

Revista Derecho

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

VOLUMEN IX (2025)
Noviembre 2024 - Noviembre 2025



Revista Derecho

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

VOLUMEN IX (2025)
Noviembre 2024 - Noviembre 2025

Revista Derecho

Universidad de El Salvador

Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales

Escuela de Ciencias Jurídicas

Noviembre 2024 - Noviembre 2025

Autoridades universitarias

Rector

Ing. Juan Rosa Quintanilla

Vicerrector Académico

Dra. Evelyn Beatriz 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:

MSc. Hugo Dagoberto Pineda Argueta

Editora de la Revista:

MCP. Odaly Lissette Sánchez de Rodríguez

Consejo Editorial:

Dr. Milton Hernán Kees

Dr. Marcial Herrero Jiménez

MCP. Odaly Lissette Sánchez de Rodríguez

MCP. Evelin Gutiérrez de Doradea

Consejo de Revisores:

Argentina

MSc. Isaac Marcelo Basaure Miranda

Universidad Nacional de Lomas de Zamora

Panamá

MSc. Luis Gabriel Peñalba Ríos

Universidad de Panamá/ Centro Regional

Universitario de Veraguas

México

MSc. Ana Karen Aguilar Pérez

Centro de Justicia Penal Federal en Nezahualcóyotl,
Estado de México

El Salvador

Dr. Ricardo Mena Guerra

Universidad Centroamericana José Simeón Cañas

MSc. Junior Concepción Zelaya Flores

Corte Suprema de Justicia de El Salvador

MSc. Wilfredo Antonio Jovel González

Corte Suprema de Justicia de El Salvador

MSc. William Rafael Rebollo Alvarado

Universidad Dr. José Matías Delgado (UJMD)

Correctora de estilo:

Lcda. Melissa Alvarado Palacios

Unidad de Investigación

Diseñadora y diagramadora:

Lcda. Jeimy Patricia Guerrero Bonilla

Unidad de Investigación

Traductora:

Lcda. Ana Elizabeth López Lazo

Oficial de Gestión Documental y Archivos
de la Universidad de El Salvador

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 2024 - Noviembre 2025

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
Lic. William Ernesto Santamaria Alvarenga

Representantes Estudiantiles

Propietarios

Br. Nataly Azucely Posada Cornejo
Br. Kevin Joel Martínez Alfaro

Suplentes

Br. María José Mutz Molina

Representantes sector Profesional no Docente

Propietarios

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

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:
aequus.editorial@ues.edu.sv

Contenido

Presentación	13
ARTÍCULOS	
Restitución de derechos de las personas en situación de desplazamiento forzado interno, municipio de San Salvador, 2024	21
<i>Emma Patricia Muñoz Zepeda</i>	
<i>El Salvador</i>	
Introducción.....	23
I. Fundamentación teórica	26
1.1 Antecedentes de desplazamiento forzado interno.....	26
1.2 Conceptualización de desplazamiento	29
1.3 Conceptualización de persona desplazada interna.....	32
1.4 Derechos de las personas desplazadas internas	35
1.5 Restitución de derechos.....	37
II. Marco normativo internacional.....	39
III. Marco normativo salvadoreño	41
IV. Discusión de resultados	42
Conclusión	51
Bibliografía.....	53
Juicio político vs. muerte cruzada en Ecuador, Guillermo Lasso	55
<i>Reinaldo Chávez Martínez y Rocío Aurora Bernabé Pérez</i>	
<i>El Salvador</i>	
Introducción.....	57
I. Segunda vuelta y composición del congreso ecuatoriano	59
II. El banquero que arrastró problemas previos a su elección.....	61
III. Juicio político y coaliciones callejeras.....	64
IV. Escudo legislativo.....	67
V. Muerte cruzada.....	69
VI. Los costos de la corrupción.....	72
Conclusiones.....	74
Bibliografía.....	76

El eterno embrión de la mediación penal en España77

Eduardo Rafael Luna Álvarez

España

Introducción.....79

I. Método80

II. Resultado81

1. El embrión de la mediación penal81

2. Los principios informadores o fundamentales de la mediación penal...89

III. Discusión105

IV. Conclusiones107

Bibliografía.....110

La buena regulación vs. la irracionalidad normativa en El Salvador111

Hugo Dagoberto Pineda Argueta

El Salvador

Introducción.....113

I. Generalidades115

II. El Derecho y la razón.....118

III. Teoría del ilícito122

IV. La irracionalidad en la norma125

V. Análisis comparativo132

VI. Redefinición de conceptos137

VII. Conclusiones140

Bibliografía.....142

Sociedades por Acciones Simplificadas en El Salvador: flexibilidad en su constitución y alcances del levantamiento del velo societario.....143

Carlos Domínguez, Anderson Romero, Nancy Flores, Kesia Mendoza y Liliana Pérez

El Salvador

Introducción145

I. Desarrollo146

1. Antecedentes históricos de las SAS146

1.1 Las SAS en Europa147

1.2 Las SAS en América Latina148

2. Las SAS en El Salvador.....149

2.1 Novedades de la SAS en la Ley150

3.	El levantamiento del velo societario.....	153
3.1	Escenarios de aplicación	154
3.1.1	Dispersión de disposiciones y el levantamiento del velo.....	155
3.2	Normativa de la Teoría del Levantamiento del Velo Societario	156
3.3	Finalidad del levantamiento del velo societario	157
3.4	Implicaciones del levantamiento del velo societario.....	158
4.	Perspectivas sobre las SAS	159
4.1	Argumentos a favor	160
4.2	Argumentos en contra	160
4.3	Perspectivas de la SAS ante ilícitos.....	161
	Conclusiones	162
	Bibliografía.....	164

Aplicación y alcances del Principio de Proporcionalidad en el Derecho Administrativo Sancionador.....

Roberto Javier López Castellanos
El Salvador

	Introducción	167
I.	Potestad sancionadora de la Administración Pública	169
II.	Definición del principio de proporcionalidad	173
III.	Tipología del principio de proporcionalidad. Proporcionalidad en abstracto y proporcionalidad en concreto	177
IV.	Subprincipios del principio de proporcionalidad	181
V.	El principio de proporcionalidad en las potestades discrecionales y regladas. Criterios de dosimetría punitiva	187
VI.	Conclusiones	197
	Bibliografía.....	199

El testigo con criterio de oportunidad e identidad reservada y las medidas compensatorias para salvaguardar el derecho de defensa en el proceso penal.....

Ricardo Alberto Miranda Miranda
El Salvador

	Introducción	203
I.	Dos casos para contextualizar e iniciar la reflexión	204
II.	El criterio de oportunidad como excepción al principio de obligatoriedad de la persecución penal	206



III.	Los supuestos en que procede la aplicación del criterio de oportunidad. En particular el supuesto de colaboración eficaz en la investigación	211
IV.	El testigo con criterio de oportunidad e identidad reservada	218
4.1	Denominación y naturaleza jurídica	218
4.2	La medida de protección consistente en la reserva de identidad	221
V.	La declaración del criteriado con reserva de identidad y su incidencia en el derecho de defensa	223
VI.	Las medidas compensatorias para salvaguardar el derecho de defensa frente al testigo criteriado con reserva de identidad	228
VII.	Conclusiones	231
	Bibliografía	234

**Acciones procesales a partir de las innovaciones
introducidas en el régimen societario salvadoreño** 235

Hazel Stephanie Alvarado Aguilar
El Salvador

	Introducción	237
I.	Desarrollo	238
1.	Reformas al Régimen Societario en El Salvador	238
2.	Incorporación de las Sociedades por Acciones Simplificadas	241
3.	Asambleas Generales telemáticas o por medios virtuales	244
3.1	Nulidad de Asambleas Generales celebradas de manera virtual	250
3.2	Causales de nulidad de los acuerdos societarios	251
4.	Inoponibilidad de la personalidad jurídica societaria	254
II.	Conclusiones	258
	Bibliografía	259

PRESENTACIÓN

Presentación

Vol. 9 (2025)

MCP. Odaly Sánchez de Rodríguez¹
Coordinadora de la Unidad de Investigación
Directora de Aequus Editorial
Editora de la Revista Derecho

En un escenario académico caracterizado por la pluralidad de ideas y la constante transformación del conocimiento, las publicaciones científicas adquieren un papel esencial en la difusión del pensamiento crítico y en la construcción colectiva del saber. En este marco, la participación activa de estudiantes, profesionales, docentes e investigadores se vuelve indispensable para fortalecer el diálogo intelectual y promover nuevas perspectivas en las distintas ramas del conocimiento.

El Derecho, como pilar estructural de toda sociedad, nos exige una reflexión permanente que trascienda el ámbito normativo para ingresar en el análisis de sus instituciones, sus fundamentos y sus dinámicas político-reglamentarias, etc. Es ahí, desde la academia, que surge la necesidad de cuestionarnos: ¿qué hay más allá?, ¿cómo podemos contribuir a su mejora y desarrollo? ¿qué hay de nuevo?

1 Master en Ciencia Política y Gestión Pública y licenciada en Ciencias Jurídicas por la Universidad de El Salvador. Abogado y Notario de la República de El Salvador. Desempeña funciones como coordinadora de la Unidad de Investigación en la misma facultad y ejerce el cargo como Editora en Jefe de la Revista Derecho y es miembro del Consejo Editorial de la Revista Relaciones Internacionales de la misma institución universitaria. Es representante de Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales ante la Secretaría de Investigaciones Científicas de la Universidad de El Salvador (SIC-UES). Ha realizado publicaciones en temas de derecho humano a la alimentación, soberanía y seguridad alimentaria; Estado constitucional de Derecho y democracia, independencia entre los órganos del Estado, constitucionalismo salvadoreño, Comisiones Especiales de Investigación como parte del funcionamiento del control legislativo, entre otros. Orcid: <https://orcid.org/0009-0003-9046-9346>

Por lo cual, las revistas académicas como la que ahora se presenta, constituyen, en este sentido, espacios privilegiados de encuentro y debate, donde el ejercicio de la crítica constructiva y el intercambio de experiencias contribuyen al avance de la ciencia jurídica, donde desde cada ámbito de especialización se fomenta el análisis de figuras innovadoras u otras antiguas que merecen una renovación.

La Revista Derecho, publicación de larga tradición y que desde el año 2015 es impulsada por la Unidad de Investigación de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la Universidad de El Salvador, ha buscado consolidarse como un referente en la producción académica del Derecho, tanto a nivel nacional como internacional, gracias a sus procesos de indexación y a su apertura al diálogo interdisciplinario y global.

En esta nueva edición se presentan ocho artículos originales, elaborados por investigadores comprometidos con la rigurosidad académica y el pensamiento crítico.

El primero de ellos, denominado *“Restitución de derechos de las personas en situación de desplazamiento forzado interno, municipio de San Salvador, 2024”*, por la docente investigadora salvadoreña, la maestra *Emma Patricia Muñoz Zepeda*, que nos lleva al análisis de las vulneraciones de derechos humanos por el desplazamiento forzado, la cual maneja desde un análisis jurídico social centrándose en las acciones del Estado salvadoreño a partir de la Ley Especial para la Prevención y Protección Integral de Personas en Condición de Desplazamiento Forzado Interno. Cabe destacar, que parte de los hallazgos relevantes de la investigación, es como ella subraya la necesidad de crear una base de datos para el monitoreo de los desplazamientos y así asegurar acciones adecuadas de las instituciones involucradas.

En segundo lugar, se encuentra el artículo *“Juicio político vs. muerte cruzada en Ecuador, Guillermo Lasso”*, por dos estudiantes destacados de la Maestría en Ciencia Política y Gestión Pública de nuestra casa de estudios, el maestro *Reinaldo Chávez Martínez* y la *Lcda. Rocío Aurora Bernabé Pérez*, quienes dedican un exploración a las acciones en el campo político de Ecuador,

enfocándose en el enfrentamiento entre el juicio político contra el expresidente Guillermo Manuel Lasso y su decisión de invocar la muerte cruzada. Sin duda resulta interesante, pues en materia política, nos muestra el uso de figuras legales que disuelven la Asamblea Nacional y el manejo presidencial para sostenerse en el poder, llevándonos a la reflexión de las actuaciones y el manejo de los instrumentos que equilibran el poder.

El tercero de ellos es, *“El eterno embrión de la mediación penal en España”*, por Eduardo Rafael Luna Álvarez, abogado y doctor en Derecho, quien es docente de la Universidad de las Islas Baleares y nos traslada al análisis de la implementación de la mediación penal en España. El autor resalta la necesidad de una mejor regulación de tal figura, destaca la reforma del Código Penal en 2015 impulsada por directivas de la Unión Europea y la Ley del Estatuto de la Víctima del Delito (EVD), que representó el primer esfuerzo por incorporar preceptos sobre mediación penal; pero deja ver cómo es necesario enfocarse en regular aspectos cruciales como las condiciones para ejercer como mediador, el proceso de remisión de asuntos, etc. Sin duda un estudio que impulsa al desarrollo de garantías y nuevos mecanismos para su progreso.

El cuarto artículo, denominado *“La buena regulación vs. la irracionalidad normativa en El Salvador”*, por nuestro distinguido Decano, el maestro Hugo Dagoberto Pineda Argueta, que nos sitúa en la reflexión jurídica sobre la racionalidad de las normas penales y administrativas de reciente creación en El Salvador, cuestionando si se han dictado en apego a los principios de la buena regulación. Se muestra cómo este principio, que se presenta en el artículo, es regidor de la potestad normativa, el cual, es un derecho de la sociedad y un deber de los funcionarios, que exige que las normas sean necesarias, eficaces y, fundamentalmente, proporcionales. Se destacan las nuevas regulaciones de delitos en la esfera jurídica salvadoreña y se invita a la reflexión de la protección de distintos bienes jurídicos.

Por su parte, el quinto artículo *“Sociedades por Acciones Simplificadas en El Salvador: flexibilidad en su constitución y alcances del levantamiento del velo societario”*, realizado por los estudiantes de la Licenciatura de Ciencias Jurídicas

de nuestra Facultad, *Carlos Santiago Domínguez Cabrera, Anderson Michael Romero Fuentes, Nancy Belén Flores Rodas, Kesia Noemy Mendoza Sánchez y Liliana Sofía Pérez Hernández*, tomaron el reto de investigar sobre los regímenes societarios que influyeron para la incorporación a El Salvador de las Sociedades por Acciones Simplificadas (SAS), el cual se presenta como una figura innovadora que facilita la creación de empresas y la promoción de nuevos emprendimientos. Pero a pesar de ello, estos jóvenes analizan los posibles ilícitos financieros, la teoría del levantamiento del velo societario y las nuevas responsabilidades de los socios. Sin duda es una investigación innovadora y de importancia nacional e internacional.

El sexto, se denomina *“Aplicación y alcances del Principio de Proporcionalidad en el Derecho Administrativo Sancionador”*, por el maestrando *Roberto Javier López Castellanos*, quien cursa actualmente la maestría en Derecho Administrativo y Políticas Públicas de nuestra Facultad. El artículo aborda el principio de proporcionalidad como una garantía fundamental para los ciudadanos, asegurando que las acciones de la Administración Pública sean congruentes con los fines perseguidos y la afectación de los derechos. Se analiza, además, cómo la Ley de Procedimientos Administrativos (LPA) en El Salvador, desarrolla este principio, exigiendo que se guarde la debida adecuación entre la gravedad de la infracción y la sanción. Se suma a ello, el estudio de la jurisprudencia constitucional, que enriquece la investigación y que expone de manera holística una posición académica del estudio.

El penúltimo artículo, denominado *“El testigo con criterio de oportunidad e identidad reservada y las medidas compensatorias para salvaguardar el derecho de defensa en el proceso penal”*, por el docente investigador del Departamento de Derecho Penal de nuestra Facultad, el maestro *Ricardo Alberto Miranda Miranda*, analiza el criterio de oportunidad como una excepción al principio de obligatoriedad de la persecución penal, utilizándose en El Salvador principalmente por razones utilitarias para el esclarecimiento eficaz de delitos complejos. También nos abre al debate la práctica judicial salvadoreña, que utiliza la figura del "testigo criteriado" o colaborador eficaz, el cual, premia su utilización con la declinación

de la persecución penal a cambio de delatar a otros intervinientes. Sin duda, es un tema relevante para los abogados, no solo en el ámbito académico, sino en la puesta en práctica de la defensa o acusación penal.

Y, por último, pero no menos relevante, el artículo denominado *“Acciones procesales a partir de las innovaciones introducidas en el régimen societario salvadoreño”*, por Hazel Stephanie Alvarado Aguilar, quien es docente de nuestra Facultad en el Departamento de Derecho Privado y Procesal, con un desempeño notable como abogada litigante. La autora complementa el estudio de las Sociedades por Acciones Simplificadas (SAS) en el ordenamiento jurídico salvadoreño, que ya se debate en el artículo quinto, pero que refresca con un enfoque desde el deber estatal de promover la economía y formalizar el comercio. Explica de forma clara, además, cómo estas reformas se introducen para flexibilizar y simplificar los requisitos de constitución de sociedades mediante formularios y el otorgamiento de una amplia autonomía de voluntad a los socios para definir sus estatutos. Es así, que el artículo va develando de manera académica nuevos usos en materia de sociedades, que abren paso al uso adecuado de dichas figuras jurídicas.

Concluyo como editora y lectora de la misma, que cada uno de estos trabajos invita a la reflexión, al estudio y al desarrollo de nuevas líneas de investigación en el ámbito jurídico y, además, posiciona a la Revista Derecho, con ese compromiso institucional con la excelencia académica, la promoción de la investigación y la difusión del conocimiento científico desde la Universidad de El Salvador.

Les invito a leer cada uno de los artículos, a retomar nuevas investigaciones y a ser parte del reto de escribir, publicar y debatir.

ARTÍCULOS

Restitución de derechos de las personas en situación de desplazamiento forzado interno, municipio de San Salvador, 2024

Restitution of rights of people in a condition of internal forced displacement, municipality of San Salvador, 2024

Emma Patricia Muñoz Zepeda
(Universidad Evangélica de El Salvador, El Salvador)
 <https://orcid.org/0000-0001-5834-8876>
Correspondencia: emma.munoz@uees.edu.sv



Recibido: 14-11-2024
Aceptado: 30-04-2025

RESTITUCIÓN DE DERECHOS DE LAS PERSONAS EN SITUACIÓN DE DESPLAZAMIENTO FORZADO INTERNO, MUNICIPIO DE SAN SALVADOR, 2024

Emma Patricia Muñoz Zepeda

RESUMEN

El desplazamiento forzado interno se identifica como un factor de múltiples vulneraciones de derechos y el Estado como garante debe generar acciones positivas para cumplir los estándares internacionales de derechos humanos. Se desarrolló la presente investigación cualitativa, descriptiva, con un análisis jurídico social con la finalidad de analizar las acciones implementadas por el Estado salvadoreño a partir de la sentencia decretada por la Sala de lo Constitucional y posterior entrada en vigor de la Ley Especial para la Prevención y Protección Integral de Personas en Condición de Desplazamiento Forzado Interno. Las categorías del análisis fueron: el desplazamiento forzado interno, el marco jurídico, el Sistema Nacional de Atención y Protección Integral a Personas en condición de Desplazamiento Forzado Interno. Se identificaron nuevas causas y actores de desplazamiento forzado interno, la creación de una base de datos para integrar la información y proporcionar una respuesta efectiva. Es insoslayable la implementación de un sistema de monitoreo para identificar avances, retos y desafíos que sitúen a las personas en el centro de la toma de decisiones a fin de lograr efectividad. Para lograr resultados importantes que garanticen los derechos y permea de forma adecuada es imprescindible la asignación presupuestaria a partir de un diagnóstico de las competencias de las instituciones que conforman el sistema tomando de base los avances, retos y desafíos que se presentan con la finalidad de generar acciones a nivel local como nacional y permean en la restitución de derechos.

PALABRAS CLAVE: desplazamiento forzado - desplazamiento forzado interno - legislación - derechos humanos - política pública

RESTITUTION OF RIGHTS OF PEOPLE IN A CONDITION OF INTERNAL FORCED DISPLACEMENT, MUNICIPALITY OF SAN SALVADOR, 2024

Emma Patricia Muñoz Zepeda

ABSTRACT

Internal forced displacement is identified as a factor contributing to multiple human rights violations, and the State, as guarantor, must take positive action to comply with international human rights standards. This qualitative, descriptive research was developed, with a social legal analysis, in order to analyze the actions implemented by the Salvadoran State following the ruling issued by the Constitutional Chamber and the subsequent entry into force of the Special Law for the Prevention and Comprehensive Protection of Persons in Conditions of Internal Forced Displacement. The categories of analysis were: internal forced displacement, the legal framework, and the National System for Comprehensive Care and Protection of Persons in Conditions of Internal Forced Displacement. New causes and actors of internal forced displacement were identified, and a database was created to integrate information and provide an effective response. The implementation of a monitoring system to identify progress, challenges, and obstacles that place people at the center of decision-making in order to achieve effectiveness is unavoidable. It is essential to allocate budgetary resources based on an assessment of the competencies of the institutions that make up the system, taking into account the progress made and the challenges faced, in order to generate actions at the local and national levels that will lead to the restoration of rights and ensure that rights are adequately guaranteed and permeate society.

KEYWORDS: forced displacement - internal forced displacement - legislation - human rights - public policy

Restitución de derechos de las personas en situación de desplazamiento forzado interno, municipio de San Salvador, 2024

Emma Patricia Muñoz Zepeda¹
El Salvador

Introducción

El período de conflicto armado en El Salvador, tuvo un impacto significativo en la sociedad y se visualizó en los desplazamientos forzados internos, los cuales se han presentado a lo largo de su historia “... *Inclusive en la época precolombina, en cada período ha tenido diferentes causas directas e indirectas. El penúltimo desplazamiento interno forzado en el país ocurrió en la antesala y durante la Guerra Civil (1980 – 1992), en donde miles de personas se vieron obligadas a abandonar sus cantones y caseríos, que fueron escenarios del conflicto armado*”.²

El desplazamiento forzado tiene incidencia en El Salvador. En el supuesto de catástrofes naturales en el período de 2008 al 2019, se reportaron por el Huracán Agatha: «135,500 desplazamientos para los países del triángulo norte, de este total 1,900 desplazados corresponde para El Salvador, únicamente en el

- 1 Docente-Investigadora del Centro de Investigación Salud y Sociedad, Universidad Evangélica de El Salvador. Estudiante del Doctorado en Derecho por la Universidad Tecnológica de Honduras. Licenciada en Ciencias Jurídicas con especialidad en el Código Procesal Civil y Mercantil, Maestra en Derecho de Familia por la Universidad Evangélica de El Salvador.
- 2 Elsa Ramos, *Resumen de ponencia El desplazamiento interno forzado en El Salvador y sus costos sociales*. Acceso el 20 de junio de 2024. https://conferenciadlaco.org/programa/resumen_ponencia.php?&ponencia=Conf-1-4168-67676&eje=34



año 2019».³ Además, se reportaron datos que reflejan el aumento gradual del desplazamiento forzado por el factor violencia.

El fenómeno del desplazamiento forzado interno es una problemática jurídico-social que comprende una violación continua de derechos humanos. A partir de lo antes mencionado se efectuó la pregunta de la investigación que comprendió en conocer: ¿Cuáles son las acciones del Estado que contribuyen a garantizar la restitución de derechos de las personas en condición de desplazamiento forzado interno?

La investigación se desarrolló a partir de las categorías identificadas que permitieron construir el objetivo general del estudio, el cual comprendió en describir las acciones del Estado que contribuyen a la restitución de derechos de las personas en condición de desplazamiento forzado interno en el municipio de San Salvador, 2024. Para lograr el referido objetivo se establecieron dos objetivos específicos los cuales permitieron realizar un estudio de lo general a lo particular, pues bien, en un primer momento se estableció la relevancia de analizar las competencias de las instituciones del Sistema Nacional de Atención y Protección Integral a Personas en condición de Desplazamiento Forzado Interno.

La investigación se realizó con un enfoque cualitativo bajo un análisis jurídico social que permitió comprender los factores que inciden en la garantía de la restitución de derechos de las personas en condición de desplazamiento forzado interno y las repercusiones sociales, para ello se realizó un análisis crítico – reflexivo que permitió interpretar los estándares internacionales a través de los hallazgos obtenidos de las fuentes primarias y secundarias.⁴

La población se clasificó en dos grupos: los sujetos participantes que eran especialistas en materia de derechos humanos y profesionales que han trabajado con personas desplazadas. Los objetos de la investigación fueron: instrumentos

3 Vicente Anzellini, *Resultados del Informe mundial sobre desplazamiento interno 2020 y Características de desplazamiento forzado interno por cambio climático en los países miembros del SICA 2020*, (Estados Unidos: Observatorio de desplazamiento interno, 2020), 15.

4 Alberto Santillán, “Análisis crítico – jurídico sobre las nuevas normas de comportamiento ético gubernamental en Ecuador”, en *Universidad & Sociedad*, 14 (S4): 400.

internacionales ratificados por el Estado de conformidad al artículo 144 de la Constitución, normativa nacional, informes, estudios de organizaciones civiles nacionales e internacionales, doctrina, jurisprudencia nacional e internacional. Asimismo, informes e investigaciones previas vinculadas al tema de estudio.

En virtud de la confidencialidad y ética de la investigación los sujetos clave participantes son identificados de conformidad a códigos los cuales se detallan a continuación:

Tabla 1. Sujetos de la investigación

Nº	Código de persona entrevistada	Categoría de entrevistada/ entrevistado
01	EMSC 01	Funcionariado
02	ESC 01	Especialista Sociedad Civil
03	TDFI01	Organismo Internacional

Fuente: elaboración propia.

Se establecieron criterios de inclusión y exclusión que permitieron identificar los sujetos como objetos de estudio. La investigación adquiere relevancia de conformidad al Objetivo de Desarrollo Sostenible número 16, pues bien, los Estados deben garantizar el acceso a la justicia como parte esencial en la restitución de derechos a fin de establecer los avances presentados a la fecha en las categorías identificadas.

I. Fundamentación teórica

1.1 Antecedentes de desplazamiento forzado interno

El período de 1980 a 1991 representó un hito en la historia de El Salvador, debido a las diferentes acciones de vulneración de derechos, lo cual incidió en la movilización de la población y se refleja en tres grandes movimientos:

“La primera oleada de desplazados se da en marzo de 1980 con la implementación de la Reforma Agraria. El segundo movimiento en enero de 1981 con la “ofensiva final” lanzada por el FMLN. Otro más, en 1983 con el cambio de táctica guerrillera al conformar ejércitos más grandes y militarizados, la siguiente con la intensificación de los bombardeos masivos en las zonas conflictivas por parte del ejército salvadoreño a mediados de 1984”.⁵

El impacto del conflicto armado en El Salvador fue significativo en la sociedad y se visualizó en los desplazamientos forzados internos, fenómeno que se ha presentado en diferentes etapas de la historia de nuestra sociedad:

“... Inclusive en la época precolombina, en cada período ha tenido diferentes causas directas e indirectas. El penúltimo desplazamiento interno forzado en el país ocurrió en la antesala y durante la Guerra Civil (1980 – 1992), en donde miles de personas se vieron obligadas a abandonar sus cantones y caseríos, que fueron escenarios del conflicto armado”.⁶

En el supuesto de catástrofes naturales en el período de 2008 al 2019, se reportaron por el Huracán Agatha: *“135,500 desplazamientos para los países del triángulo norte, de este total 1,900 desplazados corresponde para El Salvador,*

5 Segundo Montes, *La situación de los salvadoreños desplazados y refugiados* (El Salvador: UCA, 1984), 13 y 81.

6 Elsa Ramos, *Resumen de ponencia El desplazamiento interno forzado en El Salvador y sus costos sociales*. Acceso el 20 de junio de 2024. https://conferenciadlaco.org/programa/resumen_ponencia.php?&ponencia=Conf-1-4168-67676&eje=34

únicamente en el año 2019”.⁷ Es decir, el desplazamiento forzado interno en El Salvador reportó 245 mil 500 personas refugiadas en el exterior y medio millón de desplazados hasta 1984.⁸ Para el período comprendido entre 2018 y 2019 se reportaron entre 862 y 886 casos atendidos, con la salvedad de que no se especifica el período de registro. Asimismo, entre enero y julio de 2020 se reportaron 317 casos atendidos.⁹

El factor de la violencia social en el país generó desplazamientos, los cuales se evidencian en la siguiente tabla:

Tabla 2. Desplazamiento interno por violencia en El Salvador

Año	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019
Total	0	191,000	170,000	220,000	296,000	246,000	454,000

Fuente: elaboración propia a partir de Anzellini & Sardiza *Informe Vacíos de datos sobre desplazamiento interno causado por violencia en El Salvador, Guatemala y Honduras* (Estados Unidos: Observatorio de desplazamiento interno, 2020), 10.

Las repercusiones del fenómeno en estudio comprenden a la familia y la sociedad. De acuerdo con el informe del Ministerio de Justicia y Seguridad Pública del año 2018, se identificó que el 88 % de las familias consultadas mencionaron “los hechos de violencia como el motivo de su desplazamiento”.¹⁰ Por su parte, el informe en línea de Derechos Humanos de la Embajada de Estados Unidos identificó para el año 2021:

7 Vicente Anzellini, *Resultados del Informe mundial sobre desplazamiento interno 2020 y Características de desplazamiento forzado interno por cambio climático en los países miembros del SICA 2020* (Estados Unidos: Observatorio de desplazamiento interno, 2020), 15.

8 Segundo Montes, *La situación de los salvadoreños...*, 905.

9 Servicio Social Pasionista. *Informe: Desplazamiento forzado interno por violencia y las respuestas ante el fenómeno en El Salvador. El Estado, las organizaciones sociales y las víctimas* (El Salvador: SPAS, 2021). <https://sspas.org.sv/sspas/wp-content/uploads/2021/05/Informe-Desplazamiento-forzado-interno.pdf>

10 Ministerio de Justicia y Seguridad Pública, *Caracterización de la movilidad interna a causa de la violencia en El Salvador, Informe Final* (El Salvador: Ministerio de Justicia y Seguridad Pública, 2018), 17. <https://www.refworld.org.es/pdfid/5ab96d624.pdf>2018

“Más de 30 familias que residían en Panchimalco, departamento de San Salvador, abandonaron sus hogares el 25 de mayo tras recibir amenazas de mareros. No se disponía de datos integrados y actualizados sobre el desplazamiento interno; sin embargo, la ONG Cristosal contabilizó 200 desplazados entre enero y junio. Al 31 de agosto, la PDDH denunció 53 casos de desplazamiento forzado interno. Beatriz Campos, abogada de la PDDH, indicó que el 90% de los casos de desplazamiento forzado interno fueron provocados por las maras en su comunidad, y el restante 10% se debió al acoso de la PNC contra jóvenes que residían en comunidades de alto riesgo”.¹¹

De conformidad a los datos antes mencionados, el desplazamiento forzado es relevante en materia de derechos humanos. De conformidad al informe de monitoreo de protección a personas víctimas de desplazamiento forzado interno correspondiente al 2022, se identificó que:

Un 57 % manifiestan no haber recibido ayuda desde el momento en que se desplazó, un 43 % expresa haber recibido, en los casos de la población que recibió ayuda, se destaca que quienes brindaron la ayuda fueron familiares en un 76 %, amistades cercanas con 5 %, aparecen también PNC con 7 %, Alcaldía con 4 %, FAES con 2 %, Juzgado de Paz 2 %, Particulares 2 % y ONG con 2 %. (En los casos en que la PNC, la FAES y la alcaldía brindaron ayuda, esta se refirió, en su mayoría, al resguardo durante el desplazamiento y al transporte).¹²

Los datos presentados permiten establecer un marco de referencia del fenómeno y las vulneraciones que genera en los derechos humanos y cómo determinados sectores a partir del principio de corresponsabilidad tienen una intervención.

11 Embajada de Estados Unidos en El Salvador, *Informe de los derechos humanos, 2021*. Acceso el 25 de junio de 2024. <https://sv.usembassy.gov/es/official-reports/hrr-2021/>

12 Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos, *Informe de Monitoreo de Protección a personas víctimas de desplazamiento forzado interno 2022*, (El Salvador: PDDH, 2022), 14. <https://www.pddh.gob.sv/informe-de-monitoreo-de-proteccion-a-personas-victimas-de-desplazamiento-forzado-interno-2022/>

1.2 Conceptualización de desplazamiento

Respecto al desplazamiento forzado interno, Francis M. Deng señala que es:

*“Consecuencia habitual de experiencias traumáticas de conflictos violentos, violaciones manifiestas de los derechos humanos y causas similares en las que la discriminación tiene un papel significado, generan casi siempre condiciones de sufrimiento y penalidad para las poblaciones afectadas. Provocan la ruptura familiar, cortan lazos sociales y culturales, ponen término a relaciones de empleo sólidas, perturban las oportunidades educativas, niegan el acceso a necesidades vitales como la alimentación, la vivienda y la medicina, y exponen a personas inocentes a actos de violencia en forma de ataques a los campamentos, desapariciones y violaciones. Los desplazados internos... cuentan entre las poblaciones más vulnerables y más necesitadas de protección y asistencia”.*¹³

Los elementos clave de la definición citada son los siguientes: la afectación de vínculos afectivos y culturales, la pérdida de condiciones básicas y la situación de inseguridad, todos los cuales inciden en los derechos de las personas desplazadas internamente. Se presenta un rompimiento de lazos afectivos, seguridad y paz de las personas desplazadas que deben buscar un lugar seguro para continuar su proyecto de vida.

Por su parte para Rúa, el desplazamiento forzado interno es

*“Un fenómeno que se presenta con aquellas personas que se ven sometidas a abandonar forzosamente su lugar de vivienda y trabajo, por varias razones, entre las cuales se destacan la incidencia de hechos de violencia de actores [sic] armados, tanto estatales como ilegales”.*¹⁴

13 Consejo Económico y social, *Intensificación de la promoción y el fomento de los derechos humanos y las libertades fundamentales, en particular la cuestión del programa y los métodos de trabajo de la comisión de derechos humanos, éxodos en masa y personas desplazadas* (Estados Unidos: Naciones Unidas, 1998), párrafo 1.

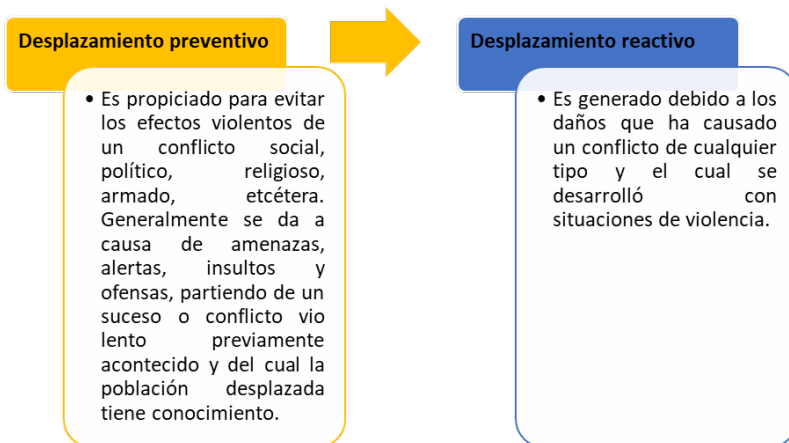
14 Adriana Rúa, *Prevención de desplazamiento forzado*. (Medellín: Instituto popular de capacitación, 2002), 54. <https://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/colombia/ipc/despla.pdf>

La definición anterior presenta elementos importantes como el abandono forzado, hechos de violencia, actores armados o ilegales, factores determinantes para establecer la existencia del desplazamiento forzado interno. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, refuerza la definición anterior, incorporando el elemento no haber salido del país de origen.

“Se entiende por desplazados internos las personas o grupos de personas que se han visto forzadas u obligadas a escapar o huir de su hogar o de su lugar de residencia habitual, en particular como resultado o para evitar los efectos de un conflicto armado, de situaciones de violencia generalizada, de violaciones de los derechos humanos [...], y que no han cruzado una frontera estatal internacionalmente reconocida (Corte IDH, 2010, párrafo 140)”.

A partir de las definiciones expuestas, se identifica un punto sustancial en la comprensión del desplazamiento forzado; este tiene dos aristas que, de conformidad a los autores Teódulo Aquino Cruz y David Sánchez García, son los siguientes:

Figura 1.



Fuente: elaboración propia a partir de Teódulo, Aquino Cruz y David Sánchez García, *Hacia la construcción de políticas públicas en materia de atención a grupos discriminados a causa del desplazamiento forzado en su lugar de origen*, (México: Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, 2008), 10.

A partir del gráfico anterior, se identifican dos clases de desplazamiento forzado en la sociedad. Un elemento clave es la existencia de conflicto, el cual se ha analizado como una situación importante que genera cambios sustanciales al permear en los derechos de las personas y en el desarrollo de su proyecto de vida. En consecuencia, el desplazamiento forzado tiene como punto de partida un conflicto, el cual debe ser atendido por el Estado a través de acciones concretas de forma previa al hecho como posteriormente.

En el mismo orden de ideas, Francis M. Deng señaló respecto a la institución del desplazamiento forzado que es una:

*“...consecuencia habitual de experiencias traumáticas de conflictos violentos, violaciones manifiestas de los derechos humanos y causas similares en las que la discriminación tiene un papel significado, generan casi siempre condiciones de sufrimiento y penalidad para las poblaciones afectadas. Provocan la ruptura familiar, cortan lazos sociales y culturales, ponen término a relaciones de empleo sólidas, perturban las oportunidades educativas, niegan el acceso a necesidades vitales como la alimentación, la vivienda y la medicina, y exponen a personas inocentes a actos de violencia en forma de ataques a los campamentos, desapariciones y violaciones. Los desplazados internos... cuentan entre las poblaciones más vulnerables y más necesitadas de protección y asistencia”.*¹⁵

La definición anterior realza los efectos del desplazamiento forzado en las víctimas, es una experiencia con grandes repercusiones en los derechos humanos y en el proyecto de vida de todos los integrantes del grupo familiar como la sociedad en general. El Estado debe generar las condiciones propicias para garantizar los derechos en su máxima expresión y los efectos a corto, mediano y largo plazo en la estructura familiar como la incidencia en dejar su vida, trabajo, hogar y seguridad para salvaguardar la misma.

15 Francis M. Deng. *Informe del representante del secretario general, Sr. Francis M. Deng, presentado con arreglo a la resolución 1997/39 de la Comisión de Derechos Humanos* (Naciones Unidas: Estados Unidos, 1998) párrafo 1.

Para efectos de esta investigación, se comprenderá por desplazamiento forzado interno el fenómeno que incide en el proyecto de vida de una persona o un grupo de personas interrumpiendo las actividades cotidianas y condiciones básicas, generando inseguridad jurídica y vulneración de derechos humanos.

1.3 Conceptualización de persona desplazada interna

Los principios rectores sobre los desplazamientos internos de Naciones Unidas, señalan en su párrafo 2, qué se entenderá por personas desplazadas internas:

Toda persona o grupos de personas que se han visto forzadas u obligadas a escapar o huir de su hogar o de su lugar de residencia habitual, en particular como resultado o para evitar los efectos de un conflicto armado, de situaciones de violencia generalizada, de violaciones de los derechos humanos o de catástrofes naturales o provocadas por el ser humano, y que no han cruzado una frontera estatal internacionalmente reconocida.

De la anterior definición, se pueden resaltar una serie de elementos importantes que permiten comprender por qué estas personas se ven forzadas a salir de sus hogares. La inseguridad y la violencia permea en las familias salvadoreñas, quienes son forzadas u obligadas a dejar sus lugares de residencia por la violencia generalizada que es perpetrada por grupos delincuenciales, los cuales son denominados pandillas o maras. Así, el elemento diferenciador de los desplazamientos al exterior, es la permanencia en el territorio salvadoreño. Por su parte, la Declaración de Cartagena proporciona la siguiente definición:

Personas que se han visto obligadas a abandonar sus hogares o sus actividades económicas como consecuencia de amenazas a su vida, seguridad o libertad por violencia generalizada o conflicto armado, y permanecen dentro de sus países (Colombia, 1984, conclusión tercera).

Es decir, el abandono de los hogares y actividades de las personas desplazadas trae consigo repercusiones sociales que generan cambios significativos en el territorio y las actividades económicas.¹⁶ El factor común en las definiciones presentadas es que se han visto forzadas a abandonar su residencia, permanecen en el país de origen y se dirigen a otro municipio para continuar con sus vidas. Se consideran personas desplazadas internas a aquellas que:

Figura 2.

Persona desplazada interna son aquellas:

- Desplazados internos que sean ciudadanos del Estado en cuestión.
- Personas que tuvieron el estatus de refugiadas, que pudieron regresar a su Estado de origen, pero se vieron impedidas de regresar a sus antiguos hogares.
- Personas apátridas desplazadas que tienen su residencia habitual dentro del Estado en cuestión.
- Personas nacionales de otros Estados que han vivido por mucho tiempo en el país en cuestión y han perdido contacto con su lugar de origen
- Personas nacionales de otros Estados que tienen su residencia habitual en el Estado en cuestión porque han sido admitidos de manera permanente o por periodos prolongados.

Fuente: elaboración propia a partir de (Cervantes y Téllez, 2020), 78.

Lo antes mencionado establece criterios para identificar a las personas desplazadas y, según la Corte Interamericana de Derechos Humanos, señala aspectos que refuerzan su comprensión y evidencian el impacto que este fenómeno tiene en la vida de las personas:

16 Gloria Isabel Muñoz. "Daño cultural por desplazamiento forzado en comunidades campesinas del departamento de Antioquia, teniendo a Medellín como municipio receptor", *Revista Kavilando* (2014): 149. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5476422>

“Las personas [...] que se ven obligadas “a abandonar intempestivamente su lugar de residencia y sus actividades económicas habituales, debiendo migrar a otro lugar dentro de las fronteras del territorio nacional” para huir de la violencia generada por el conflicto armado interno y por el desconocimiento sistemático de los derechos humanos o del derecho internacional humanitario, quedan expuestas a un nivel mucho mayor de vulnerabilidad, que implica una violación grave, masiva y sistemática de sus derechos fundamentales y, por lo mismo, amerita el otorgamiento de una especial atención por las autoridades. Las personas desplazadas por la violencia se encuentran en un estado de debilidad que los hace merecedores de un tratamiento especial por parte del Estado”.¹⁷

La definición permite establecer las etapas del ciclo de desplazamiento interno, el cual inicia desde el momento que la persona toma la decisión de abandonar su residencia, busca un nuevo lugar, se establece en el lugar de destino y, en consecuencia, puede reasentarse o retornar. Por su parte, la normativa interna respecto a este punto, retoma elementos insoslayables para comprender los efectos del desplazamiento forzado en las personas, y señala que:

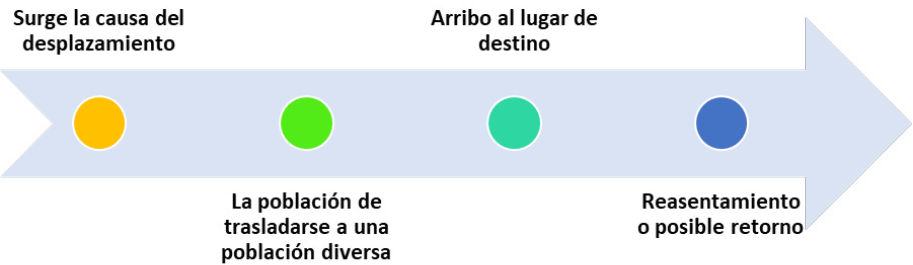
“Son todas aquellas personas que se han visto forzadas u obligadas a huir de su domicilio o de su lugar de residencia habitual, en particular como resultado o para evitar los efectos de situaciones de violencia generalizada, de violaciones de los derechos humanos, y que no han cruzado una frontera estatal internacionalmente reconocida”.¹⁸

17 Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2013..., párrafo 313.

18 Decreto legislativo número 539, del nueve días del mes de enero del año dos mil veinte Asamblea Legislativa. *Ley especial para la atención y protección integral de personas en condición de desplazamiento forzado interno*, artículo 3.

Es decir, representa un desarraigo y buscar nuevas alternativas de reasentamiento. El proceso se detalla a continuación:

Figura 3.



Fuente: elaboración propia

Para efectos de esta investigación, se comprenderá por persona desplazada interna aquella persona o grupo de personas que son obligadas a abandonar su hogar, dejando su entorno con la finalidad de proteger su vida y continuar realizando sus actividades en otra localidad.

1.4 Derechos de las personas desplazadas internas

De conformidad al ordenamiento jurídico nacional, los derechos de las personas desplazadas internas tienen un enfoque holístico para garantizar la reparación, los cuales se detallan a continuación:

Tabla 3. Derechos de las Personas en Condición de Desplazamiento Forzado Interno

Derecho	Contenido
Retornar a su lugar de origen o reubicarse en otro lugar.	Con las garantías de seguridad y dignidad, como también a la restitución de los derechos que le hubieren sido vulnerados como consecuencia del desplazamiento.

Derecho	Contenido
No ser discriminadas.	En el ejercicio de sus derechos por su condición de personas desplazadas.
A ser tratados de manera digna, respetuosa y con la urgencia que el caso demande.	Por parte de las autoridades.
A ser protegidos contra el reclutamiento forzado por parte de las pandillas o maras u otras agrupaciones ilícitas.	
A la reunificación familiar.	Cuando por razón del desplazamiento se haya separado el núcleo familiar.
A una protección especial y atención prioritaria por parte de las autoridades.	Cuando las personas desplazadas sean niñas, niños y adolescentes, u otras personas vulnerables.
A que se generen mecanismos para proteger y recuperar sus bienes muebles e inmuebles.	
A ser informados en un lenguaje adecuado, claro y sencillo sobre sus derechos, acciones y programas de protección y asistencia a los cuales pueden acceder.	Esto incluye que se le nombre traductor, intérprete o persona que sea capaz de exponer sus expresiones cuando sea necesario en caso de ser persona con cualquier tipo de discapacidad o tener otras formas de comunicación o expresión.
A mantener la estabilidad laboral.	Cuando por razón de su tipo de victimización tenga que ausentarse o trasladarse a un nuevo lugar de residencia y cuando esto no sea posible, tener acceso a alternativas de generación de ingresos que les permita vivir dignamente.
A solicitar y recibir asistencia jurídica en la promoción, con la debida diligencia, de las acciones administrativas o judiciales que correspondan.	Para obtener justicia y la restitución de sus derechos transgredidos o de los que hubiere sido despojado, en su caso.
A tener facilidades.	Incluida la gratuidad en la expedición de nuevos documentos o en sustituir los que hayan sido extraviados, dañados o sustraídos.
La protección de sus datos personales y el uso de los mismos.	Bajo su consentimiento expreso.

Fuente: elaboración propia a partir del Decreto legislativo número 539, del nueve días del mes de enero del año dos mil veinte Asamblea Legislativa. El Salvador. *Ley especial para la atención...*, artículo 9.

1.5 Restitución de derechos

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha desarrollado el término restitución de derechos, el cual tiene relevancia para el estudio al permitir establecer los parámetros necesarios que los Estados deben cumplir en beneficio de las personas afectadas por el desplazamiento forzado. De conformidad a la Convención Americana de Derechos Humanos y la jurisprudencia del organismo mencionado se establece que:

“La reparación del daño ocasionado por la infracción de una obligación internacional consiste en la plena restitución (restitutio in integrum), lo que incluye el restablecimiento de la situación anterior y la reparación de las consecuencias que la infracción produjo y el pago de una indemnización como compensación por los daños patrimoniales y extra patrimoniales incluyendo el daño moral”.¹⁹

La restitución de derechos forma parte del conglomerado de acciones establecidas por la Corte Interamericana con la finalidad de establecer las directrices a los Estados para lograr la reparación del daño sufrido por las víctimas. Pues bien, de conformidad al autor Calderón Gamboa las medidas de reparación comprenderán: *“restitución, rehabilitación, satisfacción, garantías de no repetición, obligación de investigar los hechos, determinar los responsables y, en su caso, sancionar, indemnización compensatoria”*.²⁰

Es decir, es integral el abordaje porque se reconoce la restitución como un derecho de las personas de conformidad al artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el cual es desarrollado en la observación general 31 y estipula que:

19 Corte Interamericana de Derechos Humanos. (1989). *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de julio de 1989. Serie C No. 7.*

20 Jorge Calderón Gamboa. *La reparación integral en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, (México: UNAM, 2013), 171. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r33008.pdf>

“Puede haber circunstancias en las que, por no haberse garantizado los derechos reconocidos en el Pacto como se dispone en el artículo 2, los Estados Parte infrinjan estos derechos permitiendo que particulares o entidades cometan tales actos o no adoptando las medidas apropiadas o no ejerciendo el cuidado debido para prevenir, castigar, investigar o reparar el daño así causado. Se recuerda a los Estados la relación existente entre las obligaciones positivas impuestas en virtud del artículo 2 y la necesidad de proporcionar recursos eficaces en caso de violarse lo dispuesto en el párrafo 3 del artículo 2”.

Los elementos por destacar de lo antes citado son: falta de garantía de los derechos por el Estado quién tiene el rol de garante a partir de las acciones positivas que se deben implementar a través de programas, planes y políticas públicas. La reparación permite reparar a la víctima directa, indirecta y la sociedad en general a partir de la creación de mecanismos idóneos, verbigracia un mecanismo efectivo a través de un recurso sencillo y ágil que permitirá activar el sistema con la finalidad de potenciar el derecho de acceso a la justicia, derecho a la verdad y reparación.

Lo antes mencionado se encuentra fundamentado en los principios rectores de los desplazamientos internos de Naciones Unidas que consolida la institución de reparación de los derechos verbigracia, la vivienda que se encuentra vinculada con la protección de la unidad familiar como lo establecen los Principios sobre la Restitución de las Viviendas y el Patrimonio de los Refugiados y las Personas Desplazadas. Pues bien, la base fundamental de la sociedad es la familia y debe trabajarse en la construcción de mecanismos idóneos de protección y reparación en el marco legal a través de un proceso claro con las garantías necesarias de conformidad a los derechos humanos.

II. Marco normativo internacional

1. Principios rectores de los desplazamientos internos

Tienen como finalidad orientar a los Estados desde la visión de Derechos humanos y Derecho humanitario, y se detalla en la figura 4 que se presenta a continuación:

Figura 4. Finalidad de los principios



Fuente: elaboración propia a partir de Consejo Económico Social, *Principios rectores de los desplazamientos internos...*, párrafo 3.

2. Convención Americana de los Derechos Humanos

De conformidad al artículo 22.1 señala que «*toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tiene derecho a circular por el mismo y, a residir en él con sujeción a las disposiciones legales*». El estándar internacional mencionado reafirma el derecho de libertad de circular sin restricciones por la ciudadanía para desarrollar sus actividades como proyecto de vida.

3. Observación general N°27 del Comité de los Derechos Humanos

De conformidad al párrafo 7 el Comité de los Derechos Humanos establece directrices importantes respecto al derecho de circulación de las personas en el territorio regulado en el artículo 12 de la Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y estipula que: *«con sujeción a las disposiciones del párrafo 3 del artículo 12, el derecho de residir en el lugar escogido dentro del territorio incluye la protección contra toda forma de desplazamiento interno forzado»*.

4. Declaración MIRPS de la Ciudad de La Antigua Guatemala

Establece en su párrafo 5 trabajo coordinado para la atención de los casos de desplazamiento forzado, señalando que se debe:

“Reforzar, en consonancia con las acciones desarrolladas por el Grupo de Trabajo sobre Desplazamiento Interno 1, la cooperación y el intercambio de buenas prácticas en materia de normativa, políticas institucionales y mecanismos nacionales de coordinación para la protección, y búsqueda de soluciones integrales y sostenibles a la situación de las personas desplazadas o en riesgo de desplazamiento, incluidos los esfuerzos dirigidos a mejorar la evidencia, manejo y atención de casos”.²¹

Los Estados deben generar las condiciones adecuadas para garantizar la circulación de las personas, pero el ejercicio de sus derechos a través de la formulación de normativa interna que se adecue a los estándares internacionales con la finalidad de permitir el desarrollo de acciones positivas con base en los derechos humanos.

21 Marco Integral Regional para la Protección y Soluciones. *Declaración de la Ciudad de La Antigua Guatemala: Respondiendo a las causas estructurales del desplazamiento y fortaleciendo las alianzas y respuestas integrales para la protección y soluciones para las personas desplazadas, solicitantes de la condición de refugiado, refugiadas y retornadas con necesidades de protección en Centroamérica y México* (Guatemala: Marco Integral Regional para la Protección y Soluciones, 2021).

III. Marco normativo salvadoreño

1. Constitución

En su artículo 1, señala que El Salvador *“reconoce a la persona humana como el origen y el fin de la actividad del Estado, que está organizado para la consecución de la justicia, de la seguridad jurídica y del bien común”*.²²

La carta magna regula los derechos de educación, vivienda, salud entre otros, siendo el Estado el responsable de garantizarles a partir del reconocimiento de los mismos.

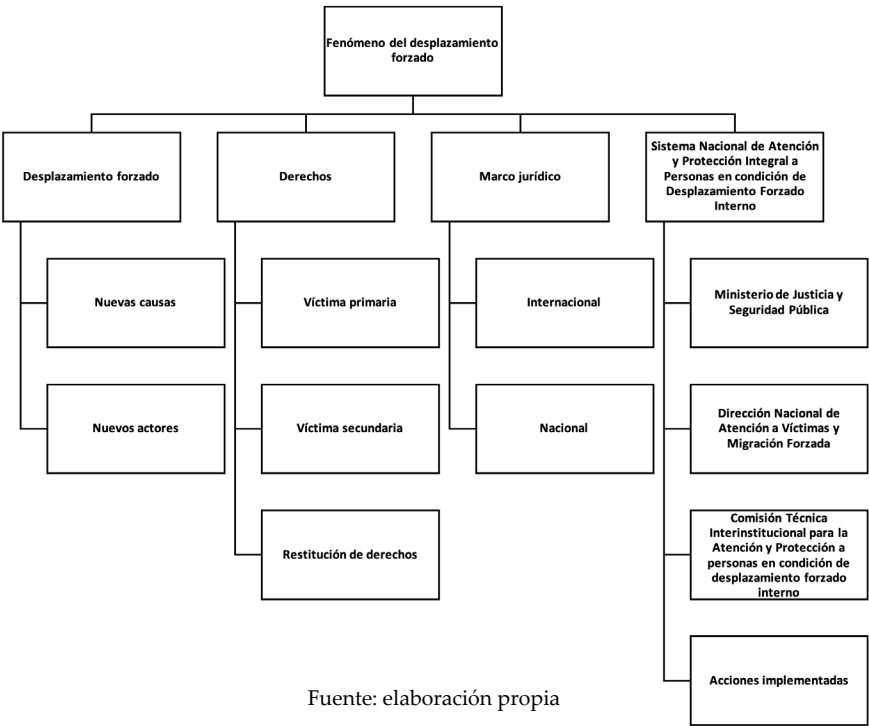
2. Ley especial para la atención y protección integral de personas en condición de desplazamiento forzado interno.

La vigente ley tiene como *objetivo reconocer, garantizar y proteger los derechos fundamentales de las personas en condición de desplazamiento forzado interno, y aquellas que se encuentran en riesgo de serlo, mediante el establecimiento de procedimientos preventivos y de un sistema de atención eficiente con enfoque humanitario que incluya soluciones duraderas*.²³

22 Decreto Legislativo número 38 de fecha quince días del mes de diciembre de mil novecientos ochenta y tres, *Constitución de la República*, artículo 1.

23 Decreto legislativo número 539, del nueve días del mes de enero del año dos mil veinte Asamblea Legislativa. *Ley especial para la atención...*, artículo 1.

IV. Discusión de resultados



La resolución judicial seleccionada corresponde al amparo de las diez horas con cuatro minutos del día trece de julio de dos mil dieciocho, referencia 411-2017. El interés en analizar la sentencia seleccionada, radica en que es el primer pronunciamiento emitido por el máximo Tribunal Constitucional en el país reconociendo el fenómeno de desplazamiento forzado interno.

Permitió realizar un análisis de los estándares internacionales que fundamentan la decisión tomada por la Sala de lo Constitucional respecto a la problemática jurídico social de personas desplazadas, las cuales solicitaron la protección del máximo tribunal con la finalidad de obtener protección por el Estado. La sentencia seleccionada es emblemática al ser el primer pronunciamiento por el Órgano Judicial, a través de la Sala de lo Constitucional,

reconociendo la problemática y estableciendo acciones que el Estado debe cumplir con la finalidad de restituir derechos y potenciar el bien común de conformidad al artículo 1 de la Constitución.

Es de destacar la calidad argumentativa y de fundamentación realizada por los magistrados en su análisis al incorporar estándares internacionales que refuerzan la obligación del Estado en materia de personas desplazadas internas y visibilizar el fenómeno que, en su momento, no era reconocido, pero de conformidad a lo indicado en la sentencia, se realiza un abordaje por las instituciones responsables de proporcionar seguridad a la población en los niveles de violencia que aquejaban al país. Por ello, se identifica que:

*“A pesar de la minimización del problema del desplazamiento forzado por parte de la mayoría de instituciones estatales, el contexto de violencia e inseguridad que afecta al país ha sido reconocido por el Consejo Nacional de Seguridad Ciudadana y de Convivencia en el Plan El Salvador Seguro —cuya ejecución compete primordialmente al MJSP—, el cual ha concluido que “la sociedad salvadoreña se encuentra afectada por elevados niveles de violencia, criminalidad y miedo que restringen la libertad de las personas, afectando su calidad de vida y la convivencia armónica, limitando sus opciones de desarrollo humano y erosionando el Estado de Derecho y la democracia. Los históricos niveles de exclusión y vulnerabilidad social, los patrones culturales que toleran, normalizan y reproducen la violencia, la debilidad institucional que provoca impunidad, la ausencia de una visión compartida sobre cómo enfrentar esta problemática junto con la dispersión de iniciativas han estimulado el establecimiento, la complejidad y la reproducción de las expresiones criminales y violentas en nuestra sociedad”.*²⁴

Se comparten las argumentaciones de la Sala de lo Constitucional, las cuales evidencian un análisis constitucional y convencional, colocando en el centro del estudio a la persona humana, sus derechos y dignidad humana.

24 Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Referencia 411-2017..., 22.

El efecto personal del desplazamiento forzado, es respaldado a partir del argumento siguiente que señala:

*“En lo personal, trastoca profundamente la vida de quienes son forzados a desplazarse, respecto de su lugar de residencia, de sus vínculos afectivos y culturales; en relación con el goce de condiciones básicas de supervivencia y por la condición de inseguridad en la que pueden encontrarse”.*²⁵

Los efectos sobre el proyecto de vida son multidimensionales, y los derechos fundamentales —como la vida, la seguridad, la educación y la vivienda— se ven afectados. Estas vulneraciones requieren medidas de reparación por parte del Estado. De conformidad con la sentencia de la Sala de lo Constitucional, se establecen acciones puntuales que deben ser implementadas por las instituciones competentes a fin de proporcionar una respuesta efectiva.

Es decir, el proyecto de vida de las personas constituye un elemento fundamental. De conformidad con el artículo 1 de la Constitución, que establece que el origen y el fin del Estado residen en el pueblo, y según la fundamentación de la Sala en el amparo en análisis, se reconoce la importancia de establecer acciones orientadas a fortalecer los vínculos afectivos y a garantizar los derechos humanos. El sujeto clave TDFI01, señaló:

*“Son los servicios de protección más inmediatos, de acuerdo con lo que hemos identificado, la gente tiene necesidades, atención psicosocial, acompañamiento para garantizar derechos como educación, salud, medios de vida, atención jurídica, que usualmente se queda muy a nivel de orientación y coordinación con otras instancias, muchas de sociedad civil, para garantizar, por ejemplo, alojamiento”.*²⁶

El hallazgo citado visualiza el carácter holístico y las repercusiones en materia de derechos humanos en las poblaciones en condición de vulnerabilidad que son afectadas por el desplazamiento forzado y en su proyecto de vida. De

25 María Pérez, *Migración forzada, derechos humanos y niñez*. (México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2020), 76.

26 Sujeto clave TDFI01, entrevistado por Emma Muñoz, 2024.

conformidad a la característica interdependientes de los derechos humanos, es insoslayable, y el Estado, a partir de sus obligaciones desde la ratificación de los tratados internacionales, ejerce un rol de garantía y protección de los derechos humanos, los cuales se detallaron en la tabla 3.

La restitución de derechos es importante para proporcionar una respuesta a la problemática de forma integral, no obstante se identifica que la dinámica es complicada, pues bien:

*“El tema de un reconocimiento a la ley, o de la creación de una ley que no está puesta en marcha, pero que sí está vigente, ha significado para las víctimas una negación sistemática también de sus derechos, porque no contamos con un proceso realmente de reparación integral, porque continuamos atendiendo y acompañando casos de desplazamiento desde el 2014, cuando el tema de desplazamiento pasado estaba cobrando auge, y donde las víctimas siguen buscando respuestas estatales o respuestas en programas internacionales para una salida fuera del país, ya sea de manera regular o de manera irregular. Entonces, contamos con una ley que efectivamente tiene un espíritu desde un punto de vista humanitario y de derechos humanos, pero que no se ha puesto en vigencia, y por lo tanto las víctimas no han tenido acceso a una reparación efectiva, o un acceso a la justicia de carácter real”.*²⁷

Es oportuno señalar que la reparación integral se encuentra regulada en el artículo 63.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, comprendiendo los aspectos siguientes: investigación de los hechos, reparación integral del daño moral, satisfacción a las víctimas, rehabilitación física, psicológica o social, restitución de derechos, bienes y libertades.²⁸

A partir de lo antes mencionado, se identifica que las acciones del Estado responden al deber de garantizar los derechos de forma holística, lo cual debe potenciarse a partir de las acciones implementadas que requieren atención y

27 Sujeto clave ESC 01, entrevistado por Emma Muñoz, 2024.

28 Jorge Calderón, *La reparación integral en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: estándares internacionales aplicables al nuevo paradigma mexicano* (México: UNAM, 2013), 148. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r33008.pdf>

una respuesta efectiva. De conformidad a lo señalado en la ley especial para la atención y protección integral de personas en condición de desplazamiento forzado interno, se identifican derechos que tienen como eje central restituirse de forma holística permitiendo una protección reforzada de conformidad a los sectores afectados. En este mismo orden de ideas, se identifica que:

“En algún momento las pandillas significaban la mayor cantidad de personas que ejercían el desplazamiento, y actualmente nos enfrentamos a un tema de desplazamientos por parte de agentes de seguridad pública en el marco de una política de seguridad como el régimen de asociación, pero también otras barreras que limitan a la población en acceder a esos mecanismos de reparación integral, o de acceso a la justicia, o de servicios complementarios. No nos vayamos más allá del acceso a la justicia, sino de servicios complementarios, como por ejemplo en el caso de las mujeres, que continúan siendo víctimas de violencia basada en género, y que tienen que desplazarse porque el sistema no ha podido de alguna manera garantizar su seguridad”.²⁹

El derecho de acceso a la justicia es importante en este tema con la finalidad de generar las acciones propicias para la garantía de los mismos, en ese sentido, es importante verificar las acciones implementadas por las instituciones que forman el sistema considerando que la restitución de derechos es insoslayable en materia de derechos humanos. En ese orden de ideas, se indicó que:

“La sentencia hacía mención de un marco normativo, se dio lo que es la ley especial para la atención y protección integral de las personas en condición de desplazamiento forzado interno, y esa, a su criterio, la construcción de esa ley considera que está acorde con lo que son, bueno, uno, los estándares, y dos, tiene las herramientas o la, como dice por ahí alguien, los dientes, para lograr verdaderamente una restitución de derechos de las personas. Este es otro tema interesante de la, para la protección de los derechos, la relación que se suele dar entre tribunales, sobre todo tribunales

29 Sujeto clave ESC 01, entrevistado por Emma Muñoz, 2024.

constitucionales, y los órganos legislativos, tiene que ser una relación en que ambas instituciones respeten mutuamente sus competencias. Entonces, es muy propio que una sala le ordene en concreto cómo el legislador debe emitir su normativa, y por eso se suele utilizar conceptos de alcance medio, que haga lo pertinente, lo conducente, lo necesario, sin llegar a decirle medidas concretas. Ahora, una cosa es que se regule, qué sé yo, el régimen de carreteras, que es una cosa más objetiva y conectada con derechos fundamentales, y que se refiera a derechos fundamentales. Ya la sala había adelantado algo en una sentencia en que calificamos a las pandillas como grupos terroristas. Dijimos, este tribunal constata que son grupos que le disputan al Estado el control del territorio”.³⁰

Se identifican nuevos actores del desplazamiento forzado interno tales como: violencia generalizada, de violaciones de los derechos humanos o de catástrofes naturales o provocadas por el ser humano. En ese orden de ideas, se identifica en el caso salvadoreño, causas que no se habían valorado pero la dinámica social permite visualizarlas, de conformidad al sujeto clave ESC 01, señala que:

“Continuamos viendo dinámicas de desplazamiento con otros actores y claves que están presentes dentro de los territorios. En algún momento las pandillas significaban la mayor cantidad de personas que ejercían el desplazamiento, y actualmente nos enfrentamos a un tema de desplazamientos por parte de agentes de seguridad pública en el marco de una política de seguridad como el régimen de asociación, pero también otras barreras que limitan a la población en acceder a esos mecanismos de reparación integral, o de acceso a la justicia, o de servicios complementarios. No nos vayamos más allá del acceso a la justicia, sino de servicios complementarios, como por ejemplo en el caso de las mujeres, que continúan siendo víctimas de violencia basada en género, y que tienen que desplazarse porque el sistema no ha podido de alguna manera garantizar su seguridad. También aunado a ello, en este contexto, la negación de la existencia de casos de desapariciones forzadas

30 Sujeto clave EMSC 01, entrevistado por Emma Muñoz, 2024.

*actuales, que ha implicado también para las familias el tener que movilizarse de los territorios”.*³¹

Los actores de desplazamiento forzado descritos son: agentes de seguridad pública, lo cual fue identificado en su momento y señaló que el 72.8 % han sido identificados como agentes de la Policía Nacional Civil (PNC), seguido de las pandillas con un 15 %, miembros de la Fuerza Armada con un 3.3 % y otros agentes estatales con el 8.7 %.³²

El análisis realizado evidencia integralidad en la parte social y jurídica, lo que permitió la identificación de medidas positivas urgentes para garantizar los derechos de los solicitantes. Las cuales se detallan a continuación:

Tabla 7. Medidas ordenadas por la Sala de lo Constitucional

Institución	Medida ordenada por la Sala de lo Constitucional
Director de la PNC y al titular de la FGR.	Realicen investigaciones exhaustivas, diligentes y concluyentes, con el fin de esclarecer los delitos de los cuales supuestamente fueron víctimas los peticionarios cuando residían en el municipio de Delgado y en el municipio de Berlín. Si determinan que existen suficientes indicios sobre los delitos que señalan los actores, deberán ejercer de inmediato la acción penal, a fin de que oportunamente se realice un juicio inmediato, independiente e imparcial en el que se sancione a los autores intelectuales y materiales de los mismos.

31 Sujeto clave ESC 01, entrevistado por Emma Muñoz, 2024.

32 Claudia Espinoza *Las víctimas de desplazamiento forzado interno en El Salvador aumentaron 78 % durante 2023.* (2024) Acceso. <https://www.laprensagrafica.com/elsalvador/Las-victimas-de-desplazamiento-forzado-interno-en-El-Salvador-se-duplicaron-durante-2023-20240419-0084.html>

Institución	Medida ordenada por la Sala de lo Constitucional
Asamblea Legislativa, la Comisión Coordinadora y a la titular de la UTE.	<p>i) Reconocer a las personas referidas la calidad de víctimas de dicho fenómeno y de sujetos de derechos y categorizarlos normativamente, para lo cual es necesaria la revisión de la legislación especial orientada a la protección de víctimas y testigos.</p> <p>(ii) Diseñar e implementar políticas públicas y protocolos de actuación orientados a prevenir el desplazamiento forzado de los habitantes del país, por lo que es urgente que se adopten medidas para recobrar el control territorial de las zonas dominadas por las pandillas y evitar futuros desplazamientos y la continuidad de las afectaciones sistemáticas a derechos fundamentales; y</p> <p>(iii) Brindar medidas de protección a quienes ya tienen de facto la condición de desplazados y, además, garantizarles la posibilidad de retorno a sus residencias.</p>
Presidente de la República.	<p>(i) Coordine con los titulares de las distintas dependencias que integran el Órgano Ejecutivo (justicia y seguridad pública, PNC, educación, salud, hacienda e inclusión social, entre otras) la realización de las acciones necesarias para prevenir y controlar el fenómeno de la violencia, mediante, por un lado, la formulación y ejecución de las políticas sociales que eviten la marginación de sectores vulnerables en la sociedad y, por otro, la implementación de acciones orientadas a recobrar progresivamente y de forma permanente los territorios bajo control de las pandillas; y</p> <p>(ii) Incluya la atención a las víctimas de desplazamiento forzado por la violencia como una prioridad en la elaboración del presupuesto general del Estado.</p>

Fuente: elaboración propia a partir de Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Referencia 411-2017..., 42 al 45.

El Estado debe responder a las acciones antes citadas ya que, en relación con lo identificado por los sujetos clave, los hallazgos reflejan aspectos que evidencian desafíos en el cumplimiento de lo señalado por la Sala de lo Constitucional. De acuerdo con el sujeto clave ESC 01, señaló que:

“Sí es urgente hacer un análisis, nuevamente exhaustivo, sobre la situación de desplazamiento forzado, retomar el tema de crear este sistema de monitoreo, por ejemplo, de desplazamiento forzado para tener datos actualizados, porque puede ser que en 2022, 2023, 2024 hayan cambiado las circunstancias por las cuales las personas se desplazan, pero siguen hablando de desplazamientos, y hay desplazamientos históricos que no se les ha podido dar una respuesta integral a las familias que siguen buscando”.³³

El planteamiento anterior presenta elementos clave para la operatividad de un marco normativo como son: situación de desplazamiento forzado actual, sistema de monitoreo, datos actualizados, desplazamientos históricos y actuales, respuesta integral. Es decir, es un problema social que requiere de una revisión holística y sistémica que sitúe en el centro del estudio a las personas desplazadas con un factor en común de otros temas como el estudiado, como es la participación activa de la población. En particular, la población afectada que requiere de una respuesta del Estado desde la visión de derechos humanos y la interseccionalidad.

A partir de esta última idea, el sujeto clave TDFI01, señaló que:

“También por ejemplo la respuesta en albergues donde se ha brindado atención a niños desplazados y que requerían dar continuidad a la educación también han tenido esta oportunidad. Igualmente, dentro del sistema el Ministerio de Educación cuenta con un sistema de gestión educativa donde está la información de todos los estudiantes a nivel nacional. Ellos ahí cuentan con una variable de desplazamiento que les permite precisamente dar seguimiento a casos en específico”.³⁴

El seguimiento a los casos es un punto señalado por la sentencia, pues bien, presenta un párrafo interesante que es insoslayable en el análisis, el cual señaló lo siguiente: *Esta Sala dará seguimiento al cumplimiento de la presente sentencia*

33 Sujeto clave ESC 01, entrevistado por Emma Muñoz, 2024.

34 Sujeto clave TDFI01 01, entrevistado por Emma Muñoz, 2024.

*por medio de informes periódicos y audiencias, entre otros.*³⁵ De acuerdo al informante clave EMSC 01, es un avance en materia de Derechos humanos y representa para la sociedad una oportunidad de controlar los seguimientos periódicos para constatar el cumplimiento de las medidas presentadas en la tabla.

La construcción de procesos democráticos y de paz requiere de bases sólidas en materia de derechos humanos que permitan a la sociedad ejercer sus derechos a partir de un conocimiento de los mismos. Representa un reto en materia de cultura de legalidad y cómo las instituciones se han posicionado en el marco de la restitución de derechos. Los mecanismos de seguimiento, respecto al tema que nos ocupa, son trascendentales, permiten generar cambios sustanciales en la regulación de los derechos y ser aplicable en otras sentencias en las distintas instancias.

Conclusión

La restitución de derechos es insoslayable para el desarrollo del proyecto de vida de las personas y el Estado como garante ejerce un rol fundamental de conformidad a las obligaciones adquiridas a partir de la ratificación de instrumentos internacionales. El desplazamiento forzado interno de conformidad a los cambios sociales que se presentan actualmente y la dinámica familiar requieren de acciones positivas para dar respuesta que potencien los derechos de las personas afectadas de forma directa como indirecta a fin de cumplir la sentencia de la Sala de lo Constitucional. Es importante generar un diagnóstico situacional que permita conocer los avances puntuales de conformidad a las acciones de las instituciones responsables.

Lo antes mencionado es un primer momento para la creación de un proceso de monitoreo de las acciones realizadas con base a indicadores que permitan medir aspectos como: número de personas beneficiadas, acciones implementadas para garantizar el derecho a la educación, salud, etc. Con un

35 Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Referencia 411-2017..., 42 al 45.

enfoque en derechos humanos e interseccionalidad además de incluir a las personas afectadas para conocer sus opiniones y tomar decisiones concretas.

Las nuevas formas de desplazamiento forzado deben ser consideradas y requieren de una reforma de ley que permita responder al contexto social actual. El cual incluye reuniones de todas instituciones con las víctimas para construir una hoja de ruta que permita recolectar la información necesaria de los hechos y las condiciones que requieren de una protección de parte del Estado para evitar la revictimización.

En consecuencia, la restitución de derechos requiere de cambios legislativos, procesales e institucionales que se centren en la persona con la finalidad de cumplir lo estipulado en el principio 15.7 y 19.2 de los principios sobre la Restitución de las Viviendas y el Patrimonio de los Refugiados y las Personas Desplazadas y permitan respuestas eficaces a la situación que presentan las personas desplazadas y sus familias en aras de proporcionar mecanismos flexibles de apoyo.

Bibliografía


- » Anzellini, Vicente. *Resultados del informe mundial sobre desplazamiento interno 2020 y características de desplazamiento forzado interno por cambio climático en los países miembros del SICA 2020*. Estados Unidos: Observatorio de Desplazamiento Interno, 2020.
- » Aquino Cruz, Teóculo, y David Sánchez García. *Hacia la construcción de políticas públicas en materia de atención a grupos discriminados a causa del desplazamiento forzado en su lugar de origen*. México: Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, 2008.
- » Calderón Gamboa, Jorge. *La reparación integral en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: estándares internacionales aplicables al nuevo paradigma mexicano*. México: UNAM, 2013. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r33008.pdf>
- » Cidón, María. “Un informe inédito del gobierno rechaza (otra vez) el desplazamiento por violencia.” *Revista Factum*. Acceso el 3 de septiembre de 2024. <https://www.revistafactum.com/un-informe-inedito-del-gobierno-niega-otra-vez-el-desplazamiento-por-violencia/>
- » Consejo Económico y Social. *Principios rectores de los desplazamientos internos*. Washington: Naciones Unidas, 1998.
- » ——. *Intensificación de la promoción y el fomento de los derechos humanos y las libertades fundamentales, en particular la cuestión del programa y los métodos de trabajo de la comisión de derechos humanos, éxodos en masa y personas desplazadas*. Estados Unidos: Naciones Unidas, 1998.
- » Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso de la “Masacre de Mapiripán” vs. Colombia*. Costa Rica: Naciones Unidas, 2005.
- » ——. *Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia*. 2006. Párr. 213. Acceso el 23 de junio de 2024. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_148_esp.pdf
- » ——. *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 25 de octubre de 2012. Serie C No. 252.
- » ——. *Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 25 de mayo de 2010. Serie C No. 212.
- » ——. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Reparaciones y Costas*. Sentencia de 21 de julio de 1989. Serie C No. 7.
- » Deng, Francis M. *Informe del representante del secretario general, Sr. Francis M. Deng, presentado con arreglo a la resolución 1997/39 de la Comisión de Derechos Humanos*. Estados Unidos: Naciones Unidas, 1998.
- » Embajada de Estados Unidos en El Salvador. *Informe sobre los derechos humanos*, 2021. Acceso el 25 de junio de 2024. <https://sv.usembassy.gov/es/official-reports/hrr-2021/>
- » Marco Integral Regional para la Protección y Soluciones. *Declaración de la Ciudad de La Antigua Guatemala: Respondiendo a las causas estructurales del desplazamiento y fortaleciendo las alianzas y respuestas integrales para la protección y soluciones para las personas desplazadas, solicitantes de la condición de refugiado, refugiadas y retornadas con necesidades de protección en Centroamérica y México*. Guatemala: Marco Integral Regional para la Protección y Soluciones, 2021.
- » Ministerio de Justicia y Seguridad Pública. *Caracterización de la movilidad interna a causa de la violencia en El Salvador. Informe final*. El Salvador: Ministerio de Justicia y Seguridad Pública, 2018. <https://www.refworld.org.es/pdfid/5ab96d624.pdf>
- » Pérez, María. *Migración forzada, derechos humanos y niñez*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2020.
- » Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos. *Informe de monitoreo de protección a personas víctimas de desplazamiento forzado interno 2022*. El Salvador: PDDH, 2022. <https://www.pddh.gob.sv/informe-de-monitoreo-de-proteccion-a-personas-victimas-de-desplazamiento-forzado-interno-2022/>
- » Ramos, Elsa. “Resumen de ponencia El desplazamiento interno forzado en El Salvador y sus costos sociales.” *Conferencia CLACSO*. https://conferenciadclacso.org/programa/resumen_ponencia.php?&ponencia=Conf-1-4168-67676&eje=34
- » Rúa, Adriana. *Prevención del desplazamiento forzado*. Medellín: Instituto Popular de Capacitación, 2002. <https://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/colombia/ipc/despla.pdf>
- » Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. *Amparo, referencia 411-2017*. <https://www.jurisprudencia.gob.sv/PDF/411-2017.PDF>
- » Santillán, Alberto. “Análisis crítico-jurídico sobre las nuevas normas de comportamiento ético gubernamental en Ecuador.” *Universidad & Sociedad* 14, suplemento 4 (2022): 400–410.
- » Segundo Montes. *La situación de los salvadoreños desplazados y refugiados*. El Salvador: UCA, 1984.
- » Servicio Social Pasionista. *Desplazamiento forzado interno por violencia y las respuestas ante el fenómeno en El Salvador: El Estado, las organizaciones sociales y las víctimas*. El Salvador: SSPAS, 2021. <https://sspas.org.sv/sspas/wp-content/uploads/2021/05/Informe-Desplazamiento-forzado-interno.pdf>

Juicio político vs. muerte cruzada en Ecuador, Guillermo Lasso

Impeachment vs. cross death in Ecuador, Guillermo Lasso

Reinaldo Chávez Martínez

(Universidad de El Salvador, El Salvador)

 <https://orcid.org/0009-0007-5649-669X>

Correspondencia: reinaldo.chavez@ues.edu.sv

Rocío Aurora Bernabé Pérez

(Universidad de El Salvador, El Salvador)

 <https://orcid.org/0009-0001-0195-9438>

Correspondencia: bp18020@ues.edu.sv

JUICIO POLÍTICO VS. MUERTE CRUZADA EN ECUADOR, GUILLERMO LASO

Reinaldo Chávez Martínez

Rocío Aurora Bernabé Pérez

RESUMEN

En el artículo académico, se encontrará la descripción de una serie de acciones relacionadas con el campo político, principalmente a la forma de gobernar, y el mantenimiento del control social e institucional. De allí que el tema que nos ocupa es “el juicio político versus muerte cruzada”. Desde luego que, para ir entrando en contexto, es importante establecer que el accionar sobre esta línea está determinada por la Constitución, que se encuentra enfrentando problemas entre los órganos de gobierno y en el que la sociedad juega un papel importante. Esto significa que resolver problemas en los que participa un órgano de gobierno junto a la sociedad, o ya sea accionando cada uno de forma individual, pero sobre la misma línea, lleva a pensar en la complejidad del fenómeno, por lo que el gobierno tiene un gran reto que sortear. Este es el caso del expresidente Guillermo Manuel Lasso, en Ecuador, quien, a su llegada al gobierno, producto de una segunda vuelta, enfrentó una serie de actividades callejeras en su contra. Paralelamente a ello, también se estaba fraguando el trámite de un juicio político en su contra por parte de la Asamblea Nacional. En este orden de ideas, los hechos aquí relacionados provocaron que el expresidente Guillermo Lasso decidiera hacer uso de su último recurso: aplicar la disolución de la Asamblea Nacional.

PALABRAS CLAVE: responsabilidad política del poder ejecutivo - disolución del parlamento - crisis institucional - gobernabilidad democrática - protesta social - separación de poderes

IMPEACHMENT VS. CROSS DEATH IN ECUADOR, GUILLERMO LASO

Reinaldo Chávez Martínez

Rocío Aurora Bernabé Pérez

ABSTRACT

This academic article describes a series of actions related to the political sphere, mainly the form of government and the maintenance of social and institutional control. Hence, the topic at hand is “impeachment versus cross death.” Of course, to provide some context, it is important to establish that actions in this area are determined by the Constitution, which is facing problems between government bodies and in which society plays an important role. This means that resolving problems in which a government body participates alongside society, or each acting individually but along the same lines, leads one to consider the complexity of the phenomenon, which presents the government with a major challenge to overcome. This is the case of former President Guillermo Manuel Lasso in Ecuador, who, upon his arrival in office as a result of a second round of voting, faced a series of street protests against him. At the same time, the National Assembly was also preparing to impeach him. In this context, the events described above led former President Guillermo Lasso to decide to use his last resort: to dissolve the National Assembly.

KEYWORDS: political accountability of the executive branch - dissolution of parliament - institutional crisis - democratic governance - social protest - separation of powers

Juicio político vs. muerte cruzada en Ecuador, Guillermo Lasso

Reinaldo Chávez Martínez¹
Rocío Aurora Bernabé Pérez²
El Salvador

*“El político piensa en la próxima elección;
el estadista, en la próxima generación”.
Otto Von Bismarck, político alemán
de finales del siglo XIX.*

Introducción

El artículo está referido al estudio de las elecciones que llevaron al poder al expresidente Guillermo Lasso, en la República de Ecuador, así como su finalización anticipada del mandato. Se sentarán las bases del análisis, haciendo uso de instrumentos jurídicos ecuatorianos, doctrina de carácter general y opiniones de organismos regionales que permita fortalecer cualitativamente la investigación. Su delimitación temporal es corta, debido al escenario electoral que inicia a finales de 2019, con la convocatoria a elecciones por parte del Consejo Nacional Electoral de Ecuador. Es así, que, en esta etapa, la autoridad electoral se encargó de estudiar aspectos como el presupuesto para los comicios,

- 1 Colaborador Académico de la Facultad de jurisprudencia y Ciencias Sociales, Universidad de El Salvador; Licenciado en Ciencias Jurídicas, por la Universidad de El Salvador, Pedagogo, por la Universidad de El Salvador, Maestría en Derecho Familiar, Por la Universidad Evangélica de El Salvador, Abogado y Notario de la República. Estudiante de la Maestría en Ciencia Política y Gestión Pública, de la Universidad de El Salvador.
- 2 Defensora Pública Especializada, Procuraduría General de la República, de El Salvador, Licenciada en Ciencias Jurídicas, abogada de la República. Estudiante de la Maestría en Ciencia Política y Gestión Pública de la Universidad de El Salvador



establecer los montos a invertir por cada acción, definir conforme a la legislación los requisitos de los candidatos, determinación y habilitación de los partidos aptos para participar en los comicios, y consignar la fecha de las elecciones. De acuerdo con el Consejo Nacional de Elecciones de Ecuador, (Consejo Nacional de Elecciones de Ecuador, 2020), *el 12 de marzo del año antes relacionado, fue aprobado el calendario electoral; que garantizaría los comicios del 2021, en los que se elegirían presidentes y vicepresidente de la República, Representantes a la Asamblea Nacional y al Parlamento Andino.*³

De acuerdo con el Consejo Nacional de Elecciones, la planificación antes comentada era de carácter general, por lo tanto, es relevante establecer que este estudio cualitativo se basa específicamente en lo relativo a la elección presidencial de 2021, particularmente, en la interrupción del periodo presidencial. Para entrar en materia, se señala que las elecciones presidenciales de Ecuador tienen una duración de tres días: El 4 de febrero de 2021, votaron las personas privadas de libertad que cumplían con el requisito, de no poseer una sentencia condenatoria ejecutoriada; por su parte el día 5 de febrero votaron las personas con una discapacidad física superior al 75 %, este segmento de la población recibe un trato especial previo a cumplir con el requisito de registrarse en el programa del Consejo Nacional Electoral (CNE), el cual se denomina “Voto en Casa”; finalmente el día 7 de febrero procedieron emitir el voto el resto de personas a nivel nacional y en el exterior.⁴

En el orden antes planteado, en Ecuador los comicios a nivel presidencial fueron estrechos entre el segundo y tercer lugar, lo que dilató la proclamación oficial de resultados publicados por el Consejo Nacional Electoral (CNE); además porque se debía proveer y preparar las condiciones

3 El Consejo Nacional de Elecciones y las autoridades del Tribunal Contencioso Electoral (TCE), fijaron etapas y establecieron los plazos para el cumplimiento de las actividades administrativas, operativas y jurisdiccionales; <https://www.cne.gob.ec/cne-declara-inicio-de-proceso-electoral-y-aprueba-calendario-de-las-elecciones-2021/>

4 Karen Andrea Garzón- Sherdek. “Serie Análisis de Elecciones 2021” (México: Observatorio de Reformas Políticas en América Latina, IIJ-UNAM, Organización de los Estados Americanos (OEA), 2021).

para la convocatoria a segunda vuelta, que se llevó a cabo el día 11 de abril. En ese evento participaron solamente dos candidatos, Guillermo Lasso Mendoza y Andrés Arauz. De acuerdo con Karen Andrea Garzón, dentro del sistema electoral se establecen las líneas generales en el caso que ningún candidato alcance la mayoría en primera vuelta, lo que provoca la segunda vuelta. En las elecciones presidenciales, este hecho se da cuando en primera vuelta ninguno de los binomios alcanza la mayoría absoluta de los votos válidos, o ya sea el cuarenta por ciento de los votos válidos y una diferencia mayor de diez puntos porcentuales más que la fórmula que haya obtenido el segundo lugar.

I. Segunda vuelta y composición del congreso ecuatoriano

Dado que no se había logrado resolver el triunfo de un candidato en primera vuelta, el día 11 de abril se realizó la segunda vuelta electoral, resultando ganador Guillermo Lasso, representando el partido de derecha denominado Creando Oportunidades, con un porcentaje de 52.36 % sobre el contendiente Andrés Arauz, que representaba a la Unión por la Esperanza UNES, que logró obtener un porcentaje de 47.64 %. Lasso había triunfado, y se había llevado el máximo premio, es decir, la presidencia de Ecuador, pero tenía un camino difícil por recorrer, ya que, de los 137 escaños en la cámara, el partido CREO, solamente consiguió la mínima cantidad de 12 escaños, y sumándole los obtenidos por el partido aliado, el Partido Social Cristiano, que obtuvo 18 escaños, lograban hacer un total de 30 votos a su favor en el congreso.

La composición de la cámara no era punto a favor de Lasso, debido a que ésta se definió en la elección del día 7 del año 2021, con una diferencia de 107 escaños, que podían maniobrar políticamente en contra del ejecutivo. Guillermo Lasso, logró remontar a los más de 12 puntos porcentuales de diferencia que Andrés Arauz le había sacado en la primera vuelta de la elección

para presidentes en Ecuador, y en este escenario, hay un dato importante para la democracia, ya que esta fue la cuarta ocasión en que un candidato que participaba en segundo lugar logra remontar a su contendiente en lo que ellos llaman *ballotage*. Para la cultura política, sería la segunda vuelta electoral, logrando ganar la presidencia.⁵

Es importante establecer que, a nivel nacional e internacional, los analistas y politólogos consideran difícil que el candidato Lasso pudiera alcanzar los números electorales y rebasar las preferencias de su adversario. En este caso en concreto, los analistas políticos sustentaban su opinión en primer término, afirmando que existía la convicción de que Lasso había tenido un muy mal desempeño en la primera vuelta, a tal grado que, su votación había sido menos favorecida y con dificultad había alcanzado el porcentaje para ir a segunda vuelta electoral. Además, en esos momentos, se acrecentaba en los medios la idea de que un electorado identificado con la izquierda nunca votaría por un banquero conservador, al que se le atribuía el fomento del neoliberalismo, y ser el impulsor del Feriado Bancario de 1999. Este hecho se refiere al congelamiento de los ahorros de los ciudadanos por 24 horas: quienes habían confiado su dinero en los bancos, no podían sacarlo de las instituciones bancarias, ni realizar alguna transacción a su favor. Esta medida gubernamental, buscaba evitar que los ahorrantes, de forma masiva, retiraran su dinero de los bancos en los momentos de quiebre bancario.⁶

5 Fernando Bustamante Ponce y Pablo Medina, "Ecuador: ¿qué significa el triunfo de Guillermo Lasso?", en *Revista de Ciencia Política*, Vol. 59, N.º 2 (2021): 155.

6 Jeferson, C., *Causas y consecuencias del feriado salvaje bancario en 1999 en Ecuador*, 2024.

II. El banquero que arrastró problemas previos a su elección

Lo que ya antes se ha apuntado sobre las dificultades que el expresidente Lasso estaba enfrentando para gobernar, ha sido solamente pinceladas, debido a que este funcionario encontró resistencia desde el inicio de su administración, por no tener la correlación de fuerza en la Asamblea Nacional. Así, por ejemplo, y tal como se ha apuntado en párrafos precedentes, el Feriado Bancario de 1999, era solamente el inicio de toda una trama de acusaciones para impedir que se mantuviera en el poder. Así las cosas, explotó la efervescencia social y después de cinco meses de haber llegado al poder, tanto las redes sociales como otros medios de comunicación masiva, hicieron énfasis en la denominada, '*Pandora Papers*'. En este caso se relacionaba directamente al gobernante, el cual se mencionaba que tenía fortunas en paraísos fiscales; sin embargo, se considera que las acusaciones que le imputaron al funcionario no se encontraban fundamentadas en investigaciones serias sino más bien, que se basaban en un fenómeno muy conocido en las sociedades, el cual denominan como "rumorología". Este escándalo de redes y noticieros pasó a la Asamblea Nacional; ahí se formalizó una acción en contra del gobernante, organizada por el movimiento UNES, en la que propusieron la realización exhaustiva de una investigación en cuyas comisiones ellos mismos serían juez y parte.⁷

Desde el Feriado Bancario de 1999, menos de dos décadas habían transcurrido cuando fue electo presidente de Ecuador, el señor Guillermo Lasso. El feriado no era más que el hecho de no permitir que los ahorrantes sacaran su dinero de los bancos el lunes 8 de marzo del año antes relacionado. El Superintendente ecuatoriano de Bancos y Seguros, Jorge Egas Peña, a las nueve de la mañana, comunicó de forma intempestiva, que, a partir de ese día, las entidades financieras no abrirían sus puertas al público, que buscará retirar

⁷ Guillermo Lasso Mendoza, *900 días de Democracia y Resultados* (Quito: Imprenta Mariscal, 2023).

los fondos productos de sus ahorros, ya que, en esos momentos, la República de Ecuador estaba pasando por una etapa difícil, directamente relacionada con la desregulación financiera. Este hecho provocó que en la población se acelerara la incertidumbre sobre lo que pasaría con sus ahorros; pero de acuerdo con la Superintendencia, este congelamiento debía durar nada más un día, aunque se prolongó hasta el viernes 12 de marzo.

Se considera que en esa semana las autoridades encargadas de regular la economía nacional emitieron de forma provisional un decreto confiscatorio, que ordenaba la inmovilización de los ahorros en calidad de depósitos de los clientes de las instituciones financieras a nivel nacional. Esta acción premeditada, provocó que pronto se iniciara una serie de eventos que involucraban a instituciones públicas y sociedad; esto hizo propicio la activación de la sociedad civil fortaleciendo la organización de actividades callejeras. De tal manera que, la inmovilización de recursos en las cuentas bancarias más tarde sería un punto en contra del expresidente Guillermo Lasso, por ser un hombre directamente relacionado con la actividad bancaria. Además, porque había sido involucrado como uno de los actores que promovieron, desde fuera del Estado, el feriado, que afectaba a la población en general. Esta situación venía siendo un mal que estaba incrustado desde décadas anteriores y que los gobiernos de turno no le habían puesto atención ni buscaron una salida favorable para minimizar los daños colaterales.⁸

La aseveración vertida en los párrafos anteriores, conduce a la idea de la debilidad de las instituciones. En este sentido Mario Armando Vázquez, parafrasea a María Victoria Murillo y Steven Levitsky al señalar que: toda

8 *“Las dos décadas finales del siglo XX fueron el escenario de un tortuoso proceso de cambio de modelo económico. La Constitución Política publicada en el Registro Oficial n. 800 del 27 de marzo de 1979 eliminó la Junta Nacional de Planificación, entidad rectora de la tardía industrialización por sustitución de importaciones de la década de 1970, y creó el Consejo Nacional de Desarrollo (Conade), entidad llamada a elaborar los planes de desarrollo y a fijar las políticas económicas, sociales y poblacionales. Aparte de este cambio, la crisis de la deuda externa provocada por el default de México sorprendió al Ecuador con la estructura institucional desarrollada durante el boom petrolero”. Julio Oleas-Montalvo, “Ecuador: La Economía política del feriado bancario (8-12 de marzo de 1999)”, en Revista Uruguaya de Historia Económica, año X, n° 17 (2020): 52.*

institución que no cuenta con metas y objetivos que le tracen un rumbo claro en la ejecución de sus funciones, va a entrar en la caracterización de una institución débil. Por ello, parten de dos premisas: una tiene que ver con la fortaleza institucional y, la otra, sobre la debilidad. En la primera, los autores señalan que una institución fuerte es aquella que se adelanta a los hechos y logra cambiar el comportamiento de los actores cumpliendo los objetivos de su creación. La segunda, tiene que ver con las instituciones que ofrecen profundizar en acciones positivas hacia la población, pero no logran cumplir con sus objetivos; estas se vuelven instituciones débiles de acuerdo con teóricos que parafraseamos en párrafos posteriores.⁹

Mediante las premisas expuestas en el párrafo anterior, Murillo y Levitsky consignan una triple dimensión sobre instituciones débiles: *a) instituciones decorativas, b) instituciones insignificantes, c) instituciones aspiracionales*. Es así que, de acuerdo con los autores, la debilidad institucional parte del incumplimiento de obligaciones, la inestabilidad y la insignificancia. El incumplimiento se manifiesta a partir del momento en que los actores principales pasan de lado sus obligaciones, por ejemplo, cuando un funcionario determinado no acciona conforme la legislación que le rige, o lo hace al margen de ésta; o cuando actúa de forma selectiva con algunos individuos o grupos cercanos a su corriente ideológica. En cuanto a la inestabilidad, se manifiesta por medio de la ausencia de sanciones fuertes a quienes no cumplen con lo dispuesto por la institución; estos hechos se convierten en incentivo para ignorar o desafiar a la institución. Por su parte, la premisa relacionada con la insignificancia está relacionada con todas aquellas instituciones que aceptan cualquier resultado que se obtenga, de tal manera que, si esa institución no existiera, el gobernado seguiría en las mismas condiciones.¹⁰

9 Mario Armando Vásquez Soriano, “La debilidad de las instituciones como instrumento político”, en *Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales UNAM*, (2024): 434. DOI: <https://doi.org/10.22201/fcpys.2448492xe.2024.251.84524>

10 *Ibíd.*

III. Juicio político y coaliciones callejeras

De acuerdo con lo plateado por Lasso,¹¹ establece que la maniobra política realizada por sus adversarios, le permitió al Pleno de la Asamblea Nacional, configurar el primer intento de juicio político en su contra. Los asambleístas justificaron su acción bajo la idea de “grave crisis política y conmoción interna”. Como puede observarse, aquí da inicio todo un proceso cuyo objetivo era sacar del poder al titular del Ejecutivo ecuatoriano. En ese sentido, el día 7 de diciembre de 2021, se realizó la acción en la que votaron la iniciativa de juicio político, obteniendo así los resultados en el pleno de 50 votos. Aunque no fue posible continuar con esta acción, pues no se pudo obtener el apoyo suficiente para lograr el objetivo principal que se había trazado la oposición, sí quedaba claro que se habían sentado las bases y fijado la ruta desestabilizadora que con el tiempo iría tomando fuerza.

Por otra parte, se entenderá en este artículo como coalición callejera, al descontento social de un segmento de la población y sobre los cuáles, los gobiernos utilizan diversas formas para disuadirlos de su accionar. En aquellos estados en donde los gobiernos son de corte autoritario, suelen controlar las coaliciones callejeras por medio del poder represivo del Estado, utilizando balas de goma, gas lacrimógeno y cañones de agua. Cada uno de estos elementos mencionados han sido utilizados como armas de control de protestas multitudinarias en todo el mundo, y seguirán aplicándose mientras no haya una verdadera política encaminada a un estado social y democrático de derecho, en el que se respeten cada una de las garantías constitucionales y, además, que el gobierno este constituido por verdaderos estadistas y no por políticos tradicionales. Científicamente, se considera que una de las formas de resolver este tipo de problemas no es por medio de la justicia ideal sino, más bien, como lo señala González: *“La violencia se supera con justicia,*

11 Guillermo Lasso Mendoza, *900 días de Democracia y Resultados*.

*pero no con una justicia ideal (o perfecta), sino que se debe partir de la vida real de la gente, de sus necesidades de trabajo, de salud, de educación y de vivienda”.*¹²

En esta línea de ideas, para junio de 2022, se registraron acciones violentas en contra de la administración en Quito y otras ciudades a nivel nacional. Estas protestas callejeras fueron coordinadas por líderes indígenas opositores y aliados de los partidos que antes habían iniciado un proceso con el fin de terminar en un juicio político para el presidente. Los resultados y testimonios de esta paralización violenta, fueron registrados por la prensa y los propios ciudadanos, que hicieron públicos hechos violentos realizados en contra de un par de convoyes militares; uno de ellos en la vía Calacalí, que llevaba medicinas, alimentos y combustibles a Quito. Con estas protestas, los agitadores exigían al gobierno respeto y cumplimiento a sus 10 puntos relacionados con su plataforma de lucha.

La plataforma de lucha de las coaliciones callejeras exigía la reducción y congelamiento del precio de los combustibles; la condonación de las deudas con la banca privada; la moratoria por un año de sus créditos en la banca privada y cooperativas de ahorro y crédito; la determinación de precios justos para sus productos agropecuarios del campo; una mejoría en las políticas de empleo y la limitación de la expansión extractiva minera; poner un alto a la privatización del patrimonio nacional; la aprobación de una política de precios y evitar la especulación en productos de primera necesidad; garantizar a la juventud el acceso a la educación superior y seguridad; y protección y generación de políticas públicas efectivas para frenar la ola de violencia, sicariato, delincuencia, narcotráfico, secuestro y crimen organizado que mantenía en zozobra al Ecuador.¹³

12 Luis Armando González, “Sociedad, justicia y violencia”, en *Teoría y Praxis*, No. 18 (2011): 21.

13 Silverio Chisaguano Mallinquin, “Los pueblos indígenas del Ecuador desde la perspectiva del estado: Un análisis crítico a partir del paro nacional de 2022”, en *Revista Científica Arbitrada Multidisciplinaria PentaCiencia*, Vol 4, Núm 5(2022): 521.

La ola de protestas en las calles fue un factor importante para que la oposición en el congreso consiguiera cabildear apoyo para avanzar con pasos seguros hacia el juicio político, el objetivo que ya habían querido conseguir, y la fuerza contraria al gobierno de Lasso, aprovechaba cada momento de descontento social. De ahí que las actividades de calle fueron protagonizadas por el movimiento indígena, logrando sumar el apoyo de un segmento importante de la sociedad en general. De la movilización emergió el liderazgo de un integrante del Movimiento Indígena de Cotopaxi, llamado Leónidas Iza; este ciudadano se encargó de conducir la movilización y logró ubicarse como el personaje más visible en el diálogo con el gobierno. En su estrategia, utilizó el problema del alza de los combustibles, una situación que el congreso vigilaba de cerca para accionar su deseo de ejecutar el juicio político hacia el presidente.¹⁴

Por otra parte, la composición parlamentaria estaba distribuida de la siguiente manera: la corriente de Rafael Correa, con una fuerza de 49 legisladores, que lo convertía en la primera fuerza legislativa; por otro lado, la corriente de procedencia indígena Pachakutik y la Izquierda Democrática ID, lograron llegar a acuerdos y firmar un documento para formar un bloque “progresista” que sumaba 45 legisladores. Otras fuerzas menores, locales o “independientes” conocidas como no alineadas a ningún partido, alcanzaban unos trece curules. De tal manera que negociar en los términos que se encontraba Lasso, significaba un alto costo de transacción, lo que podía al mismo tiempo debilitarlo más de lo que estaba, ya que debía utilizar como moneda de cambio, las instituciones estratégicas, puesto que cada uno de esos votos obligatoriamente debía ser materia de una negociación por separado y cuyo “precio” tendía a variar en función de la necesidad que las circunstancias le impusieran en su momento.

De todo ello se concluye que, al tornarse difícil los intentos de generar una coalición con el social cristianismo y con el correísmo, el único lugar a donde Lasso, podría dirigirse a fin de obtener el necesario apoyo para gobernar e ir

14 Augusto Barrera Guarderas, “Ecuador: los laberintos de Guillermo Lasso”, en *Nueva Sociedad* (2021): 11.

configurando la posibilidad de un escudo político, era precisamente el bloque ID-Pachakutik. Dada la circunstancia, la dirigencia indígena se consolidó y se concientiza de su nuevo rol y poder, y de considerarse el fiel de la balanza. Esta conciencia permitió que su dirigencia, en principio, exigiera la Presidencia de la Asamblea, por lo que, de forma directa, estaban exigiendo desarrollar un gobierno conjunto y que además el presidente Lasso, se sometiera a sus directrices. Por ello, se considera que esta lógica se encuentra en la incertidumbre del futuro y la posibilidad siempre presente que la fuerza del momento sea transitoria o temporal.¹⁵

IV. Escudo legislativo

El escudo legislativo es una maniobra de carácter político que utilizan los presidentes en la mayoría de los países de América Latina como herramienta básica para impedir que el congreso de su país obtenga los votos para destituirlos. En este caso concreto, cabe preguntarse ¿Pudo, Lasso, formar un escudo Legislativo?

A la luz de lo consignado por Guillermo Lasso en su libro *900 días de Democracia y Resultados*, en algún momento fue posible concretar una alianza, tanto así que, el 14 de mayo de 2021, se negó a firmar un acuerdo político con el Partido Social Cristiano y la Revolución Ciudadana para nombrar a las nuevas autoridades de la Asamblea Nacional. Y consignó, el propio presidente, que muy probablemente habría tenido gobernabilidad, pero el costo moral y político era muy alto. Además, habría sido un error tan grande y vergonzoso, pensando en la población ecuatoriana que le había dado un mandato de caminar en la administración por senderos diferentes, ya que este sector político tenía, desde hace años, bloqueado al país por su obsesión con el poder y sus intereses

15 Fernando Bustamante Once y Pablo Medina Pérez; ¿qué significa el triunfo de Guillermo Lasso?“, *Revista de Ciencia Política*, Vol. 59, N.º 2 (2021): 166.

en negocios rentables con el Estado. De tal manera que rechazó los votos del movimiento antes mencionado.

Luego de negarse a pactar con corrientes diferentes a sus ideales, no habían pasado ni 100 días de su administración cuando iniciaron las actividades de calle. La oposición logró viralizar cada acción en contra del gobierno, y es en este preciso momento, que inicia el primer intento de juicio político, argumentando una grave crisis política. Es así como el 7 de diciembre de 2021 y como moción interna, se sometió a votación en el pleno del congreso nacional, obteniendo no más de 50 votos de los 107 en total. Aunque esto le permitió mantenerse en el poder, sí sentó las bases para la recomposición de la Asamblea, y que estos lograran negociar para ir en contra del presidente. En otras palabras, esto dejó al descubierto que Lasso encabezaba un gobierno débil, que había centrado todos sus esfuerzos en garantizar su continuidad sin negociar con los partidos mayoritarios.¹⁶ De acuerdo con lo planteado anteriormente, se puede determinar que, en efecto, el expresidente Lasso, tuvo la posibilidad de establecer un escudo político únicamente por una sola ocasión; sin embargo, no quiso negociar con una oposición férrea al poder.

Con una Asamblea recalcitrante, el expresidente Lasso no tenía opción de gobernabilidad, a tal grado que, en el plano de la producción legislativa, Lasso solamente había logrado la aprobación de 3 proyectos de ley de un total de siete que había presentado. Había una gran diferencia en cuanto a su predecesor, por ejemplo, con el expresidente Lenin Moreno, quien, en el mismo periodo anterior, presentó 31 proyectos de ley de los cuales fueron aprobados íntegramente 23. Toda esta serie de eventos generaron una crisis presidencial que, Pérez Liñán, lo describe como *“proceso por el cual el Congreso intenta remover al presidente de su cargo, el presidente intenta clausurar el Congreso, o uno de los dos poderes apoya un movimiento civil o militar en contra del otro”*.¹⁷

16 Francisco Sánchez y Castellar Granados, “Institucionalización de la política contenciosa: Ecuador bajo Guillermo Lasso, *Revista de Ciencias Política* (2023): 280.

17 Aníbal Pérez Liñán, “Instituciones y coaliciones callejeras e inestabilidad política: Perspectiva

V. Muerte cruzada

El caso en estudio del expresidente Lasso, demuestra que finalizó su administración de forma anticipada con el procedimiento denominado muerte cruzada. Regulado en la Constitución de la República de Ecuador, en su artículo 148 en la disposición antes citada se encuentra el procedimiento para la disolución de la Asamblea Nacional, recurso otorgado al Presidente de la República pudiendo ser ejecutado a partir de las siguientes premisas: primero que considere que se están arrogando funciones que no le competen constitucionalmente; segundo que de forma reiterada e injustificada obstruye la ejecución del Plan Nacional de Desarrollo, y tercero por grave crisis política y conmoción interna.

Las acciones que confluyen en la muerte cruzada, deben encajar en los elementos que establece la Constitución y debe ser aprobada por la Corte Constitucional; y se entenderá por muerte cruzada, el mandato constitucional que se otorga al Ejecutivo para disolver al Órgano Legislativo cuando en procesos paralelos éste decide destituir al presidente.¹⁸ En este orden el ejercicio de la muerte cruzada no significa el adelanto de elecciones; sino, que habilita al órgano encargado de dirigir, convocar y organizar la elección, para finalizar el periodo que se interrumpió.

El inciso segundo del artículo antes citado establece que:

Teórica sobre las Crisis Presidenciales”, en *América Latina Hoy*, Vol. 49, agosto (2008): 109. El autor denomina como crisis presidencial cuando se enfrenta al congreso frente al Ejecutivo y, buscan aniquilarse mutuamente, en este caso el autor nos indica que el congreso suele participar de dos formas: la primera tomando iniciativa para remover al presidente por medio del juicio político y la segunda legitimando las acciones de otros sectores, como el caso de las coaliciones callejeras, es importante destacar que este tipo de crisis no siempre concluye en el derrumbe o caída del presidente, a veces de forma simultánea el Presidente también desmantela el congreso.

18 Constitución de la República de Ecuador (Ecuador: Asamblea Nacional Constituyente de Ecuador, 2008), artículo 148.

“Esta facultad podrá ser ejercida por una sola vez en los tres primeros años de su mandato. En un plazo máximo de siete días después de la publicación del decreto de disolución, el Consejo Nacional Electoral convocará para una misma fecha a elecciones legislativas y presidenciales para el resto de los respectivos periodos”. En el inciso tercero se establece que “Hasta la instalación de la Asamblea Nacional, la presidenta o presidente de la República podrá, previo dictamen favorable de la Corte Constitucional, expedir decretos, leyes de urgencia económica, que podrán ser aprobados o derogados por el órgano legislativo”.

Así logró el expresidente Lasso mantenerse en el poder por seis meses más, tiempo que la misma legislación le otorga para poder organizar su salida anticipada del poder. De tal suerte que la activación de la “muerte cruzada” por el expresidente Guillermo Lasso, ejecutada el día 17 de mayo de 2023, marca un antes y un después de su administración, designándose así el día y fecha para la finalización anticipada de su mandato; desde luego en cumplimiento de la obligación constitucional, tal como está consignado en el artículo antes relacionado para que preparara su salida definitiva.¹⁹

En líneas escritas por el expresidente, se narra que: el día 16 de mayo de 2023, se levantó temprano, debido a que le correspondía ir a ejercer su defensa frente a una mayoría de la Asamblea Nacional, a quien le denominó una Asamblea feroz, que había forjado un juicio político sobre un hecho que tuvo lugar en el gobierno anterior; es decir, en el Gobierno de Lenin Moreno. Bajo una gran presión social, asistió al Pleno de la Asamblea para defenderse y decir nada más que la verdad, una realidad que antes se habían negado a escuchar, debido a que ya tenían su plan trazado, su objetivo definido, que consistía en sacar del poder al presidente de ese momento y armar un gobierno que respondiera a sus intereses.²⁰

19 Álvaro García Mayoral, “Agotamiento del modelo neoliberal en Ecuador: la caída de Guillermo Lasso”, en *Análisis Carolina*, N° 10, Madrid, Fundación Carolina (2023): 2.

20 Guillermo Lasso Mendoza, *900 días de Democracia y Resultados*.

En el orden anterior, la tensión entre ambos poderes aumentaba y el apoyo para el expresidente Guillermo Lasso, era escaso, lo cual lo llevó a tomar la decisión más radical. Partiendo de la idea de evitar la continuidad del juicio, ante la incertidumbre que, en caso de prosperar, desencadenaría la salida inmediata del expresidente Lasso y acorralado en esta desesperante situación, decidió hacer uso de su última acción, invocando el artículo 148 de la Constitución de la República de Ecuador. Emitió el Decreto Ejecutivo N° 741 del 17/05/2023, con este instrumento disolvía la Asamblea Nacional poniéndole fin a cualquier acción de esta.²¹

En esta misma línea de ideas y de acuerdo con el procedimiento establecido en la ley, es en este preciso momento que le corresponde al Consejo Nacional Electoral asumir un rol activo, que consiste, de acuerdo con la Constitución de Ecuador, en iniciar de inmediato los preparativos para la elección anticipada; debe fijar las elecciones parlamentarias que sustituirán el congreso disuelto y presidenciales, en sustitución del que invocó el procedimiento de muerte cruzada. Para organizar todo esto, el Consejo Nacional Electoral tiene un plazo máximo de siete días. En las elecciones se elegirán un nuevo presidente y nuevos diputados, que permanecerán en el cargo hasta el final del período legislativo en mayo de 2025. En este caso, la Asamblea ya no puede seguir operando, pero el mandatario puede seguir emitiendo decretos que sean necesarios dentro del marco de la economía, desde luego que estos se someten a la consideración del Consejo Nacional Electoral, siendo este organismo el único que actúa como contrapeso del presidente; es decir, que ejerce el control de los decretos del ejecutivo.²²

21 Arianna Tanca, “*Explicaciones políticas para gentes apuradas*”, tal como se ha apuntado anteriormente, el juicio político se incluye en ciertas constituciones latinoamericanas, para evitar los golpes de estado como salida a las crisis políticas. De tal suerte que esta es una salida anticipada, como un mecanismo que otorga la flexibilidad a la democracia presidencialista con el fin de evitar una ruptura democrática, <https://gk.city/2023/03/31/todo-lo-que-ha-pasado-en-juicio-politico-a-lasso-hasta-ahora/>

22 Arianna, T. (16 de mayo de 2023). *Quieres entender la política*. Obtenido de Explicaciones políticas para gente apurada: <https://gk.city/2023/03/31/todo-lo-que-ha-pasado-en-juicio-politico-a-lasso-hasta-ahora/>

A la luz de lo expresado por el expresidente Lasso, en su contestación a la Honorable Corte de lo Constitucional en Ecuador, luego de hacer todas sus valoraciones en las que les explica que no puede haber lugar a la apertura a causa, les comenta lo siguiente: *“El juicio político debe respetar las garantías del debido proceso. La independencia, imparcialidad, legalidad y competencia deben ser observadas”*. Y dada la configuración de fuerzas políticas en la Asamblea, no había garantía que se respetara el debido proceso. En consonancia con lo anterior, ya se ha pronunciado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, estableciendo que, en el sistema interamericano, las garantías del debido proceso de los procesos judiciales se han extendido al ámbito de cualquier proceso o procedimiento, ya sea dirigido por una autoridad pública, administrativa o colegiada que determine los derechos y obligaciones de una persona.²³

VI. Los costos de la corrupción

La administración del expresidente Lasso, fue caracterizada como la de un gobierno débil, en donde las ansias de mantenerse en el poder, no le permitieron enfocarse en los grandes problemas de nación, que pasaban por alcanzar acuerdos con el congreso y fortalecer las alianzas con la sociedad civil. Esto provocó la no puesta en marcha de su plan de gobierno y favorecer de esta manera al movimiento indígena y los partidos de oposición, que ya habían conseguido fortalecerse desde el plano legislativo.²⁴ A esta serie de problemas se le sumaban señalamientos de corrupción, por lo que la Fiscalía, en septiembre de 2021, abrió investigaciones por supuestos hechos de corrupción ligadas a varias entidades públicas y sus funcionarios. Entre algunos actos que se señalan se encuentran la crisis carcelaria, la facilidad con la que se movilizaba

23 Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (26 de abril de 2018). Obtenido de https://www.corteidh.or.cr/sitios/observaciones/sor_comi/9_unijaver.pdf

24 Francisco Sánchez y Castellar Granados, “Institucionalización de la política contenciosa: Ecuador bajo Guillermo Lasso, *Revista de Ciencias Política* (2023): 280.

el narcotráfico, la negociación de cargos en el gobierno. Estos son algunos casos de corrupción.²⁵

Es importante resaltar que, Latinoamérica históricamente ha sido gobernada por regímenes de carácter presidencialista, el cual ha conducido a un modelo abusivo en el que los gobernantes se atribuyen funciones más allá de las establecidas en los cuerpos normativos, y en ocasiones, rebasan el sistema constitucional, dejando al descubierto un modelo de gobierno autoritario, donde se fortalecen acciones corruptas en las que los más afectados son los gobernados. Desde luego, todas estas acciones tienen un costo; de ahí que la corrupción lo que hace es generar incentivos para que la misma, se fortalezca a tal grado que cada acción parezca normal del accionar de todo funcionario público. La corrupción se observa en cada gobierno y no hay forma de frenarlo debido a que no hay una penalización igualitaria para los corruptos y corruptibles; los gobiernos solamente persiguen a los que no son sus aliados y, frente a los que consideran sus socios, guardan silencio. Las acciones no van más allá de la retórica, para que los ciudadanos tengan la impresión de que sí están atacando los hechos punibles.

Esta forma de proceder se contagia y se fortalece por la falta de penalización en el campo jurisdiccional y se agrava cuando la sociedad civil es trastocada y manipulada, como el caso del Ecuador. Este es un fenómeno que se ve claramente expandido en sociedades que se caracterizan por la búsqueda del interés individual y no colectivo; por lo que es de suma importancia comprender, que el silencio implícito, como regla dentro del ámbito político, juega un rol fundamental para la reproducción de este flagelo. De igual forma, la ciudadanía

25 Mario Alexis González, *“Los rastros de corrupción que deja el gobierno de Guillermo Lasso”* La primera sospecha llegó en marzo de 2022 e involucraba al Ministerio de Agricultura. La Fiscalía investiga la presunta participación de Ernesto Ripalda en la negociación de un cargo en el viceministerio de Agricultura, por más de USD 2 millones. El caso no ha sobrepasado la etapa de reserva. Por lo que no se conocen mayores detalles de la trama. En ese entonces, la Fiscalía admitió que ese no era el único caso y que, desde septiembre de 2021, abrió de oficio varias investigaciones previas por presuntos hechos de corrupción alrededor de varias entidades públicas y actores políticos, <https://www.primicias.ec/noticias/politica/guillermo-lasso-corrupcion-casos/>

pierde interés por la participación directa como resultado de la apatía generada frente a una clase política que busca aprovecharse de la situación engañando a sus correligionarios y seguidores para armar coaliciones en contra de los funcionarios de un determinado Órgano de Gobierno. Cuando la ciudadanía pierde el interés, se debilitan los lazos de solidaridad que unen a la sociedad en su conjunto y abren paso a la profundización de conductas individuales que buscan maximizar beneficios particulares. De tal suerte que la debilitación de las instituciones inicia cuando se produce un hecho de corrupción, que sale a la luz pública y los gobiernos no son capaces de controlarlo, ya sea porque los corruptos son sus aliados o porque deciden callar para cubrir a funcionarios de su gobierno.

Conclusiones

Cada uno de los párrafos precedentes ilustran sobre los hechos políticos que rodearon la gestión del expresidente Lasso en Ecuador, los cuales constan de tres momentos: antes, durante y después de la elección; en la primera premisa, se demuestra las limitantes para llegar al poder a tal grado que fue necesario ir a una segunda vuelta para clasificar a la primera magistratura; la segunda premisa, está directamente relacionada con la debilidad para administrar, lo que se infiere a partir de la cantidad de escaños en el congreso alcanzado junto al partido aliado que lo había colocado en la posición de Presidente de la República, en este orden de ideas, ha sido analizada la tercer premisa, determinada por el cierre anticipado de la administración del Gobierno de Lasso.

De allí que; una de sus principales limitantes estaba determinada por la configuración en el Órgano Legislativo, ya que junto al partido aliado que lo había llevado al poder en segunda vuelta, solo lograban concentrar un total de treinta escaños de ciento treinta y siete. Esto lo dejaba en desventaja, ya que cualquier propuesta de ley que llegara al congreso podía ser enviada al archivo, con el fin de obstaculizar el trabajo del Órgano Ejecutivo. Una de las ideas

principales en el marco del quehacer político es que, “el que gana el ejecutivo gana todo” y, en este sentido, se establece que el expresidente Lasso, no accedió a las propuestas del Legislativo, siendo así que, nombraron funcionarios aliados de sus detractores en cargos claves del Órgano Ejecutivo, lo que le provocó problemas para administrar.

Las negociaciones entre órganos de gobierno generalmente son utilizadas para pactar altos cargos denominándose a esta práctica como, “cargos públicos como moneda de cambio”, con el fin de formar coaliciones a favor de un determinado funcionario. Entre las coaliciones se encuentra la primera de tipo legislativo y, las segundas, de tipo callejera. En la primera, como se ha apuntado anteriormente se negocia la designación de cargos en cualquier órgano de gobierno, la segunda tiene que ver con los movimientos sociales que se relacionan directamente con las protestas populares, lo que significa que los movimientos sociales son el primer foco de desestabilización.

Finalmente, queda evidenciado que la Asamblea Nacional de Ecuador buscaba destituir al presidente, en un momento que éste no tenía la posibilidad de formar una coalición legislativa con el fin de evitar la destitución, por lo que decide disolver la Asamblea Nacional lo que le permitiría continuar gobernando por decreto en los sucesivos seis meses mientras se organizaban las nuevas elecciones en las que se elegiría al Presidente Vicepresidente y el Congreso Nacional, para culminar el periodo interrumpido.

Bibliografía

- » Barrera Guarderas, Augusto. "Ecuador: los laberintos de Guillermo Lasso", en *Nueva Sociedad* (2021): 11.
- » Bustamante Ponce, Fernando, y Pablo Medina. "Ecuador: ¿qué significa el triunfo de Guillermo Lasso?", en *Revista de Ciencia Política*, Vol. 59, N.º 2 (2021).
- » Chisaguano Mallinquin, Silverio. "Los pueblos indígenas del Ecuador desde la perspectiva del estado: Un análisis crítico a partir del paro nacional de 2022", en *Revista Científica Arbitrada Multidisciplinaria PentaCiencia*, Vol 4, Núm 5(2022).
- » Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (26 de abril de 2018).
- » Constitución de la República de Ecuador. Ecuador: Asamblea Nacional Constituyente de Ecuador, 2008.
- » García Mayoral, Álvaro. "Agotamiento del modelo neoliberal en Ecuador: la caída de Guillermo Lasso", en *Análisis Carolina*, N° 10, Madrid, Fundación Carolina (2023).
- » Garzón- Sherdek, Karen Andrea. "Serie Análisis de Elecciones 2021". México: Observatorio de Reformas Políticas en América Latina, IJ-UNAM, Organización de los Estados Americanos (OEA), 2021.
- » González, Luis Armando. "Sociedad, justicia y violencia", en *Teoría y Praxis*, No. 18 (2011): 21.
- » González, Mario Alexis. "Los rastros de corrupción que deja el gobierno de Guillermo Lasso". <https://www.primicias.ec/noticias/politica/guillermo-lasso-corrupcion-casos/>
- » Jeferson, C. Causas y consecuencias del feriado salvaje bancario en 1999 en Ecuador. 2024.
- » Lasso Mendoza, Guillermo. 900 días de Democracia y Resultados. Quito: Imprenta Mariscal, 2023.
- » Oleas-Montalvo, Julio. "Ecuador: La Economía política del feriado bancario (8-12 de marzo de 1999)", en *Revista Uruguaya de Historia Económica*, año X, n° 17 (2020).
- » Pérez Liñán, Aníbal. "Instituciones y coaliciones callejeras e inestabilidad política: Perspectiva Teórica sobre las Crisis Presidenciales", en *América Latina Hoy*, Vol. 49, agosto (2008): 109.
- » Sánchez, Francisco., y Castellar Granados. "Institucionalización de la política contenciosa: Ecuador bajo Guillermo Lasso, *Revista de Ciencias Política* (2023): 280.
- » Tanca, Arianna. "Explicaciones políticas para gentes apuradas". 16 de mayo 2023. <https://gk.city/2023/03/31/todo-lo-que-ha-pasado-en-juicio-politico-a-lasso-hasta-ahora/>
- » Vásquez Soriano, Mario Armando. "La debilidad de las instituciones como instrumento político", en *Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales UNAM*, (2024). DOI: <https://doi.org/10.22201/fcpys.2448492xe.2024.251.84524>

El eterno embrión de la mediación penal en España

The eternal embryo of criminal mediation in Spain

Eduardo Rafael Luna Álvarez

(Facultad de Derecho de la

Universidad de las Islas Baleares, España)

 <https://orcid.org/0000-0002-9057-7262>

Correspondencia: eduardo.luna@equareabogados.com



*Recibido: 11-12-2024
Aceptado: 14-06-2025*

EL ETERNO EMBRIÓN DE LA MEDIACIÓN PENAL EN ESPAÑA

Eduardo Rafael Luna Álvarez

RESUMEN

Habida cuenta del tiempo transcurrido desde la promulgación del germen de la mediación en el seno del procedimiento penal en España, mediante este trabajo se analiza su implantación en el sistema judicial penal, poniendo de relieve, lamentablemente, su escasa regulación. El método empleado para la elaboración de este artículo ha sido el estudio y análisis de la legislación de la Unión Europea y la española respecto de la mediación penal, obteniendo como resultado una evidencia científica. La mediación penal en España, pudiendo ser una realidad, se encuentra en un estado incipiente y embrionario desde el año 2015, lo que nos lleva a concluir que el legislador español, lejos de mostrar un interés real por la justicia restaurativa, no ha realizado ninguna labor de calado en referencia a la regulación normativa, implementación ni desarrollo de este importante mecanismo de justicia.

PALABRAS CLAVE: mediación penal - justicia restaurativa - víctima - ofensor - resolución alternativa de conflictos

THE ETERNAL EMBRYO OF CRIMINAL MEDIATION IN SPAIN

Eduardo Rafael Luna Álvarez

ABSTRACT

Given the time that has elapsed since the enactment of the seed of mediation within criminal proceedings in Spain, this paper analyzes its implementation in the criminal justice system, highlighting, unfortunately, its lack of regulation. The method used to prepare this article was the study and analysis of European Union and Spanish legislation on criminal mediation, resulting in scientific evidence. Criminal mediation in Spain, although it could be a reality, has been in an incipient and embryonic state since 2015, leading us to conclude that the Spanish legislature, far from showing a real interest in restorative justice, has not done any significant work on the regulatory framework, implementation, or development of this important justice mechanism.

KEYWORDS: criminal mediation - restorative justice - victim - offender - alternative dispute resolution

El eterno embrión de la mediación penal en España

Eduardo Rafael Luna Álvarez¹
España

Introducción

El año 2015 marcó un hito significativo en el panorama jurídico español debido a la implementación de múltiples reformas legislativas de gran relevancia. Entre estas, la modificación del Código Penal (en adelante CP) a través de la Ley 1/2015 del 30 de marzo, que fue especialmente destacada por introducir preceptos sobre la mediación penal, un mecanismo que hasta entonces carecía de un marco normativo claro en España.

Previamente, aunque la mediación penal había sido objeto de recomendaciones² y directrices internacionales³ desde el año 2001, no se había materializado en la legislación española de manera efectiva. La reforma de

- 1 Dr. Eduardo Rafael Luna Álvarez, abogado y doctor en Derecho, es profesor universitario especializado en Derecho Penal, Criminología y Neurociencia. Cuenta con amplia experiencia profesional en el ejercicio de la abogacía, la docencia y la divulgación jurídica en medios de comunicación. Sus líneas de investigación incluyen la mediación penal, la responsabilidad derivada del uso de la inteligencia artificial, la ciberdelincuencia, la neurocriminología y el neuroderecho campo en el que es pionero. Participa en proyectos financiados por el Ministerio de Ciencia e Innovación y la Agencia Española de Investigación, integrando enfoques jurídicos, criminológicos y tecnológicos en sus trabajos académicos. El artículo presentado es producto de la línea de investigación que el autor lleva en este campo en relación con su implantación en España.
- 2 Recomendación CM/Rec (2018) del Comité de ministros a los Estados miembros en materia de justicia restaurativa penal, 2018. <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Mediacion/Normativa-y-jurisprudencia/Normativa-europea/Recomendacion-CM-Rec-2018-8-del-Comite-de-Ministros-a-los-Estados-miembros-en-materia-de-justicia-restaurativa-penal>
- 3 Directrices de la Unión Europea. A/66/811, 25 de junio de 2012. <https://peacemaker.un.org/>



2015, por tanto, representó un primer esfuerzo, alineando el derecho interno con las normativas internacionales, aunque de forma incipiente y sin un desarrollo normativo exhaustivo posterior.

Este artículo se propone examinar detenidamente la repercusión que la reforma del CP de 2015 tuvo en la mediación penal, así como su evolución y aplicación en el contexto jurídico español desde entonces. Se busca ofrecer una evaluación crítica de los avances logrados y de las áreas que todavía requieren un mayor desarrollo legislativo y práctico. A través de un enfoque analítico y comparativo, donde se presenta una comprensión integral de cómo este mecanismo alternativo de resolución de conflictos ha sido integrado, o no, en el sistema penal español, así como establecer cuáles son los retos y oportunidades que depara el futuro.

I. Método

En el seno de este trabajo, se ha implementado una metodología de análisis documental. Esta metodología se ha centrado en la revisión crítica de una variedad de fuentes, incluyendo libros, capítulos de libros, sitios web, artículos de revistas académicas de renombre, normas jurídicas, así como informes y recomendaciones internacionales, relacionadas con la regulación de la mediación penal. Este enfoque crítico ha implicado un proceso de recopilación, cotejo y análisis lógico-racional, así como la síntesis e interpretación sistemática de las teorías doctrinales y normativas concernientes a la mediación penal en la normativa española, europea y, en ocasiones con miradas hacia países anglosajones, donde este mecanismo es una realidad desde hace años. (UK, Canadá y EE. UU son una buena muestra de ello).

Específicamente, esta metodología se estructura en los siguientes términos. En primer lugar, se ha realizado un análisis detallado de diversas fuentes para comprender la esencia y peculiaridades fundamentales de la mediación en el ámbito delictual, lo cual resulta esencial para identificar los desafíos y problemáticas inherentes a su implementación y regulación en el sistema jurídico español. En segundo lugar, se ha analizado la interacción entre la mediación penal y la legislación tradicional, prestando especial atención a las modificaciones introducidas por las reformas del CP de 2015, únicas en esta materia. Finalmente, se han examinado diversas fuentes para evaluar el papel y las contribuciones de las normativas internacionales en relación con la regulación de la mediación penal en el contexto español.

Mediante esta metodología se busca proporcionar una evaluación comprehensiva y detallada del impacto que tiene el mecanismo de mediación en el sistema penal español, identificando tanto sus fortalezas como las áreas que requieren un mayor desarrollo legislativo y práctico. Esta aproximación permite no solo comprender el estadio actual de este mecanismo de justicia restaurativa penal, sino también ofrecer recomendaciones para su mejora y desarrollo futuros, en los cuales existe un amplio campo de avance.

II. Resultado

1. El embrión de la mediación penal

En lo que atañe al abordaje de esta problemática en el territorio español, es innegable que el año 2015, se distinguió por un período tumultuoso en el ámbito de las reformas normativas. En la historia contemporánea, es infrecuente observar una concentración tan elevada de modificaciones legislativas en materia penal en un lapso temporal tan reducido, y no se trata de innovaciones insignificantes, sino de reformas de considerable trascendencia. En efecto,

durante el año 2015, se promulgaron reformas de gran escala, a saber, la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, que introduce varios preceptos en la LOPJ (Ley Orgánica del Poder Judicial), y la Ley 42/2015, de 5 de octubre, que reforma la LEC (Ley de Enjuiciamiento Civil). Asimismo, el mismo día se promulgaron la Ley Orgánica 13/2015 y la Ley 41/2015, las cuales realizan cambios significativos en la LECrim (Ley de Enjuiciamiento Criminal). Por su parte, la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, introduce modificaciones fundamentales en el CP y también afecta de manera importante al ordenamiento procesal, concretamente en lo que se refiere a la novedosa incorporación del principio de oportunidad, orientado a cumplir una función fundamental en la incorporación de la mediación penal dentro del sistema judicial.

Previo a la modificación del CP, la mediación penal apenas se encontraba mencionada en el ordenamiento penal español. Desde el año 2001, las normativas internacionales, tales como la Recomendación del Comité de Ministros a los Estados miembros en materia de justicia restaurativa penal, instaban a sus miembros a que adoptaran medidas encaminadas a la efectiva implementación de este mecanismo en el ámbito procesal penal. El legislador, esperó catorce años para transponer y aplicar esta normativa. Lo que parecía un tiempo de reflexión, estudio y preparación para la aplicación de un verdadero sistema de mediación penal, se tradujo en una sucinta mención a los mecanismos de justicia restaurativa y la promulgación de un puñado de artículos que se insertaron en varias reformas, de manera incipiente y sin un desarrollo normativo exhaustivo. Al menos esta es la postura crítica que mantiene este autor, como ya se ha adelantado en los estadios iniciales de este trabajo; esta apreciación se puso de manifiesto ya en el año 2017, con la tesis doctoral que este autor elaboró sobre la misma materia;⁴ y siete años después, por desdicha,

4 Eduardo Rafael Luna Álvarez, "Análisis crítico de la regulación y aplicación de la mediación penal en el ordenamiento jurídico español y propuesta de mejora *lege ferenda*" (Tesis Doctoral: Universidad de las Islas Baleares, 2017). <https://dspace.uib.es/xmlui/handle/11201/159816>

la normativa sigue en el mismo punto. A pesar de ciertas experiencias piloto, poco o nada se ha avanzado en este sentido.

Retomando el convulso año 2015, se debe centrar la atención en las leyes españolas que surgieron a consecuencia de los impulsos legislativos propiciados por la Unión Europea (en adelante EU) y que debían ser transpuestos al sistema jurídico nacional. En este sentido, sirva de ejemplo, la LO 5/2015, de 27 de abril, que modifica la LECrim y la LOPJ, normativa sancionada como trasposición de la Directiva 2010/64/UE, de 20 de octubre, concerniente al derecho a la interpretación y traducción en los procedimientos penales, y la Directiva 2012/13/UE, de 22 de mayo, que aborda y regula el derecho a la información en el ámbito procesal penal. Sin embargo, de manera fundamental, se debe referir a la mencionada Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima del Delito (en adelante EVD), que incorpora la Directiva 2012/29/UE, de 25 de octubre, mediante la cual se establecen estándares mínimos relativos a los derechos, protección y apoyo de las víctimas de hechos delictivos.

La mencionada Ley 4/2015 incluye una mención general sobre la inclusión de *“servicios de justicia restaurativa”*, así como una sucinta mención a que, se lleve a cabo un proceso de mediación, siempre que no implique un riesgo para la víctima, ni conlleve la posibilidad de ocasionar nuevos daños materiales o morales a esta, especialmente proscribiendo la victimización secundaria. A este respecto, y siguiendo a Vélez y Guzmán *“por victimización secundaria se entiende la serie de costes materiales y personales que le acarrea a la víctima de un delito su intervención dentro del proceso penal en el cual el presunto autor del delito está siendo juzgado”*.⁵

5 Luis Andrés Vélez-Rodríguez y Carlos Andrés Guzmán-Díaz, *“Víctima del delito y racionalidad legislativa penal. Comentarios al proyecto de ley sobre acusación particular de la víctima de delito en el sistema procesal penal colombiano”*, en *Revista InDret Penal* (2015).

Establecido lo anterior, la normativa relativa a la mediación penal en el contexto del enjuiciamiento de adultos se introduce en el ordenamiento jurídico con la mencionada reforma del artículo 84.1 del CP en el año 2015, la cual introduce la opción de suspender la ejecución de la condena siempre y cuando se cumpla el acuerdo logrado entre las partes en el contexto de una mediación. Con esta formulación breve y concisa, se abre la posibilidad de que los acuerdos alcanzados en mediación puedan incidir en la imposición de la pena.

Sin embargo, como se ha señalado, en lo que respecta al ordenamiento jurídico español, la implementación de la Directiva Europea, que resultó en el EVD, llevó a la introducción, aunque de forma parcial e insuficiente, de un marco normativo relacionado con la mediación en el sistema penal, el cual no existía previamente como se ha mencionado.

Por primera vez, a través de la citada normativa, se regulan los diversos derechos que asisten a los sujetos pasivos por las consecuencias de un ilícito penal. Desde una perspectiva general, esta Ley merece una valoración favorable, ya que otorga reconocimiento jurídico a la situación procesal de las víctimas. Parafraseando a la profesora Arrom,⁶ las víctimas son las grandes olvidadas del proceso penal, (me atrevo a decir que la víctima es el gran, convidado de piedra, del proceso penal). De este modo, la dispersión normativa que ha prevalecido durante años se había visto parcialmente resuelta con la entrada en vigor del EVD, repito, parcialmente resuelta.

El legislador muestra una clara preocupación por resguardar a las personas afectadas por delitos, de lo que puede suponer un daño añadido, como resultado del contacto con el sistema judicial. Ya sea como afectados directos del delito (víctima) o porque ejerzan la acusación particular, es inevitable, en consecuencia, su paso por el proceso. Sin embargo, la ciencia forense ha demostrado repetidamente que este tránsito judicial frecuentemente causa una victimización secundaria. Recordemos que ese tipo de victimización es la que

6 Rosa Arrom Loscos, *Aproximación a la mediación penal. Líneas rojas, violencia de género y mediación penal ¿un reto de futuro?* (España: Civitas, 2019), 30-50.

se produce a consecuencia del propio tránsito por el sistema judicial, aspecto totalmente indeseable.

Para entender mejor lo expuesto, es necesario referirse a la introducción (exposición de motivos) del EVD, donde se revela que su objetivo es la creación de una norma que defina el estatus de la víctima del delito, ofreciendo una respuesta integral por parte de los poderes públicos. Esta respuesta incluye actuaciones, no solo el ámbito jurídico, sino también el social. En el ámbito jurídico pretende la reparación del daño mediante el proceso penal y además reducir los efectos traumáticos y morales que la condición de víctima puede causar, independientemente de su posición procesal.

Se considera que dicha norma, acorde con el propósito de la legislación europea en esta materia y los progresos sociológicos, tiene como objetivo, por un lado, restaurar la dignidad de las víctimas y, al mismo tiempo, establecer mecanismos que protejan sus intereses en el proceso, así como los de la sociedad en general, mediante la prevención especial. Aspecto sin duda positivo.

La dispersión legislativa previamente mencionada fue parcialmente abordada con la entrada en vigor del EVD, el cual consolidó en una sola norma los derechos de las víctimas, acogiendo así la normativa de la UE y respondiendo a las demandas de la sociedad española que exigía una justicia más humana y restaurativa que otorgue mayor entidad y protagonismo a la víctima. Sin embargo, dicho objetivo no se ha materializado completamente, ya que la víctima continúa, en muchas ocasiones, siendo la gran olvidada.

Como corolario de lo anterior, es necesario subrayar la falta de calado, concreción, desarrollo y alcance de los preceptos normativos establecidos en el Estatuto respecto a la mediación penal. La regulación de la mediación penal es, en el mejor de los casos, embrionaria. No se mencionan, entre otros aspectos relevantes, las condiciones requeridas para ejercer como mediador penal, el proceso para iniciar el mecanismo, los impactos de este en el procedimiento judicial, sus principios, definiciones y la responsabilidad del mediador; aspectos

que aún no están claramente definidos ni regulados. Esta falta de regulación se mantiene casi diez años después, lo que explica el título de este estudio.

En efecto, nueve años después de su instauración en el sistema jurídico español, este mecanismo continúa careciendo de un impulso, desarrollo o regulación normativa suficiente. Un trabajo de codificación que, como se postuló y ya se dejó patente en una obra monográfica al respecto,⁷ no solo es necesaria, sino también esencial para asegurar la efectividad del propio EVD en lo que concierne a la implementación adecuada de la mediación penal en España.

Regresando al importantísimo artículo 15 del EVD, no resulta ocioso referirse a su contenido. En él se reconoce a las víctimas el derecho de acceder a servicios de justicia restaurativa, los cuales se regulan conforme a disposiciones específicas. Estos servicios buscan proporcionar una reparación apropiada, tanto material como psicológica, por los daños causados por el delito (daños morales). Para que esto sea posible, es necesario colmar ciertos requisitos: primero, el infractor debe admitir los hechos esenciales que constituyen su responsabilidad; segundo, la víctima debe otorgar su consentimiento tras haber sido informada de manera completa e imparcial sobre el contenido, los resultados posibles y los mecanismos existentes para asegurar el cumplimiento de lo acordado; además, el infractor también debe consentir en participar de la mediación.

Es fundamental que el proceso de mediación no represente ningún riesgo para la víctima, ni tenga el potencial de causar daños adicionales, ya sean materiales o morales. Corolario de lo anterior, la Ley no debe prohibir la mediación para el delito específico en cuestión, aspecto también controvertido.

Todo lo tratado durante el proceso de mediación se mantendrá en estricta confidencialidad y no podrá ser divulgado sin la anuencia de ambas partes. Los mediadores y demás especialistas que intervengan están sujetos a un deber de secreto en relación con los hechos y declaraciones que lleguen a conocer en el ejercicio de sus funciones.

7 Eduardo Rafael Luna Álvarez Luna, *Análisis crítico de la regulación y aplicación de la mediación penal en el ordenamiento jurídico español* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2023), 146-202.

Como se puede observar, el citado artículo presenta de manera sintética los elementos fundamentales de la mediación. Teniendo en cuenta la necesidad de establecer una normativa futura sobre mediación penal, se sugiere que el primer apartado del precepto actual delega su desarrollo a un reglamento posterior. No obstante, debido a la importancia del tema y su influencia en los derechos fundamentales y el proceso penal, se entiende que esta regulación debe llevarse a cabo a través de una Ley orgánica. En este contexto, en 2023 se propuso específicamente la creación de una Ley Orgánica de Mediación Penal.⁸

El EVD aborda los requisitos fundamentales para la mediación penal, trasladando los principios esenciales que la configuran. Entre estos requisitos, se incluye la necesidad de que el infractor asuma la existencia de los hechos, que la mediación sea voluntaria, que se prevenga cualquier desequilibrio entre las partes, y que se evite la victimización secundaria. No obstante, se considera incorrecta la exclusión de ciertos asuntos de la mediación penal, según lo dispuesto legalmente.

Pese a las notables deficiencias del artículo 15 del EVD, tales como la falta de protocolos específicos, las formas de remisión de asuntos a mediación o los efectos del acuerdo en el proceso penal, es importante señalar que, incluso si una mediación penal se realiza con éxito bajo la normativa actual, no conlleva la finalización automática del proceso penal, dicho lo cual, es cierto que el acuerdo de mediación podría influir en el resultado del proceso, atenuando la condena o incluso posibilitando la suspensión del ingreso en prisión. Pero esta opción siempre quedará al arbitrio del tribunal.

Hasta el nacimiento del EVD, la mediación penal era la gran desconocida en España, de hecho, sigue siéndolo. Diversos instrumentos comunitarios y sistemas anglosajones, como los establecidos en New York, Canadá o los indígenas americanos han contemplado la justicia restaurativa como una vía principal durante años, debemos añadir, con buenos y prometedores resultados,

8 *Ibíd.*

tristemente la implantación de este mecanismo aún no es una realidad en España.

En diciembre de 2015, el legislador español sancionó un Real Decreto (en adelante RDDEVD) que tenía como objetivo desarrollar el EVD y establecer elementos para implementar la justicia restaurativa. Sin embargo, la regulación en el RDDEVD ha sido insuficiente, limitada al título tercero, específicamente al artículo 12, que define el objeto y ámbito de las llamadas OAV (“Oficinas de Asistencia a las Víctimas”).

En lo que respecta a la justicia restaurativa, la normativa solo la menciona en el párrafo final del artículo mencionado, indicando que las OAV deben promover las medidas de justicia restaurativa adecuadas. Estas oficinas están diseñadas para proporcionar asistencia integral, concretamente, social, psicológica, jurídica y asistencial, fomentando así medidas de justicia restaurativa. Como se puede apreciar, la normativa únicamente menciona la promoción de medidas de justicia restaurativa sin detallar procedimientos, características, situaciones o previsiones necesarias para cumplir este objetivo.

Además, el artículo 19 del RDDEVD, dentro de un amplio repertorio de funciones atribuidas a las OAV, se menciona de manera genérica, aunque explícita, la mediación penal. Se establece que, dentro del deber de información hacia la víctima, esta debe tener toda la información relativa a las alternativas que ofrecen los medios alternativos de solución de controversias, refiriéndose así a la mediación penal y la justicia restaurativa, configurándose como una obligación de información para con la víctima. Por otra parte, en la fase de intervención, en la que la oficina debe apoyar a la víctima, se menciona nuevamente de manera sucinta en el artículo 28, inciso f, donde se incide en la importancia de proporcionar nuevamente información sobre la opción de acceder a la justicia restaurativa y, si corresponde, sobre las medidas que puedan implementarse. Se considera que estas medidas son de naturaleza similar, igualmente enunciativas.

Las referencias a la mediación penal y a los medios alternativos de solución de controversias (MASC) funcionan como punto de referencia inicial en cuanto a información y difusión de la mediación. El problema, o la crítica, nace en la absoluta falta de interés del legislador español en hacerlo realidad, ignorando que este mecanismo podría contener la solución a muchos de los grandes males de los que, hoy en día, padece la justicia española. Las bondades de la mediación superan con creces los posibles inconvenientes; esta afirmación se refuerza si analizamos sus principios fundamentales.

2. Los principios informadores o fundamentales de la mediación penal

Detallar los principios y peculiaridades de la mediación penal implica detallar los fundamentos que gobiernan la justicia restaurativa, tarea apasionante e ilusionante cuando se trata de dignificar a las víctimas y en definitiva proponer la existencia de una verdadera justicia.

Siguiendo las aportaciones propias y la clasificación extensiva adoptada por gran parte de la doctrina,⁹ se considera que estos principios no constituyen un elenco cerrado sobre la mediación penal. Es posible que, a partir de la práctica efectiva, una vez instaurada y consolidada, algún día en España, si el legislador toma conciencia de la importancia de este mecanismo, a buen seguro se identificarán aspectos referentes al procedimiento adicionales que coadyuven a fortalecer las garantías jurídicas que debe incorporar la mediación penal, para que pueda convertirse en lo que es llamada a ser. Una solución a la deshumanización de la justicia.

9 María del Carmen Pereira Pardo, Vanesa Botana Castro y Beatriz Fernández Muiños, *La mediación paso a paso. De la teoría a la práctica* (Madrid: Dykinson, 2013), 50.

Principio de voluntariedad

Un principio esencial, diría más, crucial, de la mediación penal como mecanismo de justicia restaurativa es, la voluntariedad. Este principio requiere que tanto la víctima como el infractor se involucren en el proceso de manera voluntaria y libre, teniendo la opción de retirar su consentimiento en cualquier momento. Por lo tanto, es evidente que el consentimiento en este contexto es, por naturaleza, revocable. En términos generales, este principio no suscita dudas en el ámbito penal, ya que se podría entender que las partes aceptan libremente la mediación.

Sin embargo, este principio ha generado cierta controversia doctrinal respecto al verdadero alcance del término "voluntariedad",¹⁰ aunque la perspectiva de este autor, en línea con Arrom, este principio constituye una base fundamental de la mediación. Cabe cuestionarse si este principio de acceso libre y no coercitivo es verdaderamente real. En un proceso penal, si un juez, con el consentimiento de las partes, considera que un caso específico es susceptible de mediación ¿podría interpretarse que la voluntariedad se ve influenciada, dado que la "iniciativa" de derivar el caso a mediación proviene del propio juez, de los letrados, o de las oficinas de mediación?

El legislador en España ha intentado resolver esta duda introduciendo este mecanismo de justicia restaurativa desde un enfoque totalmente voluntario, tal como se refleja en el artículo 15 del EVD, convirtiendo así la voluntariedad en un principio básico y fundamental de la mediación. Empero, la normativa

10 E. Aguilera, "La mediación como "alternativa" al proceso penal de adultos: ¿de la práctica a la ley?", en *Problemas actuales del proceso iberoamericano*, Vol. 1 (2006): 279-294; Carmen Cuadrado Salinas "La mediación penal: ¿una alternativa real al proceso penal", en *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología RECPC*, N.º 17-01 (2015). <https://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/42782-mediacion-alternativa-real-al-proceso-penal>; Raquel Castillejo Manzanares, *Nuevos debates en relación a la mediación penal, civil y mercantil* (Universidad de Santiago de Compostela: Ed. Servicio de Publicaciones e Intercambio Científico, 2018), 79-106; José Francisco Etxeberria Guridi "Presente y futuro de la mediación penal en el ordenamiento español ¿cabe más incertidumbre?", en *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Vol. 5, N.º 1 (2019). DOI: <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v5i1.206>; Ixusko Ordeñana Gezuraga, *Mediación penal, la alternativa jurisdiccional que funciona* (XVII Congreso de Estudios Vascos, Universidad del País Vasco, 2012). <https://www.eusko-ikaskuntza.eus/PDFAnlt/congresos/17/19371956.pdf>

europea, en el considerando 14 y el artículo 5.2 de la Directiva sobre mediación penal, otorga a los estados miembros la posibilidad de optar por una mediación obligatoria, o de dotarla de incentivos y sanciones, siempre que no se vulnere el derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de acceso a los tribunales. (art. 24 CE).

No es sorprendente que existan opiniones dogmáticas que sostienen que esta potestad otorgada al legislador nacional para afinar el principio de "voluntariedad" no logra cumplir con el propósito de dicho principio, el cual debería estar exento de limitaciones y ambigüedades. La cuestión ha sido objeto de debate doctrinal, destacándose diversas posiciones al respecto.

Por un lado, Barona,¹¹ argumentaba que la obligatoriedad de la mediación era admisible, considerando que ya existían otras formas de justicia restaurativa en el sistema procesal español, como la conciliación obligatoria y previa a la demanda en el ámbito laboral, por ejemplo. Este argumento fue refutado por quienes se oponían a la obligatoriedad de la mediación, argumentando la ineficacia histórica del modelo de conciliación obligatoria. Como por ejemplo Arrom.¹²

Otro argumento a favor de la mediación obligatoria resaltaba el carácter litigante de la cultura española. Algunos como Castillejo,¹³ sostenían que, debido a la tendencia a litigar, era necesario instaurar una mediación obligatoria para fomentar nuevos hábitos y promover una cultura de mediación como medio para aliviar la sobrecarga de los tribunales. Sin embargo, otros autores, Arrom,¹⁴ abogan por fomentar una cultura de formación, capacitación y educación que, en última instancia, deriva en una cultura de mediación aprendida. Este enfoque fue inicialmente propuesto también por Barona,¹⁵ quien más tarde lo abandonó

11 Silvia Barona Vilar, *Mediación penal Fundamento, fines y régimen jurídico* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2011), 109.

12 Rosa Arrom Loscos, *Aproximación a la mediación penal*.

13 Raquel Castillejo Manzanares, *Nuevos debates con relación a la mediación penal, civil y mercantil*.

14 Rosa Arrom Loscos, *Aproximación a la mediación penal*.

15 Silvia Barona Vilar, *Mediación penal Fundamento, fines y régimen jurídico*.

en favor de la obligatoriedad. La autora argumentaba que se debía comenzar enseñando mediación en las escuelas, continuar con la formación jurídica y psicológica en las universidades y, posteriormente, capacitar a los mediadores. No obstante, reconocía que estas medidas son más complejas y requieren más tiempo que la implementación de la obligatoriedad.

Autores como Delors,¹⁶ trataron el tema de la mediación obligatoria desde una perspectiva más humanística, proponiendo la educación y formación con objetivos claros, aunque utópicos. Según el citado autor, es fundamental educar para aprender a convivir y, en definitiva, a ser.

Desde la perspectiva de este autor, hablar de mediación obligatoria es un oxímoron, especialmente porque la voluntariedad es consustancial al concepto de mediación. El legislador y las autoridades deben dedicarse a dotar a la mediación de un sistema integral de información, difusión, educación e implementación en cada uno de los sectores de la sociedad. De esta manera, se fomentaría una auténtica cultura de mediación y se eliminaría la necesidad de un mecanismo obligatorio, ya que los ciudadanos optarían por la mediación de forma voluntaria, convencidos de sus ventajas.

Finalmente, se debe referir tangencialmente a la jurisprudencia civil, siguiendo a Estancona,¹⁷ sobre el principio de voluntariedad, quien sostiene que en cualquier proceso de mediación es fundamental el acuerdo de las partes, sin el cual no se puede llevar a cabo. Efectivamente lo anterior no puede predicarse en el ámbito penal, donde prevalece el interés público sobre el particular, en este ámbito, el acuerdo de mediación, entendido como un acuerdo entre las partes, no puede ser vinculante para el tribunal, como sucede en otros países, ya que el proceso penal no resulta disponible para las partes, con la excepción

16 Jacques Delors, *Los cuatro pilares de la educación. La educación encierra un tesoro* (Madrid: UNESCO, 1996), 91-103.

17 A.A. Estancona, *Sentencias clasificadas por materias* (Madrid: Universidad Complutense de Madrid, 2015), 30.

de los delitos privados (calumnias e injurias) y el posible reflejo que el acuerdo de mediación pudiera tener en el resultado del proceso.

Principio de igualdad de las partes

Para abordar adecuadamente este principio, es esencial considerar su encaje constitucional, que tiene su base en los artículos 1, 9.2 y 14 de la Constitución Española (en adelante CE). Dichos preceptos disponen lo siguiente:

España se fundamenta en valores y principios supremos tales como la libertad, la justicia, la igualdad y pluralismo político, según determina el artículo 1 de la CE, quedando configurado como un verdadero Estado social, democrático y de Derecho. El artículo 9.2 de la CE, por su parte, asigna a los poderes públicos la obligación de adoptar e impulsar las condiciones necesarias para que la libertad y la igualdad de los individuos y de los grupos que la integran sean auténticas y efectivas. También establece un mandato imperativo al legislador, instándole a eliminar cualquier obstáculo que impida o dificulte su plena realización, debiendo, además, facilitar la participación de los ciudadanos en la vida política, social, cultural y económica. El artículo 14 de la CE, garantiza que todos los españoles son iguales ante la Ley, prohibiendo cualquier forma de discriminación basada en motivos de sexo, raza, religión, opinión, e incluso cualquier otra circunstancia personal, económica o social, configurándose como un verdadero derecho fundamental.

El análisis que la jurisprudencia realiza del artículo 14 CE distingue dos niveles: el trato igualitario y la prohibición de discriminación. La igualdad de trato prohíbe el trato diferencial injustificado hacia una persona, mientras que la prohibición de discriminación impide la diferenciación basada en características como la raza, sexo, religión, creencias o cualquier otra condición análoga. De esta manera, la tutela de la igualdad de trato busca eliminar la arbitrariedad, mientras que la prohibición de discriminación pretende erradicar las causas fundamentadas en prejuicios especialmente discriminatorios. Con base en lo

anterior, resulta evidente que los artículos citados proclaman la igualdad de todos los ciudadanos ante la Ley.

Cuando se refiere al principio de igualdad en la mediación, surge la cuestión de si dicho derecho fundamental de igualdad debe ser concebido como un principio básico de la mediación o, alternatively, debe evolucionar para integrarse dentro de los límites del artículo 24.1 CE, transformando el principio de prohibición de la indefensión en un nuevo concepto de "indefensión por desequilibrio de las partes".¹⁸ La indefensión es un concepto más amplio que el desequilibrio entre las partes y puede originarse por múltiples factores; no obstante, en este contexto, nos enfocamos en el desequilibrio de las partes debido a su importancia en la mediación penal. Línea roja que no debe traspasarse en pro de la protección de la víctima.

Este asunto tiene dos aspectos principales: en primer lugar, la igualdad entre las partes es un principio fundamental en la mediación penal, como hemos visto; en segundo lugar, la Ley garantiza indiscutiblemente esta igualdad, permitiendo que cualquier ciudadano acceda a este mecanismo. Por otro lado, existen visiones diferentes sobre las limitaciones que el legislador impone a la mediación, nosotros abogamos por una apertura cuasi total de la mediación, con la única barrera del desequilibrio.

En cuanto al artículo 9 de la CE, creemos que el principio de igualdad entre las partes debe integrarse con los principios de imparcialidad y neutralidad que son fundamentales en cualquier sistema jurídico, máxime si de mediación penal hablamos. Esto culmina en la aplicación del principio de seguridad jurídica, tal como se establece en el propio precepto, adaptándose a las características específicas de un mecanismo intraprocesal.

18 Edilsa Torres Osorio, "La Mediación a la luz de la tutela judicial efectiva" (Tesis Doctoral, Universidad de Salamanca, 2013), 515.

Principio de imparcialidad

Cuando se refiere a ciertos conceptos, como sucede con el de imparcialidad, en ocasiones para poder analizarlos resulta particularmente esclarecedor acudir a su definición literal. En este caso la RAE lo describe como la ausencia de designio previo en contra o a favor de una persona o de una creencia u objeto, permitiendo proceder o juzgarlo con honradez.

En el ámbito jurídico, la imparcialidad se relaciona estrechamente con la neutralidad y la objetividad en el desempeño de funciones, especialmente en el ámbito jurisdiccional. Por consiguiente, este principio obliga al mediador a ser neutral y objetivo, debiendo actuar sin favoritismos hacia ninguna de las partes involucradas. Este principio debe ser regulado detalladamente en una próxima Ley de mediación penal, incluyendo en el Estatuto del mediador, las causas de recusación y abstención pertinentes. Es esencial que el mediador no tenga ningún interés, ya sea directo o indirecto, en el asunto; que no mantenga relaciones de enemistad o amistad manifiesta con las partes; y que no haya participado en otros procesos de mediación con ellas. Las mismas causas de recusación y abstención aplicables a los órganos jurisdiccionales deben ser extendidas al mediador en el desempeño de sus funciones. Este aspecto necesitará un desarrollo normativo específico, tal como ya se ha propuesto.

A pesar de las diferencias sustanciales, puestas de manifiesto por algunos autores,¹⁹ entre la mediación civil y la penal, la normativa sobre la mediación civil y mercantil puede ofrecer cierta orientación al respecto. Dicha normativa aborda el principio de imparcialidad, estipulando que el mediador debe abstenerse de iniciar o continuar con la mediación si existen circunstancias que comprometan su neutralidad. Es imperativo que, antes de comenzar o proseguir con su labor, el mediador informe sobre cualquier circunstancia que pueda dar lugar a un conflicto de intereses o poner en tela de juicio su imparcialidad.

19 Raquel Castillejo Manzanares, et al., *Comentarios a la Ley 5/2012, de mediación en asuntos civiles y mercantiles* (Valencia: Tirant lo Blanc, 2013), 99-106.

Estas situaciones comprenden, aunque no se limitan, a tres supuestos:

- La existencia de relaciones laborales, comerciales o personales con alguno de los intervinientes.
- La existencia de cualquier tipo de interés en el resultado del asunto objeto de mediación.
- El ejercicio previo como representante de cualquiera de las partes en otros procedimientos, procesos o situaciones.

En estas circunstancias, el mediador sólo puede proceder si garantiza que puede actuar con total imparcialidad y si todas las partes involucradas consienten explícitamente y lo registran de manera formal. La obligación de divulgar esta información se mantiene durante toda la mediación. Desde el punto de vista de este autor, en el ámbito penal, de suceder alguno de los escenarios descritos, se debería proceder a la sustitución del mediador.

El principio de imparcialidad está estrechamente relacionado con dos conceptos esenciales en la función jurisdiccional: la independencia y la sujeción al imperio de la Ley. La independencia judicial se caracteriza por la ausencia de cualquier forma de influencia que pueda condicionar la autoridad o su juicio, implicando que jueces y magistrados deben actuar únicamente bajo el imperio de la Ley, libres de presiones internas y externas.

La imparcialidad, por su parte, garantiza que el juzgador no sea parte en el proceso en el que dicta sentencia, asegurando un debido proceso con todas las garantías. Este principio tiene su salvaguarda en la existencia de las causas de recusación y abstención, las cuales en lo referente a los órganos jurisdiccionales están perfectamente reguladas (LOPJ). Por tanto, aunque independencia e imparcialidad, como se ha podido analizar, se evidencian como conceptos diferentes, ambos son esenciales, debiendo articularse lo necesario para que el mediador penal tenga una regulación que asegure su imparcialidad e independencia.

Se debe distinguir pues, entre imparcialidad objetiva y subjetiva. La imparcialidad objetiva evalúa si el mediador ha tenido alguna relación vedada con las partes, mientras que la imparcialidad subjetiva se centra en la ausencia de prejuicios previos sobre el asunto a mediar. Ambos aspectos cruciales, deben ser regulados para afianzar la imparcialidad del mediador y el éxito del mecanismo de justicia restaurativa.

Principio de neutralidad

Este principio de neutralidad es un elemento intrínsecamente vinculado a la mediación. Se define como la característica de quien no participa en favor de ninguna de las posiciones que adoptan las partes. Este principio, junto con el de imparcialidad, forma un tándem lógico esencial en la mediación penal, y su consagración normativa busca proporcionar verdadera seguridad jurídica tanto a la víctima como al victimario respecto a la neutralidad e imparcialidad del mediador penal.

El mediador debe promover la comunicación entre las partes, garantizando que tengan acceso al asesoramiento adecuado en todo momento para acercar sus posiciones, sin ejercer ningún tipo de coerción o imposición. Su papel fundamental como tercero imparcial ajeno al conflicto, consiste en acercar a las partes, favoreciendo el diálogo y permitiendo que las partes sean quienes lleguen a un acuerdo. Es responsabilidad del mediador apoyar y fomentar esta *entente cordiale*, como se dice desde una posición trascendente de las partes.

El principio de neutralidad, como no puede ser de otra forma, ha sido analizado por parte de la doctrina. García,²⁰ analiza la neutralidad de los poderes públicos, que es requerida en las instituciones y para los funcionarios o empleados públicos, así como la neutralidad ideológica dentro de los entes de información públicos. En el área de la mediación penal, la neutralidad del mediador debe ser entendida de manera análoga a la exigida para los

20 Ernesto García Trevijano, *Sinopsis artículo 103 CE*. Congreso de los Diputados. 2013. <https://app.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=103&tipo=2>

funcionarios o empleados públicos. En este contexto, se equipará a la objetividad, un valor fundamental que debe orientar la actuación de los servidores públicos. Las decisiones y comportamientos de estos deben fundamentarse en criterios objetivos y no en factores subjetivos, reflejando así los principios constitucionales regulados en los artículos 14 y 103 de la CE.

Principio de confidencialidad

Es posible afirmar que la confidencialidad, como principio, constituye uno de los pilares básicos para garantizar el éxito de la mediación penal. Este principio sirve como refuerzo o contrapeso a otros principios, como el de voluntariedad, que permite a los implicados desistir y abandonar el proceso de mediación en cualquiera de sus fases.

Asimismo, la confidencialidad, como principio, equilibra el de imparcialidad y neutralidad. En efecto, el mediador no puede implicarse activamente en favor de ninguna de las partes, por ejemplo, si fuese llamado a declarar en un juicio y le preguntasen sobre el proceso de mediación, este principio garantizaría ese equilibrio, toda vez que le estaría prohibido declarar sobre lo que ha tenido conocimiento por su participación en las sesiones de mediación. La confidencialidad garantiza que el mediador no toma partido ni por la víctima ni por el infractor, preservando así su rol esencial de tercero imparcial, tal y como expuso Di Stefano.²¹

Este principio estructural se expande e implica a todos los involucrados en la mediación, protegiendo y eximiéndose de la obligación de declarar o presentar documentos vinculados a la mediación en cualquier procedimiento posterior o simultáneo, ya sea judicial, arbitral o de otra naturaleza. Por lo tanto, las partes no pueden divulgar información derivada del proceso de mediación.

21 Loredana di Stefano, "Mediación conectada con los tribunales: estructuración y principios que regulan su funcionamiento", en *Mediación y resolución de conflictos: Técnicas y ámbitos* (España, Tecnos, 2017), 433.

En definitiva, se puede distinguir una esfera objetiva y otra subjetiva del principio de confidencialidad: la primera se refiere a la información surgida en el proceso y la segunda a los participantes. Este principio cuenta con una regulación jurídica específica, reflejada en el artículo 15 del EVD en referencia a la mediación penal. En cuanto al ámbito civil, como se ha mencionado, dicho principio queda amparado en LACM de 2012, en su artículo 9.1 donde extiende este deber a todas las partes involucradas y a cualquier persona o profesional que participe en el procedimiento de mediación.

Cabe destacar que, independientemente del resultado de la mediación, todo lo relativo a las sesiones, lo sucedido y lo declarado en ellas, no podrá ser utilizado en el acto del plenario salvo autorización expresa de las partes. Este aspecto de la confidencialidad se conecta con el derecho constitucional a un proceso con todas las garantías, a no sufrir indefensión y por supuesto, al derecho a no declarar contra uno mismo, no confesarse culpable y a la presunción de inocencia. (art. 24 CE).

El artículo 15 del EVD, en su apartado segundo, impide desvelar lo sucedido en las sesiones de mediación sin el consentimiento expreso de las partes, recordando que los mismos son confidenciales. La profesora Arrom,²² plantea una cuestión interesante sobre el alcance del principio de confidencialidad. Interrogado sobre si ésta ampara nuevos ilícitos surgidos durante la mediación, la profesora postula que dicha confidencialidad no ampara nuevos hechos presuntamente delictivos cometidos en el seno de la mediación, opinión que comparte este autor. La confidencialidad no protege nuevos delitos cometidos en el seno de la mediación. La interpretación del artículo 15.2 del EVD debe entenderse de manera estricta, protegiendo los hechos que originan la mediación, pero no los nuevos delitos que puedan ocurrir

22 Rosa Arrom Loscos, "Algunas cuestiones que suscita, en materia de protección de víctimas del delito, la vigencia del principio de confidencialidad en la mediación penal", en *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, N.º 130 (2018).

durante las sesiones de mediación, momento en el cual el mediador debe poner fin a las sesiones y dar cuenta únicamente de los hechos delictivos acaecidos.

Es importante recordar que el mediador penal, al desempeñar una función pública, está obligado a denunciar los delitos de los que tenga conocimiento, según se regula en el artículo 544 ter 2 de la LECrim, donde se establece por imperativo el deber de denunciar en línea con el 262 del mismo cuerpo legal.

El mediador debe cuidar por la víctima sobre todo su seguridad y evitar situaciones de victimización secundaria, lo que lleva a concluir que el artículo 15.2 del EVD, no debe ser un obstáculo para que el mediador suspenda las sesiones y notifique al juez si presencia o tiene conocimiento de nuevos delitos cometidos durante la mediación. La excepción a la confidencialidad debe aplicarse únicamente a los nuevos hechos delictivos surgidos durante la mediación, sin afectar las declaraciones y hechos relacionados con el proceso penal en curso. La confidencialidad del mediador debe ser equiparable al secreto profesional de un abogado, pero con la particularidad de que debe prevenir nuevos delitos.

Principio de buena fe

Como se ha mencionado anteriormente, la mediación penal carece de una normativa adecuada. La LACM, en su artículo 10.2, aplicable al ámbito civil, citada anteriormente, enuncia una serie de principios esenciales y generales relacionados con la mediación, a saber, lealtad, buena fe y respeto entre las partes. No obstante, como varios autores han señalado, dicha normativa no proporciona una definición detallada de estos principios, creando una laguna legal que deberá ser solucionada por futuras regulaciones, en línea con lo expuesto por Pereira.²³

23 María del Carmen Pereira Pardo, Vanesa Botana Castro y Beatriz Fernández Muiños, *La mediación paso a paso*.

El principio de buena fe incorpora la lealtad y el respeto mutuo, cualidades intrínsecas en él, las cuales están estrechamente vinculadas con la confianza y la ética jurídica.

Parafraseando a Larenz,²⁴ el principio de confianza integra tanto un aspecto ético jurídico como uno orientado a la seguridad en las transacciones, ambos inseparables. El componente ético-jurídico adquiere relevancia porque la creación de una apariencia jurídica debe ser atribuida a quien se ve desfavorecido por proteger al confiado. Por otro lado, el principio de buena fe, que consagra la necesidad de mantener la confianza legítimamente creada, enfatiza el componente ético-jurídico. La generación de confianza es atribuible a quien la induce. Así, aunque el principio de buena fe y el de confianza son similares, el primero va más allá, exigiendo un respeto mutuo, especialmente en relaciones jurídicas que requieren cooperación continua, respeto en el ejercicio de los derechos y, en general, un comportamiento honesto en las interacciones jurídicas.

La buena fe como principio es esencial para el sistema de garantías en la mediación. Similar al principio de neutralidad, este puede desglosarse en dos componentes: objetivo y subjetivo. El componente objetivo del principio de buena fe hace referencia al deber de información entre las partes, quienes deben actuar con lealtad, veracidad y respetar la confidencialidad. Estos principios son exigibles a las partes y adquieren una importancia especial en el proceso de mediación penal. El componente subjetivo está vinculado con la seguridad jurídica y la apariencia de legitimidad que se exige que impere a lo largo de todo el proceso. De este modo, todas las acciones en el proceso de mediación deben llevarse a cabo de manera legítima y conforme al procedimiento establecido.

24 Karl Larenz, *Derecho justo: fundamentos de ética jurídica* (Civitas, 1985), 1985.

La buena fe es un concepto extenso. Sin embargo, en el marco de este análisis y en el contexto de la mediación penal, puede entenderse como la falta de intención de perjudicar a la otra parte. Este enfoque de la mala fe, interpretado en sentido contrario, es el que mejor describe, a nuestro entender, el principio de buena fe que debe guiar la mediación penal.

Carácter personalísimo

Si bien este principio puede generar discusión en el contexto de la mediación civil, mercantil o familiar, debido a la naturaleza del derecho penal y los intereses en juego, su observancia es esencial en este ámbito.

Una de las ventajas destacadas de la mediación, y en particular de la mediación penal, es la creación de un espacio de diálogo entre la víctima e infractor. Es evidente que, en este tipo de encuentros, las emociones se muestran de manera muy distinta cuando las partes comparten un espacio físico, pudiendo observar directamente las reacciones del otro, tanto en términos de comunicación verbal como no verbal, e incluso percibir el estado emocional de la otra persona. Conducida profesionalmente y de forma segura, por un mediador, esta experiencia puede convertirse en un potente catalizador de emociones, incluso un proceso sanador.

La idiosincrasia de la mediación debe interpretarse como la necesidad de que las partes, habiendo decidido de forma voluntaria participar en este proceso, encuentren un lugar en el que dialogar con una proximidad física adecuada. Esta personalización y el encuentro físico facilitan el diálogo y promueven un entendimiento mutuo y un acercamiento entre ambos sujetos. No obstante, habrá situaciones en las que la proximidad física no sea recomendable, al menos en las primeras sesiones, debiendo el mediador velar por la seguridad de la víctima en todo momento.

Dicho lo anterior, que será excepcional y temporal, el proceso debe contar con la participación directa de las partes, sin intermediación de terceros, salvo la necesaria intervención del mediador. Esto plantea otra interesante disyuntiva. ¿Es posible la mediación penal guiada por Inteligencia Artificial? Aspecto apasionante que se dejará para futuras reflexiones.

Volviendo a lo anterior, entre las medidas posibles, se podría considerar la mediación indirecta, donde el mediador se entrevistaría separadamente con las partes con el objeto de “preparar” el terreno para configurar un espacio seguro de diálogo compartido entre víctima y victimario. Esta forma de mediación indirecta debería ser excepcional y justificada, utilizándose sólo en las primeras sesiones de mediación.

Respecto a la legítima preocupación sobre la presencia del abogado del infractor en las sesiones de mediación penal, cabe recordar que la LECrim permite la presencia del defensor en ciertas diligencias. No obstante, la mediación no es una diligencia judicial y, en consecuencia, quedaría encuadrada extramuros del proceso judicial formal. Sin embargo, si el sistema de mediación puede influir en un acuerdo de conformidad o en la modulación de una posible condena, es evidente que será relevante en el derecho de defensa del agresor. Por ello, siendo un mecanismo instrumental del proceso penal, se considera que los letrados, deberán estar informados en todo momento de lo que acontezca antes, durante y después del procedimiento de mediación, para que pueda asesorar adecuadamente a sus clientes. Así las cosas, una próxima normativa reguladora de la mediación penal en España, deberá configurar el alcance de la asistencia letrada, tanto para la víctima como para el agresor, antes, durante y después de la remisión del asunto a mediación penal.

Principio de oralidad

La oralidad, que prevalece en gran medida en el proceso penal tal y como sostienen con acierto Portilla y Llobell,²⁵ debe igualmente regir en el procedimiento de mediación penal, inicialmente por razones de agilidad procedimental, economía procesal y facilidad de comprensión para las partes involucradas.

Desde una perspectiva teórica y profunda, se considera que el principio de oralidad en la mediación penal tiene un papel educativo fundamental, permitiendo a los mediados desarrollar habilidades didácticas importantes como la empatía y la asertividad. La naturaleza oral del procedimiento facilita la reflexión sobre las complejidades de la comunicación, la dificultad de transmitir ciertas ideas, conceptos o experiencias, y las consecuencias de gestos, tonos de voz inadecuados o formas específicas de expresión. El mediador, como experto, debe gestionar estos momentos tensos, dirigir el debate y asegurar el cumplimiento de los principios discutidos a lo largo de este capítulo.

El principio de oralidad, entendido dentro del contexto de la mediación penal como un instrumento intraprocesal, es plenamente aplicable como garantía formal. La oralidad se considera una manifestación del principio de inmediación, adquiriendo una dimensión constitucional al exigir que los procesos judiciales sean, en puridad, orales, tal como establece el artículo 120.2 de la Constitución Española. Al examinar los principios que sustentan la mediación penal, se percibe que algunos de ellos posibilitan ajustes o adaptaciones a las circunstancias específicas de la mediación. No obstante, en cuanto al principio de oralidad, es fundamental que todas las acciones del mediador, las sesiones y las interacciones con las partes se realicen verbalmente. Esta norma es obligatoria, desde el punto de vista de este autor, salvo para las

25 J. Llobell Muedra, "La modificación de los artículos 520 y 527 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por la Ley Orgánica 14/1983, de 12 de diciembre", en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, N.º 2. (1984): 1110-1116.

comunicaciones dirigidas al órgano judicial y la resolución que concluya la mediación.

Siguiendo la perspectiva de Sánchez,²⁶ en el juicio oral penal, el debate contradictorio oral tiene una dimensión constitucional. En la mediación penal, este principio es aún más crucial. El mediador tiene como misión establecer un espacio de diálogo, este objetivo solo puede lograrse a través del intercambio verbal. Un sistema que no se base en la oralidad convertiría el proceso en un intercambio de escritos defendiendo los intereses de cada parte, lo cual alteraría la naturaleza de la mediación. La mediación debe crear ese diálogo entre las partes involucradas, al objeto de sanar, restaurar y tomar conciencia del daño causado. Por tanto, la necesidad de establecer un diálogo franco entre las partes nos lleva a concluir que un procedimiento de mediación debe quedar configurado bajo el principio de oralidad.

III. Discusión

En el ordenamiento jurídico español la mediación penal ha experimentado una evolución lenta y desigual, caracterizada por una regulación normativa insuficiente que no ha permitido su consolidación como un mecanismo efectivo de justicia restaurativa. A pesar de las reformas legislativas de 2015 que dieron lugar a la promulgación del EVD, la mediación penal sigue en una etapa embrionaria.

Uno de los principales puntos de debate radica en la voluntariedad del proceso de mediación. Aunque la normativa española insiste en que la remisión de un asunto a mediación debe ser voluntaria para ambas partes, existen opiniones divergentes sobre si debería permitirse algún grado de obligatoriedad. Algunos autores sostienen que, dada la tendencia litigiosa de

26 Pilar Sánchez Álvarez, "La mediación: una alternativa al Derecho Penal", en *Revista de teología y pastoral de la caridad*, N.º (2001): 97-98. 325-330. <https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/4485>

la cultura española, la mediación obligatoria podría fomentar la adopción de este mecanismo y descongestionar los tribunales. Sin embargo, esta posición se enfrenta a la crítica acerca de que la voluntariedad es intrínseca a la mediación y cualquier forma de obligatoriedad contravendría su naturaleza esencial.

El principio de igualdad también ha sido objeto de discusión. La mediación penal debe velar porque ambas partes tengan las mismas oportunidades y no se produzcan desequilibrios. Otra parte de la doctrina sostiene que el desequilibrio únicamente debe ser contemplado para con la víctima. Esto plantea el reto de asegurar que el mediador mantenga una imparcialidad estricta, sin influencias externas ni conflictos de interés, aspectos que requieren una regulación normativa específica y detallada.

La confidencialidad en la mediación penal es otro punto crucial. Si bien este principio es fundamental para generar un ambiente de confianza y seguridad, su alcance debe ser claramente delimitado. La confidencialidad debe proteger las discusiones y documentos del proceso de mediación, pero no debe amparar, permitir ni ocultar nuevos delitos que puedan surgir durante el mismo. Esta cuestión es vital para evitar la victimización secundaria y asegurar que el mediador cumpla con su deber de denunciar cualquier nuevo ilícito acaecido durante las sesiones de mediación.

La falta de una normativa completa y adecuada sobre la mediación penal ha sido una constante reivindicación tanto en el foro como en la doctrina. Nueve años después de la promulgación del EVD, sigue existiendo una carencia de regulación suficiente que establezca claramente los requisitos para ser mediador penal, el procedimiento a seguir, los efectos de la mediación en el proceso penal y el régimen de responsabilidad del mediador. Este vacío normativo limita y frena la integración de la mediación penal en el sistema español.

IV. Conclusiones

Continuando con la línea de investigación iniciada en 2017 de este autor sobre la mediación penal, y sin pretender agotar el tema, se pone de manifiesto una serie de reflexiones sobre la parálisis que sufre la implantación de la mediación penal en España, reflexiones que en línea con el trabajo que se viene realizando se plantean con el fin de proponer una reforma legislativa que impulse, implante y posteriormente fortalezca la mediación penal.

Para empezar, es menester destacar que en España la mediación penal se encuentra en una etapa embrionaria, casi criogénica, debido a la ausencia de una regulación normativa completa. Las reformas legislativas de 2015 tuvieron una influencia significativa en la mediación penal, pero insuficiente para su impulso. Prueba de lo anterior fue la referencia genérica que introdujo el EVD en lo referente a la mediación penal, que únicamente se tradujo en la modificación del artículo 84.1 del Código Penal.

La mediación penal debe estar presidida por un catálogo de principios vertebradores, incluso fundamentales, que deben ser regulados mediante una herramienta adecuada, referida a los principios de voluntariedad, igualdad de partes, imparcialidad, neutralidad, confidencialidad, buena fe, oralidad y carácter personalísimo. Estableciendo la voluntariedad como un pilar fundamental de la mediación penal.

La imparcialidad del mediador penal es uno de los elementos fundamentales, debiendo igualmente regularse por Ley. Debe prohibir que éste pueda actuar en pro de alguna de las dos partes objeto de la controversia, debiendo mantenerse en una posición trascendente de las partes. Debe dotarse de una obligación/protección de confidencialidad reforzada, mediante la cual no pueda declarar sobre lo sucedido en las sesiones de mediación, con la salvedad de la comisión de nuevos delitos donde este principio de confidencialidad debería tener su límite o excepción. En este sentido, la confidencialidad no

solo debe aplicarse al mediador, sino también, a todas las partes involucradas en el mecanismo.

Al referirse frecuentemente a la obligación del mediador en cuanto a generar un encuentro de diálogo y comprensión entre las partes, se considera que esto solo es posible mediante la participación directa y presente. En consecuencia, la oralidad, presencialidad y la comunicación son esenciales debiendo evitarse la burocratización del procedimiento de mediación.

Evitar la victimización secundaria de las víctimas en el proceso penal y devolverles el protagonismo hurtado por la idiosincrasia del proceso penal español es uno de los grandes retos de la mediación penal. El EVD establece el derecho de las víctimas al acceso a los servicios de justicia restaurativa, incluyendo la mediación. Bajo ciertos requisitos, se debe decir, que no se comparte la postura del legislador en cuanto al veto de la mediación penal en ciertos asuntos, concretamente al veto en procedimientos de violencia de género. Se considera que la víctima debe poder acceder al sistema de mediación penal siempre y cuando esté en condiciones psicológicas para poder asumir el procedimiento, empoderada, en igualdad de condiciones, sin que exista desequilibrio y con herramientas para afrontar la situación.

Para abordar la ausencia y falta de impulso de la mediación y en un futuro consolidar la mediación penal en España, se propone, desarrollar una regulación normativa completa que abarque todas las fases de la mediación penal. A mayor abundamiento, se debe revisar y ampliar el principio de oportunidad para incluir más casos susceptibles de remitirse al mecanismo de la mediación penal. Es necesario facilitar y potenciar el acceso a servicios de justicia restaurativa para todas las víctimas, eliminando restricciones innecesarias, y dotando de formación e información a los operadores jurídicos españoles.

Es del todo imprescindible establecer una normativa clara sobre la responsabilidad del mediador penal y los efectos de la mediación en el proceso penal. También es fundamental desarrollar programas de formación y capacitación para mediadores, asegurando su imparcialidad, neutralidad y competencia. Finalmente, se debe fomentar una cultura de mediación penal a través de campañas de sensibilización y promoción de este mecanismo como un método eficaz de justicia restaurativa.


Estas propuestas, tienen como humilde propósito superar la actual parálisis que la mediación penal sufre en España, mecanismo de justicia que cuenta con enormes bondades, demostradas en otros países donde cuentan con una verdadera cultura de mediación (Estados Unidos, Canadá, Reino Unido, por ejemplo). Con este impulso, se podrá fortalecer y consolidar la mediación penal en España, para garantizar una justicia restaurativa y equitativa. Y quizás con esfuerzo humanizar el sistema penal.

Bibliografía

- » Aguilera, E. “La mediación como “alternativa” al proceso penal de adultos: ¿de la práctica a la ley?”, en *Problemas actuales del proceso iberoamericano*, Vol. 1 (2006): 279-294.
- » Arrom Loscos, Rosa. “Algunas cuestiones que suscita, en materia de protección de víctimas del delito, la vigencia del principio de confidencialidad en la mediación penal”, en *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, N.º 130 (2018).
- » Arrom Loscos, Rosa. *Aproximación a la mediación penal. Líneas rojas, violencia de género y mediación penal ¿un reto de futuro?* España: Civitas, 2019.
- » Barona Vilar, Silvia. *Mediación penal Fundamento, fines y régimen jurídico*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.
- » Castillejo Manzanares, Raquel., Raquel Castillejo Manzanares, Cristina Alonso, Salgado Ana Rodríguez, Álvarez Carmen, Azcárraga Monzonís, María Ángeles, Catalina Benavente, Ignacio Colomer Hernández, Rosario Espinosa Calabuig, Carlos Esplugues Mota, María Isabel González Cano, José Luis Iglesias Buigues, Pilar Lasheras Herrero, Cristina Merino Ortiz, María Lourdes Noya Ferreiro, José Pascual Ortuño Muñoz, Guillermo Palao Moreno, María Jesús Sande Mayo, Cristina Torrado Tarrio, Bernardino Varela Gomez y Javier Wilhelm Wainsztein. *Comentarios a la Ley 5/2012, de mediación en asuntos civiles y mercantiles* (Valencia: Tirant lo Blanc, 2013), 99-106.
- » Castillejo Manzanares, Raquel. *Nuevos debates en relación con la mediación penal, civil y mercantil*. Universidad de Santiago de Compostela: Ed. Servicio de Publicaciones e Intercambio Científico, 2018.
- » Cuadrado Salinas, Carmen. “La mediación penal: ¿una alternativa real al proceso penal”, en *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología RECPC*, N.º 17-01 (2015). <https://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/42782-mediacion-alternativa-real-al-proceso-penal>
- » Directrices de la Unión Europea. A/66/811, 25 de junio de 2012. <https://peacemaker.un.org/sites/default/files/document/files/2022/08/guidanceeffectivemediationundpa2012spanish0.pdf>
- » Delors, Jacques. *Los cuatro pilares de la educación. La educación encierra un tesoro*. Madrid: UNESCO, 1996).
- » Di Stefano, Loredana. “Mediación conectada con los tribunales: estructuración y principios que regulan su funcionamiento”, en *Mediación y resolución de conflictos: Técnicas y ámbitos*. España, Tecnos, 2017.
- » Estancona, A.A. *Sentencias clasificadas por materias*. Madrid: Universidad Complutense de Madrid, 2015.
- » Etxeberria Guridi, José Francisco. “Presente y futuro de la mediación penal en el ordenamiento español ¿cabe más incertidumbre?”, en *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Vol. 5, N.º 1 (2019). DOI: <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v5i1.206>
- » García Trevijano, Ernesto. *Sinopsis artículo 103 CE*. Congreso de los Diputados. 2013. <https://app.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=103&tipo=2>
- » Larenz, Karl. *Derecho justo: fundamentos de ética jurídica*. Civitas, 1985.
- » Llobell Muedra, J., “La modificación de los artículos 520 y 527 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por la Ley Orgánica 14/1983, de 12 de diciembre”, en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, N.º 2. (1984): 1110-1116.
- » Luna Álvarez, Eduardo Rafael. “Análisis crítico de la regulación y aplicación de la mediación penal en el ordenamiento jurídico español y propuesta de mejora lege ferenda. Tesis Doctoral. Universidad de las Islas Baleares, 2017. <https://dspace.uib.es/xmlui/handle/11201/159816>
- » Luna Álvarez, Eduardo Rafael. *Análisis crítico de la regulación y aplicación de la mediación penal en el ordenamiento jurídico español*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2023.
- » Ordeñana Gezuraga, Ixusko. *Mediación penal, la alternativa jurisdiccional que funciona*. XVII Congreso de Estudios Vascos, Universidad del País Vasco, 2012. <https://www.eusko-ikaskuntza.eus/PDFAnlt/congresos/17/19371956.pdf>
- » Pereira Pardo, María del Carmen, Vanesa Botana Castro y Beatriz Fernández Muiños. *La mediación paso a paso. De la teoría a la práctica*. Madrid: Dykinson, 2013.
- » Recomendación CM/Rec (2018) del Comité de ministros a los Estados miembros en materia de justicia restaurativa penal, 2018. <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Mediacion/Normativa-y-jurisprudencia/Normativa-europea/Recomendacion-CM-Rec-2018-8-del-Comite-de-Ministros-a-los-Estados-miembros-en-materia-de-justicia-restaurativa-penal>
- » Sánchez Álvarez, Pilar. “La mediación: una alternativa al Derecho Penal”, en *Revista de teología y pastoral de la caridad*, N.º (2001): 97-98. 325-330. <https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/4485>
- » Torres Osorio, Edilsa. “La Mediación a la luz de la tutela judicial efectiva”. Tesis Doctoral, Universidad de Salamanca, 2013.
- » Vélez-Rodríguez, Luis Andrés., y Carlos Andrés Guzmán-Díaz. “Víctima del delito y racionalidad legislativa penal. Comentarios al proyecto de ley sobre acusación particular de la víctima de delito en el sistema procesal penal colombiano”, en *Revista InDret Penal* (2015).

La buena regulación vs. la irracionalidad normativa en El Salvador

Good regulation vs. regulatory irrationality in El Salvador

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



Recibido: 25-02-2025
Aceptado: 24-03-2025

LA BUENA REGULACIÓN VS. LA IRRACIONALIDAD NORMATIVA EN EL SALVADOR

Hugo Dagoberto Pineda Argueta

RESUMEN

Aprobar, reformar, interpretar o derogar el ordenamiento jurídico que regula el comportamiento social y garantiza la convivencia, es una de las funciones básicas de todo gobierno en general y del Órgano legislativo en particular. Generalmente, es la Asamblea Legislativa la que, previo al proceso de formación de ley, aprueba las leyes en El Salvador; pero, de forma excepcional, la Administración pública dicta reglamentos y demás normas jurídicas. La eficacia del ordenamiento jurídico está vinculada con su sistema de fuentes, es decir, que las normas deben de responder a la realidad que pretende regular; de lo contrario, estas serán ineficaces, vigentes, pero no positivas. El principio de la buena regulación, debe de estar presente en la elaboración del sistema normativo; su respeto, es un deber de los funcionarios que ejercen potestad normativa, es un derecho de la sociedad. Las normas deben de estar sujetas a los valores esenciales de la sociedad, muy particularmente a la justicia y la dignidad humana; por lo que, cualquier norma que se aparte de esta, es irracional. Las normas que se analizan en este artículo, son cuestionadas sobre la base de si tienen o no al centro la dignidad de la persona o si, por el contrario, se apartan de ella.

PALABRAS CLAVE: regulación normativa - principio de buena regulación - irracionalidad normativa - ordenamiento jurídico - Asamblea Legislativa - dignidad humana - potestad normativa - El Salvador

GOOD REGULATION VS. REGULATORY IRRATIONALITY IN EL SALVADOR

Hugo Dagoberto Pineda Argueta

ABSTRACT

Approving, reforming, interpreting, or repealing the legal framework that regulates social behavior and guarantees coexistence is one of the basic functions of any government in general and the Legislative Body in particular. Generally, it is the Legislative Assembly that, prior to the law-making process, approves laws in El Salvador; but, exceptionally, the Public Administration issues regulations and other legal norms. The effectiveness of the legal system is linked to its system of sources, meaning that the norms must respond to the reality they intend to regulate; otherwise, they will be ineffective, in force, but not positive. The principle of good regulation must be present in the development of the normative system; its respect is a duty of the officials who exercise normative power, and it is a right of society. The norms must be subject to the essential values of society, particularly justice and human dignity; therefore, any norm that deviates from this is irrational. The norms analyzed in this article are questioned based on whether they center on the dignity of the person or, on the contrary, deviate from it.

KEYWORDS: regulatory framework - principle of good regulation - regulatory irrationality - legal system - Legislative Assembly - human dignity - regulatory power - El Salvador

La buena regulación vs. la irracionalidad normativa en El Salvador

Hugo Dagoberto Pineda Argueta¹
El Salvador

Introducción

En este artículo de investigación, se busca generar una reflexión jurídica sobre la racionalidad o no de las normas penales, administrativas e institucionales de reciente data, tales como las del Código Penal, en cuanto a la tipificación y sanción del delito de maltrato animal y de conducción peligrosa de vehículos automotores; la del Código Procesal Penal, relativa a la prohibición de conciliar el delito de conducción peligrosa de vehículos automotores; la Ley Especial de Protección y Bienestar Animal; las reformas a la Ley de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial, relativas al incremento de los montos de las multas por infracciones de tránsito; entre otras, a fin de cuestionar si estas se han dictado o no, en respeto a los principios de la buena regulación.

Primero, en las generalidades se reflexiona acerca de la necesidad del sistema normativo para la convivencia social, el ejercicio del gobierno de la función normativa, el necesario proceso por el que debe transitar esta función; y se comenta la oleada de nuevas normas en El Salvador y el cómo la hiper

¹ Decano de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la Universidad de El Salvador, docente de grado y de posgrados en la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la Universidad de El Salvador. Master en Derecho Judicial. Master en Derecho Penal Económico, abogado y notario de la República de El Salvador.



actividad normativa afecta la seguridad jurídica, valor y garantía fundamental de la persona humana.

Posteriormente, se reflexiona un poco acerca del Derecho y la razón; la importancia de los valores en el primero, y del como una norma jurídica, al apartarse de la razón o del sentido común, cae en la irracionalidad jurídica o política, o hasta en lo absurdo.

Luego se analiza la teoría del ilícito, sus componentes e importancia, particularmente, cuando el legislador está haciendo uso del poder punitivo del Estado; continuando con la relevancia de la concurrencia en las normas punitivas de todos los principios que se deben de observar en este tipo de normas. Posteriormente, se hace un análisis de racionalidad a las normas que tipifican y sancionan los delitos de conducción peligrosa de vehículos automotores y el maltrato animal; las normas administrativas sancionadoras relativas a los montos de las multas por infracciones de tránsito y a las que sancionan el maltrato animal. Se intenta mostrar que, algunas de las normas analizadas, han caído en irracionalidad; por tanto, se exhorta a los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, a que sean ellos el último valladar del ciudadano.

Finalmente, se hace un análisis comparativo de los delitos de maltrato animal, conducción peligrosa de vehículos de motor, y delitos afines; teniendo como parámetros el principio de proporcionalidad y la utilización de criterios de comparación, como los bienes jurídicos protegidos, la naturaleza de los delitos, las sanciones de estos, etc. Por último, se presentan algunas conclusiones y se deja constancia de los documentos bibliográficos consultados.

I. Generalidades

Desde que el ser humano aprendió a vivir en sociedad, ha sido necesario que existan reglas o normas de conducta que le permitan la coexistencia; es decir que, en toda sociedad, local, regional e internacional, hay normas, reglas y controles que garantizan la convivencia social, ya sean formales o materiales. Entre las primeras, están los sistemas normativos, particularmente el jurídico; entre los materiales, están los actores reales de poder, que, actúan dentro o fuera de los sistemas normativos convencionales y erigen sus propias pautas de conducta.

La buena regulación es un mega principio² que rige el ejercicio de la potestad normativa, principalmente de la Administración pública y demás instituciones u órganos con esta competencia. Inicialmente fue positivizado en la Ley de Procedimientos Administrativos, y posteriormente, en la Ley de Mejora Regulatoria; principio que a tenor del artículo 1 de esta última Ley, tiene por objeto cualificar las relaciones de los sujetos obligados, procurándoles beneficios, y eliminando formalidades innecesarias.

Dentro de cualquier sistema jurídico normativo, existen diversos tipos de normas, sustantivas, adjetivas o procedimentales, e institucionales. Entre las primeras, las hay permisivas, autorizatorias, restrictivas y sancionatorias. Estas últimas, a su vez, pueden ser de naturaleza civil, administrativa, penal, etc. Para su dictado, es necesario seguir una política criminal o por lo menos, líneas criminológicas, a fin de no incurrir en la irracionalidad o en ineficacia. Uno de los valores fundamentales de cualquier sistema normativo, es o debe de ser la Dignidad Humana;³ finalmente, el Derecho regula comportamientos sociales,

2 Art. 160 de la LPA: “En el ejercicio de la potestad normativa, la Administración pública actuará de acuerdo con los principios de necesidad, eficacia, proporcionalidad, seguridad jurídica, participación ciudadana y transparencia.” Ley de Procedimientos Administrativos (El Salvador: Asamblea Legislativa, 2018). Al analizar su desarrollo en la LPA y en la Ley de Mejora Regulatoria, se puede también afirmar que es un derecho de las personas destinatarias de las normas

3 Art. 1 de la Constitución de la República dice: “... El Salvador reconoce a la persona humana como el origen y el fin de la actividad del Estado...” Constitución de la República de El Salvador (El Salvador: Asamblea Constituyente, 1983). Lo que según el art. 3 lit. a de la Ley

relaciones interpersonales; erige derechos e instituye deberes; y constituye sanciones o reproches a quienes se apartan de él.

Lo más lógico o racional, es y ha sido, que la persona humana esté en el medio de la norma; sin embargo, la tolerancia, que es buena y hasta necesaria para la convivencia social, con el afán de respetar a los demás, se ha flexibilizado tanto que ha hecho que ahora tengamos postulados normativos que se apartan de la persona o de la Dignidad Humana, cayendo en algunos casos en la irracionalidad.

Una de las funciones del Gobierno, es el ejercicio de la potestad normativa, que varía según el tipo de norma que se pretenda dictar, reformar, interpretar o derogar. Sin embargo, cualquiera que sea la norma, se debe de observar con mayor o menor rigurosidad, un proceso o procedimiento en el que al menos se debe generar cierto debate para analizar causas y efectos que se vinculan con el ejercicio de la función normativa. Como consecuencia, no se debe normalizar la dispensa de trámite, para construir normas jurídicas permanentes, sin ningún tipo de análisis o debate.

Si se tratase de una norma primaria o constitucional, su ejercicio está sujeto al procedimiento que el art. 248 de la Constitución de la República⁴ prescribe; si es una norma secundaria, la misma Constitución, a partir del Art. 133 y subsiguientes (ss), fija el proceso de formación de la Ley, en el que generalmente debe de estar el análisis de sus causas y efectos; y si se tratase de normas terciarias, normalmente dictadas por la Administración pública en el ejercicio de esta competencia, son la Ley de Procedimientos Administrativos -art. 159 y ss.- y la Ley de Mejora Regulatoria⁵ las que le señalan el procedimiento que debe de seguir para producir dichas normas.

marco para la convivencia ciudadana y contravenciones administrativas, implica respeto, promoción, vigencia y defensa de los Derechos humanos

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

5 Ley de Procedimientos Administrativos (El Salvador: Asamblea Legislativa, 2018); Ley de Mejora Regulatoria (El Salvador: Asamblea Legislativa, 2019).

En todo caso, el ejercicio de la potestad normativa o función legislativa debe de estar enmarcado en el principio a la buena regulación; o sea que, el órgano e institución que la ejerza, lo debe de hacer aplicando los subprincipios de necesidad, eficacia, seguridad jurídica, proporcionalidad, transparencia, y participación ciudadana.⁶ Este principio de buena regulación, también puede ser visto como un derecho de las personas, expresión de la garantía a la seguridad jurídica.

Además, la actualización o reforma de cualquier sistema normativo, para ser eficaz, debe hacerse en respuesta a su propio sistema de fuentes, especialmente a las denominadas fuentes reales o materiales; no debe ser producto de la emoción o de la moda que impere en el grupo social destinatario o de las convicciones personales de los legisladores o gobernantes. La hiper normatividad, fomenta la descodificación, y como consecuencia, se posiciona la fragmentación y multiplicación desordenada de instrumentos normativos; se impone la atomización y se impacta negativamente la generalidad de la norma; sin perjuicio a que se evidencia mayor inseguridad jurídica, puesto que no es posible conocer todas las normas, independientemente que se esté o no relacionado con el Derecho; tampoco es posible pretender regular todo el comportamiento social, es irracional; sin perjuicio a que, a más normas, menos libertad -art. 8 Cn. -; no es posible encasillar en la norma todo el actuar -activo o pasivo- de las personas; al legislar, se deben de utilizar criterios de discriminación y regular, solo aquellas conductas que tengan impactos sociales, políticos o económicamente relevantes.

Como parte de esta oleada de reformas o nuevas normas jurídicas, la Asamblea Legislativa, en el año 2024 y en lo que va del 2025, dictó más de 300 decretos legislativos, entre los que se encuentran 36 prórrogas al régimen de excepción, nuevas leyes o reformas a las ya existentes:⁷ entre éstas, se encuentran

6 Art. 160 de la Ley de Procedimientos Administrativos.

7 Asamblea Legislativa, "Página oficial", visitado el 24 de febrero de 2025. www.asamblea.gob.sv

las relacionadas al transporte terrestre, tránsito y seguridad vial; a la protección animal; a la creación de nuevas instituciones públicas, a las que, en algunos casos solo se les ha cambiado nombre, y a otras, se les han dado atribuciones autorizatorias, de vigilancia y sancionadoras sobre personas o actividades poco relevantes al interés público o nacional.

Es interés en este artículo, abordar solo el sistema normativo jurídico, y muy particularmente, el sistema normativo punitivo -penal y administrativo-, y sus recientes oleadas de actualización o reforma, ocurrida principalmente en diciembre de dos mil veinticuatro; con el solo propósito de analizar la congruencia o relación que guarda la norma con el fenómeno regulado y la finalidad perseguida.

II. El Derecho y la razón

Siguiendo a Robert Alexy,⁸ se puede decir que, el Derecho no es solo la totalidad de las normas, escritas o consuetudinarias; y este, junto a la justicia, no está a disposición del funcionario que dicta las normas; la historia ha demostrado que existen o han existido leyes injustas.

Lo anterior hace suponer que todas las personas que participan del ejercicio de la potestad normativa deberían de saber o comprender el Derecho; sin embargo, producto de la naturaleza representativa y democrática de los Congresos o Asambleas Legislativas, muchos de ellos no tienen ningún tipo de formación referida a la ciencia del Derecho, sin embargo, actúan como si la entendieran. También hay operadores del sistema de justicia que muy poco comprenden el sistema normativo, se limitan a aplicar literalmente los textos contentivos de las normas; sin hacer un esfuerzo intelectual para aplicar de mejor manera las mismas; lo que suele llevarlos a decidir alejados de la razón, de la justicia o de la equidad.

8 José Antonio Pinto Fontanillo, *Teoría de la Argumentación Jurídica en Robert Alexy* (Tesis doctoral, Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Derecho, España, 2003), 6 y ss.

En la construcción o aplicación de las normas, se está llegando a lo absurdo e irracional,⁹ como cuando se imponen penas de trescientos años,¹⁰ o se juzga en una sola audiencia oral y pública a cientos de imputados,¹¹ o se atribuyen derechos a animales,¹² objetos o cosas, e incluso, elevan a categoría de persona lo que en nada se le parece o que solo es parte del patrimonio de esta.

El Derecho, como ciencia, está compuesto por teorías que afirman ciertos valores, principios e ideas y promueven determinadas acciones o conductas, con el fin de comprender la realidad social y darle una explicación al comportamiento del hombre en sociedad.¹³ Aun si se considera al Derecho sólo como sistema normativo, o como una mera regla de conducta, este está sustentado en principios y valores, generales o específicos, que le dan sentido a la norma, que legitiman su dictado, generan convicción de sujeción o justifican su imposición. Bobbio sostuvo que el Derecho es un conjunto de normas y reglas de conducta, para quien la vida se desarrolla en un mundo de normas; y sostiene que, aunque nos consideramos libres, estamos sujetos a tales reglas de comportamiento desde el nacimiento, hasta la muerte.¹⁴ Por su parte, la norma, tal y como lo expresa Recasens,¹⁵ es la expresión del deber ser, postulan una

9 “Ya sea a la irracionalidad jurídica o política, e incluso a ambas. En la primera, el legislador se aparta de la justicia y de la seguridad jurídica; en la segunda, la norma se aparta de la convivencia social; a la que normalmente debe de pretender”. Juan Antonio García Amado, Interpretación y argumentación jurídica (El Salvador: Consejo Nacional de la Judicatura, 2004), 126.

10 “Juez especializado de sentencia A de San Salvador, el 30 de enero de 2019, impone 300 años de prisión a imputado acusado de tráfico de drogas, pertenencia a organizaciones terroristas, extorsión agravada y otros delitos. Datos de la cuenta de X de la Fiscalía General de la Republica. Con lo anterior, tal y como lo sostuvo Michel Foucault, se está abandonando el fin resocializador de la pena de prisión, y se le está utilizando como un mecanismo de eliminación de aquellas personas a quienes el Estado considera y trata como enemigos”. Michel Foucault, *Las redes del poder* (Buenos Aires: Editorial Prometeo, 2014), 80 y ss.

11 Disposiciones transitorias especiales para ordenar el procesamiento de imputados detenidos en el marco del régimen de excepción (El Salvador: Asamblea Legislativa, 2022). D.L. 803 del 26 de julio de 2023, publicado en el D.O. numero 157, tomo 440, el 25 de agosto de 2023.

12 Francisco J Capacete González, “La Declaración universal de derechos del animal”, En *DA. DERECHO Animal. Forum of Animal Law Studies*, Vol 9, No 3 (2018): 143 y ss.

13 Norberto Bobbio, *Teoría de la norma jurídica* (Brasil: Editorial Edipro, 2001), 33.

14 *Ibíd.*

15 Luis Recasens Sichés, *Vida humana, sociedad y derecho: Fundamentación de la filosofía del derecho* (México: Porrúa, 2003).

conducta que se considera valiosa, aun cuando pueda producirse el resultado contrario, o el enunciado de algo que estimamos que debe de ser, aun cuando este pueda quedar incumplido.

La razón y el sentido común, son valores que sirven de soporte al ordenamiento jurídico que rige a una sociedad. Expresa Recasens,¹⁶ que los valores, son ideales con vocación de realización y pretensión de imperar sobre el mundo y encarnar en él, a través de la acción del hombre, individual o colectivo. Es la coincidencia del ideal con la realidad, la que hace eficaz el postulado contentivo del valor; y, a las cosas a las que se les da un valor positivo, el Derecho los llama bienes. Dicho valor puede ser debido a su utilidad, costo, belleza, etc.; no llama el Derecho persona a un animal, por el solo hecho de su belleza o apego hacia el mismo. Es decir, que la norma, el enunciado del deber ser o cualquier postulado normativo, debe de estar fundado en un juicio de valor que potencie o estimule la dignidad humana. Lo anterior es así, ya que, y siguiendo a Recasens, es la persona el conducto o vía por medio del cual el mundo ideal de los valores se transforma en un poder afecto en la sociedad o mundo real; esto es así, ya que solo en la vida humana, se realizan o materializan los valores que sostienen el ordenamiento jurídico.

Los diputados, por tanto, al legislar, lo deben de hacer teniendo en cuenta que no toman decisiones personales, sino para el grupo social al que representan, considerando, además, que tales normas también afectarán positiva o negativamente a las siguientes generaciones y que su finalidad, es facilitar la convivencia social por medio de las normas. Por ello, la importancia de crear buenas leyes.¹⁷

16 *Ibíd.*

17 Walter Bagehot, politólogo inglés, expresó que las funciones de los parlamentarios -legisladores- son hacer buenas leyes, educar bien a la nación, interpretar bien los deseos de esta, dar a conocer al país íntegramente los problemas que se planteen, y elegir un buen gobierno -en nuestro caso, a una parte de este-; citado por Sabino Cassese, en *La democracia y sus límites* (Sevilla: Global Law Press-Editorial Derecho Global, 2018), 44.

En general, el ordenamiento jurídico es expresión del poder político, específicamente, el punitivo; es reflejo del *ius puniendi* del Estado, y como tal, está relacionado directamente con el tipo de Estado y sistema o forma de gobierno. Así, en una dictadura, las normas están orientadas a controlar a la sociedad, en la que las personas no son vistas como sujetos de derechos; impera en ellas, la denominada doctrina de la seguridad del Estado, y es solo en beneficio de éste, que se adoptan y aplican las leyes para garantizar su existencia y controlar a la sociedad. Por el contrario, en una democracia¹⁸ representativa, imperan las libertades, las personas son vistas como el fin del Estado y el ordenamiento jurídico, se orienta a generar convivencia social, potenciando la participación de todos y la decisión de la mayoría, pero respetando a las minorías.

Como es sabido, El Salvador, por décadas estuvo sumergido en una violencia social que ha puesto a prueba la eficacia del Gobierno para combatir la delincuencia, especialmente la pandilleril y el crimen organizado; lo que llevó incluso a suponer una ruptura del Estado de Derecho. Por lo que, y con el afán de procurar seguridad, se implementaron varias estrategias de combate a las pandillas y demás manifestaciones de crimen organizado.

Ante la ineficacia de las mencionadas estrategias de combate a la criminalidad, el actual gobierno, con un alto grado de legitimidad, ha acudido al régimen de excepción, como instrumento jurídico excepcional o extraordinario, previsto en el art. 29 de la Constitución de la República,¹⁹ y al amparo de este régimen, se han dictado normas penales y procesales, cada vez más restrictivas o punitivas; poniendo en riesgo el valor de la justicia, o al menos, anteponiendo a esta, la seguridad, del Estado o de la sociedad.

18 Sabino Cassese, sostiene que, de los 193 Estados del mundo, casi la mitad se gobierna en democracia; y que aun, en algunos de estos, se limita la libertad de expresión, de asociación e independencia de poderes; y que, por tanto, socavan la misma democracia. Sabino Cassese, en *La democracia y sus límites*, 17.

19 Adoptado desde el 27 de marzo de 2022, el cual se ha venido mensualmente prolongando por periodos de treinta días; recientemente, por D.L. número 198 del 30 de enero de 2025, publicado en el D.O. número 21, Tomo 446 de ese mismo día; prolongó su vigencia hasta el 6 de marzo de 2025.

Teniendo en cuenta que El Salvador es una Estado republicano y que su forma de gobierno es la democracia representativa, aunque con muy pocos mecanismos de participación ciudadana, no se debe olvidar que las leyes, son el resultado del mandato conferido por el pueblo a los diputados, y, por tanto, ellos deben de legislar teniendo por propósito generar una convivencia social, en respeto a los derechos y garantías de las personas. Las leyes deben ser el producto de un análisis serio de conveniencia y de eficacia, ya que, ese es uno de los fines que cumple su proceso de formación de ley, y si son punitivas, además deben de ser el resultado de un encuadramiento en la política criminal del Gobierno, si es que se tiene; o al menos, debe guardar congruencia con los lineamientos político criminales y un análisis criminológico serio.

La ley entonces, en una democracia debe de potenciar la igualdad, la libertad, la participación de todos y el respeto a la decisión de la mayoría. Debe de promover y tener a la base la dignidad humana; por lo que, cualquier norma que no tenga por fin a la persona, carece de lógica y de razón; no sería congruente con el tipo de Estado ni con la forma de gobierno que se tiene. Las leyes punitivas o sancionatorias deben en todo caso tener a la base el respeto a los derechos humanos del supuesto infractor y de la víctima o afectado; no deben ser mecanismos de venganza pública.

III. Teoría del ilícito

Es importante antes de iniciar el análisis, dejar por sentado que se hablará de teoría del ilícito y no de teoría del delito,²⁰ porque en el artículo se analizan los hechos a la luz de los ilícitos civiles, administrativos, penales; etc. Por ello, el Derecho, como expresión del poder político, cambia en atención a las transformaciones que la misma sociedad experimenta; reacciona a tales cambios, raras veces se anticipa a ellos. La sociedad, nacional, regional e internacional

20 Esto es así, puesto que la teoría del ilícito, comprende los ilícitos civiles, administrativos, éticos, y penales; y la teoría del delito estaría solo referida a estos últimos.

cada vez evoluciona más rápido y tiende como consecuencia a dejar rezagado al Derecho.

Tal como lo afirmó Moisés Moreno,²¹ la política criminal, como parte de la política social general, y el Derecho penal como expresión de la primera y parte del sistema jurídico, no escapa a tales transformaciones; y como consecuencia, con frecuencia, queda rezagado. Tales transformaciones, también han de afectar a la dogmática penal, que debe como consecuencia, transformarse, en algunos casos, abandonando criterios tradicionales relativos a determinados temas o reafirmarlos si así corresponde a la ciencia del Derecho.

Por dogmática jurídico penal, se ha de entender lo que expresó Muñoz Conde cuando dijo *“es el núcleo del Derecho penal que trata de averiguar el contenido de las normas penales, sus presupuestos, sus consecuencias, delimitar los hechos punibles de los impunes; de conocer, en definitiva, qué es lo que el legislador pretende castigar y como quiere lograrlo”*.²² Esta, debe funcionar como factor de cambio del Derecho penal, pero siempre procurando limitar en favor de los Derechos humanos y de la razón, el ejercicio del poder punitivo del Estado.

Son la política criminal y dogmática penal las que le sirven de brújula a los gobiernos, a fin de elevar a ilícito determinadas acciones u omisiones, en atención al bien o bienes jurídicos que les sean de interés; puesto que dicha política y dogmática, varían según el tipo de Estado y de gobierno que impere. En ausencia de una política criminal, al menos deben de existir líneas criminológicas de actuación, formales e informales, que orienten a los actores que tienen competencia para legislar.

21 Moisés Moreno Hernández, “Internacionalización del Derecho penal y Dogmática penal”, en *Memorias del congreso internacional y sistemas jurídicos comparados*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM (2005), 459.

22 Francisco Muñoz Conde, *Introducción al Derecho Penal*, 2ª. Edición (Argentina: Editorial BdeF, 2001), 135 y ss.

Como se ha dicho antes, el ordenamiento jurídico está compuesto por una diversidad de normas, unas son sustantivas, otras adjetivas. Dentro de las sustantivas, están las autorizatorias, las restrictivas o limitativas, y las punitivas o sancionatorias. Las adjetivas son aquellas que erigen medios e instrumentos orientados a garantizar o viabilizar la aplicación de las normas sustantivas, aplicación que suele llegar a ser coercitiva. Las normas punitivas, son aquellas que describen una acción u omisión que considera lesiva a determinado bien jurídico, y que prevé la eventual transgresión de un postulado normativo, y como consecuencia, fija una sanción por la misma. A esto último se le llamará teoría del ilícito.

En el marco de un Estado Democrático de Derecho, en materia punitiva deben de regir ciertos postulados propios del garantismo que postula Ferrajoli,²³ tales como: no hay pena sin crimen, no hay crimen sin ley, no hay ley penal sin necesidad, no hay necesidad de ley penal sin daño, no hay daño sin acción, no hay acción sin culpa, no hay culpa sin indicio, no hay indicio sin acusación, no hay acusación sin prueba y no hay prueba sin defensa. Por supuesto que tales postulados han debido de flexibilizarse a fin de dar paso a planteamientos distintos, tales como el realismo, el finalismo o el funcionalismo penal.

También se ha dicho antes, que para mantener o alcanzar la convivencia social, es necesario que el Derecho contenga normas punitivas, las que, sin duda, restringen o limitan el ejercicio de derechos o libertades; de ahí que, es indispensable que las normas punitivas estén sustentadas en principios específicos, tales como el de necesidad, proporcionalidad, tipicidad, etc. Serán, por tanto, resultado de una adecuada dogmática penal, que no solo tenga en cuenta la pena, sino también a la víctima, al bien jurídico que pretende tutelar, pero, sobre todo, una coincidencia con la realidad social a fin de no elevar a ilícito una acción u omisión que no deba de serlo o eliminar aquellos que deban de seguir siendo ilícitos. Es decir, deben de procurar la justicia, ser expresión

23 Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal* (España: Editorial Trotta, 1995).

de la razón y permitir solo el uso de la fuerza que sea necesaria para combatir la acción u omisión lesiva.

Es decir que, según la teoría del ilícito, para estar ante una infracción administrativa o un delito civil o penal, es necesario que concurra un supuesto normativo que describa de forma clara y sencilla la acción u omisión lesiva -tipicidad-, el perjuicio o daño que debe causar la acción u omisión, salvo en el caso de los denominados delitos de peligro, concreto o abstracto, en donde basta la sola puesta en peligro, sin exigir un resultado; que haya un bien jurídico tutelado -lesividad-, y que entre la acción u omisión haya un nexo causal o volitivo atribuido al sujeto ejecutor, es decir, imputación objetiva. Y finalmente, que se establezca el reproche o sanción a imponer por la acción u omisión lesiva.

Es muy relevante el ánimo del supuesto infractor, ya que este puede obrar por dolo, culpa o negligencia; y es en esta última, en donde, y en aplicación al principio de confianza legítima, tiene cabida el deber de cuidado que se debe de tener, a fin de evitar o disminuir el daño. La conducta del sujeto activo, puede caer en supuestos de error de tipo, en cuyo caso, o queda sin castigo o se convierte en ilícito culposo. De ahí la relevancia del ánimo o voluntad del actor del hecho.²⁴

Si se analizan a la luz de la teoría del delito, los hechos punibles a los que en este artículo se les ha prestado atención, corresponderá ver cada uno de ellos en función a si concurren o no los elementos que constituyen dicha teoría.

IV. La irracionalidad en la norma

Se ha dicho antes, que la irracionalidad de la norma puede ser jurídica, política, o ambas; en este texto, se hará énfasis en la primera. Una norma es jurídicamente irracional cuando se aparta de la justicia o de la seguridad jurídica;

24 Para una mejor comprensión, se recomienda leer el art. 28 del Código Penal, que desarrolla el error vencible e invencible. Código Penal (El Salvador: Asamblea Legislativa, 1997).

y es políticamente irracional, cuando se aparta del bien común o no procura la convivencia social.

En la última década, en materia punitiva, tanto penal como sancionatorio, se ha experimentado lo que se daría en llamar expansión del Derecho penal administrativo, puesto que se han erigido múltiples ilícitos, tanto penales como administrativos, y muchos de ellos no han debido de constituirse o no guardan la más mínima relación de proporcionalidad entre el bien jurídico protegido y las sanciones o penas que tipifican. Hace ya varias décadas, se dictaron normas orientadas a la tutela del ambiente, de la naturaleza, de los ecosistemas, etc.; en algunos casos, partiendo de lo que se denominó derechos de la naturaleza o del medio ambiente, dictando con ese fin normas administrativas tanto autorizatorias como punitivas para procurar tal protección. Posteriormente, se tipifican determinadas acciones como delitos contra el ambiente, véase al efecto el Título X del Código Penal,²⁵ delitos relativos a la ordenación del territorio, protección de los recursos naturales y al medio ambiente.

Nadie cuestionó dichas normas, puesto que la protección del ambiente o de la naturaleza es de interés de todos, locales o extraños, presentes o futuros; pero, sobre todo, se considera que no se cuestionaron más allá de ciertos análisis dogmáticos relativos al bien jurídico tutelado, porque no se alejaron de los principios básicos de necesidad y de proporcionalidad. En este artículo, sólo se analizarán las recientes normas relativas a la tutela de animales, y las referidas o relacionadas al transporte terrestre, tránsito y seguridad vial.

Recientemente, se han dictado normas penales, art. 261-A C.Pn.,²⁶ y/o administrativas, como la Ley Especial de Protección y Bienestar Animal,²⁷ orientadas a proteger a determinados animales (de compañía o mascotas)

25 Código Penal (El Salvador: Asamblea Legislativa, 1997).

26 *Ibíd.*

27 Ley Especial de Protección y Bienestar Animal (El Salvador: Asamblea Legislativa, 2022). Es de interés de este trabajo el régimen sancionatorio contenido en esta Ley a partir del art. 60 y ss.

considerándolos seres sintientes, excluyendo a los demás animales que no son considerados parte de esta clasificación. Con dicho propósito, en las expresadas normas administrativas y penales, se observa una desproporción entre la acción u omisión punitiva, el supuesto bien jurídico a tutelar y las penas o sanciones que se fijan por su incumplimiento. De la lectura de los considerandos de la ley especial, inicialmente se pueden desprender la salud pública y el medio ambiente como bienes jurídicos a tutelar; sin embargo, a la luz del art. 1 de dicha ley y de la actuación administrativa del Instituto de Bienestar Animal, se deja entrever que son los animales en sí mismos el bien jurídico a proteger; lo que sin duda sería un desacierto.

El Instituto de Bienestar Animal, es una institución oficial autónoma, domiciliada en San Salvador, rectora en la vigilancia del bienestar animal en El Salvador y en la aplicación de la política de bienestar animal para animales silvestres y de compañía; con competencias regulatorias y sancionatorias.²⁸

A juicio de este autor, no es dable aceptar que el hombre es una especie animal, por más que se quiera asumir la evolución como su origen; y aún si se partiera de la anterior afirmación, hay que reconocer que, como especie, se ha evolucionado lo suficiente, como para diferenciarnos totalmente de los animales propiamente tales. Lo anterior no significa ignorar la importancia que para el desarrollo social e individual del hombre han tenido y seguirán teniendo los animales, puesto que, son y han sido una fuente importante de alimento; han sido importantes instrumentos o medios de transporte, de trabajo agrícola; su crianza es y ha sido objeto de actividades laborales, se les ha utilizado como instrumentos de transporte, terapia o fuente de medicinas para el tratamiento de determinadas enfermedades; etc. Es decir, que la sociedad ha tenido una relación utilitarista para con ellos, aun en el caso de los ahora llamados animales de compañía, que se les usa para alejar la soledad.

28 Art. 11 de la Ley Especial de Bienestar y Protección Animal.

En determinados tiempos y sociedades, a ciertos animales, se les consideraban dioses o la encarnación de estos; e incluso, producto de la mitología, se han creado seres mixtos, parte humana, parte animal. Es decir, que los animales siempre han estado y estarán presente en la vida del hombre en sociedad; y quizá por esto, actualmente se les pretende reforzar la tutela o protección; dándole un giro a la relación utilitarista que se ha tenido con ellos.

En lo que a la tutela de ciertos animales sintientes se refiere, habrá primero que determinar si realmente existe o no un bien jurídico a proteger, para luego determinar si las penas o sanciones que se fijan en estas normas, guardan o no proporcionalidad. Desde hace más de un siglo, el Código Civil²⁹ ha considerado a los animales domésticos parte del patrimonio de la persona; es decir que son bienes, por lo que el daño a estos ha generado siempre responsabilidad civil o penal, según la naturaleza de la acción u omisión que lo perjudique; e incluso, ha regulado la responsabilidad del dueño de animales bravíos por los daños que eventualmente estos causen a otras personas o sus bienes.

Sin embargo, la Ley Especial de Protección y Bienestar Animal, se aparta por mucho del Código Civil, y pareciera que considera a los animales de compañía o mascotas sujetos en sí mismo, ya que en los arts. 1 y 2 literales b y g señala que su objeto y finalidad es proteger la salud, la vida e integridad de los animales. Por su parte, el Código Penal en el artículo 261 A, tipifica y sanciona el delito de maltrato animal, lo cual en sí mismo no es reprochable protegerlos; es en la sanción en donde se considera que está la desproporción e irracionalidad de la norma. No es congruente con la sociedad salvadoreña que se sancione con pena privativa de libertad este delito, ya que después de

29 Es relevante leer y analizar los arts. 563, 588, caza y pesca especie de ocupación para adquirir el dominio de animales bravíos o silvestres; 589 define animales bravíos, domésticos y domesticados; y particularmente el art. 604 que expresamente señala que los animales domésticos están sujetos a dominio o propiedad; todos del Código Civil, a fin de comprender que tales animales domésticos, son parte del patrimonio de una persona y por tanto, cualquier lesión o perjuicio causado a estos, ha debido tipificado y sancionado como delito contra el patrimonio.

la vida, la libertad ambulatoria es uno de los derechos que más garantías debe de tener, a fin de no limitar o privar a una persona de este, sino solo cuando sea estrictamente necesario, con relación a la naturaleza de la acción, ánimo del infractor, perjuicio causado, etc.

Aunado a lo anterior, tanto la población como la autoridad policial o administrativa, omiten tener en cuenta que este delito de maltrato animal es eminentemente doloso; como consecuencia, el maltrato animal culposo es atípico y, por tanto, no es sancionable. No cabe entonces atribuirle por ejemplo a un conductor de vehículo de motor que lesiona o mata a una mascota con su vehículo en la vía pública este delito; tampoco debe de enmarcarse dentro de este delito el hecho de que su dueño o poseedor no les tenga un adecuado control veterinario, puesto que ni el mismo Estado, es capaz de proveer a sus habitantes,³⁰ el acceso a los cuidados médicos adecuados para una vida libre de dolencias o enfermedades; por tanto, no es correcto estar privando de libertad a las personas por tales hechos.

En cuanto a la seguridad vial, transporte y tránsito terrestre, y con el supuesto propósito u objetivo de reducir la cifra de accidentes de tránsito,³¹ recientemente se han reformado las normas que rigen esta materia, y algunas de ellas se han llevado de manera irrazonable, tanto formal como material; se han aumentado los montos de las multas sin hacer ningún análisis de dosimetría punitiva, especialmente en lo que a proporcionalidad se refiere, entre la acción u omisión infractora, el eventual daño causado y la capacidad de pago del supuesto infractor, que se refiere, que en la mayoría de los casos, se ha

30 Según la encuesta de hogares de propósitos múltiples realizada en 2022 por el Banco Central de Reserva, solo un cuarto de la población salvadoreña tiene acceso a la salud. Dato disponible en <https://www.elsalvador.com › noticias › nacional › un-cua>, visto el 3 de abril de 2025.

31 Según el Observatorio Nacional de Seguridad Vial, solo en el 2024, se produjeron 20301 accidentes de tránsito, en los que fallecieron 1303 personas y resultaron lesionadas 11954; y fueron detenidos 2311 por conducción peligrosa. En lo que va del 2025, se han producido 2812 siniestros viales, en los que han fallecido 164 personas y han resultado lesionadas 1710, y han sido detenidos 338 conductores peligrosos. <https://observatoriovial.fonats.gob.sv>, visto el 25 de febrero de 2025.

aumentado hasta en un doscientos por ciento.³² De tajo, se ha pasado a formar parte de algunos países latinoamericanos y europeos que tienen cero tolerancia al alcohol al conducir; ya que, si se ha consumido alcohol por mínimo que sea y a la vez se conduce un vehículo de motor; se comete una grave infracción vial; y además, el delito de conducción peligrosa, generando así, dos tipos de responsabilidades, una administrativa y otra penal.

Se ha puesto a funcionar en varias arterias viales del país, el sistema de fotomultas; lo cual parece bueno, pero material y formalmente genera inseguridad jurídica. Esta última se da, en cuanto a la velocidad permitida, ya que, no se tiene certeza; pues la hacen depender, no del tipo de red vial de la que se trate, sino de si está o no cercana a centros poblacionales densos. Para el caso, en la autopista a Comalapa, una arteria de aproximadamente 35 kilómetros de longitud, tiene múltiples velocidades permitidas, que van desde los 60 kph a los 110 km/h, lo que pareciera normal, pero no lo es, puesto que en un tramo se permiten 110 km/h, pero a muy poca distancia -decenas de metros incluso- se reduce a 90 km/h, y, a veces hasta 60 km/h; lo que hace que, el conductor se distraiga por ir buscando o leyendo la poca señalización existente.

Lo anterior, es sin perjuicio a que, la Ley³³ permite fijar con carácter general la velocidad mínima y máxima, según el tipo de vía.³⁴ El Viceministerio de Transporte ha fijado en una misma vía, 90 kph, o 110 kph como velocidad máxima, según tramo de la vía, y no en atención a su tipo o densidad poblacional por la que pase; con lo que se cae en inseguridad jurídica. Aunado a lo anterior, y con el mismo propósito de garantizar un tránsito vial seguro, recientemente se ha reformado el art. 147- E del C.Pn.³⁵ Elevando a delito de conducción peligrosa,

32 Sin perjuicio a que, luego se emitiera el D.L. número 200 del 29 de enero de 2025, y publicado en el D.O. número 21, Tomo 446, del 30 de enero de 2025; en el que esencialmente se dispuso el pago de las multas impuestas desde el 20 de diciembre de 2023 al 26 de enero de 2025.

33 Art. 61 de la Ley de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial (El Salvador: Asamblea Legislativa, 2014).

34 Según el art. 39 de la Ley de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial; las vías pueden ser especiales, primarias o secundarias.

35 D.L. número 183 del 20 de diciembre de 2024, publicado en el D.O. número 244, Tomo 445 de

el hecho que el conductor de un vehículo de motor ande conduciendo y hubiere consumido alcohol, independientemente de los grados alcohol en sangre que tenga en su cuerpo; es decir, que se convierte en delito lo que -antes era falta administrativa- el haber consumido el equivalente a cero un grado de alcohol a cien grados, sin perjuicio a que también se elevó la sanción, volviéndolo un delito grave.

En ese mismo orden, se reformó el numeral dos del inciso primero del art. 38 del Código Procesal Penal,³⁶ excluyendo a la conciliación como medio para extinguir la acción penal cuando el homicidio culposo fuere producto de la conducción peligrosa de vehículos automotores.

La denominada política de cero³⁷ tolerancia al alcohol -cuando se conduce-, parece buena; sin embargo, es excesiva; primero, se ha implementado sin que le anteceda un análisis científico de cuantos grados de alcohol tolera la persona promedio sin comprometer su juicio, seguridad y la de los demás; tampoco se ha hecho ningún análisis que mida el impacto de esta prohibición con el rubro turismo, en el que se encuentra el rubro de las bebidas alcohólicas; además, no se hizo un análisis económico de la misma, puesto que buena parte de los impuestos³⁸ que se recaudan, proceden de la producción, comercialización y consumo de tales bebidas, y sin duda, al reducirse este último, se reduce su comercialización y su producción; afectando directamente las arcas del Estado.

la misma fecha.

36 *Ibíd.*

37 Lo que a juicio del jurista Edgardo Alberto Donna, es reflejo del distanciamiento de las ideas fundamentales de la ilustración desarrolladas por la Escuela de Frankfurt. Wolfgang Naucke, et.al. *Principales problemas de la prevención general* (Buenos Aires: Editorial BdeF, 2004), 11. <https://dokumen.pub/principales-problemas-de-la-prevencion-general.html> La que además entra en contradicción con el art. 3 de la Ley Reguladora de la Producción y Comercialización del alcohol y de las bebidas alcohólicas (El Salvador: Asamblea Legislativa, 1996). Que define como **bebida alcohólica aquella que tenga alcohol etílico potable en una proporción mayor a 0.50 % en volumen.**

38 Art. 42-A de la Ley Reguladora de la Producción y Comercialización del alcohol y de las bebidas alcohólicas (El Salvador: Asamblea Legislativa, 1996). En 2024, el Estado recaudó 136.4 millones de dólares en concepto de impuestos al consumo de bebidas alcohólicas; pero en enero de 2025, recaudo por el mismo concepto 2.5 millones de dólares, en comparación con enero de 2024 que recaudo 12. 6 millones. www.elsalvador.com/noticias/negocios/bebidas-alcoholicas-recaudacion-tributa, visto el 8 de abril de 2025.

Tampoco se tuvieron en cuenta los impactos de esta, en el ya colapsado sistema de justicia salvadoreño.

Son los jueces, el último valladar del ciudadano ante tales normas aparentemente irracionales; son ellos, los que deben de entrar en razón, y hacer un análisis de ponderación entre el bien jurídico tutelado y el nivel de riesgo sufrido por el consumo de muy pocos grados de alcohol. Tal y como dijo Cassese,³⁹ las decisiones que los órganos representativos toman en nombre del pueblo, se hallan limitadas por el Derecho; y si a los jueces -y demás funcionarios públicos- les corresponde decirlo, son ellos los que deben de limitar cualquier norma jurídica irracional, contraria a la Dignidad Humana; atendiendo al componente garantista del Derecho.

V. Análisis comparativo

A fin de mostrar que el legislador se aparta de la razón o del sentido común al calificar de grave el delito de maltrato animal, se hará un análisis comparativo de este con otros delitos; tales como maltrato infantil, lesiones; entre otros.

Como se ha dicho antes, el delito de maltrato animal está tipificado y sancionado en el art. 261-A del Código Penal; y de la lectura de la expresada disposición, se puede extraer que, el maltrato animal es un delito generalmente⁴⁰ doloso,⁴¹ de acción, de resultado, de acción pública⁴² y grave,⁴³ sancionado con

39 Sabino Cassese, *La democracia y sus límites*, 83.

40 Ya que, del inciso 4 del referido art. 261-A; se infiere que cabe la posibilidad de que en determinadas circunstancias sea culposo; como en el caso de accidente en el suministro de tratamientos e intervenciones veterinarios.

41 Afirmación que se hace al considerar la técnica de la remisión penal en blanco, ya que el art. 4 lit. s de la Ley Especial de Protección y Bienestar Animal, es la que define qué se debe de entender por maltrato animal, así: "... toda acción u omisión realizada **deliberadamente** ...", esto es con intención de causar el maltrato o afectación.

42 Art. 17 número 1 y 18 del Código Procesal Penal (El Salvador: Asamblea Legislativa, 2008).

43 Art. 18 del Código Penal.

pena principal y accesoria, según el caso. La pena de prisión oscila entre dos y cuatro años, la que podría aumentarse si concurren causas de agravación ahí previstas; puede ser conmutable por arresto de fin de semana o trabajo de utilidad pública, según el inciso dos del art. 74 C.Pn. Como pena accesoria, se podrán imponer la prohibición de tenencia de animales o la inhabilitación del ejercicio de profesión, oficio o comercio; o multa, delito que, además, genera responsabilidad civil.⁴⁴

En cuanto al bien jurídico protegido por este delito, inicialmente se puede afirmar que es la naturaleza o el medio ambiente,⁴⁵ pero también se puede sostener que es la vida misma e integridad del animal, en tanto ser sintiente. Sin embargo, y atendiendo a que los animales forman parte del patrimonio de una persona, habrá que decir que es el patrimonio, el bien jurídico tutelado.

El maltrato infantil, tipificado y sancionado en el art. 204 C.Pn., es un delito doloso, de resultado, menos grave, sancionado sólo con pena de prisión de entre uno y tres años. El bien jurídico protegido en este delito, es la integridad física, moral o psicológica del menor. Al analizar ambos delitos, sobre todo teniendo a la base el bien jurídico protegido, se advierte una total desproporción en la pena que para el caso se establece en el delito de maltrato animal, frente al maltrato infantil. No es razonable que se castigue con mayor severidad el primero, puesto que, sin duda, es mucho más valioso el bien jurídico que tutela, frente al segundo delito.

Similar análisis se puede hacer al comparar el delito de maltrato animal con los delitos de lesiones, tipificado y sancionado en el art. 142 C.Pn., con prisión de uno a tres años; lesiones culposas, tipificado y sancionado en el art. 146 C.Pn., con uno a tres años de prisión; aborto culposo, tipificado y sancionado en el Art. 137 C.Pn., con prisión de seis meses a dos años; lesiones culposas en

44 Art. 43 y 119 y ss del Código Procesal Penal.

45 Lo que parece estar en consonancia con lo dispuesto por título III, capítulo II de la Ley marco para convivencia ciudadana y contravenciones administrativas, que le impone en los literales b, c y d del art. 22 el deber ciudadano frente a los demás, por la posesión de animales domésticos, de granja o mascotas.

el no nacido, tipificado y sancionado en el art. 139 C.Pn., con multa de 50 a 100 días multa; los que sin duda, tutelan bienes jurídicos mayores, sin embargo, tienen penas menores, por lo que no guardan una debida proporcionalidad.

Además, se debe recordar que, antes de elevar a delito el maltrato animal, los arts. 22, literales b, c, y d; 25 literales f y g de la Ley marco para la Convivencia Ciudadana y Contravenciones Administrativas,⁴⁶ se refiere a los deberes ciudadanos para con el medio ambiente, derivados de la tenencia o posesión de animales domésticos, de granja o mascotas. Entre los deberes se pueden mencionar, el garantizar que tales animales no causen perjuicio a la salud pública, bienestar de la comunidad o al medio ambiente; es decir que, al dueño de estos o a su poseedor, la Ley le atribuye el deber de cuidado para con ellos, y les hace responsables de los daños que tales animales puedan causar.⁴⁷

La mencionada Ley, al referirse a la acción de poseer o tener animales domésticos, de granja o mascotas, sin duda, asume que estos son bienes muebles o semovientes, ya que solo los bienes pueden ser objeto de posesión o tenencia, así lo señala el Código Civil en el art. 568. La misma Ley Especial de Protección y Bienestar Animal, en los arts. 37 y 38,⁴⁸ lo dice claramente al referirse a las obligaciones que deben de adoptar los propietarios, responsables o tenedores de animales de compañía con fines de protección.

Por otro lado, si se comparan las sanciones que recientemente se han establecido para el delito de conducción peligrosa, teniendo en cuenta que este es un delito de peligro concreto y culposo, con otros delitos de similar naturaleza, se advertirá una desproporción de este para con los delitos objeto

46 Ley marco para la convivencia ciudadana y contravenciones administrativas (El Salvador: Asamblea Legislativa, 2011).

47 Art. 90 y ss de la Ley Marco para la Convivencia Ciudadana y Contravenciones Administrativas; a similar conclusión se llega al leer el art. 10 lit. h de la Ley Especial de Protección y Bienestar Animal, que le impone una serie de obligaciones al responsable o poseedor de animales de compañía.

48 De la misma manera se expresan los arts. 61 lit. a, 63 lit. p referidos a la tipificación de infracciones atribuidas a los propietarios, poseedores o tenedores de animales de compañía.

de comparación. Además, si comparamos los nuevos montos⁴⁹ establecidos de las multas en ocasión de infringir las normas de tránsito y seguridad vial, con la capacidad económica de los eventuales infractores, se llegará a la conclusión que estas son desproporcionadas.

Ya se ha dicho que la naturaleza del delito de conducción peligrosa de vehículos automotores⁵⁰ es de peligro concreto, culposo y grave. De peligro, porque se sanciona el solo hecho de poner en riesgo el bien jurídico protegido que, para el caso, es la vida e integridad física, sin perjuicio a que se podría afirmar que el bien jurídico protegido es la seguridad vial. Culposo, porque parte de la ausencia de dolo, es decir que se sanciona la impericia, la imprudencia o la inobservancia de la debida diligencia. Grave, porque está sancionado con la pena principal de prisión, que oscila entre los dos a cinco años, o de cinco a diez años, si el sujeto activo conduce vehículo de transporte público de pasajeros o de carga; y en el caso de producirse homicidio o lesiones culposas, dicha pena se incrementará a diez o quince años, respectivamente. Si se llegase a producir el daño en la vida e integridad de las personas, se estará en presencia de un concurso ideal de delito.⁵¹

Al hacer una comparación meramente matemática e individualizada de las penas señaladas para cada delito, se tiene el resultado siguiente: El homicidio culposo, tipificado y sancionado en el art. 132 del C.Pn. tiene una pena de prisión que oscila entre dos a cuatro años, y se produce a consecuencia de la conducción mediante vehículo de motor, se privará por igual tiempo al responsable del derecho de conducir,⁵² y como se ha dicho antes, el delito de

49 Según el art. 119 lit. g de la Ley de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial; antes de las reformas eran: Por sanciones leves, 11.43 dólares, por sanciones graves, 34.30 dólares, y por sanciones muy graves, 57.14 dólares; luego de las reformas estos montos pasaron a ser, 50, 100, 150 dólares; respectivamente.

50 Los art. 11 y 12 de la Ley de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial, clasifican los vehículos automotores. D.L. número 477 del 19 de octubre de 1995; publicado en el D.O. número 212, Tomo 329 del 16 de noviembre de 1995.

51 Art. 40 del Código Penal.

52 En el Art. 77 de la Ley de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial, se sanciona también con la suspensión administrativa de la licencia por un periodo máximo de doce meses; lo que

conducción peligrosa de vehículo automotor, está sancionado con prisión de dos a cinco años. Así que, al sumar las penas máximas señaladas, resultan nueve años; uno menos si se aplica a la letra lo previsto en el art. 147-E; y eso, si se aplican las penas máximas, lo que no es razonable a la luz de la congruencia.

Al hacer el mismo ejercicio anterior con el delito de lesiones culposas, art. 146 C.Pn.⁵³ y el de conducción peligrosa de vehículos de motor, se tiene el resultado siguiente: las lesiones tienen una pena de seis meses a dos años, según la gravedad de las mismas; de igual manera, por dicho delito se impondrá la sanción accesoria de privación del derecho de conducir por el mismo tiempo.⁵⁴ Así que, si se suman los dos años como pena máxima por las lesiones culposas, con los cinco años máximos por la conducción, dan siete años; tres menos de la pena prevista en el art. 147-E, lo que nuevamente demuestra la falta de congruencia del legislador.

Al comparar el monto de las multas que en materia de tránsito y seguridad vial se han fijado, los cuales según la gravedad de la infracción, van desde los cincuenta dólares, hasta los ciento cincuenta dólares; con el monto del salario mínimo vigente⁵⁵ también resultan desproporcionadas e irracionales, ya que el salario mínimo de los sectores comercio, servicios e industria es de trescientos sesenta y cinco dólares mensuales.⁵⁶ Y si se parte que este es el salario que gana la gran mayoría de trabajadores, y a este se le hacen las deducciones de

hace pensar que no hay coincidencia con los plazos o que, la misma acción tiene cuádruple sanción -sin perjuicio al eventual decomiso del vehículo, a título de medida cautelar-, dos en cada una de las áreas del Derecho que se activan con la acción de conducir bajo los efectos del alcohol, drogas y demás. Cuádruple sanción que a todas luces resulta desproporcionada con la naturaleza de los hechos.

53 El art. 147-E C.Pn. no diferencia si del resultado de la conducción peligrosa de vehículo automotor se producen lesiones que el mismo Código ha tipificado como falta de lesiones y golpes, art. 375 C.Pn.; la que de paso es dolosa; y, sin embargo, aun en el supuesto de que las lesiones no excedan a los cinco días, pareciera que la agravación de la penal que prevé el delito procedería; lo que aún es más atentatorio.

54 Tiempo que, al analizar el art. 77 de la Ley de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial, son diferentes; lo que nuevamente demuestra la falta de congruencia legislativa, lo que se traduce en inseguridad jurídica.

55 Decreto número 10, Ministerio de Trabajo y Previsión Social del 7 de julio de 2021.

56 Art. 117 de la Ley de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial.

los gastos que se deben de hacer para vivir, resultará que no le alcanza; lo que podría hacer creer que los montos de las multas, que oscilan entre los cincuenta y ciento cincuenta dólares, según la gravedad de la infracción; no afectan, pues quien gana salario mínimo, no conduce un vehículo de motor; decir esto, es fijar una falacia; ya que muchos trabajadores lo hacen conduciendo vehículos de motor, no porque sean dueños de estos.

Aun en el caso de que la persona gane más del salario mínimo vigente, los salarios nominales promedios no exceden los ochocientos dólares mensuales, al que luego de deducirle los impuestos y contribuciones a la seguridad social, se reduce drásticamente; quedándose una suma que escasamente alcanza para sobrevivir, por lo que los montos de las expresadas multas resultan injustas, desproporcionadas, y en algunos casos, voraces.⁵⁷

VI. Redefinición de conceptos

Este apartado pretende referirse a las razones sociales que podrían estar a la base de lo que se ha denominado irracionalidad normativa; ya que, lo dinámico o cambiante de la sociedad, hace que cambie el Derecho como sistema normativo, y con dicha transformación, viene la redefinición de ciertos conceptos.

Uno de los conceptos que actualmente se está redefiniendo y, por tanto, tutelando de diferente manera, es el de familia. Se debe de recordar que antes, familia era el grupo de personas unidas, debido al parentesco, ya sea sanguíneo, por afinidad o por adopción -familia ampliada-; e incluso se hablaba de familia nuclear, para referirse a padres e hijos sujetos a autoridad parental⁵⁸ o patria

57 Encajan en esta categoría, las que según el art. 119 I de la Ley de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial, ya que el monto de la multa que se le puede imponer a los conductores de vehículos pesados, que van de los TRESCIENTOS DÓLARES A UN MIL DOSCIENTOS DÓLARES.

58 Art. 206 del Código de Familia (El Salvador: Asamblea Legislativa, 1993).

potestad. Para el constituyente, la familia es la base de la sociedad⁵⁹ y, por tanto, tiene la protección del Estado; y manda que la Ley regule sus relaciones personales y patrimoniales.⁶⁰ Por su parte, el ya derogado libro primero del Código Civil, a partir del artículo 72, desarrollaba toda una serie de mecanismos que, aunque aislados, se orientaban en su conjunto a desarrollar los atributos de la persona y a proteger a la familia, particularmente a los niños. Actualmente, el Código de Familia,⁶¹ en el art. 2 dice que, familia *“es el grupo social permanente, constituido por el matrimonio, la unión no matrimonial o el parentesco”*.⁶²

Sin embargo, producto de ciertos comportamientos sociales, como el que una pareja de esposos o convivientes, decidan por las razones que sean, no tener hijos, cada vez es más frecuente que sustituyan tal vacío, con mascotas o animales de compañía, a los que les llegan a tener tanto afecto, que incluso creen que dichos animales, son sus hijos -adoptivos por supuesto-, y, por tanto, parte de su familia y como consecuencia, objeto de protección como tales. Lo anterior sin duda, desnaturaliza o transforma el concepto tradicional de familia, puesto que, a ella solo pertenecen personas, unidas debido al parentesco.

Como consecuencia de lo anterior, el concepto de mascota, también sufre una transformación, y ahora en ciertos núcleos sociales, a lo que antes llamaban mascotas, hoy les llaman “perri hijos”, para referirse a sus perros de compañía o simplemente hijos, para describir a cualquier animal de compañía que posean o tengan. Otro concepto que a la luz de las normas analizadas se está redefiniendo, es el de culpa; puesto que el Derecho está reaccionando a ciertos comportamientos culposos, es decir aquellos en donde una persona causa un daño, pero no quiso causar u obró con falta de diligencia.

59 Art. 32, Constitución de la Republica de El Salvador.

60 Art. 33, Constitución de la Republica de El Salvador.

61 Código de Familia, D.L. 677, del once de octubre de 1993; publicado en el D.O. número 231, tomo 321, del 13 de diciembre de 1993.

62 Art. 127 del Código de Familia.

La culpa es otro concepto que se está redefiniendo, tradicionalmente ha estado relacionada con lo que se denomina inobservancia del deber de cuidado o de la debida diligencia, y su exigencia está en vinculada a la actividad, arte u oficio a la que se dedica la persona. Es decir, que, si se es constructor, es debida diligencia conocer las normas que regulan dicha actividad; si se es conductor de vehículo de motor, es deber conocer las normas que regulan la actividad de conducir; todo con el fin de deducir la responsabilidad que se derivare de su actuación. Además, previo a determinar responsabilidad, se debe de tener en cuenta la intención que tuvo el sujeto para actuar u omitir. No es adecuado presumir el dolo *prima facie*, lo que parece hacer el legislador al endurecer las penas en el caso del delito de conducción peligrosa.

Desde hace muchos años, el Código civil, en el art. 42, se refirió a la culpa y la clasificó en grave, leve y levísima; y define además el dolo, entendiéndolo como la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otra. En sintonía con lo anterior, el legislador penal, en el inciso dos del art. 18, dice que los hechos culposos sólo serán punibles cuando la ley lo establezca de forma expresa; eso implica que, inicialmente estos hechos, son punibles a vía de excepción, puesto que el actor no ha querido causar daño. No es congruente entonces pretender homologar los delitos culposos con los dolosos.

Al hacer lo anterior, el mismo legislador está desnaturalizando el delito, que él ha llamado conducción peligrosa; o sea, lo ha denominado así porque parte del hecho de que, conducir un vehículo de motor, es en sí una acción que entraña un peligro o un riesgo, y que es deber de quien lo conduce, reducir el nivel de peligro. Pero de ahí a tratar el resultado o materialización de ese riesgo como si se estuviera frente a una conducta dolosa, es un desacierto.

También se está redefiniendo el concepto de bien jurídico, ya que este, tradicionalmente, ha girado en torno a la persona o a sus atributos; ahora, se está pretendiendo trasladar a la naturaleza -de la que el ser humano es parte, obviamente- y por ello se están creando normas centradas en la tutela del

elemento natural en sí, y no en función del beneficio que este representa para el ser humano.

Como se ha pretendido mostrar en el texto de este trabajo, el mismo concepto de persona está a la base de ser transformado. Se está pretendiendo ampliar a otros seres vivos, a los que un grupo de la sociedad les reconoce ciertas cualidades propias del ser humano, y de esta transformación se desprende la tutela a ciertos animales, considerados sintientes.

VII. Conclusiones

El sistema normativo jurídico, es indispensable para garantizar la convivencia social; pero también es fundamental, que las normas que lo integran fortalezcan los principios y valores sociales, a fin de que se dicten sólo las normas esenciales que garantice la convivencia; y haya además en la sociedad, la convicción de respeto a la norma por los valores que promueve o estimula, y no por temor al reproche o sanción que en esta se contemple.

Si la justicia es un valor que guía al Derecho, es adecuado decir que en el ordenamiento jurídico que lo integran, hay normas justas e injustas, acertadas y erradas, convenientes e inconvenientes; y que, por tanto, es deber del funcionario que dicta las normas, adecuarlas a lo justo, eficaz y conveniente.

La realidad social es cambiante, por lo que, los conceptos y categorías jurídicas suelen cambiar, sin embargo, estos deben de mantenerse dentro de la racionalidad que impone la lógica y la razón.

Las normas jurídicas que se limitan a erigir nuevos delitos e infracciones administrativas, o a solo aumentar las penas o sanciones de los ya existentes, están potenciando el abandono del dogma penal de ultima ratio; y se está asumiendo que el Derecho penal, es el único mecanismo eficaz de control social.

Ante un ordenamiento jurídico punitivo del enemigo, que relega a la dignidad humana; son los funcionarios encargados de aplicar la ley, los llamados a hacer juicios de valor, a abandonar la finalidad de eliminación de la pena y retomar el fin rehabilitador de esta, previo al mero ejercicio literal del poder público.

Es deber de los funcionarios públicos que ejercen potestad normativa y que, por tanto, construyen el ordenamiento jurídico, mantener a la dignidad humana como valor supremo de este.

Bibliografía

- » Asamblea Legislativa, “Página oficial”, visitado el 24 de febrero de 2025. www.asamblea.gob.sv
- » Banco Central de Reserva, solo un cuarto de la población salvadoreña tiene acceso a la salud. Dato disponible en <https://www.elsalvador.com> › noticias › nacional › un-cua, visto el 3 de abril de 2025.
- » Bobbio, Norberto. *Teoría de la norma jurídica*. Brasil: editorial Edipro, 2001.
- » Capacete González, Francisco J. “La Declaración universal de derechos del animal”. En *DA. DERECHO Animal. Forum of Animal Law Studies*, Vol 9, No 3 (2018): 143 y ss.
- » Cassese, Sabino. *La democracia y sus límites*. Sevilla: Global Law Press-Editorial Derecho Global, 2018.
- » Ferrajoli, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. España: Editorial Trotta, 1995.
- » García Amado, Juan Antonio. *Interpretación y argumentación jurídica*. El Salvador: Consejo Nacional de la Judicatura, 2004.
- » Moreno Hernández, Moisés. “Internacionalización del Derecho penal y Dogmática penal”, en *Memorias del congreso internacional y sistemas jurídicos comparados*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM (2005).
- » Michel Foucault, *Las redes del poder*. Buenos Aires: Editorial Prometeo, 2014.
- » Muñoz Conde, Francisco. *Introducción al Derecho Penal*, 2ª. Edición. Argentina: Editorial BdeF, 2001, 135 y ss.
- » Observatorio Nacional de Seguridad Vial, <https://observatoriovial.fonot.gob.sv>, visto el 25 de febrero de 2025.
- » Pinto Fontanillo, José Antonio. *Teoría de la Argumentación Jurídica en Robert Alexy*. Tesis doctoral, Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Derecho, España, 2003.
- » Recasens Sichés, Luis. *Vida humana, sociedad y derecho: Fundamentación de la filosofía del derecho*. México: Porrúa, 2003.
- » Wolfgang Naucke, et.al. *Principales problemas de la prevención general*. Buenos Aires: Editorial BdeF, 2004. <https://dokumen.pub/principales-problemas-de-la-prevencion-general.html>


Legislación

- » Constitución de la República de El Salvador. El Salvador: Asamblea Constituyente, 1983.
- » Código Penal. El Salvador: Asamblea Legislativa, 1997.
- » Código Procesal Penal. El Salvador: Asamblea Legislativa, 2008.
- » Código de Familia. El Salvador: Asamblea Legislativa, 1993.
- » Disposiciones transitorias especiales para ordenar el procesamiento de imputados detenidos en el marco del régimen de excepción (El Salvador: Asamblea Legislativa, 2022).
- » Ley de Procedimientos Administrativos. El Salvador: Asamblea Legislativa, 2018.
- » Ley marco para la Convivencia Ciudadana y Contravenciones Administrativas. El Salvador: Asamblea Legislativa, 2011.
- » Ley de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial. El Salvador: Asamblea Legislativa, 2014.
- » Ley Especial de Protección y Bienestar Animal. El Salvador: Asamblea Legislativa, 2022.
- » Ley Reguladora de la Producción y Comercialización del alcohol y de las bebidas alcohólicas. El Salvador: Asamblea Legislativa, 1996.

Sociedades por Acciones Simplificadas en El Salvador: flexibilidad en su constitución y alcances del levantamiento del velo societario

Simplified Joint-Stock Companies in El Salvador: flexibility in their constitution and the scope of lifting the corporate veil


Carlos Santiago Domínguez Cabrera
(Universidad de El Salvador, El Salvador)

 <https://orcid.org/0000-0002-0412-9632>

Correspondencia:


carlosdominguez8899@gmail.com

Anderson Michael Romero Fuentes
(Universidad de El Salvador, El Salvador)

 <https://orcid.org/0009-0005-0507-1072>


Correspondencia: rf21005@ues.edu.sv

Nancy Belén Flores Rodas
(Universidad de El Salvador, El Salvador)

 <https://orcid.org/0009-0002-2199-8378>


Correspondencia: fr15007@ues.edu.sv

Kesia Noemy Mendoza Sánchez
(Universidad de El Salvador, El Salvador)

 <https://orcid.org/0009-0001-9004-0852>

Correspondencia: ms21046@ues.edu.sv

Liliana Sofía Pérez Hernández
(Universidad de El Salvador, El Salvador)

 <https://orcid.org/0009-0003-3852-3587>

Correspondencia: ph19019@ues.edu.sv



Recibido: 06-03-2025
Aceptado: 07-05-2025

SOCIEDADES POR ACCIONES SIMPLIFICADAS EN EL SALVADOR: FLEXIBILIDAD EN SU CONSTITUCIÓN Y ALCANCES DEL LEVANTAMIENTO DEL VELO SOCIETARIO

Carlos Santiago Domínguez Cabrera, Anderson Michael Romero Fuentes, Nancy Belén Flores Rodas, Kesia Noemy Mendoza Sánchez y Liliana Sofía Pérez Hernández

RESUMEN

El desarrollo de los regímenes societarios extranjeros, desde Europa hasta los Estados Unidos de América, propició un terreno fértil para la Organización de los Estados Americanos, en la elaboración de una ley modelo con una estructura de las Sociedades por Acciones Simplificadas, que adoptaron sus Estados Miembro. Para El Salvador, la Asamblea Legislativa promulgó la Ley de Sociedades por Acciones Simplificadas, representando un régimen societario con una nueva forma de asociarse, con un capital de constitución mínimo y demás características propias. En tal sentido, las SAS generan incertidumbre sobre si se puede obrar con ellas ilícitos financieros y es ahí donde la teoría del levantamiento del velo societario se hará visible. El levantamiento societario tiene la única finalidad de hacer responsables a los socios, las personas naturales, que constituyen una sociedad, de todas estas infracciones e ilícitos para que respondan con su patrimonio personal. Sin embargo, no existe disposición legal expresa que regule la teoría del levantamiento del velo societario y lo más cercano a su desarrollo, se encuentra en una disposición sobre las SAS en el Código de Comercio. Con la implementación de este nuevo tipo societario se recogen argumentos favorables, como la flexibilidad que poseen y transparencia; y argumentos desfavorables, como un riesgo existente de la infra capitalización. Las SAS también se encuentran bajo supervisión y controles estatales con el fin de prevenir y controlar los aspectos que pudieran ser aprovechados para cometer ilícitos.

PALABRAS CLAVES: régimen societario - levantamiento del velo societario - sociedades por acciones simplificadas (SAS) - infra capitalización - flexibilidad societaria

SIMPLIFIED JOINT-STOCK COMPANIES IN EL SALVADOR: FLEXIBILITY IN THEIR CONSTITUTION AND THE SCOPE OF LIFTING THE CORPORATE VEIL

Carlos Santiago Domínguez Cabrera, Anderson Michael Romero Fuentes, Nancy Belén Flores Rodas, Kesia Noemy Mendoza Sánchez y Liliana Sofía Pérez Hernández

ABSTRACT

The development of foreign corporate regimes, from Europe to the United States of America, provided fertile ground for the Organization of American States to draft a model law with a structure for Simplified Joint Stock Companies, which was adopted by its Member States. In El Salvador, the Legislative Assembly enacted the Simplified Joint Stock Companies Act, representing a corporate regime with a new form of association, with a minimum capital requirement and other specific characteristics. In this regard, SAS companies generate uncertainty as to whether they can be used for financial crimes, and this is where the theory of lifting the corporate veil comes into play. The sole purpose of corporate veil piercing is to hold the partners, the natural persons who constitute a company, liable for all these infringements and illegal acts so that they are liable with their personal assets. However, there is no express legal provision regulating the theory of corporate veil piercing, and the closest thing to its development is found in a provision on SAS companies in the Commercial Code. With the implementation of this new type of company, there are favorable arguments, such as their flexibility and transparency, and unfavorable arguments, such as the existing risk of undercapitalization. SAS companies are also subject to state supervision and controls in order to prevent and control aspects that could be exploited to commit illegal acts.

KEYWORDS: corporate regime - lifting the corporate veil - simplified joint stock companies (SAS) - under-capitalization - corporate flexibility

Sociedades por Acciones Simplificadas en El Salvador: flexibilidad en su constitución y alcances del levantamiento del velo societario

Carlos Santiago Domínguez Cabrera¹

Anderson Michael Romero Fuentes²

Nancy Belén Flores Rodas³

Kesia Noemy Mendoza Sánchez⁴

Liliana Sofía Pérez Hernández⁵

El Salvador

Introducción

Por siglos, la actividad comercial ha estado en constante flujo y cambios que le proporcionan a las economías nacionales e internacionales nuevos modos de desarrollarse en un ámbito mercantil. El área societaria, en los últimos años, ha tenido su relevancia, pero entender a las sociedades, es pensar en qué es lo que las hacen tan idóneas para realizar actos de comercio. Esto se logra con el estudio de antecedentes históricos que permiten desplegar mejor con la puesta en escena de las sociedades y cómo se adaptan a un ambiente comercial

1 Licenciado en Periodismo por la Universidad de El Salvador, con experiencia en radio, televisión y docencia en educación superior, actualmente cursando la Licenciatura en Ciencias Jurídicas en la misma universidad.

2 Estudiante de la Licenciatura en Ciencias Jurídicas por la Universidad de El Salvador.

3 Estudiante de la Licenciatura en Ciencias Jurídicas por la Universidad de El Salvador.

4 Estudiante de la Licenciatura en Ciencias Jurídicas por la Universidad de El Salvador.

5 Estudiante de la Licenciatura en Ciencias Jurídicas por la Universidad de El Salvador.



cambiante en flujo, que no se queda inmóvil, porque desde el siglo XIX, se encontrará un tipo societario revolucionario que, claro, para la época resulta así, pero se ha vuelto un estándar; y ahí radican los efectos de los cambios en la economía y, por consecuencia, a los ordenamientos jurídicos. A finales del año de 2023, en El Salvador, la Asamblea Legislativa discutía la incorporación de un nuevo tipo societario que ha estado en boga en la década pasada denominada *Sociedad por Acciones Simplificadas (SAS)*.

El artículo parte de una revisión histórica precedente a las SAS, que toma importancia ya que forma parte de su naturaleza inseparable en los ordenamientos jurídicos de los Estados latinoamericanos, que adoptaron la Ley Modelo emitida por la Organización de Estados Americanos. Seguidamente se producirá una exploración de lo nuevo que trae al país esta innovación al régimen societario, sus generalidades y ubicación en el Código de Comercio. Consecuentemente, se abrirá el camino para exponer la temática de la teoría del levantamiento del velo societario, ámbito de aplicación, su normativa, finalidad e implicaciones que trae su aplicación. Y finalmente, argumentos tanto favorables como desfavorables de las SAS, y la perspectiva que tienen éstas ante la posibilidad de ser utilizadas para la comisión de un ilícito.

I. Desarrollo

1. Antecedentes históricos de las SAS

La búsqueda por la óptima gestión entre patrimonio personal y empresarial, resultó, en el siglo XIX, con la creación de una persona jurídica en Alemania: la sociedad de responsabilidad limitada (*“Gesellschaft mit beschränkter Haftung”* o abreviado como *“GmbH”* también) e inspiradoras directas de las famosas Limited Liability Company estadounidenses.⁶ Pero el verdadero boom

⁶ Rich Mum, “Qué es una LLC y Cómo Funciona: Guía Definitiva para Entender las Compañías de Responsabilidad Limitada,” *El Guerrero Negocios* (blog), 23 de noviembre de 2023, Qué Es

de las *Limited Liability Companys* (LLCs) llegó en la década de mil novecientos noventa, en los mismos Estados Unidos, porque la misma legislación de ese país permitía una flexibilidad a las LLCs, donde eran capaces de proteger el patrimonio personal de los propietarios, puesto que las deudas que contrajeron como socios, no afectaría personalmente a los mismos como pasaría en una empresa de responsabilidad limitada, por ejemplo. Y esto, desde luego, se volvió atractivo para muchos comerciantes.⁷ No es para menos traer esta figura del ámbito mercantil anglosajón, puesto que su legado, como persona jurídica del derecho mercantil o comercial, sigue resonando en tiempos modernos y, sobre todo, es el antecedente histórico directo de las Sociedad por Acciones Simplificadas (en adelante SAS). Y en efecto, no es lo mismo una LLC que una SAS, pero el detenimiento que se hará a la estructura de la SAS más adelante permitirá entender que la elección de tal sociedad mercantil estadounidense, como antecedente, fue acertada.

1.1 Las SAS en Europa

Volviendo al origen de las GmbH, en Alemania suscitó un importante cambio en su legislación en el año 1994, con una ley que benefició a las pequeñas y medianas empresas: Ley de Sociedades por Acciones de pequeñas dimensiones y desregulación de los derechos de accionistas. Dicha ley le dio vida a las “kleine AG” o “sociedad por acciones de pequeñas dimensiones”,⁸ las cuales no hay que dejarse llevar por la palabra “acciones”, puesto que no se está frente a una sociedad, cuyas acciones se inscriben en un mercado bursátil, es un sistema cerrado; se aleja de tal mercado. Tal característica ha permitido que los emprendimientos familiares tomen fuerza para erguirse en la economía. La magia de las kleine AG no se detiene ahí, porque si se le hace

Una LLC Y Cómo Funciona: Guía Definitiva Para Saber

7 *Ibíd.*

8 Francisco Villamizar, “Sociedad por Acciones Simplificadas: Una Alternativa Útil para los Empresarios Latinoamericanos,” *THEMIS: Revista de Derecho*, n. 59 (2011): 83.

mención, es porque trae una aportación rica en contexto histórico para las SAS, y es que las *kleine AG* fueron las primeras sociedades mercantiles en admitir unipersonalidad societaria. Sí, Alemania en los noventa dio el paso, nuevamente, en cimentar las bases para las Sociedades por Acciones Simplificadas, y es que fue el primer país de Europa que elaboró una idea tan revolucionaria para el régimen societario como se conoce hoy en día.

España estaba sintiendo esta competitividad y no podía quedarse en la inacción, por lo que decidió elaborar en 2003 la Ley sobre Sociedades de Nueva Empresa, que son compañías de responsabilidad limitada pero sometidas a requisitos menos exigentes que otras leyes del mismo país. Las Sociedades de Nueva Empresa permiten su constitución por la vía unipersonal.⁹ Resulta cuanto menos curioso de que España decidió tomar una vía que los diferenciase de sus vecinos europeos como Francia y Alemania, pues se dedicaron a tratar a las sociedades de responsabilidad limitada desde otro ángulo, y sus homólogos europeos optaron por “remodelar” las sociedades de capital.

Francia realiza su aporte al régimen societario en medio de la competencia entre legislaciones societarias dentro de la Unión Europea; presenta uno de los avances más sugestivos de los últimos tiempos en materia societaria: Sociedad por Acciones Simplificadas, creada a partir de la ley del 3 de enero de 1994 y modificada posteriormente a inicios del nuevo milenio. Cabe destacar que puede ser constituida y funcionar con un solo accionista.¹⁰

1.2 Las SAS en América Latina

Colombia, en el año 1995, decidió dar un avance con una reforma societaria, la cual consistía en la admisión de la empresa unipersonal de responsabilidad limitada.¹¹ No será directamente sobre las SAS, como lo hizo

⁹ Francisco Reyes Villamizar, “Sociedad por acciones simplificadas: una alternativa útil para los empresarios latinoamericanos.” THEMIS: Revista de Derecho, no. 59 (2011): 84.

¹⁰ *Ibid.*

¹¹ *Ibid.* 86.

la Francia vanguardista de ese momento, pero sí sienta las bases en un contexto latinoamericano para así crear antecedentes que puedan ser estudiados. Los países latinos entendieron en su momento, que la coyuntura empresarial responde al flujo de comercio que se da a través de los tiempos, un flujo constante, donde el Derecho mercantil, debe responder con atención a los cambios que se suscitan en la realidad económica de su país o del mundo, y así poder generar normativa que permita a los ordenamientos jurídicos tener en una ley, código o jurisprudencia, con las herramientas que permitan a los profesionales jurídicos desenvolverse como perfectos expertos en la materia de tipos societarios. Estos cambios en las normativas latinoamericanas llegaron en el año 2017 de la mano del Comité Jurídico Interamericano de la Organización de los Estados Americanos. En el referido año, se aprobó lo que se denomina “Ley Modelo sobre Sociedad por Acciones Simplificadas”.¹² La OEA entendió las nuevas formas de desarrollo económico en el ámbito empresarial y decidió elaborar una ley para su aplicación internacional con sus Estados miembro; esto demostró el compromiso por el organismo que representa mejor al continente, por un avance a favor de esos comerciantes pequeños y medianos, porque en ellos está la clave de la economía de un país latinoamericano.

2. Las SAS en El Salvador

Las Sociedades por Acciones Simplificadas en El Salvador, tienen su base legal en la reforma del Código de Comercio con decreto Legislativo N°905, que entró en vigor el 12 de febrero del 2024, para facilitar la creación de empresas y promover el emprendimiento. Esta figura jurídica está diseñada para simplificar los trámites administrativos y ofrecer mayor flexibilidad en cuanto a la estructura de la empresa. Las SAS permiten la constitución de sociedades con un solo socio, sin requerir capital mínimo inicial, lo que las hace accesibles

12 Asamblea General, RES. 2906 (XLVII-O/17), *Ley Modelo sobre Sociedad por Acciones Simplificadas*, (Organización de los Estados Americanos, 2017).

para emprendedores. Además, el proceso de constitución es más ágil, pues se puede hacer de forma electrónica ante el Registro de Comercio, lo que reduce los costos y tiempo de creación.¹³

En términos de responsabilidad, las SAS limitan la de los socios al monto de sus aportes, lo que protege su patrimonio personal. En cuanto a su administración, la ley permite que se estructuren de manera flexible, pudiendo elegir entre una administración unipersonal o colegiada, y se pueden adoptar estatutos que se adapten a las necesidades particulares de la empresa. Las SAS también facilitan la toma de decisiones y la transferencia de acciones, lo que les da una mayor capacidad de adaptación en un entorno empresarial cambiante. Esta forma societaria es vista como una alternativa moderna y atractiva para los nuevos empresarios en El Salvador.

2.1 Novedades de la SAS en la Ley

Las SAS en El Salvador rompen la idea que tradicionalmente se ha tenido, creando novedades legales que han transformado la forma en que se constituyen y gestionan las empresas en el país. Estas modificaciones están orientadas a promover el emprendimiento y facilitar la formalización de negocios.

A continuación, se presentan las principales novedades de las SAS:

- **Un solo socio:** la SAS permite la constitución de una sociedad con un solo socio. El inc. 2 del artículo 17 del Código de Comercio (1970) las define como *“el ente jurídico resultante de un contrato solemne, celebrado entre dos o más personas, que estipulan poner en común, bienes o industria, con la finalidad de repartir entre sí los beneficios que provengan de los negocios a que van a dedicarse”*. Las reformas a la normativa agregan que la SAS es *“la persona jurídica resultante de la*

13 “Asamblea Legislativa: Sociedades por Acciones Simplificadas podrán ser constituidas por una persona”, Asamblea Legislativa, 07 de diciembre de 2023, Sociedades por Acciones Simplificadas podrán ser constituidas por una persona | Asamblea Legislativa de El Salvador

*manifestación de una o más voluntades de personas naturales o jurídicas, provista de responsabilidad limitada hasta el monto de sus respectivos aportes, cuya naturaleza será siempre mercantil, independientemente de las actividades previstas en su finalidad [...] las sociedades por acciones simplificadas podrán constituirse de forma unipersonal teniendo como único accionista a una persona natural o a una sociedad de capitales”.*¹⁴

De esta manera se hace a un lado uno de los principios básicos y elementales de la sociedad: el contrato en que dos o más personas estipulan algo en común, puesto que, para su constitución y formalización en una compañía, es suficiente contar con una persona. Esto es especialmente útil para **emprendedores individuales** que desean formalizar su negocio sin tener que compartir la propiedad.

- **No requiere capital mínimo:** otra gran ventaja de las SAS es que **no requieren un capital mínimo** para su constitución. Esto reduce significativamente las barreras de entrada para los emprendedores, ya que, en comparación con otras figuras jurídicas como la sociedad anónima, no es necesario tener una cantidad significativa de dinero para comenzar. Esto facilita la creación de nuevas empresas, especialmente en sectores de bajo capital.
- **Constitución electrónica:** ahora en día la ley permite que la constitución de la SAS se realice de manera electrónica a través del Registro de Comercio. Esto agiliza considerablemente el proceso, reduce los costos asociados a la constitución y elimina la necesidad de trámites presenciales. Los emprendedores pueden crear su sociedad de manera rápida y eficiente sin tener que lidiar con trámites burocráticos complicados.

14 Código de Comercio (El Salvador: Asamblea Legislativa, 2023), artículo 305-A.

- **Flexibilidad en los estatutos:** La ley otorga una gran flexibilidad a los emprendedores al permitirles establecer sus propios estatutos sociales, adaptados a las necesidades específicas de su negocio. Esto significa que pueden definir la estructura interna de la sociedad, los procedimientos de toma de decisiones y otros aspectos clave, sin las restricciones que suelen existir en otros tipos de sociedades más tradicionales.
- **Responsabilidad limitada:** Como las sociedades anónimas, las SAS ofrecen a los socios una responsabilidad limitada. Esto significa que la responsabilidad de los socios está limitada al monto de sus aportes, protegiendo su patrimonio personal frente a las deudas de la empresa. Esto otorga una mayor seguridad jurídica y atrae a más personas a crear empresas sin el temor de perder su patrimonio personal.
- **Facilidades para la disolución y liquidación:** La ley también facilita la disolución y liquidación de las SAS de forma simplificada. En caso de que la empresa deba ser cerrada, los procedimientos son menos complejos que en otros tipos de sociedades, lo que da a los empresarios mayor control y facilidad en caso de que necesiten dar por terminado su proyecto.
- **Mayor protección al emprendedor:** Además de lo mencionado, la ley de SAS protege al emprendedor brindándole un marco jurídico claro y eficiente. Con una estructura menos burocrática, los emprendedores pueden enfocarse en el crecimiento de sus negocios, con el respaldo de una legislación que permite operar de manera más flexible.

Todas las flexibilidades que brinda la constitución de las SAS permiten al individuo que quiere iniciarse dentro del comercio, o aquel que lo hacía, pero no con apego y en cumplimiento a la normativa, desarrollar su negocio bajo los parámetros legales. Pero todas estas flexibilidades pueden generar una brecha en el sistema legal, debido a que, al ser tan flexible, cualquier persona las utilice como un medio para desarrollar actividades ilícitas, y debido a ese motivo, surge a la luz la teoría del levantamiento del velo societario. Esta teoría, toma fuerza con este tipo de sociedad y por tal motivo es importante un desarrollo profundo.

3. El levantamiento del velo societario

El levantamiento del velo societario es una doctrina jurídica que permite a los tribunales desconsiderar la personalidad jurídica de una empresa, atribuyendo directamente las acciones o responsabilidades a los individuos que controlan la sociedad. Esta práctica se utiliza cuando la estructura de la empresa se emplea de forma fraudulenta o injusta, con el objetivo de evadir responsabilidades legales, fiscales o contractuales. El concepto ha sido fundamental en el Derecho societario, ya que asegura que las personas no puedan esconderse detrás de la personalidad jurídica de la sociedad para actuar de mala fe.

El origen de la figura se remonta al Derecho anglosajón, particularmente en el sistema de *equity*, donde se permitió que los tribunales pudieran examinar la realidad detrás de las empresas para prevenir el abuso de la personalidad jurídica. A lo largo del tiempo, el levantamiento del velo societario se ha consolidado en diversas legislaciones nacionales, donde se les otorgan a los tribunales la facultad de actuar en casos de fraude, abuso de derecho o cuando se demuestra que la sociedad fue creada con fines ilícitos. En estos casos, se considera que no existe una separación entre los individuos y la sociedad.

En el ámbito contemporáneo, el levantamiento del velo societario ha sido particularmente relevante en el Derecho de insolvencia y en las disputas entre accionistas o acreedores. Las cortes han mostrado mayor disposición a deshacer el velo en casos de abuso, especialmente cuando los directivos utilizan la empresa para cometer fraudes o para eludir responsabilidades personales. Esta doctrina se aplica con criterios más estrictos en situaciones donde existe un claro desvío de la normativa o un beneficio indebido para los controladores de la sociedad, garantizando así la justicia y el cumplimiento de las obligaciones legales.

3.1 Escenarios de aplicación

En situaciones donde se sospecha que la persona jurídica de la empresa se utiliza para fines ilícitos o fraudulentos, o cuando se busca evitar responsabilidades legales a través de la estructura societaria. Entre los casos más comunes en los que se aplica esta doctrina están aquellos en los que la sociedad es utilizada para ocultar fraudes, evadir impuestos o eludir obligaciones contractuales o de deuda. En estos casos, los tribunales pueden decidir que la empresa no debe ser tratada como una entidad separada de sus accionistas o directores y, por lo tanto, permitir que estos sean responsables de las acciones de la sociedad.

Otro escenario de aplicación se da en el contexto de insolvencia o quiebra, donde los acreedores pueden buscar el levantamiento del velo para acceder al patrimonio personal de los socios o directivos de la empresa, especialmente si se evidencia que la sociedad fue utilizada de manera fraudulenta o con el propósito de perjudicar a los acreedores. El levantamiento del velo tiene como objetivo evitar que los controladores de la empresa se escuden detrás de la personalidad jurídica para eludir el pago de deudas.

La Cámara Segunda de lo Civil de la Primera Sección del Centro sentenció la finalidad de levantar el velo societario:

*[...] “lo que se pretende con la aplicación de esta teoría es, que, si la estructura formal de la persona jurídica se utiliza de una manera abusiva o fraudulenta, el juez pueda desestimarla, con el fin de que no prospere el resultado contrario a derecho que con ella se persigue, ya que se podrá exigir a los socios, es decir, de los verdaderos responsables, el cumplimiento de las obligaciones adquiridas en forma fraudulenta por la sociedad de que se trate” [...]*¹⁵

Así, este tribunal hace énfasis en que se busca evitar el abuso de sociedades de un mismo grupo como formas de encubrir hechos ilícitos para evadir responsabilidades civiles y hasta penales.

Se puede generar en situaciones de abuso de poder o control por parte de los accionistas mayoritarios o directivos. Si se demuestra que estos utilizan la sociedad para fines personales, tales como desviar fondos o tomar decisiones que favorezcan sus intereses a expensas de los minoritarios, los tribunales pueden intervenir y desconsiderar la existencia de la persona jurídica para responsabilizar a los individuos involucrados.

Este escenario tiene el objetivo de proteger los derechos de los socios minoritarios y asegurar la justicia en la gestión empresarial.

3.1.1 Dispersión de disposiciones y el levantamiento del velo

El Código Civil de 1860, el Código de Comercio de 1970, (hasta antes de las reformas del año 2023), y el Código Procesal Civil y Mercantil, vigente desde el año 2010, no han contemplado en forma expresa la regulación de la teoría del levantamiento del velo societario. Sin embargo, se muestra cómo el autor Díaz Martínez identifica tres instituciones legales que permitirían se aplique.

15 Cámara Segunda de lo Civil de la Primera Sección del Centro, *Sentencia*, Referencia: 89-4CM-19-A (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2020).

En el campo de sociedades de capital, un escenario lo constituye lo dispuesto en el art. 265 del Código de Comercio; otro es en la empresa individual de responsabilidad limitada, aunque no es un ente jurídico, el legislador permite la afectación de ciertos bienes con el propósito de limitar el riesgo hasta los destinados para actividad económica. Esto es para hacer responsable al propio titular de la empresa, aunque por la naturaleza de empresa individual, no es levantamiento de velo societario. La tercera institución legal está en el contrato de fideicomiso, específicamente cuando se hace la sustitución del fiduciario.¹⁶

3.2 Normativa de la Teoría del Levantamiento del Velo Societario

Respecto de la normativa salvadoreña, el Código de Comercio dispone que:

“cuando se utilice la sociedad por acciones simplificadas en fraude a la ley o en perjuicio de terceros, los accionistas y administradores que hubieren realizado, participado o facilitado los actos fraudulentos, responderán personal y solidariamente por las obligaciones nacidas de tales actos y por los daños y perjuicios causados a la sociedad, sus empleados y demás afectados, con independencia de cualesquier otras responsabilidades civiles, administrativas o penales a que haya lugar”.¹⁷

En la práctica, esta redacción desarrollaría la teoría del levantamiento del velo societario, aunque no literalmente. Por su parte, la SAS se va a regular siempre por las disposiciones establecidas en el Código de Comercio y solamente de forma supletoria por cualquier otro tipo de disposiciones.

16 Rutilio Díaz Martínez. *Video oficial levantamiento del velo* (LawClassCA) 2021, <https://www.facebook.com/watch/?v=561305818181662>

17 Código de Comercio (El Salvador: Asamblea Legislativa, 2023), artículo 305-0.

“la Infracapitalización (sic) se ha convertido en el mundo económico actual en la amenaza latente para los acreedores o terceros involucrados en las relaciones comerciales de las sociedades con responsabilidad limitada, haciéndose necesario ante esta conducta la aplicación de La Doctrina del Levantamiento del Velo”.¹⁸

La infracapitalización puede ser de dos formas: 1) Material, cuando los socios no aportan a la sociedad los recursos necesarios para efectuar el objeto social ni por un capital de responsabilidad ni por créditos dados por ellos mismos; 2) Nominal, cuando la sociedad cuenta con recursos para desarrollar su objeto social, pero sus necesidades son cubiertas con fondos de los propios socios.

Respecto a la aplicación de la doctrina del Levantamiento del Velo, también se plantea por otros autores,¹⁹ un contraste entre dos interpretaciones posibles, la legal (formalista) y la realista (principal).

3.3 Finalidad del levantamiento del velo societario

La principal idea del levantamiento del velo societario es impedir que la estructura formal de una sociedad se utilice para encubrir actividades ilícitas. En opinión de Moglia Claps, citado por Coloma, esta medida es prescindir de la personalidad jurídica de la sociedad cuando se demuestra que sus socios han utilizado esta figura para realizar fraudes, actos ilícitos, evadir el cumplimiento de las leyes o desconocer las obligaciones e intereses adquiridos frente a terceros.²⁰

18 Xochilt Metzi Bonilla Almendarez et.al., “La doctrina del Levantamiento del Velo como instrumento ante el abuso de la personalidad jurídica de las sociedades anónimas en El Salvador” (tesis de pregrado, Universidad de El Salvador, 2006), 210. <https://repositorio.ues.edu.sv/server/api/core/bitstreams/de5cf631-a9ba-46e9-8a3c-35ff70ac6c36/content>

19 *Ibíd.*, 211.

20 Julia Carolina Coloma Cañas, “El levantamiento del velo societario en la sociedad por acciones simplificada en Ecuador” (Tesis de pregrado, Pontificia Universidad Católica del Ecuador, 2022), 6. <https://repositorio.puce.edu.ec/server/api/core/bitstreams/4ea8b759-38a3-4dd1-8120-9dd7d516e251/content>

En el caso que la sociedad se haya constituido con base a fines contrarios al ámbito legal, se desecha automáticamente la protección que otorga la separación patrimonial y se considera a la sociedad como una simple agrupación de personas naturales o jurídicas, sin el amparo del principio de personalidad jurídica.

Existe un gran contraste con el régimen general establecido en el artículo 305 inciso 2 del Código de Comercio, el cual dicta que la personalidad jurídica y el patrimonio de la Sociedad por Acciones Simplificada (SAS) son independientes de los de sus accionistas. Tal separación permite que, en condiciones normales, los socios solo responden hasta el monto de sus aportaciones, lo que asegura el principio de seguridad jurídica a los inversores.

La doctrina de la personalidad jurídica²¹ crea un orden y da validez a una estructura abstracta, que tiene reflejo inmediato y concreto en la movilización de grandes intereses, no solamente económicos. Sin embargo, hay situaciones concretas en las que la crisis de tal personalidad ha sido deformada.

Bonilla Almendarez, identifica entre este ocultamiento de nacionalidad, fraude fiscal, personas jurídicas que usan la figura de carteles o filiales, quiebra y el abuso de la sociedad anónima.²²

3.4 Implicaciones del levantamiento del velo societario

Existen varias implicaciones. La principal es que da lugar a que administradores y socios de una SAS asuman responsabilidad solidaria por las deudas de la sociedad. A su vez, deriva en posibles afectaciones a la reputación de los implicados en cuanto acceso a insumos para mantenerla, como financiamiento, y esto podría dañar la reputación de los involucrados. Es una medida extrema, como lo indica Maldonado Narváez:

21 Francisco A. Junyent Bas y Efraín Hugo Richard, "Acerca de la persona jurídica a propósito de los debates sobre su conceptualización y otros aspectos derivados de ello" (Córdoba, V Congreso de Derecho Civil, Córdoba, 2009), 6. <https://www.acadec.org.ar/wpcontent/blogs.dir/55/files/sites/55/2021/09/acercadelapersonajuridica.pdf>

22 Xochilt Metzi Bonilla Almendarez et.al., "La doctrina del Levantamiento del Velo...", 78.

“deben ser más claros los presupuestos objetivos por los que se aplica esta excepción a la regla general de la limitación de la responsabilidad, ya que la misma termina por generar inseguridad jurídica, al quedar dicha decisión en manos del juez, con lo cual será determinante el ejercicio probatorio que pueda realizarse”.²³

El autor colombiano no es el único que elabora sobre el carácter extremo del levantamiento del velo societario, también la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, en una sentencia de amparo²⁴ manifiesta la idea de usar esta figura legal con prudencia; no es para menos, ya que a una sociedad le sustraen derechos, su seguridad jurídica realmente peligra. Se le reducen los insumos de financiación, su buena imagen de cara al público definitivamente va a decaer, etc. Son demasiados eventos, su aplicación debe ser quirúrgica: procedente, prudencial y precisa. La jurisprudencia salvadoreña, se mete más de lleno a la responsabilidad penal de los socios, en una sentencia definitiva pronunciada por la Cámara Segunda de lo Penal de la Primera Sección del Centro;²⁵ su relación con el levantamiento del velo es con respecto al principio de responsabilidad del art. 4 Pn.

4. Perspectivas sobre las SAS

A continuación, se da cuenta de algunas ideas manifestadas en las perspectivas que hay sobre las sociedades por acciones simplificadas. Si bien ya abordada la Teoría del Levantamiento del Velo Societario, se genera la duda si su uso se verá notorio en el futuro, porque muchos creen que las SAS son terreno fértil para incumplimiento de normas, fraudes, y otros ilícitos penales económicos, seguidamente, se ofrecen las perspectivas favorables y

23 Marlon Iván Maldonado Narváez, “Levantamiento del Velo Societario en Colombia. Un análisis del artículo 43 de la Ley 1258 de 2008”, en *Revista e-mercatoria*, n.2 (2016): 95, <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/emercal/article/view/5064>

24 Primera Sala, *Amparo*, Referencia: 266/2023 (México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2024).

25 Cámara Segunda de lo Penal de la Primera Sección del Centro, *Sentencia definitiva*, Referencia: 208-2017 (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2017).

desfavorables para propiciar elementos de análisis a los juristas interesados en la materia para observar el tipo societario desde otros ángulos.

4.1 Argumentos a favor

La inexistencia de exigencias burocráticas para formar sociedades se convierte en un estímulo para las actividades productivas. Predomina en las SAS la autonomía de la voluntad, estimula el uso de las Tecnologías de la Información y Comunicación, TIC, tanto en el ámbito de creación, como en el de su operatividad.

Otros factores a favor son el carácter unipersonalidad de las SAS, la sujeción a fiscalización permanente, el simbólico capital para su creación y las facilidades para captar capitales por medio de figuras como el Crowdfunding.

4.2 Argumentos en contra

Las facilidades para la ágil constitución de una SAS generan suspicacias por la posibilidad que algunas abusen y cometan ilícitos, al ocuparlas como fachada; aunado a los riesgos de infra capitalización que surjan con el tiempo, puesto que las SAS otorgan una libertad a los socios o el socio único de establecer un capital mínimo para su constitución, y se pueden dar las situaciones de que tal capital mínimo no pudo ser suficiente para abarcar la actividad que la misma sociedad tiene como objetivo alcanzar. La teoría de la infra capitalización no ha sido incorporada al ordenamiento jurídico salvadoreño, pero hay jurisprudencia, de la mano de la ya antes citada Cámara Segunda de lo Civil de la Primera Sección del Centro,²⁶ que ha abordado tal figura legal.

26 Cámara Segunda de lo Civil de la Primera Sección del Centro, *Recurso de apelación*, Referencia: 89-4CM-19-A (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2020).

4.3 Perspectivas de la SAS ante ilícitos

El levantamiento del velo societario es una medida de última instancia, no obstante, las Sociedades por Acciones Simplificadas (SAS) están sujetas a mecanismos de supervisión y control estatales con el fin de prevenir irregularidades sin necesidad de recurrir a esta acción extrema. Tiene diversos marcos reguladores, pero uno de los principales es la Ley de Fomento, Protección y Desarrollo para la Micro y Pequeña Empresa (MYPES), porque están relevadas de la obligación de nombrar un consejo de vigilancia, un auditor interno, un auditor externo, siempre que no rebasen los 482 salarios mínimos mensuales más altos y siempre y cuando no tengan más de 10 empleados.²⁷

Por otro lado, las SAS deben cumplir con otros marcos normativos, como la Ley de Crecimiento de Valores electrónicos, la Ley de Constitución de Sociedades por Acciones de Economía Mixta y la Ley de Firma Electrónica. Las SAS no están exentas del cumplimiento de obligaciones ante instancias como la Superintendencia de Obligaciones Mercantiles, Superintendencia de Competencia; Ministerio de Hacienda, la Unidad de Investigación Financiera adscrita a la fiscalía general de la República, entre otras. Están en deber de cumplir con todas esas obligaciones que emanan de normativas especiales, obligaciones tributarias y las que emanan del Instructivo de la Unidad de Investigación Financiera, de la Ley contra el Lavado de Dinero y Activos y su reglamento.

La Superintendencia de Obligaciones Mercantiles, la Superintendencia de Competencia, el Ministerio de Hacienda y la Unidad de Investigación Financiera (UIF) de la fiscalía general de la República ejercen supervisión sobre estas sociedades. En especial, la UIF monitorea las transacciones financieras para prevenir el lavado de dinero y la evasión fiscal, aplicando el Instructivo

27 Ley de Fomento, Protección y Desarrollo para la Micro y Pequeña Empresa (El Salvador, Asamblea Legislativa de El Salvador, 2014), art. 3.

de la Unidad de Investigación Financiera y la Ley Contra el Lavado de Dinero y Activos.

En este contexto, el reto principal es equilibrar la simplificación administrativa con la necesidad de control. La ausencia de auditorías obligatorias puede facilitar el emprendimiento, pero también abre la posibilidad de que algunas SAS se constituyan como fachadas para actividades ilícitas. Por ello, es crucial que los organismos de supervisión fortalezcan sus mecanismos de fiscalización sin afectar la operatividad de estas sociedades. Las SAS ofrecen ventajas para la formalización empresarial, pero su regulación debe garantizar que no se conviertan en un vehículo para eludir responsabilidades.

Conclusiones

- Las SAS, aunque en El Salvador son una novedad, a nivel mundial constituyen una práctica en desarrollo desde hace varios años, de la que el país puede tomar ejemplos claros de cómo aplicar y desarrollar las medidas necesarias para que se expandan y tengan un adecuado funcionamiento.
- Es evidente que este tipo de sociedad, por su facilidad de constitución, permite a cualquier individuo realizar actos de comercio al superar engorrosos procedimientos; principalmente para quien no contaba con los recursos necesarios.
- Es importante destacar que las SAS pueden ser un arma de doble filo: por un lado, son una puerta con muchas facilidades y ventajas para crear un espacio seguro para el comerciante; por otro, daría algunas ventajas a personas que buscan beneficiarse en forma ilícita.
- Ante tal posibilidad, existe la figura del levantamiento del velo societario. Este permite dejar de lado la personalidad jurídica de la sociedad y juzgar directamente a los accionistas para que respondan personalmente por los daños causados por la actividad

ilícita ejercida a través de la SAS. Esta figura es importante a nivel societario, porque coarta la responsabilidad limitada, lo que hace patente las consecuencias directas sobre cualquier actividad ilícita.

- Debería considerarse la adopción de legislación específica que desarrolle la teoría del levantamiento del velo societario en El Salvador, y se le dote del carácter de instrumento de apoyo a regulaciones que combatan la comisión de delitos sobre todo de tipo organizado.

Bibliografía

- » Asamblea General. RES. 2906 (XLVII-O/17). *Ley Modelo sobre Sociedad por Acciones Simplificadas*. Organización de los Estados Americanos, 20 de junio de 2017.
- » “Asamblea Legislativa: Sociedades por Acciones Simplificadas podrán ser constituidas por una persona”. Asamblea Legislativa, 07 de diciembre de 2023. Sociedades por Acciones Simplificadas podrán ser constituidas por una persona | Asamblea Legislativa de El Salvador
- » Bonilla Almendarez, Xochilt Metz, Carolina de la Paz Cabrera Molina y Delma Carmina García Villalobos. “La doctrina del Levantamiento del Velo como Instrumento ante el Abuso de la Personalidad Jurídica de las Sociedades Anónimas en El Salvador.” Tesis de pregrado, Universidad de El Salvador, 2006.
- » Cámara Segunda de lo Civil de la Primera Sección del Centro. *Sentencia, Referencia: 89-4CM-19-A*, 2020. El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2020.
- » Cámara Segunda de lo Penal de la Primera Sección del Centro. *Sentencia definitiva, referencia: 208-2017*. 2017. El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2017.
- » Código de Comercio. El Salvador: Asamblea Legislativa, 2023.
- » Coloma Cañas, Julia Carolina. *El levantamiento del velo societario en la sociedad por acciones simplificada en Ecuador*. Tesis de pregrado, Pontificia Universidad Católica del Ecuador, 2022.
- » Díaz Martínez, Rutilio. *Vídeo oficial levantamiento del velo* (LawClassCA) 2021, <https://www.facebook.com/watch/?v=561305818181662>
- » Junyent Bas Francisco A. y Efraín Hugo Richard. “Acerca de la persona jurídica a propósito de los debates sobre su conceptualización y otros aspectos derivados de ello”. Córdoba, V Congreso de Derecho Civil, 2009.
- » Ley de Fomento, Protección y Desarrollo para la Micro y Pequeña Empresa. El Salvador, Asamblea Legislativa de El Salvador, 2014.
- » Maldonado Narváez, Marlon Iván. “Levantamiento del Velo Societario en Colombia. Un análisis del artículo 43 de la Ley 1258 de 2008.” *Revista e-mercatoria*, n.º2 (2016). <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/emerca/article/view/5064/6101>
- » Primera Sala. Amparo, Referencia: 266/2023, 2024. México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2024.
- » Rich Mum. 2023. “Qué es una LLC y Cómo Funciona: Guía Definitiva para Entender las Compañías de Responsabilidad Limitada.” *El Guerrero Negocios* (blog), 23 de noviembre de 2023.
- » Villamizar, Francisco. 2011. “Sociedad por Acciones Simplificadas: Una Alternativa Útil para los Empresarios Latinoamericanos.” *THEMIS: Revista de Derecho*, n. 59.

Aplicación y alcances del Principio de Proporcionalidad en el Derecho Administrativo Sancionador

Application and scope of the Principle of Proportionality in Administrative Sanctioning Law

Roberto Javier López Castellanos
(Ministerio de Hacienda, El Salvador)

 <https://orcid.org/0009-0005-1705-1757>

Correpondencia: lc09009@ues.edu.sv



Recibido: 31-03-2025
Aceptado: 25-08-2025

APLICACIÓN Y ALCANCES DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

Roberto Javier López Castellanos

RESUMEN

El principio de proporcionalidad constituye un parámetro o garantía para los ciudadanos en que las actuaciones de la Administración Pública deben ser congruentes con las finalidades perseguidas y la afectación de los derechos de los ciudadanos. Tradicionalmente, la proporcionalidad ha sido considerado como una garantía en el ámbito penal al momento de castigar las conductas constitutivas de delitos y faltas, sin embargo, al ejercer la Administración Pública potestad sancionadora, resulta imprescindible aplicar los aspectos principales del mismo y conocer sus dimensiones y alcances al momento de sancionar a una persona por infracciones de carácter administrativas. En tal sentido, en el presente artículo se aborda la conceptualización y definición del principio de proporcionalidad, luego, se distingue entre los diferentes tipos de proporcionalidad que deben garantizarse. Posteriormente, se abordan los subprincipios que forman parte del test de proporcionalidad y su aplicación en las potestades discrecionales y regladas de la Administración Pública enfocadas en el ámbito sancionador, bajo un análisis doctrinal, normativo y jurisprudencial conforme a la experiencia de El Salvador.

PALABRAS CLAVES: principio de proporcionalidad - potestad sancionadora - administración pública - derecho administrativo sancionador - discrecionalidad administrativa

APPLICATION AND SCOPE OF THE PRINCIPLE OF PROPORTIONALITY IN ADMINISTRATIVE SANCTIONING LAW

Roberto Javier López Castellanos

ABSTRACT

The principle of proportionality constitutes a parameter or guarantee for citizens in that the actions of the Public Administration must be consistent with the pursued objectives and the impact on citizens' rights. Traditionally, proportionality has been considered a guarantee in the criminal field when punishing behaviors constituting crimes and offenses. However, when the Public Administration exercises sanctioning power, it is essential to apply its main aspects and understand its dimensions and scope when sanctioning a person for administrative infractions. In this sense, the present article addresses the conceptualization and definition of the principle of proportionality, then distinguishes between the different types of proportionality that must be guaranteed. Subsequently, the subprinciples that are part of the proportionality test and their application in the discretionary and regulated powers of the Public Administration focused on the sanctioning field are addressed, under a doctrinal, normative, and jurisprudential analysis according to the experience of El Salvador.

KEYWORDS: principle of proportionality - sanctioning power - public administration - sanctioning administrative law - administrative discretion

Aplicación y alcances del Principio de Proporcionalidad en el Derecho Administrativo Sancionador

Roberto Javier López Castellanos¹
El Salvador

Introducción

La potestad sancionadora de la Administración Pública ha sido desde hace muchos años una de las funciones más complejas en cuanto a su aplicación, pues en El Salvador el Derecho administrativo sancionador presentó problemas en su componente legislativo y aplicativo, ante la falta de reglas claras y uniformes que limiten y controlen la potestad sancionadora del Estado. En un primer momento, ante la falta de leyes que regulan la referida potestad, se tomaron los primeros antecedentes del poder de policía; luego, haciendo una aplicación análoga del *ius puniendi* en materia penal, se trasladaron los aspectos principales de dicha área, pero con las matizaciones pertinentes por la naturaleza de la potestad administrativa, el cual ha ido evolucionando hasta la regulación más completa

1 Abogado y Notario. Licenciado en Ciencias Jurídicas por la Universidad de El Salvador. Licenciado en Contaduría Pública por la Universidad Nueva San Salvador. Maestrando en Derecho Administrativo y Políticas Públicas por la Universidad de El Salvador. Con posgrados en Derecho de empresas y Derecho administrativo por la Universidad Tecnológica de El Salvador. Con múltiples cursos y diplomados en materia tributaria, aduanera, administrativa y procesal. Docente de la Universidad Salvadoreña Alberto Masferrer, Universidad Politécnica de El Salvador y Universidad Nueva San Salvador, en las áreas de Derecho tributario, Derecho financiero, Derecho administrativo y Derecho procesal. Actualmente, Jefe de Departamento de Análisis Jurídico y Sentencias del Tribunal de Apelaciones de Impuestos Internos y Aduanas del Ministerio de Hacienda.



y detallada en la actualidad, derivada de la Constitución de la República y la normativa general y sectorial vigente en materia administrativa sancionatoria.

El presente artículo inicia a partir de la noción general de la potestad sancionadora de la Administración Pública, para delimitar el alcance del *ius puniendi* en las actuaciones de la misma, en sus dos componentes, el interno o disciplinario y el externo o sancionatorio, advirtiendo la existencia de una serie de principios y garantías del Derecho administrativo sancionador que imperativamente debe cumplir la Administración para legitimar su actuar, entre ellos el principio de proporcionalidad.

Por lo tanto, se analiza el principio de proporcionalidad a través de su conceptualización y definición, para clasificarlo en la proporcionalidad en abstracto o en la creación de la ley y proporcionalidad en concreto o en la aplicación de la norma sancionadora. Delimitados ambos tipos de momentos, en que se debe garantizar el principio de proporcionalidad, se sintetizan los subprincipios del referido principio; y su rol, y obligatoriedad para garantizar una sanción proporcional, racional y legítima, en relación con los intereses tutelados y los derechos de los presuntos responsables.

Seguidamente, se aplican todos los aspectos antes mencionados para delimitar cómo se materializa la proporcionalidad en la determinación de sanciones discrecionales o sanciones fijas, sus aspectos diferenciadores y finalizando en el análisis a implementar, dependiendo del tipo de sanción que sea objeto de determinación por el legislador y que corresponda imponer por parte la Administración Pública.

I. Potestad sancionadora de la Administración Pública

Según la naturaleza misma del Estado, constituyen obligaciones de éste, conforme lo señala la Constitución de la República de El Salvador² -en adelante Cn-, el deber primario de garantizar al ser humano las garantías de la justicia, la seguridad jurídica y el bien común. Para ello, dicha entidad administrativa se organiza para reconocer, regular y ejecutar las diferentes potestades administrativas que le competen y cumplir con las garantías y mandatos que la referida carta constitucional le atribuye.

Para el caso, la seguridad jurídica se garantiza a través de la predeterminación normativa de las conductas de aplicación general y obligatoria; el bien común, se materializa por medio de la correcta y diligente administración de la cosa pública y la justicia se efectiviza a través del monopolio de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, por medio del aparato jurisdiccional y además por la misma Administración Pública, a través de la potestad sancionadora, lo que en conjunto es conocido como el *ius puniendi* del Estado.

El referido *ius puniendi*, es definido por el maestro Hugo Dagoberto Pineda, como la capacidad de ejercer un control social coercitivo ante lo constituido como ilícito, manifestado en la aplicación de las leyes penales por los tribunales que ejercen jurisdicción y en la actuación de la Administración Pública al imponer sanciones a las conductas calificadas como infracciones por el ordenamiento jurídico.³

En la actualidad, no es objeto de debate el que la Administración Pública pueda ejercer *ius puniendi*, pues tal como lo indica Roberto Oliva de la Coteria,⁴ la Constitución de la República, además de regular el ejercicio del poder sancionador en manos del órgano jurisdiccional, en principio de forma

2 Constitución de la República de El Salvador (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador. 1983), art 1.

3 Hugo Dagoberto Pineda Argueta, *Derecho Administrativo Sancionador* (El Salvador: Aequus Editorial, 2015), 173-174.

4 Roberto Oliva de la Coteria, *Derecho Administrativo* (El Salvador: 2012), 63 y 64.

exclusiva y general, también otorga dicho poder a la Administración Pública de forma excepcional en el artículo 14 Cn, al disponer la posibilidad de la autoridad administrativa de sancionar conductas infractoras de la normativa administrativa, por medio de un procedimiento previo y respetando las garantías y derechos de los presuntos responsables.

De forma particular, la potestad sancionadora de la Administración Pública, es definida como “*el poder otorgado -y limitado- por el ordenamiento jurídico a la Administración Pública para imponer sanciones con la finalidad de garantizar el cumplimiento de la legalidad y tutelar los intereses generales, el cual también es susceptible de control por los tribunales de justicia*”.⁵

Históricamente, la potestad sancionadora se equiparaba al poder de policía ejercido por la administración, pues tradicionalmente, la “policía” engloba esa actividad del Estado cuyo propósito es la convivencia pacífica y ordenada de los individuos y de sus actividades, dentro de la comunidad a la que pertenecen, y cuyo principal objeto es la seguridad, moralidad y salubridad pública.⁶ Por su parte, a través de un análisis histórico, el doctor Henry Alexander Mejía, sitúa el surgimiento de la potestad sancionadora desde la antigüedad, a partir de la doctrina de la policía o Estado de policía, la cual tuvo una concreción en la Revolución francesa de 1789, fue desarrollada posteriormente en las normas administrativas.⁷ Actualmente, la potestad

5 Vicente Alexander Rivas Romero, *Jurisprudencia Constitucional sobre la Potestad Sancionadora de la Administración* (El Salvador: Departamento de Documentación Judicial/ Corte Suprema de Justicia, 2018), 3. <https://www.jurisprudencia.gob.sv/busqueda/showFile.php?bd=4&data=DocumentosBodega%2FD%2F4%2F20102019%2F2018%2F05%2FCBD35.PDF&number=834869&fecha=31/05/2018&numero=JURISPRUDENCIA=CONSTITUCIONAL=SOBRE=LA=POTESTAD=SANCIONADORA=DE=LA=ADMINISTRACION%2FC3%93N&cesta=0&singlePage=false%27>

6 Héctor Jorge Escola, *Compendio de Derecho Administrativo* (Argentina: Ediciones Depalma, 1984), 877 y 888. El referido autor, establece que la potestad de policía de la Administración se desarrolló principalmente en Francia a principios del siglo XV, materializándose como *algo vinculado al buen orden de las cosas públicas*.

7 Henry Alexander Mejía, *Manual de Derecho Administrativo*, 313 y 314. El autor, al referirse al desarrollo del poder de policía en El Salvador, hace mención de la Ley de Policía de 1879 y la ley única del régimen político de 1885 que contenían un grupo de sanciones administrativas por incumplimientos normativos; además, se refiere que desde la Constitución Política de 1841, no había mención específica del referido poder de policía, sino hasta la constitución de 1950 se empezó a desarrollar constitucionalmente la potestad de una manera más amplia y no limitada a poderes de policía.

sancionadora se concibe como una cuestión distinta de las actividades de ordenación y control de la administración, para evitar los excesos de los poderes de policía que ejercía la Administración Pública y por la creciente necesidad de desarrollar la potestad sancionadora por la despenalización de ilícitos penales transformados en infracciones administrativas.

La jurisprudencia salvadoreña se ha pronunciado al respecto, pues conforme lo ha establecido la Sala de lo Contencioso Administrativo en sentencia con referencia 122-L-2004 del 25/02/2008, la potestad sancionadora de la Administración Pública se define como aquella que le compete para imponer correcciones a los ciudadanos o administrados, por actos de estos contrarios al ordenamiento jurídico.⁸

Dicha potestad sancionadora de la Administración Pública se divide en dos categorías,⁹ el primero denominado *ad extra* o sistema sancionador externo, dirigida a proteger el orden social en su conjunto, en donde se engloban las consecuencias jurídicas derivadas por incumplimiento de la normativa administrativa y afectan el interés público o el bien común, tales como consumo, competencia, medio ambiente, municipal, contravencional, regulatorio, entre otros; y por otra parte, se encuentra el sistema *ad intra* o sistema sancionador interno o disciplinario, dirigido a tutelar las correctas relaciones que se suscitan entre los particulares o servidores públicos con la Administración Pública y las conductas contrarias al ordenamiento jurídico que pueden desestabilizar el correcto funcionamiento de la institución o, en general, que afecten el orden o funcionamiento de la actividad administrativa.

8 Véase. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia 516-2016 (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2021). En el cual expresa: "...la potestad sancionadora de la administración pública puede definirse como aquella que le compete para imponer correcciones a los ciudadanos o administrados, por actos de estos contrarios al ordenamiento jurídico..."; además, en sentencia 175-2013 DEL 03/02/2016, de la Sala de lo Contencioso Administrativo, se identifican los elementos esenciales de la potestad sancionadora de la Administración, señalando: "...(i) es un poder que deriva del ordenamiento jurídico; (ii) tiene un afecto aflictivo, porque su ejercicio trae como resultado la imposición de una medida de carácter aflictivo para el administrado, que puede consistir tanto en la privación de un derecho preexistente -sanción interdictiva- como en la imposición de una obligación pecuniaria; y (iii) tiene una finalidad represora, esto es, el castigo de conductas contraria al orden jurídico a efecto de restablecerlo...".

9 Henry Alexander, Mejía, *Manual de Derecho Administrativo*, 318 y 319.

En el ámbito normativo, el decreto legislativo número 856 que contiene la ley de procedimientos administrativos -en adelante LPA- cuya vigencia data desde el 14 de febrero del año 2019,¹⁰ establece como parte de su objeto, en el artículo 1 numeral 4), regular lo concerniente a los principios, procedimientos y garantías de la potestad administrativa sancionadora, la cual se desarrolla desde el artículo 139 hasta el 158 del referido cuerpo normativo, constituyéndose como el marco normativo de aplicación común, general, directa y en algunos supuestos de carácter supletoria tanto para la potestad sancionadora externa como la interna o disciplinaria respectivamente.

En ese sentido, la referida LPA, como normativa general, desarrolla el contenido y alcance de los diferentes principios aplicables en materia sancionadora, los que además, tienen una fuente o génesis en los principios del Derecho penal, pues ambos devienen del *ius puniendi* del Estado, como ya ha sido desarrollado, pero con las particularidades o matizaciones que resulten aplicables en el ejercicio de la potestad sancionadora de la administración, tal como lo ha mencionado la Sala de lo Contencioso Administrativo en múltiples jurisprudencia, por mencionar algunas: sentencia con referencia 135-2015 de las quince horas cincuenta y siete minutos del veinte de enero de dos mil veinte, sentencia con referencia 75-18-PC-SCA de las quince horas del siete de junio de dos mil diecinueve, y sentencia de inconstitucionalidad de la Sala de lo Constitucional con referencia 18-2008 de las doce horas veinte minutos del veintinueve de abril de dos mil trece.

El catálogo de los principios es amplio, pues resultan aplicables los principios de legalidad, tipicidad, culpabilidad, presunción de inocencia, proporcionalidad, entre otros, del cual, el último mencionado es el que será objeto de estudio de la presente investigación.

10 Véase. Sala de lo Contencioso Administrativo, *sentencia 42-22-PC-SCA del 26/06/2023 y sentencia 62-23-PC-SCA del 12/09/2024*, (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2023-2024). El cual indica: "...debe señalarse que la LPA (Ley de Procedimientos Administrativos), fue emitida mediante el D. L. N° 856, del 15 de diciembre de 2017, publicado en el D. O. N° 30, Tomo N° 418, del 13 de febrero de 2018. Así, este ordenamiento, de conformidad con su art. 168, entró en vigor hasta el 14 de febrero de 2019..."

II. Definición del principio de proporcionalidad

El término proporcionalidad proviene del latín *proportio*, el cual se desglosa de los términos *pro* que se define como “según” y *portio* que significa parte o porción, entendido en su conjunto como la conformidad o proporción de unas partes con el todo o de cosas relacionadas entre sí, o disposición adecuada entre las partes y el todo, entre los integrantes o componentes de algo.¹¹

Al adecuar dicha terminología en el ámbito jurídico, la proporcionalidad, según sus raíces históricas, ha sido relacionada con el modo en que se materializa la justicia al momento de distribuir algo de modo adecuado a sus destinatarios, siendo sus principales forjadores filósofos como Aristóteles o precursores como Santo Thomas, quienes adecuaron en la figura de la proporcionalidad la justa distribución en atención a la diferencia que valorativamente poseen las partes en el todo.¹²

En el mismo sentido, lo relaciona el doctrinario Henry Alexander Mejía al indicar que el valor de la justicia inspira el contenido de la proporcionalidad, pues en virtud de ella, se garantizará que el castigo se pondere y fije de forma equitativa al daño causado por el presunto responsable.¹³

Posteriormente, se adecuó como un principio general del Derecho, en un primer momento como principio del derecho penal,¹⁴ ubicando una primera aproximación histórica en la Francia revolucionaria de 1789, en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, al indicar para el ámbito punitivo penal, que únicamente pueden imponerse las penas que sean

11 Nicolás Enteiche Rosales, *Las Sanciones Administrativas, el problema de la proporcionalidad* (España, Valencia: Tirant Lo Blanch, 2017), 21.

12 *Ibíd.* 23-24.

13 Henry Alexander Mejía, *Manual de Derecho Administrativo*, 336.

14 Teresa Aguado Correa, *El principio constitucional de proporcionalidad* (San José, Costa Rica: Editorial Jurídica Continental, 2012), 47. La autora en cuestión, cita a BECCARIA, tratado de los delitos y las penas, Madrid, España, 1993, al expresar “para que la pena no sea violencia de uno o de muchos contra un particular ciudadano debe ser la pena pública, pronta, necesaria, la menor de las posibles en las circunstancias actuales, proporcionada a los delitos y dictada por las leyes.”

estrictas y evidentemente necesarias,¹⁵ y su subsecuente desarrollo para los administrados en el ejercicio del poder de la Administración Pública, pues, no es exclusivo del ámbito punitivo penal, ya que, la proporcionalidad como principio debe estar presente en todas las actuaciones de la Administración Pública; no obstante, es en la potestad sancionadora y punitiva en donde retoma mayor realce en cuanto a su aplicación por la afectación inmediata en la esfera particular de los administrados.

Para el autor Rubén Sánchez Gil, el principio de proporcionalidad también es conocido como principio de razonabilidad o juicio de ponderación,¹⁶ según el cual, la proporcionalidad como principio implica garantizar la prohibición de arbitrariedad y de exceso en el ejercicio del poder público, al momento de la exteriorización de una decisión por parte de la Administración Pública.¹⁷

Citando a José Garberí Llobregat y Guadalupe Buitrón Ramírez, el principio de proporcionalidad, deriva del postulado de la prohibición de exceso,¹⁸ el cual es instaurado como un criterio constitucional informador (o bien regulador) de aquella actividad de los poderes públicos susceptible de restringir, lesionar o limitar de alguna forma los derechos individuales de los ciudadanos.

En tal sentido, puede configurarse como un límite a la actuación represiva de la Administración Pública, en virtud de la cual, una medida, acto, decisión o norma resultará procedente su aplicación cuando sea estrictamente necesaria, idónea y proporcional para obtener los objetivos perseguidos por la ley; de tal manera que cuando los fines buscados con su adopción puedan ser

15 Roberto Oliva de la Cotera, *Derecho Administrativo*, 74.

16 Rubén Sánchez Gil, *El principio de proporcionalidad* (México: Instituto de Investigaciones Jurídicas -UNAM-, 2007), 2.

17 *Ibíd.* 19-20.

18 Véase. Sala de lo Contencioso Administrativo, *sentencia 412-2016 del 19/12/2018* (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2016-2018). En el cual indica que la manera de evitar el exceso al momento de sancionar será conforme a garantizar la idoneidad, necesidad y proporcionalidad de la cuantía y extensión de sanción.

conseguidos a través de medidas alternativas manifiestamente menos gravosas, habrá que imponerse la utilización de estas últimas.¹⁹

En similares apreciaciones, Christian Rodríguez Martínez, integrando a la definición los componentes o subprincipios de la proporcionalidad, lo entiende como:

*“el principio en virtud del cual la intervención pública ha de ser susceptible de alcanzar la finalidad perseguida, necesaria o imprescindible, al no haber otra medida menos restrictiva de la esfera de libertad de los ciudadanos y proporcional, ponderada o equilibrada por derivarse de aquella más beneficiosa o ventajosa para el interés general”.*²⁰

Aunado a los aspectos anteriores, es posible formular una definición del principio de proporcionalidad, entendiéndose como, el principio o garantía en virtud del cual, los actos de la Administración Pública deben ser aptos para lograr la finalidad atribuida y tutelar el bien jurídico tutelado, a través de las medidas idóneas y necesarias, regladas en la ley, sin menoscabar los derechos de los administrados y garantizar la satisfacción del interés público resguardado.

Con la pretendida definición, se procura delimitar la importancia en la configuración del referido principio, el cual servirá como base para la toma de decisiones por parte de la Administración Pública, tomando en cuenta las diferentes medidas a implementar y hacer un análisis de ponderación entre el interés público jurídico tutelado, los actos cuestionados y los derechos fundamentales de los destinatarios.

Normativamente, la Ley de Procedimientos Administrativos, brinda una definición del referido principio, primero como parte de los principios inspiradores de todas las actuaciones de la Administración Pública, en el artículo 3 numeral 2). No obstante, en el artículo 139 numeral 7) de la referida ley, refiriéndose precisamente al ámbito sancionatorio, lo define como:

19 José Garberí Llobregat y Guadalupe Buitrón Ramírez, *El Procedimiento Administrativo Sancionador*, Volumen I, cuarta edición (España, Valencia: Tirant Lo Blanch, 2001), 114 y 115.

20 Christian Rodríguez Martínez, *El principio de proporcionalidad por el legislador: ideas para una mejora en ex ante de las leyes de Colombia* (Colombia: Editorial Unimagdalena, 2018), 24.

“en la determinación normativa del régimen sancionador, así como en la imposición de sanciones por parte de la Administración Pública, se deberá guardar la debida adecuación entre la gravedad del hecho constitutivo de infracción y la sanción aplicada. El establecimiento de sanciones pecuniarias deberá prever que de las infracciones tipificadas no resulte más beneficio para el infractor que el cumplimiento de las normas infringidas”.

Sin perjuicio de lo anterior, las referidas aproximaciones al principio de proporcionalidad no devienen de la LPA, pues mucho antes de la entrada en vigor a la citada ley en el año 2019, otras normas jurídicas administrativas contemplaban dicho principio. Por mencionar algunos ejemplos, en el artículo 3 letra e) del Código Tributario desde el año 2001,²¹ define al principio de proporcionalidad desde un punto de vista amplio a todas las actuaciones de la administración tributaria, o el artículo 1 letra f) de la Ley Especial para Sancionar Infracciones Aduaneras,²² el cual, especifica de la potestad sancionatoria de la Administración Aduanera.

Finalmente, la jurisprudencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo, en sentencia con referencia 118-2005 del 05/09/2009, estableció, bajo la influencia del doctrinario Javier Barnes, una definición del principio de proporcionalidad, entendiéndolo como:

“el conjunto de criterios o herramientas que permiten medir y sopesar la licitud de todo género de límites normativos de las libertades, así como la de cualesquiera interpretaciones o aplicaciones de la legalidad que restrinjan su ejercicio, desde un concreto perfil o punto de mira: el de la inutilidad, innecesariedad y desequilibrio del sacrificio”.

Ello complementa lo anteriormente expuesto, como una garantía para limitar las potestades de la administración y la delimitación de la prohibición del exceso, con base a los parámetros de proporcionalidad que le son inherentes.

21 Código Tributario (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 2001), art 3.

22 Ley Especial para Sancionar Infracciones Aduaneras (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 2001), art 1 letra f).

Complementario de lo anterior, serán las sentencias de inconstitucionalidad emitidas por la Sala de lo Constitucional con referencias 47-2012 del 05/07/2013 y 70-2006 del 16/11/2012, al señalar que, en virtud del principio estudiado, las sanciones no pueden implicar un sacrificio innecesario o desproporcionado para el sancionado, debiendo en su caso, existir una relación racional entre el bien jurídico tutelado y el sacrificio de los derechos contemplados por la sanción.

III. Tipología del principio de proporcionalidad. Proporcionalidad en abstracto y proporcionalidad en concreto

Conforme a lo establecido en sentencia con referencia 412-2016 de las catorce horas con cuarenta y dos minutos del día 16/12/2018, emitida por la Sala de lo Contencioso Administrativo, la función del principio de proporcionalidad es doble: por una parte limita a los legisladores en el momento que crean las disposiciones generales, con el objetivo que las sanciones administrativas establecidas no sean desproporcionadas a las conductas reprendidas; y además, limita al aplicador de la ley al momento de adoptar una decisión que pretenda sancionar o restringir derechos de los presuntos responsables.²³

En atención a ello, se pueden clasificar dos variantes en relación a la aplicación del principio de proporcionalidad: la proporcionalidad en la norma jurídica y en el acto sancionatorio.

23 Véase. Sala de lo Contencioso Administrativo, *Referencia 109-2013 del 14/01/2016* (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2013-2016). En el cual en términos similares expresa “el reconocimiento de la potestad sancionadora administrativa conlleva, de forma paralela, la necesidad de la proporcionalidad de las sanciones administrativas, tanto en el plano de su formulación normativa, como en el de su aplicación por los entes correspondientes. Así, en el plano normativo se observará la proporcionalidad siempre que las sanciones contempladas en la ley sean congruentes con las infracciones respectivas; mientras que, en el plano aplicativo, el principio se cumplirá siempre que las sanciones que se impongan sean proporcionales a la gravedad que comporten los hechos según circunstancias objetivas y subjetivas”.

Bajo los mismos parámetros lo indica Henry Salvador Orellana Sánchez, al expresar que el principio de proporcionalidad vincula tanto al legislador, al momento de describir la conducta típica categorizada como infracción, como la sanción a imponer por la adecuación de la conducta en cuestión en la norma jurídica sancionatoria, conocido como proporcionalidad en sentido abstracto; y además, al momento de aplicarla, el cual se materializa al instante de imponer la sanción respectiva, denominado también como proporcionalidad en sentido concreto.²⁴

La proporcionalidad en abstracto o legislativa debe manifestarse en un plano previo, cuyo destinatario es la Asamblea Legislativa al momento de la creación de la norma. Dicha situación es señalada por Norberto J. de La Mata Barranco al expresar que la proporcionalidad en abstracto vincula al legislador en los aspectos siguientes: 1) Al momento de la determinación de la conducta incriminatoria *ex novo*; 2) en la determinación de los elementos configurativos del tipo infractor; 3) en la previsión de causas justificativas de disminución de la culpabilidad específica y 4) en la determinación abstracta de la pena o sanción.²⁵

En tal sentido, siguiendo las líneas expuestas, antes de la aplicación a un caso concreto, resulta de importante relevancia el configurar el test de proporcionalidad en la ley para legitimar las futuras aplicaciones que la misma tendrá al momento de concretar las conductas sancionables. En consecuencia, gran parte de la efectividad del principio de proporcionalidad, dependerá indiscutiblemente del momento de la creación de la ley, pues una norma proporcional traerá como consecuencia sanciones proporcionales, si al momento de su aplicación se respetan las reglas de proporcionalidad, y al contrario, una norma sin equilibrio desde su origen es muy probable que genere sanciones desproporcionadas, lo cual deberá en su caso impugnarse por la vía de la inconstitucionalidad de la ley.

24 Henry Salvador Orellana Sánchez, *Derecho Administrativo Sancionador Salvadoreño: aplicación de los principios constitucionales del derecho penal al derecho administrativo sancionador* (El Salvador: IUSPUBLIK, 2017), 133-134.

25 Norberto J. De la Mata Barranco, *El Principio de Proporcionalidad Penal* (España, Valencia: Tiran Lo Blanch, 2007), 128.

A nivel nacional, la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia con referencia 175-2013, del 03/02/2016, sometió al análisis de constitucionalidad, el artículo 19 de la Ley Reguladora del Depósito, Transporte y Distribución de Productos del Petróleo²⁶ -en adelante LRDTDPP-, pues producto de demanda incoada, se acusó a la referida disposición de ser desproporcionada en su plano normativo, es decir, en su sentido abstracto.

El análisis de la Sala en la sentencia citada se centró en determinar si el artículo 19 LRDTDPP respetaba el principio de proporcionalidad, específicamente en cuanto a la determinación de las multas mínimas establecidas (50 salarios mínimos para las sanciones menos graves, 1,100 salarios mínimos para las sanciones graves y 2,100 para las sanciones muy graves). Para ello, sometió al test de proporcionalidad, indicando que la medida legislativa sancionatoria implica una intervención en el ámbito de protección material del Derecho a la propiedad, y por ello, al examinar los multas mínimas con la adecuación e idoneidad el Tribunal Constitucional, no evidenció elementos objetivos necesarios y pertinentes para justificar la determinación de las multas mínimas cuestionadas, concluyendo que las mismas fueron establecidas de forma arbitraria, sin la justificación objetiva suficiente en relación con la finalidad o fin identificado. Estas no eran medidas idóneas en relación con el fin tutelado, declarando la inconstitucionalidad de la norma por ser desproporcionadas las multas mínimas en cuanto a su configuración normativa. En el mismo sentido, en la sentencia con referencia 109-2013 del 14/01/2016, la Sala de lo Constitucional advirtió la vulneración al principio de proporcionalidad en la norma jurídica al no haber superado el test de idoneidad el artículo 30 de la Ley de Regulación

26 Ley Reguladora del Depósito, Transporte y Distribución de Productos del Petróleo (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 1970), Art 19. El contenido del artículo 19 establece *“las infracciones... serán sancionadas administrativamente por el Ministro de Economía, con multa equivalente al monto de salarios mínimos mensuales correspondientes al comercio y servicio, de conformidad con las reglas siguientes: a) las infracciones menos graves se sancionarán con una multa que se calculará entre cincuenta y un mil salarios mínimos mensuales; b) Las infracciones graves se sancionarán con una multa que se calculará entre un mil cien y dos mil salarios mínimos mensuales; y c) las infracciones muy graves se sancionarán con una multa que se calculará entre dos mil cien y tres mil salarios mínimos mensuales...”*

de los Servicios de Información sobre el Historial de Crédito de las Personas, respecto de las multas mínimas determinadas en dicha disposición normativa.

De igual manera, se han tenido pronunciamientos en los cuales la Sala de lo Constitucional no ha advertido la vulneración al principio de proporcionalidad en la creación de la norma sancionadora. Por mencionar algunos ejemplos, en la sentencia de inconstitucionalidad con referencia 110-2015 del 30/03/2016, o en la sentencia 165-2016 del 09/05/2022, desestimó las pretensiones respecto de la presunta vulneración al principio de proporcionalidad de los demandantes, en virtud de la falta de motivación de las vulneraciones al test de proporcionalidad y los subprincipios del mismo.

Finalmente, en relación con la valoración del principio de proporcionalidad en la aplicación de la norma, tanto la Administración Pública como el funcionario jurisdiccional, tienen una ventaja, pues los parámetros de actuación ya se encontrarán regulados previamente en la norma jurídica (ya sea que se trate de potestad expresa o potestad discrecional). Lo relevante en el presente caso será, a consideración de Nicolás Enteiche Rosales,²⁷ en aplicación de la proporcionalidad en concreto, el aplicador ejecuta la ley previamente creada debiendo atender a las condiciones particulares del caso que conoce respecto del cual fijará la medida que le corresponda, en concordancia con el test de proporcionalidad.

En los siguientes apartados se detallarán ejemplos en cuanto a la aplicación de la proporcionalidad en sentido concreto, para no ser repetitivos en los mismos.

Tanto para la proporcionalidad en sentido abstracto, como en la proporcionalidad en sentido estricto, se debe respetar y aplicar el test de proporcionalidad, el cual está integrado de tres subprincipios: el de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

27 Nicolás Enteiche Rosales, *Las Sanciones Administrativas: el problema de la proporcionalidad*, 44-45.

IV. Subprincipios del principio de proporcionalidad

El examen de los subprincipios de la proporcionalidad, es el proceso metodológico por el cual, se construye una interpretación de las disposiciones constitucionales y legales relevantes a un caso en particular.

Conforme a sentencia con referencia 198-2012 del 04/10/2018, la Sala de lo Contencioso Administrativo, establece “...En virtud del principio de proporcionalidad, toda limitación a derechos fundamentales debe respetar a su vez, la existencia de una relación medio-fin en la que el primero, cumpla con las características de idoneidad, es decir, que sea útil para el fin que pretende alcanzar, necesidad que es que no existan otras alternativas más moderadas, susceptibles de alcanzar dicho objetivo, y finalmente que no se cause más perjuicio que beneficios en el conjunto de bienes jurídicos en juego...”

En atención a la jurisprudencia citada, tres son los parámetros o caracteres que deben tomarse en consideración para garantizar la proporcionalidad al momento de exteriorizar una decisión de la Administración Pública; estos son, 1) la idoneidad o la aptitud de la medida sancionadora, 2) la necesidad o la valoración de los medios alternativos existentes y 3) la proporcionalidad en sentido estricto o la reclamación de un juicio ponderado de medio a fin.

1) Subprincipio de idoneidad o adecuación

Conforme lo detalla Christian Rodríguez Martínez, el subprincipio de idoneidad, también conocido como subprincipio de adecuación, examina si la decisión, norma o medida sometida a control presenta un fin legítimo para poder interferir en el ámbito o esfera del derecho involucrado.²⁸ En iguales circunstancias lo señala Edurne Terradillos Ormaetxea, al hablar del test de idoneidad, al hacer referencia a las causas de las medidas en relación con sus fines, que es lo mismo, que la medida sancionadora que por su propia

28 Christian Rodríguez Martínez, *El principio de proporcionalidad por el legislador*, 25.

naturaleza limita el derecho de una persona y debe encauzar en el fin perseguido contemplado en la ley.²⁹

En otras palabras, María Paula Garat Delgado, determina, que la finalidad de la idoneidad es definir si el medio utilizado, el cual naturalmente afectará el derecho fundamental de una determinada persona, resulta adecuado para la consecución del fin legítimo que se pretende alcanzar.³⁰ Para ello, la referida autora ilustra que ante una determinada medida (M1), que busca cumplir un determinado fin (P2), interviene o posee injerencias en un derecho fundamental (P1), resultaría necesario analizar si (M1), es idóneo para alcanzar (P2), denominándose como el mandato de optimización, mediante el cual se verificará si la medida es apta o no para alcanzar el fin perseguido.

Para Henry Salvador Orellana Sánchez, la idoneidad puede apreciarse desde el punto de vista de la infracción, al constatar que la conducta típica sea capaz de afectar el bien jurídico que se pretende tutelar, es decir, que ponga en peligro abstracto el bien jurídico (al momento de incorporarlo en una norma sancionatoria), o al momento de castigar la conducta en un caso determinado. Y también, se evidencia desde el punto de vista de la sanción al verificar si la medida constituye el medio apto para lograr el fin de la misma, consistente en prevenir la realización de la conducta prohibida.³¹

En tal sentido, la idoneidad resultará aplicable, tanto para el legislador al momento de crear la conducta punitiva en la norma jurídica, como para el aplicador de la norma al momento de sancionar al responsable de una infracción.

29 Edurne Terradillos Ormaetxea, *Principio de Proporcionalidad, Constitución y Derecho del Trabajo*, 21. La referida autora hace mención que, para evidenciar la idoneidad, el punto principal es el fin legítimamente configurado, pues, pueden existir muchas medidas, pero debe procurarse, principalmente en el ámbito sancionatorio la necesaria armonía entre la sanción propuesta y el fin perseguido en la norma jurídica. Lo anterior lo traduce en la frase “se debe darse un menoscabo de un derecho, que ése se produzca respetando la necesaria conciliación entre la medida restrictiva y el objetivo amparado por el ordenamiento.”

30 María Paula Garat Delgado, *El principio de proporcionalidad y su contrastación empírica* (España, Sevilla: Ediciones Universitarias, 2016), 27.

31 Henry Salvador, Orellana Sánchez, *Derecho Administrativo Sancionador Salvadoreño*, 135-136.

2) Subprincipio de necesidad o mínima intervención

Conocido también como el principio de intervención mínima, derivado del Derecho penal, según el cual, la represión punitiva debe reservarse para la defensa de los bienes jurídicos más valiosos y actuar frente a los ataques más graves e intolerables.³² En virtud de ello, resulta ilustrativo la cita que la autora Edurne Terradillos Ormaetxea, al manifestar que “*el fin no justifica los medios*”,³³ pues al referirse al subprincipio de idoneidad, podemos estar en presencia de diferentes medios para alcanzar el fin, pero solo uno resultará necesario, en atención a los parámetros que proporciona el subprincipio de necesidad.

Desde el punto de vista de la proporcionalidad abstracta (en la ley), el principio de necesidad busca que el legislador, cuando promulgue las normas sancionatorias, adopte las medidas que, según Christian Rodríguez Martínez, reduzcan al máximo la afectación a los derechos fundamentales de los afectados, es decir, de entre todas las medidas la que menos le afecte.³⁴ Lo anterior, naturalmente, tendrá la misma aplicación para el aplicador de la norma, en la proporcionalidad en concreto, al momento de decidir entre las medidas idóneas la menos lesiva a los derechos de los afectados.

Bajo los mismos supuestos lo retoma María Paula Garat Delgado, Henry Salvador Orellana Sánchez y Henry Alexander Mejía, pues el objetivo de los parámetros del subprincipio de necesidad, pretenden que entre dos medios igualmente idóneos deberá ser elegido aquel que sea menos lesivo,³⁵ o que el juicio de idoneidad trata de establecer la eficacia de la medida, mientras que el

32 Edurne Terradillos Ormaetxea, *Principio de Proporcionalidad, Constitución y Derecho del Trabajo*, 24.

33 *Ibid.* 21.

34 Christian Rodríguez Martínez, *El principio de proporcionalidad por el legislador*, 28.

35 María Paula Garat Delgado, *El principio de proporcionalidad y su contrastación empírica*, 29. La autora en cuestión, retoma el ejemplo extraído de la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Alemán, en virtud del cual, con la finalidad de proteger a los consumidores en atención a la alimentación con determinados comestibles que podrían no ser buenos para la salud la medida fue la prohibición, indicando que aun cuando dicha medida era idónea no era necesaria, pues existía otra medida como la etiqueta y señalización correcta de los ingredientes y la forma de elaboración de los productos en cuestión.

juicio de necesidad implica un examen de eficiencia,³⁶ y la medida que debe ser seleccionada deberá ser aquella que permita alcanzar la finalidad perseguida con el menor sacrificio de los derechos e intereses del afectado.³⁷

Bajo esos supuestos, Daniel Sarmiento Ramírez Escudero, habla de la medida menos restrictiva, pues deberá efectuarse un juicio sobre los medios, siempre que exista más de un medio idóneo para una determinada situación, donde se evaluará, las consecuencias de los medios, su comparación entre ellos y su incidencia subjetiva en el directamente afectado; aclarándose que la medida que resultará más necesaria, será aquella que entre todas las disponibles igualmente idóneas, sea la menos lesiva al afectado.³⁸

No existirá en principio vulneración al subprincipio de necesidad, cuando en la determinación de la sanción se establezca una única medida considerada idónea por el legislador, la que será establecida como necesaria, a menos que sea producto de un análisis de constitucionalidad se demuestre lo contrario.

3) Subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto o de ponderación

También es conocido como el test o juicio de ponderación, en virtud del cual, la medida sancionadora deberá someterse a una adecuada y razonable proporción de medio a fin.³⁹ Conforme lo expone Rubén Sánchez Gil, la ponderación implica la valoración entre un derecho fundamental o principio constitucional y el fin legislativo que origina su menoscabo, a través del examen

36 Henry Salvador, Orellana Sánchez, *Derecho Administrativo Sancionador Salvadoreño*, 38.

37 Henry Alexander, Mejía, *Manual de Derecho Administrativo*, 96. El referido tratadista cita como fundamento del subprincipio de necesidad, sentencia de inconstitucionalidad emitida por la Sala de lo Constitucional con referencia 15-96 del 14/02/1997.

38 Daniel Sarmiento Ramírez-Escudero, *El control de proporcionalidad de la actividad administrativa* (España, Valencia: Tirant Lo Blanch, 2004), 333.

39 Edurne Terradillos Ormaetxea, *Principio de Proporcionalidad, Constitución y Derecho del Trabajo*, 27.

de los gravámenes impuestos, para determinar si el beneficio obtenido justifica la intensidad del menoscabo producido.⁴⁰

María Paula Garat Delgado, lo esquematiza al indicar que una vez determinada la medida (M1), como idónea y necesaria, resulta importante ponderar los principios involucrados (P1 y P2), debiendo graduar la afectación del derecho fundamental (P1), ponderar la satisfacción del derecho o bien protegido (P2), y definir si la trascendencia en alcanzar el derecho o bien protegido (P2), justifica el perjuicio del derecho fundamental (P1).⁴¹

Como consecuencia de lo anterior, *“cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro”*,⁴² es decir, entre más intensa sea la intervención en el derecho, mayor peso tendrá este en el juicio de ponderación o mientras más efectiva sea la medida legislativa en la consecución del fin inmediato, mayor peso habrá que otorgarle a éste en dicha ponderación.⁴³

En el mismo sentido lo maneja Christian Rodríguez Martínez, al establecer que el objetivo del test de ponderación es buscar un equilibrio entre la finalidad de la medida adoptada y que sea la menos gravosa al derecho fundamental lesionado.⁴⁴ Henry Salvador Orellana Sánchez, le dota un grado de relevancia particular para el caso de las sanciones administrativas, pues su intensidad deberá adecuarse a su finalidad de prevención y restablecimiento de las normas jurídicas administrativas.

40 Rubén Sánchez Gil, *El principio de proporcionalidad* (México: Instituto de Investigaciones Jurídicas -UNAM-, 2007), 62.

41 María Paula Garat Delgado, *El principio de proporcionalidad y su contrastación empírica*, 30.

42 *Ibíd.* 30.

43 Henry Salvador Orellana Sánchez, *Derecho Administrativo Sancionador Salvadoreño*, 139.

44 Christian Rodríguez Martínez. *El principio de proporcionalidad por el legislador*, 30. El referido autor cita lo dispuesto por Javier Barnes, el cual cita que *el principio de proporcionalidad en sentido estricto busca acreditar que exista cierto equilibrio entre los beneficios que se obtienen con la medida limitadora en orden a la protección de un bien constitucional o la consecución de un fin legítimo, y los daños o lesiones que se originan para el ejercicio de un derecho o para la satisfacción de otro bien o valor.*

4) Prelación de los subprincipios para delimitar la proporcionalidad de la norma o de la aplicación de la norma

Para estimar la licitud y validez de una medida legislativa y su aplicación a un caso determinado que intervenga algún derecho fundamental, es relevante que apruebe el examen de cada uno de los sub principios o criterios, pues, si no supera alguno de los tres subprincipios la medida empleada en la norma o adoptada por el aplicador es desproporcionada e ilegítima.⁴⁵

Lo anterior ha sido sostenido por la Sala de lo Constitucional en resolución definitiva de sobreseimiento referencia 23-2018 del 10/12/2018, pues señala que el test de proporcionalidad tiene un carácter escalonado, en virtud de

*“si la medida analizada no supera el examen de idoneidad, el tribunal debe declarar su inconstitucionalidad sin continuar con el siguiente paso. Lo mismo ocurriría si concluye que un fin es legítimo y que el medio es idóneo para su obtención, pero luego en el segundo escalón -el de necesidad- considerar que existe una medida alternativa con igual idoneidad, pero que limita en menor grado el derecho fundamental o el principio de que se trate. En otras palabras, es un test cuya aplicación se desarrolla en tres etapas sucesivas y cuya prosecución hacia la siguiente depende, del agotamiento de la etapa anterior”.*⁴⁶

Por ejemplo, el legislador en la norma puede establecer que para una determinada infracción (considerada como grave), la sanción estará comprendida entre un mínimo y un máximo medido por el salario mínimo mensual. En tal sentido, en la configuración en abstracto, el test de proporcionalidad ya estará

45 Rubén Sánchez Gil, *El principio de proporcionalidad* (México: Instituto de Investigaciones jurídicas- UNAM, 2007), 53.

46 Sala de lo Constitucional, *Resolución definitiva de sobreseimiento: referencia 23-2018 del 10/12/2018* (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2018). En dicha resolución el fundamento factico, se enfocó en la presunta vulneración al principio de proporcionalidad de los artículos 242 incisos tercero y cuarto del Código Electoral, pues se consideraba por parte de la parte demandante que el referido artículo contempla la sanción pecuniaria para los ciudadanos que después del sorteo deban integrar las juntas receptoras de votos, y se nieguen a hacerlo, así como de otras restricciones migratorias y de índole administrativo, vulneraba el principio de proporcionalidad. Sin embargo, el Tribunal Constitucional rechazó el trámite de la demanda por medio de sobreseimiento al considerar que la pretensión posee deficiencias al no delimitar correctamente el test de proporcionalidad exigido para comprobar la inconstitucionalidad alegada.

incluido en la norma, pero al momento de aplicarlo a un caso en concreto, dependiendo de la afectación o gravedad de la infracción, de todas las medidas idóneas el mínimo o el máximo, se elegirá entre la que resulte necesaria o menos lesiva, la que igualmente sirva para ponderar el interés tutelado y el derecho del responsable de la conducta sancionada.

V. El principio de proporcionalidad en las potestades discrecionales y regladas. Criterios de dosimetría punitiva

En atención a las diferentes potestades conferidas a la Administración Pública, y conforme a las principales clasificaciones de estas, se centrará en aquella que distingue entre potestades discrecionales y potestades regladas, ya que, dependiendo del tipo de atribución ejecutada por la Administración, tendrá una aplicación particular el principio de proporcionalidad en sus dos dimensiones y sus subprincipios.

Tomando de parámetro lo expuesto por Agustín Gordillo, las potestades serán regladas:

*“cuando una norma jurídica predetermina en forma concreta una conducta determinada que el particular debe seguir, o sea cuando el orden jurídico establece de antemano qué es específicamente lo que el órgano debe hacer en un caso concreto. Por el contrario, las potestades serán discrecionales, cuando el orden jurídico le otorgue cierta libertad para elegir entre uno y otro curso de acción, para hacer una u otra cosa, o hacerla de una u otra manera”.*⁴⁷

Las potestades antes referidas, dan lugar a los actos administrativos reglados y discrecionales, según los cuales, el acto es reglado cuando todos sus elementos están detallados y estructurados en el ordenamiento jurídico

⁴⁷ Agustín Gordillo, *Tratado de Derecho Administrativo*, tomo I, octava edición (Argentina, Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2003), X-9 y X-10.

administrativo, no existiendo ningún margen de maniobra, pues el actuar de la administración pública debe adecuarse materialmente a una serie de requisitos concretos preestablecidos en la norma administrativa.⁴⁸ El doctrinario Jorge Fernández Ruiz, categoriza a los actos reglados como aquellos que se producen con apego a lineamientos precisos y preestablecidos en la norma jurídica.⁴⁹

En cambio, los actos discrecionales, son aquellos generados en ejercicio de un amplio margen de subjetividad y de libertad de actuación previsto en la ley. El autor Henry Alexander Mejía es más exhaustivo en cuanto a la definición de los actos discrecionales, pues indica que la Administración Pública tiene un margen de libertad o maniobra en cuanto a los elementos del fin, causa y motivación, pero sin que implique una actuación arbitraria, pues deberán adecuarse a lo que establece la norma jurídica y solo cuando esta lo permita expresamente, según lo dispuesto en el artículo 25 inciso 1° de la LPA.

Según la configuración normativa, la Administración Pública, al ejercer la potestad sancionadora, suele encontrarse con ambos tipos de situaciones, es decir, en algunos supuestos su margen de actuación al momento de establecer una sanción es limitado, por encontrarse de forma expresa en la ley, la consecuencia jurídica del incumplimiento, lo que son conocidas como sanciones fijas; sin embargo, en otros supuestos, al momento de determinar la sanción, la administración tendrá a su disposición alternativas para adecuar el castigo al nivel de reprochabilidad, cometido por el presunto infractor, denominadas también como sanciones graduales.⁵⁰ Tanto en una situación como en otra, el principio de proporcionalidad incide de forma directa en la determinación de la sanción, pero de maneras diferentes.

48 Henry Alexander Mejía. *Manual de Derecho Administrativo*, 183.

49 Jorge Fernández, Ruiz. *Derecho Administrativo* (México: McGraw-Hill, Institutos de Investigaciones Jurídicas, 1997), 136.

50 Véase. Sala de lo Constitucional, *referencia 175-2013 del 03/02/2016* (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2013-2016). Mediante la cual, hace una distinción entre las multas graduales, entendidas como aquellas que permiten tener graduaciones entre montos mínimos y máximos dependiendo de circunstancias subjetivas y objetivas para cada caso en particular y el sujeto infractor, y las multas fijas como aquellas que se encuentran taxativamente reguladas en la ley sin que existan montos mínimos ni máximos, sino que una determinación única previamente establecida en la ley, sin margen de discrecionalidad por parte del aplicador.

1) Proporcionalidad en la potestad sancionadora reglada

En el ordenamiento jurídico salvadoreño, existen diversas normas sancionatorias que regulan multas o sanciones fijas, es decir, aquellas que no establecen márgenes o parámetros de aplicación de la sanción, sino que de forma reglada el legislador estableció el castigo que será acreedor el presunto infractor ante el cometimiento de una infracción. Tal es el caso, del Código Tributario,⁵¹ el cual a partir del artículo 226 y siguientes contempla sanciones determinadas o fijas ante el incumplimiento de las obligaciones tributarias (sean sustantivas o formales).

Otros ejemplos, por mencionar algunos, en la Ley Especial para sancionar Infracciones Aduaneras,⁵² se regulan las infracciones administrativas y tributarias, las que tienen sanciones fijas en su catálogo, dependiendo del incumplimiento se contemplan desde los \$50.00, \$300.00, 0.25 % sobre el patrimonio o el 100% del tributo dejado de pagar. En la Ley de Transporte Terrestre Tránsito y Seguridad vial,⁵³ reformada en 2024, el catálogo de sanciones es de \$50.00 para las multas leves, \$100.00 para las graves o \$150.00 para las muy graves.

Al respecto, la Sala de lo Contencioso Administrativo, en sentencia con referencia 191-2013, del 08/06/2022, estableció que para el caso de sanciones fijas (sanción aduanera en el caso particular), el criterio de proporcionalidad se encuentra ya señalado por el legislador en el proceso de formación de la ley (proporcionalidad en abstracto o razonabilidad), es decir, el hecho que una sanción no tenga un margen de valoración en la cuantificación de la multa, no implica su ilegalidad, pues en determinadas circunstancias, será precisamente el legislador, al momento de crear la norma, quien definirá cuanto será el valor

51 Código Tributario (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 2001), art 226 -254.

52 Ley Especial para Sancionar Infracciones Aduaneras (El Salvador: Asamblea Legislativa, 2001), art 5-14.

53 Ley de Transporte Terrestre, Transito y Seguridad vial (El Salvador: Asamblea Legislativa, 1995), art 117.

a imponer en una multa o sanción determinada, en aplicación del principio de legalidad material y el mismo principio de proporcionalidad.

En el mismo sentido ha resuelto la referida Sala, en sentencia con referencia 99-2013 del 06/10/2017, al indicar “...las multas por infracciones en materia aduanera son proporcionales al daño causado al Estado por los contribuyentes, al beneficio obtenido por éstos y a la finalidad de la normativa aduanera, que es reprimir con efectividad las conductas infractoras con sanciones ejemplares...”.

En ese sentido, la existencia de multas o sanciones fijas, no se encuentran en contravención o al margen del principio de proporcionalidad, pues la determinación de la misma estará enfocada en lo que el legislador al momento de la creación de la norma establezca, dependiendo del bien jurídico tutelado y del test de proporcionalidad que ya se encontrará razonado e incorporado en la norma jurídica.

Así lo ha expuesto la Sala de lo Contencioso Administrativo en sentencia con referencia 28-20-RA-SCA del 26/02/2021, al indicar:

“...el ejercicio de las potestades regladas implica que el legislador en ciertos casos determina sanciones administrativas, como el caso de multas, con montos o cuantías fijas o porcentajes únicos, por lo tanto, el aplicador de la norma no tiene ningún margen de valoración, sino que, la única labor que le corresponde es aplicar la norma en el sentido predefinido por el creador de la norma, puesto que es éste el que en la formación de la ley ya consideró la proporcionalidad de la multa...”.

En el criterio jurisprudencial citado, el pretensor justificaba la desproporcionalidad de la multa fija contemplada en el artículo 241 letra a) del Código Tributario, el cual establece la sanción del 0.5 % sobre el patrimonio o capital contable del presunto infractor, por negarse a proporcionar o no; u ocultar información o datos requeridos por la Administración Pública, al sostener que no se permite graduar la sanción y que dicha omisión vulnera el relacionado principio de proporcionalidad.

La Sala, efectúa un análisis bajo el test de proporcionalidad, e identifica en primer lugar el fin perseguido o bien jurídico tutelado, que la infracción pretende tutelar, consistente en disuadir el incumplimiento de las obligaciones formales, para no entorpecer el ejercicio de las facultades que ostenta la Administración. Dicho fin es relevante y como consecuencia, el legislador previó taxativamente una forma de determinación de la multa, basado en la capacidad económica del infractor (0.5 % del patrimonio o capital contable), pues al verificar la necesidad de la medida se evidenció que la desidia de colaborar con la Administración Pública puede ocasionar un perjuicio a la Hacienda Pública y una limitante grave en las potestades de fiscalización de la referida Administración.⁵⁴

De tal manera, la Sala en cuestión, válida la aplicación de multas fijas o únicas, y concluye que las mismas, no son desproporcionales o ilegales al no contar con criterios de graduación de la sanción, pues estos ya han sido considerados por parte del legislador al crear la norma. En su caso, si alguna autoridad administrativa o judicial considere que en la configuración normativa de la ley existen indicios de la aplicación de multas desproporcionales o fuera del margen de razonabilidad, el mecanismo para cuestionar dicho problema será a través de la inaplicabilidad (control difuso) o la inconstitucionalidad directa (control concentrado) de la norma cuestionada.

Para atacar la inconstitucionalidad de una ley, por considerar la vulneración de la proporcionalidad o razonabilidad de las multas fijas, la Sala de lo Constitucional en sentencia con referencia 110-2015 del 30/03/2016, establece

54 Véase. Sala de lo Contencioso Administrativo, *Referencia 239-2014 del 22/10/2018* (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2014-2018). En dicha sentencia, se cuestionó la vulneración del principio de proporcionalidad de la multa contenida en el artículo 241 literal a) del Código Tributario, el cual contiene una multa fija. Sin embargo, la Sala resuelve desestimar la pretensión de la sociedad demandante, al hacer la ponderación entre el fin o bien jurídico tutelado con las medidas adoptadas y los derechos del presunto infractor, resolviendo que existe proporción entre la magnitud y efectos de la naturaleza de la infracción y la multa impuesta, Y, sentencia emitida por Sala de lo Contencioso Administrativo con referencia 39-2017 del 04/03/2022, en la cual, se determinó que en la aplicación de las sanciones contenidas en los artículos 254 inc. 1 y 2, 238 letra a) y 241 letra e) CT, hay una correlación entre la finalidad perseguida y la sanción determinada, no existiendo vulneración al principio de proporcionalidad.

los parámetros para considerar la validez de las multas fijas. Estableció que será legal configurar una multa única para una determinada infracción cuando:

a) sea materialmente imposible para el aplicador de la norma graduar la sanción atendiendo a las circunstancias personales del infractor, es decir que exista imposibilidad de identificar parámetros de individualización, y b) cuando la acción u omisión per se, no sea susceptible de graduación, al ser irrelevantes los parámetros que pudieran utilizarse para tal examen, debido a la naturaleza y gravedad de la lesión de los bienes jurídicos protegidos.

De no superar dichos parámetros, una sanción puede ser atacada o cuestionada su constitucionalidad en los procesos respectivos y su conocimiento será por la Sala de lo Constitucional.

En un primer momento, los tribunales jurisdiccionales creados a partir de la entrada en vigencia de la nueva Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativo de 2018,⁵⁵ manejaron criterios contrapuestos en relación a la legalidad de las multas fijas, pues el Juzgado Segundo de lo Contencioso Administrativo en sentencia con referencia 00013-18-ST-COPA-2CO del 10/07/2018, al conocer de la legalidad de la determinación de una sanción tributaria contemplada en el artículo 239 letra b) del Código Tributario, por la emisión de documentos tributarios que no cumplieran con los requisitos establecidos en la normativa aplicable, y su respectiva sanción fija, consistente en el 30 % del monto dejado de pagar, se estimó por parte del referido juzgador la vulneración al principio de proporcionalidad, pues, consideró que la sanción fija en cuestión únicamente superó el test de idoneidad y necesidad, pero no el de ponderación o proporcionalidad en sentido estricto, y propuso como medida cuestionable al principio de legalidad, el aplicar una sanción diferente a la contemplada por el legislador y sancionar al presunto infractor con una sanción del 30 % sobre el impuesto establecido en el documento tributario.

⁵⁵ Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativo (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 2017), art 12-13.

En términos similares se pronunció la Cámara de lo Contencioso Administrativo en sentencia con referencia 00086-18-ST-COPC-CAM del 07/07/2020, al declarar que la multa contenida en el artículo 241 letra a) del Código Tributario, consistente en no proporcionar la información y datos requeridos por la Administración Tributaria, vulneraba el principio de proporcionalidad, pues consideró que al momento de aplicarse la sanción se aplicó una multa desproporcional, al no superar el test de ponderación la multa determinada (aun cuando se trataba de una multa fija). La decisión de la Cámara fue conocida en recurso de apelación por la Sala de lo Contencioso Administrativo en el proceso 28-20-RA-SCA del 26/02/2021, ya citado previamente, la cual, respecto del principio de proporcionalidad, estableció que una multa fija no es automáticamente desproporcional, pues dicho test ya se encuentra inherente en la norma jurídica que lo contempla.

Finalmente, para hacer relación a otro criterio el Juez de lo Contencioso Administrativo de San Miguel, en sentencia con referencia 00023-21-SM-COPA-CO del 25/02/2022, de igual manera declaró la ilegalidad de una sanción fija contenida en el artículo 241 letra e) del Código Tributario, por considerarla desproporcional. Sin embargo, la Cámara de lo Contencioso Administrativo (en ese momento Cámara Primera), adoptando el criterio emitido por la Sala de lo Contencioso Administrativo previamente explicado, resolvió en el recurso de apelación con referencia 00086-22-ST-CORA-CAM del 12/05/2023, que la proporcionalidad de una sanción fija ya se encuentra razonada e incorporada en el marco normativo legal, procediendo a declarar la ilegalidad de la decisión del Juez A-quo.

En conclusión, el diseño normativo de una sanción fija, no la convierte automáticamente en desproporcional, pues, es el legislador al momento de crear la norma quien razonadamente debe incluir el test de proporcionalidad, sin que sea necesario contar con un baremo o criterios de dosimetría (sin perjuicio que existan) para aplicarlos en dichas sanciones, y únicamente, podrá cuestionarse

su ilegalidad a través del proceso de inconstitucionalidad de la norma que la contiene probando en su caso que la norma riñe con dicho principio.

2) Proporcionalidad en la potestad sancionadora discrecional

Para la determinación de una sanción administrativa en el ejercicio de potestades discrecionales, el principio de proporcionalidad juega un papel relevante, pues es múltiple la normativa sancionatoria, por ejemplo la Ley de Protección al Consumidor, Ley de Competencia, Ley de Medicamentos, Ley de Acceso a la Información Pública, Ley de Ética Gubernamental, por mencionar algunas, se habilita al aplicador de la norma la decisión de sancionar al presunto infractor con base en un mínimo y un máximo previamente determinados por la ley, y queda a criterio de la autoridad administrativa, la cuantía de la sanción a imponer dependiendo de las diferentes circunstancias y elementos objetivos circunscritos en la infracción cometida.

Dichos aspectos o elementos configurativos son los conocidos como los criterios de dosimetría punitiva, los cuales según lo establecido en sentencias de la Sala de lo Constitucional con referencia 109-2013 del 14/01/2016, 165-2016 del 09/05/2022 o 175-2013 del 03/02/2016, pueden ser definidos como los parámetros o indicadores determinados para la correcta gradualidad de la sanción administrativa, para efectos de elegir la consecuencia jurídica más apropiada en atención de las circunstancias subjetivas y objetivas de un caso en concreto.

Los parámetros o criterios de dosimetría deberán estar incluidos en la norma sancionatoria y permitirán al aplicador de dicho precepto normativo, graduar la potestad discrecional atribuida para imponer un castigo conforme parámetros que, de resultar aplicables, servirán como fundamento al órgano sancionador en determinar el *quantum* del castigo impuesto.

Aun cuando no existe un listado o criterio general aplicable para todas las normas sancionadoras, la Sala de lo Contencioso Administrativo en sentencias con referencia 39-2017 del 04/03/2022, 300-2017 del 27/01/2021, o 581-2014 del 29/06/2022, ha establecido conforme al derecho comparado, un

catálogo de criterios que suelen ser comunes en la mayor cantidad de normas sancionadoras, entre las cuales se citan: 1) la intencionalidad de la conducta constitutiva de infracción; 2) la gravedad y cuantía de los perjuicios causados; 3) el beneficio que si acaso obtiene el infractor con el hecho y la posición económica y material del sancionado; 4) la finalidad inmediata o mediata perseguida con la imposición de la sanción, entre otros.⁵⁶

En la normativa nacional, por mencionar algunos ejemplos, el artículo 90 de la Ley de Medio Ambiente,⁵⁷ hace mención de criterios para la gradualidad de las sanciones ambientales, mencionando 1) la gravedad del daño causado al medio ambiente, a la salud o calidad de vida de las personas, 2) las acciones que el infractor tomó para reparar el daño causado, 3) el beneficio obtenido por el infractor, 4) la capacidad económica del infractor; y 5) la reiteración en la violación de la ley y el reglamento. La ley de Protección al Consumidor,⁵⁸ señala en el artículo 49 los siguientes criterios: 1) tamaño de la empresa, 2) el impacto en los derechos del consumidor, 3) la naturaleza del perjuicio causado o grado de afectación a la vida, la salud, integridad o patrimonio de los consumidores, 4) el grado de intencionalidad del infractor, 5) el grado de participación en la acción u omisión, 6) cobro indebido realizado y circunstancias, y 7) la reincidencia o incumplimiento reiterado. Y la Ley de Acceso a la Información Pública⁵⁹ en el artículo 78 señala como parámetro: 1) la existencia de intencionalidad o de reiteración en el hecho, 2) la reincidencia, 3) la naturaleza y cuantía de los perjuicios causados por el infractor y 4) la extensión del período durante el que se haya venido cometiendo la infracción.

56 Véase. Ley 40/2015, del 1/10/2015 de Régimen Jurídico del Sector Público, del Reino de España, en el artículo 29 párrafo 3, señala como criterios de gradualidad de las sanciones: 1) el grado de culpabilidad o la existencia de intencionalidad, 2) la continuidad o persistencia en la conducta infractora, 3) la naturaleza de los perjuicios causados, y 4) la reincidencia.

57 Ley de Medio Ambiente (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 1998), art 90.

58 Ley de Protección al Consumidor (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador. 2005), art 49.

59 Ley de Acceso a la Información Pública (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador. 2010), art 78.

Recientemente, normativas post Ley de Procedimientos Administrativos, regulan aspectos relacionados con el principio de proporcionalidad y criterios de dosimetría punitiva, tales como el artículo 17 de la Ley de Ciberseguridad y Seguridad de la Información,⁶⁰ artículo 24 de la Ley de Energía Nuclear,⁶¹ o el artículo 46 de la Ley Especial para la Regularización de Lotificaciones y Parcelaciones para uso Habitacional,⁶² por mencionar algunos ejemplos.

La importancia de los criterios de dosimetría punitiva en el ámbito sancionatorio es de vital relevancia, pues será el único margen que tendrá el aplicador de la norma para motivar la sanción que le corresponde al presunto infractor, y como consecuencia su omisión puede acarrear la ilegalidad de la sanción determinada. Para ese efecto, la Sala de lo Contencioso Administrativo, en sentencia referencia 243-2014 del 04/04/2018 declaró la ilegalidad de una sanción emitida por el Tribunal Sancionador de la Defensoría del Consumidor, al no motivar o tomar en cuenta los criterios de dosimetría punitiva contenidos en el artículo 30 de la Ley de Regulación de los Servicios de Información sobre el historial de crédito de las personas.⁶³

Especial atención merece el fundamento empleado por la Sala de lo Contencioso Administrativo en sentencia con referencia 240-2017 del 01/06/2022, al conocer de la legalidad en la sanción impuesta por la Dirección Ejecutiva de la Dirección Nacional de Medicamentos, por infracción regulada en el artículo 79 letra l) de la Ley de Medicamentos, consistente en fabricar y dispensar medicamentos sin haber obtenido la respectiva autorización y su respectiva

60 Ley de Ciberseguridad y Seguridad de la Información (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 2024), art 17.

61 Ley de Energía Nuclear (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 2024), art 24.

62 Ley Especial para la Regularización de Lotificaciones y Parcelaciones para uso Habitacional (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 2023), art 46.

63 Véase. Sala de lo Contencioso Administrativo, 1) *Ref 300-2017 del 27/01/2021*, 2) *Ref. 394-2017 del 15/05/2023*, 3) *Ref 35-2018 del 02/09/2022*, y 4) *Ref 344-2017 del 26/04/2021* (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2021-2023-2022-2021). En las cuales, la referida autoridad jurisdiccional advirtió la falta de fundamentación o motivación de la autoridad administrativa demandada en relacionar los criterios de dosimetría punitiva derivando en una multa cuyo quantum es ilegal al no establecer en las resoluciones sancionatorias la aplicación de los criterios de ponderación que resulten aplicables.

sanción contemplada en el artículo 84 de la citada ley consistente en multa de cien a doscientos salarios mínimos urbanos del sector comercio y servicios. La Sala en cuestión, advirtió una inadecuada motivación en la determinación del *quantum* de la sanción al no fundamentar correctamente los criterios de dosimetría punitiva regulados en el artículo 81 de la Ley de Medicamentos, principalmente el relacionado con la capacidad económica del infractor; sin embargo, al advertir que la multa impuesta fue la mínima permitida y al verificar el cometimiento de la infracción, no se evidenció ilegalidad del acto aun cuando no se motivó adecuadamente los criterios señalados.

Bajo las premisas anteriores, resulta relevante para el aplicador de la norma, en cumplimiento del principio de proporcionalidad, al momento de efectuar potestad discrecional para determinar el *quantum* de una sanción entre un mínimo o un máximo, hacer uso del baremo o criterios de dosimetría punitiva que le permita de forma justificada establecer la sanción que resulte más idónea, necesaria y proporcional a cada caso en particular.

VI. Conclusiones

El principio de proporcionalidad es una garantía que debe imperar en el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración Pública, pues dota de seguridad a los ciudadanos que al momento que sean constreñidos por una conducta infractora y su respectiva sanción, se respetarán los derechos fundamentales conforme a parámetros de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, a través de la gradualidad en la ponderación que debe existir entre el bien jurídico tutelado, las medidas disponibles y los derechos de las personas afectadas, como un mecanismo de control al momento de imponer una sanción.

La referida proporcionalidad debe estar en un primer aspecto en la norma jurídica sancionadora, pues es imperativo que la conducta infractora sea proporcional a la sanción que se le está tipificando en la ley, siendo

imprescindible verificar el test de proporcionalidad en la norma jurídica sancionatoria, en coordinación con los principios de legalidad, reserva de ley y tipicidad que deben regir los actos de la Administración Pública.

La correcta configuración normativa de la potestad sancionadora, acorde al principio de proporcionalidad, garantiza el respeto de los derechos de los ciudadanos y la seguridad jurídica, que en los actos sancionatorios imperará la gradualidad entre la infracción y la sanción, pues a mayor gravedad de la conducta infractora, la represión debe ser mayor; pero en caso contrario ante conductas infractoras ínfimas, el reproche deberá ser proporcional conforme a la afectación al bien jurídico tutelado.

Sin lugar a duda, el referido principio de proporcionalidad se puede materializar de mejor manera al momento de ejercer potestades discrecionales, pues al tener el aplicador de la ley, un margen de actuación entre un monto mínimo y máximo, puede a través del auxilio de los criterios de dosimetría punitiva graduar la sanción en proporción a la afectación al bien tutelado. Sin embargo, también existirán circunstancias que, por la importancia y magnitud del bien jurídico, el legislador decidirá establecer una única consecuencia o reproche sancionable, sin que ello implique que exista vulneración al principio de proporcionalidad, pues el mismo ya se encontrará incorporado en la norma jurídica y su debida razonabilidad. Pero aun cuando el legislador ya en diferentes normas sancionadoras lo ha incorporado, se analizaron diferentes casos que fueron declarados inconstitucionales al no evidenciar la razonabilidad en la determinación de las sanciones en el ámbito normativo.

Como consecuencia, corresponde tanto al legislador, al momento de crear la norma, como a la Administración Pública al momento de aplicarla, el garantizar a los ciudadanos que las conductas infractoras de las que sean acusados, además de brindarles el debido procedimiento administrativos, la sanción a imponer sea proporcional, razonable y congruente a la magnitud de la infracción establecida, convirtiéndose en un límite para la Administración en el ejercicio de su *ius puniendi* en garantía de los ciudadanos.

Bibliografía


- » Aguado Correa, Teresa. *El principio constitucional de proporcionalidad*. San José, Costa Rica: Editorial Jurídica Continental, 2012.
- » Constitución de la República de El Salvador. El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 1983.
- » Código Tributario. El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 2001.
- » De la Mata Barranco, Norberto J. *El Principio de Proporcionalidad Penal*. España, Valencia: Tiran Lo Blanch, 2007.
- » Enteiche Rosales, Nicolás. *Las Sanciones Administrativas: el problema de la proporcionalidad*. España, Valencia: Tiran Lo Blanch, 2017.
- » Escola, Héctor Jorge. *Compendio de Derecho Administrativo*. Argentina: Ediciones Depalma, 1984.
- » Fernández Ruiz, Jorge. *Derecho Administrativo*. México: McGraw-Hill, Institutos de Investigaciones Jurídicas, 1997.
- » Garat Delgado, María Paula. *El principio de proporcionalidad y su contrastación empírica*. España, Sevilla: Ediciones Universitarias, 2016.
- » Garberí Llobregat, José y Guadalupe Buitrón Ramírez. *El Procedimiento Administrativo Sancionador*, Volumen I, cuarta edición. España, Valencia: Tirant Lo Blanch, 2001.
- » Gordillo, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo*, tomo I, octava edición. Argentina, Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2003.
- » Ley Especial para Sancionar Infracciones Aduaneras. El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 2001.
- » Ley Reguladora del Depósito, Transporte y Distribución de Productos del Petróleo. El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 1970.
- » Ley de Transporte Terrestre, Transito y Seguridad vial. El Salvador: Asamblea Legislativa, 1995.
- » Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativo. El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 2017.
- » Ley 40/2015, del 1/10/2015 de Régimen Jurídico del Sector Público, del Reino de España.
- » Ley de Medio Ambiente. El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 1998.
- » Ley de Protección al Consumidor. El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador. 2005.
- » Ley de Acceso a la Información Pública. El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador. 2010.
- » Ley de Ciberseguridad y Seguridad de la Información. El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador. 2024.
- » Ley de Energía Nuclear. El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 2024.
- » Ley Especial para la Regularización de Lotificaciones y Parcelaciones para uso Habitacional. El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 2023.
- » Mejía, Henry Alexander. *Manual de Derecho Administrativo*. segunda edición. El Salvador: Editorial Cuscatleca, 2022.
- » Oliva de la Coteria, Roberto. *Derecho Administrativo*. El Salvador: 2012.
- » Orellana Sánchez, Henry Salvador. *Derecho Administrativo Sancionador Salvadoreño: aplicación de los principios constitucionales del derecho penal al derecho administrativo sancionador*. El Salvador: IUSPUBLIK, 2017.
- » Pineda Argueta, Hugo Dagoberto. *Derecho Administrativo Sancionador*. El Salvador: Aequus Editorial, 2015.
- » Ramírez-Escudero, Daniel Sarmiento. *El control de proporcionalidad de la actividad administrativa*. España, Valencia: Tirant Lo Blanch, 2004.
- » Rodríguez Martínez, Christian. *El principio de proporcionalidad por el legislador: ideas para una mejora en ex ante de las leyes de Colombia*. Colombia: Editorial Unimagdalena, 2018.
- » Rivas Romero, Vicente Alexander. *Jurisprudencia Constitucional sobre la Potestad Sancionadora de la Administración*. El Salvador: Departamento de Documentación Judicial/ Corte Suprema de Justicia, 2018.
- » Sala de lo Contencioso Administrativo. *Sentencia 516-2016*. El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2021.
- » Sala de lo Contencioso Administrativo, *sentencia 42-22-PC-SCA del 26/06/2023 y sentencia 62-23-PC-SCA del 12/09/2024*. El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2023-2024.
- » Sala de lo Contencioso Administrativo. *Sentencia 412-2016 del 19/12/2018*. El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2016-2018.
- » Sala de lo Contencioso Administrativo, *Referencia 109-2013 del 14/01/2016*. El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2013-2016.
- » Sala de lo Contencioso Administrativo. *Referencia 239-2014 del 22/10/2018*. El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2014-2018.

- » Sala de lo Constitucional. *Resolución definitiva de sobreseimiento: referencia 23-2018 del 10/12/2018*. El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2018.
- » Sala de lo Constitucional. *Referencia 175-2013 del 03/02/2016*. El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2013-2016.
- » Sala de lo Contencioso Administrativo, 1) *Ref 300-2017 del 27/01/2021*, 2) *Ref. 394-2017 del 15/05/2023*, 3) *Ref 35-2018 del 02/09/2022*, y 4) *Ref 344-2017 del 26/04/2021*. El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2021-2023-2022-2021.
- » Sánchez Gil, Rubén. *El principio de proporcionalidad*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas -UNAM, 2007.
- » Terradillos Ormaetxea, Edurne. *Principio de Proporcionalidad, Constitución y Derecho del Trabajo*. España: Valencia, Tirant Lo Blanch, 2004.

El testigo con criterio de oportunidad e identidad reservada y las medidas compensatorias para salvaguardar el derecho de defensa en el proceso penal

The witness with opportunity and reserved identity criteria and compensatory measures to safeguard the right of defense in criminal proceedings

Ricardo Alberto Miranda Miranda
(Universidad de El Salvador, El Salvador)

 <https://orcid.org/0009-0000-8810-9374>

Correpondencia: alberto.miranda@ues.edu.sv



Recibido: 15-05-2025
Aceptado: 15-07-2025

EL TESTIGO CON CRITERIO DE OPORTUNIDAD E IDENTIDAD RESERVADA Y LAS MEDIDAS COMPENSATORIAS PARA SALVAGUARDAR EL DERECHO DE DEFENSA EN EL PROCESO PENAL

Ricardo Alberto Miranda Miranda

RESUMEN

El criterio de oportunidad constituye una excepción al principio de obligatoriedad de la persecución penal de los delitos de acción pública. En la legislación procesal penal se regulan diferentes supuestos en los que procede dicho criterio, algunos teniendo como fundamento la falta de necesidad de la sanción penal desde una perspectiva preventivo general y especial (lo que ocurre, por ejemplo, cuando el autor o partícipe ha recibido una pena natural como consecuencia del delito); otros supuestos, en cambio, tienen como fundamento razones estrictamente utilitarias, como la finalidad de esclarecer eficazmente el hecho delictivo y enjuiciar a los responsables del mismo. Es precisamente con esta finalidad que el legislador salvadoreño ha regulado la figura del testigo con criterio de oportunidad, también denominado "coimputado delator", "testigo de la corona", "arrepentido", "colaborador eficaz", "testigo criteriado", entre una diversidad terminológica que, alternativamente, se utiliza para designar al coimputado que decide colaborar eficazmente en la investigación delatando al resto de autores y partícipes que intervinieron en el delito. En este artículo, se analiza en qué medida la admisión y valoración de la declaración del delator, a quien en no pocos casos se le reservará la identidad, incide negativamente en el derecho de defensa, identificando, por lo demás, las medidas compensatorias imprescindibles para salvaguardar el referido derecho en el proceso penal.

PALABRAS CLAVES: criterio de oportunidad - derecho de defensa - identidad reservada - medidas compensatorias - proceso penal

THE WITNESS WITH OPPORTUNITY AND RESERVED IDENTITY CRITERIA AND COMPENSATORY MEASURES TO SAFEGUARD THE RIGHT OF DEFENSE IN CRIMINAL PROCEEDINGS

Ricardo Alberto Miranda Miranda

ABSTRACT

The criterion of opportunity constitutes an exception to the principle of the obligatory prosecution of public action crimes. In criminal procedural legislation, different scenarios are regulated in which this criterion applies, some based on the lack of necessity for a criminal sanction from a general and special preventive perspective (which occurs, for example, when the author or participant has received a natural penalty as a consequence of the crime); other scenarios, on the other hand, are based on strictly utilitarian reasons, such as the aim of effectively clarifying the criminal act and prosecuting those responsible for it. It is precisely with this purpose that the Salvadoran legislator has regulated the figure of the witness with the criterion of opportunity, also known as "informant co-defendant," "crown witness," "repentant," "effective collaborator," "criteria witness," among a variety of terminologies that are alternatively used to designate the co-defendant who decides to effectively collaborate in the investigation by denouncing the other authors and participants involved in the crime. In this article, we analyze to what extent the admission and evaluation of the informant's statement, whose identity will often be kept confidential, negatively impact the right to defense, identifying, moreover, the essential compensatory measures to safeguard the aforementioned right in the criminal process.

KEYWORDS: opportunity criterion - right of defense - reserved identity - compensatory measures - criminal process

El testigo con criterio de oportunidad e identidad reservada y las medidas compensatorias para salvaguardar el derecho de defensa en el proceso penal

Ricardo Alberto Miranda Miranda¹
El Salvador

Introducción

La institución jurídica del criterio de oportunidad, parte de la premisa de que el sistema de administración de justicia penal, realmente no se encuentra en condiciones de investigar y sancionar absolutamente todos los delitos que tienen lugar en la sociedad y que, por consiguiente, es necesario seleccionar ciertos tipos de delincuencia que, por su carácter de bagatela, por no generar mayor alarma social o por no requerir la imposición de una pena —entre otros criterios de utilidad—, puedan quedar exceptuados de la persecución penal. Precisamente, por razones utilitarias con el fin de hacer más eficiente la administración de justicia, el legislador ha regulado la figura del criterio de

1 Abogado y Notario. Licenciado en Ciencias Jurídicas por la Universidad de El Salvador graduado con Cum honorífico. Maestro en Derecho Penal Económico por la Universidad de El Salvador graduado con Cum honorífico. Máster Iberoamericano en Compliance por la Universidad de Salamanca graduado sobresaliente. Egresado del Programa de Doctorado en Ciencias Penales por la Universidad San Carlos de Guatemala. Docente del Departamento de Derecho Penal de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la Universidad de El Salvador. Miembro de la Sociedad Internacional Germano Latinoamericana de Ciencias Penales.



oportunidad por colaboración eficaz en la investigación, prescindiendo de la persecución penal de aquel delincuente que decide delatar y testificar en contra del resto de intervinientes en el delito.

En este artículo se analiza la figura del testigo con criterio de oportunidad e identidad reservada y la incidencia negativa que este tiene respecto del derecho de defensa. En ese orden, en un primer momento, se desarrolla la idea de que la utilización de este tipo de testigos en el proceso penal debe ser excepcional y únicamente debe operar en casos extraordinarios, en los que, por tratarse de una criminalidad especialmente compleja de investigar, se vuelve imprescindible recurrir al propio delincuente para evitar que se continúen perpetrando delitos, o para esclarecer y enjuiciar al resto de delincuentes que han participado en los ya cometidos.

Seguidamente, en el artículo se exponen las diferentes denominaciones que recibe el testigo con criterio de oportunidad en la doctrina y la jurisprudencia, así como su naturaleza jurídica, esto último es fundamental para efectos de la valoración de la información que aquel proporciona en el juicio. Para finalizar, se analiza de qué manera la medida de protección de la reserva de identidad del testigo criteriado incide de manera negativa en el derecho de defensa -limitándolo y, en algunos casos, anulándolo-, identificándose, por lo demás, algunas medidas compensatorias que son necesarias para salvaguardar el núcleo esencial del referido derecho en el proceso penal.

I. Dos casos para contextualizar e iniciar la reflexión

Piénsese en un alto funcionario del Órgano Ejecutivo que, en términos jerárquicos, únicamente tiene como superior al presidente de la república, a quien apoya en la gestión gubernamental y que, además, por mandato de ley e instrucciones del propio presidente, es el encargado de administrar, de manera más o menos discrecional, determinada cantidad de caudales o fondos públicos.

Dicho funcionario, en el contexto de la administración de esos fondos, realiza erogaciones y pagos injustificados, malversa y se apropia de una significativa cantidad de caudales públicos, todo ello con la ayuda de sus subordinados que se limitan a acatar sus órdenes.

También, piénsese en un líder de una organización criminal que ordena a sus subordinados la ejecución de una serie de delitos como homicidios, extorsiones, privaciones de libertad, entre otros. Es más, dicho líder criminal interviene como principal protagonista del suceso criminal, ejecutando personalmente las acciones de privación de libertad y ocasionando la muerte de las víctimas, siempre con la ayuda de sus subordinados.

Ahora, en el supuesto, que el funcionario y el líder criminal llegan a un acuerdo de colaboración eficaz con el Ministerio Público, el cual consiste en delatar y testificar contra sus subordinados a cambio de lograr la impunidad, esto es, a cambio de que se prescinda de la persecución penal de sus respectivos comportamientos delictivos. ¿Acaso no resulta contrario a la justicia, dejar en la impunidad al delincuente principal y únicamente sancionar a sus subordinados?, ¿se restablece el orden jurídico (se confirma la vigencia de la norma) con la sola sanción de aquellos sujetos que tuvieron una participación secundaria o subordinada?, ¿cómo queda la expectativa de los ciudadanos -destinatarios de las normas- si se deja en la impunidad al principal infractor?

Al ciudadano común le puede parecer cuando menos injusto que el delincuente principal no reciba sanción alguna. Al profesional del Derecho, le puede preocupar la transgresión del principio de superioridad ética del Estado, pues parece que el ordenamiento jurídico adopta la máxima de que el fin justifica los medios, cuando se recurre al delincuente delator para lograr a toda costa el castigo del resto de infractores. Sin embargo, durante las últimas décadas, en no pocos casos, este ha sido el tratamiento que se le ha dado a la figura del testigo con criterio de oportunidad por la colaboración eficaz en la investigación. Los casos del alto funcionario y el líder de la organización criminal que se

han expuesto, ilustran escandalosos ejemplos de impunidad concedida a los autores principales de los delitos, a cambio de testificar contra sus subordinados -algunos con una participación aislada o mínima en el entramado criminal-.²

La reforma introducida a la Ley Contra el Crimen Organizado, mediante Decreto Legislativo 547, de fecha 26 de octubre de 2022, en cierta medida busca limitar esta práctica que deja al codeficiente delator en total impunidad. Así, en el inciso 2° del artículo 19-B de la referida ley especial, se establece que, en caso de otorgarse el criterio de oportunidad por colaboración eficaz en la investigación, la pena solicitada por el codeficiente no podrá ser menor de la mitad del mínimo de la pena de prisión, que correspondería para el delito acusado, salvo autorización expresa del titular del ente persecutor del delito. Sin embargo, la redacción poco afortunada del precepto legal en su integridad, no despeja las dudas sobre si, en algún caso, el beneficio podría consistir en la absoluta impunidad.

II. El criterio de oportunidad como excepción al principio de obligatoriedad de la persecución penal

El Código Procesal Penal establece como regla general la obligatoriedad de la persecución penal;³ ello implica que, Fiscalía General de la República, como entidad encargada de dirigir la investigación de los hechos delictivos,

2 Véase: a) Tribunal Primero de Sentencia de San Salvador, *Proceso penal con referencia 175-1-2022* (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2024). En dicho proceso se otorgó criterio de oportunidad al secretario privado de la presidencia de la República, prescindiéndose de su persecución penal a cambio de testificar contra partícipes con una intervención delictiva de menor entidad; b) Juzgado Especializado de Sentencia C de San Salvador, *Proceso penal con referencia 25-C-2020-4* (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2021), en este proceso se otorgó criterio de oportunidad al codeficiente clave “Sócrates”, prescindiéndose de su persecución penal a cambio de testificar contra miembros de su organización criminal que actuaron bajo sus órdenes, confesando que era el palabrero (líder) de la organización y que en la mayoría de los casos él personalmente había perpetrado las acciones delictivas.

3 El artículo 17 del Código Procesal Penal de la República de El Salvador, distingue entre acción penal pública, acción penal pública previa instancia particular y acción penal privada.

tiene el deber de promover la acción penal⁴ en todos aquellos casos en que se cometa algún delito de acción pública.⁵ En ese orden, el ejercicio de la acción no es una facultad discrecional del Ministerio Público; en el sentido, que pueda decidir arbitrariamente, cuáles delitos perseguir o dejar en la impunidad. Sino que se trata de una atribución-deber que, en principio, conlleva la obligación de promover de oficio la persecución penal de todos los delitos que la ley determina que son de acción pública.

En ese sentido, la institución del criterio de oportunidad, se presenta como una excepción al principio de obligatoriedad del ejercicio de la acción penal,⁶ bajo la cual se introducen supuestos específicos en los que el Ministerio Público puede prescindir total o parcialmente de la persecución penal, ya sea de uno, varios o todos los hechos delictivos atribuidos a determinada persona, respecto de alguno o varios partícipes según las necesidades probatorias, o bien limitándose a perseguir sólo una o algunas de las calificaciones jurídicas posibles.

En el inciso segundo de dicho precepto legal, se establece: *“La Fiscalía General de la República está obligada a ejercer la acción penal pública, para la persecución de oficio de los delitos en los casos determinados por este Código, salvo las excepciones legales previstas; asimismo, cuando la persecución deba hacerse a instancia previa de los particulares”*.

- 4 Algunos autores prefieren utilizar la terminología *“acción procesal penal”*, puede verse: Héctor Carreón Perea, *Los criterios de oportunidad en el proceso penal mexicano. Teoría y práctica* (Ciudad de México: Tirant lo Blanch, 2021), *passim*. Sin embargo, en este trabajo utilizamos la terminología *“acción penal”* adoptada por el Código Procesal Penal de El Salvador.
- 5 En el Código Procesal Penal salvadoreño se prevé que son delitos de acción pública, todos aquellos que no estén dentro del catálogo de delitos de acción pública previa instancia particular y de acción privada, regulados en los artículos 27 y 28 del mismo cuerpo legal. En tal sentido, la gran mayoría de delitos tipificados en el Código Penal y las leyes penales especiales de El Salvador son de acción pública. Básicamente son pocos los delitos de acción pública previa instancia particular, siendo los siguientes: lesiones en su tipo básico, lesiones culposas, amenazas, inseminación artificial o experimentación, apropiación o retención indebida, administración fraudulenta, fraude de servicios de energía o fluidos, usurpaciones, remoción o alteración de linderos, y perturbación violenta de la posesión. Los delitos de acción penal privada son aún menos, entre los que encontramos, los relativos al honor y la intimidad, el hurto impropio, la competencia desleal y las insolvencias punibles.
- 6 Puede verse: Jaime Bernal Cuellar y Eduardo Montealegre Lynett, *El proceso penal. Tomo I: fundamentos constitucionales y teoría general* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013). Destacan que autores alemanes como Pfeiffer y Volk, definen el principio de oportunidad como una excepción al principio de legalidad -o de obligatoriedad de la persecución penal-, *“con dudoso carácter teórico, pero prácticamente irrenunciable, que permite a las autoridades de persecución penal establecer las prioridades en la lucha contra la criminalidad”*.

En la doctrina procesalista moderna, se contemplan dos modelos para la aplicación de los criterios de oportunidad.⁷ En el primero de ellos, se le brinda al Ministerio Público absoluta discreción para decidir los hechos delictivos a los que aplicará la oportunidad, es decir, dicho órgano investigador decide libremente en qué casos prescindirá de la persecución penal; en el segundo modelo, en cambio, denominado de oportunidad reglada, el Ministerio Público tiene una especie de discrecionalidad limitada para declinar la persecución penal, en supuestos específicos determinados por el legislador.

En el caso del legislador salvadoreño, éste ha optado por flexibilizar el principio de obligatoriedad de la persecución penal, introduciendo un modelo o sistema de oportunidad reglada, esto es, determinando expresamente los supuestos específicos, requisitos y condiciones bajo las cuales el Ministerio Público podrá excepcionalmente prescindir del ejercicio de la acción penal.

Cabe decir, además, que en la doctrina se ha señalado, que el principio de oportunidad parte del reconocimiento de que el sistema de justicia penal, se ve imposibilitado de investigar y castigar todos los ilícitos penales que se cometen y que, en consecuencia, lo que se debe buscar es hacer más eficiente la administración de la justicia;⁸ siendo una medida orientada a tales fines, la selección de la criminalidad a la que principalmente se perseguirá y destinarán los recursos, y la determinación de aquella delincuencia respecto de la cual, por ser de bagatela, por no presentar mayor alarma social o por otros criterios utilitarios como la colaboración en la investigación, podrá declinarse su persecución.

7 Al respecto puede verse: Carreón Perea, 56.

8 Alberto Binder et al, *Derecho Procesal Penal* (Santo Domingo: Escuela Nacional de la Judicatura, 2006), 78. Se sostiene, con cita del jurista Adrian Marchisio, el siguiente razonamiento: "... en vez de afectar los recursos a la investigación y juzgamiento de los delitos más graves o de mayor interés social como es la delincuencia organizada, el sistema judicial destina la mayor parte de sus recursos al tratamiento de los delitos menores o bagatelarios como se los suele llamar en España. Ante esta realidad, se impone la necesidad de acelerar la administración de justicia penal, hacerla más eficiente y sencilla".

Así, se entiende que la institución jurídica de la oportunidad reglada, es necesaria, porque si en la ley no se establecieran excepciones a la obligatoriedad de la persecución penal, existiría de hecho esta selectividad o discriminación, en cuanto a qué perseguir penalmente,⁹ precisamente por la incapacidad del sistema para brindar una respuesta efectiva a todos los casos, lo cual se llevaría a cabo, no bajo parámetros legales, sino a discreción de los funcionarios del Ministerio Público, lo que evidentemente conduciría a una mayor impunidad y desconfianza en las instituciones vinculadas con la administración de justicia.

En tal sentido, partiendo de la necesidad que existe de hacer más eficiente la administración de justicia, frente a una criminalidad, cuya investigación es cada vez más compleja y que desborda la capacidad de respuesta del Estado, la institución del criterio de oportunidad como excepción a la regla de obligatoriedad de la persecución penal, está justificada, puesto que, como refiere Maier: *“la aplicación del principio de oportunidad torna más sencillas las cosas, menos arduas las soluciones dogmáticas y más real la solución”*.¹⁰

La generalidad de los supuestos de criterio de oportunidad regulados en el artículo 18 del Código Procesal Penal, *verbigracia*, el que tiene fundamento en el principio de insignificancia o el que se basa en la existencia de una pena natural para el autor del delito, tienen su origen en la formulación contenida en la Ordenanza Procesal Penal Alemana, normativa que influyó significativamente en el Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica de 1988¹¹ y, en consecuencia, en la reforma procesal impulsada en Latinoamérica.

9 Carlos Ernesto Sánchez Escobar, *Diagnóstico técnico sobre las cuestiones problemáticas más importante que se derivan de la aplicación del Código Procesal Penal mediante la revisión analítica de los preceptos procesales que integran la normativa procesal penal* (San Salvador: Unidad Técnica Ejecutiva del Sector Justicia, 2015), 68. Refiere el autor que se ha constatado en estudios criminológicos y de medición de cifras en otros sistemas, que se produce dicha discriminación o selectividad de facto, por lo cual el criterio de oportunidad se vuelve necesario para que el sistema procesal penal funcione adecuadamente.

10 Julio B. J. Maier, *Derecho Procesal Penal*, Tomo I (Buenos Aires: Editores del Puerto, 1996), 158.

11 Sánchez Escobar, 69.

Precisamente por la influencia alemana en la institución jurídica del criterio de oportunidad, no pocos autores latinoamericanos entienden que dicho instituto está vinculado a una concepción utilitaria y realista de la pena estatal, en la medida que muchos supuestos de aplicación de la oportunidad reglada, pueden encontrar fundamento en el fin, la necesidad y los límites de la pena en el Estado Democrático de Derecho. Así, por ejemplo, es indudable que cuando el autor del delito ha sufrido un daño físico grave o irreparable como consecuencia directa del hecho delictivo -pena natural-, probablemente no existan necesidades preventivo- generales y especiales para la aplicación de la pena.

Esa vinculación que puede realizarse entre el fundamento de los supuestos legales del criterio de oportunidad, con los fines que persigue la pena -prevención general y especial-,¹² hace posible que la decisión del Ministerio Público de prescindir de la persecución penal sea racional y coherente en términos político-criminales. En esa línea de ideas, González Álvarez sostiene que el criterio de oportunidad puede aplicarse *“en forma racional, con criterios de política criminal más que arbitrarios, y sobre todo con la posibilidad de ejercer un control y exigir responsabilidad en quienes lo aplican”*.¹³

Sin embargo, en algunos casos el legislador no ha tenido como fundamento para otorgar el criterio de oportunidad la falta de necesidad de pena, desde una perspectiva de prevención general o especial, sino el fin primordial de hacer más eficiente la administración de justicia. Es bajo esta

12 Lo que sí es evidente, es que el instituto del criterio de oportunidad no sería compatible con las teorías absolutas o retributivas de la pena, puesto que a partir de éstas no es concebible la renuncia a la persecución penal. Es ilustrativo siempre, respecto de estas teorías, el ejemplo de la isla formulado por Kant: *“aun cuando se disolviera la sociedad civil con el consentimiento de todos sus miembros (por ejemplo, decidiera disgregarse y diseminarse por todo el mundo el pueblo que vive en una isla), antes tendría que ser ejecutado hasta el último asesino que se encuentre en la cárcel, para que cada cual reciba lo que merecen sus actos y el homicidio no recaiga sobre el pueblo que no ha exigido este castigo: porque puede considerársele como cómplice de esta violación pública de la justicia”*, sobre este ejemplo, puede verse: Eduardo Demetrio Crespo, *Prevención general e individualización judicial de la pena* (Salamanca: Ediciones de la Universidad de Salamanca, 1999), 59.

13 Daniel González Álvarez, “El principio de oportunidad en el ejercicio de la acción penal”, *Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica*, n. 7 (1993): 67.

concepción utilitaria que el Código Procesal Penal regula la figura del testigo con criterio de oportunidad¹⁴ e identidad reservada, permitiendo que el Ministerio Público prescinda de la persecución penal de aquellos sujetos que, siendo autores o partícipes en el delito, decidan colaborar eficazmente con la investigación, delatando al resto de intervinientes en el hecho delictivo o brindando información determinante para la averiguación del delito.

III. Los supuestos en que procede la aplicación del criterio de oportunidad. En particular el supuesto de colaboración eficaz en la investigación

Dentro de los supuestos de aplicación del criterio de oportunidad que regula la legislación procesal penal, se encuentra, en primer lugar, aquel que se otorga al coimputado por su colaboración eficaz en la investigación y enjuiciamiento del resto de intervinientes en el hecho delictivo. Por tratarse del principal objeto de estudio de este artículo se abordará de último.

El segundo supuesto que reguló el legislador salvadoreño es el que tiene fundamento en el principio de insignificancia, abarcando aquellos casos en que la conducta del sujeto activo representa tan sólo una escasa lesividad para el bien jurídico, es decir, cuando no se afecta esencialmente el bien jurídico protegido. Es interesante que el legislador refiere que esa mínima afectación del bien jurídico puede tener lugar por lo “*exiguo de la contribución*” o la “*mínima culpabilidad*” del partícipe, de lo que puede inferirse que se incluyen casos que

14 En la praxis judicial de El Salvador a estos testigos se les denomina “testigos criteriados”, terminología que inclusive ha sido asumida por el común de la sociedad salvadoreña y los grupos criminales precisamente para identificar al delincuente delator. Puede verse utilizando esta terminología: Oscar Martínez, *Una historia de violencia. Vivir y morir en Centroamérica* (Ciudad de México: Penguin Random House Grupo Editorial, 2016), *passim*; Achim Wennmann y Oliver Jütersonke, *Urban Safety and Peacebuilding: New Perspectives on Sustaining Peace in the City* (Londres: Routledge, 2018), s.n. En esta última obra, se hace referencia que en El Salvador la figura del “testigo criteriado” se ha utilizado ampliamente para negociar con pandilleros encarcelados.

reporten un mínimo contenido de injusto -antijuricidad- y también casos donde la culpabilidad se ve reducida por circunstancias personales del agente.

La única limitación que ha dispuesto el legislador para la aplicación del criterio de oportunidad a esta delincuencia insignificante -o de bagatela-, consiste en que no podrá aplicarse a los delitos cometidos por funcionarios o empleados públicos, siempre que se hubieren realizado en el ejercicio de sus funciones. La razón que se aduce en la doctrina para justificar esta exclusión es que, aun tratándose de conductas insignificantes para el bien jurídico, por ser delitos que atentan contra los deberes generales de probidad y ética pública, resulta inconveniente e incoherente la aplicación de la oportunidad reglada, porque el Estado, a través de sus funcionarios, tiene el deber de realizar los máximos esfuerzos para prevenir y combatir la corrupción.¹⁵

El siguiente supuesto que prevé el legislador salvadoreño, consiste en la existencia de lo que la doctrina denomina “*pena natural*” o “*daño natural*”,¹⁶ estableciéndose que podrá declinarse la persecución penal cuando el imputado haya sufrido como consecuencia directa del hecho delictivo que se le atribuye, un daño físico o psíquico, significativamente grave que le produzca incapacidad para atender sus ocupaciones ordinarias. También se prevé que podrá prescindirse de la persecución penal, cuando como consecuencia de la comisión de un delito culposo, el imputado haya sufrido un daño moral de difícil superación, *verbigracia*, cuando por conducir imprudentemente un vehículo automotor ocurre un accidente en el que fallece el hijo del conductor.

Los casos que pueden presentarse como pena natural son muchos, es decir, no son planteamientos de laboratorio, sino que son problemáticas que se presentan con frecuencia en la realidad, por lo que, el mismo legislador se ha

15 Sánchez Escobar, 69.

16 Alejandra Alliaud y Edmundo S. Hendler, *Lecciones de parte especial: estudios desde la teoría del delito y las garantías procesales penales* (Buenos Aires: Ediciones Didot, 2019), 50-52. Refieren los autores que la idea de prescindir del reproche penal o de aplicar un criterio de oportunidad en los casos de existencia de una pena natural, “*está íntimamente ligada con el principio de humanidad de las penas, a veces superpuesta político criminalmente al principio resocializador*”.

ocupado de ellos disponiendo que en estos casos puede declinarse la persecución penal, pues ésta resultaría innecesaria e inclusive desproporcional.

Partiendo de consideraciones de eficiencia y racionalidad, se establece en la ley un tercer supuesto de procedencia del criterio de oportunidad, precisamente para aquellos casos donde el imputado ya ha sido condenado a una pena significativa o de largo alcance, o que podría serlo en razón de atribuírsele múltiples delitos, por lo que, en estos casos el Ministerio Público podrá prescindir de la promoción de la acción penal de alguno o varios hechos delictivos, cuya pena a imponer sea de poca importancia en relación a las ya impuestas o que se esperan imponer al imputado.¹⁷

Así también, es de aplicación el criterio de oportunidad, en aquellos casos en que el imputado sufra una enfermedad mortal e incurable en fase terminal, siendo el fundamento de la declinación de la persecución penal en este supuesto, ante todo, una consideración de naturaleza práctica dado que, padecer de una enfermedad de estas características, constituye en la ley penal sustantiva una causa de extinción de la pena,¹⁸ por lo que no tendría sentido promover y seguir el proceso penal si finalmente el juez de vigilancia penitenciaria declarará extinguida la pena.

Todas estas manifestaciones de la oportunidad reglada que se han expuesto no tienen, básicamente, aplicación en la praxis judicial de El Salvador. Es difícil encontrar algún caso en el que, por tratarse de un delito de bagatela o de insignificante afectación de un bien jurídico, el Ministerio Público hubiere solicitado la aplicación del criterio de oportunidad prescindiendo de la persecución penal. Inclusive, ha causado consternación en la sociedad

17 Sánchez Escobar, 70. Considera que en estos casos la persecución penal pierde todo sentido, por cuanto, las posibles penas a imponer no tendrían ninguna eficacia práctica *“respecto de una persona que, está sujeta ya al cumplimiento de una larga condena”*, con lo cual, la persecución constituiría más una subutilización ineficiente de los recursos del Estado.

18 El artículo 108 del Código Penal, bajo el acápite *“enfermedad incurable en periodo terminal”*, dispone: *“El juez o tribunal declarará extinguida la pena impuesta en cualquier momento del cumplimiento de la misma, cuando se acredite mediante peritos, que el condenado padece una enfermedad incurable en periodo terminal. Sometiéndolo a tratamiento médico ambulatorio o vigilancia, según el caso”*.

salvadoreña que el ente acusador ha ejercido la acción penal en casos donde alguna persona ha hurtado comestibles¹⁹ u objetos²⁰ en algún supermercado, por un valor que apenas llega a los doscientos colones que exige el tipo penal -o su equivalente de veintitrés dólares-, o por haber iniciado proceso penal contra algún campesino por hurtar algunas frutas,²¹ o contra alguna persona por cometer el robo de un dólar de pan, entre otros casos de manifiesta insignificancia.

Inclusive, el órgano persecutor de El Salvador ha promovido acción penal contra imputados que han resultado con amputaciones en sus piernas o brazos, como resultado de la comisión de delitos imprudentes, *verbigracia*, el delito de conducción peligrosa. También el Ministerio Público acostumbra a ejercer la acción penal contra imputados que ya se encuentran cumpliendo penas de prisión de larga duración, donde evidentemente la pretensión punitiva estatal en el nuevo proceso no puede tener ningún fin preventivo general o especial.

En ese orden, puede afirmarse que la institución jurídica del criterio de oportunidad únicamente ha tenido relevancia práctica y aplicación en El Salvador, en lo que respecta al denominado derecho premial, esto es, cuando coimputados deciden colaborar en la investigación delatando al resto de intervinientes en el delito, o brindando información valiosa para el esclarecimiento y enjuiciamiento de las conductas atribuidas a otros acusados. Se trata, en este caso, del supuesto de aplicación del criterio de oportunidad contenido en el artículo 18 numeral 1 del Código Procesal Penal, en el que se prevé que el Ministerio Público podrá prescindir de la persecución penal:

19 Véase: <https://www.elsalvadorimes.com/articulo/sucesos/capturada-super-selectos-hurto-leche-pescado-valorados-15/20200130123306066751.html>. Se relaciona la noticia de una mujer capturada y luego procesada por hurtar leche y pescado.

20 Puede encontrarse múltiples noticias al respecto: <https://www.elsalvadorimes.com/articulo/judiciales/fgr-investiga-mujer-robar-25-productos-super-selectos/20190425104325057950.html>. Se expone la noticia de la detención de una mujer por hurtar artículos en un supermercado, por el valor de veinticinco dólares.

21 Véase, por ejemplo: <https://www.laprensagrafica.com/elsalvador/Cuatro-detenidos-por-hurtar-jocotes-20131015-0119.html>. Donde se relaciona la noticia de la captura de unas personas por hurtar jocotes.

“Cuando el imputado haya realizado cuanto estaba a su alcance para impedir la ejecución del hecho o brinde información esencial para evitar que continúe el delito o se perpetren otros o haya contribuido decisivamente al esclarecimiento de la participación de otros imputados en el mismo hecho o en otro más grave”.

Como puede observarse, en este numeral del precepto legal citado, se reconocen y distinguen, a su vez, diferentes supuestos: en primer lugar, aquel en el que el imputado habiendo intervenido ya sea en las fases previas a la ejecución del hecho (como podrían serlo la conspiración y los actos preparatorios), realiza cuanto estaba a su alcance para evitar la ejecución o la consumación del delito; en segundo lugar, aquellos casos en que el imputado brinda información para evitar que el delito en el que ha participado se continúe cometiendo o para evitar que se cometan otros en los que no ha tenido participación; y, por último, se establece la posibilidad de otorgar el criterio de oportunidad, a todo coimputado que colabore eficaz o decisivamente en el esclarecimiento de las conductas atribuidas a los otros intervinientes en el delito en el que el delator hubiere participado, o respecto de otros ilícitos penales en los que no habiendo participado tenga información.

En estos dos primeros casos que regula la ley, tiene sentido, en cierta medida, la denominación de *“arrepentido”*²² que algunos autores sugieren para designar al coimputado que colabora con la investigación, precisamente porque se le premia por haber intentado interrumpir el curso del suceso criminal y evitar la consumación, o bien evitar que otros ilícitos penales se continúen cometiendo. No obstante, como se señalará *infra*, no es un término muy apropiado.

En dichos casos de colaboración del imputado con las autoridades para evitar delitos o para esclarecerlos, el criterio de oportunidad se presenta como un mecanismo extraordinario y necesario para enfrentar la criminalidad, pues se parte de la admisión de que las agencias del sistema penal, no obstante sus

22 Manuel Gómez Tomillo, Comentarios al Código Penal (Valladolid: Lex Nova, 2010), 1936. Se utiliza la terminología de *“coimputado arrepentido”* y *“delincuentes arrepentidos que colaboran con la justicia”*.

mayores esfuerzos, son incapaces de brindar una respuesta satisfactoria en la investigación y persecución de determinados delitos o formas de delincuencia, como lo es, por ejemplo, la criminalidad organizada.²³

En todo caso, la ley procesal penal regula este derecho premial de forma excepcional y bajo estricta observancia del principio de proporcionalidad. En tal sentido, el criterio de oportunidad debe otorgarse al coimputado como último recurso del Ministerio Público, esto es, cuando se han agotado todos los mecanismos de investigación y los mismos han resultado infructuosos por la especial y compleja forma de ejecución del delito que torna difícil su averiguación.

Lo anterior resulta lógico, porque la regla general es la obligatoriedad de la persecución penal de todos los delitos de acción pública, pero, además, porque la igualdad en la aplicación de la ley y la prerrogativa constitucional de protección jurisdiccional exigen que, en principio, todos los intervinientes en el delito respondan penalmente. Además, la excepcionalidad del criterio de oportunidad, en los casos de colaboración eficaz del codelincuente, se deriva de la máxima de que el Derecho no debe -ni necesita- ceder ante lo ilícito.²⁴

Por consiguiente, debe existir un control jurisdiccional respecto del carácter excepcional bajo el cual, se otorga el criterio de oportunidad al coimputado. Este control podría llevarse a cabo, exigiendo al Ministerio Público que acredite las diligencias de investigación previamente realizadas y que resultaron infructuosas para la averiguación, pues serían contrarios al carácter excepcional, aquellos criterios de oportunidad otorgados sin que antecedan esfuerzos investigativos por parte del ente acusador, es decir, cuando la única o

23 Sánchez Escobar, 70. El autor refiere que el criterio de oportunidad por colaboración del imputado se justifica, porque *“hay cierto tipo de criminalidad que es casi imposible de ser satisfactoriamente enfrentada, por cuanto operan como verdaderas sociedades o empresas criminales, cuyas organizaciones hacen casi imposible la investigación de los múltiples delitos que cometen, en atención a la complejidad operativa de las mismas”*.

24 Enrique Bacigalupo, *Derecho penal. Parte general* (Buenos Aires: Hammurabi, 1999), 359. El autor refiere como principio que *“el derecho no necesita ceder ante lo ilícito”*.

primera diligencia de investigación realizada es la entrevista del codeficiente delator.

Este control jurisdiccional sobre la excepcionalidad del criterio de oportunidad evitaría, a su vez, que esta institución jurídica sea instrumentalizada por los delincuentes. Efectivamente, al mal utilizarse este supuesto de colaboración eficaz en la investigación, se corre el riesgo de que delincuentes habituales se proyecten cometer delitos con la intervención de otros sujetos bajo la expectativa de que, si finalmente son descubiertos, negociarán un criterio de oportunidad.

Empero, además, si bien es cierto que la ley permite que pueda otorgarse la oportunidad tanto a autores o partícipes, resultaría desproporcional e irracional perseguir penalmente a los cómplices concediendo un criterio de oportunidad a quien materialmente es autor, o a quien ha realizado una contribución más relevante o grave al hecho delictivo.²⁵ De hecho, el legislador consagra el principio de proporcionalidad en la aplicación del criterio, cuando en el artículo 18 numeral 1 del Código Procesal Penal dispone: *“En los casos de colaboración con la investigación la conducta del colaborador deberá ser menos reproachable que la de los autores o partícipes cuya persecución facilita”*.

Asimismo, en la disposición legal citada se establece otra limitante a la concesión del criterio de oportunidad por colaboración en la investigación, consistente en que cuando se trate de criminalidad organizada, no podrá otorgarse el beneficio a los jefes o líderes de las organizaciones, salvo que ello sea necesario para investigar y procesar al resto de la cúpula de la organización delictiva, esto es, al resto de líderes o jefes criminales.

En la praxis judicial de El Salvador, en no pocos casos se inobservó el principio de proporcionalidad, porque la Fiscalía General de la República concede el criterio de oportunidad y prescinde de la persecución penal de líderes

25 Binder, 86. Establecen los autores que, en el criterio de oportunidad por colaboración con la investigación, se requiere que *“la acción de la que se prescinde sea considerablemente más leve que los hechos punibles cuya persecución se facilita o se evita”*.

de organizaciones criminales, *verbigracia*, se le concede el beneficio a dirigentes de estructuras pandilleriles, quienes brindan información sobre conductas de miembros que ostentan un rango inferior dentro de las estructuras, o bien se concede el beneficio a personas cuyas conductas son más reprochables o graves que las de aquellos a quienes delatan.

En cuanto a la forma de operar del criterio de oportunidad, en la legislación procesal salvadoreña le corresponde al ente persecutor valorar la conveniencia de otorgarlo en los diferentes supuestos y, una vez tomada la decisión de conceder, se debe someter al órgano judicial para que éste realice un control de legalidad, pudiendo autorizarlo o denegarlo según se cumplan o no los requisitos legales.²⁶ En la práctica, los jueces no realizan un control material del criterio de oportunidad, sino únicamente formal, procediendo a autorizar de forma automática en todos aquellos casos en que Fiscalía General de la República lo solicita, bajo el pretexto de que la colaboración del delator es el único mecanismo para averiguar los hechos y enjuiciar al resto de intervinientes en el delito.

IV. El testigo con criterio de oportunidad e identidad reservada

4.1 Denominación y naturaleza jurídica

Ante todo, debe señalarse que no existe consenso en la doctrina sobre la denominación más acertada para referirse al coimputado que colabora con la investigación, delatando al resto de intervinientes en el delito y recibiendo, a cambio, el beneficio del criterio de oportunidad. Dentro de la terminología frecuentemente utilizada para referirse a este sujeto, se encuentran las siguientes:

²⁶ Para una exposición detallada sobre cómo opera la aplicación del criterio de oportunidad en El Salvador, puede verse: Sánchez Escobar, 71-74.

“testigo criteriado”,²⁷ “testigo de la corona”,²⁸ “coimputado”, “codelincuente”, “co-reo”, “copartícipe”, “colaborador”, “arrepentido” y “delator”; así también, a la declaración que brinda se le llama “testimonio en co-delincuencia”, “testimonio sospechoso”, “testimonio inhábil” y “testimonio impropio”.²⁹

Sobre la denominación de “arrepentido” se ha dicho que no es acertada, puesto que las legislaciones no exigen ningún tipo de conducta real o moral de arrepentimiento, esto es, un completo cambio de conducta. De igual manera, respecto de la terminología “testimonio sospechoso” se ha señalado que no es del todo acertada, pues todos los testimonios, de una u otra manera, pueden tener fallos o no ser totalmente ciertos, por lo que, todos pueden ser catalogados en mayor o menor medida como sospechosos.³⁰

La figura del coimputado delator surgió con el fin de obtener información valiosa sobre las estructuras u organizaciones criminales, sobre sus integrantes y la forma de operar, es decir, nació propiamente para combatir la criminalidad organizada. Por ello, algunos autores afirman que sus orígenes se remontan al ordenamiento jurídico italiano, que a finales de los años setenta y comienzos de los ochenta del siglo pasado, introdujo las figuras de los “colaboradores de la justicia” o “arrepentidos” de manera excepcional y exclusivamente para el ámbito del crimen organizado y el terrorismo, es decir, no como una institución jurídica del Derecho procesal penal en general.³¹

27 La terminología de “testigo criteriado” es la más utilizada en la *praxis* judicial y en la comunidad jurídica salvadoreña y, además, es la que más se ha difundido en el común de la sociedad salvadoreña.

28 Utilizando esta denominación de “testigo de la corona”, puede verse: María Luisa Cuerda Arnau, *Atenuación y remisión de la pena en los delitos de terrorismo* (Madrid: Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, 1995), 248-253.

29 Por todas las denominaciones puede verse: Lorena Cecilia Vega Dueñas, *La protección de testigos en delitos de criminalidad organizada* (Barcelona: J. M. Bosch, 2016), 105.

30 *Ibid.*

31 Sobre los orígenes de la figura del arrepentido o colaborador de la justicia en Italia, puede verse: Jesús Santos Alonso y Mercedes De Prada Rodríguez, “Los colaboradores de la justicia en Italia”, *Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo*, n. 20 (2011): 71-75; confróntese Vega Dueñas, 109, quien afirma que el origen del derecho premial de los coimputados es muy antiguo, y que inclusive los grandes filósofos ilustrados se pronunciaron respecto de esta figura, destacando las consideraciones de Beccaria y Bentham.

En ese orden, la justificación de este mecanismo de colaboración premiada se encuentra en que, permite la investigación y obtención de elementos de prueba del delito, lo cual es difícil en el ámbito de la criminalidad organizada por su carácter cerrado y porque sus integrantes operan de manera compleja, utilizando herramientas sofisticadas, aparatos tecnológicos de alta gama, entre otros. Se aduce, por ello, que es necesario enfrentar estas organizaciones criminales invadiendo su estructura asociativa interna, es decir, se busca combatir a los grupos delincuenciales desde dentro de la organización.³²

Ahora bien, en la doctrina se ha discutido la naturaleza jurídica del coimputado colaborador y de la declaración que brinda ante la autoridad judicial, cuestión que es de suma relevancia, pues dependiendo de su naturaleza y el régimen jurídico aplicable, previo a declarar, se le puede exigir promesa o juramento de decir verdad, e inclusive a partir de la información que proporcione ser sujeto de imputación por falso testimonio. Al respecto, Vega Dueñas sostiene que la declaración de este sujeto tiene dos caras o se encuentra en una zona gris:

*“Por un lado, comparte la naturaleza con el imputado por los hechos que lo incriminan, y como tal, tiene derecho a guardar silencio, y por otro, comparte naturaleza con el testigo porque está otorgando información a las autoridades judiciales y está atribuyendo hechos a otras personas. Es decir, la naturaleza de la declaración del coimputado se encuentra en una zona gris, básicamente, porque se encuentra en medio del imputado y el testigo, y con ambas caras son inseparables, y además la zona gris no permite estar en zona totalmente blanca o negra, el coimputado podrá prestar declaración sin juramento previo y beneficiándose del derecho a no contestar”.*³³

32 Vega Dueñas, 107. Señala la autora que la colaboración premiada “parte de la idea de que se logra un mayor combate a este tipo de criminalidad cuando se combate desde dentro, cuando la persona que colabora es aquella que intervino en la comisión del delito y conoce realmente lo que sucedió y el papel desempeñado por cada uno de los integrantes”.

33 *Ibíd.* 109.

En la jurisprudencia salvadoreña, se ha hecho recepción de las denominaciones formuladas en la doctrina, entre estas, colaborador de la justicia, arrepentido, delator, testigo de la corona y criteriado, reconociéndose que éste último es el más utilizado en la práctica forense nacional.³⁴ Sin embargo, en la jurisprudencia básicamente de manera automática se ha nominado “testigo” al coimputado colaborador y se ha calificado como “testimonio impropio” su declaración,³⁵ sin profundizar acerca de su naturaleza jurídica, aunque lo cierto es que la deposición que rinde dicho sujeto no es propiamente ni testimonio ni confesión, aunque comparte, en cierto modo, una y otra naturaleza.

4.2 La medida de protección consistente en la reserva de identidad

La reserva de identidad del testigo es una medida de protección ordinaria regulada en el artículo 10 literal “a” de la Ley Especial para la Protección de Víctimas y Testigos,³⁶ que consiste en que durante las diligencias de investigación y en el proceso penal, en principio, no constaran ni se revelarán los datos generales de la persona que ostente la calidad de testigo o víctima, ni cualquier otra información que conduzca a su identificación, utilizándose para referirse a dicha persona en los actos procesales una clave.

Además, en virtud de que la finalidad es que el testigo se mantenga anónimo, el Ministerio Público y las autoridades judiciales, adoptan una serie de medidas orientadas a evitar que la identidad sea conocida o revelada, *verbigracia*, la utilización de dispositivos para alterar la voz del protegido al momento de rendir su declaración, el empleo de biombo al momento de recibir la declaración para evitar que el testigo sea visto físicamente por los imputados

34 Sala de lo Penal, Sentencia de Casación, *referencia 218-CAS-2012* (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2014).

35 Sala de lo Penal, Sentencia de Casación, *referencia 297-CAS-2005* (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2006).

36 Ley Especial para la Protección de Víctimas y Testigos (El Salvador: Asamblea Legislativa, 2006).

y las partes técnicas, entre otros. Asimismo, se prohíbe a las partes técnicas y a los acusados, durante los actos procesales y especialmente en las audiencias en las que brinda su declaración el protegido, realizarle preguntas que conduzcan o puedan conducir a revelar su identidad.

En la *praxis* judicial de El Salvador, ocurre que cuando se le otorga un criterio de oportunidad a un coimputado que decide colaborar con la investigación, de manera automática el Ministerio Público requiere la aplicación de la medida de protección de la identidad reservada. La adopción de esta medida cuando se trata del delator, en todo caso, está permitida por la misma Ley Especial para la Protección de Víctimas y Testigos, e inclusive es una obligación para las autoridades fiscales y judiciales que deriva de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, pues dicho instrumento en el artículo 26 establece que el Estado brindará protección a las personas que participen o hayan participado en grupos delictivos y que decidan colaborar con la investigación, disponiéndose en el artículo 24 dentro de las posibles medidas, la prohibición de revelar información relativa a su identidad.³⁷

En ese sentido, en el proceso penal salvadoreño, frecuentemente el testigo con criterio de oportunidad se vuelve testigo anónimo, esto es, un testigo con reserva de identidad, a quien la defensa técnica y los imputados no pueden cuestionar o interrogar plenamente, principalmente sobre aspectos que conduzcan o puedan conducir a la revelación de su identidad, afectándose con ello el Derecho de defensa, porque no puede controvertirse la credibilidad del órgano de prueba a partir de la existencia de móviles espurios en su declaración inculminatoria.

37 La medida de protección de la reserva de identidad para el coimputado colaborador con la investigación, también se prevé en los artículos 32 y 37 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción del 12 de diciembre de 2003.

V. La declaración del criteriado con reserva de identidad y su incidencia en el derecho de defensa

La discusión en torno a la validez de la declaración del criteriado o coimputado colaborador, como medio de prueba legítimo y suficiente para destruir la presunción de inocencia del resto de imputados en el proceso penal, ha sido intensa y prolongada en la doctrina. Ello porque, como en su momento afirmó el Tribunal Constitucional español: *“la declaración de un coimputado es una ‘prueba sospechosa’ cuando se trata de la única prueba de cargo”*.³⁸

La desconfianza que desde un inicio se ha tenido en este medio de prueba radica, en primer lugar, en la propia naturaleza del órgano del que emana la información incriminatoria, pues el coimputado, a diferencia del testigo, no tiene la obligación de decir la verdad e, inclusive, puede callar total o parcialmente en ejercicio del derecho a no autoincriminarse. Por ello, tratándose de un delincuente confeso que declara por interés en obtener un beneficio, como lo es el criterio de oportunidad, la información que brinda naturalmente es sospechosa.³⁹

En todo caso, en la actualidad la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia de los países del entorno cultural, incluida la emanada de los tribunales salvadoreños, han admitido la legitimidad de la declaración del coimputado desde la perspectiva constitucional, destacándose que es insuficiente para destruir la presunción de inocencia cuando, siendo única, no resulta corroborada mínimamente por otros elementos de prueba. En tal sentido, se afirma que para que una sentencia condenatoria pueda fundarse en modo decisivo en la declaración de un criteriado o delator, es necesario la verificación de dos elementos: uno negativo, cuál es la inexistencia de móviles espurios en la

38 Tribunal Constitucional, Proceso de Amparo, Referencia 30/2005 (España, 2005).

39 Sobre las consideraciones que se han formulado en la jurisprudencia española al respecto, puede verse: Tomás Montero Hernanz, *La justicia penal juvenil en España: legislación y jurisprudencia constitucional* (Alicante: Editorial Club Universitario, 2012), 501.

incriminación y, uno positivo, consistente en la exigencia de corroboración mínima de la deposición o versión del coimputado a través de otros elementos de prueba.⁴⁰

Respecto de la exigencia de corroboración se ha señalado, por una parte, que ésta no ha de ser necesariamente plena, sino que basta con que al menos sea mínima o sobre los aspectos principales de la versión del coimputado; por otra parte, que no existen ni pueden establecerse criterios de corroboración y su alcance en términos generales, por lo que, debe analizarse en cada caso concreto la veracidad objetiva de la deposición del criteriado. Por lo demás, la exigencia de corroboración mínima no es sobre cualquier punto de la declaración del delator, sino en relación con la participación o conducta que le atribuye al resto de imputados.⁴¹

La Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador, se ha pronunciado sobre estos requisitos que se exigen respecto de la declaración del criteriado o coimputado colaborador, sosteniendo lo siguiente:

“Es por lo apuntado, que se sostiene que lo afirmado por los ‘colaboradores de la justicia’ o ‘criteriados’, es una prueba ‘limitada’ o insuficiente por sí misma, pero que alcanza aptitud bastante para enervar válidamente la presunción de inocencia, cuando se corrobora con otros datos objetivos del material probatorio... Cabe señalar que la exigencia de corroboración no puede ser ‘plena’, como si cada afirmación que realice el declarante coimputado ha de contar con el respaldo de otra evidencia, pues esto conllevaría en la práctica, a privar de toda eficacia a este tipo de testimonio impropio. Como alternativa, surge la teoría de la ‘corroboración mínima’ que esta Sala ya ha acogido en decisiones anteriores, sosteniendo específicamente en cuanto a la declaración de coimputados: se ha dejado por sentada como una prueba

40 Puede verse: Cristina Rodríguez Yagüe, “La protección de los Whistleblowers por el ordenamiento español: aspectos sustantivos procesales”. En *Fraude y Corrupción en el Derecho penal económico europeo. Eurodelitos de corrupción y fraude* (Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2006), 474.

41 Pueden verse sobre estos requisitos de la declaración del coimputado: Tribunal Constitucional, Proceso de Amparo, Referencia 17/2004 (España, 2004); Tribunal Constitucional, Proceso de Amparo, Referencia 147/2004 (España, 2004).

*legítima y constitucional, sometida su validez a la condición que sea mínimamente corroborada... esta corroboración exige la existencia de hechos, datos o circunstancias externas que avalen de manera genérica la veracidad de la declaración, que habrá de realizarse caso por caso”.*⁴²

Ahora bien, lo que no ha sido objeto de análisis profundo en la jurisprudencia salvadoreña, es la compatibilidad de la figura del criteriado o coimputado colaborador con la medida de protección de reserva de identidad, y la incidencia que tiene respecto del derecho de defensa. Efectivamente, partiendo de que en sí misma la declaración del criteriado es una “prueba sospechosa”, que por sí sola no es suficiente para enervar la presunción de inocencia y que debe valorarse con extrema cautela por las autoridades judiciales, siendo imprescindible su corroboración con otros elementos de prueba, la medida de la reserva de identidad aplicada a dicho órgano incorpora más problemas, porque reduce significativamente el derecho de defensa o, al menos, la facultad de los justiciables y de su defensa técnica de cuestionar aspectos de credibilidad o de existencia de móviles espurios en la declaración del testigo criteriado.

En la doctrina se reconoce que la figura del testigo anónimo o con reserva de identidad, en ciertos casos, puede conducir a una reducción intolerable de la posibilidad de contradicción.⁴³ La prueba testimonial, como toda prueba, lógicamente puede presentar deficiencias por el órgano del cual emana, por ello, tiene diversas formas de control, siendo una de ellas, que los testigos puedan ser confrontados y contradichos por la defensa y los propios justiciables, en cuanto a la versión afirmada y la persona que expone la versión, lo cual es esencial para asegurar un juicio justo.

42 Sala de lo Penal, *Sentencia de Casación, Referencia 149C2016* (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2016).

43 Puede verse: Luis Uriarte Valiente y Tomas Farto Piay, *El proceso penal español: jurisprudencia sistematizada* (Madrid: Editorial La Ley, 2007), 562.

Con la medida de la reserva de identidad, las posibilidades de confrontar al testigo se reducen significativamente, por cuanto el imputado y el defensor no pueden interrogar libremente, por ejemplo, cuestionando sobre antecedentes de enemistad o problemas que hubiere tenido con el justiciable, lo cual es indispensable para evidenciar móviles espurios en la declaración inculpativa, precisamente porque se desconoce la identidad de la persona del testigo. Los tribunales salvadoreños, han reconocido que la medida de protección de la reserva de identidad puede entrar en colisión con el Derecho de defensa, señalando en tal sentido:

“Ahora bien, cuando los testigos están sujetos a una situación objetiva de peligro, puede aplicarse el régimen de protección –que no es absoluto- sucede que la identificación del testigo se desconoce para el imputado y su defensa, y ello, hace imposible, que el testigo pueda ser confrontado en su persona, atendiendo a criterios de interés, deseo de perjudicar, problemas afectivos de odio, malestar, venganza etc., de parte del testigo; aspectos propios de su persona que podrían influir en la percepción del hecho, o de su recuerdo etc., todos estos aspectos se encuentran limitados en un testimonio rendido por testigos protegidos, con ello, el derecho de defensa se ve, sensiblemente disminuido”.⁴⁴

Cuando se trata de un criteriado o delator, esta imposibilidad contradicción o confrontación se agrava, puesto que el testigo tiene un marcado interés en inculpar al justiciable, para que su colaboración sea eficaz y de esa manera beneficiarse con el criterio de oportunidad, por lo que, para lograr dicho objetivo podría mentir, callar lo que es favorable para la defensa o brindar información inexacta.

44 Cámara Primera de lo Penal de la Primera Sección del Centro, *Sentencia Definitiva, Referencia 193-SC-2017-2* (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2017).

Además de todo ello, lógicamente en estos casos se parte de la premisa de que tanto el testigo criteriado como el imputado, han participado en el hecho delictivo, por lo que ambos se conocen o deberían conocerse. De tal forma que, si el delator miente sobre la forma en que ocurrió el hecho, sobre su intervención o sobre las conductas realizadas por los intervinientes, el imputado enjuiciado evidentemente será el primero en identificar la mendacidad, por lo que, para evidenciar que el testigo ha mentido necesariamente tendría que conocer su identidad o conociéndola, debería poder revelarla para que la autoridad judicial confirme en que ha consistido la mendacidad.

Algunos casos que se han presentado en la praxis judicial de El Salvador son, por ejemplo, cuando el criteriado afirma que se encontraba presente en un centro penal, desde donde una cúpula criminal dio una orden para ejecutar un delito, siendo que los miembros de la cúpula tienen sospecha de la identidad del delator y que éste realmente no se encontraba recluido en la penitenciaría, en ese supuesto se vuelve necesario conocer y/o revelar la identidad para confirmar que no estuvo recluido. Otro caso, es aquel donde los justiciables sospechan quién es el criteriado y tienen conocimiento que éste no se encontraba en el país cuando ocurrió el hecho en el que dice haber participado, por lo que, en ese supuesto se vuelve necesario requerir los registros migratorios del delator para evidenciar que está mintiendo. No son casos de laboratorio, sino que se han dado en la realidad judicial y que evidencian como la medida de reserva de identidad menoscaba el derecho de defensa.

VI. Las medidas compensatorias para salvaguardar el derecho de defensa frente al testigo criteriado con reserva de identidad

Si respecto de la declaración del testigo con criterio de oportunidad que se caracteriza por ser una prueba sospechosa, que en principio genera desconfianza; y por sí no es suficiente, para destruir la presunción de inocencia, además se adopta la medida de la reserva de identidad, deberán tomarse medidas compensatorias para salvaguardar el Derecho de defensa e intensificarse la exigencia de corroboración de la versión del delator en otros elementos de pruebas.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha pronunciado sobre las limitaciones que existen al interrogar testigos con régimen de protección o identidad reservada, estableciendo que una sentencia condenatoria no se puede sustentar únicamente o en modo decisivo en el dicho de testigos, cuya identidad es desconocida por el imputado y su defensa técnica.⁴⁵ Pero además de que no es una prueba suficiente por sí sola para enervar la presunción de inocencia, dicho tribunal de Derechos humanos, ha indicado que, siempre que se utilice la medida de la reserva de identidad de testigos, las autoridades judiciales deberán disponer medidas compensatorias con la finalidad de preservar el Derecho de defensa del imputado.

De esta manera, la Corte Interamericana, ordena a los Estados parte que, cuando en el curso de un proceso penal se utilicen medidas de protección de testigos -en particular, la reserva de identidad-, la afectación al Derecho de defensa que dichas medidas producen sea contrarrestada por medidas de contrapeso, como las siguientes:

45 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Pollo Rivera y otros vs. Perú* (Costa Rica, 2016).

*“a] la autoridad judicial debe conocer la identidad del testigo y tener la posibilidad de observar su comportamiento durante el interrogatorio con el objeto de que pueda formar su propia impresión sobre la confiabilidad del testigo y su declaración; b] debe concederse a la defensa una amplia oportunidad de interrogar directamente al testigo en alguna de las etapas del proceso, sobre cuestiones que no estén relacionadas con su identidad o paradero actual; lo anterior con el objeto de que la defensa pueda apreciar el comportamiento del testigo bajo interrogatorio, de modo que pueda desacreditar o, por lo menos, plantear dudas sobre la confiabilidad de su declaración... Incluso cuando se hayan adoptado medidas de contrapeso que parecen suficientes, la condena no puede estar fundada únicamente o en grado decisivo en declaraciones realizadas por testigos de identidad reservada”.*⁴⁶

El referido tribunal de derechos humanos considera que basar una condena en la declaración de un testigo con identidad reservada, sin medidas para salvaguardar el Derecho de defensa, implicaría utilizar desproporcionadamente una prueba que ha sido obtenida en detrimento de los derechos del acusado.

Desde el punto de vista de este autor, las medidas compensatorias que, conforme a la legislación procesal penal salvadoreña, deberían adoptarse para preservar el derecho de defensa en aquellos casos donde el Ministerio Público recurra a la figura del testigo criteriado, serían las siguientes: en primer lugar, adoptar sólo excepcionalmente la medida de reserva de identidad y, en su lugar, darle mayor aplicación al resto de medidas de protección contenidas en la ley especial, toda vez que, si realmente el delator ha participado en la ejecución del hecho delictivo, en la mayoría de los casos el resto de imputados lo han de conocer y lo identificarán cuando brinde su versión testimonial, por lo que, la medida del anonimato es innecesaria. Resultan inconcebibles las circunstancias en las cuales los imputados no recordarían y, en consecuencia, no identificarían a todos los sujetos que tomaron parte junto con ellos en la ejecución del delito.

46 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Norín Catrimán y otros vs. Chile* (Costa Rica, 2014).

En segundo lugar, la reserva de identidad no debería aplicarse cuando promovida la acción penal, esto es, ya judicializada la causa penal, se le otorgue el criterio de oportunidad a un coimputado que decide colaborar, pues en tal supuesto es lógico que todos conocerán la identidad del testigo criteriado, que sería la persona respecto de quien se prescindió la persecución penal. Por obvia que parezca esta consideración, en la praxis judicial salvadoreña, inclusive en estos casos se aplica y mantiene la medida de protección de la reserva de identidad.

En tercer lugar, tratándose de un testigo criteriado con reserva de identidad, el juez y las partes técnicas deberían, en principio, conocer plenamente su identidad bajo el compromiso ético y legal de no revelarlo a los imputados; dicho conocimiento debería garantizarse con suficiente antelación al juicio para tener posibilidades reales de confrontar la declaración, o para recolectar la prueba que se considere pertinente para demostrar que el delator está siendo mendaz en su versión.

En cuarto lugar, debe exigirse una mayor rigurosidad en cuanto a la corroboración de la declaración del testigo, principalmente en cuanto a la participación de cada uno de los imputados cuyo enjuiciamiento facilita, no restando importancia a las contradicciones internas de la propia versión, las incoherencias por mínimas que parezcan, así como los contrastes que presente respecto de otras evidencias.

Por lo demás, se consideran acertadas las medidas de contrapeso que señala la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su jurisprudencia, en cuanto a que las autoridades judiciales deben conocer plenamente la identidad del testigo y observar con especial cautela el comportamiento que presenta durante el interrogatorio -incluyendo el aspecto gesticular-.

VII. Conclusiones

El legislador salvadoreño ha adoptado un modelo o sistema de oportunidad reglada, estableciendo expresamente los supuestos específicos, requisitos y condiciones bajo las cuales el Ministerio Público podrá excepcionalmente prescindir de la persecución penal de determinados delitos de acción pública. En ese sentido, la institución del criterio de oportunidad constituye una excepción al principio de legalidad, el cual supone la obligatoriedad del ejercicio de la acción penal.

Los diversos supuestos en los que procede el criterio de oportunidad -incluyendo los casos de existencia de una pena natural, de delincuencia de bagatela o de insignificante afectación del bien jurídico-, no tienen básicamente aplicación en la *praxis* judicial de El Salvador. De manera que, el instituto jurídico del criterio de oportunidad únicamente ha tenido relevancia práctica y aplicación en El Salvador, en lo que respecta al denominado derecho premial, esto es, cuando coimputados deciden colaborar en la investigación, delatando al resto de intervinientes en el delito, o brindando información valiosa para el esclarecimiento y enjuiciamiento de las conductas atribuidas a otros acusados.

Dado que el criterio de oportunidad por colaboración eficaz del imputado se presenta como un mecanismo excepcional, extraordinario y necesario para enfrentar la criminalidad, el mismo debe otorgarse como último recurso del Ministerio Público, esto es, cuando se han agotado todos los mecanismos de investigación y los mismos han resultado infructuosos por la especial y compleja forma de ejecución del delito que torna difícil su averiguación. En consecuencia, debe existir un control jurisdiccional riguroso respecto del carácter excepcional bajo el cual se otorga el criterio de oportunidad al coimputado, verificándose que previamente hayan existido esfuerzos investigativos por parte del ente acusador.

En *praxis* judicial de El Salvador, se constata que en la mayoría de los casos el testigo con criterio de oportunidad participa en el proceso penal y brinda su testimonio bajo la medida de protección de reserva de identidad. Esto supone una limitación al derecho de defensa, porque a dicho testigo que se mantiene bajo anonimato, en principio el abogado defensor y el imputado no pueden cuestionar o interrogarlo plenamente, principalmente sobre aspectos que conduzcan o puedan conducir a la revelación de su identidad y, generalmente, los aspectos vinculados a la credibilidad del testigo y la existencia de móviles espurios -como motivos de venganza, odio o recelos con el resto de imputados-, requiere, en no pocos casos, que se discuta abiertamente en juicio aspectos personales y de identidad del testigo protegido.

Dada esa limitación al derecho de defensa, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha reconocido en su jurisprudencia, que una sentencia condenatoria no podría fundamentarse de manera exclusiva -o, en modo decisivo- en el testimonio de un testigo con reserva de identidad. Más grave es el caso del testigo con criterio de oportunidad con identidad reservada, puesto que se trata de un órgano de prueba sospechoso que tiene un marcado interés en incriminar al resto de acusados, pues la impunidad del criteriado, generalmente, depende de la condena del resto de intervinientes en el delito según el acuerdo de colaboración eficaz.

Ante la incidencia negativa que tiene en el derecho de defensa en la utilización del testigo con criterio de oportunidad e identidad reservada, los Tribunales deben adoptar una serie de medidas compensatorias para salvaguardar, en la medida de lo posible, la referida prerrogativa constitucional. Dentro de dichas medidas sé tiene, que la adopción de la reserva de identidad debe tener un carácter excepcional y someterse a un control jurisdiccional riguroso, descartándose en aquellos casos donde evidentemente es innecesaria porque los acusados ya saben quién es el delator; asimismo, las partes técnicas deberían conocer con suficiente antelación al juicio la identidad del testigo,

bajo el compromiso ético y legal de no revelarlo a los imputados; al momento de la valoración del testimonio, como estándar debería exigirse una mayor corroboración de la versión del testigo, no sólo respecto de la forma de ocurrencia del hecho delictivo sino que también -y principalmente- respecto de la participación delictiva que le atribuye a cada imputado.

Bibliografía

- » Alliaud, Alejandra. y Edmundo S. Hendler. *Lecciones de parte especial: estudios desde la teoría del delito y las garantías procesales penales*. Buenos Aires: Ediciones Didot, 2019.
- » Bacigalupo, Enrique. *Derecho penal. Parte general*. Buenos Aires: Hammurabi, 1999.
- » Bernal Cuellar, Jaime y Eduardo Montealegre Lynett. *El proceso penal. Tomo I: fundamentos constitucionales y teoría general*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013.
- » Binder, Alberto. Daniel Gadea Nieto, Daniel González Álvarez, Héctor Quiñones Vargas, Manuel Bellido Aspas, Manuel Miranda Estrampres, Mario A. Houed V., Olga Elena Resumil y Pablo Llanera Conde. *Derecho Procesal Penal*. Santo Domingo: Escuela Nacional de la Judicatura, 2006.
- » Carreón Perea, Héctor. *Los criterios de oportunidad en el proceso penal mexicano. Teoría y práctica*. Ciudad de México: Tirant lo Blanch, 2021.
- » Crespo, Eduardo Demetrio. *Prevención general e individualización judicial de la pena*. Salamanca: Ediciones de la Universidad de Salamanca, 1999.
- » Cuerda Arnau, María Luisa. *Atenuación y remisión de la pena en los delitos de terrorismo*. Madrid: Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, 1995.
- » Gómez Tomillo, Manuel. *Comentarios al Código Penal*. Valladolid: Lex Nova, 2010.
- » González Álvarez, Daniel. “El principio de oportunidad en el ejercicio de la acción penal”. *Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica*, n. 7 (1993).
- » Maier, Julio B. J. *Derecho Procesal Penal, Tomo I*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 1996.
- » Martínez, Oscar. *Una historia de violencia. Vivir y morir en Centroamérica*. Ciudad de México: Penguin Random House Grupo Editorial, 2016.
- » Montero Hernanz, Tomás. *La justicia penal juvenil en España: legislación y jurisprudencia constitucional*. Alicante: Editorial Club Universitario, 2012.
- » Rodríguez Yagüe, Cristina. “La protección de los Whistleblowers por el ordenamiento español: aspectos sustantivos procesales”. En *Fraude y Corrupción en el Derecho penal económico europeo. Eurodelitos de corrupción y fraude*. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2006.
- » Sánchez Escobar, Carlos Ernesto. *Diagnóstico técnico sobre las cuestiones problemáticas más importante que se derivan de la aplicación del Código Procesal Penal mediante la revisión analítica de los preceptos procesales que integran la normativa procesal penal*. San Salvador: Unidad Técnica Ejecutiva del Sector Justicia, 2015.
- » Santos Alonso, Jesús y Mercedes De Prada Rodríguez. “Los colaboradores de la justicia en Italia”. *Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo*, n. 20 (2011).
- » Uriarte Valiente, Luis y Tomas Farto Piay. *El proceso penal español: jurisprudencia sistematizada*. Madrid: Editorial La Ley, 2007.
- » Vega Dueñas, Lorena Cecilia. *La protección de testigos en delitos de criminalidad organizada*. Barcelona: J. M. Bosch, 2016.
- » Wennmann, Achim y Oliver Jütersonke. *Urban Safety and Peacebuilding: New Perspectives on Sustaining Peace in the City*. Londres: Routledge, 2018.

JURISPRUDENCIA

- » Cámara Primera de lo Penal de la Primera Sección del Centro. *Sentencia Definitiva, Referencia 193-SC-2017-2*. El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2017.
- » Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Norín Catrimán y otros vs. Chile*. Costa Rica: 2014.
- » Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Pollo Rivera y otros vs. Perú*. Costa Rica: 2016).
- » Juzgado Especializado de Sentencia C de San Salvador. Proceso penal, *referencia 25-C-2020-4*. El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2021.
- » Sala de lo Penal. *Sentencia de Casación, Referencia 149C2016*. El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2016.
- » Sala de lo Penal. *Sentencia de Casación, referencia 218-CAS-2012*. El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2014).
- » Sala de lo Penal. *Sentencia de Casación, referencia 297-CAS-2005*. El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2006.
- » Tribunal Constitucional. *Proceso de Amparo, Referencia 147/2004*. España: 2004.
- » Tribunal Constitucional. *Proceso de Amparo, Referencia 17/2004*. España: 2004.
- » Tribunal Constitucional. *Proceso de Amparo, Referencia 30/2005*. España: 2005).
- » Tribunal Primero de Sentencia de San Salvador. Proceso penal, *Referencia 175-1-2022*. El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2024.

Acciones procesales a partir de las innovaciones introducidas en el régimen societario salvadoreño

Procedural actions arising from the innovations introduced in el salvador's corporate regime

Hazel Stephanie Alvarado Aguilar
(Universidad de El Salvador, El Salvador)
 <https://orcid.org/0009-0001-5136-1792>
Correpondencia: hazel.alvarado@ues.edu.sv

ACCIONES PROCESALES A PARTIR DE LAS INNOVACIONES INTRODUCIDAS EN EL RÉGIMEN SOCIETARIO SALVADOREÑO

Hazel Stephanie Alvarado Aguilar

RESUMEN

La introducción de las Sociedades por Acciones Simplificadas (SAS) en el ordenamiento jurídico salvadoreño, responde a la obligación del Estado de promover el desarrollo económico, fomento y protección de la iniciativa privada, dinamización de la economía mediante la formalización del comercio en pequeño y garantizar de esa manera la competencia en el mercado. Las reformas incorporadas, sugirieron, inicialmente, de una modificación al concepto legal que se había adoptado por el Código de Comercio de El Salvador sobre sociedades, y se deja de un lado la consideración de éstas como contrato, convirtiéndose en declaración unilateral de voluntad dentro de la teoría del acto jurídico, pues permite la constitución con la voluntad de un solo socio. Así mismo, las reformas que incorporan las SAS, implementan una simplificación en los trámites de constitución, tanto en el documento constitutivo que ahora se presenta para estas sociedades mediante formularios, así como en otros aspectos relativos al capital social inicial, y la posibilidad para éstas de celebrar Asambleas Generales de manera virtual, adjudicando a él o los socios la máxima libertad contractual y la incorporación de la inoponibilidad jurídica societaria de forma específica, regulando los escenarios de aplicabilidad. Dichas incorporaciones son analizadas mediante este escrito, de forma comparativa con las sociedades anónimas y mediante el derecho comparado.

PALABRAS CLAVES: sociedades por acciones simplificadas (SAS) - derecho societario - asambleas generales virtuales - inoponibilidad de la personalidad jurídica societaria - reforma mercantil - formalización empresarial

PROCEDURAL ACTIONS ARISING FROM THE INNOVATIONS INTRODUCED IN EL SALVADOR'S CORPORATE REGIME

Hazel Stephanie Alvarado Aguilar

ABSTRACT

The introduction of Simplified Stock Corporations (SAS) into the salvadoran legal framework responds to the State's obligation to promote economic development, foster and protect private initiative, revitalize the economy by formalizing small-scale trade, and thereby ensure competition in the market. The incorporated reforms initially suggested a modification to the legal concept of companies adopted by El Salvador's Commercial Code, setting aside their treatment as contracts and instead framing them as a unilateral declaration of will under the theory of the juridical act, since they allow incorporation with the will of a single shareholder. Likewise, the reforms incorporating the SAS introduce simplified incorporation procedures, both in the constitutive document, which is now submitted via forms and in other aspects related to initial share capital, as well as the option for these companies to hold General Assemblies virtually, granting shareholders maximum contractual freedom and specifically incorporating the principle of corporate legal non-opposability while regulating the scenarios in which it applies. These incorporations are analyzed in this paper by comparing them with public limited companies and through comparative law.

KEYWORDS: simplified stock corporations (SAS) - corporate law - virtual general assemblies - non-opposability of corporate legal personality - commercial reform - business formalization

Acciones procesales a partir de las innovaciones introducidas en el régimen societario salvadoreño

Hazel Stephanie Alvarado Aguilar¹
El Salvador

Introducción

A partir de la obligación del Estado de El Salvador, de garantizar y promover el desarrollo económico e incentivar la competencia, se introducen mediante reformas del año 2023, las Sociedades por Acciones Simplificadas (SAS), las cuales tienen por objeto el acceso al establecimiento formal del comercio mediante trámites y requisitos simplificados para la constitución de sociedades.

El presente artículo, contiene un análisis jurídico de la introducción de las SAS en el ordenamiento jurídico salvadoreño, así como las implicaciones prácticas que conlleva una adecuada adaptación de dichos entes societarios en el tráfico mercantil, haciendo un estudio de los rasgos característicos e innovaciones que se introducen, mediante la comparación de las disposiciones legales relativas a las sociedades anónimas. Se analizan comparativamente leyes y jurisprudencia extranjera de las implicaciones positivas de su incorporación, así como algunas críticas. Al final de este artículo, se presentan algunos comentarios de aquellas figuras procesales en donde las SAS retoma mayor énfasis.

1 Docente de la Universidad de El Salvador, adscrita al Departamento de Derecho Privado y Procesal. Abogada litigante en el área de Derecho privado y egresada de la Maestría de Derecho Privado de la Universidad de El Salvador.



I. Desarrollo

1. Reformas al Régimen Societario en El Salvador

A partir de las reformas introducidas mediante Decreto Legislativo 905 de fecha 19 de diciembre del 2023,² se incorpora en el ordenamiento jurídico salvadoreño las Sociedades por Acciones Simplificadas (SAS), incorporación que sugiere hacer un análisis legal y comparativo de dichos entes societarios.

Cuando se escucha el término de sociedades unipersonales, resulta inevitable preguntarse ¿Cómo una sociedad se constituye a partir de un socio? si el Código de Comercio de El Salvador, antes de la entrada en vigencia de las reformas, específicamente en el artículo 17, ha establecido que la sociedad mercantil es un contrato y no un acto jurídico unilateral.³ Aunque en la práctica la incorporación de las SAS no fue la primera injerencia de las sociedades unipersonales, lo que más alarmó fue lo relativo a la conformación del capital social a partir de la exigencia de su constitución con un dólar de los Estados Unidos de América; porque en El Salvador, el régimen societario se enfocaba en una teoría que orienta el capital social como una garantía para los acreedores.⁴ Si bien es cierto que el Código de Comercio regulaba un mínimo para algunas sociedades,⁵ para otras, como las sociedades en Nombre

2 Reformas al Código de Comercio (El Salvador: Asamblea Legislativa, 2013). Decreto Legislativo No 905, de fecha 19 de diciembre del 2023.

3 Código de Comercio (El Salvador: Asamblea Legislativa, 1970). El artículo 17 inciso segundo: *“Sociedades el ente jurídico resultante de un contrato solemne, celebrado entre dos o más personas, que estipulan poner en común, bienes o industria, con la finalidad de repartir entre sí los beneficios que provengan de los negocios a que van a dedicarse”*.

4 *“Constituye una cifra de retención del patrimonio neto, en garantía de los acreedores, una <cifra de garantía>, en sentido impropio: porque, como hemos dicho, para su desembolso pueden hacerse aportaciones sociales de bienes no susceptibles de ejecución y porque la reducción del capital social no acarrea el vencimiento o pérdida de plazo de las obligaciones pendientes de la sociedad. No obstante, la Ley procura que la cifra de capital social se halle cubierta en todo momento por suficiente patrimonio activo neto (activo real menos deudas pasivo exigible)”*. Francisco Vicente Chuliá, *Introducción al derecho Mercantil* (Valencia, España: Tirant Lo Blanch, 2005), 324.

5 Para el caso de El Salvador, se exige monto mínimo para las sociedades de Responsabilidad Limitada (artículo 103 Código de Comercio de El Salvador), sociedades anónimas (artículo 192 Código de Comercio de El Salvador) y sociedades en comandita por acciones (artículo

Colectivo y las Sociedades en Comandita Simple, no existía un monto mínimo para su constitución; sin embargo, no se contemplaba que el mismo fuese significativamente bajo, en virtud de la estrecha relación que tiene con la finalidad social.⁶

Con las reformas e incorporación de las SAS, se contempla la constitución de sociedades cuyo capital social, como mínimo, sea un dólar de los Estados Unidos de América,⁷ permitiendo con esta reforma, en atención al deber del Estado de promover el desarrollo económico,⁸ fomento y protección de la iniciativa privada,⁹ dinamizar la economía, formalizar el comercio en pequeño y brindar la oportunidad a aquellos empresarios que, inicialmente no cuentan con los recursos económicos para desarrollar una actividad, la posibilidad de ser incorporados en el mercado, concretizando de esta manera el deber del Estado a garantizar la competencia.

192 y 298 Código de Comercio de El Salvador).

- 6 Función productiva del capital social: *“Los socios tienen la obligación de mantener el patrimonio como fondo de explotación lo que permitirá a la sociedad desarrollar las actividades a la que le obliga su objeto social. Los fondos que componen el capital social se utilizan para la puesta en funcionamiento de la empresa de la cual sea titular la sociedad.”* Unnion: Cuáles son las funciones del capital social en la empresa”, Universidad de Alicante, acceso el 21 de marzo del 2025, <https://www.unnion.com/cuales-las-funciones-del-capital-social-la-empresa-nuria-fernandez-master-direccion-gestion-empresas-universidad-alicante-mde/>
- 7 Código de Comercio de El Salvador. Artículo 305-D.- *El capital de las sociedades por acciones simplificadas estará integrado por los aportes de todos los accionistas, y se dividirá en acciones, que pueden ser representadas mediante títulos físicos o electrónicos. Las acciones son partes alícuotas e indivisibles que representan el capital social. El capital social para la constitución de las sociedades por acciones simplificadas será fijado de manera precisa por los accionistas debiendo establecerse libremente a partir del monto mínimo de un dólar de los Estados Unidos de América, el cual deberá suscribirse íntegramente al momento de constituirse.*
- 8 Constitución de la República de El Salvador (El Salvador: Asamblea constituyente, 1983). Art. 101.- *El orden económico debe responder esencialmente a principios de justicia social, que tiendan a asegurar a todos los habitantes del país una existencia digna del ser humano. El Estado promoverá el desarrollo económico y social mediante el incremento de la producción, la productividad y la racional utilización de los recursos. Con igual finalidad, fomentará los diversos sectores de la producción y defenderá el interés de los consumidores.*
- 9 Constitución de la República de El Salvador Art. 102.- *Se garantiza la libertad económica, en lo que no se oponga al interés social. El Estado fomentará y protegerá la iniciativa privada dentro de las condiciones necesarias para acrecentar la riqueza nacional y para asegurar los beneficios de ésta al mayor número de habitantes del país.*

Además de la obligación del Estado de promover el desarrollo económico, fomentar la competencia y garantizar el acceso al mercado y al financiamiento —como ocurre en legislaciones extranjeras, por ejemplo, la argentina, que regula específicamente la simplificación de trámites financieros—, surgió otro aspecto de carácter histórico y con incidencia en el ámbito jurídico, que hacía necesaria la modificación de la legislación nacional: la pandemia. El COVID-19 convirtió al distanciamiento físico como una de las medidas generales para su contención;¹⁰ dicha medida, tuvo implicaciones significativas en el ámbito jurídico: incumplimientos de contratos, variaciones en las condiciones de contratación, implicaciones tributarias y la imposibilidad de los entes societarios de poder sesionar en Asambleas Generales, las cuales, según la normativa mercantil vigente hasta esa fecha, obligaba a que debían reunirse de manera presencial, ya que el Código de Comercio solo contemplaba la realización de las juntas generales de manera virtual.¹¹

Para solventar este problema, el 15 de junio del año 2022, se decretan disposiciones transitorias para habilitar el que sean celebradas por videoconferencia u otros medios tecnológicos, juntas y Asambleas Generales de las personas jurídicas¹² y, entre ellos, que las sociedades mercantiles pudiesen celebrarse por videoconferencia u otros medios tecnológicos. Dichas disposiciones tenían como finalidad que la actividad de las sociedades no se

10 Según las orientaciones de la Organización Mundial de la Salud (OMS) y la Ley Especial Transitoria para Contener la Pandemia por la Enfermedad COVID-19 (El Salvador: Asamblea Legislativa, 2020). Decreto Legislativo N. 757, de fecha 29 de octubre de 2020.

11 Código de Comercio Artículo Art. 258.- *La junta directiva celebrará sesión válida con la asistencia de la mayoría de sus miembros y tomará sus resoluciones por mayoría de votos de los presentes. no obstante, lo anterior, las sesiones de junta directiva podrán celebrarse a través de video conferencias, cuando alguno o algunos de sus miembros o la mayoría de ellos se encontraren en lugares distintos, dentro o fuera del territorio de la república. Para los efectos del inciso anterior, será responsabilidad del director secretario grabar por cualquier medio que la tecnología permita, la video conferencia y hacer una transcripción literal de los acuerdos tomados, que asentará en el libro de actas correspondiente, debiendo firmar el acta respectiva y remitir una copia de la misma, por cualquier sistema de transmisión, a todos los miembros de la junta directiva, quienes además podrán requerir una copia de la grabación respectiva. en la escritura social se puede disponer que a cada uno de los directores o a varios de ellos correspondan determinadas atribuciones, siempre que se fije el límite de sus facultades.* (20)

12 Reforma a las disposiciones transitorias para habilitar el que sean celebradas por videoconferencia u otros medios tecnológicos, juntas y asambleas generales de las personas jurídica (El Salvador: Asamblea Legislativa, 2021). Decreto N°61, de fecha 15 de junio del 2021.

paralizara, pudiendo cerrar ejercicios sociales y continuar con sus labores, pero como se señalaba, fueron disposiciones transitorias, que tendrían un periodo de vigencia hasta el 31 de diciembre del año 2022.

Posteriormente, a partir de las reformas emitidas mediante el decreto 905 de la Asamblea Legislativa, se incorporaron las Sociedades por Acciones Simplificadas en el Código de Comercio, que contemplan ciertas particularidades en relación a los tipos societarios existentes y que retoma disposiciones de la normativa modelo de Chile, México y Argentina.¹³

2. Incorporación de las Sociedades por Acciones Simplificadas

Como se estableció en el apartado anterior, la incorporación de las SAS, no implicó la creación de una nueva ley, sino que se introdujo a partir de reformas al Código de Comercio de El Salvador. Dentro de estas reformas, se contempla que estas sociedades tendrán *personalidad jurídica societaria diferenciada*, lo que implica que, a partir del otorgamiento de la personalidad jurídica al ente societario, ésta se separa a la de su socio o socios;¹⁴ es así que, se parte de que las sociedades son una persona jurídica y, como tal, son un ente jurídico abstracto distinto a sus miembros, distinto a sus socios, y como persona jurídica diferenciada, también titular de atributos propios.¹⁵ Esta idea resulta

13 Ley 20.190. Modifica disposiciones del Código de Comercio y la Ley sobre Mercado de Valores para fomentar la inversión en capital de riesgo y la creación de Sociedades por Acciones (Chile: Diario Oficial de la República); Decreto por el que se reforman y añaden diversas disposiciones de la Ley General de Sociedades Mercantiles en materia de Sociedad por Acciones Simplificadas. (México: Diario Oficial de la Federación, 2016).

14 Regulado así mismo en Colombia en la Ley 1258 de 2008. Por la cual se crea la Sociedad por Acciones Simplificada (SAS). Diario Oficial N° 47.150, artículo 2.

15 "La personalidad jurídica consiste en una cierta situación que el derecho positivo atribuye a instituciones jurídicas formadas por dos o más personas (caso de las sociedades, de los sindicatos, de los ejidos), o a bienes de ellas que se destinen a ciertos fines, reconocidos también legalmente (el caso de las fundaciones), o en fin, a entidades de carácter colectivo, ya sea de derecho internacional (como los Estados extranjeros), o de derecho constitucional (como las Naciones, el Estado, los Municipios), o corporaciones y organismos de Estado; a efecto de perseguir finalidades de índole diversa (económica, política, social, cultural, etc.) que sean de difícil inconveniente o imposible realización por el individuo aislado." "Escuela Libre de Derecho: Efectos Jurídicos De La Consideración Como Persona Jurídica De La Asociación En Participación Para Efectos Fiscales" Escuela Libre de Derecho,

relevante en ámbitos como la aplicación de la teoría de la inoponibilidad de la personalidad jurídica societaria,¹⁶ que también se contempla en dichas reformas.

Un segundo rasgo de las SAS, es que se le confiere al socio o a los socios *responsabilidad limitada* frente a las obligaciones sociales, bajo el enfoque de ser considerada sociedad de capital. Dicha característica, convierte más atractivo este tipo societario, ya que, en la práctica, la mayoría de las sociedades que se constituyen, son aquellas que brindan esa separación de la responsabilidad del ente societario y la del socio o socios que la integran. Se introdujo, además, con la reforma, un proceso de constitución de las Sociedades por Acciones Simplificadas, como su nombre lo indica, *simplificado*, reduciendo ciertos requisitos y solemnidades, como el de constituirse en escritura pública, ya que, a partir de la reforma, se constituyen mediante formularios que son proporcionados por el Registro de Comercio de El Salvador.¹⁷

Otro rasgo característico, es la posibilidad de constituirse con un solo socio, lo que modificó la definición que el Código de Comercio que se establecía sobre sociedades mercantiles en el artículo 17. Con esta reforma, las SAS dejan de ser un contrato para convertirse en una declaración unilateral de voluntad de un único socio, quien, mediante la aportación de un dólar de los Estados

acceso 21 de marzo del 2025, <https://www.eld.edu.mx/Revista-de-Investigaciones-Juridicas/RIJ-29/Capitulos/5-Efectos-juridicos-de-la-consideracion-como-persona-jur%C3%ADdica-de-la-asociacion-en-participacion-para-efectos-fiscales.pdf>

- 16 “La inoponibilidad de la personalidad jurídica societaria permite atribuir relaciones jurídicas, obligaciones y derechos a otros sujetos que a los que formalmente son titulares activos o pasivos de los mismos. Tiene por propósito apartar, total o parcialmente, los efectos que se producen por el hecho de ser las sociedades sujetos de derecho.” “RIU Austral: Repositorio Institucional Universidad de Austral”, RIU, acceso 21 de marzo del 2025, <https://riu.austral.edu.ar/bitstream/handle/123456789/1262/La%20inoponibilidad%20de%20la%20personalidad%20jur%C3%ADdica.pdf?sequence=1&isAllowed=y#:~:text=La%20inoponibilidad%20de%20la%20personalidad%20jur%C3%ADdica%20societaria%20permite%20atribuir%20relaciones,o%20pasivos%20de%20los%20mismos>
- 17 Código de Comercio de El Salvador, art. 305-A.- L inciso 3: “La sociedad por acciones simplificada se constituirá, modificará, transformará, disolverá, liquidará y realizará todos sus actos sociales mediante formularios que el Registro de Comercio pondrá a disposición y los cuales serán asentados en dicho Registro. En ningún caso se exigirá el requisito de escritura pública o cualquier otra formalidad adicional para la constitución de esta sociedad, debiendo presentar, sin menoscabo de lo establecido en otras leyes, únicamente el formulario respectivo para su constitución. Asimismo, el Registro de Comercio podrá proporcionar modelos proforma de instrumentos constitutivos para facilitar la inscripción”.

Unidos de América - monto que, incluso, la ley permite pagar con posterioridad a la constitución de la sociedad-, puede crear una SAS.

Este valor representa el capital social mínimo exigido, otro aspecto característico que ha generado gran interés en el marco de las reformas. De hecho, en las discusiones sobre las SAS, surge frecuentemente la pregunta: ¿cómo puede operar una sociedad mercantil con un capital social de apenas un dólar? Precisamente, a partir de esta inquietud han surgido conceptos como la infra capitalización societaria, aunque no estén definidos explícitamente en las reformas. Sobre este tema, se presentarán algunos comentarios.

Respecto al requisito societario que exigía establecer cuál iba a ser la finalidad social de las sociedades mercantiles, en los formularios se exige que se consigne el objeto social; sin embargo, permite que sea cualquier giro, aunque no se delimite el mismo, siempre y cuando sea lícito, por lo que no hay una determinación específica de la finalidad social.

Las reformas también posibilitan que el único socio pueda ser director y administrador de la sociedad, pues tiene una *organización interna bastante flexible*. También regula que la mayoría de las decisiones societarias se tomen por *mayoría de votos, y no se requieren auditores externos*. Otra característica fundamental, es la autonomía de voluntad otorgada a los socios, junto con una amplia libertad contractual.

Las reformas sugieren que la sociedad debe regirse principalmente por lo establecido en sus estatutos y, en ausencia de regulación específica, por la norma jurídica correspondiente. Esto implica que la autonomía de los socios está limitada, de manera lógica, por el marco legal. No obstante, al momento de constituir la sociedad, los socios tienen la facultad de definir estatutariamente aspectos claves, como el régimen de administración, el reparto de utilidades, las causales de disolución y la exclusión de socios. Esta flexibilidad permite a quienes conforman una SAS determinar libremente las reglas de funcionamiento del ente societario, otorgando una libertad más amplia en comparación con otros tipos societarios regulados antes de la reforma.

Y, por último, las reformas incluyen la posibilidad de las SAS para celebrar Asambleas Generales telemáticas o por medios virtuales, siendo este último tema uno de los que influyen en aspectos procesales, objeto del presente estudio.

3. Asambleas Generales telemáticas o por medios virtuales

Como se apuntó anteriormente, antes de la introducción de las SAS existía en El Salvador una regulación a través del Código de Comercio, que permitía al órgano de administración¹⁸ de las sociedades poder reunirse de manera virtual; sin embargo, para las Asambleas Generales, que es el órgano supremo y decisorio,¹⁹ se exigía que debían sesionar de forma presencial; no estaba regulado de ninguna otra manera. En la pandemia, al existir restricciones de movilidad y de reunión, las disposiciones transitorias antes citadas por la urgencia, permitieron que las personas jurídicas, entre ellas, las sociedades, pudiesen reunirse de manera virtual, pero de manera transitoria hasta el año 2022. Estas disposiciones ya no son aplicables, por no encontrarse vigentes.

18 *“El órgano administrativo está investido de facultades de gestión (internas) y de representación (externas) de la sociedad. Lo que caracteriza al Consejo de Administración es que se trata de un órgano colegiado en cuyo seno se adoptan los acuerdos por mayoría. Como tal órgano colegiado debe funcionar conforme a unas normas determinadas, normas que ha de fijar el propio Consejo, si no figuran ya en los Estatutos de la sociedad”.* Joaquín Garriegues, Curso de Derecho Mercantil (México, Editorial Porrúa, S.A., 1977), 474,476,477.

19 *“Las Asambleas Generales es el órgano supremo de la sociedad, constituida por todos los socios legalmente convocados. La asamblea general es un órgano de expresión de la voluntad colectiva, que supone reunir a los socios para que expresen la voluntad social en cuestiones de su competencia, de ahí que se requiera legalmente que se convoque a todos los socios para que estos puedan concurrir a dicha reunión, reunión que valga de paso señalar, es la única forma de expresión de la voluntad colectiva, pues, no puede expresarse de forma distinta –como por escrito– ni por la voluntad unánime de los socios ya que la ley ha previsto imperativamente que la asamblea general debe reunirse por lo menos una vez al año (cuando es ordinaria).”* Cámara Primera De Lo Civil de La Primera Sección del Centro, San Salvador, *Sentencia de apelación, referencia 83-18CM1-2012* (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2012).

En las SAS, la ley permite que su órgano supremo, las Asambleas Generales, puedan sesionar de manera virtual; sin embargo, a diferencia de otros ordenamientos jurídicos como el de España, no se requiere una previsión estatutaria para su celebración de manera virtual,²⁰ ya que, por ley pueden sesionar de esa manera y resolver inconvenientes surgidos en el periodo de pandemia. Pero si bien es cierto que dicha modalidad resuelve un problema, puede llegar a generar otros, máximo en casos como El Salvador, donde solamente se plantea dicha posibilidad, sin mayor amplitud de regulación.

Desde el tema de la asistencia, conformación del *quorum* o modalidad de celebración, las reformas no contemplan aspectos de forma para su celebración; pero en la doctrina, cuando se habla de Asambleas Generales virtuales o telemáticas, recalca la exigencia de una sesión de comunicación remota. Lo que importa es la efectiva participación de los socios, ya que existe la posibilidad de que estén personas presentes físicamente y otras virtualmente. Entonces, para abordar el tema de las Asambleas Generales telemáticas, se debe partir de las regulaciones generales que ya establecía el Código de Comercio antes de las reformas y que eran aplicables a la sociedad anónima, pues resultan adaptables supletoriamente a las SAS, y luego analizar aquellos aspectos que varían y no están resueltos por el legislador.

Para la celebración de las Asambleas Generales, uno de los requisitos esenciales es la convocatoria. Las reformas de las SAS remite a las disposiciones de la sociedad anónima, siendo el primer problema la regulación de la convocatoria, que es mediante publicaciones y de forma escrita. Incluso al tratarse

20 Ley 5/2021, de 12 de abril, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, y otras normas financieras, en lo que respecta al fomento de la implicación a largo plazo de los accionistas en las sociedades cotizadas. Artículo 182. Asistencia telemática. Si los estatutos prevén la posibilidad de asistencia a la junta por medios telemáticos, que garanticen debidamente la identidad del sujeto, en la convocatoria se describirán los plazos, formas y modos de ejercicio de los derechos de los socios previstos por los administradores para permitir el adecuado desarrollo de la junta. En particular, los administradores podrán determinar que las intervenciones y propuestas de acuerdos que, conforme a esta Ley, tengan intención de formular quienes vayan a asistir por medios telemáticos, se remitan a la sociedad con anterioridad al momento de la constitución de la junta. Las respuestas a los socios o sus representantes que, asistiendo telemáticamente, ejerciten su derecho de información durante la junta se producirán durante la propia reunión o por escrito durante los siete días siguientes a la finalización de la junta.

de socios con acciones nominativas,²¹ la ley exige una convocatoria personal. Por lo que, a pesar de que la ley permite sesionar de forma virtual, no reguló, la convocatoria virtual. En otras legislaciones, como la española,²² se permite convocar mediante página web oficial de la sociedad.²³ Dicha convocatoria, por la misma característica de este tipo de sociedades, debería preverse en los estatutos, (libertad contractual) pudiendo ser válida la convocatoria por sitios web, aplicaciones de WhatsApp o mediante un correo electrónico.

Pero también el tema de la convocatoria de forma virtual puede llegar a generar problemas prácticos, porque una persona puede recibir la convocatoria de la Asamblea General a través de la aplicación de WhatsApp o mediante un correo electrónico, el cual, en el primer caso, el receptor puede decidir abrir el mensaje o no, y el receptor del segundo escenario, abrir y leer el correo o simplemente no abrirlo, incluso, eliminarlo sin leer. De ello se genera la interrogante, ¿Cuándo se entiende convocado el socio receptor? ¿Cuándo recibe el mensaje o cuando abre y lee ese mensaje? Se debe recordar que aplicaciones como WhatsApp, posibilitan que el remitente no conozca el acto realizado por el receptor al recibir el mensaje, aun cuando éste lo haya leído.

A partir de lo anterior, en España, surgieron varios conflictos acerca del tema de la convocatoria; por ello, se emitió una resolución de la Dirección General de Asuntos del Registro y del Notariado de fecha 19 de julio del 2019, en el que se establece que el socio se consideraba convocado desde que se enviaba el correo o mensaje de texto ¿Por qué razón? Porque el abrir el correo, el leer el

21 "Las acciones nominativas son aquellas que pertenecen a la persona designada en los libros de la sociedad, en los cuales debe llevarse nota, tanto del primer suscriptor de cada una, como de los sucesivos cesionarios." Cesar Vivante, "Derecho Mercantil", *Tribunal Superior De Justicia Del Distrito Federal Dirección General de Anales de Jurisprudencia y Boletín Judicial* (noviembre 2002): 126.

22 Ley de Sociedades de Capital (España: Real Decreto Legislativo 1/2010).

23 Con las Modificación del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, de España se modifica el artículo 173, y establece que se realice mediante página web oficial de la sociedad. Adicionado, que si no se tuviese página web la convocatoria deberá realizarse mediante el Boletín Oficial del Registro Mercantil y diario de Mayor circulación en la provincia en que esté situado el domicilio social.

mensaje, es un acto voluntario del receptor, y no se puede supeditar la validez del acto (convocatoria) a ese aspecto voluntario.²⁴

Lo que también se mantiene y es aplicable a las SAS, es que la convocatoria tiene que ser con anticipación, y poner a disposición de los socios los libros y registros contables a fin de ejercitar el derecho de información.²⁵ Antes de la reforma del Código de Comercio, se establecía que, a partir de la publicación de la convocatoria, los libros y documentos relacionados con los fines de la junta estarían en las oficinas de la sociedad, a disposición de los accionistas. Es así, que daba la posibilidad de que el socio, si quería, ejercía su

24 Resolución de la Dirección general de asuntos del registro y del notariado 19 de julio del 2019: De la interpretación teleológica y sistemática del artículo 173 de la Ley de Sociedades de Capital (cfr. artículo 11 quater de la misma ley), atendiendo además a la realidad social sobre la utilización de las comunicaciones por vía telemática (artículos 3.1 del Código Civil y 231-59 del Anteproyecto de Ley del Código Mercantil, objeto de informe en el Consejo de Ministros de 30 de mayo de 2014) y al principio de autonomía de la voluntad que respecto de tal extremo se reconoce por la ley (cfr. artículo 28), resulta la admisibilidad de la cláusula estatutaria debatida. Indudablemente, el sistema previsto permite asegurar razonablemente la recepción del anuncio por el socio. Respecto de la prueba de esa recepción, que en el estado actual de los envíos telemáticos puede fácilmente obtenerse (por ejemplo, mediante los sistemas de la denominada «confirmación de entrega», etc.), la concreta disposición estatutaria objeto de la calificación impugnada incluye la confirmación de lectura. Y esta conclusión no puede quedar empañada por el hecho de que se disponga adicionalmente «que la negativa de confirmación a la petición de lectura del envío del correo de convocatoria producirá los efectos de la misma siempre que no hubiera sido devuelto por el sistema», pues interpretada esta disposición en el sentido más adecuado para que produzca efecto (artículo 1284 del Código Civil) únicamente puede entenderse como una vía para que, acreditada en la forma pactada la emisión y recepción de la comunicación telemática, prevalezca tal procedimiento sobre la actitud obstruccionista del socio que se niegue a dicha confirmación de lectura, de suerte que en tal caso incumbirá a dicho socio la prueba de la eventual falta de convocatoria.

25 *“El derecho de información debe considerarse como un derecho subjetivo individual, limitado, irrenunciable e inherente a la calidad de socio o accionista, que permite obtener el conocimiento real de los negocios sociales de la sociedad sobre la cual es propietario y que es exigible contra administradores y consocios, inclusive en contra de la propia sociedad. El derecho de información del accionista comprende, además de la facultad de pedir a los administradores informes y aclaraciones sobre los asuntos contenidos en el orden del día materia de la convocatoria a asamblea de accionistas, la de requerir a los administradores cualquier conjunto de datos que le proporcione conocimiento real y oportuno de la situación de la sociedad anónima o de cualquier otro hecho que tenga incidencia en el valor patrimonial de sus acciones o en el ejercicio de los derechos incorporados a la acción.”* Luis Alfonso Cervantes Muñiz y Óscar Esquivel Pineda, “Derecho A La Información De Un Accionista Frente A La Sociedad Anónima”, en *Revista De Investigaciones Jurídicas México* N. 45 (2021), 400-401. <https://www.eld.edu.mx/Revista-de-Investigaciones-Juridicas/RIJ-45/Capitulos/16.-derecho-a-la-informacion-de-un-accionista-frente-a-la-sociedad-anonima.pdf>

derecho de información o no; por ello, en el momento de la sesión no era motivo de suspensión de manera virtual.²⁶

Pero el ejercicio del derecho de información por parte de uno de los socios de las SAS puede generar complicaciones. En las SAS se establece que los socios pueden pedir información en cualquier momento,²⁷ lo que posibilita que el socio, dentro del desarrollo de la Asamblea General, exija la presentación de los registros contables u otra información para tomar la decisión y emisión de su voto, lo que de manera virtual frustraría la realización de la misma, porque de no permitírsele el acceso, se podría alegar una violación a su derecho de información, entonces, resulta un poco contraproducente el hecho que se haya regulado de forma ilimitada el acceso a la información.

El Código de Comercio salvadoreño no contempla dicha situación, como lo hace en España, que para el ejercicio del derecho de información dispone que, si ejerce el derecho de información durante la celebración de la asamblea telemática, no hay obligación de respuesta por parte de los administradores, sino posteriormente a la celebración de la misma.²⁸ La idea es que el socio pueda disponer de ellos, pueda consultar los informes o registros contables en el ejercicio de su derecho de información previo al desarrollo de la asamblea y, al momento que llega a la misma, pueda tomar las decisiones correspondientes.

26 Código de Comercio de El Salvador, artículo 236 inciso primero: *“A partir de la publicación de la convocatoria, los libros y documentos relacionados con los fines de la junta estarán en las oficinas de la sociedad, a disposición de los accionistas, para que puedan enterarse de ellos”*.

27 Código de Comercio de El Salvador, artículo 305-M.- *“Salvo disposición contraria en el documento constitutivo de la sociedad, cuando la sociedad tenga en su administración una junta directiva y estuviere compuesta por tres o más directores, los accionistas que representen un diez por ciento del capital social tendrán derecho a designar a un tercio de los directores. La minoría relacionada en el inciso anterior, también tendrá derecho a convocar en cualquier momento al órgano de administración o representante legal. Cualquier accionista podrá solicitar, en cualquier momento, los informes que estimen pertinentes sobre la administración o situación actual de la sociedad”*.

28 Ley de Sociedades de Capital, España, artículo 182 inciso primero parte final: *“Las respuestas a los socios o sus representantes que, asistiendo telemáticamente, ejerciten su derecho de información durante la junta se producirán durante la propia reunión o por escrito durante los siete días siguientes a la finalización de la junta”*.

Un aspecto importante a contemplar de las Asambleas Generales mediante medios tecnológicos, y que no lo observan las reformas, es que en la convocatoria se deben incorporar todos los mecanismos, herramientas tecnológicas y la forma en la que se van a conformar listas de asistencia, a efectos de integrar el *quorum* tanto de instalación como de votación. Lo anterior también está relacionado con la verificación de la identidad de forma virtual, pues las disposiciones transitorias para la celebración de las audiencias virtuales establecían en el artículo 2 literal d) que los medios tecnológicos a utilizar demuestren, garanticen y acrediten fehacientemente la identidad personal de cada participante, lo que evidentemente, por naturaleza de las asambleas, resulta aplicable.

Otro requisito que se exige en este tipo de asambleas, es la participación de los socios, es decir, que sea una asamblea de interacción remota. La idea es que en la sesión exista debate y se permita el ejercicio del voto de manera eficiente. Se debe buscar que la asamblea pueda instalarse y desarrollarse de forma válida. Otro tema particular de las asambleas telemáticas, que en este caso no resulta modificado, es que se estableció que, independientemente sea presencial o virtual la sesión de la asamblea, debe de levantarse el acta que conforma el libro de actas de Asambleas Generales, que sí es obligatorio para las SAS.

Sobre el derecho de representación en las Asambleas Generales virtuales, este tema no está incluido en las reformas de la SAS, pero en disposiciones transitorias, se había establecido que deberá enviarse con anticipación el poder o la carta que faculta a la tercera persona para asistir, en nombre de otra, a la asamblea, lo que resulta viable a fin de no frustrar la celebración. Pero la idea es que esa acreditación se haga con anticipación a la asamblea, porque si una vez instalada, se presenta una persona por medio de un poder, sin previo aviso, puede generar un aplazamiento o complicaciones en el normal desenvolvimiento de la asamblea.

3.1 Nulidad de Asambleas Generales celebradas de manera virtual

En virtud de las particularidades que presenta la celebración de Asambleas Generales de manera virtual, dentro de los aspectos procesales importantes, lo constituye la impugnación de los acuerdos societarios. El Código de Comercio contempla de manera general las causales de nulidad de los acuerdos sociales y la acción de oposición. Pero debe advertirse que, para las Asambleas Generales virtuales, dada su naturaleza, deberán preverse vicios de forma, que amplíe las causales de impugnación, respecto, por ejemplo: al medio electrónico utilizado, defectos de notificación, el ejercicio del derecho de la participación, al voto, la convocatoria y el aseguramiento de la identidad de los participantes y problemas técnicos en la celebración de la audiencia virtual.

Respecto a la nulidad, regulada de forma general, debe entenderse como sanción jurídica, que pretende que ese acto no surta los efectos previstos. En cambio, en el caso de la impugnación, es como una forma de oponerse a que ese acto se ejecute. Estas dos figuras son distintas, algunos hablan de la nulidad relativa, porque puede subsanarse o porque, simplemente, las partes lo puedan ratificar. Posiblemente, son dos rasgos que resulten aplicados en el tema de la oposición, que es regulada en el ordenamiento jurídico salvadoreño.

En el Derecho comparado, un ejemplo relevante es la Ley General de Sociedades de Perú, la cual, al igual que en El Salvador, reconoce la existencia de actos nulos y anulables. Los primeros, buscan invalidar los acuerdos de la junta que contravienen normas imperativas o que incurrir en causales de nulidad establecidas en dicha ley o en el Código Civil. Por otro lado, los actos anulables comprenden aquellos acuerdos de la junta general cuyo contenido resulta contrario a la ley, se opone al estatuto o al pacto social, o perjudica los intereses de la sociedad en beneficio directo o indirecto de uno o varios accionistas.²⁹

²⁹ La Ley General de Sociedades de Perú (Ley N° 26887). artículo 139 y 150.

3.2 Causales de nulidad de los acuerdos societarios

El Código de Comercio regula cuatro causales de nulidad que generan la nulidad absoluta de los acuerdos societarios. Establece, en el primer caso, que un acuerdo va a ser nulo cuando se tome con falta de capacidad, es decir, la sociedad no tenga la capacidad legal para adoptar ese acuerdo, porque no está comprendido dentro de su giro social. Para poder comprender esta causal, se vuelve necesario explicar que el giro societario delimita el actuar de la sociedad, y de ahí su importancia. Sin embargo, puede colegirse que, dentro de las reformas introducidas, para el caso de las SAS, el tema de la finalidad es bastante flexible, puesto que en el artículo 305 B literal romano VI, dentro de los requisitos del formulario de constitución de la mismas se establece: *“Finalidad social. En caso no se establezca una finalidad específica se entenderá que pueden realizar cualquier actividad lícita”*, lo que implica una dificultad al momento de delimitar la capacidad de las misma.

La segunda causa de nulidad, se refiere al caso de que el acuerdo societario infrinja lo dispuesto en el Código de Comercio. Por ejemplo, el Código de Comercio establece en el artículo 30 inciso 2º: *“El aumento del activo por revalorización del patrimonio es lícito, y su importe puede pasar a la cuenta de capital de la sociedad o a una reserva especial, la que no podrá repartirse entre los socios sino cuando se enajenen los bienes revalorizados y se perciba en efectivo el importe de la plusvalía”*.³⁰ Y resulta que, a pesar de dicha prohibición, los socios acuerdan distribuir el aumento resultante de la revalorización del activo.

30 Código de Comercio de El Salvador artículo 30: *“Toda sociedad podrá aumentar o disminuir su capital. El aumento o reducción del capital requiere el consentimiento de los socios, dado en la forma correspondiente a la clase de sociedad de que se trate. El aumento del activo por revalorización del patrimonio es lícito, y su importe puede pasar a la cuenta de capital de la sociedad o a una reserva especial, la que no podrá repartirse entre los socios sino cuando se enajenen los bienes revalorizados y se perciba en efectivo el importe de la plusvalía. El acuerdo de aumento del capital social se publicará por una vez en un diario de circulación nacional y en el diario oficial. el acuerdo de disminución del capital social se publicará de conformidad a lo establecido en el art. 486 de este código. ambos acuerdos serán comunicados a la oficina que ejerce la vigilancia del estado. (20) En el caso del inciso anterior, los acreedores y cualquier tercero interesado, así como el Ministerio Público, podrán oponerse a la reducción del capital, en un plazo de treinta días a contar de la tercera publicación; toda oposición se tramitará en forma sumaria, pero la de cualquier acreedor concluirá de pleno derecho por el pago del crédito respectivo. Transcurrido el plazo de que trata el inciso precedente sin que medie oposición, o*

Otro ejemplo, dentro de la regulación, es que se establece que ningún socio puede ver limitado su derecho a percibir utilidades. Se trata de una cláusula abusiva que carece de validez en cualquier escritura o formulario y que, por tanto, no puede ser modificada. Sin embargo, si la asamblea adopta un acuerdo que restrinja la distribución de utilidades, dicho acuerdo también sería contrario a la ley.

Y el tercer motivo de nulidad de los acuerdos sociales preceptúa que, un acuerdo es nulo, cuando su objeto sea ilícito, imposible y contrario a las buenas costumbres. Al respecto, debe entenderse objeto ilícito, todo aquello opuesto al Derecho público salvadoreño; por ejemplo, el acuerdo que indique reducir la reserva legal a un porcentaje inferior al que determina el Código de Comercio.

La última causal de nulidad, constituye aquellos acuerdos que por su contenido violen disposiciones dictadas exclusiva o principalmente para la protección de los acreedores de la sociedad, o en atención al interés público. En el Código de Comercio se verifican una serie de disposiciones legales relativas a la protección de los acreedores, como por ejemplo el artículo 182, *“No podrá llevarse a efecto la disminución del capital hasta que se liquiden y paguen todas las deudas y obligaciones pendientes a la fecha del acuerdo, a no ser que la sociedad obtuviere el consentimiento previo y por escrito de sus acreedores”*. Pactar en contra, sería causal de nulidad.

El Código de Comercio salvadoreño no establece las generalidades de la nulidad, por lo cual, se acude a la norma común y se aplican esos efectos. Incluso, en el Código de Comercio hay una remisión que establece que los efectos de las nulidades se van a aplicar de acuerdo con el Código Civil. Lo único que hace el Código de Comercio es brindar las causales; entonces, corresponde adecuar esa causal a un vicio regulado por el Código Civil. Por ejemplo, en el primer caso, cuando la sociedad carece de capacidad legal, ¿Cuál sería el vicio? la ley habla de la infracción de la ley, a eso se le conoce como objeto ilícito. Entonces,

extinguidas las que se hubieren formulado, o bien desechadas judicialmente por sentencia ejecutoriada, podrá la sociedad formalizar la reducción de su capital”.

la causal de nulidad es objeto ilícito, lo cual se debe fundamentar en la teoría clásica de la nulidad en el tema de las causales.

Ahora bien, aparte de estas causales, que resultan generales, surgen otras de nulidad que resultan de la naturaleza de las asambleas generales virtuales; la doctrina y la jurisprudencia las denomina causales de *nulidad por vicios de forma*. Estas causales no están incorporadas en las reformas de las SAS, ni en el Código de Comercio, son causas que se han venido construyendo a partir de la experiencia en otras legislaciones. Se han establecido, por ejemplo, que se requiere haya una previsión estatutaria para la celebración de las asambleas generales virtuales, causal que, para el ordenamiento jurídico salvadoreño, no resulta aplicable, porque es la ley que lo permite. Pero si en otro país no está esa previsión, toda la asamblea es nula; no los acuerdos, sino que toda la asamblea que se celebre sería nula por esa falta de previsión.

Otra causal particular a las asambleas generales virtuales, es la obligación de las personas facultadas a convocar, de transmitir la información al socio sobre cómo va a participar dentro de la asamblea. Por ejemplo, la aplicación, el enlace, el medio tecnológico, uso de cámara, forma de llenar lista, conformación del *quorum*, el sistema de votación; en general, cómo se le garantiza al socio el ejercicio efectivo de sus derechos que, como se apuntó anteriormente, es un requisito nuevo en toda convocatoria de una asamblea virtual.

Debe tenerse claro, a partir de lo anterior, que las causales de nulidad de los acuerdos sociales, no son taxativas, y que, además, por la naturaleza de la celebración, en la práctica pueden surgir otras. Respecto a la legitimación activa en las acciones de nulidad de los acuerdos sociales, se mantiene lo regulado por el Código de Comercio, antes de la reforma, siendo legitimados los accionistas.

Aparte de la acción de nulidad, en el Código de Comercio están reguladas las causales de oposición de los acuerdos asamblearios,³¹ que podrían ser entabladas perfectamente aún por los accionistas con voto limitado, siempre

31 Código de Comercio, artículo 250: “Los accionistas de toda clase, aún los de voto limitado, podrán formular oposición judicial a las resoluciones de una junta general, siempre que la acción se funde en los siguientes extremos: I. Que el motivo de la oposición se contraiga a la violación de un precepto legal

y cuando el motivo de la oposición se contraiga a la violación de un precepto legal o de una estipulación del pacto social, o que no se trate de resoluciones sobre responsabilidad de los administradores o de quienes tienen a su cargo la vigilancia. A éstas se le consideran causales de la acción de oposición, y en la doctrina, causales de anulabilidad de los acuerdos societarios.

Por último, respecto al plazo de interposición de la acción de nulidad, si bien el Código de Comercio remite a las disposiciones legales los efectos de la nulidad, respecto a la prescripción de la acción de nulidad regulada en el artículo 995, señala que prescribirán en un año, y la acción de oposición, de acuerdo al artículo 250 del Código de Comercio, en seis meses. Estas disposiciones especiales resultan aplicables a las SAS.³²

4. Inoponibilidad de la personalidad jurídica societaria

El Código de Comercio salvadoreño, antes de la reforma de las SAS, no regulaba la figura de la inoponibilidad jurídico societaria de forma específica, también conocida como la teoría del levantamiento del velo. Algunos autores la denominan extensión de la personalidad jurídico-societaria. Existían disposiciones generales que podían abrir la pauta de su aplicación, como el artículo 28³³ y 348 del Código de Comercio,³⁴ siendo este último el que regulaba

o de una estipulación del pacto social. II. Que no se trate de resoluciones sobre responsabilidad de los administradores o de quienes tienen a su cargo la vigilancia. Para hacer uso de este derecho, será necesario que él o los reclamantes no hubieren asistido a la junta impugnada o hubieren votado en contra del o de los acuerdos tomados en la misma. Es indispensable que, en la demanda, se precise el concepto concreto de la violación; y que a ella se acompañen los títulos de las acciones que los opositores representen. Esta acción de los opositores, prescribe en seis meses contados desde la fecha de la terminación de la respectiva junta general”.

32 Sentencia definitiva Cámara de La Tercera Sección Del Centro, de las quince horas y cincuenta minutos del día veintisiete de septiembre de dos mil doce, bajo referencia: C-23-PC- 2012.

33 Código de Comercio del El Salvador art. 28.- “Las personas que controlan de hecho el funcionamiento de una sociedad, sean o no socios, responden frente a terceros solidaria e ilimitadamente, por los actos dolosos y culposos realizados a nombre de ella”.

34 Código de Comercio del El Salvador art. 348.- “Las sociedades a que se refieren los artículos anteriores, que se hubieren exteriorizado como tales frente a terceros, tienen personalidad jurídica únicamente en cuanto los perjudique, pero no en lo que pudiere beneficiarles. Los socios, los administradores y cualesquiera otras personas que intervengan en su funcionamiento, responderán

las sociedades de hecho.³⁵ A partir de la teoría de personalidad jurídica, se crea una persona jurídica distinta a los socios, sujeto a quien se le puede adjudicar derechos e imputar obligaciones, así como ser titular propio de atributos.

Las reformas que introducen las SAS, reafirman la teoría de la personalidad jurídica diferenciada, reafirmando algo que ya resultaba evidente en el tema de sociedades. Como consecuencia, la vinculación con la teoría del levantamiento del velo, hace que las sociedades sean personas jurídicas distintas; implica que éstas, tienen un patrimonio propio destinado a la actividad económica para la cual se han constituido. También, desencadena en que se tenga un domicilio, un nombre, una nacionalidad y estatutos legales, que establecen los derechos y obligaciones de sus miembros, y que, a partir de las SAS, como una de las características, la ley le brinda autonomía de voluntad en muchos aspectos. Ello implica que esa persona jurídica tiene una capacidad de obrar, pero también tiene capacidad procesal para ser demandada, para figurar como demandante y, precisamente, es lo que se persigue cuando se crea un ente jurídico diferente: que las personas detrás de ella, no involucren su patrimonio.

Entonces, es aplicable para las SAS, que el o los socios que la integran, van a responder de forma limitada conforme a su aporte. Algunos tratadistas mencionan que cuando se crea una sociedad, el riesgo se traslada a la misma, pero lo que sucede, es que el riesgo se traslada a los acreedores, porque la sociedad, que tiene responsabilidad limitada, va a responder con su patrimonio. Quienes corren el riesgo de pérdida o de no cobertura patrimonial, van a ser aquellos acreedores que confiaron en la capacidad económica de la sociedad y que posteriormente llegaron a ver burlados sus créditos. Por ello, la responsabilidad del accionista y la teoría de la persona jurídica son dos aristas que cimientan la teoría del levantamiento del velo.

por las obligaciones de dichas sociedades frente a terceros, personal, solidaria e ilimitadamente, sin perjuicio de las responsabilidades penales en que hubieren incurrido. Las relaciones internas de estas sociedades se regirán por el pacto social respectivo, si lo hubiere; en su defecto, por las disposiciones generales contenidas en este Código, según la clase de sociedad de que se trate”.

35 Las Sociedades de Hecho son aquellas que funcionan sin haberse instrumentado o bien el instrumento es insuficiente para determinar cuál es el tipo societario elegido; resultando su carácter mercantil de la comercialidad de su objeto.

Debe entenderse el velo societario, como

*“la separación que se hace del patrimonio y responsabilidad de los socios; respecto del patrimonio y responsabilidad de Una sociedad. Su existencia obedece a la necesidad de desarrollo empresarial y comercial de las sociedades mercantiles, a efectos que estas se desenvuelvan sin interferencias permanentes que afecten los elementos sustanciales y particulares de su proceso e inversión. Si la estructura formal de la persona jurídica se utiliza con una finalidad fraudulenta y contraria a derecho, los tribunales pueden prescindir de la forma externa de la persona jurídica y, penetrar en la interioridad de la misma, “levantar su velo”, a fin de examinar los reales intereses que latan en su interior, es decir, adentrarse en el substratum de la persona jurídica para poner fin a los fraudes y abusos que bajo el manto protector de esta figura se puedan cometer, y de esta manera, alcanzar a las personas y los bienes que se amparan bajo su cobertura; no obstante, si algo caracteriza a esta doctrina son sus limitaciones ya que sólo debe ser una técnica utilizada por los jueces de forma excepcional”.*³⁶

Entiéndase como “remedio”, mas no la regla general.

Las reformas que introducen las SAS, establecen que, en caso se abuse de la persona jurídica, se cometa fraude de ley o fraude a los acreedores, se puede discurrir, o sea, ignorar la personalidad jurídica societaria y dirigirse contra los verdaderos culpables, que pueden ser socios u otras sociedades, administradores y personas controlantes que no necesariamente son socios.

Constituyen como consecuencia, escenarios de aplicabilidad de inoponibilidad de la personalidad jurídico societaria: violación de ley, violación del orden público y perjuicio de acreedores.³⁷ En ese sentido, y como se señaló

36 Cámara Segunda de Lo Civil de La Primera Sección Del Centro, Sentencia definitiva: referencia 89-4CM-19-A (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2020).

37 Código de Comercio art. 305-0.- *“Cuando se utilice la sociedad por acciones simplificada en fraude a la ley o en perjuicio de terceros, los accionistas y administradores que hubieren realizado, participado o facilitado los actos fraudulentos, responderán personal y solidariamente por las obligaciones nacidas de tales actos y por los daños y perjuicios causados a la sociedad, sus empleados y demás afectados, con independencia de cualesquier otras responsabilidades civiles, administrativas o penales a que haya lugar”.*

anteriormente, debe considerarse entonces como una excepción, un “remedio”, que presenta rasgos característicos como una medida que pretende perseguir y adjudicar responsabilidad directa a estos socios y que la sentencia que acoja la inoponibilidad, es una sentencia declarativa, porque le va a adjudicar responsabilidad a los socios. A partir de dicha figura, se pretende imputar directamente responsabilidad a quienes hayan cometido el ilícito a través de la sociedad, o a quienes participaron, y vean que la intervención en el ilícito no necesariamente sea material, como por ejemplo en la toma decisiones del ente societario.

Por lo tanto, estos escenarios, constituyen requisitos esenciales de la pretensión, a fin que en caso de invocarse, deberá probarse que se está en presencia de violación de la ley, del orden público y perjuicio de acreedores. Es ahí, donde radica la complejidad de esta figura para su efectiva aplicación.

Es importante mencionar que, en materia penal, el artículo 38 del Código Penal de El Salvador, regula el imputar responsabilidad a aquellas personas que son miembros de la persona jurídica y que intervinieron en el ilícito; por lo cual, se le puede adjudicar responsabilidad a los socios, directivos o los controlantes. En el artículo 41 de la Ley Especial contra Actos de Terrorismo, también se pueden identificar elementos de la teoría del levantamiento del velo. Esto ocurre cuando se comprueba que los individuos que conforman los órganos de administración o dirección de una persona jurídica o entidad privada (es decir, quienes están detrás de dicha sociedad) han constituido la entidad exclusivamente para llevar a cabo actos fraudulentos. Asimismo, la Ley de Proscripción de Maras y Pandillas, incluye otra disposición relevante en su artículo 7. A diferencia de los casos anteriores, esta norma traslada la responsabilidad de los miembros de dichas agrupaciones a la persona jurídica.

En definitiva, es un reto para los operadores del Derecho, la aplicación de estas figuras para evitar fraude de ley y el de los acreedores, ya que es normal, no solo para las personas jurídicas, sino también para las físicas, que

existan procesos infructuosos donde se consiga una sentencia que después no pueda ser ejecutada.

II. Conclusiones

- Mediante las reformas que permiten la incorporación de las SAS, el Estado de El Salvador, garantiza el desarrollo económico y el fomento de la iniciativa privada, con especial énfasis al pequeño comerciante; lo cual, se concretiza mediante la simplificación de requisitos y formalidad de constitución, que permiten el formar estas sociedades mediante formularios preelaborados, con un solo socio, y un capital social significativamente reducido.
- Las reformas incorporan la realización de las Asambleas Generales de las SAS de manera virtual, lo que evidentemente implica un reto para la legislación salvadoreña, pues las reformas no contemplan los diversos conflictos que pueden surgir bajo dicha modalidad, siendo el Derecho extranjero el que propone alternativas de solución válidamente aplicables.
- Respecto a la incorporación de la Inoponibilidad de la personalidad jurídica societaria o Teoría del Levantamiento del Velo, en las disposiciones legales de las SAS, implica un avance significativo, pues, aunque previo a las reformas existían disposiciones dispersas sobre la aplicación de dicha figura, las mismas no eran específicas, y a partir de las reformas se regulan los escenarios de aplicabilidad, lo que vuelve aún más factible la aplicación de la misma.

Bibliografía

LIBROS

- » Chuliá, Francisco Vicente. *Introducción al Derecho Mercantil Valencia*. España: Tirant Lo Blanch, 2005.
- » Garriegues, Joaquín. *Curso de Derecho Mercantil*. México: Editorial Porrúa, S.A, 1977.
- » Quevedo Coronado, Francisco Ignacio. *Derecho Mercantil: Tercera edición*. Mexico: Pearson Educación, 2008.
- » Vivante, Cesar. Derecho Mercantil, Tribunal Superior De Justicia Del Distrito Federal Dirección General De Anales De Jurisprudencia Y Boletín Judicial, noviembre del 2002.

REVISTAS ELECTRÓNICAS

- » Arias de Rincón, María Inés. “Momento de perfección del contrato entre empresarios celebrado por medio de sitios Web”. *Revista IUS*, vol.7 no.31 Puebla (ene./jun. 2013), https://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-21472013000100006
- » Cervantes Muñiz, Luis Alfonso y Esquivel Pineda, Oscar “Derecho a la información de un accionista frente a la sociedad anónima”. *En Revista de Investigaciones Jurídicas México N. 45* (2021), 400-401: <https://www.eld.edu.mx/Revista-de-Investigaciones-Juridicas/RIJ-45/Capitulos/16.-derecho-a-la-informacion-de-un-accionista-frente-a-la-sociedad-anonima.pdf>
- » Fernández Fernández, César Aníbal. “La Teoría De Los Actos Propios Y Su Aplicación En La Legislación Peruana” *LUMEN, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Femenina del Sagrado Corazón*: 53-54, <https://www.unife.edu.pe/publicaciones/revistas/derecho/Lumen13/LA%20TEORIA%20DE%20LOS%20ACTOS%20PROPIOS%20Y%20SU%20APLICACION.pdf>

LEYES Y JURISPRUDENCIA

- » Cámara Primera de Lo Civil de La Primera Sección Del Centro, San Salvador, *Sentencia de apelación, referencia 83-18CM1-2012*, El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2012.
- » Código de Comercio de El Salvador (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 1970).
- » Código Penal de El Salvador. El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 1998.
- » Chile. Ley 20.190. Modifica disposiciones del Código de Comercio y la Ley sobre Mercado de Valores para fomentar la inversión en capital de riesgo y la creación de Sociedades por Acciones. Diario Oficial de la República de Chile.
- » Ley especial Contra Actos de Terrorismo de El Salvador. El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 2006.

- » Ley de Proscripción de Maras, Pandillas, Agrupaciones, Asociaciones y Organizaciones de Naturaleza Criminal de El Salvador. El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 2010.
- » Ley de Sociedades de Capital fue aprobado mediante el Real Decreto Legislativo 1/2010, (España, de 2 de julio).
- » Ley 27.349 de Apoyo al Capital Emprendedor. (2017). Boletín Oficial de la República Argentina.
- » Ley 1258 de 2008. Por la cual se crea la Sociedad por Acciones Simplificada (SAS). Diario Oficial N° 47.150. Colombia.
- » México. Decreto por el que se reforman y añaden diversas disposiciones de la Ley General de Sociedades Mercantiles en materia de Sociedad por Acciones Simplificadas. (2016). Diario Oficial de la Federación.
- » Reformas a las disposiciones transitorias para habilitar el que sean celebradas por videoconferencia u otros medios tecnológicos, juntas y asambleas generales de las personas jurídicas. El Salvador: Asamblea Legislativa, 2021.
- » Reformas al Código de Comercio. El Salvador: Asamblea Legislativa, 2013. Decreto Legislativo No 905, de fecha 19 de diciembre del 2023.
- » Reforma a las disposiciones transitorias para habilitar el que sean celebradas por videoconferencia u otros medios tecnológicos, juntas y asambleas generales de las personas jurídicas. El Salvador: Asamblea Legislativa, 2021. Decreto N°61, de fecha 15 de junio del 2021.

SITIOS WEB

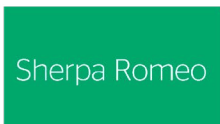
- » “Escuela Libre de Derecho: Efectos Jurídicos De La Consideración Como Persona Jurídica De La Asociación En Participación Para Efectos Fiscales”. Escuela Libre de Derecho, acceso 21 de marzo del 2025. <https://www.eld.edu.mx/Revista-de-Investigaciones-Juridicas/RIJ-29/Capitulos/5-Efectos-juridicos-de-la-consideracion-como-persona-jur%C3%ADdica-de-la-asociacion-en-participacion-para-efectos-fiscales.pdf>
- » “RIU Austral: Repositorio Institucional Universidad de Austral”. RIU, acceso 21 de marzo del 2025. <https://riu.austral.edu.ar/bitstream/handle/123456789/1262/La%20inoponibilidad%20de%20la%20personalidad%20jur%C3%ADdica.pdf?sequence=1&isAllowed=y#:~:text=La%20inoponibilidad%20de%20la%20personalidad%20jur%C3%ADdica%20societaria%20permite%20atribuir%20relaciones,o%20pasivos%20de%20los%20mismos>
- » “Unnion: Cuáles son las funciones del capital social en la empresa”, Universidad de Alicante, acceso el 21 de marzo del 2025. <https://www.unnion.com/cuales-las-funciones-del-capital-social-la-empresa-nuria-fernandez-master-direccion-gestion-empresas-universidad-alicante-mdel/>



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



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

