10° VOLUMEN

Revista Derecho

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

VOLUMEN X (2026)
Noviembre 2025 - Noviembre 2026



Revista Derecho

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

VOLUMEN X (2026)
Noviembre 2025 - Noviembre 2026

Revista Derecho

Universidad de El Salvador
Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales
Escuela de Ciencias Jurídicas

Vol. 10 (2026)
Noviembre 2025 - Noviembre 2026

Director de la Revista:
MSc. Hugo Dagoberto Pineda Argueta
Decano de la Facultad Jurisprudencia y Ciencias Sociales/UES

Editora de la Revista:
MCP. Odaly Sánchez de Rodríguez
Coordinadora Unidad de Investigación de la Facultad Jurisprudencia y Ciencias Sociales/UES

Consejo Editorial:
Dr. Milton Hernán Kees
Universidad Nacional del Comahue, Argentina

Dr. Jacobo Mérida Cañaveral
Universidad Nacional Autónoma de México, México

Dr. Marcial Herrero Jiménez
Universidad de Extremadura, España

MCP. Odaly Sánchez de Rodríguez
Universidad de El Salvador, El Salvador

MCP. Evelin Gutiérrez de Doradea
Universidad de El Salvador, El Salvador

Correctora de estilo:
Lcda. Melissa Alvarado Palacios
Unidad de Investigación de la Facultad Jurisprudencia y Ciencias Sociales/UES

Diseñadora y diagramadora:
Unidad de Investigación de la Facultad Jurisprudencia y Ciencias Sociales/UES

Traductora:
Lcda. Ana Elizabeth López Lazo
Oficial de Gestión Documental y Archivos de la Universidad de El Salvador

ISSN:
2411-1465

e-ISSN:
2789-3960

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.
Correo electrónico: investigacion.jurisprudencia@ues.edu.sv
Tel. 2511-2000 ext. 6526

10° VOLUMEN

Revista Derecho

Universidad de El Salvador
Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales
Escuela de Ciencias Jurídicas

Vol. 10 (2026)
Noviembre 2025 - Noviembre 2026

Consejo de Revisores:

Argentina
Isaac Marcelo Basaure Miranda
Universidad Nacional de Lomas de Zamora

México
Octavio Adán Nájera Hernández
Universidad Autónoma del Estado de México

Ana Karen Aguilar Pérez
Centro de Justicia Penal Federal en Nezahualcóyotl, Estado de México

Yvonne Tovar
Universidad Nacional Autónoma de México

El Salvador
Wilfredo Antonio Jovel González
Corte Suprema de Justicia de El Salvador

Junior Concepción Zelaya Flores
Corte Suprema de Justicia de El Salvador

José Miguel Saravia Dueñas
Universidad Evangélica de El Salvador

William Rafael Rebollo Alvarado
Universidad Evangélica de El Salvador

Ricardo Mena Guerra
Consejo Nacional de la Judicatura

Marcela Montalvo
Asociación Padre Vito Guarato

España
Eduardo R. Luna Álvarez
Universidad de las Islas Baleares

Colombia
Hernán Alejandro Olano García
Universidad Militar Nueva Granada/ Colegios de Colombia

Aequus Editorial
UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES
Correo electrónico: aequus.editorial@ues.edu.sv

Autoridades universitarias

Rector
Ing. Juan Rosa Quintanilla

Vicerrectora Académica
Dra. Evelyn Beatríz Farfán

Vicerrector Administrativo
MSc. Roger Armando Arias

Secretario General
Lic. Pedro Rosalío Escobar Castaneda

Fiscal General
Lic. Carlos Amilcar Serrano Rivera

Defensora de los Derechos Universitarios
Lcda. Ana Ruth Avelar Valladares

Secretaria de Comunicaciones
Lcda. Mónica Xóchilt Escalante

Secretario de Asuntos Académicos
Ing. Carlos Ernesto Vargas Ramos

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. Kevin Joel Martínez Alfaro
Br. Nataly Azucely Posada Cornejo

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
MSc. 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

Contenido

Nota editorial 17

Presentación 23

ARTÍCULOS

Reforma a la reelección presidencial en El Salvador, dentro de un sistema democrático 41
Mónica Zoraida Luna de Acosta
Estados Unidos

Introducción 43

I. Contexto democrático en El Salvador 44
II. Reforma constitucional en El Salvador, Art. 152 Cn. 49
III. Reelección presidencial 52
IV. Reelección presidencial indefinida y democracia 55
V. Discusión y análisis 59
VI. Conclusión 61
Bibliografía 63

La solución amistosa en el caso de las comunidades Indígenas Maya del distrito de Toledo y la República de Belice 65
María Luisa Acosta
El Salvador

Introducción 67
I. Las comunidades indígenas maya en el Distrito de Toledo ante la CIDH 70
1. La petición de las comunidades indígenas maya 72
2. La CIDH emite el Informe de Admisibilidad 76
II. El trámite posterior al Informe de Admisibilidad 78
III. La CIDH analiza el fondo del caso 79
1. El derecho de propiedad en el sistema jurídico interno de Belice 80
2. El derecho de propiedad de los pueblos indígenas en el derecho internacional de los derechos humanos 82
IV. Actividad procesal de seguimiento posterior al Informe de Fondo 94
V. El Estado de cumplimiento del caso 95
Conclusiones 96
Bibliografía 99

De la invisibilidad a la obligación Estatal: el derecho al cuidado en su dimensión activa a la luz de la Opinión Consultiva OC-31 y su relación en El Salvador 101
Arístides Emmanuel García Flores
El Salvador

Introducción 103
I. Desarrollo 104
1. La autonomía del derecho al cuidado 104
2. La triple dimensión: derecho a ser cuidado, derecho al autocuidado y derecho a cuidar 107

3. Principios rectores del derecho al cuidado 111
3.1. Corresponsabilidad social y de género 111
3.2. Universalidad y progresividad 112
3.3. Solidaridad 114
3.4. Autonomía 114
4. Profundización en la dimensión activa: El derecho humano a "dar cuidados" 116
4.1. El derecho a cuidar en condiciones dignas 117
4.1.1. Tiempo para cuidar 117
4.1.2. Recursos materiales para cuidar 118
4.1.3. Formación para cuidar 119
4.2. El trabajo de cuidados no remunerados 119
4.3. La feminización de los cuidados como discriminación estructural 122
5. Obligaciones Estatales específicas respecto a la dimensión activa del derecho al cuidado 124
6. Diagnóstico normativo y fáctico en El Salvador: La deuda con las personas cuidadoras 127
6.1. La Política Nacional de Corresponsabilidad de los Cuidados como avance del derecho a cuidar 130
II. Conclusiones 132
Bibliografía 134

Breves consideraciones sobre el derecho de losa: una nueva especie de derecho real no regulada en El Salvador 135
Kevin Samuel Quintanilla Molina
El Salvador

Introducción 137
I. El sistema de *numerus clausus* o de la tipicidad de los derechos reales 138
II. Instituciones de derecho real existentes en legislaciones extranjeras y ausentes por el Derecho salvadoreño 141
III. Derecho de losa 143
3.1. Génesis normativa del derecho de losa en Brasil 143
3.2. Concepto 145
3.3. Naturaleza jurídica del derecho de losa 146
3.4. Clasificación del derecho de losa 147
3.4.1. Losa en sobreelevación o losa aérea 147
3.4.2. Losa en infrapartición o losa subterránea 148
3.5. Distinción frente a otros institutos jurídicos 149
3.5.1. Derecho de losa y el derecho de superficie 149
3.5.2. Derecho de losa y la enfiteusis 153
3.5.3. Derecho de losa y el condominio 156
3.6. Formas de constitución y aspectos registrales 160
3.6.1. De su constitución 160
3.6.2. Formas de registro 161
3.7. De sus formas de extinción 163
3.7.1. La ruina de la construcción-base 164
3.7.2. Enajenación y renuncia 165
3.7.3. Abandono 166
3.7.4. Pérdida del objeto 166
3.7.5. Expropiación 167
3.8. El derecho de losa y la hipoteca 168
IV. Conclusión 171
Bibliografía 172

Tratamiento jurídico procesal de la liquidación del régimen patrimonial de comunidad diferida en los procesos de divorcio en El Salvador 173
Fátima Alejandra Molina Mejía
El Salvador

Introducción 175
I. Antecedentes en la tramitación de los procesos de divorcio 176
II. Estudio y análisis jurisprudencial. 180
III. Aplicación y actuaciones en el campo práctico 187
3.1. La conciliación, transacción y convenio como medio alterno para liquidar el régimen de comunidad diferida 189
3.2. Fase de ejecución de la sentencia 191
3.2.1. Pago de deudas 191
3.2.2. Abono de indemnizaciones 192
3.2.3. Haber de la comunidad 194
3.2.4. Partición 194
IV. Conclusiones 197
Bibliografía 199

Arbitrabilidad de la acción de nulidad absoluta de acuerdos de junta general de accionistas en el Derecho salvadoreño 201
David Alejandro García Hellebuyck
El Salvador

Introducción 203
I. Criterios normativos de arbitrabilidad en el ordenamiento salvadoreño 206
II. Nulidad absoluta, normas imperativas y orden público: distinciones relevantes 208
III. El precedente salvadoreño restrictivo: análisis del auto definitivo 9-4CM1-2015 212
IV. La evolución del arbitraje societario en el derecho español 216
V. Alcance material del convenio arbitral estatutario: conexión entre el pacto social, el acuerdo de junta impugnado y la reforma de la sociedad por acciones simplificada 219
VI. Efectos subjetivos de la nulidad de acuerdos sociales y límites del laudo arbitral frente a terceros 222
VII. El principio *Kompetenz-Kompetenz* y la improcedencia de sustituir anticipadamente al árbitro en la determinación de la arbitrabilidad 225
VIII. Los mecanismos judiciales de control del arbitraje societario en el Derecho salvadoreño: del control previo al control posterior 227
IX. La eficacia subjetiva de la cláusula arbitral estatutaria frente al socio que adquiere acciones con posterioridad a su incorporación en el pacto social 232
X. Conclusiones 235
Bibliografía 238

Para escribir en nuestra revista, consulta las bases aquí

La motivación como límite a la arbitrariedad: análisis del test de motivación suficiente en la jurisprudencia constitucional ecuatoriana 241
Marianela Armijos, Darío Díaz, Sandra Encarnación y Mayerly Aponte
Ecuador

Introducción 243
I. La motivación en la doctrina 246
III. Antecedentes de la sentencia 1158-17-EP/21 248
III. Debido proceso en la garantía de la motivación: el derecho a la defensa 251
IV. Motivación suficiente 253
V. Estándar de suficiencia 256
VI. Tipos de deficiencia en la motivación 256
VII. Vicios de motivación 258
VIII. Motivación correcta 262
IX. Consecuencias de una motivación incorrecta en Derecho y una motivación incorrecta conforme a hechos 263
X. Conclusiones 264
Bibliografía 267

La constitución contra la desmesura de las sanciones administrativas: una propuesta desde el principio de proporcionalidad para la modulación de las categorías sancionatorias 269
Alberto Alfaro-Alvarado
El Salvador

Introducción 271
I. El modelo clásico del ilícito administrativo: tipicidad y categoría infractora 274
1.1. La correspondencia entre hecho, tipo y sanción 276
1.2. La graduación legislativa o dosimetría punitiva de infracciones como juicio abstracto de proporcionalidad 278
II. Potestad sancionadora y racionalidad constitucional del *ius puniendi* administrativo 280
2.1. El poder punitivo como ejercicio constitucionalmente limitado 282
2.2. Motivación reforzada y control del exceso 283
2.3. La interdicción de la desmesura sancionadora de la Administración 284
III. Proporcionalidad abstracta y proporcionalidad concreta en la aplicación administrativa 286
3.1. La doble dimensión del principio de proporcionalidad 287
3.2. El juicio de idoneidad, necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto 287
3.3. El límite material de la consecuencia jurídica 288
IV. El artículo 145 de la Ley de Procedimientos Administrativos salvadoreña como cláusula habilitante 289
4.1. Análisis literal y sistemático 290
4.2. Ubicación normativa y alcance interpretativo 291
4.3. La modulación en las categorías de las sanciones administrativas 293
V. Modulación sin recalificación: límites dogmáticos a la habilitación proporcional 294
5.1. Diferencia entre tipicidad y consecuencia jurídica 294
5.2. Prohibición de analogía y seguridad jurídica 295
5.3. Exigencias de motivación reforzada y control jurisdiccional 296
5.4. Caso en estudio: un centavo, cien salarios mínimos 297

5.4.2. Tipicidad: el automatismo formal 297
5.4.3. Culpabilidad y circunstancias del caso 298
5.4.4. Proporcionalidad concreta 298
5.4.5. ¿Es posible la modulación en las categorías de las sanciones administrativas? 299
5.4.6. Objeción fuerte: ¿no sería esto recalificación encubierta? 300
5.4.7. ¿Se sostiene la tesis? 300
5.5. Un contraste comparado: la Sentencia del Tribunal Supremo español 710/2025 301
Conclusiones 302
Bibliografía 304

Análisis comparado del Derecho procesal ecuatoriano y venezolano en niñez y adolescencia a partir del principio de interés superior del niño 305
Isabel Alejandra Mendoza Rojas y Pablo Ricardo Mendoza Escalante
Ecuador

Introducción 307
I. Fuentes internacionales de protección de NNA en Ecuador y Venezuela 311
II. Bases constitucionales que regulan los NNA en Ecuador y Venezuela 313
III. Doctrina de protección integral 315
IV. El principio del interés superior del niño 316
V. Tenencia compartida 317
VI. La adopción 319
VII. Las garantías jurisdiccionales en la protección de los derechos de la niñez en Ecuador 320
VIII. Régimen procesal ecuatoriano para NNA 321
IX. Régimen procesal venezolano para NNA 323
X. Conclusiones 325
Bibliografía 327

Retos de la responsabilidad civil frente al uso negligente de la inteligencia artificial en la práctica jurídica 329
Melissa Analilia Velásquez Canales
El Salvador

Introducción 331
I. La inteligencia artificial y su incorporación a la práctica jurídica 333
II. Fundamentos de la responsabilidad civil en el Derecho salvadoreño 336
III. Responsabilidad del abogado por el uso negligente de la inteligencia artificial 338
IV. Estándar de diligencia del abogado en el uso de la inteligencia artificial 346
V. Ley de fomento a la inteligencia artificial y tecnologías 349
Conclusiones 352
Bibliografía 354

Introducción a los mecanismos de prevención del lavado de activos mediante criptomonedas 355
Marvin Humberto Flores Juárez
El Salvador

Introducción 357
I. Fundamentos dogmático-penales del lavado de activos mediante criptomonedas 360
1.1. Concepto y elementos típicos del artículo 40 de la Ley Especial 360

1.1.1. La conducta típica ... 362
1.1.2. El objeto material ... 363
1.1.3. La procedencia delictiva de los bienes o activos ... 364
1.1.4. El elemento subjetivo y la finalidad ... 365
1.1.5. Autoría y participación ... 366
1.1.6. Consumación y formas imperfectas de ejecución ... 367
1.1.7. Penalidad ... 368
1.2. Antecedentes normativos y recepción de las recomendaciones del GAFI ... 368
1.3. Características distintivas del fenómeno y su proyección en el caso salvadoreño ... 370
II. El marco regulatorio internacional como parámetro interpretativo ... 372
III. El marco normativo salvadoreño de prevención del lavado de activos mediante criptomonedas ... 375
3.1. La Ley Bitcoin: régimen de curso legal y su incidencia preventiva ... 375
3.2. La Ley de Emisión de Activos Digitales: la CNAD y el estatuto de los proveedores ... 376
3.3. La Ley Especial de 2025: arquitectura institucional y distribución de competencias ... 378
IV. Mecanismos preventivos aplicables a los proveedores de activos digitales y de bitcoin ... 379
4.1. Enfoque basado en riesgo y deber general de registro ... 380
4.2. Debida diligencia del cliente ... 380
4.3. Personas expuestas políticamente ... 381
4.4. Oficiales de cumplimiento y comités de prevención ... 381
4.5. Reporte de operaciones sospechosas y reguladas ... 382
4.6. Conservación de registros, confidencialidad y declaración fronteriza ... 382
V. Técnicas de lavado mediante criptomonedas: *modus operandi* y estudios de caso ... 384
5.1. Colocación, estratificación e integración ... 384
5.2. Mezcladores y monedas de privacidad ... 384
5.3. El caso Chivo Wallet (2021-2022): vulnerabilidades operativas como factor de riesgo ... 385
5.4. Referencias comparadas: FTX, BitMEX y Tornado Cash ... 388
VI. Estrategias para el fortalecimiento de la prevención ... 389
VII. Conclusiones ... 390
Bibliografía ... 391

Algunas precisiones sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración en El Salvador ... 393
Henry Alexander Mejía
El Salvador

Introducción ... 395
I. Orígenes doctrinales de la responsabilidad patrimonial en el Derecho comparado ... 398
1.1. Derecho anglo-americano ... 398
1.2. Derecho francés ... 400
1.3. Derecho español ... 402
II. Ley sobre reclamaciones pecuniarias de extranjeros y nacionales contra la nación de 1910. Primer antecedente de regulación ... 406
III. Régimen de responsabilidad patrimonial de la Administración estatuido por la LPA de 2019 ... 409

IV. Sistemas de responsabilidad patrimonial de la administración 411
4.1. Responsabilidad subjetiva y directa para el funcionario 411
4.2. Responsabilidad solidaria 415
4.3. Responsabilidad objetiva y directa para la Administración Pública 416
V. Responsabilidad patrimonial por actuaciones por otros Órganos del Estado 418
5.1. Responsabilidad por actos judiciales 418
5.2. Responsabilidad por actos legislativos o denominada "responsabilidad del Estado Legislador" 420
VI. El daño como elemento fundamental de la responsabilidad de la Administración 422
VII. Competencia y procedimientos para reclamar indemnización 424
7.1. Pretensiones excluidas 424
7.2. Pretensiones resarcitorias en el proceso contencioso administrativo 425
7.3. Peticiones de resarcitorias en sede administrativa 425
Bibliografía 428

¿Es satisfactorio el tratamiento actual de la costumbre en el ordenamiento jurídico administrativo? 431
Nancy Chicas, Miriam Miranda, Krissia Ortiz, Eduardo Parada, Richard Paredes, Raquel Reyes y Jairo Rivera
El Salvador

Introducción 434
I. ¿Por qué es importante la costumbre en el ordenamiento jurídico administrativo? 435
1.1. El principio de legalidad como punto de partida 435
1.2. El Derecho Administrativo como derecho en formación 437
1.3. La costumbre como mecanismo legítimo de integración 437
1.4. El ordenamiento administrativo como unidad abierta 439
1.5. La importancia de la costumbre en su dimensión práctica 440
II. ¿En qué consiste la costumbre en el ordenamiento jurídico administrativo? 441
2.1. Precisión conceptual preliminar: uso y costumbre 441
2.2. Concepto y elementos de la costumbre jurídica 442
2.3. La costumbre en el Derecho administrativo: debates sobre su existencia 443
2.4. Distinción entre costumbre, prácticas administrativas y precedente 444
2.5. La costumbre administrativa en el ordenamiento salvadoreño: configuración y límites 446
III. ¿Es satisfactorio el estándar actual de la costumbre en el ordenamiento jurídico administrativo? 448
3.1. El estándar actual en el Derecho Administrativo salvadoreño 448
3.2. Aspectos satisfactorios del estándar actual 450
3.3. Aspectos insatisfactorios del estándar actual 450
3.4. Hacia un estándar más satisfactorio 452
IV. Discusión 453
V. Conclusión 455
Bibliografía 457

Para escribir en nuestra revista, consulta las bases aquí

Armonización probatoria en el ámbito de las obligaciones: de la rigidez documental decimonónica a la constitucionalización de la prueba en el Código Procesal Civil y Mercantil 461
Manuel Alejandro Cea Morales
El Salvador

Introducción 463
I. La obligación 464
1.1. Definición 464
II. Prueba de las obligaciones 465
2.1. Definición 465
2.2. ¿Qué es lo que se regula en el apartado de la prueba de las obligaciones en El Salvador en los artículos 1569 al 1585 C.C.? 466
2.3. ¿Cómo se prueba una obligación civil en El Salvador? 467
III. La constitucionalización del proceso 469
3.1. La garantía de audiencia (art. 11 Cn.) 469
3.2. El principio de protección jurisdiccional (acceso a la justicia) 470
3.3. La igualdad procesal (art. 3 Cn.) *"Todas las personas son iguales ante la ley"* 470
IV. El nuevo proceso está fundamentado en el principio de pronta y cumplida justicia del art. 182 Cn. 471
4.1. El conflicto normativo: civil vs procesal 471
V. ¿Cómo se regula el tema de la prueba de las obligaciones en el código de comercio de El Salvador? 474
VI. ¿Cuál es el tratamiento jurídico que recibe esta figura en el Derecho internacional? 475
VII. Propuesta de solución: una reforma mixta y tecnológica 477
7.1. Actualización del "Baremo Económico" (Modificación al 1580 C.C.) 477
7.2. Redefinición de "Principio de Prueba por Escrito" (Reforma al 1582 C.C.) 478
7.3. Justificación de la propuesta 478
7.4. Otras consideraciones 479
7.4.1. La vulneración a la tutela judicial efectiva 479
7.4.2. El reconocimiento de la era digital y la ley de la firma electrónica 479
VIII. Conclusión 480
Bibliografía 482

NOTA EDITORIAL

Nota editorial

Vol. 10 (2026)
MSc. Hugo Dagoberto Pineda Argueta
Director de Revista Derecho
Decano de la Facultad de Jurisprudencia y
Ciencias Sociales de la Universidad de El Salvador

La Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la Universidad de El Salvador, en 1974, hizo su primer esfuerzo por editar y publicar artículos de investigación en su ahora prestigiosa *Revista Derecho*; el cual fue interrumpido en 1976. Luego en 1995, se retoma y nuevamente se abandona en el 2010. Es hasta el 2015 que se vuelve a reanudar la expresada *Revista*, ya de forma continuada o permanente y desde entonces, año con año se ha venido publicando la *Revista Derecho*, en versión física o digital, en la que han escrito destacados juristas nacionales e internacionales, estudiantes, docentes e investigadores especializados en diversos temas relevantes para construir o modificar el conocimiento jurídico.

Desde 2015, se ha trabajado en la sistematización y continuidad de la *Revista Derecho*, consolidándose como un espacio de difusión del conocimiento jurídico que ha trascendido las fronteras nacionales y alcanzado proyección internacional; a través de la *Revista Derecho*, se ha fortalecido la proyección internacional de la Facultad en particular y de la Universidad en general. A la fecha, la revista cuenta con diez volúmenes publicados y ha experimentado un proceso de mejora continua en su diseño, diagramación, calidad de contenidos y difusión.

A manera de ilustración, acerca de la diversidad de los artículos publicados, solo se citará el volumen 1, publicado en 2015 y el volumen 10; el primero se formó con los siguientes artículos: "Aproximación histórica a la regulación constitucional de los derechos políticos y su evolución en la participación política en El Salvador", escrito por William Ernesto Santamaría Alvarenga; "Los concejos municipales plurales en El Salvador ¿Deuda democrática u obstáculo a la gobernabilidad?", escrito por Odaly Sánchez de Rodríguez; "La influencia de las decisiones de la Corte IDH y de la Comisión interamericana de derechos humanos en el derecho penal de los Estados partes. Informe de El Salvador", por Jaime Edwin Martínez Ventura; "Innovaciones en la Competencia en el Código Procesal Civil y Mercantil", por José Reinerio Carranza; y "Breve referencia a la concepción principialista del derecho y al ciclo vital de las obligaciones. Prescripción y caducidad en materia de familia", escrito por Cristian Eduardo Palacios Martínez.

El volumen 10 de la Revista Derecho está compuesto por trece artículos y una ponencia. Inicia con "Reforma a la reelección presidencial en El Salvador, dentro de un sistema democrático", de Mónica Zoraida Luna de Acosta; seguido de "La solución amistosa en el caso de las comunidades indígenas maya del distrito de Toledo y la República de Belice", de María Luisa Acosta; "De la invisibilidad a la obligación estatal: el derecho al cuidado en su dimensión activa a la luz de la Opinión Consultiva OC-31 y su relación en El Salvador", de Arístides Emmanuel García Flores; "Breves consideraciones sobre el derecho de losa: una nueva especie de derecho real no regulada en El Salvador", de Kevin Samuel Quintanilla Molina; "Tratamiento jurídico procesal de la liquidación del régimen patrimonial de comunidad diferida en los procesos de divorcio en El Salvador", de Fátima Alejandra Molina Mejía; "Arbitrabilidad de la acción de nulidad absoluta de acuerdos de junta general de accionistas en el Derecho salvadoreño", de David Alejandro García Hellebuyck; "La motivación como límite a la arbitrariedad: análisis del test de motivación suficiente en la jurisprudencia

constitucional ecuatoriana", de Marianela Isabel Armijos Campoverde, Darío Alcides Díaz Toledo, Sandra Jacqueline Encarnación Ordóñez y Mayerly Dayana Aponte Torres; "La constitución contra la desmesura de las sanciones administrativas: una propuesta desde el principio de proporcionalidad para la modulación de las categorías sancionatorias", de Alberto Alfaro-Alvarado; "Análisis comparado del Derecho procesal ecuatoriano y venezolano en niñez y adolescencia a partir del principio de interés superior del niño", de Isabel Alejandra Mendoza Rojas y Pablo Ricardo Mendoza Escalante; "Retos de la responsabilidad civil frente al uso negligente de la inteligencia artificial en la práctica jurídica", de Melissa Analilia Velásquez Canales; "Introducción a los mecanismos de prevención del lavado de activos mediante criptomonedas", de Marvin Humberto Flores Juárez; "Algunas precisiones sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración en El Salvador", de Henry Alexander Mejía; y "¿Es satisfactorio el tratamiento actual de la costumbre en el ordenamiento jurídico administrativo?", de Nancy Rocío Chicas Benítez, Miriam Jazmín Miranda Villalta, Krissia Guadalupe Ortiz de Zepeda, Eduardo José Parada Amaya, Richard Steven Paredes Recinos, Raquel Noemy Reyes de Cárcamo, Jairo Roberto Rivera Fuentes y Daniel Eduardo Santos Carmona. Finalmente, el volumen se complementa con la ponencia titulada "Armonización probatoria en el ámbito de las obligaciones: de la rigidez documental decimonónica a la constitucionalización de la prueba en el Código Procesal Civil y Mercantil", de Manuel Alejandro Cea Morales.

La diversidad de artículos, tanto en su contenido como en su origen; permite llegar a muchos más lectores, por lo que el impacto de la *Revista* es mayor. Esta *Revista*, para la Facultad es relevante, puesto que no solo ayuda a cumplir con la labor de investigación, sino porque con ella se contribuye a mejorar el servicio de educación superior que se presta, poniendo el conocimiento al servicio de la formación de mejores profesionales y juristas que luego contribuyen al desarrollo nacional.

PRESENTACIÓN

Presentación

Vol. 10 (2026)
MCP. Odaly Sánchez de Rodríguez[1]
Coordinadora de la Unidad de Investigación
Directora de Aequus Editorial
Editora de la Revista Derecho

Presentar el volumen 10 de la Revista Derecho constituye, en mi calidad de editora, un motivo de profundo orgullo y satisfacción académica. Esta edición tiene un significado especial, pues con ella conmemoramos diez años de trabajo editorial desde la Unidad de Investigación de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la Universidad de El Salvador, instancia que, tengo el honor de coordinar y que asume el compromiso, responsabilidad y desafío de fortalecer y proyectar la investigación académica de estudiantes, docentes y juristas.

1 Investigadora en ciencias jurídicas y ciencia política. Máster en Ciencia Política y Gestión Pública, Licenciada en Ciencias Jurídicas, abogada y notaria de la República de El Salvador. Actualmente se desempeña como Coordinadora de la Unidad de Investigación y Directora de Aequus Editorial de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la Universidad de El Salvador. Es Editora de la Revista Derecho y miembro del Consejo Editorial de la Revista Relaciones Internacionales de la UES, así como representante ante el Consejo Ejecutivo de Investigaciones Científicas (CEI-UES). Cuenta con más de doce años de experiencia en investigación, docencia de posgrado y consultoría en distintos contextos. Sus principales áreas de investigación se concentran en el Derecho constitucional y el constitucionalismo; la organización e instituciones del Estado; las instituciones políticas y los sistemas de gobierno; la separación de poderes y los mecanismos de control del poder público; la democracia y la gobernanza; y el análisis de políticas públicas, con especial interés en las dinámicas institucionales y en la relación entre el diseño jurídico-institucional y el funcionamiento del Estado. Su trayectoria académica articula las perspectivas de las ciencias jurídicas y la ciencia política, con énfasis en el estudio de las instituciones, el poder público, los procesos de transformación del Estado y los desafíos de la gobernanza democrática. Orcid: https://orcid.org/0009-0003-9046-9346

Este recorrido comenzó como un esfuerzo institucional orientado a renovar la Revista Derecho, una publicación con una trayectoria histórica que se remonta a 1974, y a dotarla de estándares editoriales y científicos acordes con las exigencias de la comunicación académica contemporánea. Para ello, se impulsó la modernización de sus procesos editoriales, la incorporación de criterios internacionales de calidad, el fortalecimiento de sus mecanismos de evaluación y la creación de una plataforma digital que permitiera ampliar su alcance y facilitar la difusión del conocimiento jurídico más allá de las fronteras nacionales. Hoy, gracias a ese esfuerzo sostenido, los artículos publicados en nuestra revista pueden ser consultados desde distintos países del mundo, superando las barreras geográficas y contribuyendo a la circulación internacional de la producción científica.

La Revista Derecho se ha consolidado como una publicación de calidad académica, reconocimiento que se refleja en sus más de quince indexaciones, sus importantes niveles de consulta y su posicionamiento como referente nacional e internacional en el ámbito de las ciencias jurídicas. Estos avances no constituyen únicamente indicadores de visibilidad editorial, sino que representan el resultado de un trabajo permanente para garantizar la rigurosidad científica, la pluralidad de perspectivas y la pertinencia de los temas que se someten al debate académico.

Alcanzar este décimo volumen representa, por tanto, mucho más que completar un ciclo de publicaciones, significa reafirmar el compromiso de la Unidad de Investigación con la generación, divulgación y democratización del conocimiento jurídico, así como con el fortalecimiento de espacios académicos que promuevan el análisis crítico del Derecho y de las instituciones que estructuran las sociedades. En esta ocasión, celebramos este recorrido con una edición integrada por trece artículos científicos y una ponencia, cuya diversidad temática y riqueza de enfoques ofrecen al lector una oportunidad para aproximarse a distintos problemas jurídicos, revisar categorías tradicionales,

cuestionar prácticas institucionales y explorar nuevas perspectivas de interpretación y aplicación del Derecho.

A continuación, me permito presentar brevemente los trabajos que integran esta edición.

El primer artículo, denominado *"Reforma a la reelección presidencial en El Salvador, dentro de un sistema democrático"*, elaborado por una postulante salvadoreña, candidata a Doctora en Derecho de la Universidad Latinoamericana de Ciencias Jurídicas, Estados Unidos, la cual, examina la reforma constitucional de agosto de 2025 junto con el artículo 152 de la Constitución de la República de El Salvador, mediante el cual se habilitó la reelección presidencial indefinida, en sustitución del modelo de reelección alterna o no inmediata que había caracterizado tradicionalmente el ordenamiento constitucional salvadoreño. La autora aborda la evolución histórica de las regulaciones sobre la reelección presidencial en el constitucionalismo salvadoreño y confronta distintas posiciones doctrinarias con pronunciamientos de organismos internacionales, entre ellos la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los criterios de la Comisión de Venecia, que han advertido sobre la incompatibilidad de la reelección presidencial indefinida con principios esenciales de la democracia representativa, particularmente la alternancia en el ejercicio del poder, la separación de poderes y el sistema de frenos y contrapesos. Como conclusión, sostiene que, si bien la reforma se ejecutó formalmente dentro del marco normativo mediante la mayoría oficialista, la reelección indefinida resulta incompatible con un sistema verdaderamente democrático cuando compromete el Estado de derecho, los derechos fundamentales, la independencia judicial y el pluralismo político.

Este trabajo inaugura la sección de artículos con una discusión de especial relevancia para la realidad constitucional salvadoreña. Su aporte consiste en invitar al lector a examinar las reformas constitucionales más allá de su dimensión formal y procedimental, cuestionando sus implicaciones para

la democracia, la distribución del poder y la vigencia efectiva de los principios que sustentan el constitucionalismo.

En una segunda línea de reflexión, vinculada con la protección de los derechos humanos y el alcance de los mecanismos internacionales de tutela, se presenta **el segundo artículo** *"La solución amistosa en el caso de las comunidades indígenas Maya del distrito de Toledo y la República de Belice"*, de la maestra María Luisa Acosta, investigadora de la Universidad Francisco Gavidia de El Salvador, quien desarrolla un análisis del proceso tramitado ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) por las comunidades indígenas maya mopán y ke'kchi del distrito de Toledo, en Belice, en el marco del Informe de Fondo 40/04. El estudio destaca que, debido a que Belice no ha ratificado la Convención Americana sobre Derechos Humanos ni aceptado la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la CIDH fundamentó su decisión en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. A partir de este marco, concluyó que el Estado vulneró el derecho de propiedad colectiva de las comunidades indígenas al otorgar concesiones madereras y petroleras en sus territorios ancestrales sin haber realizado previamente su delimitación, titulación ni consultas libres e informadas.

La investigación permite reflexionar sobre los alcances y, especialmente, los límites de los mecanismos internacionales de protección de los derechos humanos, poniendo de manifiesto que el reconocimiento jurídico de los derechos de las comunidades vulnerables no es suficiente si no se acompaña de acciones estatales concretas que garanticen su cumplimiento efectivo.

Desde la perspectiva de los derechos humanos, la protección de la dignidad y el reconocimiento de sujetos históricamente invisibilizados, **el tercer artículo**, titulado *"De la invisibilidad a la obligación Estatal: el derecho al cuidado en su dimensión activa a la luz de la Opinión Consultiva OC-31 y su relación en El Salvador"*, escrito por el recién licenciado Arístides Emmanuel García Flores, graduado de esta casa de estudios, aborda la consolidación del derecho

al cuidado como una prerrogativa autónoma en el sistema interamericano, a partir de la Opinión Consultiva OC-31 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. El autor centra su análisis en la dimensión activa de este derecho, entendida como la facultad de brindar cuidados en condiciones de dignidad. El estudio enfatiza la necesidad de superar la feminización y la instrumentalización histórica del trabajo de cuidados no remunerado, mediante la incorporación de principios de corresponsabilidad social y la asignación de tiempo, recursos materiales e infraestructura adecuada. Al examinar la realidad salvadoreña, identifica un importante vacío normativo y una situación de desprotección estructural hacia las personas cuidadoras, en su mayoría mujeres, que permanecen excluidas de la seguridad social y del mercado laboral. En ese contexto, concluye que, aunque leyes como Crecer Juntos y Nacer con Cariño se orientan principalmente a la protección de quienes reciben cuidados, la Política Nacional de Corresponsabilidad de los Cuidados 2022-2030 constituye un avance significativo para reconocer a las personas cuidadoras como sujetas de derechos.

Se trata de una investigación que amplía la comprensión jurídica del derecho al cuidado, al trascender la visión tradicional centrada exclusivamente en quien recibe la atención y reconocer también a quien la proporciona.

Por otra parte, la revista también abre espacio al análisis de nuevas instituciones del Derecho privado y a las posibilidades que ofrece el estudio comparado de los ordenamientos jurídicos. En esta línea se encuentra **el cuarto artículo**, *"Breves consideraciones sobre el derecho de losa: una nueva especie de derecho real no regulada en El Salvador"*, escrito por el licenciado Kevin Samuel Quintanilla Molina, de la Universidad de El Salvador. El autor analiza la figura del derecho de losa (*direito de laje*), incorporada al Código Civil brasileño mediante la Ley n.º 13.465 de 2017 como un nuevo derecho real autónomo, concebido para responder a la realidad de las construcciones informales superpuestas en sectores urbanos densamente poblados. Examina su naturaleza jurídica y

sostiene que esta figura desborda la categoría clásica de derecho real limitado sobre cosa ajena, al configurarse como una modalidad especial de propiedad sobre un espacio tridimensional, superior o subterráneo, que genera una unidad inmobiliaria independiente, con matrícula registral propia y sin atribuir una fracción ideal del terreno. Asimismo, aborda su transmisibilidad, la posibilidad de constituir hipotecas sobre este derecho y sus modos de extinción, incluida la prescripción adquisitiva. Finalmente, plantea su estudio como una herramienta innovadora, potencialmente aplicable a ordenamientos jurídicos que, como el salvadoreño, todavía no contemplan expresamente esta figura.

Este aporte resulta particularmente interesante porque demuestra cómo el Derecho comparado permite identificar soluciones jurídicas desarrolladas en otros contextos y valorar su eventual incorporación o adaptación frente a nuevas realidades sociales y urbanísticas.

En el ámbito del Derecho de familia y del Derecho procesal, **el quinto artículo**, denominado *"Tratamiento jurídico procesal de la liquidación del régimen patrimonial de comunidad diferida en los procesos de divorcio en El Salvador"*, elaborado por Fátima Alejandra Molina Mejía, egresada de la Licenciatura en Ciencias Jurídicas de la Universidad de El Salvador y estudiante de la especialización en Derecho de Familia, Niñez, Adolescencia y Adulto Mayor, examina el tratamiento procesal de la liquidación del régimen patrimonial de comunidad diferida, a partir de los recientes criterios jurisprudenciales de la Sala de lo Civil (Casación 130-2020) y de Corte Plena (Competencia 233-2021). La autora analiza cómo estos criterios establecieron, con carácter imperativo, que la pretensión de liquidación patrimonial no puede tramitarse de manera aislada o posterior al divorcio, sino que debe acumularse y plantearse simultáneamente en la demanda inicial, en atención a los principios de unidad de sentencia y concentración procesal. El artículo desarrolla las exigencias prácticas y los inventarios necesarios para establecer las bases de la liquidación, distinguiendo entre bienes propios, bienes comunes, cargas y pasivos.

La investigación aporta una aproximación práctica a una cuestión de especial trascendencia en los procesos de divorcio, pues permite comprender las implicaciones procesales y patrimoniales de las decisiones judiciales y la importancia de una adecuada formulación de las pretensiones desde el inicio del proceso.

La reflexión sobre las transformaciones del Derecho privado continúa con el **sexto artículo**, *"Arbitrabilidad de la acción de nulidad absoluta de acuerdos de junta general de accionistas en el Derecho salvadoreño"*, del Dr. David Alejandro García Hellebuyck, abogado salvadoreño, quien investiga si la acción de nulidad absoluta de los acuerdos societarios adoptados por la junta general de accionistas puede someterse a arbitraje en El Salvador. El autor sostiene que la vinculación de la nulidad con normas imperativas no determina, por sí misma, una inarbitrabilidad automática por razones de orden público, siempre que la controversia verse sobre derechos disponibles dentro de una relación jurídico-privada y exista un convenio arbitral estatutario válido. Para desarrollar esta posición, analiza la legislación mercantil, incluido el argumento *a contrario* del artículo 66 del Código de Comercio y la reciente incorporación de las Sociedades por Acciones Simplificadas (SAS). Asimismo, contrasta la jurisprudencia española, que admite el arbitraje societario, con el precedente restrictivo salvadoreño contenido en el Auto Definitivo 9-4CM1-2015. A partir de este análisis, concluye que resulta jurídicamente viable someter estas pretensiones a arbitraje, siempre que se establezcan salvaguardas relacionadas con la eficacia registral, el respeto a los derechos de terceros y el control judicial posterior. El trabajo ofrece una perspectiva novedosa sobre la relación entre el arbitraje y el Derecho societario, y plantea interrogantes relevantes sobre la interpretación de las instituciones mercantiles frente a las nuevas formas de organización empresarial.

La motivación de las decisiones judiciales constituye otro de los ejes fundamentales de esta edición, particularmente por su relación con la garantía del debido proceso y la prevención de la arbitrariedad. Sobre este tema versa **el séptimo artículo**, *"La motivación como límite a la arbitrariedad: análisis del test de motivación suficiente en la jurisprudencia constitucional ecuatoriana"*, elaborado por Marianela Isabel Armijos Campoverde, Darío Alcides Díaz Toledo, Sandra Jacqueline Encarnación Ordóñez y Mayerly Dayana Aponte Torres, investigadores vinculados a la Universidad Técnica Particular de Loja, Ecuador. Los autores presentan un análisis de la evolución de la garantía constitucional de la motivación judicial en Ecuador, con especial atención al cambio dogmático introducido por la Corte Constitucional mediante la Sentencia n.º 1158-17-EP/21. Explican cómo este pronunciamiento sustituyó el antiguo test de motivación de 2012 por el denominado test de motivación suficiente, que abandona las revisiones mecánicas para exigir una fundamentación fáctica, sustentada en el análisis de la prueba procesal, y una fundamentación normativa, basada en la pertinencia de los principios y disposiciones jurídicas aplicables. Los autores distinguen la motivación suficiente de la motivación correcta o de fondo, y sostienen que la primera constituye una garantía de mínimos constitucionales destinada a prevenir la arbitrariedad y asegurar el debido proceso y la tutela judicial efectiva.

Este artículo permite acercarse a la evolución de la jurisprudencia constitucional ecuatoriana y reflexionar sobre la importancia de la motivación como una exigencia esencial de la función jurisdiccional, cuyo cumplimiento no solo legitima las decisiones judiciales, sino que también posibilita su comprensión, control y cuestionamiento.

En estrecha relación con la necesidad de limitar la arbitrariedad en el ejercicio del poder público, se presenta el **octavo artículo**, *"La constitución contra la desmesura de las sanciones administrativas: una propuesta desde el principio de proporcionalidad para la modulación de las categorías sancionatorias"*, del maestro

Alberto Alfaro-Alvarado, profesor de Derecho Constitucional de la Universidad Dr. José Matías Delgado e investigador jurídico. El autor examina si el principio de proporcionalidad faculta a la Administración pública salvadoreña para atenuar sanciones hacia categorías de menor gravedad cuando, a pesar de configurarse formalmente una infracción grave o muy grave, el mínimo legal previsto resulta manifiestamente confiscatorio o desproporcionado en el caso concreto. Mediante un análisis dogmático del artículo 145 de la Ley de Procedimientos Administrativos (LPA), sostiene que la referencia expresa a la proporcionalidad constituye una regla habilitante general para la modulación punitiva entre categorías sancionatorias. Para ilustrar su planteamiento, desarrolla un caso práctico en el que una alteración de un centavo en el precio de un medicamento podía generar una multa mínima automática de 40,880 dólares. A partir de este supuesto, demuestra que la modulación opera sobre la consecuencia jurídica, sin necesidad de recalificar el hecho ni vulnerar el principio de tipicidad, y que constituye un límite constitucional indispensable frente al automatismo sancionador.

La investigación aporta una discusión relevante para el Derecho administrativo sancionador, al poner de manifiesto que la potestad punitiva de la Administración no puede ejercerse mediante una aplicación meramente automática de las disposiciones legales, sino que debe atender a las circunstancias del caso concreto y a los principios constitucionales que limitan el ejercicio del poder público.

La protección de los derechos de la niñez y la adolescencia, por su parte, constituye el objeto de estudio del **noveno artículo**, titulado *"Análisis comparado del Derecho procesal ecuatoriano y venezolano en niñez y adolescencia a partir del principio de interés superior del niño"*, de los autores ecuatorianos Isabel Alejandra Mendoza Rojas y Pablo Ricardo Mendoza Escalante, ambos vinculados institucionalmente a la Universidad de Otavalo, Imbabura, Ecuador. El trabajo desarrolla un estudio procesal comparado entre los ordenamientos

jurídicos de Ecuador, particularmente el Código de la Niñez y Adolescencia (CONA) y el Código Orgánico General de Procesos (COGEP), y Venezuela, mediante la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes (LOPNNA). El análisis se fundamenta en la Doctrina de Protección Integral y en el principio del interés superior del niño. La investigación identifica convergencias constitucionales relacionadas con la prioridad absoluta y la corresponsabilidad del Estado, la familia y la sociedad, pero también evidencia diferencias procesales sustanciales. En Ecuador, las pretensiones se tramitan mediante un procedimiento sumario de audiencia única, conforme al COGEP; las pensiones alimenticias se fijan a partir de la tabla obligatoria SUPA y la mora puede dar lugar al apremio personal. En Venezuela, por su parte, el procedimiento ordinario comprende dos audiencias, una preliminar y otra de juicio; las pensiones se calculan tomando como referencia los salarios mínimos indexados por la inflación del Banco Central, y el incumplimiento reiterado puede generar la privación de la patria potestad.

El estudio permite reconocer que, aunque los ordenamientos jurídicos pueden compartir principios y objetivos de protección, sus mecanismos procesales presentan diferencias que inciden en la materialización de los derechos de la niñez y la adolescencia. De esta manera, invita a reflexionar sobre la importancia de que el principio del interés superior del niño trascienda su reconocimiento normativo y se traduzca en una aplicación efectiva dentro de los procedimientos judiciales.

Las transformaciones tecnológicas y su incidencia en el ejercicio profesional del Derecho constituyen otro de los temas contemporáneos que recoge este volumen. En esta línea se presenta **el décimo artículo**, "*Retos de la responsabilidad civil frente al uso negligente de la inteligencia artificial en la práctica jurídica*", de la estudiante Melissa Analilia Velásquez Canales, quien cursa quinto año de la Licenciatura en Ciencias Jurídicas en esta casa de estudios. La autora examina el régimen de responsabilidad civil aplicable a los abogados

en El Salvador cuando incorporan contenido generado mediante inteligencia artificial generativa en escritos judiciales sin realizar la debida verificación profesional, lo que puede dar lugar a la inclusión de citas jurisprudenciales o normativas inexistentes o erróneas. A partir del análisis del Código Civil, el Código Procesal Civil y Mercantil y la resolución de inconstitucionalidad 57-2025 de la Sala de lo Constitucional, sostiene que las reglas generales vigentes resultan suficientes para determinar la responsabilidad civil derivada de estas actuaciones: de naturaleza contractual frente al cliente, bajo el estándar de la culpa leve, y extracontractual por cuasidelito frente a terceros o contrapartes.

Este trabajo aborda una problemática de creciente actualidad para las profesiones jurídicas. Su aporte radica en recordar que la incorporación de nuevas herramientas tecnológicas no exime al profesional de sus deberes de diligencia, responsabilidad y rigor técnico, sino que plantea nuevas exigencias para el ejercicio ético y adecuado de la abogacía.

En consonancia con estos desafíos tecnológicos, pero desde la perspectiva de las nuevas modalidades de criminalidad y de los mecanismos de prevención, se incorpora **el undécimo artículo,** *"Introducción a los mecanismos de prevención del lavado de activos mediante criptomonedas"*, del destacado maestro Marvin Humberto Flores Juárez, destacado docente del Departamento de Derecho Penal de nuestra Facultad. El autor analiza el marco normativo de prevención del lavado de activos mediante criptomonedas en El Salvador y evalúa cómo el sistema preventivo busca mitigar los riesgos derivados del seudonimato, la velocidad de las operaciones transfronterizas, el uso de mezcladores y las finanzas descentralizadas. El estudio examina la articulación entre la Ley Bitcoin de 2021, la Ley de Emisión de Activos Digitales de 2023 y la Ley Especial para la Prevención del Lavado de Activos de octubre de 2025, que incorporó expresamente los activos virtuales o digitales como objeto material del delito de lavado en su artículo 40. Asimismo, desarrolla los deberes impuestos a los Proveedores de Servicios de Activos Digitales (PSAD) en su calidad de

sujetos obligados, entre ellos el registro, la debida diligencia, la identificación del beneficiario final y el reporte de operaciones sospechosas, además de la aplicación de la *Travel Rule* del Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI). El autor concluye que, pese a contar con un marco legislativo avanzado, la efectividad del sistema dependerá de la capacidad institucional para resolver las posibles duplicidades competenciales entre la Comisión Nacional de Activos Digitales (CNAD), la Superintendencia del Sistema Financiero (SSF) y el Banco Central de Reserva (BCR), así como de fortalecer las capacidades de supervisión e inspección.

La investigación contribuye a comprender cómo la evolución tecnológica transforma también las modalidades delictivas y exige respuestas normativas e institucionales adecuadas. En ese sentido, pone de relieve que la prevención del lavado de activos requiere no solo disposiciones legales actualizadas, sino también instituciones con capacidad efectiva para hacerlas cumplir.

Desde otra dimensión del Derecho público, el volumen incorpora el análisis de una de las garantías esenciales del Estado de derecho: la responsabilidad patrimonial de la Administración pública. **El duodécimo artículo**, denominado "*Algunas precisiones sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración en El Salvador"*, corresponde al Dr. Henry Alexander Mejía, catedrático de Derecho Administrativo y Constitucional de nuestra Facultad y actual presidente de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador, reconocido jurista y autor de importantes aportes a la doctrina jurídica nacional. En esta investigación, el autor examina el régimen de responsabilidad patrimonial del Estado y de la Administración pública como un pilar fundamental del Estado de derecho y una garantía de la buena administración. A partir de un recorrido histórico que comprende la evolución desde la tesis de la irresponsabilidad estatal absoluta hasta los sistemas contemporáneos de responsabilidad, analiza el marco dual derivado de la Constitución de la República, particularmente de sus artículos 2 y 245, y de la Ley de Procedimientos Administrativos de 2019.

Por una parte, explica el sistema de responsabilidad subjetiva y personal del funcionario por violaciones a derechos constitucionales, con responsabilidad subsidiaria del Estado una vez acreditada la insolvencia de aquel. Por otra parte, desarrolla el sistema institucional de responsabilidad objetiva y directa de la Administración por los daños derivados del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos. Finalmente, precisa que el reconocimiento de una indemnización exige demostrar la existencia de un daño real, efectivo, antijurídico y susceptible de evaluación patrimonial, así como el correspondiente nexo causal con la actuación u omisión de la Administración pública.

Este artículo constituye un aporte relevante para la comprensión del Derecho administrativo salvadoreño, al profundizar en los mecanismos jurídicos que permiten exigir responsabilidad por los daños ocasionados desde el ejercicio de la función pública y reafirmar que el poder estatal debe estar sujeto a límites y controles efectivos.

Cerrando la sección de artículos, se presenta el **décimo tercer trabajo**, titulado *"¿Es satisfactorio el tratamiento actual de la costumbre en el ordenamiento jurídico administrativo?"*, elaborado por Nancy Rocío Chicas Benítez, Miriam Jazmín Miranda Villalta, Krissia Guadalupe Ortiz de Zepeda, Eduardo José Parada Amaya, Richard Steven Paredes Recinos, Raquel Noemy Reyes de Cárcamo, Jairo Roberto Rivera Fuentes y Daniel Eduardo Santos Carmona, todos maestrantes en Derecho Administrativo de la Universidad Dr. José Matías Delgado de El Salvador. Los autores examinan la costumbre como fuente del Derecho administrativo salvadoreño, considerando su función integradora, su delimitación dogmática y la suficiencia del marco normativo vigente. Para ello, diferencian conceptualmente la costumbre, entendida como una práctica social general acompañada de *opinio iuris*, de los usos, las prácticas administrativas internas y el precedente judicial. Asimismo, sostienen que, en virtud del principio de legalidad reconocido en el artículo 86 de la Constitución, la costumbre únicamente resulta admisible en sus modalidades *secundum legem*

y *praeter legem*, y requiere habilitación legal expresa conforme a la jurisprudencia contencioso-administrativa.

Con este trabajo se cierra la sección de artículos mediante una discusión de especial interés para la teoría de las fuentes del Derecho y la evolución del Derecho administrativo. Su planteamiento invita a revisar las categorías tradicionales y a cuestionar si los marcos conceptuales y normativos vigentes responden adecuadamente a las nuevas dinámicas de regulación de la Administración pública.

Finalmente, esta edición incorpora una **ponencia** que amplía el diálogo académico más allá de nuestras fronteras y fortalece la proyección internacional de la producción jurídica de nuestra Facultad. Se trata del trabajo presentado por el maestro Manuel Alejandro Cea Morales, jefe del Departamento de Derecho Privado y Procesal, titulado *"Armonización probatoria en el ámbito de las obligaciones: de la rigidez documental decimonónica a la constitucionalización de la prueba en el Código Procesal Civil y Mercantil"*, expuesto en la Universidad Pontificia Comillas de Madrid, España. La ponencia aborda la tensión existente entre las disposiciones probatorias del Código Civil salvadoreño de 1860, que restringen la prueba testimonial para obligaciones superiores a doscientos colones (equivalentes a 22.86 dólares estadounidenses), conforme a sus artículos 1580 y 1582, y el sistema procesal moderno instaurado a partir de la Constitución de 1983 y del Código Procesal Civil y Mercantil de 2010, fundamentado en la oralidad y la sana crítica. El autor parte de la consideración de que el tráfico cotidiano de las relaciones civiles y mercantiles en El Salvador se desarrolla mayoritariamente mediante acuerdos consensuales o canales digitales, sin que necesariamente exista intervención notarial. El autor, propone una reforma legislativa basada en el modelo de "Libertad Probatoria Condicionada", que permita actualizar la cuantía de manera dinámica, tomando como referencia cuatro salarios mínimos del sector comercio, y reconocer expresamente los mensajes digitales, como los intercambios de WhatsApp y los correos electrónicos, en calidad de principio de prueba por escrito.

Es así que el volumen 10 de la Revista Derecho reúne una diversidad de investigaciones que, desde distintas áreas y perspectivas, contribuyen a enriquecer el pensamiento jurídico y a examinar los desafíos que enfrenta el Derecho en nuestras sociedades. Los trabajos aquí presentados abordan cuestiones constitucionales, administrativas, civiles, procesales, penales y de derechos humanos; algunos revisan instituciones tradicionales, otros proponen nuevas interpretaciones y varios plantean respuestas frente a las transformaciones sociales, tecnológicas y políticas contemporáneas. Esta pluralidad constituye, precisamente, una de las mayores riquezas de nuestra publicación; comprender el Derecho no como un conocimiento acabado e inmutable, sino como una disciplina en permanente construcción, que exige estudio, reflexión crítica y capacidad para cuestionar sus propios fundamentos.

Como editora de la Revista Derecho y coordinadora de la Unidad de Investigación, considero que alcanzar este décimo volumen es también una oportunidad para reconocer el trabajo colectivo que ha hecho posible mantenerla durante una década de gestión editorial. Ningún proyecto académico de esta naturaleza se construye de manera individual. Por ello, expreso mi profundo agradecimiento a todo el equipo de la Unidad de Investigación, cuyo compromiso, dedicación y esfuerzo cotidiano hacen posible que la revista continúe fortaleciéndose, actualizándose y manteniendo los estándares académicos que hoy la distinguen. Extiendo también mi reconocimiento a nuestro Consejo Editorial, integrado por destacados juristas nacionales e internacionales, y al Consejo Revisor, cuya participación y rigurosidad académica enriquecen cada edición mediante la diversidad de experiencias, perspectivas y criterios especializados. De igual manera, agradezco a cada uno de los autores que han confiado sus investigaciones a esta publicación, pues su contribución constituye la razón de ser de nuestro esfuerzo.

Diez años de trabajo editorial, permiten mirar con satisfacción el camino recorrido, pero, sobre todo, nos comprometen con los desafíos que aún tenemos por delante. Nuestro propósito continúa siendo fortalecer la Revista Derecho como un espacio abierto al conocimiento, al intercambio académico y a la difusión de investigaciones que contribuyan al desarrollo de las ciencias jurídicas, tanto en El Salvador como en el ámbito internacional. Aspiramos a que cada volumen no solo reúna aportes científicos, sino que motive nuevas preguntas, propicie el debate y estimule a las presentes y futuras generaciones de profesionales a estudiar, investigar y transformar críticamente la realidad desde el Derecho.

Que esta publicación, sea además de una celebración un llamado inspirador a futuros investigadores a continuar escribiendo y estudiando sobre el Derecho, entendiendo que la Revista es una puerta al mundo para su divulgación.

ARTÍCULOS

Revista Derecho

VOLUMEN 10 (2026)
Noviembre 2025 - Noviembre 2026

ISSN: 2411-1465
e-ISSN: 2789-3960

Reforma a la reelección presidencial en El Salvador, dentro de un sistema democrático

Reform of residential reelection in El Salvador within a democratic system

Mónica Zoraida Luna de Acosta
(Candidata a doctora en Derecho por la Universidad Latinoamericana de Ciencias Jurídicas, Estados Unidos)
https://orcid.org/0009-0005-6112-0086
Correspondencia: moonica06luna@gmail.com

DOI: https://doi.org/10.66778/RD.v10n01.01

CC BY NC

Recibido: 21-11-2025
Aceptado: 16-07-2026

Revista Derecho Vol. 10 (2026)
https://revistas.ues.edu.sv/index.php/revder
ISSN: 2411-1465 | e-ISSN: 2789-3960

REFORMA A LA REELECCIÓN PRESIDENCIAL EN EL SALVADOR, DENTRO DE UN SISTEMA DEMOCRÁTICO

Mónica Zoraida Luna de Acosta

RESUMEN

El artículo presenta un análisis académico sobre la reforma de la Constitución de El Salvador relacionada a la reelección presidencial, bajo un sistema democrático y el planteamiento de diferentes posiciones doctrinarias y jurisprudenciales nacionales e internacionales sobre el alcance de la norma. Se hace un análisis sobre el sistema democrático del país, así como un recorrido por las diferentes regulaciones sobre la reelección presidencial que han estado vigente en las diferentes leyes primarias. El enfoque del artículo se centra en la reforma del artículo 152 de la Constitución de la República que establece los requisitos para la elección de candidatos a la presidencia de la República, se describe el contexto en que se ejecuta esta reforma hasta considerar si los elementos del sistema democrático están vinculados a una figura de presidente reelecto de forma consecutiva o no.

PALABRAS CLAVE: alternabilidad en el poder - democracia - derecho constitucional - reforma constitucional - reelección presidencial

REFORM OF RESIDENTIAL REELECTION IN EL SALVADOR WITHIN A DEMOCRATIC SYSTEM

Mónica Zoraida Luna de Acosta

ABSTRACT

This study examines the constitutional amendment governing presidential reelection in El Salvador within the framework of constitutional democracy, engaging with domestic and international legal scholarship and case law on the scope of the reform. After assessing the country's democratic model and tracing how presidential reelection has been regulated across successive Salvadoran Constitutions, the analysis centers on the amendment to article 152 of the Constitution, which sets forth the eligibility criteria and disqualifications for presidential candidacy. By contextualizing the enactment of this reform, the article evaluates whether the core principles of a democratic system depend on prohibiting or permitting consecutive -as opposed to non-consecutive- presidential reelection.

KEYWORDS: alternation in power - democracy - constitutional law - constitutional amendment - presidential reelection

Reforma a la reelección presidencial en El Salvador, dentro de un sistema democrático

Mónica Zoraida Luna de Acosta[1]
Estados Unidos

Introducción

La reelección presidencial ha sido un tema de interés político de los mandatarios que ostentan el poder, en contraposición de quienes están en desacuerdo con esta práctica y política electoral, porque atenta con la democracia. El Salvador es un país que ha permitido la reelección presidencial desde la primera Constitución de 1824, hasta la Constitución de la República vigente de 1983; siendo la reelección no inmediata la que el cuerpo normativo primario del país ha permitido por más de un centenar de años. En este contexto, desde el año 2013 a la fecha, mediante jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia se dictaron sentencias que habilitan una interpretación sobre la reelección presidencial inmediata, y luego en agosto del año 2025, se aprueba una reforma constitucional que cambia el tipo de reelección presidencial a indefinida.

El sistema político de El Salvador por mandato constitucional es democrático, republicano y pluralista y en torno a esta organización de gobierno se ha desarrollado la práctica de reelección presidencial no inmediata o alterna

1 Licenciada en Ciencias Jurídicas, abogada y notaria, máster en Docencia Universitaria y candidata a doctora en Derecho por la Universidad Latinoamericana de Ciencias Jurídicas. Secretaria general de la Universidad Autónoma de Santa Ana, El Salvador.

Para escribir en nuestra revista, consulta las bases aquí

y a partir de la reforma se posibilita de manera indefinida, siempre en el mismo sistema democrático, ya que éste no fue modificado por norma.

Con base en esta reforma constitucional sobre la reelección presidencial indefinida en un sistema democrático, que ha sido cuestionada por algunos sectores de la población, se plantea la interrogante: ¿La reforma a la Constitución de la República de El Salvador que permite la reelección presidencial indefinida es congruente con el sistema democrático del país?

Para el análisis del cuestionamiento anterior se realizó una investigación doctrinaria, jurisprudencial y legal, considerando como criterios de inclusión de la información: textos académicos, libros, artículos científicos, resoluciones, instrumentos jurídicos internacionales, así como estudios comparativos en países que han implementado la reelección presidencial indefinida. Para desestimar la información se ha considerado como criterio de exclusión: los abordajes de reelección presidencial en gobiernos no democráticos y fuentes no confiables.

I. Contexto democrático en El Salvador

El Salvador es un país que consolida su democracia tras los Acuerdos de Paz. Existen buenos y consistentes argumentos para sostener que el proceso de democratización en El Salvador inició a principios de la década de 1980, pero es con la incorporación de un escenario político con ofertas de izquierda, centro y derecha entre las cuales los ciudadanos —sin presiones o coerciones externas— podían elegir; siendo éste un requisito básico de la democracia, el pluralismo ideológico y político.[2]

La democracia corresponde al poder que se le atribuye al pueblo para la toma de decisiones y su ejecución en el rumbo del país, con el fin de garantizar el respeto de los derechos humanos, libertades fundamentales y el

2 Universidad Centroamericana José Simeón Cañas, "El proceso de democratización en El Salvador" , *Proceso,* n. 852, 1999 (2019), https://www.uca.edu.sv/publica/proceso/proc852.html#editorial

Estado de derecho. El poder puede ser ejercido por el pueblo de dos formas: directa, cuando éste decide a través del sufragio para elegir a sus gobernantes, Derecho constitucional de todo ciudadano reconocido en el art. 72 numeral 1 de la Constitución de la República; y de forma indirecta, cuando una vez electos los gobernantes, toman decisiones en representación del pueblo, en el ejercicio de las atribuciones y competencias que la ley primaria y secundaria le otorgan a través de los órganos del Gobierno tal como establece el art. 86 inc. 1 de la Constitución de la República. Por ello la democracia funciona por medio de las acciones: elegir, representar, deliberar y decidir. Éstas bajo ciertas condiciones, expresan los momentos en los cuales se articula la vida pública de una sociedad democrática.[3]

En el ejercicio de la democracia, la elección de los gobernantes se realiza aun cuando persisten problemas sociales, económicos y políticos que afectan internamente a los países en Latinoamérica.[4] En El Salvador, estas circunstancias forman parte del debate político y son utilizadas por los gobernantes para respaldar o cuestionar sus estrategias de permanencia en el poder, como ocurre en la discusión sobre la reelección presidencial. En este escenario, el pueblo puede expresar su apoyo a la reelección inmediata o indefinida, por diversas razones: a) debido a que ven puestas sus esperanzas en la continuación de un trabajo satisfactorio; b) existe la convicción que un nuevo período pueden mejorar su actuación; o c) en último caso, como resultado de estrategias de carácter populista que inciden en las preferencias electorales.

La Constitución de la República de El Salvador de 1983 (vigente), establece en su Art. 85:

3 José Alejandro Amaya, *Democracia, Constitución y Control, el Poder del juez Constitucional,* (s.f.), 26, https://gozaini.com/wp-content/uploads/2023/11/Democracia-Constitucion-y-Control.-Jorge-Amaya.pdf

4 Orestes Enrique Díaz Rodríguez y Andrea Santibáñez Espinoza de los Monteros, "Popularidad presidencial y alternancia o continuidad en el poder en América Central: Un estudio comparado" *Anuario de Estudios Centroamericanos,* vol. 49 (2023), https://www.scielo.sa.cr/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2215-41752023000100078&lang=es

"El Gobierno es republicano, democrático y representativo. El sistema político es pluralista y se expresa por medio de los partidos políticos, que son el único instrumento para el ejercicio de la representación del pueblo dentro del Gobierno. Las normas, organización y funcionamiento se sujetarán a los principios de la democracia representativa. La existencia de un partido único oficial es incompatible con el sistema democrático y con la forma de gobierno establecidos en esta Constitución".[5]

La ley primaria establece un sistema político democrático, es decir es el pueblo quien ejerce la soberanía, decidiendo cómo será el gobierno y sus gobernantes, considerando el respeto de los derechos humanos como un elemento clave para que exista verdadera democracia, divorciándose de un estado totalitario o autoritario. La democracia que prevalece en El Salvador es la *representativa* ya que el pueblo deposita la administración de la res pública por medio de sus representantes a través del voto. John Hart Ely considera que, en una democracia representativa, las determinaciones valorativas deben ser adoptadas por los representantes elegidos y si, de hecho, la mayor parte no está de acuerdo, se puede votar para removerlos de sus cargos.[6]

Jean Jacques Rousseau define a la democracia como la forma de gobierno en el que la soberanía se deposita del gobierno a todo el pueblo o a su mayoría, de suerte que haya más ciudadanos magistrados que simples particulares; a diferencia de la aristocracia en la que se puede depositar en menos manos para limitar el gobierno, de manera que resulten más ciudadanos que magistrados, o de la monarquía, en donde se puede concentrar todo el gobierno en un magistrado único de quien los demás reciben el poder. También aborda el tipo de democracia directa en la que las decisiones del gobierno son tomadas

5 Constitución de la República de El Salvador (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 1983), artículo. 85.

6 John Hart Ely, *Democracia y Desconfianza, una teoría del control constitucional* (Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 1997), 35, https://es.scribd.com/document/466672911/DEMOCRACIA-Y-DESCONFIANZA

por todo el pueblo y, en este caso, solo se ejecutan;[7] empero, su planteamiento en términos de democracia es el punto de partida para la democracia representativa que se establece en El Salvador, siendo particularmente importante reconocer que la contraposición a la democracia es la aristocracia y la monarquía, por lo que el sistema democrático debe tener claramente definido su límite para no caer en otra forma de gobierno.

La Organización de los Estados Americanos, OEA, en la Carta Democrática Interamericana, mandata:

> *"Artículo 3. Son elementos esenciales de la democracia representativa, entre otros, el respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales; el acceso al poder y su ejercicio con sujeción al estado de derecho; la celebración de elecciones periódicas, libres, justas y basadas en el sufragio universal y secreto como expresión de la soberanía del pueblo; el régimen plural de partidos y organizaciones políticas; y la separación e independencia de los poderes públicos".*[8]

Y en su artículo 7 determina que:

> *"La democracia es indispensable para el ejercicio efectivo de las libertades fundamentales y los derechos humanos, en su carácter universal, indivisible e interdependiente, consagrados en las respectivas constituciones de los Estados y en los instrumentos interamericanos e internacionales de derechos humanos".*[9]

Este instrumento internacional establece un ordenamiento jurídico que deben aplicar los Estados que han adoptado la democracia como mecanismo para la administración del gobierno. Un elemento vinculante y necesario para el ejercicio de la misma, es el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales que se reconocen por mandato constitucional y por norma internacional; por ello no se puede considerar un sistema democrático en un

7 Jean Jacques Rousseau, *El Contrato Social o Principios de Derecho Político* (Buenos Aires: Editorial Losada S.A, 2003), 99, https://proletarios.org/books/Rousseau-El_contrato_social.pdf

8 Carta Democrática Interamericana (Lima: Organización de Estados Americanos, 2001), art. 3, https://www.oas.org/Charter/docs_es/resolucion1_es.htm

9 *Ibíd.*, Art. 7.

escenario de violaciones de derechos fundamentales. La Constitución de El Salvador reconoce en su art. 2 como derechos fundamentales el derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la libertad, a la seguridad, al trabajo, a la propiedad y posesión, y a ser protegida en la conservación y defensa de los mismos, como derechos individuales; también reconoce dentro de los derechos sociales el derecho a la familia, trabajo y seguridad social, a la educación ciencia y cultura, a la salud pública y asistencia social.[10]

La ley primaria ha evolucionado en la forma de reelección presidencial en El Salvador, la cual se presenta en la siguiente línea de tiempo:

Tabla 1: Evolución reelección presidencial en El Salvador

Constitución que establece reelección inmediata por una sola vez

Año de constitución	Base legal	Periodo presidencial
Constitución de 1824	Art. 37	4 años
Constitución de 1864	Art. 33	4 años

Constitución que establece reelección no inmediata con el requisito que pase un periodo igual al reelecto

Año de constitución	Base legal	Periodo presidencial
Constitución de 1841	Art. 44	2 años
Constitución de 1871	Art. 43	2 años
Constitución de 1872	Art. 84	4 años
Constitución de 1880	Art. 78	4 años
Constitución de 1883	Art. 76	4 años
Constitución de 1886	Art. 82	4 años
Constitución de 1939	Art. 92 y 94	6 años
Constitución de 1945	Art. 82	4 años
Constitución de 1950	Art. 62	6 años
Constitución de 1962	Art. 63	5 años
Constitución de 1983	Art. 154	5 años (antes de la reforma 2025)

Fuente: elaboración propia, con base en las constituciones que han estado vigente en El Salvador desde 1824 hasta la fecha.

10 Véase la Constitución de la República de El Salvador, (Asamblea Legislativa, 1983), arts. 32-70.

El Salvador establecía un proceso de reelección presidencial alterna; a pesar de ello, tras la reforma constitucional de agosto del año 2025 realizado por la Asamblea Legislativa, el proceso de reelección presidencial se transforma en indefinido en el seno del mismo sistema democrático del país.

II. Reforma constitucional en El Salvador, Art. 152 Cn.

El marco de la reforma constitucional surge como resultado de la intención del más alto mandatario del país para continuar con su posición, el art. 152 Cn. condiciona la manera de ser reelecto presidente de la República, estableciendo un blindaje normativo con respecto a los tiempos en que éste puede ser reelecto.

Para la aplicación del art. 152 de la Constitución, antes de la reforma, la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador, por medio de una interpretación jurisprudencial,[11] había facultado la reelección inmediata mediante el cumplimiento del requisito de separarse de su alta magistratura por un periodo de seis meses antes del siguiente período presidencial, la Corte señaló que no podría prohibirse la inscripción de la candidatura presidencial para un segundo período, si éste solicitaba una licencia en ese tiempo y ordenó al Tribunal Supremo Electoral a permitir que una persona que ejerza la Presidencia de la República y no haya sido presidente en el período inmediato anterior participe en la contienda electoral por una segunda ocasión, la Sala hace la siguiente interpretación:

> *"El ordinal 1° del artículo 152 contiene una salvedad que dice: "o dentro de los seis meses anteriores al inicio del período presidencial", de ahí que de conformidad con dicha disposición, ha de requerirse al Presidente que se haya postulado como candidato presidencial para un segundo período que deba solicitar una licencia*

11 Sala de lo Constitucional, *Sentencia de Pérdida de derechos de ciudadanía, Referencia: 1-2021* (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2021).

durante los seis meses previos, a fin de lograr concordancia con el artículo 218 de la Constitución en el que se establece la prohibición de prevalerse del cargo para realizar propaganda electoral. En estos casos deberá sustituirlo el Vicepresidente, a quien, por defecto, el Constituyente sí le prohíbe inscribirse como candidato por la misma función que este desempeña los últimos seis meses que sustituye temporalmente al Presidente de la República".[12]

La anterior interpretación constitucional revoca el criterio pronunciado por la misma Sala,[13] en la cual se declara inconstitucional de un modo general y obligatorio, la resolución del Tribunal Supremo Electoral en la que inscribió a un expresidente de la República como candidato presidencial, fundamentándose en que el principio de alternabilidad en el ejercicio de la Presidencia de la República exige el transcurso de dos períodos del cargo antes de la eventual reelección de una misma persona y en este caso solo había transcurrido uno. En esta ocasión la Sala interpretó el término "inmediato anterior" como calificativo de "anteriores al inicio del período presidencial", que se refiere a la situación jurídica de presentarse como candidato, siendo al período presidencial que antecede al momento en que se realiza la postulación o se propone la candidatura, no debe haber ocupado en dos períodos presidenciales anteriores por el principio de alternabilidad del art. 88 de la misma Constitución.[14]

Bajo el contexto de la interpretación jurisprudencial sobre la reelección presidencial, surge la iniciativa de reformar la Constitución de la República, y es así que, por medio de Decreto Legislativo número 371 la Asamblea Legislativa de la República de El Salvador ratifica el Acuerdo de Reforma Constitucional número tres, publicado en el Diario Oficial N.º 143, Tomo N.º 448, de fecha 31 de julio del año 2025, que contiene la reforma constitucional que permite la reelección indefinida.

12 *Ibíd.*

13 Sala de lo Constitucional, *Sentencia de Inconstitucionalidad, Referencia: 163-2013* (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2014).

14 *Ibíd.*

El Decreto legislativo de ratificación de la reforma constitucional fue publicado en el Diario Oficial No. 144 Tomo No. 448 de fecha 01 de agosto de 2025 y entró en vigor 8 días después de su publicación. Una de las disposiciones de la reforma recae en el art. 152 Cn, la cual se muestra a través del cuadro comparativo siguiente:

Tabla No. 2. Comparación del art. 152 de la Cn. antes y después de la reforma

Art. 152. Constitución de la República de El Salvador. Reelección alterna	**Art. 152. Constitución de la República de El Salvador. (Reformado) Reelección indefinida Reforma Constitucional, agosto 2025**
Art. 152.- No podrán ser candidatos a Presidente de la República: 1º.- El que haya desempeñado la Presidencia de la República por más de seis meses, consecutivos o no, durante el período inmediato anterior, o dentro de los últimos seis meses anteriores al inicio del período presidencial; 2º.- El cónyuge y los parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad de cualquiera de las personas que hayan ejercido la Presidencia en los casos del ordinal anterior; 3º.- El que haya sido Presidente de la Asamblea Legislativa o Presidente de la Corte Suprema de Justicia durante el año anterior al día del inicio del período presidencial; 4º.- El que haya sido Ministro, Viceministro de Estado o Presidente de alguna Institución Oficial Autónoma y el Director General de la Policía Nacional Civil, dentro del último año del período presidencial inmediato anterior. (1) 5º.- Los militares de profesión que estuvieren de alta o que lo hayan estado en los tres años anteriores al día del inicio del período presidencial; 6º.- El Vicepresidente o Designado que llamado legalmente a ejercer la Presidencia en el período inmediato anterior, se negare a desempeñarla sin justa causa, entendiéndose que ésta existe cuando el Vicepresidente o Designado manifieste su intención de ser candidato a la Presidencia de la República, dentro de los seis meses anteriores al inicio del período presidencial; 7º.- Las personas comprendidas en los ordinales 2o., 3o., 4o., 5o. y 6o. del artículo 127 de esta Constitución.	Art. 152.- No podrán ser candidatos a Presidente de la República: 1º. El cónyuge y los parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad de cualquiera de las personas que hayan ejercido la Presidencia en el período que finaliza. 2º. El que haya sido Presidente de la Asamblea Legislativa o Presidente de la Corte Suprema de Justicia durante el año anterior al día del inicio del período presidencial; 3º. El que haya sido Ministro, Viceministro de Estado o Presidente de alguna institución oficial autónoma y el Director General de la Policía Nacional Civil, dentro del último año del período presidencial inmediato anterior. 4º. Los militares de profesión que estuvieren de alta o que lo hayan estado en los tres años anteriores al día del inicio del período presidencial; 5º. El Vicepresidente o Designado que llamado legalmente a ejercer la Presidencia en el período inmediato anterior, se negare a desempeñarla sin justa causa, entendiéndose que ésta existe cuando el Vicepresidente o Designado manifieste su intención de ser candidato a la Presidencia de la República, dentro de los seis meses anteriores al inicio del período presidencial; 6º. Las personas comprendidas en los ordinales 2°, 3°, 4°, 5° y 6°, del artículo 127 de esta Constitución.”

Fuente: elaboración propia, a partir de la Constitución de 1983 con sus reformas.[15]

15 Constitución de la República de El Salvador (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 1983).

El art. 152 de la Constitución se orienta a establecer las prohibiciones o limitaciones para los candidatos a la presidencia. Antes de la reforma se establecía que no podría ser candidato a la presidencia el ciudadano que la hubiese desempeñado por más de seis meses, consecutivos o no, durante el período inmediato anterior, o dentro de los últimos seis meses anteriores al inicio del período presidencial. Con la reforma constitucional (2025) esta restricción es eliminada, lo que a contrario *sensu* de la norma y aplicando el principio de *permissum videtur id omne quod non prohibitur*,[16] se abre la puerta para que el ciudadano que ostenta un cargo de presidente de la República pueda postularse como candidato al siguiente período presidencial, sin ningún impedimento.

Es así que en El Salvador la reelección presidencial indefinida se permite en un marco normativo que establece un sistema de gobierno democrático, por ello se procederá a analizar la siguiente interrogante: ¿La reelección presidencial indefinida que permite el marco constitucional de El Salvador es congruente con un sistema de gobierno democrático?

III. Reelección presidencial

Según la definición de Nohlen,

> *"La reelección presidencial es el derecho de un ciudadano (y no de un partido) que ha sido elegido y ha ejercido una función pública con renovación periódica de postular y de ser elegido una segunda vez o indefinidamente para el mismo cargo (ejecutivo)".*[17]

16 El aforismo *permissum videtur id omne quod non prohibitor*, tiene como significado que se considera permitido todo lo no prohibido.

17 Ilka Treminio Sánchez, "Llegaron para quedarse …Los procesos de reforma a la reelección presidencial en América Latina", *Revista de Ciencia Política* No. 3, Vol. 35 (2015): 537, https://revistacienciapolitica.uc.cl/index.php/rcp/article/view/5718/5370

En contraposición del anterior planteamiento Ernesto Cárdenas y Federico Corredor, consideran que la reelección presidencial pone en riesgo la estabilidad de las instituciones y favorece la transición hacia un régimen no democrático, ya que la reelección representa el poder que se concentra y no la gestión.[18] La Comisión Europea para la Democracia por el Derecho, identificada como Comisión de Venecia, contempla que la reelección no puede ser concebida como un derecho humano, pues se fundamenta en el derecho de votar y ser votado, en todo caso por haber sido electo en el periodo anterior, ya se ejerció este derecho; por ello, la prohibición a la reelección no debe interpretarse como una violación de un ejercicio en el cual ya se participó libremente. En este orden de ideas, se advierte que de reconocer el derecho humano a la reelección sería aceptar que el derecho humano a la participación política no puede garantizar los intereses y las expectativas legítimas.

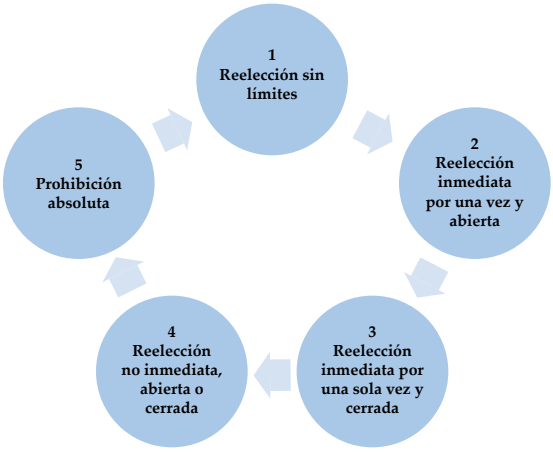
En esta discusión, sobre si la reelección presidencial es o no un derecho humano, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos aclaran que el derecho a ser reelegido no es un derecho humano reconocido en la Convención Americana sobre Derechos Humanos,[19] es así que la reelección presidencial indefinida no se encuentra protegida como un derecho autónomo, ni reconocida en el *corpus iuris* del derecho internacional de los derechos humanos, en otros tratados internacionales, en la costumbre regional, ni en los principios generales de Derecho.

18 Ernesto Cárdenas y Federico Corredor, "El juez constitucional y la reelección presidencial en américa latina", *Revista de Economía Institucional*, N. 38, vol. 20 (2018): 45, https://www.redalyc.org/journal/419/41956121003/html/

19 Convención Americana sobre Derechos Humanos (San José: Convención Americana sobre Derechos Humanos,1969), https://www.oas.org/es/cidh/mandato/documentos-basicos/convencion-americana-derechos-humanos.pdf. La Convención Americana sobre Derechos Humanos fue firmada por El Salvador, el 22 de noviembre de 1969 y ratificada su adhesión el 20 de junio de 1978, instrumento internacional que conforme al art. 144 de la Constitución de la República.

En medio de esta discusión del reconocimiento de la reelección como un derecho humano, se identifica una tendencia hacia el aumento de países democráticos que viaja en paralelo con la relajación de los límites a la reelección.[20] A continuación, se presentan los sistemas de reelección en América Latina en el siguiente esquema:

Esquema No. 1: Sistema de reelección en América Latina



Fuente: Elaboración propia con base en Serrafero.[21]

La transición de la democracia en la mayoría de los países latinoamericanos inicia con una prohibición o límites de intervalo a la reelección presidencial; sin embargo, este escenario fue cambiando hacia una mayor relajación de la norma hasta llegar a alcanzar un tipo extremo de levantamiento de límites y generar un proceso incremental de permisividad de los diferentes sistemas reeleccionistas,[22] es decir, el proceso de cambio en la forma de reelección puede pasar de estar prohibido en un país, y cambiar a una reelección alterna,

20 Ilka Treminio Sánchez, "Llegaron para quedarse …Los procesos de reforma a la reelección presidencial en América Latina", *Revista de Ciencia Política* No. 3, Vol. 35 (2015): 537, https://revistacienciapolitica.uc.cl/index.php/rcp/article/view/5718/5370

21 *Ibíd.*

22 *Ibíd.*

inmediata o ilimitada; y, si parten de la inmediata o alterna, su aspiración será hacia aumentar los períodos consecutivos de mando o hacia la ilimitada.

IV. Reelección presidencial indefinida y democracia

Si bien es cierto la reelección presidencial indefinida, podría ser parte de las prácticas de la democracia de los estados, existen posiciones que responden a si la primera es una condición excluyente para que exista la segunda.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, CIDH conceptualizó la reelección presidencial indefinida como la permanencia en el cargo de la persona que ejerza la Presidencia de la República por más de dos períodos consecutivos de duración razonable, sin que esa duración pueda ser modificada durante la vigencia del mandato de aquél.[23]

i. Armonía con el orden democrático

La Sala de lo Constitucional, Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela, determinó que:

> *"la reelección no supone un cambio de régimen o forma del Estado, y muy por el contrario, reafirma y fortalece los mecanismos de participación dentro del estado democrático, social de derecho y justicia. Asimismo es factible que estemos en presencia de una democracia aun cuando un gobernante sea elegido tres, cuatro o cinco veces, pues el pueblo, titular de la soberanía, decide tomar esa decisión".*[24]

23 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Opinión Consultiva OC-28/21 sobre La reelección presidencial indefinida es contraria a la convención y declaración americana* (San José: Corte IDH, 2021), párrafo 38, 15, https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_28_esp.pdf?

24 Gustavo Alberto Manzo Ugas, "Panorama actual de la reelección presidencial. Análisis jurídico comparado dirigido a establecer el estado de la democracia", *Novum Jus*, No. 1, Vol.14 (2022), https://doi.org/10.14718/NovumJus.2020.14.1.9

Gélineau refiere que, si no existe una reelección presidencial consecutiva, las posibilidades del electorado de aprobar la gestión del gobierno saliente se dificulta.

> *"Si bien la era democrática se inició con la idea de superar el continuismo mediante una fórmula institucional que uniera el principio de alternancia a la democracia, dos décadas después se ha dejado de lado en la gran mayoría de países de la región y se ha apostado por la innovación institucional en esta materia ampliando la gama y variedades de reelección presidencial".*[25]

Dieter Nohlen hace un planteamiento interesante con respecto a la reelección y es que enfoca su análisis en que la alternabilidad en el gobierno no da cumplimiento por sí misma a la teoría democrática; sino por el contrario, el principio de la elección de los mandatarios y de la periodicidad de las elecciones prevalecen más para el cumplimiento de la democracia.[26]

ii. Reelección presidencial: contrario a un sistema democrático

Algunos autores plantean que la reelección presidencial indefinida puede ir en contra de un sistema democrático: Ilka Treminio Sánchez considera que la reelección ilimitada, abre la discusión sobre el riesgo de retroceder en la consolidación democrática, además de reforzar una tendencia; por su parte Zovatto señala que la *fiebre reeleccionista* es una mala noticia para la región, cuya característica central, es la debilidad institucional, un problema que no se resuelve mediante líderes carismáticos, sino a través de la calidad de las instituciones, la madurez de los ciudadanos y la cultura cívica.[27] Por su parte

25 Ilka, "Llegaron para quedarse …Los procesos de reforma a la reelección presidencial en América Latina", 537.

26 Dieter Nohlen, "XV. La Reelección" en *Tratado de derecho electoral comparado* (México: International Institute for Democracy and Electoral Assistance, 2007), 287, https://www.idea.int/sites/default/files/publications/chapters/tratado-de-derecho-electoral-comparado-de-america-latina/tratado-de-derecho-electoral-comparado-de-america-latina-chapter-15.pdf

27 Ilka Treminio Sánchez, "Las reformas a la reelección presidencial en América Latina", *Estudios Sociológicos XXXI,* no. 91 (2013): 59-85, https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=59830136003

la Declaración de Santiago de Chile, refiere que el ejercicio del poder sin plazo alguno es incompatible con el ejercicio efectivo de la democracia.[28]

La caracterización que hace la Corte Interamericana de Derechos Humanos de la democracia apunta, a que no es compatible con la reelección presidencial indefinida, aclara la Corte que no es suficiente que se lleven a cabo procesos de elección por parte del pueblo a través del voto para constituir la democracia; sino que debe funcionar conforme a las premisas: a) de limitar el poder y que proteja a las minorías; b) la periodicidad de las elecciones y el pluralismo político; c) evitar que una persona se perpetúe en el poder; y, d) garantizar la alternancia y la separación de poderes.

i. Prohibición de reelección presidencial indefinida

Como antes se ha expresado, el juicio de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre la reelección presidencial indefinida es que ésta es contraria a los principios de una democracia representativa y, por ende, a las obligaciones establecidas a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, incluido su preámbulo, la Carta de la Organización de los Estados Americanos, la Carta Democrática Interamericana y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.[29]

La Corte establece una prohibición de la reelección presidencial indefinida con el objetivo de evitar que una persona se perpetuara en el poder y, de este modo, asegurar el pluralismo político, la alternancia en el poder y proteger el sistema de frenos y contrapesos que reforzaban la separación de poderes, en tal panorama la prohibición de la reelección presidencial indefinida

28 Acta final de la quinta reunión de consulta de ministros de Relaciones Exteriores, (Santiago de Chile: Secretaría General de la Organización de Estados Americanos,1959), https://www.dipublico.org/124635/acta-final-de-la-quinta-reunion-de-consulta-de-ministros-de-relaciones-exteriores-santiago-de-chile-12-a-18-de-agosto-de-1959/. El Salvador participó en la quinta reunión de consulta de Ministros de Relaciones Exteriores Santiago de Chile que se celebró del 12 al 18 de agosto de 1959 y fue parte de la aceptación de los acuerdos que se establecieron en la declaración.

29 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *La reelección presidencial indefinida es contraria a la convención y declaración americana* (San José: Corte IDH, 2021), https://www.corteidh.or.cr/docs/comunicados/cp_53_2021.pdf

se convierte en una salvaguarda a la democracia donde prevalezca los beneficios de la sociedad, sobre la limitación de la reelección.

Para considerar en el análisis sobre la congruencia de la reelección presidencial indefinida, considerando criterios doctrinarios, jurisprudencia y la normativa se consolida el siguiente cuadro:

Tabla No. 3. Resumen comparativo sobre posición doctrinaria y jurisprudencial, y reelección presidencial indefinida

REELECCIÓN PRESIDENCIAL INDEFINIDA	En armonía con el orden democrático	Contrario a un sistema democrático
Criterios doctrinarios		
Sánchez 2013		X
Zovatto (2009)		X
Gélineau (2007)	X	
Sánchez (2015)	X	
Nohlen (2007)	X	X (no se opone)
Cárdenas & Corredor (2018)		X
Jurisprudencia		
La Sala de lo Constitucional Tribunal Supremo de Justicia, República Bolivariana de Venezuela 2009	X	
Corte Interamericana de Derechos Humanos 2021		X
Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2021		X
Normativa		
Declaración de Santiago de Chile de 1959		X
Convención Americana		X
Carta Democrática Interamericana		X
Declaración Americana de los Derechos y Deberes del hombre		X

Fuente: elaboración propia.

V. Discusión y análisis

La reelección presidencial indefinida es el resultado de la evaluación e innovación de la democracia, que ha iniciado desde esfuerzos por la implementación de una reelección alternativa o inmediata y que tras cambios de gobierno ha resultado en una reelección indefinida.

En El Salvador por norma constitucional la democracia existente, es la representativa, que otorga el poder al pueblo para que sea representado por medio de la elección de mandatarios a cargo del gobierno que, de acuerdo con la reforma constitucional, está sujeto a reelección presidencial indefinida.

La reelección presidencial indefinida podría estar en armonía con el orden democrático, debido a que es el pueblo quien legitima el proceso de reelección a través de la participación y decisión, a través del voto, para que se continúe o finalice un candidato. Si la democracia se basa, no en los períodos presidenciales, sino en la oportunidad del pueblo de elegir, se debe considerar que la madurez del pueblo que elige es determinante también para la garantía de la democracia, es decir, el pueblo debe manifestar un voto pensado, crítico, y responsable. Caso ejemplo es el proceso de elección de los diversos cargos del Poder Judicial de la Federación que sucedió en México en junio 2025, en donde fue el pueblo quien sin conocimiento de la relevancia de los mandatarios responsables de la administración de justicia, eligieron sin más análisis del perfil que estos jueces y magistrados requieren para el ejercicio de su función. De ahí que, existe el riesgo dentro de una democracia ejercida por votación del pueblo, que el populismo en el proceso de elecciones no permita una elección certera de sus mandatarios.

Así también, se ha considerado válido dentro de un sistema democrático, el cumplimiento de un mandato presidencial consecutivo, porque de esta manera se puede evaluar la gestión; de ahí que, la dinámica de la democracia se puede ver afectada por situaciones económicas, políticas y sociales del país, esto repercutirá favorable o desfavorablemente al momento

de la votación y elección de los representantes del pueblo cuando ejerzan su derecho constitucional del sufragio.

Otro enfoque de la democracia, es el que está asociado al respeto de los derechos humanos y libertades fundamentales; por ello, quien está a cargo de la administración del poder debe tomar las decisiones que están orientadas a proteger y garantizar el ejercicio y goce de estos derechos; esto vinculado con el planteamiento de la OEA sobre la democracia representativa, y al ejercicio de poder que conlleve al respeto del Estado de derecho, que la forma de elección sean justas y libres, al pluralismo y separación e independencia de poderes públicos. Este último punto es relevante en un sistema democrático, el cual podría quebrantarse en el ejercicio de una presidencia ilimitada, que conlleve a la pérdida de la independencia de poderes, tras la gobernanza del mandatario, quien prepara un escenario político para que esto así suceda.

Considerando el anterior enfoque que vincula la existencia de la democracia con el respeto del Estado de derecho, garantías fundamentales, proceso de elección y separación e independencia de poderes; surge la siguiente interrogante: ¿Atenta con la democracia, un mandatario que gobierna bajo la reelección presidencial indefinida, que respeta y garantiza los derechos humanos y libertades, el Estado de derecho y separación de poderes?

El art. 152 Cn. es la base constitucional de la cual se interpreta la habilitación a una reelección presidencial indefinida, ello porque con la reforma de tal disposición, se elimina la normativa que antes no permitían el concurso político por ciertos ciudadanos; y hoy, sí se permite. El caso de El Salvador sobre la reelección presidencial indefinida a través de la reforma constitucional, se ha desarrollado en una coyuntura política en donde el partido de gobierno tiene la mayoría en el Órgano Legislativo, y quien ha nombrado a los mandatarios que dirigen el Órgano Judicial, esto ha permitido: (i) que las recientes reformas de la constitución fluyan en los tiempos políticamente exactos sin ninguna restricción; y (ii) que existan interpretaciones de la Constitución para la continuación de la

reelección presidencial continua o inmediata. Esto conlleva a que, en El Salvador, exista el riesgo de que se cumplan dos de las cuatro premisas que establece la Corte IDH como contrarias a la democracia: 1) la perpetuación del poder y 2) la no alternancia y separación de poderes.

En cuanto al reconocimiento de la reelección presidencial indefinida como derecho humano, la Comisión de Venecia deja en evidencia una fundamentación contradictoria, ya que, por un lado manifiesta que el ciudadano ha gozado de este derecho; por consiguiente, es responsabilidad de la normativa establecer limitantes previendo posibles consecuencias negativas en la forma de gobernar. Y por otro, expresa que no se puede aceptar como derecho humano, porque ello conlleva a permitir que este mismo derecho reconocido solo responda a los intereses de quien ejerce este derecho. Por su parte, la Convención Americana de Derechos Humanos, no reconoce el derecho humano de la reelección presidencial, dejando clara la postura internacional sobre este ejercicio político. Es así que, si aplicamos estas posiciones a la situación en El Salvador, vemos que el derecho que reconoce la Constitución no es a la reelección presidencial como tal, sino el derecho de ser candidato presidencial en cumplimiento de requisitos de ley.

VI. Conclusión

Al hacer un análisis de los criterios doctrinarios, jurisprudenciales y normativos, se puede concluir que en su mayoría se rechaza la reelección presidencial indefinida como parte de un sistema democrático, ello se respalda con instrumentos internacionales como la Convención Americana de Derechos Humanos, la Carta Democrática Interamericana y las resoluciones de la Comisión Interamericana de los Derechos Humanos que categóricamente hablan de una prohibición de este modelo de reelección presidencial indefinida. Sin embargo, algunos países de Latinoamérica particularmente El Salvador permite

este proceso bajo mandato constitucional, lo que puede ser resultado de la innovación de la democracia o simplemente es una demostración de poder frente a organismos internacionales.

El Salvador posee un sistema democrático representativo, es decir, el poder lo ejerce el pueblo y es el primer mandatario del gobierno a quien se le ha delegado defender los intereses, derechos y libertades de su pueblo. El actual mandatario presidencial, fue electo mediante una reelección inmediata - en un segundo periodo-, y, a partir de ello, se promueve la reforma de reelección presidencial indefinida que le permitirá convertirse en candidato a la presidencia por un tercer período. En este contexto, la posibilidad de una nueva postulación presidencial constituye un mecanismo mediante el cual el pueblo, como titular de la soberanía, evalúa la gestión desarrollada durante el período constitucional correspondiente y, con base en esa valoración, decide libremente si otorga o no un nuevo mandato al presidente en funciones, reafirmando así que la permanencia en el poder depende de la voluntad popular expresada en elecciones libres, periódicas y competitivas.

No obstante, la decisión del pueblo, una reforma constitucional de reelección presidencial indefinida en un sistema democrático no puede ser coherente cuando no existe respeto de los derechos humanos y libertades fundamentales, cuando se violenta el Estado de derecho, cuando se pierde la separación e independencia de poderes, y en donde no existe un pluralismo político.

Bibliografía

» Amaya, José Alejandro. *Democracia, Constitución y Control, El Poder del juez Constitucional.* (s.f.). https://gozaini.com/wp-content/uploads/2023/11/Democracia-Constitucion-y-Control.-Jorge-Amaya.pdf

» Cárdenas, Ernesto. "El juez constitucional y la reelección presidencial en América Latina". *Revista de Economía Institucional*, n. 38, vol. 20 (2018): 45. https://www.redalyc.org/journal/419/41956121003/html/

» Carta Democrática Interamericana. Organización de Estados Americanos. 2001. https://www.oas.org/Charter/docs_es/resolucion1_es.htm

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

» Corte Interamericana de Derechos Humanos. "La reelección presidencial indefinida es contraria a la convención y declaración americana". *Opinión consultiva, Corte Interamericana de Derechos Humanos.* (2021). https://www.corteidh.or.cr/docs/comunicados/cp_53_2021.pdf

» Díaz Rodríguez, Orestes Enrique. "Popularidad presidencial y alternancia o continuidad en el poder en América Central: Un estudio comparado". *Anuario de Estudios Centroamericanos.* Vol. 49 San José. (2023). https://www.scielo.sa.cr/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2215-41752023000100078&lang=es

» Ely, John Hart. *Democracia y Desconfianza, Una teoría del control constitucional. Bogotá: Universidad de los Andes*,1997. https://es.scribd.com/document/466672911/DEMOCRACIA-Y-DESCONFIANZA

» La Convención Americana sobre Derechos Humanos, 1969. https://www.oas.org/es/cidh/mandato/documentos-basicos/convencion-americana-derechos-humanos.pdf

» Manzo Ugas, Gustavo Alberto. "Panorama actual de la reelección presidencia. Análisis jurídico comparado dirigido a establecer el estado de la democracia". *Novum Jus*, n. 1, vol.14 (2022).

» Nohlen, Dieter. "XV La Reelección" en *Tratado de derecho electoral comparado*. Institute for Democracy and Electoral Assistance. (2007). https://www.idea.int/sites/default/files/publications/chapters/tratado-de-derecho-electoral-comparado-de-america-latina/tratado-de-derecho-electoral-comparado-de-america-latina-chapter-15.pdf

» Organización de Estados Americanos. "Declaración de Santiago de Chile", 1959. https://www.dipublico.org/124635/acta-final-de-la-quinta-reunion-de-consulta-de-ministros-de-relaciones-exteriores-santiago-de-chile-12-a-18-de-agosto-de-1959/

» Rousseau, Jean Jacques. *El Contrato Social o Principios de Derecho Político.* Buenos Aires: Editorial Losada S.A., 2003. https://proletarios.org/books/Rousseau-El_contrato_social.pdf

» Sala de lo Constitucional. Sentencia de Inconstitucionalidad. Ref. 113-2020. El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2020.

» Sala de lo Constitucional. *Sentencia de Inconstitucionalidad. Ref. 158-2013.* El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2014. www.jurisprudencia.gob.sv/DocumentosBoveda/D/1/2010-2019/2014/07/A9B43.PDF

» Sala de lo Constitucional. *Sentencia de Inconstitucionalidad. Ref. 163-2013.* El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2014.

» Sala de lo Constitucional. *Sentencia de Pérdida de derechos de ciudadanía. Ref. 1-202.* El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2021.

» Treminio Sánchez, Ilka. "Llegaron para quedarse …Los procesos de reforma a la reelección presidencial en América Latina". *Revista de Ciencia Política,* n. 3, vol. 35 (2015): 537. https://revistacienciapolitica.uc.cl/index.php/rcp/article/view/5718/5370

» Treminio Sánchez, Ilka. "Las reformas a la reelección presidencial en América Latina". *Estudios Sociológicos XXXI,* no. 91 (2013): 59-85. Redalyc. https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=59830136003

» Universidad Centroamericana José Simeón Cañas. "El proceso de democratización en El Salvador" *Proceso,* N.852, 1999 (2019). https://www.uca.edu.sv/publica/proceso/proc852.html#editorial

Revista Derecho

VOLUMEN 10 (2026)
Noviembre 2025 - Noviembre 2026

ISSN: 2411-1465
e-ISSN: 2789-3960

La solución amistosa en el caso de las comunidades Indígenas Maya del distrito de Toledo y la República de Belice

The friendly settlement in the case of the Maya Indigenous communities of the Toledo district and the Republic of Belize

María Luisa Acosta
(Universidad Francisco Gavidia, El Salvador)
https://orcid.org/0009-0008-4088-0299
Correspondencia: calpi2014@gmail.com

DOI: https://doi.org/10.66778/RD.v10n01.02

CC BY NC

Recibido: 02-02-2026
Aceptado: 10-10-2026

Revista Derecho Vol. 10 (2026)
https://revistas.ues.edu.sv/index.php/revder
ISSN: 2411-1465 | e-ISSN: 2789-3960

LA SOLUCIÓN AMISTOSA EN EL CASO DE LAS COMUNIDADES INDÍGENAS MAYA DEL DISTRITO DE TOLEDO Y LA REPÚBLICA DE BELICE

María Luisa Acosta

RESUMEN

El 21 de septiembre de 1981, Belice aprobó su Constitución escrita sin reconocer su diversidad cultural, lo que derivó en la falta de políticas interculturales de propiedad de tierras tradicionalmente ocupadas por pueblos indígenas. Las comunidades indígenas maya del Distrito de Toledo reclamaron judicialmente sus derechos colectivos. Después de varios intentos de llegar a una solución amistosa entre las partes. El 5 de octubre de 2000 la CIDH admitió la petición, y el 12 de octubre de 2004 aprobó el Informe de Fondo 40/04 del caso, declarando que el Estado de Belice había violado los derechos colectivos a la propiedad de estos pueblos y recomendando al Estado delimitar, demarcar y titular el territorio indígena a través de una consulta; así como, abstenerse de cualquier acto que pudiera afectar estos territorios. Este es el único caso de Belice que ha llegado a la CIDH, y fue decidido de acuerdo a la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, ya que el Estado de Belice no ha ratificado la Convención Americana sobre Derechos Humanos ni se ha sometido a la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanas.

PALABRAS CLAVE: Belice - derechos a la tierra tradicional - derechos colectivos - etnicidad - multiculturalismo - política pública - poscolonial

THE FRIENDLY SETTLEMENT IN THE CASE OF THE MAYA INDIGENOUS COMMUNITIES OF THE TOLEDO DISTRICT AND THE REPUBLIC OF BELIZE

María Luisa Acosta

ABSTRACT

On September 21, 1981, Belize adopted its written Constitution without recognizing its cultural diversity, resulting in a lack of intercultural land ownership policies for lands traditionally occupied by Indigenous peoples. The Maya Indigenous communities of the Toledo District legally asserted their collective rights. After several attempts to reach an amicable solution between the parties, on October 5, 2000, the Inter-American Commission on Human Rights (IACHR) admitted the petition, and on October 12, 2004, approved Merits Report 40/04, declaring that the State of Belize had violated the collective property rights of these peoples and recommending that the State delimit, demarcate, and title the Indigenous territory through consultation, as well as refrain from any action that could affect these territories. This is the only case from Belize that has reached the IACHR, and it was decided in accordance with the American Declaration of the Rights and Duties of Man, since the State of Belize has not ratified the American Convention on Human Rights nor submitted to the jurisdiction of the Inter-American Court of Human Rights.

KEYWORDS: Belize - rights to traditional land - collective rights - ethnicity - multiculturalism - public policy - poscolonial

La solución amistosa en el caso de las comunidades Indígenas Maya del distrito de Toledo y la República de Belice[1]

María Luisa Acosta[2]
El Salvador

Introducción

El Estado de Belice, antes llamado Hondura Británica, se ubica en el extremo noreste del istmo centroamericano,[3] y es el único país en América Central cuya forma de gobierno está organizada en una monarquía constitucional parlamentaria, donde el Rey del Reino Unido ejerce como jefe de Estado y es representado en el país por un gobernador general; el poder ejecutivo reside en

1 Este aporte forma parte la investigación titulada *"Estudio sobre Legislación nacional e internacional de los pueblos indígenas y afrodescendientes en Centroamérica: análisis y reflexiones sobre los avances y retos en su implementación, perspectivas ambientales, participación política, económica, social y cultural"*, desarrollada por la autora en el marco de un contrato de investigación con la Universidad Francisco Gavidia.

2 Abogada, Universidad Externado de Colombia, Colombia; Abogada, Universidad Nacional Autónoma de Nicaragua (UNAN), Nicaragua; Maestría en Recursos Naturales y Medioambiente, Universidad de Barcelona, España; Postgrado en Gestión, Administración Pública y Régimen de Autonomía, Universidad Autónoma de Barcelona, España; Maestría en Derecho Comparado, Universidad de Iowa, Estados Unidos de América; Juris Doctor, Universidad de Iowa, Estados Unidos de América, Coordinadora del Centro de Asistencia Legal a Pueblos Indígenas (CALPI), Nicaragua; Investigadora asociada de la Universidad Francisco Gavidia, El Salvador.

3 Belice pertenece geográficamente a Centroamérica, limitando con Guatemala y México, y es el séptimo país de la región; aunque culturalmente tiene fuertes lazos caribeños y su idioma oficial es el inglés, a diferencia de sus vecinos. Es el país menos poblado de Centroamérica y comparte características geográficas y culturales caribeñas. Es miembro de la Comunidad del Caribe (CARICOM) y de la Commonwealth del Caribe, las históricas Indias Occidentales Británicas.

Para escribir en nuestra revista, consulta las bases aquí

un Primer Ministro y su Gabinete, con un sistema legal basado en el derecho británico (*Common Law*). La independencia de Belice de la colonización británica se produce después de una larga transición –entre 1964 y 1981– lo que favoreció el alto grado de continuidad en la cultura política, en el aparato estatal y en sus actores. Belice, como la mayoría de los estados americanos, surgió como estado nacional después de que las fuerzas imperiales británicas y españolas se superpusieron; y reconfiguraron, mediante la imposición de fronteras coloniales los territorios ancestrales de pueblos indígenas, fracturando así las geografías de comunidades y territorios del "Gran Caribe".[4] Asimismo, la política de control y acceso a la tierra forjado por la dominación europea se ejecuta en detrimento de los derechos de los pueblos originarios. Ya que las élites políticas en el poder se adjudicaron las tierras en coincidencia con el nivel de poder político y de la raza a la que pertenecen, quedando al pie de la pirámide social y económica, los pueblos indígenas.

El 21 de septiembre de 1981, Belice aprobó su Constitución escrita y, aunque en su capítulo II incluye la protección de derechos y libertades fundamentales; a diferencia de muchos Estados latinoamericanos que –durante las dos últimas décadas del siglo XX– reconocieron la *pluriculturalidad y multietnicidad* de sus pueblos y con ello, entre otros, el derecho al uso de sus lenguas maternas. Belice, en cambio, consideró el idioma inglés como oficial y no reconoció su *diversidad cultural*, lo que derivó en la falta de políticas públicas que contuviera *acciones afirmativas o interculturales de propiedad de tierras ancestrales, tradicionales o históricas*, en reivindicación de sus pueblos indígenas.

4 "El Gran Caribe" se refiere a una visión ampliada de la región caribeña que no solo incluye las islas (las Antillas), sino también los países continentales cuyas costas son bañadas por el Mar Caribe; como Colombia, Venezuela, Panamá, Costa Rica, Nicaragua, Honduras, Belice y México, abarcando un espacio geográfico, cultural e histórico más vasto y complejo, unificando sus destinos compartidos y promoviendo la cooperación regional a través de organismos como la Asociación de Estados del Caribe (AEC). Caribe ha sido tomado del nombre de pueblos originarios habitantes de esta zona.

A pesar de que Belice alberga una gran diversidad de pueblos, incluidos tres grupos lingüísticos de 41 comunidades mayas: los ke'kchi (Q'eqchi'), los mopanes y los yucatecos. La mayoría de los mayas fueron desplazados por la colonización británica hacia lo que hoy es Guatemala, aunque a finales del siglo XIX regresaron en varias oleadas y se instalaron al sur de Belice –principalmente en el Distrito de Toledo– donde actualmente habita la mayoría. En 2023 se estima que los maya constituyen el 11,3 % de la población total de 432.516 habitantes del país. Sin embargo, los mayas han sido tratados como inmigrantes provenientes de Guatemala en tierras consideradas propiedad de la Corona británica, dejándolos así sin derechos territoriales.[5]

Las comunidades indígenas maya en el Distrito de Toledo reivindican derechos colectivos como pueblos, grupo étnico y cultural, así como la autonomía en la gestión de las tierras que tradicionalmente ocupan. Ante la falta de implementación de los derechos de las comunidades mayas que les fueron reconocidos por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, *"la Comisión Interamericana"*, *"La Comisión" o "CIDH"*) – en el Informe de Fondo 40/04– emitido en 2004; las comunidades Mayas -Mopán, Santa Cruz y Q'eqchi', Conejo-, en 2007 demandaron nuevamente en acciones paralelas y alternativamente ante el sistema judicial de Belice y ante la Comisión Interamericana, para hacer valer sus derechos consuetudinarios, sobre la tierra indígena invocando el Derecho internacional, particularmente como lo afirma y aplica la CIDH en su propio caso. Y aunque las comunidades mayas obtuvieron sentencias reconociendo su derecho de propiedad ante el sistema judicial de Belice; este no definió las modalidades de implementación del fallo. Por lo que, nuevamente los pueblos indígenas mayas llevaron el expediente

5 *"Población: 432.516 habitantes, con una composición étnica variada: mestizos (52,9%) descendientes de españoles y amerindios; población criolla (25,9%) que descienden de británicos y africanos; población maya (11,3%); garífuna (6,1%) descendientes de caribeños y africanos. Indios de oriente (3,9%); menonitas (3,6%); blancos (1,2%); asiáticos (1%); otros (1,5%)".* "Ficha País Belice", Oficina de Información Diplomática del Ministerio de Asuntos Exteriores, Unión Europea y Cooperación (2025), https://www.exteriores.gob.es/Documents/FichasPais/BELICE_FICHA%20PAIS.pdf

ante la CIDH, la que, en julio de 2013, respaldó el fallo del más alto tribunal del sistema judicial de Belice.

A pesar de que tanto el sistema judicial de Belice como la Comisión Interamericana han reconocido los derechos colectivos de las comunidades maya sobre las tierras que han ocupado y utilizado históricamente; aun así, el Estado de Belice continúa sin honrar tales derechos y sin aprobar la legislación y las políticas públicas necesarias. Por lo que las comunidades mayas continúan en su esfuerzo accionador para reivindicar sus derechos territoriales.

I. Las comunidades indígenas maya en el Distrito de Toledo ante la CIDH

El Sistema Interamericano de los Derechos Humanos (SIDH) –conformado por la CIDH y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, *"la Corte Interamericana" o "La Corte IDH"*)– tiene por objetivo la protección de los derechos humanos en las Américas, por lo que este recibe, analiza e investiga peticiones individuales en que los individuos alegan este tipo de violaciones. Lo anterior principalmente respecto de Estados Miembros de la OEA que han ratificado la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante, *"la Convención"*, *"la Convención Americana" o "CADH"*), como de aquellos Estados que aún no la han ratificado, como Estados Unidos de América, Canadá o Belice. Por lo que, en el caso del pueblo maya en el Distrito de Toledo, la CIDH ejerció su competencia sobre Belice por ser miembro de la OEA y en su análisis implementó lo establecido en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (en adelante, *"la Declaración Americana" o "la Declaración"*).[6]

6 Véase, Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (Bogotá, Colombia: Organización de los Estados Americanos, 1948), https://www.oas.org/36ag/espanol/doc_referencia/derechos_hombre.pdf

El Consejo Cultural Maya de Toledo interpuso ante la Corte Suprema de Belice, el 3 de diciembre de 1996, una acción legal para detener la explotación maderera y obtener la afirmación judicial de los derechos de los mayas a las tierras y los recursos naturales, procurando una reparación constitucional. Sin embargo, la Corte Suprema por más de tres años y medio no emitió un dictamen sustantivo en el caso y en su lugar, a instancias de la oficina del Procurador General, terminó desestimando definitivamente el caso.[7]

Por lo que las ONGs, el Centro de Recursos Legales Indígenas y el Consejo Cultural Maya de Toledo (en adelante, *"El Peticionario" o "Los Peticionarios"*) interpusieron el 7 de agosto de 1998 una petición ante la CIDH en nombre de las comunidades indígenas del pueblo maya mopán y ke'kchi del Distrito de Toledo (en adelante, *"el pueblo maya del Distrito de Toledo"*, *"el pueblo maya" o "las víctimas"*).[8]

Los peticionarios sostuvieron que el Estado de Belice (en adelante, *"el Estado" o "Belice"*) había violado los derechos de las comunidades indígenas mayas del Distrito de Toledo en relación con sus tierras y recursos naturales. Que el Estado otorgó numerosas concesiones para la explotación maderera y petrolera que abarcan un total de más de medio millón de acres de tierras tradicionalmente utilizadas y ocupadas por las comunidades mayas del distrito de Toledo. Asimismo, alegó que esas concesiones estaban causando y amenazando con causar mayores daños ambientales a las comunidades mayas.

7 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Comunidades Indígenas Mayas y sus miembros Belice, Caso 12.053, Informe No. 78/00* (Organización de los Estados Americanos, 2000), párr. 5, https://cidh.org/annualrep/2000sp/CapituloIII/Admisible/Belice12.053.htm

8 Las comunidades indígenas del pueblo maya mopán y ke'kchi del Distrito de Toledo incluye a pueblos que viven en las siguientes poblaciones, o pertenecen a ellas: Medina Bank, Golden Stream, Indian Creek, Silver Creek, San Miguel, San Pedro Columbia, Crique Jute, San Antonio, Na Luum, Caj, San José, Santa Elena, San Vicente, Jalacte, Pueblo Viejo, Aguacate, San Benito Poite, San Pablo, Otoxha, Doleres, Corazón, Hicatee, Crique Sarco, Sunday Wood, Conejo, San Lucas, Mabil Ha, Santa Teresa, Jordan, Blue Creek, Laguna, San Marcos, Santa Anna, San Felipe, Boom Creek, Midway, San Marcos, y Big Falls.

Y, por ende, denunciaba que el Estado se había negado a reconocer los derechos del pueblo maya en relación con sus tierras tradicionales y a participar en un proceso decisorio vinculado a las mismas.[9]

1. La petición de las comunidades indígenas maya

Los peticionarios, en representación de las comunidades indígenas maya en el Distrito de Toledo, solicitaron que la CIDH dictaminara que la petición fuera admitida y que declarara que el Estado había violado los derechos humanos de las comunidades del pueblo maya garantizados en la Declaración Americana. Y concretamente que la Comisión Interamericana recomendara al Estado:

> *"1) suspender toda concesión actual y futura en el distrito de Toledo hasta que se negocie una solución adecuada entre el Estado y las comunidades indígenas afectadas; 2) emprender un diálogo con las comunidades mayas; 3) establecer un mecanismo jurídico en la legislación nacional que reconozca la tenencia de la tierra y el uso consuetudinarios de los recursos de los mayas; 4) implementar un plan con las comunidades afectadas para reducir el daño ambiental causado por las actividades madereras y petroleras; 5) compensar los daños morales y pecuniarios sufridos por las comunidades mayas a raíz de las concesiones y todas las costas incurridas por las comunidades y el peticionario en la defensa de los derechos de los indígenas, y 6) otorgar toda otra reparación que la Comisión considere justa y apropiada".*[10]

A continuación, se analizará la base jurídica y fáctica en las que las comunidades indígenas maya en el Distrito de Toledo, sostienen sus pretensiones ante la Comisión Interamericana.

9 Informe CIDH No. 78/00, párr. 3.

10 *Ibíd.*, párr. 6.

A. Los derechos tutelados por la Declaración Americana que se alegan violados

Las comunidades indígenas maya en el Distrito de Toledo alegan que el Estado ha violado sus derechos, garantizados en la Declaración Americana, a saber: el derecho a la vida (artículo I), el derecho a la igualdad ante la ley (artículo II), el derecho a la libertad religiosa y de culto (artículo III), el derecho a la familia y a su protección (artículo VI), el derecho a la preservación de la salud y el bienestar (artículo XI), el derecho a la protección judicial (artículo XVIII), el derecho al voto y a participar en el gobierno (artículo XX) y el derecho a la propiedad (artículo XXIII).[11] Para los pueblos indígenas todos los anteriores son derechos derivados del acceso a los bienes naturales y medios de subsistencia, culturales y espirituales, derivados del uso y ocupación tradicional de su territorio ancestral.[12]

B. La CIDH inicia sus procedimientos

La CIDH inicia los procedimientos el 24 de septiembre de 1998 -de conformidad con lo establecido en el artículo 34 de su Reglamento- remite las partes pertinentes de la petición al Estado, le solicitó sus observaciones respecto del agotamiento de los recursos internos[13] y sobre las denuncias planteadas en la petición; todo, a ser respondidas dentro de los 90 días.[14]

11 *Ibíd.*, párr. 4.

12 Texto completo de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

13 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Sistema de Peticiones y Casos* (Washington: CIDH, 2006). Véase, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, "Sistema de peticiones y casos", en *Folleto Informativo* (s/f), https://www.oas.org/es/cidh/docs/folleto/cidhfolleto_esp.pdf

14 Informe CIDH No. 78/00, párr. 9.

C. Las partes solicitan a la CIDH activar el mecanismo de solución amistosa

Sin embargo, el 18 de noviembre de 1998, las partes solicitan a la Comisión Interamericana supervisar y facilitar un proceso de negociación, dentro del marco de los procedimientos para alcanzar una solución amistosa. El "Memorándum de entendimiento" preparado por las partes explicaba el procedimiento de negociación, que abordaba las cuestiones planteadas en la petición interpuesta ante la Comisión y la solicitud del peticionario de reparación constitucional ante la Suprema Corte de Belice. El Memorándum de entendimiento también pedía suspender el plazo original de 90 días establecido por la CIDH para que el Estado respondiera a la petición y así dar mayo tiempo para la negociación.[15]

D. El Mecanismo de solución amistosa ante la CIDH

El Mecanismo de solución amistosa ante la CIDH permitiría generar espacios de diálogo entre peticionarios y Estados, donde éstos podrían alcanzar acuerdos y establecer medidas de reparación para las presuntas víctimas de la violación, así como medidas estructurales –legislación o políticas públicas– que beneficien a la sociedad en su conjunto. En ese sentido, y dado que el procedimiento de solución amistosa se realiza sobre la base de la voluntad de las partes, si éstas consideran que la negociación no satisface sus intereses, pueden solicitar la finalización de los buenos oficios de la CIDH y continuar el asunto en la vía contenciosa. Sin embargo, el acuerdo al que lleguen las partes, por medio de una solución amistosa, puede incluir la aceptación y el reconocimiento público de responsabilidad por parte del Estado.[16]

15 *Ibíd.,* párr. 10.

16 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Guía práctica Mecanismo de soluciones amistosas en el sistema de peticiones y casos* (OEA, 2015), http://www.oas.org/es/cidh/soluciones_amistosas/docs/guia-practica-sa-es.pdf

Dentro del procedimiento de solución amistosa, una vez que el acuerdo es aprobado y publicado por la CIDH, éste surte efectos jurídicos, finalizando con la petición en el sistema de peticiones y casos como lo establece el artículo 49 de la Convención Americana.[17] Además, la CIDH realiza el seguimiento de la implementación de los acuerdos de solución amistosa a través de reuniones de trabajo, audiencias públicas, solicitudes de información a las partes y la publicación de información detallada sobre los avances y retrocesos en la implementación de sus decisiones en su Informe Anual a la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos.[18]

E. Las partes no llegaron a un acuerdo de solución amistosa

Durante el resto de 1998 y 1999 las partes trataron de negociar el Memorándum de entendimiento, para lo que realizaron una serie de reuniones entre ellos y con la CIDH. Además, participaron en la Audiencia sobre el caso realizada el 4 de octubre de 1999 durante el 104º Período de Sesiones de la CIDH. Sin embargo, no lograron llegar a un acuerdo. Y, es más, el 26 de octubre de 1999, los peticionarios solicitaron a la CIDH otorgar Medidas Cautelares en el caso[19] y dar por terminado el proceso de solución amistosa.[20]

17 Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José (Costa Rica: Organización de los Estados Americanos, 1969), artículo 49, https://www.oas.org/dil/esp/Convenci%C3%B3n%20Americana%20sobre%20Derechos%20Humanos%20Pacto%20de%20San%20Jos%C3%A9%20de%20Costa%20Rica%20Republica%20Dominicaca.pdf. "Si se ha llegado a una solución amistosa con arreglo a las disposiciones del inciso 1.f. del artículo 48 la Comisión redactará un informe que será transmitido al peticionario y a los Estados parte en esta Convención y comunicado después, para su publicación, al Secretario General de la Organización de los Estados Americanos. Este informe contendrá una breve exposición de los hechos y de la solución lograda. Si cualquiera de las partes en el caso lo solicitan, se les suministrará la más amplia información posible".

18 "CIDH: Soluciones Amistosas", Comisión Interamericana de Derechos Humanos, acceso el 10 de noviembre de 2026, https://www.oas.org/es/CIDH/jsForm/?File=/es/cidh/soluciones_amistosas/seguimiento.asp

19 "CIDH: Sobre Medidas Cautelares", Comisión Interamericana de Derechos Humanos, acceso el 10 de noviembre de 2026, https://www.oas.org/es/CIDH/jsForm/?File=/es/CIDH/decisiones/MC/sobre-cautelares.asp

20 Informe CIDH No. 78/00, párr. 15.

El 13 de diciembre de 1999, los peticionarios se dirigieron a la CIDH confirmando que deseaban dar por terminado el proceso de solución amistosa con el Estado; le solicitaron que procediera a declarar admisible la petición y, tras ello, considerase los méritos de la misma.[21] A partir de febrero de 2000 el Estado no respondió a ninguna de las comunicaciones de la Comisión ni le brindó información alguna respecto de las cuestiones de la admisibilidad y los méritos de la petición, solicitadas el 24 de septiembre de 1998, por lo que la CIDH emitió el Informe de Admisibilidad del caso.[22]

2. La CIDH emite el Informe de Admisibilidad

La CIDH se declara competente para examinar las denuncias de los peticionarios en relación con presuntas violaciones de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, debido a su jurisdicción *ratione temporis*, *ratione materiae*, *y ratione personae*. La CIDH enuncia los argumentos legales de la admisibilidad del caso en que el peticionario alega la violación de los artículos I, II, III, VI, XI, XVIII, XX, y XXIII, de la Declaración Americana. Y como base jurídica textualmente cita el artículo 26(1) del Reglamento de la Comisión Interamericana que establece:

> *"cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados miembros de la Organización [de los Estados Americanos] puede presentar a la Comisión peticiones de conformidad con el presente Reglamento, en su propio nombre o en el de terceras personas, referentes*

21 *Ibíd.*, párr. 24.

22 Marie-Christine Fuchs, Rank Hartmut y Miguel Barboza López, *Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos* (Alemania: Konrad Adenauer Stiftung, 2023), párr. 8, https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/15/7212/8.pdf. *"Los Informes de Admisibilidad se aprueban si una petición satisface los requisitos de admisibilidad establecidos en los artículos 46 y 47 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, según el procedimiento establecido en los artículos 30 al 36 del Reglamento de la Comisión. En caso de que se apruebe un Informe de Admisibilidad, la petición se convierte en un caso, se le asigna un número de caso, e ingresa a la etapa de Fondo".* Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Washington: Organización de los Estados Americanos, 1956), https://normas.cndh.org.mx/Documentos/Internacional/20111107121347-421.pdf

a presuntas violaciones de un derecho humano reconocido, según el caso, en la Convención Americana sobre Derechos Humanos o en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre".[23]

La CIDH señala al Consejo Cultural Maya de Toledo como peticionario del caso en nombre de las víctimas, los pueblos mayas mopán y ke'kchi del Distrito de Toledo, nacionales del Estado de Belice.[24] Y que en vista que la Declaración Americana se constituyó para la CIDH en fuente de derecho para su aplicación, a raíz de acciones u omisiones posteriores a que Belice se constituyó en miembro de la Organización de los Estados Americanos (OEA) en 1981;[25] y que, además de la atribución conferida por la Carta de la OEA, el artículo 20 del Estatuto de la CIDH[26] y su Reglamento, también le otorgan a la CIDH la autoridad para conocer de las presuntas violaciones a la Declaración Americana,[27] sobre Estados, como Belice, que no han ratificado la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José).

Una vez admitida oficialmente la petición, por medio de la emisión del informe de admisibilidad, la CIDH le dio trámite al caso de los pueblos mayas mopán y ke'kchi del Distrito de Toledo.

23 Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 1956.

24 Informe CIDH No. 78/00, párr. 45.

25 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión consultiva OC-10/89 (San José: Corte IDH, 1989), https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2002/1263.pdf

26 Estatuto de la CIDH (Bolivia: Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 1979), artículo 20, https://www.oas.org/es/CIDH/jsForm/?File=/es/cidh/mandato/basicos/estatutocidh.asp, "En relación con los Estados miembros de la Organización que no son partes de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Comisión tendrá, además de las atribuciones señaladas en el artículo 18, las siguientes: (a) prestar particular atención a la tarea de la observancia de los derechos humanos mencionados en los artículos I, II, III, IV, XVIII, XXV, y XXVI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; (b) examinar las comunicaciones que le sean dirigidas y cualquier información disponible; dirigirse al gobierno de cualquiera de los Estados miembros no partes en la Convención con el fin de obtener las informaciones que considere pertinentes y formularles recomendaciones, cuando lo considere apropiado, para hacer más efectiva la observancia de los derechos humanos fundamentales; (c) verificar, como medida previa al ejercicio de la atribución prescrita en el inciso b. anterior, si los procesos y recursos internos de cada Estado miembro no parte en la Convención fueron debidamente aplicados y agotados".

27 Informe CIDH No. 78/00, párr. 45.

II. El trámite posterior al Informe de Admisibilidad

El 5 de octubre de 2000 durante el 108° período ordinario de sesiones, la CIDH aprobó el informe de admisibilidad N°78/00 admitiendo la petición; y en notas separadas de la misma fecha, la CIDH informó a las partes que había decidido ordenar medidas cautelares conforme el artículo 29(2) de su Reglamento entonces vigente,[28] pidiendo al Estado adoptar las medidas pertinentes para suspender todos los permisos, licencias y concesiones de explotación maderera, petrolera y de otras actividades de explotación de recursos naturales en las tierras usadas y ocupadas por las comunidades mayas del Distrito de Toledo. Esto, hasta que la Comisión Interamericana tuviera la oportunidad de investigar las denuncias sustantivas que se plantean en el caso. Lo cual retoma la CIDH en su Informe de Fondo.[29]

A. El segundo intento de solución amistosa ante la CIDH

La CIDH en su Informe de Fondo expresa que los peticionarios habían informado a la Comisión Interamericana, que el 12 de octubre de 2000, el Estado había concertado con los peticionarios y con otros dirigentes mayas de Belice, fuera del proceso de solución amistosa ante la CIDH, un acuerdo titulado "Diez puntos de acuerdo".[30] Y el 6 de febrero de 2001, los peticionarios reiteraron su pedido anterior en el sentido que la Comisión realizara una visita *in loco* a Belice de acuerdo con su Estatuto.[31] La Comisión propuso tener una reunión

28 Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Washington: Organización de los Estados Americanos, 1956), artículo 29.2, https://normas.cndh.org.mx/Documentos/Internacional/20111107121347-421.pdf

29 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo, Belice. Informe CIDH Nº 40/04 Caso 12.053* (Organización de los Estados Americanos, 2004), párr. 8, https://cidh.oas.org/annualrep/2004sp/Belize.12053.htm

30 *Ibíd.*, párr. 9.

31 Bertha Santoscoy, *Las Visitas In Loco de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos* (Comisión Interamericana de Derechos, 2003), https://www.corteidh.or.cr/tablas/a11687.pdf

con las partes para facilitar una posible solución del caso y realizar la visita in loco a Belice.[32]

El 23 de abril de 2001, el Estado aceptó la propuesta de la Comisión y durante la visita, el Estado presentó una "Respuesta Preliminar" a la petición del pueblo indígena maya por escrito, de fecha 8 de mayo de 2001, conjuntamente con mapas y demás documentación de respaldo.[33] El 18 y 20 de julio de 2001, la Comisión se reunió con las partes en Ciudad de Belice y las partes convinieron reiniciar el proceso de solución amistosa con los auspicios de la CIDH, dentro de los parámetros del acuerdo establecido en un "Marco para la reiniciación del proceso de solución amistosa" firmado por las partes.[34]

B. Los peticionarios solicitan dar por terminado el proceso de solución amistosa

Sin embargo, después de varios intentos de llegar a un acuerdo, un año y medio más tarde, el 5 de noviembre de 2002, los peticionarios nuevamente reiteraron su pedido a la CIDH de dar por terminado el proceso de solución amistosa y que consecuentemente emitiera el informe del fondo sobre el caso. [35]

III. La CIDH analiza el fondo del caso

En la petición presentada el 7 de agosto de 1998, por los representantes del pueblo indígena maya mopán y ke'kchi del Distrito de Toledo, se afirma que la práctica del Estado de otorgar concesiones madereras y, por lo menos, una concesión petrolera en tierras usadas y ocupadas por el pueblo maya, viola su derecho a la propiedad, consagrado en el artículo XXIII de la Declaración Americana. Los peticionarios también afirmaron que tal práctica de otorgar

32 Informe CIDH Nº 40/04, párr. 10

33 *Ibíd.*, párr. 11.

34 *Ibíd.*, párr. 14.

35 *Ibíd.*, párrs. 16 y 17.

concesiones es un componente de una actitud de negligencia más general del Estado de Belice, que no reconoce ni garantiza efectivamente los derechos territoriales del pueblo maya, y también en contravención de su derecho de propiedad.[36] Y que es obligación de los Estados proteger y garantizar los derechos de los ciudadanos sin discriminación alguna.

La Comisión analiza el derecho de propiedad en el contexto del caso de las comunidades indígenas maya en el Distrito de Toledo, de la manera siguiente:

> *"Primero analiza la manera en que el sistema jurídico interno de Belice dispone el derecho de propiedad y la manera en que el territorio del Distrito de Toledo de Belice está regulado dentro del sistema; Segundo, analiza si los miembros del pueblo maya del Distrito de Toledo poseen derechos de propiedad en el territorio en cuestión según las normas y principios del derecho internacional en materia de los derechos humanos aplicables, así como toda obligación consiguiente de parte del Estado de reconocer y de proteger esos derechos; y Tercero, entró a determinar si el Estado es responsable de la violación de alguno de los derechos y obligaciones respecto del pueblo maya del Distrito de Toledo".*[37]

A continuación, se expone el análisis realizado por la Comisión Interamericana sobre los derechos de propiedad alegados por las comunidades maya en el Distrito de Toledo.

1. El derecho de propiedad en el sistema jurídico interno de Belice

Belice aprobó una Constitución escrita, cuyo Capítulo II incluye la protección de numerosos derechos y libertades fundamentales.[38] Además, el Estado señaló en sus observaciones, que el preámbulo de la Constitución de

36 *Ibíd.,* párr. 99.

37 CIDH, *Informe CIDH Nº 40/04,* párr. 101.

38 La Constitución de la Nación de Belice (Belice: Asamblea Nacional de Belice, 1981), https://www.bcn.cl/procesoconstituyente/comparadordeconstituciones/constitucion/blz

Belice fue recientemente enmendado para reconocer explícitamente que: *"el pueblo de Belice [. . .] requiere políticas de Estado [. . .] que protejan la identidad, dignidad, y valores sociales y culturales de los ciudadanos de Belice, incluidos los pueblos indígenas de Belice"*.[39]

Asimismo, los peticionarios y el Estado hacen referencia a una jurisprudencia que ha evolucionado dentro de los sistemas del derecho consuetudinario, que tiene orígenes similares al de Belice, de acuerdo con el cual se puede reconocer un "título aborigen".[40] Particularmente, las partes han citado decisiones de la Suprema Corte de Canadá y la Alta Corte de Australia, de sistemas jurídicos similares al de Belice, conforme a las cuales se han reconocido "derechos aborígenes" a las tierras en base a modalidades históricas de uso y ocupación y a la correspondiente tenencia tradicional de la tierra.[41]

En la legislación de Belice las tierras nacionales, a su vez, pueden incluir santuarios, reservas y parques oficialmente designados y abarcan un sistema de "reservas" establecido por la administración colonial británica con respecto a ciertas aldeas mayas del Distrito de Toledo de Belice meridional. De acuerdo con lo que consta en autos, el Estado, y no el pueblo maya, posee las reservas como "tierras nacionales". Además, nunca se definieron claramente en la práctica y nunca se determinaron ni demarcaron en el terreno las fronteras de las reservas. [42]

En este contexto, los peticionarios argumentaron que el sistema formal que rige los bienes inmuebles de Belice no respeta debidamente sus derechos a la tierra en numerosos aspectos, y argumentan que el pueblo maya del Distrito de Toledo ha ido elaborando un sistema consuetudinario de tenencia de la tierra que existe paralelamente al sistema de las reservas del Estado; de acuerdo con

39 *Ibíd.* Literal "e" del Preámbulo de la Constitución de Belice.

40 CIDH, Informe CIDH Nº 40/04, párr. 107.

41 *Ibíd.*, párr. 103.

42 *Ibíd.*, párrs. 102, 106 a 109.

el cual, las aldeas mayas poseen colectivamente la tierra, en tanto las personas y las familias gozan de derechos subsidiarios de uso y ocupación.[43]

Los peticionarios también argumentaron que el sistema de reservas no abarca a todas las aldeas respecto de las cuales se ha presentado la petición y que las modalidades consuetudinarias de tenencia de la tierra se extienden más allá de las fronteras de las reservas, en la medida en que se pueden discernir tales fronteras.[44]

Además, los peticionarios sostuvieron que el Estado no ha reconocido ni ha establecido la debida protección del sistema consuetudinario Maya de tenencia de la tierra, sea dentro o fuera de las tierras de las reservas, y que el otorgamiento de concesiones madereras y petroleras en el Distrito de Toledo, sin consulta ni consentimiento de las comunidades indígenas maya en el Distrito de Toledo, es una manifestación específica de las omisiones del Estado en relación con los derechos de los mayas a la tierra. Los peticionarios sostienen que el pueblo maya tiene derechos aborígenes al territorio del Distrito de Toledo al amparo del derecho consuetudinario.[45]

2. El derecho de propiedad de los pueblos indígenas en el derecho internacional de los derechos humanos

Los órganos del SIDH han reconocido que los derechos de propiedad protegidos por el Sistema Interamericano no se limitan a aquellos intereses que ya están reconocidos por los Estados o que están definidos por la legislación interna, sino que el derecho de propiedad tiene un significado autónomo en el Derecho internacional en materia de derechos humanos.[46] En este sentido, la jurisprudencia del SIDH ha reconocido que los derechos de propiedad de los pueblos indígenas también incluyen los bienes colectivos indígenas que derivan

43 *Ibíd.*, párrs. 109 y 110.

44 *Ibíd.*, párr. 111.

45 *Ibíd.*, párr. 110.

46 *Ibíd.*, párr. 117.

y se fundan en la costumbre y la tradición indígena.[47] De acuerdo con este criterio, la CIDH ha sostenido que la aplicación de la Declaración Americana a la situación de los pueblos indígenas, exige:

> *"la adopción de medidas especiales para garantizar el reconocimiento del interés particular y colectivo que los pueblos indígenas tienen en la ocupación y el uso de sus tierras y recursos tradicionales y su derecho a no ser privados de este interés excepto con un previo consentimiento plenamente informado, en condiciones de equidad y previa justa compensación".*[48]

En tales afirmaciones la CIDH cita como base jurídica el Convenio 169 de la OIT y el entonces Proyecto de Declaración Americana de la OEA.[49] Además, la CIDH considera que el respeto y la protección de la propiedad de los pueblos indígenas sobre sus territorios es equivalente en importancia a la propiedad no indígena, impuestos por el principio fundamental de la *no discriminación* consagrado en el artículo II de la Declaración Americana.[50] La CIDH ha opinado en varios casos que la protección de la cultura de los pueblos indígenas comprende la preservación de *"los aspectos vinculados a la organización productiva, que incluyen, entre otras cosas, la cuestión de las tierras ancestrales y comunales"*.[51]

A. El derecho de propiedad de las tierras tradicionales del pueblo maya del Distrito de Toledo

La CIDH, en base a la información disponible, se manifestó satisfecha de que los miembros mayas de habla mopán y ke'kchi del Distrito de Toledo de Belice meridional constituyen un pueblo indígena cuyos ancestros habitaron

47 *Ibíd.,* párr. 121.

48 *Ibíd.,* párr. 122.

49 *Ibíd.,* párr. 118.

50 *Ibíd.,* párr. 119.

51 *Ibíd.,* párrs. 120 y 127.

el Distrito de Toledo antes de la llegada de los europeos y antes de que las instituciones coloniales dieran lugar al presente Estado de Belice.[52]

Que las aldeas mayas poseen colectivamente la tierra, en tanto las personas y las familias gozan de derechos subsidiarios de uso y ocupación de esa tierra. Además, los peticionarios afirmaron que estas prácticas de uso de la tierra son sustanciales, no solo para la subsistencia de los miembros de las comunidades mayas, sino que también constituyen el cimiento de la vida cultural y de la continuidad del pueblo maya.[53] Relata Leonardo Acal, un dirigente maya que ha vivido en el Distrito de Toledo toda su vida:

> *"Cazo en la Reserva Forestal del Río Columbia para disponer de carne suficiente para alimentar a mi familia. Cazo gibnuts, conejos, carasows, quams y picares en este bosque, entre otras cosas. Aprendí a cazar cuando era muy pequeño. Aprendí a viajar de aldea en aldea maya para aprender los secretos mayas de la caza. Este es el estilo de nuestros antepasados, el antiguo pueblo maya. Sigo cazando de la misma manera, según las creencias religiosas mayas. De acuerdo con nuestro estilo tradicional, quemo incienso para los patronos de los animales del bosque. Observo los límites de los dioses de la naturaleza, dictados por las normas de las leyes mayas que rigen la caza".*[54]

La CIDH observa a este respecto, que el Estado no ha presentado ninguna prueba independiente en respaldo de sus argumentos y, en particular, no ha suministrado prueba alguna que indique que de las comunidades indígenas mayas en el Distrito de Toledo no han habitado históricamente el territorio del Distrito de Toledo o no han ejercido derechos colectivos de propiedad respecto de ese territorio. Por el contrario, respecto de sus argumentos en relación con las fechas de establecimiento de las aldeas mayas, el Estado se ha basado en pruebas presentadas por los peticionarios, específicamente el Atlas Maya, que

52 *Ibíd.*, párr. 122.

53 *Ibíd.*, párr. 124.

54 *Ibíd.*, párr. 129.

fue preparado por el Consejo Cultural Maya de Toledo y la Asociación de Alcaldes de Toledo, un grupo de 78 líderes tradicionales que representan a las 39 comunidades mayas, con la asistencia de geógrafos profesionales de la Universidad de California, Berkley.[55]

Además, el Estado no presentó ningún argumento o evidencia que refute los argumentos de los peticionarios en relación con las modalidades de uso de la tierra practicadas por el pueblo maya en el Distrito de Toledo o respecto del sistema de tenencia de la tierra consuetudinario que han formulado y seguido.[56]

En consecuencia, la CIDH consideró que, existen pruebas sustanciales de que el pueblo maya, a través de sus prácticas de agricultura, caza, pesca y demás prácticas de uso de la tierra y los recursos, han ocupado superficies sustanciales de tierra en el Distrito de Toledo, más allá de las aldeas particulares, desde tiempos pre coloniales; y que las fechas de establecimiento de aldeas mayas concretas, no es determinante de por sí, de la existencia de derechos de propiedad comunal maya en esas tierras. Más allá de ello, la Comisión aclara que con este informe no se propone definir y demarcar el territorio preciso que abarcan los derechos de propiedad de los mayas. En su lugar, esta es una

55 Elisabeth Cunin y Odile Hoffman, "Belice, ¿una sociedad pluricultural sin políticas multiculturales?", *Anuario de Estudios Centroamericanos,* vol. 45 (2019): 202-203, https://www.redalyc.org/journal/152/15264294008/15264294008.pdf, The Maya Atlas (1997). https://nawimaps.com/maps/maya-atlas/. The Maya People of Southern Belize, The Toledo Maya Cultural Council y The Toledo Alcaldes Ascociation, *Maya Atlas* (Berkley California: North Atlantic Book,1997), https://leiaufsc.wordpress.com/wp-content/uploads/2016/08/aula-10-e-11-maya-atlas-the-struggle-to-preserve-maya-land-in-southern-beliz.pdf. "El Atlas Maya, la lucha para preservar el territorio maya en el sur Este trabajo fue presentado como el primer atlas coproducido con las comunidades concernidas, que reclamaba –y cartografíaba– un territorio comunal de 500.000 acres. El Atlas Maya de 2009 es una cartografía comunitaria, realizada en colaboración con la Society for the Study of Native Arts and Sciences y el UC Berkeley GeoMap Group. Abarca a 42 comunidades mayas del sur de Belice' (TMCC)…Otra innovación conceptual de gran importancia consistió en posicionar las pretensiones territoriales en el ámbito de los Derechos Humanos (el acceso a la tierra como derecho humano elemental), abriendo así posibles recursos ante las instancias jurídicas internacionales especializadas (Tribunal interamericano de derechos humanos, CIDH)".

56 CIDH, *Informe CIDH Nº 40/04,* párr. 128.

obligación que debe cumplir el Estado, en plena colaboración con el pueblo maya y de acuerdo con las prácticas indígenas consuetudinarias de uso de la tierra.[57]

La Comisión Interamericana también consideró que este derecho de propiedad comunal del pueblo maya es materia de protección del artículo XXIII de la Declaración Americana, interpretado de acuerdo con los principios que se relacionan con la situación de los pueblos indígenas, incluida la obligación estatal de adoptar medidas especiales para garantizar el reconocimiento del interés particular y colectivo que el pueblo indígena tiene en la ocupación y el uso de sus tierras y recursos tradicionales.[58]

A este respecto, el derecho de propiedad comunal del pueblo maya tiene un significado y un fundamento autónomo en el contexto del Derecho internacional. Si bien la Comisión Interamericana ha considerado la legislación y la jurisprudencia de ciertos sistemas jurídicos internos para identificar la evolución jurídica internacional en relación con la situación y el tratamiento del pueblo indígena, el derecho de propiedad comunal del pueblo maya no depende de interpretaciones particulares de decisiones judiciales internas vinculadas a la posible existencia de derechos aborígenes según el Derecho común o anglo-norteamericano.[59]

Paralelamente a la existencia del derecho de propiedad comunal del pueblo maya en virtud del artículo XXIII de la Declaración Americana,[60] existe la correspondiente obligación del Estado de reconocer y garantizar el ejercicio de este derecho, por ende la CIDH considera que Belice debe demarcar y titular, en consulta con el pueblo maya, los asuntos relacionadas con los límites de su

57 *Ibíd.*, párr.130.

58 *Ibíd.*, párr.134.

59 *Ibíd.*, párr.131.

60 Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (Colombia: Organización de los Estados Americanos, 1948), artículo XXXIII, https://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/4.DECLARACION%20AMERICANA.pdf

territorio y a que se tengan en cuenta en ese proceso las prácticas tradicionales de uso de la tierra y el sistema consuetudinario de tenencia de la tierra.[61]

A este respecto, el expediente indica que el sistema actual de titulación, arrendamiento y permisos de la tierra según la legislación de Belice, no reconoce ni protege adecuadamente los derechos comunales del pueblo maya en la tierra que han usado y ocupado tradicionalmente.[62] El régimen que rige la propiedad privada no reconoce ni tiene en cuenta el sistema colectivo tradicional conforme al cual el pueblo maya ha utilizado y ocupa sus tierras ancestrales.[63] Si bien la situación del pueblo maya en las tierras de las reservas no está clara como cuestión práctica, es evidente que, conforme a la legislación interna, la propiedad de las tierras de las reservas pertenece al Estado, como "tierras nacionales" y no existen disposiciones que reconozcan o protejan el interés colectivo de los mayas en las tierras.[64]

Debido a que el pueblo maya acudió a al sistema judicial de Belice, pero tal litigio no había sido resuelto y considerando también los considerables intentos del Estado y de los peticionarios para llegar a una solución; la CIDH se ve obligada a definir los derechos del pueblo maya en el contexto del derecho internacional y las medidas positivas que el Estado debe adoptar para respetar y garantizar esos derechos.[65]

Por lo tanto, la Comisión concluye que el pueblo maya mopán y ke'kchi ha demostrado un derecho de propiedad comunal a la tierra que actualmente habita en el Distrito de Toledo, que este derecho es materia protegida por el artículo XXIII de la Declaración Americana y que el Estado no ha delimitado,

61 CIDH, *Informe CIDH Nº 40/04*, párr. 132.

62 *Ibíd.*, párr. 133.

63 *Ibíd.*, párr. 137.

64 *Ibíd.*, párr. 138.

65 *Ibíd.*, párr. 134.

demarcado y titulado, ni ha establecido por otra vía los mecanismos legales necesarios para aclarar o proteger el territorio en el que rige este derecho.[66]

En consecuencia, la Comisión Interamericana concluye que el Estado de Belice violó el derecho de propiedad consagrado en el artículo XXIII de la Declaración Americana en perjuicio del pueblo maya.[67]

B. Otorgamiento de concesiones en el Distrito de Toledo

Los peticionarios también han argumentado que, al otorgarse concesiones a empresas para extraer recursos madereros y petroleros en las tierras tradicionales del pueblo maya, sin delimitar y demarcar debidamente esas tierras y sin ninguna consulta efectiva o acuerdo con las comunidades afectadas, el Estado también violó el derecho de propiedad del pueblo maya consagrado en el artículo XXIII de la Declaración Americana.[68]

El Estado ha reconocido análogamente que otorgó concesiones de exploración petrolera a AB Energy Corporation, en una región que cubre 749.222 acres en la porción de tierras bajas de Toledo, una superficie que el Atlas Maya indica, abarca la mayor parte de las aldeas mayas del Distrito de Toledo.[69]

Aunque admite la existencia de las concesiones, el Estado ha sostenido que adoptó medidas adecuadas para supervisar el impacto de éstas, en el medio ambiente y en las comunidades afectadas por las mismas. Estos esfuerzos incluyen la cancelación de la concesión 1/93 otorgada a Toledo Atlantic International, después de que un comité interdisciplinario creado por el Estado concluyó que las operaciones de la licencia afectaban negativamente el bienestar social y el medio ambiente de varias comunidades rurales del Distrito de Toledo meridional.[70]

66 *Ibíd.,* párr. 135.

67 *Ibíd.*

68 *Ibíd.,* párr. 136.

69 *Ibíd.,* párr. 138.

70 *Ibíd.,* párr. 146.

El Estado también ha indicado que el otorgamiento de una nueva licencia a Toledo Atlantic International incluía un requisito previo de que la empresa presentara pruebas de consultas con las comunidades que pudieran llegar a ser directamente afectadas por la licencia. El Estado no ha negado la alegación de los peticionarios, sobre la no celebración de consultas efectivas con el pueblo maya, antes de la aprobación de las concesiones madereras y petroleras existentes.[71]

La CIDH considera que se puede ver impedido el uso y el goce de un bien cuando el propio Estado o terceros actuando con la aquiescencia o tolerancia de aquél, afectan la existencia, el valor, uso o goce de ese bien sin la debida consideración y sin consultas informadas con quienes ejercen un derecho sobre el bien. En el caso Awas Tingni decidido en 2001, por ejemplo, la Corte Interamericana concluyó que Nicaragua era responsable internacionalmente de violar el derecho de propiedad parcialmente en base a las concesiones otorgadas en relación con tierras que eran objeto del derecho de propiedad comunal tradicional del pueblo indígena Mayangna de Awas Tingni.[72]

La Comisión Interamericana también observa a este respecto, que uno de los elementos centrales para la protección de los derechos de propiedad de los indígenas, es el requisito para los Estados, de establecer consultas efectivas y previamente informadas con las comunidades indígenas en relación con los actos y decisiones que puedan afectar sus territorios tradicionales. Como lo ha observado la Comisión anteriormente, los artículos XVIII y XXIII de la Declaración Americana, obligan especialmente a los Estados Miembros a garantizar que toda determinación de la medida en que los peticionarios indígenas mantienen intereses en las tierras por las que han poseído tradicionalmente un título y han ocupado y utilizado, se base en un proceso de consentimiento previamente informado de parte de la comunidad indígena en su conjunto. Ello exige, como mínimo, que todos los miembros de la comunidad

71 CIDH, *Informe CIDH Nº 40/04*, párr. 139.

72 *Ibíd.*, párr. 140.

sean plena y precisamente informados de la naturaleza y las consecuencias del proceso y cuenten con una oportunidad efectiva de participar individual o colectivamente.[73] En opinión de la CIDH, estos requisitos son igualmente aplicables a las decisiones de los Estados que incidirán en las tierras indígenas y en sus comunidades, como el otorgamiento de concesiones para explotar recursos naturales de los territorios indígenas.[74]

Por lo tanto, la Comisión Interamericana concluye que las concesiones madereras y petroleras fueron otorgadas por el Estado a terceros para utilizar bienes y recursos que podrían estar comprendidos dentro de las tierras tradicionales del pueblo maya del Distrito de Toledo y que el Estado no adoptó las medidas apropiadas y adecuadas para consultar con el pueblo maya en relación con estas concesiones. En base a estos actos y omisiones, la Comisión concluye que el Estado de Belice violó también el derecho de propiedad consagrado en el artículo XXIII de la Declaración Americana en perjuicio del pueblo maya.[75]

Sobre la información presentada, la CIDH concluye que las concesiones madereras otorgadas por el Estado respecto de las tierras del Distrito de Toledo han causado daños ambientales, y que este daño afectó negativamente algunas tierras total o parcialmente, comprendidas por los límites del territorio en el que el pueblo maya tiene un derecho de propiedad comunal. La Comisión Interamericana también considera que este daño es en parte resultante del hecho de que el Estado no ha establecido salvaguardias y mecanismos adecuados para *supervisar, controlar y garantizar* que exista personal suficiente para asegurar que la ejecución de las concesiones madereras, no causara mayor daño ambiental a las tierras y comunidades mayas.[76]

73 *Ibíd.,* párr. 142.

74 *Ibíd.,* párr. 143.

75 CIDH, *Informe CIDH Nº 40/04,* párr. 144.

76 *Ibíd.,* párr. 147.

La CIDH reconoce, análogamente, la importancia del desarrollo económico para la prosperidad de los pueblos de este hemisferio.[77] Como lo proclama la Carta Democrática Interamericana, *"[l]a promoción y observancia de los derechos económicos, sociales y culturales son consustanciales al desarrollo integral, al crecimiento económico con equidad y a la consolidación de la democracia en los Estados del Hemisferio"*.[78] Al mismo tiempo, las actividades de desarrollo deben ir acompañadas de medidas adecuadas y efectivas para garantizar que las mismas no se lleven a cabo a expensas de los derechos fundamentales de las personas que pueden ser particular y negativamente afectadas, incluidas las comunidades indígenas y el medio ambiente del que dependen para su bienestar físico, cultural y espiritual.[79]

Finalmente, la CIDH observa la afirmación de los peticionarios de que el Estado, al no establecer consultas sustanciales con el pueblo maya en relación con las concesiones madereras y petroleras en el Distrito de Toledo, las cuales dieron lugar a efectos ambientales negativos, violó otros derechos consagrados en el Derecho internacional en materia de derechos humanos, incluido el derecho a la vida, el derecho a la libertad de religión y culto, el derecho a la familia y a su protección, el derecho a la preservación de la salud y el bienestar, dispuestos en los artículos I, III, VI y XI de la Declaración Americana, y el *"derecho a la consulta"*, implícito en el artículo 27 del PIDCP, el artículo XX de la Declaración Americana, y el principio de libre determinación.[80]

En su análisis del caso, la CIDH ha subrayado el carácter singular del derecho de propiedad aplicado a los pueblos indígenas, puesto que las tierras tradicionalmente utilizadas y ocupadas por estas comunidades es un factor primordial de su vitalidad física, cultural y espiritual.[81] Como lo ha

77 *Ibíd.,* párr. 150.

78 *Ibíd.,* párr. 157.

79 *Ibíd.,* párr. 150.

80 CIDH, *Informe CIDH Nº 40/04,* párr. 154.

81 *Ibíd.,* párr. 155.

reconocido la Comisión anteriormente, respecto del derecho de propiedad y el derecho de igualdad, *"el libre ejercicio de tales derechos es esencial para el goce y la perpetuación de su cultura"*.[82] Análogamente, el concepto de familia y religión dentro del contexto de las comunidades indígenas, incluido el pueblo maya, está íntimamente vinculado a sus tierras tradicionales, donde los cementerios de sus ancestros, los lugares de significado religioso y las modalidades de culto, se relacionan con la ocupación y el uso de sus territorios físicos.[83]

Además, en el análisis de este caso, la Comisión Interamericana ha llegado específicamente a la conclusión de que el deber de consultar es un componente fundamental de las obligaciones del Estado, para dar efecto al derecho de propiedad comunal del pueblo maya en las tierras que han usado y ocupado tradicionalmente.

C. Derechos violados

La CIDH en su Informe de Fondo del caso de las comunidades indígenas maya en el Distrito de Toledo, concluye que el Estado de Belice es responsable internacionalmente de:

> *"a) la violación del derecho a la propiedad consagrado en el artículo XXIII de la Declaración Americana, en perjuicio del pueblo maya, al no adoptar medidas efectivas para reconocer su derecho de propiedad comunal en las tierras que ha ocupado y usado tradicionalmente, sin perjuicio para otras comunidades indígenas, y para delimitar, demarcar y titular o establecer por otra vía los mecanismos necesarios que aclaren y protejan el territorio en el que existe su derecho.*[84]
>
> *b) la violación del derecho de propiedad consagrado en el artículo XXIII de la Declaración Americana, en perjuicio del pueblo maya, al otorgar concesiones madereras y petroleras a terceros, para utilizar los bienes y recursos que podrían*

82 *Ibíd.,* párr. 158.

83 *Ibíd.,* párr. 159.

84 CIDH, *Informe CIDH Nº 40/04,* párr. 132.

quedar comprendidos por las tierras que deben demarcar, delimitar y titular o aclarar y proteger por otra vía, en ausencia de consultas efectivas y del consentimiento informado del pueblo maya.[85]

c) la violación del derecho a la igualdad ante la ley, la protección de la ley y la no discriminación, consagrado en el artículo II de la Declaración Americana, en perjuicio del pueblo maya, al no otorgarle las protecciones necesarias para ejercer sus derechos de propiedad plena y equitativamente con los demás miembros de la población de Belice.[86]

d) la violación del derecho a la protección judicial consagrado en el artículo XVIII de la Declaración Americana, en perjuicio del pueblo maya, al tornar ineficaces los procedimientos judiciales internos debido a un atraso irrazonable y al no brindarles, por tanto, un acceso efectivo a la justicia para la protección de sus derechos fundamentales".[87]

A pesar de que la CIDH encuentra al Estado de Belice responsable internacionalmente de violar los derechos del pueblo indígena maya, el Estado se ha negado a implementar las recomendaciones de la Comisión Interamericana, con el argumento que estas no son vinculantes a pesar de haber suscrito la Carta de la OEA y ante la imposibilidad de acudir a la Corte IDH, debido a que Belice no ha aceptado la competencia contenciosa de la Corte IDH; por su parte, las comunidades indígenas maya en el Distrito de Toledo regresaron al sistema judicial de Belice, el que no había dado respuesta a sus demandas; originando así, el inicio de los procedimientos ante la CIDH, y de manera simultánea continuaron accionando en este y ante la Comisión Interamericana.

85 *Ibíd.*, párr. 194.

86 *Ibíd.*, párr. 195.

87 *Ibíd.*, párr. 196.

IV. Actividad procesal de seguimiento posterior al Informe de Fondo

Una vez emitidas las recomendaciones del caso por medio del Informe de Fondo 40/04, la CIDH da seguimiento del acatamiento de sus recomendaciones hasta su total cumplimiento. La CIDH publica en su informe de 2019[88] que durante el 133° Período de Sesiones, el 27 de octubre de 2008, la Comisión llevó a cabo una audiencia pública con participación de las partes en relación con el seguimiento de las recomendaciones emitidas en su Informe de Fondo 40/04.[89] Para el 147° Período de Sesiones, la Comisión convocó a las partes a una Reunión de Trabajo celebrada el 13 de marzo de 2013, el Estado notificó que no podía participar y tampoco envió la información solicitada.[90] Para el 172° Período de Sesiones, la CIDH convocó a las partes a una Reunión de Trabajo, realizada el 7 de mayo de 2019 sin la presencia del Estado, sin embargo, previamente las partes informaron a la Comisión sobre la celebración de un Acuerdo de Cumplimiento relativo al caso.[91] El 10 de julio de 2019 la CIDH solicitó a las partes información sobre el cumplimiento estatal de las recomendaciones contenidas en el Informe Nº 40/04 de la CIDH.[92] El 5 de noviembre de 2019, el Estado envió de manera amplia y actualizada la información solicitada,[93] en cambio los peticionarios, no respondieron.[94]

88 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, "Ficha de Seguimiento del Informe Nº 40/04 Caso 12.053, Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo", *Informe Anual CIDH,* (2019), https://drive.google.com/file/d/16H63A1VKEzO4CtO0b81paQMJBU4TiP05/view?usp=sharing

89 *Ibíd.*, párr. 1.

90 CIDH, *Ficha de Seguimiento del Informe CIDH Nº 40/04,* párr. 2.

91 *Ibíd.*, párr. 3.

92 *Ibíd.*, párr. 5.

93 *Ibíd.*, párr. 4.

94 *Ibíd.*, párr. 5.

Con estas acciones se evidencia nuevamente el intento de las partes de llegar a un acuerdo debido a la presión internacional y diplomática ejercida por la CIDH,[95] a la vez de la presión que las comunidades mayas del Distrito de Toledo continúan ejerciendo en el terreno y con las acciones judiciales realizadas, principalmente entre 2010 y 2015 ante el sistema judicial de Belice, el que a su vez ratificó los derechos reconocidos al pueblo maya de Belice por la CIDH de 2004.[96]

V. El Estado de cumplimiento del caso

Ante estos hechos la CIDH considera en su informe anual el año 2019 sobre el estado de cumplimiento del Informe Nº 40/04 que las Recomendaciones 1 y 3 están pendientes de cumplimiento y que la recomendación número 2 ha sido parcialmente cumplida, lo que la CIDH expresa literalmente de la manera siguiente:

1. *"Adopte en su legislación interna y a través de consultas plenamente informadas con el pueblo maya, las medidas legislativas, administrativas y de cualquier otra índole necesarias para delimitar, demarcar y titular o aclarar y proteger por otra vía el territorio en el cual el pueblo maya tiene un derecho de propiedad comunal, de acuerdo con sus prácticas consuetudinarias de uso de la tierra y sin perjuicio para otras comunidades indígenas.*

2. *Adopte medidas para delimitar, demarcar y titular o aclarar y proteger por otra vía las correspondientes tierras del pueblo maya, sin perjuicio para otras comunidades indígenas y, hasta tanto se adopten tales medidas, se abstenga de todo acto que pueda dar lugar a que agentes del propio Estado o terceros actuando con aquiescencia o tolerancia de éste, afecte la existencia, el valor, el*

95 CIDH, "CIDH urge a Belize a garantizar derechos de las comunidades indígenas", Comunicado de Prensa, (6 de mayo de 2013), https://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2013/032.asp

96 CIDH, *Ficha de Seguimiento del Informe Nº 40/04,* párr. 9.

uso o goce de los bienes ubicados en la zona geográfica ocupada y usada por el pueblo maya.

3. *Repare el daño ambiental resultante de las concesiones madereras otorgadas por el Estado respecto del territorio tradicionalmente ocupado y usado por el pueblo maya".*[97]

En consecuencia, la Comisión Interamericana seguirá supervisando el cumplimiento de las Recomendaciones 1, 2 y 3; para lo que insta al Estado de Belice a realizar consultas significativas con el pueblo maya y sus representantes electos, y que suministre a la CIDH información detallada y actualizada sobre estas y otras medidas las medidas necesarias hasta dar pleno cumplimiento a las recomendaciones contenidas en el Informe de Fondo Nº 40/04.

Conclusiones

El Estado de Belice no ha ratificado la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ni se ha sometido a la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por lo que la CIDH no transfiere el caso a la Corte Interamericana, y este termina con el Informe de Fondo de la CIDH. Sin embargo, al ser Belice un Estado miembro de la OEA, la CIDH tiene competencia para conocer del caso y de analizarlo a la luz de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

El caso de las comunidades mayas en el Distrito de Toledo a la fecha ha sido el único caso sobre pueblos indígenas de Belice, presentado ante la CIDH; y uno de los primeros en que la Comisión Interamericana se pronunció sobre el tema de los derechos de propiedad colectiva de los pueblos sobre sus tierras, ancestrales e históricamente utilizadas y ocupadas por estos pueblos. Asimismo, en este caso se comenzaron a analizar aspectos relacionados a lo que

97 *Ibíd.,* Recomendaciones.

Universidad de El Salvador | Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales
Revista Derecho | ISSN: 2411-1465 | e-ISSN: 2789-3960
Vol. 10 (2026)

hoy se conoce como la Consulta Previa, Libre e Informada a pueblos indígenas y afrodescendientes sobre asuntos que pueden afectar a estos pueblos. Temas que posteriormente han sido ampliamente desarrollados y aplicados por el SIDH en otros casos en las Américas.

El caso de las comunidades mayas, ha demostrado la fuerza del vínculo espiritual y territorial que los pueblos indígenas tienen con sus territorios tradicionales; y como la ha reconocido la CIDH, debido a la dimensión colectiva de este vínculo se derivan otros derechos fundamentales para estos pueblos. Derechos tales como: el derecho a la vida, el derecho a la libertad de religión y culto, el derecho a la familia y a su protección, el derecho a la preservación de la salud y el bienestar, comprendidos en los artículos I, III, VI y XI de la Declaración Americana. Y desde el punto de vista no solo económico y cultural, sino también desde el punto de vista político el *"derecho a la consulta"*, implícito en el artículo 27 del Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos, el artículo XX de la Declaración Americana, y el principio de libre determinación.

Asimismo, el caso de las comunidades indígenas maya en el Distrito de Toledo es también un claro ejemplo de la renuencia estatal -que en diferentes grados muestran los estados- para honrar la normativa nacional e internacional al respecto de reivindicar derechos territoriales indígenas. Aunque este caso también muestra, el poder del Derecho internacional de los derechos humanos, en proveer alternativas más independientes, diplomáticas y políticas a nivel internacional, para utilizar en situaciones en que los sistemas judiciales domésticos no los proporcionan.

Los fallos de la Corte Suprema de Belice y del Tribunal de Justicia del Caribe han sido consistentes con el reconocimiento de los derechos de propiedad de las comunidades maya emitidos por la CIDH; así como, los múltiples intentos de las partes de llegar a un acuerdo negociado -dentro o fuera de los procesamientos ante la CIDH- es una prueba fehaciente de tal reconocimiento.

La batalla de las comunidades indígenas maya en el Distrito de Toledo de casi cuatro décadas, muestra la necesidad y la consecuencia del litigio estratégico, que pone en la palestra pública discusiones sociales, culturales y políticas evadidas por los Estados. Como en este caso, lo había sido desde la independencia y fundación de Belice como Estado nacional, el reconocimiento de la propiedad indígena; y su derecho consuetudinario de tenencia de la tierra -que existe paralelamente al sistema del Estado-. De acuerdo con el Derecho consuetudinario, las comunidades indígenas poseen colectivamente la tierra, en tanto las personas y las familias gozan según sus usos y costumbres propios, de derechos subsidiarios de uso y ocupación de la tierra, fundamento esencial para su subsistencia como pueblos.

Bibliografía

» "Comisión Interamericana de Derechos Humanos: Sobre Medidas Cautelares". Comisión Interamericana de Derechos Humanos, acceso el 10 de noviembre de 2026. https://www.oas.org/es/CIDH/jsForm/?File=/es/CIDH/decisiones/MC/sobre-cautelares.asp

» "Comisión Interamericana de Derechos Humanos: Soluciones Amistosas". Comisión Interamericana de Derechos Humanos. acceso el 10 de noviembre de 2026. https://www.oas.org/es/CIDH/jsForm/?File=/es/cidh/soluciones_amistosas/seguimiento.asp

» Comisión Interamericana de Derechos Humanos. "CIDH urge a Belize a garantizar derechos de las comunidades indígenas". *Comunicado de Prensa* (6 de mayo de 2013). https://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2013/032.asp

» Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo. Belice. Informe CIDH Nº 40/04 Caso 12.053.* Belice: Organización de los Estados Americanos, 2004. https://cidh.oas.org/annualrep/2004sp/Belize.12053.htm

» Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Comunidades Indígenas Mayas y sus miembros Belice, Caso 12.053, Informe No. 78/00.* Organización de los Estados Americanos, 2000. https://cidh.org/annualrep/2000sp/CapituloIII/Admisible/Belice12.053.htm

» Comisión Interamericana de Derechos Humanos. "Ficha de Seguimiento del Informe Nº 40/04 Caso 12.053, Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo". *Informe Anual CIDH,* (2019). https://drive.google.com/file/d/16H63A1VKEzO4CtO0b81paQMJBU4TiP05/view?usp=sharing

» Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Guía práctica Mecanismo de soluciones amistosas en el sistema de peticiones y casos.* OEA, 2015. http://www.oas.org/es/cidh/soluciones_amistosas/docs/guia-practica-sa-es.pdf

» Comisión Interamericana de Derechos Humanos. "Sistema de Peticiones y Casos". Washington: CIDH, 2006.

» Comisión Interamericana de Derechos Humanos. "Sistema de peticiones y casos". En *Folleto Informativo* (2003). https://www.oas.org/es/cidh/docs/folleto/cidhfolleto_esp.pdf

» Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José. Costa Rica: Organización de los Estados Americanos, 1969. https://www.oas.org/dil/esp/Convenci%C3%B3n%20Americana%20sobre%20Derechos%20Humanos%20Pacto%20de%20San%20Jos%C3%A9%20de%20Costa%20Rica%20Republica%20Dominicaca.pdf

» Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Opinión consultiva OC-10/89.* San José: Corte IDH, 1989. https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2002/1263.pdf

» Cunin, Elisabeth y Odile Hoffman. "Belice, ¿una sociedad pluricultural sin políticas multiculturales?". *Anuario de Estudios Centroamericanos,* vol. 45 (2019): 202-203. https://www.redalyc.org/journal/152/15264294008/15264294008.pdf

» Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. Bogotá, Colombia: Organización de los Estados Americanos, 1948. https://www.oas.org/36ag/espanol/doc_referencia/derechos_hombre.pdf

» Estatuto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Bolivia: Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 1979. https://www.oas.org/es/CIDH/jsForm/?File=/es/cidh/mandato/basicos/estatutocidh.asp

» Fuchs, Marie-Christine, Rank Hartmut y Miguel Barboza López. *Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.* Alemania: Konrad Adenauer Stiftung, 2023. https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/15/7212/8.pdf

» La Constitución de la Nación de Belice. Belice: Asamblea Nacional de Belice, 1981. https://www.bcn.cl/procesoconstituyente/comparadordeconstituciones/constitucion/blz

» Oficina de Información Diplomática. "Ficha País Belice". *Oficina de Información Diplomática del Ministerio de Asuntos Exteriores. Unión Europea y Cooperación* (2025). https://www.exteriores.gob.es/Documents/FichasPais/BELICE_FICHA%20PAIS.pdf

» Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Washington: Organización de los Estados Americanos, 1956. https://normas.cndh.org.mx/Documentos/Internacional/20111107121347-421.pdf

» Santoscoy, Bertha. *Las Visitas In Loco de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.* Comisión Interamericana de Derechos, 2003. https://www.corteidh.or.cr/tablas/a11687.pdf

» The Maya People of Southern Belize, The Toledo Maya Cultural Council y The Toledo Alcaldes Ascociation, *Maya Atlas.* Berkley California: North Atlantic Book,1997. https://nawimaps.com/maps/maya-atlas/

Revista Derecho

VOLUMEN 10 (2026)
Noviembre 2025 - Noviembre 2026

ISSN: 2411-1465
e-ISSN: 2789-3960

De la invisibilidad a la obligación Estatal: el derecho al cuidado en su dimensión activa a la luz de la Opinión Consultiva OC-31 y su relación en El Salvador

From invisibility to State obligation: the right to care in its active dimension in light of Advisory Opinion OC-31 and its relevance in El Salvador

Arístides Emmanuel García Flores
(Universidad de El Salvador, El Salvador)
https://orcid.org/0009-0005-1507-6651
Correspondencia: aristidesgf1804@gmail.com

DOI: https://doi.org/10.66778/RD.v10n01.03

CC BY NC

Recibido: 27-02-2026
Aceptado: 11-09-2026

Revista Derecho Vol. 10 (2026)
https://revistas.ues.edu.sv/index.php/revder
ISSN: 2411-1465 | e-ISSN: 2789-3960

DE LA INVISIBILIDAD A LA OBLIGACIÓN ESTATAL: EL DERECHO AL CUIDADO EN SU DIMENSIÓN ACTIVA A LA LUZ DE LA OPINIÓN CONSULTIVA OC-31 Y SU RELACIÓN EN EL SALVADOR

Arístides Emmanuel García Flores

RESUMEN

El derecho al cuidado fue por mucho tiempo invisibilizado desde la creencia de que era una parte constitutiva de otros derechos humanos, pero a partir de la Opinión Consultiva OC-31 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha sufrido una transición que lo ha consolidado como un derecho autónomo, imponiendo obligaciones a los Estados para su plena realización. Se examina cómo a través de una interpretación evolutiva y sistemática de la Convención Americana sobre Derechos Humanos ha alcanzado su independencia y justiciabilidad. Para sustentarlo, se abordan una serie de principios que guían en la aplicación del derecho con énfasis en la corresponsabilidad, donde se pretende que todos los actores de la sociedad asuman su responsabilidad en los cuidados. Se profundiza en la dimensión activa del cuidado, centrándose en el derecho a "dar cuidados" en condiciones dignas, donde se pretende abandonar la instrumentalización y feminización histórica de esta labor. Asimismo, se realiza un diagnóstico factico y jurídico en la realidad de El Salvador, identificando una deuda estatal que derivada en una protección centrada en el receptor y un vacío legal hacia el proveedor de los cuidados, caracterizada por la discriminación estructural y la carencia de seguridad social. A pesar de dicha situación, se concluye, evaluando la Política Nacional de Corresponsabilidad de los Cuidados 2022-2030 como un avance hacia la democratización de los cuidados y el reconocimiento del valor económico de dicha actividad.

PALABRAS CLAVE: corresponsabilidad - derecho al cuidado - dimensión activa - discriminación estructural - Opinión Consultiva OC-31 - Política Nacional de Cuidados

FROM INVISIBILITY TO STATE OBLIGATION: THE RIGHT TO CARE IN ITS ACTIVE DIMENSION IN LIGHT OF ADVISORY OPINION OC-31 AND ITS RELEVANCE IN EL SALVADOR

Arístides Emmanuel García Flores

ABSTRACT

Long treated merely as an implicit facet of other human rights, the Right to Care has gained recognition as an autonomous right imposing affirmative duties on States following Advisory Opinion OC-31 of the Inter-American Court of Human Rights. This article explores how an evolutive and systemic interpretation of the American Convention on Human Rights established both its normative independence and its justiciability. It analyzes the principles guiding its enforcement-chiefly social co-responsibility across societal actors -and examines the active dimension of care, framed as the right to provide care under dignified conditions free from historical instrumentalization and feminization. Turning to El Salvador, an empirical and legal diagnosis reveals a persistent state shortfall: existing protections focus narrowly on care recipients while leaving caregivers in a legal vacuum marked by structural discrimination and lack of social security. Finally, the study assesses El Salvador's National Policy on Co-responsibility for Care 2022-2030 as a meaningful step toward democratizing care and recognizing its economic value.

KEYWORDS: co-responsibility - right to care - active dimension - structural discrimination - advisory opinion OC-31 - National Care Policy

De la invisibilidad a la obligación Estatal: el derecho al cuidado en su dimensión activa a la luz de la Opinión Consultiva OC-31 y su relación en El Salvador

Arístides Emmanuel García Flores[1]
El Salvador

Introducción

Históricamente, el derecho al cuidado ha sido invisibilizado o entendido como un mero accesorio de otros derechos fundamentales dentro de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, pero es a partir de la reciente Opinión Consultiva OC-31, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que se le ha dotado de autonomía y contenido a través de sus tres dimensiones: el derecho a ser cuidado, el autocuidado y, de manera protagónica en este artículo, el derecho a cuidar o dimensión activa. Al profundizar en dicha dimensión, colocamos en el centro a la persona proveedora de asistencia, exigiendo que su labor sea realizada mediante condiciones dignas y mediante una libre elección y no por una imposición basada en estereotipos de género que han generado una discriminación estructural y la feminización de los cuidados.

1 Licenciado en Ciencias Jurídicas por la Universidad de El Salvador, graduado con C.U.M. honorífico. Representante de la Universidad de El Salvador en la XIII Competencia Universitaria sobre Derechos Humanos "Sergio García Ramírez" desarrollado en la UNAM, México durante 2025. Practicante Jurídico en la Unidad de Defensa Pública Penal de la Procuraduría General de la República.

Para escribir en nuestra revista, consulta las bases aquí

El presente artículo comprende un estudio de los elementos que forman la dimensión activa, analizando los principios rectores que le dan sustento y guían la aplicación del derecho al cuidado, y como el sujeto activo de los cuidados debe ejercer su labor en condiciones dignas. Para ello, se aborda la necesidad de garantizar a las personas cuidadoras una triada compuesta por tiempo, recursos materiales y formación que lleven a la plena realización del derecho.

Asimismo, se abordará el reconocimiento del cuidado no remunerado como una forma de trabajo, el cual sostiene el sistema económico, por lo que genera obligaciones para los Estados, tales como la provisión de seguridad social, el respeto a los derechos laborales y la implementación de políticas que eviten que cuidar signifique sacrificar el propio proyecto de vida.

Finalmente, se revisará la deuda histórica del Estado salvadoreño frente a las personas cuidadoras, evidenciando vacíos legales que las excluyen de la protección social y en legislaciones que, si bien avanza, continúa priorizando al receptor de los cuidados. Como contrapeso, el artículo concluye analizando el avance jurídico que representa la Política Nacional de Corresponsabilidad de los Cuidados 2022-2030, un instrumento que persigue la democratización de los cuidados y la reivindicación de la persona cuidadora como sujeta de derechos mediante estrategias para reconocer, reducir y redistribuir el trabajo de cuidados en el país.

I. Desarrollo

1. La autonomía del derecho al cuidado

El derecho al cuidado, no se encuentra de forma explícita o en un epígrafe en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante CADH, la Convención o la Convención Americana), este, antes de la Opinión

Consultiva OC-31, era visto como una parte constitutiva de otros derechos, es decir, que se veía invisibilizado ante el muro de prerrogativas que se encontraban de forma explícita en el catálogo de derechos de la CADH, como el derecho a la vida art. 4, la integridad personal art. 5, la libertad personal art. 7, la honra y dignidad art. 11, la protección de la familia art. 17, los derechos del niño art. 19, la igualdad ante la ley art. 24 y los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales art. 26, tales como la salud, el trabajo y la seguridad social, pero que resultaba, en muchas ocasiones, igual de importante.

Por ejemplo, en el caso Poblete Vilches y otros vs Chile, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, (en adelante Corte IDH o la Corte) estableció un precedente al vincular el derecho a la salud con el derecho al cuidado a través de la interpretación del artículo 26 de la Convención Americana y el concepto de "cuidado integral", estableciendo que: *"…la Corte resalta la importancia de visibilizar a las personas mayores como sujetos de derechos con especial protección y por ende de cuidado integral, con el respeto de su autonomía e independencia"*.[2]

En este mismo ejemplo, el derecho al cuidado no era la figura principal, sino que era visto como un accesorio del derecho a la salud, y eso generaba que la protección fuera de forma indirecta y no permitiera ver la dimensión de los perjuicios que podría generar su violación por parte de los Estados.

Al ver el derecho al cuidado de forma fragmentada y no como un todo, la Corte IDH señala que: *"no permite abordar adecuadamente las múltiples formas en que la omisión de cuidado puede afectar la dignidad de las personas, ni otorgar adecuadas garantías a quienes realizan labores de cuidado"*.[3]

2 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Sentencia Serie C No. 349 Caso Poblete Vilches y otros Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas* (Costa Rica: Corte IDH, 2018), párr. 132.

3 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Opinión Consultiva OC-31/25 serie A N. 31 El Contenido y el alcance del Derecho al Cuidado y su interrelación con otros derechos* (Costa Rica: Corte IDH, 2025), párr. 112.

Para entender la autonomía del derecho al cuidado, se vuelve necesario que se comprenda que la CADH es un instrumento vivo y que evoluciona, por lo que se busca que no sea visto como un instrumento estático, sino que sea dinámico y se acople a las necesidades que la sociedad va desarrollando o visibilizar aquellas que resultan imprescindibles para el desarrollo de las personas. Al respecto, la Corte señaló textualmente: *"En el mismo sentido, la Corte reitera que los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales"*.[4]

Con relación a lo anterior, se vuelve trascendental que la CADH tampoco sea visto con un instrumento de normas aisladas, sino que, estas normas están interconectadas mediante una interpretación sistemática que permite desentrañar el sentido de la norma en su máximo esplendor, y a esto, hay que sumarle el principio pro personas, que busca lo más favorable para la protección de los derechos humanos.

Mediante esta operación que combina tanto la interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales en materia de Derechos humanos, y la interpretación sistemática de las normas de la CADH, es que la Corte determinó que es importante dotar de autonomía al derecho al cuidado, dado que este protege condiciones específicas que no se agotan en otros derechos con los cuales se veía interrelacionado, y que el reconocimiento de este permitiría abordar las múltiples dimensiones del bienestar humano.[5]

Sumando todo lo anterior, la Corte hace un énfasis en lo esencial que resultan los cuidados para el ejercicio de otros derechos, pero que protegerlo a través de ellos resulta insuficiente, por lo que, luego de realizar una lectura conjunta de múltiples artículos estableció que: "En consecuencia, y a partir de una interpretación sistemática, evolutiva y pro persona de los derechos consagrados en la Convención [...], la Corte concluye que existe un derecho

4 *Ibíd.,* párr. 42.

5 *Ibíd.,* párr. 114.

autónomo al cuidado, derivado de la lectura conjunta de los artículos 4, 5, 7, 11, 17, 19, 24, 26 y 1.1 de la Convención Americana".[6]

Esta autonomía dotaba al derecho al cuidado de exigibilidad al relacionarlo con el artículo 26 de CADH, dado que lo vinculaba con las normas económicas y sociales de la Carta de la OEA, reafirmando así que el cuidado es una condición para la efectividad de estos derechos, de los que pueden ser reclamados, dado que mediante la jurisprudencia de la Corte, esta ha mencionado que:

> *"Así, resulta claro interpretar que la Convención Americana incorporó en su catálogo de derechos protegidos los denominados derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA), a través de una derivación de las normas reconocidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos (OEA), así como de las normas de interpretación dispuestas en el propio artículo 29 de la Convención".*[7]

2. La triple dimensión: derecho a ser cuidado, derecho al autocuidado y derecho a cuidar

Cuando se busca entender el derecho al cuidado, resulta crucial abandonar la idea que lo limita únicamente a la recepción de asistencia. Este, abarca todas las implicaciones y relaciones que conlleva una actividad como el cuidado, protegiendo tanto al sujeto que lo necesita como al que lo provee y al propio individuo respecto de sí mismo. Al respecto la Corte IDH ha determinado que: *"Este derecho protege tanto a las personas que reciben cuidados, como aquellas que los otorgan, y tiene tres dimensiones fundamentales: ser cuidado, cuidar y el autocuidado"*.[8]

6 *Ibíd.*, párr. 112.

7 Corte IDH, *Caso Poblete Vilches y otros Vs. Chile*, párr. 103.

8 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Opinión Consultiva OC-31/25*, párr. 132.

En concordancia con lo anterior, la triple dimensión del derecho al cuidado, surge de su propia definición, sumándole el aseguramiento de condiciones temporales y materiales que garanticen el ejercicio del mismo para un bienestar integral, así lo establecido la Corte en su Opinión Consultiva OC-31/2025 al determinar que:

> *"El derecho autónomo al cuidado comprende el derecho de toda persona de contar con el tiempo, espacios y recursos necesarios para* ***brindar, recibir o procurarse*** *condiciones que aseguren su bienestar integral y le permitan desarrollar libremente su proyecto de vida, de acuerdo con sus capacidades y etapa vital".*[9]

La primera dimensión del derecho al cuidado es la pasiva, esto haciendo referencia a que las personas tienen la prerrogativa de recibir las actividades asistenciales y de atención que sean necesarias, y que le garanticen un desarrollo normal tanto en un aspecto físico como de su personalidad, especialmente en aquellas personas en situación de dependencia como puede ser un recién nacido, o en situación de vulnerabilidad como lo es una persona de la tercera edad.[10]

En esta dimensión es crucial la autonomía de la persona que está recibiendo los cuidados, es decir, que debe buscarse que la persona pueda desempeñarse por sí misma, que pueda por así decirlo "independizarse", y que estos cuidados no anulen su capacidad de decisión, en especial con los grupos de personas con discapacidad o las personas mayores, quienes históricamente han sido vistos solo como objetos de protección. Es aquí de donde surge una obligación de carácter inmediata para el Estado, que es garantizar el acceso a servicios sin discriminación.

La segunda dimensión del derecho al cuidado es la personal, que hace referencia a todas aquellas actividades que una persona realiza para sí misma, buscando mantener una buena salud, higiene, prevenir y atender enfermedades,

9 *Ibíd.*, párr. 113.

10 *Ibíd.*, párr. 116.

que le permitan llevar una vida saludable y poder desarrollar plenamente su plan de vida.[11]

La Corte IDH lo define como una dimensión que reconoce la importancia de los espacios propios, señalando que: *"El derecho al autocuidado implica el derecho de quienes cuidan y de quienes son cuidadas de procurar su propio bienestar y atender sus necesidades físicas, mentales, emocionales, espirituales y culturales"*.[12] Esta dimensión resulta de crucial importancia dado que, permite que aquellas personas que realizan las labores de cuidado, que en su mayoría son mujeres y niñas, puedan disponer del tiempo necesario para procurarse su propia asistencia, rompiendo así la precarización de quienes realizan las labores de cuidado, imponiendo al Estado el deber de garantizar las condiciones para el ejercicio de este derecho.

En concordancia con esta dimensión personal, es responsabilidad del Estado, tomar medidas de carácter estructural, que permitan a las personas conocer y capacitarse sobre las estrategias de cómo cuidarse ellas mismas. Lo anterior exige una vinculación directa con los derechos a la salud y a la educación, los cuales deben ser garantizados estatalmente para asegurar la eficacia de esta prerrogativa.

La tercera dimensión y la medular en el presente artículo, es la dimensión activa o derecho para cuidar, la cual consiste en que la persona que realiza los cuidados pueda gozar de condiciones dignas para llevar a cabo dichas labores, ya sea de forma remunerada o no, para lo cual requiere que su ejercicio sea sin discriminación, y con pleno respeto de sus derechos humanos. [13]

La dimensión activa requiere una libre elección por parte de las personas que lo ejercen, y que no sea una imposición basada en estereotipos de género, que impone una carga sobre todo dentro del ámbito familiar y comunal a las mujeres

11 Instituto Salvadoreño para el Desarrollo de la Mujer, *Política Nacional de Corresponsabilidad de los Cuidados 2022-2030* (San Salvador: ISDEMU, 2024).

12 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Opinión Consultiva OC-31/25,* párr.118.

13 *Ibíd.,* párr. 117.

y niñas, que abandonen sus planes de vida por dedicarse exclusivamente a los cuidados. Por lo que se busca un cambio de paradigma, para que cuidar no signifique una esclavitud, empobrecimiento o perdida de oportunidades, por cuestiones que la sociedad ha establecido que determinadas personas tienen que realizar. Como señala la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (en adelante CEPAL), el reconocimiento de este derecho implica *"asegurar los derechos de quienes los necesitan y de quienes proporcionan cuidados, así como el derecho a ejercer el autocuidado. Ello implica avanzar hacia una justa organización social de los cuidados y hacia el logro de la igualdad de género"*.[14]

La Corte IDH hace énfasis respecto a la importancia de brindarle un reconocimiento del valor económico y social que tiene las labores de cuidado, dejando de lado que las personas que lo realizan solo contribuyen al ámbito privado de la familia o de su comunidad, sino que, la suma de todas esas labores contribuye a garantizar una vida digna y adecuada, potenciando así el desarrollo integral de toda la población.

Estas tres dimensiones actúan como el sistema interconectado que dan fundamento al derecho al cuidado, cada una juega un rol importante para el ejercicio pleno de esta prerrogativa fundamental, para lo cual se tiene que sostener mediante directrices que colaboren a una correcta interpretación y que nos guíen en su aplicación, por lo que es necesario establecer una serie de principios que nos ayuden.

14 Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), Entidad de las Naciones Unidas para la Igualdad de Género y el Empoderamiento de las Mujeres (ONU-Mujeres), y Organización Internacional del Trabajo (OIT), *El derecho al cuidado en América Latina y el Caribe: Avances normativos* (Santiago: Naciones Unidas, 2023), 51.

3. Principios rectores del derecho al cuidado

Los principios del derecho al cuidado configuran la base tanto jurídica como política que se tiene que seguir para la instauración de los cuidados en la sociedad actual, que la encaminaron hacia una más justa y equitativa, por lo que se adelantará en el análisis de cada uno.

3.1. Corresponsabilidad social y de género

El principio de corresponsabilidad es aquel que indica que la responsabilidad de los cuidados debe ser compartida entre varios actores de la sociedad, entre los cuales se encuentra el Estado, el mercado, la comunidad y las familias.[15] Aquí se busca una descentralización de los cuidados, donde deja de ser un asunto del ámbito familiar y pasa a ser un asunto de la organización y estructura social.

Debe hacerse un énfasis en que, el principio de corresponsabilidad tiene un rol importante dentro de las propias familias, no permitiendo que estas labores de cuidado recaen desproporcionadamente en las mujeres y niñas, lo cual afectaría en la realización de otras actividades que las personas necesitan para su desarrollo personal. Al compartir las labores de cuidado entre todos, lo que se busca, tal como lo indica la Corte IDH es: *"…un reparto equitativo y solidario de las labores de cuidado no remuneradas por parte de hombres y mujeres en el ámbito familiar. Este principio implica que hombres y mujeres tienen responsabilidades equitativas de cuidados"*.[16]

Asimismo, la Corte vincula este principio con la necesidad de superar roles de género tradicionales, al mencionar que:

15 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-31/25, párr. 132.

16 *Ibíd.,* párr. 119.

> *"La Convención Americana, en su artículo 17, protege a la familia como núcleo fundamental de la sociedad, lo que incluye la necesidad de garantizar condiciones para el cuidado digno en su interior. Esta protección también abarca la distribución equitativa de las tareas de asistencia y apoyo entre sus miembros, de conformidad con los principios de igualdad y corresponsabilidad".*[17]

En los hogares es donde se comenzará a cimentar la equidad y responsabilidad compartida del cuidado, con el objetivo de superar la histórica y desigual división sexual de dicha labor, buscando que esto pueda trascender a la sociedad en general.

En concordancia con lo anterior, se tiene que la corresponsabilidad social se encamina a la suma de esfuerzos que todos los actores de la sociedad deben realizar para la construcción de un sistema solidario de cuidados que involucre no solamente al Estado, sino también a las comunidades y al mercado, dado que todas las personas requieren de cuidados en momentos determinados de sus vidas.[18]

3.2. Universalidad y progresividad

El derecho al cuidado al ser un derecho humano goza de la característica que es para todas las personas, sin ningún tipo de distinción, todos pueden ejercerlo libremente. El Estado debe asegurar el respeto de su ejercicio, y adoptar medidas progresivas para su efectividad, entendiendo también que los cuidados son una necesidad universal del ser humano, y es que desde el día en que se nace, surge la necesidad de cuidados para tener una existencia digna.[19]

17 *Ibíd.,* párr. 110.

18 Beatriz R. Domingo, Lican Martínez Rubio, y Vivian Díaz Allendes, *Hablemos de cuidados. Principales resultados de los diálogos ciudadanos hacia la construcción del Sistema Nacional e Integral de Cuidados* (Santiago: ONU Mujeres Chile, Ministerio de Desarrollo Social y Familia, 2023).

19 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Opinión Consultiva OC-31/25,* párr. 113.

Respecto a la efectividad del derecho al cuidado, resalta la necesidad que estas labores sean accesibles para todas las personas, sin importar su capacidad adquisitiva, tal como lo señala Alexandra Haas Paciuc al sostener que, para materializar este derecho, se torna indispensable vincularlo respecto a que la: *"universalidad, implica que todas las personas tengan acceso al cuidado con la misma calidad"*.[20]

En sintonía, el derecho al cuidado, al ser un derecho económico, social y cultural, tiene como directriz la progresividad del mismo, derivado del artículo 26 de la CADH, que exige que los Estados avancen constantemente hasta la plena realización del derecho, dado que se entiende que estos requieren de tiempo y recursos. Pero que la progresividad no sea una excusa para la inacción, tal como lo ha establecido la Corte IDH en el caso Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala al mencionar que:

> *"…la obligación de realización progresiva prohíbe la inactividad del Estado en su tarea de implementar acciones para lograr la protección integral de los derechos, sobre todo en aquellas materias donde la ausencia total de protección estatal coloca a las personas ante la inminencia de sufrir un daño a su vida o su integridad personal"*.[21]

En la misma línea, Laura Pautassi explica que el principio de progresividad implica que al Estado le está vedado sancionar normas o ejecutar programas que empeoren la situación de los derechos sociales de la población.[22]

20 Alexandra Haas Paciuc, "¿De qué hablamos cuando hablamos de cuidados?", en *El derecho humano a los cuidados: una agenda en construcción*, coordinado por Marycarmen Color Vargas y Mónica Isabel Páez Villa (Ciudad de México: SCJN, 2025), 26.

21 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Cuscul Pivaral y otros Vs. Guatemala, Sentencia Serie C No. 359 Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. (Corte IDH: 2018)

22 Laura Cecilia Pautassi, "Bases normativas y fundamentos políticos del derecho humano al cuidado", en *El derecho humano a los cuidados: una agenda en construcción,* coordinado por Marycarmen Color Vargas y Mónica Isabel Páez Villa (Ciudad de México: SCJN, 2025), 122.

La progresividad es la herramienta para alcanzar la universalidad, pero que la inacción por parte de los Estados origina una serie de violación en el goce pleno de los derechos.

En conclusión, si el Estado no acata el principio de progresividad en el caso del derecho al cuidado, este es justiciable, esto significa que el incumplimiento de avanzar hacia la efectividad del derecho y a su vez la adopción de medidas que retrocedan en la protección del cuidado puede ser exigido ante los tribunales mediante un control de convencionalidad difuso.

3.3. Solidaridad

El principio de solidaridad es aquel que recuerda que todos los seres humanos necesitamos un apoyo mutuo y somos interdependientes entre sí. Lo que se busca es la cooperación entre todos los actores de la sociedad, donde se trascienda de una esfera individual a una donde la sociedad, la comunidad y el Estado podemos garantizarnos un bienestar común en relación con los cuidados.

Para este principio, la Corte IDH impone dos responsabilidades: la primera será el respeto de aquellas personas que realizan labores de cuidado y la segunda es la asistencia de quienes se encuentran en una situación de dependencia.[23] Al imponer estas responsabilidades, la solidaridad ya no es solamente vista como un valor, sino como una guía en las políticas sociales, que impone un valor al cuidado, dado que representa una actividad que aporta un elemento esencial en la calidad de vida de los seres humanos.

3.4. Autonomía

El principio de autonomía consiste en que, se debe buscar que la persona que recibe los cuidados pueda valerse por sí misma, es decir, que las labores de cuidado, deben ir dirigidas a que la persona pueda decidir el cómo, el cuándo, el dónde y por quién recibir los cuidados y hasta qué punto los

23 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Opinión Consultiva OC-31/25,* párr. 120.

recibirá. Debe perseguirse que la persona cuidada deje de ser vista como un objeto de protección y pase a tener un rol activo en la que pueda independizarse y realizar actividades por ella misma.

Así lo ha dictado la Corte IDH al establecer que: *"…el cuidado tiene como propósito no solo la subsistencia de las personas cuidadas y aquellas que cuidan, sino su realización y consecución de su proyecto de vida, reforzar la autonomía personal e inclusión en la comunidad a través de las labores de cuidado"*.[24]

Asimismo, este principio se dirige a la persona que cuida, dado que ella pueda decidir si se dedica o no a dichas labores, y en dado caso decida dedicarse, puede determinar el modo en que lo realizará, y que no se vea forzada a hacerlo. En concordancia con esta visión, la Corte Interamericana ha validado que la autonomía es incompatible con las imposiciones culturales, citando jurisprudencia regional para establecer que: *"La SCJN determinó que dicho derecho implica el derecho a no ser forzado a la realización de labores de cuidado por mandatos de género, cuestión que afecta principalmente a mujeres y niñas. De esta forma, no se puede obligar a las personas a realizar labores de cuidado"*.[25]

En igual sentido, la doctrina en México ha seguido el principio de la autonomía de la persona que cuida, pero ahora incluyendo una labor del Estado, dado que debe asegurar contextos donde *"quienes no desean cuidar tengan la posibilidad de no hacerlo"*, desvinculando el cuidado de un destino natural de las mujeres.[26]

En conclusión, la autonomía es en dos vías, tanto la persona que recibe los cuidados tiene esa potestad de decidir, y que no sea solo vista como un objeto que requiere protección, si no que tiene que buscarse una cierta realización de la persona, y por la otra vía, la persona que cuida, quien tiene esa capacidad

24 *Ibíd.,* párr. 113.

25 *Ibíd.,* párr. 96.

26 Ana Claudia Martínez Coutigno, "El avance hacia el derecho humano al cuidado en los precedentes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación", en *El derecho humano a los cuidados: una agenda en construcción,* coordinado por Marycarmen Color Vargas y Mónica Isabel Páez Villa (Ciudad de México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2025), 143.

de decidir si se quiere dedicar a las labores de cuidado, y que estas no le sean impuestas por estereotipos de género que afectan mayoritariamente a mujeres y niñas en esta materia.

4. Profundización en la dimensión activa: El derecho humano a "dar cuidados"

El dar cuidados como derecho humano, pone el foco en las personas que brindan esta labor. Lo que se quiere es dejar de verla como un mero instrumento que garantiza el bienestar de las otras personas, pero que muchas veces deja de lado su propio bienestar, y que ahora, pase a ser titular de derechos en sí mismo, garantizándole así, condiciones dignas, libres y sin discriminación para la realización de las actividades de cuidado.

La Corte IDH, hace referencia que a la persona cuidadora tanto en el ámbito familiar como fuera de él, debe tener garantía del respeto a sus derechos humanos, que le permitan la realización de su plan de vida, para lo cual es necesario un bienestar físico, mental, espiritual y cultural.[27]

Se plantea un caso: una madre que con mucho amor cuida a su hijo que tiene una discapacidad, lo cierto es que ella también tiene derecho a "respiros", apoyo psicológico y herramientas técnicas. Si el Estado no provee esto y ella enferma por agotamiento, se le estaría violentando su derecho a cuidar en condiciones dignas, tratándola instrumentalmente solo como una proveedora de servicios.

El eje radica en superar esa instrumentalización de la persona que cuida, que en la mayoría de las ocasiones son mujeres y niñas tal como lo refiere la Corte IDH,[28] y se tome en cuenta el elemento de la voluntariedad de dicho sujeto, es decir, que la persona decida libremente si es que quiere cuidar

27 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Opinión Consultiva OC-31/25,* párr. 117.

28 *Ibíd.,* párr. 136.

o no, y que no sea solo porque la sociedad se lo impone, en muchas ocasiones, a estereotipos de género.

En concordancia con lo anterior, la Corte IDH, retoma jurisprudencia de la Suprema Corte de la Justicia de la Nación de México, donde también se indica que la voluntariedad de la persona que cuida, va encaminada a que ella pueda decidir libremente la forma y por cuánto tiempo es que se dedicara a las labores de cuidado.[29] Y esto se encuentra estrechamente relacionado con el principio de corresponsabilidad, dado que muchas ocasiones es en el contexto familiar donde surge esta instrumentalización y se deja de lado la autonomía y la voluntariedad de la persona que cuida.

A modo de ilustración respecto a la voluntariedad, no se le podría exigir jurídicamente a una hija que renuncie a su empleo o estudios para cuidar a un familiar enfermo únicamente por su condición de mujer, mientras los hermanos varones quedan exentos. Eso sería instrumentalizar, y dejaría que las demás personas no asuman la responsabilidad que les corresponde en los cuidados.

4.1. El derecho a cuidar en condiciones dignas

El derecho a cuidar implica un reconocimiento de esta labor, en la que al sujeto activo que brinda los cuidados, se le deben asegurar condiciones materiales que le permitan desarrollar su labor satisfactoriamente y con eficacia, pero sin sacrificar su propio bienestar, su autonomía, su desarrollo personal y su personalidad, para lo cual es necesario una armonización a través de tres pilares fundamentales: tiempo, recursos materiales y formación.

4.1.1. Tiempo para cuidar

El tiempo resulta crucial para la persona cuidadora, debido a que se busca una conciliación entre su labor, su desarrollo personal, el ocio y su autocuidado. El objetivo es que quien brinda los cuidados, no se vea

29 *Ibíd.*, párr. 228

inhabilitado de desarrollar otras actividades, es decir, que pueda contar con el tiempo para incorporarse a un empleo y a la educación, sobre todo en ámbitos familiares. La Corte IDH establece que se deben ofrecer políticas de flexibilidad y licencias laborales, así como de teletrabajo para conciliar la vida laboral con las responsabilidades familiares.[30]

Así también, la Corte IDH, hace un énfasis en que, dentro de las garantías mínimas que se les deben asegurar a las personas que cuidan está la de un límite del tiempo de trabajo diario, periodos mínimos de descanso, y acceso a un sistema de seguridad social.[31]

4.1.2. Recursos materiales para cuidar

Para ejercer dignamente el cuidado se requiere de recursos financieros y remuneraciones que dejen la precarización del sujeto activo que los brinda, asegurando que se les protejan con todos los derechos laborales, incluyendo un salario justo, estabilidad y condiciones equitativas.[32]

En línea con lo anterior, la Corte IDH impone la obligación a los Estados de garantizar progresivamente el acceso a la seguridad social para quienes han dedicado su vida a cuidar sin ningún tipo de remuneración, evitando que queden desamparados en su vejez,[33] y para ello, deben utilizar el máximo de los recursos disponibles. Además, es imprescindible la infraestructura que permita hacer ese nexo de corresponsabilidad de los cuidados entre la familia con la sociedad y el Estado, para lo cual se necesita invertir en sistemas de servicios y la creación de espacios de cuidado a cargo del Estado con personal bajo su responsabilidad, sumado a ello, deben crearse los programas que permitan los

30 *Ibíd.*, párr. 235.

31 *Ibíd.*, párr. 231.

32 *Ibíd.*, párr. 219.

33 *Ibíd.*, párr. 260.

cuidados de la primera infancia y de los adultos mayores con instituciones de larga estadía.[34]

4.1.3. Formación para cuidar

El cuidador debe contar con los conocimientos técnicos que le permitan desempeñar sus actividades, para ello la Corte IDH indica que: *"…los Estados deben implementar medidas progresivas para promover la capacitación profesional y técnica de las personas que se dedican a las labores de cuidado, así como promover su sensibilización en cuanto a perspectivas diferenciales de género y capacidades"*.[35]

En relación, el cuidador también debe contar con la información para autocuidarse y no caer en un desgaste físico y emocional que afecte su bienestar y calidad de vida, para lo cual es necesario que tenga derecho al ocio, cuente con apoyo psicológico y de salud proporcionado por el Estado.

A estos tres pilares, se les ha denominado la tríada base de los cuidados, que implica una obligación por parte de los Estados por establecer políticas de recursos, de servicios y de tiempo en materia de cuidado.[36] Al tener cubierta dicha triada se puede decir, que se está garantizando un ejercicio de las labores de cuidado en condiciones dignas.

4.2. El trabajo de cuidados no remunerados

Uno de los reconocimientos más significativos de la Opinión Consultiva OC-31 de la Corte IDH, radica en otorgar la calidad de trabajo a las labores de cuidado, dotándolo de todas aquellas prerrogativas que trae consigo el derecho al trabajo, y dejando de lado que el cuidado es un destino natural o

34 *Ibíd.,* párr. 182-189.

35 *Ibíd.,* párr. 286.

36 Ana Güezmes García, "El derecho al cuidado en el marco de los derechos humanos. El aporte de la Agenda Regional de Género", en *El derecho humano a los cuidados: una agenda en construcción,* coordinado por Marycarmen Color Vargas y Mónica Isabel Páez Villa (Ciudad de México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2025), 51.

una obligación moral exclusiva de las mujeres, o que es una cuestión privada del ámbito familiar.

Para entender cómo es que los cuidados llegan a ser considerados un trabajo, se debe hacer una interpretación amplia del concepto "trabajo" el cual se encuentra contenido en el artículo XIV de la Declaración Americana, los artículos 6 y 7 del Protocolo de San Salvador y el artículo 26 de la Convención Americana, donde este, no sea solo visto como aquella relación de empleo asalariado o formal, sino que también abarca aquellas actividades realizadas sin remuneración o contraprestación siempre que sea libremente escogida.[37]

Las labores que incluye el cuidado, desde la preparación de alimentos, así como limpiar, asistir a la primera infancia o a los adultos mayores, son actividades que buscan una calidad de vida digna para el ser humano, las cuales tiene un innegable valor social al permitir el desarrollo de las actividades productivas, y poseen un valor económico directo que aporta al Producto Interno Bruto (PIB).[38]

La Corte IDH fundamenta el reconocimiento del cuidado como trabajo, dado las estadísticas en las cuales se dimensiona su aporte económico, por lo que no solo era necesario este reconocimiento, sino que se volvió urgente, por las cifras alarmantes sobre la distribución desigual de estas tareas.

Al apoyarse de datos de la CEPAL, la Corte IDH advierte que *"… en al menos diez países de la región que han valorado el aporte económico del trabajo no remunerado en los hogares, este varía entre un 15,9 % y un 27,6 % del Producto Interno Bruto (PIB), y el 74 % de ese aporte lo hacen las mujeres"*.[39] Este dato revela lo significativo que resulta el cuidado para las economías de los Estados, y es que, sin estas labores, sin duda alguna, la gran maquinaria de producción de un país se detendría.

37 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Opinión Consultiva OC-31/25,* párr. 214.

38 *Ibíd.,* párr. 215.

39 *Ibíd.,* párr. 143.

En el anterior sentido, Alexandra Haas Paciuc dicta muy acertadamente que el trabajo no remunerado, en este caso el de los cuidados, forma una base que es invisibilizada, pero que sostiene al sistema capitalista y, dado que no recibe contraprestación, los Estados abusan de él como si fuera una fuente inagotable de recursos.[40] En México, por ejemplo, el INEGI documentó en 2022 que *"el valor económico de las labores domésticas y de cuidados es de 7.2 billones de pesos, que equivale a 24.3 % del Producto Interno Bruto (PIB) nacional, del cual 72 % es una contribución de las mujeres y 28 % de los hombres".*[41]

De estos datos estadísticos, es que surge una obligación para los Estados, consistente en medir y valorar el trabajo doméstico no remunerado para integrarlo en sus cuentas nacionales. Diversos países han avanzado en su constitucionalización. Por ejemplo, *"el Estado Plurinacional de Bolivia, en el artículo 338 de su Constitución Política del Estado establece que debe reconocerse 'el valor económico del trabajo del hogar como fuente de riqueza y [que] deberá cuantificarse en las cuentas públicas'".*[42] Este reconocimiento también existe en las constituciones de Ecuador, República Dominicana y Venezuela.

También las estadísticas revelan que, estas labores son mayoritariamente realizadas por mujeres, como si fuera una tarea que solo ellas podrían realizar o que tienen que hacerlo solo por el hecho de ser mujeres, lo cual recae en estereotipos de género, por lo que se vuelve crucial abordar esta problemática que les afecta en el ejercicio de otros derechos.

40 Haas Paciuc, "¿De qué hablamos cuando hablamos de cuidados?"

41 *Ibíd.*, 13.

42 CEPAL, ONU-Mujeres y OIT, *El derecho al cuidado*, 24.

4.3. La feminización de los cuidados como discriminación estructural

Históricamente se ha tenido la creencia de que el hombre es quien sale al ámbito productivo de la sociedad para dar su aporte a la familia y el hogar, y que las mujeres, deben desempeñar las labores del ámbito privado familiar y reproductivo, asumiendo casi que por mandato cultural, ellas son las "cuidadoras naturales" en la sociedad.

La Corte IDH, ha manifestado que esta asignación histórica no es una situación que se deba pasar por alto, si no que revela una profunda vulneración del principio de igualdad, estableciendo textualmente que:

> *"…la distribución desigual de cargas de cuidado no remunerado sobre la base de estereotipos negativos de género, constituye una forma de discriminación estructural o sistémica contra las mujeres. Este tipo de discriminación puede ser entendida como aquella que se deriva de comportamientos arraigados en la sociedad que pueden implicar actos de discriminación directa o indirecta y que se manifiestan en prácticas que generan desventajas para las mujeres y las niñas".*[43]

Esta discriminación estructural se genera debido a que la sociedad tanto en el ámbito económico como institucional obliga a orillarse a las mujeres a asumir labores de cuidado de una forma altruista e invisibilizado, que no les permite desarrollarse y que, con su tiempo y energía, el sistema capitalista que rige se ve beneficiado, sin ver ellas, ningún tipo de contraprestación por su labor. Como señala la doctrina, esta feminización *"…profundiza el mandato y la correspondiente culpa o doble responsabilidad que se genera en el binomio de mujer-madre"*.[44]

43 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Opinión Consultiva OC-31/25,* párr. 159.

44 Martínez Coutigno, *El avance hacia el derecho humano al cuidado,* 163.

Para dimensionar esta feminización, la Corte IDH, citando datos de la Organización Mundial del Trabajo (OIT), estableció que: *"[l]as mujeres realizan el 76,2 por ciento de todo el trabajo de cuidados no remunerado, dedicándole 3,2 veces más tiempo que los hombres"*.[45] Esto ha hecho que las mujeres caigan en lo que se da por llamar "la pobreza de tiempo", lo que genera que haya afectación de las mujeres y niñas en ámbitos como el educativo, la inserción en el mercado laboral, la salud y su participación política y pública.

Asimismo, en El Salvador, la Encuesta de Uso del Tiempo de 2017, ha establecido que: *"las mujeres jóvenes dedican en promedio 25.5 horas a la semana a cumplir con esta función, mientras que los hombres jóvenes dedican solo 7.2 horas a la semana"*.[46] Es evidente que en este contexto se tiene mucho trabajo en cuanto a la corresponsabilidad de los cuidados, eliminar esta discriminación estructural respecto a la feminización de los cuidados contribuiría a tener una sociedad más justa y equitativa.

En el anterior sentido, Elvira Pablo, quien es activista indígena oaxaqueña, expresó que cuando a una adolescente o niña comienza a ser proveedora de cuidado, esto a tan corta edad, puede afectar en el acceso a educación, dado la sobrecarga que conlleva, sobre todo en ámbitos rurales, y que el cuidado no debe inhibir el ejercicio de derechos, sino que, por el contrario, debe abrir la puerta al cumplimiento de ellos.[47]

También ONU Mujeres ha hecho hincapié en este aspecto, indicando que: *"La forma en que se organiza el trabajo de los cuidados en la actualidad limita el tiempo del que disponen las mujeres para estudiar, acceder a un trabajo remunerado*

45 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Opinión Consultiva OC-31/25,* párr. 142 (Costa Rica: Corte IDH,2025)

46 "Naciones Unidas El Salvador: Foro posiciona la importancia de contar con políticas de cuidado para acelerar la igualdad de oportunidades", ONU, 24 de abril de 2024, https://elsalvador.un.org/es/266933-foro-posiciona-la-importancia-de-contar-con-pol%C3%ADticas-de-cuidado-para-acelerar-la-igualdad

47 Comisión de Derechos Humanos de la Ciudad de México, "Lo que debes saber sobre... Los cuidados y el derecho al cuidado", *Ciudad Defensora,* n. 23 (2023): 33 [Cita de Elvira Pablo, activista indígena oaxaqueña].

decente, participar en la vida pública o simplemente descansar".[48] Sumado, la Corte IDH, establece que las mujeres que se dedican al trabajo de cuidado no remunerado se enfrentan a un obstáculo para dedicar tiempo al autocuidado, el sano esparcimiento y de otras actividades indispensables para su desarrollo autónomo en condiciones de igualdad respecto de los hombres.[49]

Superar la feminización de los cuidados se ha vuelto un imperativo jurídico para la sociedad, donde se requiere un cambio estructural donde resaltan obligaciones ineludibles para el Estado en su rol de garante, concretando una corresponsabilidad social, inversión pública y creación de infraestructura que logren democratizar esta labor. A continuación, se analiza exhaustivamente estas obligaciones estatales que resultan indispensables para garantizar el cuidar como un derecho humano universal.

5. Obligaciones Estatales específicas respecto a la dimensión activa del derecho al cuidado

El derecho a cuidar impone por parte de los Estados una serie de obligaciones de las cuales algunas son de inmediato cumplimiento, como son las de buscar el ejercicio del cuidado sin discriminación y la igualdad de derechos entre los hombres y las mujeres, pero así también están las obligaciones de carácter progresivo, siempre y cuando este vea palpable en la realidad.

En relación con el capítulo anterior, el Estado tiene una obligación consistente en que el ejercicio de los cuidados no anule el proyecto de vida de la persona cuidadora, así como que tampoco le impida desarrollarse en otras esferas como la educación o el trabajo formal, para ello, la Corte IDH indica que, deben adoptarse medidas de flexibilidad laboral, como el teletrabajo o la reducción de jornadas, y el establecimiento de "licencias de cuidados" remuneradas o

48 "ONU Mujeres, América Latina y el Caribe: Día Internacional de los Cuidados y el Apoyo, los cuidados: la base de todo", ONU, 29 de octubre de 2025, https://lac.unwomen.org/es/stories/noticia/2025/10/dia-internacional-de-los-cuidados-y-el-apoyo

49 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Opinión Consultiva OC-31/25,* párr. 157.

subsidiadas, ya sea por maternidad, paternidad irrenunciable y para el cuidado de dependientes o enfermos. Esto permite que las responsabilidades familiares no se traduzcan en exclusión laboral.[50]

Asimismo, las constituciones de la región, se le debe dar el reconocimiento, por parte de los Estados, al trabajo de cuidado, sobre todo, al no remunerado, con el objetivo de evitar que esta labor genere precarización, pobreza a largo plazo o afectaciones severas a la salud de quienes lo brindan, quien mayoritariamente son mujeres. Para cumplir, los Estados deben instaurar regulaciones y mecanismos, como los Sistemas Nacionales de Cuidados, que fijen límites al desgaste de las personas cuidadoras, esto incluye garantizar progresivamente la limitación del tiempo de trabajo diario, periodos de descanso y, crucialmente, otorgarles acceso a los sistemas de seguridad social, para protegerlas ante la enfermedad, invalidez o vejez mediante pensiones contributivas o no contributivas.[51]

Respecto al reconocimiento del cuidado como trabajo, esto conlleva que los Estados deben cubrir a esta labor con todas las prerrogativas del derecho al trabajo, por lo cual se debe garantizar que quienes hacen del cuidado su profesión remunerada, como trabajadoras del hogar, personal de enfermería y educadoras, gocen de todos los derechos laborales, erradicando la informalidad, la explotación y la desvalorización de su sector.[52] Para cumplir con dicho mandato, indica la Corte IDH, que los Estados deben regular y fiscalizar estrictamente estas labores para garantizar un salario justo, estabilidad en el empleo, protección a la salud ocupacional y a la libertad sindical, logrando que *"…cuenten con los mismos derechos de cualquier trabajador…".*[53]

50 *Ibíd.,* párr. 148.

51 *Ibíd.,* párr. 231.

52 *Ibíd.,* párr. 226.

53 *Ibíd.*

Un punto por resaltar dentro de las obligaciones de los Estados en cuanto al derecho a cuidar, es que este debe ejercerse libremente y no por una imposición de la sociedad, donde las mujeres y niñas están destinadas a dicha labor. Para erradicar esto, la Corte IDH, indica que los Estados deberán implementar una serie de políticas públicas y reformas legislativas y educativas que promuevan la corresponsabilidad,[54] con el objetivo de que los hombres, el Estado, la comunidad y el mercado, asuman su responsabilidad en los cuidados.

En cuanto a la dignidad de la labor de la persona que cuida, es que los Estados deben garantizar lugares seguros donde la integridad física y psicológica no se vea afectada, para ello se deben establecer marcos normativos sancionatorios, mecanismos de denuncia y sistemas de inspección del trabajo que abordan expresamente las vulnerabilidades del sector cuidado, tanto en la esfera familiar como en la laboral.[55]

En la misma línea, los Estados deben profesionalizar los cuidados y garantizar la educación de las personas cuidadoras, proveyendo de apoyos materiales y de la mejor infraestructura posible, sumado a programas de formación y certificación de saberes para quienes ejercen la labor de cuidado.[56]

El cumplimiento de dichas obligaciones conlleva la realización plena del derecho a cuidar, tomando en cuenta el desarrollo progresivo según la capacidad de cada Estado, pero que siempre buscan avanzar, y que la progresividad no sea un sinónimo de inacción, si no que pueda verse en la realidad, y que las personas que realizan esta labor puedan ver cómo se reconoce y se le dan los mecanismos e infraestructuras para su mejor ejercicio.

54 *Ibíd.*, párr. 146.

55 *Ibíd.*, párr.117.

56 *Ibíd.*, párr. 286.

6. Diagnóstico normativo y fáctico en El Salvador: La deuda con las personas cuidadoras

En El Salvador el derecho al cuidado y en específico el derecho a cuidar, enfrenta una situación en la que ha sido relegado a una posición secundaria, donde se ha prestado atención a la persona que recibe los cuidados, pero hay muy poco avance respecto a la persona proveedora del servicio. Es demasiado palpable en la realidad salvadoreña, que se encuentra, en una posición que evidencia una feminización de esta labor.

Basta con ver los datos oficiales, donde se refleja que 7 de cada 10 mujeres con hijos o hijas menores de 12 años se encuentran fuera del mercado laboral para atender responsabilidades familiares, a pesar de habitar en hogares que necesitan urgentemente de sus ingresos.[57] Asimismo, el Banco Central de Reserva clasifica al 47.1 % de la población como "económicamente inactiva" por motivos de trabajo doméstico y cuidado, recayendo esta inactividad en un 60.8 % sobre las mujeres y apenas un 1.7 % sobre los hombres.[58]

En cuanto a lo normativo, tampoco es que la situación cambie de lo fáctico, esto debido a que existen vacíos cuando se trata de regular a las personas cuidadoras, pero esto no viene de hoy, sino que es una deuda histórica. Si bien la Ley de Igualdad, Equidad y Erradicación de la Discriminación contra las Mujeres mandata en su artículo 27 que el Estado debe desarrollar políticas para facilitar la corresponsabilidad y reconocer el *"valor económico y la contribución esencial y equivalente del trabajo reproductivo, doméstico y del cuidado"*,[59] la realidad es que el marco legal general ha dejado a las cuidadoras en la desprotección.

57 ISDEMU, *Política Nacional de Corresponsabilidad,* 33.

58 David Ramírez, "Proponen ley para beneficiar económicamente a personas que cuidan a familiares en hogares", *VOCES Diario digital El Salvador*, (2023), https://voces.org.sv/proponen-ley-para-beneficiar-economicamente-a-personas-que-cuidan-a-familiares-en-hogares/

59 Ley de Igualdad, Equidad y Erradicación de la Discriminación contra las Mujeres, Decreto Legislativo No. 645 (El Salvador: Asamblea Legislativa, 2011) art. 27.

Estos vacíos legales en cuanto a los cuidadores y las cuidadoras son más tangibles al ver la exclusión respecto a los sistemas de seguridad social, ya que más del 70 % de la población salvadoreña no cuenta con seguridad social contributiva,[60] dejando a quienes ejercen el cuidado no remunerado sin acceso a pensiones de vejez, seguros médicos o ingresos propios. Ante tal situación, es que han surgido iniciativas de ley por parte de la sociedad civil y sectores políticos de oposición, como la "Ley de beneficio económico por el trabajo de cuidados", que persigue otorgar un subsidio estatal equivalente al 20 % del salario mínimo para atenuar la vulnerabilidad económica de las cuidadoras.[61] Lastimosamente no se ha logrado concretar, evidenciando la falta de voluntad y respuestas estructurales para los cuidadores.

En el contexto salvadoreño, se ha visto un avance muy positivo respecto a la normativa de la niñez y adolescencia, mediante la Ley Crecer Juntos para la Protección Integral de la Primera Infancia, Niñez y Adolescencia, que tiene como objetivo el garantizar el máximo potencial y disfrute de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, incluyendo medidas como la obligación patronal de instalar Centros de Atención a la Primera Infancia (CAPI) en empresas con 100 o más trabajadores.[62] Asimismo, con la Ley Nacer con Cariño para un Parto Respetado y un Cuidado Cariñoso y Sensible para el Recién Nacido, que busca la protección de la mujer y del bebe durante el embarazo, el parto y el puerperio, promoviendo el apego seguro, el contacto piel a piel y un entorno libre de violencia obstétrica.[63]

60 ISDEMU, *Política Nacional de Corresponsabilidad*, 43.

61 Susana Peñate, "VAMOS presenta iniciativa de ayuda económica para personas cuidadoras", *elsalvador.com*, (17 de agosto de 2023), https://www.elsalvador.com/h-noticias/h-nacional/vamos-presenta-iniciativa-de-ayuda-economica-para-personas-cuidadoras/1083531/2023/

62 Ley Crecer Juntos para la Protección Integral de la Primera Infancia, Niñez y Adolescencia, Decreto Legislativo No. 431 (El Salvador: Asamblea Legislativa, 2022), artículos 1 y 136.

63 Ley Nacer con Cariño para un Parto Respetado y un Cuidado Cariñoso y Sensible para el Recién Nacido, Decreto Legislativo No. 123 (El Salvador: Asamblea Legislativa, 2021), arts. 1 y 6.

Ahora bien, al hacer un análisis de estas leyes, se ve como se ha centrado en la persona que recibe los cuidados, dejando de lado, a la persona que hace posible los cuidados, es decir, al cuidador. Claramente, hay un contraste, porque, por un lado, está bien que se persiga cuidados para el niño, la niña, el recién nacido y la madre en su rol de paciente, dado que es su derecho humano al cuidado, pero por otro, hay un notorio vacío legal, que asumen de manera tácita que será la familia, y sistemáticamente las mujeres, quienes absorberán esta inmensa carga emocional, física y de tiempo que requiere realizar esta labor.

Para establecer una normativa completa, respecto a los cuidados, debe garantizarse que la persona que proveerá los servicios de cuidado tenga garantías de bienestar, como servicios de respiro, apoyo psicológico sostenido para madres en contextos de pobreza o remuneración por el costo de oportunidad laboral, porque de no existir dichas garantías, el derecho a cuidar en condiciones dignas se diluye.

La legislación exige un estándar de cuidado de altísima calidad para la niñez, pero omite legislar sobre los recursos materiales y el tiempo que la persona cuidadora necesita para no sacrificar su propio proyecto de vida y su autocuidado.[64]

Frente a este contraste, también el Estado salvadoreño ha dado pasos para, por así decirlo, equilibrar la balanza, mediante la adopción de la Política Nacional de Corresponsabilidad de los Cuidados 2022-2030, que busca la instauración de un modelo donde la corresponsabilidad de los cuidados entre el Estado, el mercado, la comunidad y las familias sea una realidad.

64 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Opinión Consultiva OC-31/25*, párr. 117 y 141.

6.1. La Política Nacional de Corresponsabilidad de los Cuidados como avance del derecho a cuidar

Cuando se habla de la Política Nacional de Corresponsabilidad de los Cuidados 2022-2030 (en adelante, la Política), se refiere a un instrumento guía en políticas públicas, que tiene la finalidad de garantizar el derecho de todas las personas a recibir y brindar cuidados en condiciones de calidad, igualdad y no discriminación. Buscando abandonar la idea que los cuidados es un asunto del ámbito privado familiar y dentro de él, de las mujeres, para avanzar hacia la construcción de un Sistema Nacional e Integral de Cuidados sustentado en la corresponsabilidad social y de género, distribuyendo equitativamente estas tareas.[65]

Este instrumento realiza un aporte, dado que parte de la premisa de que las personas que ejercen labores de cuidado, ya sea de forma remunerada o no, dejan de ser vistas como un recurso inagotable o un medio para un fin, para ser reconocidas e integradas en las políticas públicas como "sujetas de derechos".[66]

Sumado a esto, y como un punto de inflexión de la Política, es que mediante su Componente 3, denominado "Cuidando a quienes cuidan", el Estado salvadoreño reconoce que el trabajo de cuidar a personas en situación de dependencia, históricamente invisibilizado, impone una severa sobrecarga física y emocional que puede desencadenar graves problemas de salud, como el "síndrome del quemado".[67] Para evitar esto, la Política, en su línea estratégica 6, intervención 6.3, ha establecido que es necesario: *"Diseñar un programa integral de servicios de autocuidado, medidas para la seguridad y la salud ocupacional, acciones lúdicas, culturales y recreativas dirigido a las personas que ejercen el trabajo del cuidado en las instituciones y en ámbito familiar"*.[68]

65 ISDEMU, *Política Nacional de Corresponsabilidad,* 65.

66 *Ibíd*., 23.

67 *Ibíd*., 74.

68 *Ibíd*., 90.

En adición, y respecto al trabajo de cuidado no remunerado, la Política adopta el estándar internacional de las "Tres R": Reconocer, Reducir y Redistribuir.[69] Esto busca un Reconocimiento del trabajo de cuidados no remunerado, la reducción en dichas labores mediante el desarrollo y prestación de servicio para el cuidado como licencias y medidas de corresponsabilidad en las empresas; y la redistribución del trabajo de cuidados no remunerado entre hombres y mujeres.

Para lograr dicho estándar, se busca establecer servicios de cuidado para las personas que ejercen de forma no remunerada, mediante los cuales, servicios estatales o comunitarios que asumen el cuidado de la persona dependiente de manera temporal, permitiendo que la cuidadora habitual descanse de sus responsabilidades y recupere tiempo para su propio desarrollo.[70]

Asimismo, la Política impulsa la creación de servicios de "teleasistencia",[71] para monitoreo continuo, y la formalización de redes de apoyo a domicilio que aligeren el trabajo físico diario de las mujeres en los hogares.

Finalmente, desde el componente de normatividad y prestaciones sociales, se busca dotar de garantías jurídicas y económicas estructurales al trabajo de cuidado no remunerado. La Política ordena la revisión y armonización de leyes y procedimientos administrativos para modificar el régimen de seguridad social con un objetivo claro: diseñar propuestas que permitan contabilizar los tiempos dedicados a la maternidad y al cuidado para efectos de jubilación, así como la incorporación progresiva de mujeres trabajadoras informales o de autoempleo al acceso a licencias de maternidad.[72] De esta manera, se pretende que la labor altruista del cuidado deje de ser una condena a la pobreza en la vejez y se reconozca su verdadero aporte al Producto Interno Bruto (PIB) y al bienestar de la nación.

69 *Ibíd.*, 27.

70 *Ibíd.*

71 *Ibíd.*, 86.

72 *Ibíd.*, 87.

II. Conclusiones

La autonomía del derecho al cuidado representa un avance significativo en el reconocimiento de derechos humanos derivados de la realidad y necesidades de la sociedad actual, lo cual es fundamental, debido a que permite una protección de forma directa e integral, otorgando dignidad a las labores de cuidado y garantías para quienes la realizan.

La triple dimensión del derecho al cuidado se ha vuelto indispensable para cambiar el paradigma social, garantizando que tanto la persona que recibe los cuidados como aquella que los provee, cuente con el tiempo, espacios y recursos para obtener su bienestar integral, evitando que el cuidado anule la autonomía o el proyecto de vida de cualquiera de las partes.

La realización del derecho al cuidado conlleva la aplicación de una serie de directrices como la corresponsabilidad, la universalidad, la progresividad y la autonomía, que permiten descentralizar los cuidados del ámbito familiar, transformándolos en una responsabilidad compartida entre todos los actores de la sociedad.

El derecho al cuidado en su dimensión activa reconoce a las personas cuidadoras como titulares de derechos y dignidad en su labor, exigiendo que se deje la instrumentalización del proveedor a causa de una discriminación estructural y la histórica feminización. Se deben garantizar condiciones dignas a los y las cuidadoras mediante una triada conformada por tiempo, recursos materiales y formación, que abandone la precarización, la "pobreza de tiempo" y el sacrificio personal de quienes cuidan.

El reconocimiento de la dimensión activa del derecho al cuidado trae consigo una serie de obligaciones Estatales tanto de carácter inmediato como progresivas, pero buscando siempre eliminar la explotación de esta labor mediante medidas de flexibilidad laboral, Sistema Nacionales de Cuidados, acceso real a la seguridad social y la protección frente al desgaste físico y emocional.

La realidad salvadoreña respecto a los cuidados se destaca por una deuda sobre las personas cuidadoras, dado que este recae mayoritariamente en las mujeres, lo que las excluye del mercado laboral, y dejándolas en la desprotección al no contar con acceso a la seguridad social, pensiones de vejez o seguros medidos debido a vacíos legales. Las legislaciones como la Ley Crecer Juntos o Ley Nacer con Cariño, se encargan de proteger únicamente a quien recibe el cuidado, omitiendo a las personas proveedoras del cuidado.

Existen avances positivos como la implementación de la Política Nacional de Corresponsabilidad de los Cuidados 2022-2030, mediante el cual se reconoce a las personas cuidadora como sujetas de derechos y no como un instrumento inagotable de servicio, e impulsa reformas para dotar de garantías jurídicas y económicas a las cuidadoras.

Bibliografía

» Color Vargas, Marycarmen, y Mónica Isabel Páez Villa, coords., *El derecho humano a los cuidados: una agenda en construcción.* (Ciudad de México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2025).

» Comisión de Derechos Humanos de la Ciudad de México. "El derecho al cuidado". *Ciudad Defensora, Revista de derechos humanos,* n.23 (2023).

» Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), Entidad de las Naciones Unidas para la Igualdad de Género y el Empoderamiento de las Mujeres (ONU-Mujeres) y Organización Internacional del Trabajo (OIT). *El derecho al cuidado en América Latina y el Caribe: avances normativos.* Observatorio de Igualdad de Género de América Latina y el Caribe. Estudios, 4. Santiago: Naciones Unidas, 2025.

» Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Cuscúl Pivaral y Otros vs. Guatemala.* Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 359. San José, Costa Rica: Corte IDH, 2018.

» Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Opinión Consultiva OC-31/25, El contenido y el alcance del derecho al cuidado y su interrelación con otros derechos.* San José, Costa Rica: Corte IDH, 2025.

» Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Poblete Vilches y Otros vs. Chile.* Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 349. San José, Costa Rica: Corte IDH, 2018.

» Instituto Salvadoreño para el Desarrollo de la Mujer (ISDEMU). *Política Nacional de Corresponsabilidad de los Cuidados 2022-2030.* San Salvador: ISDEMU, 2024.

» Ley Crecer Juntos para la Protección Integral de la Primera Infancia, Niñez y Adolescencia. San Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 2022.

» Ley de Igualdad, Equidad y Erradicación de la Discriminación contra las Mujeres. El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 2011.

» Ley Nacer con Cariño para un Parto Respetado y un Cuidado Cariñoso y Sensible para el Recién Nacido. San Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 2021.

» Ministerio de Desarrollo Social y Familia, y ONU Mujeres Chile. *Hablemos de Cuidados. Principales resultados de los diálogos ciudadanos hacia la construcción del Sistema Nacional e Integral de Cuidados.* Santiago, Chile: Ministerio de Desarrollo Social y Familia / ONU Mujeres Chile, 2023.

» "Naciones Unidas El Salvador: Foro posiciona la importancia de contar con políticas de cuidado para acelerar la igualdad y el desarrollo en El Salvador. Naciones Unidas El Salvador, 26 de abril de 2024. https://elsalvador.un.org/es/266933-foro-posiciona-la-importancia-de-contar-con-pol%C3%ADticas-de-cuidado-para-acelerar-la-igualdad

» "ONU Mujeres América Latina y el Caribe: Día Internacional de los Cuidados y el Apoyo. *ONU Mujeres | América Latina y el Caribe,* 29 de octubre de 2025. https://lac.unwomen.org/es/stories/noticia/2025/10/dia-internacional-de-los-cuidados-y-el-apoyo

» Peñate, Susana. "VAMOS presenta iniciativa de ayuda económica para personas cuidadoras". *elsalvador.com,* (17 de agosto de 2023). https://www.elsalvador.com/h-noticias/h-nacional/vamos-presenta-iniciativa-de-ayuda-economica-para-personas-cuidadoras/1083531/2023/

» Ramírez, David. "Proponen ley para beneficiar económicamente a personas que cuidan a familiares en hogares". *VOCES Diario digital,* (21 de agosto de 2023). https://voces.org.sv/proponen-ley-para-beneficiar-economicamente-a-personas-que-cuidan-a-familiares-en-hogares/

Revista Derecho

VOLUMEN 10 (2026)
Noviembre 2025 - Noviembre 2026

ISSN: 2411-1465
e-ISSN: 2789-3960

Breves consideraciones sobre el derecho de losa: una nueva especie de derecho real no regulada en El Salvador

Brief considerations on slab rights: a new type of real property right not regulated in El Salvador

Kevin Samuel Quintanilla Molina
(Universidad de El Salvador, El Salvador)
https://orcid.org/0009-0005-8316-3618
Correspondencia: qm19012@ues.edu.sv

DOI: https://doi.org/10.66778/RD.v10n01.04

CC BY NC

Recibido: 11-03-2026
Aceptado: 28-08-2026

Revista Derecho Vol. 10 (2026)
https://revistas.ues.edu.sv/index.php/revder
ISSN: 2411-1465 | e-ISSN: 2789-3960

BREVES CONSIDERACIONES SOBRE EL DERECHO DE LOSA: UNA NUEVA ESPECIE DE DERECHO REAL NO REGULADA EN EL SALVADOR

Kevin Samuel Quintanilla Molina

RESUMEN

La investigación analiza el derecho de losa, institución jurídica incorporada al ordenamiento brasileño mediante la Ley n.° 13.465 de 2017, que lo reconoció expresamente como nuevo derecho real en el Código Civil. Su surgimiento responde a una realidad socioeconómica consolidada durante décadas en Brasil, caracterizada por prácticas constructivas superpuestas y edificaciones informales que generaron situaciones jurídicas de facto no previstas por el sistema normativo tradicional. Frente a esa dinámica social, el legislador optó por positivizar y dotar de estructura jurídica a una forma de aprovechamiento inmobiliario previamente tolerada por la costumbre. El objetivo central del estudio consiste en examinar la naturaleza jurídica del derecho de losa, determinar su ubicación sistemática dentro del catálogo de derechos reales y evaluar si su configuración normativa permite considerarlo como un derecho real sobre cosa ajena o, por el contrario, como una modalidad especial de propiedad. El análisis aborda sus elementos estructurales, su régimen de constitución, la posibilidad de apertura de matrícula registral independiente, su transmisibilidad y su aptitud para ser objeto de hipoteca. Se concluye que el derecho de losa presenta características que desbordan la concepción clásica de derecho real limitado, especialmente por la autonomía registral y el haz de facultades conferido a su titular, lo que justifica su reconocimiento como una institución autónoma dentro del sistema de derechos reales contemporáneo.

PALABRAS CLAVE: derecho de losa - derechos reales - derecho de superficie - Ley 13.465/2017 - naturaleza jurídica - propiedad inmobiliaria

BRIEF CONSIDERATIONS ON SLAB RIGHTS: A NEW TYPE OF REAL PROPERTY RIGHT NOT REGULATED IN EL SALVADOR

Kevin Samuel Quintanilla Molina

ABSTRACT

This article examines the right of slab (direito de laje), codified as a new right in rem in the Brazilian Civil Code by Law No. 13,465 of 2017. This institution emerged in response to decades of vertically stacked construction and informal urban housing in Brazil—practices that created de facto property arrangements unaddressed by traditional statutory law. Rather than leaving this customary land use unregulated, the legislature gave it formal legal structure. The study investigates the legal nature of the right of slab and its systematic placement within Brazil's catalogue of rights in rem, assessing whether it operates as a right in rem over another's property (ius in re aliena) or as a distinct form of ownership. To this end, it analyzes the right's structural elements, creation requirements, eligibility for an independent land registry folio, transferability, and mortgageability. The findings show that its autonomous land registration and the broad bundle of rights vested in its holder transcend the classical boundaries of limited rights in rem, justifying its recognition as an autonomous institution in contemporary property law.

KEYWORDS: slab rights - real rights - surface rights - Law 13,465/2017 - legal nature - real estate property

Breves consideraciones sobre el derecho de losa: una nueva especie de derecho real no regulada en El Salvador

Kevin Samuel Quintanilla Molina[1]
El Salvador

Introducción

El Derecho civil contemporáneo se enfrenta a una tensión constante entre la inflexibilidad estructural de sus categorías tradicionales y la necesidad de responder a transformaciones sociales que desbordan los moldes clásicos de la propiedad. En ese escenario emerge el derecho de losa, institución que fue incorporada al ordenamiento jurídico brasileño mediante la ley n.° 13.465 de julio de 2017,[2] que lo positiviza como nuevo derecho real dentro del Código Civil brasileño.

Su reconocimiento normativo no surge de una construcción puramente teórica, sino de una realidad socioeconómica afianzada durante décadas en Brasil: edificaciones superpuestas, ampliaciones verticales y relaciones patrimoniales nacidas al margen de la formalidad registral,

1 Licenciado en Ciencias Jurídicas, graduado con honores de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la Universidad de El Salvador (2026), con formación especializada en Derecho Civil, Administrativo Sancionador, Sanitario y Procesal Civil y Mercantil.

2 Ley número 13.465 (Brasil: Congreso Nacional de Brasil, 2017). En general esta ley dispone las directrices para la regularización de tierras rurales y urbanas, en la que se incluye la Amazonía Legal, la liquidación de créditos de la reforma agraria y la venta de propiedades federales, modificando diversas leyes conexas.

Para escribir en nuestra revista, consulta las bases aquí

frente a las cuales el Estado brasileño le resultaba insuficiente para brindar seguridad jurídica. La ley, en consecuencia, no crea la figura desde la nada, sino que juridifica una práctica social reiterada.

El objetivo general de esta investigación consiste en analizar la naturaleza jurídica del derecho de losa y determinar si su configuración normativa permite considerarlo un verdadero derecho real autónomo o si, por el contrario, debe entenderse como una modalidad derivada o limitada. Como objetivos específicos, se pretende: (i) contextualizar su surgimiento histórico-social; (ii) examinar su estructura normativa en materia de constitución, registro y extinción; y (iii) contrastarlo con otras categorías de derechos reales a fin de evaluar su coherencia dogmática.

Para ello se empleó una metodología de análisis documental basada en la revisión crítica y sistemática de fuentes doctrinales y normativas, desarrollando un examen lógico-racional y comparado, que permite situar esta institución dentro del sistema general de los derechos reales.

I. El sistema de *numerus clausus* o de la tipicidad de los derechos reales

Al referirse al concepto de *numerus clausus* resulta inevitable remitirse al ámbito de los derechos reales, pues ambos conceptos se encuentran estrechamente vinculados e, incluso, son inseparables desde una perspectiva dogmática.

El principio del número cerrado o *numerus clausus* puede resumirse en la prohibición impuesta a los particulares de crear libremente derechos reales, reservándose dicha potestad exclusivamente al Estado, el cual, a través de uno de sus poderes públicos — el poder legislativo—, es el único autorizado por la ley sustantiva para reconocer y dar nacimiento a nuevas categorías de derechos reales.

Esta característica marca una diferencia sustancial respecto de los derechos de carácter personal u obligacional, en los cuales rige con amplitud el principio de la autonomía de la voluntad, permitiendo a los particulares configurar libremente su contenido dentro del marco legal. En cambio, en materia de derechos reales, dicha autonomía se encuentra severamente limitada, dado que su creación, estructura y efectos se hallan predeterminados por la ley, en atención a su eficacia *erga omnes* y a la necesidad de garantizar la seguridad jurídica.

¿Acaso los particulares pueden crear derechos reales diferentes a los establecidos por la ley? al respecto Arturo Alessandri y Manuel Somarriva[3] dan respuesta a la interrogante, señalando que:

> *"una abrumadora mayoría de la doctrina universal da respuesta negativa a la pregunta anteriormente formulada. Señala que el número de los derechos reales es cerrado, o sea, circunscrito a los que establece la ley. Los derechos reales son típicos, es decir, todos ellos están fijados en los esquemas o tipos previstos por la ley; las partes solo pueden actuar, poner en movimientos esos esquemas, y no pueden modelar otros".*[4]

Es, en ese mismo sentido, que María Candelaria Domínguez Guillén y Carlos Pérez Fernández, citando a Martin Azcano, dicen que un:

> *"conjunto de relaciones jurídicas solamente puede ser considerado patrimonio cuando el Derecho positivo lo eleva a esa categoría, determinando el régimen jurídico que le resulta aplicable. Implica que los particulares no pueden crear conjuntos patrimoniales fuera de lo scasos tipificados por el ordenamiento jurídico respectivo, por lo que a los efectos de su creación rige el criterio del número cerrado y supone su sujeción a la disciplina legal, dado que cumple funciones que trascienden al mero*

3 Arturo A. Rodríguez, Manuel Somarriva Undurraga y Antonio Vodanovic H. Curso de derecho civil: Los bienes y los derechos reales, 3.ª ed. (Santiago de Chile: Nascimento, 1974), 778. En la misma línea, se observa a la jurisprudencia nacional, véase Cámara de lo Civil de la Primera Sección de Oriente, Sentencia Definitiva, Referencia: CIV-LU-2-5-07-19 (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2021).

4 *Ibíd.*, 779.

interés individual del titular, lo que acarrea que las cuestiones referidas al mismo son de orden público; de todo ello se deriva que los particulares no pueden crear, separar, reunir o disolver conjuntos patrimoniales, por ser una materia sujeta a la aplicación imperativa de las leyes".[5]

Es sabido que el Código Civil[6] en su artículo 567, enumera de manera expresa los derechos reales reconocidos en el ordenamiento jurídico. Dicha enumeración reviste carácter taxativo, en la medida en que delimita las únicas categorías de derechos reales actualmente vigentes.

En este sentido, la incorporación de nuevos derechos reales a ese catálogo no constituye una facultad atribuida a los particulares, sino que se encuentra reservada de forma exclusiva al legislador. En consecuencia, aun cuando la doctrina reconoce la posibilidad de evolución del sistema de derechos reales, dicha ampliación solo puede producirse mediante una decisión normativa de carácter imperativo emanada del Órgano Legislativo.

Surge entonces la interrogante fundamental: si bien el listado de derechos reales es taxativo en cuanto a su configuración actual, ¿por qué el ordenamiento jurídico admite la posibilidad de su ampliación a través de la intervención del legislador?

"como expresa el civilista más claro de este siglo, Marcel Planiol, las leyes que determinan el derecho de propiedad, sus efectos y límites, sobre todo cuando atañe a la propiedad inmobiliaria, afectan al correcto funcionamiento de la sociedad, a su organización y, por ende, la aplicación de esas leyes no puede quedar a merced del arbitrio privado. Aceptar la creación por los particulares de derechos reales no esquematizados por el legislador, significaría vulnerar las leyes que conforman el orden social".[7]

5 María Candelaria Domínguez Guillén y Carlos Pérez Fernández, *Curso de bienes y derechos reales,* vol. I, temas 1 al 10 (Caracas: Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia, C. A., 2022), 61.

6 Código Civil de El Salvador (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador ,1860).

7 Alessandri Rodríguez, Somarriva Undurraga y Vodanovic H., *Los bienes y los derechos reales,* 783.

II. Instituciones de derecho real existentes en legislaciones extranjeras y ausentes por el Derecho salvadoreño

Algunos ordenamientos jurídicos extranjeros han optado por tipificar derechos reales que no han sido expresamente reconocidos por el sistema jurídico salvadoreño. Diversos autores, cuestionan la rigidez del principio del *numerus clausus*, han sugerido su incorporación en aquellos ordenamientos cuya legislación los omite, a fin de responder a nuevas realidades económicas y sociales.

En distintos países se han positivizado nuevas especies de derechos reales, de naturaleza y alcance diversos. Algunas de estas figuras poseen un origen más remoto, mientras que otras responden a necesidades contemporáneas del derecho patrimonial y urbanístico. Tal es el caso de:

> *"Francia, España, Alemania, Bélgica, Portugal, Japón, Suiza, Austria, Bolivia, Cuba, Perú, los Códigos de Quebec de 1991, de Holanda de 1992, el Código de Brasil, la Ley Catalana 22/2001 de regulación de los Derechos de Superficie, Servidumbres y Adquisición Voluntaria y Preferente, del 31 de diciembre de 2001, luego se receptó en el Código Civil Catalán por ley 5/2006 del 10 de mayo de 2006,"*[8] *Italia (art. 952 Codice Civile) y Argentina (art. 2114 del Código Civil y Comercial), ordenamientos que regulan de manera expresa el derecho de superficie.*[9]

8 "Liliana Abreut de Begher: Comentarios sobre el derecho real de superficie en el Código Civil y Comercial," Infojus, 2015, acceso 16 de noviembre del 2025, https://www.saij.gob.ar/liliana-abreut-begher-comentarios-sobre-derecho-real-superficie-codigo-civil-comercial-dacf150402-2015-07-15/123456789-0abc-defg2040-51fcanirtcod

9 Alessandri Rodríguez, Somarriva Undurraga y Vodanovic H., *Los bienes y los derechos reales*, 787, mencionan que este derecho es aquel en *"virtud del cual el titular, llamado superficiario, tiene a perpetuidad o por largo tiempo, sobre la superficie objetiva, independientemente del dominio del suelo, cuyo titular es otro sujeto.* Celia Mosquera, *Derecho real de superficie y los nuevos derechos reales en el CCN* (Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Di Lalla, 2017), 37. Otros como Puerta de Chacón, Kemelmajer de Carlucci y Roca Sastre lo definen como el *"derecho real de mantener temporalmente un inmueble ajeno, una edificación en propiedad separada obtenida a través del ejercicio del derecho ajeno de edificar o por medio de un acto adquisitivo de la edificación ya existente"*.

Un caso particular lo constituye Italia, cuyo Código Civil regula de forma específica la enfiteusis[10] en su artículo 957. Por su parte, España (según el Real Decreto Legislativo 7/2015[11]), ha desarrollado normativamente el derecho de aprovechamiento urbanístico,[12] figura que desvincula, en determinados supuestos, la facultad de edificar del dominio del suelo, atendiendo a criterios de planificación territorial y función social de la propiedad.

Asimismo, Francia, Italia, Argentina, Portugal y España,[13] entre otros países, han reconocido el derecho de tiempo compartido, aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico o multipropiedad,[14] especialmente vinculado al ámbito turístico y al uso periódico de bienes inmuebles.

10 Alessandri Rodríguez, Somarriva Undurraga y Vodanovic H., *Los bienes y los derechos reales,* 786. *"Enfiteusis deriva del latín medieval emphyteusis que, a su vez, proviene de una palabra griega con significado de plantar. Según su etimología, enfiteusis querría decir, pues, "dar en arrendamiento (una tierra) por un plazo que permita plantarla". El derecho se concede por largo tiempo (30, 50, 99 años) o a perpetuidad".*

11 Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana (España: Ministerio de Fomento, 2015).

12 Véase a José Félix Merino Escartin, "Comentarios a las resoluciones de la Dirección General de Registros y Notariado," n.161 (2018), acceso el 20 de noviembre del 2025, http://vlex.es/vid/derecho-aprovechamiento-urbanistico-concepto-767006461, este derecho es una manifestación moderna de los derechos reales limitados, mediante la cual el ordenamiento jurídico desvincula la facultad de edificar del dominio del suelo, atribuyéndola al titular del aprovechamiento conforme a criterios de planificación urbana, con la finalidad de garantizar un desarrollo territorial equilibrado y socialmente funcional. Para ampliar sobre el tema.

13 "Nuevas formas de dominio: multipropiedad o tiempo compartido", *Comercio y Justicia,* acceso 20 de noviembre de 2025, https://comercioyjusticia.info/semanario-juridico/doctrina/nuevas-formas-de-dominio-multipropiedad-o-tiempo-compartido/

14 Código Civil y Comercial de la Nación (Argentina: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación,2015), artículo 2087. El artículo 2087 del Código Civil y Comercial de la Nación Argentina 2015 establece que "se considera que existe tiempo compartido si uno o más bienes están afectados a su uso periódico y por turnos, para alojamiento, hospedaje, comercio, turismo, industria u otros fines, y para prestar las prestaciones compatibles con su destino". En la Unión Europea existe una diversidad de contratos que emergen de este derecho, v.gr., i) contrato de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, ii) contrato de producto vacacional de larga duración, iii) contrato de reventa y iv) contrato de intercambio.

Otra categoría de derechos reales se encuentra en la experiencia comparada de los ordenamientos de tradición anglosajona, como Estados Unidos e Inglaterra, así como en Suiza y, a nivel latinoamericano, en países como Colombia y Costa Rica. En estos sistemas se han incorporado los denominados derechos reales de conservación ambiental, [15] también conocidos como servidumbres ecológicas o ambientales, orientados a la protección jurídica del medio ambiente.

En el año dos mil diecisiete, Brasil añadió un nuevo derecho a su repertorio de derechos reales regulados en el artículo 1225 del Código Civil:[16] el derecho de losa.

III. Derecho de losa[17]

3.1. Génesis normativa del derecho de losa en Brasil

El derecho real de losa no surge como una construcción dogmática previa del legislador, sino como una consecuencia jurídica de una práctica social reiterada, desarrollada de manera espontánea en los sectores urbanos más densamente poblados de Brasil, particularmente en las favelas. Ante el crecimiento de los núcleos familiares y la necesidad de generar ingresos

15 Véase. Nelson Gutiérrez, "Derecho real de conservación medioambiental e inscripción," *Revista Fojas*, (2017), https://revistafs.cl/articulos/derecho-real-conservacion-medioambiental-inscripcion/

16 Código Civil ley número 10.406, (Brasil: Congreso Nacional, 2002).

17 Carlos Eduardo Elias de Oliveira, *Direito Real de Laje à luz da Lei nº 13.465, de 2017: nova lei, nova hermenêutica* (Brasilia: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, 2017), 5. Al respecto del nombre "losa", menciona que *"en primer lugar, la nomenclatura "losa" no fue la más técnica, ya que este nuevo derecho real representa un derecho real de superficie de grados sucesivos (segundo, tercero, etc.), que también podría llamarse derecho real de sobrelevación. No obstante, debido a la fama popular conseguida por la expresión, el Parlamento prefirió mantener el nombre no técnico. Obsérvese que, aunque se le llame derecho real de losa, este derecho real también puede instituirse para formalizar la titularidad de un derecho real sobre "pisos subterráneos", de modo que no solo la "losa" sirve como punto de partida, sino también el suelo"*, https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td238/view

adicionales, la edificación de nuevas unidades habitacionales sobre o bajo construcciones preexistentes se convirtió en una solución recurrida, dando lugar a estructuras que, si bien descansaban físicamente sobre un inmueble original, adquirían en la práctica una existencia autónoma e independiente.

"Muchas veces, la losa se construye para acomodar la situación de ampliación de la familia o para generar renta al dueño del inmueble".[18] Esta realidad social, marcada por la informalidad y la ausencia de tutela jurídica, evidenció una profunda disonancia con el modelo clásico de los derechos reales, el cual, anclado a una concepción rígida del dominio y del principio del *numerus clausus*, carecía de herramientas normativas capaces de reconocer y regular adecuadamente este fenómeno. Fue precisamente esta tensión entre la práctica social y la dogmática civil tradicional la que impulsó, con el tiempo, la necesidad de una respuesta legislativa que culminaría en la positivización del derecho de losa como un nuevo derecho real.

Es así como el derecho de losa fue incorporado al ordenamiento jurídico brasileño a partir de la Medida Provisional n.° 759, de diciembre de 2016,[19] la cual dio lugar a la Ley n.° 13.465,[20] de julio de 2017. Durante este proceso legislativo, la regulación de dicha figura experimentó modificaciones relevantes, razón por la cual el presente estudio se circunscribe a la redacción definitiva establecida por la mencionada ley.

Si bien la Ley n.° 13.465/2017[21] tuvo como propósito principal la modernización del régimen de regularización fundiaria, introdujo la "losa" como un nuevo derecho real, incorporándose al listado del artículo 1225 del Código Civil brasileño[22] y dotándolo de un régimen jurídico propio dentro del

18 Márcia do Amaral, "Nuevas figuras de derechos reales del sistema jurídico de Brasil," Revista de Registradores de España, n.86 (2019) 46, https://www.registradores.org/principal/revista/registradores/86/html5/index.html?page=1&noflash

19 Medida Provisional número 759 (Brasil: Presidencia de la República, 2016).

20 Ley número 13.465 (Brasil: Congreso Nacional de Brasil, 2017).

21 *Ibíd.*

22 Ley número 10.406, Código Civil (Brasil: Congreso Nacional, 2002).

Libro III, relativo al derecho de cosas. En consecuencia, esta figura no se limita a los supuestos de regularización de tierras, sino que puede ser utilizada de forma general por particulares y entidades públicas, conforme al principio de autonomía de la voluntad.

3.2. Concepto

El derecho de losa (direito de laje) -como se escribe en portugués:

> *"consiste en la posibilidad de crear una unidad inmobiliaria autónoma, con matrícula propia, para la superficie superior o inferior de la construcción base, sin atribución de fracción ideal del terreno al titular de la losa ni participación proporcional en áreas ya edificadas".*[23]

Una explicación más esclarecedora sería:

> *"que el derecho real de losa es una especie de derecho real de propiedad sobre un espacio tridimensional que se expande desde la losa de una construcción base, ya sea hacia arriba o desde el suelo de esa construcción hacia el subsuelo (...) Este espacio tridimensional formará un poliedro, generalmente un paralelepípedo o un cubo. (...) Este espacio puede estar suspendido en el aire cuando el derecho real se instituye sobre la losa del edificio existente en el terreno o puede estar subterráneo cuando el derecho real se instituye en el subsuelo".*[24]

El derecho real de losa, en virtud de la Medida Provisional 759/2016,[25] convertida en la Ley 13.465/2017,[26] está previsto a partir del art. 1.510-A del Código Civil Brasileño[27] como una nueva especie de derecho real.

23 Marcelo de Rezende Campos Marinho Couto, *Direito de laje, Série Cadernos IRIB* (São Paulo: IRIB, 2020), 14.

24 De Oliveira, *Direito real de laje*, 6.

25 Medida Provisional número 759 (Brasil: Presidencia de la República, 2016).

26 Ley número 13.465 (Brasil: Congreso Nacional de Brasil, 2017).

27 Ley número 10.406, Código Civil (Brasil: Congreso Nacional, 2002).

3.3. Naturaleza jurídica del derecho de losa

El derecho de losa constituye un derecho real de propiedad, en la medida en que confiere a su titular el conjunto de facultades inherentes al dominio, esto es, el uso, goce y disposición del bien, conforme a lo dispuesto en el artículo 1.510-A, § 3, del Código Civil brasileño.[28] Esta calificación se ve reforzada por el hecho de que la losa cuenta con inscripción registral propia en el Registro de la Propiedad Inmobiliaria. En efecto, si el derecho de losa fuese concebido como un derecho real sobre cosa ajena, no podría generar un registro autónomo.

Desde esta perspectiva, el derecho de losa representa una expansión de la noción tradicional de propiedad inmobiliaria, comparable a la que, en su momento, supuso el reconocimiento jurídico de las unidades privativas dentro del régimen de propiedad horizontal, como ocurre con los apartamentos en edificios de condominios. Al igual que estas unidades, la losa constituye un objeto de propiedad inmobiliaria independiente y registrable, lo que evidencia importantes similitudes entre ambas figuras.

No obstante, pese a dichas coincidencias, el derecho real de losa no puede asimilarse a una modalidad de condominio edilicio, ya que, además de regirse por un régimen jurídico propio, no atribuye a su titular una fracción ideal del terreno, tal como lo establece expresamente el artículo 1.510-A, § 4, del Código Civil brasileño.[29] Esta característica refuerza su autonomía conceptual frente a las formas clásicas de propiedad compartida.

Por otra parte, el hecho de que el derecho real de losa aérea —a diferencia del subsuelo, cuya independencia física es reconocida por el artículo 1.510-E, § 1, del Código Civil brasileño[30]— se extinga en caso de ruina de la construcción base, sin que esta sea reconstruida en un plazo de cinco años, no

28 *Ibíd.*

29 *Ibíd.*

30 *Ibíd.*

desvirtúa su naturaleza como verdadero derecho real de propiedad. Dicha dependencia arquitectónica no resulta determinante para su calificación jurídica, toda vez que ésta obedece a una ficción legal expresamente establecida por el legisferante.

Resulta pues, que el derecho de losa desafía las concepciones tradicionales del derecho de las cosas, en tanto el Código Civil Brasileño opta por configurarlo como un derecho real sobre cosa propia, y no como un derecho real sobre cosa ajena, introduciendo así una categoría innovadora dentro del sistema clásico de los derechos reales.

3.4. Clasificación del derecho de losa

El derecho real de losa se configura como una forma específica de propiedad inmobiliaria que posibilita la creación de unidades habitacionales autónomas dentro de un mismo terreno, mediante la subdivisión vertical del inmueble original. Esta figura legal está revestida por una naturaleza doctrinal propia, distinta de las categorías tradicionales del derecho de cosas.

La regulación del derecho de losa distingue dos formas principales en función del posicionamiento vertical de la unidad respecto de la construcción base: i) Losa en sobreelevación o losa aérea y ii) Losa en infra partición o losa subterránea.

3.4.1. Losa en sobreelevación o losa aérea[31]

Esta modalidad comprende aquellas losas que se edifican por encima de la construcción base. Su característica esencial es la vinculación física y jurídica con la edificación original durante la vigencia del derecho. Desde el punto de vista normativo, el artículo 1.510-A, del Código Civil brasileño autoriza al propietario de la construcción base a ceder la superficie superior de su

31 Catharine Black Lipp João en "O direito de laje como medida jurídica de regularização fundiária para promoção do direito à moradia adequada," *Revista Brasileira de Direito Urbanístico* (RBDU) 5, n.º 9 (2019): 42, https://biblioteca.ibdu.org.br/direitourbanistico/article/view/371

inmueble para que un tercero mantenga una unidad distinta de la originalmente construida sobre el suelo.

La losa en sobreelevación supone un alejamiento de la gravitación jurídica[32] respecto de la construcción base, reflejada en el artículo 1510-A § 1 del Código Civil brasileño,[33] que dice:

> *"El derecho real de losa comprende el espacio aéreo o el subsuelo de terrenos públicos o privados, tomados en proyección vertical, como* ***unidad inmobiliaria autónoma,*** *no abarcando las demás áreas edificadas o no pertenecientes al propietario de la construcción-base." (resaltado propio).*

Lo anterior significa que la transferencia de la propiedad de la construcción principal no implica, por sí misma, la transmisión de la losa edificada sobre ella, en tanto esta constituye una unidad jurídica independiente, susceptible de titularidad propia. Sin perjuicio de dicha autonomía, la losa superior mantiene una relación de dependencia funcional y jurídica con la construcción base, dado que su existencia presupone la permanencia de esta.

En consecuencia, la enajenación de la losa en sobreelevación se encuentra condicionada al reconocimiento de un derecho de preferencia recíproco entre los titulares de ambas unidades, mecanismo previsto por la legislación para preservar la coherencia del conjunto inmobiliario.

3.4.2. Losa en infrapartición o losa subterránea

La losa construida en infrapartición se ubica bajo la construcción base. Por su propia naturaleza, esta forma presenta en menor grado de vinculación jurídica con la edificación original, y puede incluso constituirse en ausencia de una construcción superior preexistente, permitiendo que la unidad infrapartida

32 Entiéndase, al principio *accesorium sequitur principale* o, conforme al Digesto, *accesio cedit principali* - lo accesorio sigue la suerte de lo principal.

33 Ley número 10.406, Código Civil (Brasil: Congreso Nacional, 2002).

se configure como un bien independiente conforme al propio artículo 1.510-A del Código Civil brasileño.[34]

La ruina de la construcción base, en este supuesto, no implica automáticamente la extinción del derecho de losa infrapartida, de modo que la losa inferior puede subsistir como inmueble autónomo, con plena independencia jurídica respecto de la edificación superior, de acuerdo con las reglas del mismo Código Civil brasileño.

3.5. Distinción frente a otros institutos jurídicos

3.5.1. Derecho de losa y el derecho de superficie

Sabido es que ambas instituciones jurídicas no guardan relación una con la otra, si bien es cierto antes de la innovación legislativa en Brasil -con la incorporación del derecho de losa-, el derecho de superficie era aplicado como una institución supletoria respecto de la realidad jurídica en las urbes brasileñas.

No obstante hay quienes piensan lo contrario, es decir, que el derecho de losa es una especie extendida del ya regulado derecho de superficie en el ordenamiento jurídico brasileño al respecto Cesar Augusto de Castro Fiuza y Marcelo de Rezende Campos Marinho Couto citando a Roberto Paulino de Albuquerque Júnior exponen que *"el derecho de losa no constituye un derecho real nuevo, sino una modalidad de derecho de superficie que, desde 2001, ya tiene previsión expresa en la legislación brasileña, la superficie por elevación"*.[35]

Por su lado Pablo Stolze se refiere a esta comparativa del derecho de losa y superficie diciendo al respecto que el *"derecho real sobre cosa ajena – con considerable amplitud, pero que no se confunde con la propiedad –, limitado a la unidad inmobiliaria autónoma erigida por encima de la superficie superior o por debajo de la*

34 *Ibíd.*

35 César Augusto de Castro Fiuza y Marcelo de Rezende Campos Marinho Couto, "Ensaio sobre o direito real de laje como previsto na Lei 13.465/2017", *Revista electrónica de Derecho Civil*, v. 6, n.2 (2017): 3, https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/299

superficie inferior de una construcción original de propiedad de otro".[36] Al respecto Rubem Valiente dice que *"técnicamente se podría decir que el derecho de losa, el tradicional "puxadinho", constituye un tipo del derecho real de superficies ya establecido (artículos 1.369 a 1.377 del Código Civil)"*.[37]

Sin embargo, no parece que, ante lo anteriormente abordado, esta sea la comprensión más adecuada. En términos legales, el derecho de superficie es temporal, ya que se concede por tiempo determinado (artículo 1.369 Código Civil brasileño),[38] o, admitiendo la previsión del Estatuto de la Ciudad,[39] por un plazo indeterminado que se extingue al cumplirse la condición resolutoria (artículo 23, I, Estatuto de la Ciudad), a diferencia del derecho de la losa que se caracteriza por su permanencia, según se deduce del artículo 1.510-E del Código Civil brasileño.[40]

El derecho de superficie surge como un instrumento de derecho urbanístico orientado a permitir el aprovechamiento racional del suelo, el subsuelo y el espacio aéreo, conservando la titularidad del dominio del suelo en cabeza de un propietario distinto del superficiario.

La finalidad es habilitar la construcción de edificaciones sobre suelo ajeno, conforme a los parámetros previamente definidos por la normativa urbanística vigente. En este sentido, el derecho de superficie opera como un derecho real limitado, cuyo ejercicio se encuentra condicionado tanto por

36 Pablo Stolze Gagliano y Salomão Viana, "Direito real de laje – finalmente, a lei!" *Revista de Direito UNIFACS – Debate Virtual,* n. 207 (2017), 3, https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/5066/3225

37 Rubem Valente, "O direito real de laje no ordenamento jurídico brasileiro," *Gen Jurídico,* (2017), http://genjuridico.com.br/2017/06/19/o-direito-real-de-laje-no-ordenamento-juridico-brasileiro/

38 Ley número 10.406, Código Civil (Brasil: Congreso Nacional, 2002).

39 Constitución Política de la República Federativa del Brasil,1988 (Brasilia: Tribunal Federal,1988) artículos 182-183 ,105. El "Estatuto de la Ciudad" es el nombre de una ley que establece normas de orden público e interés social que regulan el uso de la propiedad urbana en beneficio del bien colectivo, de la seguridad y del bienestar de los ciudadanos, así como del equilibrio ambiental en estricto cumplimiento a lo establecido por los artículos 182 y 183 de la Constitución Federal de Brasil.

40 Ley número 10.406, Código Civil (Brasil: Congreso Nacional, 2002).

la función social de la propiedad como por la intervención reguladora del poder público.[41]

El derecho de losa, en cambio, es una evolución del derecho de superficie, pero no como una simple variante de este. Si bien algunos autores lo han denominado *"derecho de sobreelevación o incluso derecho de superficie de segundo grado"*,[42] el propio desarrollo normativo y doctrinal brasileño evidencia una progresiva autonomización conceptual.

En el derecho de losa según el artículo 1510-A del Código civil brasileño[43] *"el propietario de una construcción base podrá ceder la superficie superior o inferior de su construcción con el fin de que el titular de la losa mantenga una unidad distinta de la originalmente construida sobre el suelo"*, lo que introduce una diferencia sustancial: ya no se trata únicamente de construir sobre suelo ajeno, sino de crear una unidad inmobiliaria independiente, superpuesta a otra construcción preexistente.

Desde una perspectiva estructural, mientras el derecho de superficie genera una separación entre la propiedad del suelo y la propiedad de la construcción, el derecho de losa produce una superposición de titularidades dominicales sobre un mismo eje vertical. Luis Enrique Da Silva Hennika citando a Rangel, dice que *"habrá tres fases de propiedad: la del dueño del terreno, la del primer superficiario y la del segundo superficiario"*,[44] lo que pone de manifiesto una complejidad jurídica mayor en el derecho de losa, al admitir múltiples capas de propiedad autónoma dentro de un mismo inmueble.

Otra diferencia relevante radica en el grado de autonomía registral. Mientras el derecho de superficie tradicionalmente se concibe como un derecho real temporal y funcional, el derecho de losa se caracteriza por la apertura de

41 Véase a Luís Henrique da Silva Hennika y Janaína Rigo Santin, "Direito de superfície e direito de laje: uma análise à luz do direito urbanístico," *Revista Jurídica Luso-Brasileira* (RJLB), n. 3 (2018), 824, https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2018/3/2018_03_0801_0835.pdf

42 *Ibíd.*, 823.

43 Ley número 10.406, Código Civil (Brasil: Congreso Nacional, 2002).

44 *Ibíd.*,

una matrícula registral propia, consolidando su condición de derecho real autónomo y plenamente comerciable. Al respecto menciona Da Silva Hennika citando a Tepedino que la *"apertura de matrícula de registro es autónoma"*,[45] lo que permite a su titular usar, gozar y disponer del derecho sin subordinación estructural al titular de la construcción base. Al respecto Cesar Fiusa citando a Eduardo Sócrates Castanheira Sarmiento Fhilo, menciona que *"todos los actos relacionados con la propiedad del suelo y la propiedad superficiaria permanecerán inscritos en matrícula única"*.[46]

Desde el punto de vista funcional, el derecho de superficie responde primordialmente a una lógica de planificación urbana, mientras que el derecho de losa emerge de una realidad social preexistente, especialmente visible en contextos de informalidad urbana. Ya que es *"la expresión popular para la construcción de nuevos pavimentos sin formalización del derecho de superficie"*,[47] lo que evidencia que su positivación jurídica no crea una práctica nueva, más bien lo que hace es reconocer jurídicamente una situación fáctica consolidada. En este sentido, el derecho de losa cumple una función regularizadora que el derecho de superficie, por sí solo, no lograba satisfacer.

Si bien es cierto aunque ambos institutos se orientan a la realización de la función social de la propiedad, el derecho de losa presenta una dimensión adicional vinculada a la dinámica familiar y comunitaria. Se afirma que su aplicación resulta particularmente adecuada en relaciones entre ascendientes y descendientes, así como en procesos de partición familiar, donde la división horizontal clásica resultaría ineficiente. Esta dimensión social refuerza su carácter diferenciado y explica por qué el derecho de losa:

45 *Ibíd.,* 824.

46 César Augusto de Castro Fiuza y Marcelo de Rezende Campos Marinho Couto, "Ensaio sobre o direito real de laje como previsto na Lei 13.465/2017", *Revista Eletrônica de Direito Civil*, a. 6, n.2 (2017): 4, https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/299

47 Luís Henrique da Silva Hennika y Janaína Rigo Santin, "Direito de superfície e direito de laje: uma análise à luz do direito urbanístico," *Revista Jurídica Luso-Brasileira* (RJLB), año 4, n.º 3 (2018), 824, https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2018/3/2018_03_0801_0835.pdf

"supera el plano horizontal del inmueble, utilizando el carácter volumétrico y las diversas posibilidades de verticalización de la propiedad".[48] *"La losa, a su vez, es una extensión del derecho de superficie, y cumple de manera aún mayor la función social de la propiedad urbana, ya que también sirve para otras funciones, incluso de socialización con los habitantes de la comunidad. De esta forma, asegura como ningún otro instrumento jurídico el derecho a la vivienda, cooperando con los principios de la función social de la propiedad, la igualdad y la dignidad de la persona humana".*[49]

En fin, si bien es cierto que el derecho de losa mantiene un vínculo con el derecho de superficie, no puede ser reducido a una simple modalidad o especie de este. Ya que su autonomía normativa, registral y funcional, así como su capacidad para responder a realidades urbanas informales, justifican su reconocimiento como una institución jurídica distinta, dotada de identidad propia.

3.5.2. Derecho de losa y la enfiteusis

La comparación entre el derecho de losa y la enfiteusis permite advertir que, aun cuando ambas instituciones suponen una fragmentación del dominio, responden a modelos jurídicos sustancialmente distintos, tanto en su estructura registral como en la naturaleza de las relaciones que generan entre los titulares de los derechos involucrados.

En la enfiteusis, la escisión del dominio no conduce a la creación de unidades inmobiliarias independientes desde el punto de vista registral. Por el contrario, *"no se produce la apertura de matrículas independientes para el dominio directo y el dominio útil, conviviendo ambos derechos autónomos en una misma hoja registral"*,[50] lo que evidencia que la fragmentación es esencialmente funcional

48 *Ibíd.*

49 *Ibíd.*, 828 - 829.

50 César Augusto de Castro Fiuza y Marcelo de Rezende Campos Marinho Couto, "Ensaio sobre o direito real de laje como previsto na Lei 13.465/2017," *Revista Eletrônica de Direito Civil* a. 6, n.º 2 (2017), 5, https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/299, citando a Afrânio de Carvalho, Registro de imóveis (Rio de Janeiro: Forense, 1997), 103.

y no estructural. El propietario directo conserva la nuda propiedad del bien, mientras que el enfiteuta concentra la explotación económica del inmueble, ostentando *"un derecho casi tan amplio como la propiedad misma, en el cual se concentra toda la utilidad de la cosa"*.[51] Esta dualidad no rompe la unidad jurídica del inmueble, sino que organiza el ejercicio de facultades diferenciadas sobre un mismo objeto.

La relación entre el dueño directo y el enfiteuta se caracteriza, además, por la existencia de obligaciones recíprocas de contenido económico, que constituyen un elemento definitorio del instituto. En particular, la enfiteusis se articula mediante prestaciones como *"el pago del canon anual y del laudemio en los actos de transmisión"*,[52] lo que revela una vinculación jurídica continua entre ambos sujetos. Incluso tratándose de un derecho de carácter perpetuo, el ordenamiento admite mecanismos de extinción que permiten la reunificación del dominio, ya que *"existe la posibilidad de extinción de la enfiteusis, con la consolidación de ambos derechos en una sola persona, ya sea mediante el rescate o por la renuncia"*.[53]

El derecho de losa, en cambio, presenta una configuración radicalmente distinta. Aunque también tiene vocación de permanencia, su estructura se apoya en una escisión definitiva del dominio, que no admite la posterior reunificación por vía de rescate ni genera una relación obligacional típica entre los titulares. En este sentido, *"el derecho es perpetuo y se produce una escisión definitiva entre el derecho de propiedad y el derecho de laje"*,[54] lo que implica que cada derecho se proyecta con plena autonomía sobre su respectivo objeto.

A diferencia de la enfiteusis, en el derecho de losa no existe una relación de dependencia económica entre los sujetos. Fiuza y Couto son claros en expresar que *"no existen, entre ambos titulares, derechos y obligaciones semejantes*

51 Fiuza y Couto, "Ensaio sobre o direito real de laje," 5.

52 *Ibíd.*

53 Fiuza y Couto, "Ensaio sobre o direito real de laje," 5., citando a César Fiuza, *Direito civil – curso completo,* 18.ª ed. (São Paulo: Editora RT, 2015), 1095–1099.

54 Fiuza y Couto, "Ensaio sobre o direito real de laje," 5.

a los propios de la enfiteusis",[55] razón por la cual, no resulta jurídicamente viable la imposición de prestaciones pecuniarias periódicas, como el canon ni cargas vinculadas a la transmisión del derecho, tales como el laudemio.[56] La ausencia de estas obligaciones robustece la idea que el derecho de losa no se concibe como una cesión onerosa del aprovechamiento del bien, sino como la constitución de una nueva titularidad real autónoma.

Asimismo, la inexistencia de un derecho de rescate refuerza esta autonomía. Mientras la enfiteusis conserva un vínculo potencial de reversibilidad, en el derecho de losa dicha posibilidad se encuentra excluida, sin que ello se vea alterado por la eventual *"libre pactación del derecho de preferencia en los casos de enajenación"*.[57] Este último elemento no introduce una subordinación jurídica, sino que opera como un mecanismo de coordinación entre titulares independientes, compatible con la esencia del instituto.

Desde esta perspectiva, el derecho de losa se aproxima más al régimen de la propiedad en condominio, en cuanto presupone la coexistencia de derechos reales plenos sobre unidades diferenciadas, sin subordinación económica ni funcional entre ellas. Como lo señala Fiuza y Couto, *"en este aspecto, el derecho real de laje se asemeja más al régimen jurídico de la propiedad en condominio"*,[58] lo que pone de manifiesto su distancia conceptual respecto de la enfiteusis, pese a la apariencia común de fragmentación.

55 *Ibíd.*

56 Es la participación que le corresponde al dueño directo en la venta que realiza el dueño útil de la finca gravada con un censo enfitéutico. En caso de enajenación onerosa de la finca, ambos dueños, el directo y el útil, tienen un derecho de adquisición preferente: tanteo enfitéutico y retracto enfitéutico, siempre que vendan o den en pago su respectivo dominio sobre la finca gravada con la enfiteusis (finca enfitéutica). Si al fallecer el enfiteuta, no tuviera éste herederos y/o parientes hasta el sexto grado, el dueño directo puede recuperar el dominio útil de la finca censida ejercitando el llamado derecho de reversión. El laudemio se denomina también luismo.

57 Fiuza y Couto, "Ensaio sobre o direito real de laje", 5-6.

58 *Ibíd.*, 6.

Significa que mientras la enfiteusis responde a un modelo clásico de desdoblamiento del dominio basado en la utilidad económica del bien y en una relación obligacional permanente entre las partes, el derecho de losa, por su parte, configura una nueva forma de organización de la propiedad, caracterizada por la autonomía estructural, la ausencia de cargas económicas periódicas y la consolidación definitiva de derechos reales independientes sobre un mismo inmueble.

3.5.3. Derecho de losa y el condominio

El análisis comparativo que se ha venido haciendo respecto del derecho de losa frente a instituciones clásicas como el derecho de superficie y la enfiteusis, permite advertir que aquel no se subsume plenamente en ninguno de estos esquemas tradicionales. Por el contrario, el nuevo instituto revela una mayor afinidad con el régimen jurídico del condominio edilicio, aunque sin confundirse con él. En efecto, tras la confrontación de estas figuras, se constata que el derecho de losa *"se aparta de ellos, guardando mayor identidad con el régimen jurídico aplicado a las unidades autónomas sometidas al régimen de condominio edilicio"*,[59] aun cuando mantiene rasgos propios que justifican su autonomía conceptual.

El condominio edilicio constituye una figura consolidada en el Derecho brasileño, caracterizada por la coexistencia simultánea de propiedad individual y propiedad colectiva. Se trata de una situación jurídica compleja, estructurada sobre un inmueble edificado, en la cual *"conviven, en una misma situación, la propiedad individual y la propiedad colectiva"*,[60] mediante la creación de unidades inmobiliarias autónomas integradas por áreas de uso privativo y áreas de uso común. Un elemento esencial de este régimen es la atribución obligatoria de una fracción ideal del suelo y de los elementos comunes a cada unidad, de modo

59 *Ibíd.*

60 *Ibíd.*

que *"la suma de las fracciones ideales de las unidades autónomas alcanza el cien por ciento del suelo sobre el cual fue edificada la construcción"*.[61]

Este rasgo explica por qué el condominio edilicio se diferencia tanto del condominio común como del derecho de losa. En el primero, rige un régimen especial que, como regla general, no admite la extinción voluntaria y tampoco reconoce derecho de preferencia en la enajenación de unidades autónomas. Además, la doctrina dominante exige, para su constitución, la existencia de áreas comunes propiamente dichas, no considerándose como tales las paredes o muros, sujetos a un condominio necesario conforme a la legislación civil.

Precisamente en el espacio dejado por estas exigencias surge el derecho real de losa. Este instituto se presenta como una solución normativa para aquellos supuestos en los que no es posible constituir un condominio edilicio, ni resulta adecuado recurrir al derecho de superficie, especialmente debido a su carácter temporal. En tal sentido, el derecho de losa *"surge para actuar exactamente en el vacío existente entre los institutos analizados anteriormente"*,[62] permitiendo la creación de un régimen jurídico perenne, funcionalmente análogo al de las unidades autónomas del condominio edilicio, pero sin reproducir su estructura.

Desde una perspectiva dogmática, el derecho de losa no puede calificarse como un derecho real sobre cosa ajena en sentido clásico. Antes bien, debe concebirse como una nueva modalidad de derecho de propiedad, dotada de autonomía y permanencia. En palabras de Couto, *"el derecho de losa es una nueva forma de derecho de propiedad, que posee la misma autonomía y perennidad que la propiedad edilicia"*.[63] Esta concepción permite comprender que, una vez instituido, el régimen de propiedad de losa se mantiene hasta su extinción por causas objetivas, sin quedar sujeto a la voluntad unilateral de alguno de los titulares ni al mero transcurso del tiempo, como ocurre en el derecho de superficie.

61 *Ibíd.*

62 *Ibíd.*

63 *Ibíd.*

La doctrina contemporánea ha reforzado esta interpretación. En particular, se destaca la postura de Nelson Rosenvald, quien afirma que *"no existen derechos reales sobre cosa ajena con el atributo de la perpetuidad"*, concluyendo que el derecho de losa *"es una nueva manifestación del derecho de propiedad"* y que su tipificación legal *"abre un nuevo capítulo en la constante resignificación del derecho de propiedad brasileño"*.[64] Esta afirmación se ve corroborada por el régimen registral del instituto, en la medida en que el derecho de losa da lugar a la apertura de una matrícula propia, independiente de la correspondiente al suelo o a su eventual fracción ideal.

Una de las diferencias más relevantes entre estas dos instituciones reside precisamente en la ausencia de fracción ideal del terreno. La legislación Civil señala en el §4 del art. 1.510-A[65] que *"la institución del derecho real de losa no implica la atribución de fracción ideal del terreno al titular de losa ni la participación proporcional en áreas ya edificadas"*. En consecuencia, la unidad inmobiliaria derivada del derecho de losa carece de representatividad en el suelo, lo que la distingue radicalmente de la unidad condominial clásica.

Esta opción legislativa pone de manifiesto que el derecho de losa no pretende sustituir al condominio edilicio, más bien un intento de complementarlo. El propio texto legal reafirma que el nuevo instituto *"no implica la atribución de fracción ideal del terreno"*, confirmando que su función es ocupar el espacio normativo no cubierto por la propiedad horizontal tradicional. En coherencia con esta lógica, tampoco se reconoce derecho de preferencia a favor del titular de la losa en caso de enajenación de la construcción-base, pues el objetivo del ordenamiento es mantener la escisión entre ambas titularidades, buscando con ello el evitar la reconcentración del dominio

No obstante, el legislador sí prevé un régimen específico de preferencia en caso de enajenación de las unidades superpuestas, estableciendo que

64 *Ibíd., 7.*

65 Ley número 10.406, Código Civil (Brasil: Congreso Nacional, 2002).

"tendrán derecho de preferencia, en igualdad de condiciones con terceros, los titulares de la construcción-base y de la losa, en ese orden",[66] con posibilidad de libre pactación, dispensa o renuncia expresa. Este diseño normativo refuerza dos puntos: el primero, en atribuir autonomía privada y la segunda, en dotarla de independencia funcional al derecho de losa en su concepción de unidad inmobiliaria autónoma, dotada de matrícula propia.

Se puede percatar, que el derecho de losa admite, además, una notable proyección expansiva, ya que permite la constitución de losas sucesivas. Conforme al 6º del art. 1.1510-A,[67] menciona que *"el titular de la losa podrá ceder la superficie de su construcción para la institución de un derecho real de losa sucesivo"*, siempre que exista autorización expresa de los demás titulares y se respeten las normas urbanísticas. Esta previsión solo confirma que el derecho de losa opera como una *"técnica de organización vertical de la propiedad"*, aunque su interpretación debe ser restrictiva, en atención a su carácter de limitación al derecho de propiedad originario.

Resulta importante mencionar que el derecho de losa se revela como una figura flexible, ya que es susceptible de transmisión entre vivos y mortis causa, e incluso por prescripción adquisitiva ordinaria o extraordinaria, según los requisitos generales del Código Civil brasileño.

De lo que se ha traído a colación, se puede advertir que el derecho de losa comparte con el condominio edilicio la idea de unidad inmobiliaria autónoma, pero se separa de él, al prescindir de la fracción ideal del suelo y de la copropiedad sobre elementos comunes. Es así, como se configura una forma contemporánea de propiedad vertical, destinada a responder a necesidades urbanas específicas, sin que ello pueda alterar la estructura habitual del régimen condominial.

66 Fiuza y Couto, "Ensaio sobre o direito real de laje", 8.

67 Ley número 10.406, Código Civil (Brasil: Congreso Nacional, 2002).

3.6. Formas de constitución y aspectos registrales

3.6.1. De su constitución

El derecho real de losa puede constituirse por diversas vías, todas ellas coherentes con su naturaleza de derecho real.

En primer término, su institución puede operar por acto o negocio jurídico inter vivos, expresión de la autonomía privada del titular registral del inmueble-base. Como se señala en la doctrina brasileña, *"el régimen jurídico de la losa puede ser instituido por acto o negocio jurídico, fruto de la autonomía privada del titular registral, para la producción de efectos inmediatos o post mortem"*.[68] Cuando la constitución se produce para generar efectos inmediatos, el título respectivo debe acceder al Registro de Inmuebles, pues se trata de un derecho real sobre bien inmueble. En consecuencia, su forma debe ajustarse a la regla general prevista para los actos constitutivos de derechos reales inmobiliarios, esto es, escritura pública cuando el valor del derecho supere el umbral legal, dado que: *"se trata de un derecho real sobre un bien inmueble, su forma de constitución debe observar la regla general del artículo 108 del Código Civil, ya que no existe una norma específica que autorice su creación mediante instrumento privado"*.[69] El parámetro para determinar la exigencia formal no es el precio pactado, sino el valor fiscal del derecho real constituido. Una vez otorgado el instrumento en la forma legal y presentado a inscripción, se abrirá matrícula propia para la losa, consolidándose así su autonomía jurídica frente al inmueble originario.

En segundo lugar, la constitución puede realizarse mortis causa, mediante disposición testamentaria. El testador puede instituir el derecho de losa en cualquiera de las formas testamentarias admitidas por la ley, pero sus efectos quedarán supeditados a la apertura de la sucesión, validación judicial y partición hereditaria. En tal hipótesis, el documento inscribible no es el

68 Couto, Direito de laje, 19.

69 *Ibíd.*

testamento en sí, sino el título sucesorio correspondiente, pues *"el instrumento que debe presentarse en el Registro de la Propiedad no es el testamento, sino el acta de partición, elaborada con base en las disposiciones testamentarias del titular registral"*.[70]

Otra forma de constituirse es a través de la prescripción adquisitiva de dominio, cuando la posesión recaiga específicamente sobre la unidad sobrepuesta con ánimo de señor y dueño.

La regulación no crea una modalidad autónoma de prescripción adquisitiva, sino que permite aplicar las formas generales al supuesto particular de la losa, dado que *"en el caso de la losa, como forma de propiedad, la posesión con animus domini sobre el inmueble ya existe y solo se ha modificado la forma de reconocer el derecho, posibilitando la adquisición únicamente de la edificación superpuesta, sin representatividad en el terreno"*.[71] La sentencia que declare la prescripción adquisitiva de dominio producirá una escisión jurídica: se mantendrá la titularidad del inmueble-base en cabeza de su propietario y se reconocerá al usucapiente un derecho real autónomo sobre la construcción elevada, siempre que éste acredite autonomía funcional, acceso independiente y asunción de las cargas propias de la unidad. Debe precisarse, sin embargo, que la adquisición de la losa sobre bienes públicos resulta inadmisible, pues implicaría la apropiación de una forma de propiedad sobre dominio estatal, lo que contraviene la prohibición constitucional de prescripción adquisitiva respecto de bienes públicos.

3.6.2. Formas de registro

El derecho real de losa, en cuanto derecho real, exige para su plena eficacia la observancia estricta del principio de inscripción constitutiva. Su régimen registral se encuentra expresamente delineado en la legislación brasileña, la cual dispone que *"la institución del derecho real de losa se llevará a cabo*

70 *Ibíd.*, 20.

71 *Ibíd.*

mediante la apertura de una matrícula propia en el registro de la propiedad y mediante la anotación de este hecho en la matrícula de la construcción base y en las matrículas de las lajas anteriores, con remisión recíproca" (ordinal 9º del art. 176 de la Ley de Registros Públicos).[72] De esta previsión se desprenden dos consecuencias técnicas fundamentales: primero, que la losa no permanece absorbida por la matrícula del inmueble-base, sino que genera una unidad registral independiente; y segundo, que debe existir una coordinación formal entre todas las matrículas involucradas, mediante anotaciones recíprocas que garanticen la coherencia del tracto y la publicidad integral de la situación jurídica.

Dada su proximidad estructural con la propiedad horizontal, la doctrina sostiene que el procedimiento de registro debe seguir una lógica análoga a la de la propiedad edilicia. En efecto, *"el régimen jurídico de la propiedad de losas es bastante cercano al régimen jurídico de la propiedad edilicia, de modo que se debe adoptar una sistemática similar de registro de escrituras"*.[73] Ello implica que, previamente a cualquier transferencia, debe existir un acto de institución del régimen de losa, en el cual se delimiten las unidades resultantes, las áreas de eventual uso común (accesos, circulación, estacionamientos) y las reglas relativas a contribución a gastos, derecho de preferencia e incluso la posibilidad de losas sucesivas.[74] Solo una vez formalizado e inscrito ese acto constitutivo podrá procederse a la transferencia del derecho a terceros.

Cuando la construcción de la losa ya consta edificada y previamente publicitada, la secuencia técnica de actos puede sistematizarse del siguiente modo: (i) inscripción del acto constitutivo del régimen de losa en la matrícula del terreno o construcción-base; (ii) anotación del desmembramiento del derecho y de la correlativa restricción del dominio del propietario originario —incluyendo eventuales pactos sobre losas sucesivas o modificaciones al derecho de preferencia—; (iii) apertura de una matrícula propia para la unidad autónoma;

72 Ley número 6.015, Ley de Registros Públicos (Brasil: Congreso Nacional, 1973).

73 *Ibíd.*, 42.

74 *Ibíd.*

(iv) anotación en dicha matrícula de las limitaciones o cargas que la afecten; y (v) registro de la transferencia o adjudicación del derecho, si corresponde. En cambio, si la losa aún no ha sido materialmente edificada, la secuencia es sustancialmente la misma, pero debe añadirse una anotación expresa que publicite la inexistencia de la construcción y las condiciones administrativas relevantes, tales como aprobación municipal, área autorizada y número de niveles permitidos. Esta cautela solo busca la seguridad jurídica, y con ello evitar que el tráfico inmobiliario opere sobre una realidad física inexistente o distinta de la proyectada.[75]

Como se aprecia, el registro del derecho de losa combina la apertura de folio real propio con un sistema de remisiones cruzadas que preserva la unidad estructural del inmueble originario, pero a su vez reconoce la autonomía jurídica de la construcción sobrepuesta. Es a todas luces una técnica registral compleja, diseñada para equilibrar independencia dominical y a su vez coherencia publicitaria dentro del sistema inmobiliario.

3.7. De sus formas de extinción

El derecho real de losa, aunque contemple una inclinación de permanencia, como es de esperarse no es jurídicamente absoluto. Su extinción obedece a hipótesis específicas previstas por el legislador y a las causas generales de pérdida de los derechos reales inmobiliarios. El análisis de estas modalidades permite advertir que su régimen extintivo, si bien presenta una regla singular —vinculada a la ruina de la construcción-base—, se integra perfectamente con las categorías clásicas del derecho de propiedad.

75 *Ibíd.,* 43-44.

3.7.1. La ruina de la construcción-base

La hipótesis de extinción se encuentra en el art. 1.510-E del Código Civil brasileño.[76] Como se ha expuesto, *"el artículo 1.510-E establece una forma específica y sui generis de extinción del derecho de losa"*,[77] disponiendo que la ruina de la construcción-base implica la extinción del derecho real de losa, salvo dos excepciones: cuando la losa haya sido instituida sobre el subsuelo, o cuando la edificación sea reconstruida en el plazo de cinco años.

Esta previsión revela una técnica legislativa singular. En efecto, no toda destrucción física conlleva automáticamente la desaparición del derecho. Como explica Couto, *"puede ocurrir la ruina de la construcción-base, lo que llevaría, evidentemente, a la ruina de las lajes superiores, sin que el derecho real se extinga por pérdida del objeto. Esta norma se justifica en razón de que el derecho de laje contempla no solo una laje ya edificada, sino también una laje por construirse"*.[78] Es decir, el objeto del derecho no se agota en la materialidad presente, sino que comprende una dimensión potencial constructiva.

Ahora bien, el legislador condiciona la subsistencia del derecho a la reconstrucción de la edificación-base dentro del quinquenio legal. Transcurrido dicho plazo sin que se restablezca la construcción, la consecuencia es la extinción jurídica del derecho. En palabras del propio análisis doctrinal, *"lo que hizo el legislador fue establecer un plazo de cinco años para el restablecimiento de la construcción-base, transcurrido el cual el derecho real de losa será considerado jurídicamente extinguido"*.[79]

76 Ley número 10.406, Código Civil (Brasil: Congreso Nacional, 2002).

77 Rafael Carvalho dos Anjos, *O direito real de laje como ferramenta para concretização do direito à moradia monografía de grado* (Brasil: Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, 2023), 33. https://repositorio.ufpb.br/jspui/bitstream/123456789/28257/1/RCA300523.pdf

78 Couto, *Direito de laje*, 32.

79 *Ibíd.*

Desde la perspectiva registral, incluso se sugiere que, ante la acreditación oficial de la ruina, se practique la correspondiente anotación, dejando constancia de que el derecho permanece vigente durante el plazo legal de cinco años.

Un aspecto relevante es la delimitación del supuesto de ruina. Couto precisa que la norma se refiere a la ruina proveniente de acto de tercero, caso fortuito o fuerza mayor, quedando excluida la demolición voluntaria. Si la demolición es deliberada, deberán observarse las formalidades administrativas y registrales correspondientes, pudiendo luego extinguirse el derecho por renuncia o alienación conforme al art. 1.275.[80]

En adición, el parágrafo único del art. 1.510-E[81] preserva la responsabilidad civil del culpable, aclarando que la eventual indemnización no condiciona la subsistencia del derecho durante el plazo legal.

3.7.2. Enajenación y renuncia

Más allá de la hipótesis especial de la ruina, el derecho de losa puede extinguirse por voluntad del titular. Como recuerda la doctrina, además de lo previsto en el art. 1.510-E,[82] resultan aplicables las causas generales del art. 1.275 del Código Civil.[83] *"Además de las causas previstas en este Código, se pierde la propiedad: I - por enajenación; II - por renuncia; III - por abandono; IV - por perecimiento de la cosa; V - por expropiación"*.

En caso de enajenación o renuncia, la eficacia extintiva depende del correspondiente asiento registral, conforme al parágrafo único del art. 1.275.[84] La renuncia constituye manifestación expresa de voluntad, siendo el derecho de losa un derecho disponible. Si el valor del inmueble supera el umbral legal, será necesaria escritura pública para formalizar la renuncia de derechos reales.

80 Ley número 10.406, Código Civil (Brasil: Congreso Nacional, 2002).

81 *Ibíd.*

82 *Ibíd.*

83 *Ibíd.*

84 *Ibíd.*

3.7.3. Abandono

La extinción por abandono exige no solo la cesación de actos posesorios, sino el animus de desprenderse definitivamente del derecho. Como se ha señalado, no basta la mera inactividad; se requiere la intención inequívoca de no conservar el bien en el patrimonio. La legislación urbana (arts. 64 y 65 de la Ley 13.465/2017),[85] regula el procedimiento de recaudación de inmuebles abandonados, estableciendo que la intención se presume cuando el propietario, cesados los actos de posesión, incumple los tributos por cinco años.

Durante el trienio posterior a la declaración de abandono, el titular aún puede reivindicar el inmueble; solo transcurrido ese plazo se consolida la incorporación al dominio público.

3.7.4. Pérdida del objeto

La pérdida de la cosa constituye otra causa de extinción. La doctrina es categórica al afirmar que el objeto es esencial para la subsistencia del derecho: si el bien perece de manera definitiva e irreparable, el derecho también se extingue. Carvalho dos Anjo citando a Farias mencionó que *"el objeto es esencial para la existencia del derecho. Así, si el objeto se pierde, el derecho también se extinguirá. Por esta razón, el art. 1.275, IV, del Código Civil considera la pérdida del objeto como una de las causas de la pérdida del derecho de propiedad. En el caso de la losa, se aplica la misma regla"*.[86]

En el caso de la losa, deberá tratarse de una destrucción absoluta que impida toda reconstrucción jurídicamente viable. Como menciona Carvalho dos Anjo citando a Diniz:

85 Ley número 13.465 (Brasil: Congreso Nacional de Brasil, 2017).

86 Dos Anjos, *O direito real de laje*, 37.

"...destaca que no se produce la pérdida de la propiedad salvo que el inmueble se haya tornado irrecuperable o irreparable, o que haya ocurrido una pérdida definitiva. De este modo, el perecimiento del derecho de propiedad solo se configura en caso de pérdida irreparable y definitiva del inmueble".[87]

3.7.5. Expropiación

Finalmente, la expropiación se configura una forma involuntaria de pérdida del derecho:

"ya que es un instituto de derecho público, fundamentado en el derecho constitucional y regulado por el derecho administrativo, que tiene repercusiones en el derecho civil, en la medida en que determina la pérdida de la propiedad del inmueble de forma unilateral, con la obligación previa de una indemnización justa".[88]

Significa pues, que está fundada en razones de necesidad o utilidad pública o interés social. Puede recaer sobre la totalidad del inmueble o solo sobre una parte, incluido el espacio aéreo o el subsuelo, de modo que la losa puede ser objeto de expropiación autónoma o conjunta con la construcción-base. En caso de que la Administración no dé al bien el destino previsto, surge el derecho de retrocesión,[89] conforme al art. 519 del Código Civil brasileño:[90]

87 *Ibíd.*, 38.

88 *Ibíd.*

89 Rafael Carvalho dos Anjos, "O direito real de laje como ferramenta para concretização do direito à moradia" (monografía de grado, Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, 2023), 33, https://repositorio.ufpb.br/jspui/bitstream/123456789/28257/1/RCA300523.pdf. José Antonio Muci Borjas, *La retrocesión en la expropiación* (Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 1988), 27. "La retrocesión es el derecho —ope legis— otorgado al antiguo titular del bien expropiado para que lo readquiera, devolviendo la justa indemnización recibida en seno al procedimiento expropiatorio, restableciéndose de esta manera la situación jurídica que existía con precedencia al ejercicio de la potestad expropiatoria, a consecuencia de la desaparición —una vez consumada la expropiación— del elemento esencial de la causa (causa expropiandi)".

90 Ley número 10.406, Código Civil (Brasil: Congreso Nacional, 2002).

"Si la cosa expropiada por causa de necesidad o utilidad pública, o por interés social, no tuviere el destino para el cual fue expropiada, o no fuere utilizada en obras o servicios públicos, corresponderá al expropiado el derecho de preferencia, por el precio actual de la cosa".

3.8. El derecho de losa y la hipoteca

Especialmente interesante resulta preguntarse si el derecho de losa es susceptible de poder ser gravado con hipoteca. Como se sabe, la hipoteca constituye un derecho real de garantía que recae sobre bienes inmuebles o sobre aquellos que la ley equipara a hipotecables, otorgando al acreedor la facultad de promover la venta judicial del bien en caso de incumplimiento, con preferencia en el cobro sobre el producto obtenido. Esto se trata, por tanto, de un mecanismo destinado a asegurar el crédito mediante la afectación jurídica de un bien determinado.

La Ley 13.465/2017,[91] al incorporar el derecho de losa al elenco del art. 1.225 del Código Civil brasileño,[92] no reguló expresamente su sometimiento a hipoteca. Como lo ha señalado Carvalho dos Anjos a través de lo dicho por Schreiber, *"La Ley 13.465/17 no expresó claramente si el derecho de losa era susceptible de hipoteca, lo cual sería importante para garantizar el acceso al crédito a los titulares de la losa".*[93] Esta omisión legislativa obliga a la interpretación sistemática de la norma.

En primer término, el derecho de losa es un derecho real expresamente reconocido por el Código Civil. Ello es relevante porque el art. 80, inciso 1 del Código Civil brasileño,[94] establece que *"se consideran bienes inmuebles para los efectos legales: I - los derechos reales sobre inmuebles y las acciones que los garantizan".*

91 Ley número 13.465 (Brasil: Congreso Nacional de Brasil, 2017).

92 Ley número 10.406, Código Civil (Brasil: Congreso Nacional, 2002).

93 Dos Anjos, *O direito real de laje*, 41.

94 Ley número 10.406, Código Civil (Brasil: Congreso Nacional, 2002).

De esta disposición se desprende que los derechos reales sobre inmuebles poseen naturaleza jurídica inmobiliaria para todos los efectos legales, lo que los torna, en principio, aptos para integrar el objeto de derechos reales de garantía.

En segundo lugar, el art. 1.420[95] del mismo cuerpo normativo dispone que *"solo quien puede enajenar podrá empeñar, hipotecar o dar en anticresis; solo los bienes que pueden enajenarse podrán darse en prenda, anticresis o hipoteca"* La regla es clara: la hipotecabilidad depende de la alienabilidad del bien. Si el derecho puede ser válidamente enajenado, también puede ser objeto de hipoteca.[96]

Ahora bien, el derecho de losa es, por disposición legal, transmisible inter vivos y mortis causa. Su titular puede enajenar, gravar o incluso renunciar a él, con observancia de las formalidades registrales correspondientes. La posibilidad de alienación constituye, por tanto, un indicio decisivo en favor de su hipotecabilidad.

Ante la falta de previsión expresada en el art. 1.473[97] —que enumera los bienes susceptibles de hipoteca—, la doctrina propone una interpretación analógica. En efecto, dicho artículo dispone: *"pueden ser objeto de hipoteca: I – los bienes inmuebles y sus accesorios conjuntamente con ellos"*. Si el derecho de losa es considerado bien inmueble por equiparación legal (art. 80, I), resulta razonable subsumirse dentro de la categoría de inmuebles susceptibles de hipoteca, aun cuando el legislador no haya introducido un inciso específico para mencionarlo. De allí que se haya señalado que habría sido técnicamente más adecuado incorporar expresamente el derecho de losa en el catálogo del art. 1.473,[98] evitando el esfuerzo interpretativo que hoy se exige.[99]

95 *Ibíd.*

96 Dos Anjos, *O direito real de laje*, 42.

97 Ley número 10.406, Código Civil (Brasil: Congreso Nacional, 2002).

98 *Ibíd.*

99 Dos Anjos, *O direito real de laje*, 42.

La conclusión favorable a la hipotecabilidad encuentra además respaldo procesal. Según recuerda la doctrina, el Enunciado 150 de la II Jornada de Derecho Procesal Civil[100] establece que *"se aplican al derecho de laje los artículos 791, 804 y 889, inciso III, del Código de Proceso Civil (CPC)"*, disposiciones vinculadas al régimen de garantías y a la ejecución sobre bienes gravados.[101] Este entendimiento refuerza la idea de que el derecho de losa puede ser objeto de afectación real para asegurar obligaciones.

No obstante, deben observarse los límites generales del sistema. En particular, la protección del bien de familia impide que un inmueble revestido de tal carácter sea gravado con hipoteca, dada su inembargabilidad. Si la losa integra un bien de familia en los términos legales, no podrá válidamente constituirse hipoteca sobre ella, salvo en las hipótesis excepcionales previstas por la legislación específica.[102]

Sintetizando, aunque la Ley 13.465/2017[103] no haya previsto expresamente la hipoteca del derecho de losa, una interpretación sistemática de los arts. 1.225, 80, 1.420 y 1.473 del Código Civil brasileño,[104] conduce a afirmar su viabilidad jurídica. El derecho de losa, al ser un derecho real inmobiliario y alienable, puede ser objeto de hipoteca, con excepción de los supuestos de inembargabilidad legal. Esta afirmación resulta funcional a la finalidad social del instituto, ya que permite a su titular acceder a créditos mediante la constitución de garantías reales sobre su derecho.

100 *Ibíd.*

101 *Ibíd.*

102 *Ibíd.*

103 Ley número 13.465 (Brasil: Congreso Nacional de Brasil, 2017).

104 Ley número 10.406, Código Civil (Brasil: Congreso Nacional, 2002.

IV. Conclusión

El estudio realizado permite afirmar que el derecho de losa constituye una manifestación paradigmática de cómo el derecho positivo puede adaptarse a realidades sociales persistentes sin desarticular completamente la estructura típica del derecho civil. Por su parte, el reconocimiento legislativo representa un proceso de formalización jurídica de prácticas constructivas y negociales preexistentes, dotándolas de seguridad, publicidad y oponibilidad frente a terceros.

Desde una perspectiva dogmática, la figura presenta elementos que exceden la noción clásica de derecho real sobre cosa ajena, es decir, que la posibilidad de apertura de matrícula registral independiente, la transmisibilidad autónoma, la aptitud para ser objeto de hipoteca y la delimitación espacial diferenciada -incluso en subsuelo- evidencian una configuración estructural más cercana a una forma especial de propiedad que a un derecho real meramente limitado.

En tal sentido, la investigación demuestra que el derecho de losa no debe entenderse como una anomalía del sistema, sino más bien, como una evolución funcional del mismo, cuyo reconocimiento exige un grado de coherencia normativa y por supuesto, precisión técnica.

En consecuencia, se concluye que el derecho de losa posee los fundamentos suficientes para ser reconocido como institución autónoma dentro del catálogo de derechos reales, constituyendo un ejemplo de adaptación normativa frente a fenómenos urbanos complejos y una manifestación, de lo que sería, una capacidad dinámica del derecho civil contemporáneo.

Bibliografía

» Abreut de Begher, Liliana. "Comentarios sobre el derecho real de superficie en el Código Civil y Comercial." Infojus, 2015, acceso 16 de noviembre del 2025, https://www.saij.gob.ar/liliana-abreut-begher-comentarios-sobre-derecho-real-superficie-codigo-civil-comercial-dacf150402-2015-07-15/123456789-0abc-defg2040-51fcanirtcod

» Alessandri Rodríguez, Arturo. *Derecho civil Primer año (tomo segundo): de los bienes.* Santiago de Chile: Zamorano y Caperan, 1937.

» Alessandri Rodríguez, Arturo, Manuel Somarriva Undurraga y Antonio Vodanovic H. *Los bienes y los derechos reales*. 3.ª ed. Santiago de Chile: Nascimento, 1974.

» Anjos, Rafael Carvalho dos. *O direito real de laje como ferramenta para concretização do direito à moradia.* Monografia de grado. Brasil: Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, 2023. https://repositorio.ufpb.br/jspui/handle/123456789/28257

» Cámara de lo Civil de la Primera Sección de Oriente. *Sentencia, Referencia: CIV-LU-2-5-07-19.* El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2021.

» Código Civil de El Salvador. El Salvador: Asamblea Legislativa, 1860.

» Código Civil y Comercial de la Nación, Ley N.º 26.994. Publicada en el Boletín Oficial N.º 32.985, 8 de octubre de 2014. Vigente desde el 1 de agosto de 2015. Argentina.

» Codice civile. Italia: Regno d'Italia, 1942.

» Couto, Marcelo de Rezende Campos Marinho. *Direito de laje. Série Cadernos* IRIB. São Paulo: IRIB, 2020.

» Domínguez Guillén, María Candelaria, y Carlos Pérez Fernández. "Curso de bienes y derechos reales", *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia,* vol. I, temas 1 al 10. (2022).

» Fiuza, César Augusto de Castro, y Marcelo de Rezende Campos Marinho Couto. "Ensaio sobre o direito real de laje como previsto na Lei 13.465/2017". *Revista Eletrônica de Direito Civil* 6, n.º 2 (2017). https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/299

» Gagliano, Pablo Stolze, y Salomão Viana. "Direito real de laje – finalmente, a lei". *Revista de Direito UNIFACS* – Debate Virtual, n.º 207 (2017). https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/5066/3225

» Gutiérrez, Nelson. "Derecho real de conservación medioambiental e inscripción". *Revista Fojas,* (2017). https://revistafs.cl/articulos/derecho-real-conservacion-medioambiental-inscripcion/

» Hennika, Luís Henrique da Silva y Janaína Rigo Santin. "Direito de superfície e direito de laje: uma análise à luz do direito urbanístico". *Revista Jurídica Luso-Brasileira* (RJLB), año 4, n.º 3 (2018): 801–830. https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2018/3/2018_03_0801_0835.pdf

» João, Catharine Black Lipp. "O direito de laje como medida jurídica de regularização fundiária para promoção do direito à moradia adequada". *Revista Brasileira de Direito Urbanístico* (RBDU) 5, n.º 9 (2019): 35–50. https://biblioteca.ibdu.org.br/direitourbanistico/article/view/371

» Ley n.° 6.015, Ley de Registros Públicos. Brasil: Congreso Nacional, 1973.

» Ley n.° 10.257, Estatuto de la Ciudad. Brasil: Congreso Nacional, 2001.

» Ley n.° 10.406 (Código Civil). Brasil: Congreso Nacional, 2002.

» Ley n.° 13.465. Brasil: Congreso Nacional, 2017.

» Márcia do Amaral. "Nuevas figuras de derechos reales del sistema jurídico de Brasil," *Revista de Registradores de España,* n.86 (2019): 46. https://www.registradores.org/principal/revista/registradores/86/html5/index.html?page=1&noflash

» Merino Escartin, José Félix. "Comentarios a las Resoluciones de la Dirección General de Registros y Notariado" n. 161, acceso 20 de noviembre del 2025. http://vlex.es/vid/derecho-aprovechamiento-urbanistico-concepto-767006461

» Mosquera, Celia. *Derecho real de superficie y los nuevos derechos reales en el CCN*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Di Lalla, 2017.

» Muci Borjas, José Antonio. *La retrocesión en la expropiación.* Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 1988.

» "Nuevas formas de dominio: multipropiedad o tiempo compartido". Comercio y Justicia, acceso 20 de noviembre del 2025. https://comercioyjusticia.info/semanario-juridico/doctrina/nuevas-formas-de-dominio-multipropiedad-o-tiempo-compartido/

» Elias de Oliveira, Carlos Eduardo. "Direito Real de Laje à luz da Lei nº 13.465, de 2017: nova lei, nova hermenêutica". *Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado,* (2017). https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td238/view

» Oliveira, Francisco Cardozo, y Guilherme Carta Ribeiro. "A normatividade do direito real de laje no Brasil entre os paradigmas de direito civil constitucional e de sociedade de direito privado". *Revista Brasileira de Direito Civil em Perspectiva* 6, n. 1 (2020): 104–124. https://www.indexlaw.org/index.php/direitocivil/article/view/6552

» Peña Jaime, J. Álvaro. "La propiedad urbanística: una propiedad desmaterializada y espiritualizada". *Anuario Jurídico Villanueva* (2013). https://digiuv.villanueva.edu/handle/20.500.12766/73?locale-attribute=es

» Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana. España: Ministerio de Fomento, 2015.

» Valente, Rubem. "O direito real de laje no ordenamento jurídico brasileiro." Gen Jurídico, acceso 5 de enero del 2026. http://genjuridico.com.br/2017/06/19/o-direito-real-de-laje-no-ordenamento-juridico-brasileiro/

Revista Derecho

VOLUMEN 10 (2026)
Noviembre 2025 - Noviembre 2026

ISSN: 2411-1465
e-ISSN: 2789-3960

Tratamiento jurídico procesal de la liquidación del régimen patrimonial de comunidad diferida en los procesos de divorcio en El Salvador

Legal procedural treatment of the liquidation of the deferred community property regime in divorce proceedings in El Salvador

Fátima Alejandra Molina Mejía
(Universidad de El Salvador, El Salvador)
https://orcid.org/0009-0000-4403-1464
Correspondencia: mm20016@ues.edu.sv

DOI: https://doi.org/10.66778/RD.v10n01.05

CC BY NC

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

Revista Derecho Vol. 10 (2026)
https://revistas.ues.edu.sv/index.php/revder
ISSN: 2411-1465 | e-ISSN: 2789-3960

TRATAMIENTO JURÍDICO PROCESAL DE LA LIQUIDACIÓN DEL RÉGIMEN PATRIMONIAL DE COMUNIDAD DIFERIDA EN LOS PROCESOS DE DIVORCIO EN EL SALVADOR

Fátima Alejandra Molina Mejía

RESUMEN

El artículo muestra una visión jurídica, procesal y práctica sobre los procesos de divorcio tramitados a partir de los cambios de criterios jurisprudenciales de la Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia respecto a la tramitación de forma simultánea de estos procesos con el establecimiento y determinación de las bases de liquidación del régimen patrimonial del matrimonio; el presente artículo está conformado por tres partes en las cuales se pretende exponer una especie de antecedentes de los procesos tramitados con anterioridad, así como el estudio y análisis de la jurisprudencia, y finalmente la aplicación y actuaciones en el campo práctico; teniendo como objetivo principal exponer los requisitos del sistema judicial —Corte Suprema, Sala de lo Civil y las Cámaras de Familia— ha establecido para la presentación de las demandas de divorcio bajo este requisito, así como las de una eventual ejecución de la sentencia por medio del cual se siga la respectiva liquidación, teniendo una guía de cómo deben ser tramitados ante las instancias judiciales correspondientes; publicación, con la cual, se espera alentar el estudio y despertar interés tanto en estudiantes y los conocedores del área, así como de todos los interesados por el Derecho de familia.

PALABRAS CLAVE: cambios de criterios - derecho de familia - divorcio - jurisprudencia - liquidación de régimen patrimonial

LEGAL PROCEDURAL TREATMENT OF THE LIQUIDATION OF THE DEFERRED COMMUNITY PROPERTY REGIME IN DIVORCE PROCEEDINGS IN EL SALVADOR

Fátima Alejandra Molina Mejía

ABSTRACT

This article presents a legal, procedural, and practical overview of divorce proceedings following changes in the jurisprudential criteria of the Civil Chamber of the Supreme Court of Justice regarding the simultaneous processing of these proceedings with the establishment and determination of the bases for the liquidation of the marital property regime. This article is comprised of three parts: the first presents a background of previously processed proceedings, the second analyzes the jurisprudence, and the third examines its application and practical applications. The main objective is to outline the requirements established by the judicial system—Supreme Court, Civil Chamber, and Family Courts—for filing divorce petitions under this new requirement, as well as for the eventual enforcement of the judgment through which the respective liquidation is carried out, providing a guide on how these proceedings should be handled by the corresponding judicial bodies. This publication is expected to encourage study and spark interest among students and experts in the field, as well as all those interested in Family Law.

KEYWORDS: changes in criteria - family law - divorce - case law - liquidation of matrimonial property regime

Tratamiento jurídico procesal de la liquidación del régimen patrimonial de comunidad diferida en los procesos de divorcio en El Salvador

Fátima Alejandra Molina Mejía[1]
El Salvador

Introducción

En el Salvador el Régimen Patrimonial del Matrimonio, probablemente es uno de los aspectos más importantes a tener en cuenta al momento de tomar la decisión de celebrar un matrimonio, puesto que regula las relaciones económicas de los contrayentes; no obstante, de ser un elemento que la mayoría de salvadoreños, ya sea por desconocimiento o por ser el régimen "supletorio", optan por elegir el régimen de Comunidad Diferida, sin imaginar las implicaciones que de este pueden surgir ante un eventual proceso de divorcio.

En ese sentido el presente artículo se refiere al Régimen Patrimonial del Matrimonio, específicamente al de Comunidad Diferida, en cuanto a las nuevas implicaciones jurídicas que nacen a partir de los cambios de criterios jurisprudenciales, respecto a su disolución de forma simultánea al divorcio,

1 Egresada de la Licenciatura en Ciencias Jurídicas por la Universidad de El Salvador, donde actualmente cursa la especialización en Derecho de Familia, Niñez, Adolescencia y Adulto Mayor. Cuenta con estudios especializados entre los que destacan en Derecho Civil, Derecho de Familia, y medios probatorios procesales, en el ámbito práctico, cuenta con cinco años de experiencia como colaboradora jurídica desempeñándose en las áreas de familia, niñez, adolescencia, procesos ante la jurisdicción especializada para una vida libre de violencia y discriminación para las mujeres (LEIV), y violencia intrafamiliar.

Para escribir en nuestra revista, consulta las bases aquí

y ante el posterior proceso para su liquidación. Para ello, se ha realizado un estudio desde sus antecedentes prácticos hasta las nuevas implicaciones jurídicas que han surgido, considerando su importancia debido a las nuevas exigencias en los tribunales de familia en cuanto a los requisitos de admisibilidad para tramitar los procesos de divorcio.

El artículo está conformado por tres parte, en el primer apartado se pretende exponer una especie de antecedentes de los procesos tramitados con anterioridad y como eran abordados los procesos de liquidación del régimen patrimonial; mientras que el segundo apartado, corresponde al mero estudio y análisis de la jurisprudencia, emitida por la Corte Suprema de Justicia y Cámara de Familia; y finalmente, en el tercer apartado es en donde se pretender abordar la aplicación por parte del tribunal y las actuaciones de los litigantes en el campo práctico, a partir del estudio del nuevo criterio jurisprudencial.

I. Antecedentes en la tramitación de los procesos de divorcio

En El Salvador, el Código de Familia establece tres motivos por medio de los cuales está permitido decretarse el divorcio judicialmente, los cuales según el artículo ciento seis del Código Familia son por Mutuo consentimiento, Separación de los cónyuges durante uno o más años consecutivos, y finalmente por ser Intolerable la vida en común entre los cónyuges.[2]

2 *"Motivos de divorcio. El artículo 106, El divorcio podrá decretarse: 1o) Por mutuo consentimiento de los cónyuges; 2o) Por separación de los cónyuges durante uno o más años consecutivos; y, 3o) Por ser intolerable la vida en común entre los cónyuges. Se entiende que concurre este motivo, en caso de incumplimiento grave o reiterado de los deberes del matrimonio, mala conducta notoria de uno de ellos o cualquier otro hecho grave semejante. En el caso del ordinal anterior el divorcio podrá ser solicitado solo por el cónyuge que no haya participado en los actos o hechos que originaren el motivo".* Código de Familia (El Salvador: Asamblea Legislativa, 1993).

Cada uno de estos motivos, tienen sus propias particularidades, existiendo requisitos propios que deben cumplirse para lograr ser configurados, y es que, desde este punto es importante realizar un análisis del orden en que el legislador decidió colocarlos. Siendo el primero, una aproximación de lo que en práctica se conoce como "un divorcio amigable",[3] hasta el último de los motivos que se podría configurar como el otro extremo, dado que normalmente son los procesos de divorcios más largos y tediosos, no porque el proceso en sí mismo lo sea, sino porque las partes difícilmente suelen llegar acuerdos bajo este motivo, pues es de recordar que este tipo de divorcio van acompañando de una serie de acciones u omisiones que deben de existir dentro de la vida matrimonial incumplimiento reiterado a los deberes del matrimonio, e inclusive violencia intrafamiliar, entre otros.

Asimismo, todos los motivos se encuentran sometidos a la autoridad judicial, aunque se menciona que el divorcio por mutuo consentimiento se realiza mediante notario y que el mismo no es contencioso, dado que no existe litigio en ellos; dichos acuerdos deben ser sometidos a la aprobación del Juez de Familia, puesto que, aunque los aun cónyuges comparezca ante notario a formalizar los acuerdos o términos bajo los cuales han decidió divorciarse, esto no quiere decir que una vez celebrado dicho convenio automáticamente adquieren el estado de "solteros" nuevamente, siendo que dichos acuerdos deben ser homologados por la autoridad competente para determinar si el mismo cumple con los requisitos establecidos en el Código de Familia, para que dicho convenio sea válido o en su caso para evitar una posible vulneración de derechos a los cónyuges o a los hijos procreados y/o reconocidos dentro del matrimonio, siendo por este motivo que este tipo de divorcio requiere de un especial tratamiento y no opera de forma automática.

3 Leonardo B. Pérez Gallardo, "Un 'fantasma' recorre Latinoamérica en los albores de este siglo: el divorcio por mutuo acuerdo en sede notarial," *IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C.,* núm. 23 (2009): 214–262, https://www.revistaius.com/index.php/ius/article/view/196/190

Ahora bien, en los divorcios por mutuo consentimiento anteriormente era muy fácil determinar o fijar "las bases para liquidación" del régimen patrimonial del matrimonio, puesto que en el artículo ciento ocho del Código de Familia,[4] el legislador ha establecido los requisitos mínimos que deben cumplir los cónyuges que pretendan la disolución del vínculo matrimonial, por la causal de mutuo consentimiento. Específicamente, la fracción 5º exige literalmente *"… 5a) Fijación de las bases para la liquidación del patrimonio conyúgal cuando exista régimen económico de comunidad o para la liquidación de las ganancias o determinación de la pensión compensatoria, en su caso…"* ,[5] es decir, que en tal caso, debe suscribirse un convenio que, entre otras cuestiones, contenga bases para liquidar el patrimonio conyugal, cuando se esté bajo el régimen de comunidad o participación de ganancias, o en su caso, la determinación de pensión compensatoria,[6] pues si estas no se señalaban, el referido convenio podría ser objeto de prevención y por ende sufrir modificaciones.

Cabe destacar que, debido a la poca relevancia y conocimiento sobre estos temas, normalmente se consignaba, que no existían bienes a liquidar, puesto que esto implicaba un proceso menos riguroso y que llevaría a una homologación, y por ende una tramitación del divorcio de manera más rápida.

4 *"Divorcio por mutuo consentimiento. El artículo 108, Los cónyuges que pretendan divorciarse por mutuo consentimiento, deberán suscribir un convenio, que contendrá por lo menos las siguientes cláusulas: 1a) La determinación del cónyuge bajo cuyo cuidado personal quedarán los hijos sujetos a autoridad parental; y el régimen de visitas, comunicación y estadía que hubieren acordado, para que el padre o madre que no viva al lado de sus hijos, se relacione con los mismos; 2a) Determinación del cónyuge por cuenta de quien deberán ser alimentados los hijos; o expresión de la proporción con que contribuirá cada uno de los cónyuges para dicha finalidad; con indicación de las bases de actualización de la cuantía de los alimentos y de las garantías reales o personales ofrecidas para su pago; 3a) Determinación de la pensión alimenticia especial que se debe prestar cuando proceda; 4a) Expresión del cónyuge a quien corresponderá el uso de la vivienda y bienes muebles en uso familiar; y, 5a) Fijación de las bases para la liquidación del patrimonio conyúgal cuando exista régimen económico de comunidad o para la liquidación de las ganancias o determinación de la pensión compensatoria, en su caso"*. Código de Familia (El Salvador: Asamblea Legislativa, 1993).

5 *Ibíd.*

6 Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador, *Sentencia No. 130-CAF-2020* (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2021), https://www.jurisprudencia.gob.sv/busqueda/showFile.php?bd=1&data=DocumentosBoveda%2FD%2F1%2F2020-2029%2F2021%2F08%2FEAF98.PDF&number=962456&fecha=16/08/2021&numero=130-CAF-2020&cesta=0&singlePage=false

De la misma manera sucedía en los divorcios contenciosos, puesto que hasta ese momento nada se había dicho sobre la liquidación de los bienes del matrimonio, ya que se entendía que en la práctica dichas reparticiones se hacían por medio de acuerdos o pretensiones, que normalmente se solicitaban a favor de los hijos, no obstante de la existencia de lo regulado en los artículos sesenta y dos, y siguientes del Código de Familia,[7] pues a manera de ejemplo si existía un inmueble ya sea que perteneciera a uno o ambos cónyuges, se introducía al proceso por medio de la pretensión del uso de la vivienda familiar, la cual normalmente se solicita a favor de uno de los cónyuges y de los hijo procreados, o si existían bienes muebles se realizaban donaciones como parte de los acuerdos que podían presentar ante un eventual allanamiento, o presentación de una transacción extrajudicial, en donde de igual forma si existía a manera de ejemplo un vehículo automotor, dicha donación se realizaba a favor de la madre bajo el supuesto que el bien sería utilizado para movilizar a los hijos.

Es decir, hasta ese momento no existía una liquidación como tal del régimen patrimonial del matrimonio, no obstante, de haberse tramitado de forma superficial en los tribunales de familia procesos autónomos bajo el lema de "Liquidación Judicial de Régimen Patrimonial del Matrimonio", en los cuales su requisito principal radica en que previamente a incoar dicho proceso, debía de existir una sentencia de divorcio, y hasta ese momento plantearse la liquidación, es decir solo una vez disuelta de manera independiente o autónoma.

7 *"Disolución judicial. El artículo 72, La comunidad diferida se disuelve por resolución judicial, a solicitud de alguno de los cónyuges, en cualquiera de los casos siguientes: 1o) Cuando el otro cónyuge fuere declarado incapaz, ausente, en quiebra o concurso de acreedores, o condenado por incumplimiento de los deberes familiares de asistencia económica; 2o) Por realizar el otro, actos dispositivos o de gestión que fueren fraudulentos o que irrogaren daño o peligro a sus derechos en la comunidad; 3o) Si el otro cónyuge lo hubiere abandonado, o estuvieran separados durante seis meses consecutivos por lo menos. En todos estos casos, se podrá solicitar la anotación preventiva de la demanda y los efectos de la terminación judicial del régimen se producirán desde la fecha en la cual quede firme la resolución que la decretare respecto de los cónyuges y frente a terceros, desde el momento de su inscripción en el registro respectivo".* Código de Familia (El Salvador: Asamblea Legislativa, 1993).

No obstante, la Honorable Cámara de Familia Sección del Centro comenzó a adoptar el criterio que podría plantearse de forma simultánea al divorcio, solo cuando así fuese planteada en virtud del principio de concentración y economía procesal;[8] es decir, que hasta ese momento dicho criterio, que cabe mencionar no era imperativo, podría ser una aproximación a las ideas de las cuales hoy se busca desarrollar.

Sin embargo, dichos procesos no eran lo suficientemente reconocidos para poder encontrar una vasta fuente de juristas incoando dichos procesos, además de plantearse facultativamente, es decir no ser de imperioso cumplimiento.

II. Estudio y análisis jurisprudencial.

Ahora bien, tal y como se mencionó con anterioridad la liquidación del Régimen Patrimonial del Matrimonio, no es que sea un concepto desconocido o reciente en el cuerpo normativo, pues desde la existencia del Código de Familia el legislador estableció la forma en que se regularía cada régimen patrimonial; entonces ¿Qué es lo novedoso?, o ¿Por qué traer a colación algo que ya se había establecido?, y la respuesta es que en cualquier sistema jurídico el derecho en su aplicación es un fenómeno dinámico, en donde las normas van transformando sus contenidos en función de las nuevas demandas y necesidades sociales.[9] Es por ello, que la exigencia de los cambios socio-culturales implica un cambio no solo en las disposiciones legales, sino que también en la aplicación del derecho; pues el respeto a los precedentes, como manifestación específica de la seguridad

8 Cámara de Familia de la Sección del Centro, San Salvador, *Sentencia No. CF01-143-A-2004* (San Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2005), https://www.jurisprudencia.gob.sv/busqueda/showFile.php?bd=1&data=DocumentosBoveda%2FD%2F1%2F2000-2009%2F2005%2F07%2F731A.PDF&number=29466&fecha=13/07/2005&numero=CF01-143-A-2004&cesta=0&singlePage=false

9 Ana Laura Magaloni Kerpel, *¿Cómo estudiar el derecho desde una perspectiva dinámica?* (México: CIDE, 2006), https://cide.repositorioinstitucional.mx/jspui/bitstream/1011/639/1/000071413_documento.pdf

jurídica y el sometimiento de los jueces al ordenamiento jurídico, no significa la imposibilidad de cambiarlos.[10] Por ello, las consideraciones jurisprudenciales deben ser también analizadas desde el dinamismo y la interpretación actualizada de las normas jurídicas.

Según la jurisprudencia, se ha mencionado que las circunstancias válidas para modificar un precedente o alejarse de él, son: estar en presencia de un pronunciamiento cuyos fundamentos normativos son incompletos o erróneamente interpretados; el cambio en la conformación subjetiva del Tribunal; y que los fundamentos fácticos que le motivaron han variado sustancialmente al grado de volver incoherente el pronunciamiento originario, con la realidad normada.[11]

En ese sentido, la Corte Suprema de Justicia en pleno, para modificar el criterio que anteriormente se había sostenido; es decir, que la Liquidación del Régimen Patrimonial, era una pretensión principal, que podía ventilarse en un proceso autónomo, y por ende interponerse ante un Juez diferente al que conoció sobre la disolución de la misma, justificó su cambio de criterio mencionando literalmente que:

> *"…Si bien todo precedente se construye con una pretensión de corrección, nunca puede tener efectos absolutos en el sentido de que sea tanto definitivo como válido para todos los tiempos. No es definitivo porque la amplia variedad y el continuo cambio de la realidad ponen constantemente a los juzgadores ante nuevas situaciones; e incluso la renovación de los juzgadores, a su vez representantes de diversas corrientes de pensamiento jurídico, también posibilita la relectura de las disposiciones jurídicas y de los precedentes que las han aplicado, a las nuevas realidades. El precedente tampoco puede ser válido para todos los tiempos*

10 Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador, *Inconstitucionalidad 1-2010/27-2010/28-2010* (San Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2010), https://www.jurisprudencia.gob.sv/DocumentosBoveda/D/1/2010-2019/2010/08/897BA.PDF

11 *Ibíd.*

porque la interpretación debe ajustarse a los cambios que la realidad normada va presentando…".[12]

En virtud de lo anterior se tiene que la liquidación del régimen patrimonial del matrimonio responde a cambios en la sociedad; y es por ello, la necesidad de que existan las directrices para realizarlo de forma adecuada, y sin vulnerar los derechos de ninguno de los cónyuges.

Ahora bien, el objetivo principal del presente es dar a conocer la jurisprudencia y criterios actuales respecto a este tema; por lo cual, en primer lugar se analizará la CASACIÓN 130-2020[13] del dieciséis de agosto de dos mil veintiuno, la COMPETENCIA 233-2021,[14] del siete de abril de dos mil veintidós, y la sentencia interlocutoria de nulidad con número de referencia 36-23-ST-F,[15] del diecinueve de abril del año dos mil veintitrés, con la finalidad de exponer los requisitos que la Sala de lo Civil, la Corte en pleno y las Cámaras de Familia del país, las cuales han establecido para la presentación de las demandas y solicitudes de divorcio bajo este requisito, así como las de una eventual ejecución de la sentencia por medio de la cual, se sigue la respectiva liquidación, ilustrando la forma en se deben tramitar actualmente este tipo de procesos.

12 Corte Plena, *Sentencia No. 233-COM-2021* (San Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2022), https://www.jurisprudencia.gob.sv/busqueda/showFile.php?bd=1&data=DocumentosBoveda%2FD%2F1%2F2020-2029%2F2022%2F04%2FF0817.PDF&number=985111&fecha=07/04/2022&numero=233-COM-2021&cesta=0&singlePage=false

13 Sala de lo Civil, *Sentencia No. 130-CAF-2020.*

14 Corte Suprema de Justicia en Corte Plena, *Sentencia No. 233-COM-2021.*

15 Cámara de Familia de la Sección de Occidente, *Sentencia Interlocutoria con referencia 36-23-ST-F* (Santa Ana: Corte Suprema de Justicia, 2023), https://www.jurisprudencia.gob.sv/busqueda/showFile.php?bd=1&data=DocumentosBoveda%2FD%2F1%2F2020-2029%2F2023%2F06%2F10231E.PDF&number=1057566&fecha=16/06/2023&numero=36-23-ST-F&cesta=0&singlePage=false%27

a. Casación 130-2020[16]

En esta jurisprudencia se encuentra un tema de especial interés, que es, la determinación de si la liquidación del régimen patrimonial del matrimonio debe plantearse dentro del proceso de divorcio contencioso, aun cuando no exista regulación expresa al respecto —porque como se mencionó ut supra en los casos de divorcio por mutuo consentimiento si existe regulación al respecto—.

De acuerdo a las consideraciones de la Honorable Sala de lo Civil, se encuentra que, si bien es cierto, la disolución del régimen patrimonial en el divorcio contencioso no está regulado expresamente, se deben fijar las bases de la liquidación como consecuencia de la disolución de las relaciones, es decir que no solo se disuelve la institución del matrimonio, sino que también se disuelven tanto las relaciones personales como las patrimoniales existente entre los cónyuges.

En ese sentido se instruyó que las partes interesadas en repartir los bienes de la comunidad deben de establecerlo y determinarlo en la demanda de divorcio, a fin de que el juzgador que conozca del caso tome las medidas jurisdiccionales necesarias para garantizar las resultas del proceso.

Lo anterior en virtud del principio de *unidad de sentencia*,[17] pues en el caso particular del divorcio, cualquier asunto en torno al proyecto personal que se tuvo mediante el vínculo matrimonial, debe resolverse de forma unificada con el objeto de hacer efectivo los derechos y obligaciones derivados de la disolución del mismo. Puesto que, si bien es cierto tanto la causal primera, que es no contenciosa, como las otras dos causales tienen una misma finalidad, y es la disolución del vínculo matrimonial, con ello se disuelven dos ámbitos

16 Sala de lo Civil, *Sentencia No. 130-CAF-2020.*

17 El Principio de Unidad Lógica de la sentencia implica que todo pronunciamiento se encuentra constituido de una serie de razonamientos concatenados y vinculados entre sí, siendo éstos la base sobre la que se fundamenta el pronunciamiento de dichas ideas, éstas residen en una totalidad y no pueden verse de manera aislada o separada, sino de forma integral, porque es un todo armónico, cuyo correcto entendimiento solo se logra en forma total.

relacionales que se constituyen en todo proyecto de vida, los cuales son las relaciones personales y las relaciones patrimoniales.

Por tanto, si todo proyecto matrimonial tiene esos dos ámbitos, su disolución debe necesariamente incorporar los aspectos relativos a los mismos, a fin de que sean objeto de valoración y decisión por parte de la autoridad judicial.

En ese sentido y de conformidad al art. 9 CF[18] dicha Sala estimó procedente realizar una aplicación análoga del art. 108 regla 5ª CF,[19] para el caso sub lite, el cual reza:

> *"…los cónyuges que pretendan divorciarse por mutuo consentimiento, deberán suscribir un convenio, que contendrá por lo menos las siguientes cláusulas: 5a) Fijación de las bases para la liquidación del patrimonio conyugal cuando exista régimen económico de comunidad o para la liquidación de las ganancias o determinación de la pensión compensatoria, en su caso…".*[20]

Con el fin de dilucidar la interrogante que surge del art. 115 CF[21] en el que se prevé que uno de los efectos del divorcio es la disolución del régimen patrimonial, pero sin expresar nada más.

18 *"Integración. Art. 9.- Los casos no previstos en el presente Código se resolverán con base en lo dispuesto por el mismo para situaciones análogas; cuando no sea posible determinar de tal manera el derecho aplicable, podrá recurrirse a lo dispuesto en otras leyes, pero atendiendo siempre a la naturaleza del Derecho de Familia; en defecto de éstas, el asunto se resolverá considerando los principios del Derecho Familiar y a falta de éstos, en razones de buen sentido y equidad".* Código de Familia (El Salvador: Asamblea Legislativa, 1993).

19 Código de Familia, art. 108.

20 *Ibíd.*

21 *"Efectos de la sentencia. Art. 115.- La sentencia ejecutoriada que decrete el divorcio producirá los efectos siguientes: 1o) La disolución del vínculo matrimonial, quedando el hombre en aptitud para contraer matrimonio, pudiendo la mujer hacer lo mismo si ya hubieren transcurrido trescientos días contados desde la fecha de disolución del matrimonio, hubiere dado a luz o si comprobare que no está embarazada, o cuando el divorcio se hubiere decretado por separación de los cónyuges, en cuyos casos podrá contraer matrimonio, en cualquier tiempo; 2o) La disolución del régimen patrimonial que hubiere existido en el matrimonio; y, 3o) Los demás efectos que prescribe este Código, relativos al cuidado personal de hijos menores de edad, cuantía de pensiones alimenticias, régimen de visitas y demás señalados en los artículos 111 y 113 de este Código".* Código de Familia (El Salvador: Asamblea Legislativa, 1993).

Por lo tanto en vista de esa insuficiencia y vacío legal, la Sala decidió procedente darle solución, de tal manera los honorable magistrados, concluyeron que "*la pretensión de liquidación de régimen patrimonial no puede promoverse de forma aislada al divorcio*",[22] porque todos los aspectos personales o patrimoniales que refieran a la disolución del vínculo matrimonial —cualquiera que sea la causal— deben plantearse juntamente en el proceso de divorcio, a fin de que la sentencia produzca de modo eficiente los efectos previstos en el art. 115 del Código de Familia,[23] de modo tal que pueda realizarse mediante la ejecución de la sentencia, la respectiva liquidación, ya sea en virtud del incumplimiento de una de las partes o ante la indeterminación de las sumas a liquidar, tal como lo dispone el art. 173 LPF.[24]

b. Competencia 233-2021[25]

Por otra parte, al año siguiente la honorable Corte Suprema de Justicia en pleno, al conocer del conflicto de competencia 233, retomo el precedente anteriormente citado, puesto que reiteró que al promover un proceso de divorcio, por cualquier motivo, debe ir planteada simultáneamente la pretensión de liquidación de bienes, por efecto de la disolución del régimen patrimonial, siempre y cuando así proceda entre las partes, estableciendo además, que "*es*

22 Sala de lo Civil, *Sentencia No. 130-CAF-2020.*

23 Código de Familia, art. 115.

24 *"Ejecución por suma ilíquida. Art. 173.- Si la sentencia condenare al pago de cantidad ilíquida, la parte a cuyo favor se pronunció promoverá la ejecución, y para tal efecto presentará planilla de liquidación, de la cual se oirá por tres días a la parte condenada. Expresada la conformidad por el deudor o transcurrido el término sin que hubiere hecho uso de su derecho, se procederá a la ejecución por la suma que resultare, en la forma prescrita para la ejecución por suma líquida. Si la parte condenada expresare disconformidad, el Tribunal procederá de acuerdo con las reglas establecidas para los incidentes, cuando fuere necesario. En todo caso, si la parte a cuyo favor se pronunció la sentencia no promoviere ejecución en el plazo de quince días, contados a partir de la fecha en que la sentencia quedó firme, el obligado a pagar podrá presentar la planilla de liquidación y se procederá conforme a lo previsto en este Artículo".* Ley Procesal de Familia (El Salvador: Asamblea Legislativa,1994).

25 Corte Plena, *Sentencia No. 233-COM-2021.*

el mismo tribunal que disolvió el vínculo matrimonial, el competente para conocer y efectuar la liquidación de bienes, aparejada a dicho divorcio".[26]

En consecuencia, la honorable Corte modificó el criterio que hasta ese momento había sostenido, en relación a la competencia para conocer de los procesos sobre liquidación de régimen patrimonial, en aquellos supuestos a los que alude el Código de Familia del art. 72[27] en adelante, estableciéndose a partir de la competencia en referencia que "*la pretensión de Liquidación de Régimen Patrimonial no puede promoverse aislada al divorcio, sino que todos los aspectos personales o patrimoniales que refieran a la disolución del vínculo matrimonial cualquiera que sea la causal, deberán plantearse juntamente en el proceso de divorcio"*,[28] a fin de que la sentencia produzca eficientemente los efectos del art. 115 CF.[29]

c. Sentencia interlocutoria de nulidad 36-23-ST-F[30]

Ahora bien, una vez establecido que la pretensión de Liquidación de Régimen Patrimonial no puede promoverse aislada al divorcio, y que deber el mismo Juez quien debe conocer de la eventual ejecución de la sentencia; la Honorable Cámara de Familia de la Sección de Occidente, Santa Ana, también sostuvo que desde un inicio del proceso, se obliga a las partes a plantear en forma simultánea todos los hechos y alegaciones en que fundamentan todas sus pretensiones (conexas a la causa de pedir) y/o defensas; así como las pruebas para hacerlas valer.

26 *Ibíd.*

27 *"Disolución judicial. Art. 72.- La comunidad diferida se disuelve por resolución judicial, a solicitud de alguno de los cónyuges, en cualquiera de los casos siguientes: 1o) Cuando el otro cónyuge fuere declarado incapaz, ausente, en quiebra o concurso de acreedores, o condenado por incumplimiento de los deberes familiares de asistencia económica; 2o) Por realizar el otro, actos dispositivos o de gestión que fueren fraudulentos o que irrogaren daño o peligro a sus derechos en la comunidad; 3o) Si el otro cónyuge lo hubiere abandonado, o estuvieran separados durante seis meses consecutivos por lo menos".* Código de Familia (El Salvador: Asamblea Legislativa, 1993).

28 Corte Plena, *Sentencia No. 233-COM-2021.*

29 Código de Familia, art. 115.

30 Cámara de Familia de la Sección de Occidente, *Sentencia Interlocutoria 36-23-ST-F.*

Es decir, que, así como con la celebración del matrimonio, se entiende conformada la comunidad de vida y de bienes, resulta lógico que, con la disolución de aquél, también, en forma conjunta, se disuelva y liquide ésta; pese a que en el ordenamiento jurídico contemple la disolución y liquidación en forma autónoma, conforme a las causales que prevé el art. 72 CF.[31]

Lo anterior, dado que resulta técnicamente inaceptable que se pretenda la disolución del régimen de comunidad que rige al matrimonio y ni siquiera se menciona un listado de los bienes propios y comunes que integran la masa común de bienes; al menos, para sentar las bases de la liquidación, y es en ese sentido que a criterio de la referida Cámara, "*deben acumularse la disolución del régimen y su liquidación, sobre todo si, posteriormente se pretende presentar demandas para disolver el vínculo matrimonial y el reclamo de pensión compensatoria*".[32] Es decir que una vez más se continúa la línea interpretativa de la Honorable Sala de lo Civil.

III. Aplicación y actuaciones en el campo práctico

En virtud de lo anterior y al realizar una simple lectura de los artículos 74 y siguientes del Código de Familia, se puede inferir que al momento de presentar la demanda o solicitud de divorcio, en donde se pretenda liquidar posteriormente el régimen patrimonial del matrimonio, no solo se debe limitar el abogado litigante a enunciar los bienes inmuebles del demandado, por lo tanto, tampoco es correcto que el juzgador de la causa, admita dicha pretensión, puesto que para sentar las bases de liquidación debe conformarse previamente un inventario en donde se determine cuáles son los bienes propios[33] de cada

31 Código de Familia, art. 72.

32 Cámara de Familia de la Sección de Occidente, *Sentencia Interlocutoria 36-23-ST-F.*

33 *"Bienes propios. Art. 63.- Son de propiedad exclusiva de cada cónyuge los bienes siguientes: 1o) Los que tuviere al momento de constituirse el régimen; 2o) Los que adquiriere durante la vigencia del régimen*

cónyuge, los frutos, rentas e intereses[34] obtenidos durante la existencia del régimen, además de las cargas[35] y obligaciones de la comunidad; y, a cuánto ascienden las mismas.

Por lo tanto, si se pretende evacuar dicho requisito para sentar las bases de liquidación con el simple pronunciamiento de los bienes de los cónyuges, el juzgador debe de prevenir a las partes que siga las reglas para la liquidación establecidas en los artículos 74 y siguientes del Código de Familia,[36] dado que dicha circunstancia se concibe como un acto necesario para darle a los cónyuges lo que les corresponda conforme a la ley.

---

a título gratuito; 3o) Los que hubiere adquirido en sustitución de cualesquiera de los comprendidos en los dos ordinales anteriores; 4o) Los que adquiriere durante el régimen a título oneroso, cuando la causa o título de adquisición ha precedido a la constitución del régimen; 5o) Las indemnizaciones por daños morales o materiales inferidos en su persona o en sus bienes propios; 6o) Los objetos de uso estrictamente personal; 7o) Los instrumentos necesarios para el ejercicio de la profesión u oficio de cada cónyuge siempre que no formen parte de una empresa o establecimiento común; y, 8o) Los libros relativos a la profesión u oficio de cada cónyuge, las condecoraciones y los objetos de carácter personal sin valor comercial, como los recuerdos de familia". Código de Familia (El Salvador: Asamblea Legislativa, 1993).

34 *"Bienes en comunidad. Art. 64.- Son bienes en comunidad: 1o) Los salarios, sueldos, honorarios, pensiones, premios, recompensas y demás emolumentos provenientes del trabajo de cada uno de los cónyuges; 2o) Los frutos, rentas o intereses que produzcan tanto los bienes propios como los comunes, deducidos los gastos de producción, reparación, conservación y cargas fiscales y municipales; 3o) Los adquiridos a título oneroso por cualquiera de los cónyuges; 4o) Los adquiridos a consecuencia de contratos aleatorios, como lotería, juego, apuesta; 5o) El aumento de valor, por la causa que fuere, de los bienes propios de cualquiera de los cónyuges; 6o) Las construcciones y plantaciones en bienes propios realizados con fondos provenientes del haber común; y, 7o) Las empresas o establecimientos constituidos por uno de los cónyuges, con bienes de la comunidad".* Código de Familia (El Salvador: Asamblea Legislativa, 1993).

35 *"Cargas. Art. 66.- Son cargas de la comunidad diferida: 1a) Los gastos de familia y los de educación de los hijos comunes; 2a) Los gastos de sostenimiento y educación de los hijos de uno solo de los cónyuges, cuando vivan en el hogar conyugal; en caso contrario los gastos derivados de estos conceptos serán siempre sufragados por la comunidad diferida, pero darán lugar a reintegro en el momento de la liquidación; 3a) Los alimentos que cualquiera de los cónyuges esté obligado a suministrar por ley a sus ascendientes; 4a) Los gastos de adquisición, administración y disfrute de los bienes comunes; 5a) Los gastos de administración ordinaria de los bienes propios de los cónyuges; 6a) Los gastos que ocasionare la explotación regular de los negocios o el desempeño del trabajo, empleo, profesión u oficio de cada cónyuge; 7a) Los gastos de establecimiento de los hijos comunes que los padres acordaren sufragar; y, 8a) Las deudas contraídas por cualquiera de los cónyuges en la administración del hogar".* Código de Familia (El Salvador: Asamblea Legislativa, 1993).

36 *"Liquidación. Art. 74.- Disuelta la comunidad diferida se procederá a su liquidación, previo inventario del activo y del pasivo. Si los cónyuges no se pusieren de acuerdo en la liquidación, ésta se practicará judicialmente".* Código de Familia (El Salvador: Asamblea Legislativa, 1993).

De modo que las bases se fijarán para obtener la división de la masa post comunitaria, requiriendo que se establezca con precisión la masa por dividir, determinar la naturaleza de los bienes, fijar su valor, consolidar las deudas a favor de terceros, ajustar las cuentas entre la comunidad y los cónyuges, separar los bienes propios, etc. Todo ese conjunto de operaciones, comprenderá la base de la liquidación de la comunidad.[37]

Ahora bien, una vez dictada la sentencia de divorcio en donde se disuelve el matrimonio y por ende la comunidad, —que es el momento en que la masa de bienes comunes confirma su existencia en virtud de la disolución, puesto que la comunidad retrotrae sus efectos desde la celebración del matrimonio o desde la constitución del régimen, según el caso[38]—mismo en donde se fijan las bases de liquidación del régimen patrimonial del matrimonio; —del cual ya se hizo referencia en cuanto al momento en donde debe ser planteado, el tribunal con competencia, y el contenido de dicha pretensión—, lo siguiente es iniciar la fase de ejecución de la sentencia de divorcio.

3.1. La conciliación, transacción y convenio como medio alterno para liquidar el régimen de comunidad diferida

En ese sentido, el Código de Familia en su artículo 74[39] prescribe, que *"…disuelta la comunidad diferida se procederá a su liquidación, previo inventario del activo y del pasivo…"*.[40] Una vez realizado el inventario y con la finalidad de agilizar el proceso de liquidación, podemos optar por liquidar el referido régimen por medio de la conciliación, pues el art. 206 literal a) número 3 de la

37 Sala de lo Civil, *Sentencia No. 130-CAF-2020.*

38 Cristian Palacios, "Régimen patrimonial de comunidad diferida," publicado el 10 de mayo de 2023, https://cristianpalaciosabogado.com/derecho-de-familia/regimen-patrimonial/comunidad-diferida/

39 Código de Familia, art. 74

40 *Ibíd.*

Ley Procesal de Familia,[41] establece la vía judicial conciliatoria,[42] por medio de la que los cónyuges pueden llegar a un acuerdo respecto a la forma en que se ha de liquidar la comunidad, siendo esta una alternativa, la más ágil y eficaz, para que cada cónyuge pueda obtener la parte sobre la masa postcomunitaria que le corresponde.

Por otra parte, al momento de la liquidación, la autonomía de la voluntad también tiene total validez, dado que también es posible que las partes, realicen un acuerdo que zanja sus diferencias, e incluya la partición, es decir, la forma en que se repartirán los bienes, no lo hagan vía judicial, sino que puede ser por escritura pública o acuerdo privado que se presenta al juez para su homologación.

Finalmente, y no poniéndose de acuerdo los cónyuges para una de estas formas de liquidación y partición, deberán recurrir al procedimiento judicial,[43] pues se entiende que hasta no llegar al momento de la liquidación existe un estado de indivisión post comunitaria, que no es más que la situación en que se halla la masa de los bienes de la comunidad desde la disolución del régimen patrimonial del matrimonio hasta la partición.[44]

41 *"Competencia. Art. 206.- Los jueces de paz conocerán en materia de familia de las siguientes diligencias: a) de audiencias conciliatorias sobre: 1. El cuidado personal y el régimen de comunicación y trato de las niñas, niños y adolescentes; 2. La fijación de cuota alimentaria; y, 3. La liquidación del régimen patrimonial del matrimonio. B) decretar medidas cautelares, especialmente las de protección respecto de cualquiera de los miembros de la familia; c) la ejecución de los acuerdos conciliatorios y resoluciones sobre las materias señaladas; y, d) la práctica de cualquiera diligencia que les encomienden los tribunales de familia. (3) (4)"*. Ley Procesal de Familia (El Salvador: Asamblea Legislativa,1994).

42 Cámara de Familia de la Sección de Occidente, *Sentencia ref. 110-11-SO-F* (El Salvador, Santa Ana: Corte Suprema de Justicia, 2011), https://www.jurisprudencia.gob.sv/busqueda/showFile.php?bd=1&data=DocumentosBoveda%2FD%2F1%2F2010-2019%2F2011%2F08%2F926CF.PDF

43 Gustavo A. Bossert y Eduardo A. Zannoni, *Manual de derecho de familia*, 6.ª ed. Actualizada (Buenos Aires: Editorial Astrea, 2004), https://dokumen.pub/manual-de-derecho-de-familia.html

44 Agusto César Belluscio, *Manual de derecho de familia,* tomo II, 5.ª ed. (Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1995).

3.2. Fase de ejecución de la sentencia

En caso de no ponerse de acuerdo los cónyuges a través de una manifestación conjunta sobre la composición de las masas gananciales, el artículo 74 del Código de Familia[45] en su inciso final menciona la posibilidad de que dicha liquidación pueda realizarse judicialmente, en donde será necesario designar un perito ya sea un tasador, contador, ingeniero etc., según la naturaleza de los bienes para determinar lo que corresponden a la comunidad, así como los bienes propios de cada uno de los ex cónyuges.

Cabe destacar que para dicho acto deben de estar presentes los acreedores de la comunidad, pues el artículo 131 de la Ley Procesal de Familia[46] reza: *"…proceso de disolución judicial de la comunidad diferida, se emplazará por edicto a los acreedores para que hagan valer sus créditos…".*[47] siendo este el momento procesal oportuno para solicitar como medida cautelar la anotación preventiva de la demanda y el secuestro preventivo sobre los bienes que puedan ser objeto de ganancias y de los comunes que estuvieren en cabeza de la otra parte.

3.2.1. Pago de deudas

Una vez determinado el monto de la masa postcomunitaria, se da lugar al pago de las deudas de la comunidad, pues el artículo 77 del Código de Familia,[48] menciona que, practicada la liquidación, se pagarán en primer lugar

45 Código de Familia, art. 74.

46 *"Disolución judicial. Art. 131.- En el proceso de disolución judicial de la comunidad diferida, se emplazará por edicto a los acreedores para que hagan valer sus créditos. El demandante podrá solicitar como medida cautelar la anotación preventiva de la demanda y el secuestro preventivo sobre los bienes que puedan ser objeto de gananciales y de los comunes que estuvieren en cabeza de la otra parte. En este caso se respetarán los derechos de tercero. Si se declarare la disolución del régimen patrimonial, la medida cautelar continuará vigente durante el trámite de liquidación del mismo. Cualesquiera de los cónyuges podrán solicitar que se levanten por medio de incidentes las medidas cautelares que afecten sus bienes propios".* Ley Procesal de Familia (El Salvador: Asamblea Legislativa,1994).

47 *Ibíd.*

48 *"Pago de las deudas de la comunidad. Art. 77.- Practicada la liquidación, se pagarán en primer lugar las deudas de la comunidad, comenzando por las alimentarias, que en cualquier caso gozarán de preferencia. Si no hubiere lo suficiente para pagar las demás, se observará lo dispuesto en el Código Civil para la prelación de créditos".* Código de Familia (El Salvador: Asamblea Legislativa, 1993).

las deudas de la comunidad, comenzando por las alimentarias, que en cualquier caso gozarán de preferencia, y luego se entenderá que se pagan las deudas contraídas con terceros acreedores; seguidamente el legislador, en el artículo 78 del Código de Familia[49] menciona que: "…*el pago de las deudas podrá hacerse en dinero, o por adjudicación de bienes comunes; pero si cualquier partícipe o acreedor lo pidiere con justa causa, se procederá a enajenarlos y se pagarán con su importe...".*[50] Lo anterior en relación al artículo 132 de la Ley Procesal de Familia[51] prevé la posibilidad de la venta de bienes, esto siempre y cuando no hubiere dinero suficiente para el pago de las deudas y el acreedor con justa causa solicita la venta de los bienes.

3.2.2. Abono de indemnizaciones

Seguidamente el artículo 79 del Código de Familia,[52] menciona que después de pagadas las deudas y cargas de la comunidad, se abonarán las indemnizaciones y reintegros que se deban a cada cónyuge, haciendo las compensaciones que correspondan cuando alguno de ellos sea deudor de la comunidad.

En cuanto a las indemnizaciones y reintegros, estas pueden ser consideradas como créditos que eventualmente se deben a los cónyuges y la comunidad, pero que son recompensadas hasta el momento de la liquidación del régimen patrimonial, procediendo siempre que la comunidad haya acrecido en perjuicio del patrimonio de alguno de los cónyuges, —es decir en el caso que

49 *"Pago efectivo. Art. 78.- El pago de las deudas podrá hacerse en dinero, o por adjudicación de bienes comunes; pero si cualquier partícipe o acreedor lo pidiere con justa causa, se procederá a enajenarlos y se pagarán con su importe"*. Código de Familia (El Salvador: Asamblea Legislativa, 1993).

50 Código de Familia, Art. 78.

51 *"Venta de bienes. Art. 132.- En el caso del artículo anterior, si no hubiere dinero suficiente para el pago de las deudas y el acreedor pidiere con justa causa la venta de bienes, cualesquiera de las partes podrán solicitar que sean vendidos determinados bienes para efectuar el pago"*. Ley Procesal de Familia (El Salvador: Asamblea Legislativa,1994).

52 *"Indemnizaciones y reintegros. Art. 79.- Después de pagadas las deudas y cargas de la comunidad, se abonarán las indemnizaciones y reintegros que se deban a cada cónyuge, haciendo las compensaciones que correspondan cuando alguno de ellos sea deudor de la comunidad"*. Código de Familia (El Salvador: Asamblea Legislativa, 1993).

la comunidad solamente haya aumentado con el esfuerzo de uno de ellos— o que el patrimonio de uno se haya beneficiado en decímetro de la comunidad, —es decir que se haya utilizado parte del patrimonio de la comunidad para el uso, y disfrute exclusivo de uno de los cónyuges, cayendo de esta manera en la figura de deudor de la comunidad—.

Es por ello que se indemniza, reintegra y recompensa, pues el propósito de dichas figuras es restablecer la debida conformación inicial de las masas patrimoniales propias de cada cónyuge, teniendo en cuenta los bienes que las constituían al iniciarse la comunidad diferida y los que se fueron adicionando o sustrayendo después, lo cual tiende a evitar que "el haber" propio de cada cónyuge aumente a costas del haber común, o disminuya en beneficio de la masa comunitaria[53] no dejando así a ninguno de los ex cónyuges como deudores o acreedores de la comunidad.

Ante ello, la jurisprudencia se ha referido respecto al tema de los pagos de educación de los hijos procreados en el matrimonio, el cual se podría creer que es la recompensa más común que los cónyuges pretenden atribuirse; la cual literalmente establece:

> *"…por lo que no basta la simple afirmación de su existencia y su monto, debe además acreditarse con qué tipo de bienes se canceló para así determinar si constituyen créditos a favor de uno de los cónyuges que deben ser pagados y por los que se debe recompensar…".*[54]

Siendo clara en la misma que el pago en concepto de educación de los hijos es una carga de la comunidad, siempre y cuando sea pagada con el salario de uno de los cónyuges —dado que es bien común—, y solo es recompensa

53 Belluscio, *Manual de derecho de familia.*

54 Cámara de Familia de la Sección del Centro, San Salvador, *Sentencia de las 10:15 horas del 29 de agosto de 2008, Ref. CF01-32-A-2007,* (El Salvador , Corte Suprema de Justicia, 2008), https://www.jurisprudencia.gob.sv/busqueda/showFile.php?bd=1&data=DocumentosBoveda%2FD%2F1%2F2000-2009%2F2008%2F08%2F7626.PDF&number=30246

si el cónyuge demuestra que obtuvo el dinero de una herencia, una donación o la venta de un bien que ya tenía antes de casarse para pagar esos estudios.

3.2.3. Haber de la comunidad

Una vez pagadas todas las deudas respecto de terceros y de los ex cónyuges se determina "el haber de la comunidad", que no es más que el restante del activo que queda después de pagar los créditos de la comunidad, las indemnización, reintegros y recompensas; es decir el monto líquido, libre y excepto que queda, después de haber realizado el pago de las deudas. Dicho "haber" se divide por la mitad a efecto de determinar cuánto es el monto que le corresponde a cada ex cónyuge, una vez determinado el quantum al que asciende la parte de cada uno de los ex cónyuges se procede al pago de cada uno de ellos**.**

En ese sentido el artículo 81[55] del Código de Familia, reconoce las adjudicaciones preferenciales entre los cónyuges, es decir los bienes que cada uno de los ex cónyuges desea que se incluyan preferentemente en su respectivo haber, esos podrían configurarse como los bienes que son parte de la comunidad, y que ya sea por ser de uso personal, o por poseer algún valor económico o sentimental para uno de los ex cónyuges, se desea que les sean asignados a su patrimonio de forma preferente, antes que se inicie la partición general.

3.2.4. Partición

El siguiente paso es la partición de los bienes, la cual corresponde a la adjudicación concreta a cada cónyuge de los bienes que integran la masa común, es decir la materialización de lo que hasta ahora eran proporciones abstractas,

55 *"Adjudicaciones preferenciales. Art. 81.- Cada cónyuge tendrá derecho a que se incluyan preferentemente en su respectivo haber, hasta donde este alcance: 1o) Los bienes de uso personal; 2o) El local donde hubiere estado ejerciendo su profesión u oficio; 3o) La explotación agrícola, comercial o industrial llevada con su trabajo personal; y, 4o) La vivienda donde tuviesen su residencia habitual, en el caso de muerte del otro cónyuge".* Código de Familia (El Salvador: Asamblea Legislativa, 1993).

siendo dentro del presente proceso la operación técnica, jurídica y contable que le da fin al estado de indivisión post comunitaria.[56]

Respecto a ello, el artículo 135 de la Ley procesal de Familia[57] establece literalmente:

"…una vez aprobado el inventario y evalúo de bienes las partes presentarán por escrito la participación respectiva; si no existiere ninguna objeción, el Juez la aprobará. Si existieren objeciones se tramitarán y resolverán conjuntamente en un solo incidente. Si no prospera ninguna objeción el Juez aprobará la partición. En caso contrario, ordenará que se hagan las modificaciones pertinentes en un término máximo de treinta días con expresión concreta del sentido en que deben ejecutarse las modificaciones […] La certificación de la sentencia será inscrita en el registro correspondiente cuando aquella contenga actos sujetos a dicha formalidad…".[58] finalizando así con dicha fase de ejecución.

Es importante destacar que el Código de Familia, hace referencia, que en todo lo no previsto sobre la facción del inventario, tasación y venta de bienes, división del caudal de la comunidad, adjudicaciones a los partícipes y demás que no hayan sido expresamente regulados, se aplicarán las reglas del inventario, de la partición y liquidación de la herencia, en lo que fueren aplicables. Por lo tanto, a manera de resumen se realiza el siguiente esquema.

56 Cecilia Duzdevich y Néstor E. Solari, Liquidación y partición del régimen patrimonial del matrimonio, taller organizado por el Centro de Graduadas y Graduados, publicado por Derecho UBA, 22 de junio de 2022, Video de YouTube, https://www.youtube.com/watch?v=Jf6cdtg36xI

57 *"Partición de bienes. Art 135.- Aprobado el inventario y avalúo de bienes las partes presentarán por escrito la partición respectiva; si no existiere ninguna objeción, el Juez la aprobará. Si existieren objeciones se tramitarán y resolverán conjuntamente en un solo incidente. Si no prospera ninguna objeción el Juez aprobará la partición. En caso contrario, ordenará que se hagan las modificaciones pertinentes en un término máximo de treinta días con expresión concreta del sentido en que deben ejecutarse las modificaciones. El Juez ordenará que la partición se repita cuando no esté conforme a derecho Elaborada nuevamente la partición, el Juez la aprobará si incluye las modificaciones que ordenó; en caso contrario, realizará las modificaciones necesarias. La certificación de la sentencia será inscrita en el registro correspondiente cuando aquélla contenga actos sujetos a dicha formalidad. Las partes podrán pedir que el Juez les entregue materialmente los bienes que les corresponden."* Ley Procesal de Familia (El Salvador: Asamblea Legislativa,1994).

58 *Ibíd.*

Tabla 1. Etapas de la Liquidación del Haber de la Comunidad	
PROCESO DE DIVORCIO (deben sentarse las bases de liquidación del régimen del matrimonio)	**Se presenta la demanda y se elabora el inventario**: (art 133 LPF) en el cual se debe incluir: 1. BIENES PROPIOS (Art. 63 CF) 2. BIENES DE LA COMUNIDAD (Art. 64 CF) 3. CARGAS (Art. 66 C.F) 4. ACTIVOS (Art. 75 CF) 5. PASIVOS (Art. 76 CF)
SENTENCIA DE DIVORCIO (se determinan las bases de liquidación)	
FASE DE EJECUCIÓN DE SENTENCIA (liquidación del régimen patrimonial del matrimonio)	De acuerdo al inventario y las bases de liquidación, se realizan los siguientes pagos: 1. DEUDAS ALIMENTICIAS (Art. 77 CF) 2. DEUDAS DE ACREEDORES (Art. 77 CF 3. INDEMNIZACIONES Y REINTEGROS (Art.79 CF) Posteriormente se determina el **HABER DE LA COMUNIDAD** (Art. 80 CF), con el cual se realizan: - ADJUDICACIONES PREFERENTES, - PARTICIÓN Art. (135 LPF / 81 CF), Finalmente dependiendo de la naturaleza de los bienes se realiza la respectiva INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO (135 LPF)

Fuente: Elaboración propia con base en el Código de Familia y la sentencia Ref. CF01-32-A-2007 de la Cámara de Familia de la Sección del Centro.

IV. Conclusiones

La Liquidación del Régimen Patrimonial del matrimonio, resulta importante dentro del contexto jurídico actual, ya que es un requisito pronunciarse sobre ello en los procesos de divorcio, motivo por el cual, darle el adecuado tratamiento jurídico y procesal se vuelve importante a la hora de incoar estos procesos, con la finalidad de evitar sentencias inhibitorias, o inclusive realizar una mala representación legal, es por ello que se realizan las siguientes conclusiones:

A pesar de ser la Comunidad Diferida el régimen más utilizado por los contrayentes, es importante tener en cuentas las implicaciones jurídicas que traen consigo una eventual liquidación del régimen patrimonial, por lo tanto, las mismas deben ser tomadas en cuenta desde el momento del matrimonio.

La determinación de la naturaleza de los bienes, así como de las cargas de la comunidad, constituye un factor importante dentro del proceso de divorcio para la elaboración del respectivo inventario, ya que, si no se realiza de forma adecuada, podría inclusive volverse nulo el contenido del inventario mismo, dicha situación corresponde preverla tanto al Juez como al litigante, en aras de evitar una sentencia inhibitoria.

El adecuado tratamiento jurídico procesal de la liquidación del régimen patrimonial del matrimonio en los procesos de divorcio, debe ser de pleno conocimiento de los funcionarios judiciales en materia de Familia, debido a la calidad de director del proceso que ostenta el Juez, es por ello que debe garantizar el cumplimiento del debido proceso, el cual ya se encuentra configurado en la normativa de familia, y evitar reinventar ya sea por desconocimiento o por indolencia un proceso inadecuado e ilegal sobre el mismo.

Se considera que el criterio jurisprudencial analizado, si bien responde a principios de economía procesal y al principio de unidad, este genera desafíos prácticos para su adecuado tratamiento, ya que la exigencia de plantear la liquidación del régimen patrimonial de forma simultánea al divorcio podría constituir una dilatación innecesaria en el proceso y puede generar un mayor desgaste emocional y económico para las partes, creado de esta forma barreras de acceso a la justicia.

La mejor solución ante estos casos siempre será la conciliación ya sea judicial o extrajudicial, ya que fomenta la celeridad, la concentración de actos procesales y la reducción de trámites innecesarios, a fin de evitar un inútil dispendio de actividad jurisdiccional y un desgaste innecesario de los recursos económicos, así como el bienestar emocional y psicológico de las partes.

Bibliografía

» Belluscio, Agusto César. *Manual de derecho de familia.* Tomo II. 5.ª ed. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1995.

» Bossert, Gustavo A., y Eduardo A. Zannoni. *Manual de derecho de familia.* 6.ª ed. actualizada. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2004. https://dokumen.pub/manual-de-derecho-de-familia.html

» Cámara de Familia de la Sección de Occidente. *Sentencia ref. 110-11-SO-F.* Santa Ana, 2 de agosto de 2011. https://www.jurisprudencia.gob.sv/busqueda/showFile.php?bd=1&data=DocumentosBoveda%2FD%2F1%2F2010-2019%2F2011%2F08%2F926CF.PDF

» Cámara de Familia de la Sección del Centro, San Salvador. *Sentencia No. CF01-143-A-2004.* El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2005. https://www.jurisprudencia.gob.sv/busqueda/showFile.php?bd=1&data=DocumentosBoveda%2FD%2F1%2F2000-2009%2F2005%2F07%2F731A.PDF

» Cámara de Familia de la Sección de Occidente. Santa Ana. *Sentencia Interlocutoria con referencia 36-23-ST-F.* Santa Ana: Corte Suprema de Justicia, 2023. https://www.jurisprudencia.gob.sv/busqueda/showFile.php?bd=1&data=DocumentosBoveda%2FD%2F1%2F2020-2029%2F2023%2F06%2F10231E.PDF&number=1057566&fecha=16/06/2023&numero=36-23-ST-F&cesta=0&singlePage=false%27

» Cámara de Familia de la Sección del Centro, San Salvador. *Sentencia ref. CF01-32-A-2007.* El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2008. https://www.jurisprudencia.gob.sv/busqueda/showFile.php?bd=1&data=DocumentosBoveda%2FD%2F1%2F2000-2009%2F2008%2F08%2F7626.PDF

» Código de Familia. El Salvador. Asamblea Legislativa, Decreto No. 677, 1993. https://www.oas.org/dil/esp/codigo_de_familia_el_salvador.pdf

» Corte Plena. *Sentencia No. 233-COM-2021.* El Salvador, Corte Suprema de Justicia de El Salvador, 2022. https://www.jurisprudencia.gob.sv/busqueda/showFile.php?bd=1&data=DocumentosBoveda%2FD%2F1%2F2020-2029%2F2022%2F04%2FF0817.PDF

» Duzdevich, Cecilia, y Néstor E. Solari. Liquidación y partición del régimen patrimonial del matrimonio. Taller organizado por el Centro de Graduadas y Graduados. Publicado por Derecho UBA, 22 de junio de 2022. Video de YouTube. https://www.youtube.com/watch?v=Jf6cdtg36xI

» Kerpel, Anal M. *¿Cómo estudiar el derecho desde una perspectiva dinámica?*. CIDE, 2006. https://cide.repositorioinstitucional.mx/jspui/bitstream/1011/639/1/000071413_documento.pdf

» Ley Procesal de Familia. El Salvador, Decreto Legislativo n.º 133. 14, 1994. https://www.oas.org/dil/esp/ley_procesal_de_familia_el_salvador.pdf

» Palacios, Cristian. "Régimen patrimonial de comunidad diferida." Publicado el 10 de mayo de 2023. https://cristianpalaciosabogado.com/derecho-de-familia/regimen-patrimonial/comunidad-diferida/

» Pérez Gallardo, Leonardo B. "Un 'fantasma' recorre Latinoamérica en los albores de este siglo: el divorcio por mutuo acuerdo en sede notarial." *IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C.*, núm. 23 (2009): 214–262. https://www.revistaius.com/index.php/ius/article/view/196/190

» Sala de lo Constitucional. *Inconstitucionalidad 1-2010/27-2010/28-2010.* El Salvador, Corte Suprema de Justicia de El Salvador, 2010. https://www.jurisprudencia.gob.sv/DocumentosBoveda/D/1/2010-2019/2010/08/897BA.PDF

Revista Derecho

VOLUMEN 10 (2026)
Noviembre 2025 - Noviembre 2026

ISSN: 2411-1465
e-ISSN: 2789-3960

Arbitrabilidad de la acción de nulidad absoluta de acuerdos de junta general de accionistas en el Derecho salvadoreño

Arbitrariness of the action for absolute nullity of resolutions adopted by the general meeting of shareholders under salvadoran Law

David Alejandro García Hellebuyck
(García Hellebuyck Abogados, El Salvador)
https://orcid.org/0009-0007-7025-8954
Correspondencia: davidgh@ghabogados.com.sv

DOI: https://doi.org/10.66778/RD.v10n01.06

CC BY NC

Recibido: 24-06-2026
Aceptado: 13-09-2026

Revista Derecho Vol. 10 (2026)
https://revistas.ues.edu.sv/index.php/revder
ISSN: 2411-1465 | e-ISSN: 2789-3960

ARBITRABILIDAD DE LA ACCIÓN DE NULIDAD ABSOLUTA DE ACUERDOS DE JUNTA GENERAL DE ACCIONISTAS EN EL DERECHO SALVADOREÑO

David Alejandro García Hellebuyck

RESUMEN

El presente trabajo examina si la acción de nulidad absoluta de acuerdos adoptados por la junta general de accionistas es arbitrable en el ordenamiento jurídico salvadoreño. El punto de partida es normativo: el propio artículo 1553 del Código Civil vincula la nulidad absoluta a la tutela de la moral y de la ley —esto es, a un interés general definido en términos amplios— y no a un concepto propio de orden público en los términos del artículo 23 letra a) de la Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje. Esa precisión es determinante para la hipótesis que se defiende, que es afirmativa: la presencia de normas imperativas o la protección de un interés general no determina, por sí sola, la inarbitrabilidad de la controversia, siempre que exista un convenio arbitral estatutario válido y suficientemente amplio para comprenderla. Para sostener esta tesis, el trabajo recurre a un análisis dogmático de la Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje y del Código de Comercio, contrastado con la jurisprudencia salvadoreña y con la experiencia comparada española. Sobre esa base, se propone que la arbitrabilidad de la nulidad societaria se fundamenta en la naturaleza jurídico-privada del conflicto, en el criterio de libre disponibilidad y en las habilitaciones reconocidas por la propia legislación arbitral, sin que ello suponga desconocer la jurisprudencia salvadoreña restrictiva existente ni los mecanismos judiciales de control que operan en cada etapa del arbitraje.

PALABRAS CLAVES: arbitrabilidad objetiva - arbitraje societario - convenio arbitral estatutario - derecho societario - nulidad de acuerdos sociales - orden público

ARBITRABILITY OF THE ACTION FOR ABSOLUTE NULLITY OF RESOLUTIONS ADOPTED BY THE GENERAL MEETING OF SHAREHOLDERS UNDER SALVADORAN LAW

David Alejandro García Hellebuyck

ABSTRACT

This article examines whether claims seeking the absolute nullity of general shareholders' meeting resolutions are arbitrable under Salvadoran law. The inquiry starts from a key statutory distinction: Article 1553 of the Civil Code ties absolute nullity to safeguarding public morality and the law- a broadly defined general interest -rather than to public policy (ordre public) in the strict sense of Article 23(a) of the Mediation, Conciliation, and Arbitration Law (LMCA). This distinction supports an affirmative conclusion: neither mandatory statutory rules nor the protection of a general interest renders a corporate dispute non-arbitrable per se, provided a valid arbitration clause in the corporate bylaws is broad enough to cover the claim. Drawing on a doctrinal analysis of the LMCA and the Commercial Code alongside Salvadoran case law and Spanish comparative jurisprudence, the study argues that the arbitrability of corporate nullity rests on the private-law nature of the dispute, the criterion of freely disposable rights, and explicit statutory authorizations -while accounting for restrictive salvadoran precedent and judicial oversight throughout the arbitral process.

KEYWORDS: objective arbitrability - corporate arbitration - arbitration clause in the articles of association - corporate bylaw - nullity of corporate resolutions - public policy

Arbitrabilidad de la acción de nulidad absoluta de acuerdos de junta general de accionistas en el Derecho salvadoreño

David Alejandro García Hellebuyck[1]
El Salvador

Introducción

La arbitrabilidad de la acción de nulidad de acuerdos sociales es, todavía hoy en día, una de las cuestiones más debatidas del arbitraje societario. La objeción más recurrente señala que si la nulidad absoluta protege un interés de carácter general, la materia resulta indisponible; y si es lo es, resulta inarbitrable. Esa concepción, sin embargo, da por sentado algo que no está demostrado: que nulidad absoluta, norma imperativa, orden público, indisponibilidad e inarbitrabilidad son categorías equivalentes entre sí, cuando en realidad, cada una cumple una función jurídica distinta y la concurrencia de una no determina necesariamente las demás.[2]

1 Abogado y Notario de la República de El Salvador. Doctor en Derecho Privado por la Universidad Dr. José Matías Delgado en convenio con la Universidad Autónoma de Barcelona (España). Licenciado en Ciencias Jurídicas por la Universidad de El Salvador. En el ámbito profesional, socio de García Hellebuyck Abogados (www.ghabogados.com.sv), firma especializada en Derecho de Empresa, Litigios y Arbitraje.

2 Francisco González de Cossío, "Arbitrabilidad de controversias en materia de sociedades mercantiles: notas para una discusión" (Ponencia presentada ante la Comisión de Derecho Mercantil y el Comité de Derecho Arbitral de la Barra Mexicana, Colegio de Abogados, s. f.); Juan Francisco Torres Landa R. y Francisco González de Cossío, *Arbitraje en sociedades mercantiles: un diálogo sobre su utilidad*, coordinado por Francisco González de Cossío (México: Bosch México, 2022), 305-318; Ignacio Sanín Posada, "La impugnación de decisiones sociales: la

Para escribir en nuestra revista, consulta las bases aquí

En el ordenamiento salvadoreño, el criterio positivo de arbitrabilidad se encuentra en los artículos 3 letra d) y 22 de la Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje (LMCA),[3] que la vinculan con la libre disposición de los derechos controvertidos; el criterio negativo está en el artículo 23, que enumera las materias expresamente excluidas.[4] De ahí que no baste constatar que la impugnación de acuerdos sociales carece de una prohibición expresa en este último artículo: superar el criterio negativo no exime de acreditar, en positivo, que la controversia recae sobre una relación jurídico-privada susceptible de decisión arbitral y que su conocimiento ha sido válidamente atribuido a los árbitros, sin incluir asuntos contrarios al orden público ni materias directamente concernientes a las atribuciones o funciones de imperio del Estado o de personas de Derecho público.

La propuesta de arbitrar estos asuntos no significa que los socios puedan derogar las normas imperativas que disciplinan la formación de la voluntad social ni renunciar anticipadamente a los efectos de una eventual nulidad. De hecho, el artículo 1340 CC prohíbe justamente la renuncia o el pacto de desconocer posibles nulidades del acto o contrato. La verdadera cuestión es otra: si pueden atribuir a los árbitros la competencia para aplicar esas normas y resolver el conflicto. En ese análisis son relevantes los artículos 30 inc. 3.º y 51 LMCA,[5] relativos a la autonomía del convenio arbitral y a la facultad del tribunal arbitral para pronunciarse sobre su propia competencia; no obstante, ambas disposiciones deben interpretarse junto con el requisito de libre disponibilidad y no como una habilitación general para arbitrar cualquier controversia, en especial cuando esta involucre a terceros no vinculados por el convenio arbitral.

---

acción de impugnación" (Ponencia presentada en el Cuarto Congreso de Derecho Comercial, Medellín, 1988), 29; y, Daniel Abramovich Ackerman, "La problemática de la impugnación y nulidad de acuerdos en la Ley General de Sociedades", *Themis. Revista de Derecho* 47 (2003): 243–244.

3 Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje (El Salvador: Asamblea Legislativa, 2002).

4 *Ibíd*, artículos 3 letra d), 22 y 23 letra a).

5 *Ibíd*.

La pregunta de investigación consiste en determinar si, conforme al ordenamiento salvadoreño, la acción de nulidad absoluta de acuerdos de junta general de accionistas puede quedar comprendida en un convenio arbitral estatutario. El objetivo general es establecer los presupuestos y límites de esa eventual arbitrabilidad; los objetivos específicos son examinar la libre disponibilidad, el alcance material y subjetivo del convenio arbitral, la incidencia de las normas imperativas y los mecanismos de intervención y control judicial. Para ello se emplea un método dogmático, basado en la interpretación sistemática de la LMCA y el Código de Comercio, la jurisprudencia mediante el estudio crítico de las decisiones salvadoreñas pertinentes; y comparado, con especial referencia a la evolución del Derecho español.

La hipótesis sostiene que la acción de nulidad absoluta de acuerdos sociales es arbitrable cuando la controversia se origine en una relación societaria jurídico-privada, recaiga sobre derechos susceptibles de libre disposición, exista un convenio arbitral estatutario válido y no se encuentre comprometida una potestad estatal indisponible. Esta interpretación encuentra apoyo en la lectura sistemática de los artículos 3 letra d), 22, 23, 30 inc. 3º y 51 LMCA[6] en relación con los artículos 66, 305-T y 995 romano II del Código de Comercio (CCOM);[7] sin embargo, se formula como una tesis interpretativa abierta a discusión, especialmente ante la posición restrictiva sostenida en el Auto Definitivo 9-4CM1-2015 pronunciado por la Cámara Primera de lo Civil de la Primera Sección del Centro.[8]

6 *Ibíd.*

7 Código de Comercio (El Salvador: Decreto Legislativo, 1970).

8 Cámara Primera de lo Civil de la Primera Sección del Centro, *Auto Definitivo 9-4CM1-2015* (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2015).

I. Criterios normativos de arbitrabilidad en el ordenamiento salvadoreño

La arbitrabilidad de la acción de nulidad de acuerdos sociales debe examinarse a la luz del artículo 23 de la Constitución (CN) y de los artículos 3 letra d), 22 y 23 LMCA. El reconocimiento constitucional del arbitraje en asuntos civiles y comerciales no significa que toda controversia privada sea automáticamente arbitrable: los artículos 3 letra d) y 22 LMCA exigen que los derechos controvertidos sean de libre disposición, mientras que el artículo 23 excluye las materias incompatibles con la decisión arbitral. Por tanto, el análisis exige determinar, en positivo, si el derecho o interés litigioso es disponible y, en negativo, si concurre alguna exclusión legal o una incompatibilidad material con la función arbitral.[9]

El Código de Comercio no atribuye exclusivamente a los tribunales judiciales el conocimiento de la acción de nulidad de acuerdos de junta general. Sin embargo, el artículo 66 inc. 2º CCOM sí impone una limitación, pero acotada a materias taxativamente enumeradas —la disolución y liquidación de la sociedad, la modificación del pacto social, la exclusión o separación de socios y la estructura jurídica societaria—, que solo pueden arbitrarse mediante convenio arbitral celebrado con posterioridad al conflicto. La nulidad de acuerdos de junta general no está entre ellas, y esa omisión, tratándose de una enumeración taxativa, permite sostener a contrario sensu que dicha acción sí puede comprenderse válidamente en un convenio arbitral estatutario pactado con anterioridad. El ejercicio ilustra, además, el método correcto: la conclusión no descansa en la sola ausencia de una prohibición general, sino en un examen positivo —aquí, el argumento a contrario derivado de una lista legal cerrada— que constituye un argumento sólido en sentido favorable a la arbitrabilidad.

9 Francisco González de Cossío, "Arbitrabilidad de controversias en materia de sociedades mercantiles", 2–4.

Los criterios recién examinados —constitucional, legal y societario— conciernen todos a la arbitrabilidad objetiva: determinan si la materia controvertida puede ser sometida a arbitraje. La arbitrabilidad subjetiva, en cambio, identifica a quienes quedan vinculados por el convenio arbitral. Esta sección se concentra en la primera de esas dos cuestiones; el alcance subjetivo del convenio arbitral será examinado posteriormente.

La libre disponibilidad exigida por los artículos 3 letra d) y 22 LMCA debe predicarse del derecho o interés controvertido, y no de la posibilidad de derogar las normas sustantivas aplicables. Ese límite —ya identificado a partir del artículo 1340 CC[10]— no determina, por sí solo, la inarbitrabilidad, sino que traslada el examen a si el litigio permanece dentro de una relación societaria jurídico-privada sobre la cual las partes pueden convenir el órgano que resolverá la controversia, sin afectar potestades estatales indisponibles ni derechos de terceros no vinculados por el convenio arbitral.

El artículo 23 LMCA complementa el requisito de libre disponibilidad al excluir, entre otros supuestos, los asuntos contrarios al orden público, las atribuciones o funciones de imperio del Estado o de personas de Derecho público, determinadas materias familiares y las controversias cubiertas por cosa juzgada. La acción de nulidad de acuerdos sociales no figura expresamente entre esas exclusiones, pero este dato es solo un elemento del análisis. Su eventual arbitrabilidad debe fundamentarse también en la naturaleza jurídico-privada de la relación societaria, el alcance del convenio arbitral y los artículos 30 inc. 3º y 51 LMCA. El primero demuestra que la alegación de un vicio capaz de afectar la validez del acto jurídico no desplaza por sí sola la competencia arbitral; el segundo, permite al tribunal pronunciarse sobre su propia competencia. Ninguna de estas disposiciones convierte la nulidad en una materia de libre disposición, pero ambas impiden deducir la inarbitrabilidad exclusivamente de la naturaleza del vicio alegado.

10 Código Civil (El Salvador: Decreto Ejecutivo, 1860).

La evolución del Derecho español ofrece un argumento comparado a favor de esa misma distinción. La Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 19 de febrero de 1998 (RJ 1998/1118) y la STS 355/1998, de 18 de abril de 1998 (RJ 1998/2984), admitieron que el carácter imperativo de las normas reguladoras de los acuerdos sociales no impide necesariamente que sean aplicadas por árbitros.[11] Este criterio permite diferenciar la indisponibilidad de la norma sustantiva de la arbitrabilidad de la controversia: el convenio arbitral no transforma una norma imperativa en dispositiva, sino que atribuye a los árbitros la función de aplicarla.[12] Por consiguiente, el tránsito de la imperatividad a la inarbitrabilidad requiere una justificación adicional, basada en la indisponibilidad del derecho controvertido, la afectación de terceros o la existencia de una potestad estatal indisponible.[13]

II. Nulidad absoluta, normas imperativas y orden público: distinciones relevantes

Como se adelantó en la introducción, el principal obstáculo teórico para admitir la arbitrabilidad de la nulidad de acuerdos sociales consiste en identificar, sin más, nulidad absoluta, norma imperativa, orden público, indisponibilidad e inarbitrabilidad. Esta sección desarrolla esa distinción: aunque las cinco categorías se relacionan entre sí, cada una cumple una función jurídica propia y autónoma. La nulidad determina las consecuencias de ciertos vicios; la imperatividad impide derogar una norma mediante acuerdo privado;

11 Dirección General de los Registros y del Notariado, *Resolución (RJ 1998/1118)* (España: Ministerio de Justicia de España, 1998); Sala Primera, *Sentencia núm. 355/1998* (España: Tribunal Supremo de España, 1998) / Recurso de casación núm. 455/1994 (RJ 1998/2984).

12 Álvaro Espinós Borrás de Quadras, *Impugnación de acuerdos sociales* (Barcelona: Bosch, 2007), 468–472; Dirección General de los Registros y del Notariado, Resolución (RJ 1998/1118); STS 355/1998 (España: ministerio de Justicia, 1998).

13 "*No se trata de que el convenio arbitral transforme la naturaleza imperativa de unas normas (...), sino de determinar si un acuerdo es o no contrario a una ley imperativa*". Espinós Borrás de Quadras, *Impugnación de acuerdos sociales*, 468–469.

el orden público protege principios fundamentales; la disponibilidad se refiere al poder jurídico sobre el derecho controvertido; y la arbitrabilidad delimita las materias susceptibles de decisión arbitral.[14]

La primera distinción que debe formularse es entre norma imperativa y arbitrabilidad. Una norma imperativa es aquella cuyo contenido no puede ser derogado, modificado ni excluido por la voluntad de los particulares; el propio Código de Comercio recoge ejemplos bajo la fórmula "prohibición de pactar en contrario" o expresiones semejantes (artículos 31 inc. 2.º, 32 inc. 1.º, 36, 39 inciso final, 46 inc. 3.º, 55 inc. 2.º y 112 inciso final), con la finalidad de imponer conductas, prohibiciones o requisitos que el legislador considera indispensables para proteger determinados intereses jurídicos. De ello, sin embargo, no se sigue que la controversia en que esas normas resultan aplicables, deba ser necesariamente conocida por órganos jurisdiccionales estatales: la imperatividad determina el contenido obligatorio de la decisión, pero no predetermina el órgano competente para adoptarla.[15]

La práctica arbitral contemporánea confirma esta distinción: los tribunales arbitrales aplican cotidianamente normas imperativas en materias intensamente reguladas —competencia económica, distribución comercial, propiedad intelectual, construcción, gobierno corporativo, inversiones—, sin que ello suponga eliminar su vigencia ni autorizar a las partes a sustraerse de ellas. Como acertadamente explica Borrás de Quadras, el problema en la impugnación de acuerdos sociales no consiste en determinar si las normas aplicables tienen carácter imperativo —cuestión que no ofrece duda—, sino en

14 María Inmaculada Rodríguez Roblero, *Impugnación de acuerdos sociales y arbitraje* (Barcelona: Bosch, 2010), 239–243. En igual sentido, González de Cossío, "Arbitrabilidad de controversias en materia de sociedades mercantiles", 2–4.

15 Espinós Borrás de Quadras, *Impugnación de acuerdos sociales,* 468–472. El autor sostiene que la posibilidad de someter a arbitraje la impugnación de acuerdos sociales no transforma la naturaleza imperativa de las normas aplicables, pues el convenio arbitral únicamente atribuye competencia al árbitro para resolver conforme a dichas normas; asimismo, afirma que una eventual infracción de una norma imperativa constituye un problema relativo al contenido del laudo y no a la validez del convenio arbitral, siendo susceptible de control mediante la correspondiente acción de anulación.

establecer quién debe aplicarlas: el convenio arbitral no transforma una norma imperativa en dispositiva, simplemente atribuye a los árbitros la competencia para aplicarla.[16]

El artículo 23 letra a) LMCA excluye los "asuntos contrarios al orden público", pero esta expresión no comprende toda controversia en la que deban aplicarse normas imperativas. La jurisprudencia constitucional salvadoreña ha relacionado el orden público con las instituciones y reglas fundamentales para la organización jurídica de la comunidad y el funcionamiento del Estado.[17] Por ello, la exclusión arbitral debe referirse a controversias cuyo objeto mismo sea indisponible o que comprometan atribuciones de imperio del Estado, y no a todo litigio privado en el que concurra una norma de obligatorio cumplimiento, como el caso del artículo 1553 CC.[18]

La impugnación de un acuerdo social puede fundarse en la infracción de normas imperativas sobre convocatoria, quórum, mayorías o formación de la voluntad societaria. Sin embargo, el litigio continúa originándose en una relación societaria jurídico-privada y tiene por objeto determinar la validez de un acuerdo corporativo concreto. La eventual relevancia de un interés general —vinculado, conforme al artículo 1553 CC, a la tutela de la moral y de la ley, y no a un concepto autónomo de orden público— es determinante para decidir el fondo, pero no convierte automáticamente la controversia en un asunto contrario al orden público para efectos del artículo 23 letra a) LMCA.[19] La inarbitrabilidad requeriría demostrar, además, que el derecho controvertido es indisponible,

16 *Ibíd.*, 468–472.

17 Sala de lo Constitucional, *Sentencia ref. 17-C-90* (El Salvador: Corte Suprema de Justicia de El Salvador, 1991). En dicha resolución se define el orden público como el conjunto de instituciones y reglas fundamentales indispensables para la organización jurídica de la sociedad y el funcionamiento del Estado.

18 Sala de lo Constitucional, *Sentencia ref. 3-86* (El Salvador: Corte Suprema de Justicia de El Salvador, 1988); Sala de lo Constitucional, *Sentencia ref. 17-C-90* (El Salvador: Corte Suprema de Justicia de El Salvador, 1991). Ambas resoluciones vinculan el orden público con intereses generales que trascienden la esfera individual de los particulares.

19 Espinós Borrás de Quadras, *Impugnación de acuerdos sociales*, 468–472; STS 355/1998, (RJ 1998/2984).

que se afectan directamente derechos de terceros no vinculados por el convenio arbitral, o que el litigio compromete una potestad estatal indisponible.[20]

Por su parte, la nulidad absoluta y la inarbitrabilidad operan en planos diferentes. La primera constituye una sanción sustantiva destinada a privar de eficacia a un acto celebrado en contravención de requisitos legales y puede, en ciertos casos, vincularse a disposiciones de orden público,[21] como lo sería en materia de Derecho administrativo. La segunda determina si la controversia puede ser resuelta mediante arbitraje. Por tanto, la caracterización de la nulidad como sanción irrenunciable no resuelve, por sí sola, qué órgano puede declararla ni establece una reserva jurisdiccional en favor de los tribunales estatales.[22]

Esa distinción no es meramente conceptual: si toda pretensión fundada en nulidad absoluta fuese automáticamente inarbitrable, bastaría que una parte calificara su reclamación como acción de nulidad para neutralizar un convenio arbitral válido. La competencia dependería entonces de la denominación empleada en la demanda y no de la naturaleza del derecho controvertido, del alcance del convenio ni de las limitaciones legales aplicables.[23]

Tampoco existe una equivalencia necesaria entre orden público e indisponibilidad. Gran parte del Derecho mercantil contiene normas indisponibles, cuya sola aplicación no puede excluir el arbitraje sin reducirlo a una esfera residual de controversias privadas.[24] Como señala González de

20 Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje, artículos 3 letra d), 22, 23 letra a), 30 inc. 3° y 51; González de Cossío, "Arbitrabilidad de controversias en materia de sociedades mercantiles", 3–5.

21 Arturo Alessandri Besa, *La nulidad y la rescisión en el Derecho Civil chileno (Título XX del Libro IV del Código Civil)*, tomo I (Santiago de Chile: Ediar Editores Ltda., s.f.), 4–5. El autor caracteriza la nulidad como una sanción civil destinada a proteger intereses superiores y vinculada a disposiciones de orden público.

22 Alessandri Besa, *La nulidad y la rescisión en el Derecho Civil chileno*, tomo I, 4–5. La construcción de Alessandri Besa se desarrolla exclusivamente en el plano de la teoría general de las nulidades, examinando su naturaleza como sanción civil y su vinculación con intereses de orden público, pero sin abordar la cuestión relativa al órgano competente para declarar dicha sanción.

23 González de Cossío, "Arbitrabilidad de controversias en materia de sociedades mercantiles", 3–5.

24 Rodríguez Roblero, *Impugnación de acuerdos sociales y arbitraje*, 243–247.

Cossío, debe determinarse si el legislador sustrajo la materia de la decisión arbitral o si están comprometidos derechos de terceros o potestades estatales indisponibles; la existencia de normas imperativas constituye un elemento relevante para resolver el fondo, pero no un criterio autónomo de exclusión.[25]

En suma, la nulidad absoluta no determina por sí sola la inarbitrabilidad, pero tampoco permite prescindir del requisito de libre disponibilidad. La acción podrá considerarse susceptible de arbitraje cuando el derecho controvertido pertenezca a una relación societaria jurídico-privada disponible, se encuentre comprendido en un convenio arbitral válido y no afecte directamente potestades estatales indisponibles ni derechos de terceros no vinculados por el convenio arbitral. Esta conclusión debe verificarse en cada controversia y no equivale a sostener que toda pretensión de nulidad sea necesariamente arbitrable.[26]

III. El precedente salvadoreño restrictivo: análisis del auto definitivo 9-4CM1-2015

El principal precedente salvadoreño sobre la materia es el Auto Definitivo ref. 9-4CM1-2015, de 23 de marzo de 2015, pronunciado por la Cámara Primera de lo Civil de la Primera Sección del Centro.[27] La resolución consideró que la acción de nulidad absoluta de acuerdos sociales no podía someterse a arbitraje porque tutelaba intereses de orden público, producía efectos que trascendían a los socios participantes en la junta y podía afectar a

25 González de Cossío, "Arbitrabilidad de controversias en materia de sociedades mercantiles", 4–7.

26 Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje, artículos 3 letra d), 22 y 23; Código de Comercio, artículos 66 y 995 romano II.

27 Cámara Primera de lo Civil de la Primera Sección del Centro, *Auto Definitivo ref. 9-4CM1-2015* (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2015). Véase especialmente el desarrollo argumentativo relativo a la excepción de arbitraje y a la alegada inarbitrabilidad de la nulidad absoluta de acuerdos sociales, el cual reproduce sustancialmente la orientación restrictiva sostenida por el Tribunal Supremo español en las Sentencias de 15 de octubre de 1956 (RJ 1956/3194), 27 de enero de 1968 (RJ 1968/550), 21 de mayo de 1970 (RJ 1970/3584) y 15 de octubre de 1971 (RJ 1971/3956), criterio que posteriormente fue abandonado por la STS 355/1998, de 18 de abril de 1998 (RJ 1998/2984).

terceros vinculados con la sociedad. A partir de esas premisas, concluyó que la materia no era de libre disposición y, por consiguiente, resultaba inarbitrable.[28]

El razonamiento de la Cámara identifica correctamente que la libre disponibilidad y la posible afectación de terceros son elementos relevantes para delimitar la arbitrabilidad. No obstante, su conclusión requiere un desarrollo adicional, pues la existencia de normas imperativas o de intereses que trascienden a los accionistas presentes en la junta no demuestra, por sí sola, que la controversia haya sido reservada a la jurisdicción estatal. Era necesario precisar qué derecho controvertido se consideraba indisponible, de qué manera la decisión arbitral afectaría directamente a terceros no vinculados por el convenio arbitral y por qué tales circunstancias resultaban incompatibles con la función arbitral.

La resolución tampoco ofrece una interpretación conjunta de los artículos 23 letra a), 30 inc. 3.º y 51 LMCA, ya examinados: el primero, exige determinar cuándo el objeto de una controversia constituye un "asunto contrario al orden público"; el segundo, reconoce que la alegación de vicios que afecten el acto jurídico no excluye por sí sola la competencia arbitral; y el tercero, atribuye al tribunal arbitral la facultad de pronunciarse sobre su propia competencia. Ninguno de ellos demuestra automáticamente la arbitrabilidad de la nulidad societaria, pero debían ponderarse en conjunto para establecer si la naturaleza del vicio alegado era suficiente para desplazar el convenio arbitral.[29]

28 Cámara Primera de lo Civil de la Primera Sección del Centro, *Auto Definitivo ref. 9-4CM1-2015*. El tribunal parte de la premisa de que la nulidad absoluta despliega efectos generales y puede afectar a terceros, circunstancia que le conduce a asociar la controversia con consideraciones de orden público y a negar su arbitrabilidad.

29 Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje, artículos 30 inc. 3° y 51. Sobre la relevancia de estas disposiciones para la decisión arbitral sobre vicios del acto jurídico y para la competencia del tribunal arbitral respecto de su propia jurisdicción; véase también González de Cossío, "Arbitrabilidad de controversias en materia de sociedades mercantiles", 3–5. El Auto Definitivo utiliza la noción de orden público como fundamento de la inarbitrabilidad, pero no desarrolla el contenido jurídico de la expresión "asuntos contrarios al orden público" ni explica por qué la acción de nulidad de acuerdos sociales encuadra necesariamente en dicha categoría.

La necesidad de esa precisión resulta reforzada por la jurisprudencia constitucional salvadoreña, según la cual la invocación del orden público no basta para producir una consecuencia jurídica determinada. Corresponde identificar los principios o instituciones fundamentales comprometidos y explicar por qué su protección exige reservar la controversia a un órgano estatal.[30] Aplicado al caso, el análisis debía establecer si el objeto del litigio trascendía la relación societaria jurídico-privada y comprometía directamente intereses cuya indisponibilidad fuese incompatible con la decisión arbitral.

La posible afectación de terceros constituye la objeción más relevante del precedente. Debe distinguirse entre los efectos directos de una decisión sobre derechos pertenecientes a terceros no vinculados por el convenio arbitral y las repercusiones reflejas que todo acuerdo societario puede producir sobre accionistas, acreedores o futuros adquirentes. Los primeros pueden limitar el alcance del convenio y de la decisión arbitral; los segundos no determinan necesariamente la inarbitrabilidad de toda impugnación societaria.

El artículo 78 CPCM, en relación con el artículo 253 CCOM, permite distinguir entre los sujetos que integran necesariamente la relación jurídica controvertida y quienes únicamente pueden experimentar consecuencias derivadas de la decisión. En una acción de nulidad de acuerdos sociales deben intervenir la sociedad y los titulares directamente afectados por la controversia; no toda persona que pueda sufrir una repercusión económica indirecta adquiere por ello la condición de parte necesaria. No obstante, si el laudo pretendiera decidir derechos de terceros no vinculados por el convenio arbitral o desplegar frente a ellos efectos que excedan la relación societaria

30 Sala de lo Constitucional, *Sentencia de inconstitucionalidad ref. 3-86* (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 1988). En dicha resolución la Sala afirmó que el concepto de orden público es esencialmente variable y difícil de definir, razón por la cual no basta invocar dicha categoría para producir determinadas consecuencias jurídicas. Corresponde al intérprete determinar si la materia efectivamente compromete las instituciones básicas sobre la existencia y funcionamiento del Estado, el estado y capacidad de las personas o aquellos intereses generales indispensables para la seguridad de las relaciones jurídicas. Desde esta perspectiva, la mera existencia de una norma imperativa no permite equiparar automáticamente una controversia con un asunto de orden público.

sometida a arbitraje, esa circunstancia deberá ser examinada como un límite concreto de su alcance.

El precedente salvadoreño coincide sustancialmente con la antigua jurisprudencia española, que vinculaba la imperatividad de las normas societarias, los efectos frente a terceros y el orden público con la inarbitrabilidad de la impugnación.[31] Sin embargo, cuando la Cámara resolvió en 2015, esa orientación ya había sido revisada en España por la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 19 de febrero de 1998 y por la STS 355/1998, de 18 de abril de 1998, que admitieron la validez de las cláusulas estatutarias relativas a la impugnación de acuerdos sociales.[32] Esta evolución no resulta automáticamente trasladable a El Salvador, pero ofrece un argumento comparado que obliga a distinguir entre la obligatoriedad de las normas aplicables y la posibilidad de que sean aplicadas por árbitros.

La imposibilidad de convalidar o transigir una nulidad absoluta no resuelve automáticamente la cuestión de la arbitrabilidad. Transacción y arbitraje son instituciones diferentes: la primera supone que las partes dispongan materialmente de sus posiciones jurídicas, mientras que el segundo atribuye a un tercero la decisión de la controversia conforme al derecho aplicable. Sin embargo, esta distinción no dispensa de demostrar que los derechos controvertidos satisfacen el requisito de libre disponibilidad exigido por la LMCA; únicamente impide deducir la inarbitrabilidad por la sola imposibilidad de convalidar el acto viciado.

31 Sala Primera, *Sentencia núm. 355/1998* (España: Tribunal Supremo de España, 1998), recurso de casación núm. 455/1994 (RJ 1998/2984); Dirección General de los Registros y del Notariado, *Resolución RJ 1998/1118* (España, Ministerio de Justicia de España, 1998). Ambas resoluciones marcaron el abandono de la tradicional tesis restrictiva sobre la arbitrabilidad de la impugnación de acuerdos sociales y contribuyeron a la posterior consolidación del arbitraje societario en el derecho español.

32 Sala Primera, *Sentencia núm. 355/1998. Recurso de casación núm. 455/1994 (RJ 1998/2984).* En esta resolución el Tribunal Supremo reconoce la validez de las cláusulas estatutarias que someten a arbitraje la impugnación de acuerdos sociales y rechaza que la mera existencia de normas imperativas determine automáticamente la inarbitrabilidad de la controversia.

En definitiva, el Auto Definitivo 9-4CM1-2015 constituye una interpretación restrictiva importante y contraria a la tesis defendida en este trabajo. Su conclusión no puede descartarse únicamente porque no exista una prohibición expresa, pues se apoya en la indisponibilidad y en los efectos que la nulidad puede producir sobre terceros. No obstante, cabe proponer una interpretación diferente[33] si se demuestra, en el caso concreto, que la controversia recae sobre una relación societaria jurídico-privada y disponible, que el convenio arbitral comprende la impugnación, que no se deciden derechos de terceros ajenos a él y que no se ejerce una potestad estatal indisponible.[34] Desde esas condiciones, la LMCA permite sostener la posible arbitrabilidad de la acción, aunque la existencia del precedente impide presentarla como una solución jurisprudencialmente incontrovertida.[35]

IV. La evolución del arbitraje societario en el derecho español

La experiencia española resulta relevante porque muestra el tránsito desde una interpretación restrictiva de la arbitrabilidad de la impugnación de acuerdos sociales hasta su reconocimiento jurisprudencial y legislativo. Su examen permite identificar los argumentos que motivaron ese cambio y valorar, con la cautela propia del derecho comparado, cuáles de ellos resultan pertinentes para el ordenamiento salvadoreño.

33 José Carlos Fernández Rozas, *Tratado del Arbitraje Comercial en América Latina* (Madrid: Iustel, 2008). Apartado relativo a la interpretación restrictiva de las excepciones a la arbitrabilidad y al principio de *favor arbitrandum*.

34 Espinós Borrás de Quadras, *Impugnación de acuerdos sociales*, 468–472. Sobre la relación entre nulidad societaria, orden público y arbitrabilidad, véase también. Rodríguez Roblero, *Impugnación de acuerdos sociales y arbitraje*, 317–319 y 324–325, quien critica la identificación automática entre nulidad societaria y materia indisponible, destacando que la eventual existencia de normas imperativas no determina por sí sola la exclusión del arbitraje.

35 Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje, artículos 3 letra d), 22, 23 letra a), 30 inc. 3° y 51; Código de Comercio, artículo 66. Véase también. González de Cossío, *"Arbitrabilidad de controversias en materia de sociedades mercantiles: notas para una discusión"*, 3–5.

La jurisprudencia española tradicional consideró que la impugnación de acuerdos sociales debía permanecer reservada a la jurisdicción estatal. Esta postura partía de una concepción institucional de la sociedad, conforme a la cual los acuerdos de la junta podrían afectar su estructura orgánica, a los socios ausentes, a los acreedores y a terceros. La imperatividad de las normas societarias, la protección de las minorías y los efectos generales de la nulidad se utilizaron, en consecuencia, como fundamentos de la inarbitrabilidad.[36]

El cambio comenzó a consolidarse con la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 19 de febrero de 1998 (RJ 1998/1118) y con la STS 355/1998, de 18 de abril de 1998, que confirmó la validez de una cláusula estatutaria mediante la cual se sometía a arbitraje la impugnación de acuerdos sociales.[37] Estas decisiones rechazaron que la naturaleza imperativa de las normas societarias condujera necesariamente a una reserva jurisdiccional en favor de los jueces estatales.

El cambio fue principalmente metodológico: la cuestión dejó de formularse únicamente a partir de la imperatividad de las normas aplicables y pasó a centrarse en si esas normas podrían ser aplicadas por árbitros. El convenio arbitral no facultaba al tribunal para apartarse del Derecho societario, sino para decidir conforme a él.[38] La discusión posterior se desplazó hacia problemas específicos, como el alcance subjetivo de la cláusula estatutaria, la protección de los accionistas minoritarios, la designación de árbitros, la acumulación de procedimientos y los efectos registrales del laudo.[39]

36 Espinós Borrás de Quadras, *Impugnación de acuerdos sociales*, 24–29.

37 Sala Primera, *Sentencia núm. 355/1998*; Evelio Verdera Tuells, *et al.*, *Jurisprudencia española de arbitraje: 60 años de aplicación del arbitraje en España.* Coordinado por María Inmaculada Rodríguez Roblero (Navarra: Thomson Reuters Aranzadi, 2013). En este se recopilan y comentan la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 19 de febrero de 1998 (RJ 1998/1118) y la STS 355/1998, de 18 de abril de 1998 (RJ 1998/2984).

38 Rodríguez Roblero, *Impugnación de acuerdos sociales y arbitraje*, 240–245.

39 Rodríguez Roblero, *Impugnación de acuerdos sociales y arbitraje*, 245–252; Álvarez Sánchez de Movellán, *Estudios sobre el proceso de impugnación de acuerdos sociales*, 27–29 (Madrid: Dykinson, 2015).

La evolución culminó con la Ley 11/2011, de 20 de mayo, que incorporó los artículos 11 bis y 11 ter a la Ley española de Arbitraje (LA). El artículo 11 bis reconoce que las sociedades de capital pueden someter a arbitraje los conflictos societarios y exige una mayoría de dos tercios para introducir o modificar la cláusula estatutaria; cuando se trate de la impugnación de acuerdos sociales, la administración del arbitraje y la designación de los árbitros deben encomendarse a una institución arbitral. El artículo 11 ter regula la inscripción registral del laudo que declare la nulidad de un acuerdo inscrito y la cancelación de los asientos incompatibles con esa declaración.[40]

La regulación de los efectos registrales resulta significativa pues demuestra que la eventual eficacia de la nulidad más allá de las partes no fue considerada un obstáculo insuperable, sino un problema de coordinación entre el arbitraje y el registro mercantil. Al mismo tiempo, la exigencia de arbitraje institucional revela que el reconocimiento de la arbitrabilidad fue acompañado de garantías específicas para proteger a la sociedad y a los accionistas minoritarios, y para asegurar la igualdad en la designación de los árbitros.

La experiencia española ofrece un argumento comparado favorable a la arbitrabilidad, pero también evidencia una diferencia relevante: el legislador español terminó por reconocer expresamente el arbitraje estatutario y por regular sus garantías y efectos registrales. En El Salvador no existe una regulación general equivalente para todas las sociedades, por lo que la solución no puede deducirse exclusivamente del modelo español. Su utilidad consiste en demostrar que la imperatividad y los efectos registrales no son conceptualmente incompatibles con el arbitraje, siempre que el ordenamiento proporcione una base normativa suficiente y mecanismos adecuados de protección.

40 Ley 11/2011, de 20 de mayo, de reforma de la Ley 60/2003, de Arbitraje y de regulación del arbitraje institucional en la Administración General del Estado, BOE núm. 121 (España: Jefatura de Estado, 2011), artículos 11 bis y 11 ter.

En suma, la evolución española ilustra que la impugnación de acuerdos sociales puede ser compatible con el arbitraje y que la protección de los intereses societarios exige garantías específicas, no necesariamente una exclusión absoluta. Este argumento comparado respalda la interpretación propuesta, pero no sustituye el análisis autónomo de la libre disponibilidad y de las disposiciones vigentes en el ordenamiento salvadoreño.

V. Alcance material del convenio arbitral estatutario: conexión entre el pacto social, el acuerdo de junta impugnado y la reforma de la sociedad por acciones simplificada

Establecidos en los apartados anteriores los criterios generales de arbitrabilidad derivados de la Convención de Nueva York y de la LMCA, esta sección se concentra en determinar el alcance material del convenio arbitral estatutario.[41] El examen exige precisar si las controversias sobre la validez de los acuerdos de junta general quedan comprendidas en la cláusula arbitral incorporada al pacto social, cuál es la conexión jurídica entre ambos actos y cómo incide en esa interpretación el reconocimiento legislativo del arbitraje en el régimen de la sociedad por acciones simplificada (SAS).

El alcance material del convenio arbitral estatutario depende, en primer término, de la controversia que las partes hayan decidido someter a arbitraje. Una cláusula limitada a la interpretación o ejecución del pacto social no ofrece necesariamente la misma cobertura que otra que comprenda los conflictos derivados de la organización, el funcionamiento y las decisiones de los órganos sociales. Por ello, la sola presencia de un convenio arbitral en el pacto social

41 Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Nueva York: Consejo Económico y Social de la ONU, ECOSOC, 1958), artículos II(1) y V(2) (a); Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje, artículos 3 letra d), 22 y 23.

no basta para incluir automáticamente cualquier acción de nulidad: debe examinarse si su texto abarca las controversias relativas a la formación, validez o eficacia de los acuerdos adoptados por la junta general.

La delimitación exige distinguir entre la existencia del convenio arbitral y la extensión de sus efectos objetivos. La primera, permite comprobar que los sujetos vinculados manifestaron su voluntad de someter determinadas controversias a arbitraje; la segunda, requiere establecer si la pretensión ejercida queda comprendida dentro de los términos empleados en la cláusula. En consecuencia, la acción de nulidad del acuerdo social no queda incluida por el solo hecho de existir un convenio arbitral estatutario, pero tampoco puede excluirse atendiendo únicamente a la denominación de la acción. Lo determinante es identificar la relación jurídica descrita en la cláusula y contrastarla con el origen, el objeto y los efectos de la controversia concreta.

El pacto social y el acuerdo de junta general son actos jurídicamente distintos, pero no inconexos. El primero, organiza la sociedad, distribuye competencias entre sus órganos y establece el procedimiento mediante el cual se forma la voluntad social; el segundo, constituye el resultado de la actuación de uno de esos órganos dentro del marco organizativo establecido por aquel. Por consiguiente, cuando el convenio arbitral comprenda las controversias derivadas del pacto social o relacionadas con la organización y el funcionamiento de la sociedad, la impugnación de un acuerdo de junta puede presentar una conexión material suficiente con el ámbito definido por la cláusula.[42] Esta conexión no debe presumirse de manera absoluta: ha de justificarse atendiendo al texto del convenio arbitral y a la concreta causa de nulidad invocada.

La causa de nulidad invocada también cumple una función delimitadora, pues permite establecer si la controversia surge de la organización interna de la sociedad y se encuentra comprendida en los términos del convenio arbitral. Que

42 Joaquín Rodríguez Rodríguez, *Tratado de sociedades mercantiles*, tomo II, 4.ª ed., revisada y actualizada por Rafael de Pina Vara (México: Porrúa, 1971), 49–53; Óscar Vázquez del Mercado, *Asambleas, fusión, liquidación y escisión de sociedades mercantiles*, 13.ª ed. (México: Porrúa, 2021), 253–260.

esa causa se fundamente en normas imperativas no permite, por sí solo, concluir que la controversia excede el ámbito material de la cláusula; la determinación exige diferenciar entre el alcance del convenio arbitral y las normas sustantivas que el tribunal deberá aplicar al resolver el fondo.[43]

La incorporación de la sociedad por acciones simplificada al Código de Comercio aporta un dato legislativo posterior que debe integrarse al análisis. El artículo 305-T CCOM, introducido mediante el Decreto Legislativo n.º 905 de 2023, reconoce expresamente el arbitraje dentro del régimen de este tipo societario. La relevancia de la reforma no radica únicamente en admitir ese mecanismo para una modalidad específica de sociedad, sino en que su reconocimiento sugiere que el legislador salvadoreño considera compatible el arbitraje con la solución de controversias surgidas en el ámbito interno societario.[44]

La reforma, sin embargo, no resuelve por sí sola el régimen arbitral aplicable a todos los tipos societarios, pues el artículo 305-T CCOM está específicamente situado dentro de la regulación de la sociedad por acciones simplificadas y no puede extenderse automáticamente a las demás formas sociales. Tampoco elimina la posición restrictiva sostenida en el Auto Definitivo 9-4CM1-2015, que continúa siendo un precedente salvadoreño jurídicamente relevante y contrario a la tesis defendida en este trabajo.[45] Su valor es más limitado, aunque significativo: confirma la apertura legislativa hacia el arbitraje societario y refuerza una interpretación favorable a su procedencia en otros tipos sociales únicamente cuando la controversia recaiga sobre una materia de libre disposición y quede comprendida en el alcance material del convenio arbitral. En consecuencia, el artículo 305-T CCOM constituye un argumento

43 Rodríguez Roblero, *Impugnación de acuerdos sociales y arbitraje*, 240–252.

44 Código de Comercio, artículo 305-T, incorporado mediante Decreto Legislativo n.º 905 de 2023.

45 Cámara Primera de lo Civil de la Primera Sección del Centro, *Auto Definitivo ref. 9-4CM1-2015* (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2015).

sistemático de apoyo, pero no un fundamento autónomo ni concluyente de la arbitrabilidad de toda acción de nulidad de acuerdos sociales.

VI. Efectos subjetivos de la nulidad de acuerdos sociales y límites del laudo arbitral frente a terceros

Uno de los principales argumentos empleados para negar la arbitrabilidad de la nulidad de acuerdos sociales parte de los efectos subjetivos atribuidos a la decisión estimatoria. Como estos pueden trascender a quienes participaron directamente en el proceso y alcanzar a la sociedad, los demás socios y determinados terceros, se sostiene que la controversia requeriría necesariamente la intervención de la jurisdicción estatal. El problema exige, sin embargo, examinar conjuntamente dos disposiciones: el artículo 253 CCOM, que regula expresamente los efectos de la sentencia pronunciada en los procesos de nulidad u oposición de acuerdos sociales, y el artículo 63 LMCA, conforme al cual el laudo arbitral firme tiene la misma fuerza y validez que una sentencia judicial ejecutoriada y pasada en autoridad de cosa juzgada. La equivalencia establecida por la LMCA impide negar de manera absoluta que un laudo pueda producir los efectos jurídicos propios de una decisión firme; no obstante, tampoco permite presumir, sin argumentación adicional, que vincula en idéntica medida a socios y terceros no vinculados por el convenio arbitral. La relación entre ambas normas constituye, por ello, el problema central de esta sección.[46]

El artículo 253 CCOM cumple una función sustantiva específica: determina que la sentencia pronunciada en los procesos de nulidad u oposición surte efectos respecto de la sociedad, los socios y los terceros, pero preserva los derechos adquiridos de buena fe en ejecución del acuerdo impugnado. La

46 Código de Comercio, artículo 253; Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje, artículo 63; Espinós Borrás de Quadras, *Impugnación de acuerdos sociales*, 24–26.

disposición no regula qué órgano debe conocer de la controversia ni establece expresamente una reserva exclusiva en favor de la jurisdicción estatal; su función se agota en fijar la eficacia subjetiva de la decisión una vez resuelto el litigio, sin pronunciarse sobre la vía —judicial o arbitral— por la que deba tramitarse.

La extensión subjetiva de la decisión no determina por sí sola la inarbitrabilidad de la controversia, pero tampoco resulta irrelevante. La arbitrabilidad debe establecerse atendiendo a la naturaleza y libre disponibilidad de la relación jurídica controvertida y al alcance del convenio arbitral; en cambio, la eventual afectación de terceros no vinculados por el convenio arbitral opera como un límite a la eficacia subjetiva del laudo. Por ello, deben distinguirse la competencia del tribunal arbitral para resolver la controversia entre las partes y la posibilidad de hacer valer su decisión frente a terceros que no participaron en el procedimiento, sin que la existencia de ese límite convierta automáticamente la materia en inarbitrable.

La SAP Guadalajara, de 8 de julio de 1997 (AC 1997/1429), ilustra bien esta tensión: aun reconociendo en principio que la validez de los acuerdos sociales podía someterse a decisión arbitral, el tribunal concluyó que la cláusula estatutaria invocada —limitada a las cuestiones de interpretación y aplicación de los propios estatutos— no alcanzaba una controversia fundada en la infracción de la ley, por lo que la disputa excedía el objeto que el convenio arbitral podía cubrir.[47] A esta limitación material se añade otra de carácter subjetivo. Martín Pastor advierte que el convenio arbitral podría no vincular necesariamente a todos los sujetos legitimados para impugnar el acuerdo social, circunstancia que puede propiciar procedimientos paralelos y decisiones contradictorias.[48] Estas dificultades no convierten automáticamente la controversia en inarbitrable, pero sí condicionan la competencia del tribunal

47 Sentencia de la Audiencia Provincial de Guadalajara, AC 1997/1429 (España, 1997).

48 José Martín Pastor, "Arbitraje e impugnación de acuerdos sociales", *Revista del Poder Judicial*, núm. 59 (2000): 237–300.

arbitral en el caso concreto y la eficacia práctica del laudo frente a terceros no vinculados por el convenio arbitral.

El objeto inmediato de la impugnación consiste en determinar si la voluntad social fue formada válidamente conforme a la ley y al pacto social, por lo que la controversia afecta primariamente a la sociedad y a los sujetos vinculados por la relación societaria.[49] Ello no significa que la declaración de nulidad carezca de consecuencias para terceros, como reconoce el artículo 253 CCOM; significa, más precisamente, que el tribunal arbitral no tiene por objeto decidir derechos autónomos de terceros no vinculados por el convenio arbitral, aunque la invalidez del acuerdo pueda proyectar sobre ellos efectos jurídicos cuya oponibilidad deberá determinarse conforme al ordenamiento aplicable.

La proyección de efectos hacia terceros no es exclusiva de la declaración de nulidad. Los acuerdos relativos a aumentos o reducciones de capital, emisión de acciones, nombramiento de administradores, fusiones, transformaciones o distribución de dividendos también pueden producir consecuencias jurídicas o económicas que trascienden a quienes intervienen en su adopción.[50] Estos ejemplos confirman que la sola repercusión externa del acuerdo no permite deducir la inarbitrabilidad de la controversia.

En suma, la lectura conjunta de los artículos 63 LMCA y 253 CCOM permite reconocer la fuerza de la decisión arbitral firme, pero no ofrece una respuesta abstracta y uniforme sobre su extensión a todos los sujetos contemplados por la norma mercantil. Esa cuestión deberá resolverse casuísticamente, atendiendo al alcance del convenio arbitral y a la naturaleza y vinculación de los terceros potencialmente afectados, con especial consideración de los derechos adquiridos de buena fe.

49 Rodríguez Rodríguez, *Tratado de sociedades mercantiles*, tomo II, 49–51.

50 Ignacio Sanín, "La impugnación de decisiones sociales: la acción de impugnación", 59 y 63.

VII. El principio Kompetenz-Kompetenz y la improcedencia de sustituir anticipadamente al árbitro en la determinación de la arbitrabilidad

El carácter discutible de la arbitrabilidad de la impugnación de acuerdos sociales no determina, por sí solo, que la jurisdicción estatal deba asumir desde el inicio el conocimiento de la controversia. Conforme al artículo 51 LMCA, corresponde al tribunal arbitral pronunciarse sobre su propia competencia, incluso respecto de la existencia, validez, eficacia y alcance del convenio arbitral.[51] Esta regla no anticipa una respuesta favorable sobre la arbitrabilidad, sino que identifica al órgano llamado a examinarla en la etapa correspondiente, sin excluir el posterior control judicial previsto por la ley.[52]

El principio cumple también una función institucional: evita que la mera alegación de que el convenio arbitral es nulo, ineficaz o inaplicable desplace automáticamente la controversia hacia la jurisdicción estatal antes de que el tribunal arbitral pueda examinar su competencia.[53] De ese modo, preserva la eficacia práctica del convenio frente a objeciones preliminares que podrían utilizarse con fines dilatorios.

El examen judicial preliminar no debe transformarse en una decisión exhaustiva sobre la arbitrabilidad ni anticipar cuestiones pertenecientes al fondo de la controversia. Debe concentrarse en verificar si existe un convenio arbitral que, *prima facie*, comprenda la disputa y si dicho convenio es nulo, ineficaz o inaplicable conforme al artículo II (3) de la Convención de Nueva York. Cuando el convenio aparezca aplicable y la objeción requiera un análisis más profundo,

51 Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje, artículo 51.

52 Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje, artículos 67 y 68.

53 Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, artículo II(3); Gary B. Born, *International Commercial Arbitration*, 3.ª ed. (Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2021), 1180–1188.

corresponde al tribunal arbitral pronunciarse sobre su propia competencia, sin perjuicio de los mecanismos de control judicial posterior que prevé la ley.

Esta delimitación resulta especialmente relevante cuando la oposición al arbitraje se apoya en los mismos vicios atribuidos al acuerdo social. La validez de la convocatoria, la constitución de la junta, la representación de los accionistas o la observancia de las normas societarias pertenecen, en principio, al fondo de la impugnación y no deben resolverse exhaustivamente durante el examen judicial preliminar. Anticipar ese análisis antes de que el tribunal arbitral se pronuncie sobre su propia competencia podría convertir el control del convenio arbitral en una decisión indirecta sobre la controversia.

En perspectiva comparada, el principio *Kompetenz-Kompetenz* ha dado lugar a modelos que no excluyen la intervención judicial, pero limitan la intensidad del examen preliminar para preservar la oportunidad del tribunal arbitral de pronunciarse sobre su propia competencia.[54] El artículo 16 de la Ley Modelo de la CNUDMI refleja esa coordinación: reconoce la facultad del tribunal arbitral para resolver las objeciones relativas a su competencia y permite que continúe las actuaciones y dicte el laudo mientras se encuentre pendiente la decisión judicial sobre un pronunciamiento preliminar de competencia.[55]

La sola invocación de orden público, normas imperativas o intereses colectivos no demuestra que el convenio arbitral sea nulo, ineficaz o inaplicable, ni autoriza por sí misma al juez a mantener el conocimiento de la controversia.[56] Esas alegaciones solo justifican el desplazamiento del arbitraje cuando, examinadas conforme al marco normativo aplicable, revelen un impedimento que afecte realmente la eficacia del convenio o la arbitrabilidad de la materia.

54 Born, *International Commercial Arbitration*, 1188–1196.

55 Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional (Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), 1985), artículo 16.

56 Francisco González de Cossío, *Arbitraje* (México: Porrúa, 2014), 321–328.

En suma, el principio *Kompetenz-Kompetenz* no resuelve anticipadamente la arbitrabilidad de la nulidad de acuerdos sociales, sino que permite al tribunal arbitral pronunciarse sobre su propia competencia dentro de un sistema que conserva los controles judiciales previstos por la ley. Su aplicación exige coordinar ambas funciones sin convertir el examen judicial preliminar en una decisión anticipada sobre el fondo ni excluir las intervenciones judiciales que procedan en cada etapa.

VIII. Los mecanismos judiciales de control del arbitraje societario en el Derecho salvadoreño: del control previo al control posterior

La protección del orden público societario constituye una preocupación legítima, pero su invocación no determina por sí sola cómo ni en qué momento debe intervenir la jurisdicción estatal. Para responder esa cuestión es necesario examinar conjuntamente los mecanismos de control judicial previstos por el ordenamiento salvadoreño, desde el examen previo del convenio arbitral hasta los controles que pueden operar una vez dictado el laudo. Este control posterior, conviene anticiparlo, no se agota en el recurso de nulidad: comprende también la apelación del laudo de derecho, el reconocimiento y ejecución, y, de manera excepcional, el amparo constitucional, cada uno con un objeto y un alcance propios que conviene distinguir con precisión.

En efecto, el sistema de control judicial no exige optar de manera excluyente entre una intervención preventiva y otra posterior. Cuando conozca de una controversia comprendida prima facie en un convenio arbitral, el juez puede examinar si este es nulo, ineficaz o inaplicable conforme al artículo II (3) de la Convención de Nueva York; superado ese examen, corresponde al tribunal arbitral pronunciarse sobre su propia competencia en los términos del artículo

51 LMCA. El eventual laudo queda, a su vez, sujeto a los mecanismos de control previstos por el ordenamiento, de modo que la tutela judicial se distribuye en distintas etapas y cumple una función diferente en cada una de ellas.[57]

Conviene detenerse, en primer lugar, en el control posterior propiamente dicho, pues es el que con mayor frecuencia genera confusión respecto de su alcance. El control posterior del laudo constituye uno de los componentes del sistema, pero su existencia no demuestra por sí sola la arbitrabilidad de la materia ni convierte al recurso de nulidad en una revisión general de lo decidido por el tribunal arbitral.[58] Su función consiste en permitir la intervención judicial dentro de los límites y por las causas previstas legalmente. En perspectiva comparada, el Tribunal Constitucional español ha considerado que el arbitraje resulta compatible con el derecho a la tutela judicial efectiva precisamente porque subsiste el control jurisdiccional establecido por el ordenamiento.[59]

Precisar el alcance de ese control exige, sin embargo, distinguir con cuidado entre los distintos motivos que pueden invocarse para impugnar el laudo. En la doctrina española, Martín Pastor distingue entre la infracción de una norma imperativa societaria y la contrariedad del laudo al orden público: la primera no justificaría por sí sola la anulación si no alcanza también la entidad exigida por la segunda. Esta precisión resulta importante para delimitar el control judicial posterior, pues impide convertir la invocación del orden público en una revisión general de cualquier eventual infracción del derecho societario cometida en el laudo.[60]

57 María Inmaculada Rodríguez Roblero, *Impugnación de acuerdos sociales y arbitraje* (Barcelona: Bosch, 2010), 247–255.

58 Gary B. Born, *International Commercial Arbitration*, 3.ª ed. (Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2021), 1196–1205.

59 Sala Primera, *STC 9/2005*; *RTC 2005, 9, FJ 2* (España: Tribunal Constitucional español, 2005). En dicha resolución se afirma que el arbitraje constituye un mecanismo legítimo de resolución de controversias compatible con el derecho a la tutela judicial efectiva, siempre que subsista el control jurisdiccional posterior previsto por el ordenamiento.

60 José Martín Pastor, "Arbitraje e impugnación de acuerdos sociales", *Revista del Poder Judicial*, núm. 59 (2000): 237–300.

Ese estándar doctrinal no queda en el plano teórico: tiene expresión normativa concreta en el primero de los mecanismos de control posterior. El recurso de nulidad regulado en los artículos 67 y 68 LMCA constituye uno de los mecanismos de control judicial posterior y se encuentra circunscrito a causales taxativas.[61] Para el problema examinado resultan particularmente relevantes la nulidad absoluta del convenio arbitral proveniente de objeto o causa ilícitos, prevista en el artículo 68 ord. 1º, y el pronunciamiento del laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros, contemplado en el ord. 8º de la misma disposición. Esta última causal debe interpretarse conjuntamente con el artículo 70 inc. 2º LMCA, conforme al cual, cuando la impugnación se sustenta en las causales 7ª, 8ª o 9ª del artículo 68 LMCA, la Cámara debe ordenar al tribunal arbitral las correcciones o adiciones correspondientes, sin revisar judicialmente el fondo de la controversia.[62] Este régimen permite controlar la validez del convenio y la correspondencia entre lo sometido a arbitraje y lo decidido, pero no convierte el recurso de nulidad en una revisión general del laudo ni agota los demás mecanismos judiciales de control.

Junto al recurso de nulidad, la apelación prevista en el artículo 66-A LMCA constituye un mecanismo de control posterior distinto del recurso de nulidad y se aplica específicamente al laudo pronunciado en arbitraje de derecho. La disposición establece su efecto suspensivo, el plazo de siete días hábiles para interponerla y la competencia de las Cámaras de Segunda Instancia con competencia en materia civil. La Sala de lo Constitucional ha considerado que este recurso no desnaturaliza la función arbitral y que, en arbitrajes exclusivamente entre particulares, las partes pueden pactar válidamente su renuncia. La determinación del tribunal competente exige, además, atender al

61 Cámara Primera de lo Civil de la Primera Sección del Centro, *Recurso de nulidad de laudo arbitral ref. 1-RN-2011* (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2012).

62 Cámara Primera de lo Civil de la Primera Sección del Centro, *Recurso de nulidad de laudo arbitral ref. 3-RN-2011* (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2011); Cámara Segunda de lo Civil de la Primera Sección del Centro, *Recurso de nulidad de laudo arbitral ref. 1-RN-2012* (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2012).

régimen vigente en el momento pertinente, pues la Corte Suprema de Justicia ha distinguido entre la aplicación de la LMCA y la competencia atribuida por la LJCA cuando intervienen órganos de la Administración Pública.[63]

Dentro del itinerario procesal ordinario propio de estos mecanismos —sin que ello constituya una regla temporal general aplicable a todos los supuestos—, una vez superadas las etapas de nulidad y apelación, o transcurridos sus plazos sin que se interponga, el reconocimiento y la ejecución proporcionan otro ámbito de control, particularmente respecto de los laudos pronunciados en el extranjero. Conforme al artículo 182 ord. 4º CN y a los artículos 555, 557 y 558 CPCM, el *exequátur* permite verificar, antes de autorizar sus efectos en El Salvador, que el laudo reúna las condiciones exigidas por el ordenamiento jurídico salvadoreño, sin convertir ese procedimiento en una nueva instancia sobre el fondo de la controversia.

Obtenido el reconocimiento, la ejecución forzosa constituye una etapa autónoma dirigida al cumplimiento coactivo del laudo ante el juez competente. En ella, el ejecutado puede formular, dentro de los cinco días siguientes a la notificación del despacho de ejecución, la oposición sustentada exclusivamente en los motivos tasados del artículo 579 CPCM: falta de carácter o calidad del ejecutante o del ejecutado, falta de requisitos legales del título, pago o cumplimiento acreditado documentalmente, prescripción de la pretensión de ejecución, o transacción o acuerdo formalizado en instrumento público; el plazo correspondiente se encuentra previsto en el artículo 583 CPCM.[64]

63 Sala de lo Constitucional, *Sentencia del proceso de inconstitucionalidad ref. 11-2010* (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2011); Corte Plena, *Sentencia de conflicto de competencia ref. 70-COM-2023* (El Salvador: Corte Suprema de Justicia de El Salvador, 2023).

64 Corte plena, *Auto de diligencias de exequátur ref. 99-P-2014* (El Salvador: Corte Suprema de Justicia de El Salvador, 2015).; Corte plena, *Auto de diligencias de exequátur ref. 32-P-2017* (El Salvador: Corte Suprema de Justicia de El Salvador, 2017); Cámara Tercera de lo Civil de la Primera Sección del Centro, Sentencia incidente de apelación ref. 64-EFQM-18 (El Salvador: Corte Suprema de Justicia de El Salvador, 2022); Cámara Tercera de lo Civil de la Primera Sección del Centro, *auto de incidente de apelación ref. 2-EFQM-11* (El Salvador: Corte Suprema de Justicia de El Salvador, 2011).

Finalmente, y como vía excepcional frente a las actuaciones judiciales dictadas en cualquiera de las etapas anteriores o frente a los agravios de trascendencia constitucional atribuidos a decisiones relacionadas con el contenido o la fundamentación del laudo, el amparo constitucional cumple una función excepcional y subsidiaria dentro del sistema de control. No constituye una vía para revisar el fondo del laudo, corregir cuestiones de mera legalidad ni replantear la valoración efectuada en el procedimiento arbitral; su procedencia exige la identificación de un agravio de trascendencia constitucional y de una actuación susceptible de control por la Sala de lo Constitucional.

La jurisprudencia salvadoreña ha aplicado esta delimitación tanto a objeciones dirigidas contra decisiones relacionadas con el arbitraje como a cuestionamientos sobre el contenido y la fundamentación del laudo. En consecuencia, el amparo no sustituye los recursos previstos por la LMCA ni transforma a la Sala en una instancia adicional del arbitraje.[65]

En conjunto, estos mecanismos —el examen previo o concurrente sobre el convenio arbitral, el recurso de nulidad, la apelación, el reconocimiento y ejecución, y el amparo constitucional— configuran un sistema escalonado y funcionalmente diferenciado de control judicial, sin que ninguno de ellos, por sí solo, agote la función de los demás.

65 Sala de lo Constitucional, *Sentencia proceso de amparo ref. 461-2007* (El Salvador: Corte Suprema de Justicia de El Salvador, 2007). Sala de lo Constitucional, *Sentencia de proceso de amparo ref. 109-2016* (El Salvador: Corte Suprema de Justicia de El Salvador, 2019).

IX. La eficacia subjetiva de la cláusula arbitral estatutaria frente al socio que adquiere acciones con posterioridad a su incorporación en el pacto social

Delimitados los mecanismos judiciales de control, resta examinar una objeción distinta, referida al alcance subjetivo del convenio arbitral estatutario. Se sostiene que el accionista que adquiere sus acciones después de la constitución de la sociedad o de la incorporación de la cláusula arbitral al pacto social no habría prestado su consentimiento expreso para someterse a arbitraje y que, por ello, no quedaría vinculado por dicha estipulación. El cuestionamiento no recae sobre la arbitrabilidad objetiva de la controversia, sino sobre la eficacia del convenio arbitral frente a quien adquiere posteriormente la condición de socio.

La objeción, sin embargo, descansa en una comprensión incompleta de la naturaleza jurídica de la participación social. Quien adquiere acciones no incorpora a su patrimonio un derecho aislado o autónomo respecto de la organización societaria, sino una posición jurídica compleja integrada por derechos, facultades, deberes, cargas y limitaciones derivados de la ley y del pacto social. La condición de socio no nace de un vínculo individualmente negociado con cada uno de los demás accionistas, sino de la incorporación voluntaria a una organización jurídica preexistente cuyo funcionamiento se encuentra disciplinado por ese marco normativo y estatutario.

Como consecuencia de esa incorporación, la posición jurídica adquirida comprende el régimen que ordena la vida interna de la sociedad, incluidos los mecanismos establecidos para resolver las controversias societarias.[66] La cláusula arbitral estatutaria no opera, desde esta perspectiva, como un convenio externo o una obligación ajena a la relación societaria, sino como una disposición integrada en el pacto social. Esta premisa permite sostener, en principio, que la

66 Rodríguez Roblero, *Impugnación de acuerdos sociales y arbitraje*, 240–242.

adquisición de acciones comprende también la cláusula que determina la vía aplicable a los conflictos derivados de esa relación, aunque su eficacia frente al adquirente posterior dependerá de que se satisfagan las exigencias legales de incorporación, publicidad y oponibilidad que se examinan a continuación.

Esa conclusión provisional encuentra apoyo en el sistema registral mercantil salvadoreño. El artículo 24 CCOM somete a inscripción las escrituras de constitución y modificación de las sociedades, mientras que los artículos 2 letra c), 3, 4 y 5 de la Ley de Registro de Comercio (LRC) atribuyen al registro funciones de publicidad y eficacia frente a terceros, reconocen el carácter público de sus documentos y establecen la presunción de exactitud de sus asientos. [67] Por consiguiente, cuando la cláusula arbitral se incorpora al pacto social desde la constitución de la sociedad o mediante una modificación debidamente inscrita, su contenido ingresa en el régimen legal de publicidad registral. Este dato no resuelve por sí solo su eficacia frente al adquirente posterior, pero proporciona la base normativa para examinar su cognoscibilidad y oponibilidad.

Sobre esa base, la inscripción hace jurídicamente cognoscible la cláusula arbitral incorporada al pacto social y permite que el adquirente conozca el régimen aplicable antes de asumir la condición de socio.[68] La STS 776/2007, de 9 de julio, ofrece un respaldo comparado particularmente directo: sostuvo que la cláusula arbitral estatutaria inscrita vincula tanto a los socios fundadores como a quienes adquieren posteriormente esa condición, en virtud de la publicidad registral y de la sucesión en la posición jurídica societaria.[69] Este razonamiento

67 Ley de Registro de Comercio (El Salvador: Asamblea Legislativa, 1973), artículos 2 letra c), 3, 4 y 5. Véase. Código de Comercio, artículos 23, 24 y 25.

68 Ley de Registro de Comercio, artículo 2 letras a), c) y d); Ley de Procedimientos Uniformes para la Presentación, Trámite y Registro o Depósito de Instrumentos en los Registros de la Propiedad Raíz e Hipotecas, Social de Inmuebles, de Comercio y de Propiedad Intelectual (El Salvador: Asamblea Legislativa, 2004), artículo 1.

69 Sala Primera, *Sentencia núm. 776/2007* (España: Tribunal Supremo de España, 2007). (RJ 2007/4960), citada en Evelio Verdera Tuells, José Carlos Fernández Rozas, José M. Beneyto Pérez y Gonzalo Stampa Casas, *Jurisprudencia española de arbitraje: 60 años de aplicación del arbitraje en España*, coord. María Inmaculada Rodríguez Roblero (Navarra: Thomson Reuters Aranzadi, 2013), 99–100. La sentencia destaca que la cláusula arbitral estatutaria, una vez incorporada a los estatutos e inscrita registralmente, se integra a la organización societaria y

permite sostener que la eficacia del convenio arbitral frente al adquirente no depende necesariamente de la celebración de un convenio autónomo en cada transmisión accionaria, sino de su incorporación voluntaria a una posición societaria previamente configurada y sometida a publicidad legal.

En la misma línea de derecho comparado, la doctrina mexicana explica que la eficacia de la cláusula arbitral societaria no descansa exclusivamente en la lógica contractual del consentimiento individualizado, sino también en la incorporación del adquirente a la disciplina corporativa establecida en el pacto social. Desde esta perspectiva, la adquisición de las acciones comporta la asunción de la posición jurídica del socio, con los derechos y las cargas que la integran, entre ellas los mecanismos estatutarios de resolución de controversias, siempre que estos resulten jurídicamente oponibles.[70]

Esta conclusión general, no obstante, presupone que la cláusula arbitral haya sido válidamente incorporada al pacto social y resulte oponible conforme a las reglas societarias y registrales aplicables. Cuando la modificación que la contiene no ha sido inscrita, existen defectos que afectan su publicidad u oponibilidad, o se controvierte la validez del acuerdo mediante el cual fue introducida, su eficacia frente al adquirente posterior requiere un examen específico según el supuesto de que se trate.

En los dos primeros casos, el artículo 5 LRC proporciona un criterio relevante al disponer que los documentos sujetos a inscripción y no registrados no producen efectos frente a terceros. Su aplicación al adquirente posterior exige determinar, sin embargo, la posición que este ocupa respecto de la modificación estatutaria y la incidencia concreta del defecto registral alegado; por ello, ni la falta de inscripción ni los problemas de publicidad deben resolverse mediante una afirmación abstracta, al margen de las circunstancias del caso.

---

resulta vinculante no solo para los socios fundadores, sino también para quienes adquieren posteriormente la condición de socio, en virtud de los principios de publicidad registral y sucesión en la posición jurídica societaria.

70 Portales Díez, *El arbitraje mercantil societario en México*, 25–31.

El tercer supuesto plantea una cuestión distinta, porque la controversia recae sobre la existencia o validez del convenio arbitral estatutario. En ese escenario opera el sistema examinado en las secciones anteriores: el juez que conozca de la controversia puede determinar si el convenio es nulo, ineficaz o inaplicable conforme al artículo II(3) CNY, mientras que el tribunal arbitral, cuando se encuentre constituido, puede pronunciarse sobre su propia competencia en los términos del artículo 51 LMCA. La concurrencia de estos mecanismos no anticipa la respuesta sobre la validez de la cláusula.

Fuera de esos supuestos, la adquisición de acciones, unida a la incorporación válida y a la publicidad registral de la cláusula, proporciona un fundamento sólido para sostener que el convenio arbitral estatutario comprende también a quien adquiere posteriormente la condición de socio.[71]

X. Conclusiones

El análisis desarrollado proporciona una base jurídicamente defendible para sostener que la acción de nulidad absoluta de acuerdos de junta general de accionistas puede ser sometida a arbitraje en el derecho salvadoreño cuando los derechos controvertidos satisfagan el requisito de libre disponibilidad, exista un convenio arbitral válido cuyo alcance material comprenda la controversia y la cláusula resulte eficaz frente a los sujetos involucrados. Esta conclusión no descansa únicamente en la inexistencia de una prohibición expresa, sino en la lectura conjunta de la LMCA, la naturaleza de la relación societaria jurídico-privada, las habilitaciones reconocidas al tribunal arbitral y el régimen mercantil aplicable. Tampoco constituye una respuesta incondicionada: deben quedar fuera del arbitraje las potestades estatales indisponibles y respetarse los límites derivados de los derechos de terceros no vinculados por el convenio arbitral.

71 Rodríguez Roblero, *Impugnación de acuerdos sociales y arbitraje*, 247–249; Ley de Registro de Comercio, artículos 3, 4 y 5.

Como se expuso en el desarrollo, la nulidad absoluta, la imperatividad de las normas societarias y la eventual incidencia del orden público no determinan por sí solas la inarbitrabilidad. Esta distinción no convierte en disponibles las normas imperativas ni autoriza al árbitro a apartarse de ellas; solamente impide deducir de su naturaleza una reserva jurisdiccional que requiere fundamento adicional. La competencia arbitral dependerá también del contenido concreto de la cláusula, de su válida incorporación y oponibilidad y de la relación entre el pacto social y el acuerdo impugnado. Del mismo modo, la equiparación del laudo firme con la sentencia judicial en fuerza, validez y cosa juzgada (artículo 63 LMCA) no resuelve automáticamente su eficacia frente a socios y terceros bajo el artículo 253 CCOM. Estas cuestiones exigen una valoración casuística, acompañada por los mecanismos judiciales examinados: control previo o concurrente del convenio arbitral, apelación cuando proceda, recurso de nulidad por causales taxativas, reconocimiento y ejecución, y amparo constitucional excepcional.

El derecho comparado refuerza esta interpretación, aunque no permite trasladar automáticamente al sistema salvadoreño las soluciones adoptadas en otros ordenamientos. La evolución española muestra que la protección de la legalidad societaria puede articularse con el arbitraje mediante garantías relativas al convenio, al procedimiento, al laudo y a sus efectos registrales. En el ámbito interno, el artículo 305-T CCOM, aplicable a las sociedades por acciones simplificadas, constituye una señal legislativa relevante en favor del reconocimiento de mecanismos arbitrales societarios, pero no resuelve por sí solo el régimen de todos los tipos sociales. Tampoco elimina el Auto Definitivo 9-4CM1-2015, que mantiene una interpretación restrictiva y obliga a reconocer que la cuestión no está definitivamente resuelta en la jurisprudencia salvadoreña. Frente a ese precedente, el presente estudio propone una interpretación alternativa fundada en la libre disponibilidad, el alcance del convenio arbitral y la coordinación entre arbitraje, derecho societario y control judicial.

La verdadera cuestión, por tanto, no consiste en elegir entre arbitraje y orden público, sino en determinar bajo qué condiciones ambos pueden coexistir dentro del ordenamiento salvadoreño. El tribunal arbitral permanece sujeto a las normas imperativas y puede pronunciarse sobre su propia competencia; la jurisdicción estatal conserva las funciones de examen y control que la ley le atribuye en las distintas etapas, sin que entre ambos exista una secuencia temporal rígida aplicable a todos los casos. Esta distribución permite preservar la eficacia del convenio arbitral sin convertirlo en un instrumento para disponer de la legalidad societaria o afectar derechos ajenos. En esos términos, la arbitrabilidad de la nulidad de acuerdos sociales puede sostenerse como una interpretación razonada del derecho vigente, sujeta a la validez y alcance del convenio, a la naturaleza de los derechos controvertidos y a los límites que resulten aplicables en cada caso.

Bibliografía

» Abramovich Ackerman, Daniel. "La problemática de la impugnación y nulidad de acuerdos en la Ley General de Sociedades". *Themis. Revista de Derecho* 47 (2003): 243–244.

» Alessandri Besa, Arturo. *La nulidad y la rescisión en el Derecho Civil chileno* (Título XX del Libro IV del Código Civil), tomo I. Santiago de Chile: Ediar Editores Ltda., s.f.

» Álvarez Sánchez de Movellán, Pedro. *Estudios sobre el proceso de impugnación de acuerdos sociales*, 27–29. Madrid: Dykinson, 2015.

» Born, Gary B. *International Commercial Arbitration*, 3.ª ed. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2021.

» Cámara Tercera de lo Civil de la Primera Sección del Centro. *Sentencia incidente de apelación ref. 64-EFQM-18.* El Salvador: Corte Suprema de Justicia de El Salvador, 2022.

» Cámara Tercera de lo Civil de la Primera Sección del Centro. *Auto de incidente de apelación ref. 2-EFQM-11.* El Salvador: Corte Suprema de Justicia de El Salvador, 2011.

» Cámara Primera de lo Civil de la Primera Sección del Centro. *Auto Definitivo ref. 9-4CM1-2015.* El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2015.

» Cámara Primera de lo Civil de la Primera Sección del Centro. *Recurso de nulidad de laudo arbitral ref. 1-RN-2011.* El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2012.

» Cámara Primera de lo Civil de la Primera Sección del Centro, *Recurso de nulidad de laudo arbitral ref. 3-RN-2011.* El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2011.

» Cámara Segunda de lo Civil de la Primera Sección del Centro. *Recurso de nulidad de laudo arbitral ref. 1-RN-2012*. El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2012.

» Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras. Nueva York: Consejo Económico y Social de la ONU, ECOSOC, 1958.

» Código de Comercio. El Salvador: Decreto Legislativo, 1970.

» Código Civil. El Salvador: Decreto Ejecutivo, 1860.

» Corte Plena. *Sentencia de conflicto de competencia ref. 70-COM-2023.* El Salvador: Corte Suprema de Justicia de El Salvador, 2023.

» Corte plena. *Auto de diligencias de exequátur ref. 99-P-2014.* El Salvador: Corte Suprema de Justicia de El Salvador, 2015.

» Corte plena. *Auto de diligencias de exequátur ref. 32-P-2017.* El Salvador: Corte Suprema de Justicia de El Salvador, 2017.

» Dirección General de los Registros y del Notariado. STS 355/1998. España: Ministerio de Justicia, 1998.

» Dirección General de los Registros y del Notariado. *Resolución RJ 1998/1118.* España: Ministerio de Justicia de España, 1998.

» Espinós Borrás de Quadras, Álvaro. *Impugnación de acuerdos sociales.* Barcelona: Bosch, 2007.

» Fernández Rozas, José Carlos. *Tratado del Arbitraje Comercial en América Latina.* Madrid: Iustel, 2008.

» González de Cossío, Francisco. "Arbitrabilidad de controversias en materia de sociedades mercantiles: notas para una discusión". Ponencia presentada ante la Comisión de Derecho Mercantil y el Comité de Derecho Arbitral de la Barra Mexicana, Colegio de Abogados, s. f.

» González de Cossío, Francisco. Arbitraje. México: Porrúa, 2014.

» Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje. El Salvador: Asamblea Legislativa, 2002

» Ley 11/2011, de 20 de mayo, de reforma de la Ley 60/2003, de Arbitraje y de regulación del arbitraje institucional en la Administración General del Estado, BOE núm. 121. España: Jefatura de Estado, 2011.

» Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional. Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), 1985.

» Ley de Registro de Comercio. El Salvador: Asamblea Legislativa, 1973.

» Ley de Procedimientos Uniformes para la Presentación, Trámite y Registro o Depósito de Instrumentos en los Registros de la Propiedad Raíz e Hipotecas, Social de Inmuebles, de Comercio y de Propiedad Intelectual. El Salvador: Asamblea Legislativa, 2004.

» Martín Pastor, José. "Arbitraje e impugnación de acuerdos sociales". *Revista del Poder Judicial*, núm. 59 (2000): 237–300.

» Rodríguez Roblero, María Inmaculada. *Impugnación de acuerdos sociales y arbitraje*. Barcelona: Bosch, 2010.

» Rodríguez Rodríguez, Joaquín. *Tratado de sociedades mercantiles*, tomo II, 4.ª ed., revisada y actualizada por Rafael de Pina Vara. México: Porrúa, 1971.

» Sanín Bernal, Ignacio. "La impugnación de decisiones sociales: la acción de impugnación". Ponencia presentada en el Cuarto Congreso de Derecho Comercial, Medellín, 1988.

» Sala de lo Constitucional. *Sentencia ref. 17-C-90.* El Salvador: Corte Suprema de Justicia de El Salvador, 1991.

» Sala Primera. *Sentencia núm. 355/1998.* España: Tribunal Supremo de España, 1998. / Recurso de casación núm. 455/1994 (RJ 1998/2984).

» Sala de lo Constitucional. *Sentencia ref. 3-86.* El Salvador: Corte Suprema de Justicia de El Salvador, 1988.

» Sala de lo Constitucional. *Sentencia ref. 17-C-90.* El Salvador: Corte Suprema de Justicia de El Salvador, 1991.

» Sala de lo Constitucional. *Sentencia de proceso de amparo ref. 109-2016.* El Salvador: Corte Suprema de Justicia de El Salvador, 2019.

» Sala Primera. *Sentencia núm. 776/2007.* España: Tribunal Supremo de España, 2007.

» Sentencia de la Audiencia Provincial de Guadalajara, AC 1997/1429. España, 1997.

» Torres Landa R. Juan Francisco y Francisco González de Cossío. *Arbitraje en sociedades mercantiles: un diálogo sobre su utilidad,* coordinado por Francisco González de Cossío. México: Bosch México, 2022.

» Vázquez del Mercado, Óscar. *Asambleas, fusión, liquidación y escisión de sociedades mercantiles,* 13.ª ed. México: Porrúa, 2021.

» Verdera y Tuells, Evelio, José Carlos Fernández Rozas, José María Beneyto Pérez y Gonzalo Stampa Casas. Jurisprudencia española de arbitraje: 60 años de aplicación del arbitraje en España. Coordinado por María Inmaculada Rodríguez Roblero. Navarra: Thomson Reuters Aranzadi, 2013.

Revista Derecho

VOLUMEN 10 (2026)
Noviembre 2025 - Noviembre 2026

ISSN: 2411-1465
e-ISSN: 2789-3960

La motivación como límite a la arbitrariedad: análisis del test de motivación suficiente en la jurisprudencia constitucional ecuatoriana

Motivation as a limit to arbitrariness: analysis of the sufficient motivation test in Ecuadorian constitutional jurisprudence

Marianela Isabel Armijos Campoverde
(Universidad Técnica Particular de Loja, Ecuador)
https://orcid.org/0000-0001-9171-8154
Correpondencia: miarmijos@utpl.edu.ec

Darío Alcides Díaz Toledo
(Universidad Técnica Particular de Loja, Ecuador)
https://orcid.org/0000-0002-3859-193X
Correpondencia: diaztoledo@utpl.edu.ec

Sandra Jacqueline Encarnación Ordóñez
(Universidad Técnica Particular de Loja, Ecuador)
https://orcid.org/0000-0002-1436-4169
Correpondencia: sjencarnacion@utpl.edu.ec

Mayerly Dayana Aponte Torres
(Egresada de la Carrera de Derecho de la Universidad Técnica Particular de Loja, Ecuador)
https://orcid.org/0009-0001-1343-1024
Correpondencia: mdaponte@utpl.edu.ec

DOI: https://doi.org/10.66778/RD.v10n01.07

CC BY NC

Recibido: 18-12-2025
Aceptado: 12-10-2026

Revista Derecho Vol. 10 (2026)
https://revistas.ues.edu.sv/index.php/revder
ISSN: 2411-1465 | e-ISSN: 2789-3960

LA MOTIVACIÓN COMO LÍMITE A LA ARBITRARIEDAD: ANÁLISIS DEL TEST DE MOTIVACIÓN SUFICIENTE EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL ECUATORIANA

Marianela Isabel Armijos Campoverde
Darío Alcides Díaz Toledo
Sandra Jacqueline Encarnación Ordóñez
Mayerly Dayana Aponte Torres

RESUMEN
El presente trabajo analiza la garantía de la motivación en las sentencias judiciales expedidas en Ecuador como parte relevante del debido proceso y derecho a la defensa, al amparo de los preceptos constitucionales en actual vigencia y recogidos en la Constitución de la República del Ecuador. Se examina la evolución doctrinaria y jurisprudencial de esta garantía, que va desde el test de motivación de 2012 al test de "motivación suficiente" de 2021, al amparo de lo establecido en la sentencia Nro. 1158-17-EP/21 expedida por la Corte Constitucional del Ecuador. A partir de este renovado test, se delimitan los elementos indispensables de la fundamentación fáctica y jurídica, así como las deficiencias y vicios que pueden afectar la validez de una decisión judicial. Se manifiesta que la motivación no se reduce a la mera cita de la normativa aplicable a cada caso, sino que debe expresar un razonamiento lógico y coherente que vincule hechos, pruebas y normas aplicables. Este análisis concluye que la motivación suficiente es una garantía de mínimos constitucionales que salvaguarda la legitimidad del sistema judicial, previene la arbitrariedad, garantiza la seguridad jurídica y refuerza la confianza ciudadana en la administración de justicia ecuatoriana.

PALABRAS CLAVES: Corte Constitucional del Ecuador - deficiencias motivacionales - motivación - sentencias judiciales - test de motivación suficiente

MOTIVATION AS A LIMIT TO ARBITRARINESS: ANALYSIS OF THE SUFFICIENT MOTIVATION TEST IN ECUADORIAN CONSTITUTIONAL JURISPRUDENCE

Marianela Isabel Armijos Campoverde
Darío Alcides Díaz Toledo
Sandra Jacqueline Encarnación Ordóñez
Mayerly Dayana Aponte Torres

ABSTRACT
This study analyzes the constitutional guarantee of reasoned judicial decisions in Ecuador as an essential pillar of due process and the right to a defense under the Constitution of the Republic of Ecuador. It traces the doctrinal and jurisprudential evolution of this safeguard, from the 2012 reasoning test to the 2021 'sufficient reasoning' standard established by the Constitutional Court of Ecuador in Judgment No. 1158-17-EP/21. Within this updated framework, the paper defines the core requirements of factual and legal justification and identifies the reasoning defects capable of invalidating a judicial ruling. Rather than being satisfied by the mechanical citation of legal provisions, the judicial duty to give reasons requires a coherent, logical rationale linking the established facts, the evidentiary record, and the applicable law. The article concludes that sufficient reasoning establishes a minimum constitutional threshold that safeguards judicial legitimacy, prevents arbitrariness, ensures legal certainty, and strengthens public trust in Ecuador's justice system.

KEYWORDS: Constitutional Court of Ecuador - reasoning defects - duty to give reasons - judicial rulings - sufficient reasoning test

La motivación como límite a la arbitrariedad: análisis del test de motivación suficiente en la jurisprudencia constitucional ecuatoriana

Marianela Isabel Armijos Campoverde[1]
Darío Alcides Díaz Toledo[2]
Sandra Jacqueline Encarnación Ordóñez[3]
Mayerly Dayana Aponte Torres[4]
Ecuador

Introducción

El acceso a la justicia, como derecho fundamental inherente a toda persona, debe garantizarse a través de la aplicación rigurosa de principios constitucionales, tales como el debido proceso y el derecho a la defensa. Para que estos principios se efectúen de manera efectiva, es imprescindible que los órganos del orden público emitan resoluciones debidamente motivadas, que

1 Abogada, Máster en Migraciones Internacionales: Investigación; Políticas Migratorias y Mediación Intercultural, Docente Titular de Investigación Jurídica del Departamento de Ciencias Sociales y Políticas de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Técnica Particular de Loja

2 Abogado. Magíster en Derecho Administrativo, Docente Titular de Derecho Administrativo del Departamento de la Ciencias Jurídicas Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Técnica Particular de Loja de la Universidad Técnica Particular de Loja.

3 Abogada, Magíster en Derecho Administrativo, Doctoranda del Programa Oficial en Derecho Administrativo Iberoamericano por la Universidad de la Coruña-España, docente de Derecho Administrativo, Presidenta de la Asociación Latinoamericana de Derecho Administrativo (ALDA). Miembro del Instituto de Derecho Administrativo y Social (IDEAS).

4 Egresada de la Carrera de Derecho de la Universidad Técnica Particular de Loja.

Para escribir en nuestra revista, consulta las bases aquí

permita a las partes comprender las razones jurídicas y fácticas subyacentes a cada decisión.

La palabra motivación se deriva de motivo que proviene del latín motus, este término conlleva dos acepciones: *"1. Teoría de los fundamentos y métodos del conocimiento científico. 2. Parte de la filosofía que estudia los fundamentos del conocimiento científico en general"*.[5]

Por tanto, motivar implica dilucidar de manera clara, concisa y coherente los fundamentos o justificaciones que conllevaron a adoptar o ejecutar una decisión o acto. En el ámbito jurídico, la motivación constituye un pilar fundamental en la administración de justicia, pues implica la explicación oral o escrita en donde se arguye las razones jurídicas y fácticas que justifican la actuación de jueces, esto implica no solo la mera enunciación de normas o principios legales, sino la necesidad de establecer una relación conexa entre los hechos, las normas y la resolución emitida.

En este sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en el caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador, conceptúa a la motivación como *"la exteriorización de la justificación razonada que permite llegar a una conclusión"*.[6]

Todo ello con un único objetivo, garantizar en las decisiones judiciales la existencia de elementos fundamentales y esenciales que permitan a las partes comprender de manera precisa las razones existentes detrás de un fallo, para así prevenir el cometimiento de actos arbitrarios o abusos por parte de los poderes públicos, quienes, en el ejercicio de sus competencias, no deben únicamente atender a la legitimidad formal, sino ajustar su actuación de manera rigurosa a la legitimidad material, en la cual tienen el deber y obligación de fundamentar de manera correcta sus fallos, independientemente de la instancia en la que

5 Diccionario panhispánico del español jurídico, "epistemología", consultado el 06 de diciembre de 2025, https://dpej.rae.es/lema/epistemolog%C3%ADa%20

6 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Sentencia Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador* (Costa Rica: Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2007), https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_170_esp.pdf

se encuentren, para así asegurar, efectivamente a través de la de motivación, principios constitucionales tan indispensables como el debido proceso y el derecho a la defensa.

Como se ha mencionado anteriormente, la motivación es una garantía constitucional inherente al debido proceso y al derecho a la defensa, fundamental para una adecuada administración de justicia, asegurando que las resoluciones judiciales y administrativas sean fundamentadas con argumentos comprensibles y claros. Por lo cual, resulta imprescindible efectuar un análisis exhaustivo de cómo se configura en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, a partir del test de motivación vigente en los actuales momentos.

La motivación como garantía constitucional del debido proceso, ha experimentado una evolución notable a lo largo de los años, consolidándose como un derecho fundamental a través de un extenso cuerpo de jurisprudencia. Dicho desarrollo, ha permitido el establecimiento de parámetros mínimos o esenciales para su adecuada aplicación, plasmándose en lo que la Corte Constitucional del Ecuador (CCE) denomina *test de motivación*.

Como se verá más adelante, este *"test de motivación"* se concibió como el conjunto de lineamientos que permiten evaluar posibles vulneraciones a la garantía de motivación en los fallos judiciales. Sin embargo, debido a la errónea aplicación por parte de los operadores de justicia al ejecutarlo de manera mecánica, en el año 2019, la Corte Constitucional del Ecuador, decidió expedir uno nuevo, bajo la denominación de *"test de motivación suficiente"*,[7] basado en fortalecer una debida motivación, desarrollando nuevos criterios jurisprudenciales para así eludir errores de juicio y mitigar posibles desorientaciones que se puedan producir en las decisiones judiciales. Dicho test, será motivo de análisis en líneas posteriores.

7 Corte Constitucional del Ecuador, *Sentencia No. 1158-17-EP/21, caso Garantía de la motivación* (Quito: Pleno de la Corte Constitucional, 2021), https://esacc.corteconstitucional.gob.ec/storage/api/v1/10_DWL_FL/eyJjYXJwZXRhIjoidHJhbWl0ZSIsInJwZXRhIjoidHJhbWl0ZSIsInV1aWQiOiJkYjI2NzM0NS05MjE2LTQ1ZDMtOGE5Ny03YTg2ZTAyMmYwYmYucGRmIn0%3D

Por ende, el estudio de la motivación adquiere relevancia no solo por su dimensión teórica, sino por sus implicaciones prácticas en la tutela judicial efectiva, el debido proceso y el derecho a la defensa. La ausencia de una correcta motivación genera resoluciones arbitrarias, socava la legitimidad del sistema judicial y afecta la confianza ciudadana en las instituciones, especialmente, en aquellas que tienen a su cargo la administración de justicia.

I. La motivación en la doctrina

Luigi Ferrajoli, menciona acerca de la motivación judicial que:

> *"Es un proceso lógico y complejo que no puede ser reducido a un silogismo práctico tradicionalmente atribuido a la ley; por el contrario, está compuesta por dos premisas clave que sustenta la decisión judicial; estas son: la inducción fáctica, orientada a la verdad de los hechos mediante las pruebas recogidas; y, la deducción jurídica que consiste en la aplicación de la norma sobre el hecho determinado como verdadero. Por tanto, la motivación resulta de la conjunción del hecho y su calificación jurídica previa a la resolución o sentencia".*[8]

Por su parte, Espinosa explica que la motivación de las decisiones judiciales requiere de la convergencia de diversas características especiales; en primer lugar, que sea expresa, lo que implica que los juzgadores deben señalar con claridad los fundamentos que soportan su decisión sin necesidad de remitirse a otros actos procesales para su comprensión. En segundo lugar, implica claridad, pues la resolución será comprensible, inteligible y examinable, evitando a toda costa la ambigüedad en su lenguaje.

8 Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón: Teoría del garantismo penal* (Madrid: Editorial Trotta, 1995), 64, https://www.egepud.edu.pe/archivos/Derecho%20y%20Raz%C3%B3n.%20Teor%C3%ADa%20del%20Garantismo_EGEPUD.pdf

Además, la motivación será completa, lo cual significa que el juzgador tiene la obligación de abordar la totalidad de los hechos y puntos de derecho discutidos durante la litis, así como el valor que se otorga a la carga probatoria para sustentar su decisión. Otra característica fundamental, radica en que la motivación es legítima, refiriéndose a la valoración legal de la prueba aportada dentro del proceso, siempre en consonancia con la Constitución, los tratados internacionales y las leyes vigentes. Finalmente, la motivación tiene que ser lógica, guardando coherencia y derivación entre los hechos probados y el Derecho aplicado, utilizando al máximo las reglas de la sana crítica y evitando cualquier tipo de contradicción entre sus argumentos y conclusiones.[9]

En la doctrina ecuatoriana, el jurista Zavala Egas como se cita en Serrano, se adhiere al criterio de evaluar sistemáticamente a la motivación bajo un test de razonabilidad, el cual, se compone de cinco requisitos esenciales: consistencia entre la decisión y el ordenamiento jurídico; coherencia entre el fallo y los principios fundamentales del ordenamiento; universalidad de la decisión para que pueda ser adoptado para casos análogos; análisis de las consecuencias jurídicas para las partes; finalmente, se encuentra el requisito de la corrección de la decisión, el cual opera en una doble dimensión: primero, asegurando que el criterio adoptado por el juez no sea inherentemente incorrecto; y segundo, garantizando que dicho criterio se desarrolle de manera lógica y congruente con el camino que sigue la decisión final.[10]

En la misma línea, Rodríguez F. explica que, la motivación es el término antagónico de la arbitrariedad, entonces, es un acto que emana de la autoridad pública competente expresando en forma justificada el razonamiento de las decisiones adoptadas. En Ecuador, con el estándar vigente (motivación

9 Carla Espinosa Cueva, *Teoría de la motivación de las resoluciones judiciales y jurisprudencia de casación y electoral*, (Quito: Tribunal Contencioso Electoral, 2010), 63-80, https://visorweb.utpl.edu.ec/library/publication/teoria-de-la-motivacion-de-las-resoluciones-judiciales-y-jurisprudencia-de-casacion-y-electoral

10 Luis F. Serrano *et al.*, "Análisis de los parámetros de la motivación judicial en el Ecuador", *Iustitia Socialis: Revista Arbitrada de Ciencias Jurídicas* 5, no. 1 (2020): 356–375, https://www.fundacionkoinonia.com.ve/ojs/index.php/Iustitia_Socialis/article/view/616/931

suficiente), debe existir una correlación entre los hechos y el Derecho, no siendo para el efecto suficiente con enlistar normas que no son aplicables al caso únicamente para rellenar el contenido de la sentencia; o, por el contrario, no existe fundamentación fáctica si solo se anuncian los antecedentes sin una valoración probatoria.[11]

III. Antecedentes de la sentencia 1158-17-EP/21[12]

Previo a analizar la sentencia y su desarrollo jurisprudencial, es importante destacar su antecedente histórico, previamente al año 2021 la garantía de motivación se regía bajo la regla de efecto *erga omnes* conocida como test de motivación desarrollado por la Corte Constitucional del Ecuador del período de transición en el año 2012 en su sentencia No. 227-12-SEP-CC,[13] compuesto por tres elementos esenciales: razonabilidad, lógica y comprensibilidad. Su objetivo era proporcionar una herramienta de control sistemática para determinar si una decisión judicial o administrativa cumplía con la garantía constitucional.

El parámetro de la razonabilidad fue un criterio vinculante que mandaba que el razonamiento del juzgador debía ceñirse a la Constitución y al sistema de leyes, es decir, que la decisión fuera normativamente correcta. Por otro lado, la lógica exigía que los fundamentos fácticos y la conclusión de la sentencia estuvieran unidas por un razonamiento coherente que siguiera las reglas del pensamiento lógico (principio de no contradicción); finalmente, la comprensibilidad, cuyo parámetro mantiene su esencia en la actualidad pues

11 Felipe Rodríguez, *Tratado de derecho procesal penal I: Introducción al derecho procesal penal y principios fundamentadores* (Quito: Cevallos, 2023), 305–306, 319, 322–323.

12 Corte Constitucional del Ecuador, *Sentencia No. 1158-17-EP/21.*

13 Corte Constitucional del Ecuador, *Sentencia No. 227-12-SEP-CC* (Quito: Pleno de la Corte Constitucional, 2012), https://esacc.corteconstitucional.gob.ec/storage/api/v1/10_DWL_FL/e2NhcnBldGE6J2FsZnJlc2NvJywgdXVpZDonMWY3MTUwODMtODk5OC00NDEwLWI3NjUtYmQ5YzNlNzUyMDMyLnBkZid9

se entiende que la motivación de la sentencia deberá ser entendible, no solo para los sujetos procesales, sino para la sociedad en general.

Fue hasta el año 2021, cuando la Corte Constitucional del Ecuador a través de la sentencia No. 1158-17-EP/21,[14] estableció un cambio en la regla jurisprudencial sobre la motivación. Este fallo encuentra su antecedente fáctico y procedimental en la acción extraordinaria de protección interpuesta por Ramón E. y María B. contra una sentencia de casación de la Sala Laboral de la Corte Nacional de Justicia.[15] Dicha Sala había rechazado el recurso, ratificando la decisión del Tribunal de segunda instancia, lo que llevó a los accionantes a interponer la garantía jurisdiccional alegando la vulneración del debido proceso en la garantía de motivación.

El cambio ocurre, en razón de que a criterio de la propia Corte en la sentencia No. 1158-17-EP/21 el anterior test de motivación presentaba serios inconvenientes, si bien cumplía su función en guiar a la determinación de deficiencias en la motivación, ignoraba la estructura mínima contenida en el artículo 76 numeral 7 literal l) de la Constitución de la República del Ecuador,[16] así como que, confundía la motivación correcta de la motivación suficiente al establecer una lista de control estandarizada en lugar de analizar la relación entre la fundamentación fáctica y jurídica que condujo a la decisión de los juzgadores.[17]

Con lo expuesto, los jueces constitucionales dejan por sentado que la garantía de motivación no es una garantía de acierto (como sostenía la Corte Constitucional de transición), puesto que no basta con que las normas aplicadas sean las correctas, sino que se explique su aplicación y relación en forma suficiente con los hechos probados en el caso. Además, que la corrección jurídica

14 Corte Constitucional del Ecuador, *Sentencia No. 1158-17-EP/21.*

15 Corte Nacional de Justicia del Ecuador, *Sentencia, juicio No. 17731-2015-1726, 2017* (Quito: Sala Especializada de lo Laboral,2017).

16 Constitución de la República del Ecuador (Quito: Asamblea Nacional, 2008), art. 76, num. 7, lit. l.

17 Corte Constitucional del Ecuador, *Sentencia No. 1158-17-EP/21, 14-15.*

de las normas aplicadas no corresponde al más alto órgano de administración de justicia constitucional sino a los Tribunales de alzada y a la Corte Nacional de Justicia.

Por esta razón, la Corte Constitucional del Ecuador en su sentencia No. 1158-17-EP/21[18] se aleja de esta regla estableciendo una nueva, misma que consiste en la motivación suficiente; es decir, cuando la argumentación jurídica que la acompaña cumple con la estructura mínima determinada en el artículo 76 de la Constitución de la República del Ecuador.[19] Como consecuencia, se compone de dos elementos importantes: fundamentación jurídica relacionada con la enunciación y justificación de las normas invocadas conexas y aplicables a los hechos del caso no bastando con ser una simple citación de normas; por otro lado, la fundamentación fáctica entendida como los hechos probados y no el mero anuncio de los antecedentes del hecho.

En este sentido, la regla jurisprudencial respecto a la garantía de motivación en líneas generales es cumplida a cabalidad cuando las normas, principios jurídicos y demás sustentos formales de Derecho que hayan sido enunciados, pero que, además, estos últimos tengan relación y pertinencia con los hechos probados, para ser aplicados libres de vicios motivacionales como inexistencia, insuficiencia y apariencia, los cuales serán analizados en párrafos subsiguientes.

De esta forma, identificó tres tipos principales de deficiencias motivacionales: inexistencia, referida a la falta de argumentación fáctica y jurídica en la resolución; insuficiencia, cuando la fundamentación es incompleta, lo que impide al lector entender de forma adecuada la sentencia; y, la apariencia de motivación, la cual implica la presencia de falacias como la incoherencia, inatinencia, incongruencia e incomprensibilidad en la argumentación jurídica.

18 Corte Constitucional del Ecuador, *Sentencia No. 1158-17-EP/21, 18-20.*

19 Constitución de la República del Ecuador, art. 76.

III. Debido proceso en la garantía de la motivación: el derecho a la defensa

La Convención Americana de Derechos Humanos hace referencia al debido proceso legal, en el cual ha señalado que:

> *"Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral fiscal o de cualquier otro carácter".*[20]

En este mismo sentido, la Opinión Consultiva OC-9/87 profundiza el sentido y alcance del debido proceso legal, al manifestar que:

> *"28. Este artículo 8 reconoce el llamado "debido proceso legal", que abarca las condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa de aquéllos cuyos derechos u obligaciones están bajo consideración judicial. Esta conclusión se confirma con el sentido que el artículo 46.2.a) da a esa misma expresión, al establecer que el deber de interponer y agotar los recursos de jurisdicción interna, no es aplicable cuando no exista en la legislación interna del Estado de que se trata el debido proceso legal para la protección del derecho o derechos que se alega han sido violados.*
>
> *29. El concepto de debido proceso legal recogido por el artículo 8 de la Convención debe entenderse como aplicable, en lo esencial, a todas las garantías judiciales referidas en la Convención Americana, aun bajo el régimen de suspensión regulado por el artículo 27 de la misma.*

20 Convención Americana sobre Derechos Humanos (Costa Rica: Organización de los Estados Americanos, 1969), art. 8.1.

30. Relacionado el artículo 8 con los artículos 7.6, 25 y 27.2 de la Convención, se concluye que los principios del debido proceso legal no pueden suspenderse con motivo de las situaciones de excepción en cuanto constituyen condiciones necesarias para que los instrumentos procesales, regulados por la Convención, puedan considerarse como garantías judiciales".[21]

Es por ello, que en un Estado Constitucional de Derecho se requiere que los procesos sean llevados a cabo no solo en un plazo razonable y por un juez competente, sino que resulta esencial proporcionar una serie de garantías básicas que aseguren el respeto y cumplimiento de los derechos e intereses de las partes en igualdad de condiciones.

Por tanto, el debido proceso, ligado estrechamente con el derecho de audiencia, al constituirse como un derecho fundamental, se encuentra ceñido por un conjunto de garantías esenciales reguladas en el ordenamiento legal, centradas en tres ejes principales, como es la validez procesal, procedimental y el eje de validez de las decisiones que toman los juzgadores. Siendo este último fundamento esencial en el presente análisis, pues refiere a la motivación como garantía del debido proceso y por ende del derecho a la defensa.

La motivación en el debido proceso implica que se evite la toma de decisiones arbitrarias, previniendo abusos de poder y dando legitimidad a la resolución, pues de no fundamentarse adecuadamente y conforme a ley, la misma resulta nula e incluso se impone una sanción al servidor judicial responsable del caso, por no responder a criterios básicos de independencia e imparcialidad que garanticen un debido proceso.

Por consiguiente, la existencia de tales circunstancias no solo provoca una transgresión al debido proceso, sino que también afecta el derecho a la defensa. El cual, no se limita a la disponibilidad de recursos que faciliten su ejercicio; sino que además implica, que en las resoluciones se formulen

21 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Opinión Consultiva OC-9/87 Garantías judiciales en estados de emergencia* (Costa Rica: Convención Americana sobre Derechos Humanos,1987), arts. 27.2, 25 y 8 1987, Serie A No. 9, párrs. 28–30.

argumentos claros, coherentes y precisos, fundamentales para la toma de decisiones, ya que se debe dejar explícitas las razones que justifican la actuación administrativa o judicial, sustentándose en criterios esenciales. Debido a que, la ausencia de esta claridad puede generar un estado de indefensión.

En este sentido, es crucial que cualquier actuación se adecúe a un ejercicio correcto del debido proceso y del derecho a la defensa, asegurando así que todas las partes tengan la oportunidad de presentar sus argumentos de manera efectiva y que se respeten las garantías fundamentales en el procedimiento.

IV. Motivación suficiente

Como se ha venido estableciendo, una motivación debida es equivalente a una justificación suficiente, lo cual es fundamental para garantizar una administración de justicia efectiva. Esto implica que el poder judicial, al argumentar sus decisiones, debe atender a elementos esenciales que respondan a una estructura mínimamente completa.

Lo mencionado en líneas anteriores, refiere a una motivación suficiente, la cual atiende a requisitos mínimos que debe incluir una fundamentación en una resolución o auto, en la cual sea dable a las partes involucradas la posibilidad de conocer las razones objetivas de las decisiones que afectan sus derechos.

Por tanto, se puede deducir que la motivación suficiente comprende dos ámbitos, por una parte, la potestad implícita de exigencia que conlleva su cumplimiento para con los órganos de poder judicial; y, por otro lado, su naturaleza argumentativa que previene la violación de derechos al proporcionar fundamentos claros y justificados en las decisiones adoptadas.

En este sentido, una reciente investigación asevera que la motivación suficiente, al actuar como un umbral de mínimos, es un requisito fundamental que se encuentra amparado en la Constitución, asegurando la protección de

derechos fundamentales *"sería el primer escalón que toda decisión debe sobrepasar, ese escalón protegido constitucionalmente como garantía que permite ejercer el derecho de debido proceso y, en particular, el derecho de defensa, una garantía de mínimos"* [22].

Dicho resguardo normativo, se encuentra previsto en la Constitución de la República del Ecuador en el cual se enfatiza que:

> *"Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados".*[23]

El artículo en cuestión, ampara aspectos que van más allá de la mera enunciación de normas y su adecuada aplicación, pues de manera complementaria, abarca la necesidad de contar con una fundamentación normativa y fáctica suficiente, elementos propios que constituyen una motivación suficiente amparada en el ordenamiento jurídico. La fundamentación normativa suficiente, no se refiere a la mera enunciación de normas y principios jurídicos, sino a la adecuada formulación normativa que relaciona y justifica suficientemente la decisión en relación con el caso.

Esta exigencia ha sido ratificada en el Caso López Lone y Otros vs. Honduras en el cual *"La Corte advierte que la mera enumeración de las normas que podrían resultar aplicables a los hechos o conductas sancionadas no satisface los requisitos de una adecuada motivación"*.[24] Por lo que resulta indispensable que la misma no se limite a la citación de normas, sino que debe implicar un

22 María José Mogrovejo Serna, "La motivación aparente como vulneración al derecho al debido proceso en la jurisprudencia constitucional" (tesis de grado, Universidad Internacional del Ecuador, 2023), 32, https://repositorio.uide.edu.ec/handle/37000/5908

23 Constitución de la República del Ecuador, art. 76 numeral 7 literal l.

24 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Sentencia Caso López Lone y otros vs. Honduras. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 302.* (Costa Rica: Convención Americana sobre Derechos Humanos,2015).

razonamiento que aborde tanto la interpretación como la aplicación del derecho, sustentando adecuadamente la resolución del caso en cuestión, basándose en una argumentación lógica y jurídica que conecte los hechos probados con las normas jurídicas pertinentes.

Por otro lado, la fundamentación fáctica suficiente es aquella explicación adecuada de los hechos considerados probados en el caso, es decir, es la exposición de los hechos en relación con las pruebas que se hayan presentado y que justifican que dichos sucesos son ciertos. Cabe recalcar que dicha fundamentación puede ser eludida en casos que traten cuestiones de puro derecho o donde los acontecimientos sean evidentes.

Al respecto en la sentencia No. 1158-17-EP/21 se establece que la fundamentación fáctica suficiente debe *"exponer […] el acervo probatorio aportado a los autos"*, *"mostrar que [...] el conjunto de pruebas ha sido analizado" y "permitir conocer cuáles son los hechos"*.[25] Todo ello, con un mismo objetivo; y, es de garantizar una motivación adecuada, que constituya un nexo entre la norma, hechos y la decisión adoptada.

No obstante, dichos componentes no requieren necesariamente una exposición explícita en el texto, ya que pueden estar implícitos en la argumentación pudiendo ser entendida a través de una lectura consciente.

Sin embargo, ello no exime el cumplimiento de los elementos mínimos de una motivación suficiente, la cual no implica que la misma sea correcta y que cuyo juicio de suficiencia dependerá de un estándar específico que permita evaluar su cumplimiento.

25 Corte Constitucional del Ecuador, *Sentencia No. 1158-17-EP/21, 21.*

V. Estándar de suficiencia

El estándar de suficiencia al que se ha hecho referencia es aquel mediante el cual se establece el alcance o nivel con que se emplearán los criterios jurídicos antes mencionados y la rigurosidad con la que el juez deberá abordar el análisis de la motivación acorde a las particularidades de cada caso.

Ello, a razón de que el grado de exigencia difiere significativamente de un caso a otro, pues no implica la misma severidad de aplicación de los criterios para una motivación suficiente, en un acto administrativo a un caso penal en donde se ve implicado sanciones disciplinarias que pueden, conforme al contexto, restringir o suspender derechos como la libertad o los derechos políticos.

Por tanto, este enfoque evita caer en un tratamiento meramente formal de los criterios, como sucedía con el primer test de motivación, en el cual los operadores de justicia solo verificaban un cumplimiento sin mayor profundización.

En su lugar, se espera que, con este estándar de suficiencia, los jueces apliquen dichos criterios conforme a la naturaleza del proceso, los hechos específicos del caso y la materia en cuestión, analizando si una motivación deficiente podría afectar el ejercicio efectivo de los derechos de las partes involucradas.

VI. Tipos de deficiencia en la motivación

En términos jurídicos, una argumentación que no alcanza una estructura mínimamente completa implica una carencia de motivación suficiente, lo que constituye una deficiencia en el cumplimiento de los estándares motivacionales exigidos, es decir, la deficiencia motivacional es aquella falta de justificación adecuada en las resoluciones judiciales o administrativas.

En referencia a ello, Ramón y Barrionuevo establecen una definición aún más precisa respecto a la deficiencia motivacional:

> *"La deficiencia aparece cuando es claro que las decisiones de los juzgadores no contienen una estructura mínimamente completa en la cual, debe englobar la fundamentación normativa suficiente invocada para los distintos casos para resolución, además, la fundamentación fáctica suficiente dependiendo de la naturaleza del proceso en el cual deba pronunciarse".*[26]

En este contexto jurídico, resulta necesario definir los tres tipos de deficiencias en la motivación que pueden llevar al incumplimiento del criterio rector. Siendo la primera de estas, la inexistencia, comprende la carencia total de la fundamentación normativa y fáctica en una resolución judicial. Es decir, no se presentan análisis, argumentos ni razones que justifican o sustentan la relación entre los hechos, las normas y la resolución adoptada por parte del poder judicial, lo que provoca que las partes no comprendan por qué se llegó a tal decisión. A ello, resulta pertinente mencionar que una simple enunciación de normas y hechos, sin un desarrollo argumentativo, equivale a una motivación inexistente, ya que no cumple con los estándares mínimos exigidos para asegurar una motivación adecuada y comprensible en el ejercicio de la justicia.

La segunda deficiencia que se puede presentar, es la insuficiencia, tal y como se determina en la sentencia No. 1158-17-EP/21 *"cuando la respectiva decisión cuenta con alguna fundamentación normativa y alguna fundamentación fáctica, pero alguna de ellas es insuficiente porque no cumple el correspondiente estándar de suficiencia"*.[27] Es decir, si bien responde a la existencia de una fundamentación fáctica y normativa, una de ellas o ambas se encuentran limitadas o incompletas; y, por lo tanto, no resultan suficientes para cubrir todos los aspectos relevantes de la controversia.

26 José Barrionuevo y Karen Ramón, "El criterio de motivación emitido por la Corte Constitucional frente a los actos administrativos", *LATAM Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales y Humanidades* 4, n.º 4 (2023): 64, https://doi.org/10.56712/latam.v4i4.1198

27 Corte Constitucional del Ecuador, *Sentencia No. 1158-17-EP/21, 24.*

Y finalmente, la tercera deficiencia se denomina: la apariencia, esta deficiencia motivacional se desprende directamente de las dos mencionadas anteriormente, pues implica que a simple vista la resolución cuenta con una fundamentación fáctica y normativa suficiente. Sin embargo, dicha argumentación es inexistente o insuficiente, esto debido a que puede llegar a ocultar decisiones provistas de un vicio motivacional ya sea por incoherencia, inatinencia, incongruencia o incomprensibilidad, *"asunto que resulta muy relevante dado que esta deficiencia sería una de las más difíciles de detectar"*.[28] Lo que representa un riesgo para la transparencia y la legitimidad en la administración de justicia.

En suma, la aplicación diligente del criterio rector de la motivación evita que se ocasione el resquebrajamiento de elementos mínimos de suficiencia que tienen por objeto principal contribuir a un sistema de justicia que respeta y asegura los derechos de los involucrados, manteniendo la confianza en la justicia y evitando la arbitrariedad en la toma de decisiones.

VII. Vicios de motivación

Los vicios de motivación constituyen deficiencias o equivocaciones en la argumentación jurídica, cuya difusión comprometa la validez y legitimidad de las decisiones emitidas por el poder judicial. De ahí que resulte esencial el evitar incurrir en ellas; aunque de manera taxativa, se dividen en cuatro vicios, siendo estos: la incoherencia, inatinencia, incongruencia y la incomprensibilidad.

Remitirnos a la incoherencia como vicio motivacional, significa hacer referencia a la presencia de contradicciones en la fundamentación de una decisión judicial, ya sea esta en su parte fáctica o jurídica. Pues, aunque exista una "aparente" motivación se ve incursionada en argumentos que resultan ser

28 César Gamboa y Ernesto Anzieta, "Nuevos estándares de motivación planteados por la Corte Constitucional del Ecuador y la argumentación jurídica", *Revista Científica Multidisciplinar* 7, n.º 4 (2023): 2093, https://doi.org/10.37811/cl_rcm.v7i4.7032

opuestos entre sí. Es decir, es la discordancia entre las premisas fácticas, las normas, la conclusión y la decisión final.

En este contexto, la incoherencia puede analizarse bajo dos enfoques: la incoherencia lógica y la incoherencia decisional, basándonos en la sentencia No. 1158-17-EP/21:

> *"Hay incoherencia cuando en la fundamentación fáctica o en la fundamentación jurídica se verifica: o bien, una contradicción entre los enunciados que las componen –sus premisas y conclusiones– (incoherencia lógica), o bien, una inconsistencia entre la conclusión final de la argumentación y la decisión (incoherencia decisional). Lo primero se da cuando un enunciado afirma lo que otro niega; y lo segundo, cuando se decide algo distinto a la conclusión previamente establecida".*[29]

Así pues, la incoherencia lógica, implica contradicciones entre las premisas y las conclusiones de la argumentación; siendo fundamental indicar que este vicio se configura solo si, al eliminar dichas contradicciones del resto de la argumentación no quedan razones suficientes que sustenten la decisión adoptada dado que representaría una motivación aparente.

Además de ello, se cuenta con la incoherencia decisional, que consiste en una inconsistencia entre la argumentación de la conclusión final con la decisión, en otros términos, es la discordancia entre la conclusión de la argumentación y el fallo emitido.

Por otro lado, la inatinencia que según la sentencia 1158-17-EP/21,[30] se encuentra presente cuando en la fundamentación fáctica o normativa se establecen razones que no se relacionan con la controversia del caso, es decir, *"una inatinencia se produce cuando el razonamiento del juez 'equivoca el punto'"*.[31] No obstante, dicho vicio motivacional no implica que la normativa se encuentre o no bien aplicada al caso, sino que se basa en que la motivación debe enfocarse

29 Corte Constitucional del Ecuador, *Sentencia No. 1158-17-EP/21, 25.*

30 Corte Constitucional del Ecuador, *Sentencia No. 1158-17-EP/21.*

31 Corte Constitucional del Ecuador, *Sentencia No. 1158-17-EP/21, 27.*

en justificar la aplicación de la fuente jurídica y no limitarse a establecer la pertinencia de la norma invocada.

Entre otro de los vicios de la motivación se tiene la incongruencia, la cual al respecto Bustamante y Molina señalan que se constituye *"Cuando en la fundamentación fáctica y jurídica, no se ha escuchado o, dado contestación, a algún argumento relevante de las partes procesales o alguna de ámbito jurídico"*.[32]

Por ende, la incongruencia puede ser vista desde dos escenarios diferentes, uno frente a derecho; y, otro frente a las partes. El primero se refiere a cuando el órgano responsable de emitir decisiones judiciales no ha dado respuesta alguna a cuestiones que la ley exige que sean tratadas al momento de adoptar resoluciones.

Mientras que, el segundo, refiere cuando no se ha dado razones argumentadas a cuestiones significativamente relevantes que corresponden al problema jurídico que surge de las pretensiones establecidas por las partes procesales, es así que para determinar si un hecho resulta relevante al caso o no se debe atender solo al estándar de suficiencia sino también al problema jurídico base de la controversia.

Además, en el ámbito jurídico, dicha incongruencia por parte del juez puede manifestarse mediante omisión, cuando no aborda aspectos de importancia en el caso, o mediante acción, cuando, a pesar de haber atendido estos aspectos, distorsiona o altera su interpretación.

Finalmente, contamos con la incomprensibilidad, este vicio se constituye cuando la motivación no resulta comprensible en términos razonables, ya sea para el profesional del Derecho como para las partes procesales cuando éstas concurren sin defensa técnica alguna.

32 Ángel Bustamante y Victoria Molina, "La garantía de motivación desde la línea jurisprudencial de la Corte Constitucional ecuatoriana", *Revista Metropolitana de Ciencias Aplicadas* 6, n.º 1 (2023): 97, https://doi.org/10.62452/ert5ty86

Sin embargo, esto no abarca que la motivación deba ser comprensible y accesible para todo el público en general, pues esto corresponde a un precepto claramente establecido en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, en su artículo 4.10[33] en donde los jueces deben cumplir con la emisión de sentencias concretas, inteligibles, clara, asequible y sintética lo cual se relaciona con la sentencia 1158-17-EP/21 *"con la excelencia que debe perseguir toda motivación, pero no con la suficiencia de la motivación"*.[34]

Consecuentemente, aunque los vicios analizados con anterioridad si bien pueden llegar a proporcionar una motivación aparente, la misma no cumple con el criterio de suficiencia lo que genera consecuencias en la administración de justicia.

Estas consecuencias que se desprenden de una motivación deficiente conllevan implicaciones de Derecho que pueden afectar tanto a los órganos judiciales como a la resolución en sí, ya que, cuando los poderes jurisdiccionales emitan o adopten resoluciones o decisiones estos deberán ejercer conforme a Derecho, cumpliendo con la normativa y la jurisprudencia, caso contrario y, como se determina en el ordenamiento jurídico, las mismas serán nulas. Además, para que la nulidad se configure en el ámbito de la motivación, debe atender a la insuficiencia de un elemento mínimo más no sobre cuestiones procesales.

Asimismo, una motivación inadecuada abarca la imposición de sanciones expresas a los jueces a quienes se les haya encargado el caso donde se verifique una vulneración a la motivación como garantía del debido proceso.

En definitiva, incurrir en cualquiera de estos vicios en una motivación que debería cumplir con el estándar de suficiencia contraviene el marco normativo vigente, el cual establece que la motivación debe ser precisa, clara y fundamentada de manera adecuada y pertinente.

33 Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 52 (Ecuador: Asamblea Nacional, 2009), art. 4, num. 10.

34 Corte Constitucional del Ecuador, *Sentencia No. 1158-17-EP/21, 33.*

VIII. Motivación correcta

Como se ha analizado en acápites anteriores, la normativa ecuatoriana respalda fidedignamente la motivación suficiente, la cual corresponde a una obligación que debe ser atendida por el órgano encargado de ejercer justicia en forma basta. Sin embargo, en muchos de los casos esta se ve trastocada significativamente al momento en que es confundida con la motivación correcta.

La motivación correcta va más allá de una fundamentación fáctica o jurídica suficiente, ya que esta implica que el ordenamiento jurídico en conjunto debe garantizar una motivación idónea. Es por ello, que en la sentencia No. 1158-17-EP/21 (CCE, 2021) toma a la motivación correcta como *"un ideal inherente al Estado constitucional porque este persigue la realización de la justicia a través del Derecho"*.[35]

Es decir, la motivación correcta se centra en el hecho de que la fundamentación fáctica y normativa sea correcta tanto en su interpretación, aplicación o valoración, lo que difiere de una motivación suficiente, ya que esta comprende que la fundamentación fáctica y normativa que se ha aplicado, justifique suficientemente las razones de la decisión adoptada. De lo contrario, se estaría vulnerando la motivación como garantía, no siendo el caso de la motivación correcta puesto que esta se diferencia de la antes mencionada ya que una resolución puede ser suficiente, pero ello no implica que sea acertada.

35 Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 1158-17-EP/21, 6.

IX. Consecuencias de una motivación incorrecta en Derecho y una motivación incorrecta conforme a hechos

Incurrir en motivaciones erróneas tanto de hecho como de derecho, involucra múltiples consecuencias que impactan la validez de las resoluciones, por lo que resulta necesario rectificarlas. Dicho esto, es imperioso ahondar en un análisis en el que se especifique cuando se enfrentan a este tipo de equivocaciones.

Cuando se refiere a la interpretación, ésta atiende al proceso de determinar el alcance y sentido de una norma, por ende, el error en la interpretación implica que el órgano jurisdiccional otorgue a la norma un significado o ámbito que no le corresponde, desviándose de su finalidad o contexto original.

Por tanto, una motivación incorrecta frente al Derecho, es aquella que acarrea una errónea aplicación de la normativa, en la que, aunque se respete el contenido de la norma, esta se aplica en una situación que no encuadra en los supuestos que la misma regula. Es por ello que, *"para ejecutar una interpretación más precisa, es fundamental comprender el objeto de la interpretación jurídica, esto incluye: el enunciado jurídico, la norma jurídica y el derecho en su conjunto"*.[36]

De este modo, se puede profundizar en lo que constituye una motivación incorrecta frente a los hechos, la cual surge de una errónea valoración del acervo probatorio que determina la veracidad del caso. Para configurar este tipo de motivación inexacta es necesario identificar cuatro aspectos específicos que, conforme a lo dispuesto en la sentencia del juicio No. 07333201901514, se determina lo siguiente:

36 Isabella Polo de la Cruz, "Problemas de la interpretación jurídica: el papel del lenguaje en el derecho", *Revista Saber, Ciencia y Libertad en Germinación* 16, n.º 1 (2023): 18, https://revistas.unilibre.edu.co/index.php/germinacion/article/view/10638

a) "se valoró un medio de prueba que no estaba incorporado en el proceso; b) se omitió valorar un medio de prueba que está incorporado en el proceso que es de importancia para la decisión de la causa; c) se valoró medios de prueba que no han sido pedidos, presentados o practicados de acuerdo con la ley; o, d) se valoró un medio de prueba con trasgresión de la norma específica que lo regula".[37]

Por lo que en base a estos presupuestos y definiciones se podrá especificar e identificar la existencia o no de una motivación incorrecta ya sea frente a derecho o hecho.

Analizadas las particularidades que conlleva una motivación incorrecta y considerando que, como en cualquier figura jurídica, pueden presentarse elementos que generen invalidez, es necesario precisar las consecuencias legales que tales errores pueden acarrear.

Una incorrecta motivación no solo compromete el acertado ejercicio de los derechos de las partes procesales, sino que a su vez impacta directamente en la validez de las decisiones judiciales, lo que acarrea tanto el establecimiento de responsabilidades en el ámbito administrativo, civil o penal, cuando estas sean objeto de impugnación a través de diversos recursos, que buscan enmendar el error mediante la revisión integral del fallo pronunciado por un tribunal *ad quem* que puede, confirmar, revocar o reformar la decisión inicial emitida por el juez a *quo*.

X. Conclusiones

La motivación de la sentencia judicial es una garantía constitucional que es parte del debido proceso y del derecho a la defensa que tienen las personas, amparadas en el artículo 76, literal l, numeral 7 de la Constitución de la República del Ecuador. Su relevancia radica en que los jueces de todas las instancias tienen la obligatoriedad de exteriorizar en las resoluciones la

37 Corte Nacional de Justicia del Ecuador, *Sentencia, juicio No. 07333-2019-01514* (Quito: Sala Especializada de lo Civil y Mercantil, 2023).

fundamentación jurídica y los hechos fácticos en que se sustenta la decisión, la misma que debe ser comprensible para las partes; y, en caso de ser pertinente, cuestionarlos mediante los mecanismos de impugnación correspondientes. Desde este punto de vista, la motivación no es un requisito meramente formal, sino una garantía constitucional que limita el ejercicio arbitrario del poder jurisdiccional y contribuye a la legitimidad de la administración de justicia.

El análisis de la evolución jurisprudencial evidencia que la sentencia No. 1158-17-EP/21 de la Corte Constitucional del Ecuador determina cambios sustanciales en la forma de examinar la garantía de motivación, al superar la aplicación mecánica del anterior test de razonabilidad, lógica y comprensibilidad. La denominada motivación suficiente debe cumplir parámetros mínimos al momento de emitir una sentencia, entre ellos está: la pertinencia, coherencia que debe existir entre las normas o principios jurídicos con los hechos fácticos, atendiendo las particularidades de cada controversia.

Asimismo, se determina que la distinción entre motivación suficiente y motivación correcta resulta fundamental para delimitar el alcance de esta garantía constitucional. Mientras la primera exige que la decisión contenga una justificación que satisfaga los mínimos constitucionales, la segunda se relaciona con el acierto en la interpretación y aplicación del Derecho y en la valoración de los hechos. Por consiguiente, una resolución puede encontrarse suficientemente motivada y, sin embargo, contener errores jurídicos o fácticos que deban ser examinados mediante los recursos procesales correspondientes. Esta diferenciación impide confundir el control constitucional de la motivación con una revisión general de la corrección de las decisiones judiciales.

Por otra parte, la identificación de las deficiencias motivacionales de inexistencia, insuficiencia y apariencia, así como de los vicios de incoherencia, inatinencia, incongruencia e incomprensibilidad, proporciona criterios jurídicos para determinar cuándo una decisión incumple el estándar constitucional de suficiencia. Es decir, se convierten en herramientas de apoyo que permiten

identificar vulneraciones en el debido proceso, de manera especial el derecho a la defensa de las personas, así como evitar obtener decisiones que no tengan una justificación mínimamente suficiente.

Finalmente, se debe manifestar que al tener una motivación suficiente en las decisiones judiciales permite que los jueces cumplan su deber de justificar debidamente y evitar que cometan arbitrariedad, que es lo que se debe evitar a toda costa, ya que, la decisión tomada por ellos es de gran valía sobre todo para las partes que intervienen, puesto que están en juego sus derechos. Por tanto, la aplicación del estándar motivacional por parte de los juzgadores fortalece principios fundamentales que están en correlación con esta garantía constitucional como son la tutela judicial efectiva, la seguridad jurídica y la confianza ciudadana en la administración de justicia ecuatoriana.

Bibliografía

» Barrionuevo, José, y Karen Ramón. "El criterio de motivación emitido por la Corte Constitucional frente a los actos administrativos". *LATAM Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales y Humanidades* 4, n.º 4 (2023): 54–70. https://doi.org/10.56712/latam.v4i4.1198

» Bustamante, Ángel, y Victoria Molina. "La garantía de motivación desde la línea jurisprudencial de la Corte Constitucional ecuatoriana". *Revista Metropolitana de Ciencias Aplicadas* 6, n.º 1 (2023): 90-99. https://doi.org/10.62452/ert5ty86

» Corte Constitucional del Ecuador. *Sentencia No. 1158-17-EP/21*. Quito: Pleno de la Corte Constitucional, 2021. https://esacc.corteconstitucional.gob.ec/storage/api/v1/10_DWL_FL/eyJjYXJwZXRhIjoidHJhbWl0ZSIsInV1aWQiOiJkYjI2NzM0NS05MjE2LTQ1ZDMtOGE5Ny03YTg2ZTAyMmYwYmYucGRmIn0%3D

» Corte Constitucional del Ecuador. *Sentencia No. 227-12-SEP-CC*. Quito: Pleno de la Corte Constitucional, 2012. https://esacc.corteconstitucional.gob.ec/storage/api/v1/10_DWL_FL/e2NhcnBldGE6J2FsZnJlc2NvJywgdXVpZDonMWY3MTUwODMtODk5OC00NDEwLWI3NjUtYmQ5YzNlNzUyMDMyLnBkZid9

» Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Sentencia Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Costa Rica: Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2007. Serie C No. 170. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_170_esp.pdf

» Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso López Lone y otros vs. Honduras. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 5 de octubre de 2015. Serie C No. 302.

» Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Opinión Consultiva OC-9/87 Garantías judiciales en estados de emergencia*. Costa Rica: Convención Americana sobre Derechos Humanos,1987.

» Corte Nacional de Justicia del Ecuador. *Sentencia, juicio No. 17731-2015-1726,* 2017. Ecuador: Sala Especializada de lo Laboral, 2017.

» Corte Nacional de Justicia del Ecuador. *Sentencia, juicio No. 07333-2019-01514*. Ecuador. Sala Especializada de lo Civil y Mercantil, 2023.

» Constitución de la República del Ecuador Registro Oficial No. 449 Ecuador: Asamblea Nacional, 2008.

» Convención Americana sobre Derechos Humanos. Costa Rica: Organización de los Estados Americanos, 1969.

» Espinosa, Carla. *Teoría de la motivación de las resoluciones judiciales y jurisprudencia de casación y electoral*. Quito: Tribunal Contencioso Electoral, 2010. https://apps.tce.gob.ec/biblio/docs/2023/SC/teoriadelamotivacion.pdf

» Ferrajoli, Luigi. *Derecho y razón: Teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta, 1995. https://www.egepud.edu.pe/archivos/Derecho%20y%20Raz%C3%B3n.%20Teor%C3%ADa%20del%20Garantismo_EGEPUD.pdf

» Gamboa, César, y Ernesto Anzieta. "Nuevos estándares de motivación planteados por la Corte Constitucional del Ecuador y la argumentación jurídica". *Ciencia Latina. Revista Científica Multidisciplinar* 7, n.º 4 (2023): 2082-2100. https://doi.org/10.37811/cl_rcm.v7i4.7032

» Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional segundo suplemento del Registro Oficial No 52. Ecuador: Asamblea Nacional, 2009.

» Mogrovejo Serna, María José. "La motivación aparente como vulneración al derecho al debido proceso en la jurisprudencia constitucional". Tesis de grado. Universidad Internacional del Ecuador, 2023.

» Polo de la Cruz, Isabella. "Problemas de la interpretación jurídica: el papel del lenguaje en el derecho". *Revista Saber, Ciencia y Libertad en Germinación* 16, n.º 1 (2023): 17-25. https://revistas.unilibre.edu.co/index.php/germinacion/article/view/10638

» Diccionario panhispánico del español jurídico. "epistemología". Consultado el 6 de diciembre de 2025. https://dpej.rae.es/lema/epistemolog%C3%ADa

» Rodríguez, Felipe. *Tratado de derecho procesal penal I: Introducción al derecho procesal penal y principios fundamentadores*. Quito: Cevallos, 2023.

» Serrano-Vázquez, Luis Felipe, Juan Carlos Erazo-Álvarez, Diego Adrián Ormaza-Ávila y Cecilia Ivonne Narváez-Zurita. "Análisis de los parámetros de la motivación judicial en el Ecuador". *Iustitia Socialis Revista Arbitrada de Ciencias Jurídicas*. 5, n.º 1 (2020): 356–375. https://www.fundacionkoinonia.com.ve/ojs/index.php/Iustitia_Socialis/article/view/616/931

Revista Derecho

VOLUMEN 10 (2026)
Noviembre 2025 - Noviembre 2026

ISSN: 2411-1465
e-ISSN: 2789-3960

La constitución contra la desmesura de las sanciones administrativas: una propuesta desde el principio de proporcionalidad para la modulación de las categorías sancionatorias

The constitution against the excessiveness of administrative sanctions: a proportionality-based proposal for the modulation of sanctioning categories

Alberto Alfaro-Alvarado
(Universidad Dr. José Matías Delgado, El Salvador)
https://orcid.org/0009-0000-8378-7213
Correpondencia: maalfaroal@ujmd.edu.sv

DOI: https://doi.org/10.66778/RD.v10n01.08

CC BY NC

Recibido: 27-02-2026
Aceptado: 18-09-2026

Revista Derecho Vol. 10 (2026)
https://revistas.ues.edu.sv/index.php/revder
ISSN: 2411-1465 | e-ISSN: 2789-3960

LA CONSTITUCIÓN CONTRA LA DESMESURA DE LAS SANCIONES ADMINISTRATIVAS: UNA PROPUESTA DESDE EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD PARA LA MODULACIÓN DE LAS CATEGORÍAS SANCIONATORIAS

Alberto Alfaro-Alvarado

RESUMEN

El presente trabajo examina si el principio de proporcionalidad habilita a la Administración pública salvadoreña a imponer sanciones correspondientes a categorías de menor gravedad cuando, pese a encontrarse formalmente integrado el tipo infractor superior, la consecuencia jurídica prevista resulte manifiestamente excesiva en el caso concreto. La investigación parte del modelo clásico del Derecho Administrativo Sancionador, basado en la correspondencia rígida entre hecho, tipicidad y categoría sancionadora, para identificar sus límites constitucionales. Mediante un análisis dogmático-sistemático del art. 145 de la Ley de Procedimientos Administrativos, se sostiene que la referencia expresa a la proporcionalidad aunque aparece en el contexto del *non bis in idem*, constituye una habilitación normativa para la modulación en las categorías de las sanciones administrativas. La metodología empleada combina interpretación literal, sistemática y teleológica de la norma, junto con la reconstrucción teórica de la distinción entre tipicidad e intensidad de la reacción estatal. Los resultados muestran que la proporcionalidad opera en doble nivel: abstracto, en la graduación legislativa de infracciones, y concreto, en la aplicación administrativa, sin que ello implique recalificación típica ni analogía *in bonam partem*. Se concluye que la modulación en las categorías de las sanciones administrativas constituye una posibilidad jurídicamente habilitada, sometida a motivación reforzada y control jurisdiccional, que actúa como límite interno del *ius puniendi* administrativo frente al automatismo sancionador.

PALABRAS CLAVES: límites constitucionales - modulación sancionadora - principio de proporcionalidad - procedimiento administrativo sancionador - prohibición de excesos

THE CONSTITUTION AGAINST THE EXCESSIVENESS OF ADMINISTRATIVE SANCTIONS: A PROPORTIONALITY-BASED PROPOSAL FOR THE MODULATION OF SANCTIONING CATEGORIES

Alberto Alfaro-Alvarado

ABSTRACT

This article investigates whether the principle of proportionality empowers Salvadoran administrative authorities to impose sanctions from a lower severity tier when the elements of a more serious administrative offense are formally met, yet the statutorily prescribed penalty proves manifestly disproportionate in the specific case. Starting from the classical model of punitive administrative law -built on a rigid correspondence between conduct, statutory offense definition (typicity), and sanction tier- the study identifies its constitutional limits. Through a doctrinal and systematic reading of Article 145 of the Administrative Procedures Law, it argues that the express reference to proportionality, though framed within the non bis in idem provision, provides statutory authority to modulate administrative sanction categories. Combining literal, systematic, and teleological interpretation with a theoretical distinction between offense classification and punitive intensity, the analysis shows that proportionality operates both in abstracto, through legislative grading, and in concreto, during administrative enforcement, without requiring offense reclassification or analogy in bonam partem. It concludes that downward modulation of administrative sanctions—subject to heightened reasoning duties and judicial review—serves as an internal constitutional check on the administrative ius puniendi against mechanical sanctioning.

KEYWORDS: constitutional limits - sanction modulation - principle of proportionality - administrative sanctioning - prohibition of excessiveness

La constitución contra la desmesura de las sanciones administrativas: una propuesta desde el principio de proporcionalidad para la modulación de las categorías sancionatorias

Alberto Alfaro-Alvarado[1]

Introducción

El Derecho administrativo sancionador vive de una promesa: que la legalidad tipifica y, con ello, doméstica el poder de castigar. La promesa es razonable. La Administración no puede sancionar sino conforme a ley, y esa ley debe describir con suficiente precisión la conducta prohibida y la consecuencia jurídica asociada. Sin embargo, la experiencia muestra que la corrección formal de la subsunción no siempre garantiza la corrección material del castigo. La tipicidad ordena y, en abstracto, también mide: al tipificar, el legislador valora si conviene crear la infracción para tutelar un bien jurídico y con qué intensidad responder, que es lo que en este trabajo denominamos

1 Abogado y Notario, Máster en Derecho Constitucional, Máster en Derecho Administrativo, Máster en Derecho Procesal y Máster en Argumentación Jurídica. Doctorando en Derecho por la Universitat de València. Profesor de Derecho Constitucional de la Universidad Dr. José Matías Delgado. Investigador jurídico con publicaciones en Teoría del Derecho y protección del Derecho a la salud. Consultor internacional de organismos de cooperación internacional, (OPS/OMS, Banco Mundial USAID/MSH, entre otros) en las regiones de Centroamérica, Suramérica, el Caribe y África. Asesor jurídico externo de administraciones públicas y de grupos empresariales nacionales e internacionales, con trayectoria en litigación ante tribunales administrativos y judiciales. Reconocido en 2023, 2024 y 2025, como uno de los mejores 45 abogados menores de 45 años en El Salvador y Guatemala.

Para escribir en nuestra revista, consulta las bases aquí

juicio abstracto de proporcionalidad. Lo que esa medida anticipada no alcanza a ver es el caso concreto.

En los sistemas que clasifican infracciones en leves, graves y muy graves, el legislador realiza un juicio abstracto de proporcionalidad al distribuir conductas según su gravedad y fijar marcos sancionatorios diferenciados. Ese diseño es, en principio, legítimo: ofrece previsibilidad y racionaliza la respuesta punitiva. El problema aparece cuando la calificación abstracta abarca, sin distinción, supuestos heterogéneos en su desvalor material, de modo que el marco sancionatorio mínimo previsto para una infracción "grave" o "muy grave" puede resultar, en un supuesto límite, manifiestamente excesivo respecto de la lesividad real del hecho. En ese punto, el sistema deja de ser una estructura de garantía y corre el riesgo de convertirse en automatismo.

La pregunta que articula este trabajo es, por tanto, estrictamente dogmática: ¿puede el principio de proporcionalidad operar como límite interno del sistema de tipificación sancionadora, habilitando a la Administración salvadoreña -en supuestos excepcionales- a imponer sanciones correspondientes a infracciones o categorías de menor gravedad, aun cuando el tipo infractor «superior» se encuentre formalmente integrado, cuando la consecuencia jurídica prevista resulte materialmente desmesurada en el caso concreto? Dicho de otro modo: ¿puede modularse la consecuencia sin recalificar el hecho?

La hipótesis que aquí se defiende encuentra su punto de apoyo normativo en el artículo 145 de la Ley de Procedimientos Administrativos, que establece expresamente que, si así lo exige el principio de proporcionalidad, se impondrán sanciones correspondientes a infracciones o categorías de infracciones de menor gravedad. Aunque la disposición se ubica dentro del régimen del doble juzgamiento, su formulación incorpora una regla general: la proporcionalidad puede imponer corrección de intensidad, incluso mediante modulación entre categorías, como mecanismo de interdicción de excesos.

Para sostener esta tesis sin erosionar las garantías del ciudadano -y sin abrir un espacio de discrecionalidad encubierta-, el trabajo distingue entre la tipicidad (determinación del ilícito) y la consecuencia jurídica (intensidad de la reacción estatal), y delimita los límites dogmáticos de la modulación: prohibición de analogía, seguridad jurídica, motivación reforzada y control jurisdiccional. En ese marco, se propone una lectura constitucionalmente orientada del artículo 145 de la Ley de Procedimientos Administrativos, entendida como positivización de la prohibición del exceso aplicada al Derecho Administrativo sancionador más allá del supuesto en que aparece.

Metodológicamente, el trabajo adopta un enfoque dogmático-sistemático: combina interpretación literal, sistemática y teleológica del artículo 145 de la Ley de Procedimientos Administrativos, reconstrucción conceptual de la doble dimensión de la proporcionalidad (abstracta y concreta) y análisis de un caso límite diseñado para poner a prueba la consistencia interna del sistema sancionador. Sin pretender sustituir al legislador ni reescribir el tipo infractor, el trabajo busca mostrar que la Constitución salvadoreña, por medio de la proporcionalidad, impide que la legalidad formal legitime resultados sancionatorios materialmente desmedidos.

Con ese propósito, el trabajo se estructura en seis apartados: I. El modelo clásico del ilícito administrativo y su correspondencia entre hecho, tipo y sanción; II. La racionalidad constitucional del *ius puniendi* administrativo y sus límites; III. La distinción entre proporcionalidad abstracta y concreta; IV. El artículo 145 de la Ley de Procedimientos Administrativos como cláusula habilitante; V. Los límites dogmáticos a la modulación sin recalificación, contrastado al final con la reciente jurisprudencia española sobre una cláusula homóloga; y, unas conclusiones que formulan la proporcionalidad como límite interno del sistema de tipificación sancionadora frente al automatismo punitivo.

I. El modelo clásico del ilícito administrativo: tipicidad y categoría infractora

El modelo clásico del ilícito administrativo se articula sobre una estructura cerrada que responde a la doble garantía —formal y material— del principio de legalidad sancionadora. Además de impedir que la Administración sancione sin ley previa, esa garantía exige que la ley predetermine el núcleo de la conducta infractora y la clase y límites de la consecuencia jurídica. La reserva de ley admite aquí colaboración reglamentaria: la ley puede remitir a normas infralegales la precisión o el desarrollo de elementos del tipo, siempre que conserve en su propio texto ese núcleo esencial, como explica Parada Vázquez a propósito de la descripción pormenorizada de las conductas ilícitas.[2] Lo que la técnica de la remisión no autoriza es trasladar al reglamento la definición misma del ilícito.

En el derecho administrativo contemporáneo, esta construcción encuentra su formulación sistemática en el principio de legalidad sancionadora recogido en el artículo 14 de la Constitución salvadoreña[3] y retomado por el artículo 139.1 de la Ley de Procedimientos Administrativos salvadoreña[4] —en adelante, LPA—. Esta exigencia afirma lo que Nieto describe como el carácter derivado del *ius puniendi* administrativo:[5] La Administración castiga porque una ley la habilita y en la medida en que la habilita.

2 Ramón Parada Vázquez, *Derecho administrativo I. Parte general*, 19.ª ed. (Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, 2012), 447 y ss. Texto para obtener información sobre la remisión a reglamentos para la descripción pormenorizada de las conductas ilícitas.

3 Constitución de la República de El Salvador (El Salvador: Asamblea Constituyente, 1983), artículo 14. Dispone que *"la autoridad administrativa podrá sancionar, mediante resolución o sentencia y previo el debido proceso, las contravenciones a las leyes"*.

4 Ley de Procedimientos Administrativos (El Salvador: Asamblea Legislativa, 2018), artículo 139.1. Este artículo establece que la potestad sancionadora *"se ejercerá cuando haya sido expresamente reconocida por una norma con rango de ley"*.

5 Alejandro Nieto García, *Derecho administrativo sancionador*, 5.ª ed. (Madrid: Tecnos, 2012), 99.

El principio de tipicidad representa la vertiente material de esa garantía. Sólo pueden constituir infracciones administrativas aquellas vulneraciones del ordenamiento jurídico previstas como tales por una ley, sin perjuicio de la potestad normativa que el artículo 204, ordinal 5.º, de la Constitución salvadoreña reconoce a las municipalidades para decretar ordenanzas y reglamentos locales, en los que pueden establecerse infracciones y sanciones de alcance municipal. De este modo, la ley habilita y, a la vez, delimita: fija el tipo infractor y el marco sancionador correspondiente.

Un elemento central del modelo clásico, como recuerda Amoedo-Souto, es la clasificación legislativa de las infracciones en leves, graves y muy graves.[6] Con esta tripartición el legislador realiza, en abstracto, un juicio de gravedad y, por tanto, un juicio anticipado de proporcionalidad. A cada categoría infractora se asocia un marco sancionador delimitado por la propia ley, también sujeto a las reglas del principio de proporcionalidad.

Así, el esquema tradicional puede describirse del siguiente modo:

a) La ley tipifica la conducta;
b) La ley ubica la conducta en una categoría de gravedad;
c) La ley delimita la sanción correspondiente; y,
d) La Administración aplica dentro de ese marco previamente cerrado.

La consecuencia dogmática es relevante: la proporcionalidad aparece, en primer término, como un juicio legislativo abstracto, incorporado en la propia clasificación -leve, grave o muy grave-. La Administración ejecuta una gravedad que ya le viene dada. Su margen de actuación, advierte Parada Vázquez, se sitúa dentro de límites relativamente estrechos, tanto en la determinación del tipo como en la concreción de la sanción.[7]

6 Carlos Alberto Amoedo Souto, "Actividad sancionadora", en *Manual de derecho administrativo*, dir. por Francisco. Velasco Caballero y María Mercé Darnaculleta Gardella (Madrid: Marcial Pons, 2023), 686.

7 Parada Vázquez, *Derecho administrativo I*, 447 y ss.

El modelo clásico, por tanto, descansa en una premisa estructural: existe una correlación necesaria entre tipo, categoría y consecuencia. La clasificación entre leve, grave y muy grave opera como mecanismo de predeterminación normativa que pretende evitar la arbitrariedad y garantizar la seguridad jurídica. En ese marco, la proporcionalidad concreta parecería agotarse en la graduación interna de la sanción dentro del margen previsto para cada categoría. Es precisamente esta premisa —la suficiencia estructural del juicio legislativo abstracto— la que abre el espacio para la interrogante constitucional que orienta este trabajo.

1.1. La correspondencia entre hecho, tipo y sanción

El modelo clásico del ilícito administrativo descansa sobre una estructura tripartita que vincula necesariamente el hecho, el tipo y la sanción. Esta correspondencia deriva del principio de legalidad sancionadora y de su vertiente material: la tipicidad.

El principio de tipicidad implica, en la formulación contemporánea que recogen Estrada Cuevas y Lucero Espinosa, una "*predeterminación normativa clara y precisa de las conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes*".[8] Por tanto, a la descripción de la conducta prohibida la ley debe sumar la previsión inteligible de la consecuencia jurídica que a ella se asocia. La tipicidad presenta así dos caras: como mandato al legislador, exige describir con certeza la conducta y su consecuencia; como operación aplicativa, encomienda al funcionario que ejerce la potestad sancionadora verificar la adecuación exacta de la conducta concreta al supuesto normativo abstracto.

Desde esta perspectiva, el ilícito administrativo presupone dos operaciones sucesivas: primero, la existencia de un tipo previamente establecido en la ley; segundo, la subsunción del hecho concreto en ese tipo. En ausencia

8 Jorge Alberto Estrada Cuevas y Manuel Lucero Espinosa, *Derecho administrativo sancionador. Parte general* (México: Tirant lo Blanch, 2020), 112.

de tipo legal, no hay infracción posible; y si el hecho no encuadra exactamente en la descripción normativa, tampoco puede imponerse válidamente sanción alguna, según exponen Rebollo Puig y otros.[9] La correspondencia entre hecho y tipo constituye así, y en esto coincide Gallardo Castillo, condición de validez de la reacción punitiva.[10]

Pero el modelo no se agota en esa doble operación. La legalidad sancionadora exige además la predeterminación de las infracciones y sanciones en el texto normativo. Como se ha señalado, las infracciones y las sanciones deben estar previstas en una ley en sentido formal y material. Esta exigencia implica que la sanción es un efecto jurídico normativamente delimitado que la Administración no puede configurar a discreción.

La estructura clásica puede describirse, entonces, como una secuencia cerrada: (i) hecho; (ii) adecuación típica; (iii) aplicación de la sanción prevista por la ley para ese tipo. El margen de apreciación administrativa se sitúa en la determinación de los hechos y en la subsunción, pero no en la redefinición del tipo ni en la alteración de la consecuencia jurídica más allá de los límites legalmente fijados.

Esta correspondencia estructural responde a una finalidad garantista evidente: evitar que la potestad sancionadora derive en arbitrariedad. Estrada Cuevas y Lucero Espinosa, lo formulan con precisión: los caracteres esenciales de la conducta y el contenido y alcance de la infracción deben estar consignados de manera expresa en la ley, de tal manera que no quede a las autoridades encargadas de su aplicación un margen de discrecionalidad que, sin parámetros legales, podría degenerar en arbitrariedad.[11]

9 Manuel Rebollo Puig *et al., Derecho administrativo sancionador* (Valladolid: Lex Nova, 2010), 192. Texto que permite profundizar en el conocimiento sobre la aplicación del principio de tipicidad en el ejercicio de la potestad sancionadora 192.

10 María Jesús Gallardo Castillo, *Los principios de la potestad sancionadora. Teoría y práctica* (Madrid: Iustel, 2008), 92.

11 Estrada Cuevas y Lucero Espinosa, *Derecho administrativo sancionador*, 127.

El modelo clásico, en suma, presupone que la proporcionalidad se encuentra incorporada en la propia configuración legal del tipo y de su sanción. El legislador realiza el juicio abstracto de gravedad; la administración lo ejecuta en el caso concreto mediante la subsunción. La sanción aparece, así, como consecuencia necesaria del encuadramiento típico. Es precisamente esa apariencia de necesidad —esa lógica de encadenamiento entre hecho, tipo y sanción— la que merece ser revisada desde la perspectiva constitucional que orienta este trabajo.

1.2. La graduación legislativa o dosimetría punitiva de infracciones como juicio abstracto de proporcionalidad

La clasificación de las infracciones en leves, graves y muy graves es una decisión constitucionalmente relevante. En ella el legislador realiza un juicio previo de proporcionalidad que condiciona toda aplicación ulterior de la potestad sancionadora. La dosimetría legislativa es, por tanto, proporcionalidad en abstracto.

El artículo 139.7 LPA, sistematizado por la doctrina constitucional[12] y contencioso-administrativa[13] salvadoreña, establece que tanto en la determinación normativa del régimen sancionador como en la imposición concreta de sanciones debe observarse la debida idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Ello significa que el legislador no dispone de libertad ilimitada para distribuir conductas entre categorías sancionatorias: su diseño debe responder a criterios racionales de gravedad.

12 Sala de la Constitucionalidad, *Sentencia Ref. 412-2016* (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2018); Sala de la Constitucionalidad, *Sentencia ref. 175-2013* (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2016).

13 Sala de la Constitucionalidad, *Sentencia Ref. 198-2012* (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2018).

Además, el establecimiento de sanciones pecuniarias debe impedir que la comisión de la infracción resulte más beneficiosa que el cumplimiento de la norma —regla que el análisis económico del derecho remonta al modelo de BECKER y que suele resumirse en la fórmula *"crime never pays"*—,[14] regla que revela una valoración *ex ante* del desvalor de la conducta. Esta exigencia conecta, como subraya Amoedo-Souto, con la función preventiva del Derecho Administrativo Sancionador y con la coherencia interna del sistema punitivo.[15]

Desde la teoría general del *ius puniendi*, el aforismo *nullum crimen, nulla poena sine lege* —con sus dimensiones de *lex scripta, praevia y certa*— se proyecta también, como recuerdan Estrada Cuevas y Lucero Espinosa, sobre el Derecho administrativo sancionador.[16] Además de garantía aplicativa, opera como límite estructural al legislador: la previsibilidad de la sanción exige que la ley determine anticipadamente la conducta prohibida y también la entidad del reproche que se le anuda.

La graduación normativa debe atender, además, a criterios como la culpabilidad, la intencionalidad, la persistencia en la conducta, la naturaleza del perjuicio y la reincidencia, según el catálogo que recoge el mismo Amoedo-Souto.[17] No es irrelevante que la propia regulación positiva —art. 139.5 LPA— incorpore el principio de responsabilidad, que exige dolo o culpa, lo que en principio cierra el paso a la responsabilidad objetiva. Se dice "en principio" porque la legislación sectorial no siempre honra esa exclusión: la Ley de Medicamentos, como se verá en el caso de estudio, describe la infracción de precios sin exigir dolo ni culpa en su enunciado y deja a la autoridad

14 Gary S. Becker, "Crime and Punishment: An Economic Approach", *Journal of Political Economy* 76, n.º 2 (1968): 169-217. Para obtener más información acerca de la regla *crime never pays* en el análisis económico del derecho.

15 Carlos Alberto Amoedo-Souto, "Actividad sancionadora", *Revista de Derecho Público* (2026): 689-712.

16 Jorge Alberto Estrada Cuevas y Manuel Lucero Espinosa, *Derecho administrativo sancionador* (México: Tirant Lo Blanch, 2025),32. Sobre el aforismo *nullum crimen, nulla poena sine lege* en la teoría general del *ius puniendi.*

17 Amoedo-Souto, "Actividad sancionadora", 689.

sancionadora la tarea de reponer el elemento subjetivo que el tipo omite. Esa tensión confirma que la dosimetría legislativa no puede desentenderse de la estructura subjetiva del ilícito.

Particular atención merece la categoría de las infracciones leves. Cierco Seira, ha advertido que el principio de intervención mínima obliga a examinar críticamente su proliferación y su funcionalidad real dentro del sistema.[18] Si el legislador tipifica masivamente conductas como leves sin articular procedimientos proporcionados o sin evaluar su eficacia preventiva, la categoría corre el riesgo de convertirse en instrumento simbólico o retórico.

En definitiva, el legislador realiza un juicio abstracto de proporcionalidad cuando selecciona bienes jurídicos merecedores de protección administrativa, asigna grados de gravedad a las conductas, fija márgenes sancionatorios y establece criterios de modulación. Si ese diseño es desproporcionado, la aplicación concreta difícilmente podrá restablecer la racionalidad perdida. La proporcionalidad comienza en la ley.

II. Potestad sancionadora y racionalidad constitucional del *ius puniendi* administrativo

El primer apartado ha mostrado el funcionamiento del modelo clásico del ilícito administrativo como estructura de encadenamiento: hecho, tipo y sanción, articulada sobre tipicidad y categorías infractoras. Sin embargo, describir la estructura no basta para justificarla. La pregunta que abre este epígrafe pasa del funcionamiento del sistema a su legitimación cuando lo que

18 C. Cierco Seira, "Reflexiones sobre el principio de oportunidad en el derecho administrativo sancionador", en *Estudios de derecho administrativo sancionador. En reconocimiento a Juan M.ª Pemán Gavín*, coord. por A. Ezquerra Huerva (A Coruña: Colex, 2024), 68-70.

está en juego es la imposición de lo que Gómez Mercado caracteriza como un mal jurídico infligido al ciudadano.[19]

La clave está en que la potestad sancionadora de la Administración es ejercicio del *ius puniendi* y, por ello, una forma de castigo institucional que la separa de las potestades administrativas ordinarias. El *ius puniendi* es, en la definición de Estrada Cuevas y Lucero Espinosa, el derecho del Estado para imponer penas y sanciones por delitos o infracciones administrativas, y su común denominador es precisamente el "castigo".[20] Esa identidad material —castigo como fundamento— explica que el poder sancionador deba operar como poder constitucionalmente vigilado, con exigencias que la mera "gestión" desconoce.

De ahí se sigue que el poder punitivo está integrado por un sistema de principios limitativos que introducen una "barrera" frente a arbitrariedades; principios que emanan del texto constitucional, según hemos sostenido en otro lugar.[21] El Derecho administrativo sancionador, por tanto, es, además de Derecho legal y constitucional aplicado en un terreno particularmente sensible.

Entre esos límites, el principio de proporcionalidad ocupa un lugar axial porque expresa, en su forma más sencilla, la prohibición de la desmesura. La proporcionalidad prohíbe el exceso en el ejercicio del poder público y, como precisa Arroyo Jiménez, alcanza incluso a la medida genéricamente autorizada por una norma, cuyo ejercicio concreto puede vulnerar el principio si resulta manifiestamente desproporcionado.[22] La racionalidad constitucional del *ius puniendi* administrativo comienza, entonces, donde termina el automatismo: en la exigencia de medida. El problema de la desmesura es real: aparece cuando

19 F. G. Gómez Mercado, *Sanciones administrativas. Garantías, derechos y recursos del presunto responsable*, 4.ª ed. (Granada: Comares, 2017), 1.

20 Estrada Cuevas y Lucero Espinosa, *Derecho administrativo sancionador*, 29-30.

21 A. Alfaro-Alvarado, "Procedimiento administrativo sancionador y motivación de las resoluciones sancionadoras", *Revista General de Derecho Administrativo*, n.º 71 (2026): 4-5.

22 L. Arroyo Jiménez, "Bases constitucionales", *en Manual de derecho administrativo* (Madrid: Marcial Pons, 2026), 118-119.

el poder sancionador pretende funcionar como máquina de subsunción sin justificar el costo constitucional de su resultado.

2.1. El poder punitivo como ejercicio constitucionalmente limitado

Si el *ius puniendi* es castigo, su legitimidad depende de límites. En el plano constitucional, esos límites operan como condiciones de validez del ejercicio del poder, y alcanzan tanto al "sí/no" de la competencia como al cuánto de la intensidad.

En ese contexto, se debe precisar que el canon usual del control proporcional exige que la medida sea: (i) idónea; (ii) necesaria; y (iii) estrictamente proporcional, evitando un desequilibrio manifiesto entre el efecto favorable y el efecto desfavorable de la medida.[23] Trasladado al terreno sancionador, ello significa que el castigo solo se justifica si: sirve al fin protector (idoneidad), no existe alternativa menos gravosa igualmente eficaz (necesidad), y el sacrificio impuesto no es excesivo respecto de lo que la protección logra (proporcionalidad en sentido estricto).

En términos más ásperos: que la Administración pueda sancionar es apenas el punto de partida, porque además debe poder justificar por qué el castigo, con esa intensidad, era constitucionalmente tolerable. En paralelo, la interdicción de la arbitrariedad prohíbe la actuación pública carente de explicación racional, y en materia sancionadora esa prohibición adquiere contenido material: el castigo debe poder explicarse por las circunstancias del caso, sin reflejos sancionadores ni categorías aplicadas como si fueran destino. Si el poder sancionador es constitucionalmente limitado, el sistema de categorías infractoras tampoco puede quedar inmune al control de la desmesura. Ese

23 Sala de lo Constitucional, *Sentencia ref. 412-2016* (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2016); Sala de lo Constitucional, *Sentencia ref. 175-2013* (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2016); y, Sala de lo Contencioso Administrativo, *ref. 198-2012* (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2018).

control opera en dos planos: sobre el acto sancionador, a cargo de la jurisdicción contencioso-administrativa; y sobre la norma, cuando sea el marco legal mismo el que impone un mínimo desmesurado, por la vía de la inaplicabilidad del artículo 185 de la Constitución salvadoreña y la consiguiente remisión a la Sala de lo Constitucional. Este trabajo se ocupa sobre todo del primero y sostiene que el artículo 145 LPA permitiría resolver en sede de legalidad buena parte de los casos que, de otro modo, exigirán acudir al segundo.

2.2. Motivación reforzada y control del exceso

El control de la desmesura solo es posible si el poder se deja auditar. Y el instrumento de esa auditabilidad es la motivación. En materia sancionadora, la motivación es el mecanismo que convierte el castigo en decisión controlable, y por tanto compatible con el Estado de derecho.[24]

En la elección de la sanción en el caso concreto, el principio de proporcionalidad constriñe al legislador y también a la Administración al elegir la extensión de la sanción dentro del margen legal. Esa elección debe ser proporcionada a las circunstancias específicas del supuesto y, como observan Rebollo Puig e Izquierdo Carrasco, el legislador suele indicar circunstancias típicas para orientar esa determinación.[25]

Los tribunales exigen una motivación reforzada para imponer sanciones en cualquier extensión superior al mínimo legal; sin esa motivación, normalmente rebajan la sanción al mínimo legalmente establecido. La regla expresa un principio de racionalidad: el poder punitivo debe explicar por qué el caso merece alejarse del umbral menos gravoso previsto por la ley.

24 Sala de lo Contencioso-Administrativo, *Sentencia rec. 893/2001 FJ 4* (España: Tribunal Supremo Español, 2004); Sala de lo Contencioso-Administrativo, *Sentencia rec. 2300/2011 893/2001* (España: Tribunal Supremo Español, 2013) y Sala de lo Contencioso-Administrativo, *Sentencia rec.* 2327/2011, FJ 4 (España: Tribunal Supremo Español, 2013).

25 M. Rebollo Puig y M. Izquierdo Carrasco, "Derecho administrativo sancionador: caracteres generales y garantías materiales", en *Derecho administrativo*, tomo II, 3.ª ed., dir. por M. Rebollo Puig y D. J. Vera Jurado, coord. por M. Rebollo Puig y E. Carbonell Porras (Madrid: Tecnos, 2018), 260-261.

La jurisprudencia española, tal como la sistematizan Gamero Casado y Fernández Ramos, modula la exigencia del deber de motivación en sanciones y, por lo general, la imposición de la sanción más grave de las posibles requiere una motivación específica, suficientemente detallada y razonable, para que pueda ser combatida y controlada por el órgano jurisdiccional. Más aún: se rechaza la imposición en grado máximo si no se motiva la aplicación de una circunstancia agravante; e incluso se exige justificación para imponer un grado medio en lugar del mínimo cuando no se explican circunstancias modificativas.[26]

Así, la motivación reforzada es la condición de posibilidad del control del exceso. Donde la Administración calla, el poder se vuelve opaco; y donde el poder se vuelve opaco, el castigo se aproxima peligrosamente a la arbitrariedad.

2.3. La interdicción de la desmesura sancionadora de la Administración

La desmesura sancionadora es un riesgo real del *ius puniendi* administrativo, que se materializa cuando el sistema de categorías y grados se aplica de manera automática, como si la gravedad legal agotara la gravedad del caso. Podría objetarse que la propia ley ofrece parámetros para graduar la gravedad: el artículo 81 de la Ley de Medicamentos —en lo sucesivo, LM—,[27] por ejemplo, ordena atender a la capacidad económica del infractor, a la trascendencia del perjuicio social y a las circunstancias de la comisión. La objeción es atendible, aunque su alcance resultaría limitado. Esos parámetros desplazan la sanción dentro del marco de la categoría y pierden eficacia cuando el mínimo de ese marco ya es excesivo, que es la situación que examina el caso del apartado V.

26 E. Gamero Casado y S. Fernández Ramos, *Manual básico de derecho administrativo*, 13.ª ed. (Madrid: Tecnos, 2016), 920-921.

27 Ley de Medicamentos (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 2012), art. 81.

En el plano general del Derecho público, la proporcionalidad exige elegir la medida menos restrictiva cuando sea posible alcanzar el mismo fin por vías menos gravosas, y opera también con carácter excepcional cuando, aun existiendo en principio un único medio, éste resulta a todas luces inadecuado y excesivo en relación con las características del caso.

Si bien la ley prevé una consecuencia, ello no implica que la Administración queda dispensada de medir su exceso. La proporcionalidad subsiste aun a falta de alternativas y puede operar como cláusula de control del resultado manifiestamente desmesurado.

Como se adelantó al inicio de este apartado, el exceso puede residir en el ejercicio concreto de una medida cuya autorización abstracta es impecable. En sanciones administrativas, esa distinción permite formular el núcleo garantista: la subsunción típica no agota el juicio constitucional, porque el castigo puede seguir siendo excesivo.

La interdicción de la desmesura resulta, así, de combinar proporcionalidad y motivación, sin necesidad de postular un principio nuevo. Cuando la Administración opta por el máximo, por el tramo superior o por la alternativa más gravosa, debe explicar por qué esa intensidad era necesaria y equilibrada; si no lo hace, el juez está llamado a corregir el exceso. Cabe preguntar cómo encaja esa corrección en una jurisdicción que controla legalidad y no la constitucionalidad. Entendemos que la respuesta está en el propio ordenamiento: la LPA ha incorporado la proporcionalidad al bloque de legalidad, como principio de la potestad sancionadora —art. 139.7 LPA— y como regla de modulación —art. 145 LPA—, de suerte que el juez contencioso-administrativo, al controlar la proporcionalidad de una sanción, aplicaría la LPA. El plano constitucional queda reservado a los supuestos en que la desmesura proviene de la ley misma.

Así, si la desmesura puede producirse incluso bajo legalidad formal, y si el control del exceso es exigible, entonces la pregunta por la modulación entre categorías sancionatorias surge como problema lógico cuando el *ius puniendi* administrativo pretende funcionar sin medida.

III. Proporcionalidad abstracta y proporcionalidad concreta en la aplicación administrativa

La discusión sobre la modulación sancionatoria exige distinguir dos planos que con frecuencia se confunden: la proporcionalidad en abstracto, propia del diseño legislativo y la proporcionalidad en concreto, propia de la aplicación administrativa. En el plano abstracto, ya lo adelantábamos, el legislador clasifica conductas, distribuye categorías —leve, grave, muy grave— y fija márgenes sancionatorios. En el plano concreto, la Administración selecciona la consecuencia jurídica aplicable al caso específico. El primero es el juicio normativo general; el segundo, el juicio de aplicación singular.

La distinción permite advertir que la proporcionalidad no se agota en la arquitectura legislativa. Aunque el legislador haya realizado una dosimetría razonable, el resultado concreto puede seguir siendo desproporcionado si la Administración aplica la categoría sin atender a las circunstancias individualizadoras.

Retomando la fórmula expuesta en el § 2.1, la intensidad del castigo, aunque prevista por la ley, sigue siendo objeto de control en su aplicación concreta. El problema se desplaza, entonces, de la corrección de la tipificación a la correspondencia razonable entre la consecuencia jurídica aplicada y el desvalor efectivo del hecho.

3.1. La doble dimensión del principio de proporcionalidad

Bajo el contexto trazado, el principio de proporcionalidad presenta una doble dimensión: legislativa y aplicativa. En su dimensión legislativa, opera como límite al diseño del sistema sancionador: impide la previsión de sanciones manifiestamente excesivas en relación con el bien jurídico protegido. En su dimensión aplicativa, actúa como parámetro de control de la intensidad concreta del castigo. Esta segunda dimensión es la que adquiere centralidad en este trabajo.

La proporcionalidad es, en la caracterización de Barnes, un principio estructural del Estado Social, Democrático y Constitucional de Derecho orientado a impedir el exceso.[28] Ello significa que sigue operando, después de la actuación del legislador, como criterio de control del ejercicio administrativo.

Cuando se examina la elección de la sanción dentro del margen legal, el principio de proporcionalidad constriñe particularmente a la Administración, insisten Rebollo Puig e Izquierdo Carrasco, en la determinación de la extensión concreta de la sanción[29] y, por ello, el juicio de proporcionalidad no concluye con la tipificación realizada por el legislador. Desde esta perspectiva, la doble dimensión del principio permite sostener que la proporcionalidad abstracta legitima el sistema; la concreta, el acto administrativo.

3.2. El juicio de idoneidad, necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto

La estructura clásica del juicio proporcional —idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto— funciona como un esquema de racionalidad. El canon usual del control proviene, como explica Arroyo Jiménez,

28 J. Barnes, "El principio de proporcionalidad. Estudio preliminar", *Cuadernos de Derecho Público*, n.º 5 (1998): 19-20.

29 Rebollo Puig e Izquierdo Carrasco, "Derecho administrativo sancionador", 260-261.

del Derecho alemán y suele consistir en que la medida debe ser idónea para el fin, necesaria en el sentido de inexistencia de una alternativa menos gravosa o restrictiva y que fuese igualmente eficaz, y proporcionalmente estricta, evitando un desequilibrio manifiesto entre efectos favorables y desfavorables.[30]

En materia sancionadora, el juicio de necesidad adquiere especial relevancia. Si el ordenamiento ofrece alternativas menos gravosas (dentro de la categoría o entre categorías), la Administración no puede optar por la más intensa sin justificar por qué la menos gravosa resulta insuficiente.

El juicio de proporcionalidad en sentido estricto, por su parte, exige ponderar si el sacrificio impuesto guarda equilibrio con la gravedad real del hecho. Aquí el problema se vuelve sustantivo: la sanción puede ser formalmente correcta y, sin embargo, materialmente desproporcionada. Si el efecto desfavorable del castigo supera claramente la utilidad preventiva o retributiva que persigue, la medida deviene constitucionalmente problemática.

3.3. El límite material de la consecuencia jurídica

La consecuencia jurídica tiene un límite material, incluso cuando se ajusta formalmente al tipo, porque entre los principios aplicables al *ius puniendi*, la proporcionalidad funciona como límite de intensidad. Sostenemos, con Gamero Casado y Fernández Ramos, que este principio puede operar incluso frente a un único medio legalmente previsto cuando éste resulta a todas luces inadecuado y excesivo.[31] Esta afirmación desactiva la defensa habitual del automatismo: la previsión legal deja intacto el control del exceso.

El límite material de la consecuencia jurídica implica que la Administración no puede ampararse en la subsunción para imponer un castigo cuya intensidad resulte manifiestamente desmedida respecto del desvalor del hecho.

30 Arroyo Jiménez, "Bases constitucionales", 118.

31 Gamero Casado y Fernández Ramos, *Manual básico*, 920-921.

En ese orden, si la proporcionalidad concreta revela que la categoría aplicada produce un resultado materialmente excesivo, el sistema debe ofrecer un mecanismo de corrección. Establecida la infracción, la cuestión pasa a ser si la consecuencia jurídica puede mantenerse inalterada sin vulnerar el límite constitucional del exceso.

IV. El artículo 145 de la Ley de Procedimientos Administrativos salvadoreña como cláusula habilitante

El recorrido anterior ha mostrado que la proporcionalidad opera como límite del *ius puniendi* administrativo. La pregunta ahora es si el ordenamiento salvadoreño ofrece una base normativa que permita operar esa exigencia sin violentar legalidad y tipicidad.

Esa base puede encontrarse en el artículo 145 LPA, cuyo inciso relevante dispone: *"Si así lo exige el principio de proporcionalidad, se impondrán sanciones correspondientes a infracciones o categorías de infracciones de menor gravedad…"* La disposición aparece en el contexto de la prohibición del doble juzgamiento. Sin embargo, su formulación normativa excede el supuesto específico del *non bis in idem*. Además, de ordenar una atenuación por acumulación punitiva, introduce una regla de modulación cuando lo exija el principio de proporcionalidad. El problema dogmático consiste en determinar si esta cláusula tiene alcance estrictamente instrumental —ligado al doble juzgamiento— o si constituye una habilitación general para corregir resultados sancionatorios desproporcionados.

4.1. Análisis literal y sistemático

Desde el punto de vista literal, el precepto contiene tres elementos normativos relevantes:

1. Condición: "Si así lo exige el principio de proporcionalidad".
2. Consecuencia: "se impondrán sanciones correspondientes a infracciones o categorías de infracciones de menor gravedad".
3. Modalidad: mandato imperativo —"se impondrán"—.

La redacción no limita expresamente la modulación a supuestos de identidad parcial de fundamento ni la formula como mera facultad. El verbo en modo imperativo revela un deber jurídico cuando la proporcionalidad así lo imponga.

El elemento sistemático exige, no obstante, cautela. El artículo se ubica dentro de la regulación del doble juzgamiento. Podría sostenerse que la cláusula solo opera cuando exista una sanción previa que incida en la graduación posterior. Sin embargo, el propio texto distingue dos hipótesis:

- Identidad de fundamento (prohibición de sancionar).
- Inexistencia de identidad plena, pero presencia de puntos en común que justifican atenuación.

En este segundo escenario, el legislador introduce expresamente el principio de proporcionalidad como criterio rector. La referencia tiene un anclaje positivo que conviene precisar. El artículo 139.7 LPA ya enumera la proporcionalidad entre los principios de toda potestad sancionadora, tanto en la determinación normativa del régimen como en la imposición concreta de sanciones. El artículo 145 se inserta, por tanto, en un ordenamiento que había generalizado el principio antes de mencionarlo a propósito del doble juzgamiento, y una lectura que lo confinara a ese supuesto tendría que vencer ese dato sistemático.

4.2. Ubicación normativa y alcance interpretativo

El argumento sistemático más fuerte contra una lectura expansiva sería su ubicación en el artículo dedicado al doble juzgamiento. Pero la técnica legislativa no siempre delimita el alcance conceptual de un principio.

La ubicación de un precepto orienta su interpretación, aunque no la clausura, y aquí la propia LPA ha extendido el principio a toda la potestad sancionadora. La doctrina confirma ese alcance: como observan Rebollo Puig e Izquierdo Carrasco, constriñe especialmente la elección concreta de la sanción dentro del margen legal,[32] y esa constricción opera con independencia de dónde la recoja el legislador.

Si la proporcionalidad es límite material del *ius puniendi*, su eficacia no puede quedar circunscrita a supuestos de doble sanción. El legislador salvadoreño, al introducir una regla expresa de modulación en las categorías de las sanciones administrativas cuando lo exija el principio de proporcionalidad, ha positivizado una consecuencia que, en rigor, deriva ya de la Constitución. La cuestión interpretativa se reduce entonces a determinar si la cláusula del artículo 145 LPA es:

a) Una excepción singular para el caso de doble juzgamiento; o bien,
b) La positivización de una regla general de corrección del exceso sancionador.

Una lectura estrictamente excepcional exigiría que el texto contuviera una limitación expresa a los supuestos de concurrencia punitiva. Pero el precepto no la contiene. En cambio, formula la modulación como consecuencia directa del principio de proporcionalidad.

32 Rebollo Puig e Izquierdo Carrasco, "Derecho administrativo sancionador", 260-261.

Conviene dejar sentado desde qué teoría de la argumentación jurídica se razona, porque la tesis podría confundirse con un argumento *iusmoralista.* Se rechaza expresamente la lectura que concibe la proporcionalidad como un valor suprapositivo, alojado en el fondo del ordenamiento, que el intérprete descubre y que lo autoriza a corregir la ley cuando su resultado le parece injusto. El punto de partida del estudio, es el positivismo jurídico, en la línea que el profesor García Amado, ha sostenido frente a las doctrinas axiologistas y neoconstitucionalistas. A su juicio, estas doctrinas reeditan un formalismo que presume una única solución correcta escondida en los valores constitucionales; el positivismo, en cambio, reconoce que el lenguaje de las normas deja márgenes de indeterminación dentro de los cuales el aplicador elige y debe justificar su elección. Se adopta, en consecuencia, el criterio de corrección que el propio profesor formula: *"Para la ley solución correcta es cualquiera que no vulnere su texto"*.[33]

Desde ese punto de partida, la lectura del artículo 145 LPA aquí propuesta descansa en el texto y en el sistema de la ley. Nada en la redacción del precepto limita la modulación al doble juzgamiento, el artículo 139.7 LPA respalda su alcance general y el modo imperativo del verbo descarta entenderla como simple facultad. La interpretación restrictiva sería también una elección entre significados posibles del enunciado, y como tal debería justificarse; carece, en cambio, de título para presentarse como la única lectura admisible. Por su parte, la remisión a lo que "exija el principio de proporcionalidad" encomienda al aplicador, por decisión del legislador, un juicio valorativo caso por caso. Es el tipo de remisión que el profesor García Amado identifica como fuente expresa de discrecionalidad: aquella en que las propias normas confían al aplicador la fijación de la pauta decisoria.[34] Ese juicio carece de una única respuesta demostrable. Por eso la motivación reforzada que exigimos en el

33 J. A. García Amado, "¿Existe discrecionalidad en la decisión judicial?", *Isegoría*, n.º 35 (2006): 152-168 y 170-172.

34 *Ibíd*, 152.

apartado V marca la frontera entre la discrecionalidad, que el sistema tolera, y la arbitrariedad, que prohíbe siempre.

4.3. La modulación en las categorías de las sanciones administrativas

La consecuencia más delicada es la que formula el propio texto: la imposición de sanciones correspondientes a "categorías de infracciones de menor gravedad". Además de la reducción de la cuantía dentro de la misma categoría, el legislador menciona expresamente la posibilidad de operar entre categorías.

Desde la perspectiva del modelo clásico del ilícito administrativo, esta posibilidad parecería tensionar la correspondencia rígida entre tipo y consecuencia. Pero esa rigidez nunca ha sido absoluta. La proporcionalidad concreta ya exige motivación reforzada cuando se elige el grado máximo o medio dentro de un margen.

Como se ha visto, la intensidad del castigo es constitucionalmente controlable dentro de una categoría, no existe razón dogmática para negar, en supuestos excepcionales de desproporción manifiesta, la corrección categorial cuando el propio legislador la ha habilitado.

La modulación en las categorías de las sanciones administrativas no implica desconocer la tipicidad. La infracción subsiste; lo que se corrige es la intensidad de la consecuencia jurídica para evitar el exceso. El artículo 145 LPA, leído a la luz de la racionalidad constitucional del *ius puniendi*, puede entenderse como cláusula habilitante que impide que la categoría abstracta funcione como automatismo insensible a la proporcionalidad concreta. En otras palabras: la legalidad define el marco; la proporcionalidad impide que el marco se convierta en una "jaula".

V. Modulación sin recalificación: límites dogmáticos a la habilitación proporcional

Si el artículo 145 LPA puede operar como cláusula habilitante para modular la consecuencia sancionadora entre categorías, la tesis solo será sostenible si se delimitan con precisión sus fronteras. De lo contrario, la proporcionalidad correría el riesgo de transformarse en discrecionalidad encubierta.

Por tanto, en el presente apartado se considera necesario realizar un ejercicio de autocontención dogmática y demostrar que la modulación en las categorías de las sanciones administrativas no equivale a recalificación del hecho, no vulnera la prohibición de analogía y no desarticula la seguridad jurídica, siempre que se someta a exigencias reforzadas de motivación y control.

5.1. Diferencia entre tipicidad y consecuencia jurídica

El primer límite es conceptual: la modulación proporcional no puede afectar la tipicidad. El modelo clásico del ilícito administrativo articula una secuencia entre hecho, tipo y sanción. La tipicidad determina si la conducta encaja en la descripción normativa; la consecuencia jurídica fija la respuesta prevista por el legislador.

Entre los principios que estructuran el *ius puniendi*, la legalidad y la tipicidad cumplen la función de delimitar el ámbito de lo sancionable. La modulación proporcional no altera ese ámbito. La infracción subsiste tal como fue tipificada, y la corrección recae solo sobre la intensidad de la consecuencia jurídica cuando su aplicación literal produce un resultado desproporcionado. El hecho conserva su calificación; lo que se sostiene es que, en el caso concreto, la consecuencia asociada a la categoría abstracta excede lo constitucionalmente tolerable.

La tipicidad responde a la pregunta "¿hubo infracción?"; la proporcionalidad concreta responde a la pregunta "¿es constitucionalmente soportable esta intensidad de sanción?". Confundir ambas dimensiones llevaría a pensar que toda modulación es recalificación, cuando en realidad puede tratarse de una corrección de intensidad. La proporcionalidad concreta, examinada en el apartado III, recae sobre la medida del castigo y deja intacta la existencia del tipo.

5.2. Prohibición de analogía y seguridad jurídica

El segundo límite es la prohibición de la analogía *in malam partem* y la exigencia de seguridad jurídica. El principio de legalidad sancionadora impide extender el ámbito de lo punible por vía analógica. La modulación proporcional no puede convertirse en mecanismo para sancionar hechos no tipificados ni para alterar el contenido del tipo.

El principio *nullum crimen, nulla poena sine lege* exige que la sanción tenga base legal cierta y previa, como advierten Estrada Cuevas y Lucero Espinosa, excluyendo construcciones expansivas.[35] Este límite permanece intacto. Ahora bien, la modulación en las categorías de las sanciones administrativas prevista en el artículo 145 LPA reduce la intensidad de la consecuencia jurídica sin extender el tipo.

Desde la perspectiva de la seguridad jurídica, la clave reside en que la modulación no puede operar de manera imprevisible ni arbitraria. Debe responder a criterios objetivos vinculados a la desproporción manifiesta del resultado. El control del exceso, así entendido, refuerza la seguridad jurídica al impedir que la legalidad formal legitime resultados desmedidos.

La seguridad jurídica se identifica con previsibilidad razonable, y la previsibilidad incluye la expectativa de que el poder público no actuará de forma manifiestamente excesiva.

35 Estrada Cuevas y Lucero Espinosa, *Derecho administrativo sancionador*, 29-30.

5.3. Exigencias de motivación reforzada y control jurisdiccional

El tercer límite es procedimental y estructural: la modulación en las categorías de las sanciones administrativas exige motivación reforzada y control jurisdiccional efectivo.

Si la Administración, en aplicación del artículo 145 LPA, opta por imponer la sanción de una categoría inferior, debe justificar de manera explícita:

1. Por qué la consecuencia prevista para la categoría abstracta resulta desproporcionada en el caso concreto.
2. Por qué la categoría inferior satisface adecuadamente el fin protector de la norma.
3. Qué circunstancias objetivas del caso justifican la modulación.

Como se ve en el § 2.2, incluso la imposición del grado máximo dentro de una categoría requiere motivación específica, con mayor razón la modulación entre categorías exige una argumentación reforzada.

Por otra parte, Rebollo Puig e Izquierdo Carrasco, recogen que la falta de motivación suficiente puede conducir a la reducción judicial de la sanción al mínimo legal.[36] Este estándar confirma que el control jurisdiccional del exceso es consustancial al sistema sancionador. La modulación proporcional, para no convertirse en discrecionalidad encubierta, debe quedar sometida a un control judicial pleno sobre la racionalidad del juicio proporcional.

La habilitación proporcional del artículo 145 LPA abre, en síntesis, un espacio de corrección excepcional frente a la desmesura, ajeno a la libre configuración administrativa y sometido a cuatro condiciones: respeto estricto de la tipicidad, prohibición de analogía, motivación reforzada y control jurisdiccional intenso. Sólo bajo estas condiciones la modulación

36 Rebollo Puig e Izquierdo Carrasco, "Derecho administrativo sancionador", 260-261.

sin recalificación puede considerarse compatible con la legalidad y con la seguridad jurídica.

5.4. Caso en estudio: un centavo, cien salarios mínimos

5.4.1 Descripción del caso

a) Supuesto: Farmacia con inventario total aproximado de USD 200.00. Un medicamento analgésico cuyo precio máximo autorizado es USD 9.06 es vendido —por error de etiquetado— en USD 9.07.

b) Aspectos normativos: El artículo 79, letra p), de la LM, califica como infracción muy grave: «Incrementar el precio máximo de venta determinado por la Dirección Nacional de Medicamentos»; y, el artículo 84, letra a), de la LM, establece para esa infracción una multa de cien a doscientos salarios mínimos urbanos del sector comercio y servicios.

c) Aspectos económicos: Si se toma el salario mínimo mensual vigente más alto en El Salvador, USD 408.80,[37] la multa mínima ascendería a: 100 x 408.80 = USD 40,880. Estamos ante una sanción mínima obligatoria que equivale a más de 200 veces el valor total del inventario del establecimiento. Y el problema que plantea es estrictamente dogmático.

5.4.2. Tipicidad: el automatismo formal

Desde la estructura clásica, el análisis sería simple:

- Hecho: Venta por encima del precio máximo autorizado.
- Tipo: Artículo 79, letra p), de la LM.
- Consecuencia: Multa entre 100 y 200 salarios mínimos.

37 Tarifas de Salarios Mínimos para la República de El Salvador y su reforma, Decretos Ejecutivos n.º 11 y 12, de 22 y 24 (El Salvador: Órgano Ejecutivo, 2025), art. 2.

La conducta encaja formalmente. La ley no distingue entre incremento de un centavo o de diez dólares. No exige dolo específico. No establece un umbral mínimo. Por tanto, bajo una lectura estrictamente subsuntiva, la infracción es "muy grave". Pero aquí aparece el primer problema: el modelo clásico presupone que la gravedad abstracta del tipo coincide razonablemente con la gravedad material del caso. Cuando esa coincidencia falla, el sistema empieza a revelar una disonancia estructural.

5.4.3. Culpabilidad y circunstancias del caso

El artículo 81 de la LM introduce un elemento decisivo: la sanción se impondrá según la gravedad de la misma, tomando como referencia la capacidad económica del infractor, la trascendencia en perjuicio de la sociedad y las circunstancias en que se cometió la infracción. Aquí el legislador rompe el automatismo. La norma obliga a considerar criterios de dosimetría punitiva. Sin embargo, en el supuesto planteado:

- El beneficio económico es de USD 0.01.
- No hay dolo probado.
- No hay afectación relevante al mercado.
- El perjuicio social es inexistente.
- La capacidad económica del infractor es mínima —tomando en cuenta el valor de su inventario—.

El desvalor material del hecho es ínfimo. Si la sanción mínima es USD 40,880, el desbalance entre desvalor y consecuencia es radical.

5.4.4. Proporcionalidad concreta

Aplicando el test clásico:

a) Idoneidad: ¿Sancionar con multa protege el sistema de control de precios? Sí, en abstracto.

b) Necesidad: ¿Es necesario imponer una multa de al menos 100 salarios mínimos para proteger el sistema frente a un error de un centavo? Difícilmente.

c) Proporcionalidad en sentido estricto: Aquí el caso se vuelve crítico.

i. Sacrificio impuesto: USD 40,880.
ii. Beneficio ilícito: USD 0.01.
iii. Inventario total: USD 200.

La sanción mínima equivale a más de 200 veces el inventario del establecimiento, una magnitud que excede cualquier idea de severidad y se aproximaría a la aniquilación económica. La consecuencia jurídica produciría un efecto materialmente confiscatorio respecto de un hecho de insignificancia objetiva. Y aquí emerge la pregunta inevitable: ¿Puede el sistema jurídico sostener, sin incurrir en irracionalidad constitucional, que un error de un centavo merece una sanción equivalente a la destrucción económica del infractor? Si la respuesta es afirmativa, entonces el principio de proporcionalidad queda reducido a ornamento.

5.4.5. ¿Es posible la modulación en las categorías de las sanciones administrativas?

El problema es que el tipo está calificado como "muy grave". La Administración puede graduar entre 100 y 200 salarios mínimos, pero incluso el mínimo es desproporcionado. Reducir de 200 a 100 no soluciona el problema. Aquí es donde la tesis se pone a prueba:

Si el artículo 145 LPA permite, cuando lo exija la proporcionalidad, imponer sanciones correspondientes a categorías de menor gravedad, entonces este caso parece diseñado para activar esa cláusula. La infracción subsiste: hubo incremento del precio. Pero la consecuencia asociada a la categoría "muy grave" produce un resultado materialmente desmesurado.

La modulación implicaría reconocer, sin negar el tipo, que la respuesta correspondiente a una infracción grave —26 a 50 salarios mínimos— o incluso leve —10 a 25 salarios mínimos— se ajusta mejor al desvalor real del hecho.

5.4.6. Objeción fuerte: ¿no sería esto recalificación encubierta?

El contraargumento dirá: *"La ley calificó la conducta como muy grave. La Administración no puede rebajar esa calificación*". Pero esa objeción presupone que la calificación abstracta agota el juicio constitucional. Sin embargo:

- El artículo 81 de la LM obliga a considerar circunstancias concretas.
- El artículo 145 LPA permite modulación cuando lo exige la proporcionalidad.
- El principio constitucional prohíbe el exceso.

La modulación admite que el tipo es formalmente muy grave y afirma, a la vez, que en el caso concreto aplicar la consecuencia típica produciría un resultado incompatible con la racionalidad constitucional del *ius puniendi*.

5.4.7. ¿Se sostiene la tesis?

Entendemos que sí, y el caso permite extraer tres conclusiones preliminares:

1. La técnica legal de graduación de infracciones en leves, graves y muy graves, aun siendo legítima como juicio abstracto del legislador, puede generar desajustes cuando se aplica sin una corrección proporcional en el caso concreto.
2. La posibilidad de graduar la multa dentro del rango previsto para las infracciones graves y muy graves puede resultar insuficiente para corregir desproporciones extremas cuando el desvalor concreto del hecho es ínfimo.

3. En supuestos límite como el analizado, la cláusula del artículo 145 LPA adquiere sentido como mecanismo de corrección frente a resultados materialmente desmedidos.

Si el sistema no admite modulación, el único resultado coherente por parte del juzgador contencioso-administrativo sería la inaplicabilidad del régimen sancionador al caso concreto. Y esa es la alternativa incómoda: o se admite modulación proporcional, o se asume que el ordenamiento permite castigos económicamente devastadores por errores insignificantes.

5.5. Un contraste comparado: la Sentencia del Tribunal Supremo español 710/2025

El autor de este artículo, es partidario, de un uso mesurado del Derecho comparado en la investigación jurídica. La norma extranjera carece de fuerza en nuestro ordenamiento, y su invocación como argumento de autoridad tiende a suplir el razonamiento propio. Su empleo se justifica, a nuestro juicio, cuando un tribunal extranjero ha resuelto el mismo problema interpretativo sobre una norma homóloga. Esa condición se cumple en la Sentencia del Tribunal Supremo español núm. 710/2025, de 5 de junio.[38]

El artículo 29.4 de la Ley 40/2015 española faculta al órgano competente, cuando lo justifique la adecuación entre la sanción y la gravedad del hecho, para "*imponer la sanción en el grado inferior*".[39] La Administración andaluza había impuesto la multa mínima de las infracciones graves —100.001 euros— por la construcción, sin la autorización exigida, de una piscina en el entorno de un bien de interés cultural, sin daño alguno y con legalización posterior de la obra. El Tribunal Supremo, confirmó la reducción a 10.000 euros, cuantía propia de

38 Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Cuarta, *Sentencia núm. 710/2025* (España: Tribunal Supremo de España, 2025); Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Cuarta, *Sentencia rec. 2014/2023* (España: Tribunal Supremo de España, 2023) y Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Cuarta, *Sentencia ECLI:ES:TS:2025:2596*, FD 5.º y 6.º (España: Tribunal Supremo de España, 2025).

39 Ley 40/2015 (España: Jefatura de Estado, 2015), art. 29.4.

las infracciones leves, y fijó como doctrina casacional que el precepto permite imponer la sanción prevista para la infracción inmediatamente inferior en gravedad, siempre con la debida motivación. Descartó, además, la objeción de legalidad y tipicidad, porque es el propio legislador quien establece el criterio.

El paralelismo con el caso del § 5.4 es estrecho: un mínimo legal que, aplicado a un hecho de escaso desvalor, resulta desproporcionado, y una cláusula de modulación cuyo alcance se disputa. Las diferencias entre ambos textos, por su parte, juegan a favor de la tesis aquí defendida. El Tribunal Supremo tuvo que deducir de una expresión ambigua, "grado inferior", que la ley aludía a las categorías de infracciones; el artículo 145 LPA lo dice expresamente. Y donde la ley española concede una facultad ("podrá"), la salvadoreña formula un mandato ("se impondrán"), en línea con la lectura propuesta en el § 4.1. Si aquella solución se alcanzó sobre un texto más débil, la que aquí proponemos descansa en una base normativa más firme. La sentencia española aporta, así, una confirmación externa de viabilidad; el fundamento de la tesis sigue estando en el ordenamiento salvadoreño.

Conclusiones

El recorrido de este trabajo ha partido del modelo clásico del ilícito administrativo —hecho, tipo y consecuencia jurídica— para mostrar que su corrección formal no agota la cuestión constitucional del castigo. La legalidad delimita el poder; la proporcionalidad lo mide.

La clasificación de infracciones en leves, graves y muy graves constituye una técnica legítima de graduación abstracta. El legislador realiza, mediante esa estructura, un juicio previo de proporcionalidad que distribuye el desvalor de las conductas y fija marcos sancionatorios diferenciados. Sin esa técnica, el sistema sería caótico.

Pero esa dosimetría legislativa no elimina la exigencia de proporcionalidad concreta. La racionalidad constitucional del *ius puniendi* administrativo no se satisface con la mera subsunción formal del hecho en el tipo. Como se ha recordado, la proporcionalidad prohíbe el exceso incluso cuando la medida esté genéricamente autorizada por una norma.

La consecuencia jurídica resulta de una decisión que debe ser constitucionalmente defendible en términos de adecuación, necesidad y equilibrio. Cuando el sacrificio impuesto supera lo razonablemente exigible en atención al desvalor real del hecho, el sistema deja de funcionar como estructura racional y comienza a tensionarse frente a sus propios principios.

El caso analizado muestra que la graduación interna de la sanción puede resultar insuficiente cuando el mínimo legal produce un efecto materialmente devastador frente a un desvalor insignificante. En estos supuestos, la proporcionalidad opera como límite interno del sistema.

El artículo 145 LPA reconoce ese límite. Al permitir que, cuando lo exija el principio de proporcionalidad, se impongan sanciones correspondientes a infracciones de menor gravedad, el legislador ha positivizado una consecuencia que ya deriva del carácter constitucionalmente limitado del poder sancionador.

La modulación respeta la calificación del hecho y la tipicidad, y obliga a admitir que la correspondencia entre tipo y consecuencia jurídica deja de ser mecánica cuando produce resultados desmedidos.

De este modo, la proporcionalidad se revela como límite interno que impide que el sistema de clasificación se transforme en automatismo punitivo.

En definitiva, la Constitución salvadoreña preserva la técnica legal de graduación por niveles de gravedad frente a su propia rigidez. Y lo hace recordando que el poder de castigar, aun cuando se ejerza por la Administración, sigue siendo poder y, como tal, solo es legítimo cuando se ejerce con medida.

Bibliografía

» Alfaro-Alvarado, A. "Procedimiento administrativo sancionador y motivación de las resoluciones sancionadoras". *Revista General de Derecho Administrativo*, n.º 71 (2026).

» Amoedo-Souto, C. A. "Actividad sancionadora". En *Manual de derecho administrativo*, dirigido por F. Velasco Caballero y M. M. Darnaculleta Gardella. Madrid: Marcial Pons, 2023.

» Arroyo Jiménez, L. "Bases constitucionales". En *Manual de derecho administrativo*, dirigido por F. Velasco Caballero y M. M. Darnaculleta Gardella. Madrid: Marcial Pons, 2023.

» Barnes, J. "El principio de proporcionalidad. Estudio preliminar". *Cuadernos de Derecho Público*, n.º 5 (1998).

» Becker, G. S. "Crime and Punishment: An Economic Approach". *Journal of Political Economy* 76, n.º 2 (1968).

» Cierco Seira, C. "Reflexiones sobre el principio de oportunidad en el derecho administrativo sancionador". En *Estudios de derecho administrativo sancionador. En reconocimiento a Juan M.ª Pemán Gavín*, coordinado por A. Ezquerra Huerva. A Coruña: Colex, 2024.

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

» Estrada Cuevas, J. A., y M. Lucero Espinosa. *Derecho administrativo sancionador. Parte general.* Ciudad de México: Tirant lo Blanch, 2020.

» Gallardo Castillo, M. J. *Los principios de la potestad sancionadora. Teoría y práctica.* Madrid: Iustel, 2008.

» Gamero Casado, E., y S. Fernández Ramos. *Manual básico de derecho administrativo.* 13.ª ed. Madrid: Tecnos, 2016.

» García Amado, J. A. "¿Existe discrecionalidad en la decisión judicial?". *Isegoría*, n.º 35 (2006).

» Gómez Mercado, F. G. *Sanciones administrativas. Garantías, derechos y recursos del presunto responsable.* 4.ª ed. Granada: Comares, 2017.

» Ley 40/2015. España: Jefatura de Estado, 2015.

» Ley de Medicamentos. El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 2012.

» Ley de Procedimientos Administrativos. El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 2018.

» Nieto, A. *Derecho administrativo sancionador.* 5.ª ed. Madrid: Tecnos, 2012.

» Parada Vázquez, R. *Derecho administrativo I.* Parte general. 19.ª ed. Madrid: Marcial Pons, 2012.

» Rebollo Puig, M., y M. Izquierdo Carrasco. "Derecho administrativo sancionador: caracteres generales y garantías materiales. En *Derecho administrativo*, tomo II, 3.ª ed. Madrid: Tecnos, 2018.

» Rebollo Puig, M., M. Izquierdo Carrasco, L. Alarcón Sotomayor y A. M.ª Bueno Armijo. *Derecho administrativo sancionador*. Valladolid: Lex Nova, 2010.

» Sala de lo Constitucional. *Sentencia ref. 175-2013.* El Salvador: Corte Suprema de Justicia de El Salvador, 2016.

» Sala de lo Constitucional. *Sentencia ref. 412-2016.* El Salvador: Corte Suprema de Justicia de El Salvador, 2016.

» Sala de lo Contencioso Administrativo. *Sentencia ref. 198-2012.* El Salvador: Corte Suprema de Justicia de El Salvador, 2018.

» Sala de lo Contencioso-Administrativo. *Sentencia rec. 893/2001 FJ 4.* España: Tribunal Supremo Español, 2004.

» Sala de lo Contencioso-Administrativo. *Sentencia rec. 2300/2011.* España: Tribunal Supremo Español, 2013.

» Sala de lo Contencioso-Administrativo. *Sentencia rec. 2327/2011, FJ 4.* España: Tribunal Supremo Español, 2013.

» Sala de lo Contencioso-Administrativo. *Sentencia, 2014/2023.* España: Tribunal Supremo Español, 2015.

» Tarifas de Salarios Mínimos para la República de El Salvador y su reforma, Decretos Ejecutivos n.º 11 y 12, de 22 y 24. El Salvador: Órgano Ejecutivo, 2025.

Revista Derecho

VOLUMEN 10 (2026)
Noviembre 2025 - Noviembre 2026

ISSN: 2411-1465
e-ISSN: 2789-3960

Análisis comparado del Derecho procesal ecuatoriano y venezolano en niñez y adolescencia a partir del principio de interés superior del niño

Comparative analysis of ecuadorian and venezuelan procedural Law in childhood and adolescence based on the principle of the best interests of the child

Isabel Alejandra Mendoza Rojas
(Universidad de Otavalo, Imbabura, Ecuador)
https://orcid.org/0000-0002-9584-2360
Correpondencia: iamendoza@uotavalo.edu.ec

Pablo Ricardo Mendoza Escalante
(Universidad de Otavalo, Imbabura, Ecuador)
https://orcid.org/0000-0001-7014-7786
Correpondencia: pmendoza@uotavalo.edu.ec

DOI: https://doi.org/10.66778/RD.v10n01.09

CC BY NC

Recibido: 13-03-2026
Aceptado: 03-10-2026

Revista Derecho Vol. 10 (2026)
https://revistas.ues.edu.sv/index.php/revder
ISSN: 2411-1465 | e-ISSN: 2789-3960

ANÁLISIS COMPARADO DEL DERECHO PROCESAL ECUATORIANO Y VENEZOLANO EN NIÑEZ Y ADOLESCENCIA A PARTIR DEL PRINCIPIO DE INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO

Isabel Alejandra Mendoza Rojas y Pablo Ricardo Mendoza Escalante

RESUMEN

En el artículo se realizó un análisis comparado del Derecho procesal ecuatoriano y venezolano aplicable al régimen de niñas, niños y adolescentes (NNA) desde el principio de interés superior del niño y con fundamento en la teoría de la protección integral; en el entendido de que los ordenamientos jurídicos de Ecuador y Venezuela procesalmente han virado su concepción jurídica en cuanto a la tutela efectiva de los derechos de este grupo de atención prioritaria. En lo metodológico, se trata de una investigación documental, del tipo dogmático jurídico; en el entendido de que se analizan y contrastan el Código Orgánico de la Niñez (CONA) y la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente (LOPNNA), triangulando con doctrina y jurisprudencia. Se concluyó que en ambos ordenamientos el cumplimiento del régimen de visitas de los NNA es una temática incompleta; que el incumplimiento del pago de la pensión de alimentos en Ecuador conlleva al apremio personal y en Venezuela el incumplimiento de la obligación de manutención puede privar la Patria Potestad; en Ecuador la fijación de la pensión alimenticia se determina por la denominada tabla SUPA; mientras que el monto de la obligación alimentaria en Venezuela se fijará en salarios mínimos y debe preverse su ajuste en forma automática y proporcional, teniendo en cuenta la tasa de inflación del Banco Central. Finalmente, el procedimiento aplicable en Ecuador de acuerdo con el COGEP es el sumario de única audiencia; mientras que en Venezuela se tiene el procedimiento ordinario con dos audiencias.

PALABRAS CLAVES: adolescentes - apremio personal - interés superior - niños - ordinario - pensión alimenticia - principio - sumario - visitas

COMPARATIVE ANALYSIS OF ECUADORIAN AND VENEZUELAN PROCEDURAL LAW IN CHILDHOOD AND ADOLESCENCE BASED ON THE PRINCIPLE OF THE BEST INTERESTS OF THE CHILD

Isabel Alejandra Mendoza Rojas y Pablo Ricardo Mendoza Escalante

ABSTRACT

This article presents a comparative study of Ecuadorian and Venezuelan procedural law governing children and adolescents, approached through the best interests of the child principle and the doctrine of comprehensive protection as both legal systems shift toward effective judicial safeguards for this priority group. Using a documentary and doctrinal methodology, the research contrasts Ecuador's Organic Code on Children and Adolescents (CONA) with Venezuela's Organic Law for the Protection of Children and Adolescents (LOPNNA), triangulating statutory rules with legal scholarship and case law. The findings reveal shared enforcement gaps in visitation regimes alongside stark contrasts in child support enforcement and procedure: non-payment in Ecuador triggers personal restraint (civil detention), whereas default in Venezuela can lead to the forfeiture of parental authority (patria potestas). Moreover, Ecuador calculates support awards using the official SUPA schedule, while Venezuela pegs maintenance obligations to minimum wages with automatic adjustments indexed to Central Bank inflation rates. Finally, child-related disputes follow a single-hearing summary proceeding under Ecuador's General Organic Code of Procedures (COGEP), compared to a two-hearing ordinary proceeding in Venezuela.

KEYWORDS: adolescents - personal restraint - best interests - children - ordinary - child support, principle - summary proceedings - visits

Análisis comparado del Derecho procesal ecuatoriano y venezolano en niñez y adolescencia a partir del principio de interés superior del niño

Isabel Alejandra Mendoza Rojas[1]
Pablo Ricardo Mendoza Escalante[2]
Ecuador

Introducción

Resulta necesario conocer dentro de la temática planteada que en los años ochenta ocurrió un hecho histórico de suma trascendencia que benefició a niños, niñas y adolescentes en el ámbito mundial. Las Naciones Unidas (ONU) aprobaron en el año 1989 la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN),[3] generando un cambio para los Estados en la adaptación de su ordenamiento jurídico en cuanto a estructura judicial y normatividad. Entre los principios rectores de la Convención resalta el principio del interés superior del niño,

1 Abogada de la República del Ecuador, Magíster en Derecho procesal y litigación oral de la Universidad de Otavalo y docente de la misma institución en el Ecuador. Doctoranda en Derecho y Relaciones internacionales IESIP Venezuela.

2 Abogado por la Universidad Catolica del Tachira en Venezuela, magister en Desarrollo agrario por la Universidad de los Andes Venezuela, Magíster en Derecho procesal en la Universidad de Otavalo Ecuador; PhD en derecho y Relaciones Internacionales; Doctorando en Humanidades mención Educación en el IESIP Venezuela y actualmente director de Vinculación con la Sociedad en la Universidad de Otavalo Ecuador.

3 Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) (Naciones Unidas: Asamblea General, 1989). Es una fuente del Derecho internacional, reconocida como un tratado internacional de las Naciones Unidas, adoptado el 20 de noviembre de 1989, que reconoce a todas las personas menores de 18 años como sujetos de pleno derecho, ratificado por Ecuador y Venezuela.

Para escribir en nuestra revista, consulta las bases aquí

que consagra que, en todas las medidas concernientes a los niños, que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, deberán tener una consideración primordial, la cual es el interés superior del niño.[4]

A ello se suma el Convenio 182 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)[5] que, desde 1999, exige a los Estados actuar de manera urgente con el fin de eliminar el trabajo infantil, la explotación sexual, el tráfico de menores y la esclavitud, o su uso en actividades ilícitas, fomentando el desarrollo económico y social. Junto con las Reglas de Beijing,[6] procuran la promoción del bienestar de los NNA, de forma que se reduzcan considerablemente los casos que requieran intervención del sistema judicial; estas reglas son aplicables a los menores que se encuentren en conflictos penales y hacen énfasis en el respeto a las garantías básicas en los procesos penales.

Dentro de la región latinoamericana, Ecuador fue pionero en ratificar la Convención de los Derechos del Niño, al establecer y estructurar un marco ético jurídico respecto al reconocimiento de los NNA como sujetos de derechos; lo que supone que sean reconocidos como titulares de los mismos. Además, que se asuman obligaciones y que dispongan de mecanismos de protección para la efectividad de los mismos, bajo un modelo garantista de derechos; cuestionando el enfoque adultocéntrico y afirmando que todo NNA posee iguales derechos que un adulto, además de otros específicos por su condición de vulnerabilidad.

La constitucionalización del derecho aplicable a los NNA conlleva a que en el año 2008 la Constitución del Ecuador establece que, en el caso de los tratados y otros instrumentos internacionales de derechos humanos, serán de

4 Convención sobre los Derechos del Niño, art. 3.

5 Convenio sobre la prohibición de las peores formas de trabajo infantil y la acción inmediata para su eliminación (Ginebra: Organización Internacional del Trabajo (OIT), 1999).

6 Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (Reglas de Beijing) (ONU: Asamblea General de las Naciones Unidas, 1985). Las Reglas de Beijing (1985) son estándares mínimos definidos por la ONU para la protección de derechos de los NNA, sobre el trato justo y la rehabilitación social. En ellas, se prioriza el interés superior del menor y la proporcionalidad de las sanciones.

aplicación directa, bajo los principios pro ser humano, de no restricción de derechos y de cláusula abierta; con énfasis en materia de niñez y adolescencia, y que se debe de observar obligatoriamente el principio del interés superior del niño.

De esta forma, la Constitución ecuatoriana estructura el reconocimiento de derechos de niñas, niños y adolescentes (NNA) bajo la relevancia y observancia de los principios de interés superior del niño y de prioridad absoluta; así como también responde a la obligación de proveer una respuesta estatal especializada, incluyendo procedimientos especiales y expeditos respecto del acceso a justicia, de la mano de un sistema nacional descentralizado de protección integral de la niñez y la adolescencia en el ámbito administrativo.

En este orden, Ecuador incorporó expresamente en su ordenamiento jurídico principios como la no discriminación, el interés superior del niño, junto a los derechos a la supervivencia, al desarrollo integral y a la participación; tal como se regula en el Código de la Niñez y Adolescencia (CONA) vigente desde el año 2003.[7] De allí que Legarda sostiene que: "*[l]a Constitución de 2008 ha conservado estos principios esenciales, reconociendo a los niños, niñas y adolescentes como sujetos plenos de derechos, estableciendo además la obligatoriedad de la atención primaria, protección especial y justicia especializada*".[8]

No obstante, la organización humanitaria independiente denominada Plan Internacional Ecuador ha presentado proyectos de reformas al Código Orgánico de Niñez y Adolescencia. Dicha propuesta se centra en ejes transversales como la incorporación de un enfoque de género[9] con especial atención a niñas y adolescentes, la prohibición expresa de castigos corporales, con un marco jurídico propio para la prevención, sanción y restitución de

7 Código de la Niñez y Adolescencia, Ley 100 (Ecuador: Congreso Nacional, 2003).

8 Verónica Legarda, *Ecuador a los 30 años de la Convención sobre los Derechos del Niño: estado de situación del derecho de los niños, niñas y adolescentes a la convivencia familiar y comunitaria, en Niñas, niños y adolescentes: ensayos sobre sus derechos* (Quito: UNICEF, 2019), 11-30.

9 El interés superior del niño es un principio rector de derechos humanos que determina priorizar el bienestar, desarrollo integral y pleno ejercicio de los derechos de niños, niñas y adolescentes (NNA), en todas las decisiones que les puedan vulnerar alguno de sus derechos.

derechos. En función de ello, la responsabilidad de tutelar y proteger los derechos de la niñez no solo es del Estado ecuatoriano, sino que también corresponde a la sociedad y la familia, desde una visión integral y colaborativa.

En el caso de la República Bolivariana de Venezuela, se encuentra vigente la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente (LOPNNA) promulgada en el año 2000.[10] En este instrumento legal se regula la protección del menor y el derecho al alimento, vestido, vivienda, servicios básicos, salud y educación, entre otros. Esta ley otorga un rol prioritario a los progenitores como aquellos que deben proveer la manutención de los niños, enfatizando en que el Estado establecerá las políticas necesarias para asistirlos.

La reforma de la LOPNNA de 2015 regula que las entidades de atención, teniendo en cuenta el principio del interés superior de niños, niñas y adolescentes, deben ajustar su funcionamiento a la preservación de los vínculos familiares, la no separación de grupos de hermanos y hermanas, la preservación de la identidad del niño, niña y adolescente, el estudio personal y social de cada caso, la atención individualizada y en pequeños grupos, la garantía de alimentación y vestido, así como la atención médica, psicológica, psiquiátrica, odontológica y farmacéutica.[11]

En este contexto, la investigación se desarrolló considerando un enfoque cualitativo, con un nivel descriptivo y un diseño documental, fundamentado en el análisis de doctrina ecuatoriana y venezolana especializada; así como en la normativa constitucional y legal de ambos países, como el CONA y la LOPNNA, con observancia en la jurisprudencia interamericana. De acuerdo con ello, Peña refiere que:

10 Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente (Venezuela: Asamblea Nacional de la República Bolivariana de Venezuela, 1998).

11 Ley de Reforma Parcial de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes (Venezuela: Asamblea Nacional de la República Bolivariana de Venezuela, 2015), art. 183.

> *"El derecho procesal comparado se ha consolidado como una herramienta fundamental para el análisis y la mejora de los sistemas judiciales en un mundo globalizado. En un contexto donde las interacciones entre países son cada vez más frecuentes y complejas, la necesidad de contar con sistemas judiciales eficientes y justos se vuelve imperativa. A través de la comparación de normas, procedimientos y prácticas judiciales, esta disciplina permite identificar elementos que pueden ser adaptados e implementados en contextos nacionales para fortalecer la administración de justicia".*[12]

El artículo se estructura con una introducción y desarrolla las temáticas relacionadas con las fuentes internacionales de protección para los NNA, las bases constitucionales, la doctrina de protección integral, el principio de interés superior del niño, tenencia compartida, régimen de adopción, pensiones alimenticias y las garantías jurisdiccionales en Ecuador y Venezuela.

I. Fuentes internacionales de protección de NNA en Ecuador y Venezuela

Ecuador ha ratificado múltiples instrumentos internacionales que garantizan los derechos de la niñez, destacándose la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), el Protocolo Facultativo sobre la Venta de Niños, Prostitución Infantil y Utilización de Niños en la Pornografía, así como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.[13] La Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) se pronunció en cuanto al caso Gonzales Lluy y

12 D. Peña, "Técnica jurídica propia del derecho procesal comparado frente a supuestos casuísticos: caso Venezuela", *PROHOMINUM: Revista de Ciencias Sociales y Humanas* 6, n.º 4 (2024).

13 Convención sobre los Derechos del Niño (Organización de las Naciones Unidas (ONU): Asamblea General, 1989); Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía (Organización de las Naciones Unidas (ONU): Asamblea General, 2000); Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Organización de las Naciones Unidas (ONU): Asamblea General, 1966).

otros vs. Ecuador, a través de la sentencia de 1 de septiembre de 2015, serie C n.º 298, donde determinó que:

> *"De las normas contenidas en la Convención sobre los Derechos del Niño, las cuales integran el corpus iuris de los derechos de la niñez, se desprende que el Estado no solo debe abstenerse de interferir indebidamente en las relaciones privadas o familiares de la niña y del niño, sino también que, según las circunstancias, debe adoptar providencias positivas para asegurar el ejercicio y disfrute pleno de sus derechos".* [14]

De dicho pronunciamiento se colige que la CIDH determinó que el Estado era responsable por la vulneración del derecho a la vida e integridad personal, siendo deber del Estado ecuatoriano supervisar y fiscalizar a las instituciones de salud tanto públicas como privadas. Del mismo modo, la CIDH sostiene que se vulneró el derecho a la educación al prohibirle asistir al centro de estudios por la recomendación de un informe diagnóstico sustentado en prejuicios y discriminación interseccional.

La CIDH reconoció que Talía sufrió una discriminación agravada por la convergencia de varios factores: ser niña, vivir con VIH, ser mujer y vivir en situación de pobreza. Por su parte, Venezuela ha ratificado la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) en 1990,[15] en la que se establecen los principios de interés superior del niño, prioridad absoluta y el derecho a la participación. Asimismo, ha ratificado el Convenio de La Haya sobre Sustracción Internacional de Menores, que regula la restitución de niños trasladados ilícitamente fuera del país, la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores y los Protocolos Facultativos de la CDN relativos a la venta de niños, la prostitución infantil y la participación de niños en conflictos armados.

14 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Sentencia: Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador* (CIDH: 2015), serie C n.º 298.

15 Convención sobre los Derechos del Niño, (ratificada por Venezuela en 1990).

La Corte Interamericana de Derechos Humanos se pronunció en el caso Familia Barrios vs. Venezuela, a través de la sentencia de 24 de noviembre de 2011, serie C n.º 237, donde determinó que:

> *"De conformidad con el artículo 19 de la Convención Americana, el Estado debe asumir una posición especial de garante con mayor cuidado y responsabilidad, y debe tomar medidas o cuidados especiales orientados en el principio del interés superior del niño. Asimismo, el Estado tiene el deber de adoptar todas las medidas positivas para asegurar la plena vigencia de los derechos del niño".*[16]

La CIDH concluyó que Venezuela falló en su deber de garantizar el derecho a la vida y la integridad personal, bajo un sustento argumentativo de que las indagaciones efectuadas a lo interno fueron incompletas y poco científicas, provocando una situación de impunidad que obligó a varios integrantes de la familia Barrios a desplazarse internamente para salvaguardar sus vidas.

II. Bases constitucionales que regulan los NNA en Ecuador y Venezuela

La Constitución de 2008 del Ecuador se fundamenta en un enfoque de sujetos de derechos y grupo de atención prioritaria a los NNA. Con ocasión de ello, se estableció el principio de prioridad como rector en la materia, al establecer que *"El Estado, la sociedad y la familia promoverán con prioridad el desarrollo integral de los NNA. Sus derechos prevalecerán sobre los de las demás personas".*[17] Esta prevalencia debe ser considerada dentro de los distintos procesos en la jurisdicción especial con competencia en NNA.

16 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Familia Barrios vs. Venezuela* (CIDH, 2011), serie C n.º 237.

17 Constitución de la República del Ecuador (Ecuador: Asamblea Nacional Constituyente, 2008), art. 44.

Del mismo modo, se consagra el interés superior del niño,[18] que obliga a que todas las políticas públicas y decisiones judiciales se orienten a garantizar sus derechos; la determinación de los denominados grupos de atención prioritaria que, conforme con el artículo 35, consagra que *"los NNA reciben atención especializada y gratuita tanto en el ámbito público como privado"*, correspondiendo como derechos específicos *"el derecho a la integridad física y psíquica, identidad, salud, educación"* (art. 45) y el derecho a la protección contra la violencia donde *"el Estado adoptará medidas para protegerlos contra toda forma de violencia, maltrato, explotación sexual o laboral y tráfico de personas" (*art. 46*).*[19]

La Constitución del año 1999 de la República Bolivariana de Venezuela fue la pionera en la región al incorporar la doctrina de protección integral, apartándose de la vieja visión tutelar.[20] De esta forma regula que:

> *"los NNA son reconocidos como sujetos plenos de derecho». Como consecuencia de ello, el Estado, las familias y la sociedad deben asegurar su protección integral. En este orden, se consagra en el artículo 78 el interés superior como eje rector para la interpretación y aplicación de todas las normas relativas a NNA, y se establece el mandato de prioridad absoluta al señalar que «[l]os derechos de NNA tienen primacía en la formulación de políticas públicas y en la asignación de recursos".*[21]

De lo anterior, se observa que existen paralelismos entre la Constitución ecuatoriana de 2008 y la Constitución venezolana de 1999 en cuanto a la visión de los NNA reconocidos como sujeto de derechos y atención prioritaria. En lo que refiere a la corresponsabilidad Estado, sociedad y familia, presentan similitud en cuanto a sus efectos y consecuencias jurídicas. Desde el principio

18 El enfoque de género en niños, niñas y adolescentes (NNA) debe ser comprendido como una perspectiva que promueve la igualdad, erradicando estereotipos que imposibilitan el desarrollo integral de su personalidad. Su finalidad es efectivizar los derechos sin discriminación ni violencia, con iguales oportunidades.

19 Constitución de la República del Ecuador, arts. 35, 45 y 46.

20 Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (Venezuela: Asamblea Nacional Constituyente, 1999).

21 *Ibíd.,* art. 78.

de jerarquía normativa de derechos, los derechos de los NNA prevalecen sobre los demás, otorgando prioridad absoluta en toda política pública de ambos Estados. En atención con la denominada Doctrina de Protección Integral, ambos países se apartaron del concepto del menor como objeto de compasión para considerarlos jurídicamente como ciudadanos con derechos activos y específicos desde la juridicidad.

III. Doctrina de protección integral

La Doctrina de Protección Integral[22] considera al niño, niña y adolescente como sujetos con plenos derechos, y corresponde su tutela efectiva al Estado, familia y sociedad, de acuerdo con el principio de la corresponsabilidad. El artículo 8 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes (LOPNNA) sustenta la doctrina de protección integral de la siguiente manera:

> *"El interés superior de niños, niñas y adolescentes es un principio de interpretación y aplicación de esta ley, el cual es de obligatorio cumplimiento en la toma de todas las decisiones concernientes a los niños y adolescentes. Este principio está dirigido a asegurar el desarrollo integral de los niños, niñas y adolescentes, así como el disfrute pleno y efectivo de sus derechos y garantías".*[23]

El Estado garantizará la protección de la familia para que los niños y adolescentes puedan tener un normal desarrollo, a la vez que les proporciona el beneficio de actuar como sujetos de pleno derecho. La trilogía de protección que comprende la familia, la sociedad y el Estado está prevista en el artículo 78 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999, donde se señala que los niños, niñas y adolescentes son sujetos plenos de derecho y estarán

22 La doctrina de protección integral reconoce a los (NNA), como sujetos plenos de derechos, no como objetos de tutela, garantizando su desarrollo, supervivencia y participación. Se fundamenta en la Convención sobre los Derechos del Niño de (1989).

23 Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes (Venezuela: Asamblea Nacional de la República Bolivariana de Venezuela, 2015), art. 8.

protegidos por la legislación, órganos y tribunales especializados, los cuales respetarán, garantizarán y desarrollarán los contenidos de la Constitución, la Convención de los Derechos del Niño y demás tratados internacionales.[24]

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en la sentencia n.º 481 de fecha 24 de mayo de 2010, explana el derecho que tienen niños y adolescentes a opinar y ser oídos, al indicar que *"la solución de conflictos que se presenten entre el libre desarrollo de la personalidad*[25] *y otros derechos deberá solucionarse de manera directa en cada caso en concreto, con criterio razonable que concluya de ser posible con la protección de ambas"*.[26] De tal modo que Rea refiera que la protección integral "se enfoca en el interés superior del niño y tiene su fundamento en la dignidad del ser humano, en las características propias de los niños y adolescentes, y en la necesidad de propiciar su desarrollo con el máximo aprovechamiento de sus capacidades y su naturaleza".[27]

IV. El principio del interés superior del niño

El principio del interés superior del niño destaca la importancia de *"priorizar el bienestar, la protección y el desarrollo integral del niño en todas las decisiones y acciones que les afecten"*. De allí que Salame y otros sostienen que *"la interpretación del interés superior del niño se entiende como un derecho subjetivo, un principio jurídico interpretativo fundamental y una norma procesal"*[28] y afirmen que la glocalización jurídica implica la interacción y adaptación de normas, principios y prácticas legales globales con las realidades locales de cada jurisdicción.

24 Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, art. 78.

25 El libre desarrollo de la personalidad se constituye en un derecho fundamental que permite a los NNA desarrollar su identidad, así como proyectar su vida según sus intereses, convicciones y capacidades, sin interferencias externas.

26 Sala Constitucional, *Sentencia n.º 481* (Venezuela: Tribunal Supremo de Justicia, 2010).

27 L. Rea, "Protección integral de la infancia en Venezuela", *Temas de Derechos Humanos* 12, n.º 3 (2019): 350-370.

28 M. Salame, L. Cepeda y M. Aguilar, "Interés superior del niño en la glocalización jurídica: perspectivas y desafíos", *Universidad y Sociedad* 16, n.º 4 (2024): 185-194.

De esta manera, Ecuador y Venezuela, atendiendo a esta perspectiva de índole jurídica, subsume toda la implicancia del principio del interés superior del niño en una realidad social compleja, desde lo cultural y económico, caracterizadas por una historicidad similar y con procesos políticos que fijan intereses en lo jurídico desde racionalidades diferenciadas.

El artículo 44 constitucional establece que *"el Estado, la sociedad y la familia promoverán de forma prioritaria el desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes, y asegurarán el ejercicio pleno de sus derechos; se atenderá al principio de su interés superior"*.[29] Sin embargo, Castillo afirma que *"La coexistencia de disposiciones contradictorias genera incertidumbre interpretativa que puede resultar en decisiones judiciales dispares, afectando la uniformidad en la aplicación del derecho"*.[30]

En este mismo contexto, la Observación General n.º 14 del Comité de los Derechos del Niño señala que el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial implica que este se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida, y garantiza que ese derecho se pondrá en práctica siempre que se adopte una decisión que afecte a un niño, a un grupo de niños concreto o genérico, o a los niños en general.[31]

V. Tenencia compartida

En cuanto a la tenencia compartida, Farías y otros sostienen que, en el contexto jurídico ecuatoriano, *"La tenencia compartida no se encuentra regulada como régimen prioritario, por lo que su aplicación depende de la discrecionalidad judicial, lo que ha generado criterios disímiles y una protección desigual de los derechos*

29 Constitución de la República del Ecuador, art. 44.

30 P. Castillo, "El principio del interés superior del niño en la jurisprudencia constitucional ecuatoriana", *Revista de Derecho Constitucional* 15, n.º 2 (2020): 78-95.

31 Observación general n.º 14, sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (Organización de las Naciones Unidas (ONU): Comité de los Derechos del Niño, 2013).

de los niños, niñas y adolescentes".[32] Asimismo, se identificaron cinco aspectos procesales fundamentales para su implementación: el rol del juez, los derechos procesales de los NNA, las etapas procesales, los parámetros de valoración y las medidas judiciales.

En relación con el análisis de la tenencia compartida en Ecuador, Vázquez y otros afirman que *"El Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, así como su ley reformatoria, no regula lo relacionado con la tenencia compartida*".[33] La falta de regulación sobre la situación de los hijos menores habidos dentro del matrimonio en el caso de la separación de sus progenitores vulnera los derechos de los niños, niñas y adolescentes y el principio del interés superior del menor.

En este orden, es menester entender lo que implica la corresponsabilidad parental,[34] para lo cual, San Martín afirma que esta *"busca superar los roles tradicionales de género en la crianza de los hijos, donde se asignaba principalmente a las madres la responsabilidad de cuidar y educar a los niños, mientras que los padres se centran en el aspecto económico y proveedor"*.[35] En Venezuela, la LOPNNA establece que cuando se modifiquen los supuestos conforme a los cuales se dictó una decisión sobre Responsabilidad de Crianza, Régimen de Convivencia Familiar u Obligación de Manutención, puede presentarse una nueva demanda de revisión (art. 456).

32 K. E. Farias-Viteri, S. P. Macero-Villafuerte y H. G. García-Segarra, "Consideraciones jurídicas de carácter procesal relativas a implementar la tenencia compartida en la legislación ecuatoriana", *Sociedad & Tecnología* 9, n.º S1 (2026): 447-463.

33 C. Vázquez, C. Narváez, D. Trelles y J. Erazo, "La tenencia compartida, alcances y su aplicación en el Ecuador", *Iustitia Socialis* 5, n.º 1 (2019).

34 La corresponsabilidad parental comprende la distribución equitativa de los deberes de cuidado, crianza, educación y crianza emocional de los hijos NNA entre ambos progenitores, independientemente de si viven juntos o separados.

35 M. San Martín, "El principio de corresponsabilidad parental", *Revista de Derecho (Coquimbo)* 20, n.º 2 (2019): 21-59.

VI. La adopción

En el artículo 21 de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) señala que los Estados que reconocen y/o permiten la adopción se cuidarán de que el interés superior del niño sea la consideración primordial y de que estén reunidas todas las garantías necesarias para asegurar que la adopción es admisible.[36] De acuerdo con Fierro, se define como *"un acto jurídico por el cual una persona adulta o un matrimonio adopta a un niño, adolescente o adoptado con los mismos derechos y obligaciones que su hijo biológico"*.[37]

En la República del Ecuador, con la entrada en vigor del Código de la Niñez y Adolescencia en 2003, se introdujeron modificaciones sustanciales que flexibilizaron ciertos requisitos, específicamente la edad mínima para adoptar, reduciéndose a 25 años. Esta reforma respondía a criterios de modernización del derecho de familia y a la necesidad de ampliar las posibilidades de colocación familiar para menores en situación de adoptabilidad.[38]

En Venezuela, según la LOPNNA, *"La adopción puede ser nacional o internacional"*.[39] La adopción nacional solo podrá solicitarse por quienes tengan residencia habitual en el país. En Venezuela pueden ser solicitantes de adopción las personas mayores de 25 años de edad, en forma individual o conjunta, independientemente del estado civil, sexo o condición social. De acuerdo con la LOPNNA, la adopción es irrevocable y confiere al adoptado la condición de hijo y al adoptante la condición de padre.

En Ecuador, el Código de la Niñez y Adolescencia dispone que *"La adopción tiene por objeto garantizar una familia idónea, permanente y definitiva al niño, niña o adolescente que se encuentren en aptitud social y legal para ser adoptados*".[40]

36 Convención sobre los Derechos del Niño, art. 21.

37 J. A. Fierro-Vega, "La figura de la adopción en el Ecuador", *Dominio de las Ciencias* 9 (2023).

38 Código de la Niñez y Adolescencia (Ecuador: Congreso Nacional del Ecuador, 2003).

39 Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de Venezuela, art. 407.

40 Código de la Niñez y Adolescencia de Ecuador, art. 151.

El proceso de adopción se encuentra bajo la jurisdicción del Ministerio de Desarrollo Humano (MIES) y se materializa en dos fases: la administrativa y la judicial.

VII. Las garantías jurisdiccionales en la protección de los derechos de la niñez en Ecuador

Dentro de la jurisdicción constitucional en Ecuador, Andrade y Casanova refieren que *"las garantías jurisdiccionales*[41] *incluyen varios mecanismos legales y procedimientos judiciales que permiten a los niños, sus representantes y cualquier ciudadano exigir el cumplimiento de sus derechos"*.[42] De allí que los niños puedan ser escuchados en los procesos judiciales que les afectan, asegurando su derecho a participar en la toma de decisiones.

Una de las garantías jurisdiccionales previstas en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional de 2009,[43] es la acción de protección, que da la posibilidad de intervenir de manera célere y eficaz cuando se evidencia una vulneración de derechos de los NNA. Esta garantía tiene por objeto ofrecer una tutela directa, urgente y eficaz para cesar la vulneración de los derechos constitucionales de los NNA con la finalidad de preservar la integridad física, psicológica y sexual, a partir del interés superior del niño.

En la República del Ecuador, el acceso a la justicia para NNA incluye a varias instituciones del Estado, donde se destacan los Consultorios Jurídicos de las Facultades de Derecho, quienes son habilitados por la Defensoría

41 Las garantías jurisdiccionales en Ecuador son mecanismos judiciales cuyo objeto es proteger de forma inmediata los derechos fundamentales cuando son vulnerados por actos u omisiones de autoridad pública o particulares, previstos en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional de 2009.

42 A. Andrade y J. Casanova, "Las garantías jurisdiccionales y la protección de los derechos de la niñez en Ecuador", *593 Digital Publisher CEIT* 10, n.º 5 (2025): 36-49.

43 Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (Ecuador: Asamblea Nacional del Ecuador, 2009).

Pública para brindar asistencia técnica de calidad en los procesos que por régimen de tenencia, visitas y pensiones alimenticias se puedan requerir en favor de los NNA.

VIII. Régimen procesal ecuatoriano para NNA

El sistema procesal y dentro de este el proceso propiamente dicho es un medio para la realización de la justicia que debe observar las garantías básicas del debido proceso previstas en el artículo 76 de la Constitución del Ecuador de 2008,[44] considerando a su vez que los niños, niñas y adolescentes son un grupo de atención prioritaria. De acuerdo con ello, en el año 2016 entra en vigor el Código Orgánico General de Procesos (COGEP),[45] que regula las materias no penales en Ecuador y dentro de estas la competencia de NNA a través del procedimiento sumario o de audiencia única.

Dentro del proceso sumario previsto en el ordenamiento jurídico del Ecuador, el Código Orgánico General de Procesos en el artículo 146, en concordancia con el artículo 135 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, regulan que en materia de niñez y adolescencia, al momento de la calificación de la demanda el juez fijará provisionalmente la pensión de alimentos y ordenará que se cite al demandado para que conteste la demanda en el término de 10 días.[46] En este sentido, Cedeño sostiene que el procedimiento sumario se desarrolla en audiencia única, con dos fases: la primera de saneamiento, fijación de los puntos en debate y conciliación; la segunda, de prueba y alegatos.[47]

44 Constitución de la República del Ecuador, art. 76.

45 Código Orgánico General de Procesos (COGEP) (Ecuador: Asamblea Nacional del Ecuador, 2015). Regula los procesos de niñez y adolescencia en Ecuador bajo el sistema oral, priorizando la celeridad y el interés superior del menor. Establece el procedimiento sumario, caracterizado por audiencias orales.

46 Código Orgánico General de Procesos de Ecuador, art. 146; Código de la Niñez y Adolescencia de Ecuador, art. 135.

47 R. Cedeño, "Juicio ejecutivo, alteraciones cautelares del título y el recurso de casación" (Tesis de posgrado, Universidad Regional Autónoma de los Andes, 2016).

En lo atinente al régimen de visitas, en la República del Ecuador, conforme con el artículo 106, numeral 2, del Código de la Niñez y la Adolescencia, en los procesos de divorcio es la madre a quien se le otorga la tenencia del NNA.[48] Como consecuencia de ello, el padre pasa a un plano secundario, reduciendo su rol y responsabilidades dentro de la formación del niño al no compartir diariamente con él. El Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, en relación con el régimen de visitas, reconoce *"el derecho del progenitor que no ha quedado a cargo del cuidado del hijo a tener un régimen de visitas"*.[49]

El derecho alimentario,[50] es visto a nivel mundial como un derecho humano vital para el desarrollo integral de los niños, niñas y adolescentes. Rodríguez y Vázquez afirman que *"la pensión alimenticia no es simplemente una obligación económica; representa un compromiso social, familiar y estatal para proteger y garantizar los derechos fundamentales de los menores"*.[51]

Para la fijación de la pensión alimenticia, la parte actora debe anexar a la demanda el número de la cuenta de ahorros aperturada en cualquier entidad financiera, con el fin de que se cree el código pertinente dentro del Sistema Único de Pensiones Alimenticias (SUPA), desarrollado por el Consejo de la Judicatura. Su incumplimiento en dos pagos consecutivos puede trascender en Ecuador al denominado apremio personal. Verdugo y otros señalan que:

> *"la figura del apremio personal emerge como una respuesta jurídica frente a la negativa reiterada o negligencia del alimentante para cumplir con su obligación económica. Se trata de una medida coercitiva excepcional, consistente en la privación*

48 Código de la Niñez y Adolescencia de Ecuador, art. 106, núm. 2.

49 *Ibíd.,* art. 122.

50 El Derecho alimentario de (NNA) es entendido como fundamental e irrenunciable, que garantiza la satisfacción integral de sus necesidades básicas para un desarrollo integral que comprende la alimentación nutritiva, vivienda, salud, educación, vestuario, cultura y recreación.

51 W. Rodríguez y J. Vázquez, "El principio del interés superior del niño frente a las inhabilidades del deudor de pensiones alimenticias", *Dominio de las Ciencias* 7, n.º 2 (2021): 1032-1051.

temporal de la libertad del deudor alimentario con el objetivo específico de presionarlo para que cumpla con sus obligaciones pendientes".[52]

Otra institución fundamental en el ordenamiento jurídico en Ecuador es la mediación,[53] como mecanismo alternativo a la solución de conflictos en materia de alimentos, visto como un mecanismo jurídico que tiene el efecto de una sentencia ejecutoriada, incorporada en la Constitución de la República del Ecuador de 2008, en el Código de la Niñez y Adolescencia, así como en la Ley de Arbitraje y Mediación, específicamente en el artículo 47.[54]

IX. Régimen procesal venezolano para NNA

Los aspectos procesales relacionados con el derecho de familia en Venezuela, específicamente lo inherente a los NNA, se regulan principalmente por la LOPNA (2007) y el Código Civil, fundamentados en la oralidad, inmediatez y el interés superior del niño como principio rector en la materia. Resulta medular advertir la existencia del Tribunal de Protección del Niño y del Adolescente como un órgano jurisdiccional especializado para conocer todos los asuntos que afectan directamente la vida civil de niños y adolescentes en materia de familia, patrimoniales y laborales en territorio venezolano.

El referido Tribunal de Protección de los NNA se encuentra estructurado por una Sala de Juicio y por una Corte Superior. La Sala de Juicio está integrada por cuantos jueces sean necesarios, quienes conocerán unipersonalmente los asuntos que se les encomiende, lo que permite la observancia del principio

52 M. Verdugo, C. Robalino y V. Valverde, "El apremio personal en pensiones alimenticias impagas como garantía del derecho a los alimentos conforme al interés superior del niño", *Esprint Investigación* 4, n.º 2 (2025): 346-357.

53 La mediación en materia de (NNA) dentro de los denominados MASC es un proceso voluntario, facilitado por un tercero neutral, que busca resolver conflictos familiares sin llegar a instancias judiciales, para proteger sus derechos a partir de los principios de legalidad, transigibilidad, neutralidad y confidencialidad.

54 Constitución de la República del Ecuador; Código de la Niñez y Adolescencia de Ecuador; y, Ley de Arbitraje y Mediación de Ecuador, art. 47.

de la especialidad del juzgador en la materia. Además, cada tribunal cuenta con servicios propios o en su defecto presupuesto para servirse de médicos, psicólogos, sociólogos, trabajadores sociales y cualquier otro experto.

En cuanto al régimen de visitas,[55] se establece la importancia de conservar y favorecer los nexos del niño y del adolescente con su familia de origen. Estas visitas se pueden entender no solo como el derecho o la oportunidad de acceder a la residencia del hijo, sino también como la facultad de llevarlo a un lugar diferente al de su residencia habitual por un periodo limitado de tiempo que se fijará entre las partes de común acuerdo, o por el juez competente. Al igual que en el caso de la guarda, se niega el derecho de visita al progenitor que incumple injustificadamente la obligación alimentaria.

La Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia (TSJ), en su sentencia n.º 001 del 13 de febrero de 2025, admitió un recurso de control de legalidad contra una decisión adoptada por el Juzgado Superior Segundo de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de Caracas, el cual avaló que un Tribunal de Primera Instancia le otorgara la custodia provisional de una niña y una adolescente a un hombre dentro de un proceso de modificación de responsabilidad de crianza, sin pedirles antes su opinión a las afectadas.[56]

En cuanto a la obligación de manutención, debe ser entendida como una institución familiar prevista en la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes que comprende todo lo relativo al sustento, vestido, habitación, educación, cultura, asistencia y atención médica, medicinas, recreación y deportes, requeridos por el niño, niña y adolescente. La misma LOPNNA estableció como sanción a su incumplimiento reiterado e injustificado la posibilidad de que el padre o la madre o ambos puedan ser privados de

55 El régimen de visitas es entendido como un derecho de los niños, niñas y adolescentes (NNA) a mantener contacto regular y afectivo con el progenitor que no tiene la tenencia física, que se fundamenta en el principio de interés superior del niño.

56 Sala de Casación Social, *Sentencia n.º 001* (Venezuela: Tribunal Supremo de Justicia, 2025).

la patria potestad respecto de sus hijos o hijas, pero ello solo mediante una declaración judicial a solicitud de parte interesada.

En Ecuador las pruebas se anuncian con la demanda, tal como lo prevé el artículo 142 del COGEP y se ratifican en la primera fase del procedimiento sumario, correspondiendo su práctica en la segunda fase del referido procedimiento.[57]

X. Conclusiones

La tenencia compartida es un régimen de custodia que busca promover la igualdad y la participación activa de ambos padres en la crianza de sus hijos después de una separación o divorcio. Proporciona un marco en el cual los padres pueden compartir la responsabilidad de manera equitativa, manteniendo una relación continua y significativa con sus hijos, fortaleciendo las familias reconocidas en la Constitución del Ecuador, incluyendo las reconstituidas y ampliadas.

En Ecuador, al igual que en la República Bolivariana de Venezuela, la falta de mecanismos efectivos para garantizar el cumplimiento del régimen de visitas de los NNA es una temática incompleta que atenta contra los derechos de este grupo de atención prioritaria y la esencia misma de la relación necesaria con sus progenitores.

El incumplimiento del pago de la pensión de alimentos en Ecuador puede conllevar al apremio personal total o parcial; en Venezuela, el incumplimiento de la obligación de manutención es de tal importancia que la misma LOPNNA establece como sanción a su incumplimiento reiterado e injustificado la posibilidad de que el padre o la madre o ambos puedan ser privados de la Patria Potestad respecto de sus hijos o hijas mediante una declaración judicial a solicitud de parte interesada.

57 Código Orgánico General de Procesos de Ecuador, art. 142.

En Ecuador, la fijación de la pensión alimenticia se determina por la denominada tabla SUPA que se fundamenta en el principio de legalidad, es decir, el juzgador debe considerarla con carácter obligatorio; mientras que el monto de la obligación alimentaria en Venezuela se fijará en salarios mínimos y debe preverse su ajuste en forma automática y proporcional, teniendo en cuenta la tasa de inflación determinada por los índices del Banco Central de Venezuela.

Desde el procedimiento aplicable, en Ecuador de acuerdo con el COGEP corresponde al sumario de única audiencia; mientras que en la protección de derechos en Venezuela se tiene el procedimiento ordinario con dos audiencias: una preliminar y otra de juicio, cada una con sus propias reglas procesales.

Finalmente, existen paralelismos entre la Constitución ecuatoriana de 2008 y la Constitución venezolana de 1999 en cuanto a la visión del NNA que inicia con el reconocimiento como sujeto de derechos y atención prioritaria y como sujeto pleno de derecho. En atención con la denominada Doctrina de Protección Integral, ambos países se apartaron del concepto del menor como objeto de compasión/represión para verlos como ciudadanos con derechos activos.

Bibliografía

» Andrade, A. y J. Casanova. "Las garantías jurisdiccionales y la protección de los derechos de la niñez en Ecuador". *593 Digital Publisher CEIT* 10, n.º 5 (2025): 36-49.

» Castillo, P. "El principio del interés superior del niño en la jurisprudencia constitucional ecuatoriana". *Revista de Derecho Constitucional* 15, n.º 2 (2020): 78-95.

» Convención sobre los Derechos del Niño (CDN). Naciones Unidas: Asamblea General, 1989.

» Convenio sobre la prohibición de las peores formas de trabajo infantil y la acción inmediata para su eliminación. Ginebra: Organización Internacional del Trabajo (OIT), 1999.

» Código de la Niñez y Adolescencia, Ley 100. Ecuador: Congreso Nacional, 2003.

» Convención sobre los Derechos del Niño. Organización de las Naciones Unidas (ONU): Asamblea General, 1989.

» Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Familia Barrios vs. Venezuela*. CIDH, 2011.

» Constitución de la República del Ecuador. Ecuador: Asamblea Nacional Constituyente, 2008.

» Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Venezuela: Asamblea Nacional Constituyente, 1999.

» Código de la Niñez y Adolescencia. Ecuador: Congreso Nacional del Ecuador, 2003.

» Código Orgánico General de Procesos (COGEP). Ecuador: Asamblea Nacional del Ecuador, 2015.

» Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Sentencia: Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador*. CIDH: 2015.

» Cedeño, R. "Juicio ejecutivo, alteraciones cautelares del título y el recurso de casación". Tesis de posgrado. Universidad Regional Autónoma de los Andes, 2016.

» Farias-Viteri, K. E., S. P. Macero-Villafuerte y H. G. García-Segarra. "Consideraciones jurídicas de carácter procesal relativas a implementar la tenencia compartida en la legislación ecuatoriana". *Sociedad & Tecnología* 9, n.º S1 (2026): 447-463.

» Fierro-Vega, J. A. "La figura de la adopción en el Ecuador". *Dominio de las Ciencias* 9 (2023).

» Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Ecuador: Asamblea Nacional del Ecuador, 2009.

» Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente. Venezuela: Asamblea Nacional de la República Bolivariana de Venezuela, 1998.

» Ley de Reforma Parcial de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes. Venezuela: Asamblea Nacional de la República Bolivariana de Venezuela, 2015.

» Observación general n.º 14, sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial. Organización de las Naciones Unidas (ONU): Comité de los Derechos del Niño, 2013.

» Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Organización de las Naciones Unidas (ONU): Asamblea General, 1966.

» Peña, D. "Técnica jurídica propia del derecho procesal comparado frente a supuestos casuísticos: caso Venezuela". *PROHOMINUM: Revista de Ciencias Sociales y Humanas* 6, n.º 4 (2024).

» Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía. Organización de las Naciones Unidas (ONU): Asamblea General, 2000.

» Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (Reglas de Beijing). ONU: Asamblea General de las Naciones Unidas, 1985.

» Rea, L. "Protección integral de la infancia en Venezuela". *Temas de Derechos Humanos* 12, n.º 3 (2019): 350-370.

» Rodríguez, W. y J. Vázquez. "El principio del interés superior del niño frente a las inhabilidades del deudor de pensiones alimenticias". *Dominio de las Ciencias* 7, n.º 2 (2021): 1032-1051.

» Sala de Casación Social. *Sentencia n.º 001*. Venezuela: Tribunal Supremo de Justicia, 2025.

» San Martín, M. "El principio de corresponsabilidad parental". *Revista de Derecho (Coquimbo)* 20, n.º 2 (2019): 21-59.

» Sala Constitucional. *Sentencia n.º 481*. Venezuela: Tribunal Supremo de Justicia, 2010.

» Salame, M., L. Cepeda y M. Aguilar, "Interés superior del niño en la glocalización jurídica: perspectivas y desafíos". *Universidad y Sociedad* 16, n.º 4 (2024): 185-194.

» Legarda, *Ecuador a los 30 años de la Convención sobre los Derechos del Niño: estado de situación del derecho de los niños, niñas y adolescentes a la convivencia familiar y comunitaria, en Niñas, niños y adolescentes: ensayos sobre sus derechos*. Quito: UNICEF, 2019.

» Vázquez, C., C. Narváez, D. Trelles y J. Erazo. "La tenencia compartida, alcances y su aplicación en el Ecuador". *Iustitia Socialis* 5, n.º 1 (2019).

» Verdugo, M., C. Robalino y V. Valverde. "El apremio personal en pensiones alimenticias impagas como garantía del derecho a los alimentos conforme al interés superior del niño". *Esprint Investigación* 4, n.º 2 (2025): 346-357.

Revista Derecho

VOLUMEN 10 (2026)
Noviembre 2025 - Noviembre 2026

ISSN: 2411-1465
e-ISSN: 2789-3960

Retos de la responsabilidad civil frente al uso negligente de la inteligencia artificial en la práctica jurídica

Challenges to civil liability in the face of the negligent use of artificial intelligence in legal practice

Melissa Analilia Velásquez Canales
(Universidad de El Salvador, El Salvador)
https://orcid.org/0009-0000-4496-3229
Correspondencia: vv22004@ues.edu.sv

DOI: https://doi.org/10.66778/RD.v10n01.10

CC BY NC

Recibido: 31-03-2026
Aceptado: 28-09-2026

Revista Derecho Vol. 10 (2026)
https://revistas.ues.edu.sv/index.php/revder
ISSN: 2411-1465 | e-ISSN: 2789-3960

RETOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL FRENTE AL USO NEGLIGENTE DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL EN LA PRÁCTICA JURÍDICA

Melissa Analilia Velásquez Canales

RESUMEN
La inteligencia artificial generativa se ha incorporado de manera progresiva a la práctica jurídica como herramienta para redactar escritos, analizar información y organizar casos. Su uso sin verificación, sin embargo, puede introducir en los procesos información errónea, desactualizada o inexistente, con afectación de la veracidad, la buena fe procesal y los intereses del cliente. Mediante un análisis dogmático-jurídico del Código Civil, del Código Procesal Civil y Mercantil, de la Ley de Fomento a la Inteligencia Artificial y Tecnologías y de la resolución de inconstitucionalidad 57-2025, el artículo examina si el régimen salvadoreño de responsabilidad civil permite imputar al abogado los daños causados por ese uso negligente. Se sostiene que el régimen vigente es suficiente: frente al cliente, la responsabilidad es contractual y se rige por la culpa leve; frente a terceros, es extracontractual y se funda en el cuasidelito. Se distinguen, además, la responsabilidad civil de la sanción procesal y de la disciplinaria, se identifica la pérdida de oportunidad procesal como el daño característico y se propone un estándar de diligencia para el uso de la IA. Se concluye que los retos son de aplicación y que la insuficiencia normativa se sitúa en la responsabilidad de desarrolladores y proveedores, no en la del abogado usuario.

PALABRAS CLAVES: cuasidelito - deber de verificación - inteligencia artificial - pérdida de oportunidad - responsabilidad civil del abogado - responsabilidad contractual

CHALLENGES TO CIVIL LIABILITY IN THE FACE OF THE NEGLIGENT USE OF ARTIFICIAL INTELLIGENCE IN LEGAL PRACTICE

Melissa Analilia Velásquez Canales

ABSTRACT
Generative artificial intelligence is increasingly used in legal practice to draft pleadings and briefs, analyze information, and manage case files. Without human verification, however, its use risks introducing inaccurate, outdated, or fabricated material into court proceedings, undermining truthfulness, procedural good faith, and client interests. Drawing on a doctrinal analysis of the Civil Code, the Civil and Commercial Procedure Code, the Law for the Promotion of Artificial Intelligence and Technologies, and Unconstitutionality Ruling 57-2025 of the Constitutional Chamber of the Supreme Court of Justice, this article assesses whether Salvadoran civil liability rules adequately hold attorneys accountable for negligent AI use. It argues that existing law is sufficient: liability to clients is contractual under the standard of ordinary negligence (culpa levis), whereas liability to third parties is extracontractual (tortious) based on quasi-delict. The paper also distinguishes civil liability from procedural and disciplinary sanctions, identifies the loss of a procedural chance as the hallmark injury, and proposes a professional due diligence standard for AI deployment. Ultimately, current challenges lie in judicial enforcement, while any regulatory gap concerns AI developers and providers rather than legal practitioners.

KEYWORDS: quasi-delict - duty of verification - artificial intelligence - loss of chance - lawyer's civil liability - contractual liability

Retos de la responsabilidad civil frente al uso negligente de la inteligencia artificial en la práctica jurídica

Melissa Analilia Velásquez Canales[1]
El Salvador

Introducción

La inteligencia artificial generativa se ha incorporado de manera progresiva a la práctica jurídica. Estudiantes y profesionales del Derecho recurren a ella para redactar escritos, analizar información y organizar casos, ya sea mediante herramientas de uso general o mediante sistemas especializados en el ámbito jurídico. Su empleo como instrumento auxiliar no es, en sí mismo, reprochable.

El problema surge cuando la IA deja de ser un instrumento auxiliar y pasa a sustituir el trabajo del usuario. En la abogacía, esto ocurre cuando el profesional incorpora a sus escritos el contenido generado por la herramienta sin verificarlo, sin comprobar sus fuentes, su vigencia ni su pertinencia. Los casos recientes en Estados Unidos y Colombia, en los que se presentaron ante tribunales escritos sustentados en precedentes inexistentes, muestran que el riesgo no es hipotético. De lo anterior surge la pregunta que orienta esta investigación: ¿permite el régimen vigente de responsabilidad civil en El

1 Estudiante de quinto año de la Licenciatura en Ciencias Jurídicas en la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la Universidad de El Salvador.

Para escribir en nuestra revista, consulta las bases aquí

Salvador imputar al abogado y reparar los daños causados por el uso negligente de la inteligencia artificial generativa en la elaboración de escritos jurídicos?

El objetivo del artículo es estudiar la responsabilidad civil del abogado por el uso negligente de la IA generativa en la elaboración de escritos, es decir, por su utilización sin verificar el contenido, las fuentes, la vigencia ni la pertinencia de lo generado. Para ello se realizó un análisis dogmático-jurídico de las disposiciones del Código Civil sobre las fuentes de las obligaciones, la gradación de la culpa y la indemnización de perjuicios; del Código Procesal Civil y Mercantil (CPCM); de la Ley de Fomento a la Inteligencia Artificial y Tecnologías, y de la resolución de inconstitucionalidad 57-2025 de la Sala de lo Constitucional.

La tesis que se sostiene es que el régimen vigente del Código Civil es suficiente para atribuir responsabilidad al abogado, frente a su cliente, la responsabilidad es contractual, porque nace del contrato de prestación de servicios profesionales y se rige por la culpa leve; frente a terceros, es extracontractual y se funda en el cuasidelito. No obstante, la aplicación de estas reglas a una herramienta capaz de producir información falsa con apariencia de veracidad exige precisar un estándar de diligencia profesional específico. La insuficiencia normativa se sitúa, en cambio, en la responsabilidad de desarrolladores y proveedores de sistemas de IA, donde la opacidad de los modelos y la pluralidad de sujetos dificultan la imputación, y no en la del abogado que utiliza la herramienta.

El artículo se divide en cinco apartados. El primero, expone el concepto y los riesgos de la IA generativa y su uso en la práctica jurídica; el segundo, desarrolla los fundamentos de la responsabilidad civil en el Derecho salvadoreño; el tercero, analiza la responsabilidad del abogado por el uso negligente de la IA y su impacto en los clientes; el cuarto, propone un estándar de diligencia para su utilización, y el quinto, examina los alcances y límites de la Ley de Fomento

a la Inteligencia Artificial y Tecnologías, con una breve referencia al Derecho europeo. Finalmente, se presentan las conclusiones.

I. La inteligencia artificial y su incorporación a la práctica jurídica

El siglo XXI se ha caracterizado por la alta influencia de herramientas digitales creadas con una finalidad complementaria a los seres humanos, facilitando la realización de tareas y actividades diarias, es decir, la IA ayuda al ser humano a una forma más rápida y eficaz de realizar su trabajo.

La Inteligencia Artificial (IA), se entiende como el conjunto de sistemas o modelos capaces de realizar tareas que generalmente requieren de inteligencia humana, como la percepción, el procesamiento del lenguaje, la resolución de problemas y el aprendizaje, con el potencial de operar de manera autónoma o semiautónoma.[2] En otras palabras, es aquel sistema que posee la capacidad de realizar diversas tareas que son realizadas principalmente por los seres humanos.

Para los fines de este artículo interesa la Inteligencia Artificial generativa (IAG), la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, en la resolución de inconstitucionalidad 57-2025, define como:

> *"una rama de la IA referente a aquellos sistemas con capacidad para la generación de contenido, supuestamente único y original, como texto, imágenes, música, programas informáticos, vídeos o videojuegos a partir de grandes conjuntos de datos y [con base en] datos e instrucciones por parte del usuario, es decir, no se limitan a analizar o realizar acciones a partir de datos existentes, sino a generar contenidos distintos".*[3]

2 Ley de Fomento a la Inteligencia Artificial y Tecnologías (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 2025), art.4.

3 Sala de lo Constitucional, *Inconstitucionalidad Referencia: 57-2025* (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2026), 6.

La irrupción de la IAG, ha comenzado a transformar de una forma silenciosa la práctica jurídica. Además, es importante resaltar los problemas o los riesgos que derivan de la IA generativa, según los expertos citados por la Sala en la misma resolución, son principalmente tres: a) problemas de sesgos en los datos de los que se alimenta; b) privacidad y protección de datos; y c) transparencia y veracidad.[4]

Aunque todos representan un riesgo considerable, desde la perspectiva de la autora el más problemático para la práctica jurídica es el tercero, ya que, como usuarios es difícil conocer la fuente de la información, y esto es lo que genera con más facilidad los márgenes de errores en la información que brinda, podría ser información derogada, ya no verídica, de otro país en el caso de jurisprudencia, leyes etc., incluso podría decirse que llega a ser información que podría ser hasta ficticia. Esta problemática abre también el debate sobre el respeto de los derechos de autor por parte de los sistemas de IA, cuestión que excede el objeto de este artículo.

Cabe preguntarse por qué los abogados recurren a la IA para redactar escritos jurídicos, y esto es simplemente porque la redacción es una de las tareas que más tiempo consume en el trabajo jurídico porque antes de argumentar hay que ordenar hechos, ubicar normas, buscar jurisprudencia y armar una estructura. La IAG reduce ese tiempo y puede emplearse, entre otras tareas, en la redacción de borradores, la organización de la prueba, la búsqueda de jurisprudencia y la preparación de contraargumentos.

Esto hace atractivo encargar a la IA la redacción de una demanda, un contrato o una contestación de demanda, con la idea de agilizar el trabajo jurídico. La premisa es cierta, pero esa agilidad no libera al abogado de su responsabilidad.

4 *Ibíd.*, 7.

El problema de depositar la confianza total en la redacción de documentos por la IA, radica en el alto riesgo que posee de brindar información errónea, en la área del derecho específicamente legislación errónea qué no es aplicable a nuestro país, jurisprudencia inexistente, mezcla de sistemas jurídicos, interpretación de normativa sesgada, entre otras, porque es de tener en cuenta que, aunque se creen IA específicas para esta área, es inevitable que contenga un margen de error en su redacción.

No es extraño, por ello, que se conozcan diversos casos de escritos elaborados con IA y presentados ante tribunales. El más difundido es *Mata v. Avianca, Inc.*, en el que dos abogados estadounidenses presentaron ante un tribunal federal de Nueva York un escrito elaborado con ChatGPT que citaba precedentes inexistentes; el tribunal les impuso una multa de US$5,000 por haber actuado de mala fe.[5]

En Latinoamérica, la Sala de Casación Civil, Agraria y Rural de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, mediante el auto AC739-2026,[6] sancionó con una multa de quince salarios mínimos legales mensuales vigentes a un abogado que sustentó un recurso en disposiciones del Código General del Proceso con contenido alterado y en diez sentencias inexistentes, errores que el propio profesional atribuyó a la herramienta de IA que utilizó para agilizar la redacción. La Corte consideró que el problema no era la herramienta empleada, sino la omisión del deber profesional de verificación. En ambos casos la consecuencia fue una sanción procesal impuesta por el propio tribunal ante el cual se presentó el escrito, por la infracción de los deberes del abogado frente a la administración de justicia; ninguno de ellos constituye una condena indemnizatoria a favor del cliente.

5 Tribunal de Distrito de los Estados Unidos para el Distrito Sur de Nueva York, Mata v. Avianca, Inc., 678 F. Supp. 3d 443 (Estados Unidos: S.D.N.Y., 2023).

6 Sala de Casación Civil, Agraria y Rural, *Auto AC739-2026* (Colombia: Corte Suprema de Justicia, 2026).

En suma, utilizar la IA de forma complementaria en la labor como abogados no es reprochable, porque es parte de la adaptación a las nuevas tecnologías, el uso de la IA plantea nuevas oportunidades en la práctica jurídica, pero trae consigo riesgos, especialmente cuando su utilización se realiza sin un debido control para la redacción de documentos jurídicos. Lo reprochable es emplearla sin tener el debido cuidado y pericia.

II. Fundamentos de la responsabilidad civil en el Derecho salvadoreño

La responsabilidad civil es la obligación que tiene toda persona de reparar los daños que, por acción u omisión, causa a otra persona o a su patrimonio.

Además, para que una obligación civil exista debe de derivar de alguna de las fuentes generadoras de obligaciones, ya que *"Las obligaciones nacen o existen de los contratos, cuasicontratos, delitos o cuasidelitos, faltas y de la ley"*.[7]

En consecuencia, la responsabilidad civil surge por el incumplimiento de una obligación, Alessandri y Somarriva dicen *"La culpa puede ser contractual y extracontractual, pero estas se diferencian ya que la culpa contractual admite diversas gradaciones"*.[8] En efecto, el artículo 42 C.C.[9] distingue tres especies de culpa: grave o lata, leve y levísima, y la extracontractual no posee estas gradaciones; lo interesante es que relaciona esta clasificación tripartita porque sirve para determinar la culpa o responsabilidad del deudor en los diversos contratos, ya que *"...el deudor es responsable de la leve, en los contratos que se hacen para beneficio recíproco de las partes…"*[10] La culpa leve se define en el propio artículo 42 C.C.[11]

7 Código Civil (El Salvador: Decreto Ejecutivo, 1859), art.1308.

8 Arturo Alessandri Rodríguez y Manuel Somarriva Undurraga, *Curso de derecho civil*, t. III (Santiago: Editorial Nascimento, 1988), 196.

9 Código Civil, art. 42.

10 *Ibíd.*, art. 1418.

11 *Ibíd.*, art. 42.

como *"la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios"*.

Lo anterior se relaciona con que *"La indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y lucro cesante, ya provengan de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento*",[12] a la cual se le llama según la doctrina de responsabilidad civil contractual. Por lo tanto, la responsabilidad contractual corresponde a aquella obligación de reparar los daños y perjuicios que se causen por el incumplimiento de las obligaciones contraídas, por el acuerdo de voluntades que dos personas acordaron y que una de las partes incumplió dicho acuerdo o la obligación que surge del acuerdo de las partes, dicha obligación puede ser de dar, hacer o no hacer y cuyo deudor está individualmente identificado en el contrato del que se originan.

Asimismo, la responsabilidad civil surge por la comisión de un hecho ilícito, es decir, de los delitos y cuasidelitos. Conviene aclarar que aquí se alude al delito civil y no al penal, por lo tanto, el delito civil es aquel hecho voluntario realizado con la intención de causar un daño a una persona o a su patrimonio, y el cuasidelito es el hecho culpable, sin la intención de dañar pero que llega a causar un daño,[13] a esto la doctrina lo denomina responsabilidad civil extracontractual.

La responsabilidad extracontractual no deriva del incumplimiento de un acuerdo de voluntades, sino de la obligación que la ley impone de reparar los daños causados a otra persona sin que exista un contrato que la estipule. Para este estudio interesa la que surge del cuasidelito, porque, al tratarse de un hecho culpable, pone el acento en la negligencia de las acciones u omisiones que causan daño a un tercero, que es precisamente el supuesto del abogado que actúa con descuido.

12 *Ibíd.*, art. 1427.

13 *Ibíd.*, art. 2035.

Por lo tanto, toda persona que ha cometido un delito, cuasidelito o falta, es obligado a la indemnización (art.2065 C.C).[14] Para exigir este tipo de responsabilidad se deben de cumplir tres requisitos esenciales:

1. Que se cause un daño.
2. Que haya culpa.
3. Relación de causalidad entre el daño y la culpa.

Finalmente, la diferencia entre la responsabilidad extracontractual y contractual es que la responsabilidad contractual se origina por el incumplimiento de alguna de las cláusulas que se estipulan en el contrato por negligencia, en cambio la responsabilidad extracontractual, se origina en la culpa o negligencia de una persona que afecta a otra en la cual no está vinculada contractualmente con ella.

III. Responsabilidad del abogado por el uso negligente de la inteligencia artificial

El uso negligente de la IA por parte de los abogados es un incumplimiento del deber de la diligencia profesional, la negligencia del abogado no está en usar la IA para redactar sus escritos sino en usarla sin el debido cuidado o control.

La IA está cambiando la forma de trabajar de los profesionales del Derecho y trae consigo responsabilidades éticas para los abogados, jueces y demás operadores que deben aprender a usarla sin perder de vista los valores fundamentales del Derecho. En este ámbito, que la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO)[15] aprobó en noviembre de 2021 la primera norma mundial sobre la materia, la Recomendación sobre la ética de la inteligencia artificial, que tiene como valor primordial el respeto, la protección y la promoción de los derechos humanos,

14 *Ibíd.*, art. 2065.

15 *UNESCO, Recomendación sobre la ética de la inteligencia artificial* (París: UNESCO, 2022).

las libertades fundamentales y la dignidad humana. Este enfoque es coherente con el art.1 de la Constitución, según el cual *"El Salvador reconoce a la persona humana como el origen y el fin de la actividad del Estado…".*[16]

La recomendación desarrolla diez principios orientados a que el uso de la IA se emplee cuando haga falta y sin causar un daño evitable, que sea segura y trate a todas las personas por igual, que pueda sostenerse sin perjudicar a las personas ni al entorno, y que la información personal no circule sin control alguno, además, una persona tiene que poder revisar el resultado, entender por qué se llegó a él y corregirlo; quien pone en marcha el sistema debe responder por lo que ocurra; la población necesita saber cómo funciona y en qué le afecta; y las reglas deben acordarse entre varios actores y poder cambiarse si el riesgo cambia, todo esto con la finalidad de que el uso de la IA sea ético, seguro y beneficioso para la sociedad.

En este sentido, *"El abogado en el ejercicio de su profesión debe obrar con pericia y veracidad, con honradez y fidelidad, con celo y diligencia, aun en las más justas defensas, no debe usar de medios irregulares y reprobables".*[17] Por lo tanto, el abogado es el responsable por todo el trabajo que realiza, independientemente de las herramientas que utilice. Sin embargo, los clientes tienen derecho a servicios competentes, lo que incluye que el abogado comprenda las capacidades y limitaciones de las herramientas de IA que emplea.

El dilema se presenta cuando el profesional confía en los resultados proporcionados por la IA sin verificación suficiente, especialmente cuando se trata de redacción de escritos o investigación para casos ya sean sencillos o complejos, está negligencia del abogado puede llevarlo a omitir la diligencia suficiente para la validación de requisitos que se consideran esenciales o necesarios para la elaboración de estos escritos.

16 Constitución de la República de El Salvador (El Salvador: Asamblea Constituyente, 1983), art. 1.

17 José Sepúlveda Sanchis y Julia Martínez Candado, *Introducción a la inteligencia artificial para abogados* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2025), 31.

Pero, ¿por qué debe responder el abogado?, en primer lugar, por la protección de los clientes frente a su negligencia, ya que sus derechos pueden verse vulnerados por la omisión de revisar la información proporcionada por la herramienta, en segundo lugar, por los principios procesales que resultan comprometidos, como el debido proceso, que garantiza que el proceso se desarrolle en condiciones de equidad entre las partes. A ello, se suma la falta de transparencia, si no se informa que se usó IA, las partes y el juzgador desconocen cómo se elaboró el argumento.

En consecuencia, a criterio de esta autora, la responsabilidad del abogado frente al uso de la IA puede ser tanto contractual como extracontractual, ya que la negligencia en el uso de esta herramienta no constituye una nueva fuente de obligación distinta de las que ya enumera el art.1308 C.C,[18] sino lo que debe determinarse es la naturaleza de la relación jurídica existente entre el abogado y la persona afectada:

- **Frente al cliente:** existe una relación contractual previa, derivada de la prestación de servicios profesionales, en la que el abogado presta un servicio a cambio de honorarios. Al tratarse de un contrato celebrado en beneficio recíproco de las partes, el abogado responde de la culpa leve.[19] Si el daño se produce por el incumplimiento o el cumplimiento imperfecto de sus obligaciones, procede la responsabilidad contractual y la indemnización del daño emergente y del lucro cesante.[20]
- **Frente a terceros:** cuando la conducta negligente del abogado causa daño a una persona con la que no tiene una relación contractual previa, por ejemplo, la contraparte, la obligación de reparar surge del cuasidelito y da lugar a responsabilidad extracontractual.[21]

18 Código Civil, art.1308.

19 *Ibíd.,* art.1418.

20 *Ibíd.,* art.1427.

21 *Ibíd.,* arts. 2035 y 2065.

Por tanto, una misma conducta negligente relacionada con el uso de la IA puede generar consecuencias distintas según la relación jurídica existente con la persona afectada. La distinción tiene, además, relevancia probatoria: en la vía contractual, la prueba de la diligencia o cuidado incumbe a quien ha debido emplearlo, de modo que, acreditado el incumplimiento, corresponderá al abogado demostrar que actuó con la diligencia debida, por ejemplo, que verificó las fuentes proporcionadas por la herramienta. En la vía extracontractual, en cambio, es la persona afectada quien debe acreditar la culpa.

Sin embargo, el uso de la IA sin la debida diligencia compromete también los principios de veracidad, lealtad, buena fe y probidad procesal. El art.13 CPCM dispone que *"Las partes, sus representantes, sus abogados y, en general, cualquier partícipe en el proceso, deberán actuar con veracidad, lealtad, buena fe y probidad procesal"*.[22] Un escrito que invoca jurisprudencia inexistente o normas derogadas, sin que el abogado lo haya verificado, falta a la verdad aunque no exista intención de engañar.

La misma disposición prevé las consecuencias de su infracción, la condena en costas, el resarcimiento de los daños y perjuicios causados por el infractor y la posibilidad de que el juez remita a la Sección de Investigación Profesional de la Corte Suprema de Justicia la certificación sobre la conducta de los abogados intervinientes; si la infracción fuere constitutiva del delito de falsedad, el juez certificará lo conducente a la Fiscalía General de la República. De esta forma, el ordenamiento procesal salvadoreño ya contempla una vía de reparación y de control disciplinario frente a este tipo de conductas, en línea con las sanciones impuestas en los casos estadounidense y colombiano antes reseñados.

Conviene, sin embargo, no confundir estas consecuencias con la responsabilidad civil, que es objeto de este artículo. Una misma actuación negligente, como presentar un escrito con jurisprudencia inexistente generada

22 Código Procesal Civil y Mercantil (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 2008), art. 13.

por la IA, puede proyectarse en tres planos distintos, que difieren en su fundamento, en el órgano que los conoce, en la persona protegida y en su finalidad:

- **Sanción procesal por mala fe:** la impone el juez que conoce del proceso en el que se presentó el escrito, y su finalidad es proteger la integridad del proceso y a los demás intervinientes frente a la actuación desleal. Sus consecuencias son la condena en costas y el resarcimiento de los daños y perjuicios causados a esos intervinientes, es decir, a la contraparte, no al cliente del abogado infractor, que en el proceso es precisamente la parte representada, si la condena en costas recae sobre la parte, este desembolso se convierte en un daño para el cliente, que solo podrá recuperar frente a su abogado por la vía civil.
- **Responsabilidad disciplinaria:** corresponde a la Corte Suprema de Justicia, a la que la Constitución faculta para suspender a los abogados por incumplimiento de sus obligaciones profesionales, por negligencia o ignorancia graves o por mala conducta profesional, para inhabilitarlos, entre otros motivos, por fraude o falsedad. La investigación se tramita ante la Sección de Investigación Profesional, a la que el juez puede certificar la conducta del abogado conforme al art. 13 CPCM.[23] Su finalidad es tutelar el correcto ejercicio de la profesión y la confianza pública en ella; por eso sus sanciones recaen sobre la habilitación del abogado y no generan indemnización alguna a favor del perjudicado.
- **Responsabilidad civil indemnizatoria:** es la única de las tres que tiene por objeto reparar el patrimonio del perjudicado, se exige ante el juez civil, en un proceso promovido por la persona afectada, y se rige por las reglas del Código Civil, requiere acreditar el daño, la culpa y el nexo causal, presupuestos que no se tienen por establecidos por el solo hecho de que exista una sanción procesal o disciplinaria.

23 *Ibíd.,* art.13.

Los tres planos son autónomos y pueden concurrir, la sanción procesal y la disciplinaria no excluyen la acción indemnizatoria ni la presuponen, y la ausencia de aquellas no impide que el cliente reclame la reparación del daño sufrido.

Es importante analizar cómo queda el derecho del cliente en estos casos. Piénsese en un abogado que debe contestar una demanda con el plazo a punto de vencer y decide utilizar una herramienta de IA. De forma negligente, no revisa el contenido generado y se limita a firmar y sellar el escrito. La contestación se sustenta en jurisprudencia inexistente y en disposiciones derogadas, por lo que el juzgador no puede tomar en cuenta esos argumentos, la defensa pierde eficacia y se dicta una sentencia desfavorable al cliente, es de cuestionarse de qué forma queda el derecho del usuario o del cliente que ha confiado en un profesional del Derecho que ha actuado de forma negligente y que por ello se le ha afectado el derecho de defensa.

El cliente queda afectado porque confió en que el profesional actuaría con la diligencia y pericia necesaria para proteger sus intereses, pero si la utilización negligente de la IA provoca errores en la actuación procesal y como consecuencia se pierde una oportunidad procesal o se limita el ejercicio del derecho de defensa, el cliente termina soportando las consecuencias de una actuación que no le es imputable directamente. Por ello, el cliente podría exigir responsabilidad al abogado por el incumplimiento de las obligaciones derivadas de la relación contractual existente entre ambos y, en su caso, reclamar la reparación de los daños que dicha actuación negligente le haya ocasionado.

Surgen entonces dos preguntas: ¿puede ampliarse el plazo procesal cuando se detecta el uso negligente de la IA, para evitar la afectación de derechos? Y, en caso contrario, ¿cómo se asegura la protección del cliente?

En cuanto a la primera, debe distinguirse entre la responsabilidad del abogado y las consecuencias procesales de su actuación. Que el abogado haya utilizado la IA de forma negligente no obliga al órgano jurisdiccional a conceder una ampliación del plazo, pues los plazos conferidos a las partes son perentorios e improrrogables, salvo disposición en contrario.[24] Tampoco puede invocarse la suspensión por justa causa,[25] limitada a la fuerza mayor o al caso fortuito que coloque a la parte en la imposibilidad de realizar el acto por sí mismo; la negligencia del propio abogado no encaja en esos supuestos. Esa negligencia no debe trasladarse al proceso ni perjudicar a la contraparte, y la oportunidad perdida no se recupera dentro del proceso, sino, en su caso, mediante la acción de responsabilidad contra el abogado.

En cuanto a la segunda, la principal garantía es el deber de diligencia del abogado y su obligación de ejercer un control efectivo sobre las herramientas que utiliza, a él le corresponde revisar, comprobar y validar la información antes de incorporarse a una actuación procesal. Si pese a ello se ocasiona un perjuicio, el cliente podrá hacer valer los mecanismos de responsabilidad civil para obtener la reparación del daño, sin perjuicio de la responsabilidad disciplinaria. En definitiva, el cliente no contrata una herramienta tecnológica, sino a un profesional del Derecho, y es este quien debe responder por la calidad y la diligencia con que presta el servicio.

¿Es deficiente, entonces, la responsabilidad civil en este ámbito? A juicio de la autora, no lo es, ya que las fuentes de las obligaciones existentes permiten determinar la responsabilidad del profesional cuando su actuación negligente ocasiona un daño. Sí existen, en cambio, retos en su aplicación; el primero, es probatorio, acreditar que el daño deriva del uso no verificado de la IA y no de otras causas. El segundo, es la cuantificación, cuando el perjuicio consiste en la pérdida de la posibilidad de obtener una resolución favorable, será necesario valorar la probabilidad de éxito que tenía la actuación

24 *Ibíd.,* art.143.

25 *Ibíd.,* art.146.

frustrada, cuestión que la doctrina ha analizado bajo la figura de la pérdida de oportunidad. El tercero, es la determinación del estándar de diligencia exigible frente a herramienta que puede generar información incorrecta o ficticia, al que se dedica el apartado siguiente.

El segundo de esos retos merece una precisión. En el ejemplo propuesto no puede afirmarse con certeza que, con una contestación correctamente fundamentada, el cliente habría obtenido una sentencia favorable; tampoco puede negarse que tenía alguna posibilidad de lograrla. La doctrina de la pérdida de oportunidad permite indemnizar precisamente esa posibilidad frustrada, siempre que sea real y seria, en proporción a la probabilidad de éxito que tenía la actuación omitida o defectuosa.[26] Así, el juez civil que conozca de la acción del cliente contra su abogado deberá valorar, en una suerte de juicio dentro del juicio, cuál habría sido el resultado probable del proceso original si el escrito se hubiera elaborado con la diligencia debida. Ello evita dos extremos, condenar al abogado por el valor íntegro del litigio perdido o absolver porque el éxito nunca estuvo asegurado.

En cuanto al nexo causal, el cliente deberá acreditar que el error atribuible a la falta de verificación influyó en la resolución desfavorable. Si el juzgador desestimó la pretensión por razones ajenas al escrito defectuoso, no existirá relación de causalidad entre la negligencia y el daño, aunque la conducta del abogado pueda ser objeto de sanción procesal o disciplinaria.

26 Luis Medina Alcoz, *La teoría de la pérdida de oportunidad: estudio doctrinal y jurisprudencial de derecho de daños público y privado* (Cizur Menor: Thomson-Civitas, 2007).

IV. Estándar de diligencia del abogado en el uso de la inteligencia artificial

No se puede ignorar que el uso de la IA sin reglas claras o de forma poco ética, puede afectar derechos fundamentales de las personas. En ese sentido, la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador en la inconstitucionalidad con referencia 57-2025, se ha pronunciado respecto que la IA generativa es admisible como herramienta auxiliar, pero no sustituye el juicio del abogado, y para ello fijó los siguientes criterios orientados a garantizar un uso responsable de la IA:

a) *Transparencia: Indicar cómo, en qué medida y en qué etapa se usó la IA.*

b) *Responsabilidad: Usarla solo quien entienda su funcionamiento, resultados y límites.*

c) *Privacidad: Reservar los datos personales sensibles y no usarlos indebidamente.*

d) *No sustituir la razón humana: La decisión final la toma y asume una persona.*

e) *Seriedad y verificación: Revisar fuentes, alcances, fallas y riesgos antes de aplicarla.*

f) *Prevención de riesgos: Controlar imprecisiones, sesgos, alucinaciones e inconsistencias.*

g) *Igualdad y equidad: Evitar que los sesgos discriminen o lesionen derechos.*

h) *Control humano: Permitir revisar lo decidido con IA ante autoridades humanas.*

i) *Regulación ética: Ajustar la conducta judicial a la ley y a un uso razonable.*

j) *Adecuación a buenas prácticas y estándares colectivos: Definir, con independencia, reglas internas del Órgano Judicial.*

k) *Seguimiento continuo y adaptación: Actualizar el uso según avances jurídicos y tecnológicos.*

l) Idoneidad: Usarla solo si facilita y agiliza el acceso a la justicia.[27]

Aunque estos criterios se formulan principalmente para los funcionarios judiciales, como revelan los literales i) y j), su importancia radica en que el uso de la IA como herramienta auxiliar no traslada la responsabilidad profesional a la herramienta, sino que el abogado mantiene el deber de ejercer un control efectivo sobre la información que obtiene, procesa o incorpora mediante estos sistemas.

En consecuencia, el uso de IA en el ejercicio de la abogacía debe estar sujeto a un estándar de diligencia, porque aunque facilite la investigación, el análisis y la elaboración de documentos jurídicos sus resultados pueden contener errores, información ficticia, sesgos o datos desactualizados. Por ello, el profesional de Derecho no puede limitarse a aceptar el resultado proporcionado por la IA, sino que en todo momento debe tener un control.

El estándar de diligencia para el uso de la IA, comprende como primer elemento que el profesional de Derecho conozca de forma razonable la herramienta de inteligencia artificial que utiliza, las capacidades, limitaciones y riesgos, así como el tipo de información con la que trabaje y el grado de actualización de esta, realmente no se exige que el abogado sea un experto en inteligencia artificial pero sí que posea el suficiente conocimiento para comprender las consecuencias que su utilización puede producir principalmente a los intereses de su cliente.

El segundo elemento esencial, es el deber de verificación, donde el abogado debe de forma personal revisar los resultados que proporciona la IA antes de incorporarlos en un escrito, contrato, entre otros. Este elemento es importante principalmente al momento de verificar las citas legales, jurisprudencia, doctrina, ya que los sistemas de IA pueden generar información inexistente que aparenta ser correcta, y este elemento que no disminuye el nivel

27 Sala de lo Constitucional, *Inconstitucionalidad 57-2025*.

de cuidado exigible al profesional, al momento de utilizar la IA, sino que exige una supervisión y análisis crítico de los resultados.

Asimismo, un tercer elemento es la protección de la confidencialidad de los datos del cliente, porque antes de llegar a introducir información en la herramienta de IA, el abogado debe valorar los riesgos relacionados con su almacenamiento, reutilización, acceso por terceros, utilización para el entrenamiento del modelo y transferencia de datos, si la herramienta de IA no ofrece garantías apropiadas, el abogado debe abstenerse de introducir información cubierta por el deber de confidencialidad, por lo que resulta recomendable anonimizar los datos, sustituyendo nombres y demás elementos identificativos por referencias genéricas.

Finalmente, como último elemento del presente estándar se exige que el abogado pueda justificar el uso de la inteligencia artificial, explicando por qué recurrió a ella, qué utilidad aportó al servicio jurídico y cómo se integró en el encargo profesional, además de documentar la herramienta utilizada, su versión y la finalidad concreta de su utilización, permitiendo mantener la trazabilidad de su empleo. De esta manera, la diligencia en el uso de IA no consiste simplemente en utilizar correctamente herramienta tecnológica, sino en garantizar que su utilización sea responsable, proporcional, verificable, segura y siempre subordinada al criterio profesional del abogado.

En consecuencia, el estándar de diligencia en el uso de IA para abogados es el deber de adoptar todas las medidas razonables para que la herramienta sea utilizada de manera responsable y que sus resultados no afecten la calidad del servicio jurídico, los derechos del cliente ni los deberes éticos de la profesión, porque la IA puede asistir al abogado, pero la responsabilidad por el resultado final continúa siendo exclusivamente del profesional.

V. Ley de fomento a la inteligencia artificial y tecnologías

La Ley de Fomento a la Inteligencia Artificial y Tecnologías en El Salvador, es un avance en el reconocimiento jurídico de la inteligencia artificial como herramienta para impulsar la innovación, el desarrollo tecnológico y la competitividad del país, esta normativa establece las bases necesarias para promover el desarrollo y la utilización de estas herramientas, procurando que su implementación se realice bajo principios como la transparencia, la responsabilidad, la equidad, la inclusión y la no discriminación.

Por ello, la mencionada ley no se limita a incentivar el uso de la inteligencia artificial, sino que también reconoce la importancia de establecer ciertos parámetros para procurar que su desarrollo y aplicación sean compatibles con la protección de los derechos de las personas.

El aspecto más relevante de la presente ley, es la creación de la Agencia Nacional de Inteligencia Artificial (ANIA), a la que se atribuyen funciones relacionadas con la promoción, coordinación y supervisión de las actividades vinculadas con estas tecnologías, dentro del marco de competencias establecido por la propia ley. La creación de una institución especializada evidencia la intención de establecer una estructura administrativa que contribuya al desarrollo del sector y a la aplicación de los lineamientos previstos en la ley, no obstante, la efectividad de esta regulación dependerá de la capacidad institucional para desarrollar criterios técnicos claros, establecer mecanismos de seguimiento y garantizar que los principios reconocidos en la ley tengan una aplicación efectiva en la práctica.

La ley incorpora disposiciones sobre la transparencia y la intervención humana en las decisiones apoyadas o generadas mediante inteligencia artificial. En especial, obliga a informar al usuario si la decisión fue adoptada directamente por la IA, a explicar de manera comprensible cómo se llegó a ella y a permitir su impugnación ante una persona natural competente, que puede confirmarla,

modificarla o revocarla.[28] Estas previsiones adquieren especial importancia cuando el uso de estas herramientas puede incidir en los derechos o intereses de las personas, pues permiten advertir que la implementación de sistemas automatizados no debería excluir la posibilidad de conocer las razones de una decisión ni impedir su revisión cuando corresponda. De esta manera, la regulación plantea la necesidad de que la eficiencia tecnológica se acompañe de mecanismos que permitan identificar, cuestionar y evaluar las decisiones en las que intervenga la inteligencia artificial.

La ley también distribuye la responsabilidad según el papel que desempeñan los distintos sujetos durante el ciclo de vida de los sistemas de inteligencia artificial desarrolladores, implementadores, proveedores de servicios y usuarios finales responden cada uno por su intervención, y a estos últimos corresponde utilizar los sistemas de forma responsable y dentro del alcance previsto.[29] Además, exime a desarrolladores y operadores de responsabilidad por el uso indebido que hagan terceros, siempre que demuestren haber realizado esfuerzos razonables para cumplir los estándares de seguridad, ética y operación.[30] Este enfoque refuerza la tesis de este artículo que, si el abogado utiliza esta herramienta sin verificar su resultado, difícilmente podrá trasladar esa negligencia al desarrollador, porque la ley confirma el deber de diligencia que corresponde a quien emplea la herramienta.

Asimismo, aborda aspectos relacionados con la protección de datos y la propiedad intelectual, respecto a la protección de datos adquiere particular importancia porque los sistemas de inteligencia artificial pueden utilizar grandes cantidades de información, incluida aquella que puede afectar la privacidad de las personas, por lo que su utilización debe examinarse en relación con las obligaciones jurídicas aplicables al tratamiento de esa información, sin embargo, a pesar de los avances que representa, la ley también plantea

28 Ley de Fomento a la Inteligencia Artificial y Tecnologías, art. 18.

29 *Ibíd.*, art. 20.

30 *Ibíd.*, art. 19, lit. c.

desafíos en cuanto a su aplicación práctica, ya que la existencia de principios y disposiciones generales no garantiza que los riesgos derivados de la inteligencia artificial sean prevenidos o que los daños ocasionados mediante su utilización puedan atribuirse y repararse de manera efectiva, pero adquiere relevancia el desarrollo de criterios técnicos, la claridad de las obligaciones de los sujetos involucrados y la articulación de esta normativa con las demás disposiciones jurídicas aplicables.

A juicio de la autora, la Ley de Fomento no crea un régimen especial de responsabilidad civil para el profesional que utiliza herramientas de IA ni desplaza las reglas del Código Civil. El abogado que emplea la IA para elaborar escritos actúa como usuario final y, en esa calidad, sigue respondiendo conforme a las reglas generales analizadas en los apartados anteriores.

Una referencia de la Unión Europea, El Reglamento (UE) 2024/1689, de inteligencia artificial, impone obligaciones no solo a los proveedores, sino también a los responsables del despliegue, es decir, a quienes utilizan un sistema de IA bajo su propia autoridad en el ejercicio de una actividad profesional; entre ellas, la de adoptar medidas para garantizar un nivel suficiente de alfabetización en materia de IA de su personal.[31] En materia de responsabilidad civil, la Directiva (UE) 2024/2853, sobre responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos, incluye expresamente los programas informáticos entre los productos, pero se dirige contra el fabricante y no comprende las pérdidas puramente patrimoniales que sufre el cliente de un servicio profesional.[32]

Así, ni el ordenamiento salvadoreño ni el europeo han creado un régimen especial de responsabilidad civil para el profesional que utiliza la IA, sino que su responsabilidad sigue rigiéndose por las reglas generales, donde sí

31 Reglamento (UE) 2024/1689 del Parlamento Europeo y del Consejo (Unión Europea, Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea, 2024). Por medio de él, se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial, art. 3, punto 4, y art. 4.

32 Directiva (UE) 2024/2853 del Parlamento Europeo y del Consejo (Unión Europea: Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea, 2024), arts. 4 y 6. Habla sobre responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos.

existen vacíos es en la imputación de daños a desarrolladores y proveedores, en la que la opacidad de los sistemas y la pluralidad de sujetos dificultan la prueba de la culpa y del nexo causal, cuestión que excede el objeto de este artículo.

Conclusiones

La inteligencia artificial generativa es una herramienta legítima y útil en la práctica jurídica, pero su capacidad de producir información falsa, desactualizada o inexistente con apariencia de veracidad la convierte en una fuente de riesgo cuando el abogado incorpora sus resultados sin verificarlos. La negligencia no reside en el uso de la herramienta, sino en la omisión del control profesional sobre lo que ella produce.

El régimen salvadoreño de responsabilidad civil permite imputar al abogado los daños causados por ese uso negligente sin necesidad de crear una nueva fuente de obligaciones. Frente al cliente, la responsabilidad es contractual, nace de la relación de servicios profesionales y se rige por la culpa leve, con la consecuencia probatoria de que corresponde al abogado acreditar que actuó con la diligencia debida. Frente a terceros, la responsabilidad es extracontractual y se funda en el cuasidelito, por lo que la culpa debe ser probada por el afectado.

Una misma actuación negligente puede proyectarse en tres planos autónomos, la sanción procesal por infracción de la buena fe, la responsabilidad disciplinaria ante la Corte Suprema de Justicia y la responsabilidad civil indemnizatoria. Solo esta última repara el patrimonio del cliente, y su procedencia no depende de que exista una sanción procesal o disciplinaria previa.

El daño característico de este supuesto es la pérdida de oportunidad procesal, dado que los plazos son perentorios y la negligencia del abogado no constituye justa causa, la oportunidad perdida no se recupera dentro del proceso, sino mediante la acción de responsabilidad contra el profesional, en

la que el juez deberá valorar la probabilidad real y seria de éxito que tenía la actuación frustrada.

Los retos que plantea la IA son, por tanto, de aplicación y no de insuficiencia normativa, la prueba del nexo causal entre el error no verificado y el resultado adverso, la cuantificación del daño y la precisión del estándar de diligencia exigible. A partir de los criterios fijados por la Sala de lo Constitucional en la Inconstitucionalidad 57-2025, este estándar comprende el conocimiento razonable de la herramienta, la verificación personal de sus resultados, la protección de la confidencialidad del cliente y la trazabilidad de su uso.

La Ley de Fomento a la Inteligencia Artificial y Tecnologías no crea un régimen especial para el profesional usuario ni desplaza el Código Civil. Por el contrario, al atribuir a cada sujeto la responsabilidad por su intervención y exigir al usuario final un uso responsable, confirma que el abogado no puede trasladar su negligencia al desarrollador. Lo mismo ocurre en el Derecho europeo, donde la responsabilidad del profesional sigue sujeta a las reglas generales.

La verdadera insuficiencia normativa se sitúa en la imputación de daños a desarrolladores y proveedores de sistemas de IA, donde la opacidad de los modelos y la pluralidad de sujetos dificultan la prueba de la culpa y de la causalidad. En definitiva, el cliente no contrata una herramienta tecnológica, sino a un profesional del Derecho, y es este quien responde por la calidad y la diligencia del servicio que presta.

Bibliografía

» Alessandri Rodríguez, Arturo y Manuel Somarriva Undurraga. *Curso de derecho civil*, t. III. Santiago: Editorial Nascimento, 1988.

» Código Civil. El Salvador: Decreto Ejecutivo, 1859.

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

» Código Procesal Civil y Mercantil. El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 2008.

» Directiva (UE) 2024/2853 del Parlamento Europeo y del Consejo. Unión Europea: Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea, 2024.

» Ley de Fomento a la Inteligencia Artificial y Tecnologías. El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 2025.

» Medina Alcoz, Luis. *La teoría de la pérdida de oportunidad: estudio doctrinal y jurisprudencial de derecho de daños público y privado*. Cizur Menor: Thomson-Civitas, 2007.

» Reglamento (UE) 2024/1689 del Parlamento Europeo y del Consejo. Unión Europea, Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea, 2024.

» Sala de lo Constitucional. *Inconstitucionalidad Referencia: 57-2025*. El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2026.

» Sala de Casación Civil, Agraria y Rural. *Auto AC739-2026*. Colombia: Corte Suprema de Justicia, 2026.

» Sepúlveda Sanchis, José y Julia Martínez Candado. *Introducción a la inteligencia artificial para abogados*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2025.

» Tribunal de Distrito de los Estados Unidos para el Distrito Sur de Nueva York. Mata v. Avianca, Inc., 678 F. Supp. 3d 443. Estados Unidos: S.D.N.Y., 2023.

» UNESCO. *Recomendación sobre la ética de la inteligencia artificial*. París: UNESCO, 2022.

Revista Derecho

VOLUMEN 10 (2026)
Noviembre 2025 - Noviembre 2026

ISSN: 2411-1465
e-ISSN: 2789-3960

Introducción a los mecanismos de prevención del lavado de activos mediante criptomonedas

Introduction to mechanisms for preventing money laundering through cryptocurrencies

Marvin Humberto Flores Juárez
(Universidad de El Salvador, El Salvador)
https://orcid.org/0009-0002-4875-5624
Correpondencia: marvin.flores@ues.edu.sv

DOI: https://doi.org/10.66778/RD.v10n01.11

CC BY NC

Recibido: 31-03-2026
Aceptado: 06-10-2026

Revista Derecho Vol. 10 (2026)
https://revistas.ues.edu.sv/index.php/revder
ISSN: 2411-1465 | e-ISSN: 2789-3960

INTRODUCCIÓN A LOS MECANISMOS DE PREVENCIÓN DEL LAVADO DE ACTIVOS MEDIANTE CRIPTOMONEDAS

Marvin Humberto Flores Juárez

RESUMEN
El artículo ofrece una introducción sistemática a los mecanismos jurídicos de prevención del lavado de activos mediante criptomonedas en El Salvador. Su objetivo es examinar la adaptación del sistema preventivo salvadoreño encaminado a mitigar los riesgos derivados del pseudo anonimato, la transnacionalidad, la velocidad de las operaciones y el empleo de mezcladores, monedas de privacidad y plataformas descentralizadas. Mediante una metodología jurídico-dogmática, complementada con investigación documental, se analizan la Ley Bitcoin, la Ley de Emisión de Activos Digitales y la Ley Especial para la Prevención, Control y Sanción del Lavado de Activos, el Financiamiento del Terrorismo y el Financiamiento de la Proliferación de Armas de Destrucción Masiva de 2025. Asimismo, se utilizan las recomendaciones del GAFI y del GAFILAT que preceptúa estándares del GAFI y determinadas experiencias comparadas como parámetros interpretativos y de contraste. El estudio aborda los deberes de registro, debida diligencia, identificación del beneficiario final, monitoreo intensificado, conservación de información; implementación de la denominada *cripto travel rule*, formulación de reportes de operaciones sospechosas aplicables a los proveedores de servicios de activos digitales, a quienes la normativa considera como sujetos obligados. También examina las principales técnicas de lavado mediante cripto activos y valora el análisis de blockchain, la inteligencia artificial y la cooperación interinstitucional como instrumentos de fortalecimiento preventivo. Se concluye que El Salvador dispone de un marco normativo formalmente avanzado, especialmente por la incorporación expresa de los activos virtuales o digitales como objeto material del delito de lavado; sin embargo, su eficacia depende de delimitar las competencias institucionales, desarrollar la normativa técnica pendiente y consolidar la capacidad de supervisión de las autoridades competentes.

PALABRAS CLAVES: activos digitales - análisis de blockchain - criptomonedas - debida diligencia - El Salvador - lavado de activos - prevención - proveedores de servicios de activos digitales

INTRODUCTION TO MECHANISMS FOR PREVENTING MONEY LAUNDERING THROUGH CRYPTOCURRENCIES

Marvin Humberto Flores Juárez

ABSTRACT
This article provides a systematic overview of the legal framework governing cryptocurrency anti-money laundering (AML) compliance in El Salvador. It examines how the domestic preventive regime has adapted to mitigate risks linked to pseudonymity, cross-border transfers, transaction speed, mixers, privacy coins, and decentralized platforms. Using a doctrinal and documentary methodology, the study analyzes the Bitcoin Law, the Digital Assets Issuance Law, and the 2025 Special Law for the Prevention, Control, and Punishment of Money Laundering, Terrorism Financing, and the Financing of the Proliferation of Weapons of Mass Destruction, benchmarked against Financial Action Task Force (FATF) and GAFILAT standards and selected comparative jurisdictions. Specifically, it evaluates statutory duties imposed on digital asset service providers as obliged entities—including registration, customer due diligence, beneficial ownership identification, enhanced monitoring, record-keeping, the crypto travel rule, and suspicious transaction reporting. It also reviews common crypto-laundering typologies and assesses blockchain analytics, artificial intelligence, and inter-agency coordination as enforcement tools. While El Salvador boasts a formally advanced statutory framework—notably by explicitly classifying virtual assets as the material object of money laundering—its practical effectiveness depends on clarifying institutional mandates, issuing pending technical regulations, and strengthening supervisory capacity.

KEYWORDS: digital assets - blockchain analysis - cryptocurrencies - due diligence - El Salvador, money laundering - prevention - digital asset service providers

Introducción a los mecanismos de prevención del lavado de activos mediante criptomonedas

Marvin Humberto Flores Juárez[1]
El Salvador

Introducción

Frente al lavado de activos, los Estados han desarrollado históricamente un sistema dual de respuesta: un componente represivo o penal, orientado a la persecución y sanción del delito una vez consumado, y un componente preventivo o administrativo, dirigido a impedir que el sistema financiero sea utilizado con fines ilícitos mediante deberes de diligencia, registro y reporte. La política criminal contemporánea oscila entre ambos polos, si bien la tendencia predominante —reflejada en los estándares del GAFI y del GAFILAT— pone un énfasis creciente en la prevención, en la medida en que la detección temprana y la reducción de oportunidades delictivas resultan más eficaces que la represión ex post. El presente artículo se inscribe en esa línea, al centrarse en los mecanismos preventivos aplicables a las criptomonedas.

1 Licenciado en Ciencias Jurídicas por la Universidad de El Salvador y Notario de la República de El Salvador. Posee una Maestría en Derecho Penal Económico por la Universidad de El Salvador. Además, ha realizado diplomados nacionales e internacionales en instituciones como la Universidad de Salamanca, Máster en Prevención de Lavado de Dinero y Fraudes por la Universidad de Santiago de Compostela, entre otras.

Para escribir en nuestra revista, consulta las bases aquí

El modelo clásico de prevención del lavado de activos descansa sobre intermediarios financieros sujetos a deberes de identificación y reporte, presupuesto que las criptomonedas erosionan al permitir transferencias transfronterizas y seudónimas sin entidad centralizada supervisada, lo que exige adaptar los estándares internacionales de prevención a estos riesgos.[2]

El caso salvadoreño resulta paradigmático: la Ley Bitcoin de 2021 reconoció al bitcoin como moneda de curso legal,[3] y la Ley de Emisión de Activos Digitales de 2023 amplió el marco a otras modalidades de activos digitales,[4] dando lugar a un sistema institucional fragmentado entre el Banco Central de Reserva, la Comisión Nacional de Activos Digitales (CNAD) y la Unidad de Investigación Financiera (UIF).[5] La reforma de la Ley Bitcoin de enero de 2025 sustituyó la aceptación obligatoria del bitcoin por una voluntaria, sin suprimir su condición de moneda de curso legal ni su poder liberatorio ilimitado,[6]

2 Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI), *Monedas Virtuales. Definiciones Claves y Riesgos Potenciales de LA/FT* (París: GAFI, 2014). Se propone un vocabulario común de definiciones sobre monedas virtuales.

3 Ley Bitcoin (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 2021). La ley entró en vigor el 7 de septiembre de 2021 y convirtió a El Salvador en el primer Estado que reconoció al bitcoin como moneda de curso legal.

4 Ley de Emisión de Activos Digitales (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 2023). La ley reguló, entre otras materias, la emisión de activos digitales y creó la Comisión Nacional de Activos Digitales.

5 Unidad de Investigación Financiera, *Instructivo para la Prevención, Detección y Control del Lavado de Dinero y de Activos, Financiación del Terrorismo y la Financiación de la Proliferación de Armas de Destrucción Masiva* (El Salvador: Fiscalía General de la República, 2021). La Fiscalía General de la República por Acuerdo Institucional no. 266, 5 de mayo de 2023, reforma al Instructivo de la Unidad de Investigación Financiera mediante la incorporación del capítulo IV bis, relativo a los proveedores de servicios de activos virtuales; Fiscalía general de la República, Acuerdo no., 476, 5 de septiembre de 2023, reforma al Instructivo de la Unidad de Investigación Financiera.

6 Ley Bitcoin (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador,2021), arts. 1 y 4. La aceptación obligatoria fue eliminada específicamente por el artículo 4 del decreto, que sustituyó el artículo 7 de la Ley Bitcoin y dispuso: *"Únicamente las personas naturales, o jurídicas con total participación privada, podrán aceptar Bitcoin, como forma de pago cuando así le sea ofrecido por quien adquiere un bien o servicio o para el pago de cualquier obligación monetaria".* Asimismo, el artículo 1 del decreto reformó el artículo 1 de la Ley Bitcoin para establecer su "aceptación voluntaria". No obstante, esta misma disposición mantuvo expresamente la regulación del bitcoin "como curso legal" y reconoció su "poder liberatorio ilimitado"; por tanto, no resulta jurídicamente exacto afirmar que la reforma suprimió su condición de moneda de curso legal.

mientras la evaluación mutua del GAFILAT advertía deficiencias persistentes en la supervisión de los proveedores de servicios de activos digitales.[7]

A este respecto, cabe precisar que cada autoridad ha desarrollado normativa técnica complementaria dentro de su ámbito de competencia: el BCR ha emitido las Normas Técnicas para Facilitar la Participación de las Entidades Financieras en el Ecosistema Bitcoin (NRP-29), referidas al registro y funcionamiento de los proveedores de servicios de bitcoin;[8] la CNAD ha publicado una Guía de requisitos para el registro de Proveedores de Servicios de Activos Digitales (PSAD);[9] y la SSF aplica, en su función supervisora, las Normas Técnicas para la Gestión de los Riesgos de Lavado de Dinero y de Activos, Financiación del Terrorismo y la Financiación de la Proliferación de Armas de Destrucción Masiva (NRP-36), aprobadas por el Comité de Normas del BCR.[10]

En ese contexto de intensa actividad normativa, marcado por la reforma de enero de 2025 a la Ley Bitcoin y, en octubre siguiente, por la Ley Especial para la Prevención, Control y Sanción del Lavado de Activos, el Financiamiento del Terrorismo y el Financiamiento de la Proliferación de Armas de Destrucción

7 Grupo de Acción Financiera de Latinoamérica (GAFILAT), *Evaluación Mutua de Cuarta Ronda de la República de El Salvador* (Buenos Aires: GAFILAT, 2024), 5, 7 y 12. El informe reconoce "importantes esfuerzos para mejorar y fortalecer su sistema" ALA/CFT (5); sin embargo, respecto de la autoridad supervisora de los proveedores de servicios de activos digitales, constata que "no había llevado a cabo supervisiones ni aplicado sanciones ALA/CFT", 7. También señala que la supervisión ejercida por la Comisión Nacional de Activos Digitales era todavía limitada debido a su reciente creación y a que las inspecciones presenciales apenas estaban proyectadas, 12. Debe advertirse que la visita *in situ* se efectuó del 8 al 19 de enero de 2024 y el informe fue aprobado en julio de ese año, por lo que sus conclusiones no evalúan la reforma de 2025.

8 Comité de Normas, *NRP-29, Normas Técnicas para Facilitar la Participación de las Entidades Financieras en el Ecosistema Bitcoin* (San Salvador: Banco Central de Reserva de El Salvador, 2021).

9 Guía de Requisitos para el Proceso de Registro como Proveedor de Servicios de Activos Digitales (PSAD) (San Salvador: Comisión Nacional de Activos Digitales, 2024).

10 Comité de Normas, NRP-36, Normas Técnicas para la Gestión de los Riesgos de Lavado de Dinero y de Activos, Financiación del Terrorismo y la Financiación de la Proliferación de Armas de Destrucción Masiva (San Salvador: Banco Central de Reserva de El Salvador, 2022). Estas normas fueron aprobadas el 23 de septiembre de 2022, vigentes desde el 10 de octubre de 2022 (deroga la NRP-08).

Masiva, que incorpora por vez primera los activos virtuales o digitales al tipo penal de lavado, este trabajo ofrece, mediante un método jurídico-dogmático complementado con investigación documental, una introducción sistemática al régimen preventivo salvadoreño, comprendiendo tanto las normas penales que definen y sancionan el lavado de activos como las disposiciones administrativas que imponen deberes de identificación, debida diligencia y reporte. El derecho comparado y los estándares del GAFI se emplean únicamente como parámetro interpretativo y de contraste, sin desplazar el análisis dogmático del Derecho positivo interno.

I. Fundamentos dogmático-penales del lavado de activos mediante criptomonedas

1.1. Concepto y elementos típicos del artículo 40 de la Ley Especial

El lavado de activos se define clásicamente como el proceso mediante el cual bienes de origen delictivo se integran en el sistema económico lícito aparentando un origen legítimo,[11] o bien como la conversión o transmisión de bienes, a sabiendas de su procedencia delictiva, para ocultar su origen o auxiliar al autor del delito precedente a eludir sus consecuencias legales.[12] Estas definiciones describen adecuadamente el blanqueo en los sistemas financieros tradicionales,[13] pero resultan insuficientes frente al lavado mediante criptoactivos (en adelante, LAC):[14] Bitcoin y activos análogos operan

11 Isidoro Blanco Cordero, *El Delito de Blanqueo de Capitales*, 4.ª ed. (Madrid: Thomson Reuters Aranzadi, 2015), 55.

12 Consejo de Europa, *Convenio Europeo sobre Blanqueo, Detección, Embargo y Confiscación de los Productos de un Delito* (Estrasburgo: Consejo de Europa, 1990), art. 6.

13 Miguel Abel Souto, "Las reformas penales de 2015 sobre el blanqueo de dinero", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 17 (2017): 19-31.

14 Alan Aldana y Abogados, *El delito de blanqueo frente al fenómeno de las criptomonedas* (Madrid:

en redes descentralizadas y seudónimas que facilitan la transferencia rápida y global de valor sin intermediarios capaces de implementar controles de detección,[15] a lo que se suman técnicas de ofuscación —mezcladores, *tumblers* y protocolos DeFi sin intermediario identificable— que dificultan aún más el rastreo de los fondos.[16]

Ante esta insuficiencia, el legislador salvadoreño optó por la vía más directa: incorporar expresamente el objeto material propio de los criptoactivos al tipo penal de lavado. El artículo 40 de la Ley Especial castiga con prisión de nueve a quince años a quien "adquiera, posea, utilice, convierta, integre, transporte, transfiera, deposite, retire, administre, custodie o resguarde, ya sea, fondos, activos virtuales o digitales, bienes o derechos relacionados con los mismos, que procedan directa o indirectamente de actividades delictivas, en las que haya participado la persona imputada o un tercero, y que realicen actividades encaminadas a legitimar, ocultar, encubrir su origen o naturaleza ilícita, o para ayudar a eludir las consecuencias jurídicas de sus actos a quien haya participado en la comisión de dichas actividades delictivas, dentro o fuera del país".[17] El bien jurídico protegido —entendido, según la doctrina mayoritaria, como el orden socioeconómico y, mediatamente, correcto funcionamiento de la administración de justicia— se ve comprometido precisamente cuando el proceso de reintroducción de activos ilícitos en la economía formal se sirve de la arquitectura de seudoanonimato y transnacionalidad propia de los criptoactivos. Para una exposición ordenada, los elementos del tipo se examinan a continuación por separado.

2019), 33.

15 Douglas W. Arner *et al.,* "The identity challenge in finance: from analogue identity to digitized identification to digital KYC utilities", *European Business Organization Law Review*, núm. 20 (2019): 55-80.

16 Usman W. Chohan, "The Cryptocurrency Tumblers: Risks, Legality and Oversight", *Discussion Paper Series: Notes on the 21st Century* (2017), 4.

17 Ley Especial para la Prevención, Control y Sanción del Lavado de Activos, el Financiamiento del Terrorismo y el Financiamiento de la Proliferación de Armas de Destrucción Masiva (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador,2025), art. 40, inciso 1.º.

1.1.1. La conducta típica

El inciso primero describe un tipo mixto alternativo integrado por doce verbos rectores —adquirir, poseer, utilizar, convertir, integrar, transportar, transferir, depositar, retirar, administrar, custodiar y resguardar—, cuya realización indistinta basta para colmar la tipicidad; la ejecución sucesiva de varios de ellos sobre un mismo objeto no multiplica los delitos, sino que integra una única infracción. Los verbos pueden agruparse según la fase del proceso de blanqueo con la que se vinculan: los de incorporación (adquirir, depositar), los de transformación y movimiento (convertir, transferir, transportar, retirar), los de tenencia y gestión (poseer, utilizar, administrar, custodiar, resguardar) y el de integración en sentido estricto, que el legislador menciona de forma expresa. Su proyección sobre los criptoactivos es inmediata: a modo de ejemplo; la compra de bitcoin con fondos ilícitos es adquisición; el intercambio de un criptoactivo por otro, o por moneda fiduciaria, es conversión; el envío entre direcciones de la cadena de bloques es transferencia; y el control de las claves privadas de una billetera, propia o ajena, es posesión, custodia o administración. Esta última categoría resulta especialmente sensible para los proveedores de billeteras custodiadas, cuya actividad ordinaria coincide materialmente con varios verbos típicos, de modo que la frontera entre la prestación neutral del servicio y la intervención punible no se traza en el plano objetivo exclusivamente, sino en el conocimiento de la procedencia y en la finalidad que el tipo exige.

A esta descripción se añade una cláusula de cierre: el inciso segundo considera también lavado "cualquier acción u omisión realizada dentro o fuera del país, que consista en la operación y/o transacción encaminada a ocultar el origen ilícito y a legalizar bienes y valores provenientes de actividades delictivas"[18] La fórmula extiende el tipo a modalidades no enumeradas —incluidas las omisivas— y asegura que las técnicas emergentes de ofuscación queden abarcadas, pero su amplitud exige una interpretación restrictiva

18 Ley Especial para la Prevención, Control y Sanción del Lavado de Activos, art. 40, inciso 2.º.

acorde con el principio de legalidad: no toda operación con bienes de origen ilícito es lavado, sino solo la que se dirige, conjuntamente, a ocultar ese origen y a legalizar los bienes. La modalidad omisiva, por su parte, requerirá que el omitente ocupe una posición de garante conforme a las reglas generales de la comisión por omisión.[19]

1.1.2. El objeto material

La conducta recae sobre "fondos, activos virtuales o digitales, bienes o derechos relacionados con los mismos". La mención expresa de los activos virtuales o digitales, en términos tecnológicamente neutros, resuelve la principal objeción dogmática que la doctrina oponía a la aplicación extensiva de los tipos clásicos de blanqueo a los criptoactivos: la duda sobre su subsunción en las nociones de bienes, efectos o ganancias de la legislación derogada, concebida cuando Bitcoin aún no existía.[20] La Ley Especial no define la expresión, por lo que su contenido debe integrarse con la definición amplia de "activo digital" de la Ley de Emisión de Activos Digitales[21] y con la noción de activo virtual del glosario del GAFI, que comprende toda representación digital de valor susceptible de comercializarse o transferirse digitalmente y de utilizarse con fines de pago o de inversión.[22] Quedan así comprendidos tanto el bitcoin —que en El Salvador es, además, moneda de curso legal— como las monedas estables, los *tokens* y las monedas de privacidad, así como los derechos de crédito frente a un proveedor que custodia esos activos por cuenta del cliente.

19 Código Penal (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador,1997), art. 20.

20 Ley Especial para la Prevención, Control y Sanción del Lavado de Activos, art. 61.

21 Ley de Emisión de Activos Digitales (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 2023), art. 3, inciso 1.º.

22 Estándares Internacionales sobre la Lucha contra el Lavado de Activos, el Financiamiento del Terrorismo y el Financiamiento de la Proliferación de Armas de Destrucción Masiva: Las Recomendaciones del GAFI (París: Grupo de Acción Financiera Internacional, 2012). Actualizadas a agosto de 2025.

1.1.3. La procedencia delictiva de los bienes o activos

El tipo exige que los fondos o activos "procedan directa o indirectamente de actividades delictivas" cometidas "dentro o fuera del país". El artículo 41 delimita esas actividades al considerar delito precedente toda actividad delictiva catalogada como delito grave "cuya pena máxima de prisión exceda de tres años y multa cuyo límite máximo exceda de doscientos días multa",[23] fórmula que reproduce el criterio de clasificación de los delitos graves del Código Penal. Su redacción copulativa no debe leerse en sentido acumulativo: de exigirse que el delito previo prevea a la vez prisión y multa, quedarían excluidos delitos graves sancionados únicamente con prisión —como el homicidio o la extorsión—, resultado incompatible con la finalidad de la Ley; parece preferible, por ello, entender que basta con superar cualquiera de los dos umbrales.

La expresión «directa o indirectamente» extiende el objeto a los bienes sustitutivos, es decir, a los obtenidos mediante sucesivas transformaciones del producto originario, extremo decisivo en el entorno de los criptoactivos, donde un mismo valor puede atravesar en minutos varios intercambios, puentes entre cadenas (*bridges*) y conversiones. La mezcla de fondos lícitos e ilícitos en una misma dirección o en un mezclador no depura el conjunto, aunque obliga a determinar, mediante técnicas de trazabilidad, la proporción contaminada. Por otra parte, como el tipo no condiciona la punición a una condena previa por el delito precedente, basta acreditar —incluso por prueba indiciaria— que los bienes proceden de una actividad delictiva grave, sin necesidad de identificar con precisión la concreta infracción originaria ni a sus autores. Finalmente, la referencia a actividades "en las que haya participado la persona imputada o un tercero" zanja el debate sobre el autolavado, cuestión que se retoma al examinar la autoría.

23 Ley Especial para la Prevención, Control y Sanción del Lavado de Activos, art. 41 y Código Penal, art. 18, inciso 2.º.

1.1.4. El elemento subjetivo y la finalidad

El delito es exclusivamente doloso. El artículo 40 no prevé una modalidad imprudente y, conforme al Código Penal, los hechos culposos solo son punibles cuando la ley lo establece expresamente;[24] a diferencia de otros ordenamientos que castigan el blanqueo por imprudencia grave —como el español—,[25] En El Salvador la negligencia de un proveedor de servicios de activos digitales en el cumplimiento de sus deberes de diligencia solo genera responsabilidad administrativa. El dolo debe abarcar la procedencia delictiva de los bienes: aunque el inciso primero no emplea la fórmula "a sabiendas", ese conocimiento se deriva de la propia estructura del tipo y puede revestir la forma de dolo eventual cuando el sujeto se representa como probable el origen ilícito y, pese a ello, realiza la operación —supuesto frecuente cuando se ignoran deliberadamente señales de alerta en operaciones con criptoactivos—, aunque la exigencia de un propósito específico restringe en la práctica ese ámbito.

Además del dolo, el tipo exige un elemento subjetivo del injusto trascendente a la realización material de la conducta: que ésta se encamine a "legitimar, ocultar, encubrir su origen o naturaleza ilícita" o a "ayudar a eludir las consecuencias jurídicas de sus actos" a quien participó en el delito precedente. Se trata de dos finalidades alternativas —una de ocultación o legitimación del objeto y otra de favorecimiento personal— que no necesitan alcanzarse efectivamente, lo que aproxima el delito salvadoreño al modelo de "blanqueo-actividad"[26] y lo configura como un delito de tendencia interna trascendente. Esa finalidad es el criterio que permite distinguir el lavado de la mera tenencia o disfrute de los bienes ilícitos y de las figuras de encubrimiento especial del artículo 42, que castigan con penas inferiores, entre otras conductas,

24 Código Penal, art. 18, inciso final.

25 Código Penal (España: Ley Orgánica,1995), art. 301.3.

26 Blanco Cordero, *El Delito de Blanqueo de Capitales*, 58.

la adquisición, recepción u ocultación de bienes sin concierto previo con los autores del lavado.[27]

1.1.5. Autoría y participación

El sujeto activo es común: el tipo se abre con la fórmula impersonal "el que", de modo que cualquier persona puede ser autor. Dos precisiones resultan, no obstante, necesarias. La primera concierne al autolavado: al referirse a actividades delictivas "en las que haya participado la persona imputada o un tercero", la ley admite expresamente que el autor o partícipe del delito precedente responda también por el lavado de sus ganancias, en concurso con aquél. La segunda preceptuada en el inciso 4 del art. 40 se refiere al servidor público, cuya intervención agrava la pena en los términos que se exponen infra.

Respecto de las personas jurídicas, el inciso quinto concentra la pena de prisión y las medidas cautelares personales en las personas naturales «que acordaron o ejecutaron el hecho», mientras las entidades quedan sujetas exclusivamente a medidas cautelares de carácter patrimonial —de naturaleza temporal, mientras se investiga el delito— y a responsabilidad civil solidaria por los daños que causen sus directores, administradores y empleados en el ejercicio de sus funciones.[28] Se trata de un modelo de responsabilidad estrictamente individual, coherente con la regla del actuar por otro del Código Penal,[29] que evita extender el reproche penal a la estructura corporativa: un proveedor de servicios de activos digitales no puede ser, como tal, sujeto activo del delito, aunque sí lo serán sus administradores o empleados que, con conocimiento y finalidad típica, acuerden o ejecuten las operaciones.

27 Ley Especial para la Prevención, Control y Sanción del Lavado de Activos, art. 42, literales a) y e), e inciso final.

28 Ley Especial para la Prevención, Control y Sanción del Lavado de Activos, art. 40, inciso 5.º.

29 Código Penal, art. 38.

En materia de participación rigen las reglas generales sobre autores directos, coautores, autores mediatos, instigadores y cómplices.[30] Su aplicación al ecosistema de criptoactivos plantea el problema de las conductas neutrales: el empleado del *exchange* que procesa una conversión o el programador que desarrolla un protocolo de uso general realizan aportaciones objetivamente causales que solo adquieren relevancia penal cuando concurren el conocimiento de la procedencia ilícita y la adhesión a la finalidad de ocultación. Con todo, el artículo 42 tipifica de forma autónoma ciertos comportamientos de favorecimiento posterior realizados sin concierto previo con los autores, lo que obliga a deslindar en cada caso la complicidad en el lavado del encubrimiento especial.[31]

1.1.6. Consumación y formas imperfectas de ejecución

Por su estructura, el lavado del artículo 40 es un delito de mera actividad y de consumación anticipada: se consuma con la realización de cualquiera de las conductas típicas orientada por la finalidad descrita, sin que sea necesario que los bienes lleguen a reintegrarse efectivamente en la economía lícita ni que se logre ocultar su origen. En el entorno de los criptoactivos, ello significa que la adquisición o la transferencia se consuman cuando la operación queda confirmada en la cadena de bloques —o, en las plataformas custodiadas, asentada en los registros internos del proveedor—, aunque los fondos no hayan alcanzado todavía la fase de integración. La tentativa es, no obstante, concebible[32] respecto de las conductas cuya ejecución admite fraccionamiento, como adquirir, convertir o transferir: así ocurriría si el proveedor, en cumplimiento de sus deberes de debida diligencia, rechaza o congela la operación antes de su ejecución. Por último, las modalidades de poseer, custodiar, resguardar o administrar describen situaciones que se prolongan en el tiempo y admiten

30 Código Penal, arts. 32 a 36.

31 Ley Especial para la Prevención, Control y Sanción del Lavado de Activos, art. 42.

32 Código Penal, art. 24.

la consideración de delito permanente, lo que incide en el cómputo de la prescripción y en la aplicación de la Ley Especial a tenencias iniciadas antes de su entrada en vigor y mantenidas con posterioridad.

1.1.7. Penalidad

La pena del tipo básico es de nueve a quince años de prisión. Se aumenta desde una tercera parte del mínimo hasta una tercera parte del máximo —lo que sitúa el marco penal entre doce y veinte años— cuando los bienes provienen de actividades delictivas en perjuicio de la administración pública o cuando el sujeto activo es servidor público, supuesto este último en el que se impone, además, inhabilitación especial para el empleo o cargo por igual tiempo.[33]

A los efectos de este trabajo se entiende por LAC el proceso mediante el cual bienes de origen ilícito son convertidos, transferidos o fraccionados utilizando criptoactivos, protocolos de registro distribuido, mezcladores o monedas de privacidad, para disimular su origen delictivo y re introducirlos en la economía formal; definición que encuentra hoy correlato prácticamente literal en el objeto material del artículo 40.

1.2. Antecedentes normativos y recepción de las recomendaciones del GAFI

La evolución normativa salvadoreña puede sistematizarse en ocho hitos:

33 Ley Especial para la Prevención, Control y Sanción del Lavado de Activos, art. 40, incisos 3.º y 4.º.

Cuadro 1 – Cronología normativa del lavado de activos mediante criptomonedas en El Salvador

Año	Hito
1998	Ley Contra el Lavado de Dinero y de Activos (D.L. 498): primer marco integral de prevención; no contempla activos virtuales, inexistentes entonces.
2014	Guía de Monedas Virtuales del GAFI: primer vocabulario común de definiciones y riesgos de LA/FT.
2019	Recomendación 15 revisada: el GAFI extiende los estándares ALA/CFT a activos virtuales y PSAV e introduce la "regla de viaje".
2020	Informe del GAFI al G20 sobre stablecoins. Se identifican riesgos LA/FT asociados a monedas estables y al alza de pagos de ransomware en criptoactivos
2021	Ley Bitcoin (D.L. 57): bitcoin como moneda de curso legal de aceptación obligatoria; registro de proveedores a cargo del BCR.
2023	Ley de Emisión de Activos Digitales (D.L. 643/781): crea la CNAD y el régimen de registro y supervisión de proveedores.
2024	Evaluación Mutua de Cuarta Ronda del GAFILAT: reconoce avances, pero constata ausencia de inspecciones y sanciones efectivas.
2025 (enero)	Reforma a la Ley Bitcoin (D.L. 199): aceptación voluntaria, condicionada al Servicio Ampliado con el FMI.
2025 (octubre)	Ley Especial (D.L. 426): deroga la Ley de 1998; incorpora los activos virtuales/digitales al tipo penal de lavado.

Fuente: elaboración propia a partir de la Guías e Informes del GAFI y normativa salvadoreña.

1.3. Características distintivas del fenómeno y su proyección en el caso salvadoreño

El LAC presenta características que lo diferencian del blanqueo tradicional y complican su detección,[34] proyectables sobre el caso salvadoreño:

a) **Seudonimato.** Las redes de criptoactivos registran las transacciones en un libro público, pero no siempre asocian con claridad la identidad del usuario a la dirección que opera,[35] lo que sustenta la industria del análisis de blockchain examinada infra.

b) **Velocidad y globalidad.** Las operaciones se procesan en minutos y a escala mundial sin intermediarios tradicionales, complicando su trazabilidad;[36] en El Salvador, al ser el bitcoin moneda de curso legal, ese flujo transfronterizo instantáneo recae sobre un activo que es a la vez unidad de cuenta y medio de pago interno.

c) **Fragmentación regulatoria decreciente.** Apenas el 29 % de las jurisdicciones evaluadas cumple plenamente la Recomendación 15 del GAFI;[37] El Salvador redujo esta brecha mediante la creación de la CNAD, aunque persisten fricciones competenciales con la Superintendencia del Sistema Financiero, examinadas infra.

34 Aldana, *El delito de blanqueo*, 47.

35 Andrés de Navarro, "Contratos inteligentes. En especial, su implantación práctica en negocios blockchain", en *Criptoderecho. La Regulación de Blockchain*, coord. García Mixía (Madrid: Wolters Kluwer, 2018), 210.

36 L. J. Álvarez-Díaz, "Criptomonedas: Evolución, crecimiento y perspectivas del Bitcoin", *Población y Desarrollo*, núm. 25 (2019): 135.

37 "FATF: Seventh Targeted Update on Implementation of the FATF Standards on Virtual Assets/VASPs" ,FATF, acceso el 10 de noviembre de 2026, https://www.fatf-gafi.org/en/publications/Fatfrecommendations/targeted-updated-virtualassets-vasps-2026.html

d) Diversidad de criptoactivos y plataformas. Existen miles de criptoactivos y tokens,[38] frente a lo cual la Ley de Emisión de Activos Digitales adopta una definición amplia y tecnológicamente neutra de "activo digital".[39]

e) Monedas de privacidad. Determinadas criptomonedas protegen la identidad del usuario mediante pruebas de conocimiento cero;[40] entre 2024 y 2025 al menos setenta y tres exchanges deslistaron monedas como Monero y Zcash,[41] y el reglamento antilavado europeo prohibirá su custodia desde julio de 2027.[42] El ordenamiento salvadoreño carece de prohibición equivalente, aunque el deber sectorial de disponer de sistemas para prevenir y revelar riesgos de delitos financieros[43] permite exigir, por vía interpretativa, debida diligencia reforzada.

f) Interoperabilidad con el sistema financiero tradicional. La conversión de criptoactivos en moneda fiduciaria mediante exchanges sujetos a controles menos estrictos puede aprovecharse para blanquear fondos de forma encubierta,[44] articulándose en El Salvador mediante competencias distribuidas entre el BCR, la Superintendencia y la CNAD.

38 Nefer Antonio Campo Molina, "Preocupaciones, Beneficios y Análisis Comparativo de la Criptomoneda en los Sistemas Jurídicos" (Tesis doctoral, Universidad Santo Tomás, Bogotá, 22), https://repository.usta.edu.co/items/97430cc9-1ba7-44d3-a9c2-779f516cbf6f

39 Ley de Emisión de Activos Digitales (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 2023), art. 3, inciso 1.

40 Andrei Boar, *Descubriendo el Bitcoin* (Madrid: Profit Editorial, 2018), 112.

41 "Markets & Stocks: The Silent Surge: Privacy Coins Navigate Regulatory Storms Towards a Decentralized Future", Markets & Stocks, acceso el 11 de noviembre de 2026, https://markets.financialcontent.com/wral/article/breakingcrypto-2025-11-11-the-silent-surge-privacy-coins-navigate-regulatory-storms-towards-a-decentralized-future

42 Reglamento UE) 2024/1624 del Parlamento Europeo y del Consejo (Unión Europea: Ministerio de la Presidencia,2024), art. 79. Relativo a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo (AMLR).

43 Ley de Emisión de Activos Digitales (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 2023), art. 21, literal o.

44 Juan Cristóbal Carmona Borjas, *Mundo Jurídico de las Criptomonedas* (Caracas: Liliana Acosta, 2019), 88.

II. El marco regulatorio internacional como parámetro interpretativo

Las recomendaciones del GAFI sobre activos virtuales han sido determinantes para enfrentar los riesgos de LA/FT en el sector cripto.[45] Tras la Guía de Monedas Virtuales de 2014[46] y el enfoque basado en riesgo de 2015,[47] el hito decisivo se produjo entre 2018 y 2019, cuando el GAFI extendió la recomendación 15 a los activos virtuales y a los proveedores de servicios de activos virtuales (PSAV), exigiendo su regulación, licenciamiento o registro y consagrando la "regla de viaje" sobre el originante y el beneficiario;[48] la actualización de 2021 precisó las expectativas sobre debida diligencia e intercambio de información entre jurisdicciones.[49] La séptima actualización focalizada de 2026 confirma una tendencia de doble signo: el 83 % de las jurisdicciones ya había legislado la regla de viaje,[50] pero apenas el 29 % cumple plenamente la recomendación 15 y solo el 33 % exige de forma efectiva el registro de los PSAV, mientras un conglomerado camboyano blanqueó al menos 4,000 millones de dólares entre 2021 y 2025 mediante infraestructura compartida con el robo cibernético norcoreano.[51]

45 George Pavlidis, "International regulation of virtual assets under FATF's new standards", *Journal of Investment Compliance*, núm. 21 (2020): 3.

46 Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI), *Monedas Virtuales. Definiciones Claves y Riesgos Potenciales de LA/FT* (París: GAFI, 2014).

47 Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI), *Monedas Virtuales. Directrices para un Enfoque Basado en Riesgo* (París: GAFI, 2015).

48 Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI), *Guidance for a Risk-Based Approach to Virtual Assets and VASPs* (París: GAFI, junio de 2019)

49 Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI), *Activos Virtuales y Proveedores de Servicios de Activos Virtuales* (París: GAFI, 2021).

50 Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI), *Seventh Targeted Update on Implementation of the FATF Standards on Virtual Assets/VASPs* (París: GAFI,2026).

51 GAFI, *Seventh Targeted Update* (2026).

El GAFILAT, organismo regional integrado por dieciocho países, entre ellos El Salvador,[52] adoptó en 2023 una guía regional sobre activos virtuales y PSAV que subrayó la necesidad de cooperación interinstitucional.[53] Esta exigencia de registro de las operaciones —aspecto medular del régimen preventivo— se vincula directamente con las Recomendaciones 10 y 11 del GAFI, relativas a la debida diligencia del cliente y a la conservación de los registros de transacciones por un período mínimo de cinco años.[54] Su evaluación mutua de cuarta ronda a El Salvador —enero de 2024— reconoció avances normativos, pero constató que la autoridad supervisora de los proveedores de activos digitales no había llevado a cabo supervisiones ni aplicado sanciones ALA/CFT.[55] A fines de 2025 el GAFILAT adoptó su Plan Estratégico 2026-2030 e inició su Quinta Ronda de Evaluaciones Mutuas.[56]

En contraste comparado, el Reglamento de Mercados de Criptoactivos (MiCA) es plenamente aplicable a los CASP europeos desde diciembre de 2024[57] y se complementa con el Reglamento sobre Transferencia de Fondos, que incorpora la regla de viaje sin umbral mínimo;[58] es, en definitiva, un régimen uniforme y directamente aplicable en los veintisiete Estados miembros. Los Estados Unidos, en cambio, se han construido sobre la superposición de competencias sectoriales —FinCEN, la SEC y la CFTC—[59] a las que en 2025 se

52 Grupo de Acción Financiera de Latinoamérica (GAFILAT), *¿Qué es el GAFILAT?* (Buenos Aires: GAFILAT, 2025).

53 Grupo de Acción Financiera de Latinoamérica (GAFILAT), *Guía para la Regulación ALA/CFT de Activos Virtuales y Proveedores de Servicios de Activos Virtuales en la Región del GAFILAT* (Buenos Aires: GAFILAT, 2023).

54 Las Recomendaciones del GAFI, Recomendaciones 10 y 11.

55 Evaluación Mutua de Cuarta Ronda de la República de El Salvador, 5, 7 y 12.

56 Grupo de Acción Financiera de Latinoamérica (GAFILAT), *Plan Estratégico 2026-2030* (Buenos Aires: GAFILAT, 2025).

57 Reglamento (UE) 2023/1114, relativo a los mercados de criptoactivos (Unión Europea: Parlamento Europeo y del Consejo, 2023), arts. 48 y 143.

58 Reglamento (UE) 2023/1113, relativo a la información que acompaña a las transferencias de fondos y de determinados criptoactivos (Unión Europea: Parlamento Europeo y del Consejo, 2023).

59 FinCEN, *Guidance on Virtual Currencies* (Washington: Departamento del Tesoro de los Estados

sumó la *GENIUS Act*, primer marco federal para *stablecoins* de pago,[60] mientras la correspondiente ley de estructura de mercado permanecía en negociación en el Senado.[61] El modelo salvadoreño se sitúa en un punto intermedio: no adoptó, como la Unión Europea, un reglamento único, pero tampoco careció, como los Estados Unidos hasta 2025, de una norma que mencionara expresamente a los criptoactivos, optando por una técnica de "regulación por adición" que preserva la Ley Bitcoin y la Ley de Emisión de Activos Digitales como marcos sectoriales y superpone sobre ellos, mediante la Ley Especial de 2025, —esto es, la Ley Especial para la Prevención, Control y Sanción del Lavado de Activos, el Financiamiento del Terrorismo y el Financiamiento de la Proliferación de Armas de Destrucción Masiva, Decreto Legislativo n.º 426, publicada el 9 de octubre de 2025 y vigente desde el 17 de octubre de 2025—[62] un régimen general de prevención.

Unidos, 2013).

60 "GovInfo: Pub. L. n.º 119-27-Guiding and Establishing National Innovation for U.S. Stablecoins Act" or the GENIUS Act, GovInfo, acceso el 10 de noviembre de 2026, https://www.govinfo.gov/app/details/PLAW-119publ27

61 "Everstake: CLARITY Act Crypto and GENIUS Act: What Staking and Defi", Everstake, acceso el 10 de noviembre de 2026, https://everstake.com/resources/blog/clarity-act-crypto-and-genius-act-staking-and-defi

62 Ley Especial para la Prevención, Control y Sanción del Lavado de Activos, el Financiamiento del Terrorismo y el Financiamiento de la Proliferación de Armas de Destrucción Masiva (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 2025).

III. El marco normativo salvadoreño de prevención del lavado de activos mediante criptomonedas

3.1. La Ley Bitcoin: régimen de curso legal y su incidencia preventiva

La Ley Bitcoin regula al bitcoin como curso legal de poder liberatorio ilimitado y aceptación voluntaria por personas naturales o jurídicas de participación privada total, según la redacción vigente tras la reforma de 2025.[63] El tipo de cambio se fija libremente por el mercado,[64] todo precio puede convertirse en bitcoin,[65] y para efectos contables se mantiene el dólar como moneda de referencia.[66] La reforma de 2025 sustituyó, mediante el artículo 7, la aceptación obligatoria por una voluntaria y limitada;[67] frente a la simplificación mediática según la cual El Salvador «retiró» el bitcoin como moneda de curso legal,[68] debe precisarse que el artículo 1 reformado mantiene expresamente su calificación como curso legal y su poder liberatorio ilimitado: lo suprimido fue el carácter obligatorio de la aceptación, no el estatuto de curso legal. Dos disposiciones inciden directamente en la prevención: el artículo 5 exime del impuesto sobre ganancias de capital a los intercambios en bitcoin,[69] al calificarlos como operaciones no sujetas al hecho generador del impuesto —categoría distinta de una renta exenta en sentido estricto—.

63 Ley Bitcoin (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 2021), art. 1.

64 *Ibíd.*, art. 2.

65 *Ibíd.*, art. 3.

66 *Ibíd.*, art. 6.

67 *Ibíd.*, art. 7 (texto reformado).

68 "CNN Español: El bitcoin ya no es obligatorio en El Salvador tras reformas aprobadas por la Asamblea Legislativa", CNN, acceso el 10 de noviembre de 2026, https://cnnespanol.cnn.com/2025/01/30/latinoamerica/bitcoin-salvador-no-obligatorio-orix

69 Ley Bitcoin, art. 5.

Esta no sujeción atenúa, pero no suprime, el incentivo declarativo que en los sistemas tradicionales contribuyen a la trazabilidad fiscal: el artículo 91 del Código Tributario obliga a presentar la declaración tributaria correspondiente aun cuando esta no dé lugar al pago del impuesto, salvo exención expresa de dicho deber formal —inexistente en la Ley Bitcoin—, por lo que subsistiría, en principio, la obligación de declarar estas operaciones ante el Ministerio de Hacienda.[70] El riesgo recae, así, sobre el cumplimiento efectivo de ese deber declarativo y sobre los mecanismos de debida diligencia infra examinados; y el artículo 10, que encomendó al Órgano Ejecutivo la estructura institucional aplicativa,[71] desarrollada primero por el Reglamento de la Ley Bitcoin y luego por la CNAD. El artículo 14 remite todavía a un artículo 8 ya derogado, lo que ilustra las dificultades propias de las reformas parciales sobre cuerpos normativos reiteradamente intervenidos.[72]

3.2. La Ley de Emisión de Activos Digitales: la CNAD y el estatuto de los proveedores

La Ley de Emisión de Activos Digitales (D.L. n.º 643, 2023) tiene por objeto otorgar certeza jurídica a las operaciones con activos digitales y regular a emisores y proveedores.[73] Define "activo digital como toda representación digital que puede almacenarse y transferirse electrónicamente mediante tecnología de registro distribuido o análoga,[74] y aclara que estos activos no son títulos valores

70 Código Tributario (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 2000), art. 91, inciso 1.º: *"Están obligados a presentar las declaraciones tributarias dentro del plazo estipulado para tal efecto, los sujetos pasivos de los impuestos bajo la potestad de la Administración Tributaria, sea en calidad de contribuyentes o de responsables, aun cuando ella no dé lugar al pago del impuesto, [...] salvo en los casos expresamente señalados por las leyes tributarias respectivas".*

71 Ley Bitcoin, art. 10.

72 Ley Bitcoin, arts. 8 y 14.

73 Ley de Emisión de Activos Digitales (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 2023), art. 1.

74 *Ibíd.*, art. 3, inciso 1.º.

para el Código de Comercio, aunque la certificación de un proveedor autorizado goza de calidad de título ejecutivo.[75]

El artículo 6 crea la CNAD como institución descentralizada de derecho público adscrita al Ministerio de Economía,[76] facultada para administrar los registros de emisores, certificadores y proveedores, y para autorizar, suspender o cancelar su inscripción y fiscalizar sus actividades,[77] bajo un Consejo Directivo de tres designados por cinco años.[78] Se entiende por proveedor de servicios de activos digitales toda persona cuyo giro implica el intercambio de activos digitales por dinero fiduciario, la operación de plataformas de intercambio o comercialización de activos digitales o activos digitales derivados o la custodia en billeteras digitales,[79] siempre que esté domiciliada en El Salvador o comercialice activamente sus servicios en el país —criterio de sujeción extraterritorial indispensable frente a un mercado estructuralmente transnacional.[80] El registro ante la CNAD exige acreditar identidad y domicilio, y a las extranjeras, constituir sociedad o sucursal domiciliada,[81] trámite que la Comisión resuelve en veinte días hábiles[82] y que constituye el primer filtro de trazabilidad institucional.

Entre las obligaciones del artículo 21 destacan disponer de mecanismos eficaces de protección de los activos bajo custodia[83] y de sistemas para prevenir, detectar y revelar riesgos de delitos financieros —obligación sectorial autónoma, anterior en dos años a la Ley Especial, que opera hoy en concurso funcional con esta.[84] Los certificadores, por su parte, deben abstenerse de participar en

75 *Ibíd.,* art. 3, incisos 3.º y 4.º (reformado).

76 *Ibíd.,* art. 6.

77 *Ibíd.,* art. 9, literales c), d), k) y l).

78 *Ibíd.,* art. 10.

79 *Ibíd.,* art. 19, literales a), b), d) y f), numeral 5.).

80 *Ibíd.,* art. 5, literal v).

81 *Ibíd.,* art. 18, literales c) y d).

82 *Ibíd.,* art. 20, incisos 3.º a 5.º.

83 *Ibíd.,* art. 21, literal j).

84 *Ibíd.,* art. 21, literal o).

operaciones sospechosas y comunicar los ilícitos detectados a la Fiscalía, función de *gatekeeper* (vigilante o portero) análoga a la de los oficiales de cumplimiento.[85] El régimen sancionatorio de esta ley —con multas de hasta el 1 % del valor de la oferta pública en los supuestos más graves— opera en plano estrictamente administrativo, paralelo y cumulativo al de la Ley Especial de 2025.[86]

3.3. La Ley Especial de 2025: arquitectura institucional y distribución de competencias

La Ley Especial deroga la Ley de 1998 y se encuentra vigente desde el 17 de octubre de 2025.[87] Su artículo 61 mantiene provisionalmente el reglamento e instructivo anteriores mientras no se emitan los propios,[88] y su artículo 56 concede a la UIF seis meses y a los entes de supervisión nueve meses para la normativa técnica pendiente.[89]

El objeto de la ley —prevenir, detectar, investigar y sancionar el lavado de activos, el financiamiento del terrorismo y el de la proliferación de armas de destrucción masiva mediante un enfoque basado en riesgos—[90] se articula mediante un Sistema Nacional integrado por la Fiscalía, la UIF, los entes de supervisión sectorial y los sujetos obligados,[91] y por un Comité Interinstitucional (CIPLAFT) presidido por el fiscal general, en el que se integra el presidente de la CNAD junto con el Ministerio de Hacienda, el Banco Central de Reserva y la Superintendencia,[92] lo que confirma que el legislador concibió al regulador

85 *Ibíd.*, art. 29, literales e) y f).

86 *Ibíd.*, art. 38, literales a), b) y d).

87 Ley Especial para la Prevención, Control y Sanción del Lavado de Activos, el Financiamiento del Terrorismo y el Financiamiento de la Proliferación de Armas de Destrucción Masiva (El Salvador: Asamblea Legislativa, 2025), arts. 61 y 62.

88 *Ibíd.*, art. 61, incisos 1.º y 2.º.

89 *Ibíd.*, art. 56.

90 *Ibíd.*, art. 1.

91 *Ibíd.*, art. 2.

92 *Ibíd.*, arts. 5, literal h y 6.

de los activos digitales como pieza integrada en el núcleo de la gobernanza antilavado. El catálogo de sujetos obligados del artículo 7 incorpora, por primera vez en un cuerpo de alcance general, a los "proveedores de servicios de activos digitales y proveedores de servicios de bitcoin".[93]

La distribución de competencias de supervisión reviste, sin embargo, complejidad: el artículo 11 enumera entre los entes de supervisión tanto a la Superintendencia como a la CNAD;[94] el artículo 12 asigna a la Superintendencia la supervisión de estos sujetos únicamente en cuanto realicen operaciones con bitcoin, conforme a las normas técnicas del Banco Central de Reserva;[95] y el artículo 13 asigna a la CNAD la supervisión respecto de los proveedores de activos digitales en general.[96] El criterio de reparto atiende, así, al objeto material de la operación —bitcoin, de un lado; el resto de los activos digitales, de otro— y no a la naturaleza del sujeto obligado, lo que genera un riesgo cierto de duplicación de requerimientos que la normativa técnica pendiente debería precisar.

IV. Mecanismos preventivos aplicables a los proveedores de activos digitales y de bitcoin

Los deberes administrativos que se examinan a continuación operan como presupuestos extra-penales que blindan la aplicación del tipo del artículo 40, en tanto reducen el espacio de impunidad post-delictual mediante la identificación temprana del cliente y de sus operaciones.

93 *Ibíd.*, art. 7, numeral 9.

94 *Ibíd.*,11, literales a) y e).

95 *Ibíd.*, art. 12, inciso 2.º.

96 *Ibíd.*, art. 13, inciso 6.º.

4.1. Enfoque basado en riesgo y deber general de registro

El artículo 9 de la Ley Especial impone a los sujetos obligados —incluidos, por remisión al artículo 7, numeral 9, los proveedores de activos digitales y de bitcoin— registrarse ante el ente de supervisión y la UIF, desarrollar políticas y controles internos, y aplicar un enfoque basado en riesgo individualizado con presupuesto propio.[97] Este enfoque condiciona la intensidad de los demás mecanismos preventivos.[98] El artículo 10 establece además una garantía de no discriminación financiera: los sujetos obligados no pueden negar servicios sin evaluación individualizada[99] ni invocar la condición migratoria o la informalidad como causa autónoma de exclusión,[100] cláusula de "no sobrecumplimiento" especialmente relevante frente a la finalidad de inclusión financiera que inspiró la Ley Bitcoin.

4.2. Debida diligencia del cliente

El artículo 15 estructura la debida diligencia en tres niveles —simplificada, estándar e intensificada— según el riesgo del cliente, exigiendo en el nivel intensificado verificar la fuente de riqueza o de fondos;[101] tratándose de personas jurídicas, debe identificarse al beneficiario final con participación igual o superior al 25 %.[102] La debida diligencia se activa al establecer relaciones comerciales, realizar transacciones ocasionales sobre el umbral aplicable o ante sospecha de lavado,[103] supuesto que se verifica paradigmáticamente cuando un

97 *Ibíd.*, art. 9, numerales 1 a 5.

98 *Ibíd.*, art. 9, numerales 10 y 11.

99 *Ibíd.*, 10, incisos 1.º y 2.º.

100 *Ibíd.*, art. 16, incisos 2.º y 3.º.

101 *Ibíd.*, art. 15, incisos 3.º a 6.º.

102 *Ibíd.*, art. 15, inciso 7.º.

103 *Ibíd.*, art. 16, inciso 4.º.

proveedor habilita una billetera custodiada o un intercambio de criptoactivos por moneda fiduciaria.

4.3. Personas expuestas políticamente

El artículo 19 define a las personas expuestas políticamente (PEP) como quienes ejercen función pública, incluidos los titulares de instituciones autónomas —categoría en la que, en principio, encuadran los directivos de la propia CNAD—,[104] exigiendo debida diligencia intensificada extendida a familiares y asociados cercanos,[105] condición que se mantiene cinco años tras el cese del cargo.[106]

4.4. Oficiales de cumplimiento y comités de prevención

El artículo 20 obliga a los sujetos a los que están bajo la supervisión de la Superintendencia, la CNAD y ciertas asociaciones a establecer una oficialía de cumplimiento con oficial titular y suplente,[107] exigencia que —a diferencia de otros entes autorizados a designar solo un oficial—[108] equipara a los proveedores de activos digitales con el sistema financiero tradicional. Deben constituir además un Comité de Prevención de al menos tres miembros;[109] los grupos empresariales pueden designar un comité único,[110] y las personas naturales sujetas obligadas del artículo 7, numerales 5 a 9, pueden prescindir de oficial de cumplimiento.[111]

104 *Ibíd.*, art. 19, literales a) a n).

105 Ley Especial para la Prevención, Control y Sanción del Lavado de Activos, art. 19, incisos penúltimo y último.

106 Ley Especial para la Prevención, Control y Sanción del Lavado de Activos, art. 19, inciso 15.º.

107 *Ibíd.*, art. 20, inciso 1.º.

108 *Ibíd.*, art. 20, inciso 2.º.

109 *Ibíd.*, 23.

110 Ley Especial para la Prevención, Control y Sanción del Lavado de Activos, art. 21 y 23, sobre oficiales de cumplimiento en conglomerados financieros y grupos empresariales.

111 Decreto Legislativo n.º 426, Ley Especial, art. 22.

4.5. Reporte de operaciones sospechosas y reguladas

El artículo 24 impone reportar a la UIF las operaciones sospechosas dentro de veinticuatro horas tras el análisis, para el cual se dispone de hasta quince días hábiles prorrogables;[112] el reporte es confidencial y carece de valor probatorio autónomo.[113] El artículo 25, de particular interés para el LAC, somete a reporte periódico las "transacciones en activos digitales" de un cliente que, en un solo evento o acumuladas en un mes, resulten sospechosas,[114] complementando en sede administrativa al tipo penal del artículo 40. El artículo 18 regula, además, la terminación de la relación de negocios ante riesgo no mitigable, previa comunicación a la UIF y control fiscal de diez días hábiles.[115]

4.6. Conservación de registros, confidencialidad y declaración fronteriza

Los sujetos obligados deben conservar los registros de sus operaciones por no menos de quince años;[116] la información remitida a la UIF o a la Fiscalía es confidencial, y el secreto bancario no es oponible frente a estos requerimientos.[117] El artículo 27 exige declarar el ingreso o salida del país con instrumentos al portador de quince mil dólares o más,[118] disposición pensada para soportes físicos que no contempla el transporte de activos digitales —fiscalizado, en cambio, mediante la identificación del originante y del beneficiario que impone la "regla de viaje" del GAFI.

112 Ley Especial para la Prevención, Control y Sanción del Lavado de Activos, art. 24, incisos 1.º y 2.º.

113 Ley Especial para la Prevención, Control y Sanción del Lavado de Activos, art. 24, inciso 4.º.

114 *Ibíd.*, art. 25.

115 *Ibíd.*, art. 18, incisos 1.º y 2.º.

116 *Ibíd.*, art.26.

117 *Ibíd.*, art. 28.

118 Ley Especial para la Prevención, Control y Sanción del Lavado de Activos, art. 27, incisos 1.º y 4.º.

4.7. Régimen sancionatorio administrativo y penal

Son infracciones graves, entre otras, incumplir los deberes generales de debida diligencia o de reporte,[119] sancionables con multa de 50 a 500 salarios mínimos para personas jurídicas y hasta 200 para naturales;[120] son muy graves revelar información confidencial u obstaculizar la supervisión,[121] sancionables de 501 a 1000 salarios mínimos y de 201 a 400, respectivamente.[122] Estas sanciones prescriben a los diez años[123] y se acumulan con el régimen sectorial de la Ley de Emisión de Activos Digitales. Junto a esta responsabilidad administrativa subsiste, como *última ratio* del sistema, la responsabilidad penal del artículo 40 y las figuras conexas: el artículo 42 sanciona el encubrimiento especial y la omisión de comunicación a la Fiscalía por funcionarios de fiscalización;[124] el artículo 43 sanciona con tres a cinco años el trasiego de activos por falsedad en la declaración aduanera;[125] y el artículo 44 sanciona con seis a doce años la revelación indebida de la información reportada a la UIF.[126] Finalmente, el artículo 47 faculta al juez —y, por urgencia, al fiscal general hasta por quince días— a ordenar la inmovilización de cuentas y el congelamiento o incautación de bienes,[127] medida cuya notificación a los proveedores debe practicarse dentro de las veinticuatro horas siguientes.[128]

119 Ley Especial para la Prevención, Control y Sanción del Lavado de Activos, art. 31, numerales 1, 2, 3 y 7.

120 *Ibíd.,* art. 34, inciso 1.º.

121 *Ibíd.,* art. 32, numerales 1, 2 y 3.

122 Ley Especial para la Prevención, Control y Sanción del Lavado de Activos, art. 35, inciso 1.º.

123 *Ibíd.,* art. 39, inciso 1.º.

124 *Ibíd.,* art. 42, literales a) y c).

125 *Ibíd.,* art. 43.

126 *Ibíd.,* art. 44.

127 *Ibíd.,* art. 47, incisos 1.º y 3.º.

128 Ley Especial para la Prevención, Control y Sanción del Lavado de Activos, art. 47, inciso 2.º.

V. Técnicas de lavado mediante criptomonedas: *modus operandi* y estudios de caso

5.1. Colocación, estratificación e integración

Existe consenso doctrinal en aplicar al LAC la misma dinámica trifásica del blanqueo tradicional —correlato del *iter criminis* que recorre el proceso de legitimación—,[129] orientada siempre a ocultar el origen ilícito de los fondos.[130] En la colocación se introducen fondos ilícitos mediante la compra de criptoactivos;[131] en la estratificación, las transferencias múltiples y la conversión entre criptoactivos disimulan el origen;[132] y en la integración —momento en que se consuma materialmente el propósito típico de legitimar— los fondos blanqueados se reincorporan a la economía formal mediante inversiones legítimas o su conversión a moneda fiduciaria.[133]

5.2. Mezcladores y monedas de privacidad

En el plano comparado, el reglamento antilavado europeo prohibirá desde julio de 2027 que los proveedores custodien monedas que mejoran el anonimato,[134] tendencia que ya se refleja en el deslistamiento comercial de estas monedas por buena parte de la industria.[135] El ordenamiento salvadoreño

129 Aldana, *El delito de blanqueo*, 80 con referencias a Criado, Pérez Medina, Hinojal y Grau.

130 Blanco Cordero, *El Delito de Blanqueo de Capitales*, 210.

131 Julio Angulo Gaona, "Criptomonedas como método de blanqueo de capitales", *Revista Derecho Penal Central*, núm. 5 (2024): 42.

132 Chohan, "The Cryptocurrency Tumblers", 4.

133 Aldana, *El delito de blanqueo*, 85.

134 Reglamento (UE) 2024/1624, art. 79.

135 Steven, Burnett y Kathleen Kinder, "Privacy Coins Regulatory Compliance: Statistics 2026: Jurisdiction Guide", *CoinLaw*, (2025).

no contiene prohibición equivalente, aunque el enfoque basado en riesgo del artículo 9 permite exigir, por vía interpretativa, debida diligencia intensificada.

5.3. El caso Chivo Wallet (2021-2022): vulnerabilidades operativas como factor de riesgo

Chivo Wallet fue la billetera digital impulsada por el Gobierno salvadoreño para implementar la Ley Bitcoin, operada por Chivo, S.A. de C.V., sociedad creada por el propio Estado.[136] Su funcionamiento respondía a un modelo de custodia centralizada: los usuarios no controlaban claves privadas, sino que el operador registraba sus saldos en bitcoin y en dólares, permitía convertir instantáneamente una moneda en otra —en cumplimiento del deber estatal de garantizar la convertibilidad automática—,[137] transferir fondos a cuentas bancarias y retirar efectivo en una red de cajeros automáticos estructurada para dicho fin. Como incentivo de adopción, el Gobierno acreditó un bono equivalente a treinta dólares en bitcoin a cada persona que se registrara con su Documento Único de Identidad (DUI), registro que, según la información del propio operador, exigía escanear el documento y superar un reconocimiento biométrico facial.[138] La plataforma se financió con fondos públicos canalizados mediante el Fideicomiso Bitcoin, destinados a la conversión de bitcoin a dólares, a la red de cajeros y a la propia billetera.[139]

Desde la perspectiva preventiva, el caso permite identificar al menos tres factores de riesgo. El primero fue la debilidad del proceso de identificación del cliente: la verificación pudo eludirse con fotocopias del DUI o con fotografías ajenas, lo que permitió abrir cuentas a nombre de terceros para cobrar el

136 Andrés Engler, "Hackers roban identidades con el sistema de verificación de la Chivo Wallet en El Salvador", *CoinDesk*, (2021).

137 Ley Bitcoin, art. 8.

138 Engler, "Hackers roban identidades".

139 Katlen Urquilla, "Los cinco problemas más graves de la Chivo Wallet", *elsalvador.com*, 21 de diciembre de 2024. La nota recoge, a su vez, el testimonio de Shaun Overton, desarrollador vinculado al proyecto, publicado por el medio *No Ficción*.

bono; solo entre el 9 y el 14 de octubre de 2021 una organización de derechos humanos recibió 755 denuncias de suplantación de identidad.[140] Uno de los desarrolladores vinculados al proyecto declaró posteriormente que el proveedor del servicio de verificación falló tras los primeros 150 registros y que, en lugar de suspender la plataforma, se prescindió del proceso de conocimiento del cliente, y estimó entre un 10 y un 20 % la proporción de usuarios ficticios.[141] Una cuenta abierta con identidad ajena es precisamente el instrumento característico de la fase de colocación descrita en el apartado 6.1, porque desvincula los fondos de su verdadero titular; no en vano, alguna de las víctimas comprobó que la cuenta abierta a su nombre había recibido fondos de otras cinco cuentas igualmente suplantadas,[142] patrón de concentración propio de las cuentas de paso.

El segundo factor fueron las fallas en la integridad de los registros de saldos. En septiembre de 2021 se reportaron incrementos artificiales de saldo derivados de la operación simultánea desde varios dispositivos y prácticas de *scalping* que aprovechaban el congelamiento del tipo de cambio durante un minuto. El 8 de abril de 2022, una falla de aproximadamente doce horas permitió transferir dólares desde la billetera a cuentas bancarias sin que el saldo se descontara; algunos usuarios repitieron la operación cientos de veces —uno de ellos efectuó 466 transferencias partiendo de un saldo de cien dólares— y destinaron los fondos a transferencias a terceros, depósitos a plazo, compras en línea y retiros en cajeros, por un monto total que la prensa cifró en unos 840 000 dólares.[143] El tercer factor fue la convertibilidad inmediata a moneda fiduciaria y la conexión directa con el sistema bancario, que permitía trasladar en minutos el

140 Engler, "Hackers roban identidades", 2021.

141 Urquilla, "Los cinco problemas más graves de la Chivo Wallet",2024.

142 Engler, "Hackers roban identidades",2021.

143 Suchit Chávez, "Falla de Chivo Wallet provocó hurto de $840,000", *Revista Factum*, (2022). Según la misma fuente, la Fiscalía reconoció en su requerimiento que los imputados no provocaron la falla técnica, cuya causa no fue explicada públicamente.

saldo de la billetera a entidades financieras tradicionales: exactamente el punto de interoperabilidad que el apartado 2.3 identificó como vulnerabilidad.[144]

Ahora bien, estos hechos deben valorarse con precisión. Las conductas documentadas fueron, en lo esencial, defraudaciones patrimoniales contra la propia sociedad operadora y usurpaciones de identidad para cobrar el incentivo estatal, no esquemas acreditados de blanqueo de capitales de origen externo a la plataforma. En el episodio de abril de 2022, la Fiscalía imputó a varios usuarios hurto informático y lavado de dinero, y la prensa informó de algunas condenas por este último delito tras la devolución de los fondos;[145] pero se trató del aprovechamiento ulterior del producto de un delito informático —un supuesto de autolavado, conocido en la doctrina como autoblanqueo— y no de la utilización de Chivo Wallet como canal para blanquear fondos ilícitos preexistentes. Por ello, más que afirmar que el episodio abrió la puerta al LAC, resulta más riguroso presentarlo como ejemplo de cómo la combinación de una identificación deficiente del cliente, registros de saldos vulnerables y convertibilidad inmediata a dinero fiduciario genera un factor de riesgo cualificado, aprovechable para las fases de colocación y estratificación. El caso conserva valor ilustrativo aun cuando Chivo Wallet fuera posteriormente objeto de un proceso de venta o discontinuación en el marco del acuerdo con el FMI.[146] De haber estado vigente la Ley Especial de 2025, los hechos descritos habrían obligado, como mínimo, a activar los deberes de debida diligencia y de reporte de operaciones sospechosas;[147] su eventual subsunción en el artículo 40 dependería, en cambio, de acreditar en cada caso la procedencia delictiva de los fondos obtenidos ilícitamente y la ejecución posterior de acciones con la finalidad de ocultación o legitimación examinadas en el apartado 2.1.

144 Urquilla, "Los cinco problemas más graves de la Chivo Wallet", 2024.

145 Chávez, "Falla de Chivo Wallet provocó hurto de $840,000", 2022.

146 "CoinDesk: El Salvador to Shut or Sell Chivo Crypto Wallet as Part of $3.5B IMF Deal",CoinDEsk, acceso el 10 de noviembre de 2026, https://www.coindesk.com/policy/2024/12/19/el-salvador-to-shut-or-sell-chivo-crypto-wallet-as-part-of-3-5-b-imf-deal

147 Ley Especial para la Prevención, Control y Sanción del Lavado de Activos, arts. 15 y 24.

5.4. Referencias comparadas: FTX, BitMEX y Tornado Cash

El colapso de FTX en 2022 reveló la desviación de depósitos de clientes hacia Alameda Research;[148] Sam Bankman-Fried fue condenado a veinticinco años de prisión, condena confirmada por el Segundo Circuito en junio de 2026,[149] evidenciando el riesgo sistémico de la falta de segregación patrimonial que la Ley de Emisión de Activos Digitales enfrenta mediante el deber de custodia. BitMEX, por su parte, fue sancionada en 2025 con una multa adicional de 100 millones de dólares por carecer de un programa antilavado entre 2015 y 2020,[150] confirmando que la persecución alcanza tanto a las personas físicas como a la persona jurídica del *exchange*. Finalmente, en agosto de 2025 un jurado neoyorquino halló a Roman Storm, cofundador del mezclador Tornado Cash, culpable de transmisión de dinero sin licencia, sin unanimidad sobre los cargos más graves de conspiración para lavado,[151] resultado dividido que confirma que los tribunales estadounidenses aún no resuelven si el desarrollo de código de uso general genera responsabilidad penal por las conductas de terceros,[152] tensión que el legislador salvadoreño resolvió concentrando la autoría en la persona natural que acordó o ejecutó el hecho.

148 Chohan, "Public value and citizen-driven digital innovation", 851.

149 United States Court of Appeals for the Second Circuit, *Sentencia v. Bankman-Fried*, (United states: Court of Appeals, 2026)

150 Baker McKenzie Blockchain Blog, "BitMEX Fined Additional $100 Million For Flouting U.S. Anti-Money Laundering Laws",2025.

151 United States v. Roman Storm, causa n.º 23-cr-430 (United States, New York: District Court, New York,2025).

152 "DL News: Tornado Cash dev Storm guilty of money transmission — but jurors deadlocked on most severe charges", Dl News, acceso el 10 de noviembre de 2026, https://www.dlnews.com/articles/defi/storm-jurors-reach-split-verdict-in-criminal-trial/

VI. Estrategias para el fortalecimiento de la prevención

La existencia de un marco normativo completo no garantiza, por sí sola, su eficacia preventiva. De ahí que, más allá del entramado normativo e institucional descrito, se estimen necesarias las siguientes estrategias orientadas al fortalecimiento efectivo de la prevención:

6.1. El análisis y monitoreo de transacciones mediante herramientas de blockchain permite seguir los flujos de criptoactivos, aunque el reto radica en desenmascarar a los usuarios tras las direcciones seudónimas;[153] el software especializado ha sido clave para identificar patrones irregulares en el plano comparado, incluida la investigación de los casos FTX y Tornado Cash.[154]

6.2. La integración de inteligencia artificial y macrodatos permite analizar grandes volúmenes de datos transaccionales y detectar patrones que el análisis humano podría pasar por alto,[155] mediante modelos predictivos, análisis en tiempo real y algoritmos que se adaptan a nuevas tácticas de lavado.[156]

6.3. La cooperación interinstitucional e internacional es fundamental para una implementación exitosa de estas estrategias,[157] aprovechando mecanismos como el Campus Virtual del GAFILAT y sus ejercicios de tipologías regionales,[158] y los acuerdos de cooperación e intercambio rápido de información con autoridades extranjeras que contempla el artículo 53 de la Ley Especial.[159]

153 Aldana, *El delito de blanqueo*, 101.

154 Yun Joo An, Paul Moon Sub Choi y Seth H. Huang, "Blockchain, cryptocurrency, and artificial intelligence in finance", en Fintech with Artificial Intelligence, Big Data, and Blockchain (Singapur: Springer Singapore, 2021), 5.

155 An, Choi y Huang, "Blockchain, cryptocurrency, and artificial intelligence in finance", 7.

156 *Ibíd.*, 8-10.

157 Katarzyna Chojecka, "Cryptocurrencies: opportunities, risks and challenges for anti-corruption compliance systems", en *OECD Conference on Global Anti-corruption and Integrity Forum* (París, 2019), 20-21.

158 Grupo de Acción Financiera de Latinoamérica (GAFILAT), Campus Virtual GAFILAT (Buenos Aires: GAFILAT, 2025).

159 Ley Especial para la Prevención, Control y Sanción del Lavado de Activos, art. 53.

6.4. Contar con una autoridad de control especializada —función que corresponde ya a la CNAD— es, en fin, estrategia pertinente para supervisar a los actores más expuestos al LAC,[160] debiendo esta priorizar la aprobación de guías de debida diligencia, coordinar sus competencias con la Superintendencia y el Banco Central, e iniciar un programa efectivo de inspecciones que supere la observación del GAFILAT de 2024.

VII. Conclusiones

El ordenamiento salvadoreño ha superado, en el plano formal, la principal objeción dogmática que se oponía a aplicar los tipos de lavado a los criptoactivos: la incorporación expresa de los "activos virtuales o digitales" en el objeto material del artículo 40 resuelve, por la vía de la tipicidad, una discusión que en otros ordenamientos continúa librándose por vía interpretativa. El sistema preventivo, sin embargo, no descansa en un instrumento único, sino en la articulación de tres cuerpos normativos —la Ley Bitcoin, la Ley de Emisión de Activos Digitales y la Ley Especial de 2025— cuya coherencia depende de una correcta delimitación de competencias entre el Banco Central de Reserva, la Superintendencia y la Comisión Nacional de Activos Digitales.

Consistentemente con lo observado por el GAFI en 2026, la existencia formal de la norma no garantiza su implementación efectiva:[161] la evaluación mutua del GAFILAT de 2024 constató que la supervisión de los proveedores de activos digitales aún no se había traducido en inspecciones ni sanciones concretas. La Ley Especial de 2025 dota al sistema de las herramientas jurídicas necesarias —tanto en su vertiente típica como en su vertiente administrativa— para revertir esa constatación; su eficacia dependerá, en adelante, de la capacidad institucional de la CNAD, de la UIF y de la Superintendencia para aplicarlas.

160 Nicolás Almeyda Orozco, *Supervisión de Criptoactivos en Colombia* (Bogotá: Tirant lo Blanch, 2024), 120.

161 Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI), *Seventh Targeted Update on Implementation of the FATF Standards on Virtual Assets/VASPs* (París: GAFI,2026), 1.

Bibliografía

» Álvarez Díaz, Luis Javier. "Criptomonedas: Evolución, crecimiento y perspectivas del Bitcoin". *Población y Desarrollo*, núm. 25 (2019): 135.

» Aldana, Alan y abogados. *El delito de blanqueo frente al fenómeno de las criptomonedas*. Madrid: 2019.

» Arner, Douglas W., Dirk Zetzsche, Janos Nathan Barberis y Ross Buckley. "The identity challenge in finance: from analogue identity to digitized identification to digital KYC utilities". *European Business Organization Law Review*, núm. 20 (2019).

» Almeyda Orozco, Nicolás. *Supervisión de Criptoactivos en Colombia*. Bogotá: Tirant lo Blanch, 2024.

» An, Yun Joo, Paul Moon Sub Choi y Seth H. Huang. "Blockchain, cryptocurrency, and artificial intelligence in finance", en Fintech with Artificial Intelligence, Big Data, and Blockchain. Singapur: Springer Singapore, 2021.

» Angulo Gaona,Julio. "Criptomonedas como método de blanqueo de capitales". *Revista Derecho Penal Central*, núm. 5 (2024).

» Blanco Cordero, Isidoro. *El Delito de Blanqueo de Capitales*, 4.ª ed. Madrid: Thomson Reuters Aranzadi, 2015.

» Boar, Andrei. *Descubriendo el Bitcoin*. Madrid: Profit Editorial, 2018.

» Burnett, Steven y Kathleen Kinder. "Privacy Coins Regulatory Compliance: Statistics 2026: Jurisdiction Guide". *CoinLaw*, (2025).

» Campo Molina, Nefer Antonio. "Preocupaciones, Beneficios y Análisis Comparativo de la Criptomoneda en los Sistemas Jurídicos". Tesis doctoral. Universidad Santo Tomás, Bogotá, 22.

» Carmona Borjas, Juan Cristóbal. *Mundo Jurídico de las Criptomonedas*. Caracas: Liliana Acosta, 2019.

» Chávez, Suchit. "Falla de Chivo Wallet provocó hurto de $840,000". *Revista Factum*, (2022).

» Código Tributario. El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 2000.

» "CoinDesk: El Salvador to Shut or Sell Chivo Crypto Wallet as Part of $3.5B IMF Deal". CoinDEsk, acceso el 10 de noviembre de 2026. https://www.coindesk.com/policy/2024/12/19/el-salvador-to-shut-or-sell-chivo-crypto-wallet-as-part-of-3-5-b-imf-deal

» Consejo de Europa. *Convenio Europeo sobre Blanqueo, Detección, Embargo y Confiscación de los Productos de un Delito*. Estrasburgo: Consejo de Europa, 1990.

» "CNN Español: El bitcoin ya no es obligatorio en El Salvador tras reformas aprobadas por la Asamblea Legislativa". CNN, acceso el 10 de noviembre de 2026. https://cnnespanol.cnn.com/2025/01/30/latinoamerica/bitcoin-salvador-no-obligatorio-orix

» Comisión Nacional de Activos Digitales (CNAD). *Guía de Requisitos para el Proceso de Registro como Proveedor de Servicios de Activos Digitales (PSAD)*. San Salvador: CNAD, 2014.

» Chojecka, Katarzyna. "Cryptocurrencies: opportunities, risks and challenges for anti-corruption compliance systems", en *OECD Conference on Global Anti-corruption and Integrity Forum*. París, 2019.

» "DL News: Tornado Cash dev Storm guilty of money transmission — but jurors deadlocked on most severe charges". DL News, acceso el 10 de noviembre de 2026. https://www.dlnews.com/articles/defi/storm-jurors-reach-split-verdict-in-criminal-trial/

» Everstake. "CLARITY Act Crypto and GENIUS Act: Staking and Defi"; Latham & Watkins. "US Crypto Policy Tracker: Legislative Developments", 2026.

» Engler,Andrés. "Hackers roban identidades con el sistema de verificación de la Chivo Wallet en El Salvador". *CoinDesk*, 1 de noviembre de 2021.

» FinCEN. Guidance on Virtual Currencies. Washington: Departamento del Tesoro de los Estados Unidos, 2013.

» Grupo de Acción Financiera de Latinoamérica (GAFILAT). *Evaluación Mutua de Cuarta Ronda de la República de El Salvador*. Buenos Aires: GAFILAT, 2024.

» Grupo de Acción Financiera de Latinoamérica (GAFILAT). *Plan Estratégico 2026-2030*. Buenos Aires: GAFILAT, 2025.

» Grupo de Acción Financiera de Latinoamérica (GAFILAT). *Guía para la Regulación ALA/CFT de Activos Virtuales y Proveedores de Servicios de Activos Virtuales en la Región del GAFILAT*. Buenos Aires: GAFILAT, 2023.

» Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI). *Monedas Virtuales. Definiciones Claves y Riesgos Potenciales de LA/FT*. París: GAFI, 2014.

» Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI). *Monedas Virtuales. Directrices para un Enfoque Basado en Riesgo*. París: GAFI, 2015.

» Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI). *Guidance for a Risk-Based Approach to Virtual Assets and VASPs*. París: GAFI, junio de 2019.

» Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI). *Activos Virtuales y Proveedores de Servicios de Activos Virtuales*. París: GAFI, 2021.

» Grupo de Acción Financiera de Latinoamérica (GAFILAT). Campus Virtual GAFILAT. Buenos Aires: GAFILAT, 2025.

» Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI). *Seventh Targeted Update on Implementation of the FATF Standards on Virtual Assets/VASPs*. París: GAFI, 16 de julio de 2026.

» Grupo de Acción Financiera de Latinoamérica (GAFILAT). *¿Qué es el GAFILAT?*. Buenos Aires: GAFILAT, 2025.

» Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI). Estándares Internacionales sobre la Lucha contra el Lavado de Activos, el Financiamiento del Terrorismo y el Financiamiento de la Proliferación de Armas de Destrucción Masiva: Las Recomendaciones del GAFI. París: GAFI, 2012.

» "GovInfo: Pub. L. n. º 119-27- Guiding and Establishing National Innovation for U.S. Stablecoins Act" or the GENIUS Act. GovInfo, acceso el 10 de noviembre de 2026. https://www.govinfo.gov/app/details/PLAW-119publ27

» Ley Especial para la Prevención, Control y Sanción del Lavado de Activos, el Financiamiento del Terrorismo y el Financiamiento de la Proliferación de Armas de Destrucción Masiva. El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 2025.

» Ley Bitcoin. El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 2021.

» Ley de Emisión de Activos Digitales. El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 2023.

» "Markets & Stocks: The Silent Surge: Privacy Coins Navigate Regulatory Storms Towards a Decentralized Future". Markets & Stocks acceso 11 de noviembre de 2026. https://markets.financialcontent.com/wral/article/breakingcrypto-2025-11-11-the-silent-surge-privacy-coins-navigate-regulatory-storms-towards-a-decentralized-future

» McKenzie, Baker. "BitMEX Fined Additional $100 Million For Flouting U.S. Anti-Money Laundering Laws". LEXOLOGY,2025.

» Navarro de Andrés, Santiago. "Contratos inteligentes. En especial, su implantación práctica en negocios blockchain", en *Criptoderecho. La Regulación de Blockchain*, coord. García Mixía. Madrid: Wolters Kluwer, 2018.

» Normas Técnicas para la Gestión de los Riesgos de Lavado de Dinero y de Activos, Financiación del Terrorismo y la Financiación de la Proliferación de Armas de Destrucción Masiva. El Salvador: Banco Central de Reserva de El Salvador, 2022.

» Pavlidis,George. "International regulation of virtual assets under FATF's new standards". J*ournal of Investment Compliance*, núm. 21 (2020).

» Reglamento (UE) 2024/1624. Prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo (AMLR). Unión Europea: Parlamento Europeo y del Consejo, 2024.

» Reglamento (UE) 2023/1114. Mercados de criptoactivos. Unión Europea: Parlamento Europeo y del Consejo,2023.

» Reglamento (UE) 2023/1113. Información que acompaña a las transferencias de fondos y de determinados criptoactivos. Unión Europea: Parlamento Europeo y del Consejo,2023.

» Souto, Miguel Abel. "Las reformas penales de 2015 sobre el blanqueo de dinero". *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 17 (2017).

» United States Court of Appeals for the Second Circuit. *Sentencia v. Bankman-Fried*. United States: Court of Appeals, 2026.

» United States v. Roman Storm, causa n.º 23-cr-430. United States, New York: District Court, New York, 2025.

» Urquilla, Katlen. "Los cinco problemas más graves de la Chivo Wallet". *elsalvador.com*, 21 de diciembre de 2024.

» W. Chohan, Usman. "The Cryptocurrency Tumblers: Risks, Legality and Oversight". *Discussion Paper Series: Notes on the 21st Century* (2017).

Revista Derecho

VOLUMEN 10 (2026)
Noviembre 2025 - Noviembre 2026

ISSN: 2411-1465
e-ISSN: 2789-3960

Algunas precisiones sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración en El Salvador

Some clarifications on the financial liability of public Administration in El Salvador

Henry Alexander Mejía
(Universidad de El Salvador, El Salvador)
https://orcid.org/0009-0003-0354-533X
Correpondencia: henry.mejia@ues.edu.sv

DOI: https://doi.org/10.66778/RD.v10n01.12

CC BY NC

Recibido: 31-03-2026
Aceptado: 19-10-2026

Revista Derecho Vol. 10 (2026)
https://revistas.ues.edu.sv/index.php/revder
ISSN: 2411-1465 | e-ISSN: 2789-3960

ALGUNAS PRECISIONES SOBRE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN EN EL SALVADOR

Henry Alexander Mejía

RESUMEN
La responsabilidad patrimonial de la Administración constituye un elemento esencial del Estado de Derecho, obliga al poder público a responder por los daños ocasionados mediante sus actuaciones u omisiones, sean lícitas o ilícitas. En El Salvador, este principio se relaciona con el derecho a una buena administración y con el deber de los servidores públicos a actuar con legalidad, eficacia, imparcialidad y objetividad. La evolución histórica muestra una transición desde la irresponsabilidad estatal hacia sistemas de responsabilidad directa y objetiva. En El Salvador, la Ley de 1910 representó un antecedente importante. Posteriormente, la Ley de Procedimientos Administrativos de 2019 estableció un régimen moderno los sistemas de responsabilidad subjetiva y objetiva. El funcionario responde personalmente cuando existe responsabilidad subjetiva, mientras el Estado puede responder subsidiariamente; por otro lado, la Administración responde objetivamente por daños derivados del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos. Para que exista indemnización debe comprobarse un daño real, efectivo y antijurídico, además del nexo causal. Los daños pueden ser patrimoniales, físicos o morales.

PALABRAS CLAVES: Administración - daños - indemnización - responsabilidad - servidor público

SOME CLARIFICATIONS ON THE FINANCIAL LIABILITY OF PUBLIC ADMINISTRATION IN EL SALVADOR

Henry Alexander Mejía

ABSTRACT
State pecuniary liability is a foundational pillar of the rule of law, requiring public authorities to answer for harm caused by their lawful or unlawful acts and omissions. In El Salvador, this principle is closely tied to the right to good administration and the duty of public officials to act with legality, efficiency, impartiality, and objectivity. Tracing the historical shift from sovereign immunity to direct and strict state liability, the article highlights the 1910 Law as an early milestone before examining the modern dual-track regime under the 2019 Administrative Procedures Law. Under this framework, fault-based (subjective) liability holds officials personally accountable for wrongful conduct with subsidiary state liability, whereas strict (objective) liability holds the Public Administration directly liable for harm arising from the normal or abnormal operation of public services, regardless of individual fault. To recover compensation, claimants must establish actual, certain, and legally unwarranted harm (daño antijurídico) alongside a causal link to administrative conduct, covering pecuniary, physical, or moral damages.

KEYWORDS: public Administration - damages - compensation - state pecuniary liability - public official

Algunas precisiones sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración en El Salvador

Henry Alexander Mejía[1]
El Salvador

Introducción

La responsabilidad patrimonial de la Administración o del Estado como suele llamarse en el Derecho constitucional, constituye uno de los pilares fundamentales del Estado Derecho, porque forma parte de la sumisión del poder al control de legalidad de los actos de los Órganos de Gobierno que ejercen el poder público —*interdicción de la arbitrariedad*—, consecuentemente, pero no por ello menos importante, la obligación de responder patrimonialmente por los daños causados por los servidores públicos por su actividad ilícita y lícita.

En esta línea de pensamiento señaló Hauriou que el sentimiento del colectivo respecto al poder público se expresa en dos axiomas a saber*: 1) que actúe, pero que obedezca la ley, y, b) que actúe pero que pague el perjuicio.*[2] En este contexto, la circunstancia de que la responsabilidad sea un mecanismo de control del poder público explica la necesidad de reglas jurídicas especiales

1 Catedrático de Derecho Administrativo y Constitucional, en el Departamento de Derecho Público en la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales, Universidad de El Salvador, Ex magistrado de la Sala Contencioso Administrativo, periodo 2021/2024, Presidente de la Corte Suprema de Justicia, periodo 2024/2027.

2 Maurice Hauriou, *Principios elementales de Derecho administrativo* (Paris: Librería de la Sociedad "*Du Recueil Sirey*", 1923), 45.

Para escribir en nuestra revista, consulta las bases aquí

en consideración al interés público que la actividad de la Administración desarrolla.[3]

En virtud de lo anterior se ha consolidado el derecho a la buena administración en el primer cuarto del siglo XXI, reconocido implícitamente en los artículos 1, 11, 18, 235 y 245 constitucionales y de forma expresa en el artículo 16 inciso 1 de la Ley de Procedimiento Administrativos (en adelante LPA), que exige a los servidores públicos, actuar con estándares de calidad, eficacia, imparcialidad, objetividad, y que a sean responsables en caso que sus actuaciones u omisiones ocasionen daños patrimoniales, físicos o morales a los ciudadanos, los cuales merecen una indemnización justa y expedita.

Por otra parte, respecto a la competencia de los tribunales para dilucidar pretensiones de contenido resarcitorio, deberán ser los tribunales contenciosos administrativos y no los tribunales de lo civil, esto por la sencilla razón del "*principio especialidad*". Que se desprenden de la aplicación de los artículos 3 y 9 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativo, (en adelante LJCA), que a partir de la Ley de 2018 da un giro ineludible en el ordenamiento jurídico salvadoreño sobre el tema. Sin embargo, no es óbice que, por razones excepcionales, la competencia para resolver algunas pretensiones especiales de responsabilidad patrimonial de la administración, sea dada a los tribunales civiles, como resulta ser con las pretensiones resarcitorias de expropiación de bienes por razones de utilidad pública e interés social, pero siempre en ellos se aplicará Derecho material administrativo, recuérdese siempre.

En términos generales la responsabilidad civil ha sido definida por la doctrina mayoritaria *"como la obligación de asumir las consecuencias patrimoniales y económicas de un hecho, acto u omisión de persona"*.[4] En efectos, es una institución

3 Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, "Memoria del Congreso", Tomo I y II (México Espress, 2014). Sobre un amplio panorama moderno de la responsabilidad patrimonial del Estado, debe consultarse estos los Libros:

4 Véase. Gilberto Martínez Rave y Catalina Martínez Tamayo, *Responsabilidad civil extracontractual*, 11ª edición, (Bogotá: Temis, 2003), 6.

jurídica propia del Derecho civil, con matices y adecuaciones a la naturaleza del Derecho administrativo, como se sabe, puede ser de dos tipos:

a) extracontractual, es la que emana a consecuencia de la violación de deberes genéricos de comportamiento, sin necesidad de la preexistencia de una relación jurídica entre el sujeto productor del daño y la víctima que origina esos deberes, y,

b) contractual, es la que se origina por incumplimiento de una obligación concreta, previa a la actuación dañosa, que un sujeto estaba obligado a satisfacerla, en virtud de un acto jurídico. Asimismo, la responsabilidad extracontractual, a su vez puede ser de dos tipos:

   1) directa, esto es, aquella producida por hecho propio, e;
   2) indirecta, es aquella producida por hechos de personas o cosas cuya dirección o custodia ejerce el sujeto responsable.[5]

En la actualidad la doctrina del Derecho administrativo ha fijado la teoría de la responsabilidad patrimonial de la Administración pública, sujeta a reglas de Derecho público en diversos ordenamientos jurídicos; y en otros, a remisiones doctrinales al Derecho privado, tanto por la vía legislativa como la jurisprudencial. Este soporte doctrinal nace en virtud de que el Estado no solo es responsable cuando *administra* de forma normal o anormal, sino, además, cuando *legisla y juzga*, ya también estos casos pueden producir daños a los ciudadanos en el ejercicio del poder público, tal como prescribe el artículo 86 de la Constitución. En síntesis, es concerniente en este trabajo hacer un estudio de la responsabilidad patrimonial de la administración, desde la vertiente

5 En ambas responsabilidades, el ordenamiento jurídico salvadoreño fija que, para que sea exigible deben concurrir, a los menos tres elementos: 1) la existencia de un daño cierto, material o moral que es antijurídico por atentar contra el patrimonio de una persona; 2) la culpa o negligencia, es decir que el daño se haya producido por imprudencia de su autor o bien el daño se haya producido con la intención de producirlo, a título de dolo, (artículos 42 y 1428 del Código Civil). Si el hecho es cometido por una o varias personas, cada una ellas serán responsables solidariamente de todo daño producido, salvo las excepciones legales (artículo 2068 del Código Civil); y 3) la relación de culpabilidad, esto es, que el daño sea el efecto del comportamiento culposo o doloso del agente.

extracontractual, originariamente desde el Derecho comparado, analizando sus diversos principios y aportaciones por los ordenamientos jurídicos y la jurisprudencia. Asimismo, se realizará un examen del estado de la cuestión en el Derecho salvadoreño, desde la jurisprudencia constitucional sobre el régimen de responsabilidad del Estado hasta su consolidación por las LJCA de 2018 y la LPA de 2019, los cuales para ser eficaces deben reorientarse a que las personas posea las herramientas administrativas y procesales para exigir la responsabilidad patrimonial a los servidores públicos y al Estado mismo, para que los poderes públicos gobiernen por la senda de un verdadero Estado de Derecho y en el cumplimiento del derecho fundamental a la buena administración.

I. Orígenes doctrinales de la responsabilidad patrimonial en el Derecho comparado

1.1. Derecho anglo-americano

Iniciando por el sistema inglés, que es considerado ajeno a las influencias continentales y donde surgió un dogma que influiría hasta el siglo XX, propio del absolutismo: "*The King can do no wrong*" que significa: "*el rey no puede equivocarse*". Esto quedó derogado en 1947 cuando se dictó la "*Crown Proceeding Act*", que determinó la responsabilidad patrimonial de la Corona inglesa como persona plenamente capaz, respecto a los delitos y faltas cometidos por sus empleados o agentes, y en general a todo deber por las que una persona está obligada, en relación con sus empleados o agentes por el hecho de ser ella su empleador. De esta ley se desprende que la responsabilidad patrimonial del Estado inglés se rige por las leyes como si fuera una persona privada y no por el régimen administrativo. La Corona no responde por los llamados

actos de Estado, entendiéndose por éstos los producidos en el ejercicio de sus potestades soberanas.[6]

Otro punto de referencia histórico es el Derecho angloamericano. En principio asumió la irresponsabilidad del Estado heredado del modelo inglés. Si un ciudadano quería demandar daños y perjuicios a los funcionarios federales o de los Estados de la Unión, se enfrentaba con el dogma inglés: el Estado no es responsable de sus actos, aspecto que imperó aun después de la independencia en 1776.[7]

Con posterioridad fue fracturado el dogma de irresponsabilidad por el Congreso mediante los "*private bills*". Pero el aumento de reclamaciones provocó en 1855 el establecimiento de la "*Court of Claims*", como un órgano asesor especializado encargado de elaborar los proyectos de resolución en cuestiones de responsabilidad contractual y extracontractual. Por otro lado, en 1866 otra ley otorgó jurisdicción a esta "*Court*" para conocer de reclamaciones en materia contractual con apelación en sede del Tribunal Supremo de los Estados Unidos. En 1922 se estableció un auténtico tribunal con autonomía para decidir por sí mismo sobre las reclamaciones de pequeña cuantía, cuyo nombre lo hace evidente: la "*Small Tort Claims Act*", hasta intentarse, desde 1929, expedir lo que finalmente fue la "*Federal Tort Claims Act en 1946*". En la actualidad la mayoría de los Estados de la Unión Americana han admitido la responsabilidad de las agencias públicas locales, regulada por la legislación civil que proviene de la prestación de los servicios públicos.[8]

6 Alberto Castro Estrada, *Responsabilidad patrimonial del Estado en México. Fundamento constitucional y legislativo* (Ciudad de México: Instituto de Investigaciones jurídica de la UNAM, 2007), https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2499/28.pdf

7 Luis Medina Alcóz, *La responsabilidad patrimonial por acto administrativo. Aproximación a los efectos resarcitorios de la ilegalidad, la morosidad y la deslealtad desde una revisión general del sistema* (Madrid: Thomson-Civitas, 2005), 47. A pesar del nuevo sistema de valores políticos que trajo la revolución francesa, el concepto de irresponsabilidad del Estado no sería modificado en manera alguna, ya que, aunque el soberano ya no es el rey, lo sería el propio pueblo; se entendía la organización estatal como un aparato puesto al servicio de la Nación, en consecuencia, no podía de ninguna forma causar daño a los ciudadanos.

8 Manuel Moguel Caballero, *La responsabilidad patrimonial del Estado* (Ciudad de México: Porrúa, 2006), 118-123.

1.2. Derecho francés

El Derecho francés en una primera etapa era inexistente la responsabilidad del Estado por los actos de sus funcionarios o por la prestación deficiente de los servicios públicos. Estaba prevista la exigibilidad a cargo de los funcionarios de reparar a las víctimas, en los términos del Código Civil de Napoleón. Como lo sostiene Delpiazzo[9] fue la jurisprudencia la que descartó la aplicación del Código Civil y construyó una teoría autónoma de la responsabilidad de la Administración. A partir de la sentencia del Consejo de Estado en el caso de *Rothschild* (1855) y fundamentalmente en la sentencia del "*Tribunal de Conflictos*" en el caso Blanco (1873), la responsabilidad estatal se extiende a todos los servicios y se ensanchan los campos de la evaluación del perjuicio y de la imputabilidad del daño.[10] Además, esa jurisprudencia determinó las relaciones triangulares entre víctimas, funcionarios y la Administración. Tomando como punto de partida el caso *Pelletier* (1873), se planteó la responsabilidad derivada de "falta de personal" imputable al funcionario y de la "falta de servicio", imputable a la Administración.

Posteriormente, los profesores franceses Laferriere y Vedel[11] delimitaron la distinción entre ambos conceptos. Por ello "falta de personal" se refiere para declarar civilmente responsable al funcionario frente de la Administración, es necesario que haya cometido una "*falta*", es decir, donde el hombre se revela

9 Carlos Delpiazzo, *Estudios sobre la responsabilidad de Administración* (Montevideo: Universidad de Montevideo, Facultad de Derecho, 2009), 12.

10 Jaime Rodríguez-Arana- Muñoz, E*stado de derecho y responsabilidad administrativa. Unión europea, España, México, El Salvador, Nicaragua, Costa Rica* (Ciudad de México: Ubijus, 2014), 20. Explica que el caso se originó por el atropellamiento de la niña Agnés Blanco por un camión cargado de tabaco, guiados por cuatro empleados de la fábrica *Bacalán*. El padre de la niña inicia un proceso contra los cuatro obreros y contra el Estado por responsabilidad civil por imprudencia, pidiendo que ambos de forma solidaria la indemnicen por cuarenta mil francos. El prefecto de Gironda en representación del Estado, solicita la incompetencia del Tribunal de Conflictos, y éste resuelve que los daños causados a los particulares por las personas que se emplean en los servicios públicos, corresponden resolver al juez administrativo, y como ya se sabe este fallo deslindó que la administración está sometido al fuero contencioso administrativo.

11 Véase. George Vedel, *Derecho Administrativo*, traducción al español por Juan Rincón Jurado (Madrid: Editorial Aguilar, 1980), 270.

con sus debilidades, sus pasiones, su *imprudencia*. En este orden de ideas, "*la falta personal*" puede reducirse a dos grandes categorías a saber:

a) cuando el acto no tiene nada que ver con la "*falta de servicio*", el criterio es más fácil de determinar, porque opera por exclusión;
b) cuando exista "*falta personal*", tomando como parámetro la intención del agente y la gravedad de la falta.

Según el criterio de la intención, determinó que existe "*falta de personal*" cuando el funcionario persigue un fin malicioso, doloso, incluso por cuestiones puramente personales, por ejemplo, para satisfacer una venganza personal o porque los bienes afectados al servicio público son utilizados para fines distintos y el agente comete una falta. Respecto al criterio de la gravedad, se tomaban en consideración el hecho que el agente condujera un automotor propiedad de la Administración en estado de ebriedad, ocasionando un accidente afectando a un particular. En cuanto a la "*falta de servicio*", erigida como fundamento de la responsabilidad de la Administración, puede definirse básicamente como toda falta a las obligaciones del servicio, por una acción u omisión, sea de manera voluntaria o por imprudencia de parte de un agente de la Administración. Además, puede consistir en un defecto de organización del servicio, como un fallo en el funcionamiento, y puede tener su origen en una actividad lícita o ilícita.

Según la jurisprudencia del Consejo de Estado no toda "*falta de servicio*" conlleva responsabilidad para la Administración, exige una cierta gravedad acorde a las dificultades de la actividad administrativa a la que se imputa el daño. Por ejemplo, se han considerados actividades difíciles y por consiguientes graves, las operaciones quirúrgicas en los hospitales por médicos que ocasionaron daños en la salud física y psíquica de un paciente.

Finalmente, el Consejo francés consolidó dichas teorías. En primer lugar, en el caso *"Lemmoniére"* de 1918, donde estipula la "acumulación de responsabilidades", agregándole la responsabilidad indirecta por falta personal del funcionario, a la responsabilidad directa de la Administración, por falta en el servicio.[12] En segundo lugar, en el caso *Laruelle* en 1951 donde se integra la responsabilidad de la Administración con una efectiva responsabilidad del funcionario. Nótese que la idea de *falta* del sistema francés se aleja de la noción tradicional de culpa, al tratarse de una falta objetivada, del servicio mismo, que no requiere individualización del agente quien ha cometido el *daño antijurídico*.

1.3. Derecho español

A diferencia de lo acontecido en el caso francés, en el ordenamiento jurídico español, la construcción de la responsabilidad patrimonial de la Administración ha sido fundamentalmente obra del legislador. Inicialmente en el Derecho español se aplicaba la concepción prevista en el artículo 1903 del Código Civil, donde la responsabilidad de la Administración estaba basada en la culpa.[13] Posteriormente, con la Constitución de 1931 de la *II República*, el artículo 41.3, creó la responsabilidad subsidiaria del Estado, principio no desarrollado en la ley secundaria. Por tanto, fue hasta la *Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954*, que reguló la responsabilidad patrimonial por medio de normas de Derecho administrativo. En el artículo 121 prescribió:

12 Véase. Jesús Leguina Villa, *Origen y evolución de la institución de la responsabilidad civil*, "*La* responsabilidad patrimonial del Estado" (Ciudad de México: INAP, 2000). Es a partir de aquí que el Consejo de Estado Francés dan un paso adelante, teorizando la responsabilidad directa del Estado, ya que es una función esencial de ésta prestar a la comunidad los servicios públicos que requiere para la satisfacción de las necesidades más importantes y cualquier daño causado por irregularidades o deficiencias en la prestación de esos servicios debe ser reparado. Estamos ante la llamada teoría de la "*falla en el servicio*", en donde se entiende que es el Estado el directamente responsable y no sus agentes, por ello la inexistencia de la culpa en el agente no es óbice para que el Estado esté llamado a reparar los daños causados, como criterio de imputación.

13 Véase. Jesús González Pérez, *Responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas* (Cizur Menor: Aranzadi, 2006). Para ver sobre el amplio ordenamiento jurídico español.

"Dará también lugar a indemnización con arreglo al mismo procedimiento toda lesión que los particulares sufran en los bienes y derechos a que esta ley se refiere, siempre que aquella sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos o la adopción de medidas de carácter discrecional no fiscalizables en vía contenciosa, sin perjuicio de las responsabilidades que la Administración pueda exigir de sus funcionarios con tal motivo".

Este régimen jurídico mejoró con la Ley del Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 26 de julio de 1957, que en el artículo 40 estableció: "Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por el Estado de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que aquella lesión sea a consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos…". Luego, con la Constitución de 1978 se consolidó el régimen objetivo en el artículo 106.2, que dice: "*Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos"*. Resulta fácil apreciar cómo en el modelo español la responsabilidad de la Administración por la prestación de servicios públicos tiene su lugar preciso, ya que no está regida por disposiciones de Derecho privado, sino una regulación indiscutible por el Derecho administrativo.

Con la Ley 30/1992 del *Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común de noviembre,* se determina en los artículos 139 y siguientes, el derecho de los particulares a ser indemnizados por las Administraciones públicas por toda sufrida en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor.

En igual sentido, se reguló en las leyes de *39/2015 de Procedimientos Administrativos* y *40/2015 del Régimen Jurídico del Sector Público* en los artículos 32 y siguientes, prescribieron que siempre que la lesión fuese consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos. En esta

línea argumentativa, se consolida en España hasta el 2016, un régimen de responsabilidad objetiva[14] que tiene las características siguientes:

a) es objetiva, en el sentido de que ella es consecuencia de un *riesgo creado* por la simple creación y funcionamiento de servicios, prescindiendo de toda culpa y previsión del agente, incluso cuando la acción haya sido ejercida legalmente. Salvo los casos de fuerza mayor.

b) tiene un carácter general, porque la Administración responde de todo hecho u omisión dañosos, siendo irrelevante para la imputación de los mismos a la Administración haber obrado en el ejercicio de una potestad administrativa o en forma de mera actividad material.

c) es directa, porque la Administración debe responder de todo acto o hecho imputable, aun por los daños causados por el personal a su servicio. No excluyendo los casos de delito, sin perjuicio de la ulterior acción de regreso para resarcirse de la cantidad abonada.

Desde el siglo XX el ordenamiento español se construyó la teoría de la "*lesión resarcible*", para justificar la responsabilidad patrimonial del Estado en el campo del Derecho público[15]. Esta fue derivada de los planteamientos doctrinales de los profesores Eduardo García de Enterría[16] y Jesús Leguina Villa[17]

14 Delpiazzo, *La responsabilidad*, 36 y 37.

15 F. Pantaleón Prieto, "Los anteojos del civilista: hacia una revisión del régimen patrimonial de las Administraciones Públicas", en *Documentación administrativa*, número 237-239 (1994): 247-249. Ha criticado la excesiva amplitud con que el Derecho español plantea la responsabilidad patrimonial por funcionamiento de los servicios públicos, y aboga por restringirla a casos donde exista voluntad de los agentes públicos, y excluir la responsabilidad cuando se haya actuado con diligencia, es decir por el funcionamiento normal de los servicios públicos, llegando a los extremos de indemnizar porque un ciudadano sufrió daños porque su abogado público no supo defenderle en el nivel de perfección de los mejores abogados.

16 Véanse. Eduardo García de Enterría, *Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa: potestad expropiatoria, garantía patrimonial, responsabilidad civil de la Administración* (Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1956*); "*La responsabilidad del Estado por comportamiento ilegal de sus órganos en Derecho español", *en Revista de Derecho Administrativo y Fiscal*, número 7 (1964).

17 Véase. Jesús Leguina Villa, *La responsabilidad civil de la Administración Pública: su formulación en el Derecho italiano y análisis comparativo con los ordenamientos francés y español*, 2.ª ed. (Madrid:

que trata de superar las categorías civilistas de la responsabilidad patrimonial, para garantizar la integridad patrimonial de los gobernados respecto de la actuación del poder público.

La teoría de la "*lesión resarcible*" tiene por mira que la exigencia de la responsabilidad patrimonial estatal procure la reparación objetiva de una lesión que la víctima no tenía la obligación de soportar, establecida por el ordenamiento jurídico. Es decir, se abandona el criterio de anteponer la sanción del agente público, a quien se imputa el acto o hecho causante de la afectación. Se puede decir que esta teoría deriva de una concepción amplia de la tutela de los derechos fundamentales, con la finalidad de respetar la dignidad y el patrimonio de los gobernados, aplicando los principios de estricta justicia, bien común, solidaridad social, propios de un Estado social democrático de Derecho.

Como corolario de lo expresado en los párrafos precedentes se puede encuadrar la evolución de la responsabilidad patrimonial,[18] puede dividirse en cinco grandes etapas:

Tecnos, 1983). Revisar la principal obra sobre el tema y donde desarrolla ampliamente la teoría de la "lesión resarcible".

18 Jaime Villacreses Valle, "La responsabilidad patrimonial", en *Comentarios a la Ley de Procedimientos Administrativo, en homenaje al profesor Meilán Gil*, obra coordinada por Jaime Rodríguez-Arana y Henry Alexander Mejía (El Salvador: Cuscatleca, 2019), 375. Explica que fue una evolución progresiva que ha pasado por tres etapas: a) primera etapa: la irresponsabilidad desde la segunda mitad del siglo XIX, se consideraba que el Estado no era responsable de los daños causados por su actividad. El fundamento fue la soberanía, la cual implicaba que las actuaciones del Estado eran indiscutibles y el Estado era infalible; b) segunda etapa: la responsabilidad Comienza con la emisión del fallo "Blanco" emitido por el Tribunal de Conflictos de Francia en el año de 1873, con el que el régimen de la responsabilidad administrativa no ha dejado de progresar, rico, complejo, cambiante. En razón de que éste ubica en el centro de sus preocupaciones la justa reparación de las víctimas, extendiéndose hacia todas las actividades del Estado. El fallo no consagró la responsabilidad del Estado como regla general, sino que simplemente cambió el anterior criterio de que el Estado no podía tener responsabilidad, salvo en casos legal y expresamente previstos, y en sus actuaciones de gestión. Con el fallo se logró que el Estado sea responsable en la prestación de servicios públicos, pero no de manera general sino en términos restringidos, y c) tercera etapa: la responsabilidad creciente La responsabilidad del Estado se extiende a otros servicios o actividades que no eran consideras, por ejemplo, la actividad de policía. Se pasó a considerar que toda culpa y no solo la culpa grave ocasiona la responsabilidad del Estado, siempre que haya un daño, llegando incluso a considerarse a la responsabilidad estatal independiente de toda culpa, una responsabilidad objetiva. Es tal el avance que se llega a creer que hay una responsabilidad social, incluso cuando no hay responsable identificado o que no tuviere medios para indemnizar el daño. Todo esto se da por la influencia de los criterios de los tribunales internacionales de derechos humanos.

1) la época primitiva de la irresponsabilidad del Estado, que primó en Inglaterra y los Estados Unidos de América;
2) la responsabilidad del funcionario;
3) la época de la responsabilidad parcial del Estado, solo respondía de forma subsidiaria, ante la insolvencia económica de sus agentes;
4) la responsabilidad directa y objetiva del Estado, basada en la "*teoría del órgano*" y en la "titularidad de los servicios públicos", porque la Administración resulta responsable por el normal o anormal funcionamiento de los servicios públicos; y,
5) regímenes y sistemas de responsabilidad unitarios o mixtos, donde el funcionario o el Estado resulta responsable por diversas actividades públicas, donde exista nexo causal, daños antijurídicos, según las reglas del debido proceso, salvo que por causas de fuerza mayor o caso fortuito.

II. Ley sobre reclamaciones pecuniarias de extranjeros y nacionales contra la nación de 1910. Primer antecedente de regulación

Inicialmente el Estado salvadoreño desde su creación en 1824 —como parte de la República Federal de Centroamérica—, determinó el principio de responsabilidad del Estado, sujeto a normas de Derecho privado, al grado que únicamente podría responder "*los funcionarios públicos de manera personal y con el importe de sus bienes propios*", así lo prescriben las Constituciones de la República de 1824, 1841, 1864, 1871, 1872, 1880 y 1883. En esta época el Estado no era responsable por los actos, actuaciones u omisiones de sus agentes, ni siquiera de manera subsidiaria. Paradójicamente este esquema se ve modificado de manera radical por medio de una ley secundaria, ya que se instaura un régimen

de responsabilidad extracontractual de carácter objetivo, al decretarse la *Ley sobre Reclamaciones Pecuniarias de Extranjeros y Nacionales contra la Nación de 1910*.

Inicialmente el artículo 1 de la alusiva ley establece los presupuestos legales por los cuales la Nación era responsable civilmente, cuando concurrieran los requisitos siguientes:

a) Si habiendo recibido aviso en tiempo oportuno del acto ilegal que la autoridad o funcionario intenta cometer;
b) Cuando ha tenido conocimiento del acto ilícito durante su ejecución o después de consumado, y no se ha apresurado a suspenderlo tomando las precauciones para evitar que se repita y ordene el juzgamiento del culpable, y;
c) Cuando, en los casos anteriores, no ha procedido por los medios legales con la debida diligencia.

Pero se establecieron algunas causas de exclusión de responsabilidad civil, entre ellas:

a) Cuando los hechos que generen responsabilidad sean consecuencia de hecho fortuito o fuerza mayor, o bien cuando el Estado proceda en el ejercicio pleno de su soberanía, como en los casos de guerra civil o internacional, sofocación de incendio o calamidad pública (artículo 1. III. 2).
b) Cuando los actos o procedimientos no se hayan ejecutado por funcionarios o autoridades legítimas (artículo 14);
c) Cuando los daños y perjuicios sufridos por los nacionales o extranjeros causados por facciosos o rebeldes o individuos particulares; quedando en estos casos al perjudicado los recursos legales procedentes contra los actores de los daños y perjuicios que haya sufrido (artículo 16).

La autoridad competente para conocer las reclamaciones pecuniarias contra la Nación era la *Cámara de Segunda Instancia de lo Civil* del lugar donde se realizaban los actos ilícitos origen de la reclamación (artículo 5). El procedimiento se sustanciaba por los trámites del juicio sumario, debiendo siempre emplazar al representante del Fisco y al funcionario o autoridad que ejecutó los hechos de los cuales se pide indemnización. Si la autoridad o funcionario no compareciere o abandonara el procedimiento después de contestada la demanda, se seguía el juicio con solo la intervención del representante fiscal o del apoderado que este nombre (artículo 7). Estas acciones prescribían a los cinco años (artículo 19). En la sentencia definitiva debía declararse si la Nación era o no responsable de los perjuicios causados, con arreglo a las disposiciones de esta ley. En el primer caso se determinaba el monto de la indemnización que se debía pagar al demandante, según la probanza de autos. En los casos en que el perjudicado no obtenía la indemnización pecuniaria del Estado, éste debía dirigir las acciones y recursos ordinarios contra los directamente responsables de los hechos que dieron mérito a la demanda (artículo 22).

Pese la instauración de un régimen de responsabilidad del Estado por la ley de 1910, las posteriores Constituciones de 1939, 1950, 1962, no constitucionalizaron el esquema de responsabilidad creado por la referida ley. No obstante, establecieron "*que los funcionarios eran responsables conforme a ley*", obviamente porque estaba vigente la referida ley y el sistema de responsabilidad era de carácter objetivo y directo, muy moderno para la época. Pero no obtuvo ningún nivel de litigiosidad, por dos razones a saber: 1) desconocimiento y poca cultura jurídica para exigir a los funcionarios a responder, y 2) porque existió mucha apatía en que pudiera hacerse justicia indemnizatoria en tiempos de las dictaduras militares y pos acuerdos de paz.

III. Régimen de responsabilidad patrimonial de la Administración estatuido por la LPA de 2019

El artículo 164 inciso 3 letra a) de la LPA derogó expresamente la Ley de Reclamaciones Pecuniarias de Extranjeros y Nacionales contra la Nación de 1910, que ya estaba parcialmente derogada al entrar en vigencia la actual Constitución[19] el veinte de diciembre de 1983,[20] respecto a las reglas procesales para determinar la responsabilidad de un funcionario y subsidiariamente el Estado. El contenido de la LPA consolidó los sistemas de responsabilidad patrimonial de la administración ya reconocidos en la Constitución en los artículos 2 inciso 3, 17, 171, 245,[21] los cuales fueron ampliados y explicados por la jurisprudencia emanada de la Sala de lo Constitucional en su oportunidad.

El capítulo IV de la LPA, desde el artículo 55 hasta el artículo 63, creó las reglas fundamentales del régimen de responsabilidad patrimonial de la Administración y de los servidores públicos,[22] reconoce la existencia de los sistemas de responsabilidad subjetivo y objetivo, las reglas de aplicación y el procedimiento administrativo para su reclamación. Además, determinó que las Administraciones públicas son responsables por: 1) el normal funcionamiento,

19 El artículo 271 de la Constitución de 1983, mandó a la Asamblea Legislativa, de aquel momento a armonizar con esta Constitución las leyes secundarias de la República, cuyo efecto los órganos competentes deberán presentar los respectivos proyectos, dentro los primeros seis meses contados desde la vigencia de la Constitución.

20 El artículo 249 de la Constitución, establece: "*Derogase (…) todas aquellas disposiciones que estuvieren en contra de cualquier precepto de esta Constitución*".

21 En la Constitución se establece otros supuestos de responsabilidad, siendo los siguientes: a) responsabilidad penal, artículos 2, 19, 241, 242, 243 y 244; b) responsabilidad administrativa artículos 14, 68 y 182 ordinal 12, y c) responsabilidad política artículos 236 y siguientes, donde se determina las reglas constitucionales del procedimiento de antejuicio.

22 Es importante hacer hincapié, que las exclusiones de responsabilidad patrimonial que puedan derivarse de la doctrina, como: el caso fortuito o fuerza mayor, culpa de la víctima o hecho de un tercero. Existe, además, en el artículo 98 de la constitucional otra causa específica, en cuanto a que los nacionales y extranjeros no podrán reclamar al gobierno indemnización alguna por los daños o perjuicios a sus personas o bienes, causados por grupos políticos, sociales o rebeldes, incluso grupos terroristas, fundamentalistas o de otra índole. Serán responsables directamente las personas que hayan ocasionado los daños a los ciudadanos y extranjeros.

y 2) anormal funcionamiento. Respecto al primero, son aquellos cuando la Administración actúa con negligencia, error, retraso indebido o incumpliendo las normas y estándares de servicio que le corresponden (por ejemplo, un bache no atendido en la vía pública que provoca un accidente, o un error médico en un hospital público). En cuanto al segundo, se encuentra la institución de la *expropiación*, que se dirige directamente hacia el despojo patrimonial de un bien particular, previa indemnización para que la Administración tenga de medios para satisfacer causas de utilidad pública o interés social (artículo 106 constitucional). Del mismo modo, resulta cuando el servicio público funciona de manera correcta y legal, pero su propia actividad o ejecución genera un daño antijurídico que el particular no tiene el deber jurídico de soportar, por ejemplo: daños a una propiedad privada por la realización de una obra pública autorizada y supervisada por la misma administración.

El efecto normal es, precisamente, imponer un sacrificio patrimonial para realizar otras funciones administrativas, como se sabe se encuentra regulada por leyes especiales. En cambio, la responsabilidad patrimonial de la Administración, cuyo objeto regula la LPA, se produce como resultado del ejercicio de anormal de los poderes públicos, donde se determina un daño individualizable si el ciudadano no tiene el deber de soportarlo; por tanto, existe la obligación de indemnizar o resarcir (artículo 55 de la LPA). Ahora bien, la *nota común* a ambas instituciones es que la Administración indemnizará al particular por los daños y perjuicios producidos.

IV. Sistemas de responsabilidad patrimonial de la administración

4.1. Responsabilidad subjetiva y directa para el funcionario

Como se expresó inicialmente, en un Estado de Derecho es necesario que cualquier alteración al contenido esencial, a derechos, garantías fundamentales y bienes de los ciudadanos ocasionados por funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos, tengan como resultado la correspondiente responsabilidad patrimonial del trasgresor.

Es por ello que la jurisprudencia constitucional sostiene que: "…*la responsabilidad de los funcionarios del Estado, es uno de las grandes conquistas de la democracia y de inexorable existencia en el Estado Constitucional de Derecho, pues significa que la sujeción del poder público al imperio del derecho*…".[23] Y esto deviene por el contenido del artículo 245 constitucional que prescribe: "*Los funcionarios y empleados públicos responderán personalmente y el Estado subsidiariamente, por los daños materiales o morales*[24] *que causaren a consecuencia de la violación a los derechos consagrados en esta Constitución*". En este orden de ideas, la jurisprudencia constitucional[25] destaca los aspectos siguientes:

23 Véase. Sala de lo Constitucional, *Sentencia de Amparo, referencia 40-98* (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 1999).

24 Sala de lo Constitucional, *Sentencia de Amparo, referencia 53-12* (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2015). Un aspecto importante para el Derecho y de forma específica para la responsabilidad del Estado por daños morales, es que la Sala de lo Constitucional en sentencia de inconstitucionalidad de 23 de enero de 2015, referencia 53-2012, determinó la omisión total de la Asamblea Legislativa por no haber emitido la regulación que desarrolle el contenido del art. 2 inciso 3, que establece la indemnización, conforme a la ley, por daños de carácter moral. En consecuencia, en el fallo concluyó que la Asamblea Legislativa deberá emitir a más tardar el 31 de diciembre del 2015 la ley por la que se fijen las condiciones de ejercicio del derecho a la indemnización por daño moral. Esto se tradujo de la Ley de Reparación por Daño Moral, que entró en vigencia en enero de 2016.

25 Véase. Sala de lo Constitucional, *Sentencia de Amparo, referencia 51-2011* (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2013).

a) responden los servidores públicos, en consecuencia, se trata de una responsabilidad personal, no institucional;
b) en cuanto es personal, siempre es una responsabilidad subjetiva, excepcionalmente nunca objetiva;
c) se trata de una responsabilidad patrimonial, que abarca todo tipo de daños materiales o morales; y
d) solo procede cuando se esté ante una vulneración de derechos constitucionales, no de otro tipo de derechos.

Como se puede observar se instituye un régimen de responsabilidad extracontractual del Estado, pero de forma subsidiaria y directa para el servidor público basado en la responsabilidad subjetiva, porque el deber resarcitorio de las actuaciones u omisiones productoras de los daños materiales o morales de parte de los funcionarios, por la violación de los derechos constitucionales, se erige sobre la base de la *culpa*. Por tanto, la responsabilidad para el Estado es de carácter subsidiaria. Asimismo, otro de los aspectos que destacó la jurisprudencia constitucional[26] es que, en el sistema subjetivo, para hacer exigible la responsabilidad, supone la concurrencia de tres elementos a saber:

a) la producción del daño de carácter material o moral[27] que afecte la esfera jurídica de un gobernado; el cual requiere para su materialización que sea susceptible de valuación patrimonial;
b) que la persona sobre la que recaiga el menoscabo, no tenga el deber jurídico de soportarlo; y,

26 Véase. Sala de lo Constitucional, *Sentencia de Amparo, referencia 228-2007* (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2011).

27 Véase. Sala de lo Civil, *Sentencia de Casación, referencia 1316-S.S* (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2003). El daño moral se constituye cuando se vulnera la interioridad del individuo, no deja señales físicas, como la lesión corporal que es virtualmente comprobable una vez inferida, pero los efectos perniciosos del primero pueden perturbar el ánimo y la voluntad de quien lo recibe de manera casi permanente sustrayéndolo del cotidiano hacer e impidiéndole que lleve una vida normal. Dentro de algunos parámetros para cuantificar cuando se refiere a destitución de servidores públicos tenemos: a) alta jerarquía de un cargo público desempeñado, b) tiempo desempeñado en el cargo, c) la forma legal y violatoria en que es destituido, d) los títulos obtenidos por el agraviado, y, e) grave escándalo generado por la remoción.

c) que el acto o la omisión sea imputable a un servidor público.

Sin embargo, pese a configurarse un sistema subjetivo de responsabilidad la misma jurisprudencia creó un elenco de casos donde la responsabilidad se trasladaba al Estado, convirtiéndose en una responsabilidad objetiva y directa para el mismo, pero de forma excepcional.

Así, por ejemplo: 1) cuando el funcionario declarado responsable, ya no se encontraba fungiendo en el cargo; 2) cuando el funcionario cometió la vulneración por un *error excusable*, como el caso de una interpretación incorrecta de la ley, o cuando el legislador no desarrolle con la ley secundaria una norma constitucional, o bien cuando la ley a aplicar se preste a una falaz interpretación, que hace imposible apreciar por sí la posibilidad de la violación constitucional.[28]

Lo anterior se justificaba porque el concepto de responsabilidad no podía formarse sobre la base unilateral de la relación *causa-efecto*, pues ello conduciría a decisiones absurdas e injustas, como sería el caso de obligar a responder por daños y perjuicios al funcionario que procede con sujeción a una ley y en cumplimiento de sus disposiciones legales.[29] En efecto, la aceptación de un cargo público, según el artículo 235 de la Constitución, implica la obligación de desempeñarlo ajustado a las normas constitucionales. Pero no debe extremarse hasta el punto de no admitir *errores excusables —que el funcionario actuará con la debida diligencia—*, que lo excluyan de la responsabilidad directa y la traslade al Estado, quien la asumirá con su patrimonio.[30] En efecto, este es el criterio que adoptó la LPA en el artículo 60 al establecer las *tres reglas* para exigir la responsabilidad patrimonial de acuerdo al artículo 245 de la Constitución, siendo las siguientes:

28 Véase. Sala de lo Constitucional, *Sentencia de Amparo, referencia 317-97* (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 1998).

29 Véase. Sala de lo Constitucional, *Sentencia de Amparo, referencia 453-98* (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2000).

30 Véase. Sala de lo Constitucional, *Sentencia de Amparo, referencia 589-2001* (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2000); *Sentencia de Amparo, referencia 228-2007* (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2011).

1) La responsabilidad es subjetiva y recae directamente sobre el servidor público, se extiende en los supuestos donde haya podido existir un error excusable y no se extingue por el hecho de haber cesado en el cargo;
2) La reclamación de daños y perjuicios no depende de una sentencia estimatoria de amparo, por ello las fuentes de las obligaciones para exigir la responsabilidad son múltiples, en concordancia por la variedad de actuaciones y omisiones administrativas constitutiva de daños resarcibles, y;
3) La responsabilidad será subsidiaria para el Estado, municipalidad,[31] institución oficial autónoma o cualquier otro ente administrativo, y solo podrá asumir el pago de cantidades líquidas y económicas, cuando se compruebe la insolvencia del servidor público, la cual podrá realizar los procesos judiciales o administrativos correspondientes contra el responsable para recuperar lo pagado.

Este criterio data desde 2013, donde la Sala de lo Constitucional modificó la línea jurisprudencial[32] y determinó que era incorrecto que el Estado respondiera de forma objetiva por violación de derechos constitucionales, según el espíritu del artículo 245 de la Constitución. En consecuencia, precisó que el Estado responderá subsidiariamente cuando se trate de los casos de insuficiencia de bienes o patrimonio del funcionario responsable, pero debe demostrarse tal circunstancia en el proceso judicial correspondiente, para tener la habilitación legal el afectado de plantear su pretensión resarcitoria contra el Estado de manera directa. Asumiendo el pago de la obligación en virtud de la posición de garante que en principio no le correspondía. Esto sin perjuicio que

31 Véase. Sala de lo Constitucional, *Sentencia de Amparo, referencia 391-2004* (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2006). Donde determina la subsidiariedad de la responsabilidad del municipio en caso que exista insolvencia del Concejo Municipal, y cualquier otro funcionario municipal.

32 Véase. *Sentencia de Amparo, referencia 51-2011.*

posteriormente cobre la deuda al funcionario cuando posea bienes o patrimonio con que responder.

4.2. Responsabilidad solidaria

Por otra parte, la Constitución ha establecido reglas especiales de responsabilidad. En cuanto al Órgano Ejecutivo establece en el artículo 171 que:

> *"El Presidente de la República, el Vicepresidente de la República, los Ministros y los Viceministros de Estado, son responsables solidariamente por los actos que autoricen. De las resoluciones tomadas en Consejo de Ministros, serán responsables los Ministros presentes o quienes hagan sus veces, aunque hubieren salvado su voto, a menos que interpongan su renuncia inmediatamente después de que se adopte la resolución."*

En consecuencia, frente a un acto administrativo, vía de hecho, inactividad material, entre otras, actuaciones realizados por cualquiera de los funcionarios anteriormente referidos, en el ejercicio de sus potestades políticas y administrativas conferidos por la Constitución y los *Reglamentos Interno del Órgano Ejecutivo y del Concejo de Ministros*, respectivamente, deberán responder solidariamente por los daños y perjuicios ocasionados y el Estado con su patrimonio y de manera subsidiaria ante la insolvencia patrimonial de los miembros que conforman el Consejo de Ministros o quienes hayan dictado el acto, actuación u omisión. Por otra parte, la LPA regula más que responsabilidad estatuida por el texto del artículo 171 constitucional, en el sentido que determina la *responsabilidad concurrente*, es decir, que cuando las realizaciones de los daños intervengan varios entes públicos. Al respecto, la responsabilidad será solidaria entre todos los entes declarados responsables de forma solidaria, sin perjuicio del posterior ejercicio de la pretensión de regreso con el fin de recuperar lo pagado, esta regla está prescrita en el artículo 59 LPA.

4.3. Responsabilidad objetiva y directa para la Administración Pública

En el año 2013 la jurisprudencia constitucional[33] cambió el criterio interpretativo y determinó que las instituciones administrativas son responsables de *manera objetiva* de los daños ocasionados a una persona o a la colectividad por el normal o anormal funcionamiento de los servicios públicos, en virtud que no se puede dejar desamparados a los ciudadanos que sufran eventualmente los daños, al margen de cuál sea el grado de voluntariedad e incluso de previsión del agente. Bastaba comprobar de parte del ciudadano afectado el hecho, daño y nexo de causalidad entre el acto y daño originado.

Además, aclaró que dicha responsabilidad es distinta y autónoma respecto a la contemplada en el artículo 245 de la Constitución, puesto que: 1) el obligado es el Estado como tal, no un funcionario público; y 2) tiene como causa el funcionamiento normal o anormal de la Administración, no la conducta dolosa o culposa de un funcionario. A diferencia de la responsabilidad personal regulada en el referido artículo 245, la responsabilidad patrimonial del Estado es de carácter institucional, predominantemente objetiva y no se limita a los supuestos de vulneración de derechos constitucionales.

Precisamente es la concepción que acogió el artículo 55 de la LPA, donde la finalidad es garantizar el patrimonio de toda persona natural y jurídica; y se centra en la existencia de un daño patrimonial antijurídico donde los ciudadanos no tienen el deber jurídico de soportarlo, ni cuando los daños se deriven de hechos o circunstancias que no hubiese permitido prever, ni evitar, según el estado de conocimiento de la ciencia o de la técnica existente en el momento que se han producido. Su fundamento es el derecho *que toda persona tiene frente al Estado*, a una indemnización por los daños de carácter material, físico y moral causados por el normal o anormal funcionamiento de la Administración. En este sentido, la jurisprudencia constitucional ya se había adelantado al texto del

33 Así lo prescribió la sentencia de Amparo, referencia 51-2011.

artículo 63 de la LPA, que avala las interpretaciones de los tribunales de lo penal que habían determinado la responsabilidad patrimonial de carácter objetiva y directa de las instituciones oficiales autónomas, en los casos siguientes:

a) de los daños patrimoniales causados a una comunidad del "*bajo lempa*", en virtud del delito de estragos provocados por servidores públicos de la Comisión Hidroeléctrica del Rio Lempa, y,
b) los daños corporales en virtud de mala praxis en cirugías por médicos del Instituto Salvadoreño del Seguro Social, incurriendo en el delito de lesiones culposas a un paciente por un médico tratante.[34]

Finalmente, se hace la reflexión sobre las preguntas siguientes: 1) ¿puede responder el Estado subsidiariamente si las instituciones oficiales autónomas y los municipios, no tienen fondos suficientes para responder por sus acciones u omisiones de sus agentes públicos?, 2) ¿puede responder una entidad pública por los daños ocasionados por los entes concesionarios en la prestación de los servicios públicos? En primera la respuesta es afirmativa, porque en todo caso el Estado debe ser el responsable general como avalista de las obligaciones de los entes que la conforman, mientras en la respuesta dos es no, porque el Estado no tiene el deber de soportarlo por tratarse de daños de particulares y tendrán que responder con su patrimonio, de hecho, el artículo 2 de la LJCA, reconoce pretensiones resarcitorias contra actos de los concesionarios.

34 Así lo prescribieron las sentencias de Amparo referencia 589-2001 y 228-2007.

V. Responsabilidad patrimonial por actuaciones por otros Órganos del Estado

5.1. Responsabilidad por actos judiciales

El artículo 17 constitucional prescribe la responsabilidad civil por errores judiciales debidamente comprobados y por la retardación de justicia contra el funcionario judicial responsable. En el primero de los casos, se entenderá como tal cuando se haya procesado o condenado a una persona de forma errónea y ésta se haya determinado por una sentencia judicial, en virtud del recurso de revisión de carácter penal, o bien porque una sentencia de la Sala de lo Constitucional en *habeas corpus*[35] así lo haya estimado, considerando que al imputado se le atribuía un delito inexistente.

En este orden de ideas, Santofimio[36] sostiene que los poderes públicos son responsables por error judicial si el daño se origina ilegítimamente, por una sentencia privativa de libertad dictada por un juez competente, que conexamente vulnere la dignidad, integridad personal y familiar, honor, propia imagen, entre otros derechos y valores esenciales a la persona. Sobre este tema en el ámbito internacional, tenemos la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que declaró responsable a El Salvador por la violación del derecho a la integridad personal y la prohibición de la tortura, del derecho a la libertad personal, de la presunción de inocencia, del derecho de defensa y a ser oído con las debidas garantías, y del derecho a la protección judicial, así como la falta de garantías de derecho a la integridad personal con respecto a la obligación de investigar actos de tortura, reconocidos en los artículos 5, 7, 8,

35 Véanse. Sala de lo Constitucional, *Sentencia de Habeas Corpus, referencia 56-2002* (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2003); *Sentencia de Habeas Corpus, referencia 265-2002* (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2003); *Sentencia de Habeas Corpus, referencia 152-2002* (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2003); y, *Sentencia de Habeas Corpus, referencia 34-2004* (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2004).

36 Jaime Orlando Santofimio Gamboa, *Responsabilidad del Estado por error judicial* (Venezuela: Editorial Jurídica Venezolana, 2016), 14.

25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con el artículo 1 de la misma, en perjuicio del señor *José Agapito Ruano Torres*. Asimismo, declaró la responsabilidad internacional del Estado por la violación del artículo 5.1 con relación al artículo 1.1 en perjuicio de sus familiares.[37] En los efectos de la sentencia determinaron una indemnización por daños patrimoniales y morales al señor Ruano Torres y a su familia y adoptar medidas reparativas para evitar la repetición de los hechos.

Respecto a la responsabilidad por retardación de justicia, se materializa cuando un funcionario judicial realiza *demoras o dilaciones injustificadas*, que se traducen en afectaciones a derechos o garantías fundamentales de la persona.[38] Según la jurisprudencia constitucional, las retardaciones indemnizatorias no deben ser originadas por la complejidad del proceso, actividades jurisdiccionales, caso fortuito o fuerza mayor, o por la actividad

37 Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), *Caso Ruano Torres y otros vs. El Salvador*, *Fondo, Reparaciones y Costas* (Costa Rica: CIDH, 2015). Se sostuvo que la defensa pública corresponde a una función estatal o servicio público, se considera una función que debe gozar de la autonomía necesaria para ejercer adecuadamente sus funciones de asesorar según su mejor juicio profesional y en atención a los intereses del imputado. También estableció que el Estado tiene el deber de garantizar una adecuada defensa pública a través, por ejemplo, de la implementación de adecuados procesos de selección de los defensores públicos, del desarrollo de controles sobre su labor y de la organización de capacitaciones periódicas (cf. párrafo 163).

38 Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte CIDH), *Caso Favela Nova Brasilia vs. Brasil*, *Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas* (Costa Rica: CIDH, 2017). En la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Favela Nova Brasilia vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Determinó que, en cuanto a la celeridad del proceso, este Tribunal ha señalado que el "plazo razonable" al que se refiere el artículo 8.1 de la Convención se debe apreciar en relación con la duración total del procedimiento que se desarrolla hasta que se dicta la sentencia definitiva. El derecho de acceso a la justicia implica que la solución de la controversia se produzca en tiempo razonable, ya que una demora prolongada puede llegar a constituir, por sí misma, una violación de las garantías judiciales. Respecto al presunto incumplimiento de la garantía judicial de plazo razonable en el proceso penal, la Corte examinará los cuatro criterios establecidos en su jurisprudencia en la materia: i) la complejidad del asunto; ii) la actividad procesal del interesado; iii) la conducta de las autoridades judiciales, y iv) la afectación generada en la situación jurídica de la persona involucrada en el proceso. La Corte recuerda que corresponde al Estado justificar, con fundamento en los criterios señalados, la razón por la cual ha requerido del tiempo transcurrido para tratar el caso y, de no demostrarlo, la Corte tiene amplias atribuciones para hacer su propia estimación al respecto. El Estado no presentó alegatos específicos sobre esa alegada violación de la Convención.

forense o probatoria de las partes, como la interposición de recursos ordinarios o extraordinarios correspondientes.[39]

5.2. Responsabilidad por actos legislativos o denominada *"responsabilidad del Estado Legislador"*

Este tipo de responsabilidad todavía está lejos de su consagración con carácter general en los ordenamientos jurídicos. La idea que predomina es que el Estado en su faceta legislativa está colocado por encima de la ley y, por tanto, únicamente responde de los daños que ocasione al legislar cuando en la propia ley así lo determine. Se ha planteado normalmente cuando se han promulgado leyes que provocan perjuicios patrimoniales para un sector del conglomerado social.[40] Por ejemplo, cuando se hayan implementado leyes que regulen procesos de nacionalización y expropiación donde resulte una indemnización justa de conformidad al artículo 106 constitucional.

Sin embargo, cada día se extiende con mayor fuerza que en el ejercicio de la función legislativa el Estado no está exento de responder de los daños que pueda ocasionarse, que quizás sean muy superiores a las cuantías económicas ocasionadas al administrar. En el Derecho salvadoreño se puede considerar

39 Véanse. Sala de lo Constitucional, *Sentencia de Habeas Corpus, referencia 211-2002* (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2003); *Sentencia de Habeas Corpus, referencia 169-2002* (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2003).

40 Véase. M. Consuelo Alonso García, *La responsabilidad patrimonial del Estado legislador* (Madrid: Marcial Pons, 1999), 25. La primera de las decisiones del Consejo de Estado francés que reconoce una indemnización de este carácter es el *arrêt La Fleurett.* En el año de 1934 se expidió una ley que prohibió la fabricación y el comercio de la crema láctea fabricada con materia distinta a la leche. La única empresa afectada por esta disposición resultó ser la *Societé des produits laïtiers La Fleurette*, que fabricaba un producto denominado *gradine* compuesto de leche, aceite de cacahuetes y yema de huevo. En la sentencia del 14 de enero de 1938 señaló el Consejo de Estado: considerando que nada, ni en el texto de la Ley ni en sus trabajos preparatorios, ni del conjunto de las circunstancias del asunto permiten pensar que el legislador ha querido hacer soportar a la interesada una carga que no le incumbe normalmente; que esta carga, creada por el interés general, debe ser soportada por la colectividad, de lo que se infiere que dicha sociedad La *Fleurette* tiene fundamentos para demandar que el Estado sea condenado a pagar una indemnización en reparación del perjuicio por ella sufrido por la carga impuesta. En esta sentencia se sienta la vulneración del principio de igualdad ante las cargas públicas como criterio del nacimiento de la responsabilidad patrimonial del Estado-legislador.

entre los temas foráneos, pero nos parece que en un momento determinado la Sala de lo Constitucional, como máximo intérprete de la Constitución, al dictar sentencia estimatoria en los procesos de inconstitucionalidad o de amparo contra *ley autoaplicativa*, declare la responsabilidad por los daños materiales y morales ocasionados por la Asamblea Legislativa por violación a derechos, garantías y bienes como consecuencia de los efectos de la ley declarada inconstitucional.

En caso de resultar responsable la Asamblea Legislativa por dictar leyes o decretos de carácter general, la responsabilidad será de carácter objetiva y directa para el Estado, porque los artículos 121 y 125 de la Constitución disponen la *inviolabilidad parlamentaria*, es decir que los diputados no pueden responder directamente por los votos emitidos en el quehacer legislativo. En consecuencia, la responsabilidad se traslada al Estado por tratarse de un acto propio en el ejercicio de la función legislativa tomado en sesión solemne y pública de la Asamblea Legislativa, criterio jurisprudencial fijado por la Sala de lo Constitucional en los casos de responsabilidad por destitución de magistrado del Tribunal Supremo Electoral[41] quienes son funcionarios de elección de

41 Véase. Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), *Caso Colindres Schonenberg vs. El Salvador*, *Fondo, Reparaciones y Costas* (Costa Rica: CIDH, 2019). En donde declaró responsable internacionalmente a El Salvador por la violación de los derechos a las garantías judiciales, protección judicial, el derecho a permanecer en el cargo en condiciones de igualdad, las obligaciones de respetar y garantizar derechos y la obligación de adoptar disposiciones de derecho interno del señor Colindres. Estas violaciones se suscitaron debido a la destitución arbitraria del señor Colindres de su cargo de magistrado del Tribunal Supremo Electoral, al haber sido removido por un órgano incompetente, y sin que existiera un procedimiento previamente establecido. Además, tampoco tuvo acceso a un recurso efectivo para garantizar su protección judicial. Por otra parte, la Corte consideró que ante las acciones de amparo presentadas por el impetrante la Sala de lo Constitucional se encontraba obligada a realizar una adecuada revisión judicial de los hechos reclamados como violatorios por la presunta víctima, lo cual implicaba examinar los alegatos y argumentos sometidos a su conocimiento sobre el procedimiento de destitución llevado a cabo por la Asamblea Legislativa. Al respecto, se constató que la Sala de lo Constitucional no realizó una revisión judicial suficiente sobre la actuación de la Asamblea Legislativa lo que trajo como consecuencia la falta de efectividad del recurso de amparo. Por tanto, el Tribunal concluyó que el Estado es 3 responsable por la violación a los artículos 8.1 y 25 de la Convención Americana, en relación con las obligaciones previstas en el artículo 1.1. Por último, la Corte consideró que un plazo de quince años para resolver y ejecutar un proceso por daños y perjuicios constituye una violación al plazo razonable. En consecuencia, el Estado violó el derecho a las garantías judiciales establecido en el artículo 8.1, en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana.

segundo grado,[42] lo cual también puede aplicarse análogamente a los demás funcionarios de elección de segundo grado.

VI. El daño como elemento fundamental de la responsabilidad de la Administración

Uno de los presupuestos ineludibles para que surja la responsabilidad de cualquiera de las pretensiones resarcitorias contra la Administración pública, es que el particular no esté obligado a soportar el daño o la lesión patrimonial causada, como lo prescribe el artículo 55 inciso 4 de la LPA. Y se debe enfatizar, en que el daño debe ser real y efectivo, lo cual deberá comprobarse en el proceso o procedimiento correspondiente por el pretensor, hacer las cuantificaciones equitativas pertinentes, porque la prueba del daño corresponde al impetrante[43]. En efecto, son indemnizables los daños de cualquier tipo, patrimonial, físico y moral debidamente comprobados, por ello las *meras especulaciones* o simples hipótesis no son indemnizables, tampoco el daño resulta *per se* por la anulación de un acto o norma general por la vía administrativa o judicial o por hecho administrativo, si no es declarado por un juez contencioso administrativo correspondiente. En suma, el daño indemnizable por la Administración se basa en la prueba del daño propiamente tal y en la antijuridicidad consumada (artículo 59 de la LPA). Por otra parte, existen una inmensidad de conceptualizaciones del daño, pero la gran mayoría se reducen a todo detrimento, menoscabo,

42 Véase. Sala de lo Contencioso Administrativo, *Sentencia referencia 4-C-96* (El Salvador: Corte Suprema de Justicia 1977).

43 Sala de lo Civil, Sentencia de apelación, referencia, 39-APC-22 (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2003). Al respecto, la Sala de lo Civil en esta sentencia de apelación, consideró que es por medio de la ciencia donde debe de evidenciarse la ruptura de un equilibrio emocional y establecer su prevalencia en el tiempo, si ha sido transitorio o permanente, al igual que su magnitud o grado de afectación, si es parcial o total, así como la vinculación del mismo, esto es, en relación al hecho dañoso. (…) De manera que ese conocimiento científico tiene que ser acorde a la relación entre lo que puede considerarse como un fenómeno antrópico individual (acción humana que provoca un cambio en otra persona) y la conducta desequilibrada, sin lo cual, no se podría determinar la gravedad del daño, el cual se establece mediante los criterios de prevalencia, magnitud y vinculación.

disminución o afectación que a consecuencia de un acontecimiento o evento determinado u omisión sufre una persona en sus derechos, patrimonio e integridad física o moral.

De igual manera, para determinar la responsabilidad y su respectiva indemnización atribuible a un servidor público, deviene indisoluble dos conceptos: el daño y el perjuicio. En este orden de ideas, se denomina daño a todo menoscabo, detrimento a los derechos de una persona, bienes o patrimonio y a su integridad física o moral[44] (daño emergente). Mientras que el perjuicio es la pérdida de utilidad o ganancia cierta y real que ha dejado de obtenerse como resultado del daño (lucro cesante). Este no consiste en la privación de una simple posibilidad de ganancia; pero tampoco es necesaria la absoluta seguridad de obtenerla; para que sea indemnizable basta cierta *probabilidad objetiva* según el curso ordinario de las cosas y de las circunstancias del caso. Así lo reconoce y denomina el contenido del artículo 1427 del Código Civil. En igual sentido, tal como lo estipula el artículo 245 constitucional, los daños ocasionados a una persona no solo resultan ser intrínsecamente patrimoniales, sino que, en determinados casos, sus alcances conllevan a daños morales que vulneran la interioridad de la persona y en ocasiones no deja rasgos físicos, pero perturban su ánimo, el quehacer personal normal (proyecto de vida). El artículo 2 de la Ley de

44 Véase. Jorge F. Calderón Gamboa "La reparación integral en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: estándares aplicables al nuevo paradigma mexicano", *en Derechos humanos en la Constitución: comentarios de jurisprudencia constitucional e interamericana,* coord. por Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, José Luis Caballero Ochoa y Christian Steiner, t. 1 (México: Suprema Corte de Justicia de la Nación / Universidad Nacional Autónoma de México / Fundación Konrad Adenauer, 2013), 145. En el caso Amparo vs. Venezuela, la Corte Interamericana de Derechos Humanos argumentó que aun cuando una sentencia condenatoria puede constituir en sí misma una forma de reparación y satisfacción moral, en el caso en estudio no sería suficiente dada la específica gravedad de la violación al derecho a la vida y al sufrimiento moral causado a las víctimas y sus familias, que deben ser indemnizadas conforme a la equidad. De lo anterior entendemos que si bien en el caso resuelto por la Corte la sentencia no constituía una forma de reparación y satisfacción moral, pueden existir casos en que la sola sentencia sea suficiente para reparar el daño moral, claro está, ello depende de la gravedad de la violación, a lo que sumaríamos la particularidad de cada caso; es decir, no sería suficiente el criterio en el siguiente sentido *"si el caso no reviste gravedad, será suficiente la sentencia condenatoria para repararlo"*, dado que, precisamente por la particularidad de cada asunto, habrá casos en que sea suficiente la sentencia condenatoria, y casos en los que el Estado deberá desplegar otro tipo de acciones para que la reparación moral sea completa, aunque la violación no sea grave.

Reparación por Daños Morales lo resume como: *"cualquier agravio derivado de una acción u omisión ilícita que afecte o vulnere un derecho extrapatrimonial de la persona"*.

VII. Competencia y procedimientos para reclamar indemnización

7.1. Pretensiones excluidas

Actualmente si una persona quiere entablar una demanda por responsabilidad patrimonial extracontractual contra un servidor público, primero debe ventilarse que deba ventilarse en otras jurisdicciones especiales, según los artículos 3 inciso 2 y 11 letra d) de la LJCA, tales como:

a) los daños y perjuicios patrimoniales y morales ocasionados a cualquier elemento que conforma el medio ambiente, corresponderá a los tribunales especiales en materia ambiental, conforme a los artículos 85 y 99 de la Ley del Medio Ambiente.
b) De igual forma, cuando se pretenda resarcir de forma exclusiva patrimoniales y daños morales de conformidad a los artículos 2 inciso 3, y 17 de la Constitución, en concordancia con el artículo 4 de la Ley Reparación por Daños Morales de 2016. En el mismo sentido, cuando se trate de daños y perjuicios por error judicial debidamente comprobado y retardación de justicia, en los cuales serán competentes los tribunales en materia civil, según el grado y la cuantía, que se pretenda resarcir, lo que determinará el proceso, común o abreviado, según el Código Procesal Civil y Mercantil.

Sin embargo, cuando se trata de determinar y cuantificar la reparación de daños morales de actuaciones u omisiones de la Administración pública, serán competentes los tribunales contenciosos administrativos.[45]

7.2. Pretensiones resarcitorias en el proceso contencioso administrativo

Los tribunales contenciosos administrativos serán competentes de conocer según los distintos criterios y reglas de competencia de los artículos 14 y 15 de la LJCA, aquellas pretensiones relativas a la responsabilidad patrimonial directa del funcionario y subsidiaria para el Estado, de conformidad a los artículos 3 incisos 1, 3 y 9 de la LJCA. Las pretensiones a plantear en la demanda correspondiente pueden originarse de la anulación de actos administrativos, vías de hecho, inactividad material y formal de la Administración, anulación de contratos administrativos, y de cualquier otra actuación u omisión de parte de los servidores públicos responsables de forma autónoma o conjunta, ante los referidos Tribunales de los Contenciosos Administrativos. De igual manera, serán competentes en los procesos declarativos por daños patrimoniales y morales derivados por actuaciones u omisiones de funcionarios de forma directa y subsidiariamente el Estado.

7.3. Peticiones de resarcitorias en sede administrativa

La LPA en los artículos 55, 58, 59, 60, 61 y 62 determinó las reglas para exigir la responsabilidad patrimonial de la Administración siguiendo el modelo estatuido en España de la responsabilidad directa y objetiva para la Administración. Sin embargo, como nuestro ordenamiento constitucional y el de la LPA regula ambos sistemas (subjetivo y objetivo) debemos entender

45 Véanse. Corte Suprema de Justicia en Pleno, *Resolución de conflicto de competencia, ref. 287-COM-2019* (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2019); *Resolución de conflicto de competencia, ref. 4-COM-2021* (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2021). Donde determinó que los tribunales contenciosos administrativos son competentes para liquidar daños morales provenientes de actos administrativos.

que las pretensiones administrativas resarcitorias se incoarán cuando sean pretensiones exclusivas y autónomas de daños patrimoniales, físicos, y morales, por el anormal funcionamiento de las Administraciones públicas, o por violación de derechos constitucionales, siguiendo el texto del artículo 55 de LPA. Por ejemplo, daños causados por mal estado de carreteras nacionales y municipales, daños causados por operaciones quirúrgicas en hospitales, y cualquier otro daño causado por fallas en los servicios públicos nacionales o municipales o de cualquier otra entidad administrativa. Para estos casos, tendrá que agotarse el procedimiento administrativo de reclamación por daños patrimoniales, morales o físicos, previo acceder a la jurisdicción contencioso administrativo. sin embargo, esta regla no es obligatoria en los casos a saber:

a) cuando se pretenda deducir responsabilidad patrimonial a ex servidores públicos;
b) cuando es la máxima autoridad sea la que va deducirse responsabilidad patrimonial, y;
c) cuando concurran como codemandados servidores públicos y particulares de forma simultánea y conexa con la pretensión administrativa de resarcimiento de daños.

Del mismo modo, la LPA en el art. 61 delimita dos supuestos de los cuales puede derivar el daño, a saber: a) de una actuación pública; y, b) de un acto declarado ilegal por sentencia firme. Así mismo, estipula que la solicitud deberá incoarse en el plazo de dos años desde que ocurrió la acción u omisión causante del daño. Si son daños continuados se deberá contar el plazo desde el momento en que se conozca el alcance definitivo del daño. Ahora bien, en el caso de daños de carácter físico o psíquico a las personas, el plazo empezará a computarse desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas.

En consecuencia, el artículo 62 de la LPA establece que para interponer la solicitud que contenga el reclamo administrativo por daños y perjuicios se deberá seguir el procedimiento administrativo común regulado en la misma, el escrito del reclamo debe ser interpuesto por las personas que tenga la legitimación activa debidamente comprobada para exigir el resarcimiento de los daños patrimoniales, físicos y morales, según el artículo 59 de la LPA.

Por otra parte, la obligación de resolver la solicitud resarcitoria será por la máxima autoridad de la Administración pública ante la cual se interpone el reclamo, salvo que una ley disponga algo diferente. En el caso de los municipios la competencia la tiene el Concejo Municipal. Una vez interpuesto el reclamo se deberá solicitar un informe preceptivo detallado a la unidad, departamento, área o funcionario responsable de la actuación administrativa causante del daño, el cual deberá emitir en el plazo de quince días, determinado la existencia de los hechos y de los daños a reclamar.

El acto administrativo que resuelva el reclamo deberá pronunciarse sobre la existencia o no de la relación de causalidad entre la actuación administrativa y el daño producido. En caso de determinarse esta última, deberá realizarse una valoración del daño causado y establecer la cuantía de la indemnización explicando los criterios usados para su cálculo. Lo resuelto por la autoridad administrativa agota la vía administrativa y queda expedito al peticionario interponer la demanda contencioso administrativo. Igual efecto, tendrá para el impetrante si transcurre el plazo de sesenta días hábiles, y aun la administración no dicta resolución expresa sobre la solicitud del reclamo, en consecuencia, se tendrá por desestimada la pretensión administrativa y queda expedito acudir a los tribunales contenciosos administrativos, conforme al artículo 25 de la LJCA.

Bibliografía

» Castro Estrada, Alberto. *Responsabilidad patrimonial del Estado en México. Fundamento constitucional y legislativo*. Ciudad de México: Instituto de Investigaciones jurídica de la UNAM, 2007, https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2499/28.pdf

» Calderón Gamboa, Jorge F. "La reparación integral en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: estándares aplicables al nuevo paradigma mexicano". *En Derechos humanos en la Constitución: comentarios de jurisprudencia constitucional e interamericana,* coord. por Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, José Luis Caballero Ochoa y Christian Steiner, t. 1. México: Suprema Corte de Justicia de la Nación / Universidad Nacional Autónoma de México / Fundación Konrad Adenauer, 2013.

» Corte Suprema de Justicia en Pleno. *Resolución de conflicto de competencia, ref. 287-COM-2019.* El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2019.

» Corte Suprema de Justicia en Pleno. *Resolución de conflicto de competencia. ref. 4-COM-2021.* El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2021.

» Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). *Caso Ruano Torres y otros vs. El Salvador, Fondo, Reparaciones y Costas*. Costa Rica: CIDH, 2015.

» Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte CIDH). *Caso Favela Nova Brasilia vs. Brasil, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.* Costa Rica: CIDH, 2017.

» Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). *Caso Colindres Schonenberg vs. El Salvador, Fondo, Reparaciones y Costas*. Costa Rica: CIDH, 2019.

» Delpiazzo, Carlos. *Estudios sobre la responsabilidad de Administración*. Montevideo: Universidad de Montevideo, Facultad de Derecho, 2009.

» Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo. "Memoria del Congreso", Tomo I y II. México Espress, 2014.

» García de Enterría, Eduardo. *Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa: potestad expropiatoria, garantía patrimonial, responsabilidad civil de la Administración.* Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1956.

» García, M. Consuelo Alonso. *La responsabilidad patrimonial del Estado legislador*. Madrid: Marcial Pons, 1999.

» García de Enterría, Eduardo. "La responsabilidad del Estado por comportamiento ilegal de sus órganos en Derecho español". *En Revista de Derecho Administrativo y Fiscal*, número 7 (1964).

» González Pérez, Jesús. *Responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas*. Cizur Menor: Aranzadi, 2006.

» Hauriou, Maurice. *Principios elementales de Derecho administrativo*. Paris: Librería de la Sociedad "*Du Recueil Sirey*", 1923.

» Leguina Villa, Jesús. *Origen y evolución de la institución de la responsabilidad civil*, "*La* responsabilidad patrimonial del Estado". Ciudad de México: INAP, 2000.

» Leguina Villa, Jesús. *La responsabilidad civil de la Administración Pública: su formulación en el Derecho italiano y análisis comparativo con los ordenamientos francés y español*, 2.ª ed. Madrid: Tecnos, 1983.

» Martínez Rave, Gilberto. y Catalina Martínez Tamayo, *Responsabilidad civil extracontractual*, 11ª edición, (Bogotá: Temis, 2003.

» Medina Alcóz, Luis. *La responsabilidad patrimonial por acto administrativo. Aproximación a los efectos resarcitorios de la ilegalidad, la morosidad y la deslealtad desde una revisión general del sistema*. Madrid: Thomson-Civitas, 2005.

» Moguel Caballero, Manuel. *La responsabilidad patrimonial del Estado*. Ciudad de México: Porrúa, 2006.

» Pantaleón Prieto, F. "Los anteojos del civilista: hacia una revisión del régimen patrimonial de las Administraciones Públicas". En *Documentación administrativa,* número 237-239 (1994): 247-249.

» Rodríguez-Arana- Muñoz, Jaime. E*stado de derecho y responsabilidad administrativa. Unión europea, España, México, El Salvador, Nicaragua, Costa Rica*. Ciudad de México: Ubijus, 2014.

» Sala de lo Constitucional. *Sentencia de Amparo, referencia 40-98.* El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 1999.

» Santofimio Gamboa, Jaime Orlando. *Responsabilidad del Estado por error judicial*. Venezuela: Editorial Jurídica Venezolana, 2016.

» Sala de lo Constitucional. *Sentencia de Amparo, referencia 53-12.* El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2015.

» Sala de lo Constitucional. *Sentencia de Amparo, referencia 51-2011.* El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2013.

» Sala de lo Constitucional. *Sentencia de Amparo, referencia 228-2007.* El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2011.

» Sala de lo Civil- *Sentencia de Casación, referencia 1316-S.S.* El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2003.

» Sala de lo Constitucional. *Sentencia de Amparo, referencia 317-97*. El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 1998.

» Sala de lo Constitucional. *Sentencia de Amparo, referencia 453-98*. El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2000.

» Sala de lo Constitucional. *Sentencia de Amparo, referencia 589-2001*. El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2000.

» Sala de lo Constitucional. *Sentencia de Amparo, referencia 228-2007*. El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2011.

» Sala de lo Constitucional. *Sentencia de Amparo, referencia 391-2004*. El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2006.

» Sala de lo Constitucional. *Sentencia de Habeas Corpus, referencia 56-2002*. El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2003.

» Sala de lo Contencioso Administrativo. *Sentencia referencia 4-C-96*. El Salvador: Corte Suprema de Justicia 1977.

» Sala de lo Civil. *Sentencia de apelación, referencia, 39-APC-22*. El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2003.

» Sala de lo Constitucional. *Sentencia de Habeas Corpus, referencia 211-2002*. El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2003.

» Sala de lo Constitucional. *Sentencia de Habeas Corpus, referencia 169-2002*. El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2003.

» *Sentencia de Habeas Corpus. referencia 265-2002*. El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2003.

» *Sentencia de Habeas Corpus. referencia 152-2002*. El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2003.

» *Sentencia de Habeas Corpus. referencia 34-2004*. El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2004.

» Vedel, George. *Derecho Administrativo*, traducción al español por Juan Rincón Jurado. Madrid: Editorial Aguilar, 1980.

» Villacreses Valle, Jaime. "La responsabilidad patrimonial", en *Comentarios a la Ley de Procedimientos Administrativo, en homenaje al profesor Meilán Gil*, obra coordinada por Jaime Rodríguez-Arana y Henry Alexander Mejía. El Salvador: Cuscatleca, 2019.

Revista Derecho

VOLUMEN 10 (2026)
Noviembre 2025 - Noviembre 2026

ISSN: 2411-1465
e-ISSN: 2789-3960

¿Es satisfactorio el tratamiento actual de la costumbre en el ordenamiento jurídico administrativo?

Is the current treatment of custom in the administrative legal system satisfactory?

Nancy Rocío Chicas Benítez
(Maestrante en Derecho Administrativo, Universidad Dr. José Matías Delgado, El Salvador)
https://orcid.org/0009-0002-2223-3510
Correpondencia: nrociobenitez@gmail.com

Miriam Jazmín Miranda Villalta
(Maestrante en Derecho Administrativo, Universidad Dr. José Matías Delgado, El Salvador)
https://orcid.org/0009-0001-5334-614X
Correpondencia: jazminmiranda23710@gmail.com

Krissia Guadalupe Ortiz de Zepeda
(Maestrante en Derecho Administrativo, Universidad Dr. José Matías Delgado, El Salvadorr)
https://orcid.org/0009-0005-3660-3529
Correpondencia: krisscalde11@gmail.com

Eduardo José Parada Amaya
(Maestrante en Derecho Administrativo, Universidad Dr. José Matías Delgado, El Salvador)
https://orcid.org/0009-0008-7898-5045
Correpondencia: eamaya2810@gmail.com

Richard Steven Paredes Recinos
(Maestrante en Derecho Administrativo, Universidad Dr. José Matías Delgado, El Salvador)
https://orcid.org/0009-0004-6649-9913
Correpondencia: richardparedes05@gmail.com

Raquel Noemy Reyes de Cárcamo
(Maestrante en Derecho Administrativo, Universidad Dr. José Matías Delgado, El Salvador)
https://orcid.org/0009-0008-7037-9710
Correpondencia: raquereyes00@gmail.com

Jairo Roberto Rivera Fuentes
(Maestrante en Derecho Administrativo, Universidad Dr. José Matías Delgado, El Salvador)
https://orcid.org/0009-0008-1604-0783
Correpondencia: jairorivera.fuentes@gmail.com

Daniel Eduardo Santos Carmona
(Maestrante en Derecho Administrativo Universidad Dr. José Matías Delgado, El Salvador)
https://orcid.org/0009-0003-2883-2933
Correpondencia: desantoscar@gmail.com

DOI: https://doi.org/10.66778/RD.v10n01.13

CC BY NC

Recibido: 31-03-2026
Aceptado: 04-11-2026

Revista Derecho Vol. 10 (2026)
https://revistas.ues.edu.sv/index.php/revder
ISSN: 2411-1465 | e-ISSN: 2789-3960

¿ES SATISFACTORIO EL TRATAMIENTO ACTUAL DE LA COSTUMBRE EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ADMINISTRATIVO?

Nancy Rocío Chicas Benítez, Miriam Jazmín Miranda Villalta, Krissia Guadalupe Ortiz de Zepeda, Eduardo José Parada Amaya, Richard Steven Paredes Recinos, Raquel Noemy Reyes de Cárcamo, Jairo Roberto Rivera Fuentes y Daniel Eduardo Santos Carmona

RESUMEN
El artículo examina el tratamiento de la costumbre como fuente del ordenamiento jurídico administrativo salvadoreño, a partir de tres ejes de análisis: su importancia, su configuración dogmática y la suficiencia del estándar normativo vigente. Se sostiene que el monopolio normativo del legislador nunca fue absoluto y que, ante las inevitables lagunas de un Derecho en permanente formación, la costumbre opera como mecanismo legítimo de integración, en los supuestos de recepción normativa aplicables y siempre que no contraríe el principio de legalidad consagrado en el artículo 86 de la Constitución. Dogmáticamente, la costumbre administrativa se distingue de figuras afines —prácticas administrativas, usos institucionales y precedentes— y solo adquiere eficacia jurídica en sus modalidades *secundum y praeter legem*, con exclusión absoluta de la costumbre *contra legem.* El análisis concluye que el estándar actual es solo parcialmente satisfactorio: aunque la constitucionalización del Derecho administrativo y la vigencia de la Ley de Procedimientos Administrativos representan avances significativos, persiste una confusión categorial entre fenómenos jurídicamente heterogéneos y una teoría de fuentes insuficiente para dar cuenta de la realidad policéntrica del ordenamiento administrativo contemporáneo, en el que normas de origen privado —autorregulación, buenas prácticas, derecho blando— producen efectos regulatorios reales.

PALABRAS CLAVES: costumbre - Derecho administrativo - fuentes del Derecho ordenamiento jurídico administrativo - principio de legalidad

IS THE CURRENT TREATMENT OF CUSTOM IN THE ADMINISTRATIVE LEGAL SYSTEM SATISFACTORY?

Nancy Rocío Chicas Benítez, Miriam Jazmín Miranda Villalta, Krissia Guadalupe Ortiz de Zepeda, Eduardo José Parada Amaya, Richard Steven Paredes Recinos, Raquel Noemy Reyes de Cárcamo, Jairo Roberto Rivera Fuentes y Daniel Eduardo Santos Carmona

ABSTRACT
This article examines the treatment of custom as a source of Salvadoran administrative law through three analytical axes: its importance, its dogmatic configuration, and the adequacy of the current regulatory standard. It is argued that the legislature's normative monopoly was never absolute and that, given the inevitable gaps of a law in permanent formation, custom operates as a legitimate integration mechanism, where the applicable legal framework recognizes that function and provided it does not contradict the principle of legality enshrined in Article 86 of the Constitution. Dogmatically, administrative custom is distinguished from related figures —administrative practices, institutional usages, and precedent— and only acquires legal force in its secundum and praeter legem modalities, with the absolute exclusion of contra legem custom. The analysis concludes that the current standard is only partially satisfactory: although the constitutionalization of Administrative Law and the entry into force of the Administrative Procedures Act represent significant advances, a categorical confusion persists between legally heterogeneous phenomena, alongside a theory of sources insufficient to account for the polycentric reality of contemporary administrative law, in which norms of private origin —self-regulation, best practices, soft law— produce real regulatory effects.

KEYWORDS: custom - administrative Law - sources of law - administrative legal order - principle of legality

¿Es satisfactorio el tratamiento actual de la costumbre en el ordenamiento jurídico administrativo?

Nancy Rocío Chicas Benítez[1]
Miriam Jazmín Miranda Villalta[2]
Krissia Guadalupe Ortiz de Zepeda[3]
Eduardo José Parada Amaya[4]
Richard Steven Paredes Recinos[5]
Raquel Noemy Reyes de Cárcamo[6]
Jairo Roberto Rivera Fuentes[7]
Daniel Eduardo Santos Carmona[8]
El Salvador

1 Licenciada en Ciencias Jurídicas y maestrante en Derecho Administrativo por la Universidad Dr. José Matías Delgado (UJMD).

2 Abogada salvadoreña, Licenciada en Ciencias Jurídicas por la Universidad de El Salvador, con especialización en Contratación Pública por la misma institución. Cuenta con un postgrado en Derecho Administrativo.

3 Licenciada en Ciencias Jurídicas por la Universidad Francisco Gavidia, Abogada y Notaria de la República de El Salvador y maestrante en Derecho Administrativo por la Universidad Dr. José Matías Delgado.

4 Abogado graduado de la Universidad Centroamericana José Simeón Cañas (UCA) y actualmente curso la Maestría en Derecho Administrativo en la Universidad Dr. José Matías Delgado.

5 Licenciado en Ciencias Jurídicas por la Universidad Centroamericana José Simeón Cañas (UCA), estudiante de la Maestría en Derecho Administrativo de la Universidad Dr. José Matías Delgado y empleado de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador.

6 Licenciada en Ciencias Jurídicas por la Universidad Francisco Gavidia, Abogada y Notaria de la República de El Salvador y maestrante en Derecho Administrativo por la Universidad Dr. José Matías Delgado.

7 Abogado y Notario, Técnico Jurídico del Tribunal Supremo Electoral de El Salvador por más de 10 años. Postgrados en Finanzas, Derecho Constitucional, Electoral y Administrativo, Máster en IA en la Educación por el Tech University y Licenciado en Ciencias Jurídicas por la Universidad Doctor José Matías Delgado (UJMD).

8 Daniel Eduardo Santos Carmona es abogado, graduado de la Escuela Superior de Economía y Negocios (ESEN).

Para escribir en nuestra revista, consulta las bases aquí

Introducción

La costumbre es, probablemente, la fuente del Derecho administrativo que menos atención sistemática ha recibido en la doctrina iberoamericana. Mientras la jurisprudencia, el reglamento y los principios generales del Derecho han sido objeto de desarrollos doctrinales extensos y de reconocimiento normativo progresivo, la costumbre ha quedado relegada a una mención marginal en los manuales, cuando no es ignorada por completo bajo el argumento de que el principio de legalidad la desplaza. Este artículo parte de la convicción de que esa marginación es un error teórico con consecuencias prácticas reales, y se propone examinarlo en el contexto concreto del ordenamiento jurídico administrativo salvadoreño.

El interés por el problema no es abstracto. La Administración Pública actúa cotidianamente en ámbitos que la ley no regula en su totalidad, y lo hace de manera reiterada y uniforme, generando expectativas legítimas en los ciudadanos. Cuando esa práctica consolidada es invocada ante la jurisdicción contencioso-administrativa, el sistema carece de criterios claros para determinar si se trata de costumbre jurídicamente relevante, de una mera práctica interna sin eficacia normativa o de un precedente administrativo con régimen propio. Esa confusión categorial no es inocua: afecta la seguridad jurídica del ciudadano y deja a la Administración sin instrumentos adecuados para actuar coherentemente ante el silencio del legislador.

El artículo aborda el problema desde tres ángulos complementarios. En primer lugar, examina por qué la costumbre es importante para el ordenamiento jurídico administrativo, argumentando que su función integradora no compite con el principio de legalidad, sino que lo completa: un ordenamiento que reduce el Derecho a las normas escritas asume una autosuficiencia normativa que debe ser examinada críticamente. En segundo lugar, delimita en qué consiste la costumbre en sentido jurídico-administrativo, precisando su concepto, sus elementos constitutivos y su distinción respecto de las prácticas administrativas

y el precedente; distinción que la doctrina salvadoreña ha descuidado y que este trabajo procura restituir. En tercer lugar, y a partir de ese doble fundamento, evalúa si el estándar normativo y jurisprudencial vigente en El Salvador resulta satisfactorio, concluyendo que lo es solo de manera parcial.

Los principales hallazgos pueden anticiparse brevemente. La sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo de las quince horas del día veinte de enero de dos mil veintidós, referencia 48-2018, exige autorización legal expresa para admitir la costumbre como fuente del Derecho administrativo, pero esa restricción, por sí sola, no resuelve el problema de fondo: el ordenamiento administrativo salvadoreño carece de una teoría de fuentes capaz de dar cuenta de la realidad policéntrica en que hoy se produce la norma administrativa, una realidad en la que la autorregulación, las buenas prácticas sectoriales y el Derecho blando ejercen efectos regulatorios reales con independencia de que el legislador los reconozca expresamente. Mientras esa carencia no sea corregida —en el plano dogmático, normativo y jurisprudencial—, el tratamiento actual de la costumbre seguirá siendo no solo insuficiente sino, en términos de teoría de fuentes, científicamente obsoleto.

I. ¿Por qué es importante la costumbre en el ordenamiento jurídico administrativo?

1.1. El principio de legalidad como punto de partida

El Derecho Administrativo se estructura, en los sistemas de tradición romano-germánica, sobre el principio de legalidad. En el ordenamiento salvadoreño, el artículo 86 de la Constitución salvadoreña lo consagra como eje vertebrador de toda actuación pública: los órganos del Estado actúan únicamente dentro de las potestades que la Constitución y la ley les atribuyen expresamente. Este principio no es una formalidad técnica, sino una garantía

sustancial frente a la arbitrariedad; dota de certeza jurídica la relación entre la Administración y el administrado, y legitima el ejercicio del poder público.

En este artículo se distingue entre ley en sentido formal, aprobada por la Asamblea Legislativa mediante el procedimiento constitucional correspondiente, y ley en sentido material, entendida como una regla general y abstracta por su contenido. La expresión "normas escritas" es más amplia y comprende también los reglamentos y otras disposiciones administrativas válidamente emitidas. Esta distinción no equipara el rango ni la función de tales instrumentos: el sometimiento de la Administración al ordenamiento jurídico, previsto en el artículo 3 numeral 1 de la Ley de Procedimientos Administrativos, no permite crear potestades por una mera práctica. Asimismo, el artículo 161 de esa ley subordina las normas administrativas a la Constitución y las leyes y delimita su función de desarrollo o colaboración respecto de la ley.[9]

Sin embargo, plantear el principio de legalidad como única fuente posible del ordenamiento administrativo conduce a una paradoja: el legislador no puede prever todos los supuestos en que la actividad administrativa se despliega. El quehacer legislativo es, por naturaleza, reflexivo, debatido y deliberado; por ello, presenta desafíos al momento de alcanzar a tiempo una realidad administrativa dinámica y en permanente expansión y transformación. Frente a esa tensión estructural, la pregunta sobre la importancia de la costumbre adquiere toda su relevancia ¿puede el ordenamiento jurídico administrativo funcionar exclusivamente sobre la base de normas escritas, o requiere reconocer fuentes de origen social que operen donde el legislador guarda silencio?

9 Constitución de la República de El Salvador (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador,2017), arts. 86 y 131 ordinal 5.º y Ley de Procedimientos Administrativos (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador,2018), arts. 3 numeral 1 y 161.

1.2. El Derecho Administrativo como derecho en formación

La doctrina ha identificado desde hace tiempo esta tensión. Autores como Gordillo señalan que el Derecho administrativo es en esencia un "derecho en formación", cuyas normas y principios no conforman un sistema plenamente coherente, sino un conjunto de normas positivas, principios de Derecho público y reglas jurisprudenciales que, en ocasiones, resultan asistemáticas.[10] Esta caracterización se emplea aquí en un sentido dinámico, no como negación de los avances de sistematización del Derecho administrativo. La existencia de una Ley de Procedimientos Administrativos permite reconocer un marco general más articulado; por ello, "derecho en formación" designa, en este contexto, la necesidad de adaptar e interpretar ese marco frente a problemas nuevos, y no la ausencia actual de una estructura normativa coherente.

Esa fricción no es resuelta únicamente por el legislador. La actuación reiterada y uniforme de la Administración ante situaciones no reguladas plantea un problema de calificación: debe determinarse si se trata de una práctica institucional, de un antecedente relevante o de una regla consuetudinaria jurídicamente recibida. La reiteración y la convicción de obligatoriedad no dispensan del examen de su compatibilidad con el ordenamiento ni de la habilitación necesaria para ejercer potestades públicas. Ignorar ese fenómeno no lo elimina; simplemente lo deja operar sin control ni reconocimiento jurídico.

1.3. La costumbre como mecanismo legítimo de integración

La importancia de la costumbre en el Derecho administrativo no reside en que desplace a la ley, sino en que la complementa, donde esta guarda silencio. Su función integradora permite dar respuesta a situaciones relevantes para la

10 Agustín Gordillo, *Tratado de Derecho Administrativo y obras selectas*, t. 8 (Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2013), 106.

actuación administrativa cuando el régimen aplicable reconozca esa función, sin dispensar de la habilitación jurídica necesaria ni de los límites del principio de legalidad. En la sentencia de las trece horas con cuarenta minutos del día veintiocho de agosto de dos mil nueve, pronunciada en el proceso de amparo referencia 525-2004, la Sala de lo Constitucional reconoció la función supletoria de las costumbres constitucionales ante lagunas del texto escrito, siempre que no lo contradigan. El caso se refería a la presentación de ternas para integrar el Tribunal Supremo Electoral por partidos que habían participado coaligados. La Sala valoró la experiencia institucional repetida de presentación separada de ternas y el desarrollo del Código Electoral, y consideró injustificado el cambio de esa práctica sin motivación. Esta costumbre constitucional interpretativa no puede trasladarse automáticamente al ámbito administrativo como habilitación para crear potestades o imponer cargas.[11]

En ese marco, la costumbre no es una renuncia al principio de legalidad, sino su expresión más completa: exige que la Administración actúe conforme a Derecho, entendiendo por Derecho no solo la ley escrita, sino el ordenamiento en su totalidad. Esta lectura es consistente con la noción del "bloque de legalidad" que Hauriou desarrolló y que García de Enterría recogió en su sistematización del Derecho administrativo;[12] según la cual, el parámetro de validez de la actuación administrativa no se agota en la ley formal, sino que comprende el conjunto de normas y principios que integran el ordenamiento.

La relevancia práctica de esta función integradora es clara: la Administración Pública no puede detenerse ante el silencio del legislador. Cada vez que actúa de forma uniforme ante situaciones no reguladas, la práctica reiterada genera expectativas legítimas en los administrados. Reconocer esa dinámica como jurídicamente relevante no es ampliar discrecionalmente el

11 Sala de lo Constitucional, *Sentencia de Amparo* 525-2004 (El Salvador: Corte Suprema de Justicia,2009).

12 Eduardo García de Enterría y Tomas Ramón Fernández Rodríguez, *Curso de Derecho Administrativo*, t. I, (Madrid: Civitas, 2002), 437.

poder administrativo; es, al contrario, someterlo a un parámetro de coherencia y uniformidad que protege al ciudadano que ha ajustado su conducta a una práctica consolidada.

Conviene distinguir, sin embargo, jerarquía normativa y orden de integración. La ausencia de una ley formal no equivale al silencio del ordenamiento: deben examinarse las disposiciones constitucionales, los tratados aplicables, las leyes especiales, y los reglamentos válidos, junto con los principios y criterios interpretativos pertinentes. La costumbre no se propone aquí como sustituto de ese examen ni como fuente autónoma de competencias. Su eventual aplicación debe sujetarse a la remisión normativa y al orden de supletoriedad que establezca el régimen correspondiente, sin presumir una escala general que coloque uniformemente la costumbre antes o después de los principios y la jurisprudencia. Un ejemplo concreto es el artículo 5 de la Ley Orgánica de Aviación Civil, que remite primero a los principios del derecho común y, a falta de estos, a los usos y costumbres de la actividad y a la doctrina legal.[13]

1.4. El ordenamiento administrativo como unidad abierta

Sostener que la costumbre carece de cabida en el Derecho administrativo por ser este un ordenamiento racionalizado y reflexivo parte de una premisa insostenible: la autosuficiencia del sistema positivo. Un ordenamiento jurídico no se reduce al conjunto de normas escritas que lo integran. El ordenamiento es unidad, y esa misma se conforma por distintas fuentes que permiten responder a la dinámica de la realidad social; entre ellas, la costumbre. Excluirla no elimina su operatividad fáctica; solo priva al sistema de los instrumentos necesarios para controlarla y canalizarla.

13 Ley de Procedimientos Administrativos (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 2018), arts. 86 y 144 y Ley Orgánica de Aviación Civil (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador,2021), art. 5.

Esta apertura del ordenamiento es especialmente relevante en el Derecho administrativo contemporáneo. Los fenómenos de la autorregulación, las buenas prácticas sectoriales y el denominado Derecho blando demuestran que la producción normativa en el ámbito administrativo es estructuralmente policéntrica: reglas, estándares y códigos de conducta elaborados por sujetos no estatales —como operadores económicos, asociaciones profesionales u organismos privados de normalización— producen efectos regulatorios reales. A este origen de las reglas se refiere la expresión "origen privado" identifica al sujeto que las elabora, no su fuerza vinculante. Cuando una norma pública las recibe mediante una remisión expresa, pueden adquirir efectos jurídicos dentro del alcance y de los límites de esa remisión.

La costumbre, en este contexto, no es una reliquia del pasado jurídico, sino un fenómeno vivo cuya relevancia debe examinarse ante las transformaciones del ordenamiento administrativo. Sin embargo, las reglas de autorregulación, los estándares técnicos y las buenas prácticas no constituyen automáticamente costumbre jurídica: deben distinguirse de la norma consuetudinaria, que exige una práctica reiterada y la convicción de su obligatoriedad jurídica.

1.5. La importancia de la costumbre en su dimensión práctica

La trascendencia de la costumbre en el Derecho administrativo debe medirse, finalmente, no solo en términos teóricos sino también prácticos. Cassagne señala que la costumbre adquiere su mayor relevancia en su función integradora frente a lagunas específicas del ordenamiento escrito, particularmente cuando crea derechos a favor de los administrados en sectores donde la ley ofrece únicamente un marco general y abstracto.[14] En esa misma línea, la costumbre *secundum legem* opera como criterio interpretativo de primer orden: no se trata de la simple repetición de actos, sino de la formación de una

14 Juan Carlos Cassagne, *Derecho Administrativo*, t. I, 6ª ed. (Buenos Aires: Abeledo-Perrot,1998),169-171.

convicción de obligatoriedad —*opinio iuris*— que orienta tanto la decisión del funcionario como la expectativa de justicia del ciudadano.

En el ordenamiento salvadoreño, la Ley de Procedimientos Administrativos ofrece ejemplos concretos de positivización de criterios que permiten controlar la consistencia de la actuación administrativa. El artículo 3 numeral 7 reconoce el principio de coherencia y exige congruencia con los antecedentes administrativos, salvo apartamiento escrito y adecuadamente motivado; el numeral 9 del mismo artículo incorpora la buena fe. Por su parte, el artículo 23 literal d) exige motivar los actos que modifiquen el criterio adoptado en actuaciones anteriores. Estas disposiciones muestran que la relevancia de los antecedentes y la previsibilidad de la actuación no dependen de calificarlos como costumbre. No se presume, por ello, que tales reglas tengan todo un origen consuetudinario ni que la ley haya incorporado literalmente un principio autónomo denominado confianza legítima.[15]

Su importancia, en definitiva, radica en que el ordenamiento jurídico administrativo, para ser verdaderamente unitario, debe reconocer todas las fuentes que lo integran, incluyendo aquellas que nacen de la práctica social y no exclusivamente de la voluntad del legislador.

II. ¿En qué consiste la costumbre en el ordenamiento jurídico administrativo?

2.1. Precisión conceptual preliminar: uso y costumbre

Antes de determinar qué es la costumbre en el Derecho administrativo, conviene despejar una confusión frecuente en el análisis de sus fuentes: la que se produce entre el uso y la costumbre en sentido estricto. No toda práctica

15 Ley de Procedimientos Administrativos, arts. 3 numerales 7 y 9, y 23 literal d. La congruencia con los antecedentes y la motivación del cambio de criterio son reglas legales expresas; su existencia no acredita, por sí sola, un origen consuetudinario.

reiterada constituye costumbre jurídica, y confundir ambas nociones tiene consecuencias dogmáticas relevantes.

Alessandri, Somarriva y Vodanovic, ofrecen una distinción útil: los usos son prácticas o conductas que, por conveniencia u oportunidad, siguen determinados sujetos en sus relaciones jurídicas, pero carecen de la generalidad propia de la costumbre y, sobre todo, no reúnen el requisito de la *opinio necessitatis*. La costumbre, en cambio, es la norma jurídica surgida del uso; la diferencia entre ambas es la convicción de obligatoriedad que acompaña a la segunda y que está ausente en el primero.[16] Un simple uso puede ser el germen de una costumbre, pero no lo es todavía mientras no concurra ese elemento subjetivo que transforma la conducta reiterada en norma.

Esta distinción adquiere especial relevancia en el ámbito administrativo, donde la práctica de los funcionarios y los modos habituales de tramitación pueden confundirse fácilmente con costumbre en sentido jurídico, cuando en realidad se trata de meros usos internos de la Administración.

2.2. Concepto y elementos de la costumbre jurídica

La costumbre constituye una forma de producción normativa de origen social, basada en la reiteración constante y uniforme de determinadas conductas, acompañada de la convicción de su obligatoriedad jurídica. Se trata, por tanto, de una norma que no nace de la voluntad reflexiva del legislador sino de la práctica espontánea de una comunidad, y cuya eficacia depende, en última instancia, del reconocimiento que le otorgue el ordenamiento jurídico.

Para que una conducta pueda calificarse como costumbre y producir efectos jurídicos deben concurrir dos elementos. El primero es el elemento material: el uso repetitivo, generalizado y sostenido en el tiempo de actos de idéntico contenido. La reiteración debe ser suficiente para generar la convicción

16 Arturo Alessandri Rodríguez, Manuel Somarriva, y Antonio Vodanovic, *Tratado de Derecho Civil. Partes preliminar y general*, t. I (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1998),138.

razonable de su continuidad; no puede establecerse un número preciso de actos ni un plazo determinado, pero la práctica ha de ser lo bastante antigua, frecuente y constante como para que esa certeza resulte fundada.[17] El segundo, es el elemento subjetivo o espiritual: la *opinio iuris seu necessitatis*, esto es, la convicción de los miembros de la comunidad de que la conducta común reviste carácter obligatorio y que su inobservancia implica la violación de una norma jurídica. Es este elemento el que separa la costumbre de la mera cortesía, de los usos sociales y, en el ámbito administrativo, de las rutinas burocráticas.

En lo que respecta a su clasificación, la doctrina distingue tradicionalmente tres modalidades según la relación de la costumbre con la ley escrita. La costumbre *secundum legem* es aquella que corrobora, desarrolla o interpreta los preceptos legales, actuando como criterio de aplicación de la norma escrita. La costumbre *praeter legem* es aquella que cubre supuestos no regulados expresamente, sin contradecir el ordenamiento. Su descripción dogmática no presupone que pueda aplicarse autónomamente en cualquier ámbito administrativo: su eficacia depende del régimen jurídico que le reconozca esa función. Finalmente, la costumbre *contra legem* es aquella que se opone a la ley vigente; esta modalidad carece de validez en el Derecho administrativo, como se examinará más adelante.

2.3. La costumbre en el Derecho administrativo: debates sobre su existencia

Determinar si la costumbre tiene cabida en el Derecho administrativo ha sido objeto de debate doctrinal. La posición que niega esa cabida parte de la premisa de que el Derecho administrativo es un ordenamiento esencialmente escrito y reflexivo, cuyo carácter racionalizado excluye las normas de formación espontánea. Mayer, fue el exponente más conocido de esta postura: para él, cuando la Administración no está vinculada a la ley, aparece el poder

17 Santiago, Muñoz Machado, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, t. IV, 4ª ed. (Madrid: BOE, 2015), 77.

discrecional, y la diferencia esencial con el juez, radica en que este debe fundamentar siempre su decisión en una norma, escrita o consuetudinaria, mientras que aquella no.[18]

Frente a esa posición, García de Enterría y Fernández Rodríguez, señalaron que identificar costumbre con espontaneidad es un simplismo, porque al formarse costumbres la comunidad opera precisamente con una *opinio iuris vel necessitatis* que la dota de una especial autoconciencia. Añadió que el argumento del carácter racionalizado del Derecho administrativo no es concluyente, puesto que en cualquier organización social, incluso la más formalizada, operan tendencias que no se reducen a los propósitos formales del legislador, y que es justamente en el ámbito del Derecho del Estado donde se produce la aplicación más extensa de la costumbre como fuente normativa.[19] La posición mayoritaria de la doctrina contemporánea admite, pues, la existencia de la costumbre en el Derecho administrativo, aunque le reconoce un carácter de fuente secundaria y subordinada.

2.4. Distinción entre costumbre, prácticas administrativas y precedente

La doctrina administrativista suele referirse a la costumbre, las prácticas administrativas y el precedente administrativo sin establecer siempre diferencias precisas entre ellos, lo que genera confusiones que conviene despejar.

En cuanto a las prácticas administrativas, Garrido Falla sostuvo que la costumbre en el Derecho administrativo carece de valor como fuente independiente en la relación entre la Administración y los administrados, ámbito en el cual su lugar lo ocupan precisamente las prácticas administrativas. Estas son reglas de conducta deducidas del comportamiento de la Administración sin intervención del administrado, y su obligatoriedad surge donde se ha

18 Otto, Mayer, *Droit Administratif Allemand*, vol. I (París: V. Giard & E. Brière,1903), 168.

19 Eduardo García de Enterría y Tomas Ramón Fernández Rodríguez, *Curso de Derecho Administrativo*, t. I, 15ª ed., (Madrid: Civitas, 2011), 68.

generado una apariencia jurídica que induce al administrado a considerar correcta una determinada actuación.[20] Presutti, por su parte, negó a las prácticas administrativas el carácter de fuente del Derecho objetivo, afirmando que de ellas no nacen derechos ni obligaciones para los sujetos ajenos a la Administración, aunque los funcionarios sí quedan vinculados a su observancia.[21] Ranelletti las consideró fuentes de normas de administración puramente internas,[22] posición que comparte en lo sustancial Miele, para quien la práctica administrativa da origen a reglas de conducta cuya vigencia se limita al interior del organismo que las genera.[23] Zanobini, en cambio, rechazó que la práctica administrativa pueda siquiera calificarse como costumbre de carácter interno[24] y Giannini la caracterizó como un uso repetido y consolidado de la Administración, pero con pleno conocimiento de su carácter no normativo.[25]

La distinción entre costumbre y precedente administrativo es igualmente relevante. Ortiz Díaz, señaló que las prácticas administrativas son el estilo corriente de proceder de los funcionarios, la rutina administrativa, mientras que el precedente administrativo implica algo cualitativamente distinto: la resolución sustantiva de la Administración sobre cuestiones sometidas a ella, generadora de derechos e intereses para los particulares.[26] Santamaría Pastor, precisa que toda costumbre puede considerarse en cierta forma un precedente, pero que este puede existir con un solo acto previo, en tanto que la costumbre exige por definición la repetición en el tiempo de numerosos actos de idéntica

20 Fernando Garrido Falla, "Las fuentes no escritas del Derecho en el Derecho Administrativo", *Revista de Estudios de la Vida Local*, núm. 97, (1958): 10-14.

21 Errico Presutti, *Istituzioni di Diritto amministrativo italiano*, 2ª ed., (Roma, 1930),4-75.

22 Oreste Ranelletti," La consuetudine come fonte del diritto pubblico interno", *Rivista di Diritto Pubblico*, 163.

23 Giovanni Miele, *Principi di Diritto amministrativo*, t. I, (Milán: Padova, 1953), 113.

24 Guido Zanobini, *Corso di Diritto amministrativo*, vol. I, (Milán: Giuffré Editore, 1947), 70.

25 Massimo Giannini, *Lezzioni di Diritto amministrativo*, vol. I, (Milán: Dott. A. Giuffrè Editore, 1950), 360.

26 José Ortiz Díaz, "El precedente administrativo", *Revista de Administración Pública*, n. 24, (1957): 76-80.

significación. Añade que el fundamento de su fuerza de obligar es distinto: en la costumbre es inmanente, pues radica en su condición misma de fuente del Derecho; en el precedente es trascendente, pues se basa en el respeto a los principios de seguridad jurídica e igualdad ante la ley.[27]

Establecidas estas diferencias, puede afirmarse que la costumbre y las prácticas administrativas son realidades diversas: la costumbre surge del uso seguido en las relaciones entre particulares, mientras que las prácticas administrativas son reglas deducidas del comportamiento de la Administración sin intervención del administrado. Sin embargo, aunque el papel de la costumbre en la relación jurídico-administrativa es evidentemente limitado, no es nulo: en determinadas circunstancias, especialmente ante lagunas del ordenamiento escrito y ausencia de remisión legal expresa, las prácticas administrativas pueden desempeñar materialmente la función que corresponde a la costumbre.

2.5. La costumbre administrativa en el ordenamiento salvadoreño: configuración y límites

En el Derecho administrativo salvadoreño, la costumbre se configura como una práctica o uso social de origen extraestatal que reúne los requisitos de generalidad, reiteración, duración y *opinio iuris*, y que vincula a la Administración no porque esta la cree —lo cual resulta dogmáticamente inadmisible— sino porque el ordenamiento la reconoce, directamente o mediante remisión normativa. Su posición es siempre supletoria y subordinada a la ley: nunca puede operar *contra legem*, porque ni la Constitución la consagra como fuente autónoma ni el principio de legalidad lo permitiría.

Dentro de esos límites, la costumbre *secundum legem* opera como criterio interpretativo de la actuación administrativa, y la modalidad *praeter legem* se refiere a la integración de supuestos no previstos expresamente, sin que esa clasificación dispense de la remisión exigible en el ámbito administrativo. La

27 Juan Alfonso Santamaría Pastor y Luciano Parejo Alfonso, *Derecho Administrativo. La jurisprudencia del Tribunal Supremo* (Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces, 1989),110-114.

doctrina salvadoreña ha denominado "costumbre delegada" a la que opera cuando la norma realiza un reenvío expreso a los usos y costumbres para complementar su contenido. Esta técnica de recepción debe distinguirse de una habilitación general para aplicar toda práctica sectorial como norma consuetudinaria.[28] El artículo 5 de la Ley Orgánica de Aviación Civil constituye un ejemplo acotado: para los casos no previstos remite a los principios del derecho común y, a falta de estos, a los usos y costumbres de la actividad aeronáutica y a la doctrina legal. Aunque la remisión se inserta en un régimen administrativo, los usos recibidos pueden proceder de relaciones técnicas o comerciales del sector; no se convierten por ello, automáticamente, en costumbre administrativa. La recepción de usos sectoriales constituye, por tanto, una técnica de integración normativa que debe analizarse según la naturaleza de la relación regulada.[29]

Lo científicamente relevante, sin embargo, no es únicamente la definición clásica de la costumbre sino su transformación contemporánea. Junto con las prácticas consuetudinarias tradicionales, deben examinarse las reglas de autorregulación, las buenas prácticas y el denominado Derecho blando. Estas figuras pueden complementar la regulación pública, pero no se subsumen automáticamente en la costumbre ni adquieren por sí solas fuerza vinculante. La cuestión que este trabajo deja planteada es cómo distinguirlas y determinar los efectos de su recepción por el ordenamiento administrativo.

28 Ricardo Antonio Mena Guerra, *Una aproximación a las fuentes en el Derecho Administrativo* (San Salvador: Guanaxia, 2007), 119-120.

29 Ley Orgánica de Aviación Civil (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador,2021) art. 5; Ley de Navegación (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2023), art. 227. La derogación de la Ley General Marítimo Portuaria impide citarla como régimen vigente.

III. ¿Es satisfactorio el estándar actual de la costumbre en el ordenamiento jurídico administrativo?

3.1. El estándar actual en el Derecho Administrativo salvadoreño

Habiendo determinado en qué consiste la costumbre y por qué su reconocimiento importa, corresponde ahora valorar si el tratamiento que el ordenamiento jurídico administrativo salvadoreño le dispensa resulta satisfactorio. La pregunta no es meramente académica: de su respuesta depende saber si el sistema vigente protege adecuadamente al administrado que ha ajustado su conducta a una práctica consolidada, y si la Administración cuenta con los instrumentos necesarios para actuar con coherencia ante el silencio del legislador.

En los sistemas jurídicos de tradición romano-germánica, como el salvadoreño, la Constitución y las leyes en sentido formal, sin perjuicio de la posición de los tratados y de la función subordinada de los reglamentos, constituyen parámetros primarios del Derecho administrativo, mientras que la costumbre ocupa una posición secundaria y supletoria. En consecuencia, la Administración pública no puede actuar únicamente con base en prácticas reiteradas: debe encontrar sustento en el ordenamiento jurídico escrito. Desde la doctrina salvadoreña, Mena Guerra, sostiene que la costumbre constituye una fuente mediata o subsidiaria del Derecho administrativo, cuya función principal consiste en suplir vacíos normativos ante la ausencia de texto legal expreso, y que en ningún caso puede prevalecer sobre el principio de legalidad ni modificar las potestades públicas establecidas legalmente.[30] Esta postura

30 Mena Guerra, *Una aproximación a las fuentes en el Derecho administrativo,*115.

es coherente con el mandato del artículo 86 inciso final de la Constitución de la República.

En el plano contencioso-administrativo, la Sala de lo Contencioso Administrativo, en la sentencia de las quince horas del día veinte de enero de dos mil veintidós, referencia 48-2018, formuló expresamente que "la costumbre no puede ser admitida como fuente del derecho administrativo a menos que una ley expresamente lo autorice". El criterio se aplicó al control de sanciones impuestas a un administrador de contrato que había invocado como costumbre el pago anticipado de servicios pendientes de entrega. Frente a esa justificación, la Sala sostuvo que el funcionario estaba sometido al principio de legalidad y no a su costumbre de trabajo ni al diligenciamiento de facto de sus responsabilidades. El alcance concreto del precedente es, por tanto, el rechazo de una práctica invocada para justificar el incumplimiento de obligaciones legales, y no la demostración de una línea jurisprudencial exhaustiva sobre todas las modalidades de costumbre.[31]

La lectura conjunta de ambos precedentes exige distinguir sus ámbitos y funciones. En el amparo 525-2004, la costumbre parlamentaria contribuyó a interpretar un procedimiento constitucional abierto, en concordancia con la legislación electoral y sin contradecir la Constitución. En la sentencia 48-2018, en cambio, una práctica de trabajo se invocó para justificar la inobservancia de obligaciones legalmente establecidas, y la Sala rechazó esa justificación. No se trata, por tanto, de criterios equivalentes ni necesariamente contradictorios: el primero reconoce una función de integración constitucional; el segundo exige autorización legal para admitir la costumbre como fuente administrativa y rechaza su utilización para eludir deberes legales. La comparación refuerza la necesidad de identificar la naturaleza de la práctica, el ámbito en que se invoca y el fundamento de su eficacia jurídica.

31 Sala de lo Contencioso Administrativo, *Sentencia, Referencia 48-2018 (El Salvador:* Corte Suprema de Justicia de El Salvador, 2022). Sobre la invocación de costumbre en el pago de servicios no recibidos de conformidad.

3.2. Aspectos satisfactorios del estándar actual

El estándar vigente presenta avances que merecen reconocimiento. En primer lugar, la constitucionalización del Derecho administrativo salvadoreño ha dotado al sistema de un parámetro de control robusto: toda actuación administrativa queda sometida no solo a la ley ordinaria sino al bloque de constitucionalidad, lo que reduce el margen para que prácticas arbitrarias se consoliden bajo la apariencia de costumbre. En segundo lugar, la vigencia de la Ley de Procedimientos Administrativos ha permitido unificar criterios y superar vacíos normativos que antes quedaban librados a la práctica institucional por la falta de un marco normativo general que orientara la actividad administrativa.

En tercer lugar, la exigencia de habilitación legal expresa para que la costumbre opere como fuente del Derecho administrativo —criterio que la jurisprudencia contencioso-administrativa ha sostenido de manera consistente— produce efectos positivos concretos en la praxis jurisdiccional. Esa restricción se traduce en una protección frente a la arbitrariedad, en la garantía del principio de seguridad jurídica y el principio de legalidad. Si bien esta postura se inscribe en una perspectiva predominantemente positivista, ello no disminuye su relevancia en términos de fortalecimiento del orden jurídico: un sistema que exige sustento normativo expreso para reconocer fuerza vinculante a la costumbre es un sistema que protege al administrado frente a la incertidumbre.

3.3. Aspectos insatisfactorios del estándar actual

Sin embargo, el estándar vigente presenta deficiencias que impiden considerarlo plenamente satisfactorio. Estas deficiencias operan en dos niveles distintos pero relacionados: el dogmático y el normativo.

En el nivel dogmático, el ordenamiento salvadoreño arrastra una confusión categorial que nunca ha sido resuelta de manera sistemática. Como se examinó antes, la costumbre, el precedente administrativo y las prácticas

administrativas son fenómenos jurídicamente heterogéneos con estructura, origen y eficacia radicalmente distintos; sin embargo, la doctrina y la jurisprudencia parecen tratarlos como manifestaciones de un mismo fenómeno. Esa confusión tiene consecuencias prácticas: impide que el administrado sepa con claridad a qué tipo de fuente está apelando cuando invoca una práctica consolidada, y dificulta que los órganos jurisdiccionales apliquen parámetros coherentes de valoración.

A ello se añade un problema de prueba. La costumbre carece de reconocimiento constitucional expreso en El Salvador, lo que condiciona su eficacia a la voluntad del legislador y, en su defecto, a la valoración de la Administración, de la jurisdicción contencioso-administrativa y del control de constitucionalidad. Pero incluso cuando se logra acreditar la existencia de una práctica comúnmente aceptada, probarla resulta una carga particularmente compleja para el administrado: no basta con demostrar la existencia de la conducta, sino también su generalidad, su reiteración en un período suficiente y la convicción de obligatoriedad que la acompaña. La ausencia de criterios normativos claros sobre qué debe probarse y cómo hacer que esa carga sea, en la práctica, casi imposible de satisfacer.[32] A ello se suma que doctrinariamente se ha considerado que la costumbre desempeña un papel modesto como fuente del Derecho que no exige un análisis detenido,[33] actitud que refleja una subestimación del fenómeno que ha contribuido a su escaso desarrollo sistemático.

En el nivel normativo, el problema es estructural. La costumbre sigue siendo regulada —en la medida en que lo es— desde categorías diseñadas para un ordenamiento monista y centrado en el legislador: la trilogía *secundum*, *praeter* y *contra legem* fue construida para describir la relación de la costumbre con una ley escrita que se asume como fuente normativa predominante y casi exclusiva. Esa trilogía ha perdido capacidad explicativa ante la realidad de un

32 Santiago Muñoz Machado, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General* (Madrid: BOE, 2015), 74-76.

33 Miguel Sánchez Morón, *Derecho Administrativo: Parte General*, 20ª ed. (Madrid: Tecnos, 2024),132.

ordenamiento policéntrico donde la producción normativa de origen privado —autorregulación, buenas prácticas sectoriales, estándares técnicos, derecho blando— tiene eficacia regulatoria real e incide de manera determinante en la actuación de la Administración Pública. La denominada "costumbre delegada", que opera mediante remisión legal expresa, es apenas la punta visible de un fenómeno mucho más amplio que el sistema de fuentes vigente no está equipado para procesar.

Tampoco puede ignorarse que el interés doctrinal por la costumbre como fuente del Derecho administrativo es escaso en comparación con el que suscitan otras fuentes, como la jurisprudencia. Mejía ha señalado que la costumbre no es fuente directa del Derecho administrativo salvadoreño y que su aplicación es válida únicamente cuando una norma administrativa se remite expresamente a ella, dada su falta de sistematización y de reconocimiento en reglas consuetudinarias consolidadas.[34] Esta postura, aunque coherente con el estado actual del ordenamiento, describe a la vez su principal limitación: un sistema que solo reconoce la costumbre cuando el legislador la invoca expresamente no tiene en realidad una teoría de la costumbre; tiene, simplemente, una técnica de remisión normativa.

3.4. Hacia un estándar más satisfactorio

El estándar actual es, en definitiva, solo parcialmente satisfactorio, y su insuficiencia opera en un doble nivel. En el nivel dogmático, la regulación de la costumbre en el ordenamiento jurídico administrativo arrastra una confusión categorial nunca corregida, que trata indistintamente problemáticas jurídicamente heterogéneas como si fueran manifestaciones de un mismo fenómeno, cuando su estructura, origen y eficacia son radicalmente distintos. En el nivel normativo, la costumbre sigue regulada desde categorías diseñadas

34 Henry Alexander Mejía, *Manual de Derecho Administrativo*, 2ª ed. (San Salvador: Editorial Cuscatleca, 2022),111.

para un ordenamiento monista y legislativo-céntrico que ha perdido su capacidad explicativa ante la realidad de un ordenamiento policéntrico donde la producción normativa de origen privado tiene eficacia regulatoria real. Mientras el Derecho positivo no incorpore una teoría de fuentes que reconozca esa pluralidad estructural, el estándar regulatorio de la costumbre seguirá siendo no solo insuficiente sino científicamente obsoleto.

Avanzar hacia un estándar más satisfactorio requiere, al menos, tres esfuerzos complementarios. El primero es dogmático: precisar con rigor las diferencias entre costumbre, prácticas administrativas y precedente, de manera que cada categoría opere con sus propios criterios de validez y eficacia. El segundo es normativo: desarrollar una teoría de fuentes que reconozca la pluralidad estructural del ordenamiento administrativo contemporáneo, incorporando los fenómenos de autorregulación, buenas prácticas sectoriales, estándares técnicos y derecho blando dentro de un sistema coherente de producción normativa. El tercero es jurisprudencial: construir criterios claros sobre los requisitos de prueba de la costumbre y sobre los límites dentro de los cuales puede invocarse como fundamento de derechos ante la Administración y la jurisdicción contencioso-administrativa.

El monopolio normativo del legislador nunca fue absoluto, y hoy es manifiestamente insostenible como premisa de una teoría de fuentes del Derecho administrativo. Reconocerlo no debilita el principio de legalidad; lo enriquece, al dotarlo de los instrumentos necesarios para gobernar una realidad normativa que desborda, inevitablemente, los límites de la ley escrita.

IV. Discusión

El análisis desarrollado en los capítulos anteriores permite formular una respuesta articulada a la pregunta que da título a este trabajo: el tratamiento actual de la costumbre en el ordenamiento jurídico administrativo salvadoreño

no es del todo satisfactorio, aunque tampoco es enteramente fallido. Su insuficiencia es específica y localizable, lo que hace posible señalar con precisión qué debe corregirse y en qué dirección.

La respuesta principal que se desprende del estudio es que el ordenamiento salvadoreño ha resuelto correctamente una parte del problema —la subordinación de la costumbre al principio de legalidad y la exigencia de habilitación normativa expresa— pero ha dejado sin resolver la parte estructuralmente más relevante: la ausencia de una teoría de fuentes capaz de procesar la pluralidad normativa real del Derecho administrativo contemporáneo. Ese déficit no es exclusivo del ordenamiento salvadoreño. La doctrina iberoamericana dominante revisada ha tratado el problema desde categorías construidas para un ordenamiento monista y legislativo-céntrico que la realidad ha superado. En ese sentido, los resultados de este estudio demuestran que la costumbre opera en el Derecho administrativo con independencia de que el sistema la reconozca formalmente, y negarle ese reconocimiento no la elimina, sino que la deja operar sin control.

Un resultado que merece ponderación específica es la constatación de que la jurisprudencia salvadoreña ha avanzado más que la doctrina en este terreno. Las sentencias de la Sala de lo Contencioso Administrativo analizadas revelan un tribunal que trabaja con una noción implícita de costumbre jurídicamente relevante, exige condiciones para su operatividad y la distingue de la mera práctica institucional, aunque sin elaborar esa distinción en términos dogmáticamente explícitos. Esa brecha entre la sofisticación práctica de la jurisprudencia y el subdesarrollo teórico de la doctrina es, en sí misma, un hallazgo que la literatura especializada salvadoreña no ha examinado.

La confusión categorial entre costumbre, prácticas administrativas y precedente administrativo constituye el resultado más inesperado del análisis, no por su existencia —que era previsible— sino por su profundidad. No se trata de una imprecisión terminológica corregible con mayor rigor léxico, sino de

una confusión conceptual que afecta la estructura del razonamiento jurídico: mientras no se distingan con claridad el fundamento, el origen y la eficacia de cada una de estas figuras, cualquier avance normativo sobre la costumbre será incompleto, porque operará sobre una categoría cuyo contorno no está definido.

Finalmente, el fenómeno de la autorregulación y el derecho blando representa el problema sin resolver más significativo que este estudio deja abierto. La trilogía clásica *secundum*, *praeter* y *contra legem* fue diseñada para describir la relación de la costumbre con la ley escrita, no con normas de origen privado que producen efectos regulatorios reales sin pasar por el legislador. Determinar si esas normas privadas pueden subsumirse en la categoría de costumbre, si requieren una categoría propia o si deben articularse mediante una teoría de la recepción normativa es una cuestión que excede el alcance de este trabajo y constituye una agenda de investigación pendiente para la doctrina administrativista salvadoreña.

V. Conclusión

Este artículo se propuso examinar el tratamiento de la costumbre como fuente del ordenamiento jurídico administrativo salvadoreño desde tres ejes: su importancia, su configuración dogmática y la suficiencia del estándar normativo vigente. De ese examen se desprenden tres conclusiones directamente relacionadas con esos objetivos.

Primera: la costumbre es una fuente necesaria del ordenamiento jurídico administrativo, no porque desplace al principio de legalidad, sino porque lo completa. Un ordenamiento que pretende reducir sus fuentes a las normas escritas no resuelve el problema de las lagunas; simplemente lo deja sin instrumentos para gestionarlo. La función integradora de la costumbre, avalada por la jurisprudencia salvadoreña y reconocida por la doctrina comparada, es jurídicamente legítima y prácticamente indispensable.

Segunda: la costumbre en sentido jurídico-administrativo es una figura conceptualmente precisa —requiere elemento material y *opinio iuris*— que no debe confundirse con las prácticas administrativas ni con el precedente. Esa distinción, que este trabajo ha procurado restituir con apoyo en la doctrina española, tiene consecuencias directas sobre la eficacia de cada figura y sobre la carga probatoria del administrado que la invoca.

Tercera: el estándar normativo y jurisprudencial vigente en El Salvador es solo parcialmente satisfactorio. La constitucionalización del Derecho Administrativo y la Ley de Procedimientos Administrativos representan avances reales, pero el ordenamiento carece de una teoría de fuentes que reconozca la pluralidad estructural del Derecho Administrativo contemporáneo. Mientras esa carencia no se corrija en el plano dogmático, normativo y jurisprudencial, el tratamiento de la costumbre seguirá siendo insuficiente para gobernar una realidad normativa que el monopolio legislativo ya no puede, por sí solo, ordenar.

Bibliografía

» Alessandri Rodríguez, Arturo, Manuel Somarriva Undurraga y Antonio Vodanovic H. *Tratado de Derecho Civil, partes preliminar y general*, t. I. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1998.

» Cassagne, Juan Carlos. *Derecho Administrativo*, t. I, 6ª ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot,1998.

» Constitución de la República de El Salvador. El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador,2017.

» García de Enterría, Eduardo y Tomas Ramón Fernández Rodríguez. *Curso de Derecho Administrativo*, t. I, Madrid: Civitas, 2002.

» Garrido Falla, Fernando. "Las fuentes no escritas del Derecho en el Derecho Administrativo". *Revista de Estudios de la Vida Local*, n. 97 (1958): 10-14.

» Giannini, Massimo. *Lezzioni di Diritto amministrativo*, vol. I. Milán, 1950.

» Gordillo, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo y obras selectas*, t. 8. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2013.

» Ley Orgánica de Aviación Civil. El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador,2021.

» Ley de Procedimientos Administrativos. El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 2018.

» Ley de Navegación. El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2023.

» Mayer, Otto. *Droit Administratif Allemand*, vol. I. París: V. Giard & E. Brière, 1903.

» Mejía, Henry Alexander. *Manual de Derecho Administrativo*, 2ª ed. San Salvador: Editorial Cuscatleca, 2022.

» Mena Guerra, Ricardo Antonio. *Una aproximación a las fuentes en el Derecho administrativo*. San Salvador: Guanaxia, 2007.

» Miele, Giovanni. *Principi di Diritto amministrativo*, t. I. Milán: Padova, 1953.

» Muñoz Machado, Santiago. *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, t. IV, 4ª ed. Madrid: BOE, 2015.

» Ortiz Díaz, José. "El precedente administrativo". *Revista de Administración Pública*, n. 24 (1957): 76-80.

» Presutti, Errico. *Istituzioni di Diritto amministrativo italiano*, 2ª ed. Roma, 1930.

» Ranelletti, Oreste. "La consuetudine come fonte del diritto pubblico interno". *Rivista di Diritto Pubblico*, 163.

» Santamaría Pastor, Juan Alfonso y Luciano Parejo Alfonso. *Derecho Administrativo. La jurisprudencia del Tribunal Supremo*. Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces, 1989.

» Sala de lo Constitucional. *Sentencia de Amparo* 525-2004. El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2009.

» Sala de lo Contencioso Administrativo. *Sentencia, Referencia 48-2018.El Salvador:* Corte Suprema de Justicia de El Salvador, 2022.

» Sánchez Morón, Miguel. *Derecho Administrativo: Parte General*, 20ª ed. Madrid: Tecnos, 2024.

» Zanobini, Guido. *Corso di Diritto amministrativo*, vol. I. Milán: Giuffré Editore, 1947.

PONENCIA

Revista Derecho

VOLUMEN 10 (2026)
Noviembre 2025 - Noviembre 2026

ISSN: 2411-1465
e-ISSN: 2789-3960

Armonización probatoria en el ámbito de las obligaciones: de la rigidez documental decimonónica a la constitucionalización de la prueba en el Código Procesal Civil y Mercantil

Evidentiary harmonization in the law of obligations: from nineteenth-century documentary rigidity to the constitutionalization of evidence in the Civil and Commercial Procedure Code

Ponencia presentada en:
Universidad Pontificia Comillas de Madrid, España.
Diciembre, 2025.

Manuel Alejandro Cea Morales
(Universidad de El Salvador, El Salvador)
https://orcid.org/0009-0002-4688-5214
Correspondencia: manuel.cea@ues.edu.sv

DOI: https://doi.org/10.66778/RD.v10n01.14

CC BY NC

Recibido: 31-03-2026
Aceptado: 30-10-2026

Revista Derecho Vol. 10 (2026)
https://revistas.ues.edu.sv/index.php/revder
ISSN: 2411-1465 | e-ISSN: 2789-3960

ARMONIZACIÓN PROBATORIA EN EL ÁMBITO DE LAS OBLIGACIONES: DE LA RIGIDEZ DOCUMENTAL DECIMONÓNICA A LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LA PRUEBA EN EL CÓDIGO PROCESAL CIVIL Y MERCANTIL

Manuel Alejandro Cea Morales

RESUMEN

En El Salvador, las normas que regulan la prueba de las obligaciones continúan vigentes, a pesar de que el Código Civil data de 1860. Si bien dicha normativa guardaba congruencia con el Código de Procedimientos Civiles de 1880, la evolución legislativa y la derogación de este último han generado cambios significativos en el ordenamiento jurídico salvadoreño que impactan directamente las disposiciones probatorias del Código Civil. El primer cambio trascendental ocurrió con la entrada en vigencia de la Constitución de 1983, cuyos principios rectores inciden tanto en el Derecho sustantivo como en el procesal. Posteriormente, en el año 2010, entró en vigencia el Código Procesal Civil y Mercantil (CPCM), el cual transformó un sistema eminentemente escrito hacia uno por audiencias orales. Este cambio modificó sustancialmente los aspectos probatorios, sustituyendo el antiguo sistema de valoración por las reglas de la sana crítica. En vista de dichas transformaciones, podría interpretarse que las disposiciones del Código Civil sobre la prueba de las obligaciones sufrieron una derogación tácita. No obstante, en la práctica judicial y la jurisprudencia, esto no ha ocurrido; por el contrario, dichas normas continúan aplicándose dentro del marco del proceso moderno.

PALABRAS CLAVES: Código Civil - constitucionalización del proceso - derogación tácita - prueba de las obligaciones - sana crítica

EVIDENTIARY HARMONIZATION IN THE LAW OF OBLIGATIONS: FROM NINETEENTH-CENTURY DOCUMENTARY RIGIDITY TO THE CONSTITUTIONALIZATION OF EVIDENCE IN THE CIVIL AND COMMERCIAL PROCEDURE CODE

Manuel Alejandro Cea Morales

ABSTRACT

In El Salvador, the provisions governing evidence of obligations remain in force, despite the fact that the Civil Code dates back to 1860. Although these provisions were consistent with the Code of Civil Procedure of 1880, legislative developments and the repeal of the latter have brought about significant changes in the Salvadoran legal system that directly affect the evidentiary provisions of the Civil Code. The first major change occurred with the entry into force of the 1983 Constitution, whose guiding principles influence both substantive and procedural law. Subsequently, in 2010, the Civil and Commercial Procedure Code (CPCM) entered into force, transforming a predominantly written system into one based on oral hearings. This change substantially modified evidentiary matters, replacing the former system of evidence assessment with the rules of sound judicial reasoning. In light of these transformations, it could be interpreted that the provisions of the Civil Code concerning evidence of obligations were implicitly repealed. However, this has not occurred in judicial practice or case law; on the contrary, these provisions continue to be applied within the framework of modern judicial proceedings.

KEYWORDS: Civil Code - constitutionalization of judicial proceedings - implied repeal - evidence of obligations - sound judicial reasoning

Armonización probatoria en el ámbito de las obligaciones: de la rigidez documental decimonónica a la constitucionalización de la prueba en el Código Procesal Civil y Mercantil

Manuel Alejandro Cea Morales[1]
El Salvador

"Tanto vale no tener un derecho, como tenerlo y no poder probarlo"

Introducción

Se aborda en el escrito de la ponencia, el tema desde las generalidades, definiendo algunos aspectos básicos de la obligación, como su definición, características y elementos, luego se tratará el tema de la prueba y, en particular, la prueba de las obligaciones.

Otro punto importante es el fenómeno de la incidencia de la Constitución al proceso civil y mercantil, denominado como la constitucionalización del proceso, y el impacto del mismo ante la regulación de la prueba de las obligaciones.

1 En 2006 inició su labor académica como auxiliar de cátedra en las áreas del Derecho Civil, Mercantil, Notarial y Procesal, consolidando una vocación docente que se formalizó en el año 2009, al asumir el cargo de docente universitario a tiempo completo en el área del Derecho Privado. En 2023 fue nombrado jefe del Departamento de Derecho Privado y Procesal de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la Universidad de El Salvador. Cuenta con estudios especializados en docencia para la educación superior, así como la acreditación por el Ministerio de Educación, Ciencia y Tecnología, como docente de educación superior, lo que le ha permitido aplicar metodologías modernas en el aula y diseñar recursos de apoyo académico. Desde su acreditación como abogado en 2008, ejerce de forma independiente la profesión, tanto en el ejercicio libre de la abogacía como en calidad de notario, siempre con una marcada especialización en Derecho Civil. Ha promovido el análisis doctrinario y la discusión académica en el ámbito de la referida materia, mediante la enseñanza y la escritura de textos jurídicos.

Para escribir en nuestra revista, consulta las bases aquí

Posteriormente se analiza la problemática que surge por el conflicto de normas ante la creación de la Constitución de 1983 y el Código Procesal Civil y Mercantil (CPCM), todo en consideración a la prueba de las obligaciones. Con el fin de buscar una solución a dicha problemática, en la cual se consultaron legislaciones internacionales como: Nicaragua, Guatemala, Honduras, Panamá, Costa Rica, España, y Chile, a fin de verificar la forma de cómo han tratado este problema.

También se estudia la normativa nacional a fin de determinar si se puede solventar este problema con la misma legislación nacional, usando el Código Procesal Ciivil y Mercantil y el Código de Comercio (C Com). Por último, se propone una solución a la problemática consistente en una reforma a la actual legislación.

I. La obligación

1.1. Definición

La palabra proviene del verbo latino obligare. *"Etimológicamente, la palabra obligación deriva del latín "ob-ligare", "ob-ligatus", cuya idea central es atadura, ligadura, y refleja exactamente la situación del deudor en el derecho primitivo".*[2] En un sentido más recto y menos amplio, no comprende sino las obligaciones perfectas, que dan a aquél con quien se ha contraído el derecho que se exige para su cumplimiento. Definen los jurisconsultos esas obligaciones o compromisos personales; un lazo de derecho, que nos restringe a dar a otro alguna cosa, o bien, a hacer o no hacer tal o cual cosa: *Vinculum juris quo necessitate adstringimur alicujus rei solvendae*.[3]

2 René Abeliuk Manasevich, *Las obligaciones*, t. I, 4.ª ed. (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2001), 18.

3 Robert Joseph Pothier, *Tratado de las obligaciones* (Barcelona: Imprenta y Litografía de J. Roger, 1839), 7–8.

Ob: Significa "alrededor de", "delante de" o "por causa de".

Ligare: significa "atar", "ligar" o "unir".

Significado literal: estar atado o ligado a algo.

En la Roma primitiva, esto era casi literal. El deudor quedaba físicamente "atado" al acreedor hasta que pagara su deuda.

Por tanto, es el vínculo jurídico que une a un acreedor, con un deudor. El primero, es quien tiene la facultad de exigir una prestación que puede consistir en un dar, hacer o no hacer, de manos del segundo, quien se encuentra en la necesidad de cumplir con dicha prestación. De la definición anterior, se pueden determinar los elementos de la obligación, los cuales son: *"(1) los sujetos: el activo o acreedor (reus credendi), y el pasivo o deudor (reus debendi); (2) el objeto, cuyo contenido es la prestación (dare, facere, praestare...); y (3) el vínculo (vinculum juris), que constriñe al cumplimiento".*[4] De la misma definición también se pueden determinar algunas de sus características: 1. El vínculo debe ser jurídico; 2. Tiene fuerza coercitiva.

II. Prueba de las obligaciones

2.1. Definición

¿Qué debemos entender por la prueba de las obligaciones? Es el conjunto de reglas, elementos o medios, que el legislador regula con la finalidad de permitir demostrar la existencia o extinción de un vínculo jurídico. La Sala de lo Civil define la prueba en materia de obligaciones como la actividad procesal realizada con el auxilio de los medios previstos por la ley, tendiente a crear la convicción judicial sobre la existencia o inexistencia de la relación

4 Atilio Aníbal Alterini, Oscar José Ameal y Roberto M. López Cabana, *Derecho de obligaciones civiles y comerciales* (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1995), 13.

jurídica u obligación afirmada por las partes. Constituye el procedimiento y el instrumento mediante el cual, los litigantes demuestran la veracidad de los enunciados fácticos que fundamentan sus pretensiones o defensas.[5]

2.2. ¿Qué es lo que se regula en el apartado de la prueba de las obligaciones en El Salvador en los artículos 1569 al 1585 C.C.?[6]

Este apartado no es meramente procedimental; contiene normas sustantivas sobre la eficacia probatoria que vinculan al juez al momento de valorar la prueba (sistema de prueba legal).

1. La Carga de la Prueba (*Onus Probandi*)
2. Taxatividad de los Medios Probatorios
3. La Prueba Instrumental (Documental): Valor Probatorio del Instrumento Público y Privado; Conversión del Acto Jurídico, las contraescrituras y su inoponibilidad
4. Las Solemnidades propiamente dichas y probatorias.
5. Límites a la prueba testimonial. Fundamento: arts. 1579, 1580, 1581. C.C
6. Preeminencia de lo Escrito: no se admiten testigos para probar una obligación que *debió* consignarse por escrito.
7. La Regla de los "Doscientos Colones": históricamente, cualquier obligación mayor a 200 colones (aprox. $22.86 USD) debe constar por escrito. Aunque la cuantía parece obsoleta, el principio subyacente sigue vigente: los contratos civiles de cierta entidad no pueden reposar solo en la memoria de testigos.
8. Prohibición de Variación: no se admite prueba testimonial para *alterar o adicionar* lo contenido en una escritura (seguridad jurídica documental).

5 Sala de lo Civil, *Sentencia de Casación*, *Referencia: 132-CAC-2017* (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2017).

6 Código Civil (El Salvador: Decreto Ejecutivo, 1859).

9. El Principio de Prueba por Escrito. Fundamento: art. 1582. C.C Naturaleza: convierte la prueba imperfecta (escrito informal) en plena prueba mediante el complemento de testigos.

10. Confesión y Presunciones.

2.3. ¿Cómo se prueba una obligación civil en El Salvador?

En El Salvador, para probar una obligación, se debe hacer uso de las solemnidades *ad probationem* o las cuales se conocen como formalidades de prueba, que son los requisitos que determina la ley para acreditar la existencia material de la obligación, y que se rigen bajo la norma de que "*Deberán constar por escrito los actos o contratos que contienen la entrega o promesa de una cosa que valga más de doscientos colones.*", de conformidad al artículo 1580 C.C.

A la anterior regla le acompaña otra y es el artículo 1579 C.C. manifiesta que: "*No se admitirá prueba de testigos respecto de una obligación que haya debido consignarse por escrito*". Acá es donde se establece la rigidez documental decimonónica, pues dicha regla se refiere a un sistema o modelo procesal, predominante durante el siglo XIX, que otorgaba un valor probatorio absoluto y excluyente al documento escrito sobre cualquier otro medio de prueba, o en palabras del propio Código, la falta de prueba del instrumento no puede suplirse con otro medio de prueba, pues no solo se limita al derecho probatorio, sino también a la regulación del trámite procesal, ya que la regla que le sigue de conformidad al art. 1581 C.C.[7] es que:

> *"Al que demanda una cosa de más de doscientos colones de valor no se le admitirá la prueba de testigos, aunque limite a ese valor la demanda. Tampoco es admisible la prueba de testigos en las demandas de menos de doscientos colones, cuando se declara que lo que se demanda es parte o resto de un crédito que debió ser consignado por escrito y no lo fue".*

7 Código Civil de El Salvador.

En el primer caso, la norma en comento. establece una barrera de 200 colones, lo que equivale a la cantidad de $22.86, una cuantía muy irrisoria. ¿Qué es lo que se compra con esa cantidad? pues una recopilación de leyes vale $25, lo cual significa que debe celebrarse una compraventa por dicho objeto y el costo del contrato puede oscilar entre $50 a $100. La norma pierde sentido con la realidad, lo cual obliga a la ciudadanía a la ilegalidad formal constante; porque, no obstante, saben que deben constar por escrito prefieren no contratar los servicios de un notario, independientemente del valor que se trate el contrato.

La forma de contratar del salvadoreño común, en el área civil y mercantil es verbalmente, o por WhatsApp e incluso por redes sociales, sin la intervención de un notario y siguiendo la clasificación de los contratos atendiendo a su perfección, son los contratos consensuales y los contratos reales, la mayoría de veces que no se hacen constar por escrito.

Entre los contratos más usuales que se celebran en El Salvador tenemos: los comodatos, ejemplo, las ventas de bienes muebles, préstamo de vehículo para transportarse, préstamo de una habitación amueblada para dormir en caso de visita, sin contrato, donaciones o regalos algunos valorados significativamente, préstamos con o sin intereses, los depósitos de bienes muebles, al decir puedo dejar estos bienes en tu casa, y en ninguno se hacen contratos, porque son celebrados bajo el principio de buena fe contractual, en el que se tiene que cumplir, no solo lo que reza en el contrato, sino también todo lo que es de su naturaleza, de conformidad al artículo 1417 C.C., pero en cuanto surge un incumplimiento o una insatisfacción de parte de uno de los contratantes, se aprovechan de que el contrato no consta por escrito y es muy difícil de probar.

La regla de exigencia de que "conste por escrito" excluyendo a la prueba testimonial, que nace con el propósito de proteger el patrimonio de las personas, al evitar testigos que puedan declarar falsamente la existencia o extinción de una obligación, pero ahora en día, lo que se hace es, desproteger dicho patrimonio porque impide cobrar deudas reales.

La única forma de que el legislador acepte la prueba testimonial en la prueba de las obligaciones, es si existe un indicio de prueba por escrito, que de conformidad al art. 1582 C.C., es un acto escrito del demandado o de su representante, que haga verosímil el hecho litigioso, pero dicho requisito no abarca o permite la denominada prueba digital, lo que ahora en día es el medio más común para contratar y probar obligaciones, como un mensaje de whatsapp o en redes sociales, o el comprobante de una transferencia bancaria electrónica.

III. La constitucionalización del proceso

Con la entrada en vigencia de la Constitución de 1983, se instauraron nuevos principios que sentaba las bases para lo que en El Salvador se conoce técnicamente como el Proceso Constitucionalmente Configurado. La Sala de lo Constitucional ha interpretado que, desde 1983, el proceso civil dejó de ser un simple "reglamento de trámites" entre privados para convertirse en una garantía de derechos humanos.

Los cambios que surgieron a raíz de la constitución fueron:

3.1. La garantía de audiencia (art. 11 Cn.)[8]

Este es el corazón del proceso civil salvadoreño actual. *"Nadie puede ser privado de su vida, libertad, propiedad y posesión, ni de cualquier otro de sus derechos sin ser previamente oído y vencido en juicio con arreglo a las leyes".*

¿Cuál es la novedad civil aquí? Las palabras "propiedad y posesión".

- Antes: se veía el juicio civil como un pleito formal.
- Desde 1983: se interpreta que cualquier embargo, desalojo o pérdida de bienes sin que se hayan dado la oportunidad real de defenderte es una violación a la Constitución, no solo un error legal. Esto elevó el

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

"derecho a ser oído" a un rango sagrado también para tus cosas y tu dinero, no solo para tu libertad.

Sí, y es un punto fascinante. La Constitución de 1983 sentó las bases para lo que en El Salvador se conoce técnicamente como el Proceso Constitucionalmente Configurado. La Sala de lo Constitucional ha interpretado que, desde 1983, el proceso civil dejó de ser un simple "reglamento de trámites" entre privados para convertirse en una garantía de derechos humanos.

3.2. El principio de protección jurisdiccional (acceso a la justicia)

Derivado del artículo 2, que establece que toda persona tiene derecho a ser *"protegida en la conservación y defensa"* de sus derechos. Esto implica que los jueces civiles no pueden rechazar demandas por formalismos absurdos o caprichosos. Si tienes un conflicto, el Estado tiene la obligación constitucional de darte una respuesta (sentencia), guste o no el resultado. Antes de esto, era más común que los juicios quedaran en el limbo o se rechazaran por tecnicismos menores.

3.3. La igualdad procesal (art. 3 Cn.)[9] *"Todas las personas son iguales ante la ley"*

En el proceso civil, esto rompió con ciertos privilegios históricos. Significa que, dentro del juicio, un banco o el Estado mismo no deberían tener "armas procesales" superiores a las del ciudadano común. Ambos deben tener las mismas oportunidades de probar y alegar (principio de contradicción). Por ello, el principio clave que aplica al civil es que el patrimonio de una persona (casa o dinero) tiene el mismo nivel de protección constitucional que la libertad. El Estado no lo puede quitar sin un juicio justo previo.

9 Constitución de la República de El Salvador.

IV. El nuevo proceso está fundamentado en el principio de pronta y cumplida justicia del art. 182 Cn.[10]

Aunque la Constitución es de 1983, el sistema judicial tardó años en adaptar sus leyes menores. Este enfoque garantista de la Constitución del 83 fue lo que obligó a El Salvador a derogar el viejo Código de Procedimientos Civiles (que era de 1882, escrito y lentísimo) y crear el Nuevo Código Procesal Civil y Mercantil (CPCM) que entró en vigencia en 2010.[11] Este nuevo Código se basa enteramente en la oralidad y en la inmediación, cumpliendo por fin con el mandato de 1983 de que la justicia debe ser pronta y cumplida (art. 182 Cn).

4.1. El conflicto normativo: civil vs procesal

El diseño del proceso civil y mercantil vigente, responde al fenómeno de la constitucionalización del derecho, alineándose con los mandatos de la Carta Magna de 1983. El propio Código Procesal Civil y Mercantil, regula una vinculación directa con la Constitución, en el artículo 2. Vinculación a la Constitución, leyes y demás normas:

> *"Los jueces están vinculados por la normativa constitucional, las leyes y demás normas del ordenamiento jurídico, sin que puedan desconocerse ni desobedecerlas. Todo juez, a instancia de parte o de oficio, deberá examinar previamente la constitucionalidad de las normas de cuya validez dependa la tramitación de cualquier proceso o el fundamento de las decisiones que adopten en el mismo; y si alguna de ellas contradice la normativa constitucional, la declarará inaplicable en resolución debidamente motivada, en la que se consignen la disposición cuya inaplicabilidad se declara, el derecho, principio o valor constitucional que se considera infringido y las específicas razones que fundamentan. Las pruebas que se hubieren obtenido,*

10 *Ibíd.*

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

directa o indirectamente, con infracción de derechos o libertades fundamentales, no surtirán efecto".

El nuevo código ahora regula la constitucionalización del proceso y también la constitucionalización de la prueba, manifestando que cualquier fuente de prueba o medio de prueba que vulnere derechos constitucionales no surten efectos en el proceso. arts. 316 inc. 2 y 3° y 330 inc. 2° CPCM[12]

"Arts. 316 inc. 2 y 3° CPCM: Las fuentes de prueba obtenidas con vulneración de derechos constitucionales no serán apreciadas por el Juez al fallar, y en este caso deberá expresar en qué consiste la violación. La práctica de los medios probatorios en forma contraria a lo previsto por las leyes procesales determinará la nulidad del medio correspondiente. Sin embargo, la fuente de prueba podrá ser utilizada siempre que su aportación se hubiera realizado conforme a las normas legales".

"Art. 330 CPCM: Los medios no previstos por la ley serán admisibles siempre que no afecten la moral o la libertad personal de las partes o de terceros y se diligenciarán conforme a las disposiciones que se aplican a los medios reglados".

En dicho cambio el código, regula el principio de libertad probatoria, cumpliendo el principio de igualdad de la constitución.

Respecto al Derecho de probar:

"Art. 312.- Las partes tienen derecho a probar, en igualdad de condiciones, las afirmaciones que hubieran dado a conocer sobre los hechos controvertidos que son fundamento de la pretensión o de la oposición a ésta; a que el juez tenga en cuenta, en la sentencia o decisión, las pruebas producidas; y a utilizar los medios que este código".

Ese cambio trascendental provoca una colisión normativa grave: se tiene un Código Procesal Civil y Mercantil moderno y garantista, basado en la oralidad y la sana crítica (art. 416 CPCM), atado de manos por una norma sustantiva del siglo XIX que restringe el acceso a la prueba testimonial, en el

12 Código Procesal Civil y Mercantil de El Salvador.

caso de las obligaciones. El Código Civil (1860) está inspirado en un Sistema de Prueba Tasada y Restricción testimonial (Desconfianza al testigo) y el CPCM (2010) tiene un Sistema de Sana Crítica y Libertad Probatoria (art. 312 y 416 CPCM).

¿Cuál prevalece? La lucha entre la norma sustantiva especial y la norma procesal moderna. A pesar de los nuevos principios y un nuevo proceso, el Código Civil siempre se aplica en el ámbito de las pruebas de las obligaciones.

¿Qué salidas otorga el Código Procesal Civil y Mercantil de El Salvador, a efectos de probar una obligación que no cumple con las solemnidades de prueba?

El calvario del proceso declarativo común: Para superar el 1580, el abogado debe hacer malabares con el art. 1582 C.C. (excepciones), buscando un "principio de prueba por escrito". Si no existe ese papelito, el juez rechaza a los testigos *in limine* o en la audiencia preparatoria, y la pretensión se cae por falta de prueba, vulnerando el derecho a la tutela judicial efectiva.

En todos los casos se demanda por un proceso declarativo común de existencia de obligación e incumplimiento de la misma, y en el proceso debe de probar no solo la obligación sino la fuente de la misma, lo que vuelve más difícil el tema probatorio. Otro remedio es el proceso monitorio (art. 489 CPCM): El monitorio exige *documento* (bueno, regular o malo, pero documento). Si la obligación fue verbal (muy común en el interior del país o entre familiares), el monitorio está cerrado. La "cuantía" que mencionas ($2,500 aprox. o 25,000 colones) suele referirse a la competencia de los Juzgados de Menor Cuantía, pero el problema real no es el techo, sino el requisito documental de entrada, porque aun cuando hubiera sido creado unilateralmente por el acreedor deberá aparecer firmado por el deudor.

V. ¿Cómo se regula el tema de la prueba de las obligaciones en el código de comercio de El Salvador?

"Art. 999.- Las obligaciones mercantiles y su extinción se prueban por los medios siguientes: I- Instrumentos públicos, auténticos y privados. II- Facturas. III- Correspondencia postal. IV- Correspondencia telegráfica reconocida. V- Registros contables. VI- Testigos. VII- Los demás admitidos por la ley".[13]

¿Se podría aplicar dicha regla a la prueba de las obligaciones civiles? En mercantil no se exige el principio de prueba por escrito y no se excluye la prueba testimonial. Pero eso es así porque el comerciante, lleva una contabilidad que respalda sus actividades e incluso la ley le otorga un valor probatorio, mayor al de un contrato, pues si se presentan dos contratos diferentes en un proceso, se decidió el asunto de acuerdo con los asientos contables. "Art. 1002 C.COM..- *Si apareciere diferencia entre los ejemplares de un contrato que presenten las partes en juicio, el asunto se dilucidará de acuerdo con los asientos de contabilidad de los contratantes".*[14]

Por lo cual no es posible su aplicación, porque las obligaciones civiles, no tienen un respaldo contable para los contratos otorgados verbalmente, pues no son emitidas por comerciantes, lo que cambia es la admisibilidad de la prueba testimonial sin necesidad del principio de prueba por escrito.

13 Código de Comercio (El Salvador: Asamblea Legislativa, 1970).

14 *Ibíd.*

VI. ¿Cuál es el tratamiento jurídico que recibe esta figura en el Derecho internacional?

Existen 3 posiciones:

1. países que han decidido derogar por completo la norma y dejar dicho aspecto a la libertad probatoria de sus respectivos códigos o leyes procesales, Código Civil De Costa Rica:[15] Título III de la prueba Capítulo I Disposiciones generales (NOTA: este capítulo fue derogado por el artículo 8 del Código Procesal Civil[16] Ley Nº 7130 de 16 de agosto de 1989.
2. En el segundo bloque hay países que no se han pronunciado al respeto, como el caso salvadoreño, la norma sigue igual:
   - **Código Civil De Nicaragua:**[17] **Art. 2423.** "*Toda convención o acto jurídico cuyo objeto tenga un valor mayor de cien pesos deberá constar en documento público o privado, no siendo en tal caso admisible la prueba testimonial*".
   - **Código Civil De Honduras:**[18] **Art. 1526. "***No se admitirá prueba de testigos respecto de una obligación que haya debido consignarse por escrito. Deberán constar por escrito los actos o contratos que contienen la entrega o promesa de una cosa que valga más de doscientos pesos*".
   - **Código Civil De Guatemala:**[19] **Art. 1575. "***El contrato cuyo valor exceda de trescientos quetzales, debe constar por escrito. Si el contrato fuere mercantil puede hacerse verbalmente si no pasa de mil quetzales*".

15 Código Civil de la República de Costa Rica (Costa Rica: Congreso Constitucional de la República de Costa Rica, 1887).

16 Código Procesal Civil (Costa Rica: Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica, 1989), artículo 8.

17 Código Civil de la República de Nicaragua (Nicaragua: Presidencia de la República, 1904), art. 2423.

18 Código Civil de la República de Honduras (Honduras: Congreso Nacional de Honduras, 1906), art. 1526.

19 Código Civil de la República de Guatemala (Guatemala: Jefe del Gobierno de la República, 1963), art.1575.

- **Código Civil De España:**[20] **Art. 1280 inc. final**. **"***Deberán hacerse constar por escrito, aunque sea privado, los demás contratos en que la cuantía de las prestaciones de uno o de los dos contratantes exceda de 1.500 pesetas".*

3. Por último, hay países que han modificado y regulado la regla. ¿Se puede equiparar a el Código de Comercio salvadoreño?
   - **Código Civil De Panamá:**[21] **Art. 1103.** "*Deberá haber prueba por escrito para acreditar contratos y obligaciones que valgan más de cinco mil balboas salvo que se trate de documentos almacenados tecnológicamente, conforme a la ley. Si no hubiere prueba por escrito o prueba de documentos almacenados tecnológicamente, conforme a la ley, no se admitirá prueba de testigos".*
   - **Código Civil De Chile:**[22] **Art. 1709.** "*Deberán constar por escrito los actos o contratos que contienen la entrega o promesa de una cosa que valga más de dos unidades tributarias. No será admisible la prueba de testigos en cuanto adicione o altere de modo alguno lo que se exprese en el acto o contrato, ni sobre lo que se alegue haberse dicho antes, o al tiempo o después de su otorgamiento, aun cuando en algunas de estas adiciones o modificaciones se trate de una cosa cuyo valor no alcance a la referida suma. No se incluirán en esta suma los frutos, intereses u otros accesorios de la especie o cantidad debida.*

Crítica a las soluciones extremas:

Antes de entrar a la propuesta de solución, irán desglosando las diferentes posiciones que considero no son aplicables en nuestra legislación.

- ¿Por qué no derogar totalmente? Desligada, Código Civil de ese tema y trasladarlo de forma absoluta al Derecho probatorio del área procesal. (Riesgo de inseguridad jurídica y fraude procesal). Se cae en la libertad probatoria total. Permitir probar un préstamo de $50,000 dólares solo con dos testigos ("testigos de favor" o falsos) pondría en grave riesgo

20 Código Civil (España: Ministerio de Gracia y Justicia, 1889), art. 1280 Inciso Final.

21 Código Civil de la República de Panamá (Panamá: Asamblea Nacional de Panamá, 1916), art.1103.

22 Código Civil de la República de Chile (Chile: Congreso Nacional de Chile, 1855), art. 1709.

la seguridad jurídica patrimonial. La "memoria" de los testigos es frágil y manipulable.

- ¿Por qué no dejarlo igual? Se estaría aceptando tácitamente, la vulneración a la Constitución y a los principios fundamentales que regulan la misma. (Denegación de justicia, pronta y cumplida justicia, libertad probatoria).
- ¿Por qué no se puede aplicar el Código de Comercio? No hay respaldo contable de sus operaciones económicas. En ese caso, siempre puede prestarse el fraude, testimonial y tratar de comprobar la existencia de una obligación o su extinción con testigos, quienes no serían desacreditados por no existir otro tipo de prueba en su contra.

VII. Propuesta de solución: una reforma mixta y tecnológica

Para buscar una solución se debe atacar el problema desde la Constitución, la realidad económica y la modernización procesal. Como experto, no sugiero eliminar la restricción, sino modernizar y flexibilizarla adaptándola a la realidad social salvadoreña del siglo XXI. Mi propuesta legislativa se basaría en la modificación del art. 1580 y la ampliación del 1582 C.C., bajo el concepto de "Libertad Probatoria Condicionada".

7.1. Actualización del "Baremo Económico" (Modificación al 1580 C.C.)

En lugar de derogar, se debe elevar el techo a un estándar objetivo y dinámico, no una cifra fija que la inflación devora.

Propuesta de Redacción: *"Deberán constar por escrito los actos o contratos... que valgan más del equivalente a cuatro salarios mínimos mensuales vigentes del sector comercio"*.

- Efecto: Esto libera automáticamente todas las pequeñas transacciones cotidianas (aprox. hasta $1,000 USD) para que puedan probarse con testigos sin necesidad de papel, descongestionando el sistema y validando la realidad social.
- Propuesta de sustituir "200 colones" por "4 Salarios Mínimos".
- Ventajas: Actualización automática ante la inflación y liberación de la pequeña economía.

7.2. Redefinición de "Principio de Prueba por Escrito" (Reforma al 1582 C.C.)

Aquí está la clave procesal. El problema actual es que los jueces (algunos muy formalistas) no aceptan capturas de pantalla de WhatsApp, correos informales o transferencias bancarias sin concepto claro como "principio de prueba por escrito" para habilitar testigos.

Se propone reformar el art. 1582 para que diga expresamente:

Propuesta: *"Se exceptúan de la regla anterior... c) Cuando haya un principio de prueba por escrito o soporte digital. Se entiende por tal, cualquier documento público o privado, mensaje de datos, correspondencia electrónica, o registro de transferencia financiera que emane del adversario... y que haga verosímil el hecho litigioso".*

Impacto Procesal: esto conecta el Código Civil con la *Ley de Firma Electrónica* y la realidad tecnológica. Si se tiene un chat de WhatsApp donde el deudor dice "mañana te pago", o una transferencia bancaria, eso ya cumpliría el requisito, abriría la puerta a la prueba testimonial y al interrogatorio de parte en el proceso común, facilitando la victoria.

7.3. Justificación de la propuesta

1. Mantiene la exigencia de escrito para grandes negocios (protegiendo el patrimonio).

2. Facilita la prueba al reconocer legalmente que un chat o un email es la "escritura" moderna (Principio de Prueba Digital).
3. Esto armonizará el Código Civil con la Sana Crítica del CPCM sin destruir la seguridad jurídica.

Con esto se actualiza la cuantía automáticamente (sin necesitar reformas futuras por inflación) y se legaliza el WhatsApp/Email como llave para abrir la prueba testimonial.

7.4. Otras consideraciones

7.4.1. La vulneración a la tutela judicial efectiva

La restricción actual colisiona con el artículo 2 de la Constitución de la República y el derecho a la protección jurisdiccional. Al prohibir la prueba testimonial en obligaciones mayores a $22.86 USD, se deja en indefensión al acreedor de buena fe que, confiando en la palabra empeñada (principio de *pacta sunt servanda*), no documentó formalmente la obligación.

El actual Código Procesal Civil y Mercantil (CPCM) se basa en el sistema de la Sana Crítica y la libertad probatoria (art. 312 CPCM); sin embargo, la vigencia del art. 1580 C.C. actúa como un "grillete legislativo" que impide a los jueces valorar la verdad real de los hechos, obligándolos a fallar en contra de la justicia material por un formalismo anacrónico.

7.4.2. El reconocimiento de la era digital y la ley de la firma electrónica

La sociedad salvadoreña del siglo XXI no se comunica mediante cartas o telegramas, sino a través de medios digitales. Por ello se propone:

1. Sustituir la cuantía fija de 200 colones por un estándar dinámico: 4 salarios mínimos del sector comercio y servicios. Esto asegura que la norma se actualice automáticamente frente a la inflación, protegiendo

a la pequeña economía familiar y liberando la prueba testimonial para transacciones menores.

2. Ampliar el concepto de principio de prueba, integrando explícitamente los soportes digitales, facilitando así la labor probatoria en los procesos declarativos y permitiendo que el Juez utilice la Sana Crítica sobre evidencias modernas. Es imperativo que la legislación civil reconozca expresamente que los mensajes de datos, correos electrónicos y registros digitales constituyen el "escrito" moderno. Ignorar esta realidad permite que deudores de mala fe utilicen la falta de un papel físico para evadir obligaciones que han reconocido en plataformas digitales. La excepción contemplada en el art. 1582 C.C. sobre el "principio de prueba por escrito" debe ser armonizada urgentemente con la Ley de Firma Electrónica y la Ley de Comercio Electrónico. La presente reforma no busca eliminar la seguridad jurídica que brinda la prueba documental, sino racionalizarla

VIII. Conclusión

Las reglas del Código Civil de 1860 para la prueba de las obligaciones han quedado desfasadas ante la realidad actual, al requerir una cuantía irrisoria de 200 colones ($22.86) como límite para exigir que los contratos consten por escrito.

Esta rigidez documental decimonónica choca con la forma de contratar del ciudadano común, quien cotidianamente celebra acuerdos (como préstamos o comodatos) de manera verbal, por WhatsApp o mediante redes sociales, basándose en la buena fe y sin intervención notarial. La exigencia estricta de un documento escrito, concebida originalmente para proteger el patrimonio, actualmente lo desprotege, ya que permite a contratantes aprovecharse de la falta de formalidad para evadir deudas reales y rechazar pretensiones probatorias

por la falta de un documento físico, vulnerando el derecho a la tutela judicial efectiva y deja en total indefensión al acreedor de buena fe.

Derogar por completo la restricción civil y permitir la libertad probatoria absoluta pondría en grave riesgo la seguridad jurídica, facilitando el fraude procesal al permitir probar grandes obligaciones económicas basándose únicamente en la frágil y manipulable memoria de los testigos, y tampoco es viable aplicar las reglas de prueba del Código de Comercio ya que los ciudadanos comunes, carecen del respaldo de registros y asientos contables.

Para armonizar el Código Civil con el CPCM, se requiere actualizar el artículo 1580, sustituyendo el límite fijo de 200 colones por un estándar dinámico y objetivo: el equivalente a cuatro salarios mínimos mensuales vigentes del sector comercio, permitiendo con ello, probar transacciones menores mediante testigos sin que la inflación vuelva obsoleta la norma.

Es imperativo reformar el artículo 1582 del Código Civil, para redefinir y ampliar el "Principio de Prueba por Escrito", integrando explícitamente los soportes digitales dentro de la ley. Al reconocer que los mensajes de datos, correos electrónicos, chats de WhatsApp y registros de transferencias financieras emanan del adversario y constituyen un "escrito" moderno, se habilita la prueba testimonial en los procesos declarativos.

En definitiva, la actualización de la prueba de las obligaciones logra armonizar el Código Civil con la modernidad del Código Procesal Civil y Mercantil, garantizando el verdadero acceso a la justicia. Como dicta la premisa fundamental de la ponencia, *"el Derecho no puede ser un obstáculo para encontrar la verdad, sino que debe constituir el camino expedito para demostrarla"*.

Bibliografía

» Alterini, Atilio Aníbal. Oscar José Ameal y Roberto M. López Cabana, *Derecho de obligaciones civiles y comerciales*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1995.

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

» Código Civil. El Salvador: Decreto Ejecutivo, 1859.

» Código Procesal Civil y Mercantil. El Salvador: Asamblea Legislativa, 2008.

» Código de Comercio. El Salvador: Asamblea Legislativa, 1970.

» Código Civil de la República. Costa Rica: Congreso Constitucional de la República de Costa Rica, 1887.

» Código Procesal Civil. Costa Rica: Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica, 1989.

» Código Civil. Nicaragua: Presidencia de la República, 1904.

» Código Civil. Honduras: Congreso Nacional de Honduras, 1906.

» Código Civil. Guatemala: jefe del Gobierno de la República, 1963.

» Código Civil. España: Ministerio de Gracia y Justicia, 1889.

» Código Civil. Panamá: Asamblea Nacional de Panamá, 1916.

» Código Civil. Chile: Congreso Nacional de Chile, 1855.

» Manasevich, René Abeliuk. *Las obligaciones*, t. I, 4.ª ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2001.

» Pothier, Robert Joseph. *Tratado de las obligaciones*. Barcelona: Imprenta y Litografía de J. Roger, 1839.

» Sala de lo Civil. Sentencia de Casación. Referencia: 132-CAC-2017. El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2017.



Visita nuestra Página Web:

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

Encuéntranos en:

Universidad de El Salvador
Portal de Revistas

https://revistas.ues.edu.sv/

DOAJ

latindex catálogo 2.0

BASE

Sherpa Romeo

Google Académico

Portal de Revistas del CSUCA

ROAD DIRECTORY OF OPEN ACCESS SCHOLARLY RESOURCES

MIAR
Matriz de Información para el Análisis de Revistas

LatinREV
Red Latinoamericana de Revistas en Ciencias Sociales

AURA

Dialnet

crue Universidades Españolas
Red de Bibliotecas REBIUN

meliCA

WorldCat®

Crossref

Scilit

REVISTA DERECHO

REQUISITOS PARA LA PUBLICACIÓN DE ARTÍCULOS

La Revista Derecho se especializa en temas de las Ciencias Jurídicas y Sociales, reuniendo la producción académica de docentes, estudiantes y graduados de la Facultad, así como profesionales e investigadores nacionales e internacionales y la comunidad universitaria en general para promover la difusión del trabajo científico e incorporar un espacio para la divulgación y discusión de temas de relevancia nacional e internacional. En ella se presentan artículos académicos, investigaciones, ponencias, estudios de jurisprudencia, entre otros.

Para realizar una publicación en la Revista, se deben cumplir los siguientes requisitos:

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

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

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

Teléfonos: 2511-2000 Ext. 6526
Ciudad Universitaria

Aequus Editorial

UNIDAD DE INVESTIGACIÓN
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

Universidad de El Salvador
Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales

Universidad de El Salvador
ISNI: 0000 0001 2107 1797

ISSN: 2411-1465
e-ISSN: 2789-3960