

**UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES
ESCUELA DE CIENCIAS JURÍDICAS**



**LA FIGURA DE LA REINCIDENCIA COMO LIMITANTE AL DERECHO DE
AUDIENCIA Y SU APLICACIÓN EN EL ART. 7 DE LA LEY ESPECIAL
PARA LA GARANTÍA DE LA PROPIEDAD O POSESIÓN REGULAR DE
INMUEBLES.**

**TRABAJO DE GRADO PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO (A) EN CIENCIAS JURÍDICAS**

PRESENTADO POR:

**CARLOS MARVIN HERNÁNDEZ MEJÍA
LAURA YANETH MARTÍNEZ CORTEZ
MIGUEL ALEJANDRO PACAS GÓMEZ**

**DOCENTE ASESOR:
MSC. WILMER HUMBERTO MARÍN SÁNCHEZ**

CIUDAD UNIVERSITARIA, SAN SALVADOR, JUNIO DE 2018.

TRIBUNAL CALIFICADOR

**DR. HENRY ALEXANDER MEJÍA
(PRESIDENTE)**

**DR. LUÍS ALONSO RAMÍREZ MENÉNDEZ
(SECRETARIO)**

**MSC. WILMER HUMBERTO MARÍN SÁNCHEZ
(VOCAL)**

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

Maestro Roger Armando Arias

RECTOR

Ing. Nelson Bernabé Granados Alvarado

VICERRECTOR ADMINISTRATIVO

Dr. Manuel de Jesús Joya Abrego.

VICERRECTOR ACADÉMICO

Maestro Cristóbal Hernán Ríos Benítez

SECRETARIO GENERAL

Lic. Rafael Humberto Peña Marín

FISCAL GENERAL

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

Dra. Evelyn Beatriz Farfán Mata

DECANA

Dr. José Nicolás Ascencio Hernández

VICEDECANO

Msc. Juan José Castro Galdámez

SECRETARIO

Lic. René Mauricio Mejía Méndez

DIRECTOR DE LA ESCUELA DE CIENCIAS JURÍDICAS

Licda. Digna Reina Contreras de Cornejo

DIRECTORA DE PROCESOS DE GRADUACIÓN

Msc. María Magdalena Morales

**COORDINADORA DE PROCESO DE GRADUACIÓN DE LA ESCUELA DE
CIENCIAS JURÍDICAS.**

Agradecimientos

A Dios Todopoderoso, por proveerme de todo lo necesario en el trayecto de mi carrera académica, por haberme dado la sabiduría y el entendimiento para conquistar mis logros y el triunfo obtenido.

A mis padres, por su cariño, sus consejos, su esfuerzo, su comprensión, su dedicación y su apoyo incondicional que me brindaron a lo largo de mi carrera, quienes me enseñaron el valor de la responsabilidad, la constancia y la importancia del saber.

A mis hermanos, por su cariño, su comprensión, su apoyo constante y colaboración para la realización de este trabajo de graduación.

A mis compañeros de tesis, por su paciencia, comprensión y cariño, con quienes a pesar de todos los obstáculos que se nos presentaron con nuestro esfuerzo salimos adelante.

Agradezco a mi asesor de tesis Msc. Wilmer Humberto Marín Sánchez, por su orientación, dedicación y apoyo brindado para culminar satisfactoriamente mi trabajo de graduación.

Así, como a todas aquellas personas por el tiempo compartido a lo largo de mi experiencia académica y mi desarrollo profesional, sus sugerencias e incontables horas de dedicación para alcanzar este éxito, el cual no se logra con suerte, sino con un esfuerzo constante.

A todos, gracias y les deseo “MUCHAS BENDICIONES”.

Carlos Marvin Hernández Mejía.

Agradecimientos

En primer lugar, darle gracias a Dios, a la Divina Providencia, a la Virgen Santísima, ya que gracias a ellos he podido hacer realidad el sueño de convertirme en una profesional.

Miles de gracias a mi madre Cristina Cortez, gracias por su apoyo incondicional, sus sacrificios, y su amor. Muchas gracias también a mi segunda madre Nora Cortez, a papá Rene Beloso, también por apoyarme en esta constante lucha.

Gracias a mis primas y primo por su apoyo, gracias a mis sobrinos quienes son una gran motivación en mi vida.

Gracias a mis amigos, y compañeros de tesis, compañeros de lucha, personas muy queridas y especiales.

Muchas gracias a mi querido Hermano José Antonio Ochotorena, quien fue un ángel en mi vida apoyándome en los momentos más difíciles, por confiar en mí, y por acompañarme durante toda mi carrera.

Muchas gracias a mi asesor Msc. Wilmer Humberto Marín Sánchez, quien fue de gran ayuda en este proceso, que Dios lo bendiga, un excelente catedrático; así como a todos los catedráticos de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la Universidad de El Salvador, y todos los profesores que tuve durante todos mis años de estudio, gracias por enseñarme y ayudarme a obtener un título universitario.

Laura Yaneth Martínez Cortez.

Agradecimientos

A Dios, quien nos dio la vida y nos dotó de todo lo necesario para cumplir nuestras metas y sueños.

A mis padres, Miguel Ángel Pacas y Alicia Magdalena Gómez, quienes con amor y paciencia me guiaron y apoyaron a lo largo de estos años de estudio. Infinitas gracias, los amo.

A mi abuelita Berta, quien ha sido una gran madre, abuela y bisabuela; a mis abuelitos Margarita y Paco, estoy seguro que estarían orgullosos y felices, sé que un día nos veremos de nuevo.

A mis sobrinos, Valeria y Diego, que este logro sirva de motivación para que logren los objetivos que se planteen, ¡No hay límites!

A mis tíos, hermano y cuñada, por su apoyo en el logro de esta meta.

A mis compañeros, por compartir este camino que nos ha permitido culminar nuestro trabajo de investigación. Dios los bendiga.

A los catedráticos de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la Universidad de El Salvador, por haber contribuido a mi formación académica a lo largo de la carrera.

Y a nuestro asesor, Msc. Wilmer Humberto Marín Sánchez, por haber dedicado su tiempo para que hiciéramos de la mejor manera este trabajo de investigación.

Miguel Alejandro Pacas Gómez.

INDICE

RESUMEN	i
INTRODUCCIÓN	ii
ABREVIATURAS	v
CAPITULO I.....	1
LA POSESIÓN COMO DERECHO FUNDAMENTAL DE LAS PERSONAS... 1	
1.1 Derechos fundamentales y su filosofía	1
1.1.1 El iusnaturalismo	4
1.1.2 Clasificación de los derechos fundamentales	10
1.1.3 Definición	13
1.1.4 Características.....	14
1.2 La posesión y sus generalidades	17
1.2.1 Evolución histórica.....	17
1.2.2 Naturaleza jurídica de la posesión: teoría subjetiva de la posesión	18
1.2.3 Etimología de la palabra posesión	21
1.2.4 Definición y elementos de la posesión	23
1.2.5 Elementos de la posesión	23
1.2.6 Clases de posesión y sus características.	25
1.2.7 Características de la posesión	27
1.3 La propiedad como derecho fundamental.....	29
1.4 Limitaciones al derecho de propiedad: función social y expropiación.	30
1.5 Diferencias entre la posesión y el dominio.....	42
CAPITULO II	44

CONSERVACIÓN Y DEFENSA DE LA POSESIÓN.....	44
2.2.2 Acción posesoria de restitución o despojo.....	51
2.2.3 Acción posesoria de restablecimiento o despojo violento.	53
2.2.4 Trámite procesal de las acciones posesorias	55
2.2.5 Presentación del escrito inicial.	56
2.2.6 Admisión de la demanda	57
2.2.7 Rechazo de la demanda.....	57
2.2.8 Audiencia por oposición	58
2.2.9. Sentencia.....	60
2.2.10 Acciones posesorias especiales.	60
2.2.11. Denuncia de obra nueva	61
2.2.12 Denuncia de obra ruinosa	63
2.2.13 Acciones relativas al agua.....	65
2.2.14 Acciones populares o municipales	70
2.3 Usurpación de inmuebles	74
2.4 Acción reivindicatoria.....	76
2.4.1 Definición	77
2.4.2 Presupuestos para ejercitar la acción reivindicatoria.....	78
CAPITULO III	81
PROCESO DE DESALOJO PARA LA GARANTÍA DE LA PROPIEDAD O POSESIÓN REGULAR DE INMUEBLES	81
3.1 Generalidades	81
3.1.1 Objeto de la Ley.....	82

3.1.2 Competencia.....	82
3.1.3 Legitimación activa	82
3.1.4 Procedimiento de desalojo	84
3.1.5 Medida cautelar (Inconstitucional).....	85
3.1.6 Plazo para emitir resolución	88
3.1.7 Reincidencia	93
3.1.8 Exclusión por prescripción adquisitiva	95
3.1.9. Derogatoria	97
3.1.10 Vigencia	97
CAPITULO IV.....	98
REINCIDENCIA Y DERECHO DE AUDIENCIA.....	98
4.1 Generalidades de la reincidencia: evolución.....	98
4.1.2 Definición	100
4.1.3 Diferencia entre reincidencia y reiteración	101
4.1.4 Reincidencia como agravante	102
4.2 El debido proceso, el juicio previo y el derecho de audiencia.	106
4.2.1 Juicio previo y el derecho de audiencia	111
4.2.2 Derecho de audiencia.....	113
4.2.3 Finalidad	115
4.2.4 Definición	116
4.2.5 Naturaleza jurídica del derecho de audiencia	118
CAPITULO V.....	120
ANÁLISIS DOGMÁTICO	120

5.1 Análisis de sentencias con número de referencia. 40-2009/41-2009 (inconstitucionalidad) y 340-2015 (amparo).....	120
RESULTADO DE HIPÓTESIS PLANTEADAS	127
CAPITULO VI.....	129
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	129
CONCLUSIONES	129
RECOMENDACIONES.....	130
BIBLIOGRAFÍA.....	131
ANEXOS	136

RESUMEN

El presente trabajo de investigación tiene como propósito desarrollar el tema: “La figura de la reincidencia como limitante al derecho de audiencia y su aplicación en el art. 7 de la ley especial para la garantía de la propiedad o posesión regular de inmuebles.” En su primer capítulo expone el derecho de posesión y sus generalidades en particular, como por ejemplo su naturaleza jurídica, sus características y elementos que la componen, así como las clases de posesión que existen asimismo contempla de manera general las formas de conservación y defensa de la posesión en El Salvador, siendo las encargadas de ello las acciones posesorias; las cuales son desarrolladas de manera específica en capítulo número dos, en el que se podrá apreciar el trámite procesal pertinente en la práctica, entre las acciones posesorias estudiadas tenemos: las acciones posesorias generales, y las acciones posesorias especiales. Se desarrolla de manera breve el delito de usurpación de inmuebles, así como la acción reivindicatoria de dominio.

En el capítulo tercero se expone el proceso especial que señala la LEGPPRI, desarrollando e interpretando cada uno de sus artículos a nuestro criterio. En el capítulo cuarto se expone sobre la reincidencia y el debido proceso, puesto que el derecho de audiencia va implícito en el desarrollo de un debido proceso, y el hecho de desalojar al supuesto reincidente con la sola denuncia como ordena el art. 7 de la LEGPPRI, viene a violentar el derecho de audiencia, que se le confiere en el art. 11 de la Constitución de la Republica.

Y el capítulo cinco contiene un análisis sobre las sentencias 40/2009 y 41/2009, la cual declaró inconstitucional el art. 5 de la Ley en comento y sentencia de amparo 340-2015, ambas emitidas por la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo de investigación tiene como propósito desarrollar el tema: “La figura de la reincidencia como limitante al derecho de audiencia y su aplicación en el art. 7 de la ley especial para la garantía de la propiedad o posesión regular de inmuebles.

El Salvador, ha pasado por ciertas formas de posesión de tierras con ellas deviniendo la propiedad y la posesión. Ante tal situación surgen los motivos que llevan a realizar la investigación de la problemática jurídico social existente en la actualidad, por la limitación al derecho de audiencia, seguridad jurídica, entre otras limitantes de aplicabilidad que no se limita a la figura de la reincidencia establecida en el artículo siete de la Ley Especial de Garantía de la Propiedad o Posesión Regular de Inmuebles (LEGPPRI), ley que surgió según el objetivo de la misma, para establecer un procedimiento eficaz y ágil, a fin de garantizar el derecho de la propiedad de las personas que poseen un título frente a posibles “invasores”; sin embargo, esta ley ha venido a vulnerar los derechos de los poseedores con justo título o acuerdos verbales que si bien antes fueron declarados invasores, condición necesaria para que opere la reincidencia, en la actualidad poseen un título que los ampara, existiendo una relación bilateral-contractual, entre el propietario del inmueble y los que en su momento fueron declarados invasores.

El derecho de posesión que sobre el inmueble tienen las personas, la falta de oportunidad procesal para exponer su situación y defenderse ante la denuncia de la reincidencia y los desconocimientos legales para promover las figuras jurídicas correspondientes; son dificultades que se encuentran y el desconocer

a su vez los procedimientos correctos a seguir de las normativas salvadoreñas ante la falta de regulación de una audiencia previa antes de declararlos reincidentes.

El interés radica en investigar más a fondo los problemas jurídicos y las dificultades en que se encuentran los supuestos reincidentes que ostentan un justo título o que actuando de buena fe han confiado en un acuerdo verbal con el Propietario, ante la falta de la garantía de un debido proceso; garantía de audiencia y otras garantías constitucionales. El proyecto investigativo servirá para lograr analizar los derechos constitucionales de los presuntos reincidentes los cuales son vulnerados con la aplicación de la figura de la Reincidencia que establece el art. 7 de la LEGPPRI.

La relevancia de la presente investigación, consiste en proponer posibles soluciones ante la aplicación del artículo siete de la supra mencionada ley. Y que los ciudadanos puedan a través de estas, ejercer de manera efectiva su derecho de audiencia ante la aplicación de la figura de la reincidencia.

Significa entonces, que los objetivos generales son identificar los derechos constitucionales vulnerados en la aplicación del art. 7 de la LEGPPRI, y demostrar que el supuesto reincidente tiene derecho a defenderse en audiencia, articulando los medios de prueba suficientes que eviten a ser despojado del bien inmueble. Y al mismo tiempo proponer medidas jurídicas que garanticen la debida tramitación judicial previo desalojo de invasores reincidentes en posesión o propiedad de inmuebles. Y en base a ello demostrar las hipótesis generales propuestas las cuales consisten en que: Si la aplicación del art. 7 de la LEGPPRI, genera la vulneración al derecho de audiencia, conferido en el art. 4 del Código Procesal Civil y Mercantil, al supuesto reincidente. Y si los jueces de paz al aplicar la reincidencia de

manera automática pasan por alto que el invasor puede tener un justo título que lo ampare lo cual genera inseguridad jurídica.

El tipo de investigación será de naturaleza dogmática, la cual es apoyada por doctrina y jurisprudencia a utilizar.

Es de importancia recalcar que el tema de la propiedad será desarrollado de manera efímera ya que no es el tema central de la presente investigación, sino que esta tiene por objeto el estudio de la posesión.

ABREVIATURAS

Art.	Artículo
A.C.	Antes de Cristo
Cn.	Constitución
C.A.	Centroamérica
C.C.	Código Civil
D.O.	Diario Oficial
D.L.	Decreto Legislativo
Etc.	Etcétera
Inc.	Inciso
Ord.	Ordinal
Pág.	Página
Ref.	Referencia
Sic.	Textual o literal
Vol.	Volumen
V.gr.	Por ejemplo

SIGLAS

CPCM.	Código Procesal Civil y Mercantil
LEGPPRI	Ley Especial para la Garantía de la Propiedad o Posesión Regular de Inmuebles.

CAPITULO I

LA POSESIÓN COMO DERECHO FUNDAMENTAL DE LAS PERSONAS

El capítulo uno tiene como propósito un estudio breve, de la figura jurídica de la posesión y su importancia como derecho fundamental de las personas el cual se encuentra protegido por el ordenamiento jurídico nacional e internacional, su evolución en el transcurso del tiempo, sus elementos, clases y características, todo lo anterior servirá para demostrar que el supuesto reincidente ha dejado de ser un invasor y por consiguiente se convierte en un poseedor regular por contar con la aprobación del propietario de un determinado bien inmueble para continuar en posesión del mismo, razón por la cual ya no tendrá la calidad de reincidente.

1.1 Derechos fundamentales y su filosofía

Para tener un cuadro de las principales corrientes filosóficas frente a los derechos humanos, podemos aludir a los que dicen que no hay fundamentación filosófica y los que aceptan que sí la hay; y, entre estos últimos, podemos poner como polos el iusnaturalismo y el iuspositivismo, posturas antiguas pero que ahora vuelven a presentarse con nuevas tonalidades. A los que rechazan toda fundamentación, se les puede decir que depende del punto de partida que se tome en filosofía, depende incluso de la noción misma de filosofía que se profese.

La concepción de la filosofía, existe la exigencia de fundamentar racionalmente, en la medida de lo posible, lo que cree. De ahí se puede pasar a los que dicen que basta la positivización, para terminar en los que exigen un fundamento más fuerte, sea o no metafísico.

A estas posturas se reduce y en ellas se resume, la iusfilosofía o filosofía jurídica de los derechos humanos.

Así pues, es cierto que se han propuesto varios tipos de fundamentación de estos derechos, pero se pueden reducir a los dos rubros ya tradicionales de iuspositivismo e iusnaturalismo, este último con dos subdivisiones en iusnaturalismo clásico e iusnaturalismo nuevo.

Los iuspositivistas fundamentan los derechos humanos en el acto del legislador que es la positivización de los derechos, su establecimiento explícito como tales en un corpus jurídico.

Los iusnaturalistas, en cambio, fundamentan los derechos humanos en algo anterior e independiente de la positivación; esto puede ser la naturaleza humana o las necesidades humanas, y así se trata del iusnaturalismo clásico; o en un orden moral o axiológico superior, que da lugar a unos derechos morales, y es lo que hemos llamado iusnaturalismo nuevo.

Los autores que se inscriben en esta última línea, los que hablan de los derechos humanos como derechos morales, rechazan la denominación de iusnaturalistas, y dicen que tratan de situarse más allá del iusnaturalismo y de su contendiente el iuspositivismo.

Pero los propios iuspositivistas los consideran como iusnaturalistas ocultos o disfrazados, y por eso se han colocado como otra clase, nueva y más sutil, de iusnaturalismo.

El problema con la fundamentación iuspositivistas es que los derechos humanos dependerían tan solo de la positivación que un gobernante o

legislador pueda darles; pero eso implica que ese gobernante o legislador puede despositivarlos, privarlos de ese único sostén que tenían, y entonces no habrá manera de protestar y defender teóricamente tales derechos.

En cambio, en el iusnaturalismo el fundamento es independiente de la positivación, los derechos humanos existen independientemente de que no se los reconozca o de que no se los cumpla.¹ Para el iusnaturalismo clásico, tales derechos se asientan en la naturaleza humana.

Son derechos que el hombre tiene por el hecho de ser hombre, por naturaleza, independientemente de que estén positivados o no. Y en el iusnaturalismo nuevo, los derechos humanos son derechos morales, pertenecen al orden ético, por encima de la mera positivación jurídica. Por supuesto que en ninguno de estos iusnaturalismos se desdeña la positivación de los derechos humanos, sólo se los defiende que dependan exclusivamente de la voluntad del legislador (o aun de la convención del grupo). Están más allá de la positivación y tienen su propia autonomía, radicada en la moral, donde esta entronca con el derecho.

Algunos iuspositivistas alegan que esos derechos humanos, como derechos naturales o derechos morales, no pasan de ser buenos propósitos o buenos deseos, ya que no tienen una instancia coercitiva que los haga valer.

En ese sentido no podrían llamarse derechos, por naturales que se los quiera ver, sólo es derecho el que se hace cumplir, y esto sólo sucede cuando es positivado.

¹ Mauricio Beuchot Los Derechos humanos y su fundamentación filosófica, http://www.robertexto.com/archivo11/der_humanos.htm. Consulta realizada el día 16/04/2017, a las 8:00 a.m.

Pero a ello, se puede responder que sí hay una instancia que los hace cumplir, sólo que no por la fuerza de la violencia, sino de la persuasión, que es la que los pone en la conciencia. Por eso he dicho que se dan en donde entronca la moral con el derecho. Y por eso también entiendo que los teóricos del nuevo iusnaturalismo los llamen "derechos morales", como señalando que están todavía más del lado del orden ético que del jurídico.

Inclusive se le puede restar importancia al problema de los nombres, y decir que los derechos humanos llevan el nombre de "derechos" un tanto aburridamente; pero es que se trata de una concepción más amplia del derecho, en la que no sólo se llama "derecho" a aquello que se puede hacer valer por la fuerza, sino también a lo que se puede convencer con la razón, con la concientización.

1.1.1 El iusnaturalismo

Y a la misma noción histórica de los derechos humanos, esto es, la efectiva y concreta que se dio en diversas declaraciones y positivaciones, tiene una mentalidad que va más allá del iuspositivismo, tiene un innegable espíritu iusnaturalista.

En efecto, son derechos que se consideran inherentes al ser humano por su misma esencia o naturaleza. Implican también la percepción de que hay unos derechos que rebasan las positivaciones existentes, y no porque sean derechos que van surgiendo de los que ya se han positivado, sino porque son superiores y anteriores a todos. Igualmente, anima a estos derechos fundamentales la idea de que, aun cuando no los acepten positivamente algunas legislaciones, no dependen, para su existencia, del reconocimiento de los países; están por encima de su positivización.

Además, han sido concebidos con un carácter necesario y universal, más dependiente de la ética y la axiológica que del derecho mismo. Más aún, con arreglo a ellos se podrá decir si un régimen y una legislación positiva son justos o se oponen al ideal de la justicia.

Precisamente esos derechos humanos, aunque no estuvieran positivados, serían los que permitirían a los hombres levantarse en contra de la tiranía que los oprimiera.

El iusnaturalismo, un iusnaturalismo que se desea plantear de manera actual, pero inspirado en el clásico (por ejemplo, el de la escuela de Salamanca, del siglo XVI). En cierta medida renovado, con gran simpatía el iusnaturalismo nuevo o de los derechos morales (los moral rights de la filosofía analítica más reciente). Y además se trata de integrar elementos de la pragmática.

De lo que se trata es de hacer ver que los derechos humanos no pueden ser supeditados a la mera positivación. Y es el iusnaturalismo clásico, porque es más ontológico, y no solamente deontológico o axiológico – como el nuevo, de los derechos morales.

El iusnaturalismo clásico, al fundamentar los derechos del hombre en la naturaleza humana, los dota con una base plenamente ontológica, aunque también antropológico-filosófica (de la cual el aspecto axiológico y deontológico será la resultante). La naturaleza humana es aquello que, al ser conocido cada vez con mayor plenitud, va haciendo brotar los derechos humanos y dándolos a conocer a aquellos que quieran verlos.

Esto se hace a través del conocimiento de las inclinaciones y necesidades del hombre. Como antes se decía, la necesidad engendra derecho, origina un

derecho que tiene que satisfacerse.

Pues bien, esas necesidades e inclinaciones responden a la naturaleza humana, surgen de ella y en ella se asientan. Por eso el fundamentar los derechos humanos en las necesidades del hombre viene a ser lo mismo que fundamentarlos en la naturaleza humana. Igual sucede cuando se los quiere fundamentar en la dignidad del hombre.

Esta alta dignidad que tiene el ser humano le viene precisamente de su naturaleza, que ocupa ese preciso lugar en el orden de las esencias. Por ello, tratar de fundamentar los derechos humanos en la dignidad del hombre se reduce en definitiva a fundamentarlos en la misma naturaleza humana.

Entendiéndose la naturaleza humana de una manera analógica e icónica; no como algo unívoco y que debe aplicarse sin discernimientos, sino como algo universal atento a los individuos, que toma muy en cuenta las circunstancias para su aplicación, que es muy serio con lo particular al aplicar la ley natural o derecho natural, que brota de la naturaleza.

La cuestión filosófica de los derechos fundamentales surge de corrientes doctrinales entre las que podemos mencionar: la positivista y la iusnaturalista.² La primera se sustenta en la idea de que el origen de los derechos fundamentales, son las fuentes del ordenamiento jurídico positivo, para esta escuela solo es derecho aquel que viene recogido en las leyes y en particular derechos fundamentales serán aquellos que son reconocidos y amparados por una norma positiva.

² Ángel Luis Sánchez Marín, *Concepto, Fundamentación y Evolución de los Derechos Fundamentales*,(EIKASIA,2014),232

Mientras que, para la corriente iusnaturalista, esta se basa en el derecho natural del ser humano, es decir que nace y se funda en la naturaleza humana, no debiendo su origen a la voluntad normativa de ninguna autoridad, como ocurre con el derecho positivo, es decir que se impone al derecho positivo y debe ser respetado por este.

El derecho natural actúa como base para la elaboración e interpretación de las normas del derecho positivo.

El derecho natural otorgaba iguales libertades y derechos a todos los sujetos, esta igualdad supondría una potencial fuente de conflictos, por tal motivo aun cuando en su estado de naturaleza todos fuesen titulares de derechos, su ejercicio resultaría incierto e imperfecto lo que trae como consecuencia que los individuos abandonen su estado de naturaleza y busquen una situación más segura, para lograrlo el iusnaturalismo acude al pacto social en el cual las personas renuncian a una parte de sus derechos y libertades, dando origen a la sociedad y al Estado y con ello sus limitaciones.

Lo que antes se denominaba derecho natural con la celebración del pacto social pasan a designarse derechos civiles, un derecho civil no es nada más que un derecho natural limitado.

El Estado ha recibido esa “porción de derechos” a las que renunció la persona, no para su propio beneficio, sino para garantizar, con ello, que cada individuo ejerza su derecho dentro de los límites trazados por la existencia de los derechos de otros individuos.

De acá se originan las declaraciones de derechos como la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 la cual afirma

en su art. 4: “la libertad consiste en poder hacer todo lo que no perjudica a los demás: así, el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre no tiene más límites que los que aseguran a los demás miembros de la sociedad el goce de esos mismos derechos”.

Los derechos fundamentales deben ser entendidos como un sistema jurídico único a nivel interno e internacional mediante el cual se realiza una protección amplia y efectiva de la dignidad humana, y de los derechos a la libertad, la justicia y la paz de los cuales es titular todo ser humano por el sólo hecho de ser persona. Al respecto, Noguera (2010) afirma que los derechos fundamentales están compuestos por un elemento moral y otro de derecho positivo; la conjunción e integración de ambos elementos es imprescindible para la plena vigencia y ejercicio de los derechos fundamentales.

La moral es entendida como el fundamento subjetivo de los derechos fundamentales, pues contiene el carácter axiológico de éstos al responder a la pregunta de por qué tienen que existir.

La respuesta a esta interrogante, que ha sido meditada y discutida desde la Grecia clásica y retomada por la Escolástica durante la Edad Media, permite construir la justificación moral de la existencia de los derechos fundamentales. Concretamente, se refiere la necesidad de garantizar los principios de la dignidad humana como la condición necesaria para el desarrollo de todo ser humano.

En otras palabras, la vigencia de los derechos fundamentales se constituye en una pretensión de justicia a partir de los conceptos modernos de dignidad humana desarrollados durante el Renacimiento, los cuales dieron el fundamento teórico a las revoluciones liberales de los siglos XVII y XVIII.

Por otra parte, el componente de derecho positivo de los derechos fundamentales hace referencia al sentido teleológico de los mismos, es decir, a su ámbito objetivo. Se encarga de responder a la pregunta de para qué existen los derechos fundamentales.

Existe evidentemente la necesidad de la vigencia de un sistema jurídico positivo, tanto a nivel interno como internacional, que permita que los derechos fundamentales sean exigibles; de lo contrario no tendrían eficacia como protección jurídica, convirtiéndose en meros postulados o un listado de buenas intenciones que ni los particulares y mucho menos el Estado cumplirían.

Bajo este componente, el Estado no solo debe reconocer jurídicamente a los derechos fundamentales, sino que debe establecer un sistema sancionatorio a las personas que vulneren ese nuevo orden jurídico de la dignidad humana. Se puede sintetizar claramente el fundamento argumentativo de los derechos fundamentales al señalar que los mismos son justicia más fuerza.

Resumir, el concepto de dignidad humana comprende el reconocimiento de las libertades individuales, las prestaciones y servicios sociales por parte del Estado, la participación en la toma de decisiones públicas y el reconocimiento de las identidades.

De esta manera, la dignidad es el goce y ejercicio de los cuatro elementos de forma simultánea e integral; por ende, todos los derechos del ser humano son derechos fundamentales. Bajo estas categorías de la dignidad humana, que hacen al concepto de justicia, se ha construido el concepto de derechos fundamentales. En definitiva, cuando se hace el estudio de los derechos fundamentales debemos entenderlos desde los dos ámbitos, objetivo y subjetivo, ya mencionados; el primero como un sistema normativo de

protección de la dignidad humana y el segundo como ese conjunto de facultades y atribuciones que tiene toda persona para desarrollarse plenamente. Los derechos fundamentales son la conjunción de la justicia con la fuerza, la primera entendida como el reconocimiento de la dignidad y libertad humanas, y la segunda como la coercibilidad asumida para garantizar su cumplimiento tanto para los particulares como para el Estado.

1.1.2 Clasificación de los derechos fundamentales

La clasificación de carácter histórico basada en la aparición o reconocimiento cronológico de los DDHH por parte del orden jurídico normativo internacional, distingue entre los Derechos de Primera Generación o Derechos Civiles y Políticos, entre ellos se encuentran el derecho a la libertad, a la vida y a la intimidad, entre otros. Mientras que, en los Derechos de Segunda Generación o Derechos Económicos, Sociales y Culturales tenemos por ejemplo el derecho al trabajo, la salud y la educación; y en los Derechos de Tercera generación o Derechos de Los Pueblos hacen referencia al derecho a la paz, a un medio ambiente sano, y a la independencia económica y política.

La mayor parte de los tratados en el ámbito de los DDHH hacen una distinción entre los denominados "derechos civiles y políticos" y los "derechos económicos, sociales y culturales".³

Los Derechos de Primera Generación o Derechos Civiles y Políticos se refieren a los primeros derechos que fueron consagrados en los ordenamientos jurídicos internos e internacionales.

³ www.scielo.org.bo/scielo.php?script=sci_arttext&pid. Consulta realizada el día 16/04/2017, a las 8:30 a.m.

Estos derechos surgieron como respuesta a los reclamos que motivaron los principales movimientos revolucionarios de finales del siglo XVIII en occidente. Estas exigencias fueron consagradas como auténticos derechos y como tales difundidos internacionalmente.

Los Derechos Civiles y Políticos están destinados a la protección del ser humano individualmente, contra cualquier agresión de algún órgano público. Se caracterizan porque imponen al Estado el deber de abstenerse de interferir en el ejercicio y pleno goce de estos derechos por parte del ser humano.

El Estado debe limitarse a garantizar el libre goce de estos derechos, organizando la fuerza pública y creando mecanismos judiciales que los protejan.

Los Derechos Civiles y Políticos pueden ser reclamados en todo momento y en cualquier lugar, salvo en aquellas circunstancias de emergencia que permiten el establecimiento de ciertas limitaciones de sólo algunas garantías. Entre los Derechos de Primera Generación o Derechos Civiles y Políticos se encuentran:

Toda persona tiene los derechos y libertades fundamentales sin distinción de raza, sexo, color, idioma, posición social o económica.

Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad jurídica.

Nadie estará sometido a esclavitud o servidumbre.

Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes, ni se le podrá ocasionar daño físico, psíquico o moral.

Nadie puede ser molestado arbitrariamente en su vida privada, familiar, domicilio o correspondencia, ni sufrir ataques a su honra o reputación.

Toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia.

Toda persona tiene derecho a una nacionalidad.

En caso de persecución política, toda persona tiene derecho a buscar asilo y a disfrutar de él, en cualquier país.

Los hombres y las mujeres tienen derecho a casarse y a decidir el número de hijos que desean.

Todo individuo tiene derecho a la libertad de pensamiento y de religión.

Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y expresión de ideas.

Toda persona tiene derecho a la libertad de reunión y de asociación pacífica.

Los derechos individuales son los también denominados derechos de libertad, mediante los cuales se reconoce a la persona diferentes libertades y el respeto a la vida y dignidad humanas. Estos derechos, que fueron la base de las revoluciones liberales de los siglos XVII y XVIII, se proponen que el poder político, el Estado, no intervenga en la libertad individual de las personas.

Asimismo, aseguran que su titular es la persona individual, pues parten del supuesto de que existe un interés directo y personal en su ejercicio; por lo tanto, su vulneración requiere una tutela subjetiva.

Los derechos sociales y económicos son aquéllos que exigen al Estado la realización de diferentes actividades políticas mediante las cuales se asegure a la persona desarrollo integral y bienestar, actividades como la provisión de una fuente de trabajo, de servicios de salud y educación, y de prestaciones sociales, entre otros.

Estos derechos fueron insertados en las constituciones hacia inicios del siglo XXI, mediante el desarrollo del constitucionalismo social. Han sido denominados por parte de la doctrina constitucional como derechos individuales homogéneos, debido a que su ejercicio, si bien es personal, está vinculado a los derechos de otras personas. Por lo tanto, su vulneración no sólo afecta al titular sino al resto de personas que están en la misma situación, y su tutela debe ser objetiva. Son llamados derechos de segunda generación. En cuanto a los llamados derechos transindividuales, se los entiende como colectivos y difusos; y son de reciente incorporación dentro del constitucionalismo; mediante ellos se reconoce que las colectividades tienen derechos inherentes a su naturaleza. Se refiere a los derechos de los pueblos indígenas, destacándose el derecho a la libre determinación de éstos, reconociendo sus propios procedimientos e instituciones; la vulneración de los derechos colectivos contraviene la libre determinación.

Son difusos porque, si bien su naturaleza es colectiva, su legitimación no está específicamente determinada en un grupo social en especial. Por ejemplo, el derecho al medio ambiente y todos aquellos aspectos relacionados a éste, cuya titularidad es de toda la sociedad.

Tanto para los derechos colectivos como para los difusos existe una tutela colectiva, generando así una justiciabilidad indivisible de los mismos. Conocidos también como Derechos de Tercera Generación también y como Derechos de Solidaridad o de los Pueblos contemplan cuestiones de carácter supranacional como el derecho a la paz y a un medio ambiente sano.

1.1.3 Definición

Es así que cuando se hace alusión a los derechos fundamentales se hace

referencia a los derechos subjetivos en cuanto encuentran reconocimiento en las Constituciones y en la medida en que de este reconocimiento se deriva alguna consecuencia jurídica.

Así se encuentran algunas definiciones de ciertos autores como la realizada por el iusnaturalista Antonio Truyol y Serra, quien los define como: “aquellos que posee el hombre por el simple hecho de ser hombre, es decir, por su propia naturaleza, derechos que le son inherentes, y que han de ser consagrados y garantizados por la sociedad política”.⁴ Y la manifestada por Luigi Ferrajoli, en la que sostiene que los derechos fundamentales: “son aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos por estar dotados del status de personas, ciudadanos o capaces de obrar”⁵.

Ambos autores coinciden en que son aquellos que le pertenecen al ser humano por su naturaleza de ser persona, y que deben ser garantizados y respetados por el Estado y la sociedad en general.

1.1.4 Características

De la definición anterior se infieren las características de los derechos fundamentales como son la universalidad, la inalienabilidad, innegociabilidad, y la imprescriptibilidad.

La universalidad: implica que los derechos fundamentales son poseídos por todos los seres humanos por igual, independientemente, de su sexo, raza,

⁴ Humberto Nogueira Alcalá, *Teoría y Dogmática de los Derechos Fundamentales*, (Universidad Nacional Autónoma de México, 2003), Pág. 36.

⁵ Ibid. 44.

religión, etc. Queda por lo tanto terminantemente prohibido excluir de la titularidad y ejercicio de estos derechos (esto último, por sí o por medio de sus representantes, en caso de ser incapaz) a personas por pertenecer a una determinada raza, religión, concepción ideológica, género, clase social.

La inalienabilidad e innegociabilidad: cualidad de lo que por naturaleza o ley no cabe enajenar o transferir a otro.⁶

Y la Imprescriptibilidad: implica que no se extinguen por el trascurso del tiempo sin ejercerlos.⁷

Estas distintas características en ocasiones son discutidas, empezando por la universalidad: se argumenta que los derechos humanos se deben interpretar dentro de las distintas culturas, de forma que estas pueden matizar o alterar los principios contenidos en la Declaración Universal. Por lo tanto, los derechos humanos no serían siempre los mismos, variarían en función de los contextos culturales.

Es la postura conocida como relativismo cultural. El ejemplo más claro es el de los países islámicos, que defienden la necesidad de que los derechos humanos no entren en contradicción con la Ley Islámica.

En vista de las definiciones anteriormente planteadas, se tiene a bien dar nuestra propia definición, entendiéndose como derechos fundamentales aquellos derechos subjetivos que adquiere la persona por su propia naturaleza, los cuales están protegidos y garantizados en el ordenamiento

⁶ Manuel Ossorio, *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*, (Datascan s.a, Guatemala C.A.), Pág. 480.

⁷ *Ibid.* 474.

jurídico nacional e internacional. Los cuales una vez son reconocidos por una norma jurídica, le da la facultad a la persona de exigir que sean garantizados y respetados por el Estado y las demás personas.

Aunado a lo anterior, y entendiendo por derecho fundamental, todo aquel derecho que se encuentra reconocido y garantizado por el ordenamiento jurídico, estimamos que en nuestro país la posesión se encuentra reconocida y garantizada como derecho fundamental, en el título segundo de la Constitución de la República, específicamente en su art. 2 inciso primero que literalmente reza de la siguiente forma: “Toda persona tiene derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la libertad, a la seguridad, al trabajo, a la propiedad y posesión y a ser protegida en la conservación y defensa de los mismos”.

De igual manera, se encuentra reconocido también como derecho fundamental el derecho de audiencia en su art. 11 inciso primero el cual expresa: “Ninguna persona puede ser privada del derecho a la vida, a la libertad, a la propiedad y posesión, ni de cualquier otro de sus derechos sin ser previamente oída y vencida en juicio con arreglo a la leyes; ni puede ser enjuiciada dos veces por la misma causa...”⁸

En consecuencia, se ha procurado su protección jurídica, ello en virtud de los efectos que conlleva su ejercicio, es decir la eventualidad de obtener la titularidad del bien que se detenta.

⁸ Constitución de la República de El Salvador, Art. 2: “Toda persona tiene derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la libertad, a la seguridad, al trabajo, a la propiedad y posesión y a ser protegida en la conservación y defensa de los mismos. Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Se establece la indemnización, conforme a la ley, por daños de carácter moral”.

Expuesto lo anterior, sobre la posesión considerada un derecho fundamental para el ordenamiento jurídico salvadoreño, a continuación se desarrollan sus generalidades, siendo estas: evolución histórica, naturaleza jurídica, etimología, clasificación, elementos y sus características.

1.2 La posesión y sus generalidades

Al hacer referencia a las generalidades de la posesión, se entiende que entre ellas se encuentran los conocimientos básicos y fundamentales de dicha figura jurídica y que son de vital importancia, es por ello, que se vuelve necesario comentar brevemente sobre su evolución, naturaleza jurídica, etimología, definición, elementos y clases.

1.2.1 Evolución histórica

En el antiguo Derecho Romano se da una evolución significativa en la posesión, en esa época del tiempo surgió uno de los elementos constitutivos de dicha institución como es el *corpus*, consistiendo este en la aprehensión material de la cosa.

Otro avance importante se dio durante el Derecho Germánico, época en la cual surgió el término “*gewere*”⁹ el cual confería a la posesión tres elementos, a saber, *el corpus, el animus y la propiedad*. Con este término se estableció la relación directa entre la persona, y la cosa, lo que ha servido de precedente hasta nuestros días.

Se llega a un tercer momento de la evolución en el Derecho Canónico o Derecho Civil, ya en este la posesión se extiende a bienes incorporeales,

⁹ Juan Luis Jarillo Gómez, *La Posesión en el Código Civil*, (SABERES, 2008), 1.

estableciendo los mecanismos para la tutela y protección necesaria para la recuperación de la posesión.

Luego de conocer los antecedentes históricos de la posesión se procede a exponer su naturaleza jurídica.

1.2.2 Naturaleza jurídica de la posesión: teoría subjetiva de la posesión

En los países de Latinoamérica se acogió la teoría subjetiva de la posesión o teoría de la voluntad manifestada por Federico Carlos de Savigny¹⁰, basada en una serie de investigaciones filológicas relacionadas con los siguientes conceptos: *ius possessionis*, *jus possidendi*, *possessio civilis*, *possessio naturalis*, *possessio*, *juris quasipossessio*, *animus possidendi*, *animus domini*, *animus detentionis*. Savigny fue el primer jurista en emprender un estudio sistemático de los derechos del poseedor entre los cuales se encuentran: el derecho a invocar interdictos posesorios, el derecho a adquirir la propiedad por medio de la usucapión o prescripción, la presunción de propiedad, el derecho a la legítima defensa de la posesión, etc.

Para dicho autor, sólo hay dos efectos exclusivos de la posesión: el derecho a usar interdictos posesorios y el derecho a la usucapión. Desde el punto de vista formal, sólo es posesión jurídica la que concede interdictos, usucapión o ambas.¹¹

La teoría de la voluntad fue acogida en Latinoamérica por Andrés Bello quien elaboro su propia teoría de la posesión basada en dicha teoría y el Código de

¹⁰ Julio Dassan y Enrique Vera Villalobos, *El corpus y el animus, la polémica Savigny- Ihering*, (Capítulo anticipado de una obra en preparación sobre derechos reales). 43.

¹¹ Mauricio Rengifo Gardeazabal, *Teorías de la Posesión*, (Derecho Privado de la universidad de los Andes, Bogotá Colombia, 2006, 10

Napoleón. La mejor prueba de la acogida que tuvo dicha teoría por Andrés Bello es la definición que hace de la posesión en su Código Civil: "Artículo 762. La posesión es la tenencia de una cosa determinada con ánimo de señor o dueño, sea que el dueño o el que se da por tal, tenga la cosa por sí mismo, o por otra persona que la tenga en lugar y a nombre de él". En la definición transcrita, se entiende el *animus possidendi* como *animus domini*, siguiendo literalmente la interpretación de Savigny. En igual sentido se compara con la definición que al respecto hace el Código Civil de El Salvador en su art. 745 inciso primero.

Lo anterior permite reconocer que toda posesión es esencialmente caracterizada por la realidad o la apariencia del dominio: no es poseedor de una finca, sino el que la tiene como suya, sea que se halle materialmente en su poder, o en poder de otro que le reconoce como dueño de ella. Pero como los derechos reales son varios, el que no es poseedor del dominio, puede serlo de un derecho de usufructo, de uso, de habitación, de un derecho de herencia, de un derecho de prenda o de hipoteca, de un derecho de servidumbre, etc. El usufructuario no posee la cosa fructuaria, es decir, no inviste, ni real ni ostensiblemente, el dominio de ella; posee sólo el usufructo de ella, que es un derecho real y, por consiguiente, susceptible de posesión. Pero el arrendatario de una finca nada posee; no goza más que de una acción personal para la conservación de los derechos que le ha conferido el contrato. El que a nombre ajeno posee, no es más que un representante del verdadero poseedor, ni inviste más que la simple tenencia.

El apartado anterior lo relacionamos a la reincidencia establecida en el art. 7 de la Ley Especial para la Garantía de la Propiedad o Posesión Regular de Inmuebles -LEGPRI-, ya que, dicho supuesto puede darse en cuanto al supuesto reincidente, haya celebrado un contrato ya sea de usufructo, de uso,

de habitación, de servidumbre, etc., y por tanto este ya no ostenta la calidad de invasor ya que tiene a su favor un derecho que le ha nacido con la celebración de uno de estos contratos.

Los términos posesión civil, posesión natural, son desconocidos para Andrés Bello; pero conserva los términos *posesión* y *tenencia*; la posesión es a nombre propio, la tenencia a nombre ajeno. En donde puede ser regular o irregular; la primera, adquirida sin violencia, ni clandestinidad, con justo título y buena fe; la segunda, sin alguno de estos requisitos.

Toda posesión es amparada por la ley; pero sólo la posesión regular pone al poseedor en el camino de la prescripción adquisitiva.

En ese sentido, se considera que el Código Civil, al igual que Bello, pretende evitar confusiones terminológicas, sustituyendo posesión civil por posesión, y posesión natural por mera tenencia, ya que, en realidad lo que hace es sustituir posesión jurídica por posesión, posesión civil por posesión regular, y posesión por posesión irregular.

La legislación salvadoreña en su Código Civil adopta el pensamiento de que la naturaleza jurídica de la posesión es ser un *hecho* ya que en la definición establecida en el art. 745 de dicho cuerpo normativo menciona que esta es la tenencia de una cosa con ánimo de ser señor o dueño, etc. Y la tenencia es un hecho, mientras que al definir derechos el Código Civil menciona el término "Facultad" o "Derecho".

Debe de considerarse, además, que la ley no permite la transmisión ni la transferencia de la posesión.

Lo anterior, no es sino la consecuencia de la naturaleza jurídica de dicha institución, pues siendo un hecho y no un derecho, no admite que se transmita ni se transfiera, pero sí que se agregue a la propia la de los poseedores anteriores, quienes en este caso se la apropiaran con sus calidades y vicios, lo anterior, regulado por el art. 2239 y especialmente por el art. 756 que al respecto nos dice “Sea que se suceda a título universal o singular, la posesión del sucesor principia en él; a menos que quiera añadir la de su antecesor a la suya; pero en tal caso se la apropia con sus calidades y vicios”.

Los arts. 664 y 766 del C.C., confirman lo dicho anteriormente en cuanto a la transferencia de la posesión por acto entre vivos, y los arts. 756 y 761 para la transmisión por causa de muerte, lo anterior confirma que la ley considera a la posesión como un hecho y no como un derecho, pues si lo considerase de tal forma permitiría la transferencia y la transmisión de la misma. Es decir, que confirma la regla romana “In facta non est successio”, que significa “en los hechos no hay sucesión”.

Por lo antes referido, se desarrollan los antecedentes, la naturaleza y el origen de la posesión.

1.2.3 Etimología de la palabra posesión

El término posesión se origina durante el Derecho Romano Clásico proveniente del verbo “sedere” que significaba estar asentado, refiriéndose a los asentamientos de los predios provinciales en Roma.¹²

El prefijo o partícula “po”, unido a la palabra sedere, refuerza la acción que

¹² Rene Armando Villacura Martínez, *Tipos de Señoríos Jurídicos en el Derecho Romano Clásico*, (Santiago, Chile. Universidad de Chile Facultad de Derecho Departamento de Ciencias del Derecho, 2009), 66.

esta expresa, de modo que siendo el significado de sedere sentarse, possidere quiere decir insistir en sentarse, volver asentarse o establecerse en un lugar. Otra definición del prefijo “pos” proviene de pot o poti la cual significa amo, señor o jefe, de modo que para esta definición poseer significa sentirse señor.¹³

Así, se dieron varias definiciones de lo que se consideraba en esos tiempos como posesión siendo una de ellas la expresada por Schulz Fritz quien plantea que: “la possessio significaba el poder físico sobre una cosa corporal”¹⁴. Siendo así que la importancia de la posesión clásica fue el elemento factico, es decir, un hecho, es decir, el hecho de asentarse en determinado lugar con el ánimo de ser señor y dueño.

Así también Vallet de Goytisoló, citado por Néstor Jorge Musto¹⁵: “considera que posesión se deriva de posi sedere, o sea, después de estar sentado, presuponiendo una noción de permanencia en el tiempo en un lugar determinado.”

Durante esa época existieron dos formas de poseer, siendo estas: a) Por el corpus: lo que equivalía a tener la cosa; y, b) Por el animus: este era, el alma o espíritu, la conciencia de tener la cosa.

Tanto el corpus como el animus con el paso del tiempo dejaron de considerarse como formas de poseer y se convirtieron en elementos constitutivos de la posesión como son conocidos en la actualidad.

¹³ Néstor Jorge Musto, *Derechos Reales*, (Tomo I, Buenos Aires, Editorial ASTREA, 2000), 141.

¹⁴ José Santacruz Tegeira, ed., España: *Derecho Romano Clásico*, (Editorial Bosch, 1960) Pág. 409.

¹⁵ Musto, *Derechos Reales*, 141

De ahí, la importancia de conocer sobre las generalidades de la posesión ya que incide de manera central en el presente estudio, siendo uno de los objetos de la Ley Especial para la Garantía de la Propiedad o Posesión Regular de Inmuebles –LEGPPRI-, garantizar la propiedad o posesión y al mismo tiempo establecer un procedimiento eficaz y ágil para dicha garantía.

1.2.4 Definición y elementos de la posesión

La posesión se encuentra definida en el Código Civil salvadoreño en su art. 745 como: “la tenencia de una cosa determinada con ánimo de ser señor y dueño, sea que el dueño o que el que se da por tal tenga la cosa por sí mismo, o por otra persona que la tenga en lugar y a nombre de él. El poseedor es reputado dueño, mientras otra persona no justifica serlo.”

Así también es definida jurisprudencialmente según Sentencia emitida por la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, con fecha dieciocho de mayo de dos mil cuatro, en Amparo 264-2004, como: “un hecho jurídico en cuya virtud se ejerce la calidad de ser dueño de una cosa sin serlo, de acuerdo a los requisitos y formas que la ley prevé”

1.2.5 Elementos de la posesión

En la definición dada por el Código Civil se encuentran implícitos los elementos que constituyen la posesión, siendo estos el corpus y el animus¹⁶, siendo el

¹⁶ Ha expresado la Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador, en sentencia definitiva con fecha cuatro de octubre de dos mil once, bajo el número de referencia 27-CAC-2011: “El Corpus, es un poder físico o potestad de hecho sobre la cosa, es decir, es la aprehensión material de las cosas, mientras que el ánimo se refiere a la voluntad existente en el que posee, es decir, la intención del poseedor de obrar como propietario, como señor o dueño (ánimus dómīni), o en la intención de tener la cosa para sí (ánimus rem sibi habendi).”

primero la parte objetiva, el cual consiste en la tenencia material de la cosa, es decir, la aprehensión concreta del bien inmueble.

Por el contrario, el animus es la parte subjetiva, de carácter psicológico, consistente en ejecutar actos materiales sobre el inmueble con la intención de conducirse como propietario.

Para una mejor definición, se retoma la expuesta por Manuel Ossorio: “Corpus siendo este el elemento material de la posesión, por el cual se designa el poder de hecho que se ejerce sobre una cosa”, y el “Animus entendido como el propósito o la intención, es el elemento que se debe tener en cuenta para establecer la naturaleza de algunas situaciones jurídicas; es el propósito que mueve a una persona para realizar el acto de que se trate.

Se hace referencia al animus domini como la intención de la persona para proceder con respecto de una cosa como propietaria de ella.”¹⁷

Del mismo modo, el corpus es definido por Savigny como: “la manifestación de poder de dominación, en la posibilidad física de disponer materialmente de la cosa en forma directa e inmediata”.

Mientras que Ihering expresa que es: “la exteriorización del derecho de propiedad, conducirse sobre la cosa como lo haría el propietario”.¹⁸

En consecuencia, la existencia de estos elementos según el art. 745 del C.C. con relación a la posesión los consagra en dos motivos, que son¹⁹:

¹⁷ Ossorio, *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*, 74

¹⁸ Musto, *Derechos Reales*, 151

¹⁹ Código Civil de El Salvador, (El Salvador Asamblea Legislativa de El Salvador 1859.modificado en 1999), Art. 745.

La tenencia de la cosa (corpus), y
El ánimo de comportarse como dueño sobre ella (animus).

1.2.6 Clases de posesión y sus características.

El Código Civil designa una clasificación sobre la posesión encontrando la primera en el art. 747, siendo la siguiente:

Posesión regular
Posesión irregular

En su orden, la posesión regular es aquella que procede de justo título y ha sido adquirida de buena fe. Dentro de la misma definición se encuentran los requisitos para que opere este tipo de posesión, es decir el justo título, la buena fe y la tradición.

Se considera que la posesión regular es la que corresponde a nuestra investigación ya que nos encontramos en el supuesto que el actual poseedor ya no se encuentre poseyendo la cosa de manera irregular, y, por tanto, ya no opera la reincidencia, por estar si bien nuevamente en el mismo inmueble, pero atendiendo al hecho de que ahora cuenta con la autorización del propietario por medio de un contrato escrito o bien por el acuerdo verbal celebrado entre ambos.

Por el contrario, la posesión irregular descansa en el Código Civil en su art. 752, el cual, si bien no brinda una definición amplia sobre ella, se limita con decir: “que es aquella que carece de los requisitos del art. 747”.

Es decir, que se da cuando faltan algunos de los requisitos como la buena fe, el justo título y la tradición cuando proceda.

El mismo Código establece la existencia de la posesión provisoria y la posesión definitiva, encontrándose la primera plasmada en el art. 80 del C.C., en referencia de la presunción de muerte por desaparecimiento, en cuyo numeral 5° del referido artículo menciona: “El juez fijará en la sentencia como día presuntivo de la muerte el ultimo del primer bienio, contado desde la fecha de las ultimas noticias; y concederá la posesión provisoria de los bienes del desaparecido”. Siendo este tipo de posesión aquella que el juez declara basado en la muerte presunta de una persona, transcurrido el plazo legal, y trayendo aparejada la apertura de la sucesión del presunto causante y la repartición de los bienes dejados por aquél.

De igual modo la posesión definitiva se encuentra en el art. 81 del mismo cuerpo normativo, el cual reza así: “el Juez concederá la posesión definitiva, en lugar de la provisoria, si, cumplidos los cuatro años que se refieren en la condición primera del artículo 80, se probara que han transcurrido ochenta desde el nacimiento del desaparecido. Podrá asimismo concederla, transcurridos que sean veinte años desde la fecha de las ultimas noticias, o quince desde la fecha en que se dio la posesión provisoria, cualquiera que fuese, a la expiración de dichos plazos, la edad del desaparecido si viviese”.

Es así, que la posesión definitiva se da cuatro años después de otorgada la posesión provisoria, una vez decretada los poseedores provisionales podrán disponer libremente de los bienes dejados por el desaparecido.

También se tiene la posesión de cosas incorporales, regulada en el art. 754 del C.C., el cual menciona: “la posesión de cosas incorporales es susceptible de las mismas calidades y vicios que la posesión de una cosa corporal”. Las cosas incorporales son llamadas también derechos y estos se dividen en reales y personales.

Un derecho real es el que se tiene sobre una cosa sin referencia a una persona determinada, ejemplo de ello tenemos: el dominio, el de herencia, los de usufructo, uso o habitación, los de servidumbres activas, el de prenda y el de hipoteca. Por el contrario, los Derechos Personales son los que se pueden reclamar a ciertas personas ya sea, por un hecho suyo, o por disposición de la ley, están sujetas a las obligaciones correlativas. Lo anterior en base al art. 567 del C.C.

Posesión pro indivisa, se refiere a ella el art. 757 inc. 1° del C.C, el cual establece: “Cada uno de los partícipes de una cosa que se poseía proindiviso, se entenderá haber poseído exclusivamente la parte que por la división le cupiere durante todo el tiempo que duro la indivisión”.

Posesión Útil e Inútil: esta tiene su razón de ser, en cuanto conduzca o no a la adquisición del dominio por medio de la prescripción adquisitiva o usucapión. En donde entre las primeras tenemos a la regular y la irregular. Mientras que las posesiones inútiles, son las viciosas, es decir, la violenta y clandestina, a que se refiere el art. 748 C.C.

Y así, también se encuentra la posesión de buena fe y la posesión de mala fe: siendo la primera la que se ampara en un justo título. Y la segunda es la tenencia de la cosa ajena con el propósito de adueñarse de ella sin título alguno.

1.2.7 Características de la posesión

La posesión que nos interesa en el presente estudio es la posesión regular como se dijo anteriormente, la cual presenta algunas características, a saber:

Continua: se refiere a que la posesión haya sido ejercida sin interrupción durante el tiempo necesario que la ley señala; dicha característica se encuentra regulada dentro del art. 745 Inc. 2°. C.C.

No interrumpida: esta característica se encuentra definida en el art. 2240 del C.C., siendo aquella que no ha sufrido ninguna interrupción natural o civil.

El art. 2241 C.C. señala algunos casos de interrupción natural, siendo:

Cuando sin haber pasado la posesión a otras manos, se ha hecho imposible el ejercicio de actos posesorios, como cuando una heredad ha sido permanentemente inundada.

Cuando se ha perdido la posesión por haber entrado en ella otra persona.

La primera interrupción produce como efecto el descuento de la posesión, mientras que la segunda hace perder todo el tiempo de la posesión.

La interrupción civil es definida en el art. 2242 inc. 1° del C.C., como: “todo recurso judicial intentado por el que se pretende verdadero dueño de la cosa contra el poseedor”.

Pacífica: lo es cuando la posesión no se dio por medio de la fuerza o violencia, ya que se hubiese sido así, sería un vicio en la posesión y no podrá hablarse de posesión regular.

Pública: consiste en una demostración de hechos ejecutados por el poseedor como si fuera el propietario del bien inmueble y que son

conocidos por todos, y cuyos hechos se realizan con el fin de hacer mejoras en el bien. Dicha característica se encuentra en el art. 926 C.C.

No Equivoca: Consiste en la realización de actos que parecieren de posesión cuando realmente no lo es.

Después de conocer las generalidades más relevantes sobre la posesión, las cuales han permitido que se conozca a mayor profundidad la antes mencionada, con el objetivo de facilitar una mejor comprensión del tema, se tiene a bien conocer de manera breve un poco sobre la propiedad o dominio el cual está íntimamente relacionado con la posesión.

1.3 La propiedad como derecho fundamental.

El derecho de la propiedad o dominio se encuentra reconocido como derecho fundamental en el art. 2 inc. Primero de la Constitución de la República de El Salvador. Y es definida legalmente en art. 568 inc. primero del C.C. como: “el derecho de poseer exclusivamente una cosa y gozar y disponer de ella, sin más limitaciones que las establecidas por la Ley o por la voluntad del propietario”.

El derecho a la propiedad privada es uno de los derechos fundamentales, sin ningún género de duda, ya que es uno de los derechos de mayor importancia a la hora de fundamentar el orden político y social de convivencia de una sociedad.

Es reconocido también en ordenamientos jurídicos internacionales como la Declaración Universal de los Derechos Humanos de la Organización de las

Naciones Unidas en su resolución 217, del 10 de diciembre de 1948 en París, la cual menciona en el art. 17:

“Toda persona tiene derecho a la propiedad, individual y colectivamente”.

“Nadie será privado arbitrariamente de su propiedad”.

La Declaración es un régimen de derecho esencial para la protección de los derechos humanos compuesta de treinta artículos, que recogen derechos de carácter civil, político, social, económico y cultural.

1.4 Limitaciones al derecho de propiedad: función social y expropiación.

El derecho de propiedad o dominio presenta ciertas limitaciones para su ejercicio siendo las establecidas por la ley o por la voluntad del propietario.

Al hacer mención de las limitaciones por la voluntad del propietario, se hace referencia a las que se originan por el deseo del propietario, dentro de ellas las originadas por la relación de vecindad, en las cuales el propietario se impone limitaciones en su derecho de propiedad con la finalidad de no causar un perjuicio en la propiedad o posesión de su vecino colindante por ejemplo en cuanto a luces, vertientes de tejado, ramas y raíces, en materia de agua, en igual sentido las servidumbres voluntarias que son constituidas por un hecho del hombre, en esta cada propietario podrá sujetar su predio a las servidumbres que quiera y adquirirlas sobre los predios vecinos con la voluntad de sus dueños, con tal que no se dañe con ellas el orden público, ni se contravenga a las leyes, esto según el art. 881 del C.C.

Al referirse a limitaciones establecidas por la ley, se hace referencia a las

reguladas en los arts. 103 y 106 de la Constitución, siendo estas la función social y la expropiación, sobre las cuales, la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de inconstitucionalidad de fecha 25-VI-2009, y con número de referencia 57-2005, refiere, que la "función social" de la propiedad privada, es parte integrante del contenido del derecho de propiedad, siendo así, que se desarrollará en lo subsiguiente en lo que respecta a su reseña histórica y régimen constitucional.

La idea de la "función social" de la propiedad es típica del constitucionalismo social, que inicia con la Constitución de México de 1917, sigue con la Constitución de Weimar de 1919, y se propaga a otras Constituciones contemporáneas, como las de España, Alemania e Italia.

Esta evolución tendrá incidencia en el concepto de propiedad: absoluto en el Estado liberal, y relativo en el Estado contemporáneo. Se pasará de una propiedad que mira exclusivamente al interés individual, a una propiedad que también atiende al interés general o colectivo.

Aclarada su significación histórica, debe ahora concretarse su alcance en la Constitución salvadoreña.

Primero, debe señalarse que su naturaleza jurídica es la de "principio", es decir que, al momento de enfrentarse con otros principios o derechos constitucionales, o a la hora de ser concretada por el legislador, la función social genera un mandato de optimización: deberá realizarse en la mayor medida posible, en relación con las posibilidades jurídicas y fácticas.

Ahora bien, recuérdese que el art. 103 inc. 1° Cn. prescribe que "se reconoce y garantiza el derecho a la propiedad privada en función social" (cursiva

suplida). Lo que refiere a una disposición que contiene dos mandatos – consustanciales el uno al otro– por un lado, la manifestación estrictamente individual de la propiedad, y, por otro lado, el principio de la función social. Sin embargo, de la formulación del precepto analizado se infiere que ambos elementos configuran el contenido esencial del derecho de propiedad.

Es decir, la fijación del contenido esencial de la propiedad no puede hacerse desde la exclusiva consideración subjetiva del derecho o de los intereses individuales que a éste subyacen, sino que debe incluir igualmente la necesaria referencia a la función social, entendida no como límite externo a su definición o a su ejercicio, sino como parte integrante del derecho mismo (Sentencia de 13-XII-2005, Inc. 8-2004).

El contenido de la función social es, sin duda, más indeterminado que el de la propiedad en su vertiente puramente subjetiva. Sin embargo, esa dificultad hermenéutica no impide todo intento de abstracción. Y es que la función social, vinculada consustancialmente a las facultades subjetivas del propietario, supone que éste, al mismo tiempo que extrae provecho particular a sus bienes, deberá soportar determinadas obligaciones y deberes públicos, a fin de posibilitar la utilidad colectiva que los mismos bienes reportan.

Esto se explica por qué el ser humano, en la búsqueda de su realización personal, no puede desligarse de la sociedad de la que forma parte, y a cuya convivencia también debe contribuir, pues el derecho no tiene solamente la función de posibilitar la coexistencia de distintas esferas jurídicas, sino también la de ser un mecanismo de cooperación entre los individuos.

La función social se concretará dependiendo de la manifestación de la propiedad privada de que se trate, pero en cualquier caso lo que perseguirá

es una mayor productividad o utilización de los bienes, que redunden en el beneficio general.

Así, por ejemplo, cuando se trate de la propiedad rural, se buscarán más oportunidades de mano de obra, así como la obtención de mejores cosechas; cuando se trate de la industria, se pretenderá incrementar las oportunidades en el mercado laboral y mejorar la elaboración de los productos; en el caso de comercio, se procurará la intensificación de las actividades, para un mayor consumo interno o el aumento de las exportaciones, etc.

En definitiva, cuando se trata de la función social de la propiedad, se aspira a una coordinación permanente de todas las manifestaciones del dominio con capacidad para repercutir en el abastecimiento general o en prestaciones de otro carácter, pero que redunden igualmente en el beneficio de la colectividad.

2. El derecho de propiedad no es absoluto –como no lo es ningún derecho fundamental–. Es posible advertir una serie de límites que afectan al derecho en cuestión: algunos comunes a todas las normas del ordenamiento jurídico (A), otros comunes a todos los derechos fundamentales (B), y otros específicos del derecho de propiedad (C).

A. Existen un conjunto de límites materiales que inciden en el derecho positivo, dándole sentido y unidad. Son los valores que conforman el sustrato ético de la Constitución, plasmados en su Preámbulo y art. 1 –y sistematizados por la jurisprudencia constitucional–. Trátase de la dignidad humana, la democracia y la justicia –de la que derivan la libertad, la igualdad–, la seguridad jurídica y el bien común. No es éste el lugar para explicar cada valor; baste con señalar que en nuestra Ley Suprema subyace, en general, "una concepción filosófica basada en el respeto a la dignidad de la persona, como el único mecanismo

para establecer los fundamentos de la convivencia nacional, para crear una sociedad más justa, fundada en el espíritu de la libertad y la justicia, como valores inherentes a una concepción humanista" (Sentencia de 1-IV-2004, Inc. 52-2003).

A partir de ello, puede afirmarse que el derecho de propiedad –aunque los arts. 2 inc. 1º, 103 y 106 Cn. no lo prevean– se encuentra limitado por ese horizonte ético de la Constitución. No hace falta que el constituyente lo diga expresamente, porque son límites implícitos a todas las normas positivas – sean éstas constitucionales, legales, reglamentarias, municipales o de otra índole–.

B. En segundo lugar, el derecho de propiedad está sometido a unas limitaciones propias de los derechos fundamentales. Se trata de aquellas restricciones a los derechos fundamentales que el legislador ordinario puede efectuar por autorización del constituyente.

La constitución no establece una disposición que contenga expresamente esa habilitación. Sin embargo, este Tribunal entiende que dicha autorización emana del art. 246 inc. 1º Cn.

Aunque formulado negativamente, un mínimo esfuerzo permite captar el verdadero alcance de este precepto: que los derechos fundamentales sí pueden ser regulados mediante disposiciones infra constitucionales; lo que se prohíbe es que dichas regulaciones alteren el contenido esencial del derecho en cuestión.

Ahora bien, la disposición examinada ofrece tres problemas a la interpretación: primero, qué se va a entender por "regulación", segundo, qué se va a entender

por "leyes", y tercero –en conexión con el anterior–, quiénes pueden hacer esa regulación. De estas cuestiones se ocupó la Sentencia de 26-VII-1999, Inc. 2-1992, señalando que la "regulación" podía asumir dos formas las cuales son: la configuración o la limitación.

a. La configuración es la dotación de contenido material a los derechos fundamentales –a partir de la insuficiencia del que la Constitución les otorga–, lo cual lleva a adoptar disposiciones que establezcan sus manifestaciones y alcances, las condiciones para su ejercicio, así como la organización y procedimientos que sean necesarios para hacerlos efectivos, y sus garantías. En cambio, la limitación o restricción de un derecho implica la modificación de su objeto o sujetos –elementos esenciales del derecho fundamental–, de forma que conlleva una obstaculización o impedimento para el ejercicio de tal derecho, con una finalidad justificada desde el punto de vista constitucional. Diferencias de las cuales se infiere, que: “Toda limitación supone regulación, pero que no toda regulación implica limitación”.

b. Habiéndose explicado las formas que puede asumir la "regulación", hay que pasar a los otros dos puntos: qué clase de "leyes" pueden regular los derechos, y quiénes están autorizados para hacerlo.

Este Tribunal entiende que la utilización del vocablo "leyes" en el art. 246 inc. 1° Cn. alude a su sentido material, es decir, a cualquier disposición de carácter general, impersonal y abstracto; pues el constituyente salvadoreño atribuye potestad normativa a diferentes órganos y entes públicos, por lo que la "regulación" –en el sentido amplio del art. 246 inc. 1° Cn., que abarca tanto "configuración" como "limitación"– no puede referirse únicamente a las disposiciones emanadas de la Asamblea Legislativa.

Ahora bien, los distintos órganos de producción jurídica no ofrecen el mismo grado de legitimidad frente a los titulares de los derechos fundamentales; por lo que sería inconsistente con el principio democrático, interpretar que todos los órganos con poder normativo puedan tanto configurar como limitar los derechos fundamentales.

Por ello, esta Sala ha sostenido, en criterio reiterado, que la configuración de derechos fundamentales puede realizarse a través de cualquier disposición de carácter general, impersonal y abstracto, emitida por órganos o entes públicos con potestad normativa reconocida por la Constitución. En cambio, la limitación de derechos fundamentales sólo puede efectuarse a través de leyes en sentido formal, es decir, emanadas de la Asamblea Legislativa, ya que ésta se encuentra regida por un estatuto que comprende ciertos principios, tales como el democrático, el pluralismo, la publicidad, la contradicción, el libre debate y la seguridad jurídica –ausentes o inferiores en intensidad en los otros órganos de producción jurídica–, que legitiman su creación normativa.

Por tanto, puede afirmarse que el art. 246 inc. 1° Cn., habilita a todos los órganos y entes con potestad normativa a configurar el derecho de propiedad, y a la Asamblea Legislativa a limitarlo, sin necesidad de que medie una habilitación al efecto en los arts. 2 inc. 1°, 103 y 106 Cn.

En todo caso, las disposiciones que regulen el derecho de propiedad, deberán respetar los límites materiales de la Constitución, y las leyes que limiten el derecho deberán, además, cumplir las siguientes condiciones: (i) atender a un criterio constitucional que autorice limitar derechos fundamentales, (ii) observar el principio de razonabilidad, y (iii) no alterar el contenido esencial del derecho. A continuación, se explicará cada una de estas condiciones.

(i) La Constitución no indica expresamente cuáles son los criterios legítimos para restringir los derechos fundamentales.

Recuérdese, no obstante, que la Constitución tiene un sustrato ético-ideológico que le da unidad y sentido al resto de disposiciones –incluso a las constitucionales–. Es indiscutible, entonces, que los valores del ordenamiento enunciados en el Preámbulo y el art. 1 Cn. son pautas válidas para limitar los derechos. Ahora bien, no puede exigirse al legislador que cada uno de sus productos normativos esté orientado específicamente a la satisfacción de uno de esos valores; su libertad de configuración le permite perseguir cualquier fin legítimo que no esté proscrito en la Ley Suprema o que no sea manifiestamente incongruente con su trasfondo filosófico.

(ii) El legislador, en su tarea de limitar los derechos fundamentales, debe remitirse al conjunto de normas constitucionales, pues la Constitución conforma una unidad normativa que debe ser interpretada de forma armónica, es decir, no se puede articular la limitación de un derecho constitucional sin antes tomar en cuenta la existencia de otros derechos, principios, valores, obligaciones, etc. que reconoce la Ley Suprema.

Es en la solución de esos conflictos jurídicos que cobra relevancia el principio de razonabilidad.

En general, la razonabilidad se encuentra en función del alejamiento de la arbitrariedad y el acercamiento a la justicia, prohibiendo todo tipo de intromisión en el ejercicio de los derechos fundamentales que no tenga justificación alguna, basándose en el respeto y la debida ponderación de tales derechos y la necesaria vinculatoriedad de su contenido axiológico. Como es sabido, el juicio de razonabilidad incluye las exigencias de: idoneidad de la limitación, con relación al logro del fin propuesto; su necesidad, en el sentido de que, entre varias medidas adecuadas para conseguir la misma finalidad, el

legislador haya seleccionado la menos gravosa para el derecho correspondiente; y la proporcionalidad entre el derecho fundamental limitado y el bien jurídico o valor que se pretende salvaguardar mediante tal limitación.

(iii) Finalmente, la ley que limita, además de orientarse a un fin legítimo y de ser razonable, debe respetar el contenido esencial del derecho. La Constitución contiene un catálogo de derechos fundamentales, pero se contrae a enunciarlos de modo general, sin describir el contenido preciso de cada uno; lo que no significa que el contenido de los derechos fundamentales sea indeterminado.

Al contrario, cada derecho incluye un conjunto de facultades que permiten identificarlo en abstracto bajo esa denominación, en un determinado momento histórico, el cual, en ningún caso, puede ser alterado por los poderes públicos que limitan los derechos. De modo que el contenido esencial se erige como una garantía de los derechos, y la exigencia de su respeto deriva del art. 246 inc. de la Ley Suprema.

Todos los poderes públicos en la aplicación –y, por ende, interpretación– de los derechos deberán, necesariamente, adoptar una cierta postura en cuanto al "contenido esencial" de cada derecho; desde luego, tendrá particular importancia la posición que adopte el legislador a la hora de regular o limitar los derechos. No obstante, *a esta Sala –como intérprete supremo de la Constitución– le compete más que a cualquier otro órgano o ente público establecer el contenido esencial de los derechos, para lo que deberá basarse en las convicciones generalmente admitidas entre los juristas y adecuarlas a las peculiaridades de nuestro sistema jurídico, así como respetar el pluralismo ético, ideológico y político.*

C. Aparte de las limitaciones que se han visto –unas que afectan al ordenamiento jurídico, y otras que afectan a los derechos fundamentales en general–, también existen limitaciones a cada derecho fundamental en particular. En el caso del derecho de propiedad, hay que referirse a la expropiación (art. 106 incs. 1° a 4° Cn.) y a la confiscación (art. 106 inc. 5° Cn.) Además, debido a las peculiaridades del caso *sub iudice*, se establecerán las diferencias entre la función social y la expropiación.

a. El constituyente salvadoreño previó en el art. 106 incs. 1° a 4° la expropiación, como una limitación específica al derecho de propiedad. Al igual que la función social, la expropiación es una figura jurídica normal en los variados sistemas constitucionales, siendo un requisito funcional del sistema económico que goza de todo tipo de facilidades. Concretamente, la expropiación es "el medio de que dispone el Estado –por la vía judicial y con justa indemnización– para obtener que la propiedad privada ingrese al patrimonio público, y de este modo estar en condiciones de realizar obras de interés general" (Sentencia de 26-II-2002, Inc. 24-1998). El fundamento de la misma radica, por un lado, en el bien común como fin del Estado y, por otro, en la función social de la propiedad privada.

Puede afirmarse, entonces, que constitucionalmente se encuentra prevista esta vía de privación, llenando los requisitos que establece el mismo art. 106 Cn., y sus leyes de concreción –especialmente, la Ley de Expropiación y de Ocupación de Bienes por el Estado (Decreto Ejecutivo n° 33, de 25-VII-1939, publicado en el Diario Oficial n° 174, tomo 127, de 17-VIII-1939)–. De acuerdo con nuestra Ley Suprema, se puede definir la expropiación como aquel acto administrativo unilateral que posibilita eventualmente la privación del derecho de propiedad a su titular –y sin necesidad de su consentimiento– en sede judicial, con fines de utilidad pública o de interés social, mediante una

indemnización, previa o no, por el valor integral del bien. Vale la pena aclarar que nuestra Constitución admite la expropiación por ley, según lo dispuesto en el art. 105 Cn., relativo a la reforma agraria –cuestión sobre la que aquí no corresponde profundizar–.

b. En cuanto a la confiscación, la misma se encuentra prevista en el art. 106 inc. 5° Cn, no debiendo confundirse la expropiación –legítima, si cumple con los requerimientos constitucionales– con la confiscación –inconstitucional desde cualquier punto de vista–. La confiscación puede entenderse en un sentido restringido y en otro más amplio. En el primer supuesto, consiste en el apoderamiento, por el Estado, de todos los bienes de una persona, sin compensación alguna a favor de ésta, apoderamiento realizado a título de supuesta sanción al comportamiento o conducta del titular de los bienes confiscados, pero que en realidad se realiza a título de represalia o venganza (Sentencia de 6-IX-1999, Inc. 23-1998).

En el segundo caso –más adecuado–, no se limita a los casos de desapoderamiento de la totalidad o de una parte sustancial de los bienes de una persona, sino que se aplica a todo acto que altere un derecho patrimonial de forma arbitraria.

c. En la práctica, la función social de la propiedad y el mecanismo expropiatorio podrían confundirse, por lo que es necesario establecer claramente sus diferencias.

En primer lugar, hay que constatar que la naturaleza jurídica de las figuras en análisis es diferente: por un lado, la función social forma parte del *contenido esencial* del derecho de propiedad, y por el otro, la expropiación es una *limitación externa* al derecho en cuestión; y, en segundo lugar, la función social difiere de la expropiación en que aquélla se refiere a una categoría de bienes

genéricamente –v. gr., lotificaciones o inmuebles rústicos–, y no da derecho a indemnización alguna.

En cambio, la expropiación conlleva un sacrificio especial, singular y concreto, que supone un tratamiento desigual respecto a otros titulares de la misma categoría de bienes, y por ello, sí otorga el derecho a una indemnización.

Por otro lado, a diferencia de la función social, la expropiación no está recogida en una norma con estructura de principio, sino de regla, es decir que el supuesto de hecho y su consecuencia jurídica están claramente delimitados. Al respecto, debe tenerse en cuenta que las reglas sólo nos proporcionan criterios para el comportamiento; en cambio, los principios establecen fines u objetivos del ordenamiento o de un sector de éste, por lo que son criterios para la concreción de las mismas reglas.

En virtud de ello, la misma expropiación se fundamenta y debe interpretarse a la luz de la función social, como principio constitucional del orden socioeconómico –inherente al derecho de propiedad–. De igual forma y con igual importancia, la plena comprensión del mecanismo expropiatorio debe tomar en cuenta al bien común –uno de los valores propugnados por la Constitución–, que es el conjunto de condiciones materiales y espirituales necesarias para que cada individuo pueda realizarse en el marco de un orden justo (Sentencia de 23-III-2001, Inc. 8-1997).

Pero, en última instancia, el deslinde de la función social y la expropiación deben partir del contenido esencial de la propiedad. Se ha dicho que ésta comprende una serie de facultades subjetivas que redundan en el beneficio privado que el bien reporta para su dueño.

La función social, con miras al interés general, comprime esas facultades subjetivas, imponiendo obligaciones y deberes públicos, pero *forma parte integrante del contenido esencial del derecho de propiedad*. La expropiación, en cambio, es una *limitación al derecho, que no sólo lo comprime, sino que priva a su titular de las facultades que aquél comprende*.

Es decir, cuando en la limitación pretendida por el legislador o en el caso concreto, el interés social deba prevalecer sobre el particular, la Constitución permite que se prive al propietario de sus facultades dominicales, pero eso sí, garantizando el valor económico del bien; lo que se concreta en la exigibilidad de una justa indemnización.

Queda, entonces, intacto el contenido esencial del derecho, ya que el expropiado siempre percibe un beneficio privado del bien."

1.5 Diferencias entre la posesión y el dominio

El dominio es el derecho real por excelencia, en este se reúnen las calidades de propietario y poseedor en una misma persona, siendo que la posesión es el medio para ejercer las facultades que confiere el dominio, pero puede suceder que el titular del dominio no ejerza actos posesorios, ya sea, porque no quiere o no puede, o porque otro los ejerce, sea con su consentimiento, o aún en contra de su voluntad.

La propiedad es el poder jurídico que el hombre adquiere sobre una cosa determinada sea bien inmueble o mueble, de conformidad con la ley, mientras que la posesión es el poder que el hombre establece sobre determinadas cosas, de conformidad a su voluntad individual, es decir, con el ánimo de ser señor y dueño de una cosa, aún en contra de la ley.

La posesión termina si se agota el elemento de hecho, otorgándole la ley las acciones posesorias tendientes a su recuperación y las agresiones al derecho de propiedad se defienden mediante el proceso reivindicatorio.

Por tanto, el dominio supone una relación jurídica entre el propietario y la cosa, mientras que la posesión solo conlleva una relación de hecho, teniendo así la posibilidad de que el derecho de dominio, por ser tal puede transferirse y transmitirse, mientras que la posesión por ser un hecho no se transfiere ni se transmite, el dominio sólo se puede adquirir por un modo y conforme a derecho, en cambio se puede poseer una cosa por varios títulos.

CAPITULO II

CONSERVACIÓN Y DEFENSA DE LA POSESIÓN

El capítulo dos tiene como propósito dar a conocer los medios de defensa y conservación de la posesión, siendo estos de vital importancia para cualquier persona que se vea perjudicada de alguna manera en su derecho de posesión. Siendo los encargados para dicha defensa las llamadas acciones posesorias las cuales tienen por objeto conservar o recuperar la posesión de bienes raíces o derechos reales constituidos en ellos. Así también mostrar el trámite procesal respectivo que se debe seguir a la hora de poner en marcha alguna acción posesoria según sea la correspondiente para cada caso.

Las figuras jurídicas encargadas de la defensa y recuperación de la posesión son las llamadas *acciones posesorias*, doctrinariamente se definen según Néstor Jorge Musto como: “aquellos medios encargados de activar el órgano jurisdiccional, con el fin de obtener la protección del Estado ya sea para mantener o recobrar una posesión que se ejerce o se ha ejercido, independientemente del derecho de poseer”.²⁰ Mientras que el Código Civil nos da su definición legal en su art. 918 inc. 1º: “Aquellas que tienen por objeto conservar o recuperar la posesión de bienes raíces o de derechos reales constituidos en ellos.”

Las acciones posesorias llamadas también interdictos, encuentran su origen en el Derecho Romano, es en Roma durante los primeros tiempos donde hubo una sola clase de propiedad la llamada *iure quiritium*, la cual se encontraba protegida por las acciones petitorias, conformada por las tierras provinciales y

²⁰ Musto, *Derechos Reales*, 288

las de conquista pertenecían solo al Estado, el cual podía adjudicarlas a particulares para su explotación pero sin otorgarles la propiedad, vale decir entonces que podía darse el caso que los particulares fueran perturbados en su ocupación y para protegerla se confirieron acciones útiles otorgadas por el pretor, lo que viene a dar el nacimiento de esta clase de acciones.

El procedimiento a través del cual se desarrollaban dichas acciones consistían en dos etapas: la primera ante el magistrado (*in iure*) el cual era el pretor y la segunda ante el juez (*in iudicio*) donde se ventilaban acciones, excepciones, réplicas y duplicas; en ocasiones, las acciones terminaban en la primera fase con la expedición de un *decretum* o un *interdictum* (los primeros ordenaban y los segundos prohibían); si la orden del pretor tenía carácter general se llamaba *edictum* y cuando estaba referido a un caso determinado entre las partes interesadas se llamaba *interdictum*, por lo que el interdicto era definido como la orden basada en una causa personal de las partes con el objetivo de hacer cesar un acto dañoso en perjuicio del solicitante, generalmente era dictado por el pretor y era de carácter prohibitivo. Es así como los interdictos tienen por fundamento la posesión y por finalidad protegerla.²¹ Durante esta época se contaba con cuatro clases de interdictos, que son:

Los interdictos “*Adipiscendae possessionis*”

Los interdictos “*Recuperandae possessionis*”

Los interdictos “*Retinendae possessionis*”

Los interdictos “*Tan adipiscendae quam recuperandae possessionis*”

Los interdictos “*Adipiscendae possessionis*” permitían adquirir la posesión de las cosas que aún no se hubiese poseído. Eran interdictos restitutivos y se encontraban divididos en cuatro:

²¹ Ibid. 338

El “interdicto quorum bonorum”, el cual concedía el Bonuron Possessor contra los que poseían pro herede o pro possessore las cosas corporales de la sucesión a la cual era llamado por el Pretor con el fin de obtener la restitución.

El “interdicto Salvano”, le correspondía al arrendador de un fundo rustico no pagado al vencimiento para ponerse en posesión de los objetos que el colono ha introducido al fundo por simple convención al pago del arriendo.

El “interdicto quod legatorum” se daba al honorum possessor contra el legatario.

El “interdicto possessorium” este era en beneficio del honorum emptor, para que pudiese ponerse en posesión del patrimonio del cual se había hecho adjudicatario.

Los “interdictos recuperrandae rossesionis” tenían el fin de recobrar la posesión perdida, eran, por tanto, restitutorios.

Mientras que el tercer grupo los “interdictos retinendae possessionis” estaba compuesto por dos clases, por un lado, el “interdicto uti possidetis” para los inmuebles y el “interdicto utrubi” para los muebles. Estos eran interdictos prohibitivos destinados a poner fin a los conflictos suscitados entre dos personas por la posesión de una cosa.

Del último grupo de interdictos “Tan adipiscendae quam recuperandae possessionis”, este tenía doble finalidad, por un lado, permitía adquirir la posesión jamás tenida y por otro se podía recobrar la posesión perdida.

De los cuales los más relevantes, fueron: *Retinendoe possessionis* y

Recuperandoe possessionis,²² los primeros tenían por objeto mantener una posesión que fue turbada y los segundos, tendían a recuperar una posesión perdida, de ahí que podemos decir que estos son los viejos interdictos los cuales han sido los antecedentes de las acciones posesorias modernas las cuales se clasifican en la actualidad en *acciones posesorias generales y especiales*, y que serán desarrolladas con mayor énfasis en apartados subsiguientes.

2.1 Generalidades

Entre las generalidades más relevantes de las acciones posesorias se encuentra su objeto, presupuestos y sus clases.

Por lo que antes de desarrollar cada una de las Acciones Posesorias modernas es de gran importancia y necesidad conocer cada una de ellas, en primer lugar su objeto, el cual consiste en conservar o recuperar la posesión de bienes raíces o de derechos reales constituidos en ellos.²³ Así como sus presupuestos entre los cuales figuran:

Que la persona tenga el derecho de entablarla.

Que la cosa sea susceptible de dicha acción.

Debe interponerse dentro del plazo correspondiente.

Es decir, que para que proceda una acción posesoria la persona debe contar con la facultad de interponerla, en todo caso quien la ejerce es el poseedor como se mencionó anteriormente, pero también pueden ampararse a ellas el

²² Ibid. Pág 339

²³ Código Civil de El Salvador,(El Salvador, Asamblea Legislativa de El Salvador, 1859, modificado en 1999) Art.918

usufructuario, el usuario, y el que tiene derecho de habitación tal como lo dispone el art. 923 Inc. 1° C.C., pero para iniciarla la cosa debe ser susceptible de tal acción así lo establece el art. 918 cuando indica que son susceptibles los bienes raíces o derechos reales constituidos en ellos, excluyendo por tanto a las cosas que no pueden ganarse por prescripción como son las servidumbres inaparentes o discontinuas, así lo menciona el art. 919 inc. 1° C.C.

Un aspecto relevante es conocer el plazo para interponer una acción posesoria, ya que se cuenta con varios tipos de acciones posesorias las cuales deben ser interpuestas según corresponda.

La legitimación activa, el idóneo para entablar una acción posesoria es el poseedor que se ve afectado, sea este incluso, el propietario, el usufructuario entre otros. Mientras que la legitimación pasiva procede en contra del autor turbador o de sus sucesores, en caso que prosigan o insistan en los actos de turbación o despojo.

También es importante conocer la competencia, es decir saber ante quien se tramitan las acciones posesorias, es así que según el art. 472 del CPCM, señala como competente al juez de primera instancia del lugar donde se encuentre ubicado el bien, mediante un proceso posesorio, conforme a las reglas del proceso abreviado.²⁴

2.2 Acciones posesorias

Entre las acciones posesorias que permiten tutelar la posesión en El Salvador encontramos:

²⁴ Código Procesal Civil y Mercantil, (El Salvador, Asamblea Legislativa de El Salvador, 2008) Art. 472

Acción posesoria de amparo de posesión;

Acción posesoria de restitución de posesión o despojo;

Acción posesoria de restablecimiento de posesión o de despojo violento.

Las cuales son reconocidas en Sentencia 77-PM-11 de la Cámara Tercera de lo Civil de fecha siete de junio de dos mil once, así: “Hay por lo tanto, sólo dos clases de acciones posesorias propiamente dichas: las que tienen por objeto conservar la posesión, manteniendo al poseedor y amparándolo en su posesión, que corresponden a los interdicta retinendae possessionis; y las que tienen por objeto recuperar la posesión, restituyendo al poseedor en la posesión de que ha sido privado por otra persona, que corresponden a los interdicta recuperandae possessionis.

Pero, además de estas dos clases de acciones posesorias, el art. 929 C.C, establece una acción especial de restablecimiento de las cosas en el estado en que se hallaban en el momento en que el poseedor o tenedor fue despojado violentamente de ellas, acción que corresponde a la actio spoli.

Por lo antes referido, Hay, así, tres acciones posesorias: a. Para conservar la posesión de bienes raíces y de derechos reales constituidos en ellos (acción posesoria de amparo); b. Para recuperar la posesión de bienes raíces y de derechos reales constituidos en ellos (acción posesoria de restitución) y, c. Para obtener el restablecimiento en la posesión o mera tenencia de los mismos bienes violentamente arrebatados (acción posesoria de restablecimiento).” Es así como se procede al estudio de cada una de ellas.

2.2.1 Acción posesoria de amparo

Es una acción concedida al poseedor perturbado por un tercero para hacer cesar esa turbación de inmediato. Tiene por objeto conservar la posesión de los bienes raíces o derechos reales constituidos en ellos, cuando se ha tratado de turbar o molestar al poseedor en su posesión o en el hecho que se le ha turbado o molestado.²⁵Encontrándose regulada en el art. 922 del C.C.

Para que proceda dicha demanda es necesario como ya se mencionaron anteriormente la existencia de los siguientes presupuestos:

Que el poseedor haya estado en posesión tranquila e ininterrumpida al menos durante un año.

Que haya sufrido un acto de molestia o embarazo en la posesión.

Que la acción se ejerza dentro del plazo de un año contado desde el acto constitutivo de la molestia o turbación, caso contrario se debe considerar que ha prescrito el plazo para su ejercicio.

El punto principal en que radica esta acción se da en la existencia de una turbación o embarazo de la posesión, la cual según lo escrito por Manuel Ossorio en su *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*, es: “la que se produce cuando, contra la voluntad del poseedor del inmueble, alguien ejerce, con intención de poseer, actos de posesión de los que no resulta una exclusión absoluta del poseedor”,²⁶ es decir, que habrá turbación cuando, por una obra nueva que se comience a hacer en inmuebles que no sean del poseedor, de cualquier clase, la posesión de éste sufre un menoscabo que cede en beneficio del que ejecuta la obra nueva.

²⁵ Carlos Muñoz Hidalgo, "Las Acciones Posesorias", (Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas, Universidad de Concepción, 2014), 131

²⁶ Ossorio, *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*, 968.

En ese sentido, deberá entenderse por turbación o embarazo de la posesión que es todo acto o hecho ejecutado de buena o mala fe, que, sin despojar al poseedor, tiende a disputar o cuestionar a otro de su posición a ejercer la posesión que pretende tener quien lo reclama, el perturbador quiere entrar en la posesión de la cosa que otro posee. Es aquí donde se pone en marcha la acción posesoria de amparo la cual se funda en defender la posesión, en la instancia el demandante aún no ha perdido la posesión, los hechos no han pasado de ser nada más de una simple molestia o embarazo de la misma, actos que de continuar traerán como consecuencia la pérdida de la posesión, por lo que dicha acción posesoria busca defender la posesión y evitar la pérdida de esta antes que suceda, debido a la turbación ocasionada. Pero si, por el contrario, si dicho acto de turbación o embarazo se ha consumado y el poseedor ha perdido su posesión, deberá intentar otra clase de acción posesoria, (como podría ser de restitución o de restablecimiento según sea el caso).

El hecho generador de la turbación invita a discutir la posesión del agredido, contradecir y cuestionar la posesión ajena; si carece de esa dirección, no justifica una acción posesoria, bien podrá incoar otras acciones civiles o penales, pero no un interdicto posesorio o acción posesoria.

2.2.2 Acción posesoria de restitución o despojo

En el mismo sentido, que la figura jurídica anterior, este tipo de acción posesoria tiene por objeto defender la posesión con la diferencia que para que esta se ponga en marcha, los actos de perturbación, han sido producidos, es decir, ya ha sido realizado despojo de la posesión. Es así como a través, de esta modalidad de acción posesoria, se busca reintegrar la posesión al estado en que se encontraba antes del despojo.

Por lo que la acción posesoria de restitución consiste en recuperar la posesión de los bienes raíces o derechos reales constituidos en ellos, de los que ha sido injustamente privado el poseedor, esto conforme dispone el art. 927 del C.C.

El sujeto activo encargado de poner en marcha este tipo de acción posesoria es todo aquel poseedor que ha sido despojado de su posesión. La acción para la restitución puede dirigirse no solo contra el usurpador, sino contra toda persona cuya posesión se derive de la del usurpador por cualquier título, siendo estos los sujetos pasivos, según el art. 928 C.C.

El usurpador es la persona que ha ejecutado el despojo, sea que lo haya hecho personalmente, sea que se haya valido de otras personas para llevarlo a cabo, es decir el autor material y moral del mismo.

Entre los requisitos de procedencia para que se dé una acción posesoria de restitución se encuentran: a) Posesión quieta, pacífica y no interrumpida por a lo menos un año completo, b) Haber sido privado de la posesión de que goza; y, c) Que la acción se ejerza dentro del plazo de un año contado desde el despojo.

El despojo es el punto principal para que proceda una acción posesoria de restitución, definiendo el despojo como: “aquel que consiste en privar al poseedor de la posesión de la cosa o impedirle el ejercicio del derecho que posee”.²⁷

El despojo se materializa cuando el poseedor es privado parcial o totalmente de la posesión, privándole de la cosa. Aunque el despojo se materialice en sólo una parte del inmueble o derecho sobre el mismo, es decir, de manera

²⁷ Hidalgo, “Las Acciones Posesorias”, 142

parcial, si les afecta sustancialmente, supone una privación posesoria.

La violencia en los hechos que provocan la usurpación, no es un requisito de procedencia de la acción posesoria de restitución. Esta acción sólo procede por hechos consumados de despojo y no en meras intenciones.

Tanto la acción de amparo como la de restitución tienen por objeto defender la posesión, ya que en la primera se pone de manifiesto cuando se atenta contra la posesión, es decir, que si se ve turbada o embarazada aquella, el poseedor tiene derecho a pedir este tipo de acción, y por el contrario, la segunda se solicita cuando el poseedor se ve privado de su posesión, así lo denota el art. 927 del C.C., una vez producido el despojo injusto de la posesión se activa esta clase de acción para recobrarla.

2.2.3 Acción posesoria de restablecimiento o despojo violento.

Es definida como la acción por medio de la cual, el poseedor o mero tenedor que ha sido violentamente despojado de su posesión o mera tenencia, persigue ser restituido al estado existente antes de la violencia, siendo esta regulada en el art. 929 del C.C. Dicha acción al ser ejecutada, se deberá entablar por parte del poseedor despojado quien tiene seis meses como plazo para accionar el aparato jurisdiccional para el establecimiento de su derecho, y de no hacerlo en ese tiempo dicha acción prescribirá.

En esta acción basta con probar nada más que el despojo violento, permitiendo hacer uso de ella no solo al que adquirió la cosa por un medio normal y pacífico sino también al despojador violento, o tenedor clandestino, ya que el artículo mencionado genera tal condición al decir que no se le podrá objetar clandestinidad o despojo anterior, por ende, para que opere dicha

acción, se necesitan los presupuestos siguientes:

Haber sido despojado de la posesión o mera tenencia;

El despojo debió ser de manera violenta; y

Haber tenido en el momento del despojo la posesión o mera tenencia del bien inmueble.

Este tipo de acción de restablecimiento es bastante cuestionada en el sentido que para muchos no es considerada como una acción posesoria como tal sino más bien, una acción personal, ya que es la única que ampara al poseedor violento que posteriormente a su vez se le despoja violentamente de su posesión, lo que constituye una incertidumbre jurídica, generada por el mismo art. 929 del C.C., al mencionar, que: “Todo el que violentamente ha sido despojado, sea de la posesión o sea de la mera tenencia, y que por poseer a nombre de otro, o por otra causa cualquiera no pudiere instaurar acción posesoria, tendrá sin embargo derecho para que se restablezcan las cosas en el estado que antes se hallaban. Restablecidas las cosas y asegurado el resarcimiento de daños podrán intentarse por una u otra parte las acciones posesorias que correspondan”.

Aspecto sobre el que la Cámara Tercera de lo Civil de la Sección del Centro en la Sentencia con número de referencia 77-PM-11 al ha establecido, que: “Hay por lo tanto, sólo dos clases de acciones posesorias propiamente dichas: las que tienen por objeto conservar la posesión, manteniendo al poseedor y amparándolo en su posesión, que corresponden a los interdicta retinendae possessionis; y las que tienen por objeto recuperar la posesión, restituyendo al poseedor en la posesión de que ha sido privado por otra persona, que corresponden a los interdicta recuperandae possessionis.

El art. 929 establece una acción especial de restablecimiento de las cosas en el estado en que se hallaban en el momento en que el poseedor o tenedor fue despojado violentamente de ellas, acción que corresponde a la actio spolii. E. Este es el marco conceptual que el legislador erigió para las acciones posesorias. Mismo que da soporte a las acciones posesorias especiales de que trata el título XIII del libro segundo del Código Civil.

Pese a esto, la acción posesoria de restablecimiento no es una verdadera acción posesoria sino una acción especial personal que tiene como fin reparar el daño causado sea tanto para un poseedor de buena o mala fe, siendo el mismo art. 929 el que menciona que: “cualquiera que no pudiese instaurar acción posesoria tendrá derecho para que se le restablezcan las cosas así también restablecidas las cosas podrán intentarse las acciones posesorias correspondientes.” Es así como el mismo legislador está manifestando que no estamos frente a una verdadera acción posesoria ya que el mismo recomienda en el inciso siguiente entablar las acciones posesorias que correspondan.

Las acciones posesorias de amparo y de restitución tienen por objeto conservar o recuperar la posesión frente a una perturbación o despojo, es el caso que la acción de Restablecimiento tiene como fin acabar con el despojo violento para que después de ello se pueda entablar una acción posesoria, es decir, que no vienen a pronunciarse sobre la posesión o tenencia de la cosa.

Esta acción sirve para sancionar al que ejecuta actos de violencia que provocan la desposesión del poseedor y debido a ello no la consideramos como una acción posesoria propiamente dicha, sino como una acción especial.

2.2.4 Trámite procesal de las acciones posesorias

Es importante conocer el procedimiento de cómo se tramitan las acciones

posesorias, ya que este es donde se disputa la conservación o recuperación de la posesión, como se mencionó antes, se tramitan mediante un proceso posesorio conforme a las reglas del proceso abreviado, su tramitación es más sencilla y breve que en el proceso común, la sentencia emitida en este proceso no produce efectos de cosa juzgada, ya que deja el camino abierto para acudir al juicio común en algún otro proceso en el cual puede ponerse en tela de juicio el dominio o propiedad de la cosa. Es así como el procedimiento conlleva las siguientes etapas:

2.2.5 Presentación del escrito inicial.

La acción se ejercita mediante una demanda que contiene la pretensión, la cual debe reunir los requisitos de la demanda simplificada en relación al art. 276 del CPCM. Esta pretensión debe estar fundamentada en el derecho de posesión que tiene la persona y el cual ve vulnerado.

Si el órgano jurisdiccional, a través de sus sucesivas instancias comprueba que la pretensión no se encuentra suficientemente fundada, la pretensión se rechaza.²⁸

Es decir, que una vez presentada la demanda de acuerdo los requisitos establecidos en el art. 276 del CPCM, procede a ser examinada y pueda ser que sea admitida o declarada bien inadmisibles o improponibles, sea el primer caso cuando en la demanda se incumplieran las formalidades establecidas para su presentación sea por contener defectos de forma, y puede ser

²⁸: "La acción es el derecho que tiene toda personas, para invocar la actividad jurisdiccional del Estado, al hacerlo, el actor formula su pretensión de modo completo, con lo que expone una serie de hechos que son el supuesto factico de una norma jurídica de la que se desprende la existencia de su derecho subjetivo; esos hechos se refieren a las condiciones de la existencia de la relación jurídica." Musto, *Derechos Reales*, 287

declarada improponible cuando los defectos que contiene son insubsanables.

2.2.6 Admisión de la demanda

Son requisitos esenciales para que pueda prosperar la pretensión del demandante, los siguientes:

Su calidad de poseedor material, o sea, tener la legitimación activa, la persona a quien se le privo del bien o que se le impidió ejercer normal y pacíficamente su posesión, lo cual se establece demostrando los actos mediante los cuales esta se exterioriza.

No es necesario demostrar la calidad de titular de derecho real principal, por cuanto lo que se protege es la posesión el fin que se pretende es dar a conocer que se cuenta con la potestad para proteger el derecho en conflicto.

Que la posesión material se haya ejercido tranquila, pacífica e ininterrumpidamente durante un año completo por lo menos, antes de producirse el hecho del despojo o los actos de perturbación.

Una vez admitida la demanda en caso que proceda, se emplazara al demandado para que conteste dicha demanda y en su caso se oponga a la misma todo ello en el plazo de diez días hábiles.

2.2.7 Rechazo de la demanda

Puede darse el caso que la demanda interpuesta contenga errores subsanables o insubsanables, es decir de forma o de fondo, y en este último caso de existir se declara improponible.

Lo anterior, según lo dispuesto en el art. 473 del CPCM, el cual expresa que las tres circunstancias por las que se puede declarar improponible la demanda, son las siguientes:

Cuando se funde la acción que pretenda conservar o recuperar la posesión de bienes raíces o de sus derechos reales constituidos en ella, si se incoaren después de un año, contado a partir del momento en que tuvo lugar la perturbación o despojo, reguladas estas en el título XII del Libro Segundo del Código Civil.

Cuando se funde la pretensión en la suspensión de una obra si esta hubiere finalizado, también se rechazará la demanda que pretenda la suspensión de una obra si ésta hubiera finalizado o hubiese transcurrido el plazo de tres meses, desde que el actor conociera la existencia de la obra.

Cuando se pretenda la suspensión de una obra si hubiere transcurrido el plazo de tres meses desde que el actor conociera la existencia de la obra. Esto se debe a que el actor a pesar de tener conocimiento de la obra, dejó transcurrir tres meses sin realizar ninguna diligencia para justificar la suspensión de la obra.

2.2.8 Audiencia por oposición

Una vez admitida la demanda, se le emplaza al demandado para que este se pronuncie en su defensa dentro del plazo de diez días hábiles, en todo caso, si el demandado deja transcurrir el plazo descrito sin manifestar su oposición, se dictará sin más trámite la sentencia, en tal caso, si hubieren fundamentos suficientes para declarar que el derecho lo tiene la parte actora en torno a sus

pretensiones dictándose sentencia estimativa, es decir, a favor de esta; por el contrario si no existieran pruebas suficientes se dictara sentencia desestimativa.

De conformidad a lo establecido en el art. 475 del CPCM, si el demandado una vez emplazado contesta la demanda y se opone a la pretensión, entonces el juez citará las partes a una audiencia.

En este caso, es cuando se sustancia el proceso posesorio remitiéndose a los artículos que regulan el proceso abreviado, sobre lo referente a la audiencia. Es en el desarrollo de la audiencia de mérito donde se manifiesta la oralidad, las partes comparecen para exponer sus alegaciones, frente al juez, una vez constituidos en la audiencia, el juez intentara que las partes lleguen a un arreglo para evitar continuar con el proceso, dándose una especie de conciliación, en el caso de no haber resultados como el descrito, se realizará la audiencia, concediéndole en un primer momento la palabra al demandante con el fin de ratificar, ampliar o reducir su demanda.

Seguidamente se dará la palabra al demandado para que este conteste y alegue sus pretensiones. A continuación, el demandado podrá formular la reconvencción, así también, contestará los defectos procesales y la reconvencción alegados por la parte demandada.

Las partes propondrán las pruebas que estimen necesarias para fundamentar los hechos alegados, en cuyo caso si el juez las estime pertinentes las admitirá. Producidas las pruebas las partes formularan sus alegatos finales²⁹.

²⁹ Código Procesal Civil y Mercantil, (El Salvador, Asamblea Legislativa de El Salvador, 2008) Art. 426-430.

La audiencia por oposición es un claro ejemplo de la oralidad en el proceso posesorio, la cual viene a complementarse con la escrituralidad, es decir, la documentación en la que se encuentra basada la pretensión.

2.2.9. Sentencia

Una vez concluida la audiencia, el juez podrá dictar sentencia en el acto, si es procedente. Si no lo es deberá anunciar verbalmente el fallo. En todo caso, ha de pronunciarse sentencia dentro de los quince días siguientes a la finalización de la audiencia de conformidad al art. 430 del CPCM.

El incumplimiento de dicho plazo hará incurrir al juez responsable en la sanción establecida en el art. 417 del CPCM.

La cual consiste en una multa cuyo monto será de un salario mínimo urbano más alto vigente por cada día de retraso. Contra esta sentencia solo procederá el recurso de apelación, y contra la sentencia dictada en este recurso no procederá recurso alguno más que el de casación.³⁰ .

2.2.10 Acciones posesorias especiales.

En la legislación salvadoreña se encuentra una segunda forma de conservar la posesión y esta es a través de las acciones posesorias especiales,

³⁰Sandra Duran, et al., "Los Procesos especiales y la aplicación del principio de oralidad en el nuevo Código Procesal Civil y Mercantil", (Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas, Universidad de El Salvador 2009), 147: "La apelación, es la consecuencia del principio de doble instancia o doble examen del mérito admitido por nuestra legislación. Consiste en que las resoluciones de los jueces inferiores pueden ser examinadas de nuevo a pedido de las partes por los tribunales superiores. Es el medio que permite a los litigantes llevar ante el tribunal de segundo grado una resolución estimada injusta para que sea modificada en su caso. Estas resoluciones recurribles serán las sentencias y los autos que pongan fin al proceso dictadas en primera instancia. La casación, en abierto contraste con el recurso de apelación (del que son susceptibles, prácticamente sin excepción, cualesquiera autos y sentencias que pongan término a la primera instancia), el recurso de casación no solo tiene limitados los motivos de fundamentación, sino que también se haya sensiblemente limitado en cuanto al régimen de resoluciones recurribles mediante su ejercicio."

establecidas en el título xiii del Código Civil.

Entre las que tenemos: la denuncia de obra nueva, denuncia de obra ruinoso, acciones relativas al agua y acciones populares o municipales.

Las acciones posesorias especiales realmente no son acciones posesorias en sí, ya que tienden a ver más que a la posesión, al ejercicio del derecho de propiedad estableciendo restricciones y limitaciones a este ejercicio, a fin de evitar daños o conflictos que pudieran ocasionarse.

Existen reglas comunes entre esta clase de acciones las cuales son:

No tienen lugar contra el ejercicio de servidumbres legalmente constituidas.

Se aplica la norma de la pluralidad de personas que pueden ser demandantes o demandadas de la denuncia.

2.2.11. Denuncia de obra nueva

Se define como “aquella acción judicial que a fin de prevenir un daño, se dirige a lograr la suspensión de los trabajos de una obra nueva, comenzados o a punto de comenzarse, hasta que el juicio correspondiente se resuelva sobre el derecho a continuar o no la obra”³¹

Doctrinariamente, según Velásquez Jaramillo se entiende por obra nueva: “toda construcción, siembra o plantación, que antes no existía dentro del

³¹ Fernando Carpio Arévalo, “La Protección Jurídica de la Posesión”. (Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas, Universidad de El Salvador, 1969), 125

predio o que aun habiendo existido ha tenido una modificación que lo hace diferente”.³²

Esta clase de denuncia es una acción conferida al poseedor como un derecho para solicitar que se prohíba toda obra nueva que se trate de construir sobre el suelo de que está en posesión, sea porque le causa un menoscabo en su ejercicio; por consiguiente, su objetivo es suspender todo trabajo en curso que perturbe un predio ajeno, encontrándose regulado de tal forma en el art. 931 del C.C.

Las acciones concedidas para la indemnización de un daño sufrido prescriben para siempre al cabo de un año, mientras que las dirigidas para precaver un daño no prescriben mientras haya justo motivo de temor.

Si la denuncia de obra nueva no se instaura dentro del año los denunciados serán amparados en el juicio posesorio una vez prescrito el derecho, y en consecuencia esta acción no tendrá lugar.

Es así como el art. 932 del C.C. señala las obras nuevas denunciables, encontrando así tres clases, a saber:

Las que, construidas en el predio sirviente, embarazan el goce de una servidumbre constituida en él.

Las construcciones que se trata de sustentar en edificio ajeno, que no esté sujeto a tal servidumbre.

Toda obra voladiza que atraviesa el plan vertical de la línea divisoria de dos

³² «<https://prezi.com/oo8mk9nsreig/acciones-posesorias-especiales/>». Consulta realizada el 16/04/17 a las 9:00 a.m.

predios, aunque no se apoye sobre el predio ajeno, ni de vista, ni vierta aguas lluvias sobre él.

Las acciones posesorias especiales cuentan con las siguientes características: son inmuebles, son reales, y requieren de la posesión continua y tranquila por un año. De modo que, la legitimación activa para entablar esta acción la tienen: los dueños o poseedores de los edificios o heredades perjudicados con la obra nueva, los titulares activos de la servidumbre cuyo goce embaraza la obra nueva construida en el predio sirviente y los que tengan en el edificios o heredades perjudicados con la obra nueva, los derechos de usufructo, uso o habitación.

2.2.12 Denuncia de obra ruinosa

A diferencia de la supra referida acción, esta tiene por objeto la reparación inmediata del edificio o construcción que, con la amenaza de su caída, infunde temor de daño, o el afianzamiento de árboles que, por el estado en que se encuentran, provocan la misma amenaza y temor, y la demolición de esos edificios o construcciones, o la extracción de esos árboles.

Dicha acción, busca proteger la integridad de las personas y de los bienes amenazada por la eventual caída del edificio, construcción o árbol vecinos.³³ La cual viene a garantizar el resarcimiento de daños causados a futuro, es decir, es una promesa de reparar.

Es así como esta acción esta conferida a toda persona que tema que la ruina de un edificio vecino le ocasione perjuicio, teniendo derecho de presentarse

³³ «<https://www.i-juridica.com/2013/03/21/denuncia-de-obra-ruinosa/>». Consulta realizada el 16/04/17 a las 9:20 a.m.

ante el Juez para que se mande al dueño de tal edificio derribarlo, si estuviere tan deteriorado que no admita reparación, o si la admite, se le ordene hacerla inmediatamente; en tal caso, si la persona no procede a cumplir con el fallo judicial se derribara o se hará la reparación a su costa, si el daño que se teme del edificio no fuere grave, en cuyo caso la persona dueña de la obra deberá rendir caución de resarcir todo daño que se dé por causa del mal estado del edificio. Si por el contrario el edificio cae por defecto de su mala condición se indemnizará a los vecinos, pero si cayere por caso fortuito (terremotos, rayos, tormentas etc.) no habrá lugar a esta, a excepción de comprobarse que la mala condición de la obra contribuyo a su caída.

Manuel Ossorio, la define como: “aquella denuncia hecha ante una autoridad competente del estado ruinoso de un edificio o construcción que crea riesgos respecto de quien la formula”.³⁴

Esta acción se ejerce siempre que haya un edificio u obra en ruinas que atenta contra la seguridad o la tranquilidad pública, teniendo por objeto mandar al dueño de tal edificio a derribarlo, repararlo u obligarlo a prestar caución que garantice la indemnización si la edificación se cae. En esta acción las partes reciben los nombres de: demandante: quien denuncia, y demandado: el denunciado.

El demandante: aquel quien denuncia, entendiéndose por tal "todo el que posea, ocupe o habite un predio cercano, próximo o inmediato al que causó el daño, sea que se halle contiguo, al frente o en cualquier otra dirección".³⁵ La denuncia de obra ruinoso no exige que se trate de una construcción o edificio

³⁴ Ossorio, *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*, 290.

³⁵ Arturo Alessandri y Manuel Somarriva, *Curso de derecho civil. Los bienes y los derechos reales*, (tercera edición, Editorial Nascimento, Santiago, 1974), 9549

antiguo, ya que es posible que se trate de obras nuevas ya hechas o aún no terminadas que puedan derrumbarse por defectos de construcción.

Por otro lado, sí exige que exista temor que se produzca un perjuicio para el denunciante y que la caída aún no se haya producido al momento de notificarse la demanda.

Además, de que se aporten por la parte denunciada, planos, permisos de edificación y comprobantes de ingreso municipal, en razón de ello, no es óbice para que se acoja la acción si se constata el hecho objetivo consistente en que el edificio o construcción antigua o nueva amenace caer y provocar un daño.

2.2.13 Acciones relativas al agua

Este tipo de acciones se encuentran en el Código Civil en el Título XIII “De algunas acciones posesorias especiales”.

A estas acciones, no se les atribuyó un nombre especial y se agruparon por tener semejanza en sus procedimientos y derivarse de relaciones de vecindad y por tener un interés común.

En ese sentido, entre las referidas acciones, según Fernando Carpio Arévalo³⁶, encontramos:

Acciones que se otorgan a personas perjudicadas por labores que tuercen o desvían la dirección de las aguas corrientes:

Estas consisten, en que el poseedor del bien inmueble se ve perjudicado por labores que realiza su vecino colindante con las cuales provoca el tuerce o

³⁶ Carpio Arévalo, “La Protección Jurídica de la Posesión”, 125

desvió de la dirección de las aguas, lo cual faculta para entablar una acción de este tipo. Dicha acción está regulada en el art. 939 del C.C., en el cual se menciona: “El que hace obras para impedir la entrada de aguas, que no está obligado a recibir, no es responsable de los daños que atajadas de esa manera y sin intención de ocasionarlos, puedan causar en las tierras o edificios ajenos”.

Lo anterior viene a reafirmar el derecho consagrado en los arts. 937 y 938 del C.C., en los cuales se otorga a los vecinos de un inmueble colindante, en el cual su poseedor o dueño hiciere labores que indirectamente les llegare a perjudicar, ya sea quitándoles el beneficio que las aguas corrientes les producen, también causándoles un perjuicio con estas cuando en vez de poderse servir de ellas les dañen sus propiedades.

En referencia a esto las precitadas disposiciones establecen: “Que, si hicieren estacadas, paredes u otras labores que tuerzan la dirección de las aguas corrientes, de manera que se derramen sobre el suelo ajeno, o estacándose la humedezcan, o priven de su beneficio a los predios que tienen derecho de aprovecharse de ellas, mandará el Juez a petición de los interesados, que las tales obras se deshagan o modifiquen y se resarzan los perjuicios”.

En esa misma idea, el segundo de ellos describe que: “no solo aplica a las obras nuevas, sino también a las ya hechas, mientras no haya transcurrido un tiempo bastante para construir un derecho de servidumbre.

Pero ninguna prescripción se admitirá en favor de las obras que corrompan el aire y lo hagan conocidamente dañoso”.

Esta acción deberá ser ejercitada por los interesados quienes deberán probar la posesión actual del inmueble por el poseedor que resulta dañado y para

poder aprovecharse de las aguas, bastando con demostrar el derecho que emana de la posesión existente al tiempo de deducirse la acción; ya, que el uso de las aguas lo constituye al que las usa en poseedor del derecho de aprovechamiento de las mismas; ya que dispone de ellas y las utiliza a su beneficio.

Acción que nace por el establecimiento del agua o desviación de su cauce por la acumulación de materias que la misma acarrea.

Esta acción, se refiere a la perturbación de la posesión por causas naturales, misma que el art. 940 del C.C. hace mención, de conformidad a que: “si corriendo el agua por una heredad se estancare o torciere su curso, embarazada por el cieno, piedras, palos u otras materias que acarrea y deposita, los dueños de las heredades en que esta alteración del curso del agua cause perjuicios, tendrán derecho para obligar al dueño de la heredad en que ha sobrevenido el embarazo, a removerlo, o les permita a ellos hacerlo, de manera que se restituyan las cosas al estado anterior.

El costo de la limpia o desembarazo se repartirá entre los dueños de todos los predios a prorrata del beneficio que reporten del agua”.

En definitiva, esta no es una acción posesoria propiamente tal ya que no existe ningún acto humano que perturbe la posesión, sino que el acto de la perturbación es ocasionado por causas naturales.

Negligencia dañosa en darle salida a las aguas de que se sirve un predio: Esta acción se configura en el art. 941 del C.C, que literalmente dice: “Que siempre que las aguas de que se sirve un predio, por negligencia del dueño en darle salida sin daño de sus vecinos, se derramen sobre otro predio, el dueño de

este tendrá derecho para que se le resarza el perjuicio sufrido, y para que en caso de reincidencia se le pague el doble de lo que el perjuicio importare”.

La disposición es más que clara, ya que en ella expresa que el poseedor que se vea afectado por derrame de las aguas en su predio, tendrá derecho a solicitar que le sean resarcidos los perjuicios ocasionados, y en caso de reincidir o volverse a dar en una segunda ocasión se le pagare el doble del importe del perjuicio.

Es muy común encontrar en las zonas rurales de El Salvador este tipo de situaciones, donde el vecino A le permite al vecino B el paso de las aguas sobre su terreno, y debido a negligencia o falta de cuidado de ambos, se venga a dañar a vecinos terceros, dándose el problema que muchas personas afectadas desconocen la existencia de esta acción que los ampara en caso que no se le quiera resarcir el daño ocasionado.

Acciones encaminadas a impedir depósitos o corrientes de agua o materias húmedas o plantaciones. Esta acción opera en los siguientes casos, según el art. 942 C.C.:

Para impedir que cerca de las paredes del poseedor haya depósitos o corrientes de agua, o materias húmedas que puedan dañarla, Impedir que se planten arboles a menos distancia que la de dos varas y media, es decir, a dos metros y medio, ni hortalizas o flores a menos distancia que la de una vara y media, mejor dicho, a un metro y medio.

Si los arboles fueren de aquellos que se extienden a gran distancia sus raíces, podrá el Juez ordenar que se planten a la que convenga para que no dañen a los edificios vecinos, el máximo de la distancia señalada por el Juez será de seis varas lo que equivale a cinco metros. Los derechos concedidos en este

artículo subsistirán contra los arboles flores u hortalizas plantadas, a menos que la plantación haya precedido a la construcción de las paredes.

Si un poseedor se ve amenazado ante la primera situación mencionada, referente a depósitos o corrientes de agua, puede avocarse a una Alcaldía Municipal para denunciar dicho acto, ya que las Alcaldías Municipales han emitido Ordenanzas Municipales, tendientes a la protección, conservación y recuperación del medio ambiente, como es el caso de la Alcaldía Municipal de Zacatecoluca, la cual en el artículo veintidós de dicha Ordenanza, establece: “Toda persona natural o jurídica que utilice aguas subterráneas mediante perforación de pozos debe solicitar el permiso correspondiente a la autoridad competente y la Autoridad Municipal verificara si estos lo poseen”.

Puede darse el caso que un vecino quiera construir un pozo , contiguo a las paredes de su vecino, lo cual le ocasionara daños cuantiosos en su patrimonio, ante lo cual, la persona afectada puede avocarse a determinada Alcaldía, donde el vecino que está construyendo debió de haber tramitado un permiso previamente, a fin de no ocasionarle daños a terceros, ya que al no contar con un permiso podrá ser sancionado ya sea con una multa o con una sanción administrativa donde se le suspenda o cancele el permiso concedido si lo tuviere.

Acceso coactivo al terreno ajeno para entrar a coger los frutos que dan las ramas tendidas, lo cual se encuentra Regulado en el art. 944 del C.C, el cual expresa, que: “los frutos que dan las ramas tendidas sobre terreno ajeno, pertenecen al dueño del árbol; el cual, sin embargo, no podrá entrar a cogerlos sino con permiso del dueño del suelo, estando cerrado el terreno. El dueño del terreno será obligado a conceder este permiso; pero solo en días y horas oportunas, de que no le resulte daño”.

Las acciones posesorias especiales innominadas, no son realmente acciones posesorias ya que tienden a hacer efectivas las restricciones del dominio para evitar que dentro de las relaciones de vecindad, las inmisiones o influencias causada directa o indirectamente, puedan perjudicar en forma más o menos considerable la propiedad ajena, en ningún momento hay una privación injusta de la posesión en los caso antes expuestos; no atendiendo así al fin de las verdaderas acciones posesorias como lo establece el art. 918, el cual nos menciona, que tienen por objeto conservar o recuperar la posesión de bienes raíces o derechos reales constituidos en ellos.

Las acciones antes mencionadas se encuentran reguladas del art. 936 al 946 del C.C, y estas son otorgadas a cualquier propietario que se ve afectado con el desvío de la corriente de las aguas, depósitos de agua, arboles mal arraigados, etc.

En cambio, la Ley de riego y avenamiento que también regula sobre los problemas suscitados por el desvío de la corriente de las aguas, solamente es aplicable para la producción agropecuaria.

La anterior acción, tiene por objeto incrementar la producción y la productividad agropecuaria mediante la utilización racional de los recursos suelo y agua, para el desarrollo económico y social.³⁷

2.2.14 Acciones populares o municipales

Las acciones populares se encuentran reguladas a partir del art. 947 al 951 del C.C.

³⁷ .Ley de riego y avenamiento de El Salvador, (El Salvador, Asamblea Legislativa de El Salvador, 1970), Art.1

Pero, ¿Qué son las acciones populares? Estas son las acciones que se reconocen a toda persona para la defensa de un interés público y sobre todo aquellas, que han o pueden sufrir un daño en su interés privado.³⁸

Acción popular nacida en provecho de los bienes nacionales de uso público: Esta acción está regulada en el art. 949 del C.C. el cual expresa, que: “La Municipalidad y cualquier persona del pueblo, tendrá en favor de los caminos, plazas u otros lugares de uso público, y para la seguridad de los que transitan por ellos, los derechos concedidos a los dueños de heredades o edificios privados”.

Y, siempre que a consecuencia de una acción popular haya de demolerse o enmendarse una construcción, o de resarcirse un daño sufrido, se recompensara al actor, a costa del demandado con una suma que no baje de la décima, ni exceda de la tercera parte de lo que cueste la demolición o enmienda, o el resarcimiento del daño; sin perjuicio de que, si se castiga el delito o negligencia con una pena pecuniaria, se adjudique al actor la mitad.” De lo que se advierte, que estas acciones populares se dirigen a la protección de derechos reales y no personales como si lo hace la consagración constitucional de esta figura.

En ese mismo sentido, se denota que pueden alegar esta acción tanto la municipalidad, como cualquier persona del municipio ya que ellos tienen a su favor los caminos, plazas u otros lugares de uso público.

En cuanto al Medio Ambiente las Alcaldías Municipales deben adoptar las medidas de protección necesarias para su preservación, por ejemplo:

³⁸ «<https://es.scribd.com/presentation/58705872/Acciones-Poseorias-Especiales-Derecho-Civil>». Consulta realizada el 16/04/17 a las 12:30 m.d.

La ordenanza Municipal de Conservación del Medio Ambiente del Municipio de San Francisco Gotera, Departamento de Morazán: Establece en su considerando V y VI, que es prioridad de la Municipalidad el interés colectivo, la protección del medio ambiente a través de la conservación de los bosques naturales, la biodiversidad, la ampliación de la masa boscosa y la fauna, dentro del Municipio.

Es necesario, evitar la contaminación de los mantos acuíferos, los ríos y sus cuencas, así como el mal uso de las aguas, con fines agropecuarios, así como la contaminación por otros, como Dióxido de Carbono, Monóxido de Carbono, sonido, etc.

Por consiguiente el objetivo principal de esta ordenanza es evitar graves consecuencias a los recursos naturales y al medio ambiente, de conformidad a lo establecido en los artículos 58 y 72 de la relacionada ordenanza, los cuales mencionan que es obligación de todo propietario del terreno con pendientes mayores del doce por ciento, establecer practicas o tratamientos de conservación de suelos basados en la capacidad agrologica de los suelos, tales como barreras vivas y muertas, acequias de laderas, terrazas, etc., manteniendo la fertilidad natural de los suelos y evitando la erosión.

La prohibición para estos de botar basura en los lugares públicos y de cualquier otro lugar que afecte en gran medida la salud humana, como ríos o quebradas, evitando de esta manera la contaminación del medio ambiente.

Y, por otra parte, estatuye en el art. 14, que el depósito de materiales de construcción en las aceras, que son destinados para obras que se ejecuten con la licencia respectiva, podrá hacerse por un periodo de cinco días, sin permiso de la municipalidad, necesitándose una autorización para un plazo

mayor, en cuyo caso no podrá exceder de quince días; vencido el plazo deberá dejarse completamente limpio el espacio ocupado. Esta autorización no podrá concederse cuando el depósito de dichos materiales ponga en peligro la seguridad de los peatones.

En caso de demolición de edificaciones se tendrá en cuenta como prioridad la seguridad de los peatones, la limpieza del ripio estará a cargo del propietario del inmueble. Cualquier institución pública o privada, o el propietario del inmueble que llevare a cabo trabajos en aceras, calles o en cualquier lugar público, tendría la obligación de completar el trabajo y de limpiar el ripio o desechos que hubiese producido dicha obra.

Después de conocer las acciones posesorias existentes, se establece que únicamente existen dos que amparan la posesión, siendo la acción de amparo y la acción de restitución de despojo, ya que ambas tienen el objetivo de conservar o recuperar la posesión de los bienes raíces o bien de los derechos reales constituidos en ellos.

En conclusión, la acción de Restablecimiento es para nosotros un medio para volver al estado en que se encontraban antes del despojo violento la posesión, pero deja la libertad que después de ello, pueda instaurarse acción posesoria según corresponda. Mientras que las acciones posesorias especiales tienen como objetivo principal imponer limitaciones y restricciones al derecho de propiedad que tiene una persona para evitar que este cause menoscabo en la posesión del otro u otros, pero se aparta de la idea principal de lo que es una acción posesoria, la cual tiene por espíritu la conservación y recuperación de la posesión.

Sin duda son las acciones posesorias los medios que se le otorgan al poseedor

para defender, conservar o recuperar su posesión, pero puede darse el caso que el poseedor sea considerado como un usurpador, por ello, es conveniente traer a colación algunos comentarios acerca de la figura de la Usurpación de inmuebles.

2.3 Usurpación de inmuebles

Al tratar de usurpación de inmuebles se refiere a un delito patrimonial que afecta el derecho real de una persona.

Las usurpaciones de inmuebles han sido tipificadas como delito por parte del legislador salvadoreño en el Código Penal, siendo regulado en el art. 219 de dicho Código, siendo regulado de la siguiente manera “El que con fines de apoderamiento o de ilícito provecho, por medio de violencia, amenazas, engaño o abuso de confianza, despojare a otro de la posesión o tenencia legal de un inmueble o del ejercicio de un derecho real constituido sobre él, sea que el despojo se produjere invadiendo el inmueble, permaneciendo en él o expulsando a los ocupantes, será sancionado con prisión de uno a tres años.”, cabe mencionar que la pena de prisión para este delito al no ser mayor de tres años puede ser excarcelable al otorgarse la suspensión condicional de la ejecución de la pena, beneficio penal establecido en el art. 77 del Código Penal.

La Cámara de la Tercera Sección de Occidente en sentencia definitiva con número de referencia APN 213-13, emitida el diez de enero de dos mil catorce a las dieciséis horas, en relación al delito de usurpación de inmueble ha manifestado lo siguiente “La acción típica consiste en despojar del inmueble a su tenedor o poseedor. El despojo se caracteriza por una doble consecuencia: de una parte, el poseedor, tenedor o sus representantes deben de resultar

desplazados o excluidos de su ocupación; de otra, el usurpador ha de estar en condiciones de permanecer en la ocupación. Las consecuencias señaladas puede lograrlas el autor invadiendo el inmueble, permaneciendo en él o expulsando a sus ocupantes. Se despoja, penetrando y expulsando al sujeto pasivo o a sus representantes o impidiéndoles la entrada, si en el momento de la invasión estaban ausentes.

También cumple la acción típica quien estando ya en el inmueble a un título que no le confiere su tenencia, se mantiene en él o expulsa a sus ocupantes. Los medios que la ley menciona para ejecutar la acción de despojo, son la violencia, las amenazas, el engaño y el abuso de confianza; que deben de ser empleados para consumir el despojo y no para mantenerse en la posesión o tenencia ya logradas antes por otros medios. La violencia física puede recaer sobre las personas o sobre las cosas. La ejercida sobre las personas puede ser empleada para sacar el ocupante del inmueble, para impedirle la entrada al lugar que ocupaba o para reducir o limitar la ocupación. La violencia ejercida sobre las cosas, debe de caer sobre las resistencias destinadas a impedir la ocupación del inmueble. Las amenazas, están constituidas por el anuncio de un mal futuro destinado a doblegar la voluntad del sujeto pasivo, y deben haber sido empleadas para lograr el despojo. El engaño, es la falta de verdad en lo que se piensa, se dice o se hace creer, debe de guardar relación con el goce de la posesión o la tenencia por sí o como ejercicio de un derecho real sobre el inmueble, y tener por efecto la privación de alguna de ellas.

El abuso de confianza, es otro de los medios por los que puede ser perpetrado el despojo. La simple prolongación de la permanencia, sin invocar, o más exactamente, sin ejercitar un título distinto del que se tiene, no es usurpación, Ello es así, porque los medios enunciados por la ley deben haber sido empleados para el despojo y no para mantenerse en una tenencia de la que

ya se goza. Para que esta clase de delitos se configure, es necesario se prueben todos los elementos del tipo penal del delito en referencia y los que han quedado anteriormente relacionados de lo contrario, si no se cuentan con estos elementos es imposible determinar la existencia del delito de Usurpaciones de Inmuebles, tomando en consideración que la simple ocupación de un inmueble no basta para adecuarla a conducta típica que describe el artículo doscientos diecinueve del Código Penal. Que el usurpador sea condenado lo obliga a restituir el bien inmueble que despojó, interrumpiendo así la posesión del bien inmueble que el usurpador tenía por lo que no podrá adquirir el dominio del mismo por prescripción adquisitiva ordinaria o extraordinaria”.

La posesión no interrumpida está regulada en el art. 2240 del C.C. que establece: “Posesión no interrumpida es la que no ha sufrido ninguna interrupción natural o civil.” Sobre este último tipo de interrupción el mismo Código, en cita en el art. 2242 establece lo que debe entenderse por tal: “Interrupción civil es todo recurso judicial intentado por el que se pretende verdadero dueño de la cosa contra el poseedor”, por lo que el usurpador no podrá acreditar en el proceso declarativo común de prescripción adquisitiva ordinaria o extraordinaria que ha cumplido con los requisitos para dichas prescripciones. Y frente a la usurpación, el dueño del bien inmueble puede recuperar el dominio arrebatado mediante el Proceso Reivindicatorio, el cual se presenta de manera breve.

2.4 Acción reivindicatoria

A manera de ilustración se considera conveniente mencionar el Proceso Reivindicatorio, como mecanismo de protección de la acción del mismo nombre ya que si bien es cierto, concierne al derecho de dominio, es

importante conocerlo.

2.4.1 Definición

El Código Civil, define la acción de reivindicación o la acción de dominio, como la que tiene el dueño de una cosa singular, de que no está en posesión, para que el poseedor de ella sea condenado a restituírsela, de conformidad a lo establecido en el art. 891 del C.C.

Manuel Ossorio sostiene que la acción reivindicatoria es “Aquella que tiene por objeto el ejercicio, por el propietario de una cosa, de los derechos dominicales, a efectos de obtener su devolución por un tercero que la detenta”.³⁹ En igual sentido, Guillermo Cabanellas de Torres en su *Diccionario Jurídico Elemental* manifiesta que: la “Acción reivindicatoria”, constituye una acción real dirigida a recuperar una cosa de nuestra propiedad, que por cualquier motivo está poseyendo otro, con sus frutos, productos o rentas. Es consecuencia esencial e inmediata del dominio”⁴⁰

Para la Honorable Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia la acción reivindicatoria es: “Una acción real, pues nace del derecho real de dominio, el cual permite exigir el reconocimiento de ese derecho y, consecuentemente, la restitución de la cosa por el tercero que la posea”.⁴¹

Tras esta definición se puede decir que la acción reivindicatoria “Es el derecho que le nace a toda persona dueña y titular legítima de una cosa singular de la que no está en posesión, ejerciendo su derecho amparada en la norma jurídica

³⁹ Ossorio, *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*, 26.

⁴⁰ Guillermo Cabanellas de Torres, *Diccionario Jurídico Elemental*, (Editorial Heliasta, 1993), 12.

⁴¹ Sentencia, Referencia 274-C-2005, (El Salvador, Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia, 2008).

en contra de un tercero que posee la misma, para el restablecimiento de su derecho mediante una sentencia definitiva para que la misma sea devuelta”.

2.4.2 Presupuestos para ejercitar la acción reivindicatoria

Del concepto legal se infieren los requisitos que tanto la doctrina, como la jurisprudencia han señalado para poder ejercitar la acción reivindicatoria, siendo estos los siguientes: Que el demandante es el dueño de la cosa que se trata de reivindicar, mediante la cual debe probarse con el título de propiedad, debidamente registrado, como el medio idóneo para fundamentar tal calidad.

Esta es la condición esencial para estar legitimado en el derecho de acción. No obstante, jurídicamente existen situaciones que, si bien no son exactamente las de un propietario, llevan aparejadas características semejantes, tales son: las del poseedor que está en vías de adquirir la cosa por prescripción y la del poseedor regular que, sin estar en vías de prescribir, ostenta mejor calidad y mejor derecho que el autor del despojo, todos estos pueden intentar la acción reivindicatoria contra el detentador que alega derechos de dominio sobre la cosa y, el éxito de la acción depende de que el autor pruebe los presupuestos procesales citados con anterioridad.

Que el demandado se encuentre en posesión del inmueble, entendiéndose por posesión, tal como se explicó en apartados anteriores, el dominio aparente sobre un bien; entiéndase, que es preciso que se dé en los hechos esta realidad: como ejemplo: que una persona que ha tomado posesión de la cosa, que la detenta y ejerce sobre ella los actos típicos del dueño.

No obstante, si se hace referencia a este como detentador, es porque jurídicamente su situación será la de un poseedor irregular por la falta de justo

título y buena fe, elementos indispensables para que su status sea el de un verdadero poseedor regular, pero bien entendido que de estos elementos solamente pueden trascender en el proceso y no en la realidad sensible; es decir, que los hechos externos no reflejan si el que los ejecuta es poseedor, mero tenedor o dueño, de ahí que la diferencia reside en la calidad condición jurídica que les permite ejecutarlos, por ello, es la prueba la que tiene que definir ese punto, es en ella donde el actor, tiene que establecer su mejor derecho sobre la cosa en relación al despojante.

De lo que se colige que, la Revista de Líneas y Criterios Jurisprudenciales de la Sala de lo Civil, 2010, pág. 7, cita ésta acción de la siguiente manera: “Acción reivindicatoria. Objeto. La Sala considera, que la ley ha concedido la acción reivindicatoria como una medida de protección al dominio, la cual tiene por objeto el reconocimiento del dominio y la restitución de la cosa a su dueño por el tercero que la posee, el actor no pretende que se declare su derecho de dominio, puesto que afirma tenerlo, sino que demanda del juzgador que su derecho de dominio sea reconocido y, como consecuencia, que ordene la restitución de la cosa a su poder por quien la posee. Extremos a probar. Para efecto de establecer en un proceso los elementos de la acción reivindicatoria, lo que se requiere es que se pruebe quien es el actual poseedor del bien, pues contra él se dirige la acción, no importa cuánto tiempo lo ha tenido en su poder, sino que en el momento de solicitarla la tiene. Son tres los principales puntos que deben de establecerse o probarse por la persona que ejerce la acción de dominio o reivindicación en el proceso respectivo; el dominio de la cosa por parte del actor; la posesión de la cosa por el demandado; y, la identificación o singularización de la cosa reivindicada.”⁴²

⁴² Sentencia, Referencia INC-APEL-01-04-2016, (El Salvador, Cámara de lo Civil de la Primera Sección de Occidente, 2016).

Por tanto, deberá entenderse que el asidero legal de la pretensión reivindicatoria o acción de dominio se encuentra en el art. 891 C. C.; y no es más que aquella acción que tiene el dueño de una cosa singular, de que no está en posesión, para que el poseedor de ella sea condenado a restituirla.

Es el fundamento de aquella pretensión, el poder de persuasión y la inherencia del derecho a la cosa, propios de todo derecho real y muy en particular del derecho de propiedad. En ese sentido, por la pretensión reivindicatoria el actor no pretende que se declare su derecho de dominio, puesto que afirma tenerlo, sino que pretende del Juez, que lo haga reconocer o constar y como consecuencia ordena la restitución de la cosa a su poder por el que la posee. Lo descrito significa que la pretensión reivindicatoria no es otra que recobrar lo que se perdió y que otro está disfrutando o que se le conceda la posesión como hecho al que no la ha adquirido como tal, puesto que, si bien ostenta la posesión jurídica, no puede gozar de la cosa de la que es dueño y por ello le es permitida la acción de dominio por falta de posesión de la cosa de la que es dueño para que vuelva al poder del reclamante mediante la figura de la restitución.

Lo anterior siempre y cuando se prueben los requisitos supra citados con la finalidad de evidenciar tal pretensión, de manera que la cosa que se reivindica debe determinarse e identificarse de tal forma que no quepa duda alguna que la cosa cuya restitución se reclama es la misma que el reivindicado posee y para el presente caso tratándose de inmuebles es menester fijar de manera precisa la situación, cabida y linderos de los predios. En tenor de lo expuesto en el art. 891 C.C., acreditando los extremos que se requieren en la pretensión incoada en la demanda.

CAPITULO III

PROCESO DE DESALOJO PARA LA GARANTÍA DE LA PROPIEDAD O POSESIÓN REGULAR DE INMUEBLES

El capítulo tres tiene como propósito exponer el procedimiento especial de desalojo que se encuentra establecido en la ley en estudio, específicamente demostrar que el Art. 7 de LEPGRRRI, referente a la reincidencia, manifiesta una clara limitante al derecho de audiencia para el supuesto reincidente, ya que, le impide poder explicar los motivos por los cuales continua en posesión del bien inmueble, a pesar de haber sido declarado invasor y ordenado a desalojarlo. Por lo que la reincidencia establecida en dicho artículo ordena desalojar sin mayor trámite ni diligencia al supuesto reincidente sin darle la oportunidad de ejercer su defensa en ninguna oportunidad, lo cual constituye una clara limitante impuesta por el legislador.

3.1 Generalidades

En este apartado se desarrollarán los principales aspectos de la Ley Especial para la Garantía de la Propiedad o Posesión Regular de Inmuebles, en la cual descansa el procedimiento de desalojo.

El proceso de desalojo es uno de los procesos que vulneran garantías y derechos fundamentales de los seres humanos que tienen un derecho reconocido por la misma norma constitucional sobre una propiedad o estando únicamente en posesión de esta, en esa línea se desarrolla de conformidad a la Ley Especial para la Garantía de la Propiedad o Posesión Regular de Inmuebles por sus siglas LEGPPRI, lo relativo al procedimiento de desalojo,

ya de esta, es lo deviene y de la cual se deriva tal situación, específicamente en vulneración del Art. 7 del C.P.C.M., referido a la figura de la Reincidencia.

3.1.1 Objeto de la Ley

De conformidad al art. 1 de la LEGPPRI, esta tiene por objeto “establecer un procedimiento eficaz y ágil, a fin de garantizar la propiedad o la posesión regular sobre inmuebles, frente a personas invasoras”.

Lo anterior es evidente ya que el propósito mismo de la Ley es agilizar el procedimiento, hacerlo más fácil, rápido y sencillo, evitando que se ventilen en procesos largos y retardados como un proceso posesorio o reivindicatorio etc.; que como es de conocimiento en su tramitación procesal surgen incidentes que paralizan la continuación normal de la causa.

3.1.2 Competencia

La autoridad competente que conocerá de la causa en comento y a la vez aplicará la ya la relacionada ley lo establece en su art. 2. El cual refiere que la autoridad competente para conocer de los procedimientos establecidos en la presente Ley, será el Juez de Paz de la jurisdicción donde se encuentre el inmueble invadido. Es de esa manera que la ley es específica y establece que funcionario judicial, donde se encuentra el bien inmueble invadido será el único encargado de conocer del procedimiento en cuestión, así como también en el caso de reincidencia de inmuebles que señala la supra citada ley.

3.1.3 Legitimación activa

La ley señala en su art. 3 lo siguiente: “Podrán iniciar el proceso establecido

en la presente Ley: a. El Fiscal General de la República, cuando el inmueble invadido sea propiedad del Estado. b. El propietario del inmueble, su representante legal o apoderado. c. El poseedor regular, su representante legal o apoderado”.

Es decir que la persona que ve su derecho de Posesión o Propiedad violentado, es el facultado para ejercitar su derecho de acción e iniciar el procedimiento conferido por la ley ante el Juez competente, siempre y cuando lo haga alguna de las partes legitimadas; siendo que la ley es taxativa al mencionar quienes pueden hacerlo.

Tal consideración debe entenderse así, de conformidad a la Sentencia de Amparo con número de referencia 422-98, emitida por la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, el día veinticinco de enero del año dos mil, la que debidamente señala que por legitimación procesal debe entenderse que “[...] es la consideración que hace la ley dentro de cada proceso respecto de las personas que se hallan en una determinada relación con el objeto del mismo. En tal sentido, a este nivel -legitimación-, ya no sólo nos interesa que exista la capacidad procesal, pues esto nos resuelve el problema al referirse en general a cualquier proceso, pero no a uno en particular. Por lo que, dentro de cada proceso, deben legitimarse activa y pasivamente las personas que intervienen en la "relación", por ejemplo: el acreedor es el único legitimado activamente para reclamarle a su deudor (legitimado pasivamente); el propietario de un inmueble para reivindicar el mismo a través del correspondiente proceso civil y frente al poseedor actual; el que ha sufrido alguna violación a sus derechos constitucionales para pedir amparo frente a la "autoridad" que supuestamente emitió el acto violatorio. Esto es, pues, lo que se conoce como legítima contradicción, la cual, en principio o *in limine litis*, no es necesario demostrarla, sino que basta

atribuirla subjetivamente en la demanda, es decir, basta con el hecho que el demandante se auto atribuya la titularidad del derecho violado y le atribuya al sujeto pasivo vinculado a su pretensión la emisión del acto reclamado (sic)". Ante lo anterior expuesto, es menester señalar que se le atribuye la legitimación activa a la persona que ha sufrido la violación de su derecho de posesión o propiedad y esto le da la potestad para acudir al órgano jurisdiccional o autoridad administrativa para que se inicie el procedimiento respectivo, es decir, el demandante. Y por consiguiente la Legitimación Pasiva, le corresponde a la persona contra quien se dirige la pretensión, es decir, el invasor.

3.1.4 Procedimiento de desalojo

El Procedimiento que se emplea de conformidad a la ley se encuentra señalado en el art. 4 el cual se desarrolla de la forma siguiente:

Las personas mencionadas en el Art. 3 de la presente Ley, solicitarán al Juez, por escrito o en forma verbal, el lanzamiento de los invasores, presentando para ello los documentos que acrediten su derecho de dominio o posesión regular.

Dentro de las veinticuatro horas posteriores de haber recibido la denuncia, el Juez de Paz deberá apersonarse al inmueble invadido a fin de realizar inspección de campo con la finalidad de verificar la realidad de los hechos denunciados, haciéndose acompañar por un representante de la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos, de agentes de la Policía Nacional Civil, de su Secretario y de peritos o ingenieros topógrafos si lo considera conveniente.

En un plazo máximo de tres días, después de realizada la mencionada inspección, el Juez, convocará a audiencia, la cual deberá efectuarse a más tardar dentro tres días hábiles posteriores de realizada dicha convocatoria, la que, se realizará con las reglas de la vista pública en lo que aplique, con el fin que los titulares de los derechos infringidos e invasores aporten las pruebas necesarias. Es menester aclarar que, no obstante, la audiencia se celebrará con las reglas de la vista pública, esto no hace a la ley de naturaleza penal.

El plazo mencionado para la realización de la audiencia podrá ser prorrogado por el juez, a solicitud de las partes por tres días más, únicamente cuando la documentación a presentar no haya sido extendida por las entidades públicas correspondientes.

3.1.5 Medida cautelar (Inconstitucional)

El art. 5 de la Ley establecía una medida cautelar la cual fue declarada inconstitucional por la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, mediante Sentencia de 12-XI-2010, y numero de referencia 40-2009/41-2009, sobre las medidas cautelares la Sala estableció en dicha sentencia que: “constituyen mecanismos *cuya finalidad es asegurar la eficacia de la decisión que resolverá en forma definitiva la controversia planteada ante la autoridad judicial*, sin que esto deba significar una condena o castigo previo al juzgamiento. En ese sentido las medidas cautelares no constituyen en sí mismas una privación de derechos, sino que son medidas precautorias para evitar un inútil dispendio de la actividad jurisdiccional. En ese orden de ideas, la disposición impugnada contempla la posibilidad que el desalojo opere como una medida cautelar, cuando la acción de expulsar a una persona o grupo de personas que ocupan un inmueble para restituirselo a su propietario, *sólo*

puede ser consecuencia directa de un pronunciamiento de fondo en el cual el órgano jurisdiccional ha estimado la pretensión del actor.

Y es que, habiéndose dictado sentencia definitiva en esos términos, luego de haberse tramitado un proceso de conocimiento, el condenado puede voluntariamente restituir el inmueble; sin embargo, si aquél se niega a cumplirlo, será el juzgador el que realice todas aquellas actuaciones necesarias para llevar a efecto su pronunciamiento –la ejecución forzosa-, siendo pues el desalojo una manifestación clara de esta potestad jurisdiccional de *ejecutar lo juzgado*, claro está, en un *proceso de ejecución*. Por tanto, el desalojo en la normativa procesal impugnada, lejos de constituirse como una medida cautelar que asegure la eficacia de una decisión de fondo, funciona como una sentencia de condena adelantada, vulnerándose con ello el principio de inocencia.”

La medida cautelar establecida en el artículo supra mencionado consistía en lo siguiente: “A fin de proteger la propiedad o posesión regular, el Juez podrá decretar como medida cautelar el desalojo de los posibles invasores cuando:

- a. Existan indicios suficientes que existe una posible usurpación o posesión de mala fe.
- b. No se presenten a la audiencia señalada en el anterior artículo.
- c. Cuando los invasores obstaculicen con violencia o por cualquier medio, las labores de inspección del juez destinadas a verificar los hechos enunciados.

Lo anterior implicaba que si durante el desarrollo de la audiencia programada por el juez, se producía la existencia de al menos uno de los tres presupuestos supra mencionados, ordenaba como medida cautelar el desalojo de los supuestos invasores.

Este artículo fue declarado inconstitucional mediante sentencia de inconstitucionalidad, emitida el día doce de noviembre de dos mil diez, por la

Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, con número de referencia 40-2009/41-2009, indicándose sobre el particular lo siguiente: “*Declárase* que el artículo 5 de la LEGPPRI es *inconstitucional* por violar el artículo 12 de la Constitución, en tanto que el desalojo no constituye una medida cautelar sino que anticipa una sentencia de condena vulnerando la presunción de inocencia (sic)”.⁴³

“Siendo que las medidas cautelares envuelven la idea de prevención, es decir, su razón de ser, es prevenir y asegurar el resultado del proceso, evitando el riesgo de un posible fracaso durante la tramitación del proceso asegurando la eficacia de una sentencia estimatoria”.

De tal manera que el Art. 5 de la LEGPPRI genera daño y vulneración al sujeto afectado con la medida, porque esta última no es proporcional al fin que persigue, siendo que, en lugar de prevenir o asegurar el resultado del proceso, se convierten en una decisión con carácter definitivo.

En ese sentido, es claro que las medidas cautelares deben ser provisionales y deben depender de un acto judicial posterior, a favor del cual se dictan: la sentencia.

Las medidas cautelares poseen ciertas características señaladas por la doctrina procesal, adecuadas a la legislación salvadoreña siendo las siguientes:

- a. Instrumentalidad, en tanto que no constituyen un fin en sí mismas, sino que se encuentran vinculadas al fin principal en virtud del cual se

⁴³ Sentencia, Referencia 40-2009/41-2009, (El Salvador, Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, 2010)

desarrolla el proceso y del cual se encuentran en dependencia: asegurar el cumplimiento de la sentencia que vaya a dictarse.

b. Provisionalidad, ya que su función concluye en cuanto se ha alcanzado el fin a favor de la cual fueron dictadas o la situación fáctica que las sustenta ha dejado de existir.

c. Sumariedad o celeridad, como característica que se atribuye a la finalidad que persiguen, no requieren de mayor trámite y sus términos procesales son cortos, ello en vista de que no existe una certeza, sino una probabilidad sobre la existencia del derecho en discusión dentro de la causa principal y están diseñadas para asegurar que el desarrollo de esta discusión tenga una solución que sea eficaz.

d. Flexibilidad, sujeta a la regla "*Rebus sic stantibus*", las medidas cautelares no son decisiones pétreas; en general son modificables ya sea sustituyéndolas por otra que convenga más a la finalidad perseguida o suprimiéndolas en caso de desaparecer las circunstancias que dieron lugar a que se tomara la medida.

En virtud de ello, es preciso reiterar que, en todo proceso, las medidas cautelares deben ser adecuadas al fin que pretenden alcanzar y que generalmente se obtienen a través de la sentencia que corresponda y que nunca buscan la ejecución de una condena anticipada."

3.1.6 Plazo para emitir resolución

La ley señala el plazo para emitir resolución final en su art. 6, el cual reza de la siguiente manera: "A más tardar en un plazo de cinco días hábiles después

de concluida la audiencia, el juez deberá decretar la resolución correspondiente decretando en su caso el desalojo del inmueble invadido y previniendo a los invasores que ventilen sus derechos ante el Juez competente. Si los invasores desalojan pacíficamente el inmueble, el Juez dará por concluidas las diligencias y ordenará que se archiven.

Si en el acto del desalojo hubiere negativa, resistencia, violencia o amenazas en las personas que lo practiquen, la Policía Nacional Civil procederá a la captura de los responsables, debiendo consignarlos dentro del término de setenta y dos horas al Juez competente, quien instruirá el informativo correspondiente.

Si la invasión del inmueble se hizo con fines de apoderamiento o de ilícito provecho, o con violencia, amenazas, engaño o abuso de confianza, el Juez competente procederá por el delito de usurpación contra los invasores e instigadores; que dolosamente hubieren determinado a otro a cometer el delito, de conformidad con lo establecido en el Código Penal”.

Si bien el art. 6 establece un plazo al juez para emitir su decisión, no habilita recurso alguno para que dicha decisión sea susceptible de revisión por tribunal jerárquicamente superior, sobre la no regulación de recurso, la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia de inconstitucionalidad de 12-XI-2010, y número de referencia 40-2009/41-2009 manifestó lo siguiente: “Al respecto, para el caso en particular, si bien es cierto el Juez tiene un plazo para emitir su decisión judicial, es de entender de tal disposición normativa no menciona la posibilidad de recurrir tal pronunciamiento⁴⁴, advirtiendo que la parte final del inciso 1° infiere que los

⁴⁴ *Ibíd.*

“invasores” deben defender sus derechos en otras instancias, al señalar que - aparte de ese proceso- se realizaría otro de índole desconocida y que en todo debido proceso debe existir una instancia superior para corregir los errores de la administración de justicia (conforme lo establecido en el art. 11 de la Cn.). Por lo tanto, la parte que considere que ha sido agraviada por la sentencia, podrá hacer uso del recurso de apelación, el cual será conocido por el tribunal jerárquicamente superior, siendo desarrollado en los párrafos siguientes.

El derecho a recurrir es aquél que tiene toda persona a hacer uso de los recursos que el ordenamiento jurídico expresamente consagra dentro del conjunto de facultades que convergen en el proceso constitucionalmente configurado que se conjuga con el derecho de audiencia y defensa; y, por consiguiente, el referido derecho es de aquellos respecto de los cuales el legislativo dispone de un cierto margen de conformación, en virtud de su libertad de modular las posibilidades de impugnación en cada materia sometida a regulación: ampliarlas en unas y reducirlas en otras.

Ejemplo de ello, se tiene que en algunos casos podrá sólo establecer el recurso de revocatoria; en otros, contemplar, además, el recurso de apelación; pero en otros más, negar toda posibilidad de un segundo examen de la cuestión.

El margen de configuración referido no es, en modo alguno, ilimitado, debido a que el legislador debe respetar las garantías esenciales del mismo, tales como el derecho de audiencia; en ese sentido, cualquier restricción o flexibilización de dichas garantías, debe estar objetivamente justificada, proporcional y razonablemente según corresponda al caso particular, la urgencia del objeto del proceso, las posibilidades de dispendio jurisdiccional y la menor complejidad del asunto.

La supra citada disposición refiere que concluida la audiencia regulada en el art. 4 de la misma ley, el juez deberá emitir la resolución correspondiente decretando en su caso el desalojo del inmueble invadido y previniendo a los invasores que ventilen sus derechos ante el juez competente.

Respecto de dicha decisión judicial, debe ponerse de relieve que la sentencia a la que hace referencia el relacionado artículo, tendría como efecto la limitación del ejercicio de un derecho fundamental: el derecho de posesión establecido en el art. 2 inc. primero de la Cn. Sin embargo, si bien es cierto la ley en comento deja a salvo a las personas invasoras el derecho a recurrir a plantear su acción ante los jueces o tribunales correspondientes; no establece cual es la vía procedimental a seguir o si, por el contrario, se aplicará supletoriamente alguna ya prevista en el derecho procesal común.

Expuesto lo anterior, resulta pertinente acudir al estatuto jurídico-procesal del órgano jurisdiccional a quien se le ha dado la competencia para conocer de este tipo de pretensiones que garanticen la propiedad o posesión regular de inmuebles, y buscar dentro del contexto de sus respectivas competencias el medio de impugnación más adecuado a la misma; para el caso particular, el estatuto jurídico procesal que constituye el margen de actuación para la jurisdicción civil y que, a su vez, sirve de instrumento auxiliar supletorio a otras materias de conocimiento judicial como es el Código Procesal Civil y Mercantil (CPCM), dada la amplitud con que desarrolla los diversos trámites y procedimientos pertinentes a este campo de conocimiento (en base a los arts. 19 y 20 del CPCM).

Es en dicho contexto y sistema en donde debe buscarse la integración de alguna figura de impugnación que resulte pertinente y adecuada a los fines de la norma omisa. Pues como ya se ha sostenido por la Honorable Sala de lo

Constitucional⁴⁵, la norma debe ser estudiada en su racionalidad y en sus relaciones con las demás disposiciones, conjuntamente con las cuales configuran un sistema orgánico, asimismo, que la interpretación de las leyes debe practicarse teniendo en cuenta el contexto general y los fines que la informan, pues la inconsecuencia o la falta de previsión jamás debe suponerse en el legislador. Así, se advierte que la normativa procesal civil (v.gr. en los Arts. 471, 476 inciso 2° y 508 CPCM) prevé que en aquellos procesos jurisdiccionales en los que se tutele la posesión de bienes raíces o de derechos reales constituidos sobre ellos “en los términos de los Arts. 918 a 951 del Código Civil” se habilita la posibilidad de interponer recurso de apelación contra la sentencia definitiva dictada en ellos.

En ese sentido, al existir en las pretensiones iniciadas con fundamento en la LEGPPRI una motivación análoga en la tutela del derecho de propiedad o de posesión regular sobre un inmueble, resulta pertinente integrar la normativa procesal y habilitar para la sentencia dictada con ocasión de este tipo de reclamos, el recurso de apelación, con el objeto de que el tribunal superior correspondiente, previo estudio de la cuestión decidida por la resolución recurrida, la reforme, revoque o anule.

Por tanto, debe entenderse, que el recurso de apelación se interpone para ante un tribunal jerárquicamente superior (ad quem) respecto del que dictó la resolución impugnada (a quo), lo que, a la luz de la organización judicial vigente, determina que la competencia en segunda instancia de las resoluciones dictadas por el Juez de Paz serán de conocimiento de la Cámara Seccional respectiva, por ser dicho recurso de competencia exclusiva de este tipo de tribunal. Siendo, en conclusión, la declaratoria que el Art. 6 de la

⁴⁵ Sentencia, Referencia 40-2000, (El Salvador, Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, 2001).

LEGPPRI admite una interpretación conforme a la Constitución en la medida que dicha disposición se integra con aquellas disposiciones de la normativa procesal pertinente, v.gr. los Arts. 476 inciso 2° y 508 a 518 CPCM, para conceder al afectado la habilitación de hacer uso del recurso de apelación en ellas previsto. Por lo que es preciso aclarar que el presente pronunciamiento no pretende sustituir las consideraciones legislativas que sobre el asunto pudiera determinar el Órgano Legislativo. Por ello, debe entenderse la anterior integración normativa hasta mientras dicho Órgano de Estado regule un recurso idóneo para dicho tipo de proceso judicial”.

Por esta razón, es de gran importancia comentar que el legislador no ha realizado reforma alguna a la ley objeto de este trabajo de investigación con el fin de regular el recurso idóneo, por lo que la interpretación conforme realizada por la Honorable Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia sigue vigente en la actualidad, siendo el recurso de apelación el idóneo para ser interpuesto por la parte que se considere agraviada por la sentencia emitida por el Juez de Paz pertinente en el proceso especial regulado en una ley de similar naturaleza.

3.1.7 Reincidencia

La normativa especial establece en el art. 7., que: “si hubiere reincidencia de los mismos invasores, con la sola denuncia del caso por los propietarios, poseedores, colindantes o cualquier persona, el Juez de Paz procederá a ordenar sin más trámite ni diligencia, su desalojo, por medio de agentes de la Policía Nacional Civil, y el Juez de Primera Instancia que conozca de lo Penal, calificará el caso como agravante para la sanción del delito de usurpación correspondiente.”

Sobre la figura de la reincidencia, La Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia de inconstitucionalidad de 12-XI-2010, y numero de referencia 40-2009/41-2009, manifestó que: “Dicha disposición si bien establece que el juez ordenará el desalojo “sin más trámite ni diligencia”, dicho mandato está sujeto a la verificación de un requisito configurado como supuesto normativo, mediante la cláusula condicional “Si hubiere reincidencias (sic)”, a la que se agrega la expresión “de los mismos invasores”, exigencia ya implícita en el concepto de “reincidencia”, junto con la identidad objetiva del inmueble en cuestión.

De otra manera, este supuesto o condición normativa debe ser tomado en consideración al interpretar el contenido de la disposición desde la perspectiva del derecho a la presunción de inocencia y del derecho de audiencia; en otras palabras, aunque no deba realizar “más trámite ni diligencia”, el juez está obligado por la propia norma a verificar o comprobar que sí existe la reincidencia denunciada, así como la identidad de sujetos demandados, inmueble y propietario o poseedor, ya que aquella es el presupuesto lógico de aplicación de la consecuencia jurídica prevista en dicho artículo⁴⁶.

La obligación de rapidez, celeridad o expedición al ordenar el desalojo debe entenderse a partir de la constatación judicial de que concurre el supuesto de aplicación de la norma, es decir, la circunstancia de reincidencia en la invasión inmobiliaria denunciada; si se atiende a la formulación normativa de una condición de aplicación para la orden de desalojo ya que la acreditación de tal supuesto jurídico es revelada como lógicamente necesaria por la estructura misma de la relacionada disposición legal, pues se desvanece la oposición de esta norma con el derecho a la presunción de inocencia y el derecho de

⁴⁶ Sentencia, Referencia 19-2010, (El Salvador, Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, 2010).

audiencia de las personas denunciadas.

Por lo antes expuesto, se tiene el supuesto a que se refiere el artículo aludido, siendo el siguiente: la reducción de la exigencia probatoria a la simple verificación de la reincidencia para ordenar el desalojo, siendo esta una consecuencia razonable de que ya existe una decisión judicial de fondo favorable al denunciante que habría observado el derecho de audiencia del denunciado y, entonces, el desalojo por reincidencia opera como un instrumento para garantizar la estabilidad de la situación ordenada en la resolución judicial antecedente. Por lo que, en este caso, verificada la reincidencia, se trataría de una manifestación clara de la potestad jurisdiccional de ejecutar lo juzgado, en el sentido de asegurar el cumplimiento de las resoluciones judiciales o la debida observancia de la justicia cumplida a que se refiere la Constitución, como garantía inherente al Estado de derecho, siempre y cuando esta se realice dentro de los parámetros constitucionales y de garantía al afectado. De esta manera, queda expedito al afectado la interposición de los recursos a que hubiere lugar según las consideraciones supra expuesta, el art. 7 de la LEGPPRI admite una interpretación conforme a la Constitución.”

3.1.8 Exclusión por prescripción adquisitiva

Conforme a lo dispuesto en el art. 8 de la ley tantas veces citada quedan excluidos de la aplicación de la presente Ley, aquellas personas que en el acto de inspección o dentro del transcurso del referido proceso, demuestren estar en posesión del inmueble ocupado, en forma quieta, pacífica e ininterrumpida, durante el tiempo que la ley establece para la adquisición mediante la prescripción, según lo estipulado en los arts. 2231 y 2247 del Código Civil y que además, demuestren estar siguiendo el trámite de legalización de su

inmueble ante la instancia respectiva, conforme a la ley de la materia.

En consideración de lo normado por la ley especial, es de establecer que la conservación de los derechos que reconoce la Constitución a la persona humana es una forma de protección de los mismos que implica el establecimiento de acciones o mecanismos para evitar que los derechos constitucionales sean vulnerados, violados, limitados o, en última instancia, extraídos inconstitucionalmente de la esfera jurídica de cada persona; por lo que, es el Estado el que impide razonablemente las posibles violaciones a los demás derechos materiales.

Por tanto, es el Estado que a través del derecho a la protección jurisdiccional o protección en la defensa por entes jurisdiccionales⁴⁷, se ha instaurado con la esencial finalidad de permitir la eficacia de los derechos fundamentales integrantes de la esfera jurídica de la persona, al permitirle reclamar válidamente, en aquella sede (Civil), frente a actos particulares y estatales que atenten contra tales derechos y a través del instrumento heterocompositivo diseñado con tal finalidad: el proceso jurisdiccional en todas sus instancias y en todos sus grados de conocimiento.

En tal sentido, el proceso como realizador del derecho a la protección jurisdiccional, es el instrumento de que se vale el Estado para satisfacer las pretensiones de los particulares en cumplimiento de la función jurisdiccional; o, desde otra perspectiva la de los sujetos pasivos de dichas pretensiones, dicho proceso es el instrumento a través del cual se puede privar a una persona de algún o algunos de los derechos consagrados en su favor, cuando

⁴⁷ Sentencia, Referencia 40-2009/41-2009, (El Salvador, Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, 2010).

se realice de acuerdo con la Constitución.

Con ella se garantiza a la persona en posesión irregular de inmuebles la adopción de medidas procedimentales para fundamentar, argumentar y probar su calidad de poseedor y su posible declaratoria de propietario, evitando la desprotección de su derecho y garantías constitucionales que como persona humana son inherentes, en consecuencia, de no tener un título legítimo que les hace imposible demostrar su posesión sobre tierras que hoy en día son de interés para aprovechamiento de unos pocos.

Para ejemplo: los que se encuentran en imposibilidad de legalizar la tenencia de su parcela, por estar asignada a favor de personas que abandonaron o renunciaron a su derecho o falta de iniciativas gubernamentales que agilicen el proceso de remediación y escrituración de procesos pendientes.

3.1.9. Derogatoria

Establecida en el art. 9 de la LEGPPRI, la cual vino a derogar la Ley de procedimiento especial para la garantía de la propiedad rural, emitida por Decreto Legislativo número ciento treinta y tres de fecha treinta de octubre de 1997, publicada en el Diario Oficial N° 215, tomo 337 de fecha 18 de noviembre del mismo año.

3.1.10 Vigencia

El art. 10 de la ley establece que el presente decreto entrara en vigencia a los ocho días después de su publicación en el Diario Oficial. Es así que a partir del día dos de junio de dos mil nueve, se encuentra vigente la LEGPPRI.

CAPITULO IV

REINCIDENCIA Y DERECHO DE AUDIENCIA

El capítulo cuatro tiene como propósito desarrollar la figura jurídica de la reincidencia, estudiándola con mayor amplitud ya que dicha figura es poco común en el área civil y suele confundirse con la figura de la Reiteración. Así mismo, demostrar la importancia del derecho de audiencia, el cual es un derecho fundamental de las personas, y que se encuentra implícito en el Debido Proceso y que sufre una vulneración al aplicar la figura de la reincidencia.

4.1 Generalidades de la reincidencia: evolución

La reincidencia se desarrolla sobre todo en materia penal, careciendo de doctrina en materia civil, por lo que, en un inicio, la retomaremos penalmente para luego aplicarla al desarrollo de la investigación planteada.

Desde los inicios de la reincidencia ha sido prevista y sancionada en diferentes leyes.

Ejemplo de lo citado, las disposiciones de las Leyes de Manu en el Manava Dharma Sastra indio, acá el rey castigaba primero con una amonestación, la segunda ocasión con severos reproches, una tercera con una multa y una cuarta ocasión con pena corporal; y si pese a ello el culpable persistía en su conducta le eran aplicadas las cuatro penas de una vez.⁴⁸

⁴⁸ Antonio Martínez De Zamora, *La reincidencia*, (Edición única, Universidad de Murcia, 1971), 17

Por ejemplo, en el caso del delito de hurto, en un inicio el rey decretaba el corte de dos dedos, si el sujeto continuaba con la misma situación por segunda vez la pena era la amputación de un pie y una mano, y si pese a ello seguía cometiendo el delito por tercera ocasión, se imponía la pena de muerte.

Durante el año 2285 a.c en China, cuando subsistía e el mandato del emperador Sciun se imponía la pena de muerte para los delitos premeditados y los cometidos en reincidencia. En el derecho hebreo los delitos punibles eran sancionados con azotes, en caso de reincidencia se castigaba con una especie de cadena perpetua que en realidad era una pena de muerte implícita.

El Capítulo xxvi del Levítico, describe la cólera divina, imponiendo castigos cada vez peores por la persistencia en el mal, este pasaje de la Biblia recoge lo siguiente:

Recoge la reincidencia después de la expresión: “si después de esto (el castigo) no me obedecéis todavía.”

Las penas aumentan enormemente después de cada recaída en el mal. Sanciona la reincidencia y la plurireincidencia.⁴⁹

Es menester decir, que el fundamento de la agravación de pena por reincidencia se centra en la oposición y persistente desobediencia a los preceptos de la divinidad, así podemos mencionar distintas advertencias que nos hace la Biblia al respecto: “Si todavía no me obedecéis y seguís oponiéndooos a mí.”, “Después de esto le encontró Jesús en el Templo y le dijo: Mira que has sido curado, no vuelvas a pecar, no te suceda algo peor” (S. Juan

⁴⁹ Ibid.

5-14). Y a la mujer adúltera tras perdonarla le advierte Jesús: “Vete y no peques más” (S. Juan 8-11).

En el derecho romano no existía un término general de reincidencia y había una confusión entre pecado y delito, entre reincidencia y repetición criminal, por lo que se consideraba como agravante en los delitos de herejía y concubinato.

Cabe mencionar que, en El Salvador, la figura de la reincidencia fue derogada como agravante penal mediante Decreto Legislativo número 1009 del veintinueve de febrero de dos mil doce el cual fuera publicado en el Diario Oficial, número cincuenta y ocho, tomo trescientos noventa y cuatro con fecha veintitrés de marzo del mismo año.

4.1.2 Definición

El término *reincidencia* proviene del latín *recidire*, el cual significa: *recaer, volver a incidir*, reclama la idea de algo que se repite y comprende una especie de recaída, es decir, se trata de la recaída en el delito por un sujeto precedentemente condenado.⁵⁰

El elemento específico de la Reincidencia es la existencia de una sentencia previa de condena.

Penalmente la reincidencia puede ser definida como la recaída en el delito por parte de un sujeto precedentemente condenado, cuya consecuencia es agravar la pena. Así también Manuel Ossorio nos brinda la siguiente definición:

⁵⁰ Ibid, 61

“circunstancia agravante de la responsabilidad criminal, que consiste en haber sido el reo condenado antes por el delito análogo al que se le imputa”.⁵¹

En lo que respecta al Derecho Civil, si bien el art. 7 de la LEGPPRI señala que la reincidencia de un invasor calificará como agravante para la sanción del delito de usurpación, la reincidencia a criterio personal es definida como: la figura jurídica originada por el incumpliendo de una sentencia estimativa que ordenó el desalojo de un sujeto (invasor), que no demostró ser el propietario o poseedor legítimo de un inmueble, y que se ha instaurado nuevamente en el mismo, con el ánimo de ser el dueño.

4.1.3 Diferencia entre reincidencia y reiteración

Si bien es cierto que la reincidencia es utilizada de manera amplia en materia penal, esta no es exclusiva a dicha área, ya que se puede hablar de reincidencia en todas las demás ramas del derecho, y es que la reincidencia constituye una circunstancia específica en la que existe como elemento constitutivo la sentencia firme de condena en cualquier proceso el cual se dio por la misma causa, y que trae como consecuencia una mayor sanción ya que es causa de agravante, es decir que, es aquella en la cual una persona ya fue condenada por el órgano jurisdiccional independientemente de la materia por el cometimiento de una acción, hecho, o delito, y esta vuelve a realizarlo habiendo sido condenado anteriormente.

En cambio, en lo relativo a la reiteración se refiere a la realización de acciones, hechos o delitos, desarrollados en una, dos o más ocasiones y por los cuales no se ha condenado y que son de diferente naturaleza, ya sea penal, civil, mercantil.

⁵¹ Ossorio, *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*, 832

Por tanto, la diferencia radica en que en la reincidencia tiene como presupuesto para su existencia una sentencia de condena anterior, y que se trate por misma causa o naturaleza, por ejemplo, en el caso que nos ocupa, para que sea considerado como reincidente debió de haber sido declarado en sentencia emitida por el Juez de Paz como invasor y ordenado a desalojar el bien inmueble, si pese a esta sentencia el invasor subsiste habitando el inmueble este puede ser considerado como reincidente.

En la reiteración no se da una sentencia de condena en ningún momento, el sujeto puede repetir la acción una y otra vez, pero nunca ha sido condenado a cumplir una sentencia en ningún tipo de proceso. Por consiguiente, la reiteración es la mera repetición de acciones de diferente naturaleza sin que haya sido juzgado y condenado por ello, y la reincidencia consiste en cometer la misma acción y que se dé la existencia de una sentencia de condena.

Manuel Ossorio nos brinda la diferencia entre ambas figuras según su Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales: “Así, pues, la diferencia entre una y otra se basa en la igualdad o la diferencia entre el delito pretérito y el presente.

Siendo la reincidencia aquella en que se encuentra incurso el individuo que comete un delito después de haber sido ya condenado por sentencia firme en otro delito de la misma naturaleza, y reiteración, cuando la naturaleza del delito anterior es distinta.”⁵²

4.1.4 Reincidencia como agravante

El termino agravante deriva del latín “aggravantis”, el cual significa: “que hace

⁵² Ossorio, Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, 832

más grave”. En el área del derecho, se denomina agravante a la circunstancia que incrementa la responsabilidad penal de un individuo, es decir, que se trata de motivos que tiene una vinculación con el hecho mismo y otorgan más gravedad al delito. Por consiguiente, la agravante implica una mayor responsabilidad desde el punto de vista penal para el individuo que cometió el delito.⁵³

El artículo 7 de la ley tantas veces citada regula lo relacionado a la figura de la reincidencia, el cual reza de la siguiente manera: “Si hubiere reincidencias de los mismos invasores, con la sola denuncia del caso por los propietarios, poseedores, colindantes o cualquier persona, el juez de Paz procederá a ordenar sin más trámite ni diligencia, su desalojo, por medio de agentes de la Policía Nacional Civil, y el Juez de Primera Instancia que conozca de lo penal, calificara el caso como agravante para la sanción del delito de usurpación correspondiente.”

Al tratar de usurpación de inmuebles se hace referencia a un delito patrimonial que afecta el derecho real de una persona.

Las usurpaciones de inmuebles han sido tipificadas como delito por parte del Legislador salvadoreño en el Código Penal vigente desde mil novecientos noventa y ocho, el art. 219 del Código Penal lo regula de la siguiente manera “El que con fines de apoderamiento o de ilícito provecho, por medio de violencia, amenazas, engaño o abuso de confianza, despojare a otro de la posesión o tenencia legal de un inmueble o del ejercicio de un derecho real constituido sobre él, sea que el despojo se produjere invadiendo el inmueble, permaneciendo en él o expulsando a los ocupantes, será sancionado con

⁵³Julián Pérez Porto, “Definición de agravante”. www.definicion.de/agravante/. Consultada el 08/05/2017 a las 9:00 a.m.

prisión de uno a tres años.”, cabe mencionar que la pena de prisión para este delito al no ser mayor de tres años puede ser excarcelable al otorgarse la suspensión condicional de la ejecución de la pena, dicha suspensión está regulada en el art. 77 del Código Penal.

La Cámara de la Tercera Sección de Occidente en sentencia definitiva con número de referencia APN 213-13, en relación al delito de usurpación de inmueble ha manifestado lo siguiente: “La acción típica consiste en despojar del inmueble a su tenedor o poseedor.

El despojo se caracteriza por una doble consecuencia: de una parte, el poseedor, tenedor o sus representantes deben de resultar desplazados o excluidos de su ocupación; de otra, el usurpador ha de estar en condiciones de permanecer en la ocupación.

Las consecuencias señaladas puede lograrlas el autor invadiendo e, inmueble, permaneciendo en él o expulsando a sus ocupantes. Se despoja, penetrando y expulsando al sujeto pasivo o a sus representantes o impidiéndoles la entrada, si en el momento de la invasión estaban ausentes. También cumple la acción típica quien estando ya en el inmueble a un título que no le confiere su tenencia, se mantiene en él o expulsa a sus ocupantes.

Los medios que la ley menciona para ejecutar la acción de despojo, son: la violencia, las amenazas, el engaño y el abuso de confianza; que deben de ser empleados para consumir el despojo y no para mantenerse en la posesión o tenencia ya logradas antes por otros medios.

La violencia física puede recaer sobre las personas o sobre las cosas. La ejercida sobre las personas puede ser empleada para sacar el ocupante del

inmueble, para impedirle la entrada al lugar que ocupaba o para reducir o limitar la ocupación. La violencia ejercida sobre las cosas, debe de caer sobre las resistencias destinadas a impedir la ocupación del inmueble.

Las amenazas, están constituidas por el anuncio de un mal futuro destinado a doblegar la voluntad del sujeto pasivo, y deben haber sido empleadas para lograr el despojo.

El engaño, es la falta de verdad en lo que se piensa, se dice o se hace creer, debe de guardar relación con el goce de la posesión o la tenencia por sí o como ejercicio de un derecho real sobre el inmueble, y tener por efecto la privación de alguna de ellas. Y el abuso de confianza, es otro de los medios por los que puede ser perpetrado el despojo.

La simple prolongación de la permanencia, sin invocar, o más exactamente, sin ejercitar un título distinto del que se tiene, no es usurpación, ello es así, porque los medios enunciados por la ley deben haber sido empleados para el despojo y no para mantenerse en una tenencia de la que ya se goza.

Para que esta clase de delitos se configure, es necesario se prueben todos los elementos del tipo penal del delito en referencia y los que han quedado anteriormente relacionados de lo contrario, si no se cuentan con estos elementos es imposible determinar la existencia del delito de Usurpaciones de Inmuebles, tomando en consideración que la simple ocupación de un inmueble no basta para adecuarla a conducta típica que describe el artículo doscientos diecinueve del Código Penal (sic)".

Es decir que cuando un individuo es declarado invasor y habiéndosele ordenado el desalojo del inmueble, este continua ocupándolo, estaría

actuando de mala fe, por consiguiente será juzgado por el delito de usurpación tipificado en el Código Penal en su art. 219, por lo que la teincidencia puede decirse que consiste en el hecho de cometer una misma acción en dos o más oportunidades se considerará como agravante a la hora de condenar a una persona, la cual será juzgada por el delito de usurpación.

Es así como es considerada la reincidencia establecida en el art. 7 de la LEGPPRI como agravante al delito de usurpación. Pero cabe la posibilidad que la persona que fue declarada invasor previamente y a quien se le ordenó el desalojo, haya llegado a un acuerdo sea verbal o escrito con el propietario del inmueble y sea que cualquier otra persona, un vecino colindante e incluso el mismo propietario quien actuando de mala fe, denuncie al invasor, por lo que el Juez de Paz sin más trámite ni diligencia como lo dice la ley ordene el desalojo mediante agentes de la Policía Nacional Civil, ante esto será injusto que se le juzgue como agravante del delito de usurpación así como de reincidente ya que el Juez desconoce el acuerdo entre las partes.

Cabe recalcar que el artículo 219 del Código Penal, no menciona nada respecto a la reincidencia como agravante al delito de usurpación, lo cual genera incertidumbre, puesto que se desconoce la forma de aplicar dicha agravante.

4.2 El debido proceso, el juicio previo y el derecho de audiencia.

Para analizar lo que es el Derecho de Audiencia, primero es necesario referirse al derecho al debido proceso, siendo que el derecho de audiencia forma parte de este.

Cuando se habla del derecho al debido proceso se hace referencia: “al

conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales a efectos de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier acto del Estado que pueda afectarlos.”⁵⁴

El derecho al debido proceso ha sido reconocido a nivel internacional como derecho fundamental en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, en su artículo 11, el cual reza de la siguiente manera: “Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa. Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito.”⁵⁵

Encontramos en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 1966, en su artículo 14 el cual describe en siete numerales el derecho al debido proceso.⁵⁶ En la Convención Americana sobre Derechos Humanos en su artículo 8 establece: “Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.”⁵⁷

⁵⁴ Sergio García Ramírez, *El Debido Proceso- Criterios de la Jurisprudencia Interamericana-*, (Editorial Porrúa, México 2012), 22.

⁵⁵ Declaración Universal de Derechos Humanos, (Asamblea General de las Naciones Unidas, resolución 217 A, París 10 de diciembre de 1948), Art.11

⁵⁶ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, (ONU, 1966) Art.14

⁵⁷ Convención Americana sobre Derechos Humanos, (San José, Costa Rica, 1969), Art.8.

Al igual que en diversas constituciones de países de América Latina, entre las cuales se encuentran: La Constitución de Brasil la que dispone en su artículo 5º literal LIV que: “ninguno será privado de su libertad o bienes sin un debido proceso legal”, fórmula que sigue de cerca la tradicional de la 5ª Enmienda a la Constitución de los Estados Unidos de América. La Constitución de Panamá dispone en su artículo 32 que: “nadie será juzgado sino por autoridad competente y conforme a los trámites legales, ni más de una vez por la misma causa penal, policiva o disciplinaria. La Constitución de México de 1917 consagra en el segundo párrafo del artículo 14 lo que en este país se denomina la “garantía de audiencia”.

Esa norma señala en su parte pertinente que: “nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho”.

En El Salvador el debido proceso se encuentra garantizado en el artículo 11 de la Constitución, inciso primero, el cual establece: “Ninguna persona puede ser privada del derecho a la vida, a la libertad, a la propiedad y posesión, ni de cualquier otro de sus derechos sin ser previamente oída y vencida en juicio con arreglo a las leyes, ni puede ser enjuiciada dos veces por la misma causa.” En sentencia emitida a las nueve horas treinta minutos del día dos de julio de mil novecientos noventa y ocho, por la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia con referencia 1-I-96, sobre el particular se dijo que: “el derecho constitucional al debido proceso únicamente puede considerarse desde el punto de vista procesal, con exclusión del punto de vista material, porque el mismo, dentro de un Estado de derecho en el cual vive la independencia judicial a todo nivel jurisdiccional, rige sin vulneración al anterior

principio si sólo se controla con relación a las garantías procesales y procedimentales de las personas, más no cuando se pretende llevar al espectro material y ser considerado como un mecanismo de control de la esfera discrecional que todo juzgador posee al momento de aplicar las leyes que sustenten sus decisiones (sic)“.

Debe entenderse entonces que el derecho constitucional al *debido proceso*, en el ordenamiento jurídico salvadoreño, se refiere exclusivamente a la observancia de la estructura básica que la misma Constitución prescribe para todo proceso o procedimiento, y no a la aplicación razonable, adecuada y motivada de las leyes materiales, labor exclusiva del juzgador ordinario al momento de dictar sentencia.

El debido proceso presupone, pues, la existencia de un órgano judicial independiente y funcional, del mismo modo una serie de normas que aseguren un procedimiento equitativo y en el cual el procesado tenga a su alcance todas las posibilidades de una defensa justa.

En todo Estado de Derecho es pilar fundamental la existencia del debido proceso ya que está considerado a la vez tanto como derecho, principio y garantía.

Por tanto, el debido proceso debe cumplir los siguientes aspectos:

El derecho a la notificación: tener noticia o conocimiento del proceso y de cada uno de sus etapas.

El derecho de audiencia: ser oído en un término razonable y en igualdad de condiciones con los demás participantes.

El derecho a presentar prueba: ofrecer y producir pruebas.

El derecho a un proceso adecuado: ser enjuiciado conforme a la vía procesal que la ley previamente ha señalado para el conocimiento de cada clase de pretensión.

El derecho a recurrir: Recurrir ante quien pueda reparar los perjuicios que las resoluciones le causan.⁵⁸

Se puede concluir entonces que el debido proceso es el derecho que posee toda persona el cual contiene principios y garantías que deben figurar en los procedimientos desarrollados conforme a las normas del ordenamiento jurídico a fin de que estos sean justos y equitativos.

Cada proceso o procedimiento está compuesto de diferentes etapas, es en ellas donde debe desarrollarse todos los derechos y garantías que posee la persona, cuando cada etapa de cualquier proceso se cumple según lo establecido en la ley respetando los derechos de las personas y se llega a una sentencia justa se puede decir que se está ante la presencia de un debido proceso.

Al mencionar que el debido proceso es una garantía nos referimos a que otorga al individuo mecanismos de defensa ante las posibles vulneraciones a sus derechos consagrados en la Constitución, y que en cualquier proceso jurisdiccional pretende garantizar un resultado justo. De ahí que surge la interrogante, ¿Cuáles son las garantías que da el debido proceso? Por un lado, garantiza el derecho de defensa el cual puede ser material y técnico, el derecho de presunción de inocencia, y el derecho a un juicio previo, es en este último donde nos centraremos para hablar sobre el derecho de audiencia.

⁵⁸ Gabriel Arteaga Z y Rosa Ortiz M, “El Respeto a la garantía del debido proceso en la aplicación de la ley de protección de víctimas y testigos”, (Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas, Universidad de El Salvador, 2010), 29.

4.2.1 Juicio previo y el derecho de audiencia

El principio de juicio previo consiste en que no ha de existir condena alguna sin llevar a cabo la realización de un juicio lógico, el cual plasmará su resultado en una sentencia debidamente fundamentada.

Este juicio amerita estar amparado en una ley previa al hecho que motiva el proceso.

El juicio previo está compuesto de dos dimensiones básicas: la primera referida al hecho que debe ser preparado y controlado, para ello hay un proceso que se rige por la ley, que precede necesariamente al juicio, es decir, está limitado por el proceso debidamente expresado en la ley. La segunda dimensión está referida a que el juicio previo a que se refiere la Constitución, es el realizado por jueces. En definitiva el juicio previo es una limitación objetiva al poder del Estado (apegarse a lo que prevé la Constitución), y una limitación subjetiva al ejercicio del poder (el juez).⁵⁹

La jurisprudencia ha establecido, lo que debe entenderse como proceso previo (nulla poena sine processu): “La exigencia del proceso previo supone dar al demandado y a todos los intervinientes en el proceso, la posibilidad de exponer sus razonamientos y defender sus derechos de manera plena y amplia. Y es que, hacer saber al sujeto contra quien se pretende en un determinado proceso, la existencia de éste, y facilitarle el ejercicio de los medios de defensa, constituyen circunstancias ineludibles para el goce irrestricto del derecho de audiencia”⁶⁰.

⁵⁹ La Constitución de la Republica incita a la creación de procesos que se funde en el respeto de los derechos humanos, el procedimiento debe ser imparcial, permitir al individuo amplia oportunidad y libertad de defensa.

⁶⁰ Sentencia, Referencia 159-97, (El Salvador, Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, 1998)

De igual manera, en la sentencia de amparo de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de fecha 2 de marzo de 2007, número 397-2006, sobre el particular se ha dicho: “según lo ha manifestado este Tribunal en su jurisprudencia, aquél consiste en que la privación de derechos debe necesariamente ser precedida de un proceso o procedimiento prescrito para cada caso por las disposiciones infraconstitucionales respectivas y ante entidades previamente establecidas. De manera que la exigencia del procedimiento previo supone, por un lado, hacer saber al administrado, la infracción o ilícito que se le reprocha; y, por otro lado, dar a todos los intervinientes la posibilidad de exponer sus razonamientos y facilitarle el ejercicio de los medios de defensa”.

De manera que no puede limitarse a nadie del goce de sus derechos mientras no se haya seguido un proceso en su contra el cual este prescrito en una Ley existente y no sea condenado.

Esta garantía constitucional la encontramos en los artículos 11 y 14 de la Constitución de El Salvador.

El proceso previo que exige la Constitución, no es cualquier proceso que puedan establecer a su arbitrio las autoridades públicas competentes; al contrario, ha de tratarse de un procedimiento imparcial.

En conclusión, el debido proceso se refiere a un proceso equitativo, respetuoso de los derechos fundamentales de los participantes y conlleva un conjunto de garantías que cobran vida en las diferentes etapas del proceso, en igual sentido se encuentra vinculado con el derecho de audiencia, puesto que último está implícito en el primero, y es por eso que procedemos a desarrollarlo en el siguiente punto.

4.2.2 Derecho de audiencia

El juicio previo lleva implícito el derecho de audiencia, el cual la Jurisprudencia Constitucional de El Salvador, la define de la siguiente manera: “se caracteriza en primer lugar por ser un derecho de contenido procesal, es decir que se concibe necesariamente dentro de un proceso; y, en segundo lugar, por ser un derecho que no puede verse aisladamente de todos los demás derechos de los gobernados, consagrados o no en la Constitución, siempre y cuando estén dentro de las líneas fronterizas de las consecuencias jurídico-constitucionales producidas por el irrespeto a dicho derecho de audiencia.”⁶¹ La protección que supone el art. 11 Cn. “no admite más excepciones que las que la misma Constitución establece expresamente, al facultar a un órgano del Estado a privar a un gobernado de un derecho sin el requisito de previo juicio”.

La misma jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia con referencia 41-C-96, emitida el diez de junio de mil novecientos noventa y ocho a las doce horas con cinco minutos, identifica el contenido del Derecho de Audiencia, realizándolo de la siguiente forma:

Que a la persona quien se pretende privar de alguno de sus derechos se le siga un proceso (que no necesariamente es especial, sino aquel establecido para cada caso por las disposiciones infra-constitucionales respectivas).

Que dicho proceso se ventile ante entidades previamente establecidas.

Que en el proceso se observen las formalidades esenciales procesales o procedimentales.

⁶¹ Sentencia, Referencia 41-C-9610, (El Salvador, Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, 1998)

Que la decisión se dicte conforme a las leyes existentes con anterioridad al hecho que la hubiere motivado.

La exigencia del proceso previo supone dar al demandado y a todos los intervinientes en el proceso la posibilidad de exponer sus razonamientos y de defender sus derechos de manera plena y amplia. Y es que hacer saber al sujeto contra quien se realiza el proceso, la infracción o el ilícito que se le reprocha, así como facilitarle el ejercicio de los medios de defensa, constituyen circunstancias ineludibles para el goce irrestricto del derecho de audiencia.

Por el contrario, existe vulneración al derecho de audiencia, consagrado en la normativa constitucional, cuando el afectado por la decisión estatal no ha tenido la oportunidad real de defensa, privándole de un derecho sin el correspondiente proceso, o cuando en el mismo no se cumplen las formalidades esenciales (procesales o procedimentales) establecidas en las leyes que desarrollan el derecho de audiencia.

Por otra parte, el derecho de audiencia (art. 11 inc. 1° C.n.) constituye una garantía del debido proceso que posibilita la protección de los derechos subjetivos de los que es titular la persona.

En el sentido de que las autoridades están obligadas a seguir, de conformidad con lo previsto en la ley de la materia o, en su ausencia, en aplicación directa de la disposición constitucional citada, un proceso en el que se brinde a las partes la oportunidad de conocer las respectivas posturas y de contradecirlas, previo a que se provea un acto que cause un perjuicio en los derechos de alguna de ellas.

4.2.3 Finalidad

El derecho de audiencia conlleva una doble finalidad.

En un primer momento pretende que el proceso previo supone dar al acusado o infractor, la plena posibilidad de exponer sus razones y de defender sus derechos.

Es decir, que para el sujeto frente a quien se pretende es en el proceso donde se manifiesta especialmente su derecho de defensa, al hacérsele saber el ilícito que se le reprocha, y al facilitarle el ejercicio de los medios de defensa que estime oportuno, y en un segundo momento pretende que la autoridad decisora disponga de todos los elementos de juicio necesarios para dictar su resolución.

La finalidad de la Garantía de audiencia como categoría jurídico procesal, radica en que toda privación de derechos necesariamente debe ser precedida de un proceso seguido conforme a la ley, que respete su contenido esencial. Por ello, toda ley que faculta privar de un derecho a una persona, debe establecer las causas para hacerlo y los procedimientos a seguir, porque de lo contrario se estaría infringiendo la Constitución. Y es que la referencia a la ley, que prescribe el inciso primero del artículo 11 de la Constitución no supone una remisión plena, ilimitada y absoluta a la legislación secundaria pues, a pesar de que el principio de legalidad rige a la actividad estatal, tal principio no hace referencia solo a la legalidad secundaria, sino que se extiende al sistema normativo como unidad, es decir, la legalidad supone respeto al orden jurídico en su totalidad, lo que comprende desde luego a la Constitución.

Por consiguiente, la ley no debe de propiciar la excesiva o injustificada reducción de los medios y posibilidades de defensa para el gobernado.

Es decir, que el trámite diseñado en la ley a efecto de dar cumplimiento al derecho de audiencia.

El cual, debe cumplir con un mínimo de actividad procesal adecuada; y que la expresión “con arreglo a las leyes” contenida en el artículo 11 de la Constitución no autoriza al Órgano Legislativo a diseñar arbitrariamente los procesos y procedimientos; si no que debe atenerse a los principios constitucionales, creando un proceso justo y razonable que proteja eficazmente los derechos de la persona humana.⁶²

4.2.4 Definición

Este derecho implica la exigencia constitucional de que toda limitación para que se manifieste en perjuicio de un proceso (juicio previo) que el ordenamiento jurídico prevé, el cual debe hacerse del conocimiento de todos los interesados y darles la posibilidad real de exponer y expresar sus razonamientos y de defender sus derechos de manera amplia y plena, cumpliéndose todas las formalidades que tienden a asegurar la efectividad del desarrollo del derecho de audiencia.

En definitiva, para que pueda desarrollarse y garantizar el derecho de audiencia tiene que darse la existencia de un proceso o procedimiento previo, así como los actos de comunicación procesal (notificaciones-citaciones), ya que estos constituyen manifestaciones de dicho derecho y posibilitan la participación de las partes en el proceso o procedimiento para hacer escuchar y defender sus derechos e intereses.

⁶² Sentencia en el proceso de amparo del 14/I/1999. Ref. 235-98) (Sentencia en el proceso de amparo del 07/I/1999. Ref. 237-97)

Por tanto, se define el derecho de audiencia como aquél que tiene toda persona para ejercer su defensa y ser oída con las oportunidades debidas dentro de un plazo razonable por la autoridad competente previo a la restricción de sus derechos y obligaciones. De manera, que el debido proceso exige un juicio previo y es en este dónde se ejerce el derecho de audiencia, por tanto, ambos están íntimamente relacionados.

En el artículo 7 de la ley en estudio (Ley Especial para la garantía de la propiedad o posesión de bienes inmuebles), se establece la figura de la reincidencia, que en lo pertinente dice: "Si hubiere reincidencias de los mismos invasores , con la sola denuncia del caso por los propietarios, poseedores, colindantes o cualquier persona, el juez de paz procederá a ordenar sin más trámite ni diligencia , su desalojo , por medio de agentes de la Policía Nacional Civil, y el juez de primera instancia que conozca de lo Penal, calificara el caso como agravante para la sanción del delito de usurpación correspondiente."

Si bien es cierto que en el caso de ser reincidente se cumple con el requisito de un juicio previo y del debido proceso desarrollado dentro de este, encontramos una vulneración al derecho de audiencia en cuanto se refieren los términos: con la sola denuncia procederá a ordenar sin más trámite ni diligencia el desalojo, es decir, que le niega a quien se le considere como invasor la oportunidad de ser escuchado, así como también la oportunidad de dar una explicación al órgano jurisdiccional del por qué sigue ocupando el inmueble, cuando debería figurar en la ley la realización de una audiencia, en la cual el invasor pueda aportar su declaración y pruebas que estime convenientes, ya que puede darse el caso en (transacción v. gr.) que una vez finalizado el proceso y sin intervención del juez, el invasor haya conciliado con el propietario y figure un contrato escrito o el consentimiento verbal del propietario, y al darse la situación de desalojo no solo se vulnera el derecho

de audiencia sino también el derecho a la vivienda del no propietario, derecho configurado en el art. 102 de la Constitución.

La jurisprudencia de la sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia justifica la expresión del artículo en mención: “con la sola denuncia procederá a ordenar sin más trámite ni diligencia el desalojo”, diciendo que: “Aunque no debe de realizar más trámite ni diligencia, el juez está obligado por la propia norma a verificar o comprobar que ha de existir la reincidencia denunciada , se debe cumplir los siguientes requisitos: identidad de sujetos demandados, identidad del inmueble y la identidad del propietario o *poseedor*, es decir debe figurar los mismos demandados, el mismo inmueble y que se trate del mismo propietario o poseedor del inmueble.”⁶³

Se entiende que una vez constatado los requisitos anteriores el juez procede a ordenar el desalojo, pero esto nos genera incertidumbre, ya que desconocemos si en la práctica se realiza de tal forma y al negársele el derecho de audiencia al supuesto reincidente, como puede explicar que sigue habitando el inmueble por razones justificadas posteriores a la sentencia definitiva.

4.2.5 Naturaleza jurídica del derecho de audiencia

La Naturaleza jurídica de la Garantía de audiencia se caracteriza, en primer lugar, por ser un derecho de contenido procesal -que por ser tal, no deja de ser derecho- y que ha sido instituido como protección efectiva de todas las demás facultades de los gobernados, consagrados o no en la misma Constitución; y en segundo lugar, por ser un derecho relacionado

⁶³ Sentencia, Referencia 40-2009/41-2009, (El Salvador, Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, 2010)

indiscutiblemente con las restantes categorías jurídicas subjetivas protegibles constitucionalmente, las cuales se verán violentadas siempre y cuando estén dentro de las líneas fronterizas de las consecuencias jurídico-constitucionales producidas por el irrespeto a dicha protección.

CAPITULO V

ANÁLISIS DOGMÁTICO

El capítulo cinco tiene como propósito el análisis dogmático entre la sentencia con ref: 40-2009/41-2009, declarado inconstitucional el Art. 5 de la LEPPRI por vulnerar el Art.12 Cn, en cuanto el desalojo como medida cautelar consistía en una condena previa, es así, como dicha sentencia sirve de precedente para las inconstitucionalidades que presenta la ley en comento y el amparo 340-2015 interpuesto por los habitantes de la comunidad El Espino de Antiguo Cuscatlán, los cuales fueron desalojados con la aplicación de la Ley Especial antes citada.

5.1 Análisis de sentencias con número de referencia. 40-2009/41-2009 (inconstitucionalidad) y 340-2015 (amparo).

La honorable Sala de Constitucional de la Corte Suprema de justicia, mediante sentencia con fecha 12-XI-2010, y número de referencia 40-2009/41-2009 realizó una interpretación conforme a la constitución de los Artículos 4, 6 y 7, y declaró inconstitucional el art. 5 de la LEPPRI, esto en virtud que la Jueza de Paz de la Unión, inaplicó dichos artículos por considerarlos inconstitucionales, lo que dio pie al proceso de inconstitucionalidad del cual derivó la sentencia mencionada; y en un segundo momento la Sala emitió sentencia con fecha 14-XII-2016, en el proceso de amparo con numero de referencia 340-2015, el cual fue promovido mediante demanda por los señores Salvador A. E., Juan Francisco A. I., Sindy Carolina H. de A., Eva Carolina J. V., Tania Vanessa H. R., María Elena V. de J., Raquel Liseth A. de N., Ángel Adalberto M. R., Claudia Lisseth C. R., Julio César F. G., Zulma Jeannette F.

A., Julio César R. R., Dina Alicia L. H., Lilian Carolina M. D., Wendy Griselda M. D., Gabriela Haydee F. A., Juan Carlos M. M. y José Ángel A. V., contra actuaciones del Juez de Paz de Antigua Cuscatlán, por considerar vulnerados sus derechos de audiencia, defensa y a la vivienda del no propietario. Manifestando los demandantes, que “los señores Roberto Miguel D. H. y Miguel Arturo D. H. promovieron el proceso de desalojo regulado en la Ley Especial para la Garantía de la Propiedad o Posesión Regular de Inmuebles (LEGPPRI) con ref. n° 4-3-2014, contra los señores José Roberto P. B., Ángela A. R., Germán Elías M. G. y otros. Así, mediante la sentencia de fecha 22-IV-2014, el Juez de Paz de Antigua Cuscatlán declaró a los referidos señores como invasores y les ordenó desalojar el inmueble ubicado en el caserío El Espino, cantón El Espino, municipio de Antigua Cuscatlán, departamento de La Libertad.

“En relación con ello, afirmaron que residen en dicho lugar y no forman parte del grupo familiar de las personas que fueron demandadas en el proceso en cuestión, por lo que, al ordenárseles desocupar el inmueble, sin que previo a ello hayan sido oídos y vencidos en juicio, se ha conculcado sus derechos de audiencia, defensa y a la vivienda del no propietario. Y es que, en su opinión, la autoridad judicial demandada tenía la obligación de individualizar a cada una de las personas que residen en el inmueble, emplazarlas y notificarles las actuaciones realizadas en el proceso para que tuvieran oportunidad de ejercer los citados derechos.”

En ese sentido, con la simple lectura de lo manifestado por los peticionarios, puede que se concluya que la notificación de la que hablan, es la que el juez de paz debe realizar previo a la inspección del inmueble, la cual está regulada en el art. 4 de la LEGPPRI, circunstancia que ha retomado la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia en proceso de

inconstitucionalidad con número de referencia 40-2009/41-2009: “Ahora bien, con el fin de evitar una disminución en las posibilidades de defensa del demandado, debe entenderse que previo a la decisión del juez ordenando la práctica de dicha inspección, debe ponerse en conocimiento de aquél el día y hora en que se llevará a cabo la referida diligencia. En ese sentido, realizado dicho acto de comunicación se garantiza el principio de contradicción, inherente a todo proceso, por lo que el art. 4 inciso 2° admite una interpretación conforme con la Constitución.”, consideramos necesario aclarar que el texto del art. 4 de la ley antes mencionada, no establece que el juez debe realizar dicha notificación, pero es a partir de la interpretación conforme a la constitución que realizó la Sala de lo Constitucional, que se debe realizar la notificación con el fin de garantizar el derecho de contradicción, audiencia y defensa del demandado, y dicho criterio ha sido retomado por la Sala en la sentencia de amparo con número de referencia 340-2015.

En este orden de ideas, la Sala expresó respecto ante la presunta vulneración del derecho de audiencia por falta de notificación, en la sentencia de amparo con número de referencia. 340-2015 que: “Por otra parte, del contenido de las actas de inspección antes relacionadas se colige que el Juez de Paz de Antiguo Cuscatlán, junto con su secretaria de actuaciones y la delegada de la PDDH, visitaron más de 55 viviendas, por lo que la presencia de las mencionadas autoridades, la práctica y objeto de dichas diligencias no pudieron pasar desapercibidas por la comunidad que habita en el caserío El Espino. En efecto, de las referidas actas de inspección y de notificación se colige que la autoridad judicial demandada realizó acciones concretas para identificar a las personas que residen en el inmueble en cuestión e informarles sobre la existencia del proceso de desalojo con ref. n° 4-3- 2014, a fin de que acreditaran tener dominio o posesión legítima sobre el aludido bien en la audiencia que se realizó el 16-VII-2014.

En consecuencia, dado que las actuaciones realizadas por la autoridad demanda dentro del proceso en cuestión hicieron posible que los actores de este amparo contaran con oportunidades reales de defensa, a efecto de que pudieran acreditar si tenían dominio o posesión legítima sobre el inmueble objeto de litigio, se concluye que dicha autoridad no vulneró sus derechos de audiencia, defensa y a la vivienda del no propietario de los peticionarios; razón por la cual deberá desestimarse la pretensión planteada por estos.”

Es de gran relevancia lo manifestado por la Sala de lo Constitucional, puesto que en el caso del caserío El Espino, por ser familias con un número grande de personas las que vivían en cada casa, esto dificulta en gran medida el establecer con precisión el nombre de todas las personas, y la Sala de lo Constitucional manifestó en la sentencia en comento que: “el art. 4 inc. 1° de la LEGPPRI prevé que los propietarios o poseedores legítimos podrán solicitar al juez de paz competente el lanzamiento de los "invasores", presentando los documentos que acrediten su derecho sobre el bien, pero no exige expresamente a aquellos identificar a cada una de las personas que se encuentran en esa condición en el inmueble, pues frente a una invasión –la acción de ocupar, apropiarse e instalarse ilegalmente en un bien contra su legítimo dueño o poseedor– resulta difícil reunir la información en cuestión; razón por la cual la jurisprudencia de los tribunales en materia civil –v. gr., las Sentencias de fechas 26-VI-2014 y 16-VIII-2013, emitidas en los recursos de apelación n° 3- 10PAZ-14-A y 153-DI-13, respectivamente– haya admitido que, en la práctica, se individualice a un grupo representativo de las personas que habitan el lugar, a fin de continuar con el trámite del proceso en cuestión.” Por lo que al individualizar a un grupo representativo de personas para que sean notificadas, y realizar la inspección del inmueble invadido se les garantiza el derecho de audiencia y defensa.

La Sala de lo Constitucional declaró no ha lugar el amparo promovido, pero ordenó al Viceministro de Vivienda y Desarrollo Urbano que, en el plazo de 6 meses contados a partir del siguiente al de la notificación respectiva, *realice* acciones concretas para evaluar la posibilidad de reubicar a los demandantes y a las familias que habitan en el cantón El Espino incluyéndolas en algún programa de acceso a una vivienda social u otro de igual índole, dentro de dicho plazo este Tribunal realizará audiencia de seguimiento para verificar el cumplimiento de lo ordenado; *ordenó* al Juez de Paz de Antiguo Cuscatlán abstenerse de efectuar el desalojo de los demandantes y las familias que habitan en el cantón El Espino hasta que se cumpla el plazo concedido a la referida autoridad para analizar la posibilidad de brindar a las referidas familias oportunidades reales de acceso a una vivienda; dicho desalojo se realizó entre los días dieciséis y dieciocho de mayo de dos mil dieciocho.

Si bien el proceso de desalojo se desarrolló conforme a la LEGPPRI, ateniéndonos al texto de la misma, el desalojo del inmueble se realizó conforme al art. 6 de dicha ley, y el art. 7 que es el que establece la figura de la reincidencia no ha sido aplicado, puesto que las personas desalojadas están viviendo a la intemperie, en la acera, afuera de dicho inmueble.

Una vez establecido que la reincidencia regulada en el art. 7 de la LEGPPRI, no ha sido aplicada a las personas desalojadas en el caserío El Espino, surge la siguiente interrogante: ¿Y si las personas que han sido desalojadas por ser declaradas invasoras, ingresan de nuevo al inmueble del que fueron desalojados, pero lo hacen en virtud de la celebración de un contrato con el propietario del mismo? Es en nuestra particular opinión, que ellos no entrarían en la categoría de reincidentes, esto en virtud de habitar el inmueble bajo un título legítimo, lo que modifica la situación jurídica por la que están habitando dicho inmueble. El art. 7 de la LEGPPRI, no establece la celebración de una

audiencia, o de una nueva inspección por parte del juez de paz, por lo tanto, los presuntos reincidentes no tendrán la oportunidad procesal de hacer del conocimiento del juez que han celebrado dicho contrato. El juez de paz, ante la denuncia de la reincidencia, deberá acatar lo establecido en el texto del artículo supra mencionado, y lo manifestado por la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia con número de referencia 40-2009/41-2009: “aunque no deba realizar “más trámite ni diligencia”, el juez está obligado por la propia norma a verificar o comprobar que sí existe la reincidencia denunciada -identidad de sujetos demandados, inmueble y propietario o poseedor-, ya que esta es el presupuesto lógico de aplicación de la consecuencia jurídica prevista en dicho artículo. La obligación de rapidez, celeridad o expedición al ordenar el desalojo debe entenderse a partir de la constatación judicial de que concurre el supuesto de aplicación de la norma, es decir, la circunstancia de reincidencia en la invasión inmobiliaria denunciada.”

¿En qué consiste la verificación o comprobación?, la Sala no estableció si deberá realizarse a través de una nueva inspección de inmueble, o simplemente el juez de paz, desde su despacho deberá revisar el expediente judicial a fin de verificar que la persona denunciada como reincidente es la misma que fue declarada invasor, que el inmueble supuestamente invadido por el reincidente es el mismo que fue desalojado, esto en virtud de la sentencia pronunciada en el proceso de desalojo.

Si el desalojo por supuesta reincidencia se practica, y el supuesto reincidente ahora tiene un contrato que justifique el porqué está en posesión del mismo inmueble, se le estaría limitando el derecho de audiencia, y el derecho a la vivienda del no propietario⁶⁴.

⁶⁴ Sentencia, Referencia 582-2008, (El Salvador, Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, 2011)

Es necesario integrar la norma, esto con la finalidad de garantizar la oportunidad procesal para que la persona que ha sido denunciada como reincidente ejerza su derecho de audiencia, por lo que consideramos que es necesario aplicar supletoriamente el Código Procesal Civil y Mercantil específicamente los arts. 263, 267, 268 y 270, y promover de manera escrita una cuestión incidental, agregando el supuesto reincidente los medios de prueba que considere oportunos, entre ellos el contrato que haya celebrado con el propietario del inmueble, dicha cuestión incidental será resuelta en audiencia, garantizando así el ejercicio de su derecho de audiencia.

RESULTADO DE HIPÓTESIS PLANTEADAS

En el inicio de esta investigación se fundamentó en una serie de hipótesis, las cuales sirvieron de base en esta investigación, ya que fueron fuente fundamental en el desarrollo de la presente, por haber permitido observar los cambios y actuaciones que se lograron, y así determinar en qué medida se estaban cumpliendo dichas hipótesis.

Se parte de las hipótesis generales, las cuales se establecieron de la forma siguiente: “La aplicación del art. 7 de la Ley Especial para la Garantía de la Propiedad o Posesión Regular de inmuebles genera la vulneración al derecho de audiencia al supuesto reincidente”. Y si “Los jueces de paz al aplicar la reincidencia de manera automática pasan por alto que el supuesto reincidente puede tener un justo título que lo ampare lo cual genera inseguridad jurídica”. En respuesta a las hipótesis planteadas, se puede decir que fueron cumplidas ya que efectivamente el art. 7 de Ley Especial para la Garantía de la Propiedad o Posesión Regular de inmuebles vulnera el derecho de audiencia al supuesto reincidente, ya que el mismo artículo ordena el desalojo de manera inmediata, privando así al supuesto de poder explicar las razones por las cuales continua en posesión del inmueble, es así que cuando se aplica esta figura de manera automática se pasa por alto que la persona que fue declarada invasor, continúe en posesión del inmueble por tener un justo título a su favor o bien el consentimiento del propietario.

De esa manera también quedan demostradas las hipótesis específicas planteadas las cuales consisten en: “Los jueces de paz pueden inaplicar el artículo 7 de la Ley Especial para la Garantía de la Propiedad o Posesión Regular de inmuebles si lo consideran contrario a la Constitución.”

Sin duda alguna la jurisprudencia sirve de respaldo ante la presente, ya que cuando el juez considere que un artículo de cualquier ley sea contrario a la Constitución, este puede inaplicarlo, como sucedió en el año 2009, la Juez Segundo de Paz de La Unión, Lic. Mayra Noemí Gálvez Chicas, emitió dos resoluciones pronunciadas con fecha 25-VII-2009 inaplicando los arts. 4, 5, 6 y 7 de la LEGPPRI por contradecir los arts. 2, 11 y 12 de la Constitución, lo cual sirvió para declarar la inconstitucionalidad del artículo cinco de dicha Ley.

De la misma manera se cumple la segunda hipótesis específica consistente en: “El supuesto reincidente puede plantear una cuestión incidental y ejercer su derecho de audiencia.”, siendo que el supuesto reincidente puede plantear una cuestión incidental, la cual será resuelta en audiencia, basado en los arts. 263 y 267 del CPCM, para que la cuestión de reincidencia sea resuelta como una cuestión incidental que tiene relación con el proceso de anterior.

Por lo que se sostiene que en el desarrollo de esta investigación se comprueba efectivamente lo que se planteó en el inicio de este trabajo de investigación.

CAPITULO VI

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

CONCLUSIONES

A continuación, se presentan las conclusiones en relación a la investigación realizada:

Que efectivamente la aplicación de la figura de la reincidencia que regula el art. 7 de la Ley Especial Para la Garantía de la Propiedad o Posesión Regular de Inmuebles, vulnera y limita el derecho de audiencia al supuesto reincidente ya que al ser desalojado de manera automática como ordena la Ley, no le permite defenderse en una audiencia donde pueda presentar los medios de prueba con los que cuenta, los cuales son motivos para poder continuar en posesión del inmueble.

La realización de una audiencia especial se vuelve de vital importancia y necesidad para que el supuesto reincidente pueda argumentar los motivos de su permanencia en el inmueble pese a la existencia de una sentencia previa.

Los jueces de paz pueden inaplicar el art. 7 la Ley Especial Para la Garantía de la Propiedad o Posesión Regular de Inmuebles, si consideran que dicho artículo es contrario a la constitución, tal como lo hizo la juez de paz de La Unión.

RECOMENDACIONES

A continuación, se presentan las recomendaciones en relación a la investigación realizada:

Al Órgano Legislativo, la aprobación de leyes, cuyos preceptos no limiten o vulneren garantías Constitucionales, y en el caso que nos ocupa, la reforma de la Ley Especial Para la Garantía de la Propiedad o Posesión Regular de Inmuebles, específicamente en el art. 7, esto con el fin de garantizar la oportunidad procesal para que el presunto reincidente pueda defenderse de la denuncia formulada en su contra.

A los abogados en el ejercicio libre de la profesión y abogados de oficio, que, ante la falta de una reforma por parte del Órgano Legislativo, integren la norma con el fin de garantizar la oportunidad procesal para que sus representados puedan defenderse en audiencia.

A los jueces de paz, cuando consideren que una norma o un precepto contenido en dicha norma, es contraria a la constitución la impliquen, y en el caso que nos ocupa, impliquen el art. 7 de la Ley Especial para la Garantía de la Propiedad o Posesión Regular de inmuebles, esto con el fin de no vulnerar los derechos fundamentales de las personas.

BIBLIOGRAFÍA

LIBROS:

Alessandri, Arturo y Manuel Somarriva. Curso de Derecho Civil. Los Bienes y los Derechos Reales. Tercera edición. Editorial Nascimento. Santiago. 1974.

Bernal Pulido, Carlos. Derechos Fundamentales. Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de investigaciones de la UNAM.

Dassan, Julio y Vera Villalobos Enrique. “El corpus y el animus, la polémica Savigny-Ihering”. (Capítulo anticipado de una obra en preparación sobre Derechos Reales).

Nogueira Alcalá, Humberto. Teoría y Dogmática de los Derechos Fundamentales. Universidad Nacional Autónoma de México, 2003.

Martínez De Zamora, Antonio. “La Reincidencia”. Edición única, Universidad de Murcia, 1971.

Musto, Néstor Jorge. Derechos Reales. Tomo I. Buenos Aires, editorial Astera, 2000.

Tojeira Santacruz, José. ed. España: Derecho Romano Clásico. Editorial Bosch, 1960.

TESIS:

Arteaga Zepeda, Gabriel y otros. “El respeto a la garantía del debido proceso en la aplicación de la ley de protección de víctimas y testigos”. Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas, Universidad de El Salvador, 2010.

Carpio Arévalo, Fernando. “La Protección Jurídica de la Posesión”. Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas, Universidad de El Salvador, 1969.

Carranza Tejada, Rene Belisario y otros. “Análisis de las finalidades del recurso de apelación en el Código Civil y Mercantil, determinación de sus ventajas y desventajas procesales”. Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas, Universidad de El Salvador, 2012.

Muñoz Hidalgo, Carlos. “Las acciones Posesorias”, Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas. Universidad de Concepción, 2014.

Duran González, Sandra Elizabeth; González Sánchez, Hugo Stanley y Serrano Alfaro, Sandra Lisseth. “Los procesos especiales y la aplicación del Principio de Oralidad en el nuevo Código Procesal Civil y Mercantil”. Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas, Universidad de El Salvador, 2009.

Villacura Martínez, Rene Armando. “Tipos de señoríos jurídicos en el Derecho Romano Clásico”, Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas, Universidad de Chile, 2009.

LEGISLACIÓN:

Constitución De La Republica De El Salvador, Decreto Legislativo N° 38, del 15 de diciembre de 1983. D.O. N° 234, Tomo 281, del 16 de diciembre de 1983.

Código Civil, Decreto Legislativo N° 7, del 23 de agosto de 1859, modificado hasta 1999.D.O.N° 85.Tomo 8 del 14 de abril de 1860.

Código Procesal Civil y Mercantil. Decreto Legislativo N° 702 de fecha 18 de septiembre de 2008. D.O N°224, Tomo 381, del 27 de noviembre de 2008.

Código Penal, D.L N° 1030, del 26 de abril de 1997, modificado por última vez el 29 de marzo de 2017. D.O.N° 105. Tomo 335 del 10 de junio de 1997.

Declaración Universal de los Derechos Humanos, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 217 A (III), el 10 de diciembre de 1948 en París.

JURISPRUDENCIA:

Sala de lo Constitucional, Sentencia de Amparo, Referencia: 159-97, El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 1998.

Sala de lo Constitucional, Sentencia de Amparo, Referencia: 41-C-96, El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 1998.

Sala de lo Constitucional, Sentencia de Inconstitucionalidad, Referencia: 41-2000, El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2001.

Sala de lo Constitucional, Sentencia de Inconstitucionalidad, Referencia: 40-2009/41-2009, El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2010.

Sala de lo Constitucional, Sentencia de Inconstitucionalidad, Referencia: 19-2010, El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2010.

Sala de lo Constitucional, Sentencia de amparo, Referencia: 340-2015, El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2016.

Sala de lo Constitucional, Sentencia en el proceso de amparo. Referencia. 235-98, El Salvador, Corte Suprema de Justicia de 1999

Sala de lo Civil, Sentencia Definitiva, Referencia: 274-C-2005, El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2008.

Sala de lo Civil, Sentencia Definitiva, Referencia: 27-CAC-2011, El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2011.

Cámara de lo Civil de la Primera Sección de Occidente, Sentencia Definitiva, Referencia: INC-APEL-01-04-2016, El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2016.

REVISTAS:

Humberto Nogueira Alcalá, *Teoría y Dogmática de los Derechos Fundamentales*, Universidad Nacional Autónoma de México, 2003.

Contreras, Sebastián. “Ferrajoli y su Teoría de los Derechos Fundamentales”, Revista anual del grupo de investigación de filosofía practica e historia de las ideas, editorial Incihusa-conicet, vol. 14, 2012.

Jarillo Gómez, Juan Luis, “La posesión en el Código Civil. Significación de la Posesión dentro de los Derechos Reales”. Revista de estudios jurídicos, económicos y sociales SABERES, vol. 6, España, 2008.

Rengifo Gardezabal, Mauricio, “Teorías de la posesión”, Revista de Derecho privado de la Universidad de los Andes, n° 36, Bogotá, Colombia, junio 2006.

Sánchez Marín, Ángel Luis, “Concepto, fundamento y evolución de los Derechos Fundamentales “. Revista de Filosofía EIKASIA, marzo 2014.

DICCIONARIOS:

Cabanellas De Torres, Guillermo. Diccionario Jurídico Elemental, editorial Heliasta s.r.l, undécima edición, 1993.

Ossorio Manuel, Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales. Editorial DATASCAN S.A, primera edición electrónica, Guatemala.

PÁGINAS ELECTRÓNICAS:

Carillo, Vanessa. Acciones Posesorias Especiales. Sitio Web: www.prezi.com/oo8mk9nsreig/acciones-posesorias-especiales.

Beuchot, Mauricio. Los Derechos Humanos y su fundamentación filosófica. Instituto de Investigaciones filológicas de la UNAM: http://www.robertexto.com/archivo11/der_humanos.htm.

Pérez Porto, Julián." Definición de agravante". Sitio Web: www.definicion.de/agravante/.

www.i-juridica.com/2013/03/21/denuncia-de-obra-ruinosa/

www.es.scribd.com/presentation/58705872/Acciones-Posesorias-Especiales-Derecho-Civil

www.scielo.org.bo/cielo.php?script=sci_arttexi&opid.

ANEXOS

40-2009/41-2009

Inconstitucionalidad

Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. San Salvador, a las diez horas con nueve minutos del día doce de noviembre de dos mil diez.

Los presentes procesos constitucionales acumulados fueron iniciados de conformidad con el art. 77-F de la Ley de Procedimientos Constitucionales (L. Pr. Cn.), en virtud de las certificaciones remitidas por la Juez Segundo de Paz de La Unión, lic. Mayra Noemy Gálvez Chicas, de dos resoluciones pronunciadas con fecha 25-VII-2009, las cuales constituyen sendos requerimiento para que esta Sala se pronuncie de modo general y obligatorio sobre la constitucionalidad de los arts. 4, 5, 6 y 7 de la *Ley Especial para la Garantía de la Propiedad o Posesión Regular de Inmuebles (LEGPPRI)*, emitida mediante el Decreto Legislativo n° 23, de 20-V-2009, publicado en el Diario Oficial n° 94, tomo 383, de 25-V-2009, por las contradicciones advertidas respecto a los arts. 2, 11 y 12 de la Constitución (Cn.).

Las disposiciones inaplicadas prescriben:

“PROCEDIMIENTO

Art. 4.- Las personas establecidas en el artículo anterior, solicitarán al Juez, por escrito o en forma verbal, el lanzamiento de los invasores, presentando para ello los documentos que acrediten su derecho de dominio o posesión regular.

Dentro de las veinticuatro horas posteriores de haber recibido la denuncia, el juez de paz deberá apersonarse al inmueble invadido a fin de realizar inspección de campo con la finalidad de verificar la realidad de los

hechos denunciados, haciéndose acompañar por la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos, de agentes de la Policía Nacional Civil, de su Secretario y de peritos o ingenieros topógrafos si lo considera conveniente.

En un plazo máximo de tres días, después de realizada la mencionada inspección, el Juez, convocará a audiencia, la cual deberá efectuarse a más tardar dentro tres días hábiles posteriores de realizada dicha convocatoria, la que, se realizará con las reglas de la vista pública en lo que aplique, con el fin que los titulares de los derechos infringidos e invasores aporten las pruebas necesarias.

El plazo mencionado para la realización de la audiencia podrá ser prorrogado por el juez, a solicitud de las partes por tres días más, únicamente cuando la documentación a presentar no haya sido extendida por las entidades públicas correspondientes.

MEDIDA CAUTELAR

Art. 5.- A fin de proteger la propiedad o posesión regular, el Juez podrá decretar como medida cautelar el desalojo de los posibles invasores cuando:

a) Existan indicios suficientes que existe una posible usurpación o posesión de mala fe.

b) No se presenten a la audiencia señalada en el anterior artículo.

c) Cuando los invasores obstaculicen con violencia o por cualquier medio, las labores de inspección del juez destinadas a verificar los hechos denunciados.

En la realización de la medida cautelar, se consignará en el acta respectiva todas las diligencias realizadas previniendo a los invasores que ventilen sus derechos ante el Juez competente.

PLAZO PARA EMITIR RESOLUCIÓN

Art. 6.- A más tardar en un plazo de 5 días hábiles después de concluida la audiencia, el juez deberá decretar la resolución correspondiente decretando en su caso el desalojo del inmueble invadido y previniendo a los invasores que ventilen sus derechos ante el Juez competente.

Si los invasores desalojan pacíficamente el inmueble, el Juez dará por concluidas las diligencias y ordenará que se archiven.

Si en el acto del desalojo hubiere negativa, resistencia, violencia o amenazas en las personas que lo practiquen, la Policía Nacional Civil procederá a la captura de los responsables, debiendo consignarlos dentro del término de setenta y dos horas al Juez competente, quien instruirá el informativo correspondiente.

Si la invasión del inmueble se hizo con fines de apoderamiento o de ilícito provecho, o con violencia, amenazas, engaño o abuso de confianza, el Juez competente procederá por el delito de usurpación contra los invasores e instigadores; que dolosamente hubieren determinado a otro a cometer el delito, de conformidad con lo establecido en el Código Penal.

REINCIDENCIA

Art. 7.- Si hubiere reincidencias de los mismos invasores, con la sola denuncia del caso por los propietarios, poseedores - colindantes o cualquier

persona, el Juez de Paz procederá a ordenar sin más trámite ni diligencia, su desalojo, por medio de agentes de la Policía Nacional Civil, y el Juez de Primera Instancia que conozca de lo penal, calificará el caso como agravante para la sanción del delito de usurpación correspondiente.”

Han intervenido en el presente proceso, además de la Juez Segundo de Paz de La Unión, la Asamblea Legislativa y el Fiscal General de la República.

Analizados los argumentos y considerando:

I. En el trámite del presente proceso, los intervinientes expusieron:

1. La Juez Segundo de Paz de La Unión expuso que encuentra una violación a las *garantías de audiencia y presunción de inocencia*, como elementos del debido proceso, derivados de los *arts. 11 y 12 de la Cn.*, relacionados con el *derecho de propiedad*, derivado del *art. 2 de la Cn.*

Específicamente, la jueza remitente afirma que considera inconstitucionales los arts. 4, 5, 6 y 7 de la referida ley, por los motivos siguientes:

A. El *art. 4 de la LEGPPRI* establece un procedimiento muy breve que no cumple con los arts. 11 y 12 de la Cn., en la medida que el Juez de Paz debe resolver sobre el desalojo de las personas invasoras, sin haberles otorgado la posibilidad de ventilar sus derechos en un juicio previo. Y es que –afirma–, el procedimiento regulado es muy breve y se limita a que, dentro de veinticuatro horas de recibida la demanda, el juez realice la inspección en el lugar para verificar los hechos denunciados, y cinco días hábiles después convoque a una audiencia pública para emitir resolución, mediante la cual ordene el desalojo del “inmueble invadido”.

Para la jueza remitente, la disposición legal no define el término “invasores” y deja esto a merced de la interpretación judicial, con lo cual ocasionaría que personas poseedoras de buena fe sean calificadas como invasores. Es decir, que la mala fe de los poseedores se presumiría desde el inicio al hacerse referencia al “inmueble invadido”, partiendo únicamente de la inspección, que es un medio de verificación sumamente precario, aunque sea asistida por un perito.

Entonces, sostuvo que por tratarse de una situación en la que se privaría a las personas del derecho de propiedad o posesión, es necesario un debido proceso, garantizando la audiencia con un mínimo de actividad procesal; pues, el juzgador debe analizar la información registral y pericial, a fin de determinar la propiedad o posesión regular, lo cual no puede hacerse por medio de un procedimiento “eficaz y ágil” como el regulado en la ley citada.

B. Por otra parte, inaplicó el *art. 5 de la LEGPPRI*, pues sostiene que la posibilidad de decretar el desalojo como medida cautelar vulnera la presunción de inocencia, ya que establece una penalidad antes que finalice el proceso.

En concreto –sostiene–, la letra a) de dicha disposición habla de indicios suficientes de una usurpación o posesión de mala fe; el supuesto contemplado en la letra b) –no presentarse a la audiencia señalada– parte de una motivación que puede ser aleatoria y que no necesariamente guarda relación con una situación de mala fe, ya que inasistir a la audiencia puede ser causa de varios motivos; y la letra c) parte de un prejuicio, ya que de una vez define a los invasores que obstaculizan las labores de inspección del juez.

De lo anterior, la jueza remitente considera que dicha medida cautelar pierde su carácter instrumental precautorio, porque priva a los demandados de su

derecho de posesión sin haber sido vencidos en juicio. El desalojo debería ser el resultado final de un proceso y no una medida cautelar, por lo que constituye una sentencia adelantada violatoria del principio de presunción de inocencia.

C. En lo concerniente al *art. 6 de la LEGPPRI*, la juez requirente afirma que dicha disposición no menciona la posibilidad de recurrir de la resolución y de la parte final del inciso 1° se infiere que los “invasores” deben defender sus derechos en otras instancias, al señalar que aparte de ese proceso, se realizaría otro de índole desconocida. Sobre ese punto, indica que en todo debido proceso (art. 11 de la Cn.) debe existir una instancia superior para que pueda corregir los errores en la administración de justicia.

D. Acerca del *art. 7 de la LEGPPRI*, explica que contradice al art. 12 Cn. (presunción de inocencia), pues denota que la reincidencia se valorará con la simple denuncia del propietario, colindante o cualquier persona y procederá al desalojo sin mayor trámite, presumiendo la “invasión” solamente con la denuncia.

E. Finalmente, la jueza en referencia observa que las situaciones que la ley pretende regular ya están protegidas en otras leyes –por ejemplo, arts. 219 del C.Pn. con el delito de usurpación, el Código de Procedimientos Civiles con el juicio de amparo de posesión, o bien el juicio de despojo–. En virtud de esto, sostiene que la ley potencia el doble juzgamiento, cuya prohibición implica el derecho a no ser objeto de dos decisiones que afecten de modo definitivo la esfera jurídica por una misma pretensión.

2. Por resoluciones del 25-V-2009, esta Sala dio trámite a estos procesos y con base en los arts. 77-A y 77-C de la L. Pr. Cn., afirmó que en el presente caso se había verificado que las declaratorias de inaplicabilidad en referencia

reunían los presupuestos mínimos para tramitar y decidir un proceso de inconstitucionalidad.

Esta Sala, en los autos relacionados y conforme con los arts. 77-C y 7 de la L. Pr. Cn., recibió las certificaciones de las resoluciones pronunciadas por la Juez en referencia y ordenó que la Asamblea Legislativa rindiera informe mediante el cual justificara la constitucionalidad de la disposición declarada inaplicable por el juzgado requirente, en el que tomara en cuenta los motivos de inconstitucionalidad delimitados en los respectivos autos iniciales.

3. A. La Asamblea Legislativa señaló que el derecho de propiedad en su sentido clásico consiste en la plena facultad de usar, gozar y disponer a voluntad de los bienes materiales –*ius utendi, ius frutendi y el ius abutendi*–, idea que ha sufrido cambios con el correr del tiempo hasta llegar al punto de admitir limitaciones y así lo establece el Código Civil, mediante la posibilidad de limitación a través de la ley.

La Constitución consigna el derecho de propiedad en su art. 2 y en el art. 103 de la misma se garantiza el derecho a la propiedad privada en función social; con lo cual la propiedad deja de ser absoluta y su límite es la función social. Existen también otras disposiciones que consignan este derecho.

El derecho a la propiedad –agregó– es un derecho constitucional y también aparece en los instrumentos internacionales sobre Derechos Humanos ratificados por El Salvador y se engloban en el tema de los derechos humanos o derechos fundamentales. Asimismo, las normas de derecho positivo regulan el alcance de éste derecho tomando en cuenta factores de la realidad. A partir de las facultades de uso, goce y disfrute, se pueden establecer obligaciones o limitaciones para satisfacer a la colectividad y restringir el abuso.

El concepto de derecho a la propiedad –manifestó– debe entenderse como la plena potestad sobre un bien que –a la vez- contiene la potestad de ocuparlo, servirse con él de cuantas maneras sea posible y aprovechar sus productos y acrecimientos, así como la potestad de modificarlo y dividirlo. Se concibe como un derecho real de naturaleza jurídica y absoluto en cuanto a su oponibilidad frente a terceros, limitado únicamente por el objeto al cual se debe: la función social –art. 2 Cn. –.

Con el propósito de proteger el derecho antes citado –explicó–, el legislador se vio en la obligación de preservar la propiedad y posesión que actualmente están siendo violentadas por personas que invaden inmuebles, en los cuales ya existe propietario legítimo. Y es que el propietario no tiene la voluntad de otorgar la disposición o cesión del derecho de dominio o propiedad por las normas legales correspondientes a las personas que se encuentran ocupando su inmueble, por lo que el Estado, a través de dicha normativa, garantiza el ejercicio legítimo de la propiedad o posesión. En ese sentido, se consideró necesario establecer un procedimiento ágil y expedito que otorgue las garantías constitucionales necesarias frente a personas que invadan los inmuebles y otorgar competencia a los Jueces de Paz cuando así sea requerido.

B. Asimismo -indicó- el inc. 2° del art. 4 de la LEGPPRI establece claramente el derecho de audiencia a las personas invasoras, quienes después de haber sido notificadas, tienen un plazo de tres días para asistir a la vista pública, con el propósito de que presenten las pruebas necesarias de su propiedad o posesión legítima. La misma ley establece un juicio previo y el derecho de audiencia para que presenten alegatos en legítima defensa.

Respecto del contenido del derecho de audiencia, la Asamblea Legislativa citó la jurisprudencia de este Tribunal, en tanto que para ser válida la privación de derechos debe ser precedida de un proceso conforme con la ley (art. 11 Cn.), entre otros aspectos que no serán transcritos, por carecer de relevancia a los efectos de esta sentencia.

C. En cuanto a la medida cautelar y la reincidencia establecida en la ley impugnada, añadió que el principio de presunción de inocencia no se violenta, ya que, para decretar esta medida, tienen que establecerse cualquiera de los tres requisitos establecidos en el art. 5 de la LEGPPRI; en caso de que existan suficientes indicios de una posible usurpación o posesión de mala fe, no presentarse a la audiencia señalada, o, que los invasores obstaculicen con violencia o por cualquier medio las labores de inspección del Juez; quien en estos casos tiene la facultad de desalojar a las personas invasoras, en vista de la mala fe y además del delito de usurpación. En estos casos y una posible reincidencia, se violenta el derecho de propiedad o posesión de los legítimos propietarios –art. 3 LEGPPRI–.

D. Igualmente –agregó–, podemos mencionar que no existe violación al debido proceso ya que los invasores pueden ventilar sus derechos ante el Juez que ellos consideren pertinente, la expresión debido proceso –concluye– sólo puede tener un contenido procesal, no material. La Asamblea legislativa finalizó su informe pidiendo que se declare que no existe la inconstitucionalidad expuesta por el tribunal requirente.

4. Por su parte, el Fiscal General de República en atención al art. 8 de la L. Pr. Cn. expresó su opinión en los siguientes términos:

Inicialmente, señaló los motivos en que descansa la inaplicabilidad alegada, así como también la delimitación del parámetro de control efectuada por este Tribunal.

A. Sobre la garantía de audiencia, dicho funcionario citó jurisprudencia de este Tribunal en la que se caracterizó como un derecho de contenido procesal, que busca la protección efectiva de los demás derechos de las personas. Asimismo, señaló las manifestaciones de las que está compuesto el derecho de audiencia, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional.

A lo expresado anteriormente agregó que la garantía de audiencia exige -en un primer momento- un juicio previo para privar de algún derecho a su titular y que este juicio debe estar previamente reglado en alguna normativa, en la cual se observen los principios del debido proceso hasta su resolución motivada. Con ello se asegura que el procesado tenga la posibilidad de dar su “versión” de los hechos, es decir defenderse de cualquier imputación que hagan.

La Juzgadora –señaló– ha planteado que el art. 4 de la LEGPPRI viola la garantía de audiencia. Dicho artículo establece el procedimiento establecido por la referida ley –el cual fue descrito por el Fiscal–.

Consideró que dicha disposición establece para la parte demandada una posibilidad real de defenderse de los argumentos dados por su contraparte. Esta posibilidad se materializa en la audiencia pública, celebrada con las formalidades aplicables prescritas en el Código Procesal Penal y con ellas se garantiza el derecho de audiencia, en el sentido que el demandado puede presentar sus testigos, examinar los de la contraparte, presentar prueba pericial y documental, que deberá ser valorada por el Juez, quien previamente ha realizado una inspección en el lugar invadido. Ambas partes pueden dar sus conclusiones y solicitar al Juez lo que estimen conveniente, por lo que no se viola la garantía de audiencia.

B. Respecto del art. 6 de la LEGPPRI el Fiscal General expresa que se presenta una especie de inconstitucionalidad por omisión; pues, a criterio de la Juez requirente, el derecho a recurrir, aun cuando no ha sido plasmado en

el texto constitucional, constituye un mandato constitucional que debe ser incluido en toda ley procesal o procedimental.

El derecho a recurrir o acceso a los medios impugnativos –indicó–, no se encuentra expresamente en nuestra Constitución como derecho subjetivo; sin embargo, es una categoría que según la jurisprudencia emitida por este Tribunal, es protegible desde los mecanismos legales que garantizan los derechos fundamentales.

El derecho a recurrir –continuó–, se plantea en la jurisprudencia como parte del debido proceso y estrechamente relacionado con el derecho de defensa y audiencia.

Al analizar la jurisprudencia sobre este tema –siguió–, se observa que el derecho a recurrir o al acceso a los medios impugnativos es un derecho de configuración legal. Es decir, sólo se podrá ejercer de la manera en que lo indique el legislador y cuando éste lo estipule; los límites y ejercicio del derecho a recurrir son fijados por aquel, con la única condición de que estas limitantes sean constitucionalmente válidas, es decir, que no obstaculicen su ejercicio. Por tanto –explicó–, el derecho a recurrir no puede entenderse como un mandato constitucional para el legislador, sino como un derecho de configuración legislativa, es decir, queda a criterio de los legisladores establecer el recurso que estimen conveniente, así como sus formalidades; en este punto citó la sentencia emitida en el proceso de amparo 194-99.

Al analizar el art. 6 de la LEGPPRI -dijo-, el cual fija el plazo de cinco días hábiles después de concluida la audiencia para emitir la resolución que corresponda y además previene a los invasores para que ventilen sus derechos ante el Juez competente, el legislador no estableció un recurso en

este procedimiento, en vista de la celeridad que requiere. Asimismo, las personas inconformes con la resolución del juzgador, pueden iniciar un juicio ordinario reivindicatorio, en el cual se vuelvan a conocer sus argumentaciones por otro juzgador.

C. En cuanto a la garantía de la presunción de inocencia consagrada en el art. 12 Cn. -prosiguió-, posee tres implicaciones: como garantía básica dentro de un proceso, es decir, como una protección para el procesado a fin de que no sea condenado *a priori* sin antes haber sido escuchado y vencido en juicio; como regla de tratamiento del procesado o demandado durante el proceso; y como regla relativa a la prueba, que implica obligatoriedad para el que acusa o demanda para probar la culpabilidad del acusado.

En cuanto a la medida cautelar establecida en el art. 5 de la LEGPPRI, el Fiscal General consideró que la interpretación que hace la señora Juez de Paz de La Unión de tal disposición es restrictiva; pues las medidas cautelares son compatibles con la garantía de la presunción de inocencia, que solamente se pierde luego de que en un juicio público se declare de manera firme y definitiva la culpabilidad de una persona.

El art. 5 de la LEGPPRI –prosiguió– establece tres posibilidades de las cuales el juzgador puede decretar como medida cautelar el desalojo de los posibles invasores. La primera situación –a juicio del funcionario- debe estar presente en toda medida cautelar, es decir, la apariencia del buen derecho. La existencia de indicios suficientes que acrediten una posible usurpación o posesión de mala fe. Lejos de ser atentatoria contra la presunción de inocencia, el desalojo la resguarda, ya que se requiere de varios indicios que sustenten de forma razonable la posible usurpación o posesión de mala fe.

Por otra parte –agregó–, la aplicación de la letra b) del referido artículo requiere una interpretación apegada a la Constitución por parte del juzgador; pues, a la luz de la norma fundamental y de las leyes procedimentales civiles, a la persona impedida con justa causa no le corre término. En tal sentido, basta que el juzgador realice una interpretación extensiva y apoyada en el resto de normas, para descartar la posibilidad de actuaciones arbitrarias que menoscaben los derechos de la persona que no compareció a la audiencia señalada, por haber estado imposibilitada y que cuente con el medio para comprobarlo.

Respecto del último supuesto -que establece la aplicación de la medida cautelar cuando los invasores obstaculicen las labores de inspección del Juez destinadas a verificar los hechos denunciados- el Fiscal General manifestó que utilizar el término “invasores”, no significa que se consideren ciertos todos los hechos alegados por el demandante, pues el mismo artículo habla de “posibles invasores”.

Sobre la inaplicabilidad del art. 7 de la LEGPPRI, el Fiscal General reflexionó que no existe tal vulneración, pues al estipular la “reincidencia de los mismos invasores”, la ley expone la existencia de una resolución judicial que ha ordenado el desalojo –es decir una resolución motivada que destruyó la presunción de inocencia–. Al tratarse de los mismos invasores, el desalojo inmediato de estas personas significa velar por el cumplimiento de la orden judicial emitida con anterioridad y, por lo tanto, no se requiere de un nuevo proceso para resolver la “nueva invasión”.

Sobre el derecho de propiedad contemplado en el art. 2 de la Cn., el funcionario citó lo manifestado en la sentencia pronunciada en el proceso de amparo 676-99; de igual manera citó la definición que hace el art. 568 del

Código Civil, y sostuvo que, al no existir vulneración a la norma constitucional en sus garantías de audiencia y presunción de inocencia, no puede existir por lógica violación al derecho de propiedad, pues al fallar sobre las disposiciones impugnadas, no se viola la Constitución.

En suma –concluyó–, no existe la inconstitucionalidad alegada de los arts. 4, 5, 6 y 7 de la LEGPPRI, por no contrariar a la Constitución en su art. 2 en lo que respecta al derecho de propiedad, ni a los arts. 11 y 12 respecto de las garantías de audiencia y presunción de inocencia.

El Fiscal General de la República finalizó su informe solicitando a esta Sala que declare que los referidos artículos son constitucionales.

II. Habiendo expuesto las consideraciones del Juez requirente, los argumentos de la Asamblea Legislativa, así como la opinión del Fiscal General de la República, se indicará el orden lógico que seguirá esta Sala para fundamentar su fallo.

En un primer momento, es relevante señalar el contenido y alcance del derecho a la protección jurisdiccional como marco dentro del cual se encuentran comprendidos el resto de derechos vinculados al proceso como realizador del mismo y efectuar algunas consideraciones sobre el tema de las medidas cautelares, su finalidad, características y presupuestos (III); posteriormente, se expondrá el tema de las estructuras procesales y de los límites a la libertad de configuración del legislador respecto al proceso jurisdiccional (IV); para luego explicar el método de interpretación conforme a la Constitución (V); e identificar, finalmente, si las disposiciones impugnadas dan lugar a las vulneraciones alegadas por la Juez requirente o si en ellas se regulan las garantías necesarias para un proceso constitucionalmente

configurado y determinar con ello la constitucionalidad o no de las disposiciones impugnadas (VI); y pronunciar el fallo que constitucionalmente corresponda.

III. Previo a abordar el contenido del derecho a la protección jurisdiccional conviene hacer alusión, en un primer momento, al derecho a la protección en la conservación y defensa de los derechos.

1. En la sentencia pronunciada el 18-XII-2009 en la Inc. 23-2003, esta Sala afirmó que la Constitución, desde su art. 2 positiva una serie de derechos de la persona que considera fundamentales para la existencia humana digna, en libertad e igualdad y que integran su esfera jurídica.

Ahora bien, para que tales derechos no se reduzcan a un reconocimiento abstracto y tengan posibilidades de eficacia, es también imperioso el reconocimiento de un derecho que posibilite su realización efectiva y pronta. En virtud de ello, la Constitución también consagró el *derecho a la protección en la conservación y defensa* de los derechos fundamentales establecidos en favor de toda persona.

A. La *conservación* de los derechos que reconoce la Constitución es, en efecto, una forma de protección de los mismos que implica *el establecimiento de acciones o mecanismos para evitar que los derechos constitucionales sean vulnerados, violados, limitados o, en última instancia, extraídos inconstitucionalmente de la esfera jurídica de cada persona*. Esta primera modalidad de protección incorpora –pues– un derecho a que el Estado salvadoreño impida razonablemente las posibles violaciones a los demás derechos materiales.

Ahora bien, hay que aclarar que la *conservación* de un derecho puede perfectamente lograrse a través de vías administrativas o “no jurisdiccionales”, como son las acciones estatales que la doctrina constitucional cataloga de “previsionales”, encaminadas a evitar o prevenir posibles violaciones a derechos constitucionales; sin embargo, también la protección en la conservación puede obtenerse a través de mecanismos jurisdiccionales, ya que la amenaza de privación o limitación de un derecho es algo que también compete al órgano estatal encargado de “juzgar y hacer ejecutar lo juzgado”.

Sí, no obstante la anterior modalidad, se da una violación de derechos constitucionales, entrará en juego el *derecho a la protección* en la *defensa* de los mismos. Esta protección implica –en términos generales– la *creación de mecanismos idóneos para la reacción mediata o inmediata ante violaciones a los derechos integrantes de la esfera jurídica de las personas*. Al igual que en el punto anterior, esta defensa o reacción ante la violación puede darse tanto en sede jurisdiccional como en sede no jurisdiccional.

La defensa no jurisdiccional está relacionada con todas aquellas vías o instancias establecidas en otros entes capaces de solucionar, de algún modo, controversias con relevancia jurídica.

B. El derecho a la protección jurisdiccional –protección en la defensa por entes jurisdiccionales–, se ha instaurado con la esencial finalidad de permitir la eficacia de los derechos fundamentales integrantes de la esfera jurídica de la persona, al permitirle reclamar válidamente, en aquella sede, frente a actos particulares y estatales que atenten contra tales derechos y a través del instrumento heterocompositivo diseñado con tal finalidad: *el proceso jurisdiccional* en todas sus instancias y en todos sus grados de conocimiento.

En tal sentido, *el proceso* como realizador del derecho a la protección jurisdiccional, es el instrumento de que se vale el Estado para satisfacer las pretensiones de los particulares en cumplimiento de la *función jurisdiccional*; o, desde otra perspectiva -la de los sujetos pasivos de dichas pretensiones-, dicho proceso es el instrumento a través del cual se puede privar a una persona de algún o algunos de los derechos consagrados en su favor, cuando se realice de acuerdo con la Constitución.

C. El *derecho a la protección jurisdiccional* conlleva, entonces, la posibilidad de que un supuesto titular del derecho o interés legítimo pueda *acceder a los órganos jurisdiccionales a plantear su pretensión* o a oponerse a la ya incoada y a la *obtención de una respuesta fundada en derecho* a sus pretensiones o su resistencia, a través de un *proceso equitativo* tramitado de conformidad con la Constitución y las leyes correspondientes.

De la anterior noción se advierte que esta 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.*

2. Con el concepto de *debido proceso* o *proceso constitucionalmente configurado* se quiere hacer alusión a un proceso equitativo, respetuoso a los derechos fundamentales de los sujetos partícipes, que agrupa y se desdobra en un haz de garantías que cobran vigencia en todos los órdenes jurisdiccionales y en las diferentes etapas de un proceso.

A. El art. 11 Cn. señala, en esencia, que la privación de derechos -para ser válida jurídicamente- necesariamente debe ser precedida de un proceso seguido conforme a la ley.

Este *derecho de audiencia* se traduce en la exigencia constitucional de que toda limitación a las posibilidades de ejercer un derecho sea precedida del proceso que para el caso concreto el ordenamiento jurídico prevé, el cual deberá hacerse del conocimiento de todos los intervinientes y darles a éstos la posibilidad real de exponer sus razonamientos y de defender sus derechos de manera plena y amplia y, además, en el mismo, deberán cumplirse todas aquellas formalidades esenciales que tiendan a asegurar la efectividad del derecho de audiencia.

a. Tal como se acotó en la sentencia del 30-III-1998, pronunciada en el proceso de amparo 2-D-96, este derecho admite distintas posibilidades de organización de la estructura de los procesos y también, por tanto, de instancias, recursos y medios impugnativos de acuerdo con la naturaleza de las pretensiones que se plantean y de las normas jurídicas que le sirvan a éstas de basamento.

Asimismo, se afirmó que la ley debe propender a que el referido derecho no se torne ilusorio, sea por el establecimiento de aspectos gravosos a los gobernados, sea por la excesiva e injustificada reducción de los medios y posibilidades de defensa. Esto significa que el trámite que la ley diseñe a efecto de dar cumplimiento al derecho de audiencia, debe cumplir con un mínimo de actividad procesal adecuada. En el mismo sentido se manifestó la jurisprudencia constitucional en las sentencias pronunciadas en los procesos de Amparo 41-A-96, de 10-VI-1998; 360-97 de 10-II-1999, 255-98 de 24-V-1999, entre otros.

La referencia a la ley, tal como se acotó en la sentencia de 11-XII-2002 pronunciada en el proceso de inconstitucionalidad 7-2001, no supone, entonces, una remisión plena, ilimitada y absoluta a la legislación secundaria pues, si bien es cierto, que el ámbito procesal rige el principio de legalidad de

los actos procesales, tal principio no hace referencia sólo a la legalidad secundaria, sino que se extiende al sistema normativo como unidad, es decir, la legalidad supone respeto al orden jurídico en su totalidad, lo que comprende a la Constitución. Por ello, legalidad no es sólo sujeción a la ley, sino también -y de modo preferente- sujeción a la Constitución. Y es que, sobre la expresión ley no debe olvidarse que -en virtud de los principios de supremacía constitucional, jerarquía normativa y regularidad jurídica- la disposición legal debe ser conforme, en forma y contenido, con la normativa constitucional.

b. El derecho de audiencia no sólo importa, entonces, la existencia de un proceso o procedimiento previo sino también el cumplimiento irrestricto de los actos de comunicación procesal, que son la herramienta que facilita el conocimiento de las partes sobre lo que en el proceso está ocurriendo.

En ese sentido, los actos de comunicación (notificaciones, citaciones) constituyen manifestaciones del derecho de audiencia en cuanto que posibilitan la intervención de las partes en los procesos jurisdiccionales o en los procedimientos administrativos, para defender sus derechos o intereses garantizando el principio de contradicción y bilateralidad.

El derecho de audiencia vincula tanto al juzgador como al legislador, al primero para que realice debidamente los actos de comunicación, y al segundo, para que al emitir la norma base para el proceso previo, contemple en él las referidas comunicaciones.

B. A diferencia de la garantía de audiencia, el derecho de defensa (Art. 12 Cn.) tiene un arraigo más limitado en la medida que únicamente se manifiesta ante la configuración de una contienda donde exista la necesidad de argüir elementos tendentes al desvanecimiento de las alegatos incoados por la contraparte.

El 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. Esta actividad procesal de parte viene encauzada por las reglas del proceso y se corresponde con la obligación del juez de procurar su regular desenvolvimiento, de modo que no se genere indefensión en ninguna de sus fases y para ninguna de las partes.

De esta definición puede colegirse que el derecho de defensa lleva ínsito la *igualdad de armas* y el *derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes*.

a. En la sentencia de 24-IV-2007, pronunciada en el Amparo 391-2006, esta Sala manifestó que en el proceso concreto debe existir igualdad de armas entre los contendientes, esto es, que el juzgador está obligado a aplicar de manera igualitaria la ley procesal, garantizando a las partes, dentro de sus respectivas posiciones, el equilibrio de sus derechos de defensa, sin concederles un trato favorable.

El principio de contradicción ha de verse complementado –pues– con el principio de igualdad en la actuación procesal; porque no es suficiente que exista *contradicción* en el proceso sino que, para que aquella sea efectiva, se hace necesario también que ambas partes procesales cuenten con las mismas posibilidades de exponer sus argumentaciones ante el tribunal correspondiente.

b. El derecho a la utilización de los medios de prueba pertinentes para la defensa garantiza a las partes la posibilidad de impulsar una actividad

probatoria acorde con sus intereses. Consiste, pues, en el derecho a que la prueba pertinente, propuesta en tiempo y forma, sea admitida por los tribunales

En ese sentido, no se trata de una facultad omnímoda, que permita valerse ilimitadamente de cualesquiera medios de prueba, en cualquier tiempo, ni para cualquier objeto, sino sólo los que sean pertinentes; 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.

Ahora bien, del art. 12 Cn. se derivan otras manifestaciones del derecho a un proceso constitucionalmente configurado que sin duda están encaminadas a ejercitarse ordinariamente en el proceso penal como el derecho a ser informado de la acusación, el derecho a no declarar contra sí mismo y el derecho a no declararse culpable; sin embargo, ello no impide que, puedan hacerse efectivas en procesos jurisdiccionales atinentes a otras materias, en tanto que su finalidad es garantizar la defensa del sujeto pasivo de la pretensión.

C. En cuanto a la presunción de inocencia, la jurisprudencia constitucional v.gr. en la sentencia de 28-IX-2004, pronunciada en el proceso de Amparo 197-2003, afirmó que cuando la Constitución en su art. 12 instituye una de las garantías constitucionales elementales a favor de los habitantes de un Estado democrático, mediante la cual se impide que el aparato público abuse de su poder e imponga sanciones arbitrarias en perjuicio de los gobernados, esto es, 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 imputado.

Aunado a lo anterior, en la sentencia de 1-IV-2004, pronunciada en el proceso de Inconstitucionalidad 52-2003, se acotó que la consagración constitucional de la presunción de inocencia implica la traslación de la carga de la prueba de la culpabilidad de un imputado hacia el acusador, es decir, no corresponde a la persona a quien se le imputa la comisión de un delito demostrar o probar las justificaciones de su conducta; sino que, por el contrario, éste se considera inocente y por tanto, corresponde al acusador establecer los elementos con los cuales se verifica la imputación.

Ahora bien, el derecho a la presunción de inocencia no puede entenderse reducido al estricto campo del juzgamiento de conductas presuntamente delictivas, sino que debe entenderse que preside también en la adopción de cualquier resolución, tanto administrativa como jurisdiccional, que se base en la condición o conducta de las personas y de cuya apreciación se deriva un resultado sancionatorio para las mismas o limitativo de sus derechos, claro está, ponderando las singularidades que en cada caso concurren.

D. Según sentencia de 28-V-2001, pronunciada en la Inconstitucionalidad 4-99, la garantía de *acceso a los medios impugnativos* legalmente contemplados, que comúnmente se denomina "*derecho a recurrir*", se conjuga con el derecho a la protección jurisdiccional y con el debido proceso e implica que, al consagrarse en la ley un determinado medio impugnativo, debe permitirse a la parte el acceso a la posibilidad de un segundo examen de la cuestión –otro grado de conocimiento-.

El fundamento de los recursos radica en el reconocimiento de la falibilidad humana y en la conveniencia de que el propio juez o tribunal pueda reconsiderar y rectificar una decisión antes de que se convierta en firme, así como en la garantía que supone someter a un tribunal distinto la corrección de

un posible error en la interpretación y aplicación de la ley o en la valoración de las pruebas practicadas o en la observancia de las normas procesales atinentes a la decisión.

En este contexto, el derecho a recurrir implica que:

a. Una vez instituido el recurso o medio impugnativo en la ley procesal adquiere connotación constitucional por lo que los presupuestos de su admisión deberán ser interpretados de modo favorable a su procedencia, criterio adoptado por la referida sentencia de Inconstitucionalidad 4-99 y el Amparo 704-2004.

Lo anterior implica que un tribunal puede válidamente declarar la inadmisibilidad o improcedencia de un medio impugnativo, pero las mismas pueden ser examinadas por esta Sala cuando el motivo de dicha declaratoria parezca no motivada, formalista e incompatible con la más favorable efectividad del derecho de defensa, o si la resolución se ha basado en un norma que pueda arrojar subjetivismo a la hora de la limitación de parte del legislador y no en un criterio concreto atendible jurisprudencialmente.

b. El legislador no podrá regular el recurso en contra de los derechos y principios constitucionales, por ejemplo, no podrá disponer que el recurso queda abierto sólo para alguna de las partes, pues ello iría en contra de la igualdad procesal, ni podrá poner tales obstáculos a la admisión del recurso que lo hagan imposible para cualquiera de las dos partes.

c. Por otro lado, si la ley configura el proceso como de única instancia, la inexistencia legal de recurrir, en modo alguno vulneraría preceptos constitucionales, siempre y cuando esta limitación sea evidentemente objetiva, esto es, proporcional y razonable en relación con la naturaleza del caso, la

urgencia del objeto del proceso, las posibilidades de dispendio jurisdiccional y la menor complejidad del asunto.

Y es que, lo proporcional y razonable alude a una limitación alejada de la arbitrariedad, relacionada con la justicia material y con la inalterabilidad de los derechos que regula; es el caso de la garantía de acceso a los medios impugnativos, que importa como se ha dicho el acceso a una segunda instancia cuando el caso lo amerite en abstracto o porque así lo ha previsto el legislador; es decir, que no podría haber una limitación que implique desaparición de tal garantía, sino que esa limitación tiene que ser coherente con el fin que se persigue.

La necesidad de seleccionar los asuntos más importantes para hacer posible su reconsideración en un grado superior de la jurisdicción, provoca que el legislador utilice distintos criterios selectivos, algunos directos como puede ser la naturaleza del asunto. Por ello, el derecho de defensa y la consecuente garantía de equivalencia de armas procesales no quedan agotados con una respuesta única de instancia sino que comprende, además del acceso a ésta, la posibilidad eventual de aniquilar tal decisión en un segundo o tercer grado de conocimiento, v. gr. apelación y casación.

3. Establecidos los contenidos del derecho de audiencia, defensa, presunción de inocencia y derecho a recurrir, como manifestaciones del derecho a la protección jurisdiccional, corresponde ahora exponer unas breves nociones sobre las medidas cautelares.

Al respecto, este Tribunal ha sostenido que, de conformidad con la Constitución –cuando el art. 172 Cn. dispone que corresponde al Órgano Judicial la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado-, se concede a los

Jueces y Magistrados la potestad jurisdiccional que se ejerce al aplicar el derecho a los casos concretos de modo irrevocable y ejecutando asimismo lo decidido (sentencia de 12-IV-2007, pronunciada en el proceso de Inconstitucionalidad 28-2006).

Es a partir de las medidas cautelares, y luego de verificarse los presupuestos para su aplicación, que el juzgador asegura su función de ejecutar lo juzgado, puesto que *su única finalidad, es la de prevenir y asegurar el resultado del proceso* mediante la eficacia de la decisión judicial, para que dicho resultado no quede burlado ante situaciones ajenas a la actividad del juzgador.

Las medidas cautelares envuelven la idea de prevención, que –a su vez– equivale a precauciones y medidas que evitan un riesgo, puesto que la dimensión temporal del proceso en algunas ocasiones genera la posibilidad de un fracaso, en su tramitación y en la eficacia de la sentencia que resultó estimatoria.

No obstante lo anterior, las medidas cautelares también pueden generar daños o vulneraciones al sujeto afectado con la medida, v. gr. porque la medida no es proporcional al fin que persigue, siendo que, en lugar de prevenir o asegurar el resultado del proceso, se convierten en una decisión con carácter definitivo.

En ese sentido, es claro que las medidas cautelares deben ser provisionales y deben depender de un acto judicial posterior, a favor del cual se dictan: la sentencia.

A. En ese orden de ideas, las medidas cautelares poseen ciertas características señaladas por la doctrina procesal, consideradas por este Tribunal como adecuadas a nuestra jurisprudencia y legislación:

a. *Instrumentalidad*, en tanto que no constituyen un fin en sí mismas, sino que se encuentran vinculadas al fin principal en virtud del cual se desarrolla el proceso y del cual se encuentran en dependencia: asegurar el cumplimiento de la sentencia que vaya a dictarse.

b. *Provisionalidad*, ya que su función concluye en cuanto se ha alcanzado el fin a favor de la cual fueron dictadas o la situación fáctica que las sustenta ha dejado de existir.

c. *Sumariedad* o celeridad, como característica que se atribuye a la finalidad que persiguen, no requieren de mayor trámite y sus términos procesales son cortos, ello en vista de que no existe una certeza, sino una probabilidad sobre la existencia del derecho en discusión dentro de la causa principal y están diseñadas para asegurar que el desarrollo de esta discusión tenga una solución que sea eficaz.

d. *Flexibilidad*, las medidas cautelares no son decisiones pétreas; en general son modificables ya sea sustituyéndolas por otra que convenga más a la finalidad perseguida o suprimiéndolas en caso de desaparecer las circunstancias que dieron lugar a que se tomara la medida.

En virtud de lo expuesto, es preciso reiterar que, en todo proceso, las medidas cautelares deben ser adecuadas al fin que pretenden alcanzar y que generalmente se obtiene a través de la sentencia que corresponda y nunca buscan la ejecución de una *condena anticipada*.

B. En ese sentido, los presupuestos para la adopción de las medidas cautelares consisten –básicamente– en la apariencia del buen derecho –*fumus bonis iuris*– y el peligro por la mora procesal o daño que ocasionaría el

desarrollo temporal del proceso o procedimiento para darle cumplimiento a la sentencia supuestamente esperada *–periculum in mora–*.

El primero de tales presupuestos implica que la medida cautelar no puede sujetarse a la prueba del derecho en discusión en el proceso, porque precisamente es su existencia la que se discutirá en sede jurisdiccional, así debe tenerse en cuenta que la medida tampoco puede dictarse por la mera suposición del actor del proceso, sino que, deben existir *indicios de probabilidad de existencia del derecho alegado*.

Por su parte, el peligro en la mora procesal se genera por la existencia de riesgos que pudieran perturbar o amenazar el desarrollo y normal conclusión del proceso a través de la resolución de que se trate, ya sea por la demora en su trámite o por el perjuicio que podría producirse ante la dilación en el pronunciamiento que decida el fondo del asunto en conflicto.

En conclusión, las medidas cautelares son instrumentos procesales cuya finalidad es asegurar que el trámite del proceso se desarrolle de manera normal y consecuentemente concluya en una sentencia que en caso de ser estimatoria posea la eficacia necesaria. Pero no debe constituir una decisión anticipada sobre la causa principal discutida.

IV. Expuestos con anterioridad los componentes de un proceso constitucionalmente configurado pertinentes a este caso, conviene reseñar el tema de los límites a la libertad de configuración del legislador respecto del proceso jurisdiccional y las estructuras procesales.

1. En cuanto a la regulación legislativa de un proceso jurisdiccional, en la sentencia dictada de 18-XII-2009 pronunciada en el proceso de

Inconstitucionalidad 23-2003, se acotó que al momento de dotar de contenido material a una regulación procesal secundaria, el Órgano Legislativo puede tomar diversas posiciones y consideraciones bajo su responsabilidad política y atendiendo a una diversidad de criterios como pueden ser: el orden social, la realidad judicial, la economía, la política o simplemente los aspectos coyunturales o doctrinales.

Esta diversidad de criterios y consideraciones que el legislador puede adoptar en la configuración de las leyes procesales, por ejemplo, es lo que la doctrina y alguna jurisprudencia de este Tribunal denomina “libertad de configuración del legislador” o libertad de formación democrática de la voluntad legislativa.

En materia procesal, pues, el legislador puede establecer dentro de su libertad de configuración qué modelo procesal considera más óptimo para los fines que constitucional y legalmente persiga.

Ahora bien, lo anterior no significa que el ejercicio de aquella libertad en materia procesal (como en cualquier otra) implique desconocimiento de los parámetros constitucionales.

En efecto, el legislador tiene frente a la Constitución una relación compleja, ya que es tanto libertad material (arts. 121 y 131 Ord. 5 Cn) como subordinación (art. 246 Cn); si bien puede concretar en un proceso jurisdiccional como mejor cree conveniente, en dicha concreción no puede desbordar la Constitución, pues ésta es la norma informadora de todo el ordenamiento jurídico.

En conclusión, mientras el legislador se mantenga dentro de los límites de su autoridad definida por la Constitución, y dentro del contenido explícito o implícito de aquella, sin violar el núcleo esencial de los derechos reconocidos

o asegurados por la misma, queda librado de cualquier consideración al respecto, pues en este supuesto rige su libertad de configuración reconocida también constitucionalmente.

2. Una *estructura procesal* se constituye por el orden de sus distintos elementos. Se trata de un orden necesario y asimétrico, en el sentido que no pueden darse sino en forma sucesiva y no reversible.

Ahora bien, el objeto del proceso determina el ser y el modo de ser de las demás categorías (sujetos, objeto, actos y situaciones procesales), bajo la idea que aquél se encamina a ser un instrumento productor de certeza -de *conocimiento*- o de realización coactiva de las consecuencias de esa certeza -de *ejecución*. -

En ese sentido, los actos procesales no pueden entenderse desvinculados de los fines que el proceso pretende cumplir -producir certeza o realizar la certeza-. Y esta perspectiva funcional del proceso, a su vez, debe seguir cierto orden -estructura-, es decir, la estructura del proceso tiene como horizonte inmediato a las funciones que pretende.

En la mayor parte de los casos, la estructuración funcional del proceso se basa en el *principio contradictorio*, de manera que un proceso se califica como tal toda vez que admita que sus sujetos litigiosos tengan una pareja oportunidad de criticar mutuamente sus respectivas aserciones, es decir, que sea susceptible de instruir una contradicción entre las partes.

En ese sentido, el proceso constitucionalmente configurado como contradictorio se articula de modo que permita la oportunidad y el modo de manifestarse un control de contradicción entre las partes.

En efecto, la revelación del actor que pone de manifiesto una situación insatisfactoria con aspiraciones de veracidad, constituye una amenaza para el demandado, quien desprende la tesis negativa u oposición lógica. Estos aspectos no pueden ser desatendidos por el legislador, tanto porque ese debate constituye el objeto del proceso y porque el demandado es un sujeto igual al actor -igualdad procesal-.

Ello abre la puerta a la instrucción del proceso para investigar cuál de los dos juicios es verdadero. De modo que la estructura procesal debe fomentar la aportación probatoria de la falsedad o verdad de uno de ellos y eliminar la contradicción con la sentencia.

3. Como se apuntaba en el párrafo anterior, atendiendo a la finalidad de la pretensión que la origina, el proceso puede ser de *conocimiento* o de *ejecución*.

El primero es aquél que tiene como objeto una pretensión tendiente a lograr que el Órgano Judicial dilucide y declare, mediante la aplicación de las normas pertinentes a los hechos planteados y discutidos, el contenido y alcance de una situación jurídica existente entre las partes.

Tal finalidad incide en la *estructura de ese proceso*, que consta, fundamentalmente, de una *etapa de conocimiento* en la cual las partes, según las reglas del contradictorio, procuran al juez el conocimiento de los hechos en que fundan sus pretensiones y defensas y proporcionar eventualmente la prueba de los hechos controvertidos, sobre los cuales el juez decidirá la controversia.

Cuando la sentencia es exclusivamente declarativa, el interés del actor queda satisfecho mediante el simple pronunciamiento de aquélla. Pero cuando se trata de una sentencia de condena, que como tal, impone el cumplimiento de

una prestación (de dar, de hacer o de no hacer), y ésta no es voluntariamente cumplida por el obligado, el ordenamiento jurídico prevé la posibilidad de que se lleve a cabo una ulterior actividad judicial encaminada a asegurar la integral satisfacción del interés del demandante.

Esta actividad se desarrolla en el *proceso de ejecución*, el cual frente a la hipótesis de incumplimiento de la sentencia por parte del vencido, no es más que un medio para que, por obra del Órgano Judicial se sustituya la ejecución voluntaria con la ejecución forzada. Desde este punto de vista, resulta claro que el proceso de conocimiento y el proceso de ejecución se hallan en un mismo plano jurídico, pues ambos coinciden en la esencial finalidad de obtener una plena protección jurisdiccional. Ambos representan, en otras palabras, distintos momentos o etapas dentro de la unidad del fenómeno jurisdiccional. En ese sentido, las fases procesales de determinado proceso deben organizarse en el texto normativo tomando en cuenta que debe ajustarse a los derechos y garantías previstos en la Constitución.

Así, en la etapa de *conocimiento* del proceso deberá garantizarse a las partes una efectiva oportunidad de contradicción, comunicándoles el inicio del proceso y todas aquellas decisiones que puedan afectar sus expectativas al interior de éste, y otorgarles -en igualdad de condiciones- las mismas oportunidades de alegar y probar mediante los medios de prueba pertinentes, así como la posibilidad de que se elimine o sustituya la resolución judicial que decide la controversia a través del mecanismo de los recursos.

En cuanto a la etapa de *ejecución*, deberán articularse aquellas actuaciones por medio de las cuales, ante el incumplimiento del demandado que debió acatar una decisión ya indiscutible, el órgano jurisdiccional haga efectivo dicho pronunciamiento.

V. Ahora bien, previo a analizar la constitucionalidad de las disposiciones sometidas a control, resulta pertinente exponer, sucintamente, en qué consiste la *interpretación conforme a la Constitución*.

Al respecto, en la sentencia dictada el 8-XII-2006 en el proceso de Inconstitucionalidad 19-2006 se afirmó que, según dicha máxima hermenéutica, de entre los varios entendimientos posibles de una disposición –objeto de la interpretación-, debe escogerse para dar una solución jurídica al caso, la norma –resultado de la interpretación- que mejor se acomode a la Ley Suprema. Su fundamento es tanto el principio de unidad del ordenamiento jurídico como la supremacía constitucional, que se proyecta sobre las leyes condicionando el sentido que a éstas cabe atribuirle.

El efecto práctico que dicha máxima tiene en el control constitucional es que, en los casos en que la apertura en la formulación lingüística de una determinada prescripción permita el “juego interpretativo”, el juzgador debe buscar un entendimiento de tal disposición que la acomode al sentido de la Constitución, manteniendo la imperatividad de la ley en aquellas posibilidades interpretativas que no contradigan a la Ley Suprema.

Dicha técnica ya ha sido utilizada por este tribunal en procesos de inconstitucionalidad, v.gr., en la sentencia de 14-II-1997, pronunciada en el proceso de Inc. 15-96, y la sentencia de 20-VII-1999, pronunciada en el proceso de Inc. 5-99 y en la sentencia de 24-IX-2010, pronunciada en el proceso de Inc. 91-2007.

VI. Habiendo determinado los puntos esenciales atinentes al contenido y alcance del derecho a la protección jurisdiccional como marco dentro del cual se encuentran comprendidos el resto de derechos vinculados al proceso; la

finalidad, características y presupuestos de las medidas cautelares; los aspectos referentes a la libertad de configuración legislativa y la estructura de los procesos, así como una referencia a la interpretación conforme a la Constitución, corresponde aplicar lo expuesto al caso que nos ocupa para identificar las vulneraciones advertidas por la Juez requirente dentro de las disposiciones impugnadas.

1. La Jueza requirente manifestó que el *art. 4 de la LEGPPRI* establece un procedimiento breve que no cumple con los arts. 11 y 12 de la Cn., pues resuelve el desalojo de los invasores, sin otorgarles la posibilidad de ventilar sus derechos en un juicio previo, limitando al juez a realizar una inspección en el lugar, para verificar los hechos y que después convoque a una audiencia pública con el fin de emitir resolución mediante la cual ordene el desalojo del “inmueble invadido”.

A. Al respecto, debe afirmarse preliminarmente que la inspección judicial consiste en el examen que el juez hace directamente de hechos que interesan al proceso, para verificar su existencia, sus características y demás circunstancias, de tal modo que los percibe con sus propios sentidos. El juez puede estar acompañado por peritos y entonces se acumulan dos pruebas diferentes.

Con este medio de prueba se realiza la inmediación del juez con los elementos materiales del litigio y en general del proceso, e inclusive con los sujetos de éste y con los órganos de prueba (v.gr. peritos) cuando concurren a la diligencia y son escuchados durante ella por el juez, y por otra parte, le facilita la información de su convencimiento mediante la percepción directa de los hechos sobre los cuales debe basar su decisión.

De lo anterior se advierte que, como todo medio de prueba, en la inspección debe garantizarse a las partes una efectiva contradicción. A la parte contra quien se opone debe gozar de la oportunidad procesal para contradecirla y discutirla, es decir, que debe llevarse al proceso con conocimiento y audiencia de todas las partes, permitiendo el efectivo ejercicio de su derecho de defensa.

B. El art. 4 inc. 2º de la LEGPPRI establece que, dentro de las veinticuatro horas posteriores de haber recibido la denuncia, el juez de paz se presentará al inmueble invadido para realizar una inspección de campo y verificar la realidad de los hechos denunciados, haciéndose acompañar por la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos, de agentes de la Policía nacional Civil, de su Secretario y de peritos o ingenieros topógrafos si lo considera conveniente; y en el inc. 3º prescribe que, después de realizada la mencionada inspección, el Juez convocará a una audiencia a celebrarse a más tardar dentro de tres días hábiles posteriores a la convocatoria, y que, dicha audiencia se realizará con las reglas de la vista pública en lo que aplique, para que los titulares de los derechos infringidos y los demandados aporten las pruebas necesarias.

Ahora bien, con el fin de evitar una disminución en las posibilidades de defensa del demandado, debe entenderse que previo a la decisión del juez ordenando la práctica de dicha inspección, debe ponerse en conocimiento de aquél el día y hora en que se llevará a cabo la referida diligencia.

En ese sentido, realizado dicho acto de comunicación se garantiza el principio de contradicción, inherente a todo proceso, por lo que el art. 4 inciso 2º admite una interpretación conforme con la Constitución.

C. En relación con la utilización del vocablo “invasores”, la Jueza requirente sostuvo que al no definirse este término en la ley, se deja a merced de la

interpretación judicial, con lo cual se ocasionaría que personas poseedoras de buena fe sean calificadas como invasores partiendo únicamente de la inspección, que es un medio precario de verificación.

Si bien es cierto, la LEGPPRI no delimita el significado que para la referida ley posee el término “invasores”, ello de ningún modo debe interpretarse como la atribución sin más al demandado de la conducta de ocupación del inmueble, sin que se le haya dado trámite completo a un proceso jurisdiccional.

De tal manera que el sujeto al que la LEGPPRI identifica como “invasor”, no es más que el sujeto pasivo de la pretensión a quien deberá garantizársele la realización de un proceso equitativo en el cual haya existido una paridad en el desfile probatorio, de tal suerte que la eficacia de la prueba aportada provoque una sentencia estimatoria a la pretensión del actor o a la resistencia del demandado.

Así, interpretado el art. 4 LEGPPRI –bajo las consideraciones realizadas en las letras B y C- de este párrafo, tal disposición no es inconstitucional y así debe declararse en la presente sentencia.

2. En relación con el *art. 5 de la LEGPPRI*, la Jueza señaló que la posibilidad de decretar el desalojo como medida cautelar vulnera la presunción de inocencia ya que establece una penalidad antes que finalice el proceso. Asimismo, considera que el desalojo debería ser el resultado final de un proceso y no una medida cautelar, por lo que parece una sentencia adelantada violatoria del principio de presunción de inocencia.

Al respecto y como ya se manifestó, las medidas cautelares constituyen mecanismos *cuya finalidad es asegurar la eficacia de la decisión que resolverá*

en forma definitiva la controversia planteada ante la autoridad judicial, sin que esto deba significar una condena o castigo previo al juzgamiento. En ese sentido las medidas cautelares no constituyen en sí mismas una privación de derechos, sino que son medidas precautorias para evitar un inútil dispendio de la actividad jurisdiccional.

En ese orden de ideas, la disposición impugnada contempla la posibilidad que el desalojo opere como una medida cautelar, cuando la acción de expulsar a una persona o grupo de personas que ocupan un inmueble para restituírselo a su propietario, *sólo puede ser consecuencia directa de un pronunciamiento de fondo en el cual el órgano jurisdiccional ha estimado la pretensión del actor.* Y es que, habiéndose dictado sentencia definitiva en esos términos, luego de haberse tramitado un proceso de conocimiento, el condenado puede voluntariamente restituir el inmueble; sin embargo, si aquél se niega a cumplirlo, será el juzgador el que realice todas aquellas actuaciones necesarias para llevar a efecto su pronunciamiento –la ejecución forzosa-, siendo pues el desalojo una manifestación clara de esta potestad jurisdiccional de *ejecutar lo juzgado*, claro está, en un *proceso de ejecución*.

En virtud de lo anterior, en tanto que el desalojo en la normativa procesal impugnada, lejos de constituirse como una medida cautelar que asegure la eficacia de una decisión de fondo, funciona como una sentencia de condena adelantada, vulnerándose con ello el principio de inocencia.

3. En lo concerniente al *art. 6 de la LEGPPRI*, la juez requirente afirmó que dicha disposición no menciona la posibilidad de *recurir la resolución*, y de la parte final del inciso 1° infiere que los “invasores” deben defender sus derechos en otras instancias, al señalar que -aparte de ese proceso- se realizaría otro de índole desconocida y que en todo debido proceso debe existir

una instancia superior para corregir los errores de la administración de justicia
-art. 11 de la Cn.-

A. Pues bien, como se apuntó previamente, el derecho a recurrir es aquel que tiene toda persona a hacer uso de los recursos que el ordenamiento jurídico expresamente consagra dentro del derecho al *proceso constitucionalmente configurado que se conjuga con el derecho de audiencia y defensa*.

Por consiguiente, el referido derecho es de aquellos respecto de los cuales el legislativo dispone de un cierto margen de conformación, en virtud de su libertad de modular las posibilidades de impugnación en cada materia sometida a regulación: ampliarlas en unas y reducirlas en otras. Por ejemplo, en algunos casos podrá sólo establecer el recurso de revocatoria; en otros contemplar, además, el recurso de apelación; *pero en otros negar toda posibilidad de un segundo examen de la cuestión*.

Ahora bien, *el margen de configuración referido no es, en modo alguno, ilimitado*, porque el legislador no recibe de la Constitución un cheque en blanco para convertir cualquier trámite en “debido proceso”, sino que *debe respetar las garantías esenciales del mismo*, tales como el derecho de audiencia, defensa y el principio de igualdad de armas.

En ese sentido, cualquier restricción o flexibilización de dichas garantías, debe estar objetivamente justificada, proporcional y razonablemente según corresponda al caso particular, la urgencia del objeto del proceso, las posibilidades de dispendio jurisdiccional y la menor complejidad del asunto.

B. El artículo 6 de la LEGPPRI determina que, después de concluida la audiencia regulada en el art. 4 de la misma ley, el juez deberá emitir la

resolución correspondiente decretando en su caso el desalojo del inmueble invadido y previniendo a los invasores que ventilen sus derechos ante el juez competente.

Debe ponerse de relieve que la sentencia a la que hace referencia el referido artículo, tendría *como efecto la limitación del ejercicio de un derecho fundamental: el derecho de posesión –art. 2 inciso primero Cn.–*, y teóricamente cabe la hipótesis de que la condena no haya sido impuesta conforme a derecho.

a. La Asamblea Legislativa se limitó a manifestar en su respectivo informe que no existe vulneración al debido proceso ya que la ley en comento deja a salvo a las personas invasoras el *derecho de recurrir a plantear su acción ante los jueces o tribunales correspondientes*; sin embargo, no establece cual es la vía procedimental a seguir o si se aplicará supletoriamente alguna ya prevista en la ley procesal.

El supuesto proceso, en el cual los “invasores” podrán ventilar sus derechos una vez condenados mediante sentencia definitiva, no se configura como un mecanismo a través del cual pueda controlarse la regularidad jurídica de la actividad judicial y sea factible provocar la reforma, revocación o anulación de una decisión definitiva que se considera incorrecta o inadecuada.

b. Expuesto lo anterior, resulta pertinente acudir al estatuto jurídico-procesal del órgano jurisdiccional a quien se le ha dado la competencia para conocer de este tipo de pretensiones que garanticen la propiedad o posesión regular de inmuebles, y buscar dentro del contexto de sus respectivas competencias el medio de impugnación más adecuado a la misma.

El estatuto jurídico procesal que constituye el margen de actuación para la jurisdicción civil y que, a su vez, sirve de instrumento auxiliar supletorio a otras materias de conocimiento judicial es el Código Procesal Civil y Mercantil (CPrCyM), dada la amplitud con que desarrolla los diversos trámites y procedimientos pertinentes a este campo de conocimiento (art. 19 y 20 CPrCyM).

Es en dicho contexto y sistema entonces, donde debe buscarse la integración de alguna figura de impugnación que resulte pertinente y adecuada a los fines de la norma omisa. Pues como ya se ha sostenido por esta Sala, la norma debe ser estudiada en su racionalidad y en sus relaciones con las demás disposiciones, conjuntamente con las cuales configuran un sistema orgánico, asimismo, que *la interpretación de las leyes debe practicarse teniendo en cuenta el contexto general y los fines que la informan*, pues la inconsecuencia o la falta de previsión jamás debe suponerse en el legislador -sentencia de 13-XI-2001, pronunciada en el proceso de Inconstitucionalidad 41-2000-.

Así, se advierte que la normativa procesal civil (v.gr. en los arts. 471, 476 inciso 2° y 508 CPrCyM) prevé que en aquellos procesos jurisdiccionales en los que se tutele la posesión de bienes raíces o de derechos reales constituidos sobre ellos -en los términos de los arts. 918 a 951 del Código Civil- se habilita la posibilidad de interponer recurso de apelación contra la sentencia definitiva dictada en ellos.

En ese sentido, al existir en las pretensiones iniciadas con fundamento en la LEGPPRI un fundamento análogo -la tutela del derecho de propiedad o de posesión regular sobre un inmueble- resulta pertinente integrar la normativa procesal y habilitar para la sentencia dictada con ocasión de este tipo de reclamos, *el recurso de apelación*, con el objeto de que el tribunal superior

correspondiente, previo estudio de la cuestión decidida por la resolución recurrida, *la reforme, revoque o anule*.

El recurso de apelación se interpone para ante un tribunal jerárquicamente superior (*ad quem*) respecto del que dictó la resolución impugnada (*a quo*), lo que a la luz de la organización judicial vigente, determina que la competencia en segunda instancia de las resoluciones dictadas por el Juez de Paz serán de conocimiento del Juez de Primera Instancia correspondiente al territorio en que aquél tenga su sede (art. 60 Ley Orgánica Judicial).

En conclusión, debe declararse que el art. 6 de la LEGPPRI admite una interpretación conforme a la Constitución en la medida que dicha disposición se integra con aquellas disposiciones de la normativa procesal pertinente, v.gr. los arts. 476 inciso 2° y 508 a 518 CPrCyM, para conceder al afectado la habilitación de hacer uso del recurso de apelación en ellas previsto.

Ahora bien, es preciso aclarar que el presente pronunciamiento no pretende sustituir las consideraciones legislativas que sobre el asunto pudiera determinar el Órgano Legislativo. Por ello, debe entenderse la anterior integración normativa hasta que dicho Órgano del Estado regule un recurso idóneo para dicho tipo de proceso.

4. Al referirse al art. 7 de la LEGPPRI, la Juez requirente explicó que vulneraría el art. 12 Cn. (presunción de inocencia), pues denota que la reincidencia se valorará con la simple denuncia realizada por parte del propietario, colindante o cualquier persona, y procederá al desalojo sin mayor trámite, presumiendo que son invasores con el simple hecho de la denuncia.

Advierte esta Sala que en efecto dicha disposición establece que el juez ordenará el desalojo “sin más trámite ni diligencia”, pero dicho mandato está

sujeto a la verificación de un requisito configurado como *supuesto normativo*, mediante la cláusula condicional “Si hubiere reincidencias (sic)” –a la que se agrega la redundante expresión “de los mismos invasores”, exigencia ya implícita en el concepto de “reincidencia”, junto con la identidad objetiva del inmueble en cuestión–.

Este supuesto o condición normativa debe ser tomado en consideración al interpretar el contenido de la disposición desde la perspectiva del derecho a la presunción de inocencia y del derecho de audiencia.

En otras palabras, aunque no deba realizar “más trámite ni diligencia”, el juez está obligado por la propia norma a verificar o comprobar que sí existe la reincidencia denunciada -identidad de sujetos demandados, inmueble y propietario o poseedor-, ya que esta es el presupuesto lógico de aplicación de la consecuencia jurídica prevista en dicho artículo. La obligación de rapidez, celeridad o expedición al ordenar el desalojo debe entenderse a partir de la constatación judicial de que concurre el supuesto de aplicación de la norma, es decir, la circunstancia de reincidencia en la invasión inmobiliaria denunciada.

Si se atiende a la formulación normativa de una condición de aplicación para la orden de desalojo y a que la acreditación de tal supuesto jurídico es revelada como lógicamente necesaria por la estructura misma del art. 7 de la LEGPPRI, se desvanece la oposición de esta norma con el derecho a la presunción de inocencia y el derecho de audiencia de las personas denunciadas.

Por otra parte, como lo advirtió el Fiscal General de la República, en el supuesto a que se refiere el artículo aludido, la reducción de la exigencia probatoria a la simple verificación de la reincidencia para ordenar el desalojo es una consecuencia razonable de que ya existe una decisión judicial de fondo favorable al denunciante –que habría observado el derecho de audiencia del

denunciado— y, entonces, el desalojo por reincidencia opera como un instrumento para garantizar la estabilidad de la situación ordenada en la resolución judicial antecedente.

En otras palabras, en este caso y verificada la reincidencia, se trataría de una manifestación clara de la potestad jurisdiccional de ejecutar lo juzgado, en el sentido de asegurar el cumplimiento de las resoluciones judiciales o la debida observancia de la justicia cumplida a que se refiere la Constitución, como garantía inherente al Estado de derecho. De acuerdo con estas consideraciones, el art. 7 LEGPPRI no es inconstitucional, pues admite una interpretación conforme a la Constitución y así debe declararse en la presente sentencia.

Por tanto

Con base en las razones expuestas, disposiciones constitucionales citadas y arts. 10, 11 y 77-F de la Ley de Procedimientos Constitucionales, en nombre de la República de El Salvador esta Sala

Falla:

1. *Declárase* que en el artículo 4 de la LEGPPRI, no *existe la inconstitucionalidad alegada* por la supuesta violación a los artículos 11 y 12 de la Constitución, pues dicha disposición admite una interpretación conforme, en el sentido que: i) antes de la realización de la inspección judicial, ésta deberá hacerse de conocimiento previo del demandado, garantizando a las partes una efectiva contradicción; y ii) al utilizar el vocablo “invasor”, habrá de entender que hace alusión, simplemente, al sujeto pasivo de la pretensión a quien deberá garantizársele la realización de un proceso equitativo en el cual exista una paridad en el desfile probatorio.

2. *Declárase* que el artículo 5 de la LEGPPRI es *inconstitucional* por violar el

artículo 12 de la Constitución, en tanto que el desalojo no constituye una medida cautelar, sino que anticipa una sentencia de condena vulnerando la presunción de inocencia.

3. *Declárase* que en el inciso 1° del artículo 6 de la LEGPPRI *no existe la inconstitucionalidad alegada* por la supuesta violación al derecho a recurrir - art. 11 Cn- pues dicha disposición admite una interpretación conforme, en el sentido que quedará expedito al afectado la interposición de los recursos a que hubiere lugar.

4 *Declárase* que en el artículo 7 de la LEGPPRI *no existe la inconstitucionalidad alegada* por la supuesta violación del derecho a la presunción de inocencia y del derecho de audiencia -arts. 11 y 12 Cn.-, puesto que el desalojo está condicionado por la propia norma a la verificación de la situación de reincidencia y se justifica porque opera como un medio para garantizar el cumplimiento de las resoluciones judiciales.

5. *Notifíquese* la presente resolución a todos los intervinientes.

6. *Publíquese* esta Sentencia en el Diario Oficial dentro de los quince días siguientes a esta fecha, debiendo remitirse copia de la misma al Director de dicho órgano oficial.

---J. B. JAIME---O. BON F.⁶⁵---J. N. CASTANEDA S.⁶⁶--- E. S. BLANCO R.---
R. E. GONZÁLEZ B.---PRONUNCIADO POR LOS SEÑORES
MAGISTRADOS QUE LO SUSCRIBEN---E. SOCORRO C.---RUBRICADAS.

⁶⁵ Abogado Ovidio Bonilla Flores, firmante de la sentencia **40-2009/41-2009 Inconstitucionalidad**, pronunciada por la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de San Salvador, a las diez horas con nueve minutos del día doce de noviembre de dos mil diez. (ver anexo).

⁶⁶ Abogado José Néstor Mauricio Castaneda Soto, firmante de la sentencia **40-2009/41-2009 Inconstitucionalidad**, pronunciada por la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de San Salvador, a las diez horas con nueve minutos del día doce de noviembre de dos mil diez. (ver anexo).