



**Presentación de artículos académicos
Proceso de Investigación sobre:**

**“Innovaciones de la Jurisprudencia
Constitucional entre 2009 y 2018”**

**“Área Especializada de Derecho
Constitucional y Derechos Humanos y
Sección Especializada de Investigación”**

NOMBRES DE INVESTIGADORES

**Cáceres, Oneyda
Gutiérrez, Cristian Alexander
Martínez Osorio, Martín Alexander
Perdomo Batres, Ambar Alejandra
Vela Ávalos, Marcos Antonio**

Julio 2019

CONTENIDO

- ✓ “CARGAS PROBATORIAS DINÁMICAS EN LA JURISPRUDENCIA DE LA SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE EL SALVADOR, PERÍODO 2009-2018” (PAGINAS 3-23).
- ✓ LA EXTINCIÓN DE DOMINIO ES CONSTITUCIONAL (ANÁLISIS DE ALGUNOS PUNTOS RELEVANTES DE LA SENTENCIA 146-2014/107-2017 EMITIDA POR LA SALA DE LO CONSTITUCIONAL) (PAGINAS 24 -59)
- ✓ LA JUSTIFICACIÓN DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES SEGÚN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL DEL PERÍODO 2009-2018 (PAGINAS 60-78)
- ✓ LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA EN EL CONTROL DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDAD (PAGINAS 61-103)
- ✓ PRINCIPIO DE PREVENCIÓN Y PRECAUCIÓN DE DERECHO AMBIENTAL: IMPLICACIONES CONSTITUCIONALES Y LEGALES (PAGINAS 104 – 135)

**“CARGAS PROBATORIAS DINÁMICAS EN LA JURISPRUDENCIA DE LA SALA DE LO
CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE EL SALVADOR, PERÍODO 2009-
2018”**

Por: Ambar Alejandra Perdomo Batres¹

Sinopsis: En el presente artículo, se expondrá la manera en la que se ha abordado el tema de las cargas probatorias dinámicas por la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia en el período 2009-2018, contextualizando el tema por medio de los antecedentes, luego se realizará una conceptualización doctrinaria de dicha institución procesal, posteriormente se expondrán, las sentencias emitidas por la Sala sobre ese tema y, finalmente, se efectuarán las conclusiones correspondientes.

Sumario: I. Introducción, II. Antecedentes, III. Cargas probatorias dinámicas, IV. Conclusiones.

I) Introducción: De acuerdo al proceso constitucionalmente configurado, en sentido amplio, sin importar de qué tipo de proceso e incluso procedimiento se trate, debe regirse respetando el catálogo de derechos y garantías que la Constitución de la República (Cn.) prevé y que la Sala de lo Constitucional por medio de su jurisprudencia ha reconocido.²

En ese sentido, los art. 11, 12, 13, 14, 15, 16 y 17 de la Cn. establecen los derechos, principios y garantías de los que goza una persona en el marco de un proceso, tales como: juicio previo o derecho de audiencia, presunción de inocencia, el derecho de defensa y el derecho del imputado de abstenerse a declarar.

En el marco de un proceso tradicionalmente se ha sostenido que la carga de la prueba se fundamenta en las máximas siguientes: i) *onus probando incumbit actori* -incumbe probar al demandante-; ii) *reus, in excipiendo, fit actor* -demandado debe probar los hechos en que sustenta su defensa-; y iii) *actore non probante, reus absolvitur* -si el actor no prueba, absuélvase al demandado-.

Sin embargo, hay casos en los que la actividad probatoria producida en el proceso no ha sido suficiente para generar un grado de convicción aceptable respecto de la probable existencia o inexistencia de los hechos alegados y el juez debe, a pesar de ello, resolver el conflicto.³

¹ colaboradora jurídica en el Tribunal de Ética Gubernamental y estoy esperando la graduación de la Maestría en Derecho Constitucional de la Universidad Dr. Jose Matias Delgado.

² Vgr. Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, sentencia de Inconstitucionalidad emitida en el proceso de Inconstitucionalidad 102-2007 del día veinticinco de junio de dos mil nueve, entre otras.

³ Al respecto, se puede leer tanto: Beltrán J. Ferrer, *La Valoración de la Prueba: Verdad de los enunciados probatorios y justificación de la decisión*; en Estudios Sobre la Prueba, Instituto de Investigaciones

Es decir, existe la posibilidad que la verdad quede al margen del proceso ante un marcado desequilibrio entre las partes, radicado en que sobre una de ellas pesa la imposibilidad de aportar la prueba en relación con los hechos que sustentan la norma que invoca y la pretensión que persigue; de aquí que el juez, con el objetivo de dar prevalencia a la verdad⁴ e invocando la equidad, puede distribuir la responsabilidad de probar tales hechos entre las partes, en atención al criterio de favorabilidad de la posición de cada parte respecto de la tarea de desahogar la prueba en cuestión, sin consideración al efecto jurídico procesal que una u otra parte persigan; en otras palabras es aplicar las cargas probatorias dinámicas.

Por tanto, advertida la problemática, considero que es importante realizar una ilustración doctrinaria sobre las cargas probatorias dinámicas, para luego analizar la jurisprudencia emitida por la Sala de lo Constitucional respecto a esta institución procesal y, así, efectuar las conclusiones que correspondan.

II) Antecedentes:

1. Proceso constitucionalmente configurado

Antes que todo, es de mencionar que un proceso es el conjunto de actos que se llevan a cabo para aplicar la ley a la resolución de un caso;⁵ el Tribunal Constitucional Salvadoreño lo ha definido como *“el instrumento de que se vale el Estado para satisfacer las pretensiones de los particulares en cumplimiento de su función de administrar justicia [...] es el único y exclusivo instrumento a través del cual se puede, cuando se realice adecuado a la Constitución, privar a una persona de algún o algunos de los derechos consagrados a su favor”*.⁶

Sin embargo, dicho proceso debe ser constitucionalmente configurado, *“el cual no se satisface con cualquier forma de procedimiento sino uno que respete el haz de derechos y garantías que contempla la Constitución”*.⁷ Es concebido también como *“el remedio idóneo de conflictos [...] se*

Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, año 2006, página 1-40; asimismo, Francisco Muñoz Conde, *La búsqueda de la verdad en el proceso penal*, 3ª Edición, Hammurabi, Buenos Aires, año 2007, página 11.

⁴ Para ampliar sobre este tema, puede consultarse: M. Fernández López, *Prueba y Presunción de inocencia*, Editorial lustel, 1ª edición, Madrid, año 2005, página 34.

⁵ Sobre el debido proceso y su estructura conceptual ver: Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C No. 744, párr.102; y Caso Yatama Vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127

⁶ Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, sentencia emitida en el proceso de Amparo 762-2008 el día diez de marzo de dos mil diez.

⁷ Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, sentencia emitida en el proceso de Inconstitucionalidad 82-2011/432014 el día veintitrés de febrero de dos mil quince.

rige en un Estado Constitucional y Democrático de Derecho por una serie de principios y garantías básicas que aseguran la tutela judicial efectiva de los derechos fundamentales y, en definitiva, un juicio justo para las partes".⁸ De otra forma es, independientemente de la pretensión que en el mismo se ventile.

Todo proceso debe respetar la estructura básica que la Constitución prescribe, tales como el derecho al juez natural, a presentar y controvertir pruebas, el derecho a la segunda instancia, al principio de legalidad, el derecho de defensa material y técnica; la publicidad de los procesos y las decisiones judiciales, la prohibición de jueces sin rostro o secretos, entre otros.

En ese orden, la prueba *"es una actividad procesal cuyo sentido viene determinado por las alegaciones de las partes, pues se trata de probar la verdad de las afirmaciones hechas por aquellas"*.⁹ Por ende, solo a través de su práctica el juez puede tomar una decisión en un proceso concreto, al haber sido provisto de elementos probatorios que lo ilustren sobre los extremos procesales alegados.

2. Presunción de Inocencia

La Sala de lo Constitucional ha establecido que *"la presunción de inocencia tiene tal fuerza que no puede ser desvirtuada mediante conjeturas, sino únicamente mediante pruebas: elementos de juicio fehacientes que no dejen duda del hecho atribuido"*.¹⁰ Este principio impide al Estado considerar culpable y condenar a una persona hasta que sea probada y demostrada su culpabilidad, más allá de toda duda, esta demostración implica la adquisición del óptimo grado de conocimiento.

En otras palabras, *"el principio de inocencia impide al Estado considerar culpable e imponer una pena a una persona hasta cuando sea probada y demostrada la verdad de la imputación y, revertir la concepción del proceso como pena, lo cual torna necesario poner límites a: la duración de la prisión preventiva, la dilación de proceso, y la actividad de la obtención de la prueba"*.¹¹

Este principio en el campo probatorio, se consagra mediante el establecimiento y la regulación de los límites a la búsqueda de la verdad fundados en la dignidad humana.

⁸ Florentín Meléndez, *Instrumentos Internacionales sobre Derechos Humanos aplicables a la administración de justicia. Estudio constitucional comparado*. Séptima Edición, año 2011, páginas 1-428.

⁹ Carlos Climent Duran, *La Prueba Penal*, Tomo I, Segunda edición, Tirant lo Blanch, España, año 2005, página 65.

¹⁰ Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, sentencia emitida en el proceso de Inconstitucionalidad 40-2009 el día doce de noviembre de dos mil diez. También en Sentencia definitiva emitida en el proceso de Inconstitucionalidad 54-2005 el día cinco de octubre de dos mil once.

¹¹ Fernando Díaz Cantón, *La motivación de la sentencia penal y otros estudios*, Editores del Puerto, Primera edición, Buenos Aires, año 2005, página 49 y 58.

3. Derecho a no declarar contra uno mismo

Consecuencia inmediata del principio de presunción de inocencia, es el derecho a no declarar contra uno mismo, el cual está regulado en el art. 12 incisos 1° y 2° Cn; de igual modo, el art. 14, sección 3, letra "g" del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, determina que durante el proceso toda persona acusada de un delito tiene derecho a no ser obligada a declarar contra sí misma; en el mismo sentido, el art. 8 número 2 letra "g" de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; también el art. 82 del Código Procesal Penal establece que el imputado tendrá derecho a abstenerse de declarar y a no ser obligado a declarar contra sí mismo.

Este derecho fue desarrollado inicialmente en Estados Unidos, desde el *leading case* Miranda vs. Arizona 1966¹², y posteriormente reconocido por la Enmienda V de la Constitución Americana como “no ser compelido a ser testigo contra uno mismo” y tiene una vertiente reconocida a partir de 1965 “tampoco pueden hacerse comentarios o sacarse conclusiones a partir del silencio guardado por el acusado” (Griffin vs. California);¹³ lo anterior, tiene un significado más amplio que el que se traduce como no ser obligado a declarar, sino también la prohibición de extraer inferencias a partir del silencio.

Según la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos,¹⁴ el derecho al silencio y el derecho a no autoincriminarse, no expresamente mencionados en el art. 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, residen en el corazón mismo del derecho a un proceso equitativo y enlazan estrechamente con el derecho a la presunción de inocencia.¹⁵

En El Salvador, “los derechos Miranda” están reflejados en el art. 12 Cn. el cual en esencia establece que la persona detenida: i) se presumirá inocente mientras no se pruebe su culpabilidad; ii) debe ser juzgada de acuerdo a un debido proceso; iii) debe ser informada de manera inmediata y comprensible de sus derechos y razones de su detención; iv) no puede ser obligada a declarar; y v) tiene derecho a contar con defensa técnica.

Como hemos visto, en un primer momento la persona que es acusada en algún proceso tiene derecho a guardar silencio o bien introducir válidamente al proceso la información que considera

¹² Edmundo S. Hendler, *Derecho Penal y Procesal Penal de los Estados Unidos*, Editorial Ad-Hoc Buenos Aires Argentina, primera reimpresión noviembre 2006. Si el lector lo desea puede consultar este libro en el cual se reseña con amplitud el caso “Miranda vs. Arizona”.

¹³ Ana María Ovejero Puente, *Constitución y derecho a la presunción de inocencia*, Tirant Lo Blanch, Valencia, año 2006, página 59.

¹⁴ Ver: Específicamente sobre el derecho a guardar silencio, el Tribunal de Estrasburgo en el caso John Murray contra Reino Unido, Demanda núm. 18731/1991. (8 de febrero de 1996, Documento no. 16).

¹⁵ Daniel Sarmiento y otros, *Las Sentencias Básicas del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Estudio y Jurisprudencia*, Editorial Civitas, España, año 2007, página 27.

adecuada en el ejercicio de su defensa; de lo anterior se extraen consecuencias: “del silencio del imputado, de su negativa a declarar o de su mentira no se pueden extraer argumentos a contrario sensu.

*Lo contrario significa que se fundan decisiones en un acto de defensa del imputado. Nadie puede ser obligado a incorporar información que le perjudique y en consecuencia el desee retener”.*¹⁶ Entonces si de su declaración no se pueden extraer solo elementos incriminatorios, de su silencio tampoco pueden extraerse inferencias en su contra.

En las normas reguladoras de un proceso se ha sostenido que no puede imponerse al acusado obligación ni carga alguna relativa a la declaración e, incluso, no puede permitirse que el juez extraiga consecuencias negativas para aquel del ejercicio de su derecho al silencio, sino que al acusado “*debe reconocérsele el derecho incluso a mentir, sin que del ejercicio de ese derecho, pueda extraerse consecuencia perjudicial alguna*”.¹⁷

En esta línea de ideas, el derecho a no declarar contra sí mismo “*despliega todos sus efectos en los procesos en los que se atribuye a un individuo la vulneración de una norma de conducta cuya consecuencia es una sanción*”.¹⁸

Para determinar entonces si el derecho a no declarar contra sí mismo tiene aplicación en un ámbito distinto del sancionatorio, “*lo determinante es fijar con precisión si la norma de conducta contenida en la disposición jurídica concernida contempla un efecto sancionatorio, por tener una finalidad represiva, retributiva o de castigo*”.¹⁹ Lo anterior, sería con independencia de la denominación empleada por el instrumento normativo que contemple la sanción.

Cabe señalar que extraer elementos incriminatorios del silencio del imputado también sería una violación a las reglas de exclusión probatoria,²⁰ así ha sido resuelto por la Sala de lo Penal y Tribunales de Sentencia.²¹

¹⁶ Alberto M. Binder, *Introducción al Derecho Procesal Penal*, 2° edición, Ad-Hoc, 6° reimpresión, Buenos Aires, Argentina, año 2013, página 181.

¹⁷ Francisco Pastor Alcoy, *Prueba de Indicios, Credibilidad del Acusado y Presunción de Inocencia*, Tirant Lo Blach Editorial, España, año 2003, página 68.

¹⁸ Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, sentencia emitida en el proceso de Inconstitucionalidad 115-2007 el día seis de febrero de dos mil trece.

¹⁹ Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, sentencia emitida en el proceso de Inconstitucionalidad 148-2012 el día veinte de abril de dos mil quince

²⁰ Al respecto para ampliar sobre el tema, consultar: Miriam Geraldine Aldana Revelo y otros, *Tratado de Derecho Probatorio Penal Salvadoreño*, publicación Fiscalía General de la República, página 71.

²¹ Ver: Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia, Ref. 24-CAS-2011, resolución del día diez de julio de dos mil trece. En el mismo sentido, vgr. proceso P0103-12-2002 Tribunal Tercero de Sentencia de San Salvador, resolución del día uno de febrero de dos mil dos.

La prueba ilícita,²² entonces, adquirida en vulneración al derecho a no declarar contra uno mismo, conlleva su inutilizabilidad procesal, esto es, la prohibición de su admisión, así como de su valoración.

Sin embargo, pueden encontrarse algunos casos en los que existen elementos probatorios que solo están en posesión del acusado, por lo que la carga de prueba podría revertirse al acusado.

4. La Prueba

Inicialmente es de indicar que prueba “es lo que confirma o desvirtúa una hipótesis o una afirmación precedente, todo lo que pueda servir para el descubrimiento de la verdad acerca de los hechos que en aquel son investigados y respecto de los cuales se pretende aplicar la ley sustantiva”.²³

Por tanto, la prueba es el medio más confiable para descubrir la verdad real, y a la vez la mayor garantía contra la arbitrariedad de las decisiones judiciales.

Es importante traer a cuenta que la prueba está vinculada al proceso que se tenga, y el Juez debe de llegar a un grado de certeza por medio de la prueba. En este sentido, la búsqueda de la verdad sobre los hechos contenidos en la hipótesis acusatoria (el llamado fin inmediato del proceso) debe desarrollarse tendiendo a la reconstrucción conceptual probatoria de los mismos.²⁴

La convicción de culpabilidad necesaria para condenar únicamente puede derivar de los datos probatorios legítimamente obtenidos y legalmente incorporados al proceso: “son las pruebas, no los jueces, los que condenan, esta es la garantía”.²⁵

²² Sobre la doctrina de *Fruit of the Poisonous Tree* (Fruto del árbol envenenado), puede consultarse: *Silverthorne Lumber versus Estados Unidos*, 1920; y *Nardone versus Estados Unidos*, 1939.

²³ Jorge A. Claria Olmedo, *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Ediar, Buenos Aires, 1966, página 83.

²⁴ Por ejemplo: El modelo procesal penal salvadoreño de justificación de los enunciados probatorios en las sentencias penales implica que la convicción judicial descansa en el contenido entitativo de las pruebas desfiladas en juicio y la información de ellas obtenida, a partir de las cuales el juzgador debe conformar, mediante un esfuerzo argumentativo-intelectual, una verdad probable de los hechos sometidos a juicio, dicha verdad debe estar dotada de un buen nivel de certeza práctica (probabilidad de ocurrencia). Y es que el objetivo del conocimiento inductivo (medición de la probabilidad de los argumentos) no es la búsqueda de certezas absolutas, sino de supuestos o hipótesis válidas, es decir, apoyadas por hechos que las hacen probables.

²⁵ José I. Caferrata Nores y Maximiliano Hairabedian, *La Prueba en el Proceso Penal. Con especial referencia a los códigos procesales penales de la nación y de la provincia de Córdoba*, 6° Edición, Lexis Nexis Editorial, Argentina, páginas 5 y 6.

Para el autor Devis Echandía, prueba *“es todo motivo o razón aportado al proceso por los medios y procedimientos aceptados en la ley, para llevarle al juez el convencimiento o la certeza sobre los hechos”*.²⁶ Por lo que la prueba permite que se dé un proceso de verificación o examen de cotejo entre la realidad y las afirmaciones de alguno de los extremos procesales respecto de los hechos alegados.

Entonces, es sólo por medio de la prueba que el juez va tomando convicción sobre los hechos alegados por las partes respecto al caso sometido a su juzgamiento, va impactando en su conciencia, generando distintos estados de conocimiento, cuya protección en el proceso tendrá diferentes alcances; así *“en un proceso, la verdad absoluta está fuera del intelecto del juez, quien solo la puede percibir subjetivamente como creencia de haberla alcanzado, cuando esta percepción es firme se dice que hay certeza, la cual puede ser definitiva como la firme convicción de estar en posesión de la verdad”*.²⁷

La Sala de lo Constitucional incluso reconoció el derecho a la prueba como un derecho de naturaleza procesal como manifestación del derecho a la protección jurisdiccional, pero también afirmó que por ser derecho, *“no significa que se deba admitir cualquier elemento probatorio, aun aquellos que resulten irrelevantes con relación al objeto del proceso y del debate”*.²⁸

En fin, la prueba son elementos destinados a convencer al juez de la existencia o no de los hechos alegados en un proceso, que provocarán un grado de convicción en el juez para inclinarlo a fallar en un sentido o en otro. Lo que decide un pleito es la prueba y no las simples manifestaciones unilaterales de las partes.

III) Cargas probatorias dinámicas

1. La carga de la prueba, concepción tradicional

Esta institución jurídico procesal es una especie del género carga procesal y puede ser entendida como *“una noción procesal compleja que consiste en una regla de juicio que contiene dos aspectos fundamentales, de un lado le indica al juez cómo debe sentenciar cuando no aparezcan en el proceso pruebas que le den certeza sobre los hechos que deben sustentar su*

²⁶ Hernando Devis Echandía, *Teoría General de la prueba judicial*. Tomo I. Buenos Aires, año 1972, página 780.

²⁷ Clara Olmedo, *op cit.*

²⁸ Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, sentencia emitida en el proceso de Amparo 347-2011 el día veinticinco de junio de dos mil catorce.

*decisión y, de otro lado, a las partes la responsabilidad que tienen para que los hechos que sirven de sustento de sus posiciones aparezcan demostrados”.*²⁹

Para Eduardo Couture, *“es la conducta impuesta a uno o ambos litigantes, para que acrediten la verdad de los hechos denunciados por ellos”.*³⁰ Pero, para Eduardo Terrasa, *“constituye una garantía para las partes, en el sentido que el juez no declarará producida la consecuencia establecida por la norma aplicable al caso, si en el proceso no se ha determinado el hecho condicionante de tal norma”.*³¹

En otro término, como lo señala Jorge Peyrano, *“estas reglas determinan quién debió probar y sin embargo no lo hizo, sólo cobran importancia ante la ausencia de prueba eficaz para suscitar certeza en el juez; es que en tal caso el tribunal deberá fallar contra quien debía probar y no lo hizo”.*³²

Es decir, la carga de la prueba, establece a quién de las partes intervinientes en un proceso le corresponde probar, que tradicionalmente se ha sostenido que es el actor el que debe probar los hechos alegados.

2. Cargas probatorias dinámicas

Tradicionalmente, las reglas de la carga de la prueba se consideraban estáticas, sin percatarse de las circunstancias particulares de cada caso concreto.³³

Como lo cita Gabriela Iturbide, *“esta doctrina tiene su origen en la necesidad de moderar la rigidez de las reglas contenidas en los códigos procesales sobre la distribución subjetiva de la carga*

²⁹ Leo Rosengerg, *La Carga de la prueba*, Editorial IB de F. 2da. Edición, Traducción Ernesto Krotoschin. Montevideo-Bs. As. 2002, página 32.

³⁰ Eduardo J. Couture, *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, tercera edición, Depalma Editor, Buenos Aires, 1958, página 241.

³¹ Eduardo Terrasa, *Cargas probatorias dinámicas*, en: *Activismo y Garantismo*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, año 2009, página 95.

³² Jorge W Peyrano, artículo: *La Doctrina de las Cargas Probatorias Dinámicas y la Maquina de Impedir en Materia Jurídica*, página 1.

³³ Según la Corte Interamericana de Derechos Humanos: “a diferencia del Derecho penal interno, en los procesos sobre violaciones de derechos humanos la defensa del Estado no puede descansar sobre la imposibilidad del demandante de allegar pruebas que, en muchos casos, no pueden obtenerse sin la cooperación del Estado. Es el Estado quien tiene el control de los medios para aclarar hechos ocurridos dentro de su territorio. La Comisión, aunque tiene facultades para realizar investigaciones, en la práctica depende, para poder efectuarlas dentro de la jurisdicción del Estado, de la cooperación y de los medios que le proporcione el Gobierno” (Caso Godínez Cruz vs Honduras, párrs. 141-142).

*probatoria, que al funcionar como regla de juicio al tiempo de apreciar la prueba en la etapa decisoria, conducen en ocasiones a abstracciones teóricas desconectadas de la realidad”.*³⁴

En Colombia, según Juan Carlos Díaz Restrepo, es considerada como “*una regla de juicio en materia probatoria, que consiste en asignar el gravamen de probar a la parte que se encuentre en mejores condiciones para hacerlo*”.³⁵

Según el autor citado anteriormente, están en mejor posición para probar: i) en virtud de su cercanía con el material probatorio; ii) por tener en su poder el objeto de prueba; iii) por circunstancias técnicas especiales; iv) por haber intervenido directamente en los hechos que dieron lugar al litigio; v) por el estado de indefensión o de incapacidad en la cual se encuentre la contraparte; entre otras circunstancias similares³⁶.

Se utilizaba en casos de desplazamientos forzados, cuando se alegaba trato preferencial por parte de entidades estatales o discriminación, cuando personas que prestaban servicio militar alegaban vulneración de derechos fundamentales por parte de sus autoridades, en casos de responsabilidad administrativa por la actividad médica dada la dificultad que representaba para el paciente probar los hechos constitutivos de la falla del servicio médico.³⁷

Incluso, la Corte Constitucional de Colombia creó presunciones³⁸ como una herramienta para la modificación de la carga de la prueba en aquellos eventos de difícil acreditación de los hechos,

³⁴ Gabriela A. Iturbide, *Las cargas probatorias dinámicas y su alcance en el Código Civil y Comercial*, página 3, Publicado en: RCCyC 2017 (mayo), 04/05/2017, 95 – LA LEY 17/05/2017, 17/05/2017, 1 Cita Online: AR/DOC/884/2017.

³⁵ Juan Carlos Díaz-Restrepo, *La carga dinámica de la prueba como modalidad de carga probatoria aplicada en el ordenamiento jurídico colombiano. Vulneración a la igualdad constitucional*, Artículo en Revista Entramado, Vol. 12 No. 1, 2016 (enero - junio), página 2010.

³⁶ Juan Carlos Díaz-Restrepo, *op cit*, página 211.

³⁷ Alberto Rojas Ríos, *La carga dinámica de la prueba en la jurisprudencia de la Corte Constitucional*, publicado en la revista Escritos sobre diversos temas de derecho procesal, Colombia, página 946-951

³⁸ Para ampliar al respecto, cito un ejemplo: según la Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T 327 del 26 de marzo de 2001, una familia desplazada por actos de violencia pretendió un auxilio a sus necesidades de alojamiento y bajo la exigencia de ser inscrita dentro del Registro Nacional que diera cuenta de su calidad de víctimas de desplazamiento forzado, les fue negado por no haber aportado algunos documentos requeridos por las entidades encargadas del mismo para acreditar el desplazamiento, y por haberse encontrado algunas contradicciones en la información que espontáneamente suministraron en entrevistas anteriores.

Sin embargo, la Corte sobre esta misma situación de desplazamiento forzado, cambió criterio y en sentencia T 923 del 9 de diciembre de 2009, sostiene que se considera la especial situación de indefensión del sujeto que invoca la protección en la acción de tutela y utiliza la modificación de las reglas tradicionales de la carga de la prueba, para que en estos casos, sea el Estado quien tenga la carga de desvirtuar que quien funge como actor no tiene la calidad de desplazado, por cuanto, ha de presumirse cierta la afirmación de quien invoca la calidad de desplazado.

con lo que pretendió la protección de los derechos fundamentales como la igualdad, al facilitar la prueba de su vulneración o amenaza.

Sin embargo, como lo menciona Juliana Restrepo, en Colombia, *“la carga probatoria dinámica fue utilizada pero con una inversión probatoria que se tornó estática, luego, se unificaron conceptos para determinar que la carga dinámica probatoria debía ser aplicada siguiendo sus lineamientos, y no a través de la petrificación de una regla de prueba, y en el año dos mil seis, esta modalidad de carga procesal fue abandonada para retornar a la falla probada, en la cual el accionante debe probar todos los supuestos fácticos de la demanda, tomando gran vuelo la prueba indiciaria”*.³⁹

Pero la Corte Constitucional de Colombia, en jurisprudencia más reciente, ha indicado que *“no advierte reparo constitucional alguno al hecho de que el Legislador haya autorizado al juez a distribuir la carga de la prueba entre las partes, según las particularidades del caso, para exigir probar determinado hecho a quien se encuentre en una situación más favorable para hacerlo, sin que le haya impuesto el inexorable ‘deber’ hacerlo en cada caso”*.⁴⁰

En Chile, en el procedimiento de tutela de derechos laborales se establece una regla especial sobre distribución de las cargas de la prueba, la cual está contenida en el art. 493 del Código del Trabajo, dispone que: "Cuando de los antecedentes aportados por la parte denunciante resulten indicios suficientes de que se ha producido la vulneración de derechos fundamentales, corresponderá al denunciado explicar los fundamentos de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad"; nótese entonces que se emplean las cargas dinámicas de la prueba y las definen como *“la alteración de las normas sobre carga de la prueba siempre que el juez de la causa constate que se presenta en la especie el supuesto que esta norma indica, esto es, que existan indicios suficientes de que se ha producido una vulneración de una garantía fundamental”*.⁴¹

Lo anterior, en consideración al hecho que para el trabajador será más difícil poder tener acceso a las pruebas, ya que la mayoría estarán bajo la esfera de cuidado del empleador, por lo que recae sobre este último el deber de aportar al proceso la prueba de lo que se discute por estar en mejores condiciones de suministrarla.

³⁹ Juliana Pérez Restrepo, *La Carga Dinámica de la Prueba en la Responsabilidad Administrativa por la actividad médica. Decaimiento de su aplicabilidad*, Estudios de Derecho -Estud. Derecho- Vol. LXVIII. N° 152, diciembre 2011. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. Universidad de Antioquia. Medellín, Colombia

⁴⁰ Corte Constitucional de Colombia, sentencia D-10902 del 24 de febrero de 2016.

⁴¹ Cristina Santibáñez Boric, *Las Cargas Probatorias Dinámicas*, Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Vol. 1 N° 1, Chile, Año 2010, pp. 83-92

En España, la Ley de Procedimiento Laboral establece en el Capítulo XI, art. 179 N°2 que *"En el acto del juicio, una vez constatada la concurrencia de indicios de que se ha producido violación de la libertad sindical, corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad"*; en consecuencia, es posible advertir que las cargas probatorias dinámicas se aplican en el marco de un proceso laboral.

En Perú, la carga probatoria dinámica significa *"un apartamiento de los cánones regulares de la distribución de la carga de la prueba cuando esta arroja consecuencias manifiestamente disvaliosas para el propósito del proceso o procedimiento, por lo que es necesario plantear nuevas reglas de reparto de la imposición probatoria, haciendo recaer el onus probandi sobre la parte que está en mejores condiciones profesionales, técnicas o fácticas para producir la prueba respectiva"*.⁴²

En ese país, por ejemplo, se utiliza en el procedimiento administrativo sancionador, este criterio es reconocido por el Tribunal Constitucional Peruano cuando señala que *"la doctrina de las cargas probatorias dinámicas interviene para responder a una concepción de un derecho dúctil y una concepción más dinámica del devenir del proceso [...] así, no correspondería al demandante la carga de la prueba del hecho (de índole negativo) sino que el demandado tendría la carga de probar el hecho positivo"*.⁴³

Por tanto, se destacan las siguientes características de las cargas probatorias dinámicas: a) Configuran una especie dentro del género desplazamiento de las cargas probatorias.

b) Reconocen la vigencia de las normas generales clásicas sobre distribución del *onus probandi* como "principio general" y corresponde acudir a ellas de manera excepcional frente a

⁴² Campos Murillo, Walter Eduardo, artículo *"Aplicabilidad de la Teoría de las Cargas Probatorias Dinámicas al Proceso Civil Peruano. Apuntes Iniciales"* p.208, publicado en la Revista Oficial del Poder Judicial: Año 6 - 7, N° 8 y N° 9 / 2012-2013, Perú.

⁴³ Carlos Alexander Ponce Rivera, La actividad probatoria como parte del debido procedimiento en los procedimientos administrativos sancionadores, año 2017, Pagina 360, Artículo publicado por la Revista Lex de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Alas Peruanas.

la situación en que la aplicación de aquellas normas legales (típicas o rígidas) sobre la distribución de la carga de la prueba, arroja consecuencias manifiestamente disvaliosas.

c) En el caso excepcional en que se estime su aplicación, importan un desplazamiento del

onus probandi conforme a las especiales circunstancias del caso.

d) El elenco de las mismas es amplio y variado, siendo la más difundida y usada aquella consistente en hacer recaer *el onus probandi* sobre la parte que está en mejores condiciones profesionales, técnicas o fácticas para producir la prueba respectiva.

e) Modernamente, justifican la adjudicación dinámica aludida, la mayor facilidad probatoria y

la disponibilidad de los medios probatorios en que se encuentre la parte a la que originariamente no le correspondía la carga subjetiva de la prueba.

f) Esta teoría ha encontrado aplicación en diversas ramas del derecho.⁴⁴

3. Cargas probatorias dinámicas, según la jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional.

Desde el año dos mil nueve, la Sala de lo Constitucional en la resolución de un proceso de amparo, respecto al supuesto de “la carga de la prueba le corresponde al actor” sostuvo que *tal afirmación no puede, en absoluto, aplicarse de forma igual en todos los procesos constitucionales, es decir, prescindiendo de la naturaleza del acto u omisión reclamada [...] se invierte la carga de la prueba cuando la actuación impugnada se trata no de una acción sino de una omisión*”.⁴⁵

De igual manera, para el caso del Hábeas Corpus, la Sala afirmó que “*las meras aseveraciones hechas por la parte actora no constituyen por sí mismas prueba*”;⁴⁶ es decir, se debe probar lo que se afirma, pues el actor es quien debe aportar la prueba suficiente mediante la cual pueda acreditar procesalmente la existencia del acto reclamado.

En resolución de un caso laboral, la Sala señaló que “*el hecho de no ofrecer medios probatorios alternativos o equivalentes a la absolución de posiciones, no representa una obligación judicial, sino más bien, es una labor exclusiva de las partes en el juicio*”;⁴⁷ en otras palabras, la obligación de probar es de las partes.

⁴⁴ Campos Murillo, *op cit*, p. 206

⁴⁵ Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, sentencia emitida en el proceso de Amparo 348-2004 el día dos de octubre de dos mil nueve.

⁴⁶ Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, sentencia emitida en el proceso de Habeas Corpus 91-2007 el día catorce de abril de dos mil diez.

⁴⁷ Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, sentencia emitida en el proceso de Amparo 401-2007 el día veintisiete de octubre de dos mil diez.

Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, sentencia emitida en el proceso de

Y así como se ha estipulado doctrinariamente, de igual manera la Sala refirió que *“las reglas de la carga de la prueba sirven al juzgador para que en el momento de pronunciar sentencia y ante una afirmación de hecho no comprobada, decida cuál de las partes del proceso ha de sufrir las consecuencias de la falta de prueba”*.⁴⁸

En el año dos mil once, en el proceso de Inconstitucionalidad 54-2005,⁴⁹ a la Sala se le solicitó declarar inconstitucional el art. 214-B del Código Penal que dice *“El que en vehículo automotor de carga condujere mercadería sin la debida documentación que ampare la legítima propiedad o procedencia de la misma, sin importar la cantidad, será sancionado con una pena de dos a cuatro años de prisión”*; es decir, se invierte la carga de la prueba sobre el imputado pues él debía probar que conducía la mercadería con la debida documentación, pero la Sala sostuvo que no existía la inconstitucionalidad alegada, pues dijo que *“el imputado, en razón de su estado de inocencia, no tiene la obligación de demostrar que no ha cometido el delito que se le atribuye*.

Al contrario, tal extremo debe ser comprobado por quien tenga la titularidad de la acusación [...] claro que ello no obsta a que el imputado pueda ejercer su derecho constitucional de defensa y pretenda aportar elementos probatorios que desvirtúen la imputación que sobre él recae [...] por tanto, no es constitucionalmente admisible la “inversión” de la carga de la prueba en el proceso penal”.

En el proceso de amparo, se mantuvo el criterio de inversión de la carga de la prueba, afirmando que *hay casos en los que la carga de la prueba debe desplazarse hacia aquella parte procesal que se encuentra en mejores condiciones profesionales, técnicas o fácticas para producir la prueba respectiva*.⁵⁰

Fue en una sentencia de amparo del año dos mil quince, que se fijó quién entonces estaría en mejores condiciones de probar: en virtud de su cercanía con el material probatorio, por tener en

⁴⁸ Amparo 934-2007 el día cuatro de marzo de dos mil once.

⁴⁹ Los principales argumentos pueden resumirse así: sostuvo que uno de los significados del principio de presunción de inocencia es que es una regla relativa a la actividad probatoria; en este sentido *–refirió–* la prueba presentada en la causa penal a fin de sostener y comprobar una imputación para lograr un fallo condenatorio debe ser suministrada por la parte acusadora imponiéndose la absolución ante la existencia de dudas sobre la culpabilidad del reo, o bien sea por la carencia de la prueba de cargo suficiente; en cuanto a la *“carga de la prueba”* *–mencionó–* que lo que se conoce como la obligación para la parte procesal que afirma un hecho de aportar los medios para acreditarlo *–afirmó–* es un concepto propio de los diferentes procesos de carácter dispositivo como el civil, pero cuyo alcance en materia procesal penal es discutible, pues el imputado no tiene la obligación de demostrar que no ha cometido el delito que se le atribuye, pues el ente acusador debe probar dicho extremo, sin dejar de lado que el imputado puede incorporar elementos probatorios de descargo.

⁵⁰ Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, sentencia emitida en el proceso de Amparo 310-2013 el día ocho de mayo de dos mil trece.

Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, sentencia emitida en el proceso de

su poder el objeto de prueba, por circunstancias técnicas especiales, por haber intervenido directamente en los hechos que dieron lugar al litigio, por el estado de indefensión o de incapacidad en la cual se encuentre la contraparte, entre otras circunstancias similares.⁵¹

Dicho de otra manera, *“las partes siempre tienen la obligación de comprobar la existencia del hecho que fundamenta su pretensión”*.⁵²

Así siguió sosteniendo la Sala que *“las reglas de la carga probatoria sirven al juzgador para, en el momento de pronunciar sentencia y ante una afirmación de hecho no comprobada, decidir cuál de las partes del proceso ha de sufrir las consecuencias de la falta de prueba”*.⁵³

En el año dos mil diecisiete, a la Sala se le planteó la inconstitucionalidad del art. 146 inc. 5° frase final del Código de Familia el cual prevé una norma de presunción aplicable a los procesos de reconocimiento forzoso de paternidad.

Los actores impugnaban la presunción, no la carga, esto es, la inversión de la actividad probatoria y la Sala resolvió que no existía la inconstitucionalidad alegada pues tal disposición legal no impide al demandado controvertir los hechos alegados por el actor en el proceso referido.⁵⁴

En dicha sentencia se amplió el contenido de las cargas probatorias dinámicas, pues se consignó qué eran las cargas procesales, cuándo se invertía la carga de la prueba, los supuestos en los que se podría aplicar, entre otros, por tanto, este el aporte más sobresaliente de la Sala sobre el tema, por lo que considero importante mencionarlo, siendo el siguiente:

- La carga de la prueba, tiene dos perspectivas, una positiva y una negativa, en cuanto a la primera, es una agrupación de criterios a partir de los cuales puede saberse a cuál de las posiciones procesales corresponde probar los hechos controvertidos relevantes para la decisión final del conflicto y, en la segunda, permite conocer a cuál de ellas ha de perjudicar la falta de prueba.

- La carga de la prueba, es el conjunto de reglas con base en las cuales se asigna o atribuye a cada una de las partes la carga de tener que probar una serie determinada de hechos

⁵¹ Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, sentencia emitida en el proceso de Amparo 400-2011 el día once de marzo de dos mil quince.

⁵² Amparo 661-2012 el día ocho de junio de dos mil quince.

⁵³ Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, sentencia emitida en el proceso de Amparo 553-2012 el día seis de noviembre de dos mil quince.

⁵⁴ Inconstitucionalidad 44-2011 el día veinte de febrero de dos mil diecisiete.

Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, sentencia emitida en el proceso de

controvertidos, bajo la expectativa de recibir un pronunciamiento judicial favorable –o no– a sus pretensiones según consigan o no acreditar tales hechos.

- Las reglas sobre las cargas probatorias se aplican en el momento en que se pronuncia la sentencia, al ser esta la etapa en la que el juez o tribunal advierte la inexistencia o insuficiencia de la prueba y es donde debe aplicarse las consecuencias jurídicas pertinentes de dicha situación.

- El contenido de las cargas de la prueba es dual: su proyección se dirige, por un lado, hacia las partes y, por el otro, hacia el juez o tribunal, enfatizando que dependiendo del tipo de hecho alegado, se podrá determinar a qué parte correspondía probarlo.

Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, sentencia emitida en el proceso de

- Los "hechos concretos y determinados" aluden a los hechos constitutivos y a los hechos extintivos, impeditivos y excluyentes.

- La prueba de los hechos constitutivos, corre a cargo del demandante, entendiéndose por tales los hechos que el actor alega y que se subsumen en el supuesto de hecho abstracto de la norma cuya aplicación en su favor postula, por establecer un derecho, por lo que si dicho sujeto no aporta prueba o la que aportó es insuficiente, el juez o tribunal tendrá que desestimar la pretensión.

- La prueba de los hechos impeditivos, extintivos y excluyentes, está a cargo del demandado. Los primeros imposibilitan –impiden– la producción de los efectos jurídicos que el pretensor alega como acaecidos de acuerdo con los "hechos constitutivos" narrados por él.

Los segundos hacen cesar las consecuencias jurídicas producidas por los hechos constitutivos.

Los terceros descartan –excluyen– el derecho invocado por el actor ya que el demandado alega en su favor la existencia de un mejor derecho. Si el demandado no prueba este tipo de hechos, el juez o tribunal tendrá que desestimar la oposición y estimar la pretensión, siempre que los hechos constitutivos resulten probados.

- Estas reglas estáticas, adecuadas para resolver casos rutinarios, son demasiado rígidas, insuficientes o inadecuadas, para dirimir casos no rutinarios o excepcionales cuya solución requiere de reglas de juicio alternativas, como cuando las partes se encuentran en dificultades probatorias.

- Las cargas probatorias dinámicas, con independencia de cómo se les titule: -cargas probatorias dinámicas, principio de solidaridad probatoria, principio de facilidad de la prueba o principio de colaboración probatoria- suponen un complemento a las reglas de distribución de la carga de la prueba que atienden a la clase de hechos que se afirman como existentes.

- Estas reglas complementarias vendrían a sostener que la carga de la prueba debe desplazarse hacia aquella posición procesal que se encuentra en mejores condiciones profesionales, técnicas o fácticas, para producir la prueba respectiva.

- En determinados casos es necesario invertir la carga de la prueba, a fin de mitigar el rigor que supondría aplicar a ultranza las reglas de las cargas probatorias tradicionales.

- La igualdad material y el principio de buena fe procesal permiten al legislador establecer determinadas cargas probatorias para las partes mediante presunciones.

- Sin embargo, quien pretenda el desplazamiento de la carga probatoria, habrá tenido que probar, aun indirectamente, que su contraria está o estaba en mejores condiciones de probar. No es suficiente sostener que una de las partes se encuentra en la situación privilegiada antedicha, sino que, de igual forma, es necesario poner en evidencia –probar– que quien argumenta dicha circunstancia no tiene modo de producirla.

Finalmente, en el año dos mil dieciocho retomando el antecedente de la sentencia de Inconstitucionalidad 44-2011 expuesto anteriormente, la Sala de lo Constitucional afirmó la constitucionalidad del uso de las cargas probatorias dinámicas en los casos de extinción del dominio; agregando que según instrumentos internacionales que contienen prescripciones jurídicas vinculantes a nivel interno (art. 144 Cn.) y a nivel internacional para el Estado salvadoreño, no solo obliga al legislador, sino también al Órgano Judicial.⁵⁵

Valga aclarar que la cuestión con extinción de dominio está más relacionada con la presunción en relación a la obtención ilícita de fondos y activos, por lo cual corresponde al acusado probar la posesión regular de los mismos, la inversión del *onus probandi* es legal como parte de la libre configuración normativa del legislador, por lo que la Sala declara constitucional dicha inversión de la carga.

⁵⁵ Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, sentencia emitida en el proceso de Inconstitucionalidad 1462014/107-2017 el día veintiocho de mayo de dos mil dieciocho.

IV. Conclusiones

Primera, respecto a la distribución de las cargas probatorias dinámicas, de acuerdo a los precedentes reseñados, la Sala ha indicado que las mismas deben ser utilizadas de manera excepcional y dependiendo de la casuística del proceso que se trate; afirmación con la que estoy de acuerdo pues no debe de inhibirse a ultranza a la parte acusadora de su deber de probar y esta debe acreditar que la contraparte está en mejor posición de probar.

Segunda, en la sentencia de Inconstitucionalidad 44-2011 la Sala fue amplia en explicar el contenido de las cargas probatorias dinámicas; sin embargo, respecto al caso concreto relacionado al reconocimiento forzoso de paternidad, considero que no fue correcto resolver que no existía la inconstitucionalidad alegada el art. 146 inciso 5° del Código de Familia que dice: “*La inactividad o la oposición del demandado a aportar la prueba necesaria, tendrá como consecuencia, la presunción legal de la paternidad atribuida, la que podrá ser impugnada sólo en los términos previstos en este Código*”, porque la consecuencia que establece dicha disposición es excesiva, en el sentido que pueda ser que el material probatorio que se pretenda incorporar no esté a disposición tampoco del demandado y es éste quien sufrirá la consecuencia de la no incorporación de dicha prueba en clara violación al principio de presunción de inocencia.

Tercera, en cuanto a la sentencia de Inconstitucionalidad 54-2005 referida al ámbito penal, la Sala fue contradictoria en su criterio, pues por un lado, sostiene que en razón del principio de presunción de inocencia es inconstitucional invertir la carga de la prueba en un proceso penal, pero al declarar que no existía la inconstitucionalidad invocada en el Art. 214-B CP “*Conducción de mercaderías de dudosa procedencia*”, permite que con dicho tipo penal se invierta la carga de la prueba hacia el acusado, pues en el mismo se fija que es el imputado quien debe probar que conducía la mercadería con la debida documentación, lo que constituye violación a uno de los elementos del principio de presunción de inocencia, el *onus probandi* que la misma Sala ha desarrollado.

Y considero que con este precedente queda abierta la posibilidad que en todos aquellos tipos penales en los que en su estructura tengan la inversión de la carga de la prueba hacia el imputado, se aplique de manera general y no excepcional, y sea el acusado quien deba probar su inocencia, eximiendo al ente acusador de la actividad probatoria; claro está que el imputado en el ejercicio de su defensa material puede incorporar todos aquellos elementos que considere pertinentes para probar su inocencia, pero no es necesario que de manera explícita se le invierta la carga de la prueba; lo que no sucedería en los casos en los que la carga incriminativa es fuerte –vgr., enriquecimiento ilícito y extinción del dominio- y sí es válida la inversión de la carga.

Bibliografía Doctrina:

- Libros

1. Alberto M. Binder, *Introducción al Derecho Procesal Penal*, 2° edición, Ad-Hoc, 6° reimpresión, Buenos Aires, Argentina, año 2013.
2. Ana María Ovejero Puente, *Constitución y derecho a la presunción de inocencia*, Tirant Lo Blanch, Valencia, año 2006.
3. Beltrán J. Ferrer, *La Valoración de la Prueba: Verdad de los enunciados probatorios y justificación de la decisión*; en Estudios Sobre la Prueba, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, año 2006
4. Carlos Climent Duran, *La Prueba Penal*, Tomo I, Segunda edición, Tirant lo Blanch, España, año 2005.
5. Daniel Sarmiento y otros, *Las Sentencias Básicas del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Estudio y Jurisprudencia*, Editorial Civitas, España, año 2007.
6. Eduardo J. Couture, *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, tercera edición, Depalma Editor, Buenos Aires, año 1958.
7. Edmundo S. Hendler, *Derecho Penal y Procesal Penal de los Estados Unidos*, Editorial AdHoc Buenos Aires Argentina, primera reimpresión noviembre 2006.
8. Francisco Pastor Alcoy, *Prueba de Indicios, Credibilidad del Acusado y Presunción de Inocencia*, Tirant Lo Blach Editorial, España, año 2003.
9. Fernando Díaz Cantón, *La motivación de la sentencia penal y otros estudios*, Editores del Puerto, Primera edición, Buenos Aires, año 2005.
10. Francisco Muñoz Conde, *La búsqueda de la verdad en el proceso penal*, 3ª Edición, Hammurabi, Buenos Aires, año 2007.
11. Florentín Meléndez, *Instrumentos Internacionales sobre Derechos Humanos aplicables a la administración de justicia. Estudio constitucional comparado*. Séptima Edición, año 2011.
12. Hernando Devis Echandía, *Teoría General de la prueba judicial*. Tomo I. Buenos Aires, año 1972.
13. Jorge A. Claria Olmedo, *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Ediar, Buenos Aires, año 1966.
14. José I. Caferrata Nores y Maximiliano Hairabedian, *La Prueba en el Proceso Penal. Con especial referencia a los códigos procesales penales de la nación y de la provincia de Córdoba*, 6° Edición, Lexis Nexis Editorial, Argentina.
15. Leo Rosengerg, *La Carga de la prueba*, Editorial IB de F. 2da. Edición, Traducción Ernesto Krotoschin. Montevideo-Bs. As. 2002.
16. M. Fernández López, *Prueba y Presunción de inocencia*, Editorial lustel, 1ª edición, Madrid, año 2005.
17. Miriam Geraldine Aldana Revelo y otros, *Tratado de Derecho Probatorio Penal Salvadoreño*, publicación Fiscalía General de la República.

- Artículos

1. Alberto Rojas Ríos, *La carga dinámica de la prueba en la jurisprudencia de la Corte Constitucional*, publicado en la revista Escritos sobre diversos temas de derecho procesal, Colombia.

2. Carlos Alexander Ponce Rivera, La actividad probatoria como parte del debido procedimiento en los procedimientos administrativos sancionadores, año 2017, Artículo publicado por la Revista Lex de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Alas Peruanas.

3. Cristina Santibáñez Boric, *Las Cargas Probatorias Dinámicas*, Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Vol. 1 N° 1, Chile, Año 2010.

4. Eduardo Terrasa, *Cargas probatorias dinámicas, en: Activismo y Garantismo*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, año 2009.

5. Gabriela A. Iturbide, *Las cargas probatorias dinámicas y su alcance en el Código Civil y Comercial*, p3, Publicado en: RCCyC 2017 (mayo), 04/05/2017, 95 – LA LEY 17/05/2017, 17/05/2017, 1 Cita Online: AR/DOC/884/2017.

6. Jorge W Peyrano, artículo: *La Doctrina de las Cargas Probatorias Dinámicas y la Maquina de Impedir en Materia Jurídica*.

7. Juan Carlos Díaz-Restrepo, *La carga dinámica de la prueba como modalidad de carga probatoria aplicada en el ordenamiento jurídico colombiano. Vulneración a la igualdad constitucional*, Artículo en Revista Entramado, Vol. 12 No. 1, 2016 (enero - junio).

8. Juliana Pérez Restrepo, *La Carga Dinámica de la Prueba en la Responsabilidad Administrativa por la actividad médica. Decaimiento de su aplicabilidad*, Estudios de Derecho Estud. Derecho- Vol. LXVIII. N° 152, diciembre 2011. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. Universidad de Antioquia. Medellín, Colombia.

9. Walter Eduardo Campos Murillo, artículo *“Aplicabilidad de la Teoría de las Cargas Probatorias Dinámicas al Proceso Civil Peruano. Apuntes Iniciales”* p.208, publicado en la Revista Oficial del Poder Judicial: Año 6 – 7, N° 8 y N° 9 / 2012-2013, Perú.

Sentencias

- Nacionales

1. Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, sentencia de Inconstitucionalidad emitida en el proceso de Inconstitucionalidad 102-2007 del día veinticinco de junio de dos mil nueve.

2. Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, sentencia emitida en el proceso de Amparo 762-2008 el día diez de marzo de dos mil diez.

3. Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, sentencia emitida en el proceso de Inconstitucionalidad 82-2011/43-2014 el día veintitrés de febrero de dos mil quince.

4. Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, sentencia emitida en el proceso de Inconstitucionalidad 40-2009 el día doce de noviembre de dos mil diez.

5. Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, sentencia emitida en el proceso de Inconstitucionalidad 54-2005 el día cinco de octubre de dos mil once.

6. Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, sentencia emitida en el proceso de Inconstitucionalidad 115-2007 el día seis de febrero de dos mil trece.

7. Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, sentencia emitida en el proceso de Inconstitucionalidad 148-2012 el día veinte de abril de dos mil quince.
8. Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, sentencia emitida en el proceso de Amparo 347-2011 el día veinticinco de junio de dos mil catorce.
9. Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, sentencia emitida en el proceso de Amparo 348-2004 el día dos de octubre de dos mil nueve.
10. Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, sentencia emitida en el proceso de Habeas Corpus 91-2007 el día catorce de abril de dos mil diez.
11. Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, sentencia emitida en el proceso de Amparo 401-2007 el día veintisiete de octubre de dos mil diez.
12. Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, sentencia emitida en el proceso de Amparo 934-2007 el día cuatro de marzo de dos mil once.
13. Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, sentencia emitida en el proceso de Amparo 310-2013 el día ocho de mayo de dos mil trece.
14. Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, sentencia emitida en el proceso de Amparo 400-2011 el día once de marzo de dos mil quince.
15. Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, sentencia emitida en el proceso de Amparo 661-2012 el día ocho de junio de dos mil quince.
16. Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, sentencia emitida en el proceso de Amparo 553-2012 el día seis de noviembre de dos mil quince.
17. Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, sentencia emitida en el proceso de Inconstitucionalidad 44-2011 el día veinte de febrero de dos mil diecisiete.
18. Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, sentencia emitida en el proceso de Inconstitucionalidad 146-2014/107-2017 el día veintiocho de mayo de dos mil dieciocho.
19. Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia, resolución del día diez de julio de dos mil trece, emitida en el proceso 24-CAS-2011.
20. Tribunal Tercero de Sentencia de San Salvador, resolución del día uno de febrero de dos mil dos, proceso P0103-12-2002.

- **Extranjeras**

1. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú.
2. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Godínez Cruz vs Honduras.
3. Suprema Corte de los Estados Unidos, caso Silverthorne Lumber versus Estados Unidos, 1920.
4. Suprema Corte de los Estados Unido, caso Nardone versus Estados Unidos, 1939.
5. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T 327 del 26 de marzo de 2001.
6. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T 923 del 9 de diciembre de 2009.
7. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia D-10902 del 24 de febrero de 2016.

**LA EXTINCIÓN DE DOMINIO ES CONSTITUCIONAL
(ANÁLISIS DE ALGUNOS PUNTOS RELEVANTES DE LA SENTENCIA 146-2014/107-2017
EMITIDA POR LA SALA DE LO CONSTITUCIONAL)**

Martín Alexander Martínez Osorio⁵⁶.

SUMARIO:

I. INTRODUCCIÓN. II. PUNTOS DE PARTIDA: ASPECTOS BÁSICOS DE LA EXTINCIÓN DE DOMINIO. III. ASPECTOS RELEVANTES DE LA SENTENCIA. IV. PUNTOS DE LA SENTENCIA QUE REQUIEREN MAYOR ANÁLISIS Y DEBATE. V. LA ACTIVIDAD PROBATORIA EN EL PROCESO DE EXTINCIÓN DE DOMINIO. VI. BALANCE Y CONCLUSIÓN GENERAL. VII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS Y JURISPRUDENCIALES.

SINTESIS:

El presente artículo comenta y analiza los puntos esenciales de la sentencia emitida el 28-V-2018 por la Sala Constitucional salvadoreña, acerca de la constitucionalidad de la Ley Especial de Extinción de Dominio y de la Administración de los Bienes de Origen o Destinación Ilícita vigente desde el año 2013. El autor identifica puntos de coincidencia con la mayor parte de la doctrina y jurisprudencia latinoamericana mencionados en la sentencia; pero también, considera que existen tópicos que requieren un mayor debate y análisis, pues pueden generar problemas de interpretación y de eficacia en la aplicación de la extinción de dominio. Por último, considera positivo el reconocimiento que efectúa el alto tribunal salvadoreño.

ABREVIATURAS

Autores Varios	A.A.V.V.
Constitución Salvadoreña	Cn.
Consejo Nacional de Administración de Bienes	CONAB
Ley de Especial de Extinción de Dominio y de la Administración de los Bienes de Origen o Destinación Ilícita	LEDAB
Reglamento de la Ley Especial de Extinción de Dominio	RELEDAB

I. INTRODUCCIÓN.

Recientemente, la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia resolvió, mediante la sentencia dictada el 28-V-2018, dos demandas relativas a la Ley Especial de Extinción de Dominio

⁵⁶ Profesor de Derecho Penal y docente de la Escuela de Capacitación Judicial del Consejo Nacional de la Judicatura de El Salvador.

y de la Administración de los Bienes de Origen o Destinación Ilícita –LEDAB–⁵⁷. De forma conjunta con las pretensiones de inconstitucionalidad establecidas en dichas demandas, la Sala también se pronunció sobre algunos puntos de la reforma efectuada a dicha ley mediante el Decreto Legislativo núm. 734 del 21-VII-2017, en específico, sobre las modificaciones concernientes al carácter autónomo de la acción de extinción de dominio, los bienes por equivalencia, el incremento patrimonial no justificado como presupuesto de aplicación de la extinción de dominio, la introducción de un término de prescripción para el ejercicio de la acción, los efectos del archivo fiscal, las obligaciones probatorias de los sujetos procesales y la administración de bienes, entre otros tópicos.

La referida sentencia del alto tribunal fue sumamente esperada, pues resolvería el fondo de una institución jurídica duramente controvertida, en especial, luego de haber sido aplicada a funcionarios públicos que inicialmente fueron absueltos en procesos de enriquecimiento ilícito⁵⁸. Este hecho generó una intensa discusión política que concluyó en una reforma legislativa que intentó modular sustancialmente el alcance aplicativo de la ley de extinción de dominio⁵⁹.

Ante ello, la Sala Constitucional estableció enfáticamente en su sentencia de fecha 28-V-2018, la existencia de un principio constitucional –reconocido igualmente en el ordenamiento

57 Se hace referencia a los procesos de inconstitucionalidad: el 146-2014 promovido por el abogado Luis Pérez Bennett, y el 107-2017 promovido por el Fiscal General de la República Douglas Arquímedes Meléndez Ruiz. Esta última demanda fue contra del decreto legislativo número 734/2017 que modificaba sustancialmente el régimen sustantivo y procesal de la extinción de dominio.

58 Hace referencia a las interminables discusiones acerca de la constitucionalidad de la extinción de dominio en El Salvador: VELADO ESCOBAR, *La jurisdicción especializada en extinción de dominio en El Salvador: breve análisis histórico, legal, doctrinario y jurisprudencia de sus principales instituciones*, en: A.A.V.V., XI Certamen de Investigación jurídica, Comisión Coordinadora del Sector Justicia, San Salvador, 2017, Pág. 71. Sin duda alguna, estas objeciones de inconstitucionalidad se han manifestado en todos los países en los que se ha implementado la extinción de dominio. Véase: MÚNERA MÁRQUEZ/OSMARES ESCOBAR, *Extinción del derecho de dominio en Colombia*, Edit. Académica Española, Saarbrücken, 2012. Especialmente en las Págs. 75-78. Lo mismo aconteció en México, al respecto COLINA RAMÍREZ afirma que las leyes de extinción de dominio en diversos Estados en la nación azteca – especialmente la Ley Federal– derivan de un movimiento punitivo populista y que “...vulnera en mucho de los sentidos los derechos de los gobernados”. Al respecto, véase: COLINA RAMÍREZ, *Consideraciones generales sobre la Ley Federal de Extinción Dominio*. Edit. Ubijus, México D.F., 2010, Pág. 30. Como se verá a lo largo de este trabajo, yo me encuentro en total discrepancia de estos enfoques.

59 Hacemos referencia al Decreto Legislativo n° 734 de 18-VII-2018. Publicado en el Diario Oficial n° 137, tomo 416, de 24-VII-2017.

secundario— *de que nadie puede obtener provecho económico ni de otra índole derivado del cometimiento de hechos delictivos*. Asimismo, enfatizó que sobre los bienes cuyo origen derivan de acciones criminales no se puede reconocer titularidad jurídica alguna; por ende, no pueden tener una cobertura jurídica que ampare a quien ejerce el dominio sobre ellos. Por último, la sentencia en comento aclara que todos aquellos bienes que se destinan para cometer hechos punibles, carecen igualmente de reconocimiento y protección jurídica, ya que mediante su utilización ilícita se dejó de cumplir la función social a que está reservada la propiedad, de acuerdo con lo establecido en el art. 103 de la carta magna⁶⁰.

II. PUNTOS DE PARTIDA: ASPECTOS BÁSICOS DE LA EXTINCIÓN DE DOMINIO.

Antes de entrar en el análisis de la sentencia constitucional antes citada, conviene efectuar algunas consideraciones generales acerca de la extinción de dominio. Ella es una consecuencia jurídico-patrimonial en cuya virtud —previo a un juicio correspondiente en el que se observan las garantías del debido proceso y mediante una sentencia de carácter declarativo, se desvirtúa que quien aparece como propietario, poseedor o tenedor, pueda serle reconocido algún derecho sobre un bien, conjunto de bienes o ganancias derivadas de los mismos, cuando estos se encuentren comprendidos en alguna de las causales o presupuestos establecidos en el art. 6 de la LEDAB y aparezcan relacionados con las actividades ilícitas establecidas en el art. 5 LEDAB⁶¹.

60 Dice el art. 103 de la Constitución salvadoreña: “[s]e reconoce y garantiza el derecho a la propiedad privada en función social”.

61 Esta definición coincide con lo expuesto en la Ley Modelo en su art. 2: “...*consecuencia patrimonial de actividades ilícitas consistente en la declaración de titularidad a favor del Estado, de los bienes a que se refiere esta ley, por sentencia de autoridad judicial, sin contraprestación, ni compensación alguna*”. Definición que, por cierto, resulta compartida en el art. 8 de la LEDAB, así como en los arts. 2 letra d) y 5 de la Ley de Extinción de Dominio de Guatemala y el art. 4 de la Ley de Privación Definitiva del Dominio de Bienes de Origen Ilícito de Honduras. En el mismo sentido se expresa la Corte Constitucional colombiana cuando la define en su sentencia de 13-VIII-1997 –C-374/97–: “[l]a extinción del dominio es una institución autónoma, de estirpe constitucional, de carácter patrimonial, en cuya virtud, previo juicio independiente del penal, con previa observancia de todas las garantías procesales, se desvirtúa mediante sentencia, que quien aparece como dueño de los bienes adquiridos en cualquiera de las circunstancias previas por la norma lo sea en realidad, pues el origen de su adquisición, ilegítimo y espurio, en cuanto contrario al orden jurídico, o a la moral colectiva, excluye a la propiedad que se alegaba de la protección otorgada por el artículo 58 de la Carta Política. En consecuencia, los bienes objeto de la decisión judicial correspondiente pasan al Estado sin lugar a compensación, retribución ni indemnización alguna”.

Se trata de una reacción legal autónoma contra el patrimonio criminal. Por ende, no puede considerarse su naturaleza jurídica como penal, civil o administrativa sancionadora *stricto sensu*, pues es *in rem*, es decir, enfocada a bienes concretos, determinados y con valor económico sobre los cuales una persona ostenta una titularidad “aparente”⁶².

Esto hace que, en *prima facie*, la extinción sea diferente al comiso penal, porque este último en su sentido más tradicional, requiere de la declaratoria de culpabilidad penal para poder privar al condenado de los objetos, instrumentos, productos y ganancias derivadas del delito y únicamente respecto de los que sean de su propiedad⁸. En cambio, la acción de extinción de dominio no requiere declaratoria de culpabilidad penal del propietario o poseedor; es totalmente independiente del proceso penal y puede ir dirigida contra terceros que los adquieran o posean, siempre y cuando conozcan o adviertan su procedencia ilícita. De ahí deriva su clara autonomía del Derecho penal⁶³.

Existen tres razones fundamentales que explican la introducción de la extinción de dominio en diversos ordenamientos jurídicos latinoamericanos.

1. La primera es de naturaleza político-criminal, ya que la extinción de dominio es un instrumento que tiene como finalidad contrarrestar el poder económico de las organizaciones criminales y las redes de corrupción, golpeando sus recursos financieros y debilitándolas en forma progresiva hasta su inoperancia⁶⁴. Debe recordarse que las formas colectivas y

62 Retomando nuevamente la jurisprudencia emitida por la Corte Constitucional colombiana, en la sentencia de 28-VIII1997 –C-409/97– sostuvo que la extinción de dominio “no tiene el mismo objeto del proceso penal, ni corresponde a una sanción de esa índole. Su carácter autónomo, con consecuencias estrictamente patrimoniales, tiene fundamento en el mismo texto constitucional y corresponde a la necesidad de que el Estado desestime las actividades ilícitas y las contrarias al patrimonio estatal y a la moral pública, exteriorizando mediante sentencia judicial, que quien pasaba por titular del derecho de dominio no lo era, por el origen viciado del mismo, en cuanto no podía alegar protección constitucional alguna”.

63 Dice el art. 10 LEDAB: “[l]a acción de extinción de dominio es de naturaleza jurisdiccional, de carácter real y de contenido patrimonial en cuanto se dirige contra bienes de origen o destinación ilícita”.

64 Menciona SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ que la confiscación [entendida como comiso para nuestros países] de bienes y ganancias procedentes del delito es una sanción sumamente disuasoria y eficaz en la represión de la criminalidad organizada, muy por encima de la privación de libertad. Al efecto señala: “[d]esde luego no significa que deba renunciarse a las penas de privación de libertad, de derechos o la multa, junto a las cuales ejercería su función complementaria la confiscación. No olvidemos que en algunos ordenamientos no se contempla ya como pena, sino como una sanción de diferente naturaleza, generalmente civil, mientras que en otros, como el español, es debatida su naturaleza”. Véase: SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, *La*

empresariales de criminalidad obtienen exorbitantes ingresos monetarios que les permiten desarrollarse y expandirse a nivel mundial⁶⁵. Por otra parte,

⁸ Establece el art. 128 del Código Penal: “Comiso: [s]in perjuicio de los derechos de adquirentes de buena fe a título oneroso y de las mejoras que hayan introducido o de las erogaciones que hayan hecho los adquirentes a título gratuito, el juez o tribunal ordenará el comiso o pérdida en favor del Estado, de los objetos o instrumentos de que se valió el condenado para preparar o facilitar el hecho. El comiso no será procedente en caso de hechos culposos. El comiso sólo procederá cuando los [objetos] o instrumentos sean de propiedad del condenado o estén en su poder sin que medie reclamo de terceros. Cuando la pérdida resulte desproporcionada con la gravedad del hecho que motive la condena, el juez o tribunal podrá dejarla sin efecto, restringirla a una parte de la cosa u ordenar un pago sustitutivo razonable al Estado”.

la introducción de estas ingentes cantidades monetarias derivadas del tráfico de drogas, armas, de trata de personas y la extorsión al circuito económico mediante la creación de empresas, negocios, aseguradoras, casas de préstamos, etc., desincentiva la actividad económica en general, y genera una competencia desigual con aquellos empresarios que operan bajo el respeto a las reglas del derecho¹². Adicionalmente –como señala ZUÑIGA RODRÍGUEZ– la criminalidad organizada necesita del poder político para asegurar la impunidad de sus servidores y para aumentar su capacidad de influencia en la sociedad, lo que se realiza mediante la corrupción del aparato gubernamental⁶⁶; de esto deriva un tratamiento desigual del

criminalidad organizada. Aspectos penales, procesales, administrativos y policiales. Edit. Dykinson, Madrid, 2005, Págs. 166-188. En nuestra doctrina nacional, LANGLIOS CALDERÓN afirma igualmente que la extinción de dominio tiene como objeto “extraer el patrimonio ilícito del crimen organizado”. Véase su trabajo: *Breves nociones de la autonomía de la extinción de dominio y diferencias con el Derecho civil, Derecho penal y Derecho administrativo*, en: A.A.V.V., X Certamen de investigación jurídica, Comisión Coordinadora del Sector Justicia, San Salvador, 2016, Pág. 182.

65 Afirma GÓMEZ DE LLIAÑO: “[e]n las organizaciones criminales, el delito carece, por sí mismo, de importancia, al constituir únicamente un instrumento para procurar un fin material del lucro. En la medida que el crimen organizado pueda obtener sus ingentes ganancias económicas mediante el recurso a métodos legales, la actuación delictiva quedará en segundo plano. Organización criminal y empresa material comparten, junto con semejanzas estructurales, principios de actuación. En ambas, la maximización del beneficio económico y el raciocinio empresarial del provecho emergen como común denominador”. Véase: GÓMEZ DE LLIAÑO FONSECA-HERRERO, *Criminalidad organizada y medios extraordinarios de investigación*, Edit. Colex, Madrid, 2004, Pág. 58.

66 *Ibíd.* Pág. 564. En igual sentido, afirma ZARAGOZA AGUADO, que no es aventurado reconocer el enorme poder corruptor de estas organizaciones criminales y los elevados niveles de complicidad que encuentran en las instituciones políticas y en los aparatos administrativos de los Estados, con el doble objetivo de reducir los riesgos derivados de la aplicación de la ley y de interferir los mecanismos institucionales de decisión, particularmente en aquellos países cuyo sistema político no es lo suficientemente estable y firme. Al efecto, véase su artículo:

ciudadano honrado en comparación con quienes se relacionan directa o indirectamente con los diversos tentáculos de estas organizaciones mafiosas, ya que éstos siempre van a obtener prerrogativas y ventajas de las que no puede gozar la generalidad⁶⁷.

2. En segundo lugar, existen compromisos internacionales que obligan al Estado salvadoreño a crear mecanismos jurídicos que permitan combatir el accionar de las organizaciones criminales y de aquellos que para enriquecerse económicamente se valen del incorrecto ejercicio de la función pública. Así, el art. 5 de la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas

(1988) obliga a los Estados suscriptores a adoptar las medidas necesarias para autorizar la

¹² Afirma ZUÑIGA RODRÍGUEZ, que el fin lógico de estas organizaciones criminales es poder aprovechar sus ganancias ilícitas, y esto sólo lo pueden hacer invirtiendo el dinero negro en la economía legal y la economía formal. Sostiene la profesora peruana que a través de complejos sistemas financieros de sociedades ficticias, paraísos fiscales, movimientos de capitales, funcionarios bancarios inescrupulosos, el dinero proveniente del mercado del crimen se recicla. Sobre este enfoque, véase su artículo: “Tratamiento político-criminal de la delincuencia transnacional en la sociedad global: un inventario de problemas y propuestas”. En: ZUÑIGA RODRÍGUEZ, *Criminalidad de empresa y criminalidad organizada*, Edit. Jurista Editores, Lima, 2013, Pág.564.

Instrumentos para combatir el lavado de activos y enriquecimiento proveniente del narcotráfico, en: A.A.V.V., *Narcotráfico, política y corrupción*, Edit. Temis, Bogotá, 1997, Págs. 190-197.

67 Existen otros efectos que podemos identificar en el ámbito de la corrupción gubernamental. Para el caso, ANDRES IBAÑEZ sostiene que las actividades ilegales dentro del aparato estatal, poseen un efecto multiplicador: los procesos de corrupción pervierten pautas inconstitucionales, patrimonializan parcelas de poder, detraen recursos públicos, repercuten, encareciéndolo, sobre el precio de bienes esenciales de uso y consumo, propician actividades depredadoras de quienes –en primera línea– hacen el trabajo sucio, alimentan prácticas claramente antidemocráticas, envilecen la política, y, en fin, desmoralizan a la ciudadanía –véase su artículo: “*Tangentopoli* tiene traducción al castellano”, en A.A.V.V., *Corrupción y Estado de Derecho*, Edit. Trotta, Madrid, 1996, Págs. 100-109 –. Existen efectos específicos que son claramente visibles, por ejemplo, la distorsión que crea al incidir en una menor competencia en los procesos de contratación pública, y con ello, una disminución en la inversión gubernamental. Esto debido a que, si las empresas deciden participar, deben tener en cuenta la inversión que harán en sobornos y pagos a intermediarios para obtener sus contratos, lo cual supone dos cosas: primero, que no todas las empresas pueden participar ya que no tienen los recursos monetarios que les exigen los funcionarios corruptos; y segundo, las empresas elegidas intentarán recuperar los “costes de la corrupción” junto con el resto de costes que harán en el proyecto, esto de por sí, supone una carga adicional al presupuesto público. Sobre este planteamiento: MURIEL PATINO, “Economía, corrupción y desarrollo”, en: A.A.V.V., *La corrupción: aspectos jurídicos y económicos*, Edit. Ratio Legis, Salamanca, 2000, Págs. 27-31.

incautación y comiso del producto derivado de los delitos ahí contemplados, así como de los materiales y equipos u otros instrumentos utilizados o destinados para cometer los hechos tipificados en la referida Convención. De igual forma, el art. 12 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (2000) establece la necesidad de introducir a los ordenamientos jurídicos las medidas necesarias para la identificación, la localización, el embargo preventivo o la incautación de los productos, bienes, equipos u otros instrumentos destinados a ser utilizados por el crimen organizado. Por último, el art. 54.1 letra c) de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, recoge de igual manera lo expuesto en los instrumentos internacionales *supra* citados, agregando “la posibilidad de adoptar las medidas que sean necesarias para permitir el decomiso de esos bienes sin que medie una condena, en casos en que el delincuente no pueda ser enjuiciado por motivo de fallecimiento, fuga o ausencia, o en otros casos apropiados”.

En este último sentido, el Grupo de Acción Financiera Internacional –conocido como GAFI⁶⁸– en el apartado 4 de sus *40 recomendaciones* estableció: “[...]os países deben adoptar medidas similares a las establecidas en la Convención de Viena, la Convención de Palermo y el Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo, incluyendo medidas legislativas, que permitan a sus autoridades competentes congelar o incautar y decomisar lo siguiente, sin perjuicio de los derechos de terceros de buena fe: (a) bienes lavados; (b) producto de, o instrumentos utilizados en, o destinados al uso en, delitos de lavado de activos o delitos determinantes, (c) bienes que son el producto de, o fueron utilizados en, o que se pretendía utilizar o asignar para ser utilizados en el financiamiento del terrorismo, actos terroristas u organizaciones terroristas, o (d) bienes de valor equivalente. [...] Los países deben considerar la adopción de medidas que permitan que tales productos o instrumentos sean decomisados sin que se requiera de una condena penal (decomiso sin condena), o que exijan que el imputado demuestre el origen lícito de los bienes en cuestión que están sujetos a decomiso, en la medida que este requisito sea compatible con los principios de sus legislaciones nacionales”.

La evolución legal internacional, derivada de los anteriores instrumentos normativos, originó modalidades especiales de comiso. Así, en la actualidad, se habla de “comiso sin condena”, “comiso in rem” o “decomiso de activos” –que se abrevia en el ámbito internacional como **NCB**–

68 El Grupo de Acción Financiera internacional (GAFI) fue fundado en el año 1990, y dentro de su actividad ha desarrollado las denominadas “40 recomendaciones” que se constituyen en el estándar internacional que los países deben adoptar para combatir eficazmente el lavado de dinero y activos así como del financiamiento del terrorismo.¹⁶ Sostienen GREENBERG y otros que el comiso penal tradicional es una orden *in personam*, una acción contra la persona (por ejemplo, el Estado contra John Smith). Requiere de un juicio y una condena y constituye a menudo parte del proceso de sentencia. No obstante, el requisito de una condena penal significa que el gobierno debe primero establecer la culpabilidad “más allá de toda duda razonable” o que el juez se encuentre “íntimamente convencido”. De

. Doctrinariamente, es una acción contra el activo mismo, separada totalmente de cualquier proceso penal y de la declaración de culpabilidad de su titular¹⁶. Únicamente se requiere comprobar la prueba que la propiedad esté “manchada” (es decir, la propiedad es producto o instrumento del crimen)¹⁷. Este instituto presenta dos formas de implementación: (a) la europea, con el comiso sin condena⁶⁹, y (b) en algunos países de América Latina, con la extinción de dominio que ha sido implementada en Colombia, México, Perú, Bolivia, Guatemala, Honduras y El Salvador.

Es así que la extinción de dominio –como una modalidad del comiso sin condena– busca superar las deficiencias que ha presentado el comiso como una consecuencia accesoria indefectiblemente vinculada al proceso penal y cuya aplicación requiere de forma ineludible la declaratoria de responsabilidad penal del titular de los bienes⁷⁰. Esto ha quedado demostrado en la experiencia de diversos países suramericanos, donde la privación de las grandes fortunas

69 El art. 127 ter. del Código Penal español –conforme la reforma legislativa efectuada en el año 2015 de acuerdo a la Decisión Marco 2005/212/JAI de 24-II-2005 y la Directiva de la Unión Europea 2014/42 de 3-IV-2014– es un ejemplo palpable de esta evolución en Europa: “...[e]l juez o tribunal podrá acordar el decomiso previsto en los artículos anteriores aunque no medie sentencia de condena, cuando la situación patrimonial ilícita quede acreditada en un proceso contradictorio y se trate de alguno de los siguientes supuestos: (a) que el sujeto haya fallecido o sufra una enfermedad crónica que impida el enjuiciamiento y exista el riesgo de que puedan prescribir los hechos; (b) se encuentra en rebeldía y ello impida que los hechos puedan ser enjuiciados dentro de un plazo razonable, o (c) no se le imponga pena por estar exento de responsabilidad criminal o por haberse ésta extinguido [...] El decomiso al que se refiere este artículo solamente podrá dirigirse contra quien haya sido formalmente acusado o contra el imputado con relación al que existan indicios racionales de criminalidad cuando las situaciones a que se refiere el apartado anterior hubieran impedido la continuación del procedimiento penal”.

70 En igual sentido, SANTANDER ABRIL afirma que la extinción de dominio comparte algunas características con las modernas clases de comiso penal desarrolladas en Europa (comiso ampliado, comiso sin condena, comiso de bienes de terceros y comiso por valor equivalente); las cuales, también han sido construidas a partir de las deficiencias del comiso penal tradicional. En otras palabras, como explica el referido autor, tanto la extinción de dominio –como las modernas modalidades de comiso– comparten el fin de superar las dificultades de las clásicas formas de comiso penal, centrandó su principal diferencia, en que estas nuevas formas de comiso se reconocen, de manera independiente a la declaratoria de responsabilidad penal; mientras que la extinción de dominio resulta ser más ambiciosa, pues no sólo pretende trascender el límite de la responsabilidad punitiva, sino que además, se va a desarrollar y declarar de manera autónoma e independiente de un proceso penal. Véase su artículo: “La emancipación del comiso del proceso penal: su evolución hacia la extinción de dominio y otras formas de comiso ampliado”, en: A.A.V.V., *Combate del lavado de activos desde el sistema judicial*, Departamento contra la delincuencia organizada transnacional/Organización de los Estados Americanos, E.E.U.U., 2017, Pág. 36.

amasadas por los narcotraficantes, era impracticable por no existir una condena ni mucho menos un proceso penal iniciado, sea porque: existía alguna causa que extinguía la responsabilidad penal –v. gr. la muerte del delincuente–, había sido declarado ausente dentro del proceso penal o los bienes se encontraban en cabeza de terceros –personas naturales o jurídicas–. Por otra parte, en el ámbito de la corrupción, puede acaecer que la petición de exención de fuero parlamentario no prospere, impidiendo el procesamiento penal de algún congresista relacionado con actividades delictivas (art. 238 Cn.).

forma distinta, el comiso penal puede basarse en el objeto, lo que significa que la autoridad procesal tiene que probar que los activos en cuestión son productos o instrumentos del decomiso del valor del beneficio que el delincuente obtiene del crimen, sin probar la conexión entre el crimen y el objeto específico de la propiedad. Véase, GREENBERG y otros, *Recuperación de activos robados. Guía de buenas prácticas para el decomiso de activos sin condena*, Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento/Banco Mundial, Washington/Colombia, 2009, Págs. 10-11- ¹⁷ *Ibíd.*, Págs. 10-11.

3. La tercera razón que avala la introducción de la extinción de dominio en el Derecho interno es de carácter constitucional. Esto es, que tanto la adquisición de bienes derivada de ganancias ilícitas como el uso o destinación de los mismos para la preparación y ejecución de actividades delictivas, son acciones que no poseen cobertura constitucional alguna que las ampare contra el Estado, por ende, no pueden quedar justificadas en un ejercicio irrestricto del derecho de propiedad o de posesión. En otras palabras, estos derechos fundamentales no pueden estar sujetos a un entendimiento tan individualista que faculte a realizar absolutamente todo y tengan por ello una preponderancia ilimitada sobre otros derechos, principios y valores constitucionales con los que pueda entrar en colisión. Al contrario, es un derecho sujeto a límites derivados del interés social y el bien común como valores inspiradores de la misma carta magna.

Como señala VELADO ESCOBAR: “...el derecho de propiedad (...) no puede predicarse como absoluto, pues el ejercicio del mismo reconoce restricciones legítimas que inclusive la Constitución expresa en el contenido de la función social de la propiedad, por ello, la antigua visión de uso, disfrute y abuso de los bienes no tiene aplicación en todo su sentido, puesto que la propiedad habrá de servir no sólo a los intereses individuales sino también a los colectivos, permitiendo una adecuada interacción del orden social; así no toda expresión de la propiedad *per se* genera un ámbito desmedido de su utilización, y la ley puede con fines del bien común generar razonables restricciones por ese sentido social que la Constitución establece del derecho de propiedad”⁷¹.

⁷¹ VELADO ESCOBAR, *La jurisdicción especializada en extinción de dominio*, citado, Pág. 73.

A esto hace referencia el art. 103 inciso primero del estatuto fundamental al decir que: “[s]e reconoce y garantiza el derecho a la propiedad privada en función social”. De tal precepto se colige que, si bien el propietario o poseedor tiene la facultad de utilizar sus bienes para la consecución de un provecho particular, también, tiene una correlativa obligación de respetar las reglas contenidas en el ordenamiento jurídico en general y no disponer de los mismos con el fin de dañar los bienes jurídicos de otros ciudadanos o atentar contra la colectividad en general. En igual sentido se expresa el constituyente en el art. 22 al normar que: “[t]oda persona tiene derecho a disponer libremente de sus bienes conforme a la ley. La propiedad es transmisible en la forma en que determinen las leyes”.

Como sostiene acertadamente TRILLERAS MATOMA, el titular del derecho de propiedad a través del tiempo ha gozado de protección por parte del Estado, siempre y cuando en la apropiación originaria se haya ceñido a los métodos o formas de adquisición del dominio, establecidos en las leyes civiles como aspecto formal; pero además de ello, el ordenamiento jurídico también le exige el cumplimiento de requisitos de carácter sustancial, relacionados con los bienes jurídicos superiores que orientan el Estado, como es el caso de la prevalencia del interés general, el trabajo, la solidaridad y el orden justo, constituyéndose en limitaciones tanto en la adquisición como en la transferencia del derecho de propiedad contenidas en la regulación de la propiedad privada adoptada por el constituyente⁷².

III. ASPECTOS RELEVANTES DE LA SENTENCIA.

Las anteriores puntualizaciones son la base que permiten analizar la sentencia emitida por la Sala Constitucional, cuyas premisas esenciales son: (a) nadie puede sacar provecho de un acto ilícito en el que ha participado; (b) la extinción de dominio se ejerce contra los titulares “aparentes” de bienes que tienen un origen ilícito o que hayan sido destinados para la realización de actividades delictivas. Los primeros, por existir una causa ilícita conforme las reglas de validez que establece el ordenamiento jurídico en general. Y los segundos, por no cumplir en su utilización con la función social a que se encuentran obligados como titulares; (c) la extinción de dominio es parte de una política criminal legítima y necesaria para contrarrestar el potencial económico de las organizaciones criminales, como también, para el combate eficaz contra los actos de corrupción gubernamental. Esta última, se caracteriza en la sentencia, como una práctica que atenta contra los derechos fundamentales de todos los salvadoreños⁷³; (d) los

72 TRILLERAS MATOMA, *La acción de extinción de dominio: autonomía y unidad en el ordenamiento jurídico colombiano*. Trabajo de grado para optar al título de magister en Derecho, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2009, Pág. 25.

73 Existe un aspecto interesante de la sentencia, cuando caracteriza a la corrupción como un problema de Derechos humanos, pues afecta intensamente el derecho de igualdad, al establecer un trato privilegiado de unas personas por sobre otras. Ello es correcto, más de algún sector

convenios internacionales relativos al combate de la corrupción, al crimen organizado y al narcotráfico, imponen al Estado salvadoreño obligaciones de regulación de instrumentos normativos que permitan la incautación y comiso de medios, instrumentos y productos derivados de tales actividades. Y (e) el límite aplicativo de la extinción de dominio está representado por los derechos adquiridos por los terceros de buena fe. Es decir, a favor de aquellos que obran con lealtad o rectitud en el nacimiento del acto jurídico, en virtud que tienen una “razonable convicción” de quien entrega el bien opera dentro del marco de legalidad. Aquí, la Sala Constitucional hace la siguiente precisión: para que los derechos del tercero puedan resultar protegidos éste debe comprobar una buena fe cualificada, es decir, un mínimo de diligencia acerca de la situación jurídica del bien que van a adquirir o poseer; asimismo, debe tener una mínima información acerca del presunto propietario⁷⁴. Veamos estos razonamientos con mayor detalle:

1. Los magistrados firmantes destacan que el derecho a la propiedad –esto es: uso, goce y disposición de los bienes– se encuentra disciplinado por *normas constitucionales de carácter constitutivo* y *normas de carácter regulativo*²⁴. Las primeras condicionan la producción y existencia de situaciones jurídicas, mientras que las segundas consisten en mandatos concretos a quienes ejercitan derechos como el de la propiedad y el de la posesión. A partir de esta distinción, la adquisición de los bienes se producirá siempre y cuando se satisfagan las normas constitutivas que disciplinan el negocio jurídico –v. gr. el requisito de causa lícita establecido en el art. 1316 del Código Civil–²⁵. Si nos encontramos ante una causa ilícita –aquella prohibida por la ley o contraria a las buenas costumbres o al orden público– el Derecho no puede reconocer tal titularidad. Por otra parte, sostienen que la adquisición ilícita de los bienes no constituye justo título, y aun en el caso de la prescripción adquisitiva extraordinaria, pues las situaciones contempladas en la LEDAB trascienden de lo meramente particular a lo social²⁶.

doctrinal estima que la corrupción puede constituir una vulneración del art. 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966, pues los Estados suscriptores se comprometen a mejorar progresivamente las condiciones de sus habitantes. De no poder realizar ello como consecuencia de una generalizada práctica de la corrupción gubernamental, se genera el fenómeno de la “regresión”, pues los Estados no cuentan con los recursos económicos para satisfacer las necesidades más elementales de la población. Adicionalmente, esto puede llegar a ser caracterizado como un delito de lesa humanidad en los países que se encuentran en extrema pobreza. Véase, JIMÉNEZ GARCÍA, *La prevención y lucha contra el blanqueo de capitales y la corrupción*, Edit. Comares, Granada, 2015, Págs. 109-110.

74 Coincide en este punto con lo resuelto por la Corte Constitucional colombiana cuando afirmó en la sentencia de 23-X1997 –C-539/97–: “[e]n el caso del tercero de mala fe, que ha recibido el bien ilícitamente adquirido y lo ha incorporado a su patrimonio a sabiendas de la ilicitud, para aprovechar en su beneficio la circunstancia o con el objeto de colaborar al

Así, de acuerdo con el texto de la sentencia, se distingue entre *propietarios legítimos o regulares*, que son aquellos que han logrado consolidar en su esfera jurídica el derecho de propiedad sobre un bien determinado, en razón que han cumplido con todas las normas constitutivas de la propiedad derivadas de la Constitución y la ley, y los *propietarios putativos o aparentes*, que son los que revisten la apariencia de propietarios legítimos pero que no han cumplido las normas constitutivas exigibles para la adquisición de la propiedad. En este último caso, hay un acto jurídico de cobertura que parecería legitimar su derecho de dominio sobre un bien específico, pero éste se encuentra viciado.

2. Sostiene el fallo, que una vez que el bien se ha adquirido en forma lícita, es decir, con apego a las normas constitutivas del derecho de propiedad, el ejercicio que se haga del derecho de dominio está sujeto a la observancia de normas regulativas como las establecidas en los arts. 22, 23, 103 inc. 1° y 106 de la Constitución. En otras palabras, el uso de los bienes debe reportar una utilidad o beneficio de naturaleza colectiva. Esto se impone en razón de la función social que desempeña la propiedad. En consecuencia, un bien destinado a actividades delictivas no cumple función social alguna. Como dice claramente la sentencia: "...una vez que ha adquirido el bien, al propietario le es prohibido destinarlo a fines ilícitos (...) toda persona se encuentra en la libertad de disponer de los

delincuente, o de encubrir el delito, será afectado por las consecuencias que acarrea la sentencia de extinción de dominio, pero no porque se lo haya encontrado penalmente responsable del delito cometido por su tradente y que dio lugar a la adquisición del bien por parte de aquél, sino en tanto en cuanto admitió entre sus haberes el de ilegítima procedencia, enterado como estaba de que el Derecho colombiano rehusaba avalar la propiedad correspondiente".²⁴ Sobre las normas constitutivas y normas regulativas, véase: ATIENZA/MANERO, *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, 4° Edición, Edit. Ariel, Barcelona, 2016.

²⁵ Dice el art. 1316 del Código Civil: "[p]ara que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad es necesario: (1) Que sea legalmente capaz, (2) Que consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio; (3) Que recaiga sobre un objeto lícito; y (4) Que tenga una causa lícita. La capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma, y sin el ministerio o la autorización de otra".²⁶ Véase el romano tercero de la sentencia en análisis.

bienes de su propiedad, la cual abarca incluso la destrucción de los mismos, siempre que tal acción no se lesione el orden público o los derechos de terceros".

Es a partir de esta distinción que empieza a establecer la compatibilidad constitucional de la extinción de dominio afirmando que no se trata de una sanción penal o administrativa, sino de un instrumento que se adecua a las disposiciones constitucionales que estatuyen normas

constitutivas y regulativas acerca del derecho de propiedad. En suma, la extinción de dominio: (a) es una consecuencia jurídico-patrimonial autónoma, aún y cuando se enfile contra las personas naturales o jurídicas que pretendan afirmar la adquisición o uso legítimo del bien; (b) se desarrolla mediante el ejercicio de acción de naturaleza *in rem*, de forma independiente de quien sea su titular; (c) el ejercicio de la acción de extinción de dominio da lugar a un proceso jurisdiccional con amplias oportunidades de contradicción; y (d) culmina con una sentencia de corte declarativo.

3. Por otra parte, se considera que la prohibición de la retroactividad desfavorable contenida en el art. 21 de la Constitución no tiene sentido alguno, ya que tanto la ley secundaria como la Constitución únicamente protegen aquellas situaciones jurídicas que se han consolidado al cumplir las condiciones necesarias para su surgimiento⁷⁵. En tal sentido, es enfática la sentencia en afirmar que “...la prohibición de retroactividad es una garantía que favorece situaciones jurídicas consolidadas [y] no protege aquello que no ha sido conformado con base al derecho vigente”. Tal aseveración la efectúa respecto a la adquisición de bienes con origen delictivo. Respecto a los bienes por destinación, aquí el argumento no es la falta de consolidación de un derecho, sino la permanencia de una situación incompatible con la función social que la propiedad o la posesión está llamada a cumplir⁷⁶.

75 Dice el art. 21 de la Constitución: “[l]as leyes no pueden tener efecto retroactivo, salvo en materias de orden público, y en materia penal cuando la nueva ley sea favorable al delincuente”.

76 Afirma la sentencia “...la aplicación de la LEDAB no modifica, limita o extingue ningún derecho subjetivo, sino que declara o constata la forma ilegítima en que han sido adquiridos. En el caso de los bienes destinados a fines ilícitos, el argumento ya no se centra en la falta de consolidación del dominio o propiedad sobre un bien, sino en el carácter permanente de una situación jurídica incompatible con la función social de la propiedad”. Una argumentación similar puede advertirse en la sentencia emitida el 1-X-2013 –ref. RI 706-11– por la Sala Constitucional hondureña: “[e]l Estado no puede avalar o legitimar la adquisición de la propiedad que no tenga como fuente un título válido y honesto, es decir, que la propiedad se obtiene en cierto modo mediante la observancia de los principios éticos, en consecuencia, la protección estatal, no cobija a la riqueza que proviene de la actividad delictuosa de las personas, es decir, no puede premiarse con el amparo de la autoridad estatal la adquisición de bienes por la vía del delito; importante también resulta anotar, que como sobre los bienes adquiridos directa o indirectamente de una actividad ilícita no puede consolidarse derecho alguno, es evidente entonces que tampoco podrá transmitirse la propiedad de los mismos por quien figure como su titular, consecuentemente en el caso del heredero o legatario de un bien adquirido directa o indirectamente de una actividad ilícita, también sufrirá las consecuencias del fallo de extinción de dominio, sin que pueda reclamar derecho de herencia alguno, dado que en razón de la ilícita procedencia del bien, el causante no les ha transmitido ningún derecho”.

4. Argumentos similares se aprecian respecto a la posibilidad de establecer un término de prescripción para el ejercicio de la extinción de dominio. Recordemos que la reforma legislativa del año 2017 pretendió establecer dos términos de prescripción (una de diez y otra de treinta años) contados a partir de la adquisición o destinación ilícita del bien mediante la adición de un nuevo precepto a la LEDAB –el art. 12-A–⁷⁷. En este punto, el pronunciamiento en la sentencia es drástico pues recalca que la aplicación de la extinción de dominio es imprescriptible en cuanto a la adquisición ilícita porque tiene efectos permanentes y la destinación implica un carácter continuado. En otras palabras, *la transgresión a la legalidad perdura en el tiempo*.

Adicionalmente recalca el fallo, que el paso del tiempo no puede ser una circunstancia que legitime la adquisición del patrimonio; mucho menos, si se trata de bienes producto de crímenes que se relacionan con el lavado de dinero, corrupción, crimen organizado, terrorismo, tráfico de armas, trata de personas, narcotráfico, delitos informáticos y los que atenten contra la hacienda pública. Se trata, sostienen los magistrados firmantes, de realidades que deben ser prevenidas, investigadas, sancionadas y erradicadas.

5. Un punto que merece destacarse es el relativo a los bienes por equivalencia. Recordemos que el Decreto Legislativo 734/2017 quiso eliminar esta figura, y la Sala Constitucional afirmó que ello no es posible por dos razones: (a) tiene un fundamento claramente marcado en la concreción de la justicia, pues pretende evitar que quien realice un acto ilícito pueda obtener una ventaja derivada de él. En otras palabras, impide toda posibilidad de aprovecharse económicamente de los bienes con origen ilícito o de los que deriven del mismo; y (b) el ordenamiento internacional impone la incorporación de esta figura en el derecho interno. Así lo estipula el art. 5 de la Convención de Viena (1988), el art. 12 de la Convención de Palermo (2000) y art. 31 de la Convención de Mérida (2003). Sostiene la sentencia que “...todas las mencionadas convenciones se refieren a actividades que el Estado está obligado a combatir y erradicar, y que producen violaciones directas o indirectas a los derechos fundamentales”⁷⁸.

77 Señalaba la reforma efectuada a la LEDAB: “[a]rt. 12-A.- La acción de extinción de dominio prescribirá en diez años, contados a partir de la adquisición o destinación ilícita de los bienes. (...) En los casos de los delitos cometidos mediante la modalidad de crimen organizado, maras o asociaciones y organizaciones de naturaleza criminal, actos de terrorismo y delitos relacionados con drogas el plazo de la prescripción será de treinta años contados a partir de la adquisición o destinación ilícita de los bienes”.

78 Sostiene la sentencia en examen: “...la reforma orientada a suprimir las posibilidad de extinguir el dominio sobre bienes equivalentes, desconoce las obligaciones internacionales contraídas por el Estado salvadoreño, y viola, en consecuencia, el contenido de las convenciones precitadas, lo que se traduce en la violación por la acción refleja del art. 144 Cn.”.

Al respecto GÁLVEZ VILLEGAS señala, que la introducción de esta figura –bienes por equivalencia– en los ordenamientos jurídicos tiene por objeto evitar que el agente delictivo – con la finalidad que los instrumentos, medios o productos del delito sean intervenidos por las autoridades estatales– busca alejarlos del delito o transformarlos, de modo que sea difícil –en muchos casos imposible– su vinculación con el hecho delictivo; con ello, el agente delictivo pretende frustrar la actuación de la administración de justicia y a la vez mantener a salvo su “patrimonio criminal”⁷⁹. Esta es la razón fundamental por la cual goza de legitimidad legal y constitucional la regulación de los bienes equivalentes: el principio de no tolerancia al enriquecimiento injusto mediante la privación de los efectos generados por delito, de forma independiente de las transformaciones que pudiere tener⁸⁰. Pero además, busca compensar al Estado cuando existió una pérdida de los bienes que pretendía comisar o extinguir su dominio⁸¹.

Esto fue claramente expuesto por la Corte Constitucional colombiana en su importante sentencia de 28-VIII-2003 –ref. C-740/2003–: “[q]uien adquirió bienes gracias al ejercicio de actividades ilícitas, intentará darles apariencia de licitud transfiriéndolos a terceros y adquiriendo con su producto otros no vinculados directamente al ejercicio de tales actividades. En estos supuestos, de no proceder la extinción sobre bienes equivalentes, se estaría permitiendo la consolidación de un patrimonio adquirido mediante títulos injustos y este efecto, desde luego, es contrario a la pretensión del constituyente de que sólo goce de protección el patrimonio que es fruto del trabajo honesto”⁸².

79 GALVEZ VILLEGAS distingue entre comiso sustitutivo y el comiso por valor equivalente, y aunque ambas categorías se refieran al comiso, resulta pertinente su análisis con relación a la causal establecida de la letra f) del art. 6 LEDAB. En el primer caso, el agente delictivo ha enajenado los bienes mediante la intervención de un tercero de buena fe y a título oneroso, por tanto, dicho tercero ha adquirido un título incuestionable sobre el bien, frustrándose de ese modo su incautación y decomiso. Por otra parte, el comiso por valor equivalente se presenta cuando el agente oculta, destruye, consume, enajena o transfiere el bien materia de comiso a un tercero. La diferencia entre ambas radica en que en este último caso, no se ha determinado la existencia del bien o el efecto obtenido como contraprestación, pero si la existencia de bienes o activos pertenecientes al agente, y por tanto, hay que decidir si resulta razonable o no comisar los bienes de la titularidad del agente que se han identificado. Al respecto, véase su obra: GÁLVEZ VILLEGAS, *Decomiso, incautación y secuestro*, Edit. Ideas Solución Editorial, 2° Edición, Lima, 2015. Pág. 85.

80 GRACIA MARTÍN, en: GRACIA MARTÍN/BOLDOVA PASAMAR/ALASTUEY DOBÓN, *Lecciones de las consecuencias jurídicas del delito*, 1° Edición, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, Pág. 369.

81 *Ibíd.*

82 Comenta GALVEZ VILLEGAS, que las aseveraciones efectuadas por la Corte constitucional colombiana son acertadas, pues no se está afectando derecho alguno (del agente del delito) toda vez que a través de la comisión del delito no puede surgir un verdadero derecho real a su favor.

6. Con relación al procedimiento, es importante hacer mención a la inconstitucionalidad del art. 28 inc. 3° LEDAB reformado, redacción que pretendía otorgarle el carácter de cosa juzgada al archivo definitivo que dicte el fiscal³⁵. En este punto, resulta conveniente afirmar que la cosa juzgada es una proyección de la seguridad jurídica que resguarda la estabilidad y permanencia de la solución jurídica al caso, pues no permite un nuevo enjuiciamiento sobre lo mismo. Por ese exclusivo carácter “jurisdiccional” no puede considerarse una prerrogativa que quede bajo la competencia del fiscal. En esto es explícita la sentencia cuando señala que “la cosa juzgada pertenece a la jurisdicción”. Y establece que por medio de ella, “el ordenamiento jurídico pretende que se alcance una declaración judicial, en relación con la pretensión planteada, que no podrá ser atacada ni contradicha por medio de providencias de otros órganos judiciales”. De ahí que el archivo, o más bien, la naturaleza del archivo, no puede significar la intromisión de las competencias estatales, ni mucho menos, un obstáculo “al órgano judicial o a las víctimas de poder desplegar sus funciones o de avocarse a él a requerir que cumpla con su función de juzgar y ejecutar lo juzgado”.

IV. PUNTOS DE LA SENTENCIA QUE REQUIEREN MAYOR ANÁLISIS Y DEBATE.

No queda más que coincidir con los puntos anteriormente analizados de la sentencia de inconstitucionalidad en examen, pues resaltan las características básicas de la extinción de dominio. Sin embargo, existen tópicos que hubieran requerido un análisis más detenido y un razonamiento más acorde con la finalidad que persigue su introducción al ordenamiento jurídico salvadoreño. Por ello es oportuno referirse a algunos aspectos que hubieran requerido de una mayor claridad argumentativa por parte del alto tribunal:

1. Uno de ellos es la distinción entre la extinción de dominio y la figura del enriquecimiento ilícito de servidores públicos contemplada en el art. 240 de la Constitución. Anteriormente, en la sentencia el 9-II-2018 –Inc. 6-2016–, la Sala de lo Constitucional sostuvo que, históricamente, el enriquecimiento ilícito es un mecanismo adicional que sirve para la persecución y castigo de la corrupción gubernamental más allá de la aplicación de la justicia penal. Y se trata, según los textos de discusión y aprobación del proyecto de Constitución, de una “responsabilidad civil concretada en la restitución”. Este aspecto revela una clara autonomía del instituto de extinción de dominio respecto del enriquecimiento sin justa causa debido a que esta última se fundamenta en un inapropiado desempeño de la función pública como elemento definidor de su aplicación. Mientras que la extinción de dominio atiende a la discusión de los ámbitos de

Véase: *Decomiso, incautación y secuestro*, citado, Pág. 87. ³⁵ Decía el inc. 3° del art. 28 LEDAB: “[e]l archivo será de carácter definitivo y tendrá la fuerza de cosa juzgada cuando transcurridos (sic) los doce meses no surjan nuevos indicios o evidencias que permitan fundamentar la acción de extinción de dominio y no podrá reabrir el caso por ninguna circunstancia”.

validez del derecho de propiedad o posesión sobre determinados bienes o su utilización en actividades delictivas, lo cual trasciende más allá de la corrupción gubernamental.

Esto es reconocido en la sentencia de 28-V-2018 –Inc. 146-2014– como una característica distintiva entre ambos institutos. Adicionalmente, en dicho pronunciamiento se establecieron otras diferencias relevantes: *(a)* que el enriquecimiento ilícito es una acción constitucional, mientras que la extinción de dominio es una figura legal que persigue fines constitucionalmente legítimos; *(b)* el enriquecimiento ilícito no se aplica a particulares que participan en actos de corrupción mientras que la extinción de dominio sí; *(c)* el enriquecimiento ilícito está sujeto a un plazo de diez años luego que el funcionario haya dejado su cargo, mientras que la extinción de dominio no está sujeta a ningún plazo de prescripción. Pese a estas notas que dotarían de cierta autonomía a la acción de extinción de dominio, la Sala Constitucional estableció la primacía aplicativa del enriquecimiento ilícito por sobre la extinción de dominio en los casos de incremento patrimonial no justificado de funcionarios y empleados públicos –situación que es contemplada también en la letra c del art. 6 LEDAB–⁸³.

Al respecto la Sala Constitucional afirmó “...en razón del carácter constitucional del enriquecimiento ilícito, la extinción de dominio no puede pretender anular la aplicabilidad del art. 240 Cn. porque ello implicaría desconocer la supremacía de esta disposición frente a la LEDAB”. A partir de aquí empieza a desarrollar ciertas reglas de aplicación para salvaguardar tal prevalencia, estas son: *(a)* ambos institutos operan de forma simultánea o sucesiva si se tratan de distintos bienes; *(b)* si son los mismos bienes, prevalece en enriquecimiento ilícito por tener rango constitucional y referirse al incorrecto ejercicio de la función pública; *(c)* a los bienes que no quedaron comprendidos dentro de la acción de enriquecimiento ilícito –por su ocultamiento, encubrimiento por terceros, etc.– puede aplicárseles la extinción de dominio; *(d)* los particulares que intervinieron en los actos de corrupción gubernamental que originaron el enriquecimiento ilícito se encuentran sometidos al régimen de extinción de dominio; y *(e)* el aumento de capital o los bienes obtenidos por los servidores públicos que no se relacionen con el correcto ejercicio de la función pública les es aplicable la extinción de dominio.

Ahora bien, sostiene la sentencia que tales reglas impeditivas de la persecución simultánea o sucesiva por ambos procesos jurisdiccionales en el caso de los mismos bienes, deriva de la prohibición del doble juzgamiento contemplado en el art 11 Cn., así como de los institutos procesales de la cosa juzgada y la litispendencia con los cuales se relaciona la referida garantía constitucional.

⁸³ Dice el art. 6 LEDAB: [s]on presupuestos de la procedencia de la acción de extinción de dominio, los siguientes: [...] Cuando se trate de bienes que constituyen un incremento patrimonial no justificado de toda persona natural o jurídica, por no existir elementos que razonablemente permitan considerar que provienen de actividades lícitas.

Esta conclusión merece ciertas observaciones. En diferentes pronunciamientos, la misma Sala Constitucional ha señalado que el principio de *ne bis in idem* desarrolla toda su proyección garantista cuando concurre la denominada triple identidad –*eadem res, eadem personam e eadem causa petendi*–⁸⁴. Así, en la sentencia de 29-IV-2013 –Inc. 18-2008–, se ha reconocido que la prohibición de la múltiple persecución cuenta con una vertiente sustantiva del que impide la imposición de la doble condena por un mismo hecho, y una vertiente procedimental que conjura la posibilidad de un doble procedimiento sucesivo o simultáneo pero, siempre y cuando se establezca la confluencia de los referidos tres presupuestos; si falta alguno de ellos, se permitiría la duplicidad sancionatoria. Para el caso, la misma sentencia reconoce que no se inobserva el principio *ne bis in idem*, cuando opera un *diverso fundamento* aun y cuando se trate del mismo objeto o persona, y resuelve que en el caso de un servidor público que dentro de sus funciones cometa un delito que atente con la Administración Pública, caben tanto la sanción penal como la disciplinaria, por tener ambas un fundamento distinto⁸⁵.

Partiendo de lo anterior, caben dos procesos con el mismo objeto aunque con motivos o intereses protegidos distintos. Si el interés protegido es el mismo –sea por el principio de especialidad, de acuerdo al rango constitucional o los fines que los diversos ordenamientos jurídicos persiguen– no es posible el proceso simultáneo o posterior⁸⁶. Esta es la línea que al parecer sigue la Sala Constitucional, que pese a reconocer la autonomía de la extinción de dominio la subordina al juicio de enriquecimiento ilícito, aunque admitiendo sus diferencias. Lo discutible de esto son los efectos prácticos: si se aplica el régimen establecido en el art. 240 Cn., y se obtiene una sentencia de no enriquecimiento ilícito, su efecto de cosa juzgada anularía la posibilidad de proseguir la extinción de dominio con relación a los bienes y ganancias obtenidas por el funcionario público tratándose de diferentes actividades delictivas desde el entendimiento que ambos institutos persiguen el mismo interés jurídico protegido.

84 Sobre la triple identidad, véase: PEREZ MANZANO, *La prohibición constitucional de incurrir en el bis in idem*, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, Págs. 87 y ss.

85 No obstante ello, condiciona la aplicación de la sanción disciplinaria a que ella verse sobre aspectos no conocidos por el juez penal y que sean de estricta competencia de la Administración dentro del ámbito de la relación de supremacía especial que existe con relación al subordinado.

86 Como sostiene PEREZ MANZANO, esta noción de fundamento como interés o razón jurídica concreta, es adecuada al fundamento material de la prohibición de doble sanción por cuando representa la concreción del principio de proporcionalidad. Ahora bien, esto no significa analizar dos normas para concluir en caso de existencia de la duplicidad normativa que se ha infringido la prohibición, sino de analizar si las dos sanciones se sustentan en un presupuesto jurídico diferente o idéntico. Tampoco se trata de analizar la concurrencia normativa desde criterios exclusivamente lógicos sino desde la perspectiva material de la concurrencia de infracciones, esto es, de los distintos contenidos de injusto plasmados en las normas sancionadoras. Véase, su obra: *La prohibición constitucional del bis in idem*, ob. cit., Pág. 120.

Y aquí es donde se plantea una objeción, pues la sentencia confunde los requisitos del *ne bis in idem*, en particular: los objetos y los motivos. Puede haber *un proceso de extinción de dominio – simultáneo o posterior– si se reconoce que esta figura responde a fines distintos del enriquecimiento ilícito. En otras palabras, pueden existir dos enjuiciamientos sobre los mismos bienes si el motivo es distinto*⁸⁷.

Como muy bien señala la sentencia de 9-II-2018, el enriquecimiento ilícito responde a un incorrecto ejercicio de la función pública que da lugar a un exorbitante incremento de capital, pero él mismo no deviene de actuaciones en que aparezca relacionada la hacienda pública, no existe problema alguno en proseguir una acción distinta para comprobar si se han respetado las formas y requisitos jurídicos establecidos en el ordenamiento jurídico respecto a la adquisición de esos bienes. Desde esta óptica, el enriquecimiento ilícito es una forma de responsabilidad civil administrativa derivada del incorrecto ejercicio de la función pública que persigue la restitución de aquello que le ha sido sustraído al Estado. Así lo reconoce la misma sentencia cuando señala los requisitos de aplicación de la figura del art. 240 Cn.; (a) los posibles sujetos activos del enriquecimiento ilícito son los funcionarios o empleados públicos; (b) su objeto material son los diversos elementos que componen la Hacienda Pública; y (c) persigue la restitución de lo adquirido ilegítimamente.

En otras palabras, al ser un instituto jurídico que persigue una finalidad distinta a la extinción de dominio cabe su aplicación simultánea o sucesiva, aun y cuando se trate de los mismos bienes – por ejemplo: cuando el aumento de capital deviene de actos relacionados con actividades de peculado pero también del tráfico de drogas–. Asimismo, cabe la hipótesis que en el juicio de enriquecimiento ilícito se compruebe que tal incremento de capital deriva de hechos delictivos ajenos a la función pública. El funcionario puede resultar absuelto del juicio de enriquecimiento ilícito pero sus bienes encontrarse sujetos a la extinción de dominio.

Sin embargo, al parecer, la Sala Constitucional ensayó otra opción interpretativa que puede deducirse del texto de la sentencia y es el entendimiento del enriquecimiento ilícito *como una forma particularizada de extinción de dominio para los casos de corrupción gubernamental*. Desde tal perspectiva, caben todas las consecuencias establecidas en la sentencia, tales como la

⁸⁷ Esto puede acontecer también en el proceso de extinción de dominio cuando puedan operar dos causales sobre el mismo bien. Por ejemplo, como sostiene RIVERA ARDILLA, en una primera sentencia se discute el origen ilícito y el propietario logró probar el origen lícito; pero en el nuevo proceso, respecto del mismo bien y propietario, la acción jurisdiccional se justifica por haber sido utilizado el bien como medio para desarrollar una actividad ilícita. Cuando es diferente la causal, aunque se trate del mismo bien y propietario, no se transgrede el principio de cosa juzgada. Véase: RIVERA ARDILLA, *La extinción de dominio*, Edit. Leyer. Colombia, 2014, Págs. 80-81.

decisión en el juicio de enriquecimiento posee el efecto de cosa juzgada e impide una ulterior persecución de los bienes, ya que las finalidades de ambos institutos jurídicos sería la misma desde un plano general: *el principio de no tolerancia al enriquecimiento injusto*. Desde esta perspectiva, sí es correcta la posición de la sentencia al entender que nos encontramos ante una misma institución jurídica que persigue un combate efectivo de la corrupción regulada tanto en la Constitución como en la normativa secundaria.

Tomando postura ante estas dos opciones interpretativas, la distinción entre ambos institutos no sólo deviene de los particulares ámbitos de validez de cada una de ellas conforme lo establece la sentencia, sino que es posible encontrar una diferencia sustancial: *la finalidad del enriquecimiento ilícito es netamente restitutoria de lo que el funcionario o empleado se ha apropiado al ejercer una función pública y por ello debe ser reintegrado al rubro presupuestario del cual se sustrajo. Mientras que en la extinción de dominio, lo que se discute es la conformidad del título jurídico que ampara al dominio del bien, logrando con ello remediar una situación jurídica irregular. Por otra parte, el destino de los bienes extinguidos se encuentra estrictamente delimitado en el art. 94 LEDAB⁸⁸.*

En otras palabras, en el enriquecimiento ilícito se persigue un fin netamente restitutorio de lo sustraído al Estado debido a un incorrecto ejercicio de la función pública, mientras que la extinción de dominio persigue asegurar el respeto a los valores constitucionales que disciplinan la obtención de riqueza: el trabajo honesto, el fomento y protección a la propiedad intelectual, la libertad de empresa y la función social de la propiedad. Por ende, el único límite admisible para la no aplicación posterior de la acción de extinción de dominio es cuando se ha resarcido plenamente lo sustraído al Estado o cuando el servidor público demuestra de forma fehaciente que el aumento de su capital deviene de actividades lícitas debidamente comprobadas, lo cual será un aspecto que impedirá el ulterior proceso de extinción de dominio –lo que se denomina el efecto negativo de la cosa juzgada–. Sin embargo, si se demuestra dentro del proceso de enriquecimiento sin justa causa, que el capital emergente deviene de actividades delictivas ajenas a los diversos contenidos de la hacienda pública o el mismo comprende no únicamente afectaciones al erario estatal sino a la sociedad en general es válida la aplicación de la extinción de dominio.

2. Una vez que se ha establecido la distinción de ambos institutos jurídicos conviene resolver otro punto estipulado en la sentencia de 28-V-2018, y es cuáles son los actos de los servidores

88 Coincido en este punto con lo expuesto por LANGLOIS CALDERÓN, cuando afirmó que la extinción de dominio opera más como un mecanismo de garantía de los derechos de propiedad y sus medios para obtenerla, lo cual la dota de autonomía tanto del Derecho civil como el Derecho administrativo. Véase su trabajo: *Breves nociones de la autonomía de la extinción de dominio*, citado, Pág. 256.

públicos que van a quedar comprendidos dentro del enriquecimiento ilícito y cuáles van a quedar residualmente comprendidos en la extinción de dominio. En este punto, la sentencia afirma que siempre será aplicable el enriquecimiento ilícito, cuando se den los tres elementos anteriormente mencionados: (a) los sujetos activos de enriquecimiento ilícito son los funcionarios o empleados públicos; (b) se afecte cualquiera de los componentes de la hacienda pública o municipal establecidos en el art. 223 Cn.; y (c) dicha afectación no necesariamente provenga de administrar, manejar, autorizar o custodiar fondos públicos.

Como se desprende, este criterio es distinto al resuelto por la Sala de lo Civil en la sentencia de apelación dictada 18-V-2018 –Expediente 12-APC-2017– que estableció la no responsabilidad por enriquecimiento ilícito de un parlamentario, porque éste –al ejercer una función legislativa– no se encuentra en una posición institucional que le facilite el contacto con el patrimonio del Estado.

En la resolución del recurso, la Sala de lo Civil estableció: “...la ventaja atribuida por la parte actora, se advierte que la misma recae sobre un funcionario público que no administró o manejó bienes del erario público, es decir, no ha ostentado una posición institucional que le permita direccionar haberes estatales a su patrimonio, y tal como se ha venido sosteniendo, por dicha razón, no tiene legitimación pasiva para figurar como demandado”. No obstante ello, los magistrados de la Sala de lo Civil establecieron que, al existir indicios de que este capital emergente proviene de una fuente con origen criminal, cabe el ejercicio de la acción de extinción de dominio de acuerdo al art. 17 LEDAB⁸⁹.

De lo anterior podemos colegir una dualidad de criterios, por un lado el de que estamos ante una interpretación que permite una aplicación amplia del enriquecimiento ilícito –la de la Sala de lo Constitucional–, pues va más allá de la simple administración de la *res* pública; y, por otro lado, un criterio más restrictivo que requiere de tal requisito –defendido por la Sala de lo Civil–. En este último caso de no comprobarse la administración o manejo de una cosa pública cabe la extinción de dominio.

Dejando de lado la fuerza normativa y jerárquica que posee la interpretación realizada por la Sala de lo Constitucional –al ser considerado como el máximo intérprete de la Constitución– ,

⁸⁹ Sostiene la Sala de lo Civil en uno de los considerandos de la decisión dictada el 18-V-2018 –Expediente 12-APC2017–: [d]e todo lo dicho, si debe quedar claro, que el juicio civil por Enriquecimiento sin justa causa está previsto directamente en la Constitución mediante la acción de restitución tiene como fundamento esencial, que el funcionario o empleado público haya administrado bienes de la Hacienda Pública o Municipal, y mediante dicha administración resulte que su patrimonio se encuentra en su capital notoriamente incrementado, de acuerdo a la fecha de toma de posesión y cesamiento del cargo, sin que dicho funcionario o empleado pueda justificar legítimamente dicho incremento”.

era necesario establecer razonadamente por qué el enriquecimiento ilícito también deviene de acciones que no se relacionen directamente con la administración y manejo de la cosa pública como en el caso de los diputados de las distintas fracciones políticas. Y esto era necesario afirmarlo ya que el inciso primero del art. 240 Cn. establece que ese patrimonio personal emergente debe ser “a costa de la Hacienda Pública o Municipal”. El precepto constitucional se relaciona, como ejemplo más paradigmático, con acciones propias del peculado y en las que existe una obligación restitutoria de lo apropiado indebidamente. Sin embargo, en la interpretación establecida en la sentencia 146-2014, expande el ámbito de aplicación del art. 240 Cn. hasta actividades que no supongan directamente un menoscabo al patrimonio público y donde no se origina un deber de restitución.

Para el caso, si el funcionario recibe dádivas o “coimas” –como acontece en el cohecho– que acrecienta su patrimonio personal –v.gr. un parlamentario promueva una determinada reforma legislativa a fin de modificar el Código Penal o eliminar una determinada tasa impositiva– su riqueza no deviene del erario público sino de “pagos” de personas o grupos sociales que persiguen ciertos intereses particulares. Ello no debiera ser materia del procedimiento de enriquecimiento ilícito, sino de la extinción de dominio, pues no se afecta de manera alguna a la hacienda pública. En cambio, aquellos actos que suponen apropiación de fondos públicos para destinarlos a intereses particulares del servidor público –v. gr. compras de vehículos o inmuebles, viajes, cirugías estéticas a terceros, etc.– quedan comprendidos dentro del procedimiento establecido en el art. 240 Cn. pues implican una obligación de restitución.

No obstante lo anterior, lo que es claro en los pronunciamientos de la Sala de lo Constitucional y de la Sala de lo Civil, es cuando el capital emergente devenga de actos ilícitos ajenos a la función pública –v. gr. narcotráfico– se aplicará de forma prevalente la extinción de dominio.

3. Otro punto importante es el “fraude de ley” como una situación que habilitaría la aplicación de la extinción de dominio. El supuesto de hecho consiste en que el servidor público se desvincula “aparentemente” de sus bienes o de su participación como accionista de una empresa para optar a un cargo público o para participar en un proceso de contratación pública. Y esto en clara referencia al caso conocido en el proceso de inconstitucionalidad 163-2013⁹⁰.

En este expediente se conoció el caso de un candidato a la presidencia de la República, que realizó cambios en la administración de una sociedad mercantil dedicada a las comunicaciones – de la cual ostentaba la titularidad juntamente con su esposa– para poder participar en la

90 Me refiero a la sentencia de inconstitucionalidad dictada el 25-VI-2014 –Inc. 163-2013–.

contienda electoral del año 2014. Al efecto, realizó el traspaso a varios de sus familiares para evadir una prohibición constitucional que lo volvía inelegible⁹¹.

La Sala Constitucional advirtió que en su postulación existió un conflicto de intereses, pues el candidato en ningún momento se desvinculó de su empresa, al contrario, utilizó dicha maniobra de cesión encubierta de sus acciones para generar un “fraude de ley”⁹². Y lo caracterizó de la siguiente manera: “...el fraude a la Constitución se comete porque se respeta formalmente la prohibición de ser representante o apoderado de una sociedad concesionaria, pero se incumple sustancial o materialmente la obligación de desvincularse de manera real, completa y efectiva del riesgo de un conflicto de intereses, por la subsistencia de relaciones, nexos o vínculos objetivos con el titular de la concesión estatal”.

El “fraude de ley” se caracteriza por la utilización de una norma jurídica para lograr fines contrarios a los previstos por el ordenamiento jurídico, y supone más que una violación a las reglas jurídicas, una violación a principios jurídicos⁴⁹³⁹⁴. Sin embargo, para efectos de la extinción de dominio, se constituye en un supuesto atípico, pues no existe delito alguno que castigue estas modalidades defraudatorias al sistema electoral. Lo que cabría son efectos anulatorios de carácter administrativo de la candidatura, pero no la aplicación de la extinción de dominio, pues aun y cuando esta última se relacione específicamente con bienes, también se requiere de una conexidad de antijuridicidad con alguna actividad delictiva de las relacionadas en el art. 5 de la LEDAB⁹⁵. Al efecto, si la participación societaria del presunto candidato a

91 Conviene recordar que la Constitución salvadoreña prohíbe en el núm. 6° del art. 127 Cn. postularse si “...se tienen pendientes contratos o concesiones con el Estado para explotación de riquezas nacionales o de servicios públicos, así como los que hayan aceptado ser representantes o apoderados administrativos de aquéllos, o de sociedades extranjeras que se hallen en los mismos casos”.

92 Sostuvo la sentencia al interpretar el término “tener pendientes concesiones con el Estado” implica cualquier vinculación con un concesionario, directa o indirecta, que pueda originar un conflicto de intereses, en los términos antes mencionados, siempre que se entienda que se está en presencia de una verdadera concesión, es decir, el acto jurídico mediante el cual se transmite a un particular una habilitación para que por su cuenta y riesgo y en sustitución del Estado, preste un servicio público o pueda usar, aprovechar y explotar bienes del dominio público; lo cual implica que cualquier actividad diferente de los supuestos indicados, no está comprendida en los alcances de los arts. 152 ord. 7° y 127 ord.

93 ° Cn.”

94 ATIENZA/MANERO, *Ilícitos atípicos*, Editorial Trotta, 2° Edición, Madrid, 2006, Pág.

95 Ilustrativa en este punto es la definición de “actividad ilícita” brindada por el art. 2 del Código de Extinción de Dominio vigente desde el 20-I-2014 en Colombia –Ley 1708–: “[t]oda aquella *tipificada como delictiva*, independiente de cualquier declaración de responsabilidad penal, *así como toda actividad que el legislador considere susceptible de aplicación de esta ley* por deteriorar la moral social” (las cursivas se agregan).

terceros no se origina en operaciones mercantiles delictivas, como el lavado de activos, no veo porqué deben quedar tales participaciones bajo la aplicación de la LEDAB.

Distinto es el caso cuando sea electo y utilice los recursos del Estado para su beneficio particular o de terceros, sea apropiándose de recursos públicos, realizando gestiones en las que favorezca a determinadas empresas o se utilicen sociedades mercantiles como una forma de ocultamiento del dinero obtenido a través de prácticas de corrupción gubernamental; en suma, sí cabe la extinción de dominio en cualquiera de las actividades ilícitas contempladas en el título XVI del Código Penal –delitos contra la Administración Pública–. Por ello, debe tenerse presente, como la misma sentencia de 25VI-2014 lo reconoce, tanto el art. 127 ord. 6° y 152 ord. 7° de la Constitución, son prohibiciones “preventivas” dirigidas a evitar un conflicto entre intereses públicos y privados así como el probable uso patrimonialista que puedan tener los recursos estatales. Pero mientras tales infracciones no produzcan un capital personal emergente derivado de actividades delictivas no se puede aplicar la extinción de dominio.

4. Otro punto que requiere analizar es el relativo a una probable confusión que realiza la sentencia entre los bienes por equivalencia y los derivados de una mezcla entre bienes lícitos e ilícitos. Así la sentencia afirma –refiriéndose a los primeros– que “...aun y cuando estos bienes se confundan con los que el propietario haya adquirido de forma legítima, no estará justificada la intervención proporcionada en el derecho de propiedad mediante la extinción de dominio de la totalidad del bien con el que se ha hecho la confusión y, por tanto, solamente se podrá declarar la pérdida del derecho de propiedad por el valor exacto de los bienes en cuya sustitución se aplica la extinción de dominio”.

Como se sostuvo anteriormente, los bienes por equivalencia son aquellos que reemplazan a los bienes o activos que constituyen el producto del delito, y en los cuales el delincuente ha tenido el éxito de ocultarlos o transferirlos a terceros para frustrar la acción de la justicia. En estos casos, sí funciona la regla de la proporcionalidad pues no se puede sobrepasar el valor aproximado de los que no han sido localizados o incautados. Sin embargo, en el caso de la mezcla, tenemos bienes lícitos que han sido contaminados con bienes de naturaleza ilícita, siendo en muchos casos difícil distinguir cuáles se originan en actividades lícitas y cuáles tienen un origen espurio. El supuesto paradigmático de la mezcla es cuando el líder de una organización criminal decide comprar acciones de una determinada sociedad anónima y, a partir de ello, esta última empieza a realizar inversiones económicas a lo largo del territorio nacional como es la creación de nuevas sucursales o la contratación de personal y la compra de mobiliario. En estos casos, el dinero ilícito “contamina los activos lícitos” y todo este conjunto afecta al sistema económico en general. Ante este supuesto, la aplicación de la extinción de dominio llegará hasta el valor “exacto” de los bienes que deberán ser “sustituídos”.

Sin duda alguna, la sentencia ha tenido en cuenta la regla establecida en el art 5 de la Convención de Viena así como el art. 12 de la Convención de Palermo, que establecen que el monto a privar es hasta el valor estimado del producto entremezclado. Pero debe tenerse en cuenta que los instrumentos internacionales –conociendo la dificultad en muchos casos de cuantificar de forma precisa el valor del producto del delito– únicamente relacionan un valor *probable* más no *exacto* como lo exige la Sala Constitucional en su sentencia.

Adicionalmente, esta regla de proporcionalidad sostenida por el alto tribunal, es válida en aquellos casos en que es posible hacer la distinción entre los bienes lícitos e ilícitos. En efecto, no existe problema cuando podemos determinar el valor de las acciones vendidas por un socio que deja la empresa a un agente delictivo o a su testaferro. Aquí, la extinción de dominio llegará hasta el valor económico de las acciones sin afectar a los otros accionistas de la empresa o a la sociedad misma. Sin embargo, no sucede lo mismo cuando el producto del delito se ha “puesto a trabajar” mediante sucesivas transformaciones que van desde el pago de la nómina del personal hasta la reventa de las cuotas de participación social a terceros. En estos casos, cuando se advierta que la empresa en sí es un medio para realizar el delito de lavado de dinero y activos –en la modalidad de ocultamiento y transformación– deberá aplicarse la extinción de dominio a toda ella. Y esto, en virtud de haber dejado de lado la función social a la que está comprometida la referida persona jurídica.

A tal supuesto se refiere la ya reiteradamente citada sentencia C-740/03 de la Corte Constitucional colombiana cuando afirma: “[q]uien de manera lícita ha accedido al dominio de unos bienes pero no los destina a la generación de riqueza nacional, ni a la preservación del medio ambiente, sino a ocultar o mezclar bienes de ilícita procedencia, incumple la función impuesta por el constituyente a la propiedad e incurre en un comportamiento que puede dar lugar a la extinción”. Claro que en tales casos, deberá comprobarse si la junta directiva era consciente de tal maniobra de blanqueo o, al menos, debía haberlo advertido. De todas maneras, aquí la regla de proporcionalidad a la que hace referencia de la sentencia 146-2014 tiene una clara excepción.

5. Otro punto que debe ponerse en discusión es el relativo a la aplicación de la extinción de dominio –y la adopción de las medidas cautelares en el procedimiento especial– cuando se trate de empresas dedicadas al ámbito de la comunicación. La sentencia en análisis establece que “...tanto la expropiación como la extinción de dominio deberán respetar el límite impuesto por el art. 6 Cn., en el sentido que no puede estatizarse, ya sea por expropiación o cualquier otro procedimiento, las empresas y acciones o cuotas sociales de las empresas de comunicación o publicaciones”. Como puede notarse, la sentencia relaciona el inciso final del art. 6 de la carta magna que establece: “...en ningún caso podrá secuestrarse, como instrumento del delito, la imprenta, sus accesorios o cualquier otro medio destinado a la difusión del pensamiento”.

Sin duda, este párrafo agregado a la sentencia se relaciona con una línea jurisprudencial que arranca con la sentencia de 24-IX-2010 –Inc. 91-2007–, continúa con la emitida el 22-V-2013 –Inc- 3-2008– y se confirma en la 146-2014. De acuerdo a tales pronunciamientos, la tutela constitucional de las libertades de expresión e información es generar una opinión pública libre, en la que se discuten –tan intensamente como sea posible– los aspectos relativos a la conducción de la cosa pública. Aparte de que la garantía del ejercicio de tales derechos es un componente esencial de un gobierno democrático y representativo, también permite la realización del individuo, ya que puede expresar sus opiniones y valoraciones sobre la realidad circundante.

De acuerdo con las referidas sentencias, estas libertades tienen como base recibir opiniones de diversas fuentes informativas aunque resulten contrapuestas, a fin de que el ciudadano puede ponderar opiniones ideológicas diversas e incluso contrapuestas que sirvan para formar su opinión y conocimiento. Para tal fin, el Estado debe garantizar el pluralismo en la titularidad de los medios, combatiendo los monopolios y las intromisiones de grupos de poder en la independencia de los medios de comunicación. Un poco más allá, la sentencia de 22-V-2013, estipula que ninguna autoridad puede limitar u obstaculizar dichas libertades, ni aún bajo el pretexto de que lo que expresará o difundirá pueda subvertir el orden público o lesionará la moral, el honor o la vida privada de otras personas. En los términos del pronunciamiento judicial: “...la censura [de un medio de comunicación] está prohibida, pues la Constitución garantiza el libre ejercicio del derecho a la expresión. El mandato constitucional está destinado a permitir que se deduzcan responsabilidades ulteriores”.

Por tales motivos, los magistrados salientes de la Sala de lo Constitucional, afinaron los recaudos respecto a cualquier incidencia que el Estado –a través del CONAB o cualquier institución gubernamental– pudiera tener al administrar una empresa de comunicación y que pudiera determinar un cambio de la línea editorial o la manera de brindar información. En suma, lo que se intenta proteger es la manifestación de las ideas y los hechos fuera de cualquier injerencia del gobierno de turno o del partido político que se encuentre en el poder. Sin duda estamos en presencia de un fin loable y conforme con la verdadera esencia de un Estado democrático. Sin embargo, este planteamiento genera difíciles problemas respecto a aquellas empresas de comunicación que puedan ser utilizadas para el lavado de activos o que sean instrumentalizadas para la difusión de pornografía infantil, apología al terrorismo o exaltación de ideologías xenófobas por citar los casos más emblemáticos. En tales temas, se considera que la opción de extinguir el dominio del medio de comunicación es la única opción para evitar una continuidad delictiva ya que tampoco existen derechos constitucionales absolutos. Mucho más cuando existan intereses generales prevalentes.

Por ello resulta conveniente tener en cuenta lo establecido en la ya citada sentencia de 22-V-2013 –Inc. 3-2008– cuando señala. “...debe entenderse que toda persona se encuentra en la

libertad de expresar sus pensamientos, opiniones o ideas; sin embargo, cuando tales manifestaciones –sean orales o escritas– poseen la intensidad suficiente para vulnerar otro derecho fundamental, deben ser reprimidas o limitadas”. Por cierto, este mismo pronunciamiento se encarga de recalcar que un Estado se encuentra legitimado para “adoptar medidas encaminadas a reprimir ciertas formas de comportamiento, incluida la comunicación de informaciones e ideas consideradas incompatibles con el respeto a la libertad religiosa o de creencia de los demás”. Razonamientos que también son valederos en las situaciones *supra* mencionadas.

Pese a la posibilidad de que puedan existir casos en que la extinción del dominio de la empresa se presente como una opción adecuada para evitar una continuidad delictiva, mientras que de forma distinta la sentencia pretende evitar toda forma de estatización o incidencia en la línea comunicacional que pudiera darse bajo la administración del CONAB, caben otras opciones que pueden ser analizadas, como la entrega a terceros especializados para su administración en el caso que se haya dictado una medida cautelar (arts. 79 LEDAB y 32 y 33 RELEDAB)⁹⁶. En tal situación, deberá establecerse por parte del CONAB o por el juez especializado –en su función de supervisión y control de la actividad administrativa– la prohibición de incidir de alguna manera en la línea editorial o de información si es que esto resulta pertinente de acuerdo a la naturaleza del medio informativo. Una vez declarada la extinción de dominio, la empresa – juntamente con la frecuencia entendida como un activo más de ella– deberá entrar en un proceso de subasta pública.

V. LA ACTIVIDAD PROBATORIA EN EL PROCESO DE EXTINCIÓN DE DOMINIO.

Con relación a la actividad probatoria, la sentencia 146-2014 estableció que “en un contexto interpretativo que sea armónico con la Constitución, la jurisprudencia de este tribunal (...) y las normas de Derecho Internacional, se concluye que el art. 36 LEDAB no exige a la fiscalía probar, en todos los casos, que un bien tiene un origen o destinación ilícita. Está obligada a realizar la actividad probatoria inicial (art. 27 letra c LEDAB). Cuando después de efectuada esta, resulte que es imposible probar el origen o destinación ilícita de los bienes sujetos a extinción de dominio por el supuesto de procedencia del art. 6 letra c LEDAB, al interesado le corresponderá

96 Establece el art. 32 del Reglamento de la LEDAB –REDELAB– cuando estipula las formas de administración: “[I]os bienes cautelados podrán ser administrados directamente por el CONAB o entregarse a terceros para su administración y disposición, en aquellos casos en que el CONAB no puede asumir directamente la administración o cuándo atendiendo a las circunstancias del caso sea recomendable realizar las contrataciones previstas en el artículo 74 de la LEDAB”.

probar que tales bienes tienen un origen o destinación lícitos⁹⁷. Esta aseveración requiere una interpretación adecuada.

El art. 19 LEDAB señala que “...en el marco de sus competencias constitucionales, corresponde a la Fiscalía General de la República dirigir [...] la investigación, para establecer y fundamentar la concurrencia de uno o más de los presupuestos de extinción de dominio señalados en la presente ley”. De acuerdo con ello, el ministerio público fiscal tiene la obligación de reunir todos aquellos elementos probatorios que permitan concluir que la propiedad o posesión que existe sobre unos bienes no proviene de actividades lícitas, sino, más bien, que su adquisición se relaciona, con alta probabilidad, a actividades delictivas.

Sin perjuicio de lo anterior, el perjudicado tiene la facultad de oponerse a tal pretensión, ejerciendo de esta manera su derecho constitucional de defensa, conforme las facultades establecidas en el art. 14 LEDAB: *(a)* tener acceso al proceso directamente y a través de la asistencia y representación de un abogado desde la presentación de la solicitud, o desde la imposición de las medidas cautelares; *(b)* conocer los hechos y fundamentos que sustentan el proceso en términos claros y comprensibles; *(c)* presentar y solicitar pruebas e intervenir ampliamente en resguardo de sus derechos; *(d)* controvertir las pretensiones que se estén haciendo valer en contra de los bienes; y *(e)* renunciar al debate probatorio y optar por una sentencia anticipada de extinción de dominio.

En síntesis, la LEDAB permite la intervención activa del perjudicado, la posibilidad de aportar prueba en su favor y debatir el material probatorio presentado por el representante del ministerio público fiscal en un plano de igualdad procesal conforme al diseño de un procedimiento de corte adversativo. Por esta razón, es que el anterior art. 36 LEDAB señalaba “corresponde a cada una de las partes probar los fundamentos que sustentan su posición procesal”. Sin embargo, la derogación de esta norma, y su nueva redacción, no suponen obstáculo alguno para entender que existe una igualdad de oportunidades probatorias en un escenario judicial de carácter contradictorio.

Este entendimiento es compatible con la nueva redacción del art. 36 LEDAB, que enfatiza la obligación del ministerio público fiscal de recaudar un conjunto de elementos probatorios que le permitan comprobar el origen o destinación ilícita de los bienes, y en el caso de terceros

97 Esto también se recalca en la sentencia al establecer la diferencia entre la extinción de dominio con el enriquecimiento ilícito, de la siguiente manera: “[l]as presunciones eximen a una de las partes de la carga de la prueba de los hechos presumidos y de la argumentación respecto de ellos; por tanto, la presunción del art. 240 inc. 2° Cn., tiene la función de eximir a la Fiscalía General de la República probar el hecho presunto, siempre y cuando haya acreditado la existencia del hecho base de la presunción”.

descartar su buena fe cuando aparezcan como presuntos titulares⁹⁸. Para ello, debe realizar una variedad de actos de investigación que resultan enumerados en el art. 27 LEDAB, tales como: (a) identificar, localizar y ubicar los bienes sobre los cuales podría recaer la acción, por encontrarse en un supuesto de extinción de dominio; (b) localizar los posibles afectados en sus derechos sobre los bienes que se encuentran dentro de una causal, o a terceros de buena fe; (c) recopilar información o elementos materiales que evidencien la concurrencia de cualquiera de las causales establecidas en el art. 6 LEDAB; (d) acreditar el nexo de relación entre cualquiera de los supuestos para extinguir el dominio, la actividad ilícita que corresponde y los bienes objeto de extinción de dominio; (e) desvirtuar la presunción de buena fe; y (f) decretar las medidas cautelares pertinentes.

Conviene descartar la inclusión de la presunción de inocencia como una garantía procesal aplicable al proceso de extinción de dominio, porque la consecuencia que se dictamina no es una pena. En el proceso penal, el acusado no está obligado a presentar alguna prueba que demuestre su inocencia, correspondiendo al ministerio público probar, más allá de la duda razonable, su culpabilidad. En cambio, en el proceso de extinción de dominio, al no discutirse tales aspectos, sino la validez de los actos que han dado lugar a la propiedad o su mal uso para afectar a los derechos de los demás ciudadanos, los intervinientes tienen iguales posibilidades de presentar prueba y controvertir la presentada por la contraparte, viéndose desmejorada su expectativa de una sentencia favorable si no acreditan probatoriamente lo que alegan. En suma, nos encontramos ante un estándar de prueba menos exigente que el que resulta aplicable en el proceso penal.

No obstante, la anterior regla general puede contar con determinadas excepciones. Así puede exigirse a quien manifiesta ser propietario o poseedor de un bien que adopte una actitud proactiva dentro del proceso, demostrando la licitud de su dominio o la buena fe, pues se encuentra en mejor posición que su contraparte para probarlo –v. gr. detallando o explicando los ingresos monetarios que le permitieron la compra del bien–. Es en este sentido al que se refiere la sentencia 146-2014/107-2017 sobre la necesidad de utilizar cargas probatorias dinámicas, en particular, en la causal contemplada en la letra c) del art. 6 LEDAB referido al incremento patrimonial no justificado⁹⁹.

98 Establece el art. 11 LEDAB: “... [p]ara los efectos de la presente ley, se presume la buena fe exenta de culpa en la adquisición y destinación de los bienes. [...] En cualquier etapa del proceso, el tribunal especializado, podrá reconocer los derechos de los terceros de buena fe exenta de culpa, en todo acto o negocio jurídico relacionado con los bienes objeto de la acción de extinción de dominio”.

99 Reza el art. 6 letra c LEDAB: “[s]on supuestos de la procedencia de la acción de extinción de dominio, los siguientes: [...] c) Cuando se trate de bienes que constituyen un incremento

Así en uno de los considerandos de la sentencia en examen, se afirma que la carga de la prueba debe desplazarse hacia aquella posición procesal que se encuentre en mejores condiciones profesionales, técnicas o fácticas para producirla. Esto debe utilizarse como una forma de “mitigar el rigor” de las reglas probatorias tradicionales, pero siempre y cuando: (a) las partes procesales se encuentren en situaciones fácticas desiguales, y en las que una de ellas tenga una posición de privilegio con el material probatorio, o ser el único que “dispone” de la prueba; y (b) en el respeto de la buena fe procesal, que impone a las partes el deber de actuar correctamente conforme los valores de veracidad, lealtad y probidad procesal.

Los efectos prácticos del planteamiento consisten en que toda persona que adquiere bienes debe tener en su poder documentos que demuestren la procedencia legal de su patrimonio –v. gr. escrituras públicas, facturas, etc.–, y le es exigible presentarlos en el momento procesal oportuno como parte de su derecho de defensa. Como también, en el caso de los bienes por destinación, debe comprobar que desconocía o estaba impedido de conocer el uso delictivo que se les daba a los mismos por terceros. Como se ve, no se trata de obligaciones probatorias que requieren de excesivo esfuerzo, sino de elementos que cualquier persona tiene disponibilidad de mostrar¹⁰⁰.

Cabe advertir en este punto, la influencia ejercida por los instrumentos internacionales tales como las Convenciones de Mérida –arts. 31.8–, la de Palermo –arts. 12.7– y de Viena –art. 5.7–, así como la regla establecida en la recomendación 4 de las Reglas GAFI, que exhortan a los Estados la adopción de medidas legales que permitan a los investigados demostrar el origen de los bienes sujetos a incautación, siendo el referido precepto de la LEDAB una derivación de estas prescripciones de carácter internacional como se reconoce explícitamente en la sentencia.

patrimonial no justificado de toda persona natural o jurídica, por no existir elementos que razonablemente permitan considerar que provienen de actividades lícitas”.

100 Retomando nuevamente el Derecho comparado, la Sala Primera de la Corte de Justicia mexicana, sostuvo al conocer de la Ley de Extinción de Dominio de Distrito Federal en la sentencia de 25-I-2012 –Amparo directo 23/2011– que: “...se impone al afectado la carga de probar la procedencia lícita de los bienes y su actuación de buena fe, así como que estaba impedido para conocer su utilización ilícita, lo que significa que corresponde al actor o Gobierno del Distrito Federal, a través del Ministerio Público, acreditar tanto que se utilizó el bien para cometer delitos de delincuencia organizada, secuestro, trata de personas o robo de vehículos, como que el dueño tenía conocimiento de esa circunstancia, lo que además implica que el afectado tiene la carga de desvirtuar las presunciones e indicios que deriven en su contra y aportar elementos de prueba idóneos para demostrar que tuvo actuación de buena fe y que estaba impedido para conocer la utilización ilícita del bien materia de la extinción de dominio”.

Bajo este mismo razonamiento, la sentencia analiza la presunción de ilicitud contemplada en la reforma legislativa realizada al art. 5 LEDAB párrafo último que expresa: “[p]ara el caso de las organizaciones terroristas, tales como maras o pandillas y crimen organizado se presumirá el incremento patrimonial no justificado para efectos de extinción de dominio”.

Este precepto no fue declarado inconstitucional por la Sala aduciendo tres razones: (a) las presunciones de este tipo no constituyen por sí solas la privación de un derecho ni provoca un daño, lesión, afectación o perjuicio en la esfera jurídica del gobernado, pues su aplicación requiere de una mínima actividad probatoria en la que encuentren sustento – elementos objetivos base–; (b) es una presunción que admite prueba en contrario, es decir, el afectado puede hacer uso de su derecho de defensa, teniendo posibilidad de probar la buena fe; y (c) tienen como base un hecho de la realidad, que los recursos de pandillas y demás organizaciones terroristas, tienen que ser mermados mediante el uso de herramientas de política criminal efectivas.

De inicio, conviene tener presente la incorrecta redacción de la disposición, pues hace referencia a organizaciones o grupos criminales que obviamente no tienen reconocimiento jurídico legal, por ende, lo correcto es referirse a los bienes cuya titularidad se encuentren en manos de sus miembros o sus testaferros que pudieran encontrarse a cargo de su administración, y pueda establecerse una conexión entre ambos extremos juntamente con la actividad delictiva que realice la entidad criminal –v. gr. que los bienes poseídos derivan de actividades delictivas como la extorsión y se encuentran a disposición de sus miembros o colaboradores para darle continuidad al giro empresarial criminal–.

Por otra parte, estamos en presencia de una presunción que la Sala de lo Constitucional, ha identificado como *iuris tantum*, sujetándola a las reglas generales de exigibilidad de la prueba de quien se encuentra en mejor posición para ofrecerla. En otras palabras, la presunción establecida en dicho precepto puede ser desvirtuada por el afectado mediante la presentación de elementos de licitud que desvirtúen la hipótesis establecida en la ley.

Sin embargo, lo expuesto en el texto de la sentencia no puede entenderse como una presunción que dispense al ministerio público fiscal de probar los extremos de la pretensión de extinción de dominio. Al contrario, la Fiscalía General de la República debe recaudar todos aquellos insumos probatorios que demuestren o de los que se pueda inferir —conforme un balance de probabilidades— el origen o la destinación ilícita de los bienes controvertidos dentro del proceso especial y, si no lo hace, obtendrá un resultado desfavorable a los intereses estatales¹⁰¹.

101 Coincido en este punto con ZARAGOZA AGUADO, en el sentido que a veces la expresión utilizada de “inversión de la carga de la prueba” no es la más adecuada, porque no se parte de una ausencia total de elementos de prueba, sino de la existencia de ciertos indicios, o de ciertas

VI. BALANCE Y CONCLUSIÓN GENERAL.

Efectuando un balance de los puntos que se consideran más representativos de la sentencia de inconstitucionalidad emitida el 28-V-2018 –Inc. 146-2014–, el mismo resulta positivo ya que afirma sin ambages la compatibilidad constitucional de la extinción de dominio con los valores que inspiran el modelo de un Estado democrático y constitucional: trabajo honesto (art. 2 Cn.), libertad de empresa (art. 102 Cn.), fomento de la propiedad intelectual (art. 103 párrafo 2° Cn.) como modos de adquisición legítima de la riqueza¹⁰². Pero por otra parte, también se reconoce un límite consustancial al ejercicio de los derechos de propiedad y posesión que radica en su función social. Así, el ejercicio de los mismos no puede ir encaminado a afectar los bienes jurídicos de otros ciudadanos o atentar contra la sociedad en general. A partir de estos fundamentos, la Sala Constitucional razona adecuadamente la aplicación de la extinción de dominio a hechos anteriores a la vigencia de la LEDAB, en la medida que nos encontramos ante situaciones que jurídicamente no se encuentran consolidadas¹⁰³. Tampoco cabe la aplicación de

presunciones que pueden ser inferidas de los hechos que son objeto del proceso, como, por ejemplo, el enriquecimiento espectacular manifestado en grandes inversiones carentes de un origen lícito acreditado. Aparte de ello, señala este autor, que la utilización de presunciones no es algo infrecuente en el ordenamiento jurídico. En los propios delitos de tráfico ilegal de drogas determinados hechos objetivos permiten presumir la intención de tráfico y configurar el tipo penal, lo que obliga a los acusados a una actividad probatoria de descargo para destruir aquellas presunciones. Al efecto, véase su artículo: Instrumentos para combatir el lavado de activos y enriquecimiento proveniente del narcotráfico, en: A.A.V.V., *Narcotráfico, políticas y corrupción*, Edit. Temis, Bogotá, 1997, Págs. 190-197. Más allá llega ROXIN, afirmando que la presunción de inocencia y el principio *in dubio pro reo* dentro del proceso penal, han entrado en una crisis por el devenir de la criminalidad económica y organizada, pues en algunas ocasiones fracasa la posibilidad de probar la culpabilidad de alguien, generalmente a causa de inconvenientes probatorios insuperables, esto ha dado lugar a la inversión de la carga de la prueba como acontece en el lavado de dinero donde el sospechoso debe justificar la procedencia legal de su patrimonio. Véase su: *Derecho procesal penal*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2000. Especialmente en la Pág. 112.

102 Esto se encuentra claramente establecido por los legisladores en el Considerando IV de la LEDAB cuando se afirmó: “[q]ue la única vía que existe en El Salvador para la construcción del patrimonio y la riqueza es la del trabajo honesto y con estricto apego a las leyes de la República, en consecuencia, los derechos enunciados en el primer considerando no serán reconocidos por el Estado, ni gozarán de protección constitucional ni legal, cuando se trate de bienes de interés económico, de origen o destinación ilícita.

103 En este punto, el fallo examinado coincide con lo expuesto por la referida sentencia C-374-97 pronunciada por la Corte Constitucional colombiana cuando afirmó: “[s]i el Derecho positivo nunca reconoció ni protegió una determinada situación, precisamente porque procedía directa o indirectamente de una transgresión al orden jurídico, no puede el infractor reclamar una

la prescripción al tratarse de situaciones que se mantienen de forma permanente, y de las que no podrían “sanearse” con el transcurrir de un determinado periodo de tiempo, so pena de legitimar lo delictivamente adquirido como una suerte de “lavado de activos” a cargo del Estado¹⁰⁴.

No obstante lo anterior, subsiste la necesidad de afinar la argumentación jurídica y, posiblemente, de revisar más de algún criterio jurisprudencial en temas como el relativo a los límites con el enriquecimiento ilícito sin justa causa de los servidores públicos, la cuestión de los bienes mezclados y su límite en la proporcionalidad, el rol que las presunciones legales pueden tener en el ámbito de un proceso judicial de naturaleza adversativa y hasta dónde llegan las potestades de control jurisdiccional en las funciones de administración que ejerce el CONAB entre otros.

Empero conviene tener presente, que la sentencia prioriza en destacar la legitimidad constitucional de la extinción de dominio como un instrumento de política criminal destinado a deteriorar el poder económico de grupos y organizaciones delictivas y que se encuentra en consonancia con los más altos valores que orientan al Estado salvadoreño¹⁰⁵. Quizás, se hubiera

inmunidad ante la acción del Estado ni tampoco le es dable pretender, distorsionando las garantías constitucionales, recuperar o conservar lo obtenido en contra de la ley. No sería racional ni justo que alguien pudiera sacar provecho de una conducta lesiva de la normatividad sólo porque después, y precisamente para afirmarla y hacerla valer, el Constituyente o el legislador introducen mecanismos aptos para sacar a flote la ilicitud antecedente y para deducir los resultados prácticos de la misma. No debe el Estado a través de su inercia, premiar a quien no ha obedecido la ley, ni la jurisdicción impedirle, por un mal entendido alcance del principio de no retroactividad de las leyes, forzarlo a sanear aquello que siempre estuvo viciado”.

104 Como aclara MARTÍNEZ SÁNCHEZ: “[e]sta intemporalidad de la extinción de dominio es perfectamente coherente con su naturaleza, puesto que si se limitara en el tiempo la posibilidad de declararla, ello sería equivalente a habilitar un mecanismo legal para subvertir el origen o destinación ilícita de los bienes, y revestir de legalidad alguna que nunca lo tuvo o lo perdió. En otras palabras, sería el equivalente a crear un mecanismo legal de “lavado de activos”, para que los delincuentes pudieran revestir de legalidad sus enormes fortunas mal habidas”. Véase su artículo: “La extinción de dominio y la acción de extinción de dominio en Colombia”. En A.A.V.V., *Extinción del derecho de dominio en Colombia. Nuevo Código de Extinción de Dominio colombiano*, Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC), Bogotá, 2015, Pág. 11.

105 Esta argumentación es igualmente compartida, por ejemplo, por el Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, cuando señaló en su sentencia de 19-IV-2013, –Exp. 02073-2012-05-CCP –: “[l]a extinción de dominio de bienes, surge como respuesta frente al enriquecimiento ilícito, proveniente fundamentalmente de actividades relacionadas al crimen organizado, corrupción pública, lavado de dinero, tráfico de personas y otras, buscando atacar de manera directa a las fuentes de financiamiento de estas actividades, desestimulando la

requerido en su texto que enfatizara con mayor claridad, que sus presupuestos suelen ser distintos a los que integran el Derecho penal y que son más cercanos al Derecho Civil, pero con el matiz que se trasciende de una visión estrictamente particular propia del Derecho privado a una más social lo cual aporta una perspectiva diferente. De ahí su naturaleza peculiar o *sui generis*¹⁰⁶.

Esto lleva consigo que el régimen de garantías constitucionales resulte distinto al que opera con relación al *ius puniendi* estatal¹⁰⁷. En consecuencia, si exigiéramos un estándar similar al régimen punitivo y administrativo sancionador, volveríamos impráctica e inútil la extinción de dominio. Esta es la experiencia aprendida que reporta la reciente reforma legislativa en El Salvador en la que se intentó establecer límites normativos disfuncionales con su singular naturaleza jurídica.

VII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS Y JURISPRUDENCIALES

A) JURISPRUDENCIA

Corte Constitucional de Colombia

conformación de redes delictivas y disuadiendo a quienes esperan beneficiarse por sus crímenes y enriquecerse sin justa causa, reduciendo así el número de delitos procesables, en momentos en que los métodos y mecanismos tradicionales de lucha contra el crimen resultan insuficientes e inclusive fallidos”.

106 En efecto, SANTANDER ABRIL enfatiza que la extinción de dominio, no es otra cosa que un instituto que acoge las distintas clases o circunstancias del comiso penal para ser reconocidas a través de un procedimiento de carácter *in rem*, Sin embargo, al sacar el comiso de su marco penal, no se puede seguir predicando que su naturaleza jurídica siga siendo la misma, ya que no se puede adscribir al sistema mixto de imputación penal, pues a pesar de que la extinción de dominio conserva elementos y fines comunes con el comiso penal, sus fundamentos de legitimación varían sustancialmente. Al respecto, véase su artículo: “La emancipación del comiso del proceso penal: su evolución hacia la extinción de dominio y otras formas de comiso ampliado”, en: A.A.V.V., *Combate del lavado de activos desde el sistema judicial*, Departamento contra la delincuencia organizada transnacional/Organización de los Estados Americanos, E.E.U.U., 2017, Pág. 35.

107 Esta idea ya había sido advertida tempranamente sobre el comiso en el Derecho penal español. Así lo sostuvo en su momento GRACIA MARTÍN cuando afirmó que a las referidas consecuencias accesorias no se les puede dotar de un régimen de garantías como el que se existe en Derecho penal, pues ello conllevaría a volver inoperante su aplicación. Dicha consideración también es aplicable en este caso a la extinción de dominio. Véase: GRACIA MARTÍN, en: GRACIA MARTÍN/BOLDOVA PASAMAR/ALASTUEY DOBÓN, *Lecciones de consecuencias jurídicas*, citado, Págs. 368-369.

- Sentencia de 13-VIII-1997 –Ref. C-374/97–.
- Sentencia de 28-VIII-1997 –Ref. C-409/97–.
- Sentencia de 23-X-1997 –Ref. 539/97–.
- Sentencia de 28-VIII-2003 –Ref. C-740/03–.

Corte Suprema de Justicia de la Nación, Sala Primera de Distrito Federal (México).

- Sentencia de 25-I-2012 –Amparo 23/2011–.

Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador ☐ Sentencia de apelación de 18-V-2018 –Ref. 12-APC-2017–.

Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador ☐ Sentencia de 24-IX-2010 –Inc. 91-2007–. ☐ Sentencia de 29-IV-2013 –Inc. 18-2008–.

- Sentencia de 22-V-2013 –Inc. 3-2008–.
- Sentencia de 28-V-2018 –Inc. 146-2014/107-2017–.
- Sentencia de 9-II-2018 –Inc. 6-2016–.
- Sentencia de 18-V-2018 –Inc. 163-2013–.

Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Honduras ☐ Sentencia de 1-X-2013 –Ref. RI 706-11–.

Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia

- Sentencia de 19-IV-2013 –Exp. 02073-2012-05-CCP –.

B) DOCTRINA

Andrés Ibáñez, *“Tangentopoli tiene traducción al castellano”*, en: A.A.V.V., *Corrupción y Estado de derecho (El papel de la jurisdicción)*, Edit. Trotta, Madrid, 1996.

Atienza/Manero, *Las piezas del Derecho*, 4º Edición, Edit. Ariel, 2016.

Atienza/Manero, *Ilícitos atípicos*, Edit. Trotta, Madrid, 2000.

A.A.V.V., *La corrupción: aspectos jurídicos y económicos*, Edit. Ratio Legis, Salamanca, 2000.

Colina Ramírez, *Consideraciones generales sobre la Ley federal de extinción de dominio*, Edit. Ubijus, México D.F., 2010.

Gálvez Villegas, *Decomiso, incautación y secuestro*, Edit. Ideas Solución Editorial, 2º Edición, Lima, 2015.

Gálvez Villegas, *Decomiso y pérdida de dominio*, Edit. Ideas Solución Editorial, 1º Edición, Lima, 2018.

Gracia Martín/Boldova Pasamar/Alastuey Dobón, *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, 1º Edición, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.

Greenberg y otros, *Recuperación de activos robados. Guía de buenas prácticas para el decomiso de activos sin condena*. Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento/Banco Mundial, Washington/Colombia, 2009.

Gómez de Llano Fonseca-Herrero, *Criminalidad organizada y medios extraordinarios de investigación*, Edit. Colex, Madrid, 2004.

Jiménez García, *La prevención y lucha contra el blanqueo de capitales y la corrupción*, Edit. Comares, Granada, 2015.

Langlois Calderón, *Breves nociones de la autonomía de la extinción de dominio y diferencias con el Derecho civil, Derecho penal y Derecho administrativo*, en: A.A.V.V., X Certamen de Investigación, Comisión Coordinadora del Sector Justicia, San Salvador, 2016.

Martínez Sánchez, “La extinción de dominio y la acción de extinción de dominio en Colombia”, en: A.A.V.V., *La extinción del Derecho de dominio en Colombia: especial referencia al nuevo código*, Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC), Bogotá, 2015.

Munera Márquez/Escobar Marín, *Extinción del derecho de dominio en Colombia (afectaciones injustificadas a los derechos del sujeto pasivo)*, Edit. Académica española, Saarbrücken, 2012.

Pérez Manzano, *La prohibición constitucional de incurrir en bis in idem*, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

Roxin, *Derecho procesal penal*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2000.

Rivera Ardilla, *La extinción de dominio. Un Análisis al Código de Extinción de Dominio*, Edit. Leyer, Bogotá, 2014.

Sánchez García de Paz, *La Criminalidad organizada. Aspectos penales, procesales, administrativos y policiales*. Edit. Dykinson, Madrid, 2005.

Santander Abril, “La emancipación del comiso del proceso penal: su evolución hacia la extinción de dominio y otras formas de comiso ampliado”, en: A.A.V.V., *Combate del lavado de activos desde el sistema judicial*, Departamento contra la delincuencia organizada transnacional/Organización de los Estados Americanos, E.E.U.U., 2017.

Trilleras Matoma, *La acción de extinción de dominio: autonomía y unidad en el ordenamiento jurídico colombiano*, Tesis de grado para optar al título de Magister en Derecho, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2009.

Velado Escobar, *La jurisdicción especializada en extinción de dominio en El Salvador: Breve análisis histórico, legal, doctrinario y jurisprudencial de sus principales instituciones*, en: A.A.V.V., XI Certamen de Investigación Jurídica, Comisión Coordinadora del Sector de Justicia, San Salvador, 2017.

Zaragoza Aguado, “Instrumentos para combatir el lavado de activos y el enriquecimiento proveniente del narcotráfico”, en: A.A.V.V., *Narcotráfico, política y corrupción*, Edit. Temis, Bogotá, 1997.

Zúñiga Rodríguez, *Criminalidad de empresa y criminalidad organizada*, Edit. Jurista Editores, Lima, 2013.

LA JUSTIFICACIÓN DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES SEGÚN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL DEL PERÍODO 2009-2018.

Marcos Antonio Vela Ávalos.

RESUMEN: El desarrollo de este trabajo aborda el tema de la justificación de las resoluciones judiciales según la jurisprudencia de la magistratura 2009-2018. Se ha realizado una búsqueda de información bibliográfica con el fin de recabar los criterios sostenidos en el período antedicho y determinar sus falencias. Una vez fijadas éstas, se intenta dar cuenta del problema al exponer la manera en que se debe realizar la justificación de las premisas fácticas y las normativas. En suma, se acotará lo dicho por la Sala de lo Constitucional 2009-2018, se identificarán los errores en que ha incurrido y se aportarán argumentos de solución al problema.

SUMARIO: I. Introducción. II. La justificación de las resoluciones judiciales en la jurisprudencia de la SC durante el período de la magistratura 2009-2018. 1. Contenido medular de los precedentes constitucionales sobre el tema. 2. Lo plausible, lo errado y lo errático. A. La cuestión terminológica. B. Una omisión importante. III. Propuesta de solución al problema: la justificación de premisas fácticas y normativas. 1. La justificación de premisas fácticas (argumentación probatoria). A. Sentido de la expresión. B. ¿Qué hechos se deben probar? C. ¿Cómo se pueden dar por probados esos hechos? D. Algunas reglas sobre la justificación de premisas fácticas. 2. La justificación de premisas normativas. A. Primer paso: la selección del material normativo. B. Segundo paso: la justificación. IV. Conclusiones.

I. Introducción.

La Sala de lo Constitucional (SC, en lo sucesivo) ha emitido diversas resoluciones en las que ha afirmado la existencia del derecho fundamental a una resolución de fondo motivada.¹⁰⁸ Este tema ha sido objeto de análisis durante el período de la última magistratura (2009-2018). Sin embargo, lo dicho por tal conformación subjetiva de la SC, aun cuando representa un avance notable en la jurisprudencia sobre el tema, no está exento de críticas. Este trabajo pretende referirse a esta cuestión con el objeto de analizar lo expuesto por la SC, valorarlo críticamente y aportar algunas ideas propias.

¹⁰⁸ Por ejemplo, en sentencia de 12-11-2010, Inc. 40-2009/41-2009, considerando III 1 C, la SC afirmó que la “protección jurisdiccional se manifiesta a través de cuatro grandes rubros: a. el acceso a la jurisdicción; b. el proceso constitucionalmente configurado o debido proceso; c. el derecho a una resolución de fondo motivada y congruente; y, d. el derecho a la ejecución de las resoluciones”. La tercera manifestación implica que existe un derecho fundamental a una resolución motivada, lo que significa a su vez que existe el deber de motivar las resoluciones judiciales. La razón en la que descansa esta aserción es en la correlación entre los conceptos de derecho subjetivo y deber jurídico, ya que ambos términos expresan el mismo estado de cosas, visto desde ángulos diferentes. Un ejemplo de la manera en que esta correlación se expresa en los derechos fundamentales es la sentencia de 26-6-2003, Amp. 242-2001, considerando VI 1, en la que la SC adujo que del art. 117 Cn., que prevé un deber estatal relacionado con el medio ambiente, deriva el derecho fundamental al medio ambiente.

Se pretende dar cuenta de: (i) un marco teórico de referencia sobre lo dicho por la SC acerca del tema durante el período de la magistratura 2009-2018; (ii) las tesis plausibles, erradas y erráticas que la SC ha sostenido durante el período antedicho, lo que presupone abordar los problemas que ello suscita; y (iii) las propuestas de solución de los puntos controvertibles detectados. Claramente, esta tarea se realizará sintéticamente, esto es, bajo la exposición de los aspectos esenciales de cada idea.

II. La justificación de las resoluciones judiciales en la jurisprudencia de la SC durante el período de la magistratura 2009-2018.

1. Contenido medular de los precedentes constitucionales sobre el tema.

Hasta el final del período 2009-2018, la jurisprudencia constitucional se ha ocupado de la justificación de las resoluciones judiciales en diversas decisiones —la mayoría de amparos y hábeas corpus—. Se puede agrupar lo dicho por la SC durante el período antedicho bajo las rúbricas siguientes: (i) su caracterización como un derecho fundamental y un deber jurídico; (ii) su alcance; (iii) su fundamento; (iv) su contenido; y (v) sus funciones. Se procederá a explicar cada una de ellas.

(i) La SC se ha referido a la “motivación de las resoluciones judiciales”¹⁰⁹ como un derecho fundamental y como una obligación judicial —deber jurídico—. Respecto de lo primero, ha afirmado la existencia del “derecho a obtener de las autoridades judiciales resoluciones motivadas, en especial cuando de alguna manera se restringen derechos fundamentales”.¹¹⁰ Sobre lo segundo, ha sustentado la “obligación específica de las autoridades jurisdiccionales de fundamentar sus resoluciones”.¹¹¹

(ii) El alcance del derecho a la “motivación” se puede comprender en dos sentidos distintos. Por un lado, no solo incluye a las resoluciones judiciales, sino que también se deben motivar las resoluciones administrativas que afecten derechos.¹¹² Dentro de las resoluciones judiciales, se

¹⁰⁹ Más adelante se explicarán las razones por las que se considera que el empleo de este término es inadecuado y se aportarán los argumentos por los que es más idóneo el vocablo “justificación”.

¹¹⁰ SALA DE LO CONSTITUCIONAL, sentencia de 18-2-2009, HC. 41-2008R, considerando IV.

¹¹¹ SALA DE LO CONSTITUCIONAL, sentencia de 25-3-2010, HC. 39-2008, considerando III.

¹¹² SALA DE LO CONSTITUCIONAL, sentencia de 17-11-2010, HC. 159-2007, considerando V 2 A. Desde este momento se hace una elusión necesaria: esta investigación prescindirá del estudio de la justificación de las resoluciones administrativas. Hay diversas razones para ello, pero la principal es el potencial de afectación que tienen estas en comparación con las resoluciones judiciales. Si bien ambas pueden incidir negativamente en la esfera jurídica de los individuos, las segundas lo hacen con un carácter vinculante más acentuado. Así, por ejemplo, una resolución administrativa puede impugnarse en sede jurisdiccional y llegar a ser revocada mediante una resolución judicial, tal como lo disponen los arts. 1, 3 y 10 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

manifiesta tanto en las sentencias definitivas como en los autos que puedan generar efectos perniciosos en la persona.¹¹³

(iii) El fundamento de este derecho y deber es la seguridad jurídica y el derecho de defensa —es una garantía de que la actuación se apega al ordenamiento jurídico y facilita el uso de los medios de impugnación—. ¹¹⁴ Desde esta óptica y en relación con este tema concreto, la forma más indicada de entender a la seguridad jurídica es como un concepto valorativo de acuerdo con el cual el estado de cosas consistente en la previsibilidad de la conducta humana y de sus consecuencias es considerado valioso y digno de ser perseguido.¹¹⁵ Por su parte, el derecho de defensa se corresponde con el ejercicio del contradictorio y se caracteriza por ciertas notas esenciales —se mencionarán las que sean pertinentes al tema—: (a) tiene valor heurístico¹¹⁶; (b) es un derecho fundamental¹¹⁷ que integra el debido proceso¹¹⁸; y (c) de él se desprenden otros derechos, tales como el de igualdad de armas y el de utilizar los medios de prueba pertinentes.¹¹⁹

(iv) En lo que respecta al contenido, la SC ha sido consecuente con la doctrina¹²⁰ y ha afirmado que “del contenido del derecho a la motivación de las decisiones, se infiere que [las] autoridades competentes tienen el deber de exteriorizar en sus proveídos, de manera suficiente, congruente y clara, los fundamentos jurídicos y fácticos que cimientan sus resoluciones”¹²¹; es decir, el contenido de la justificación de las resoluciones judiciales es dual: las premisas fácticas o descriptivas y las premisas normativas. -Sobre esto se volverá luego-. Sin embargo, esto no

¹¹³ Por ejemplo, SALA DE LO CONSTITUCIONAL, sentencia de 18-6-2014, Inc. 56-2012, considerando IV. En esta resolución, la SC reconoció el “requisito formal de motivar adecuadamente la decisión que autoriza el encarcelamiento preventivo o de aquella que rechaza su modificación o sustitución”. Esta decisión se adopta mediante auto, no en sentencia definitiva, por lo que es un ejemplo adecuado para fundamentar la afirmación de que esta clase de resoluciones judiciales también se deben justificar.

¹¹⁴ SALA DE LO CONSTITUCIONAL, sentencia de 20-10-2010, HC. 81-2010, considerando V 2.

¹¹⁵ LIFANTE VIDAL, Isabel, *Seguridad jurídica y previsibilidad*, en DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, n° 36, 2013, p. 86, consultado en línea, en la dirección web siguiente: <http://www.cervantesvirtual.com/obra/seguridad-juridicay-previsibilidad/>, el 1-VIII-2018.

¹¹⁶ UBERTIS, Giulio, *Elementos de epistemología del proceso judicial*, 1ª Ed., Trotta, Madrid, España, 2017, p. 58.

¹¹⁷ SALA DE LO CONSTITUCIONAL, sentencia de 7-11-2006, HC. 28-2006, considerando IV.

¹¹⁸ SALA DE LO CONSTITUCIONAL, sentencia de Inc. 40-2009/41-2009, ya citada, considerando III 2 B. La SC aseveró que “[e]l ejercicio del derecho de defensa implica las posibilidades de participar en un proceso informado por el principio de contradicción, en que las partes puedan ser oídas en igualdad y utilizar las pruebas pertinentes en su defensa, de modo que no se les impida aproximar al juez el material probatorio que considere pertinente para su defensa”.

¹¹⁹ Ibidem.

¹²⁰ GASCÓN ABELLÁN, Marina y GARCÍA FIGUEROA, Alfonso, *Interpretación y argumentación jurídica*, 1ª Ed., Consejo Nacional de la Judicatura, Escuela de Capacitación Judicial, San Salvador, 2003, pp. 81-82.

¹²¹ SALA DE LO CONSTITUCIONAL, sentencia 14-12-2011, Amp. 191-2009, considerando IV 3.

significa que la justificación deba ser exhaustiva, ya que basta con la exposición concreta y clara de las razones que apoyan la decisión.¹²²

(v) Las funciones de la “motivación”, según la SC, son dos: (a) por medio de tal exigencia se intenta eliminar cualquier viso de arbitrariedad o voluntarismo que pueda introducirse en la toma de decisiones públicas, fortaleciendo con ello la confianza de los ciudadanos en la sujeción al derecho de los poderes estatales; y (b) desde el punto de vista individual, permite al interesado conocer las razones o motivos por los cuales resulta privado o restringido de un derecho fundamental o de alguna facultad, posibilitando de esa forma el adecuado ejercicio de los medios de impugnación.¹⁶ En cierta forma, se podría decir que la primera función está ligada a la dimensión objetiva de este derecho fundamental, mientras que la segunda lo está a la dimensión subjetiva.¹²³

2. Lo plausible, lo errado y lo errático. A. La cuestión terminológica.

Esta cuestión se puede encuadrar dentro de lo errado y lo errático. Desde mi punto de vista ha sido errático porque la SC no ha hecho un uso uniforme del lenguaje y ha denominado a una misma situación como motivación¹²⁴ y justificación.¹²⁵ Pero esto ha sido, a su vez, errado, pues ha predominado el uso del primero de los términos cuando es más adecuado emplear el vocablo “justificación” que “motivación”. Esto se debe a que la expresión motivación es ambigua, debido a que puede designar tanto a la razón para decidir como a los motivos de la decisión, que no son necesariamente razones justificativas.¹²⁶ Por ejemplo, si un juez condena a una persona por homicidio a pesar de que las pruebas lo absuelven y aduce que se debe a que “le desagradan las personas incultas”, podemos decir que ha expuesto los “motivos” (inaceptables) de su decisión, pero no que esté justificada.

¹²² SALA DE LO CONSTITUCIONAL, sentencia de 10-12-2010, Amp. 911-2008, considerando III. ¹⁶ SALA DE LO CONSTITUCIONAL, sentencia de 14-9-2011, Inc. 37-2007, considerando V 5.

¹²³ Todos los derechos fundamentales tienen una dimensión objetiva y otra subjetiva. En sentencia de 25-6-2009, Inc. 262008, considerando IV 2, la SC adujo que desde la dimensión subjetiva, los derechos fundamentales han actuado tradicionalmente como garantía a la libertad individual, a la cual contemporáneamente se ha agregado la garantía a los aspectos sociales y colectivos de la subjetividad, mientras que desde la dimensión objetiva, su contenido coadyuva a la consecución de los fines y valores constitucionalmente proclamados. Se puede decir sintéticamente que la primera dimensión se manifiesta en situaciones particulares, concretas y determinadas, mientras que la segunda tiene carácter institucional, pues de ella derivan pautas de actuaciones generales y obligatorias para toda autoridad.

¹²⁴ SALA DE LO CONSTITUCIONAL, sentencia de 25-6-2009, Amp. 306-2007, considerando IV 3.

¹²⁵ SALA DE LO CONSTITUCIONAL, sentencia de 1-3-2013, Amp. 16-2011, considerando IV 2.

¹²⁶ ABELLÁN, Marina y GARCÍA FIGUEROA, Alfonso, *Interpretación y argumentación jurídica*, Op. Cit., pp. 74-75.

En consecuencia, la distancia que media entre el sintagma “está motivado que” y “está justificado que” es la misma que media entre “se ha explicado que” y “se ha justificado que”.¹²⁷ Cualquiera puede hacer una mera elección sin razón alguna y — quizás— hasta recomendarla a otra gente. Sin embargo, este tipo de elección casual no puede constituir la base de la aceptabilidad racional.¹²⁸ De ahí que la motivación, usualmente ligada a causas psicológicas, pertenece al contexto de descubrimiento, mientras que la justificación pertenece al contexto de justificación. El primero de los contextos mencionados se entiende como la actividad y procedimiento mental que conduce al juez a tomar la decisión y, el segundo, como el conjunto de enunciados del discurso judicial por el que se aportan las razones.¹²⁹ Por lo antedicho, en lo sucesivo se usará el término “justificación”.¹³⁰

B. Una omisión importante.

La SC ha aportado ciertas ideas sobre la manera en que una decisión se debe justificar. Así, por ejemplo, ha reconocido que la justificación de la resolución mediante la cual se impone la detención provisional debe satisfacer los presupuestos típicos de toda medida cautelar: apariencia de buen derecho y peligro de fuga —e indica lo que el juez debe justificar en relación con cada presupuesto—¹³¹ y lo que en este trabajo se ha denominado como “contenido” de la justificación —premisas normativas y fácticas—. Empero, al afirmar que en una sentencia se deben fundamentar las premisas fácticas y normativas solamente ha señalado “qué justificar”, pero no “cómo justificarlo”. Esta es una omisión importante y criticable que se intentará resolver en las líneas sucesivas. Por ello, a continuación se expondrán algunas ideas sobre la justificación o argumentación fáctica o probatoria y la justificación o argumentación normativa.

III. Propuesta de solución al problema: la justificación de premisas fácticas y normativas.

1. La justificación de premisas fácticas (argumentación probatoria). A. Sentido de la expresión.

¹²⁷ ATIENZA, Manuel, *El sentido del Derecho*, 1ª Ed., 3ª impresión, Ariel, España, 2013, p. 266. Atienza afirma que explicar una decisión significa mostrar cuáles son las causas que la motivaron o los fines que se pretenden alcanzar con ella. Justificar, sin embargo, implica ofrecer razones dirigidas a mostrar el carácter aceptable o correcto de esa decisión. Por ello, sostiene que hay muchas decisiones que se pueden explicar aunque no nos parezcan justificadas: una ley que defiende los intereses de un sector social, pero que nos parece contraria a los principios y valores constitucionales o una resolución judicial motivada por el deseo del juez de alcanzar notoriedad social, pero que vulnera el ordenamiento jurídico.

¹²⁸ AARNIO, Aulis, *Lo racional como razonable. Un tratado sobre la justificación jurídica*, 1ª Ed., Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, España, 1991, pp. 236-237.

¹²⁹ CHAUMET, Mario E., *Argumentación. Claves aplicables en un derecho complejo*, 1ª Ed., Astrea, Argentina, 2017, p. 31. En consecuencia, en el primero se presentan elementos no estrictamente racionales (causas psicológicas, inconscientes).

¹³⁰ No se omite aclarar que el término justificación posee diversas acepciones, las cuales dependen del sistema normativo a partir del cual se realice la actividad justificativa y del tipo de enunciados que se usen para llevarla a cabo. Al respecto, ver: GASCÓN ABELLÁN, Marina, et. al., *Argumentación jurídica*, 1ª Ed., Tirant lo Blanch, España, 2014, pp. 149-156.

¹³¹ SALA DE LO CONSTITUCIONAL, sentencia de 9-10-2009, HC. 65-2008, considerando V.

Se puede convenir en que el proceso judicial tiene por finalidad resolver disputas.¹³² Pero, para hacerlo, el juez debe basarse en pruebas, con la esperanza de que ellas le permitan —con bastante frecuencia— revelar la verdad.¹³³ Por ello, puede afirmarse que la aplicación de la consecuencia jurídica proveniente de la realización del supuesto de hecho de una norma depende de la emisión de un enunciado (probatorio) en el que se afirme: “está probado que *p*”.¹³⁴

También se puede convenir en que probar un hecho significa mostrar que, a la luz de la información que poseemos, está justificado aceptar que ese hecho ha ocurrido.¹³⁵ Como la argumentación es la acción de argumentar o el producto de esta actividad, y por “argumentar” se entiende la manera de dar cuenta y razón de algo a alguien o ante alguien con el propósito de lograr su comprensión y su asentimiento¹³⁶, entonces la argumentación probatoria es la acción o producto de dar cuenta de las razones por las que se ha concluido, a partir de la información disponible en el proceso, que un hecho está probado.

Ante la omisión de la SC, se hará referencia a dos de las cuestiones fundamentales que componen la argumentación probatoria: (i) ¿qué hechos se deben probar?, en tanto que la respuesta a esta interrogante sirve para evitar el dispendio innecesario de actividad procesal y para fijar el marco dentro del que debe desenvolverse la actividad probatoria sobre la que se ha de argumentar (justificar); y (ii) ¿cómo se pueden dar por probados esos hechos?, ya que si se

¹³² Esta opinión no es unánime. Para una opinión disidente, consultar MORENO CATENA, Víctor y CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín, *Introducción al derecho procesal*, 9ª Ed., Tirant lo Blanch, España, 2017, p. 236.

¹³³ HAACK, Susan, *La justicia, la verdad y la prueba: no tan simple, después de todo*, en FERRER BELTRÁN, Jordi y VÁZQUEZ, Carmen, *Debatiendo con Taruffo*, 1ª Ed., Marcial Pons, España, 2016, p. 325.

¹³⁴ FERRER BELTRÁN, Jordi, *Prueba y verdad en el derecho*, 2ª Ed., Marcial Pons, España, 2005, pp. 19-38. Según este autor, el enunciado “está probado que *p*” tiene fuerza y sentido. La fuerza se refiere a lo que se hace cuando se emite (prescribir, describir, preguntar o expresar). El sentido alude a lo que se dice cuando se emite un enunciado. Se puede concebir que el enunciado en comento tiene fuerza constitutiva —un sujeto competente [juez] establece, conforme a un procedimiento determinado por el orden jurídico, que un hecho ha ocurrido—, normativa —junto con la norma, el enunciado obliga al juez a aplicar la consecuencia jurídica correspondiente— o descriptiva —expresa proposiciones descriptivas acerca de la ocurrencia de un determinado hecho en una realidad externa al proceso—. Las dos primeras concepciones impiden la adjudicación de valores de verdad a la declaración de hechos probados. En lo que respecta al sentido, el enunciado “está probado que *p*” se puede entender como sinónimo de “es verdad que *p*”, “el juez ha establecido que *p*” o “hay elementos de juicio suficientes a favor de *p*”.

¹³⁵ GONZÁLEZ LAGIER, Daniel, *Quaestio facti. Ensayos sobre prueba, causalidad y acción*, 1ª Ed., Fontamara, México, 2013, p. 75.

¹³⁶ VEGA REÑÓN, Luis y OLMOS GÓMEZ, Paula, *Compendio de lógica, argumentación y retórica*, 3ª Ed., Trotta, España, 2016, p. 66.

pretende dar una respuesta institucional con sentido afirmando que “está probado *p*”, entonces deben tenerse claras las reglas a seguir para arribar a ese enunciado (conclusión probatoria).¹³⁷

B. ¿Qué hechos se deben probar?

La primera fase de la justificación probatoria es la selección y depuración de los hechos a probar y del material probatorio (pruebas) con el que se pretende demostrarlos. Para seguir un orden adecuado, el tema se dividirá en cuatro puntos medulares: (i) en sentido estricto, qué hechos deben probarse; (ii) cuáles son estos hechos; (iii) qué hechos están excluidos de la actividad probatoria; y (iv) qué elementos se pueden usar para probarlos. Esta segmentación debería ser útil para, cuanto menos, conseguir cierta claridad conceptual.

(i) En sentido estricto, lo que debe probarse es el supuesto de hecho de la norma jurídica.¹³⁸ Dejando de lado la intrincada y abstrusa separación entre reglas y principios,¹³⁹ generalmente al juez le interesa establecer si los elementos que prevé el supuesto de hecho como condición de aplicación de la consecuencia jurídica han ocurrido en la realidad. Por ejemplo, si el art. 128 del Código Penal establece que “[e]l que matare a otro será sancionado con prisión de diez a veinte años”, al juez interesa que se pruebe si una persona ha matado a otra, pues en caso de que ese hecho haya ocurrido deberá de condenarla a una pena de prisión de diez a veinte años.

(ii) Como interesa saber si se ha dado el supuesto de hecho, entonces la tipología de tales hechos permite decir ya no “qué hechos” se prueban, sino “cuáles”. Para la SC, los hechos relevantes para el caso son los constitutivos, impeditivos, extintivos, modificativos y excluyentes, que son, por su orden: (a) los que fundamentan fácticamente la pretensión; (b) los que imposibilitan el nacimiento de la relación jurídica o del derecho que alega el pretensor; (c) los que evitan que la relación jurídica perdure en el tiempo; (d) los que provocan un cambio en las

¹³⁷ Para determinar que estos son los aspectos medulares del tema en comento se sigue a González Lagier, según el cual el proceso de prueba judicial tiene dos fases: la práctica de las pruebas —¿qué hechos deben ser probados?— y la de extracción de conclusiones a partir de la información obtenida en la primera fase —¿cómo se pueden dar por probados esos hechos?—. Al respecto, véase: GONZÁLEZ LAGIER, Daniel, *Quaestio facti. Ensayos sobre prueba, causalidad y acción*, Op. Cit., p. 39.

¹³⁸ GONZÁLEZ LAGIER, Daniel, *Apuntes sobre prueba y argumentación jurídica*, consultado en https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/37145/1/apuntes_sobre_prueba_y_argumentacion_juridica.pdf, el 11-8-2018, p. 5, y TARUFFO, Michele, *La prueba de los hechos*, 4ª Ed., Trotta, España, 2011, p. 105.

¹³⁹ ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, 2ª Ed. en español, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, España, 2012, pp. 67-68. Para Alexy, los principios son mandatos de optimización, es decir, normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Esta sería la diferencia principal entre estos y las reglas, ya que ellas son normas que solo pueden ser cumplidas o no. En caso de ser válida, debe hacerse exactamente lo que exige. En consecuencia, la estructuración de las normas en supuesto de hecho y consecuencia jurídica es propia de las reglas, no de los principios.

condiciones de dicha relación y afectan los términos de la pretensión; y (e) los que apoyan un derecho del opositor a contraponerse a la pretensión.¹⁴⁰

(iii) Según el art. 314 del Código Procesal Civil y Mercantil (CPCM), se excluyen de prueba los hechos admitidos o estipulados por las partes, los que gocen de notoriedad general, los evidentes y la costumbre, cuando las partes estén conformes con su existencia y contenido y no afecte el orden público.¹⁴¹ Sin embargo, esta lista presentada por el CPCM es incompleta, ya que también están exentos de prueba los hechos presuntos (art. 414 inc. 1° CPCM).¹⁴² Esto, claro, dentro del espectro de los hechos relevantes para el caso.

(iv) Para probar los hechos relevantes se puede usar cualquier medio de prueba. Así lo exige la libertad probatoria.¹⁴³ Sin embargo, para la SC, ni esta libertad ni el derecho a la prueba confieren una facultad omnímoda que permita valerse ilimitadamente de cualesquiera medios de prueba, en cualquier tiempo, ni para cualquier objeto, lo que significa que se trata de un derecho de configuración legal cuyo ejercicio ha de someterse a los requisitos de tiempo, forma, pertinencia y utilidad establecidos por las leyes procesales.¹⁴⁴ El juez debe rechazar la prueba impertinente, ilícita o inútil, es decir, la que no se vincule con el proceso, se obtenga bajo contravención a las normas procesales o derechos fundamentales y la que sea inidónea o superflua para probar los hechos controvertidos.¹⁴⁵

¹⁴⁰ GONZÁLEZ LAGIER, Daniel, *Apuntes sobre prueba y argumentación jurídica*, Op. Cit., pp. 14-16. En igual sentido, SALA DE LO CONSTITUCIONAL, sentencia de 7-3-2018, Inc. 69-2015, considerando V 2, y SALA DE LO CONSTITUCIONAL, sentencia de 20-2-2017, Inc. 44-2011, considerando V 1. Ejemplo de cada uno de ellos son — respetando el orden original—: (a) la existencia del contrato en caso de incumplimiento de sus cláusulas o la circunstancia de que una persona mate a otra; (b) los vicios del consentimiento o la falta de causa; (c) el pago de una deuda, usualmente alegado como excepción perentoria; (d) cuando en un proceso laboral el trabajador alegue que devengaba un salario de \$600 dólares mensuales, y el patrono, sin negar la relación de trabajo, aduzca que en realidad eran \$400; y (e) la prescripción o la legítima defensa.

¹⁴¹ Sobre el sentido de cada una de estas categorías, véase: CABAÑAS GARCÍA, Juan Carlos, GARDERES GASPARRI, Santiago y CANALES CISCO, Óscar Antonio, *Código Procesal Civil y Mercantil comentado*, 2ª Ed., Consejo Nacional de la Judicatura, El Salvador, 2011, pp. 353-358.

¹⁴² Esta disposición establece que “[c]uando la ley establezca una presunción, la persona a la que favorezca quedará dispensada de la prueba del hecho presunto al estar probados los hechos en que se base”. Esto se debe a que las presunciones cumplen la función dialéctica de distribuir la(s) carga(s) de la argumentación o de la prueba. Sobre ello, véase: AGUILÓ REGLA, Josep, *Presunciones, verdad y normas procesales*, en Isegoría, nº 35, julio-diciembre, 2006, consultado en <http://isegoria.revistas.csic.es/index.php/isegoria/article/view/27/27>, el 11-8-2018, p. 13. Además, SALA DE LO CONSTITUCIONAL, sentencia de 9-4-2018, Inc. 133-2015, considerando IV 1.

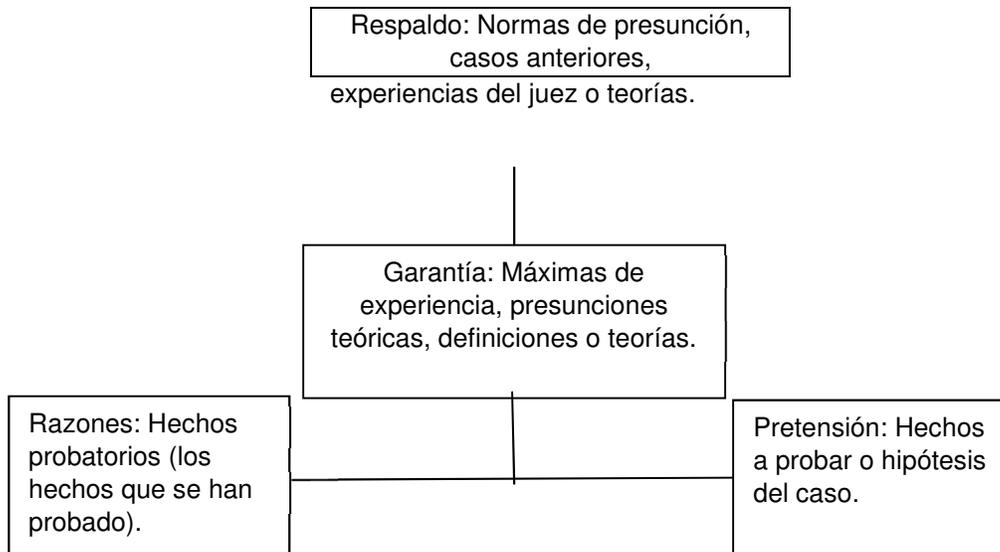
¹⁴³ SALA DE LO CONSTITUCIONAL, sentencia de 30-3-2012, HC. 80-2012, considerando III 1.

¹⁴⁴ SALA DE LO CONSTITUCIONAL, Inc. 40-2009/41-2009, ya citada, considerando III 2 B b.

¹⁴⁵ Esto de conformidad con los arts. 316, 317 inc. 3°, 318, 319 y 320 CPCM y 175 y 177 del Código Procesal Penal.

C. ¿Cómo se pueden dar por probados esos hechos?

Esta es otra falencia de la SC: no ha dicho cómo dar por probados los hechos. A continuación, se desarrolla una propuesta de solución. Cuando el juez da por probados ciertos hechos realiza una actividad que presupone argumentación.¹⁴⁶ En consecuencia, la prueba de hechos determinados de forma descriptiva posee marcos argumentativos.¹⁴⁷ Es quizás González Lagier quien mejor explica este marco. Para él, la inferencia probatoria, que es el razonamiento mediante el cual se prueban los hechos de un caso¹⁴⁸, se puede explicar mediante el esquema de Toulmin. A continuación, se detalla cómo se reconstruye este esquema.



Tener conciencia de los pasos de la inferencia probatoria ayuda a comprender la actividad que se está realizando cuando se “prueban los hechos”. Pero, para justificar esos pasos, también se debe tener conciencia acerca de los criterios de solidez de la inferencia probatoria⁴³, ya que ellos tienen una doble utilidad: sirven para justificar la decisión de cara a terceros y, antes de tomada la decisión, para guiar el razonamiento dirigido a averiguar la verdad. Tales criterios se conforman por reglas acerca de los hechos probatorios, acerca de la garantía y acerca de los hechos a probar.¹⁴⁹ El juez debe orientar su justificación fáctica de forma que aduzca y fortalezca las razones relacionadas con estos criterios.

¹⁴⁶ WRÓBLEWSKI, Jerzy, *Sentido y hecho en el derecho*, 1ª Ed., 2ª Reimpresión, Fontamara, México, 2008, p. 257.

¹⁴⁷ Ibidem.

¹⁴⁸ GONZÁLEZ LAGIER, Daniel, *Quaestio facti. Ensayos sobre prueba, causalidad y acción*, Op. Cit., p. 39. ⁴³ CHAUMET, Mario E., *Argumentación. Claves aplicables en un derecho complejo*, Op. Cit., p. 344.

¹⁴⁹ GONZÁLEZ LAGIER, Daniel, *Quaestio facti. Ensayos sobre prueba, causalidad y acción*, Op. Cit., p. 55.

(i) Los criterios acerca de los hechos probatorios exigen que estos sean fiables, suficientes, variados y pertinentes. El primero es una cualidad gradual que dependerá de la forma en la que el juez haya llegado a conocer los hechos probatorios: por sí mismo, como en el reconocimiento judicial; mediante conclusiones científicas, como en las pruebas de ADN; o como resultado de otra inferencia. En los dos primeros casos la fiabilidad será mayor.¹⁵⁰ El segundo está referido al número de los hechos probatorios, pues entre más numerosos sean los hechos que corroboren la hipótesis, habrá más seguridad sobre su corrección.¹⁵¹ El tercero alude a la diversidad de datos que aumenten la probabilidad de la hipótesis y que eliminen las hipótesis alternativas.¹⁵² Se trata de la variedad de mecanismos de comprobación de cada uno de ellos. El cuarto postula que los hechos probatorios deben estar relacionados con los hechos que describe la hipótesis.¹⁵³

(ii) Los criterios acerca de la garantía atañen a si ésta se encuentra suficientemente fundada y si establece un grado de probabilidad causal suficiente. Sobre el primero, las máximas de la experiencia serán más creíbles dependiendo de la inducción usada para determinarlas y las presunciones también lo serán cuando estén apoyadas de una inducción sólida.¹⁵⁴ El segundo se determina por el sentido causal de la máxima de la experiencia o la presunción. Si se establece la muerte presunta, es porque el desaparecimiento de una persona por un tiempo prolongado, sin noticias sobre ella y luego de llevar a cabo todo lo posible para encontrarla, son razones suficientes para presumir causalmente su muerte.

(iii) Los criterios acerca de la hipótesis obligan a analizar si ésta no ha sido refutada por otra contrapuesta, lo que ocurre cuando: (a) su verdad es incompatible con otra afirmación que se ha dado por probada; (b) si se han podido confirmar las hipótesis que derivan de ella; (c) si se han eliminado todas las hipótesis alternativas; y (d) si es coherente y si es simple.¹⁵⁵

D. Algunas reglas sobre la justificación de premisas fácticas.

Siguiendo a Gascón Abellán, se pueden brindar las siguientes directrices sobre la justificación probatoria: (i) la justificación debe expresar criterios que sustentan una valoración racional; (ii) exige explicitar las pruebas usadas y el razonamiento que ha conducido, a partir de ellas, a la declaración de hechos probados; (iii) todas las pruebas requieren justificación; (iv) deben

¹⁵⁰ Ibidem, p. 56.

¹⁵¹ Ibidem, pp. 56-57.

¹⁵² Ibidem, p. 57.

¹⁵³ Ibidem, p. 58.

¹⁵⁴ Ibidem, p. 59.

¹⁵⁵ Ibidem, pp. 60-62.

valorarse individualmente las pruebas practicadas; y (v) se deben considerar todas las pruebas practicadas.¹⁵⁶

2. La justificación de premisas normativas.

A. Primer paso: la selección del material normativo.

Luego de constatados los hechos, el juzgador debe seleccionar el material normativo con el que ha de operar. Esta actividad, llamada “interpretación del Derecho”, es la operación de encontrar la regulación jurídica para un determinado comportamiento o conflicto.¹⁵⁷ Al hacerlo, se desarrollan las actividades de individualización de un segmento del discurso legislativo, la atribución a este segmento de significado, la resolución de antinomias, la integración de la ley, etc. Aunque inicialmente se haya probado el supuesto de hecho de la norma en principio aplicable, un reexamen de los hechos probados puede posibilitar que estos se subsuman en otra distinta —cuando se trate de un caso subsumible—.

Sobre lo antedicho caben dos aclaraciones: (i) La subsunción no equivale a correspondencia. La correspondencia es la observancia obligatoria, en relación con las formas de un acto formal o con el significado de una decisión, de las normas sobre su producción. La subsunción es la observancia obligatoria, en relación con el significado de una decisión, de la norma sustantiva sobre su producción.¹⁵⁸ (ii) No todos los casos se pueden subsumir. Al operar con principios, el juez debe ponderarlos.¹⁵⁹ En este caso, la interpretación del Derecho consistirá en decidir el principio prevalente y su sentido.

B. Segundo paso: la justificación.

¹⁵⁶ GASCÓN ABELLÁN, Marina, *Cuestiones probatorias*, 1ª Ed., Universidad Externado de Colombia, Colombia, 2012, pp. 211-212.

¹⁵⁷ LIFANTE VIDAL, Isabel, *La interpretación jurídica y el paradigma constitucionalista*, p. 265, consultado en https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-F-2008-, el 11-8-2018.

¹⁵⁸ FERRAJOLI, Luigi, *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia. Tomo I. Teoría del derecho*, 1ª Ed., Trotta, España, 2011, p. 530.

¹⁵⁹ ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Ob. Cit., pp. 70-71. A esta aserción se le pueden hacer dos críticas: por un lado, que la excesivamente difícil distinción entre reglas y principios causa que el uso unas u otros quede a merced del aplicador; por el otro, hay quienes consideran que la ponderación es irracional con base en los argumentos siguientes: (a) su indeterminación conceptual lleva a concebirla como una fórmula retórica o una técnica de poder carente de un concepto claro y de una estructura jurídica determinada; (b) es inconmensurable porque no existe una organización jerárquica de los principios que se pondera, ni una medida común entre ellos que permita determinar el peso que le corresponde en cada caso; y (c) es imposible predecir sus resultados. Sobre la primera crítica, ver: GARCÍA AMADO, Juan Antonio, *Iusmoralismo(s)*, 1ª Ed., Legisprudencia.pe, Perú, 2014, pp. 120-122. Sobre la segunda: BERNAL PULIDO, Carlos, *¿Es la ponderación irracional y contraria al principio democrático? Una discusión sobre la teoría de los derechos fundamentales como principios en el contexto de España*, en SIECKMANN, Jan, *La teoría principialista de los derechos fundamentales*, 1ª Ed., Marcial Pons, Madrid, España, 2011, p. 228.

Una vez que se ha seleccionado el material normativo y se le ha adscrito un significado, el juez debe justificar su decisión. Esto significa que debe aportar argumentos a su favor¹⁶⁰, lo que conlleva razonar para disputar, discutir o impugnar las opiniones ajenas, para probar o demostrar una proposición propia, o para convencer de aquello que se afirma o se niega.¹⁶¹ Cuando justifica, el juez eleva una pretensión de corrección, entendiendo que dicha pretensión tiene un sentido práctico: afirma que una decisión jurídica que califica una conducta como prohibida, obligatoria o permitida es correcta¹⁶² porque puede ser racionalmente fundamentada en el contexto de un ordenamiento jurídico vigente.¹⁶³

Se distingue la justificación interna y la externa. La primera tiene carácter exclusivamente lógico-deductivo y se refiere al paso de las premisas a la conclusión.¹⁶⁴ Desde esta perspectiva tendría cierto sentido decir que el razonamiento judicial tiene estructura silogística y que se compone de tres juicios: la premisa mayor, la premisa menor (que conforman el antecedente) y la conclusión (el consecuente).¹⁶⁵ La segunda no excluye a la lógica, pero requiere algo más y concierne al establecimiento de las premisas.⁶¹

(i) Justificación interna. Como se dijo, esta justificación tiene carácter lógico-deductivo y presupone que el caso es susceptible de subsunción. Esto ocurrirá cuando se trate de los llamados “casos fáciles”. Estos casos son, por regla general, aquellos que operan con reglas. En ellos, la única dificultad es la selección de las premisas que construirán el silogismo judicial. Por ejemplo, si una persona utiliza un arma de fuego para despojar a otra de un vehículo, no cabe duda de que se tratará de un robo agravado (art. 213 n° 3 del Código Penal). Por tanto, si se realiza bien la argumentación probatoria tendente a fundamentar los hechos probados, el juzgador tendrá pocos problemas para justificar normativamente su decisión. La estructura que tendría tal justificación es esta:

Premisa mayor (art. 213 n° 3 del Código Penal)	Si una persona se apodera de cosa mueble, total o parcialmente ajena, con ánimo de lucro para sí o para un tercero, sustrayéndola de
--	--

¹⁶⁰ ATIENZA, Manuel, *El derecho como argumentación*, 1ª Ed., Ariel, Barcelona, España, 2012, p. 60.

¹⁶¹ GRAJALES, Amós Arturo y NEGRI, Nicolás, *Argumentación jurídica*, 1ª Ed., 2ª Reimpresión, Astrea, Buenos Aires, Argentina, 2017, p. 333.

¹⁶² CABRA APALATEGUI, José Manuel, *Sobre derecho y argumentación. Estudios de teoría de la argumentación jurídica*, 1ª Ed, Comares, Granada, España, 2015, p. 128.

¹⁶³ ALEXY, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, 1ª Ed., Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, España, 1997, p. 208.

¹⁶⁴ ATIENZA, Manuel, *Curso de argumentación jurídica*, 1ª Ed., 3ª Reimpresión, Trotta, Madrid, España, 2015, p. 31.

¹⁶⁵ CISNEROS FARÍAS, Germán, *Lógica jurídica*, 5ª Ed., 5ª Reimpresión, Porrúa, México, 2016, p. 71. ⁶¹ ATIENZA, Manuel, *Curso de argumentación jurídica*, Op. Cit., p. 31.

	quien la tuviere, mediante violencia en la persona y con uso de un arma de fuego, será sancionado con prisión de seis a diez años.
Premisa menor	Se ha probado que X sustrajo del poder de la víctima un vehículo que era ajeno, con ánimo de lucro, mediante violencia en la persona y con uso de un arma de fuego.
Conclusión	X debe ser sancionado con prisión de seis a diez años.

(ii) Justificación externa. La justificación interna no es siempre suficiente para la resolución de un caso. Esto ocurre cuando se está frente a “casos difíciles”, que son aquellos litigios que no se pueden subsumir claramente en una norma jurídica establecida previamente por alguna institución.¹⁶⁶ La doctrina ofrece distintas alternativas de justificación externa.¹⁶⁷ Acá se retomará la que propone el uso de tres criterios: (a) consistencia y coherencia; (b) universalizabilidad; y (c) consecuencialismo.¹⁶⁸

(a) Consistencia y coherencia. La decisión será consistente en la medida en que se aporten razones que apoyen su compatibilidad con las normas generales contenidas en el ordenamiento jurídico.¹⁶⁹ Será coherente cuando resulte compatible con los valores que unifican al ordenamiento jurídico.⁶⁶ Esta diferencia conceptual parece desaparecer —al menos en materia constitucional— en la medida en que se acepte que la Constitución positiva contenidos materiales en forma de valores¹⁷⁰, por lo que hablar de compatibilidad con el ordenamiento constitucional implica simultáneamente la compatibilidad con ellos.

(b) Universalizabilidad. Con un marcado contenido moral, esta exigencia significa que el juzgador debe considerar, al momento de decidir, que en lo sucesivo todos los casos cuyas

¹⁶⁶ DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, 1ª Ed., Ariel, España, 2012, p. 146.

¹⁶⁷ Se puede contrastar lo afirmado en ALEXY, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, Op. Cit., pp. 222-272 y GASCÓN ABELLÁN, Marina y GARCÍA FIGUEROA, Alfonso, *Interpretación y argumentación jurídica*, Op. Cit., pp. 95-100. Básicamente, la diferencia entre una y otra postura es que la primera entiende la justificación externa como la fundamentación de las premisas que componen la justificación interna mediante elementos que pertenecen al sistema jurídico, mientras que la segunda entiende que esta implica la alusión a elementos extrasistemáticos por la insuficiencia de los sistemáticos para la resolución del caso.

¹⁶⁸ GASCÓN ABELLÁN, Marina y GARCÍA FIGUEROA, Alfonso, *Interpretación y argumentación jurídica*, Op. Cit., pp. 96-100.

¹⁶⁹ *Ibidem*, p. 96. ⁶⁶

Ibidem, p. 97.

¹⁷⁰ SALA DE LO CONSTITUCIONAL, sentencia de 9-12-2009, Amp. 18-2004, considerando III 3 B.

propiedades relevantes sean las mismas que el resuelto deberán ser tratados igual.¹⁷¹ Se trata de un presupuesto indispensable de la racionalidad.¹⁷² En materia constitucional, los precedentes pasan a formar parte de las fuentes del Derecho y, por tanto, obligan a la propia SC y al resto de autoridades y tribunales.¹⁷³ En el resto de materias, la observancia del autopercedente es un deber que impone la igualdad en la aplicación de la ley. Un ejemplo de lo dicho es la Inc. 44-2015, en la que la SC justificó su resolución en las semejanzas relevantes entre el caso decidido y los Amp. 259-2007 y 80-2010 y la Inc. 1122012.¹⁷⁴

Esto merece una matización. Aunque el respeto a los precedentes es necesario para asegurar la seguridad jurídica y la igualdad y para mantener la universalizabilidad de las decisiones, ello no significa que los jueces no puedan cambiarlos. Chiassoni sostiene que esta vinculación solo subsiste frente a precedentes que no sean claramente equivocados, es decir, claramente contrarios a la razón.¹⁷⁵¹⁷⁶ La SC ha reconocido que los precedentes pueden cambiarse por estar en presencia de un pronunciamiento cuyos fundamentos normativos son incompletos o erróneamente interpretados; el cambio en la conformación subjetiva del tribunal; y por cambio en la realidad normada.¹⁷⁷

(c) Consecuencialismo. Este elemento invita al juzgador a sopesar las consecuencias que tendrá su decisión, sin que esto implique que se vuelva un realista jurídico que considere que la normatividad de una norma esté ligada a sus condiciones de operatividad.⁷⁴ Hay un ejemplo de consecuencialismo en la jurisprudencia constitucional. Se trata de la Inc. 16-2011¹⁷⁸, en la que se impugnó el Decreto Legislativo mediante el cual fueron electos los magistrados propietarios de la SC y sus respectivos suplentes para el período 2009-2018. En ella, cuatro de los magistrados del tribunal y sus suplentes fueron recusados y se pidió que la Corte Plena conociera de la recusación.

¹⁷¹ GASCÓN ABELLÁN, Marina y GARCÍA FIGUEROA, Alfonso, *Interpretación y argumentación jurídica*, Op. Cit., p. 97.

¹⁷² ALEXY, Robert, *El concepto y la validez del derecho*, 2ª Ed., Gedisa, Barcelona, España, 2013, p. 136.

¹⁷³ SALA DE LO CONSTITUCIONAL, resolución de 23-11-2011, Inc. 11-2005, considerando I 1 B.

¹⁷⁴ SALA DE LO CONSTITUCIONAL, sentencia de 9-10-2017, Inc. 44-2015, considerando V 1.

¹⁷⁵ CHIASSONI, Pierluigi, *Nota preliminar: Un textualismo razonable: una tentación resistible*, prólogo de SCALIA, Antonin, *Una cuestión de interpretación. Los tribunales federales y el derecho*, 1ª Ed., Palestra Editores, Perú, 2015, p.

¹⁷⁶ .

¹⁷⁷ SALA DE LO CONSTITUCIONAL, sentencia de 25-8-2010, Inc. 1-2010/27-2010/28-2010, considerando II 1 D. ⁷⁴ MARTÍNEZ-SICLUNA Y SEPÚLVEDA, Consuelo, *Teoría del Derecho y filosofía del Derecho*, Dykinson, Madrid, España, 2017, p. 271.

¹⁷⁸ SALA DE LO CONSTITUCIONAL, sentencia de 27-4-2011, Inc. 16-2011. ⁷⁶ Ibidem, considerando IV 2.

En la resolución del caso precitado, la SC sostuvo que “dado que esta Sala es la única competente para poder resolver las demandas de inconstitucionalidad, al no poderse integrar [...] por personas distintas a las expresamente designadas por la Asamblea Legislativa, [admitir la petición] implicaría el desaparecimiento del órgano facultado para poder resolver la inconstitucionalidad presentada y encargado de ejercer el control constitucional y la custodia del Estado de Derecho en el país”.⁷⁶ Este argumento apela a las consecuencias indeseables que produciría admitir la petición y sirvió como base para declarar la improcedencia.

IV. Conclusiones.

Se pueden aportar las conclusiones siguientes como corolario de todo lo expuesto:

(i) Lo que la SC ha llamado usualmente como “motivación” en realidad debe denominarse justificación.

(ii) Toda persona tiene derecho a que las resoluciones judiciales y administrativas que afecten su esfera jurídica estén justificadas. Esto implica que, a su vez, las autoridades tienen el deber jurídico de justificar sus decisiones. Para hacerlo, se deben fundamentar las premisas fácticas o probatorias —que, por consistir en argumentos, también se puede llamar argumentación sobre las premisas fácticas o probatorias— y las normativas.

(iii) Aunque la SC ha expresado lo dicho en los apartados ii y iii, no ha proveído información sobre la forma en que se debe realizar la argumentación probatoria y la normativa. Es decir, ha dicho “qué debe justificarse”, pero no “cómo se debe justificar”.

(iv) Como propuesta de solución sobre la justificación probatoria, que implica determinar qué hechos se deben probar y cómo pueden darse por probados, se estima que el juez debe considerar: (a) qué hechos deben probarse en sentido estricto, (b) cuáles son, (c) qué hechos están excluidos de la actividad probatoria y (d) qué elementos se pueden usar para probarlos. Hecho esto, se deben expresar los criterios que sustentan una valoración racional de la prueba, las pruebas usadas y el razonamiento que ha conducido, a partir de ellas, a la declaración de hechos probados, y tomar en cuenta que todas las pruebas requieren justificación, que deben valorarse individualmente y considerar todas las pruebas practicadas.

(v) Como propuesta de solución sobre la justificación de las premisas normativas, se enfatiza que esto conlleva la selección del material normativo —lo que se conoce como interpretación del Derecho— y, en casos fáciles, la subsunción de los hechos probados en la norma aplicable —justificación interna—. En los casos difíciles, el juzgador debe recurrir a criterios de justificación externa: consistencia y coherencia, universalizabilidad y consecuencialismo.

BIBLIOGRAFÍA. I.

Obras citadas.

1. Aarnio, Aulis, *Lo racional como razonable. Un tratado sobre la justificación jurídica*, 1ª Ed., Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, España, 1991.
2. Aguiló Regla, Josep, *Presunciones, verdad y normas procesales*, en Isegoría, nº 35, julio-diciembre, 2006, consultado en

<http://isegoria.revistas.csic.es/index.php/isegoria/article/view/27/27>, el 11-82018.

3. Alexy, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, 1ª Ed., Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, España, 1997.
4. Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, 2ª Ed. en español, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, España, 2012.
5. Alexy, Robert, *El concepto y la validez del derecho*, 2ª Ed., Gedisa, Barcelona, España, 2013.
6. Atienza, Manuel, *El derecho como argumentación*, 1ª Ed., Ariel, Barcelona, España, 2012.
7. Atienza, Manuel, *El sentido del Derecho*, 1ª Ed., 3ª impresión, Ariel, España, 2013.
8. Atienza, Manuel, *Curso de argumentación jurídica*, 1ª Ed., 3ª Reimpresión, Trotta, Madrid, España, 2015.
9. Bernal Pulido, Carlos, *¿Es la ponderación irracional y contraria al principio democrático? Una discusión sobre la teoría de los derechos fundamentales como principios en el contexto de España*, en Sieckmann, Jan, *La teoría principialista de los derechos fundamentales*, 1ª Ed., Marcial Pons, Madrid, España, 2011.
10. Cabañas García, Juan Carlos, Garderes Gasparri, Santiago y Canales Cisco, Óscar Antonio, *Código Procesal Civil y Mercantil comentado*, 2ª Ed., Consejo Nacional de la Judicatura, El Salvador, 2011.
11. Cabra Apalategui, José Manuel, *Sobre derecho y argumentación. Estudios de teoría de la argumentación jurídica*, 1ª Ed, Comares, Granada, España, 2015.
12. Chaumet, Mario E., *Argumentación. Claves aplicables en un derecho complejo*, 1ª Ed., Astrea, Argentina, 2017.
13. Cisneros Farías, Germán, *Lógica jurídica*, 5ª Ed., 5ª Reimpresión, Porrúa, México, 2016.
14. Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, 1ª Ed., Ariel, España, 2012.
15. Ferrajoli, Luigi, *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia. Tomo I. Teoría del derecho*, 1ª Ed., Trotta, España, 2011.
16. Ferrer Beltrán, Jordi, *Prueba y verdad en el derecho*, 2ª Ed., Marcial Pons, España, 2005.
17. Gascón Abellán, Marina y García Figueroa, Alfonso, *Interpretación y argumentación jurídica*, 1ª Ed., Consejo Nacional de la Judicatura, Escuela de Capacitación Judicial, San Salvador, 2003.
18. Gascón Abellán, Marina, *Cuestiones probatorias*, 1ª Ed., Universidad Externado de Colombia, Colombia, 2012.
19. Gascón Abellán, Marina, et. al., *Argumentación jurídica*, 1ª Ed., Tirant lo Blanch, España, 2014.
20. González Lagier, Daniel, *Apuntes sobre prueba y argumentación jurídica*, consultado en la dirección web siguiente:
https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/37145/1/apuntes_sobre_prueba_y_argumentacion_juridica.pdf, el 11-8-2018.

21. González Lagier, Daniel, *Quaestio facti. Ensayos sobre prueba, causalidad y acción*, 1ª Ed., Fontamara, México, 2013.
22. Grajales, Amós Arturo y NEGRI, Nicolás, *Argumentación jurídica*, 1ª Ed., 2ª Reimpresión, Astrea, Buenos Aires, Argentina, 2017.
23. Haack, Susan, *La justicia, la verdad y la prueba: no tan simple, después de todo*, en Ferrer Beltrán, Jordi y Vázquez, Carmen, *Debatiendo con Taruffo*, 1ª Ed., Marcial Pons, España, 2016.
24. Lifante Vidal, Isabel, *La interpretación jurídica y el paradigma constitucionalista*, consultado en la dirección web siguiente:
https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-F2008-, el 11-8-2018.
25. Lifante Vidal, Isabel, *Seguridad jurídica y previsibilidad*, en DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, n° 36, 2013, consultado en línea, en la dirección web siguiente:
<http://www.cervantesvirtual.com/obra/seguridad-juridica-y-previsibilidad/>, el 11-8-2018.
26. Martínez-Sicluna y Sepúlveda, Consuelo, *Teoría del Derecho y filosofía del Derecho*, Dykinson, Madrid, España, 2017.
27. Moreno Catena, Víctor y Cortés Domínguez, Valentín, *Introducción al derecho procesal*, 9ª Ed., Tirant lo Blanch, España, 2017.
28. Scalia, Antonin, *Una cuestión de interpretación. Los tribunales federales y el derecho*, 1ª Ed., Palestra Editores, Perú, 2015.
29. Taruffo, Michele, *La prueba de los hechos*, 4ª Ed., Trotta, España, 2011.
30. Ubertis, Giulio, *Elementos de epistemología del proceso judicial*, 1ª Ed., Trotta, Madrid, España, 2017.
31. Vega Reñón, Luis y Olmos Gómez, Paula, *Compendio de lógica, argumentación y retórica*, 3ª Ed., Trotta, España, 2016.
32. Wróblewski, Jerzy, *Sentido y hecho en el derecho*, 1ª Ed., 2ª Reimpresión, Fontamara, México, 2008.

II. Jurisprudencia.

1. Sala de lo Constitucional, Sentencia de 26-6-2003, Amp. 242-2001.
2. Sala de lo Constitucional, Sentencia de 7-11-2006, HC. 28-2006.
3. Sala de lo Constitucional, Sentencia de 18-2-2009, HC. 41-2008R.
4. Sala de lo Constitucional, Sentencia de 25-6-2009, Amp. 306-2007.
5. Sala de lo Constitucional, Sentencia de 25-6-2009, Inc. 26-2008.
6. Sala de lo Constitucional, Sentencia de 9-10-2009, HC. 65-2008.
7. Sala de lo Constitucional, Sentencia de 9-12-2009, Amp. 18-2004.
8. Sala de lo Constitucional, Sentencia de 25-3-2010, HC. 39-2008.
9. Sala de lo Constitucional, Sentencia de 25-8-2010, Inc. 1-2010/27-2010/28-2010.
10. Sala de lo Constitucional, Sentencia de 20-10-2010, HC. 81-2010.
11. Sala de lo Constitucional, Sentencia de 12-11-2010, Inc. 40-2009/41-2009.

12. Sala de lo Constitucional, Sentencia de 17-11-2010, HC. 159-2007.
13. Sala de lo Constitucional, Sentencia de 10-12-2010, Amp. 911-2008.
14. Sala de lo Constitucional, Sentencia de 27-4-2011, Inc. 16-2011.
15. Sala de lo Constitucional, Sentencia de 14-9-2011, Inc. 37-2007.
16. Sala de lo Constitucional, Resolución de 23-11-2011, Inc. 11-2005.
17. Sala de lo Constitucional, Sentencia 14-12-2011, Amp. 191-2009.
18. Sala de lo Constitucional, Sentencia de 30-3-2012, HC. 80-2012.
19. Sala de lo Constitucional, Sentencia de 1-3-2013, Amp. 16-2011.
20. Sala de lo Constitucional, Sentencia de 18-6-2014, Inc. 56-2012.
21. Sala de lo Constitucional, Sentencia de 20-2-2017, Inc. 44-2011.
22. Sala de lo Constitucional, Sentencia de 9-10-2017, Inc. 44-2015.
23. Sala de lo Constitucional, Sentencia de 7-3-2018, Inc. 69-2015.
24. Sala de lo Constitucional, Sentencia de 9-4-2018, Inc. 133-2015.

III. Fuentes normativas.

1. Código Penal.
2. Código Procesal Civil y Mercantil.
3. Código Procesal Penal.
4. Constitución de la República de El Salvador.
5. Ley de la Jurisdicción Contencioso Contencioso Administrativa.

Abreviaturas Cn: Constitución de la República CPCM:

Código Procesal Civil y Mercantil.

CSJ: Cortes Suprema de Justicia

FGR: Fiscalía General de la República

Inc.: Inciso

LGAC: Ley general de asociaciones cooperativas

LPC: Ley de procedimientos constitucionales

MINSAL: Ministerio de Salud

PNC: Policía Nacional Civil

PPDDH: Procuraduría para la defensa de los Derechos Humanos

TIA: Tribunal de ingresos y ascensos de la Policía Nacional Civil

TSE: Tribunal Supremo Electoral

LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA EN EL CONTROL DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDAD

Lic. Cristian Alexander Gutiérrez¹⁷⁹.

Resumen: El trabajo que se presenta tiene como propósito destacar las exigencias jurídicas que deben cumplirse para ejercer adecuadamente el control difuso de constitucionalidad. Para el logro de tal finalidad se realiza un análisis crítico de la legislación y jurisprudencia pertinente. El contenido del mismo comienza por considerar la función del control difuso; luego se hacen consideraciones sobre los sujetos habilitados para realizarlo; los requisitos jurídicos que deben observarse, destacando la indispensabilidad de la argumentación jurídica para el correcto enjuiciamiento constitucional de normas y actos normativos; finalmente se exteriorizan las conclusiones que pretenden resumir Los planteamientos que se sostienen.

Sumario: I. Introducción. II. El control difuso de constitucionalidad. 1. Función. 2. Sujetos facultados. Especial consideración a la jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional. 3. Justificación del control difuso de constitucionalidad en el estado constitucional y social de derecho. 4. Vinculación del control difuso y concentrado de constitucionalidad. III. Exigencias jurídicas del control de constitucionalidad. 1. Las reguladas en la Ley de procedimientos constitucionales y las establecidas por la jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional. 2. La argumentación como elemento fundamental en la labor reveladora del derecho creado o complementado por medio de la interpretación. IV. Conclusiones.

Introducción

En un estado constitucional, democrático y social de derecho como normativamente está diseñado El Salvador, el poder público en todas sus manifestaciones, entre ellas la ley, ha de estar subordinado al derecho, lo cual se traduce en la necesidad de establecer mecanismos de naturaleza jurídica que sirvan para enjuiciar el ejercicio de dicho poder de cara a los valores, principios, garantías, derechos y en general a las normas constitucionales¹⁸⁰.

En la República de El Salvador se prevén simultáneamente dos mecanismos jurídicos destinados a controlar la validez de las leyes, decretos, y en general cualquier norma jurídica infra constitucional. Tales mecanismos son: el control concentrado¹⁸¹ y el control difuso⁴ de

¹⁷⁹ Juez 2º Civil y Mercantil de San Miguel, graduado de 1ª promoción PFI, master en derecho penal y derecho judicial, docente universitario y capacitador de la Escuela de Capacitación Judicial del CNJ.

¹⁸⁰ DE OTTO, Ignacio, *Derecho Constitucional. Sistema de Fuentes*, 1ª ed., Ariel S. A., Barcelona, España, 2008, p. 16. Y es que como afirma el autor, la constitución sería la fuente de la ley, pero ella misma es fuente, que se caracteriza por ser norma suprema, por encima de las leyes, y por ello es claro que establece de forma directa e inmediata una vinculación para todos los órganos del estado, incluidos los jueces al ejercer la función jurisdiccional.

¹⁸¹ En la doctrina se califica como control concentrado de constitucionalidad de la ley a aquél que se reserva a un solo órgano -sea éste el Tribunal Supremo de Justicia, sea una Sala Constitucional del mismo, sea un Tribunal Constitucional autónomo- con exclusión de los demás tribunales.

constitucionalidad que a pesar de sus diferencias más notables⁵ efectos generales, – efectos erga omnes⁶ en el primero y efectos interpartes⁷ en el segundo – poseen en común la finalidad de mantener la pureza constitucional en función de la tutela o protección efectiva de los derechos de los justiciables⁸.

Por mandato del art. 77 – A de la Ley de Procedimientos Constitucionales, todos los jueces y magistrados que inapliquen una disposición ordinaria, deben remitir a la Sala de lo Constitucional, certificación de la resolución en la que ejercen dicha facultad, con la cual ha de generarse un proceso de inconstitucionalidad, siempre que la inaplicabilidad cumpla con un mínimo de exigencias, dentro de las cuales ocupan un lugar privilegiado en la argumentación jurídica.

Un setenta y cinco por cierto de las inaplicabilidades declaradas por jueces y magistrados son rechazadas liminarmente por adolecer principalmente de argumentos que hagan posible el inicio de un proceso de inconstitucionalidad. Este dato empírico justifica la realización de este artículo, que tiene como propósito exponer y argumentar sobre la indispensabilidad de la interpretación y argumentación jurídica en el ejercicio de la facultad de inaplicabilidad.

El control difuso de constitucionalidad

1. Función

El ordenamiento jurídico de El Salvador está condicionado por el principio de Supremacía Constitucional, donde todos y todas – gobernantes y gobernados – deben enderezar sus

pronunciar una resolución, la facultad de inaplicar cualquier ley o disposición de los otros órganos del estado que sean contrarias a las normas constitucionales; legislativamente no existe un proceso específico para ejercer el control difuso, debido a que tal facultad se ejercerá en el proceso, procedimiento o trámite en el que tenga lugar la inaplicabilidad; lo que sí está regulado legalmente en los arts. 77 A al 77 G de la LPC, es el proceso que, para decidir sobre la corrección jurídica de la inaplicabilidad declarada, ha de realizar la sala de lo constitucional. Este tribunal ante los vacíos de regulación advertidos en las disposiciones legales citadas, ha acudido a las normas pertinentes del proceso de inconstitucionalidad; así, ha sostenido que al no haberse determinado un procedimiento diferenciado para tramitar y resolver los procesos iniciados por certificaciones remitidas por los jueces y tribunales, mediante una interpretación sistemática de la ley antes mencionada y del art. 183 Cn., tales procesos deben desarrollarse de conformidad con los arts. 7, 8 y 9 LPC.

⁴ Por oposición, se denomina sistema de control difuso aquél en que cualquier tribunal puede declarar la inaplicabilidad de un precepto legal o de inferior jerarquía, que sea contrario a la Constitución, en el caso particular del cual conoce.

SALA DE LO CONSTITUCIONAL, resolución de inconstitucionalidad 20-1018, de las doce horas con treinta y dos minutos del día dieciséis de abril de dos mil dieciocho. El control concentrado está reconocido expresamente en el art. 183 Cn, según el cual corresponde únicamente a la sala de lo constitucional de la CSJ, la competencia para declarar la inconstitucionalidad de las leyes, decretos y reglamentos, en su forma y contenido, *de un modo general y obligatorio*; a nivel legal, el instrumento procesal para declarar la inconstitucionalidad – el proceso de inconstitucionalidad – está regulado del art. 6 al 11 de la LPC. El difuso está instaurado en el art. 185 de la misma Cn, y atribuye a *todos los jueces y tribunales*, en los caso en que tengan que

⁵ SALA DE LO CONSTITUCIONAL, resolución en proceso de inconstitucionalidad 73 – 2011, de fecha 11 de febrero de 2012. Las diferencias esenciales entre uno y otro modelo de control de constitucionalidad pueden resumirse así: el control concentrado es exclusivo de la sala de lo constitucional, el difuso es facultado de todos los jueces y tribunales, incluyendo a la sala; el primero implica un control de validez abstracto del objeto de control, el segundo en cambio se realiza a propósito de una situación concreta que debe resolverse; y la más importante, el control concentrado tiene efecto general y obligatorio, es decir, que la sentencia que se emita es obligatoria para los órganos del estado, sus funcionarios y autoridades y para toda persona natural o jurídica; el difuso, al contrario, sólo produce efecto para los intervinientes en el proceso, procedimiento o trámite concreto en el cual tiene lugar; es esta última diferencia la que exalta el tribunal.

⁶ Cuando la sentencia que dicta el órgano de control invalida o deroga la norma inconstitucional, se habla de control abstracto, que tiene efectos generales o “erga omnes”.

⁷ Cuando la misma sentencia sólo deja sin aplicación el precepto legal en el caso de que se trata, se habla de *control concreto* de constitucionalidad, que tiene efecto particular o “*inter partes*”, quedando vigente la ley inaplicada.

⁸ CÁRDENAS GRACIA, Jaime, *La argumentación como derecho*, 1ª ed., Universidad Autónoma de México, México, 2005, pp. 24 y 25. Según el autor el derecho ha de entenderse como una técnica de solución de conflictos prácticos que, mediante la argumentación, debe estar orientada hacia objetivos sociales valiosos que se traducen en el respeto a principios y valores racionales y razonablemente comprometidos con los derechos humanos, los principios democráticos y el estado de derecho.

comportamientos jurídicamente relevantes a los valores, principios, derechos y garantías reconocidos explícita o implícitamente en la Ley fundamental, los jueces de la jurisdicción ordinaria están no sólo llamados, sino sobre todo, obligados a ser auténticos garantes de que las leyes y demás normas infralegales utilizadas y aplicadas para resolver casos llevados a su conocimiento, sean conformes a las normas jurídicas constitucionales¹⁸².

En este sentido la labor de velar y garantizar el respeto a la norma constitucional, se realiza mediante el Control Difuso de Constitucionalidad, exigido en el artículo 185 de la Constitución de la República.

La constitucionalización del ordenamiento jurídico¹⁸³ salvadoreño se traduce en la necesidad y obligación de que todos, principalmente los gobernantes, deben garantizar, en las actuaciones

¹⁸² RODRIGUEZ MUÑOZ, Iveth e IBARRA LOZANO, Jairo, *Del estado de derecho al estado social de derecho*, Justicia Juris, Vol. 10. Octubre 2008, Colombia 2009, P. 13. Según estos autores, la actividad del Estado está regida por normas jurídicas, lo cual quiere decir ceñidas al derecho, siendo la norma jurídica fundamental la constitución. Garantes de este imperio de la Constitución son, en primer lugar, los jueces de la jurisdicción común que, mediante la técnica de interpretación conforme y en su defecto la inaplicabilidad, están obligados a hacer prevalecer la ley fundamental sobre cualquier norma que la contraríe.

¹⁸³ AGUILÓ REGLA, Josep, *positivismo y postpositivismo. Dos paradigmas en pocas palabras*, Doga, cuadernos de filosofía del derecho, 30, 2007, P. 666. Un ordenamiento está constitucionalizado cuando presenta los rasgos siguientes: existencia de una constitución rígida que incorpora derechos fundamentales, garantía jurisdiccional de las normas constitucionales, particularmente las que reconocen derechos fundamentales; fuerza normativa vinculante de la constitución, aplicación directa de las normas constitucionales, interpretación amplia y extensiva de la constitución que permita la construcción de normas o principios implícitos, interpretación de la ley conforme a la constitución e influencia de la constitución en el debate y proceso político. Todas estas características están presentes en el ordenamiento jurídico

de sus respectivos ámbitos de competencias, que las normas de rango inferior a la constitución sean conformes o se acomoden – vía interpretativa – a ésta, de tal manera que en cada ejercicio del poder público exista una manifestación graduable y real de los fines que se buscan alcanzar con la norma constitucional.

Dentro de los varios fines constitucionales, por su máxima trascendencia para la persona humana, merecen destacarse el *-reconocimiento, respecto y tutela de los derechos fundamentales*¹⁸⁴- y la *-limitación en el ejercicio del poder público-*.

El primero está dirigido a procurar el mayor goce y protección de los derechos humanos¹⁸⁵ indispensables para la existencia digna del ser humano; acá se juega la vida el estado constitucional de derecho, en la medida que sobre la eficacia de tales derechos fundamentales – *que es lo esencial*– se *articulan* una serie de instituciones y actividades que sirven de instrumento para lograr dicha eficacia, como por ejemplo, la jurisdicción tanto ordinaria como la especializada constitucional; este prioritario fin constitucional se manifiesta en el reconocimiento de los derechos individuales, sociales y políticos (arts. 2, 32, 37, 53, 65 y 72 cn).

El segundo, que también es instrumental al primero, implica que la validez del ejercicio del poder público está condicionado al principio de legalidad formal, pero más importante aún, al de legalidad material¹⁸⁶, que en cualquier circunstancia gravita directa o indirectamente en la

nacional, porque están explícita o implícitamente establecidas en la propia constitución, destacando dentro de todas ellas la garantía jurisdiccional de ley suprema, que se realiza precisamente a través del control concentrado y difuso de constitucionalidad.

¹⁸⁴ PÉREZ TREMP, Pablo, y otros, *Derecho Constitucional*, Volumen I, El ordenamiento constitucional. Derechos y deberes de los ciudadanos, 1ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1991, p. 117. Los derechos fundamentales, tal como los sostiene al autor citado, constituyen límites a las actuaciones no sólo del poder público, sino también a los comportamientos de los particulares, lo cual implica que dichos derechos pueden y deben hacerse valer no sólo frente al estado, sino también frente a las personas particulares.

¹⁸⁵ DOUGLAS PRICE, Jorge Eduardo, *La decisión judicial*, 1ª ed., Rubinzal – Culzoni, Santa Fe, Argentina, 2012, P. 112. En el contexto del control de racionalidad en las decisiones judiciales, se encuentra el control de constitucionalidad, y dentro de este la inaplicabilidad que se articula como un mecanismo de mantenimiento de una barrera efectiva de resguardo de los derechos fundamentales, a decir del autor, derechos humanos.

¹⁸⁶ FERRAJOLI, Luigi, *constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista*, Doxa, cuadernos de filosofía del derecho, 34, 2011, Pp. 21 – 26. La legalidad formal está referida a que la ley y demás normas jurídicas deben crearse por las autoridades y por los procedimientos establecidos en la constitución; en otras palabras, es la propia constitución la que determina “quien” y “como” decide. La legalidad material o sustancial consiste en que la producción normativa, para su validez, requiere además de respetar las formas, ser acorde con los contenidos de la constitución, es decir, que es la ley fundamental la que determina los contenidos válidos posibles de la ley, en el sentido que establece el “que” se debe o no se debe decidir, lo cual implica que los contenidos de las normas jurídicas deben ser conformes a los derechos, garantías, principios y valores constitucionales. Según el autor que se cita, y en referencia a ambas manifestaciones del constitucionalismo, el derecho en su totalidad se concibe como una construcción enteramente artificial, de la que no sólo se regulan las formas, sino también los contenidos de las normas, a través de los límites y vínculos impuestos por el paradigma constitucional.

búsqueda del máximo goce y protección de los derechos esenciales, sea que estos se manifiesten como *-derechos subjetivos, intereses legítimos, garantías, principios, valores-*; en fin, estará vinculado a alcanzar la mayor tutela posible de la esfera jurídica de los justiciables¹⁸⁷.

La sala de lo constitucional¹⁸⁸ ha sostenido que el principio de supremacía constitucional impone al órgano jurisdiccional la obligación de realizar aún de oficio, un doble examen previo a la aplicación de cualquier norma o acto susceptible de ser aplicado: un examen formal por el cual compruebe si la norma o acto ha sido promulgado conforme al procedimiento legalmente establecido y por el órgano constitucionalmente competente; y otro jurídico material por medio del cual verifique su legitimidad en el sentido de ser conformes a las normas de rango superior.

Los máximos garantes, aunque no los únicos, de los derechos fundamentales de la persona, son los jueces y magistrados que integran el órgano judicial, es al órgano jurisdiccional al que la constitución le atribuye la determinación de la última palabra en materia de derecho¹⁸⁹, mediante la institución de la cosa juzgada (art. 172 inc. 1 Cn).

Para lograr tan importante y delicada labor, los miembros de la judicatura utilizan como instrumento la jurisdicción,¹⁹⁰ cuyo fin esencial y último es resolver conflictos intersubjetivos de

¹⁸⁷ Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Proceso de Inconstitucionalidad 17-2003. Pág. 13. “Entonces, el tratamiento otorgado al principio de legalidad...ha permitido formular una doble garantía, la cual responde a las siguientes manifestaciones: (i) la primera de orden material y alcance absoluto, tanto por lo que se refiere al ámbito estrictamente penal como al de las sanciones administrativas, refleja la especial trascendencia del principio de seguridad jurídica en dichos ámbitos limitativos de la libertad individual, y se traduce precisamente en la imperiosa y existencia de predeterminación normativa de las conductas ilícitas, y de las sanciones correspondientes, a través de una tipificación precisa dotada de la adecuada concreción en la descripción que incorpora; y (ii) la segunda, de carácter formal, se refiere al rango necesario de las normas tipificadoras de aquellas conductas reguladoras de las sanciones, como presupuesto de la actuación punitiva del Estado.

¹⁸⁸ SALA DE LO CONSTITUCIONAL, sentencia de inconstitucionalidad 23 – 2012, de fecha 05 de junio de 2012. En esta sentencia, el tribunal constitucional, a propósito de la facultad de inaplicabilidad, apoyado en los principios de independencia judicial y supremacía constitucional, sostiene que la validez de las normas jurídicas y actos normativos depende de su conformidad formal y material con las normas constitucionales.

¹⁸⁹ *Ibidem*. En la sentencia referida, la sala de lo constitucional deja en claro que existe una comunidad de intérpretes, pero que la última palabra en materia de interpretación constitucional es facultad de dicho tribunal. En el ámbito de legalidad la definitividad del derecho está en manos de los jueces de instancia.

¹⁹⁰ La jurisdicción es una de las más claras manifestaciones de la soberanía estatal que, de acuerdo al art. 172 Cn, es facultad y obligación exclusiva de los jueces y magistrados del órgano judicial. Es el poder/deber conferido a los jueces y magistrados del órgano judicial, para resolver, mediante la aplicación del derecho, de forma definitiva e irrevocable, los conflictos intersubjetivos. Para la Sala de lo Constitucional consiste en “la aplicación irrevocable del derecho, en lo relativo a la protección de los derechos subjetivos, imposición de sanciones y control de legalidad y constitucionalidad, mediante parámetros objetivamente sustentables y jurídicamente argumentados, realizada por jueces independientes e imparciales, características que son garantizadas por la ley suprema solamente al órgano judicial”. SALA DE LO CONSTITUCIONAL, sentencia de inconstitucionalidad 64 – 2015/102 – 2015/103 - 2015, de fecha 10 de julio de 2018.

relevancia jurídica para reafirmar desde el plano ontológico la dimensión ideal - axiológica diseñada en la Constitución.

Es precisamente la garantía real o eficaz de tales derechos fundamentales y el enjuiciamiento sobre la validez constitucional del ejercicio del poder público - manifestado en la ley u otra norma infralegal - o particular, lo que constituye la función jurídica que corresponde realizar a todos jueces y juezas del país, mediante el denominado control difuso de constitucionalidad.

2. Sujetos habilitados para inaplicar. Especial consideración a la jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional.

En el proceso que se genera al ejercer el control difuso de constitucionalidad, al igual que en otros procesos jurisdiccionales, la legitimidad se bifurca en: Legitimación pasiva y activa.

Entenderemos en este sentido que legitimación pasiva se refiere al sujeto emisor de la norma objeto de control, que cuando se trata de la ley lo será la asamblea legislativa, pero también lo será el ente público, el funcionario público, el ente o la persona particular que ha creado la norma que se controla.

Legitimación activa está referida a los órganos públicos y funcionarios públicos que están habilitados jurídicamente por la Constitución, para enjuiciar la validez de las normas infra constitucionales; esto es, determinar quiénes están facultados constitucionalmente para realizar el control difuso de constitucionalidad.

El art. 185 de la Cn, que instituye la inaplicabilidad como máxima manifestación del control difuso de constitucionalidad¹⁹¹, hace una expresa referencia a la legitimación activa de los tribunales que integran el órgano jurisdiccional, es decir, que tal disposición, sin dejar dudas al respecto, le concede facultades para realizar dicho control a los jueces y magistrados.

Una lectura e interpretación inconexa o aislada de tal disposición constitucional puede dar la apariencia de que sólo los que ejercen función jurisdiccional tienen facultades para inaplicar las normas infraconstitucionales contrarias a ley fundamental, excluyendo en consecuencia, a los demás funcionarios administrativos, civiles y militares, que ejercen en mayor o medida en poder público.

¹⁹¹ La inaplicabilidad es sólo una de las manifestaciones del control difuso; por cierto la más fuerte por su efecto en el caso concreto, pero no necesariamente la más importante.

CRUZ PARCERO, Juan Antonio, *hacia una teoría constitucional de los derechos humanos*, 1ª ed., Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, México, 2017, P. 90. La inaplicabilidad es solo una de las manifestaciones del control difuso; por cierto las más fuerte por su efecto en el caso concreto, pero no necesariamente la más importante. Según el autor, en todo caso, la inaplicación es un punto extremo, resultado de una evaluación —interpretación— donde se determine que no es posible una interpretación conforme a la constitución.

Se dice apariencia, porque es solamente eso, ya que al realizar una interpretación integral y sistemática de las disposiciones constitucionales, se cae inmediatamente en la cuenta que el control difuso no debe ser monopolio exclusivo de los jueces y magistrados integrantes del órgano judicial, sino que también corresponde realizarlo a todos los demás funcionarios públicos administrativos, sean estos civiles y militares. Sobre este punto, la sala de lo constitucional, es de postura contraria, en el sentido que ha sostenido que el control difuso es facultad únicamente de los entes y funcionarios que ejercen materialmente jurisdicción; postura que debe ser superada por las razones que adelante se exteriorizan.

Las disposiciones constitucionales implicadas en la determinación de los sujetos legitimados para declarar la inaplicabilidad como mecanismo de control difuso, son precisamente los arts. 2 inc 1º, 185, 235, 244, 245 y 246. Tales disposiciones deben interpretarse en su conjunto para determinar, con acierto jurídico, los sujetos constitucionalmente facultados o habilitados para declarar la inaplicabilidad establecida en el primero de los artículos antes referido.

Según jurisprudencia¹⁹² de la Sala de lo Constitucional, en el art. 2 inc. 1º Cn, se establece el derecho fundamental denominado derecho a la protección de los derechos¹⁹³, el cual se manifiesta de dos modos a saber: protección jurisdiccional¹⁹⁴ y no jurisdiccional¹⁹⁵.

La protección jurisdiccional es la tutela de derechos que brinda el estado por medio de los jueces y magistrados del órgano judicial, con lo cual ninguna duda cabe, en procura de la

¹⁹² SALA DE LO CONSTITUCIONAL, sentencia de amparo 469 – 2009, de fecha uno de febrero de dos mil doce. Entre otras muchas más, en esta sentencia el tribunal establece que en el art. 2 inc. 1º de la Cn., está plasmado el derecho a la protección jurisdiccional y no jurisdiccional de los derechos fundamentales de toda persona, es decir, un derecho de protección en la conservación y defensa de éstos.

¹⁹³ BERNAL PULIDO, Carlos, *El derecho de los derechos*, 1ª ed., Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Colombia, 2005, pp. 29 y 30. El autor centra su análisis en la protección judicial de los derechos, sea por la jurisdicción ordinaria como por la jurisdicción especializada que está en manos de las cortes o tribunales constitucionales, destacando el papel fundamentador que juegan la interpretación y argumentación y la argumentación jurídica.

¹⁹⁴ SALA DE LO CONSTITUCIONAL, sentencias de inconstitucionalidad 40 – 2009, de fecha 12 de noviembre de 2010; y 64 – 2012 de fecha 06 de octubre de 2014. Según esta jurisprudencia, el derecho a la protección jurisdiccional se manifiesta mediante cuatro grandes rubros: (i) el acceso a la jurisdicción; (ii) el proceso constitucionalmente configurado o debido proceso; (iii) el derecho a una resolución de fondo, justificada y congruente; y (iv) el derecho a la ejecución de las resoluciones.

¹⁹⁵ SALA DE LO CONSTITUCIONAL, sentencia de amparo 631 – 2008, de fecha 22 de octubre de 2010. El tribunal, citando su propia jurisprudencia, reitera que el art. 2 inc 1º de la Cn., además de reconocer un catálogo de derechos considerados fundamentales para la existencia humana e integrantes de la esfera jurídica de las personas, también reconoce un derecho que posibilita su realización efectiva y pronta. Tal derecho tiene una manifestación en sede no jurisdiccional, cuando son las autoridades administrativas las que, mediante el procedimiento constitucional y legal, articulan las acciones pertinentes para brindar protección a los referidos derechos fundamentales.

protección de tales derechos. Dichos funcionarios están plenamente legitimados para realizar el control difuso de constitucionalidad en general y la inaplicación de las normas infraconstitucionales en aquellas que sean contrarias a la Constitución, establecido en el art. 185 de la Constitución de la República.

La protección no jurisdiccional, se refiere a la defensa y conservación de los derechos que el estado está obligado a brindar por medio de funcionarios o instituciones no pertenecientes al órgano jurisdiccional, tales como la PNC, FGR, MINSAL, PPDDH, entre otros. Es la protección de derechos que la constitución encarga a los funcionarios e instituciones administrativas.

Es precisamente en cumplimiento de esta obligación constitucional, que los funcionarios administrativos están legitimados para realizar el control difuso de constitucionalidad y por ello facultados para declarar la inaplicación de las normas contrarias a la ley fundamental, esto unido a la responsabilidad que expresamente les impone el art. 235 de la misma ley fundamental, referida a cumplir y hacer cumplir la constitución por encima de cualquier otra norma que la contraríe, que los funcionarios administrativos están “legitimados” para realizar el control difuso de constitucional y por ello facultados para declarar la inaplicación de las normas contrarias a la ley fundamental.

Se podría afirmar que el art. 185 de la Cn, sólo reconoce legitimación para inaplicar a los jueces y magistrados; sin embargo, tal disposición lo que realmente hace es reconocer expresamente dicha facultad al órgano judicial, pero en realidad no prohíbe la inaplicabilidad por parte de los funcionarios administrativos, con lo cual, válidamente puede afirmarse que en tal norma, el constituyente, sólo hizo silencio al respecto, pero el mismo constituyente al imponerles la obligación de cumplir la constitución como derecho más fuerte art. 235 Cn, implícitamente les reconoce a dichos funcionarios administrativos, la facultad de inaplicar las normas que sean contrarias a la Ley primaria, esto como mecanismo necesario e indispensable para cumplir eficazmente tal obligación.

Las exigencias que se derivan del principio de Supremacía Constitucional, contemplada en el art. 246 de la Constitución de la República están relacionadas con los arts. 244 y 245¹⁹⁶ de la misma ley fundamental, al establecer que los funcionarios administrativos, al margen de si

¹⁹⁶ SALA DE LO CONSTITUCIONAL, Sentencias de amparo 541 – 2012, de fecha 15 de noviembre de 2013; 542 – 2012, de fecha 15 de noviembre de 2012; y 1013 – 2008, de fecha 20 de diciembre de 2013. Conforme a la jurisprudencia sostenida en estas sentencias, la responsabilidad en que incurran los funcionarios públicos por vulneración de derechos constitucionales es eminentemente personal, subjetiva y patrimonial, y sólo que se constate que el funcionario no posee bienes suficientes para pagar los daños materiales o morales ocasionados con motivo de la violación de tales derechos, el estado – en posición de garante – asume subsidiariamente el pago de dicha obligación. Se advierte con facilidad que el aplicar una norma que sea contraria a la Cn., puede generar para el funcionario judicial o administrativo responsabilidad personal patrimonial, razón por la que para evitar caer en la misma, es necesario reconocer a los funcionarios administrativos la facultad de desaplicar normas jurídicas o actos normativos que sean formal o materialmente contrarios a las normas constitucionales.

ejercen o no función jurisdiccional, son especialmente responsables si incurren en violación de las normas constitucionales, de igual forma éstos responderán personalmente por los daños materiales o morales que causaren como consecuencia de la violación a los derechos reconocidos en tales normas.

Esta imposición de responsabilidad que se hace en la Constitución, justifica que los funcionarios administrativos están legitimados para inaplicar las normas que sean contrarias a aquélla. Ante ello estos funcionarios para no incurrir en violación a la ley fundamental, tendrán la necesidad de desconocer la validez de estas normas infraconstitucionales, de no ser así, se corre el riesgo de caer en el absurdo, consistente en atribuir responsabilidad a los funcionarios administrativos por violación a la Constitución y a los derechos reconocidos en ella. En este sentido no puede negárseles la facultad de inaplicar como último recurso para evitar tal violación; porque de lo contrario se les haría responsables de una violación que pudieron evitar haciendo uso de la figura de la inaplicabilidad, pero que no lo hicieron porque se les niega justamente tal facultad.

Respecto de quienes están legitimados para realizar inaplicación de las normas que contraríen la Constitución, la Sala de lo Constitucional ha sentado su postura referida a que tal facultad corresponde exclusivamente¹⁹⁷ a los funcionarios que materialmente ejercen jurisdicción. Ha dispuesto que por regla general, están facultados para inaplicar los jueces y tribunales ordinarios y la propia Sala, y excepcionalmente, lo pueden hacer entes administrativos, - *sólo cuando ejercen materialmente función jurisdiccional* -, como sucede, por ejemplo, con el TSE, al que el tribunal constitucional le reconoce potestades jurisdiccionales no obstante no pertenecer al órgano judicial. Esto implica, a contrario sensu, que para el Tribunal Constitucional, generalmente, los entes y funcionarios administrativos tienen vedada la facultad de inaplicar, tal como lo han sostenido en varias sentencias¹⁹⁸.

¹⁹⁷ SALA DE LO CONSTITUCIONAL, sentencia de inconstitucionalidad 64 – 2015/102 – 2015/103 - 2015, de fecha 10 de julio de 2018. Es el considerando II.b de dicha sentencia, el espacio utilizado por el tribunal constitucional para dejar sentada la tesis según la cual, en principio, los entes públicos que no ejercen una función jurisdiccional en estricto sentido, no están legitimados para inaplicar normas infraconstitucionales, porque sus decisiones no producen efectos de cosa juzgada, de tal suerte que sólo cuando tales entes ejerzan materialmente jurisdicción están facultados para hacer uso del control difuso que representa la inaplicación, tal como sucede con TSE, al que se le reconoce potestad jurisdiccional en materia electoral.

¹⁹⁸ SALA DE LO CONSTITUCIONAL, auto definitivo en proceso de inconstitucionalidad 8 – 2016, de fecha diecinueve de diciembre de 2016. En esta resolución se acordó un rechazo liminar respecto a iniciar un proceso de inconstitucionalidad por la remisión de una certificación de una resolución de inaplicabilidad emitida por el Tribunal de Ingreso y Ascensos de la Policía Nacional Civil (TIA). El fundamento del tal rechazo fue que el referido Tribunal no ejerce función jurisdiccional propiamente dicho, porque sus decisiones no producen los efectos de cosa juzgada, ni en el carácter inalterable de la decisión ni la fuerza del pronunciamiento para obligar como acto de concreción imperativa del derecho en un caso concreto, excluyendo la posibilidad de volver a tratar y decidir sobre el mismo objeto ya resuelto de manera firme. Se sostuvo además que la función jurisdiccional es propia de los jueces y tribunales del órgano judicial y que por sus particulares posicionamientos de independencia, imparcialidad y sujeción únicamente al

Tal postura de la Sala resulta insuficiente, y por ello insatisfactoria, para efectivizar plenamente el principio de Supremacía Constitucional que sirve de fundamento al control difuso y específicamente a la facultad de inaplicación, debido a las razones siguientes:

- Se basa en una interpretación restrictiva y formalista del art. 185 Cn., que reduce el ámbito de los sujetos legitimados para inaplicar, reconoce facultad únicamente a los funcionarios o entes que ejercen potestades jurisdiccionales, desconociendo así que la responsabilidad de hacer prevalecer los derechos fundamentales en particular y las normas jurídicas constitucionales en general, recae también sobre todos los funcionarios o entes públicos, jurisdiccionales y administrativos, civiles o militares, tal como lo contempla el art. 235 Cn.
- Se observa una interpretación aislada en el referido art. 185 Cn., respecto del art. 2 inc 1º de la misma Constitución, que es norma jurídica vinculada a la facultad de inaplicación, en la medida que dicho control difuso tiene por principal y medular función, la tutela o protección de derechos, que es justamente lo estatuido en esta disposición Constitucional, tanto en su modalidad jurisdiccional como no jurisdiccional.

En el art. 235 Cn., se encuentra la habilitación y justificación constitucional para que los funcionarios y entes administrativos, ejerzan o no funciones jurisdiccionales, puedan hacer uso de la facultad de inaplicación de normas que contraríen la Constitución de la República.

- La premisa sobre la que debe interpretarse la facultad de inaplicación es la de constituir un mecanismo constitucional al servicio de hacer efectiva la pureza constitucional y el respeto de los derechos fundamentales. Por ello, aún el argumento referido en el art.86 inc., último de la Cn.²⁶, “los funcionarios públicos no tienen más facultades que las que expresamente les da la ley”, debe ceder en la medida que la facultad de inaplicación no ha de considerarse como una prerrogativa de poder, sino como una herramienta jurídica al servicio de la protección de los derechos.
- No es admisible dejar fuera de uso la interpretación sistemática²⁷ y teleológica²⁸ que viene exigida cuando se trata de determinar los sujetos legitimados para inaplicar las normas contrarias a la Constitución.

Los contenidos normativos de los arts. 244, 245 y 246 de la Constitución, en una apreciación integral, imponen a todos los funcionarios, incluyendo los administrativos la obligación de hacer efectivas las normas constitucionales por encima de cualquier otra norma del resto del ordenamiento jurídico que las contradigan, – *ejerzan o no funciones jurisdiccionales* –. Esto bajo

derecho, les corresponde únicamente a ellos la facultad de inaplicar las normas que contraríen la Constitución.

pena de hacerles responsables de las violaciones que realicen de los preceptos constitucionales, operando con una norma incompatible con la Constitución.

²⁶ El art. 86 inc 3º de la Cn, establece que los funcionarios de gobierno son delegados del pueblo y no tienen más facultades que las que expresamente les da la ley. La facultad de desaplicar las normas jurídicas y actos normativos, les viene reconocida en la norma constitucional que se obtiene de interpretar integralmente los arts. 2 inc 1º, 185, 235, 244 y 245 de la Cn.

²⁷ La interpretación sistemática, según Bobbio, es aquella que basa sus argumentos en el presupuesto de que las normas de un ordenamiento o, más exactamente, de una parte del ordenamiento (como el derecho penal) constituyen una totalidad ordenada... y que, por tanto, el lícito aclarar una norma oscura o integrar una norma deficiente, recurriendo al llamado “espíritu del sistema” yendo a un en contra de lo que resultaría de una interpretación meramente literal.

La interpretación sistemática intenta comprender, como un todo coherente, la totalidad de las normas jurídicas y de los institutos jurídicos que le sirven de base.

Se interpreta sistemáticamente en la práctica, cuando no se atiende a una norma aislada, sino al contexto en que está situada.

Las normas no pueden analizarse en forma aislada de los demás preceptos que integran una ley de la que forman parte. Cada norma es parte integrante de un sistema jurídico, al que pertenece desde el momento de su creación, y entre todas las normas de un sistema se generan acciones y reacciones.

²⁸ Consiste en atribuir significado a una norma o a una cláusula atendiendo a la finalidad del precepto o del pacto. El legislador que crea la ley o las partes que celebran el contrato se proponen uno o varios fines de los cuales las normas o las cláusulas son un medio; por lo que la interpretación debe realizarse teniendo en cuenta esos fines o propósitos buscados.

3. Justificación del Control Difuso de Constitucionalidad en el Estado Constitucional y Social de Derecho

El sustento o soporte jurídico sustancial del control de constitucionalidad en general, y del difuso en particular, viene representado por el principio de independencia judicial¹⁹⁹ y principalmente por el principio de supremacía constitucional²⁰⁰, según el cual las normas jurídicas constitucionales son fundamentales y fundamentadoras²⁰¹ del resto de normas que integran el ordenamiento jurídico.

¹⁹⁹ SALA DE LO CONSTITUCIONAL, sentencia de inconstitucionalidad 64 – 2015/102 – 2015/103 - 2015, de fecha 10 de julio de 2018. En el considerando II.A.a de referida sentencia se argumenta que el ejercicio del control difuso tiene sustento en la positivación de los principios de independencia judicial y supremacía constitucional

²⁰⁰ GASCÓN ABELLAN, Marina, *La Interpretación Constitucional Derecho Constitucional*, 1ª ed., Consejo Nacional de la Judicatura, Escuela de Capacitación judicial de la Judicatura, San Salvador, El Salvador, 2004, pp. 6 y 7. Según la autora, el control difuso de constitucionalidad, que encuentra fundamento en el principio de supremacía constitucional, atiende esencialmente a la protección de los derechos constitucionales, bajo la premisa que el poder reside en el pueblo y éste encarnado en el poder constituyente, instituye libremente, en la constitución, los órganos de poder y su forma de proceder, consecuente, la ley suprema es lógicamente superior a tales órganos y jurídicamente un derecho más fuerte o superior a las demás normas del ordenamiento jurídico.

²⁰¹ SALA DE LO CONSTITUCIONAL, sentencia de inconstitucional 15 – 96 y acu., de fecha catorce de febrero de mil novecientos noventa y siete. Con esta sentencia se pone en evidencia que el tribunal constitucional, desde antaño, ha establecido la supremacía de las normas jurídicas constitucionales

El que tal supremacía tenga plena eficacia, es una tarea encargada primordialmente a los jueces y magistrados del órgano judicial, pero también es obligación de los funcionarios y entidades estatales que no pertenecen a la judicatura²⁰².

Como lo afirma Gascón Abellán²⁰³, la constitución es lógicamente superior a los órganos de estado y jurídicamente superior a las demás normas del ordenamiento jurídico.

Tal fuerza normativa superior y la obligación de todos los funcionarios públicos de cumplir y hacer cumplir las normas constitucionales, justifican que éstos, antes de enjuiciar los hechos de los casos sometidos a su conocimiento, deben enjuiciar la constitucionalidad de las normas inferiores y, de resultar incompatibles con la norma suprema, deben inaplicarlas, aún después de intentar realizar una interpretación conforme.

El control difuso de constitucionalidad que deben realizar los aplicadores del derecho, - *sea esta aplicación judicial o no judicial*-, encuentra justificación en la necesidad de fiscalizar las actuaciones de todos los funcionarios y entes con potestades normativas, ciñéndose éstos plenamente a los mandatos constitucionales. Cobra particular importancia los que reconocen explícita o implícitamente derechos fundamentales y los que crean, regulan, distribuyen y limitan el poder público.

4. Vinculación del Control Difuso y Concentrado de Constitucionalidad

En el ordenamiento jurídico salvadoreño coexiste el control concentrado y difuso de constitucionalidad, contemplado en los arts. 183 y 185 Cn., respectivamente. El primero como facultad exclusiva de la Sala de lo Constitucional de la CSJ, y el segundo como atribución de los jueces y juezas integrantes del órgano judicial (incluida la propia sala) y demás funcionarios y entes administrativos; éstos últimos debe entenderse que poseen dicha facultad por las razones que se han expresado con anterioridad.

Hasta antes de la reforma del año 2006²⁰⁴, el control difuso se realizaba al margen del control concentrado, pero a partir de dicha reforma se estableció un cauce de conexión entre ambos modelos.

²⁰² Es el art.235 de la Cn el que de forma expresa establece la obligación de todos los funcionarios, civiles y militares, de cumplir y hacer cumplir la Constitución por encima de cualquiera otra manifestación normativa sea leyes, decretos, reglamentos, órdenes o resoluciones que la contraríen. Tal disposición vincula tantos a los funcionarios jurisdiccionales como a los administrativos, de tal manera que obligados a la tutela de derechos constitucionales están los jueces y todos los demás funcionarios del estado.

²⁰³ GASCÓN ABELLAN, Marina, *La Interpretación Constitucional Derecho Constitucional*, 1ª ed., Consejo Nacional de la

Judicatura, Escuela de Capacitación judicial de la Judicatura, San Salvador, El Salvador, 2004, pp. 6 y 7

²⁰⁴ Decreto Legislativo n° 45, de 6-VII-2006, publicado en el Diario Oficial n° 143, tomo n° 372, de 7-VIII-2006. Fue precisamente en esta reforma que, en los arts. 77 –E y 77F, se estableció la obligación para los jueces y tribunales que declaren la inaplicabilidad de remitir certificación de la resolución respectiva, a la

En razón de ello; cuando se declara inaplicable una norma infraconstitucional, el funcionario, tribunal o entidad que lo hace, debe remitir certificación de la resolución de inaplicabilidad, a la Sala de lo Constitucional de la CSJ, para que se inicie un proceso de inconstitucionalidad – *control concentrado* –dicho tribunal determinará, con efectos vinculantes y generales, si la norma inaplicada es o no constitucional por las razones que debe exteriorizar el funcionario autor de la inaplicación.

Esta conexión entre el control difuso y el concentrado no debe entenderse como competencia de la Sala de lo Constitucional para revisar la decisión emitida en el proceso o procedimiento legal en el que se declara la inaplicabilidad, la labor de este tribunal, ha de limitarse a determinar si la norma jurídica inaplicada es o no constitucional por los motivos aducidos en la resolución de inaplicabilidad, en procura de la seguridad jurídica e igualdad en la aplicación de la ley²⁰⁵.

Lo anterior implica que el proceso de inconstitucionalidad que se genera por la inaplicación es totalmente independiente de los procesos en los que se origina dicha decisión y, como lo sostiene la Sala de lo Constitucional, la remisión de la certificación de la resolución correspondiente sólo representa el cauce de conexión entre el control difuso y el control concentrado de constitucionalidad de las leyes³⁶.

De tal suerte que el tribunal constitucional debe emitir la decisión circunscrito a constatar si la norma inaplicada es o no constitucional por los argumentos expuestos en la inaplicación, sin interferir en el normal desarrollo del proceso o procedimiento legal donde se acordó desconocer validez jurídica al objeto de control.

A pesar de la limitación antes apuntada, existirán casos en los cuales la sala de constitucional al realizar el juicio de constitucionalidad de la norma desaplicada, necesariamente determinará, aunque indirectamente, el contenido de la decisión que debe adoptar el juez o tribunal que inaplica. Tal situación sucede por ejemplo en la sentencia de procesos de inconstitucionalidad acumulados 64 – 2015/102 – 2015/103 - 2015, donde el tribunal constitucional después de desestimar la inconstitucionalidad de las normas enjuiciadas, le ordena al TSE que emita la decisión correspondiente conforme a los parámetros establecidos en la sentencia.

Sala de lo Constitucional, para que este tribuna, vía control concentrado, determine la constitucionalidad o no de la declaratoria surgida del control concentrado.

²⁰⁵ SALA DE LO CONSTITUCIONAL, auto definitivo de inconstitucionalidad 66-2017, de fecha dieciocho de octubre de dos mil diecisiete. Según se expresa en dicha resolución, a la Sala de lo Constitucional se le ha “atribuido la competencia de procurar la unificación de criterios interpretativos de las disposiciones constitucionales utilizadas por los jueces como parámetros de inaplicación, para contribuir a la seguridad jurídica y a la igualdad en la aplicación de la ley”. ³⁶ *Ibidem*.

Exigencias Jurídicas del Control de Constitucionalidad

1. *Las reguladas en la Ley de procedimientos constitucionales y las establecidas por la jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional.*
- 2.

Sin desconocer que el CPCM resulta de aplicación supletoria para colmar los vacíos procesales que se adviertan, ha de señalarse que es en los arts. 77 - A, 77 – B y 77 – C de la Ley de Procedimientos Constitucionales se establecen los requisitos²⁰⁶ legales mínimos que debe cumplir una decisión de inaplicabilidad. Tales requisitos son los siguientes:

- a) . La ley, disposición o acto que se inaplica debe tener una relación directa y principal con la decisión del caso o asunto que ha de resolverse en la vía ordinaria.

Esta exigencia se refiere a la relevancia que debe tener la disposición inaplicada para resolver el caso sometido a conocimiento en sede ordinaria, de tal manera que el objeto de control ha de ser la disposición normativa que servirá como fundamento de la decisión a construir²⁰⁷.

Esto se traduce en la obligación judicial de cerciorarse plenamente que la norma que se someterá a control sea efectivamente la que debía apoyar, como fundamento jurídico a la resolución o sentencia que está obligado a emitir.

Lo que se pretende con la relevancia exigida en la norma objeto de control, es evitar que los jueces incurran en la práctica de inaplicar disposiciones normativas que no guardan ninguna relación con el caso a resolver, o que si bien tienen esa relación la misma no es directa ni principal.

Que sea directa implica que la norma objeto de control debería ser, en caso de que fuera válida, el propio fundamento jurídico de la decisión del juzgador; y la cualidad de principal se refiere a que tal objeto de control se erige como la razón esencial o medular sobre la que se apoya la decisión que se adopte en el caso.

La relevancia de la disposición objeto de control ha de interpretarse de forma amplia, en el sentido de no limitarla a la resolución definitiva del caso, sino que dicha relevancia esté en

²⁰⁶ SALA DE LO CONSTITUCIONAL, resolución de inadmisión en proceso de inconstitucionalidad 118-2017, de fecha veintidós de diciembre de dos mil 2017. Como en muchas otras, en este auto se reafirma que los requisitos mínimos necesarios para tramitar y decidir un proceso de inconstitucionalidad son: (i) la inexistencia de pronunciamiento de la sala de lo constitucional sobre la constitucionalidad de la disposición, acto o cuerpo normativo inaplicado; (ii) la relación directa y principal que debe tener la ley, disposición o acto subjetivo, público o privado, con la resolución del caso; (iii) el agotamiento de la posibilidad de interpretación conforme a la Constitución del objeto de la inaplicación; y (iv) los elementos indispensables del control de constitucionalidad, es decir, el contraste normativo según lo indica el art. 6 n° 2 y 3 LPC, y la aportación de los argumentos suficientes y necesarios respecto del parámetro y objeto de control, así como de la supuesta inconstitucionalidad.

²⁰⁷ SALA DE LO CONSTITUCIONAL, resolución de inconstitucionalidad 55-2015, de fecha día treinta de octubre de 2017. Entre muchas otras resoluciones, en esta, el tribunal constitucional, reafirma que la norma inaplicada debe tener una relación directa y principal con la resolución del caso. En igual sentido la inconstitucionalidad 61-2017.

relación a cualquier disposición sustantiva o procesal que deba ser el fundamento de cualquier decisión a adoptar en la sustanciación del asunto, tales como las referidas a competencias, incidentes, medidas cautelares, entre otras.

Por ello, el control difuso de constitucionalidad exige que todos los jueces y tribunales de la República, incluyendo a la CSJ, enjuicien la validez de las disposiciones de las que dependan sus decisiones en el caso de su competencia, sin necesidad de esperar que la Sala de lo Constitucional emita resolución respecto de dicha validez²⁰⁸.

- b) . Inexistencia de la decisión emitida por la Sala de lo Constitucional, en la que se resuelve sobre la constitucionalidad de la disposición o acto objeto de control, por los mismos motivos que generan la inaplicación.

Una de las características del estado constitucional de derecho es la instauración de un tribunal constitucional – *en El Salvador la Sala de lo Constitucional* – siendo éste el máximo garante del respeto a los derechos fundamentales y controlador de que el poder se someta al derecho.

En esta línea de pensamiento, es el artículo 183 Cn., el que establece que las decisiones de dicho tribunal son irrecurribles y producen efectos generales, es decir, obligan a todos: a los gobernantes y gobernados.

Este primer requisito se limita justificadamente, a la facultad que los jueces tienen de *-inaplicar los supuestos-* donde *-no exista pronunciamiento por parte de la Sala de lo Constitucional-* respecto de la norma inaplicada y *por los mismos motivos que la generan*²⁰⁹.

²⁰⁸ De opinión contraria es la CSJ, quien en un conflicto negativo de competencia, en el que un juez declaró inaplicable el art. 77 literal g de la LGAC por estimarlo contrario al derecho de igualdad reconocido en el art. 3 Cn., y ante el vacío normativo generada por la inaplicabilidad, se declaró territorialmente incompetente y remitió el proceso al juzgador que consideró competente. Éste a su vez alegó incompetencia, con lo cual la CSJ debió decidir quién de los dos jueces debía conocer del caso, optando por declarar competente al primero de los jueces, bajo el argumento que en tanto la Sala de lo Constitucional no resuelva si el objeto de control es o no constitucional, dicha disposición sigue siendo aplicable, eludiendo con ello realizar el control difuso que el caso le exigía, en el sentido de pronunciarse sobre validez constitucional del referido art. 77, sin esperar los efectos generales de la sentencia de inconstitucionalidad. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, sentencia en conflicto de competencia 22 – COM - 2017, de fecha 14 de marzo de 2017.

²⁰⁹ SALA DE LO CONSTITUCIONAL, sentencia de inconstitucionalidad 23 – 2006/24 – 2006/29 – 2006/35 – 2006/37 – 2006, de fecha 06 de marzo de 2007. Desde los primeros requerimientos llegados al tribunal constitucional, se afincó la tesis de que los jueces al ejercer el control difuso deben verificar si las disposiciones objeto de control han sido ya enjuiciadas en un proceso de inconstitucionalidad, lo cual resulta coherente con lo estatuido en el art. 183 Cn., según el cual la sentencia que se emite en dicho proceso tiene un efecto general u obligatorio, que impone a los juzgadores obedecer su contenido y decisión. Así, de existir una sentencia desestimatoria de inconstitucionalidad en la que se descarta que el

Si el máximo interprete y garante de la Constitución de los derechos, ya enjuició la validez constitucional del objeto de control por los mismos motivos en que descansaría la inaplicabilidad, lo lógico es, que por la especial fuerza vinculante de sus decisiones, los jueces ordinarios tengan vedada la posibilidad de volver enjuiciar la norma que ya fue objeto de control en un proceso de inconstitucionalidad.

La sala de lo Constitucional como tribunal superior y por exigencia del art. 183 Cn, ha sostenido que las sentencias de inconstitucionalidad tienen efecto general y obligatorio. En tal sentido, los jueces ordinarios están obligados a verificar si el objeto de control ya ha sido enjuiciado²¹⁰ por el referido tribunal. De ser así; en caso de sentencia estimatoria, tal objeto estará expulsado del ordenamiento jurídico y no puede servir de fundamento en el asunto ordinario que se conoce; y en caso de sentencia desestimatoria por los mismos motivos que se pretende inaplicar, deberá obedecerse la decisión adoptada en la sede jurisdiccional especializada.

Es relevante tener en consideración que para que opere la limitación impuesta por un pronunciamiento previo de parte de la Sala de lo Constitucional, resulta necesario la concurrencia de dos aspectos: (i) Que se trate materialmente del mismo objeto de control. Esto implica que se trate del mismo acto o de la misma norma jurídica, aunque luego aparezca diferente en tiempo, en artículo o en el nombre de la ley. Lo relevante es que sea exactamente la misma norma jurídica ordinaria que sirve de objeto de control; y (ii) que se trate de los mismos motivos, de tal suerte que se pueda inaplicar una disposición normativa aunque ya haya sido enjuiciada por la Sala de lo Constitucional.

c) . Es obligatorio acudir a la técnica de interpretación conforme, sólo que aún así no sea posible lograr la constitucionalidad de la norma, entonces se habilita su inaplicación. La técnica de interpretación conforme es un mecanismo de equilibrio que permite hacer efectivo el principio de supremacía constitucional y mantener válida la disposición legal, que es producto del legislador democrático.

A través de ella, cuando el texto de la disposición lo permite, el juez debe preferir la construcción de un contenido, significado y alcance del objeto de control que se acomode a las

objeto de control sea violatorio de la Cn por los motivos alegados, los jueces tienen vedada la posibilidad de desaplicar el referido objeto de control.

²¹⁰ SALA DE LO CONSTITUCIONAL, sentencia de inconstitucionalidad 21 – 2006, de fecha cinco de diciembre de dos mil seis. El tribunal ha mantenido firme la línea jurisprudencial, según la cual, los jueces ordinarios están limitados en el uso del control difuso de constitucionalidad, a los supuestos en los que, por los mismos motivos, no exista decisión de su parte sobre la disposición normativa o acto objeto de control, recordando que desde 1960, el art. 10 de la LPC, impera en el sentido que si en sentencia de inconstitucionalidad se declara que el objeto de control no contradice la Constitución, ningún juez o funcionario podrá desobedecerla so pretexto de hacer uso de las facultades previstas en los arts. 185 y 235 Cn.

normas constitucionales²¹¹, es decir, que debe realizar un esfuerzo interpretativo que armonice con la constitución.

La inaplicabilidad, entonces, es una facultad jurisdiccional que sólo puede operar válidamente, cuando el juez ha intentado infructuosamente acomodar, mediante una interpretación conforme, la disposición objeto de control a los preceptos constitucionales; en tal sentido la interpretación conforme es una exigencia jurídica que debe cumplirse previamente a acordar la inaplicación, y tal exigencia debe exteriorizarse, mediante argumentos, en la resolución que se adopte.

- d) .Exteriorización, mediante argumentos, de las razones que justifican²¹² la inaplicabilidad acordada, la disposición normativa o acto inaplicado y la norma jurídica constitucional que resulta transgredida.

El cumplimiento de este requisito pone de manifiesto la necesidad de operar con el derecho mediante la argumentación jurídica⁴⁴, en el sentido que toda la actividad intelectual que realiza el juez a propósito de la inaplicabilidad, debe exteriorizarse mediante argumentos que contienen las razones justificativas de la interpretación del parámetro y del objeto de control, de igual forma debe de dar las razones que evidencien la incompatibilidad.

²¹¹ SALA DE LO CONSTITUCIONAL, sentencia de inconstitucionalidad 54 - 2010, de fecha veinte de octubre de dos mil diez. Según esta jurisprudencia la máxima hermenéutica de la interpretación conforme exige que, de entre varios entendimientos posibles de una disposición – objeto de control – debe escogerse la norma – resultado de la interpretación – que mejor se acomode a la ley suprema. Se destaca que cuando la apertura en la formulación lingüística de una disposición normativa permita el “juego interpretativo”, el juzgador debe buscar un entendimiento de tal disposición que la acomode al sentido de la constitución. En igual sentido las sentencias de inconstitucionalidades 15 – 96, 5 – 99 y 19 – 2006.

²¹² SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, resolución de inconstitucionalidad 55-2015, de fecha día treinta de octubre de 2017. La justificación de la desaplicación se debe exteriorizar mediante argumentos racionales. ⁴⁴ ALEXY Robert, *Teoría de la Argumentación Jurídica, Teoría del Discurso Racional como Teoría de la Fundamentación Jurídica*, 2ª ed., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008, pp.205 -233. A pesar de la heterogeneidad de las discusiones jurídicas, el autor advierte que todas ellas, al menos en parte, tienen en común la argumentación jurídica, destacando que esta se manifiesta en un discurso jurídico que es un caso especial de discurso práctico general. Bajo tal premisa se afirma que en dicho discurso de lo que se trata es de la justificación de un caso especial de proposiciones normativas, que es lo que, entre otros aspectos, implica la decisión jurídica. La justificación de la decisión se bifurca en: interna y externa. La primera exige que la decisión sea derivación lógica de las premisas en que se apoya; la segunda, que es lo más importante en el control difuso de constitucionalidad, se refiere a la corrección jurídica de las referidas premisas. En este último campo – el de la justificación externa – cuando confluyen reglas jurídicas y enunciados que no son reglas, como sucede en la inaplicación, ha de utilizarse necesariamente la argumentación jurídica, dentro de la cual ocupan un rol preponderante los cánones de interpretación manifestados en argumentos de diverso tipos: axiológicos, principialistas, empíricos, semánticos, genéticos, históricos, comparativos, sistemáticos, teleológicos, entre otros.

Los jueces, al igual que los demás funcionarios, ejercen un poder limitado por el derecho, de tal suerte que mediante la argumentación deberán exponer las razones que justifiquen la inaplicabilidad acordada.

Tal obligación trascendente en el ejercicio de la función jurisdiccional, exige que el juzgador exprese razones en un triple ámbito: (i) razones²¹³ que justifiquen la corrección jurídica de la interpretación de las disposición constitucional que sirven de parámetro de control; (ii) razones que apoyen el acierto en la interpretación de las disposiciones que constituyen el objeto de control, incluyendo aquellas que reflejen que se ha intentado una interpretación conforme de las mismas; y (iii) las razones por las cuales el objeto de control es incompatible con el parámetro de control.

Sobre esta exigencia, la Sala de lo Constitucional ha sostenido que en el escenario de la inaplicabilidad, lo más importante es que los jueces y tribunales, identifiquen el parámetro de control, lo cual exige realizar previamente una interpretación de la Constitución, para luego cotejar con ella la interpretación que de la disposición ordinaria han realizado; de igual forma deben exponer las razones que justifican la inaplicación, a efecto de poner de manifiesto su sometimiento al derecho, es decir, evidenciar el control difuso como un control jurídico totalmente extraño o ajeno a motivaciones de conveniencia u oportunidad²¹⁴.

2. La argumentación como elemento fundamental en la labor reveladora del derecho creado o complementado por medio de la interpretación.

La labor judicial implica el desempeño de una actividad plural y compleja²¹⁵ que se compone esencialmente de una técnica que a su vez está integrada de varios actos a saber: búsqueda de

²¹³ GUZMAN, Leandro, *Derecho a una Sentencia Motivada*, 1ª ed., editorial Astrea SRL, Buenos Aires, Argentina, 2013, Pp 51 – 66. Este autor, de forma atinada, sostiene que los jueces tienen la obligación jurídica de justificar, más que motivar, las decisiones que adopten, y que el cumplimiento de la misma les exige la exteriorización de razones que hagan plausible la decisión adoptada que en el caso de hacer uso de la inaplicabilidad, tal plausibilidad viene determinada por las razones que evidencien la corrección jurídica de la interpretación de las disposiciones normativas en juego.

²¹⁴ SALA DE LO CONSTITUCIONAL, sentencia de inconstitucionalidad 21 – 2006, de fecha cinco de diciembre de dos mil seis.

²¹⁵ IGARTUA SALAVERRRÍA, Juan, *La motivación de las sentencias, imperativo constitucional*, 1ª edición, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003, P. 65. Este autor sostiene que la decisión judicial es el resultado confluyente de varias decisiones sectoriales, es decir, que el fallo es la manifestación de varias o diversas decisiones parciales contenidas en el texto de sentencia. Por ello afirma que la sentencia comprende las siguientes decisiones: 1. Decisión de validez, que se refiere a la juridicidad de la disposición aplicable al caso; 2. Decisión de interpretación, que gira en torno al significado de la disposición prima facie aplicable; 3. Decisión de evidencia, que refiere a los hechos tenidos por probados; 4. Decisión de subsunción, que se refiere a si los hechos probados entran o no en los supuestos que contempla la norma aplicable; 5. Decisión de consecuencias, referidas a los efectos jurídicos que se despliegan como consecuencia de los hechos probados y calificados jurídicamente; 6. Decisión final, que es la que cierra el caso, es decir, la parte dispositiva de la sentencia. De entre todas estas decisiones

las disposiciones aplicables al caso, interpretación de tales disposiciones, *-verificación de validez de disposición elegida-*, determinación de los hechos acreditados mediante la valoración de las pruebas, la calificación jurídica de esos hechos probados y el juicio de consecuencias jurídicas que ha de aplicarse a esos hechos.

Toda esta pluralidad de actos pueden compactarse en dos grandes actividades judiciales que son la *interpretación jurídica* – sea de valores, principios, leyes, reglamentos, contratos, etc. - y la *valoración* y, en consecuencia *interpretación de los hechos* sobre los que ha de aplicarse el derecho.

Tanto la interpretación de los hechos, mediante la valoración racional de las pruebas, como la interpretación de las disposiciones que constituyen el derecho aplicable al caso, el juez – en el estado constitucional de derecho – la realiza a través de la argumentación que se denomina, por ello, argumentación jurídica.

Tradicionalmente, al amparo de la visión del estado legal de derecho, se ha venido sosteniendo que los jueces no tenían por qué realizar otra actividad que no fuera la aplicación mecánica y exacta de los enunciados lingüísticos plasmados en la ley, instrumento por el cual el pueblo por medio de sus representantes había previsto la solución justa para el caso que se juzgaba.

Pero después de las atrocidades ocurridas en la segunda guerra mundial, se despiertan las conciencias de los pueblos respecto de la necesidad de que el poder legislativo también debe estar controlado y para ello surgen los tribunales constitucionales, primeramente en Europa y luego en el resto del mundo.

Comienza entonces a constitucionalizarse una serie de derechos, valores y principios que sirven de parámetro de validez al producto legislativo, de ahí que el legislador no es absolutamente libre sobre el procedimiento y contenido que ha de tener la legislación.

Estos derechos, valores y principios también vinculan al juzgador, de tal manera que no sólo ha de aplicar la ley, sino no que sobre todo – de forma principal - ha de interpretarla y enjuiciar su validez a la luz de tales derechos, valores y principios, y sólo que resulte armónica con éstos está vinculado por ella – la ley -; al contrario, si la legislación no se ajusta a los postulados constitucionales, entonces no sólo puede sino que debe inaplicarla.

parciales, para el control difuso, es determinante la correcta realización del juicio de validez constitucional del objeto de control; juicio éste que necesariamente debe exteriorizar mediante la argumentación jurídica.

La interpretación jurídica, labor ineludible del juez, que se manifiesta por medio de argumentos o razonamientos, consiste en la actividad intelectual en virtud de la cual el juzgador atribuye u otorga sentido o significado a los enunciados lingüísticos que integran la ley²¹⁶.

La interpretación es la operación intelectual por medio de la cual el intérprete construye o completa la norma jurídica vinculante, es decir, que el enunciado es el significante y la interpretación es el significado²¹⁷, esto es lo que realmente cuenta, pues es la norma jurídica la

²¹⁶ SALA DE LO CONSTITUCIONAL, sentencia de inconstitucional 163-2013, de fecha veinticinco de junio de dos mil catorce. Según la Sala de lo Constitucional, la interpretación jurídica de una disposición legal o constitucional consiste “en la atribución de un significado elegido entre varios posibles, con base en razones o argumentos que justifican esa forma de entender el texto de la disposición como la alternativa más adecuada para resolver una duda, pregunta o problema interpretativo, que es el que origina la necesidad de interpretación. La idea de atribución de significado implica que el texto –es decir, las palabras utilizadas para formular las disposiciones– carece de un significado normativo propio o determinante. En otras palabras, dicho significado no puede ser descubierto, encontrado o hallado por el intérprete con una simple lectura, sino que este debe construirlo en función del problema a resolver. Entonces, la norma (el sentido o el significado normativo) de una disposición (el texto, el enunciado lingüístico, las palabras) es el resultado (como comprensión o forma de entenderlo) que se le atribuye después de realizar la actividad interpretativa, ya que la disposición por sí sola no basta para determinar un significado normativo”.

²¹⁷ PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique, ¿Qué significa juzgar?, DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, Universidad de Sevilla, 2009, pp. 159 – 176. El autor se plantea la interesantísima pregunta referida a que si los jueces, al realizar la actividad juzgadora, crean derecho. Para responder a semejante pregunta, desde el plano teórico jurídico, se plantea las siguientes tesis: 1) Crear/juzgar como *demiurgia*. Si se asume el término «demiurgo» en la acepción platónica de fuerza creadora y suprema, esta concepción sostiene que no sólo los jueces crean Derecho, sino que de ellos procede *todo* el Derecho, es decir, que sólo los jueces son fuente del Derecho. 2.) Crear/juzgar como manifestación del *arbitrio judicial*. En distintos momentos del desarrollo histórico del Derecho y para algunos movimientos de la cultura jurídica contemporánea, entre los que pueden incluirse la Escuela del Derecho libre y las versiones más radicales del denominado «uso alternativo del Derecho», el juez se halla investido de la potestad de establecer normas jurídicas. Esa facultad puede ejercitarla cuando las exigencias del caso controvertido lo hacen necesario, atendiendo a su punto de vista sobre la justicia, a su idea del bien o a su sentido común. 3) Crear/juzgar como capacidad para producir normas *ex iusnaturaeo ex natura rei*. Esta tesis coincide con la anterior en postular la legitimidad del juez para crear normas jurídicas por exigencias de justicia, pero difiere de ella en que le impone el deber de inspirar y orientar su decisión en un parámetro normativo objetivo: el Derecho natural o su modalidad de la ‘naturaleza de las cosas’. 4) Crear/juzgar como capacidad de *integración normativa*. En las últimas décadas del pasado siglo, se puede considerar como una postura representativa de este planteamiento la deR. Dworkin; éste tiende a evidenciar el carácter fragmentario e insatisfactorio de las tesis que hacen reposar la validez del sistema de fuentes en criterios formales normativos. A partir de ello, se haría depender la validez de las normas concretas de su conformidad con las normas de procedimiento que en cada ordenamiento jurídico regulan

que sirve para resolver el caso. En este sentido la verdadera norma jurídica se crea, surge o emerge²¹⁸ de la interpretación que realiza el juez y finalmente se impone como solución jurídica vinculante para resolución del conflicto que representa el caso.

Esta actividad creadora de derecho por parte del juez, bajo ningún concepto puede ser totalmente discrecional ni mucho menos arbitraria, porque la validez o legitimidad de tal actividad interpretativa depende irremediabilmente de las razones o argumentos racionales que se esgriman para justificar que de todas las opciones posibles que se ha elegido se tome la más justas para el caso de que se trate.

La interpretación judicial, como actividad creadora de derecho, *no puede quedar en el fuero interno del juez, al contrario, para su validez exige su exteriorización por medio de una argumentación racional*²¹⁹, *lógica, coherente y precisa que evidencie las razones que respaldan la*

la producción jurídica (teoría que es calificada por Dworkin como *test del pedigree*). En la teoría del Derecho como *integridad*, que sostiene Dworkin, ocupan un lugar privilegiado los principios. Según la notoria tesis de Dworkin, todo ordenamiento jurídico se halla integrado por un conjunto de principios (*principles*), medidas o programas políticos (*policies*) y reglas o disposiciones específicas (*rules*). Dworkin denomina medidas políticas a las normas genéricas (*standards*) que establecen fines que deben alcanzarse y que implican un avance en el terreno económico, político o social para la comunidad; mientras que reserva la denominación de principios a los *standards* o prescripciones genéricas que entrañan un imperativo de justicia, de imparcialidad, o de cualquier otra dimensión de la moralidad. Son los principios, en cuanto entrañan los fundamentos morales del orden jurídico y la expresión de los derechos básicos de los ciudadanos, los que aseguran la coherencia y plenitud del sistema de normas que hace posible el imperio del Derecho y que, por tanto, deben ser la pauta orientadora de la labor judicial. 5) Crear/juzgar como capacidad para *completar* el proceso normativo. Se ha producido durante las últimas décadas, una metamorfosis en el concepto de norma que tiene consecuencias inmediatas en la forma de concebir la función judicial. Hoy se tiende a sustituir la noción de norma jurídica como «norma dato», es decir, las formulaciones promulgadas por el legislador, por la de «norma resultado», que supone el momento completo y culminante de la elaboración normativa por los operadores jurídicos, en especial, por los tribunales. De ello, se desprende que para las corrientes jurídico-metodológicas actuales la norma no es el presupuesto, sino el resultado de un proceso de elaboración e interpretación en el que a la judicatura le corresponde un protagonismo incuestionable. 6) Crear/juzgar como capacidad *excepcional* para producir normas. Esta tesis corresponde a quienes circunscriben la facultad creadora de la judicatura a las situaciones excepcionales en las que el juez puede formular normas generales, como en los supuestos de lagunas. 7) Crear/juzgar como facultad para *elegir* el significado normativo. Esta tesis podría hallarse representada por la difundida concepción normativa de Herbert Hart, según la cual la actividad judicial se lleva a cabo a través de un proceso necesario de atribución de un sentido a las normas. Ya que, según

²¹⁸ GARCÍA AMADO, Juan Antonio, *Interpretación y argumentación jurídica*, 1ª ed., Escuela de capacitación judicial del Consejo Nacional de la Judicatura, San Salvador, El Salvador, ----, P. 114. Cuando juez decide el encaje de cada supuesto bajo una norma u otra, según el autor, le está añadiendo un trazo a la norma.

²¹⁹ M. WEBER, citado por SEGURA ORTEGA, Manuel, "Argumentación jurídica y racionalidad" en AA.VV., *La argumentación jurídica. Problemas de concepto, método y aplicación*, coordinadores Francisco Puy Muñoz y Jorge Guillermo Portela, 1ª ed. Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, España, 2004, p. 240. Se traslada desde el ámbito de lo social hasta el derecho, las exigencias de racionalidad formal y material, sosteniéndose que ambas son concurrentes de forma

Hart, toda norma posee una estructura abierta (*open texture*), susceptible de asumir diversos significados posibles. Entre ellos, el juez elige el que estima más adecuado a las circunstancias y esa elección implica un reconocimiento de su libertad de opción. 8) Crear/juzgar como posibilidad de producir *normas individuales*. Según se desprende de la Teoría pura del Derecho de H. Kelsen, el ordenamiento jurídico se halla conformado por normas generales y abstractas, creadas por el poder legislativo y los órganos administrativos competentes para ello, y normas individuales y concretas representadas por las sentencias judiciales. Los jueces al proyectar los supuestos genéricos y abstractos previstos en las normas generales a los casos concretos, llevarían a cabo un proceso de individualización que supondría la facultad creadora de normas individuales. Aquí se entiende que el juzgador crea derecho en sentido débil, es decir, conforme a la concepción de la tesis 5, debido a que el juez, de algún modo, completa la creación de la norma jurídica vinculante, pues ésta no viene constituida totalmente por los enunciados lingüísticos realizados por el legislador, sino que, dentro del marco fijado por esos enunciados, el juez mediante la interpretación, construye el significado de tales enunciados y, consecuentemente, esa es la norma vinculante que resulta aplicable al caso en juzgamiento.

decisión o fallo emitido.

Se trata entonces de evidenciar la interpretación – el correcto y más justo significado de la disposición - mediante la articulación de los razonamientos que reflejen una labor crítica de precisión del derecho aplicable.

Cualesquiera que sean las técnicas de interpretación a utilizar y consecuentemente, las clases de argumentos que se den, lo determinante es que estos argumentos reflejen que el juzgador ha realizado todo un proceso de evaluación y crítica que le ha permitido arribar a la solución que estima más racional⁵² y justa.

Este juicio o valoración argumentativa no es infalible, es decir, no está garantizado por el simple hecho de utilizar argumentos, lo que debe de buscarse es que la decisión sea justa y correcta, *y no simplemente fijarse en el discurso argumental, porque con ello no se logra conocer las razones del juez, que desde luego, pueden ser equivocadas o desacertadas desde el punto de vista jurídico, pero al conocerlas, los sujetos que resulten agraviados pueden controlar y por ende lograr su corrección con la impugnación de la sentencia a través de los recursos.*

El juez de la actualidad – el del estado constitucional de derecho – ha dejado de ser o debe dejar de ser el simple autómatas que como diría Montesquieu “*pronuncia o repite las palabras de la ley, para convertirse en un auténtico servidor público que realiza su tarea adjudicando el derecho justo, es decir, debe ser un verdadero siervo de la justicia*”. Esta justicia no necesariamente la encontrará en la ley, es más, en no muy pocos casos, advertirá que ésta es injusta, y por ello deberá adjudicar el derecho justo desde otras fuentes del ordenamiento jurídico, tales como los derechos fundamentales, valores o principios constitucionales.

Dado que los derechos, principios y valores, generalmente positivizados en la constitución, están formulados en enunciados lingüísticos sumamente abiertos e indeterminados, la labor de una argumentación judicial debe ser de mucha más intensidad y mayor calado que cuando se realiza respecto de una regla de derecho.

Es aquí donde la función judicial encuentra su punto más álgido como instrumento al servicio de la justicia y protección de los derechos de las personas, tal como lo reconoce el artículo 2 inc. 1° de la Cn.

Al trasladar las anteriores valoraciones al control difuso de constitucionalidad, específicamente

complementaria en la estructura y contenido del derecho, pero no de forma absoluta, sino relativa. Así se afirma que el derecho, las normas jurídicas – sea que provengan del legislador, del juez o de ambos – aparece como un medio que ha de ser idóneo para alcanzar los fines previamente propuestos, y tales fines son fijados en atención a un determinado valor que propugna la comunidad o al menos una mayoría calificada de la misma.

⁵² LIFANTE VIDAL, Isabel, *La interpretación jurídica y el paradigma constitucional*, universidad de Alicante, España, 2007, P. 274. Tal racionalidad viene determinada por los valores que subyacen en el derecho como práctica social, de tal suerte que en la interpretación, específicamente, en la que la autora, siguiendo a Dworkin, denomina etapa postinterpretativa, lo determinante es elegir de entre varias opciones posibles, la que mejor refleje y efectivice el o los valores a los que sirve la regla o el principio jurídico que se interpreta.

a la facultad de inaplicar, es obligatorio concluir que los jueces ordinarios deben necesariamente exteriorizar tanto los argumentos que justifican la interpretación de la disposición constitucional que sirve de parámetro de control, como los que justifican la interpretación de la disposición que es objeto de control, es decir, la norma que resulta inaplicada. En esto se juega la vida el correcto ejercicio de la poderosa facultad de inaplicación concedida a los juzgadores y juzgadoras.

En resumen, puede afirmarse que *la argumentación implica la labor judicial de exponer o explicitar las razones que justifican la decisión de inaplicación adoptada, en otras palabras, dicha actividad conlleva la exteriorización de las “razones” que el juez ha tenido en consideración para tomar la decisión.*

Regularmente estos argumentos reflejan de cuerpo entero todo el discurso interpretativo²²⁰ realizado por el juzgador, y sirven de soporte jurídico justificativo para acordar la inaplicabilidad.

²²⁰ ATIENZA, Manuel, *Curso de argumentación jurídica*, 1ª ed., Trota S. A., Madrid, 2013, P. 20. Con plena claridad, este autor expresa que el derecho es un entramado complejo de decisiones y argumentos, es decir, razones a favor o en contra de esas decisiones. Al momento de interpretar se adopta la decisión de elegir la mejor de las opciones interpretativas y para ello es indispensable exteriorizar las razones que respaldan tal actividad decisoria.

IV. Conclusiones

1. La argumentación jurídica, entendida como la exteriorización de las razones que justifican una decisión judicial, constituye una exigencia ineludible o insorteable para ejercer con acierto jurídico la facultad confiada a los jueces ordinarios de inaplicar cualquier norma que sea contraria a la Constitución de la República, a tal grado que su ausencia o deficiente realización la hace arbitraria y, consecuentemente, transgresora de la misma constitución que pretende respetar.
2. El derecho es vinculante para los jueces y magistrados y se expresa a través de argumentos racionales, coherentes, lógicos, claros y reveladores del sometimiento del juez al ordenamiento jurídico. Al hacer uso de la facultad de inaplicar, los juzgadores están sometidos precisamente a la constitución de la República, razón por la cual la argumentación es una herramienta fundamental para la validez jurídica.
3. La interpretación jurídica es una actividad intelectual que exige del juzgador, operar con técnicas muy variadas – particularmente las orientadas a la tutela efectiva de derechos fundamentales – para determinar la norma jurídica contenida en la disposición constitucional que le servirá de parámetro de control, así como también la norma jurídica contenida en la disposición ordinaria que es objeto de control. Es justo luego de esta doble interpretación y después de haber agotado el mecanismo de interpretación conforme, cuando estará constitucionalmente habilitado para declarar inaplicable la norma jurídica controlada.
4. Por exigencia del principio de Supremacía Constitucional es obligación de todos los funcionarios públicos, civiles o militares, cumplir con los preceptos de la Constitución de la República, establecidos en los arts. 246 y 235 Cn., que faculta en la decisión de inaplicar cualquier norma contraria a la Ley Fundamental, esto le corresponde a todos los funcionarios, ejerzan o no función jurisdiccional.
5. A la inaplicabilidad sólo debe acudir cuando el texto de la disposición objeto de control no haga posible una interpretación conforme que permita salvar la constitucionalidad de la misma. Esto implica que los jueces deben ser conscientes que la inaplicabilidad es un mecanismo extremo que permite desconocer la ley, que goza de legitimidad democrática, cuando la misma es contraria a la Constitución.

Principio de Prevención y Precaución de Derecho Ambiental: implicaciones constitucionales y legales.

Oneyda Cáceres²²¹

Introducción.

El ser humano siempre ha tenido conciencia de la dependencia de su existencia a la naturaleza, pues sin esta no podría sobrevivir, dado que es parte de la misma²²². Por tanto, siempre ha gozado de los beneficios que proporciona el medio en el que se desarrolla, lo cual ha permitido tener una “existencia digna”. Las antiguas culturas deificaban algunos recursos les ofrecían sacrificios para que preservaran su ambiente natural, así lo demuestra la Pachamama en América Latina²²³.

De manera que, las primeras normas religiosas y jurídicas son prueba de la consagración de su protección. El Código de Hammurabi de la antigua Babilonia (1700 antes de Cristo) contiene en su texto disposiciones, no tan específicas ni técnicas. Hacían referencia a la prohibición de sobreexplotar a los animales de carga. Sin embargo, tal protección no iba enfocada en torno a preservar el bienestar del animal, entendiéndose su valor intrínseco, sino más bien a conservar la capacidad de carga para dar cumplimiento a las actividades laborales futuras; lo cual evidencia una tendencia proteccionista por razones de utilidad material o económica. Así también se pueden citar las normas promulgadas durante la época del emperador romano Julio César, en la que se regulaba el tránsito de carruajes por razones de contaminación atmosférica y sónica.

No obstante lo anterior, la relación antropocéntrica sostenida con el ambiente y sus componentes ha rebasado los límites que tiene para autoregenerarse y, de esta manera, continuar dando respuesta a las necesidades de las generaciones futuras; ha utilizado los recursos naturales como que si estos fueran ilimitados, lo cual amenaza la continuidad de los ecosistemas ubicándolos en situación de amenaza o peligro de extinción.

Si bien nadie niega que la intervención de la mano del hombre en la naturaleza ha generado algunas consecuencias positivas como el hecho de que ciertas construcciones de obras han implicado la creación de fuentes de trabajo y hasta cierto punto, progreso económico; ello no

²²¹ Máster en Derecho Ambiental por la Universidad Complutense, Madrid, España, catedrática universitaria, Capacitadora de la Escuela de Capacitación Judicial, del Consejo Nacional de la Judicatura.

²²² La naturaleza, que no es humano, sino el medio de vida de los humanos. Bentancor Rodríguez, Andrés: “Derecho Ambiental”, Editorial La Ley, Madrid, España, página 500.

²²³ Iza, Alejandro y Aguilar Grethel: “Derecho Ambiental en Centroamérica”, Tomo I, UICN, 2009, Costa Rica, página 3.

significa necesariamente que exista una relación armoniosa con el ambiente²²⁴, pues han prevalecido otros intereses antes que los sociales y medioambientales. De ahí, se debe de tomar en cuenta que la calidad de vida también es importante no solamente para los seres humanos sino para otras especies de flora y fauna; ello se logrará haciendo crecer al país sin impactos ambientales relevantes, lo cual implicará el camino viable hacia el desarrollo sostenible.

En El Salvador se han agudizado los problemas ambientales. Se ha asumido una actitud pasiva ante las consecuencias del humo de los buses en la salud pública por ejemplo. El Código de Salud dice al respecto en el artículo 78: “El Ministerio, directamente o por medio de los organismos competentes, tomará las medidas que sean necesarias para proteger a la población de contaminantes tales como: humo, ruidos, vibraciones, olores desagradables gases tóxicos, pólvora u otros atmosféricos”. El problema de la contaminación atmosférica se ha vuelto incontrolable. Al respecto, cabe formular las siguientes inquietudes: ¿cómo detener el deterioro en que vive el país? ¿Qué clase de medidas se deben adoptar?

Ante esta dinámica, resulta imperativo determinar que las decisiones deben estar inspiradas en los Principios Ambientales de Prevención y Precaución que, esencialmente pretenden que los daños sustanciales a la naturaleza no lleguen a consumarse. De ahí, la importancia de este artículo, dado que se exponen los diferentes elementos que deben tomarse en consideración en el momento de adoptarse las medidas de evitación del daño en varios escenarios, así como el tratamiento que ha otorgado la jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional a los mismos.

1. Principio de Prevención.

El Derecho Ambiental regula las actividades humanas para no generar un impacto ambiental significativo en el entorno. Solo en esa medida se justifica la protección estatal, dado que no cualquier disfrute del ambiente será objeto de tal regulación, sino el que sea necesario para el desarrollo de la persona humana. En consecuencia, se evalúan aquellas obras, proyectos, y actividades de manera previa a su ordenación normativa, para determinar los peligros y los riesgos que puedan generar en el ambiente. Una vez determinados estos, el Derecho gestiona la actividad del ser humano conforme a los principios básicos orientados a la evitación de los daños, siendo uno de ellos, el de prevención²²⁵.

Cuando la Jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional en base a una interpretación sistemática de ciertas disposiciones del texto constitucional, determina que en la Constitución de

²²⁴ Se impone la necesidad de reconstruir nuestra humanidad mediante otro tipo de relación con la naturaleza para que realmente sea sostenible.

²²⁵ Según el Diccionario de la Lengua Española significa: “preparar, aparejar y disponer con anticipación de las cosas necesarias para un fin”.

la República²²⁶ se reconoce de forma implícita el derecho que tienen todos los habitantes a gozar de un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, también parte de un presupuesto consistente en la obligación que tienen de utilizar o aprovechar racionalmente los recursos que son parte integrante del ambiente, y la que tiene el mismo Estado de proteger y hacer preservar los mismos.

Ahora bien, también dicha jurisprudencia ha reiterado en los precedentes jurisprudenciales de los últimos años, la vinculación de la referida obligación a principios ambientales como el proteccionista, el cual, a su vez, se materializa en los principios de prevención y precaución. Con respecto al primero, si se tiene conocimiento de las consecuencias negativas que una determinada acción ocasionará en el medio ambiente, esta se debe prevenir.

También ha manifestado la Sala: “De esta forma, el principio de prevención implica la utilización de mecanismos, instrumentos y políticas con el objetivo de evitar afectaciones relevantes al medio ambiente o a la salud de las personas. Así, su función básica es prever y evitar el daño antes de que se produzca, no necesariamente prohibiendo una actividad, sino condicionando su ejecución –por ejemplo– a la utilización de determinados equipos que atenúan el impacto ambiental o a la realización de ciertas actividades de control de la contaminación o degradación, situaciones que, en definitiva, se advierten luego de la elaboración de un estudio de impacto ambiental.

Este principio utiliza numerosos instrumentos de gestión para concretar su función, entre los que se pueden citar: (i) las declaratorias de impacto ambiental; (ii) los permisos y licencias ambientales; (iii) los estudios de impacto ambiental y sus planes de manejo; (iv) la auditoría ambiental; y (v) la consulta pública.

En la práctica, la medida protectora de carácter preventivo más importante es la evaluación del impacto ambiental, la cual se realiza por medio de la elaboración de un estudio que introduce la variable ambiental en la ejecución de proyectos, tanto públicos como privados. El análisis del impacto ambiental se inserta en un procedimiento que tramita la Administración Pública, cuya decisión concede o deniega la autorización para realizar un proyecto con incidencia negativa en el medio ambiente”²²⁷.

Como desarrollo de lo anterior, procede citar que la Ley del Medio Ambiente vigente desde el año de 1998, regula en el artículo 2, letra F) que en la gestión de protección del medio ambiente, prevalecerá el principio de prevención y precaución. En estos términos, la finalidad esencial del Derecho Ambiental posee un doble objetivo: Regular la conducta humana para evitar la degradación ambiental, y cuando este falla, de establecer los mecanismos esenciales que tiendan a la reparación o compensación de los daños.

²²⁶ Artículo 117 Constitución de 1983.

²²⁷ Sentencia de amparo 188-2009 de fecha 22-VI-2012.

Se puede afirmar que tanto la Constitución como el desarrollo legislativo en materia de protección ambiental se encuentran inspirados en un enfoque preventivo. Entonces, tal principio como su mismo nombre lo indica, tiene como principal objetivo la evitación de los daños que se pueden causar al medio ambiente y a la salud de las personas humanas.

Para ello, es imprescindible que exista una evaluación técnica o científica que deberá hacerse de forma previa, que permita definir cuáles serán los efectos que generará un producto, una actividad, obra o proyecto en el ambiente, o en alguno de sus componentes. En base a tal dictamen, se decide entonces si procede realizar la actividad o lanzar un producto para el consumo humano. Existe pues la certeza de que estos producirán o no daños a los mencionados bienes jurídicos, a diferencia del de precaución que más adelante se abordará detenidamente, en donde no existe seguridad absoluta.

Además, dicha ley introduce las herramientas que por excelencia se ajustan a tal finalidad. El artículo 22 menciona que el titular de toda actividad, obra, o proyecto que requiera de permiso ambiental para su realización, deberá presentar la documentación que sea necesaria, según las particularidades del caso. Al respecto, el Ministerio de Medio Ambiente y Recursos Naturales ha elaborado un Documento de Categorización de actividades, obras o proyectos, en el que aparecen las actividades que requieren la presentación de los formularios ambientales y de los que además es necesaria la elaboración de estudios de impacto ambiental para su debida autorización.

Desde esta perspectiva, los Procedimientos Administrativos de Evaluación de Impacto Ambiental tienen como propósito prevenir los posibles efectos negativos de una obra u actividad. Comporta todo un proceso mediante el cual la autoridad ambiental competente, en este caso el Ministerio relacionado, decide sobre la viabilidad de ejecutar una obra, determinando el límite máximo de afectación al ambiente²²⁸.

Al respecto, la Corte Constitucional de Colombia en la sentencia C-328 de fecha 27 de julio de 1995, ha señalado que el deber de prevención y control del deterioro ambiental se ejerce, a través del otorgamiento, denegación o cancelación de los permisos ambientales; y que solamente el permiso previo de la autoridad competente hace jurídicamente viable la ejecución de aquellas actividades que puedan tener efectos potenciales sobre los recursos naturales.

Tal principio constituye entonces uno de carácter superior, amplio y general, descrito expresamente en la Ley del Medio Ambiente. Del mismo, se desprenden otros que también son importantes como el principio “quien contamina paga”, y según, se entiende, que los costos de

²²⁸ Gafner-Rojas, Claudia: “Análisis Jurídico Conceptual de los Principios de Prevención y Precaución en Materia Ambiental” en: A.A.V.V., Principios e Instrumentos de Evitación del Daño Ambiental, Universidad Externado de Colombia, Primera Edición, Octubre 2015.

evitar y eliminar los daños ambientales deben correr por cuenta de quien los ha originado; y el Principio de Precaución se aplica en aquellos casos en que no existe una certeza absoluta acerca de la ocurrencia de los daños.

2. Principio de Precaución.

El desarrollo industrial que se experimentó después de la segunda guerra mundial provocó de alguna manera daños imprevisibles en la naturaleza, debido al exceso de contaminación, que generó un volumen de riesgos inferidos precisamente de la tecnología, de orden: Alimentaria, farmacéutica, energía, biotecnología. Todo ello indica que la ideología del progreso²²⁹ que acompaña a la mencionada revolución, que se supone procura un bienestar universal, relega a un segundo plano los daños sanitarios o medioambientales de la actividad de las fábricas.

En la década de los setenta se tomó conciencia a nivel internacional de los problemas como el de la lluvia ácida, el agujero en la capa de ozono en la atmósfera, la extinción de especies de flora y fauna, entre otros. Los primeros en advertir a la especie humana sobre la amenaza que aquellos representaban para la vida fueron los científicos²³⁰.

De ahí, que en la primera Declaración Internacional, suscrita en Estocolmo, en el año de 1972, sobre el medio ambiente humano, se estableció un exceso de confianza en la ciencia como la solución a todos los problemas existentes²³¹. No obstante, poco después se constató la insuficiente respuesta de la misma para determinar las causas de tales perjuicios y para anticipar de manera fidedigna sus consecuencias²³².

Con los años, los científicos, fueron dejando de ser vistos como quienes curaban las enfermedades y pasaron a ser quienes las fabricaban, lo cual ha generado de alguna manera una progresiva pérdida de reconocimiento social y de legitimidad en la ciencia²³³.

²²⁹ Monique Robin, Marie: "Nuestro Veneno Cotidiano" La Responsabilidad de la Industria Química en la epidemia de las enfermedades crónicas. Ediciones Península, 2012, Barcelona, España, página 184.

²³⁰ Iza, Alejandro y Aguilar Rojas, Grethel: "Derecho Ambiental en Centroamérica", UICN, Serie de Política y Derecho Ambiental Número 66, Tomo I, año 2009, Costa Rica, página 2.

²³¹ Principio 18: "Como parte de su contribución al desarrollo económico y social, se debe utilizar la ciencia y la tecnología para descubrir, evitar y combatir los riesgos que amenazan al medio, para solucionar los problemas ambientales y para el bien común de la humanidad".

²³² Ayuda Berberoff, Dmitry: "El Principio de Precaución y su Proyección en el Derecho Administrativo Español, Manuales de Formación Continuada, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, España, año 2005, página 44.

²³³ Embid Tello, Antonio Eduardo: "Precaución y Derecho. El caso de los campos electromagnéticos", Editorial Lustel, año 2010, Madrid, España, página 70.

Al respecto, cabe mencionar que desde los primeros intentos por solucionar los problemas ambientales en el ámbito internacional, los principios de prevención y precaución fueron identificados como los principales pilares del enfoque que debían contemplar los países del mundo en su normativa interna.

Se pretendía entonces que, desde dicho enfoque, las diferentes fases como la planificación del uso del territorio, el control de emisiones de gases de efecto invernadero, entre otros, fueran capaces de evitar una mayor degradación ambiental.

Sin embargo, la nueva generación de los riesgos posindustriales deja desfasado el enfoque preventivo; la ciencia ya no puede prever certeramente y en un cien por ciento la posibilidad de un determinado riesgo hasta que sucede; por tanto, no es posible, en muchos casos, determinar los daños que tales riesgos provoquen en términos de localización, tiempo, frecuencia, duración, naturaleza y escala.²³⁴ Ello realmente representa un serio problema.

La incertidumbre, que bien puede referirse a la naturaleza o al alcance del riesgo, es el elemento que viene a distorsionar el funcionamiento de los mecanismos preventivos clásicos, lo cual obliga a asumir una visión precautoria que admita una acción no respaldada por una certidumbre científica absoluta.

La acción precautoria implica entonces una reserva, una cautela para evitar o prevenir los inconvenientes futuros, ello entonces representa una habilitación a los poderes públicos para actuar haciendo prevalecer los derechos fundamentales al medio ambiente o a la salud, de acuerdo a las particularidades de cada situación.

De manera que la idea de precaución no solo incluye la perspectiva “negativa” de la reducción de riesgos, sino que básicamente propone una nueva relación que sea responsable con la naturaleza y la tecnociencia²³⁵.

Tal principio comenzó a tomar su forma actual a finales de la década de los ochenta en distintos instrumentos jurídicos de Derecho Internacional del Ambiente. Alemania Occidental contaba mucho antes con regulación jurídica al respecto en la Ley Federal de Protección contra inmisiones, de 1974, en la que se preveía el principio de precaución²³⁶ como mecanismo para

²³⁴ *ibid*, página 75.

²³⁵ Alcoberro, Ramón: Vorsorgeprinzip El significado del principio de precaución, disponible en <http://www.alcoberro.info/V1/tecnoetica3.htm>

²³⁶ Artículo & 5.1.2: “Las instalaciones deben funcionar de tal modo que (...) 2. Se ponga en práctica medidas de precaución contra los efectos perjudiciales para el medio ambiente, en particular medidas para limitar las emisiones conforme a la mejor tecnología disponible”. No obstante ello, el primer instrumento internacional que recoge dicho principio es la Carta Mundial de la Naturaleza, aprobada por las Naciones Unidas en Nairobi el día 28 de octubre de 1982, en la que prescribe: “las actividades que puedan entrañar grandes peligros para la naturaleza serán precedidas de un examen a fondo, y quienes promuevan esas

evitar la situación de daño irreversible o de riesgo al medio ambiente o a la salud humana, animal o vegetal²³⁷.

A nivel internacional, el principio de precaución con carácter genérico y programático se infiltró en las primeras Declaraciones y en numerosos convenios internacionales, teniendo al efecto una especial repercusión en la Declaración antes relacionada y en la del Medio Ambiente y Desarrollo o Declaración de Río, en cuyo artículo 15 le da vida al mismo y expresamente reconoce: “Con el fin de proteger el medio ambiente, los Estados deberán aplicar ampliamente el criterio de precaución conforme a sus capacidades. Cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza científica absoluta no debe utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente.”²³⁸

Entonces, la consolidación del principio en comento ha penetrado desde el campo del Derecho Internacional Ambiental en los Ordenamientos Jurídicos internos. Al respecto, la Sala de lo Constitucional en torno a este principio ha manifestado que el mismo opera ante la falta de conocimientos científicos, ante la incertidumbre o desconocimiento.²³⁹

Dicho principio ha sido reconocido en la Ley del Medio Ambiente salvadoreña como antes se manifestó, y se encuentra en continua expansión en lo que respecta a su aplicación en diferentes sectores que puedan tener una incidencia directa en el medio ambiente, en la salud humana, e incluso animal o vegetal.

actividades deberán demostrar que los beneficios previstos son mayores que los daños que puedan causar a la naturaleza. *Esas actividades no se llevarán a cabo cuando se conozcan cabalmente sus posibles efectos perjudiciales*”. La Convención de Viena sobre la Capa de Ozono de 1985 es un vivo ejemplo de Tratado Internacional precautorio.

²³⁷ Tal principio incide en aspectos esenciales de la política, la ciencia, la ética, la salud, la convivencia y al economía, hasta el grado que la conciencia de preservar bienes tan valiosos como la naturaleza, la vida y la integridad de las personas ha cobrado una dimensión universal por la globalización de las amenazas inherentes al desarrollo tecnológico e industrial. Citado en Ayuda Berberoff, Dmitry: “El Principio de Precaución y su Proyección en el Derecho Administrativo Español “Op...Cit”, página 14.

²³⁸ El Convenio de Diversidad Biológica y el Convenio Marco sobre Cambio Climático introducen en su articulado las medidas de reducir al mínimo las amenazas. También se reconoce en el Protocolo de Montreal firmado el 28 de enero de 2000. Algo más tarde en el Convenio de Estocolmo sobre Contaminantes Orgánicos Persistentes de mayo de 2001, se reconoce la precaución como el fundamento de las preocupaciones de todas las partes. En materia de relaciones comerciales, se encuentra el artículo 5.7 del Acuerdo sobre la aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias adoptado en el Marco de la Organización Mundial del Comercio en el 1994, en el artículo 5.7 se menciona expresamente: “Cuando los testimonios científicos pertinentes sean insuficientes, un miembro podrá adoptar provisionalmente medidas sanitarias o fitosanitarias (...)”.

²³⁹ Sentencia de amparo 400-2011 de fecha 11-III-2015.

Lo que sí constituye novedad es la concepción sustantiva que se ofrece del mismo, su entendimiento como principio autónomo²⁴⁰, cuando se apela a él, y solo a él, para adoptar decisiones. Son dos, fundamentalmente, las referencias que dan al principio de precaución su sentido: un elemento consustancial es el riesgo, y la otra, estrechamente conectada, es la incerteza como lo ha mencionado dicha Sala.

En el caso de los Organismos Genéticamente Modificados²⁴¹, la Ley de Semillas²⁴² se encontraba inspirada en el principio en comento, dado que prohibía la importación, producción, comercialización de semillas transgénicas. Sin embargo, en las reformas²⁴³ a dicha normativa se deroga totalmente el artículo treinta que establecía expresamente dicha prohibición.

La derogatoria obedeció –esencialmente- a que dichas semillas aseguran una mejor producción, resisten a las plagas, sequías, requiere el menor uso de los pesticidas y aseguran mayor tamaño y calidad en los alimentos.

Que de acuerdo a informes emitidos por la Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y Agricultura (FAO), existe la posibilidad de que a “corto plazo” pudiese generarse una crisis mundial en la producción de alimentos debido a los altos costos de insumos; lo que determina la adopción de medidas “preventivas” que coadyuven a minimizar la crisis que presumiblemente podría darse, siendo entonces una de ellas la producción de las semillas referidas.

De acuerdo a lo anterior, la normativa relacionada entonces autoriza la liberación al medio ambiente de este tipo de organismos, tomando en cuenta únicamente los posibles beneficios que ello pudiese generar a la población. Sin embargo, no es del todo desconocido que dichos organismos adviertan que los riesgos y ventajas pudiesen presentarse sin que con certeza se

²⁴⁰ Ayuda Berberoff, Dimitry: “ob...cit”, página 195.

²⁴¹ El término hace referencia específicamente a la manipulación genética dentro del ADN. Son moléculas que contienen información genética específica de un organismo se integran en el material genético de una planta, un animal o ser humano, proveniente de una especie similar o diferente, para cambiar uno o varios códigos genéticos. Heineke, Corina y otros: “La Vida en Venta: Transgénicos, Patentes y Biodiversidad. Ediciones Heinrich Böll, 2002, El Salvador, página 55. Por su parte, el artículo 6 del Reglamento Especial para el Manejo Seguro de los Organismos Modificados Genéticamente, establece que OGM es cualquier organismo vivo que posea una nueva combinación de material genético que se haya obtenido mediante la aplicación de la biotecnología moderna. Para efectos de dicho reglamento lo entiende como sinónimo del término Organismo Vivo Modificado, OVM, utilizado en el Protocolo de Cartagena.

²⁴² Decreto Legislativo número 530, de fecha 30 de agosto de 2001, publicado en el Diario Oficial número 177, Tomo 352, del día 20 de septiembre de 2001.

²⁴³ Decreto Legislativo número 616/08 de fecha 30 de abril de 2008, publicado en el Diario Oficial número 95, Tomo 379, de fecha 23 de mayo de 2008.

conozca su último resultado²⁴⁴. De manera que los efectos definitivos en la naturaleza²⁴⁵ y la salud humana²⁴⁶ hasta esta fecha continúan sin determinarse de forma inequívoca.

Según la FAO, el análisis de los riesgos o peligros constituye un paso previo a la toma de una decisión pública y luego normativa con el objeto de enfrentar este tema. El análisis de riesgos permite realizar predicciones de los posibles efectos en la naturaleza o salud²⁴⁷.

De manera que aun cuando dicha reforma autoriza el consumo, manipulación, y comercialización de dichos organismos, no es del todo cierto que se producirán los objetivos proyectados en su texto²⁴⁸, dado que la advertencia de los posibles riesgos constituye una realidad que también debe ser considerada; lo cual de alguna manera se retoma en la Ley del Medio Ambiente, el Protocolo de Cartagena sobre Seguridad de la Biotecnología del Convenio sobre Diversidad Biológica, y en el Reglamento Especial para el Manejo Seguro de los Organismos Modificados Genéticamente.

Puede suceder además que luego se conozcan otros efectos no previstos y que la ciencia alerte sobre graves riesgos para el medio ambiente desconocidos hasta hoy. En esa situación de incerteza, y si concurrieran las necesarias condiciones, tal principio podría dar cobertura a la adopción de ciertas medidas.²⁴⁹

²⁴⁴ SOLAGRAL Y UNESCO, "El campo de las incertidumbres. Fichas para comprender, anticipar y debatir". Disponible en: <http://www.unesco.org/most/ogm.htm> También vid. Comunicación: "El mayor estudio mundial sobre la seguridad de OMG y plaguicidas" Disponible en: <http://factorgmo.com/lanzamiento-en-londres-de-un-estudio-sobre-la-seguridad-de-un-ogm-y-plaguicida-con-presupuesto-de-25-millones-de-dolares/>

²⁴⁵ Por ejemplo: transferencia de toxinas y alérgenos en especies de flora y fauna. - La Organización Mundial de la Salud explica los tres riesgos potenciales que tienen los OGM. Que produzcan alergias, por eso se 'desalienta la transferencia de genes de alimentos' que producen alergias, a no ser que la proteína que crea el nuevo gen no sea alérgica. Otro riesgo es la transferencia genética, es decir, que los genes introducidos salten al organismo de la persona humana. Por ello, incentiva a que no exista tal transferencia de genes que dan resistencia a antibióticos. Y por último, que los genes se desplacen a cultivos convencionales o especies silvestres relacionadas o que se mezclen los primeros con los genéticamente modificados. Disponible en www.who.int/fsf/gmfood/q&a_sp.pdf.

²⁴⁶ Las voces en contra afirman que el consumo de este tipo de organismos puede arrastrar problemas de infertilidad, cáncer, alergias, problemas de nutrición. En Europa, primero se aseguran de los riesgos que pudiesen generarse. Por ejemplo, existe la Autoridad Europea de Sanidad Alimentaria quien primeramente analiza a los mismos y en caso de resultar aprobados, entonces la Comisión Europea autoriza su comercialización.

²⁴⁷ FAO, (Food and Agriculture Organization of the United Nations Organización, por sus siglas en inglés, en español: Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación), Los organismos modificados genéticamente, los consumidores, la inocuidad de los alimentos y el medio ambiente (Estudios de FAO: Cuestiones de Ética), Roma: FAO, 2001, pág. 14.

²⁴⁸ La producción de alimentos ha aumentado en las últimas décadas, pero también el hambre y las enfermedades previsibles. Citado en Heineke, Corinna: "La Vida en venta: Transgénicos, Patentes y Biodiversidad, Ediciones Heinrich Böll, año 2002, México, Página 69.

²⁴⁹ Prohibir la introducción de semillas como ha sucedido en otros países como Ecuador, en el que desde su Constitución existe dicha disposición, salvo excepciones.

Sin embargo, en El Salvador no se ha implementado algún tipo de medida tendente, por ejemplo, a socializar a la población sobre los efectos de las ventajas y riesgos no confirmados de este tipo de organismos, ni mucho menos del monopolio de ciertas empresas como Monsanto, la que desde siempre se ha encargado de abarrotar los diversos mercados con semillas genéticamente alteradas.

Lo anterior constituye una condición agravante para el consumidor, quien por no estar debidamente informado, carece de la opción para adoptar la decisión más conveniente y de alguna manera ve expuesto su salud al consumirlos de forma indiscriminada; lo cual podría ser contraproducente en caso de confirmarse en un cien por ciento la certidumbre científica de los riesgos graves a la salud, como sucedió en el caso de contaminación por asbesto.

El asbesto está compuesto por un grupo de minerales fibrosos que se encuentran de forma natural en las formaciones rocosas. Las fibras de asbesto son muy pequeñas para ser vistas, son de tamaño microscópico²⁵⁰, se desprenden con facilidad, no se disuelven en el agua, y pueden permanecer suspendidas en el aire por largo tiempo y ser transportadas a largas distancias por el viento y el agua antes de depositarse. Se encuentra comúnmente en las rocas ultramáficas, y cerca a zonas de fallas geológicas²⁵¹.

El amianto o asbesto²⁵² se extrae a partir de las minas de serpentina y anfíboles, silicatos cristalinos compuestos de fibras microscópicas, de las cuales las más importantes hoy día están en Canadá, Rusia, China y Brasil. El descubrimiento de muchas de sus propiedades, produjo que en un primer momento se le considerara como un mineral milagroso, debido a la combinación del cemento con el agua, que lo hacía resistente al fuego, indestructible, y lo colocaron como un buen material de construcción.

También se utiliza en productos acústicos, paneles de revestimiento de muros, yeso, cemento, pastillas para freno y tejas para techos. Pero muy pronto apareció su carácter letal, a lo largo del siglo XX, la extracción, transformación y manejo de los productos que contenían amianto produjo decenas de miles de enfermos y muertes prematuras. Es causante de mesotelioma²⁵³, una grave enfermedad de larga incubación.²⁵⁴

²⁵⁰ [://conociendoelasbesto.blogspot.com/2012/11/contaminacion-por-asbesto.html](http://conociendoelasbesto.blogspot.com/2012/11/contaminacion-por-asbesto.html)

²⁵¹ http://www.atsdr.cdc.gov/es/asbesto/es_asbestosworkers.html

²⁵² se ha aplicado hasta en 3.000 productos diferentes, pero el más abundante y conocido es el fibrocemento utilizado en la construcción y en los conductos de agua

²⁵³ Es un tumor de origen mesodérmico, que se localiza sobre todo en la pleura.

²⁵⁴ La construcción histórica del principio de precaución como respuesta al desarrollo científico y tecnológico. Julio Jáuregui Medina dilemata.net/revista/index.php/dilemata/article/viewFile/188/229..

Una de las primeras personas en lanzar una especie de alarma sobre los riesgos de la exposición al asbesto fue Lucy Deane en 1898²⁵⁵, quien fuera la primera inspectora de trabajo en el Reino Unido, al examinar de forma microscópica algunas partículas del mismo y constatado su naturaleza afilada y cortante, parecida al vidrio, peligrosas como antes se dijo, para la salud; todo esto representa una de las alertas tempranas y claras, sin embargo, no se adoptaron medidas.

El retraso en la adopción de medidas tuvo como consecuencia una cantidad de muertes. Francia no hizo nada en aquel momento, lo cual implicó responsabilidad, pues si bien no se hallaba completamente vinculada por el contenido de la opinión, este representaba elementos de juicio que justificaban algún tipo de actuación.

A pesar de muchas muertes en países europeos, existió una postura que planteaba una exposición segura al asbesto, la que además fue ratificada por la Organización Mundial del trabajo mediante la Convención sobre el Asbesto de 1986. Ello fue rebatido por los nuevos avances, que merecieron el reconocimiento unánime de toda la comunidad científica, por medio de la publicación en 1964 y 1965, de dos estudios epidemiológicos³⁶ dirigidos por Irving J. Selikoff, médico del Mount Sinai School of Medicine de Nueva York. Posteriormente, y ya en 1973, la Organización Mundial de la Salud confirmó la asociación en la exposición al amianto y el mesotelioma, así como el cáncer de pulmón.

En este sentido, tanto Francia como la Unión Europea, recién 90 años después de los primeros casos y evidencias, prohibieron todas las formas de asbesto. En Estados Unidos en apenas dos décadas después de dicho reconocimiento, erradicó su uso y consumo. A pesar de las prohibiciones, se calcula que las víctimas presentes y futuras de las enfermedades, como consecuencia de la exposición histórica en el pasado al asbesto, se cuentan por cientos de miles.

Muchas de las víctimas²⁵⁶ han sido asesoradas por abogados cada vez especializados, interponen sus demandas de indemnización de daños y perjuicios. Debido a que las mismas han alcanzado cantidades considerables, en España se ha creado un Fondo Especial para atender las diversas reclamaciones o indemnizaciones a los familiares de las víctimas, para no tener que judicializar los casos.

²⁵⁵ Embid, Tello, Antonio Eduardo: "ob.cit", página 195.

²⁵⁶ Sólo en el Reino Unido morirían 3000 personas cada año debido al amianto, y desde su prohibición, conforme a la AEMA, se calcula que morirían entre 250,000 y 400,000 más de cáncer en los próximos 35 años en toda Europa. En 1991, la Comisión Europea tuvo que desalojar de su edificio, el Berlaymont, en el centro de Bruselas, por contener 1400 toneladas de amianto y decenas de funcionarios comunitarios con cáncer, la comisión no volvió al edificio, limpio ya de amianto, hasta en marzo de 2004. Vid. Merina, Joan, "Amianto y riesgo". Boletín on line para la prevención de los riesgos del amianto, n°3, <http://perso.wanadoo.es/joan.merino/boletinenero.htm>, enero de 2001. Citado en Embid Tello, Antonio Eduardo: "Ob.Cit", página 195.

Es importante manifestar al respecto que, no existe alguna disposición normativa interna que establezca claramente el procedimiento y elementos claros para la adopción de medidas precautorias frente a un determinado riesgo de carácter incierto. Sin embargo, tomando en cuenta algunas reglas que proceden de la Jurisprudencia Comunitaria y de la posición de la Comisión Europea en su importante comunicación sobre el recurso a este principio²⁵⁷, se puede determinar las siguientes etapas, teniendo presente que la concreción del supuesto de hecho corresponderá al organismo científico en sede de evaluación y la determinación de las consecuencias jurídicas corresponderá a la autoridad competente en sede de gestión, la que podrá revocar autorizaciones o concesiones, es decir, de algún modo excepcionar el ordenamiento jurídico vigente hasta ese momento.

2.2. Procedimiento de Evaluación de los riesgos.

Esta etapa está orientada a suministrar una información científica o las bases “fácticas” a la autoridad o ente competente sobre las que se van a adoptar (o no) medidas o acciones precautorias.

Es facultad de la instancia científica o técnica. Es la pieza clave de todo el sistema precautorio, y abre la puerta, bien a una actuación de corte preventivo (si el riesgo evaluado queda demostrado), bien a una actuación precautoria o bien a la inacción, si el organismo científico concluye que el riesgo en cuestión no se halla suficientemente documentado. En este contexto, podría identificarse como una condición imprescindible para la aplicación del principio²⁵⁸.

Esto entonces se transforma en un asunto de selección de teorías científicas, la que deberá corresponder al comité científico competente para la evaluación del riesgo en cada situación. Se exige entonces, el principio de contradicción en la fase científica²⁵⁹; deben tenerse en cuenta las diversas corrientes científicas o técnicas existentes en la evaluación del riesgo.

El motivo jurídico relevante²⁶⁰ de la exigencia de evaluación es la necesidad de evitar que las decisiones carezcan de fundamentos claros, necesarios y convincentes, lo que las convertiría, bien en ineficaces, arbitrarias o ambas a la vez.

²⁵⁷ Embid Tello, Antonio Eduardo: “Ob.Cit”, página 170.

²⁵⁸ STPI Pfizer Animal Health, de 11 de septiembre de 2002, T-13/99, pt 155, y STJCE Monsanto Agricultura Italia, de 9 de septiembre de 2003. Citado en Embid Tello, Antonio Eduardo: “Ob. Cit”, página 172.

²⁵⁹ Embid Tello, Antonio Eduardo: “ob...cit”, página 183.

²⁶⁰ Ibid, página 172.

Es necesario acreditar y contrastar la incertidumbre. No basta por ejemplo el informe de un laboratorio que evidencie la existencia de riesgos graves para el medio ambiente derivados de un producto para el tratamiento de plagas forestales; un producto que, por lo común dispone de todas las autorizaciones administrativas exigibles y que ha sido objeto de diversos controles.

En este caso, el órgano competente para dictar medidas fundadas en dicho principio, puede ordenar el retiro de un producto que se ajusta del todo a la legalidad vigente, siempre y cuando contraste la incertidumbre que justifica la decisión.

Sin embargo, todo lo expuesto anteriormente dependerá de las particularidades del caso en concreto. Puede suceder que se sitúen algunas medidas positivas como puede ser el impulso y apoyo a estudios y programas de investigación para alcanzar un conocimiento cierto y seguro sobre algunas actividades y tecnologías susceptibles de producir riesgos ambientales.

2.2.1 Gestión del riesgo: Adopción de medidas.

Debe destacarse que las medidas deben ser adoptadas por las autoridades públicas, y no los sujetos privados; en su precisa configuración tal principio se dirige⁴² a los poderes públicos, son ellos los que definitiva²⁶¹mente pueden invocarlo e implementar de esta forma las medidas, que son en principio restrictivas, con un carácter vinculante y coactivo que no acompaña desdeluego a ninguna acción de los particulares.

Si ello es así, entonces: ¿Quién debe suministrar el fundamento para las decisiones? se requiere que exista algún tipo de nexo entre el Ordenamiento Jurídico y la técnica, se debe fundamentar la decisión en el informe u opinión de alguien que conozca mejor la realidad material sobre la que la decisión va a actuar.

Si se adoptara una decisión en condiciones de incertidumbre qué medida se tomaría, qué derechos individuales o colectivos puede lesionar, en qué se fundamenta; existe la necesidad de criterios generales de racionalidad de la decisión²⁶².

No cualquier incertidumbre científica es legítima para actuar. Desde esta perspectiva, se plantea la inquietud sobre cuándo hay que actuar y cómo hacerlo. La legitimación para abrir un procedimiento precautorio residirá, por tanto, en algún lugar entre la prueba concluyente y la hipótesis o conjetura²⁶³.

²⁶¹ Steve Pardo, José: "La intervención administrativa en situaciones de incertidumbre científica. El principio de precaución en materia ambiental", página 208. http://repositorio.gobiernolocal.es/xmlui/bitstream/handle/10873/1113/medio_ambiente_14_esteve.pdf?sequence.

²⁶² Vid. Embid Tello: Antonio Eduardo: "ob...cit", página 109.

²⁶³ Ibid, página 194.

La autoridad competente dispone de facultades discrecionales, tanto en la determinación del riesgo aceptable para la sociedad como para la decisión concreta de aplicación de las medidas precautorias.

En ese contexto, dicha autoridad no tiene necesariamente que revocar autorizaciones o prohibir la comercialización del producto sobre cuyos riesgos exista incertidumbre total.

Las demás medidas sujetas a adopción pueden estar referidas al financiamiento de un programa de investigación del producto, o simplemente de informar al público de las conclusiones a las que se haya llegado en la evaluación de riesgos, como lo que sería oportuno que se adoptara en El Salvador en el caso de los Organismos Genéticamente Modificados.

Tomar en cuenta los efectos positivos o negativos de una determinada actividad o producto, es importantísimo en el marco de este tipo de acciones, debido a que el riesgo potencial deberá establecerse a la luz precisamente de la primera clase de efectos mencionados.

Una vez adoptada la medida es vital estar atentos acerca de la evolución científica de lo sometido a las mismas. De las conclusiones que se obtengan, se derivará la decisión de mantener, modificar o extinguir las medidas precautorias adoptadas, que dada su propia naturaleza sustantiva son temporales, en orden a que podría alcanzarse un mayor conocimiento de los riesgos en un futuro cercano.

No obstante lo anterior, en jurisprudencia comparada se evidencia que ha sido cuestionada la constitucionalidad de la excepcionalidad de tal principio. En Colombia, la Corte Constitucional conoció de una demanda en la que se alegaba la inconstitucionalidad de las disposiciones⁴⁵ de la Ley 99/93, en la que se reconoce expresamente dicho principio.

El argumento central se circunscribió en señalar si tal principio confiere facultades ilimitadas a las autoridades ambientales, para que, sin que medie la certeza científica absoluta, de que la actividad produzca graves daños al ambiente, adopte medidas que pueden lesionar los derechos e intereses de las personas.

Para el demandante, la existencia del principio en comento, permite la actuación “arbitraria” de las autoridades ambientales, cuando por ejemplo decide el cierre o la suspensión de la actividad económica, que se supone causa daño o peligro para los recursos naturales o la salud humana, sin antes haber oído y vencido a las partes en un juicio, y por tanto, se violan los artículos de la Constitución que reconocen los derechos de audiencia, a la defensa, al trabajo, entre otros.

Dicha Corte manifiesta que, al analizar detenidamente el artículo impugnado, se determina que cuando la autoridad ambiental procede a la suspensión de la obra que desarrolla el particular, si de tal actividad se deriva daño o peligro para los recursos naturales o la salud

humana⁴⁶, así no exista la certeza científica absoluta, lo debe hacer mediante acto administrativo motivado de acuerdo con lo establecido en la ley, en desarrollo de la Constitución.

Para tal efecto hace alusión a que se deben de cumplir los siguientes elementos: (a) Que exista peligro de daño grave y que sea irreversible; (b) Un principio de certeza científica, así no sea absoluta; (c) Que la decisión de la autoridad debe estar enfocada a impedir la degradación del medio ambiente; (d) Que el acto en que se adopte la decisión sea motivado.

⁴⁵ Sentencia emitida por la Corte Constitucional de Colombia, referencia C-293 de abril de 2002“ART. 1º— Principios generales. La política ambiental seguirá los siguientes principios generales:

“6. La formulación de las políticas ambientales tendrán en cuenta el resultado del proceso de investigación científica. No obstante, las autoridades ambientales y los particulares darán aplicación al principio de precaución conforme al cual, cuando exista peligro de daño grave irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces para impedir la degradación del medio ambiente”.

Al mismo principio se hace referencia también, en el artículo 5º, numeral 25, de la misma Ley 99 de 1993, así:

“ART. 5º—Funciones del ministerio. Corresponde al Ministerio del Medio Ambiente:

“(…)

“25. Establecer los límites máximos permisibles de emisión, descarga; transporte o depósito de sustancias, productos, compuestos o cualquier otra materia que pueda afectar el medio ambiente o los recursos naturales renovables; del mismo modo, prohibir, restringir o regular la fabricación, distribución, uso, disposición o vertimiento de sustancias causantes de degradación ambiental. Los límites máximos se establecerán con base en estudios técnicos, sin perjuicio del principio de precaución”.

⁴⁶ La Corte Constitucional establece en el texto de dicha sentencia una teórica discusión jurídica en materia ambiental, sobre cuáles derechos prevalecen, la resuelve la propia Constitución, al reconocer la primacía del interés general, bajo las condiciones del artículo 1º. Al señalar que la propiedad privada no es un derecho absoluto, sino que “es una función social que implica obligaciones. Como tal, le es inherente una función ecológica” (art. 58, inc. 2º). Además, señala la Consti, que el Estado debe “prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental, imponer las sanciones legales y exigir la reparación de los daños causados” (art. 80).

Determinó entonces que no se violentan las disposiciones identificadas como parámetros de control de constitucionalidad, en los que se reconoce los derechos a favor de la persona humana, y por lo tanto las normas impugnadas son conformes a la Constitución, pues hace prevalecer por medio de la ponderación de derechos, el ambiente.

Al intentar trasladar los anteriores presupuestos a la realidad salvadoreña, puede decirse además que tal principio permite hacer una viva aplicación del artículo 246²⁶⁴ de la Constitución de la República, dado que hace prevalecer el respeto a los derechos difusos como el ambiente.

²⁶⁴ “Los principios, derechos y obligaciones establecidos por esta Constitución no pueden ser alterados por las leyes que regulen su ejercicio. La Constitución prevalecerá sobre todas las leyes y reglamentos. El interés público tiene primacía sobre el interés privado”

La actual jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional, todavía no se ha pronunciado respecto de tal punto.

3. Aplicación de los Principios de Prevención y Precaución en el Procedimiento Administrativo Sancionador.

Al retomar la jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional, se puede manifestar que la espina dorsal del Procedimiento de Evaluación de Impacto Ambiental²⁶⁵ que deben promover todas aquellas personas naturales o jurídicas titulares de las actividades, obras o proyectos, que de acuerdo a la categorización realizada por el Ministerio de Medio Ambiente y Recursos Naturales, requieran el permiso ambiental, se asienta principalmente en la idea de prevención y precaución.

Los permisos ambientales constituyen el mecanismo de control más importante con que cuenta la Administración Pública Ambiental para neutralizar daños y mitigar, corregir, compensar y subsanar los impactos que una actividad puede producir, no sólo los ambientales, sino también los de orden social, étnico, cultural, etc²⁶⁶.

Es fundamental entonces realizar un análisis riguroso y diligente de parte del Ministerio de Medio Ambiente y Recursos Naturales que deberá contar para tal efecto con equipos multidisciplinarios que sobre la base de una valoración técnica-científica puedan garantizar que la ejecución de una específica actividad se realice de una forma sostenible.

De manera que, todo el régimen teórico de la gestión respecto de los recursos naturales renovables se materializa en las autorizaciones o permisos ambientales, de ahí su importancia que implica²⁶⁷: a. En ella se concreta la sostenibilidad; b. Es un instrumento que permite identificar los impactos y determinar sus correspondientes medidas de mitigación, corrección y compensación; c. Es un instrumento de planeación ambiental porque a través de su otorgamiento o denegatoria, también se pueden generar esquemas sobre el ordenamiento de un territorio; e. Autorizar la ejecución de un proyecto, a través de los permisos significa colateralmente la posibilidad de generar una serie de valores agregados en términos sociales y económicos para un territorio; y f. Otorgar un permiso sin una base técnica rigurosa, pondría en riesgo la protección del ambiente y la materialización de daños ambientales.

²⁶⁵ Artículo 18 de la Ley del Medio Ambiente: “Es un conjunto de acciones y procedimientos que aseguran que las actividades, obras o proyectos que tengan un impacto ambiental negativo en el ambiente o en la calidad de vida de la población, se sometan desde la fase de preinversión a los procedimientos que identifiquen y cuantifiquen dichos impactos y recomienden las medidas que los prevengan, atenúen, compensen o potencien, según sea el caso, seleccionando la alternativa que mejor garantice la protección del medio ambiente”.

²⁶⁶ Hurtado Mora: Jorge Iván: “La licencia ambiental como condición prevalente para evitar el daño” en: A.A.V.V., Principios e Instrumentos de Evitación del Daño Ambiental, Universidad Externado de Colombia, Primera Edición, página 259, Octubre 2015.

²⁶⁷ Ibid, página 260.

Ahora bien, el incumplimiento por el titular del permiso ambiental de las obligaciones impuestas, tal como ha sido previsto por el legislador formal dará lugar al inicio de un Procedimiento Administrativo Sancionatorio, el cual podría terminar con la imposición de una sanción de naturaleza económica²⁶⁸.

Al respecto, la Ley del Medio Ambiente, regula en el artículo 86 las acciones y omisiones que han sido elevadas a categoría de infracción administrativa, las cuales han sido clasificadas en menos graves y graves, tomando en consideración el daño causado al medio ambiente, a los recursos naturales o a la salud humana. Así, la potestad sancionadora de la Administración Pública Ambiental pretende asegurar los fines del Estado.

En este sentido, las autoridades competentes tienen la facultad no sólo de obligar a los infractores a que cumplan con las sanciones que se les impongan, sino a que observen las obligaciones que se generan por el hecho de haber ocasionado daños ambientales con dicha acción u omisión. Debe cumplir con las medidas que tiendan a la recuperación, compensación, restauración y reparación de los mismos.

Algunas de las acciones y omisiones que tipifica la referida normativa, hacen referencia a las obligaciones -que estaban contempladas en el texto del permiso y no fueron cumplidas- y a la ausencia del otorgamiento de permiso como requisito sine qua non para la realización de las actividades, tales son los casos de los literales (c) y (a), el primero prescribe: Incumplir con las obligaciones contenidas en el permiso ambiental.

Por su parte, el segundo: Iniciar actividades, obras o proyectos sin haber obtenido el permiso ambiental correspondiente. El literal (e) hace referencia a que cualquier otra autoridad pudo haber autorizado actividades, obras, proyectos o concesiones, que por ley requieran permiso ambiental, sin haber sido este otorgado por el Ministerio. En la misma línea, el literal (f) hace referencia al otorgamiento de permisos ambientales, a sabiendas que el proponente del proyecto no ha cumplido con los requerimientos legales para tal efecto.

En cuanto a las infracciones clasificadas como menos graves, cabe manifestar que algunas están orientadas a castigar aquellas acciones u omisiones vinculadas con las cantidades de contaminantes que exceden de lo previsto en las normas técnicas y reglamentarias. Así, en la letra (j) emitir contaminantes que violen los niveles permisibles establecidos reglamentariamente.

²⁶⁸ Actualmente el inciso primero y segundo del artículo 89 de la Ley del Medio Ambiente ha sido declarado inconstitucional, mediante Sentencia de Inconstitucionalidad 115-2012, de fecha treinta y uno de agosto de dos mil quince, debido a la indeterminación en la que incurrió el legislador al normar el parámetro cuantitativo por el que se calculaba la multa a imponer. En estos momentos no existe base para que el Ministerio de Medio Ambiente y Recursos Naturales imponga la sanción respectiva.

De conformidad al artículo 88 del mismo texto legal, las sanciones principales que se impondrán a quienes incumplan con la normativa ambiental, consistirán en multas, y como medida accesoria, en caso procedente, la reparación del daño ambiental y si esta no fuera posible, de forma subsidiaria la indemnización al Estado según el artículo 85 de la Ley en comento.

Esto es sumamente diferente en otras legislaciones como la de Colombia, en la que además de la multa, constituyen sanciones principales: a) El cierre temporal o definitivo del establecimiento, edificación o servicio, b) Revocatoria de la licencia ambiental, autorización, concesión, permiso, c) Demolición de obra a costa del infractor, y d) decomiso definitivo de especímenes, especies silvestres exóticas, productos, y subproductos, elementos, medios o implementos utilizados para cometer la infracción, entre otros.

Continuando con el análisis, en el citado artículo 86, se pueden presentar las siguientes situaciones:

(i) La reparación sin sanción cuando la acción es jurídicamente lícita pero productora de daños que deberán ser reparados por el infractor, (ii) la sanción sin reparación cuando la acción antijurídica no es productora de daños, y (iii) la sanción-reparación, es procedente cuando la acción ilícita ha producido un daño ambiental.²⁶⁹

En el caso que las acciones u omisiones sean lícitas y no produzcan daños, no plantea mayores problemas; muy diferente si los genera. Si los produce pero los mismos no se consideraran significativos, no habría sanción ni obligación de reparación. Es decir, no habría daños en estricto sentido, se tratarían como simples molestias que deberán ser toleradas por aquel que las padece. Siendo así, en principio, no habría obligación de reparación porque precisamente el Derecho admite ese daño causado, ya que no es relevante.

Puede afirmarse entonces que no todo desconocimiento de la estructura reguladora ambiental, implica necesariamente un daño. Por ello, es importante manifestar que, aunque el artículo 96 de la misma normativa prescriba que siempre que se imponga una sanción administrativa, se ordenará al infractor la restauración, restitución o reparación del daño causado al ambiente, no es del todo cierto que esto opere en todos los casos, puede existir una infracción a la normativa sin que se produzca el daño.

De manera que, en algunos casos las infracciones administrativas se consuman con la mera puesta en peligro del ambiente o del bien jurídico medioambiental protegido por la norma. En estas situaciones, la normativa prevé una sanción para este tipo de conductas de forma que dicha

²⁶⁹ Betancor Rodríguez, Andrés: "Derecho Ambiental", Editorial LA LEY, Madrid, España, 2014, página 1539.

consecuencia jurídica tenga un efecto preventivo²⁷⁰ que evita futuros comportamientos semejantes, pero no procede exigir la restauración ambiental, porque no se ha producido ningún daño.

De ahí entonces nace la importancia de identificar en cada situación específica, si la norma que ha sido violentada ha producido una afectación sustancial al ambiente, a los recursos naturales o a la salud humana, lo cual generaría la facultad de imponer no sólo la sanción principal sino las medidas administrativas de mitigación o reparación. Al respecto, se considera que impactar y dañar no pueden ser sinónimos; el impacto se mitiga, el daño se repara.²⁷¹ Es válido hacer la diferencia en cada situación.

Ahora bien, en cualquiera de las situaciones antes descritas, el Procedimiento Administrativo Sancionador se puede iniciar de oficio, por denuncia o por aviso ante el Ministerio de Medio Ambiente y Recursos Naturales. También los Concejos Municipales, la Policía Nacional Civil, Fiscalía General de la República o la Procuraduría General de la República, tienen competencia para determinar si se están produciendo hechos que sean contradictorios a las conductas reguladas en la normativa y que atenten contra el ambiente, los ecosistemas o la salud humana.

Al tener conocimiento por cualquier medio, pueden efectuar diligencias sobre el supuesto cometimiento de la infracción. Acto seguido se levantará acta de tal diligencia y se remitirá al Ministerio, la cual constituirá prueba indiciaria.

No obstante lo anterior, también existe la posibilidad que de forma previa a la instrucción de tal procedimiento, se realicen algunas actuaciones por parte de empleados del Ministerio que tuvieren competencias para investigar, con el propósito de determinar con carácter preliminar, la concurrencia de las circunstancias que configuren una determinada infracción, se identificarán a las personas que se suponen responsables y las circunstancias relevantes respecto a los hechos o a tales personas.

En cualquiera de los casos, la resolución administrativa que ordene el inicio del procedimiento hará referencia al nombramiento del instructor y, en su caso, también del Secretario del Procedimiento, se describirán además los hechos que en un primer momento dan lugar a la configuración de la infracción administrativa, con base a las actuaciones técnicas preliminares, informes, o diligencias de las autoridades antes mencionadas, cuya responsabilidad se determinará, así como el otorgamiento de las oportunidades de audiencia y de defensa a las personas que se le atribuyen dichos hechos.

²⁷⁰ Conde Antequera, Jesús: "El Deber Jurídico de Restauración Ambiental", Editorial Comares, Granada, España, 2004, página 183.

²⁷¹ Vid. Hurtado Mora, Jorge Iván: "Ob...Cit", página 253.

Debido a la sucesión de actos administrativos que integran este procedimiento administrativo sancionador, que dilatan en el tiempo la efectividad de la labor restauradora, la referida ley en los artículos 83 y 84²⁷² ya prescribe expresamente la facultad de adoptar por parte de la autoridad ambiental medidas preventivas, en orden al enfoque preventivo y precautorio, según sea el caso, en el supuesto que la infracción administrativa que se investigue esté produciendo daños o se esté ante la inminencia de la ocurrencia del mismo.

Dichas medidas de ser procedentes, podrán ser adoptadas en cualquier momento, lo que equivale a decir cuando dicha autoridad tenga noticia de la supuesta infracción y disponga de un fundamento técnico necesario o suficiente en ese instante para justificar su actuación, incluso antes de la iniciación formal del procedimiento, convirtiéndose así en medidas cautelares.

De manera que si alguna persona jurídica o natural, como titular de un proyecto inicia la construcción de un Centro Comercial en una determinada área, sin tener el permiso ambiental requerido por el Ministerio relacionado, según el documento de categorización de actividades, obras y proyectos²⁷³, la posibilidad de que se produzcan daños al ambiente es alta, los cuales podrían llegarse a considerar graves e irreversibles, de conformidad a las evaluaciones que realice el personal técnico del Ministerio.

En ese caso, procedería que la autoridad ambiental inmediatamente adoptara la suspensión de los efectos de la construcción, a fin de hacer cesar las afectaciones al ambiente y/o los ecosistemas de forma oportuna y con ello asegurar la eficacia de la resolución que finalmente se emita.

²⁷² “Art.83: El Ministerio podrá adoptar en cualquier momento, mediante acuerdo motivado las medidas de carácter provisional que resulten necesarias para asegurar la eficacia de la resolución que pudiese recaer, evitar el mantenimiento de los efectos de la infracción y los previsibles daños al medio ambiente y los ecosistemas. Las medidas preventivas deben ajustarse a la intensidad, proporcionalidad y necesidades de los objetivos que se pretenden garantizar en caso supuesto (...)”. Art. 84: “El Ministro podrá ordenar de oficio o a petición del Ministerio Público o de cualquier otra persona, sea natural o jurídica, las medidas preventivas a que se refiere el artículo anterior ante la presencia o inminencia de un daño grave al medio ambiente, o a la salud humana danto un plazo de 15 días para que el afectado comparezca a manifestar su defensa. Estas medidas durarán mientras el responsable de la amenaza de deterioro o del deterioro, no elimine sus causas y se circunscribirán al área, proceso o producto que directamente amenace con deteriorar o deteriore el medio ambiente, que ponga en peligro o afecte la salud humana y la calidad de vida de la población. El Ministro deberá resolver sobre la continuación o revocatoria de las medidas preventivas que haya impuesto en término de diez días contados a partir de la expiración del plazo concedido al afectado para manifestar su defensa”.

²⁷³ El cual contiene los siguientes Acuerdos números 277 y 279 que contiene la Categorización de Actividades, Obras o Proyectos según la Ley del Medio Ambiente, publicado en el Diario Oficial número 149, Tomo 416, de fecha quince de agosto de 2017, y deja sin efecto los Acuerdos emitidos con anterioridad.□

La situación podría complicarse aparentemente²⁷⁴, ya que las medidas en atención a la particularidades de los casos, no se limitan a ordenar la cesación temporal de los efectos de una determinada actividad, de los servicios que se consideran contrarios a la legalidad o el retiro de ciertos productos, sino que en virtud de la complejidad de las afectaciones o daños que se estén produciendo, podría emitirse una que además implicara la corrección de las afectaciones producidas hasta este momento, pues de esperar que se emita la resolución definitiva en el procedimiento, los daños producidos a los ecosistemas por ejemplo, podrían considerarse más graves y hasta irreversibles.

En el caso que se vierta algún tipo de contaminante a un río, que de seguirse produciendo, además de la contaminación del agua que ya supone un riesgo para la salud humana, va a significar un daño grave a la biodiversidad asentada al mismo, la autoridad administrativa además de ordenar que cese la actividad que da lugar al vertimiento de ese tipo de contaminantes, podría señalar que se realicen las actuaciones necesarias para descontaminar el ecosistema, pues de no hacerse, ello podría experimentar un incremento de la peligrosidad para el bien jurídico protegido por la norma²⁷⁵.

Al respecto, la Corte Constitucional de Colombia en la sentencia C-632 de 2011, dispone que: “el proceso de restitución o restauración ecológica que se adelanta a través de las llamadas medidas compensatorias, requiere, en cada caso, de una valoración técnica del daño o impacto negativo causado al medio ambiente con la infracción, por cuenta de la autoridad ambiental competente...”

Las medidas cautelares prescritas en la referida normativa, deben ser consideradas una obligación de la autoridad administrativa adoptarlas, puesto que el ejercicio de la potestad para restaurar el orden perturbado por la actuación infractora, no es sino el ejercicio de sus facultades para el cumplimiento de sus fines⁵⁹.

Lo trascendental de la potestad que tiene el Ministerio radica en que independientemente de que cualquier persona solicite con fundamento en el artículo 42 de la Ley del Medio Ambiente⁶⁰ y 113 del Reglamento General de la misma ley⁶¹, la medida en comento, dicha institución podrá ordenarla de oficio, para lo cual deberá contar con una base técnica que fundamente

²⁷⁴ El artículo 83 en comento menciona que es en la resolución definitiva donde el Ministerio de Medio Ambiente y Recursos Naturales, condenará al infractor a la reparación de los daños causados al medio ambiente y si el daño fuere irreversible se condenará a las indemnizaciones a que hubiere lugar. A partir de ahí, dicha reparación no podría tener un carácter cautelar por constituir un definitivo resarcimiento. Sin embargo, se considera que en atención a la complejidad del caso, en el que pueda evidenciarse un grave peligro para los ecosistemas, para la salud humana o calidad de vida, en situaciones excepcionales y bien justificadas, la autoridad administrativa estaría facultada para adoptar medidas de corrección.

²⁷⁵ Si en el Procedimiento Administrativo Sancionador no resultase probada la responsabilidad de la persona natural o jurídica, podría nacer la responsabilidad patrimonial de la Administración. Sin embargo, quizás, lo más idóneo sería que la propia Administración procediera a realizar este tipo de medidas correctoras con sus medios sólo en caso de urgente

objetivamente la necesidad de adoptar tal decisión. En ese sentido, el artículo 83 antes citado tiene su razón de ser, ya que la medida de carácter provisional que se ordene deberá hacerse constar en un acuerdo motivado.⁶²

Dichas medidas podrán ser confirmadas⁶³, modificadas o levantadas en la resolución que deberá emitirse en el plazo de los diez días siguientes a la expiración de los quince días concedidos al afectado para comparecer a su defensa.

necesidad, siempre cumplidos los requisitos relacionados, y una vez resuelto dicho procedimiento en sentido de declarar la responsabilidad del denunciado, se dirigiese con la misma para exigirle el reintegro del gasto realizado.

⁵⁹ En la Sentencia emitida por el Tribunal Supremo Español STS de 30-1-2001 (Ar. 2455), se indica que el restablecimiento del orden perturbado es una necesidad que existe al margen de que los hechos puedan ser susceptibles de generar algún tipo de sanción, entendiéndose, en un caso en el que la Administración impone una medida restauradora con carácter cautelar en la misma incoación del expediente sancionador, que dicha medida se ajusta a la legalidad y que pretende la salvaguarda del bien ambiental perturbado en este caso hasta que se restableciera el orden perturbado. De este modo no existe desviación de poder en la actuación administrativa, porque la medida adoptada no se aparta del fin perseguido por la Administración actuante.

⁶⁰ Toda Persona natural o jurídica, el Estado y sus entes descentralizados están obligados, a evitar las acciones deteriorantes del medio ambiente, a prevenir, controlar, vigilar y denunciar ante las autoridades competentes la contaminación que pueda perjudicar la salud, la calidad de vida de la población y los ecosistemas, especialmente las actividades que provoquen contaminación de la atmósfera, el agua, el suelo y el medio costero marino.

⁶¹ Conforme a lo dispuesto en los artículos 42 y 43 de la Ley, todos los habitantes de El Salvador están obligados a evitar las conductas que deterioren la calidad de vida de la población y de los ecosistemas.

⁶² Artículo 117 del Reglamento General de la Ley del Medio Ambiente: El acuerdo motivado, al que se refiere el artículo anterior, deberá contener como mínimo: A. Nombre del funcionario o autoridad que lo emite; B. Identificación del supuesto infractor; C. Relación circunstanciada del hecho que motiva la medida de carácter provisional. En este tipo de requisito es procedente manifestar que, es necesario que dicha medida se funde en el peligro que supone el retraso en la actuación contra el daño causado por la infracción para los bienes dignos de protección D. Naturaleza de la medida o medidas que se ordena hacer o realizar; E. Identificación del precepto jurídico que se presume infringido; y F. Lugar y fecha de emisión. Pero además, dichas medidas deben servir para asegurar la eficacia de la resolución final que pudiera recaer. La finalidad de la misma obedece evitar el mantenimiento de los efectos de la infracción, es decir, evitar que se sigan produciendo daños al ambiente o que los ya producidos no experimenten un incremento en cuanto a su entidad.

⁶³ El artículo 84 de la Ley del Medio Ambiente, menciona que las medidas tendrán vigencia mientras el responsable de la amenaza del deterioro, no elimine sus causas. Ello significa que en los casos de la inminencia de un daño, la adopción de las mismas supone un comportamiento de parte del supuesto infractor, tendente a minimizar o hacer desaparecer las condiciones que están por poner en riesgo el ambiente, los ecosistemas, o la salud. De ahí la importancia de conceder las oportunidades de audiencia y de defensa.

Atendiendo a las particularidades de cada situación, la autoridad competente podrá ordenar la fianza que garantice la restauración del real o potencial daño que se cause²⁷⁶.

En caso de comprobarse el cometimiento de la ilegalidad atribuida, el infractor deberá ser condenado al pago de la sanción de multa y a las medidas de reparación de los daños en caso que se hayan producido, las cuales no deberán ser más gravosas que la sanción misma, para lo cual será indispensable que las autoridades ambientales documenten en sus decisiones, las razones por las cuales imponen o no las referidas obligaciones.

Puede suceder además que los supuestos infractores no cumplieren con las medidas preventivas ordenadas por la autoridad ambiental, será entonces el Ministerio de Medio Ambiente y Recursos Naturales, el que con base en el artículo 42 de la Ley del Medio Ambiente, certifique el Expediente al Tribunal Ambiental, para que inicie el Proceso respectivo y si se considera necesario, ordene las medidas cautelares que corresponda²⁷⁷.

La mencionada normativa también contempla la posibilidad que la autoridad ambiental pueda suspender las actividades cuyos titulares no hubieren cumplido con las prescripciones legales establecidas de conformidad al artículo 107²⁷⁸ y siguientes.

Sin embargo, la aplicación de la regla general en el Derecho Ambiental presenta algunas dificultades. En efecto, las facultades sancionatorias o preventivas de que dispone la autoridad

²⁷⁶ La autoridad ambiental podrá ordenar la fianza como medida en aquellos casos en los que el daño se ha producido y no resulte procedente disponer la inmediata reparación de todos los daños producidos, pues en todo caso esto debería ser una obligación que se determine en la resolución definitiva y no bajo la figura de una medida cautelar, pues ello implicaría desnaturalizar lo pretendido en la misma. En los casos en que el daño sea potencial, dicha garantía tiene efectos preventivos y por eso puede ser sustituida, con carácter excepcional, la cual podrá ser solicitada por la persona a quien se le atribuye el cometimiento de los hechos. Tal garantía no tendría aplicación en los supuestos en que el daño esté ocurriendo, pues la finalidad del Derecho Ambiental es evitar o hacer cesar los daños, antes que la restauración.

²⁷⁷ Artículo 102-C de Ley del Medio Ambiente. El incumplimiento de medidas efectivas que tiendan a evitar la continuación o inminencia de daños graves al ambiente, da lugar a que los hechos puedan ser conocidos y resueltos en sede jurisdiccional, pues además de la inobservancia a las órdenes de la autoridad administrativa, que en sí mismo constituye otra ilegalidad más que deberá ser reprimida en orden a haber contribuido directamente a la consumación de los daños, que incluso podrían ser considerados como irreversibles, faculta al Tribunal Ambiental para determinar la obligación de reparación de los mismos o las indemnizaciones correspondientes.

²⁷⁸ Art. 107: “Los titulares de actividades, obras o proyectos públicos privados, que se encuentren funcionando al entrar en vigencia la presente ley, que conforme al artículo 20 de la misma deban someterse a evaluación de impacto ambiental, están obligados a elaborar un diagnóstico ambiental en un plazo máximo de dos años y presentarlo al ministerio para su aprobación. El Ministerio podrá establecer plazos menores hasta por un año en los casos de actividades, obras o proyectos en operación que generen emisiones altamente contaminantes. Al diagnóstico deberá acompañarse su correspondiente programa de adecuación ambiental como requisito para el otorgamiento del permiso ambiental; deberá contener los tipos y niveles de contaminación e impactos ambientales de la actividad, obra o proyecto en ejecución (...).”

ambiental, hace determinar que por diferentes vías se puede estar compensando o mitigando los efectos del daño causado.

La pregunta que surge es entonces la siguiente: ¿se puede afirmar que se ha pagado, mitigado o compensado parte del daño, por ejemplo, en la ejecución de la medida preventiva cuando se ha presentado una infracción? y, en caso positivo, ¿puede ordenarse un nuevo pago u obligaciones de mitigación o compensación en un proceso de responsabilidad civil por daños ambientales? Es importante considerar la naturaleza de las medidas cautelares en el ámbito administrativo y la finalidad que se persigue en sede jurisdiccional.

Se podría intentar aislar a partir de qué límite un daño ya ha sido parcial o totalmente indemnizado, compensado o mitigado por otra vía.

Las medidas preventivas que puede imponer la autoridad ambiental permiten ordenar la "realización dentro de un término perentorio, los estudios y evaluaciones requeridas para establecer la naturaleza y las características de los daños, efectos e impactos causados por la infracción, así como las medidas necesarias para mitigarlas o compensarlas".

Se considera que la parte de la compensación o de la mitigación del daño que ha sido abonada en cumplimiento de la medida preventiva, no puede ser ordenada nuevamente por vía de una acción de responsabilidad civil, porque se produciría una doble acción en el mismo sentido con lo que podría entrar en juego la prohibición de doble juzgamiento. Por ejemplo: si con un vertimiento líquido se causó un daño y la autoridad ambiental declara culpable a una persona natural o jurídica, y por tal motivo le obligara a compensar o a mitigar el daño causado; el cumplimiento de la obligación que se impone no puede suponer que se cobre nuevamente por la misma causa. Es decir, toda acción de mitigar o compensar el daño causado se tiene como indemnización del mismo, y solo podrá ordenarse aquello que no ha sido mitigado o compensado.

Esto significa que no se excluye la medida preventiva con la responsabilidad civil, sino que al interior de esta solo se puede cobrar el daño que no haya sido pagado, ya que el rubro del daño que no esté comprendido en la ejecución de la medida preventiva naturalmente sí se puede cobrar, a pesar de la existencia de tal medida.

4. Medidas Cautelares en el Proceso Ambiental.

Es preciso manifestar de forma previa, que también, cabe la posibilidad que las acciones u omisiones que no se encuentren tipificadas necesariamente como infracciones administrativas o hechos delictivos, sean productoras de daños ambientales, los cuales en caso de haberse iniciado su consumación, deben ser detenidos sus efectos, o ser mitigados o compensados.

Los Tribunales Ambientales tienen competencia para conocer de aquellas situaciones que tengan que ver con afectaciones sustanciales al ambiente y a los derechos de la persona humana como consecuencia directa de la alteración al mismo. Tal como lo menciona expresamente la Ley del Medio Ambiente en el artículo 102-C, los presupuestos que deberán tomarse en cuenta son los siguientes: a. Que se esté ante la amenaza o inminencia de un daño al ambiente; b. Que se esté ante la presencia de un daño al ambiente, que pudiese generar peligro o afecte la salud humana y la calidad de vida de la población; c. Que se esté en la necesidad de prevenir un daño a las personas o bienes de los afectados, siempre y cuando éstos se deriven de los supuestos anteriores.

Al respecto, procede relacionar las dos clases de daños ambientales, los cuales son: los personales o patrimoniales y ambientales puros. Los primeros, son los que sufre una persona o su patrimonio, que puede verse afectada porque los recursos se encuentran en su propiedad o tienen algún tipo de derecho sobre ellos, porque ha afectado la vida y la integridad física o más bien, su salud.

Los daños ecológicos puros, son los sufridos por las especies silvestres y los hábitats, las aguas, la ribera del mar y de los ríos, así como el suelo⁶⁷. De ahí, cuando se habla de daño, se está aludiendo a los usos de los recursos que amenazan su continuidad para su disfrute por las generaciones futuras. Entonces, los Tribunales Ambientales están facultados para conocer de estos daños.

En relación a lo anterior, algunos Ordenamientos Jurídicos que se basan en el mecanismo de la Responsabilidad civil toman en cuenta la incidencia dañosa en la esfera jurídica del gobernado, consideran que es difícil el resarcimiento al daño puro por no ser adaptable a sus particularidades.

Es importante señalar que cuando se deteriora el medio ambiente, la víctima es el propio medio mismo, y por ende la colectividad. De ahí cabe plantearse si se puede colectivizar el mecanismo de tal clase de responsabilidad²⁷⁹²⁸⁰, de manera que alguien pueda asumir la representación de la colectividad y reclamar por el daño ecológico puro –en su caso- también en qué condiciones y qué pueda reclamar⁶⁹.

²⁷⁹ Lozano Cutanda, Blanca y otro: “Diccionario de Derecho Ambiental”, Madrid, España, Primera Edición, 2006, página 1131, se considera que en este ámbito que no resulta adecuado utilizar el término de “Responsabilidad Civil”, en cuanto según el Diccionario de la Real Academia Española, lo civil hace referencia a lo perteneciente o a lo relativo a las relaciones e intereses privados, y en el ámbito ambiental están implicados bienes públicos necesitados de regímenes administrativos para su protección.. Resulta más adecuado utilizar el término más amplio: “Derecho de daños al medio ambiente”, pues éste engloba los sistemas privados y los nuevos instrumentos públicos.

²⁸⁰ Lozano Cutanda, Blanca y otro: Ob. Cit, página 1131.

Por ello, en algunas legislaciones se ha dicho que el sistema de responsabilidad, tal como está estructurado, no es eficaz para, no ya prevenir los efectos sino ni siquiera reparar los daños ambientales, fundamentalmente porque se exige la existencia de derechos o intereses legítimos individualizados que hayan sido vulnerados como consecuencia del daño ambiental⁷⁰.

En ese sentido, la perspectiva personalista y patrimonialista de naturaleza civil es limitada, ya que considera que el daño ambiental supone esencialmente un daño a bienes de interés colectivo como el medio ambiente, en consecuencia, los daños ambientales puros escapan aparentemente a la institución civilista. Sin embargo, cuando se trata de conductas con incidencia ambiental se dan unas características diferentes al resto de los daños, pues aparte de los intereses particulares, pueden verse afectados intereses difusos y colectivos.

Sin embargo, el daño ecológico puro puede tener alguna repercusión individual, a mediano o largo plazo. La conexión entre el daño ecológico puro y la esfera individual de los sujetos deriva de las ideas de interdependencia e interrelación²⁸¹. Esta imagen ecohumanista²⁸² por llamarle de alguna manera, conduce a rechazar la distinción entre daños ambientales personales y daños ambientales puros. Atendiendo a tal reflexión, entonces la institución civilista podría ser “colectivizada” en orden a una nueva visión de lo que se entiende por afectado, y en ese sentido, no valdría la pena hacer la diferencia si la afectación es directa, refleja o por rebote.

Que la incidencia sea directa o indirecta no puede ocultar que existe.²⁸³ Desde esta óptica, la distinción realizada entonces entre daños ambientales personales y daños ambientales puros en opinión del autor citado Andrés Betancor pierde sentido, porque también son considerados daños humanos.

Como producto de lo anterior, procede manifestar que la labor de los Tribunales Ambientales es trascendental para garantizar la protección del derecho al medio ambiente, por cuanto dentro de la estructura del Proceso Jurisdiccional correspondiente, se contempla la facultad de adoptar de oficio las medidas cautelares que tengan como finalidad hacer cesar los efectos de alguna actividad que haya comenzado a producir daño o se esté ante la inminencia del mismo.

Existe opinión unánime de la doctrina respecto al énfasis preventivo que distingue al Derecho Ambiental, lo cual constituye su finalidad y por tanto todas las normas deben estar inspiradas en ello²⁸⁴. Al respecto, la tutela del medio ambiente, a través de una larga evolución, ha traspasado la fase represiva-reparatoria, basada específicamente en normas de naturaleza civil y penal hasta

²⁸¹ Ibid, página 508

²⁸² Betancor Rodríguez, Andrés: “ob. Cit”, página 1550.

²⁸³ Ibid, página 1551.

²⁸⁴ Cafferatta Néstor A. y otros: “Cuestiones Actuales de Derecho Ambiental”, Buenos Aires, Argentina, Editorial de la Universidad Católica Argentina, año 2007, página 63.

llegar a su estadio actual en donde su mayor preocupación consiste en cómo evitar y no cómo reparar o reprimir²⁸⁵.

Existen disposiciones en la Ley del Medio Ambiente, aplicables a la función jurisdiccional de singular interés:

La primera de ellas hace referencia a la producción de pruebas de oficio²⁸⁶. El Juez podrá disponer de todas las medidas necesarias para ordenar, conducir o probar los hechos dañosos en el proceso, a fin de proteger efectivamente el interés social. La segunda²⁸⁷, alude a la adopción, igualmente de oficio, de medidas precautorias²⁸⁸.

La presencia de estas normas en el texto de la Ley del Medio Ambiente suponen un cambio en la mentalidad tradicional del juez (que incluso puede alterar la imagen clásica y neutral del mismo, de algún modo, pasivo, condicionado por las pretensiones y el impulso de las partes), por la de un juez comprometido con la tutela del ambiente y poseedor de un nuevo arsenal de derechos/deberes que lo motivan a un intervencionismo para el cual no ha sido históricamente capacitado. Dicho de otra manera, el juez deberá asumir la responsabilidad de resolver la controversia planteada adoptando una posición completamente diferente.²⁸⁹

Desde esta perspectiva, es inevitable además la flexibilización de las disposiciones procesales, en tanto y en cuanto no se conculquen las garantías de defensa en juicio²⁹⁰. La tarea del juez continuará siendo eminentemente creativa y se requerirá el esfuerzo extraordinario de su parte para encontrar soluciones que sean más adecuadas al caso que se encuentre conociendo.

Ahora bien, debido a la velocidad con la que ocurren los acontecimientos, las medidas cautelares urgentes que requiere el sistema de la protección ambiental, se encuentran

²⁸⁵ idem

²⁸⁶ Artículo 102-A Ley del Medio Ambiente: “De la Prueba: Dentro del proceso, el juez tendrá la facultad de recabar de oficio las pruebas que considere pertinentes que le permitan establecer los extremos de los hechos controvertidos en el proceso...”

²⁸⁷ Cafferatta Néstor y Otros: ob. cit, pág 137.

²⁸⁸ Artículo 102 C.- Ley del Medio Ambiente: “De las medidas cautelares: Las medidas cautelares podrán decretarse por el Juez Ambiental competente, de oficio o a petición de parte, como acto previo o en cualquier estado del proceso, las cuales deberán ajustarse a la intensidad, proporcionalidad y necesidad de los objetivos que se pretenden garantizar en cada caso concreto, dichas medidas no podrán ser caucionadas o afianzadas, y se deberá tomar como base los siguientes presupuestos: a) Que se esté ante la amenaza o inminencia de un daño al medio ambiente que pueda afectar o no a la salud humana. b) Que se esté ante la presencia de un daño al medio ambiente, que pudiese generar peligro o afecte la salud humana y la calidad de vida de la población. C) Que se esté en la necesidad de prevenir un daño a las personas o bienes de los afectados, siempre y cuando estos se deriven de los supuestos de los literales anteriores...”

²⁸⁹ Capparelli, Mario Augusto, Mata, Nestor Hugo, Montenegro, Raúl, Aliciardi, María Belen: “El Ambientalismo II. La Electropolución”, Ediciones del País, Buenos Aires, Argentina, año 2008, página 222.

²⁹⁰ Capparelli, Mario Augusto: “Ob.Cit”, página 221.

reconocidas en la Normativa Ambiental²⁹¹, las que se consideran restrictivas en la medida que hacen cesar total o parcialmente las obras o proyectos, así como el cierre temporal de los establecimientos. Asimismo, deja abierta la posibilidad de que el funcionario judicial pueda adoptar cualquier otra que tienda a proteger el medio ambiente y la calidad de vida de la población.

Lo anterior evidencia que dichas medidas en materia ambiental son innominadas²⁹², lo que se justifica en el hecho de que al legislador formal no le ha sido posible anticipar todas las formas como pueden ser violentados los derechos difusos para así consagrar los medios para conjurar los potenciales daños, por eso solamente mencionó algunos con carácter ilustrativo; y si se pretende lograr una verdadera efectividad de los derechos²⁹³, la única forma es dejando en manos de dicho funcionario tal decisión en cada caso concreto.

No obstante, existe la posibilidad que ante el proceso de consumación de un daño ambiental o ante la inminencia del mismo, aquel no tenga muy claro el momento específico qué otro tipo de medidas ordenar con base al principio de prevención o precaución, qué diligencias solicitar ni a quien pedir las ni de qué manera hacerlas, pues la materia ambiental obedece a un esquema totalmente diferente de actuación.

Es bien diferente por ejemplo la medida cautelar de embargo para quien no ha pagado, de aquella que se necesita adoptar cuando un río se está contaminando o se esté desviando de su cauce por la voluntad de un emprendimiento cuyo origen surge de la decisión de una sola autoridad, en el que los potenciales dañados son múltiples seres humanos, la naturaleza en su flora y fauna, tanto en la actualidad como para el futuro. Por ello, resulta imperiosa la necesidad de que en los tribunales en referencia esté adscrito un cuerpo de peritos conformado por técnicos especializados en los temas ambientales, dicho de otra manera, un equipo multidisciplinario que provea al funcionario judicial de informes, opiniones, entre otros.

De manera que el juez deberá contar con los informes técnicos necesarios en los que base su decisión y relacionarlos en el texto de la resolución que emita, por medio de la cual adopte la medida concreta, lo que implica que esta deberá estar motivada⁸⁴. Ello se traduce en que dicho funcionario deberá justificar que existe una amenaza de daño frente al derecho difuso que es necesario evitar o que se está presentando un daño que debe ser detenido. Además, debe exponer las razones que evidencien que la medida escogida es idónea.

²⁹¹ Artículo 102 C inciso quinto Ley del Medio Ambiente: "...El juez podrá ordenar las medidas cautelares como la suspensión total o parcial del hecho, actividad obra o proyecto; el cierre temporal de establecimientos y cualquier otra necesaria para proteger al medio ambiente y la calidad de vida de las personas..."

²⁹² Arcila Salazar, Beatriz: "Las medidas cautelares en el proceso ambiental". Universidad de Medellín. Página 37. Disponible en www.scielo.org.co.

²⁹³ Es imperativo advertir que el principio de precaución opera siempre y cuando el daño no se haya configurado o, de haberse iniciado, se pueda evitar su continuación en el tiempo.

En definitiva, deberá quedar claramente establecido lo siguiente con base a los principios analizados: Cuál es el derecho colectivo que se pretende proteger, cuál es el peligro al que se encuentra expuesto, y cómo contribuye la medida decretada a evitar el daño o a hacerlo cesar²⁹⁴.

Conclusiones:

-El hecho de que la Sala de lo Constitucional de El Salvador se haya pronunciado desde hace más de siete años, respecto de los principios de prevención y precaución, estableciendo entre ellos como nota común la finalidad de anticiparse a evitar los daños ambientales, es un gran avance, ya que los mismos constituyen pilares fundamentales para el objetivo pretendido por el constituyente en el artículo 117.

-Los modelos de producción y consumo son insostenibles, y ello ha generado –entre otros factores- el acelerado deterioro ambiental en el que actualmente se encuentra el país. Este en

²⁹⁴ Arcila Salazar, Beatriz: “Las medidas cautelares en el proceso ambiental”. Universidad de Medellín. Página 42. Disponible en www.scielo.org.co.

ningún momento es conveniente, pues al mismo tiempo, se convierte en la causa que inhibe avanzar hacia el desarrollo sostenible.

-Si la autoridad administrativa o judicial pretende aplicar el principio de precaución, debe tomar en cuenta lo siguiente: (a) Evaluación técnica o científica del riesgo; (b) La medida a adoptar debe ser conforme al principio de proporcionalidad, para lo cual se requiere la elección de la medida menos lesiva, es decir, que sea razonable a la finalidad que se pretende y sea motivada, (c) La medida a adoptarse debe ser temporal, y (d) Las medidas se sometan a un examen y vigilancia constante.

-En congruencia a lo anterior, no procedería aplicar el principio de precaución en aquellos casos en que la incertidumbre puede ser superada a corto plazo, intensificando la investigación, o cuando aquélla se refiera a una escasa probabilidad de daño. Además, cuando este sea reversible y sea bastante probable que las medidas eficaces para contrarrestarlo no resulten más difíciles u onerosas.

-Los principios de prevención y precaución deben ser adoptados en el ámbito de las medidas cautelares en sede administrativo y jurisdiccional.

-Resulta imperativo que las autoridades competentes informen a la población sobre el consumo de productos respecto de los cuales existe incertidumbre respecto de su absoluta inocuidad.

Bibliografía:

Ayuda Berberoff, Dimitry: "El principio de precaución y su Proyección en el Derecho Administrativo Español, Manuales de Formación Continuada, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, España, año 2005.

Betancor Rodríguez, Andrés: "Derecho Ambiental", Editorial La Ley, Madrid, España, 2014.

Capparelli, Mario Augusto y otros: "El Ambientalismo II, la electropolución. Contaminación por antenas de telefonía celular", Argentina, Ediciones del País, 2008.

Cafferatta Néstor A. y otros: "Cuestiones Actuales de Derecho Ambiental", Buenos Aires, Argentina, Editorial de la Universidad Católica Argentina, año 2007.

Conde Antequera, Jesús: "El Deber Jurídico de Restauración Ambiental", Editorial Comares, Granada, España, 2004.

Embid Tello, Antonio Eduardo: "Precaución y Derecho". El caso de los campos electromagnéticos", Editorial Iustel, año 2010, Madrid, España.

Gomero Casado, Eduardo: "Derecho Administrativo Monografías", Consejo Nacional de la Judicatura, año 2001, Editorial UCA, El Salvador.

Gafner-Rojas, Claudia: "Análisis Jurídico Conceptual de los Principios de Prevención y Precaución en Materia Ambiental" en: A.A.V.V., Principios e instrumentos de Evitación del Daño Ambiental, Universidad Externado de Colombia, Primera Edición, 2015.

Hurtado Mora, Jorge Iván: "La licencia ambiental como condición prevalente para evitar el daño" en: A.A.V.V., Principios e Instrumentos de Evitación del Daño Ambiental, Universidad Externado de Colombia, Primera Edición, Octubre 2015.

Iza, Alejandro y Aguilar Grethel: "Derecho Ambiental en Centroamérica", Tomo I, UICN, Costa Rica, 2009.

Lozano Cutanda, Blanca y otro: "Diccionario de Derecho Ambiental", Madrid, España, Primera Edición, 2006.

Monique Robin, Marie: "Nuestro Veneno Cotidiano" La Responsabilidad de la Industria Química en la epidemia de las enfermedades crónicas, Ediciones Península, 2012, Barcelona, España.

Leyes

Constitución de la República de El Salvador de 1983.

Ley del Medio Ambiente.

Declaración de Estocolmo.

Convenio de Diversidad Biológica

Convenio Marco sobre Cambio Climático.

Convenio de Estocolmo sobre Contaminantes Orgánicos Persistentes.

Reglamento Especial para el Manejo Seguro de los Organismos Modificados Genéticamente.

Decreto Legislativo número 530, de fecha 30 de agosto de 2001, publicado en el Diario Oficial Número 352, del día 20 de septiembre de 2001.

Decreto Legislativo número 616/08 de fecha treinta de abril de 2008, publicado en el Diario Oficial número 95, Tomo 379, de fecha 23 de mayo de 2008.

Acuerdo Ejecutivo número 103, publicado en el Diario Oficial número 214, Tomo número 401, del 15 de noviembre de 2013.

Acuerdo Ejecutivo número 10, publicado en el Diario Oficial número 38, Tomo número 398, del 25 de febrero de 2013.

Acuerdo Ejecutivo número 33, publicado en el Diario Oficial número 105, Tomo 395, del 8 de junio de 2012.

Acuerdo Ejecutivo número 23, publicado en el Diario Oficial número 162, Tomo 380. Acuerdo Ejecutivo número 127 de fecha 26 de noviembre de 2007, publicado en el Diario Oficial número 46, Tomo 378, del 06 de marzo de 2008.

Sentencias:

Sentencia emitida por la Corte Constitucional de Colombia, referencia C-293 de abril de 2002.

Sentencia de amparo de la Sala de lo Constitucional de El Salvador 188-2009.

Direcciones en internet:

Alcoberro, Ramón: Vorsorgeprinzip El significado del principio de precaución, disponible en <http://www.alcoberro.info/V1/tecnoetica3.htm>.

Arcila Salazar, Beatriz: "Las medidas cautelares en el proceso ambiental", Universidad de Medellín. Disponible en www.scielo.org.co.

<http://conociendoelasbesto.blogspot.com/2012/11/contaminación-por-asbesto.html>.

http://www.atsder.cdc.gov/es/asbesto/es_asbestoworkers.html.

Jáuregui Medina Julio "La construcción histórica del principio de precaución como respuesta al desarrollo científico y tecnológico. Disponible en dilemata.net/revista/index.php/dilemata/article/viewFile/188/229.

Solagral y UNESCO: "El campo de las incertidumbres. Fichas para comprender, anticipar y debatir". Disponible en <http://www.unesco.org/most/ogm.thm>.

Steve Pardo, José: "La intervención administrativa en situaciones de incertidumbre científica. El principio de precaución en materia ambiental. Disponible en: http://respositorio.gobiernolocal.es/xmlui/bitstream/handle/10873/1113/medio_ambiente_14_esteve.pdf?sequence.