos humanos, alfabetismo tecnológico y demás; se puede decir que tales ejes, no están generando los objetivos esperados.

Al tener en cuenta la congruencia de los planes o currículo de estudios con las demandas laborales, específicamente en los niveles medio y superior;

y considerando que la población de El Salvador, es de casi siete millones de personas,²⁹ y que de ésta, dos millones quinientos noventa y un mil cuatrocientos cuarenta y seis, es población económicamente activa,³⁰ sumado a que el nivel de desempleo ronda el treinta por ciento, se puede decir que la educación no está alcanzando los objetivos trazados, y por tanto, no se está haciendo una buena administración del servicio educativo.

Así, la docencia, la investigación y la proyección social como funciones esenciales de la educación superior, no sólo continuarán siendo las columnas de base, sino que las acciones consecuentes debían ajustarse acorde a dos realidades paralelas que coexisten; es decir, a la realidad presencial y la no presencial o virtual. Esta última, por ser suministrada exclusivamente a través del ciberespacio, desencadenó percepciones encontradas como: a) “sensaciones de alejamiento” entre congéneres situados físicamente cerca, en el mismo ámbito local, y, b) “sensaciones de cercanía” entre congéneres situados físicamente lejos, en el ámbito internacional.

En suma, a nivel universitario, la realidad virtual incursionó de modo más reciente en el siglo XXI, coexisten hoy con la presencialidad, como se ha indicado, e instituyendo un parteaguas en el modo de administrar la educación formal y las diversas carreras ofrecidas a nivel superior universitario en general; y en la Universidad de El Salvador en particular, que promedian ciento sesenta opciones académicas, en sus dos niveles, pregrado, posgrados, maestrías y doctorados, impartidas en sus doce Facultades (nueve en el campus central y tres descentralizadas) que aglutinan a su vez, a casi 63.000 estudiantes.

Implica, en lo que a ofertas académicas de educación superior se refiere, que sí existe una aceptable administración del servicio; sin embargo, es necesario instituir nuevas carreras que les permitan a los egresados, tener

29 “Población de El Salvador”, Countrymeters, acceso el 9 de marzo de 2023, https://countrymeters.info/es/El_Salvador

30 “Población activa total - El Salvador”, Banco Mundial, acceso el 8 de marzo de 2023, <https://datos.bancomundial.org/indicador/SL.TLF.TOTL.IN?locations=SV>

más y mejores habilidades, con las que puedan optar a mejores puestos de trabajo y con ello, a una calidad de vida acorde a su formación.

Sin embargo, no sólo es relevante en materia de educación superior, proveer al mercado laboral los profesionales que necesita; sino también, el desarrollo de la ciencia como tal y, por tanto, aportar a la sociedad en general, los conocimientos necesarios para resolver y/o prevenir problemas sociales; tales como la seguridad y el desarrollo nacional, en lo que y en palabras de Mario Fernández,³¹ existe una buena formación en materia de desarrollo nacional, a partir de las carreras que principalmente se imparten en la Facultad de Ciencias Económicas; pero no así, en materia de seguridad nacional, puesto que se imparten de forma superficial en la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la UES.

La realidad actual, exige un repensar de la educación en cualquiera de las modalidades de prestación a que se refiere, como a las áreas o carreras que se deben de erigir; dimensionar lo anterior, requiere de la “toma de decisiones estratégicas” e inmediatas en el marco de una planeación flexible, que contemple la formulación e implementación de acciones prioritarias, graduales en plazos diferenciados y en función de las necesidades ad hoc para la administración de los aprendizajes; la peculiaridad de tal planeación, radicará en que cualesquiera de sus fases, acarreará procesos intangibles, tales como los desaprendizajes y la adquisición de nuevos aprendizajes, lo que a su vez demanda un alto espíritu resiliente, de todos los actores involucrados en el proceso, en aras de responder a la dinámica de la era digital, sin abandonar la presencialidad de los aprendizajes.

Con una visión de inclusión social que posibilite garantizar el derecho a la educación, relativo al acceso y cobertura, se deberá gestionar un programa de apoyo para aquellos estudiantes que no cuentan con posibilidades de conectarse a la internet para sus actividades educativas, como por ejemplo proveer de un equipo modem y lograr en conjunto con el Ministerio de Educación, Ciencia

31 Mario Ernesto Fernández Flores “La relación existente entre la oferta de educación superior con la seguridad y desarrollo nacional”, *Edición del Centro de Estudios de Altos Estudios Estratégicos* (2023), 87.

y Tecnología -MINEDUCYT-, que los proveedores de servicios de conexión a Internet, incluyan un conjunto de medidas que permitan reducir costos para darle soporte educativo, y de esa forma, que los estudiantes obtengan una opción adecuada y eficaz en su aprendizaje. Lo anterior se lograría con mayor eficacia, si se parte del hecho de que el acceso a la internet es un derecho humano y que, por tanto, este servicio se considere como servicio público.

Las circunstancias y efectos generados por la pandemia del coronavirus, ha conllevado a comprender que todo lo que ocurre en el mundo pasa necesariamente por el meridiano de la ciencia y la tecnología, y que las plataformas de educación en línea han pasado de ser un sistema complementario, a una opción permanente de prestar el servicio; de ser respuesta dentro de un plan de contingencia, a una estrategia flexible de planificación para llevar la educación a sectores que tradicionalmente no acceden al servicio. Por lo que, en el marco de una buena administración, se deben de generar opciones curriculares, presenciales, a distancia en modalidad virtual, o semi presenciales; a fin de que los educandos valoren la conveniencia de cuál modalidad curricular les conviene.

La UES,³² en cuanto a investigación científica, pertinente y de calidad; según el último dato del Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología, suma más investigaciones que todas las Universidades privadas juntas, por lo que, teniendo en cuenta este índice, se puede afirmar que la Universidad de El Salvador sí hace una buena administración del servicio a la educación superior.

De ahí que, la Administración pública, en todos los niveles educativos, ya sea que ofrezca el servicio a distancia en modalidad en línea o haga de la tecnología una aliada estratégica en la educación presencial; debe de hacerse de los recursos y medios como las plataformas virtuales, institucionales o herramientas como las tutorías virtuales, las videoconferencias y las aulas virtuales para poder continuar en la formación educativa.

32 Ana María Campos. "UES publica más de 160 artículos científicos en los últimos dos años", acceso el 25 de abril de 2023, <https://www.ues.edu.sv/blog/post/ues-publica-mas-de-160-articulos-cientificos-en-los-ultimos-dos-anos>

Para atreverse a hacer el anterior planteamiento, se ha tenido en cuenta: La Propuesta de Conectividad Domiciliar para Estudiantes, sin Acceso a Internet de la UES, elaborado por la Dirección de Tecnologías de la Información en el año 2020; la encuesta para consultar los problemas de conectividad a Internet, a los estudiantes de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la UES, en las actividades académicas virtuales del ciclo II-2020; también otro insumo clave, ha sido el Diagnóstico sobre la Educación Virtual, Brecha Digital y Servicio Bibliotecario en el Contexto de la Pandemia del Covid-19 en la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la UES, presentado en junio, 2021.

Conclusión

1. Como expresión de una buena administración, adoptar la educación en modalidad virtual de manera principal implica: Que docentes y estudiantes reciban formación virtual y que hagan suyas esa formación; que tengan acceso a tecnologías/metodologías emergentes, y se fortalezca la competencia digital en cada una de las carreras. Que se impulse la investigación científica en tecnología educativa; y promover, políticas educativas y de investigación orientadas a eficientar el goce pleno del derecho a la educación.
2. La mejora de los conocimientos de docentes y estudiantes en el manejo de las TICs, el acceso a dispositivos y conexión a internet, son fundamentales para el seguimiento adecuado de la formación en modalidad semi presencial.
3. El refuerzo de los órganos de gestión educativa en sus diversos niveles y la incidencia sobre los actores gubernamentales implicados en las políticas educativas, es esencial para la adaptación de la legislación, planes y programas de estudio, el currículo y su congruencia con la demanda laboral.
4. En la educación en modalidad presencial, también se deben fortalecer las capacidades y medios del equipo docente, para facilitar la utilización de las TICs en los procesos formativos sincrónicos y asincrónicos.

Bibliografía

- » “Ministerio de Educación, Ciencia y Tecnología”, Portal de Transparencia, acceso el 13 de marzo de 2023, <https://www.transparencia.gob.sv/institutions/mined>
- » “Población activa total - El Salvador”, Banco Mundial, acceso el 8 de marzo de 2023, <https://datos.bancomundial.org/indicador/SL.TLF.TOTL.IN?locations=SV>
- » “Población de El Salvador”, Countrymeters, acceso el 9 de marzo de 2023, https://countrymeters.info/es/El_Salvador
- » Bolívar, Ligia “El derecho a la educación”. Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, vol. 52 (2010): 206.
- » Campos, Ana María. “UES publica más de 160 artículos científicos en los últimos dos años”, acceso el 25 de abril de 2023, <https://www.ues.edu.sv/blog/post/ues-publica-mas-de-160-articulos-cientificos-en-los-ultimos-dos-anos>
- » Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Niza, Francia: El Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión, 2002.
- » Cassese, Sabino. *La Democracia y sus límites*. Sevilla: Editorial Derecho Global, 2018.
- » Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, Observación general número 13, 21 período de sesiones, 1999.
- » Fernández Flores, Mario Ernesto. “La relación existente entre la oferta de educación superior con la seguridad y desarrollo nacional”. *Edición del Centro de Estudios de Altos Estudios Estratégicos* (2023).
- » Gregorio Peces-Barba Martínez, *Curso de Derechos Fundamentales*. España: Editorial Carlos III de Madrid, 1995.
- » Guevara Quintanilla, Miguel Antonio. *El Derecho a la Buena Administración*. Madrid: Publicación Especial de la Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, 2010.
- » Ley de Educación Superior. El Salvador: Asamblea Legislativa, 2004.
- » Ley de Procedimientos Administrativo (El Salvador: Asamblea Legislativa, 2017).
- » Ley General de Educación. El Salvador: Asamblea Legislativa, 1996.
- » Martínez Duran, Augusto. “La Buena Administración”. *Estudios de Derecho Administrativo*, n.1 (2010): 173.
- » Mena Guerra, Ricardo. *Una aproximación al uso de las TIC en la LPA: Gobierno Electrónico y legislación de las nuevas tecnologías*. El Salvador: XVI Certamen de Investigación Jurídica, Unidad Técnica Ejecutiva del Sector de Justicia, 2022.
- » Nogueira Alcalá, Humberto. “El Constitucionalismo Contemporáneo y los Derechos Económicos, Sociales y Culturales”. *Revista del Foro Constitucional Iberoamericano*, n. 2, abril-junio (2003): 30-65.
- » Oliva de la Cotera, Roberto y Ricardo Rivero Ortega, *Derecho Administrativo*. El Salvador: Editorial Lex Innovation, 2018.
- » Pérez Luño, Antonio Henríquez. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, 5ª ed. Madrid: Editorial Tecnos, 1995.
- » Rodríguez Arana, Jaime. “Los principios de la Buena Administración”. *Revista del III Congreso de Derecho Administrativo en El Salvador* (2016): 7.
- » Samayoa Herrera, Claudia María. *La prospección en los procesos formativos de la Academia Nacional de Estudios Políticos y Estratégicos y del Colegio de Altos Estudios Estratégicos*. Aportes al desarrollo nacional de El Salvador. El Salvador: Colegio de Altos Estudios Estratégicos, 2023.
- » Schmidt-Assmann, Eberhard. *La dogmática del Derecho administrativo*. Sevilla: Editorial Derecho Global, 2021.



Visita nuestra Página Web:

<http://aequus.jurisprudencia.ues.edu.sv>

Encuétranos en:





REVISTA DERECHO

REQUISITOS PARA LA PUBLICACIÓN DE ARTÍCULOS

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) El texto del artículo debe ser original e inédito.
- b) El archivo debe presentarse en formato Word (.docx), escrito en letra Arial tamaño 11, tamaño carta, márgenes de 2.5 cm, interlineado 1.5 y una extensión de 15 a 20 páginas.
- c) El artículo debe contener un título ilustrativo y conciso, escrito en idioma español y después en inglés, compuesto de entre 8 o 9 palabras claves significativas.
- d) El escrito incluye un resumen de entre 200 y 250 palabras en idioma español y su respectiva traducción al idioma inglés (abstract).
- e) Palabras claves: se incluye entre 5 a 10 palabras descriptoras, expresadas en español y en inglés (keywords).
- f) Datos de los autores: título académico, afiliación institucional, cargo, grupo o líneas de investigación (si aplica) y correo electrónico.
- g) Todos los autores deberán poseer un identificador único y persistente de investigador (ORCID, ScopusID, ResearcherID, entre otros.)
- h) Todas las citas y referencias están bajo el Manual de Citación Chicago 16ª Edición (Nota Completa), se ubican al pie de página y están en Arial 9 e interlineado sencillo (1.0).
- i) En caso de que se utilicen imágenes en el artículo, estas deberán contar con las licencias de uso correspondientes (Creative Commons o de dominio público) y deberán ser remitidas en una carpeta separada en el momento de la diagramación.
- j) En caso de colocar tablas, estas deben de contener incluir sus elementos básicos, en el orden siguiente: número de la tabla, título, cuerpo y nota al pie (elaboración propia o con base en otra fuente).
- k) Consulta las directrices para autores en: <https://revistas.ues.edu.sv/index.php/revder/about/submissions>

Los autores que estén interesados en publicar en la Revista Derecho, deberán enviar el artículo al correo electrónico: aequus.editorial@ues.edu.sv

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES
UNIDAD DE INVESTIGACIÓN
AEQUUS EDITORIAL

Teléfonos: 2511-2000 Ext. 6526
Ciudad Universitaria



Aequus Editorial



UNIDAD DE INVESTIGACIÓN
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

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

